

recht angeht, so bietet sich als Alternative zur bisher erwogenen Ergänzung des § 299 StGB um ein Pflichtverletzungselement an, in Fortführung der bisherigen Rechtslage weiterhin den Schutz des fairen Wettbewerbs in den Vordergrund zu stellen und das Verschaffen einer Begünstigung im geschäftlichen Verkehr zum Gegenstand der Unrechtsvereinbarung zu machen. Eine solche Lösung könnte auf internationaler Ebene jedenfalls eher auf Akzeptanz hoffen als das bisher weithin favorisierte Ignorieren der unions- und völkerrechtlichen Bindungen Deutschlands. Soweit auch das deutsche Strafanwendungsrecht den internationalen Vorgaben bisher nicht vollumfänglich genügt, können die fraglichen Konstellationen zumindest nach Ratifikation des Europaratsübereinkommens über § 6 Nr. 9 StGB erfasst werden.

## Einführung und Schulung

### Arbeitsstrafrecht

---

Rechtsanwalt Dr. Björn Gercke/Rechtsanwalt Dr. Ulrich Leimenstoll, beide Köln

## Grundzüge des Arbeitsstrafrechts (I)

### I. Einleitung

Das Arbeitsstrafrecht hat eine rasante Entwicklung in den vergangenen Jahren genommen. Diese lässt sich festmachen anhand der stetigen Einführung neuer bzw. der Verschärfung bestehender Tatbestände, des Auf- und Ausbaus eines spezifischen Ermittlungsapparates – im Bereich der illegalen Beschäftigung insbesondere der Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS) – sowie nicht zuletzt der zunehmenden Beachtung in der höchstrichterlichen Rechtsprechung und der Strafrechtswissenschaft.

Zunehmende Ahndung und Verfolgung der einschlägigen Straf- und Bußgeldtatbestände, aber auch der Ausbau und die Verschärfung der teils sehr einschneidenden rechtlichen und faktischen Nebenfolgen stellen an Verteidiger und Berater in diesem Teilgebiet des Wirtschaftsstrafrechts<sup>1</sup> erhebliche Anforderungen: Eine wahre Flut an einschlägigen Normen, die ihrerseits oftmals auf diverse genuin arbeits-, sozialversicherungs- oder auch verwaltungsrechtliche Bestimmungen verweisen, kennzeichnen die Materie. In komplexeren Fällen führt oft kaum ein Weg an einer interdisziplinären Zusammenarbeit zwischen arbeits- und strafrechtlichem Berater bzw. Verteidiger vorbei. Gleichwohl ist für eine sachgerechte Bearbeitung naturgemäß ein Grundverständnis der jeweils „anderen“ Materie erforderlich.

Das Arbeitsstrafrecht kann auf eine lange Tradition zurückblicken. Auch wenn das neuere Schrifttum<sup>2</sup> das Arbeitsstrafrecht wieder an das Tageslicht geholt hat, so liegen seine Wurzeln im 19. Jahrhundert;<sup>3</sup> bereits in der Weimarer Republik gab es zahlreiche wissenschaftliche Abhandlungen zum Arbeitsstrafrecht, unter anderem von *Max Alsberg*.<sup>4</sup>

Die Bedeutung des Arbeitsstrafrechts lässt sich beispielhaft an folgenden Daten illustrieren: Im Jahre 2011 sollen nach einer Studie des Instituts für Angewandte Wirtschaftsforschung (IAW) EUR 344 Milliarden im Bereich der „Schattenwirtschaft“ umgesetzt worden sein.<sup>5</sup> Bei den Unfallversicherern der gewerblichen Wirtschaft wie der öffentlichen Hand wurden für 2010 über 950.000 Arbeitsunfälle registriert.<sup>6</sup> Für 2008 meldete die deutsche Rentenversi-

---

<sup>1</sup> Vgl. *Ignor/Rixen*, NStZ 2002, 510, 511.

<sup>2</sup> Vgl. die Darstellungen bei *Brüssow/Petri*, Arbeitsstrafrecht, 2008; *Gercke/Kraft/Richter*, Arbeitsstrafrecht – Strafrechtliche Risiken und Risikomanagement, 2012; *Ignor/Rixen*, Handbuch Arbeitsstrafrecht, 2. Aufl. 2008; vgl. ferner die Monographie von *Hahn*, Arbeitsstrafrecht, 1992.

<sup>3</sup> Vgl. hierzu: *Gercke* in: *Gercke/Kraft/Richter*, Arbeitsstrafrecht, 1. Kap. Rn. 16 ff.

<sup>4</sup> *Alsberg*, Arbeits- und Finanzstrafrecht, 1931.

<sup>5</sup> Pressemitteilung des IAW vom 24.01.2012 (abrufbar unter: [www.iaw.edu/iaw/De/Aktuelles:Pressemitteilung](http://www.iaw.edu/iaw/De/Aktuelles:Pressemitteilung)).

<sup>6</sup> Geschäfts- und Rechnungsergebnisse der gewerblichen Berufsgenossenschaften und Unfallversicherungsträger der öffentlichen Hand 2010 (unter [www.dugv.de](http://www.dugv.de)), S. 17.

cherung rund 195.000 Verdachtsfälle hinsichtlich des Verstoßes gegen sozialversicherungsrechtliche Meldepflichten.<sup>7</sup>

Hierauf hat auch der „spezifische arbeitsstrafrechtliche Ermittlungsapparat“ (vgl. IV.) reagiert: Im Jahre 2011 wurden allein von den Zollbehörden 524.015 sog. Personenbefragungen an den jeweiligen Arbeitsstellen durchgeführt; 67.680 Arbeitgeber wurden überprüft. Es kam allein im Bereich der illegalen Beschäftigung als einem wesentlichen Teilbereich des Arbeitsstrafrechts zur Einleitung von 109.166 strafrechtlichen Ermittlungsverfahren und weiteren 59.218 Bußgeldverfahren.<sup>8</sup>

Auch wenn die illegale Beschäftigung zumindest vorübergehend nach neueren Prognosen im Trend zurückgehen soll,<sup>9</sup> besteht diesbezüglich nach wie vor enormer anwaltlicher Beratungs- und Verteidigungsbedarf, zumal der Verfolgungsdruck – insbesondere der Zoll- und Finanzbehörden – keinesfalls nachlässt.

## II. Begriff des Arbeitsstrafrechts

Es existieren unterschiedliche Ansätze zur Bestimmung des Begriffs „Arbeitsstrafrecht“.<sup>10</sup> Herrschend und auch überzeugend ist letztlich eine Begriffsbestimmung anhand materieller Kriterien: Danach fallen unter den Begriff des Arbeitsstrafrechts nur Delikte, die einen norm-spezifischen Bezug zum Arbeitsverhältnis selbst haben, also insbesondere auf die jeweilige Rolle als Arbeitgeber und Arbeitnehmer abstellen.<sup>11</sup>

Von dieser Definition werden neben dem Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen (§ 266a StGB) insbesondere die Delikte rund um die „illegale Beschäftigung“, ferner Tatbestände zum Zweck des sozialen Arbeits- bzw. Arbeitnehmerschutzes, weiterhin solche in Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutz sowie Tatbestände zum Schutz der Betriebsverfassungsorgane erfasst. Eine zunehmende Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang auch dem strafbewehrten Arbeitnehmerdatenschutz zu.

Erfasst werden vom Begriff des Arbeitsstrafrechts auch die diversen einschlägigen Bußgeldtatbestände, denen insoweit erhebliche Bedeutung zukommt.<sup>12</sup> Es liegt insoweit eine „funktionale Vergleichbarkeit von Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht“<sup>13</sup> vor, die eine stringente Trennung kaum möglich macht, zumal in diversen Gesetzen der Grundtatbestand als Ordnungswidrigkeit konzipiert ist, während die Qualifikation als Straftatbestand ausgestaltet ist. Jedenfalls für das Unternehmen selbst und seine Verantwortlichen werden insbesondere über die §§ 30, 130 OWiG die teilweise erheblichen (finanziellen) Sanktionen des Ordnungswidrigkeitenrechts in der Praxis oftmals ähnlich gravierend wie eine (Kriminal-) Strafe wahrgenommen.<sup>14</sup>

## III. Normadressaten

Auch wenn entsprechend der unterschiedlichen Ausrichtung der Tatbestände die einzelnen Rechtsgüter differieren, ist doch kennzeichnend für die meisten Delikte, dass sie sich an den Arbeitgeber (bzw. den „Unternehmer“, den Ver- oder Entleiher etc.) als Normadressaten richten. Arbeitsstrafrecht ist daher vor allem Arbeitgeberstrafrecht.<sup>15</sup>

### 1) Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbegriff

Das Strafrecht kennt keinen eigenständigen Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerbegriff. Regelmäßig ist hier auf die jeweiligen Bezugsnormen zurückzugreifen, zumal die Delikte ins-

<sup>7</sup> BT-Drucks. 16/13768, S. 17 ff.

<sup>8</sup> Jahresstatistik der Bundeszollverwaltung 2011, S. 18.

<sup>9</sup> Vgl. Pressemitteilung des IAW vom 24.01.2012, (abrufbar unter: [www.iaw.edu/iaw/De/Aktuelles:Pressemittteilung](http://www.iaw.edu/iaw/De/Aktuelles:Pressemittteilung)).

<sup>10</sup> Ausführlich zur terminologischen Entwicklung vgl. Gercke in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 1. Kap. Rn. 5 ff.

<sup>11</sup> So auch: Rixen in: Ignor/Rixen, Arbeitsstrafrecht, § 1 Rn. 1, 12; Achenbach in: Achenbach/Ransiek, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2012, XII 1 Rn. 2; Rieble in: Rieble/Giesen/Junker, Arbeitsstrafrecht im Umbruch, 2009, S. 17, 21 ff.; aA Brüssow/Petri, Arbeitsstrafrecht, Rn. 17, nach denen „sämtliche Delikte, die im Zusammenhang mit dem Arbeitsplatz stehen“, dem Arbeitsstrafrecht zuzuordnen sein sollen.

<sup>12</sup> So auch Rixen in: Ignor/Rixen, Arbeitsstrafrecht, § 1 Rn. 4.

<sup>13</sup> Schönemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, S. 7 f.

<sup>14</sup> Vgl. auch Gercke wistra 2012, 291, 292.

<sup>15</sup> Achenbach in: Achenbach/Ransiek, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, XII 1 Rn. 1; Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht – Besonderer Teil, 2. Aufl., 2008, Rn. 534; Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl., 2011, Rn. 1.

besondere aus dem Bereich der illegalen Beschäftigung oder dem sozialen Arbeitsschutz akzessorische Normen bzgl. der jeweiligen einschlägigen arbeits- oder sozialversicherungsrechtlichen Verhaltensgebote sind. Von besonderer Bedeutung sind daher die Arbeitgeber- bzw. Arbeitnehmerbegriffe im arbeits-, sozialversicherungs- und steuerrechtlichen Sinne.<sup>16</sup>

#### a) Arbeitsrechtlicher Arbeitgeberbegriff

Für den Außenstehenden *prima facie* überraschend kennt auch das Arbeitsrecht keine entsprechende Legaldefinition des Arbeitgeberbegriffs. Die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte und das einschlägige Schrifttum haben insoweit eigenständig einen solchen entwickelt. Maßgeblich ist hierbei der Arbeitsvertrag: Das BAG und ihm folgend die herrschende Lehre sieht denjenigen als Arbeitgeber an, der mit einem Arbeitnehmer<sup>17</sup> einen Arbeitsvertrag geschlossen hat, aus dem er einerseits die Arbeitsleistung verlangen kann und andererseits zur Zahlung der Vergütung verpflichtet ist.<sup>18</sup>

Neben diesem Definitionsansatz, der auf den Arbeitsvertrag abstellt, kann sich die Arbeitgeberstellung aus gesetzlicher Anordnung bzw. Fiktion ergeben. Wichtigstes Beispiel und für das Arbeitsstrafrecht von höchster Relevanz ist die Fiktion des § 10 Abs. 1 i.V.m. § 9 Nr. 1 AÜG, wonach die Unwirksamkeit des Vertrages zwischen Verleiher und Leiharbeiter dazu führt, dass der Entleiher kraft Gesetzes als Arbeitgeber gilt. Dass sich hieraus erhebliche, auch strafrechtliche Konsequenzen, insbesondere im Hinblick auf § 266a StGB ergeben, soll an geeigneter Stelle vertieft werden.<sup>19</sup>

Der Begriff des Arbeitnehmers im arbeitsrechtlichen Sinne, der wie dargelegt letztlich auch für die Bestimmung des Arbeitgebers (mit-)entscheidend ist, ist umstritten: Weitgehend Einigkeit besteht dahingehend, dass es insoweit nicht auf die Parteibezeichnungen im Arbeitsvertrag ankommt, sondern vielmehr auf den tatsächlichen Inhalt des Verhältnisses;<sup>20</sup> entscheidend ist insoweit die Leistung unselbständiger und fremdbestimmter Arbeit bzw. die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers.<sup>21</sup>

Für die Bestimmung dieser für die Beurteilung maßgeblichen Abhängigkeit hat das BAG in ständiger Rechtsprechung folgende Kriterien entwickelt:<sup>22</sup>

- Eingliederung in fremde betriebliche Organisationsbereiche
- Persönliche Leistung oder Einsatz Dritter
- Weisungsgebundenheit (Ort, Dauer, Zeit, und Art der Tätigkeit)
- Überwachung sowie Verhaltens- und Ordnungsregeln
- Verteilung des unternehmerischen Risikos
- Art der Vergütung

Keinem Kriterium kommt für sich genommen ausschlaggebende Bedeutung zu; es handelt sich insoweit lediglich um Indizien. Entscheidend ist folglich eine Gesamtschau.<sup>23</sup>

#### b) Arbeitgeber und Arbeitnehmer im sozialversicherungsrechtlichen Sinne

Für das Sozialversicherungsrecht ist ungeachtet vertraglicher Formulierungen das Beschäftigungsverhältnis entscheidend. § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV stellt insoweit klar, dass Arbeits- und Beschäftigungsverhältnis in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht nicht deckungsgleich sind („Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis“).

<sup>16</sup> Auf eine Darstellung „sonstiger Beschäftigter“, etwa arbeitnehmerähnlicher Beschäftigter, freier Mitarbeiter oder geringfügig Beschäftigter soll angesichts des begrenzten Raums an dieser Stelle verzichtet werden; es wird insoweit auf die ausführliche Darstellung von Richter in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 1. Kap. Rn. 84 ff. verwiesen.

<sup>17</sup> Vgl. hierzu sogleich unter III.2.

<sup>18</sup> BAG AP Nr. 1 zu § 611 BGB (st. Rspr.); Preis in: Dieterich u.a. (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 11. Aufl. 2011, § 611 Rn. 183, m. w. Nachw.; zu Relativierungen dieser Begriffsbestimmung in Teilbereichen vgl. Richter in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 1. Kap. Rn. 33 f.

<sup>19</sup> Vgl. V. 1); ausführlich zur Fiktion der §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 AÜG und den sich hieraus ergebenden Rechtsfolgen: Kraft in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 2. Kap. Rn. 587 ff.

<sup>20</sup> Richter in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 1. Kap. Rn. 57, m. w. N.

<sup>21</sup> BAG 93, 310, 315; BAG NZW-RR 2007, 424, 425.

<sup>22</sup> BAG NJW 1984, 1985; 1993, 86; NZA 2002, 142; vgl. auch Ignor/Rixen in: Ignor/Rixen, Arbeitsstrafrecht, § 2 Rn. 18.

<sup>23</sup> BVerfG NJW 1996, 2644.

nis.“). Allerdings folgt hieraus jedenfalls, dass zumindest bei jedem Arbeitsverhältnis auch ein sozialversicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis vorliegt, da es sich bei ersterem um einen Unterfall von letzterem handelt.

Das BSG stellt letztlich – ähnlich wie das BAG (s.o.) – im Rahmen einer wertenden Gesamtschau auf die persönliche Abhängigkeit ab und bemüht insoweit ähnliche Kriterien wie das BAG, insbesondere auch die Frage der Eingliederung in den Betrieb sowie die Frage des Weisungsrechts bzgl. Dauer, Zeit, Ort und Art der Ausführung der Tätigkeit.<sup>24</sup> Insoweit sind arbeits- und sozialversicherungsrechtlicher Arbeitnehmer- und demnach *vice versa* auch Arbeitgeberbegriff jedenfalls für entgeltliche Beschäftigung in der Praxis weitgehend deckungsgleich.<sup>25</sup>

### c) Arbeitgeber und Arbeitnehmer im steuerrechtlichen Sinne

Auch wenn der Begriff des Arbeitgebers für das Steuerrecht, insbesondere für das Lohnsteuerabzugsverfahren von erheblicher Relevanz ist (vgl. §§ 38, 39 – 41c, 42b, 42d, 42e, 42f EStG) und das Steuerrecht bekanntlich grundsätzlich nicht mit Reglementierungen und Begriffsbestimmungen geizt, existiert weder im EStG noch in der LStDV eine Legaldefinition des Arbeitgeberbegriffs. In § 1 Abs. 2 S. 1 LStDV werden lediglich die öffentliche Körperschaft, der Unternehmer und der Haushaltsvorstand als Beispiele möglicher Arbeitgeber genannt. Allerdings findet sich in § 1 Abs. 1 S. 1 LStDV eine Legaldefinition des Arbeitnehmers. Hieraus wird in der Rechtsprechung des BFH gefolgert, dass Arbeitgeber im steuerrechtlichen Sinne „*derjenige ist, dem der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung schuldet, unter dessen Leitung er tätig wird oder dessen Weisungen er zu folgen hat*“.<sup>26</sup> Auch insoweit kommt den Kriterien der Weisungsgebundenheit und der organisatorischen Eingliederung maßgebliche Bedeutung zu.<sup>27</sup> Darüber hinaus misst der BFH dem Kriterium des Unternehmerrisikos besondere Bedeutung bei.<sup>28</sup> Mit Blick auf die Eigenständigkeit des steuerlichen Arbeitgeberbegriffs entfaltet die Qualifizierung als Arbeitgeber nach arbeits- oder sozialversicherungsrechtlichen Maßstäben trotz ähnlicher Ansätze zur Begriffsbestimmung allerdings keine Bindungs-, sondern nur Indizwirkung.<sup>29</sup>

## 2) Organ- und Vertreterhaftung (§ 14 StGB bzw. § 9 OWiG)

Bei einer Vielzahl arbeitsstrafrechtlicher Tatbestände handelt es sich um Sonderdelikte, die nur von einem bestimmten Personenkreis, regelmäßig dem Arbeitgeber bzw. dem „Unternehmer“ oder dem Ver- oder Entleiher i.S.d. AÜG begangen werden können. Nur in den selteneren Fällen ist der Arbeitgeber, Unternehmer etc. in der modernen Arbeitswelt aber eine natürliche Person; die meisten Arbeitnehmer sind vielmehr bei Unternehmen beschäftigt, die juristische Personen sind. Insoweit gelten die allgemeinen Grundsätze der Organ- und Vertreterhaftung nach § 14 StGB bzw. § 9 OWiG, wobei insbesondere der Rechtsfigur des faktischen Organs in der Praxis eine nicht unerhebliche Bedeutung zukommt.<sup>30</sup> § 14 StGB und § 9 OWiG sowie erst recht die Grundsätze zur Annahme einer faktischen Organstellung führen insoweit zu einer Ausweitung straf- und bußgeldrechtlicher Haftung: Durch sie werden Personen zu tauglichen Tätern, denen an sich ein täterschaftsbegründendes persönliches Merkmal fehlt.<sup>31</sup>

## IV. Zuständige Behörden

Die Praxis des Arbeitsstrafrechts ist durch einen eigenen „spezifischen Ermittlungsapparat“ gekennzeichnet:

<sup>24</sup> BSGE 87, 53, 55; näher hierzu *Richter* in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 1. Kap. Rn. 36 ff.

<sup>25</sup> *Ignor/Rixen* in: *Ignor/Rixen*, Arbeitsstrafrecht, § 2 Rn. 26.

<sup>26</sup> BFH BB 1995, 1172, 1173.

<sup>27</sup> BFHE 129, 565; 126, 311.

<sup>28</sup> BFH DB 1999, 1044, 1045.

<sup>29</sup> BFH DB 1999, 1044, 1046; zu Einzelfällen, in denen trotz Indizwirkung aufgrund der Besonderheiten des Steuerrechts eine abweichende Behandlung ggü. dem Arbeits- und/oder Sozialversicherungsrecht erforderlich wird, vgl. *Richter* in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 1. Kap. Rn. 45 ff.

<sup>30</sup> Vgl. hierzu bereits die Ausführungen von *Lenger/Apfel*, WiJ 2012, 34, 35 f.; ausführlich hierzu: *Gercke* in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 1. Kap. Rn. 137 ff.

<sup>31</sup> *Venn* in: *Ignor/Rixen*, Arbeitsstrafrecht, § 11 Rn. 1.

Neben der Staatsanwaltschaft (und den Polizeibehörden) ist im Bereich des Arbeitsstrafrechts eine Vielzahl weiterer Behörden sowohl zur Durchführung von Ermittlungen als auch zur Sanktionierung von Ordnungswidrigkeiten berufen.

## 1) Zuständige Behörden im Bereich der illegalen Beschäftigung

### a) Behörden der Zollverwaltung, insbesondere FKS

Im Bereich der Bekämpfung der illegalen Beschäftigung liegt die Federführung seit dem 01.01.2004 bei der „**Finanzkontrolle Schwarzarbeit**“ (FKS),<sup>32</sup> einer beim Zoll angesiedelten Behörde der Bundesfinanzverwaltung mit polizeilichen Befugnissen. Die zentrale Facheinheit der FKS ist seit 2008 bei der Bundesfinanzdirektion West in Köln angesiedelt.<sup>33</sup> Bei 43 Hauptzollämtern werden täglich etwa 6.500 Mitarbeiter im Bereich der Bekämpfung illegaler Beschäftigung eingesetzt.<sup>34</sup>

Zentrale Zuständigkeitsnorm ist § 2 SchwarzArbG, welche den Behörden der Zollverwaltung weitgehende – auch anlass- und verdachtsunabhängige<sup>35</sup> – Prüfaufgaben zuweist, wie z.B. die Kontrolle der Erfüllung sozialversicherungsrechtlicher Meldepflichten, der Rechtmäßigkeit des Bezugs sozialer Leistungen oder des Vorliegens erforderlicher Genehmigungen und Aufenthaltstitel für die Aufnahme einer Beschäftigung. Zur Erfüllung ihrer Prüfungsaufgaben stehen den Zollbehörden weitreichende Kontrollbefugnisse zu, welche u.a. Betretungsrechte und die Befugnis zur Überprüfung von Personen sowie zur Prüfung von Geschäftunterlagen umfassen (§§ 3, 4 SchwarzArbG). § 5 SchwarzArbG statuiert entsprechende Duldungs- und Mitwirkungspflichten der Betroffenen. Wenn sich ein Anfangsverdacht hinsichtlich einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit ergibt, ist die Prüfung nach § 2 SchwarzArbG umgehend abzubrechen und in ein Ermittlungsverfahren überzuleiten.<sup>36</sup>

§ 14 Abs. 1 SchwarzArbG verpflichtet und ermächtigt die Zollbehörden zur Verfolgung derjenigen Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, die in engem Zusammenhang mit den Prüfgegenständen des § 2 Abs. 1 SchwarzArbG stehen; die Norm verleiht den Zollämtern weitreichende Ermittlungsbefugnisse, die denen der Polizeibehörden nach StPO und OWiG entsprechen.<sup>37</sup>

### b) Sonstige zuständige Behörden

Im Bereich der Bekämpfung illegaler Beschäftigung besteht eine weitreichende Pflicht zur Zusammenarbeit unterschiedlicher Behörden.<sup>38</sup> § 2 Abs. 2 SchwarzArbG beinhaltet einen Katalog sog. Zusammenarbeitsbehörden, welche die Behörden der Zollverwaltung generell und permanent zu unterstützen haben.<sup>39</sup> Hierzu zählen u.a. die Finanzbehörden – die insbesondere in Fällen der Beitragsvorenthaltung und der illegalen Beschäftigung wegen der auch steuerrechtlichen Implikation häufig eine tragende Rolle neben der FKS einnehmen –, die Bundesagentur für Arbeit, die Träger der Sozialversicherung etc. Darüber hinaus sind zudem etwa die Einwohnermeldeämter, Gewerbeämter und die Sozialkasse der Bauwirtschaft zu nennen, welche im Rahmen der Bekämpfung illegaler Beschäftigung mit der FKS kooperieren.<sup>40</sup> §§ 6, 13 SchwarzArbG treffen Regelungen zu wechselseitigen Informationspflichten und zur Zusammenarbeit der Behörden mit der Zollverwaltung.

Neben dem Prüfverfahren nach § 2 SchwarzArbG sowie straf- und ordnungswidrigkeitsrechtlichen Ermittlungsverfahren existiert zudem ein gesondertes Betriebsprü-

<sup>32</sup> Drittes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, BGBl. I 2003, 2484; vgl. hierzu auch: *Venn* in: *Ignor/Rixen, Arbeitsstrafrecht*, § 11 Rn. 1; *Thiele, Kriminalistik* 2004, 178 ff.

<sup>33</sup> Elfter Bericht der Bundesregierung über die Auswirkungen des Gesetzes zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung v. 03.07.2009, BT-Drucks. 16/13768, S. 14.

<sup>34</sup> Vgl. die Darstellung zur „Schwarzarbeitsbekämpfung“ auf [www.zoll.de](http://www.zoll.de) [Aug. 2012].

<sup>35</sup> *Lechner* in: *Bayerische Verwaltungsschule* (Hrsg.), *Schwarzarbeit*, 4. Aufl. 2007, S. 37; krit. hierzu *Berwanger* in: *Fehn* (Hrsg.), *SchwarzArbG*, 2006, § 2 Rn. 15.

<sup>36</sup> *Wamers* in: *Fehn, SchwarzArbG*, § 14 Rn. 21; *Boxleitner* in: *Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, 3. Aufl. 2007, Kap. 17 Rn. 15; es gelten dann die Beschuldigten- und Zeugenrechte der StPO bzw. des OWiG, vgl. näher hierzu *Gercke/Kraft* in: *Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht*, 1. Kap. Rn. 210 ff.

<sup>37</sup> *Brüssow/Petri, Arbeitsstrafrecht*, Rn. 500; *Gercke* in: *Böttger* (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht in der Praxis*, 2011, Kap. 11 Rn. 18.

<sup>38</sup> *Harder* in: *Wabnitz/Janovsky, Wirtschaftsstrafrecht*, Kap. 20 Rn. 19.

<sup>39</sup> *Berwanger* in: *Fehn, SchwarzArbG*, § 2 Rn. 35.

<sup>40</sup> *Möhenschlager*, *wistra* 2010 Reg XXVI.

fungsverfahren der Rentenversicherungsträger zur Überwachung der Einhaltung der Meldepflichten zur Sozialversicherung (§ 28p SGB IV).

## 2) Zuständige Behörden im Bereich des Arbeitsschutzes

Der Bereich des Arbeitsschutzes in Deutschland ist geprägt durch ein „duales System“: Während das staatliche Arbeitsschutzrecht (Gesamtheit aller staatlich erlassenen Arbeitsschutznormen) von den staatlichen Arbeitsschutzbehörden überwacht wird, obliegt die Wahrnehmung des Unfallverhütungsrechts als autonomes Satzungsrecht den Unfallversicherungsträgern.<sup>41</sup>

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales als oberste staatliche Arbeitsschutzbehörde wird auf Bundesebene durch die Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin (BAuA) beraten und unterstützt.<sup>42</sup> In den verschiedenen Bundesländern tragen die nach Landesrecht zuständigen obersten Arbeitsschutzbehörden unterhalb der Ebene des jeweils zuständigen Landesministeriums unterschiedliche Bezeichnungen.<sup>43</sup> Gemäß § 22 Abs. 1 ArbSchG (bzw. § 139b GewO) stehen diesen Behörden zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben u.a. Betretungs- und Prüfungsrechte sowie die Befugnis zur Anordnung von Schutzmaßnahmen zu.

Die Beratung und Überwachung der Durchführung von Maßnahmen zur Verhinderung von Arbeitsunfällen obliegt gemäß § 17 SGB VII den Unfallversicherungsträgern (gewerbliche und landwirtschaftliche Berufsgenossenschaften sowie Unfallversicherungsträger der öffentlichen Hand). § 19 Abs. 2 SGB VII sieht hierzu einen Katalog von Betretungs-, Auskunfts-, Einsichts- und Prüfungsrechten vor. Neben der Kooperation mit den staatlichen Arbeitsschutzbehörden und den Betriebs- oder Personalräten (vgl. § 20 SGB VII) erfolgt bei der Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten gemäß § 211 SGB VII u.a. auch eine Zusammenarbeit mit den Zollbehörden, der Bundesagentur für Arbeit, den Krankenkassen und den Finanzbehörden.<sup>44</sup>

## V. Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen, § 266a StGB

Von besonders hoher praktischer Relevanz ist die Strafvorschrift des § 266a StGB, da aufgrund der wenigen objektiven Tatbestandsvoraussetzungen ein Tatnachweis für die Strafverfolgungsbehörden vergleichsweise einfach zu führen ist.<sup>45</sup> Neben dem gesetzlichen Strafrahmen, der Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren (sechs Monate bis zehn Jahre in besonders schweren Fällen) oder Geldstrafe vorsieht, drohen im Fall einer Verurteilung nach § 266a StGB eine Reihe weiterer empfindlicher Konsequenzen, wie etwa der Ausschluss von öffentlichen Aufträgen (§ 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SchwarzArbG), die Eintragung in das Gewerbezentralregister (§ 149 Abs. 2 Nr. 4 GewO) und ggf. in ein sog. Korruptionsregister sowie ein Berufsverbot gemäß § 70 StGB.<sup>46</sup>

### 1) Schutzrichtung der Norm und Täterkreis

Geschütztes Rechtsgut von § 266a Abs. 1, 2 StGB sind die Vermögensinteressen der Sozialversicherungsträger und die Funktionsfähigkeit der Sozialversicherung insgesamt.<sup>47</sup> Diese Normen dienen dagegen nicht dem Schutz der Vermögensinteressen einzelner Arbeitnehmer, sind somit auch keine Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB zu Gunsten der Beschäftigten,<sup>48</sup> eine rechtfertigende Einwilligung des Arbeitnehmers kommt mithin auch weder im

<sup>41</sup> Doms, Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens für den Arbeitsschutz im Betrieb, 2006, S. 28; zur Zusammenarbeit im Rahmen der gemeinsamen Arbeitsschutzstrategie siehe § 20a ArbSchG.

<sup>42</sup> Vgl. baua Aktuell1/09 S. 7 ff., unter [www.baua.de](http://www.baua.de).

<sup>43</sup> Z.B. Landesamt für Arbeitsschutz (Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern), Arbeitsschutzverwaltung bei der Bezirksregierung (Nordrhein-Westfalen); vgl. Adressenliste der staatl. Arbeitsschutzbehörden (Stand Januar 2012), unter [www.baua.de](http://www.baua.de).

<sup>44</sup> Greeve in: Volk, MAH Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, 2006, § 27 Rn. 208.

<sup>45</sup> Eine Aufweichung der Anforderungen an tatrichterliche Feststellungen erfolgte durch BGH NStZ 2011, 161; anders noch BGH wistra 2006, 425, 426; OLG Düsseldorf StV 2009, 193 f.; vgl. näher zu den Anforderungen an tatrichterliche Feststellungen Gercke in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 2. Kap. Rn. 121 ff.

<sup>46</sup> Näher hierzu Gercke, wistra 2012, 291, 292 ff.

<sup>47</sup> Vgl. BT-Drucks. 10/5058 S. 31; BVerfG NJW 2003, 961; BGH wistra 2005, 339.

<sup>48</sup> Ganz h.M., vgl. BGH wistra 2005, 458; OLG Köln NStZ-RR 2003, 212; OLG Hamm NJW-RR 1999, 915; OLG Celle NJW 1992, 190; Fischer, StGB, 59. Aufl. 2012, § 266a Rn. 2 m.w.N.

Falle des Abs. 1 noch des Abs. 2 in Betracht.<sup>49</sup> § 266a Abs. 3 StGB dient hingegen ausschließlich dem Schutz der Vermögensinteressen der Arbeitnehmer.<sup>50</sup>

Täter des § 266a StGB kann nur der Arbeitgeber oder eine ihm gleichgestellte Person sein, es handelt sich um ein echtes Sonderdelikt.<sup>51</sup> Grund hierfür ist, dass (allein) der Arbeitgeber für die Zahlung sowie die ordnungsgemäße Anmeldung und Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen verantwortlich ist (§§ 249 Abs. 1 SGB V, § 58 SGB XI, § 346 Abs. 1 SGB III, 28h Abs. 1 S. 1 SGB IV), ebenso wie für die Berechnung und die erforderlichen Erklärungen (§ 28 f Abs. 3 SGB IV).<sup>52</sup> Damit sind dem Arbeitgeber nicht nur erhebliche Mitwirkungspflichten auferlegt, sondern auch Missbrauchsmöglichkeiten eröffnet, denen strafrechtlich entgegen gewirkt werden soll.<sup>53</sup>

Maßgeblich ist allein die Anstellung sozialversicherungspflichtiger Arbeitnehmer,<sup>54</sup> für die Tätertauglichkeit ist es daher grundsätzlich irrelevant, ob der Arbeitgeber Gewinn erzielt oder dies beabsichtigt.<sup>55</sup> Auf das Bestehen eines wirksamen Arbeitsvertrages kommt es nicht an, es genügt auch ein faktisches Arbeitsverhältnis.<sup>56</sup> Arbeitgeber kann sowohl eine natürliche als auch eine juristische Person sein; im letzteren Fall richtet sich die Haftung nach § 14 StGB (siehe hierzu oben, III. 2.). Nicht Arbeitgeber im Sinne der Norm ist im Falle der zulässigen Arbeitnehmerüberlassung der Entleiher, (strafrechtlich) verantwortlich für die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge bleibt gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 2 AÜG der Verleiher.<sup>57</sup> Bei illegaler Arbeitnehmerüberlassung wird die Arbeitgeberstellung des Entleihers gemäß § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG fingiert, so dass er Täter i.S.d. § 266a StGB sein kann. Daneben gilt nach § 10 Abs. 3 S. 2 AÜG auch der Verleiher als Arbeitgeber, wenn und soweit er die Entlohnung der Leiharbeitnehmer vornimmt.<sup>58</sup> Schließlich werden bestimmte Personen, die eine arbeitgeberähnliche Stellung einnehmen, durch die Regelung des § 266a Abs. 5 StGB dem Arbeitgeber gleichgestellt.

## 2) Die objektiven Straftatbestände des § 266a StGB

### a) § 266a Abs. 1 StGB

Gemäß § 266a Abs. 1 StGB wird bestraft, wer als Arbeitgeber der Einzugsstelle Beiträge des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung (inkl. Arbeitsförderung) vorenthält.

Voraussetzung der Strafbarkeit ist zunächst das Vorliegen eines materiellen Sozialversicherungsverhältnisses in Deutschland, welches kraft Gesetzes mit der Aufnahme einer nichtselbständigen Arbeit (§ 7 Abs. 1 SGB IV) zustande kommt (vgl. §§ 22 SGB IV, 186 Abs. 1 SGB V). Die Beitragspflicht zur Sozialversicherung muss in Deutschland bestehen; stellt ein ausländischer Sozialversicherungsträger eine sog. A1-Bescheinigung (früher: E-101) aus, so ist nach § 5 Abs. 1 SGB IV das deutsche Sozialversicherungsrecht – und damit auch § 266a StGB – unanwendbar.<sup>59</sup> Die Beitragspflicht des Arbeitgebers richtet sich nach den allgemeinen sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften. Von § 266a Abs. 1 StGB werden allein die Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung einschließlich der Arbeitsförderung erfasst, die Teil des Bruttolohns sind. Keine Sozialversicherungspflicht im Sinne von § 266a Abs. 1 StGB besteht im Falle der selbständigen Beschäftigung, eines geringfügig entlohnten Ausbildungsverhältnisses sowie eines freiwilligen sozialen Jahres (vgl. § 20 Abs. 3 SGB IV).<sup>60</sup> Das gleiche gilt grundsätzlich<sup>61</sup> im Fall der geringfügigen Beschäftigung (§ 8 SGB IV).<sup>62</sup> Die Höhe der Beiträge hängt von den einschlägigen Normen der Sozialgesetzbücher in Verbindung mit den Beitragssätzen der jeweiligen Krankenkasse ab; maßgebliche Bezugsgröße ist grundsätzlich das vereinbarte Bruttoentgelt, welches auf der Grundlage von § 14 SGB IV zu

<sup>49</sup> Vgl. LG Fürth NJW 1988, 1857; *Bente* in: Achenbach/Ransiek, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, XII 2 Rn. 44.

<sup>50</sup> LAG Düsseldorf ZIP 2005, 90; *Perron* in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 266a Rn. 2.

<sup>51</sup> *Fischer*, StGB, § 266a Rn. 3.

<sup>52</sup> *Greeve* in: Volk, MAH Wirtschafts- u. Steuerstrafsachen, § 27 Rn. 162.

<sup>53</sup> *Gercke/Leimenstoll*, HRRS 2009, 442 m.w.N.

<sup>54</sup> Vgl. zur Abgrenzung zur Selbständigkeit LG Cottbus, Urt. v. 04.01.2011 – 22 KLs 39/09.

<sup>55</sup> BVerfG NJW 2003, 961.

<sup>56</sup> BGH wistra 2012, 28; BGH wistra 2010, 29; *Köhler* in: Wabnitz/Janovsky, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kap. 7 Rn. 223.

<sup>57</sup> *Krekeler/Werner*, Unternehmer und Strafrecht, 2006, Rn. 909.

<sup>58</sup> BGH NStZ 2001, 599.

<sup>59</sup> BGHSt 51, 124; ausführlich hierzu *Gercke* in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 2. Kap. Rn. 28 ff.

<sup>60</sup> *Gercke/Leimenstoll*, HRRS 2009, 442, 445 m.w.N.

<sup>61</sup> Anders bei Verzicht des Arbeitnehmers auf die Versicherungsfreiheit gemäß § 5 Abs. 2 S. 2 SGB VI.

<sup>62</sup> BGH StV 1993, 364; *Radtke* in: MüKo-StGB, 4. Band, 2006, § 266a Rn. 23.

berechnen ist.<sup>63</sup> Im Falle der (rechtlich zulässigen) Nettolohnabrede wie auch bei (rechtswidriger) Schwarzlohnabrede – eine solche steht der Entstehung eines materiellen Sozialversicherungsverhältnisses nicht entgegen (vgl. §§ 7, 22 SGB IV) – ist das gem. § 14 Abs. 2 SGB IV aus dem ausgezahlten Nettobetrag hochzurechnende Bruttogehalt als Beitragsbemessungsgrundlage heranzuziehen.<sup>64</sup>

Ein tatbestandliches Vorenthalten liegt vor bei Unterlassen der Zahlung der Beiträge spätestens am Fälligkeitstag (grds. drittletzter Bankarbeitstag des laufenden Monats); ein darüber hinausgehendes Unrechtselement ist nicht erforderlich.<sup>65</sup> Eine Stundung des Lohnanspruchs des Arbeitnehmers schiebt die Fälligkeit ebenso auf wie eine (vorhergehende) Stundung durch die Einziehungsstelle.<sup>66</sup> Eine bloße stillschweigende Duldung der nicht fristgerechten Zahlung oder eine erst im Nachhinein vereinbarte Stundung heben die bereits eingetretene Strafbarkeit hingegen nicht auf.<sup>67</sup> Auch eine verspätete Zahlung wird sich regelmäßig nur noch als Schadenswiedergutmachung bei der Strafzumessung mildernd auswirken.<sup>68</sup> Die Strafbarkeit setzt nicht voraus, dass eine (zumindest teilweise) Lohnauszahlung an die Arbeitnehmer erfolgt.<sup>69</sup> Auch die (nur) teilweise Nichtbezahlung fälliger Beiträge ist tatbestandsmäßig;<sup>70</sup> Teilzahlungen sind allerdings auch ohne ausdrückliche Bestimmung derart zu berücksichtigen, dass eine Strafbarkeit so weitgehend wie möglich ausgeschlossen wird.<sup>71</sup>

Als echtes Unterlassungsdelikt setzt § 266a Abs. 1 StGB für den Arbeitgeber die Möglichkeit und Zumutbarkeit der Erfolgsabwendung voraus.<sup>72</sup> Bei Zahlungsunfähigkeit im Zeitpunkt der Fälligkeit kann es daran fehlen.<sup>73</sup> Da Sozialversicherungsbeiträge vorrangig zu entrichten sind, führen Überschuldung oder nur partielle Zahlungsunfähigkeit allerdings nicht zwingend zum Tatbestandsausschluss, sondern erst bei finanziellem Unvermögen des Arbeitgebers hinsichtlich der konkret benötigten Mittel zur Abführung nur der Arbeitnehmeranteile.<sup>74</sup> Auch bei tatsächlicher Zahlungsunfähigkeit zum Fälligkeitszeitpunkt ist jedoch eine Strafbarkeit nach § 266a Abs. 1 StGB dann nicht ausgeschlossen, wenn der Arbeitgeber es im Vorfeld bei Anzeichen von Liquiditätsproblemen pflichtwidrig und vorwerfbar unterlassen hat, Sicherungsvorkehrungen für die Zahlung der Arbeitnehmerbeiträge zu treffen,<sup>75</sup> insbesondere wenn er andere Gläubiger inkongruent befriedigt oder Gelder beiseite geschafft hat.<sup>76</sup> Umstritten ist, ob der Pflicht zur Abführung der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung ein (auf die Strafbewehrung des § 266a StGB zurückzuführender) absoluter Vorrang vor anderen Verbindlichkeiten zukommt.<sup>77</sup> Nach wenig überzeugender, gleichwohl aber herrschender Auffassung ist eine Strafbarkeit nach § 266a StGB auch dann zu bejahen, wenn der Arbeitgeber vor Fälligkeit der Beiträge Gelder anderweitig verwendet und Ansprüche anderer Gläubiger (kongruent) befriedigt, und so (sehenden Auges) seine Zahlungsunfähigkeit herbeiführt.<sup>78</sup> Auch nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung soll allerdings während des Laufs der dreiwöchigen Insolvenzantragsfrist eine Ausnahme von diesem grundsätzlichen Vorrang gelten.<sup>79</sup> Nach allgemeinen Grundsätzen entfällt die Straf-

<sup>63</sup> Wiedner in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2011, § 266a Rn. 30.

<sup>64</sup> BGHSt 30, 265, 266; BGH wistra 2011, 344; BGH wistra 2009, 107.

<sup>65</sup> Fischer, StGB, § 266a Rn. 11.

<sup>66</sup> Bittmann in: Bittmann, Insolvenzstrafrecht, 2004, § 21 Rn. 67.

<sup>67</sup> Köhler in: Wabnitz/Janovsky, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kap. 7 Rn. 235.

<sup>68</sup> OLG Dresden GmbHR 1997, 647.

<sup>69</sup> Fischer, StGB, § 266a Rn. 12 m.w.N.; Saliger in: SSW-StGB, 2009, § 266a Rn. 15.

<sup>70</sup> Perron in: Schönke/Schröder, § 266a Rn. 9.

<sup>71</sup> Vgl. hierzu BGH NSTz 1990, 588; BayObLG NSTz-RR 1999, 142; Saliger in: SSW-StGB, § 266a Rn. 16; Wegner, wistra 2000, 35 ff.; a.A. BGH(Z) NJW 1998, 1485.

<sup>72</sup> BGHSt 47, 318, 320; BGH NJW 1997, 134; Esser in: AnwK-StGB, 2011, § 266a Rn. 63.

<sup>73</sup> BGHSt 47, 318, 320; BGHZ 134, 304, 307; Radtke in: MüKo-StGB, § 266a Rn. 39.

<sup>74</sup> BGH wistra 1997, 64; OLG Köln wistra 1997, 231.

<sup>75</sup> Vgl. BGH NJW 2002, 1123, 1125; OLG Köln wistra 1997, 231; Esser in: AnwK-StGB, § 266a Rn. 64 ff.; Wittig in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 2010, § 266a Rn. 17; Wegner, wistra 1998, 283, 290 f. (Ausschluss der Berufung auf die Unmöglichkeit).

<sup>76</sup> Fischer, StGB, § 266a Rn. 15a; Perron in: Schönke/Schröder, § 266a Rn. 10 m.w.N.

<sup>77</sup> Ausführlich hierzu Gercke in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 2. Kap. Rn. 54 ff. sowie Ischebeck, Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen i.S.v. § 266a StGB während der materiellen Insolvenz der GmbH, 2009.

<sup>78</sup> BGHSt 46, 318; BGH NJW 1997, 1237; OLG Celle wistra 1996, 115, Perron in: Schönke/Schröder, § 266a Rn. 10; Radtke in: MüKo-StGB, § 266a Rn. 39; Bittmann, wistra 1999, 441, 449; Rönna, wistra 1997, 13, 16; Wegner, wistra 1998, 289.

<sup>79</sup> BGHSt 48, 307; Fischer, StGB, § 266a Rn. 17; Bittmann, wistra 2004, 327 ff.

barkeit schließlich, wenn dem Arbeitgeber die Abführung der Arbeitnehmerbeiträge – beispielsweise bei Gefahr für höchstpersönliche Rechtsgüter – nicht zumutbar ist.<sup>80</sup>

#### b) § 266a Abs. 2 StGB

§ 266a Abs. 2 StGB sanktioniert das Nichtabführen von Arbeitgeberanteilen zur Sozialversicherung. Erfasst werden auch solche Beiträge, die vom Arbeitgeber allein zu tragen sind (z.B. die Unfallversicherung nach § 150 Abs. 1 SGB VII),<sup>81</sup> nicht aber Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung geringfügig Beschäftigter in Privathaushalten.<sup>82</sup> Neben der Nichtabführung der Beiträge setzt der Tatbestand auch eine Verletzung sozialversicherungsrechtlicher Erklärungspflichten voraus,<sup>83</sup> welche zudem in ursächlichem Zusammenhang zum Vorenthalten der Beiträge stehen muss.<sup>84</sup> Anders als im Anwendungsbereich des Abs. 1 besteht kein Vorrang der Beitragsabführung gegenüber anderen zivilrechtlichen Verbindlichkeiten.<sup>85</sup>

§ 266a Abs. 2 Nr. 1 StGB erfasst das Vorenthalten von Arbeitgeberanteilen zur Sozialversicherung, wenn dieses darauf beruht, dass der Arbeitgeber gegenüber der zuständigen Einzugsstelle unrichtige oder unvollständige Angaben über Tatsachen macht, die Einfluss auf Grund und/oder Höhe der Sozialversicherungsbeiträge haben können.<sup>86</sup> § 266a Abs. 2 Nr. 2 StGB ist beim Unterlassen verbindlich vorgeschriebener Angaben gegenüber den Sozialversicherungsträgern einschlägig, welches auch im Falle nicht rechtzeitiger Übermittlung mitteilungspflichtiger Tatsachen vorliegen kann;<sup>87</sup> eine Täuschung oder Irrtumserregung bei der Einzugsstelle ist nicht erforderlich.<sup>88</sup>

#### c) § 266a Abs. 3 StGB

§ 266a Abs. 3 StGB stellt das Nichtabführen von (nicht von Abs. 1 erfassten) Lohnbestandteilen unter Strafe, die der Arbeitgeber – bei tatsächlicher Auszahlung des (entsprechend gekürzten) Arbeitsentgelts<sup>89</sup> – einbehalten und entgegen einer (auch vertraglichen) Verpflichtung nicht an einen Dritten abgeführt hat (z.B. Pfändungen, vermögenswirksame Leistungen, Beiträge zu Versicherungen etc.).<sup>90</sup> Der Tatbestand setzt weiterhin voraus, dass dem betroffenen Arbeitnehmer das Unterlassen der jeweiligen Zahlung verheimlicht wird;<sup>91</sup> mithin reicht eine (auch formlose) Unterrichtung des Arbeitnehmers unverzüglich nach Fälligkeit aus, um die Verwirklichung des Tatbestands zu vermeiden.<sup>92</sup>

### 3) Subjektiver Tatbestand/Irrtümer

In subjektiver Hinsicht setzt § 266a (Abs. 1-3) StGB zumindest bedingten Vorsatz voraus, welcher naturgemäß sämtliche (vorgenannten) Merkmale des objektiven Tatbestands (ggf. einschließlich der Anzeichen von Liquiditätsproblemen im Vorfeld) umfassen muss.<sup>93</sup> Auch in Fällen der zulässigen Delegation der Beitragsabführung, in denen den Geschäftsführer (nur) eine Überwachungspflicht trifft, muss dieser mithin Vorsatz hinsichtlich der Nichtabführung der Beiträge haben.<sup>94</sup> Versucht der Arbeitgeber zumindest – wenn auch erfolglos –, die Beiträge abzuführen, so fehlt es dann am Vorsatz, wenn er dabei auf den Zahlungserfolg vertraut hat.<sup>95</sup> Bei irriger Annahme einer Unmöglichkeit der Beitragsabführung oder einer (vermeintlichen) Stundung liegt ebenso ein vorsatzausschließender Tatbestandsirrtum vor wie im Fall der Unkenntnis eines Beschäftigungsverhältnisses oder des Fälligkeitszeitpunk-

<sup>80</sup> Perron in: Schönke/Schröder, § 266a Rn. 10; Gercke/Leimenstoll, HRRS 2009, 442, 447.

<sup>81</sup> Fischer, StGB, § 266a Rn. 19.

<sup>82</sup> BT-Drucks. 15/2573, S. 28; insoweit kann aber eine Ordnungswidrigkeit nach §§ 111 SGB V, 209 SGB VII in Betracht kommen.

<sup>83</sup> Radtke in: MüKo-StGB, § 266a Rn. 51; es werden so auch betrugsähnliche Konstellationen unter Strafe gestellt, in denen mangels konkreter diesbezüglicher (Fehl-)Vorstellungen seitens der Sozialversicherungsträger eine Strafbarkeit gemäß § 263 StGB regelmäßig nicht in Betracht kommt.

<sup>84</sup> Gercke/Leimenstoll, HRRS 2009, 442, 447.

<sup>85</sup> Rönnau/Kirch-Heim, wistra 2005, 321, 326.

<sup>86</sup> Krekeler/Werner, Unternehmer und Strafrecht, Rn. 922.

<sup>87</sup> BT-Drucks. 15/2573, S. 28; Kühl in Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. 2011, § 266a Rn. 12.

<sup>88</sup> Fischer, StGB, § 266a Rn. 21a.

<sup>89</sup> Radtke in: MüKo-StGB, § 266a Rn. 57.

<sup>90</sup> Perron in: Schönke/Schröder, § 266a Rn. 13.

<sup>91</sup> Krekeler/Werner, Unternehmer und Strafrecht, Rn. 926.

<sup>92</sup> Fischer, StGB, § 266a Rn. 22b.

<sup>93</sup> BGH NJW 1992, 177, 178; Bente in: Achenbach/Ransiek, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, XII 2 Rn. 41.

<sup>94</sup> Pananis in: Ignor/Rixen, Arbeitsstrafrecht, § 6 Rn. 14.

<sup>95</sup> Vgl. BGH NJW 1992, 177, 179 zur versuchten Zahlung mit einem später nicht eingelösten Scheck.

tes.<sup>96</sup> Die Einholung eines (fehlerhaften) Rechtsrats bei einer nicht offensichtlich unzuständigen Behörde kann die Schuld des Betroffenen entfallen lassen;<sup>97</sup> ein Irrtum über das Vorliegen (und den Umfang) der Pflicht zur Abführung der Sozialversicherungsbeiträge oder die Eigenschaft als Arbeitgeber<sup>98</sup> stellt bei Kenntnis aller pflichtbegründenden Umstände nur einen – in der Regel vermeidbaren – Verbotsirrtum dar.<sup>99</sup>

#### 4) Besonders schwere Fälle, § 266a Abs. 4 StGB

§ 266a Abs. 4 S. 2 StGB enthält einen – nicht abschließenden – Katalog von Regelbeispielen, dem (nur) eine indizielle Wirkung zukommt.<sup>100</sup> Er beinhaltet als benannte besonders schwere Fälle das Vorenthalten von Beiträgen großen Ausmaßes aus grobem Eigennutz (Nr. 1),<sup>101</sup> die fortgesetzte Beitragsvorenthaltung unter Verwendung nachgemachter oder verfälschter Belege (Nr. 2) sowie das Ausnutzen der Mithilfe eines Amtsträgers, der seine Befugnisse oder seine Stellung missbraucht (Nr. 3). Auf eine Aufnahme des Strafschärfungsgrundes der Gewerbsmäßigkeit – welche dem Tatbestand des § 266a StGB grundsätzlich immanent ist – hat der Gesetzgeber bewusst verzichtet; die Annahme eines – auch unbenannten – besonders schweren Falles gemäß § 266a Abs. 4 StGB kommt insoweit daher regelmäßig nicht in Betracht.<sup>102</sup>

#### 5) Strafbefreiende Selbstanzeige, § 266a Abs. 6 StGB

In § 266a Abs. 6 StGB hat der Gesetzgeber die Möglichkeit einer strafbefreienden Selbstanzeige vorgesehen. Umstritten ist, ob diese Regelung trotz des eng gefassten Wortlauts großzügig auszulegen ist, um der gesetzgeberischen Intention und dem Gedanken der Unrechts- und Schuldinderung Rechnung zu tragen,<sup>103</sup> oder ob dies wegen der vom Gesetzgeber bewusst aufgenommenen Unterschiede zu § 371 AO abzulehnen ist.<sup>104</sup>

Gemäß § 266a Abs. 6 S. 1 StGB kann das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen von einer Strafe absehen, wenn sich der Arbeitgeber der Einzugsstelle durch schriftliche Mitteilung rechtzeitig<sup>105</sup> und vollständig offenbart. Erforderlich ist eine Angabe zur Höhe der abzuführenden Beiträge sowie eine nachvollziehbare Begründung dafür, dass der Arbeitgeber trotz ernsthafter Bemühungen zur fristgerechten Beitragszahlung nicht in der Lage ist.<sup>106</sup> Nach § 266a Abs. 6 S. 2 StGB tritt – zwingend – Straffreiheit ein, wenn die ausstehenden Beiträge innerhalb einer dem Arbeitgeber von der Einzugsstelle gesetzten Frist bezahlt werden, und eine ordnungsgemäße schriftliche Mitteilung an die Einzugsstelle im Sinne des S. 1 vorliegt.<sup>107</sup>

#### 6) Konkurrenzen

Das Verhältnis von § 266a Abs. 1 zum (Beitrags-)Betrug war lange Zeit umstritten.<sup>108</sup> Inzwischen ist es aber unstrittig, dass § 266a StGB als *lex specialis* Vorrang gegenüber § 263 StGB hat; dies gilt sowohl für Fälle des § 266a Abs. 2 StGB als auch für Fälle des Abs. 1.<sup>109</sup> Allenfalls dort, wo der Schutzbereich des Betrugs weiter gefasst ist, verbleiben mögliche Anwendungsfälle.<sup>110</sup> Einen solchen hat der BGH in einer jüngeren Entscheidung bereits angedeutet: Wird eine durch Täuschung erschlichene A1-Bescheinigung (s.o.), die während ihres Vorliegens Pflichten i.S.d. § 266a StGB nicht entstehen lässt und eine Verfolgung nach deut-

<sup>96</sup> Fischer, StGB, § 266a Rn. 23.

<sup>97</sup> BGH NStZ 2000, 364 f.

<sup>98</sup> Vgl. hierzu BGH wistra 2010, 29, 30.

<sup>99</sup> BGHZ 133, 370, 381; Radtke in: MüKo-StGB, § 266a Rn. 61; Bente in: Achenbach/Ransiek, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, XII 2 Rn. 46; a.A. Perron in: Schönke/Schröder, § 266a Rn. 17, wonach sich der Vorsatz auch auf die Rechtspflicht selbst beziehen soll.

<sup>100</sup> Radtke in: MüKo-StGB, § 266a Rn. 72; Gercke/Leimenstoll, HRRS 2009, 442, 448.

<sup>101</sup> Das Merkmal des großen Ausmaßes ist im Einzelnen sehr umstritten, vgl. näher hierzu Gercke in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 2. Kap. Rn. 84.

<sup>102</sup> BGH wistra 2007, 307; Steinberg, wistra 2009, 55, 57.

<sup>103</sup> Radtke in: MüKo-StGB, § 266a Rn. 78; Brüssow/Petri, Arbeitsstrafrecht, Rn. 200; Joecks, wistra 2004, 441, 443.

<sup>104</sup> Fischer, StGB, § 266a Rn. 30 ff.; Perron in: Schönke/Schröder, § 266a Rn. 21; Laitenberger, NJW 2004, 2703 ff.

<sup>105</sup> Vgl. näher hierzu die Darstellung bei Gercke/Leimenstoll, HRRS 2009, 442, 450.

<sup>106</sup> Vgl. BT-Drucks. 10/318 S. 31; Perron in: Schönke/Schröder, § 266a Rn. 24.

<sup>107</sup> BT-Drucks. 10/318 S. 30; BGH wistra 1990, 353.

<sup>108</sup> Vgl. hierzu die ausführliche Darstellung bei Gercke in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 2. Kap. Rn. 102 ff.

<sup>109</sup> BT-Drucks. 14/2573, S. 32; Radtke in: MüKo-StGB, § 266a Rn. 84.

<sup>110</sup> Krekeler/Werner, Unternehmer und Strafrecht, Rn. 937.

schem Recht grundsätzlich ausschließt, wieder zurückgenommen, so kommt eine Strafverfolgung wegen Betruges zu Lasten deutscher Sozialversicherungsträger in Betracht.<sup>111</sup>

Zur Steuerhinterziehung steht § 266a StGB in Tatmehrheit,<sup>112</sup> ebenso zu Ordnungswidrigkeiten nach § 404 Abs. 2 Nr. 3 SGB III bzw. Straftaten nach §§ 10, 11 SchwarzArbG<sup>113</sup> sowie Ordnungswidrigkeiten nach § 23 AEntG.<sup>114</sup> Mit Bankrottstraftaten kann je nach Umständen Tateinheit (z.B. Beiseiteschaffen von Vermögenswerten zugleich als schuldhaftes Vorverhalten im Sinne des § 266a Abs. 1 StGB, s.o.) oder Tatmehrheit gegeben sein.<sup>115</sup>

## VI. Illegale Beschäftigung

Bei illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit handelt es sich um eine Form der Wirtschaftskriminalität, durch welche dem Gemeinwesen ein erheblicher Schaden zugefügt wird; diese Delikte werden mit zunehmender Vehemenz verfolgt und mit empfindlichen Sanktionen belegt.<sup>116</sup>

### 1) Illegale Ausländerbeschäftigung und -erwerbstätigkeit nach § 404 SGB III

Aus dem Ordnungswidrigkeitenkatalog des § 404 SGB III (insges. 28 einzelne OWI-Tatbestände) kommt den Regelungen des Abs. 2 Nr. 3 und 4 sowie des Abs. 1 für den Bereich der illegalen Beschäftigung besondere Bedeutung zu.

#### a) Illegale Beschäftigung eines Arbeitnehmers (§ 404 Abs. 2 Nr. 3 SGB III)

§ 404 Abs. 2 Nr. 3 SGB III sanktioniert die Beschäftigung von Ausländern ohne erforderliche Arbeitsgenehmigung bei (Neu-)EU-Bürgern bzw. ohne Aufenthaltstitel bei Nicht-EU-Bürgern; die Norm gilt als Grundtatbestand der illegalen Beschäftigung.<sup>117</sup>

Voraussetzung ist zunächst die Beschäftigung (unselbständige Arbeit) eines Ausländers; aufgrund der Fiktion der Arbeitgeberstellung des Entleihers nach §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 S. 1 AÜG kann eine solche auch in den Fällen unzulässiger Arbeitnehmerüberlassung vorliegen. Gemäß § 4 Abs. 3 AufenthG unterliegt die Erwerbstätigkeit von Ausländern grundsätzlich einer Genehmigungspflicht; dies gilt nicht für freizügigkeitsberechtigte Staatsangehörige der Europäischen Union – mit Einschränkungen für neu beigetretene Staaten (§ 284 Abs. 1 SGB III) – und des Europäischen Wirtschaftsraums sowie im Falle von Freizügigkeitsabkommen.<sup>118</sup> Sofern ein wirksamer Aufenthaltstitel bzw. eine wirksame Arbeitsgenehmigung vorliegt, ist zu prüfen, ob sich die ausgeübte Beschäftigung im Rahmen der erteilten Genehmigung hält.<sup>119</sup>

Der Tatbestand der illegalen Ausländerbeschäftigung kann sowohl vorsätzlich als auch fahrlässig verwirklicht werden. Aufgrund der häufig gegebenen Beweisschwierigkeiten wird in der Praxis regelmäßig auf die fahrlässige Tatbestandsverwirklichung zurückgegriffen, wobei die Rechtsprechung hier ein hohes Maß an Prüfpflichten für den Arbeitgeber anlegt.<sup>120</sup>

#### b) Illegale Ausübung einer Beschäftigung (§ 404 Abs. 2 Nr. 4 SGB III)

Die Regelung des § 404 Abs. 2 Nr. 4 SGB III stellt gewissermaßen das „Spiegelbild“ zur illegalen Beschäftigung eines Arbeitnehmers dar. Die Norm richtet sich an den Arbeitnehmer, der eine Beschäftigung ohne Arbeitsgenehmigung nach § 284 Abs. 1 SGB III bzw. ohne Aufenthaltstitel nach § 4 Abs. 3 AufenthG ausübt.

<sup>111</sup> Vgl. BGH wistra 2007, 65, 68.

<sup>112</sup> BGH StV 2006, 14.

<sup>113</sup> OLG Stuttgart NStZ 1982, 514; Perron in: Schönke/Schröder, § 266a Rn. 28.

<sup>114</sup> BGH PStR 2012, 137.

<sup>115</sup> Radtke in: MüKo-StGB, § 266a Rn. 67.

<sup>116</sup> Kraft/Adamski, NZBau 2011, 321.

<sup>117</sup> Mosbacher in: Achenbach/Ransiek, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, XII 4 Rn. 32.

<sup>118</sup> Näher zum Prüfungskomplex betreffend Notwendigkeit, Erteilung, Wirksamkeit, Erlöschen und Beschränkung einer Arbeitserlaubnis etc. Gercke in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 2. Kap. Rn. 148 ff.

<sup>119</sup> Vgl. hierzu Mosbacher in: Ignor/Rixen Arbeitsstrafrecht, § 4 Rn. 63.

<sup>120</sup> Vgl. etwa BayObLG wistra 2000, 317.

**c) Mittelbare illegale Beschäftigung eines Arbeitnehmers (§ 404 Abs. 1 SGB III)**

Gemäß § 404 Abs. 1 SGB III haftet auch der (Haupt-)Unternehmer, welcher Werk- oder Dienstleistungen in erheblichem Umfang von einem Subunternehmer (Abs. 1 Nr. 1) bzw. einem Sub-Subunternehmer (Abs. 1 Nr. 2) ausführen lässt.<sup>121</sup> Mit dieser Regelung wollte der Gesetzgeber wirtschaftliche Vorteile des Betreffenden durch die Auftragsvergabe an Subunternehmer verhindern, die nur wegen der illegalen Ausländerbeschäftigung günstige Angebote machen können.<sup>122</sup> Dieser Regelung kommt gerade in der Baubranche, in welcher der Einsatz von Subunternehmen üblich ist, große Bedeutung zu.

Der Tatbestand kann vorsätzlich und fahrlässig verwirklicht werden. Insbesondere mit Blick auf die empfindliche Bebußung (bis EUR 500.000,00) empfiehlt sich für den Hauptunternehmer gerade bei Großaufträgen, bei denen er sich mehrerer Subunternehmer bedient, eine sorgfältige Überwachung. Besondere Prüfpflichten treffen den Hauptunternehmer allerdings grundsätzlich nur bei verdachtsbegründenden Anhaltspunkten, die Anforderung dürfen insoweit nicht überspannt werden.<sup>123</sup>

**2) Illegale Beauftragung und Erwerbstätigkeit eines Ausländers nach § 98 Abs. 2a und Abs. 3 Nr. 1 AufenthG**

§ 98a Abs. 2a AufenthG sanktioniert die vorsätzliche oder fahrlässige illegale Beauftragung eines Ausländers mit einer nachhaltigen entgeltlichen Dienst- oder Werkleistung, die dieser auf Gewinnerzielung ausgerichtet ausübt.<sup>124</sup> Durch das Kriterium der Nachhaltigkeit hat der Gesetzgeber nur gelegentliche Hilfeleistungen, reine Gefälligkeiten gegen kein bzw. nur geringes Entgelt, Nachbarschaftshilfe und ähnliche Gelegenheitssituationen vom Anwendungsbereich der Vorschrift ausgenommen.<sup>125</sup> Auf Seiten des beauftragten Ausländers ist Gewinnerzielungsabsicht erforderlich; auf eine tatsächliche Entlohnung kommt es hingegen nicht an.<sup>126</sup> Angesichts von Beweisschwierigkeiten wird auch bei § 98 Abs. 2a AufenthG in der Praxis regelmäßig auf eine fahrlässige Nichtkenntnis der fehlenden Erlaubnis abgestellt.

„Spiegelbildlich“ zu dieser Regelung sanktioniert § 98 Abs. 3 Nr. 1 AufenthG die illegale Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit (eines Ausländers) ebenfalls als Ordnungswidrigkeit.

**3) Tatbestände nach dem SchwarzArbG**

Das SchwarzArbG in seiner aktuellen Fassung, als ein Element des Gesetzes zur Intensivierung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und damit zusammenhängender Steuerhinterziehung verabschiedet, ist zum 01.08.2004 in Kraft getreten.<sup>127</sup> In § 1 Abs. 2 SchwarzArbG ist erstmals der Begriff der Schwarzarbeit als das Erbringen oder die Inanspruchnahme von Dienst- oder Werkleistungen unter Missachtung steuerrechtlicher oder sozialversicherungsrechtlicher Pflichten legal definiert.<sup>128</sup>

**a) Ordnungswidrigkeiten nach § 8 SchwarzArbG**

§ 8 SchwarzArbG sanktioniert den Verstoß gegen gesetzliche Mitteilungspflichten zu Sozialleistungen (Abs. 1 Nr. Buchst. 1 a - c) und gewerbe- bzw. handwerksrechtliche Vorgaben (Abs. 1 Nr. 1 Buchst. d und e), die Beauftragung eines anderen mit der Erbringung von Leistungen unter vorsätzlichem Verstoß gegen diese Regelungen (Abs. 1 Nr. 2) und den Verstoß gegen die Pflicht zur Mitwirkung bei Kontrollen, zur Vorlage von Dokumenten und zur Übermittlung von Daten (Abs. 2) als Ordnungswidrigkeiten.<sup>129</sup> Die Norm nimmt als zentral im SchwarzArbG verankerte Bußgeldvorschrift in den einzelnen Tatbeständen des Abs. 1 Nr. 1 jeweils Bezug auf den Regelungsgehalt originär sozial-, gewerbe- oder handwerksrechtli-

<sup>121</sup> Näher zu den Begriffen der „Werk- und Dienstleistungen“ sowie des „erheblichen Umfangs“ siehe die Darstellung bei Gercke in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, Kap. 2 Rn. 204 ff.

<sup>122</sup> BT-Drucks. 12/7563, S. 7 ff.

<sup>123</sup> So auch *Amb* in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 189. Aufl. 2012 (Loseblatt), § 404 SGB III Rn. 6d.

<sup>124</sup> Zur Genehmigungspflicht der Erwerbstätigkeit eines Ausländers s. o. die Ausführungen zu § 404 SGB III.

<sup>125</sup> BT-Drucks. 16/5065, S. 159.

<sup>126</sup> *Mosbacher* in: Achenbach/Ransiek, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, XII 4 Rn. 155.

<sup>127</sup> BGBl. I 2004, 1842

<sup>128</sup> BT-Drucks. 15/3497; *Joecks*, *wistra* 2004, 441, 442; *Kossens*, BB-Special 2/2004, 2 f.

<sup>129</sup> Ausführlich zu den Voraussetzungen der einzelnen Tatbestände Gercke in: Böttger, Wirtschaftsstrafrecht, Kap. 11 Rn. 68 ff.

cher Vorschriften aus unterschiedlichen Gesetzen. Während die Tatbestände in Abs. 1 Vorsatz erfordern, reicht für die Begehung einer Ordnungswidrigkeit nach Abs. 2 eine fahrlässige Begehungsweise aus.

**b) Erschleichen von Sozialleistungen in Zusammenhang mit der Erbringung von Dienst- oder Werkverträgen (§ 9 SchwarzArbG)**

Nach § 9 SchwarzArbG werden Verstöße gegen Mitteilungspflichten zu Sozialleistungen nach § 8 Abs.1 Nr. 1 Buchst. a - c SchwarzArbG dann als Vergehen geahndet, wenn der Betreffende infolge des Verstoßes gegen die Mitteilungspflichten tatsächlich entsprechende Leistungen nach dem SGB oder dem Asylbewerbergesetz<sup>130</sup> zu Unrecht bezieht. Die Erregung eines Irrtums ist nicht Voraussetzung des Tatbestandes.<sup>131</sup> In subjektiver Hinsicht genügt Eventualvorsatz; bei bloßer Fahrlässigkeit verbleibt es bei einer Ordnungswidrigkeit.

**c) Beschäftigung von Ausländern ohne Genehmigung oder ohne Aufenthaltstitel (§ 10 SchwarzArbG)**

Die illegale Beschäftigung von Ausländern zu ungünstigen Arbeitsbedingungen wird nach § 10 Abs. 1 SchwarzArbG als Vergehen geahndet, der die Vorschrift des § 404 Abs. 2 Nr. 3 SGB III (s.o.) zu einem Straftatbestand erweitert.

Täter kann nur ein Arbeitgeber sein. Die (illegale) Beschäftigung des Ausländers muss zu Bedingungen erfolgen, die in einem auffälligen Missverhältnis zu den Arbeitsbedingungen deutscher Arbeitnehmer stehen, was anhand einer Gesamtbetrachtung zu überprüfen ist. Eine Strafbarkeit setzt Vorsatz hinsichtlich aller Tatbestandsmerkmale – insbesondere auch ein Bewusstsein der erheblich besseren Arbeitsbedingungen vergleichbarer deutscher Arbeitnehmer – voraus.<sup>132</sup>

Die Regelbeispiele der Gewerbsmäßigkeit sowie des groben Eigennutzes begründen gemäß § 10 Abs. 2 einen besonders schweren Fall, der einen erhöhten Strafraum von 6 Monaten bis 5 Jahren nach sich zieht.

**d) Erwerbstätigkeit von Ausländern ohne Genehmigung oder ohne Aufenthaltstitel in größerem Umfang (§ 11 SchwarzArbG)**

**aa) Illegale Beschäftigung/Beauftragung von Ausländern in größerem Umfang (§ 11 Abs. 1 Nr. 1 SchwarzArbG)**

Die Regelung des § 11 Abs. 1 Nr. 1 SchwarzArbG stellt als Erweiterung zu § 404 Abs. 2 Nr. 3 und 4 SGB III sowie § 98a Abs. 2a, Abs. 3 Nr. 1 AufenthG die vorsätzliche illegale Beschäftigung oder Beauftragung einer Mehrzahl von Ausländern unter Strafe. Täter kann auch hier nur der Arbeitgeber bzw. nur der Auftraggeber sein. Tathandlung ist die gleichzeitige Beschäftigung von mindestens sechs Ausländern ohne Aufenthaltstitel bzw. ohne Arbeitsgenehmigung, ferner die Beauftragung der gleichen Anzahl illegaler Ausländer mit nachhaltigen entgeltlichen, in Gewinnerzielungsabsicht erbrachten Dienst- oder Werkleistungen.<sup>133</sup>

**bb) Beharrliche Wiederholung der illegalen Beschäftigung/Beauftragung von Ausländern (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. 2 a u. c SchwarzArbG)**

Die Ordnungswidrigkeitentatbestände des § 404 Abs. 2 Nr. 3 SGB III sowie des § 98 Abs. 2a AufenthG werden im Falle vorsätzlich begangener beharrlicher Verstöße durch § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a und c SchwarzArbG zu Straftatbeständen qualifiziert. Beharrlichkeit setzt als täterbezogenes Merkmal eine besondere Hartnäckigkeit voraus, in der eine gesteigerte Missachtung oder Gleichgültigkeit gegenüber dem gesetzlichen Verbot zum Ausdruck kommt und die eine Gefahr weiterer Verstöße indiziert.<sup>134</sup>

<sup>130</sup> Leistungerschleichung nach anderen Gesetzen wird hingegen nicht erfasst, vgl. *Fehn* in: *Fehn, SchwarzArbG*, §§ 8, 9 Rn. 29.

<sup>131</sup> Vgl. *Fehn* in: *Fehn, SchwarzArbG*, §§ 8, 9 Rn. 30; liegt ein Irrtum vor, ist die Vorschrift subsidiär zu § 263 StGB.

<sup>132</sup> *Brüssow/Petri, Arbeitsstrafrecht*, Rn. 461.

<sup>133</sup> *Mosbacher* in: *Ignor/Rixen, Handbuch Arbeitsstrafrecht*, § 4 Rn. 153.

<sup>134</sup> BGH GewArch 1992, 179 ff.

**cc) Beharrliche Wiederholung der vorsätzlichen illegalen Erwerbstätigkeit eines Ausländers (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. 2 b u. d SchwarzArbG)**

§ 11 Abs. 1 Nr. Buchst. 2 b und d SchwarzArbG stellen die beharrliche Wiederholung der vorsätzlichen unselbständigen und selbständigen Erwerbstätigkeit eines Ausländers ohne Genehmigung oder ohne Aufenthaltstitel unter Strafe und richten sich damit wie die zugrundeliegenden Ordnungswidrigkeitstatbestände § 404 Abs. 2 Nr. 4 SGB III bzw. § 98 Abs. 3 Nr. 1 AufenthG an den beschäftigten Arbeitnehmer bzw. Auftragnehmer.

**dd) Qualifikation, § 11 Abs. 2 SchwarzArbG**

Handelt der Arbeitgeber bzw. Auftraggeber in den Fällen des Abs. 1 Nr. 1 oder 2 Buchst. a oder Buchst. c aus grobem Eigennutz, erhöht sich der Strafraum gemäß der echten Qualifikation des § 11 Abs. 2 SchwarzArbG auf eine Obergrenze von bis zu drei Jahren.<sup>135</sup>

*[Beitrag wird fortgesetzt]*

<sup>135</sup> Krekeler/Werner, Unternehmer und Strafrecht, Rn. 774.

## Internationales

### Länderbericht Österreich

Rechtsanwältin Mag. Kathrin Ehrbar, Rechtsanwalt Mag. Josef Phillip Bischof, RAA Mag. Julian Korisek MBA, LL.M., RAA Mag. Anna Katharina Radschek, cand. iur. Katharina Biowski, alle Wien

## Länderbericht Österreich: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht

Die Frage der Bestellung von Sachverständigen in Wirtschaftsstrafverfahren hat im Schrifttum seit Inkrafttreten des österreichischen Strafprozessreformgesetzes, in jüngster Vergangenheit auch in der österreichischen Tagespresse für Diskussionen gesorgt.<sup>1</sup> Auch im Rahmen des 10. Österreichischen StrafverteidigerInnentages am 23./24.03.2012 in Wien ist die Praxis der nahtlosen Übernahme der sachverständigen Person vom Ermittlungs- ins Hauptverfahren von den Vortragenden am Panel, Katrin Ehrbar, Thomas Kralik, Norbert Wess und Gerhard Ruhri, scharf kritisiert worden:

### I. „Der Kampf um Sachverständigengutachten in Wirtschaftsstrafprozessen“ (Vortrag Katrin Ehrbar)

Der Begriff „Kampf“ ist gemessen an der gerichtlichen Praxis in Wirtschaftsstrafprozessen ein durchaus angemessener, gewinnt doch die Verteidigung nicht selten den Eindruck, das gerichtliche Sachverständigengutachten sei „in Stein gemeißelt“.

Bereits die Ausgangslage zu Beginn der Hauptverhandlung ist eine im Sinne des Art. 6 Abs. 1 und 3 Buchst. d EMRK durchaus bedenkliche: Gängige Praxis ist, dass die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren Sachverständige beauftragt, deren Gutachten meist als Basis für die Anklageschrift dienen; fast immer werden dieselben Sachverständigengutachten sowie der Sachverständige selbst in der Hauptverhandlung als Beweis bzw. Beweismittel herangezogen. Und dies, obwohl die Staatsanwaltschaft ab Beginn des Hauptverfahrens Verfahrensbeteiligte ist und das Gericht eigentlich für Zwecke der Beweisaufnahme einen anderen oder zumindest einen zusätzlichen Sachverständigen bestellen müsste. Es gibt gute

<sup>1</sup> Die in diesem Artikel angeführten Rechtsnormen beziehen sich auf die österreichische Rechtsordnung, sofern im Einzelnen nicht ausdrücklich auf andere Rechtsordnungen verwiesen wird.