

Der Arbeitgeber und die strafrechtliche Verantwortung bei Taten nach § 266a StGB

Rechtsanwalt Benjamin Lanz, Greifswald¹

Für die Frage, ob eine Strafbarkeit nach § 266a StGB gegeben ist, ist es neben anderen Voraussetzungen die im Folgenden unberücksichtigt bleiben, notwendig festzustellen, dass es sich bei dem Beschuldigten um einen Arbeitgeber im Sinne der Norm handelt.

Der Arbeitgeberbegriff und damit auch die Frage, wann z.B. ein Arbeitsverhältnis und wann eine (Schein-)Selbstständigkeit vorliegt ist in den Details einem ständigen Wandel unterworfen und wird im Wesentlichen von der Sozial- und Arbeitsgerichtsbarkeit bestimmt. Auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen lehnt sich an diese an². In ihren Verästelungen ist die Rechtsprechung zum Arbeitgeberbegriff kaum noch überschaubar, so dass der aktuelle Stand der strafrechtlichen Rechtsprechung anhand von zwei aktuellen Entscheidungen kurz dargestellt wird. Außerdem wird die Problematik des sogenannten "Strohmannes" angeschnitten.

Nach einer Entscheidung des ersten Strafsenats vom 5. August 2015³ ist Arbeitgeber derjenige, *"dem der Arbeitnehmer nicht selbstständige Dienste gegen Entgelt leistet und zu dem er in einem Verhältnis persönlicher Abhängigkeit steht, wobei besondere Bedeutung dem Weisungsrecht sowie der Eingliederung in den Betrieb des Arbeitgebers zukommt. Entscheidend sind hierbei allein die tatsächlichen Gegebenheiten."* Der Bezug auf die tatsächlichen Gegebenheiten, die einer wertenden Gesamtbetrachtung zu unterziehen sind, entspricht der ständigen Rechtsprechung⁴. Das bedeutet, es kommt nicht darauf an, wie die Parteien (Arbeitgeber und Arbeitnehmer) das Vertragsverhältnis bezeichnen oder welche Regelungen die vertragliche Grundlage trifft. Überwiegenden Ausschlag gibt die tatsächliche Durchführung. Für eine Arbeitnehmer-/Arbeitgebereigenschaft spricht, wie bereits kurz angedeutet das Bestehen eines Weisungsrechts. Dieses kann -so der Bundesgerichtshof- Inhalt, Zeit, Ort und Dauer der Tätigkeit⁵ umfassen. Weitere Umstände, die für ein Arbeitnehmer-/Arbeitgeberverhältnis sprechen sind die Bestimmung der Arbeitszeiten und die Bezahlung nach festen Entgeltsätzen sowie der Umstand, dass der Arbeitnehmer kein unternehmerisches Risiko trägt⁶.

¹ Der Autor ist als Rechtsanwalt in Greifswald tätig und auf das Strafrecht spezialisiert. Es ist außerdem Autor und Betreiber von lanz-legal.de.

² BGH, Beschluss vom 24. Juni 2015 – 1 StR 76/15 –, zitiert nach juris, 1. Orientierungssatz.

³ aaO.

⁴ siehe nur: BGH, Urteil vom 16. April 2014 - 1 StR 638/15 -, zitiert nach HRRS 2014 Nr. 626; BGH, Urteil vom 5. August 2015 - 2 StR 172/15 -, zitiert nach HRRS 2016 Nr. 228.

⁵ BGH, Urteil vom 5. August 2015, aaO, Rn. 7.

⁶ BGH, Urteil vom 5. August 2015, aaO, Rn. 7.

Das Problem der Scheinselbstständigkeit

Die Grenzen verlaufen fließend und die Entscheidungen sind mitunter überraschend. So nahm beispielsweise der Bundesgerichtshof eine Arbeitgebergemeinschaft und damit sozialversicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnisse an, obwohl die Arbeitsleistung nicht höchstpersönlich erbracht werden musste und "Nebengeschäfte" am Ort der Tätigkeit ausdrücklich erlaubt waren⁷. Als Argument führte der zweite Senat dabei an, dass in dem zugrundeliegenden Fall Arbeitskleidung gestellt worden sei und eine Vergütung auf Provisionsbasis erfolgte. Auch die Überlassung von Betriebsmitteln an "selbstständige (Sub-)Unternehmer" ist problematisch. So ist die Überlassung von Fahrzeugen -auch wenn die Nutzer die laufenden Kosten dieser selbst zahlen- kein durchgreifendes Argument für eine Selbstständigkeit⁸. Werden demgegenüber die Routen vorgegeben und sind die Nutzer ausschließlich für einen Auftraggeber tätig, liegt die Annahme eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses nahe. Im Umkehrschluss kann bei tatsächlicher Unabhängigkeit eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung abzulehnen sein. Dies soll insbesondere dann der Fall sein, wenn tatsächlich für mehrere Auftraggeber gearbeitet wurde und die weiteren Voraussetzungen einer Selbstständigkeit vorliegen⁹. Zu diesen gehören u.a. die Anmeldung eines Gewerbes, das Führen einer Steuernummer und ggf. auch das Abführen der Umsatzsteuer¹⁰.

faktischer und formeller Geschäftsführer

Ein weiterer Anknüpfungspunkt ist die Frage, ob der Beschuldigte überhaupt als Arbeitgeber im Sinne des § 28e Abs. 1 SGB IV in Betracht kommt. Dabei kommt der Frage Bedeutung zu, ob in sogenannten "Strohmann-Fällen" der faktische Geschäftsführer oder / und der formelle Geschäftsführer Arbeitgeber ist und deshalb Täter im Sinne des § 266a StGB sein kann. Der formelle Geschäftsführer ist dabei derjenige, der im Handelsregister eingetragen ist, also nur formell die Funktion des Geschäftsführers innehat während die Geschäfte von einer anderen Person geführt werden (faktischer Geschäftsführer). Das Oberlandesgericht Hamm¹¹ geht davon aus, dass *"allein der bloße Formalakt der Bestellung und Eintragung eines Geschäftsführers in das Handelsregister zwar einen Rechtsschein erzeugt, dieser allein jedoch noch nicht zu einer tatsächlich ausübbarer Herrschaftsfunktion führt"*¹². Demnach sei, wenn es an den tatsächlichen Einflussnahmemöglichkeiten fehlt, eine Strafbarkeit des formellen Geschäftsführers nach § 266a StGB zu verneinen. Dieser Ansicht sind der Bundesgerichtshof und in der Folge auch einige Oberlandesgerichte entgegen getreten¹³. Nach dieser Ansicht verschafft allein *"die Stellung des Geschäftsführers diesem die nach außen unbeschränkte (§ 37 Abs. 2 GmbHG) Rechtsmacht, die öffentlich-rechtliche Pflicht zu erfüllen"*¹⁴. Demnach besteht eine

⁷ BGH, Urteil vom 5. August 2015, aaO, Rn. 8.

⁸ BGH, Urteil vom 16. April 2014, aaO, Rn. 16.

⁹ BGH, Beschluss vom 24. Juni 2015 – 1 StR 76/15 –, zitiert nach juris, Rn. 12ff.

¹⁰ BGH, Beschluss vom 24. Juni 2015, aaO.

¹¹ OLG Hamm, Beschluss vom 10. Februar 2000 – 1 Ss 1337/99 –, zitiert nach juris.

¹² OLG Hamm, aaO, Rn. 15.

¹³ OLG Braunschweig, Beschluss vom 27. Mai 2015 – 1 Ss 14/15 –, zitiert nach juris; BGH, Beschluss vom 28. Mai 2002 – 5 StR 16/02 –, zitiert nach juris.

¹⁴ BGH, Beschluss vom 28. Mai 2002, aaO.

strafrechtliche Haftung des formellen Geschäftsführers auch bei -insoweit zulässiger- Delegation der Erklärungs- und Abführungspflichten auf einen faktischen Geschäftsführer. Begründet wird dies mit einer fortbestehenden Überwachungspflicht wobei die Anforderungen an die Pflicht zum Eingreifen des Geschäftsführers in der Unternehmenskrise besonders streng sind¹⁵.

Dieser Rechtsprechung wird zu Recht von Seiten der Literatur entgegengetreten. So ist der GmbH-Geschäftsführer als Solches nicht Normadressat und auch nicht "Arbeitgeber" im Sinne des § 266a StGB, da das Arbeitsverhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und der juristischen Person (z.B. GmbH) besteht. Dementsprechend kann eine Zuweisung der strafrechtlichen Verantwortung auch nur über die Regelung des § 14 StGB erfolgen¹⁶. Der faktische Geschäftsführer ist jedoch keinesfalls "vertretungsberechtigtes Organ" im Sinne des § 14 Abs. 1 StGB. Auch eine Zuweisung der Verantwortung über § 14 Abs. 3 StGB scheidet aus, da dies wenigstens einen versuchten Bestellsakt voraussetzt¹⁷.

Die Delegation der strafrechtlichen Verantwortung

Wie bereits die Regelungen des § 14 Abs. 2 StGB zeigen, kann an der Stelle des Geschäftsführers als Verantwortlichen der "Arbeitgeber"-Gesellschaft auch ein (Teil-)Betriebsleiter oder besonders Beauftragter stehen. Gleiches gilt für die Verteilung der strafrechtlichen Verantwortung unter mehreren Geschäftsführern. Dieser Umstand führt -bei entsprechenden Vereinbarungen- zu einer Beschränkung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Geschäftsführers¹⁸. Voraussetzung ist jedoch in jedem Fall, dass der Geschäftsführer weiterhin Überwachungspflichten nachkommt, die im Falle einer Unternehmenskrise noch strenger zu beurteilen sind¹⁹. So muss auch bei Delegation der Pflicht zur Anmeldung / Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen auf untere Leitungsebenen sichergestellt werden, dass diese Pflichten auch tatsächlich erfüllt werden. Ein Verstoß gegen diese Überwachungspflicht kann wiederum eine Strafbarkeit des Geschäftsführers begründen.

Fazit

Im Ergebnis sollte die organisatorische Gestaltung des Unternehmens wohl überlegt sein. Mag eine derartige Idee betriebswirtschaftlich auch noch so verlockend sein, sollte ihre rechtliche Zulässigkeit vorab geprüft werden. Angesichts der ausufernden Rechtsprechung ist dabei Vorsicht geboten. Es sollte im Zweifel eher eine Sozialversicherungspflicht angenommen werden. Gleiches gilt für die Frage nach der Verantwortung für die Anmeldung und Abführung der Sozialversicherungsbeiträge.

Das Vorenthalten von Arbeitnehmerentgelt wird mit Geldstrafe oder mit bis zu 5 Jahren Freiheitsstrafe bestraft. Liegt ein besonders schwerer Fall im Sinne des § 266a Abs. 4

¹⁵ BGH, Beschluss vom 28. Mai 2002 – 5 StR 16/02 –, zitiert nach juris, Rn. 25ff.

¹⁶ so auch: *Radtke*, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 266a, Rn. 36; *Pananis*, Arbeitsstrafrecht, 3. Auflage, § 6, Rn. 12; *Gercke/Leimenstoll*, Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen (§ 266a StGB) - Ein Leitfadens für die Praxis, HRR-Strafrecht, 10/2009, 444.

¹⁷ *Gercke/Leimenstoll*, aaO.

¹⁸ *Bittmann*, Insolvenzstrafrecht, § 21, Rn. 24; *Pananis*, aaO, Rn. 14; für die deliktische Haftung: BGH, Urteil vom 15. Oktober 1996 – VI ZR 319/95 –, BGHZ 133, 370-383, hier zitiert nach juris.

¹⁹ BGH, Beschluss vom 28. Mai 2002 – 5 StR 16/02 –, zitiert nach juris, Rn. 25ff.

StGB vor, liegt die Höchstfreiheitsstrafe bei 10 Jahren. Die Möglichkeit einer Geldstrafe besteht in der Regel nicht.

Neben der strafrechtlichen Sanktion kann bei Unterschreitung des gesetzlichen oder tariflichen Mindestlohns außerdem ein Bußgeld drohen. Weitere (Neben-)Folgen sind der Ausschluss von der Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen, die (einstweilige) Sicherstellung und Beschlagnahme von Vermögenswerten im Wege von Einziehung, die Verbandsgeldbuße (§ 30 OWiG) oder die Anordnung des Verfalls.