

Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt – ein unbekannter Straftatbestand

Von cand. iur. **Tobias Wickel**, Heidelberg

Die Strafvorschrift des § 266a StGB begegnet bis zum Ersten juristischen Staatsexamen bestenfalls Absolventen mit wirtschaftsstrafrechtlichem Schwerpunkt. Dies erscheint angesichts der enormen Praxisrelevanz und der Aktualität des „Arbeitgeberstrafrechts“¹ befremdlich, zumal der Tatbestand des Vorenthalten und Veruntreuens von Arbeitsentgelt in einigen Bundesländern² zum Pflichtfach Strafrecht im ersten Examen gehört. Auch einschlägige Lehrbücher sparen § 266a StGB aus. Ziel dieses Beitrages ist es, einen ersten Überblick über die verschiedenen Tatbestände und spezifischen Probleme der Norm zu bieten, die sich im Übrigen besonders dafür eignen, das Zusammenspiel außerstrafrechtlicher Normen, namentlich solchen des Sozialrechts, des Arbeitsrechts sowie des Gesellschafts- und Insolvenzrechts, mit denen des Allgemeinen und Besonderen Teils des Strafgesetzbuches sichtbar zu machen.

I. Allgemeines

Die Vorschrift ist von enormer praktischer Bedeutung, da einerseits vornehmlich in Krisenzeiten der Gesamtsozialversicherungsbeitrag vom hierfür zuständigen Arbeitgeber nicht oder nicht rechtzeitig abgeführt wird³ und sich andererseits die Vorschrift des § 266a StGB besonderer Beliebtheit bei den Strafverfolgungsbehörden erfreut, da ein Tatnachweis aufgrund der wenigen objektiven Tatbestandsvoraussetzungen vergleichsweise einfach zu führen ist.⁴ Hinsichtlich des von § 266a StGB geschützten Rechtsguts ist zu differenzieren: Die Abs. 1 und 2 schützen nach herrschender Meinung das Vermögensinteresse der Sozialversicherungsträger, mithin der Solidargemeinschaft, sowie die Funktionsfähigkeit der Sozialversicherung insgesamt,⁵ nicht aber das Vermögen des Arbeitnehmers.⁶ Dagegen schützt Abs. 3 ausschließlich die Vermögensinteressen des Arbeitnehmers.⁷

Auch die tatbestandliche Struktur der drei Absätze unterscheidet sich. Abs. 1 bestraft ein untreueähnliches Verhalten: Nach § 28g SGB IV erlangt der Arbeitgeber den Beitrag des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung im Wege der Aufrechnung gegen den Entgeltanspruch, den er dann gemäß §§ 28e, 28h SGB IV an die Einzugsstelle (Krankenkasse) weiterzuleiten hat. Indem der Arbeitgeber diesen Beitrag des Arbeitnehmers vorenthält, verletzt er eine „treueähnliche Pflicht“ gegenüber der Sozialversicherung und begeht damit ein untreueähnliches echtes Unterlassungsdelikt.⁸ Abs. 2 ist strukturell dem Betrug angenähert⁹: Er verlangt, dass der Täter den durch die Vorenthaltung des Arbeitgeberbeitrages entstandenen Vermögensschaden des Sozialversicherungsträgers durch eine Täuschung (im Falle der Nr. 1 durch aktives Tun; im Falle der Nr. 2 durch Unterlassen) herbeiführt. Abs. 3 weist sowohl Ähnlichkeit zum Betrug als auch zur Untreue auf.¹⁰ Einerseits muss eine Täuschung (durch unterlassene Unterrichtung) gegenüber dem betroffenen Arbeitnehmer erfolgen, andererseits lässt sich eine Untreueähnlichkeit damit begründen, dass der Arbeitgeber die ihm zweckgebunden überlassenen Geldbeträge zweckentfremdet. § 266a Abs. 4 StGB normiert für besonders schwere Fälle der Abs. 1 und 2 Regelbeispiele. Abs. 5 regelt, welche Personen dem Arbeitgeber gleichgestellt sind und somit taugliche Täter des § 266a StGB sein können und Abs. 6 eröffnet die Möglichkeit des Absehens von Strafe und normiert einen persönlichen Strafaufhebungsgrund.

II. Grundzüge des sozialversicherungsrechtlichen Beitragsrechts

*Fall 1*¹¹: G ist alleiniger Geschäftsführer der X-GmbH. Die X-GmbH stellt zum 1.12. den A an. Um Kosten zu sparen, meldet G ihn nicht bei der zuständigen Krankenkasse K an und zahlt dementsprechend keine Beiträge zur Sozialversicherung für den Monat Dezember. Zu Hause beschäftigt G die P im Rahmen einer geringfügigen Beschäftigung gegen ein Entgelt von 450 €. P übernimmt die dort anfallenden Haushaltstätigkeiten. Auch sie meldet der G nicht bei der Krankenkasse an.

¹ Vgl. hierzu *Gercke/Leimenstoll*, WiJ 2012, 246 f.

² So zum Beispiel Baden-Württemberg (§ 8 Abs. 2 Nr. 7 lit. b JAPRO), Bayern (§ 18 Abs. 2 Nr. 4 JAPO), Nordrhein-Westfalen (§ 11 Abs. 2 Nr. 7 lit. b JAG).

³ *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2014, § 22 Rn. 2.

⁴ *Gercke/Leimenstoll*, WiJ 2012, 246 (251).

⁵ BT-Drs. 10/5058, S. 31; BGH NStZ 2006, 227 (228); BVerfG NJW 2003, 961; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 266a Rn. 1.

⁶ H.M., BGH wistra 2005, 458; OLG Köln NStZ-RR 2003, 212; OLG Hamm NJW-RR 1999, 915; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 63. Aufl. 2016, § 266a Rn. 2; a.A. *Tag*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, § 266a Rn. 8.

⁷ LAG Düsseldorf, ZIP 2005, 90; *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 266a Rn. 2; *Saliger*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 266a Rn. 2.

⁸ *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 117. Lfg., Stand: Juli 2009, § 266a Rn. 14; *Perron* (Fn. 7), § 266a Rn. 2.

⁹ *Hoyer* (Fn. 8), § 266a Rn. 15; *Wittig*, in: von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.12.2015, § 266a Rn. 3.

¹⁰ *Perron* (Fn. 7), § 266a Rn. 2; *Möhrenschläger*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 266a Rn. 11.

¹¹ Angelehnt an Fall 62 bei *Hellmann/Beckemper*, Fälle zum Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2013, § 13 Rn. 830.

Jeder Arbeitnehmer ist grundsätzlich in der gesetzlichen Sozialversicherung zwangsversichert.¹² Der Gesamtsozialversicherungsbeitrag besteht aus den Beiträgen zur Kranken- und Rentenversicherung sowie dem Beitrag zur Pflegeversicherung (§ 28d SGB IV). Er wird – dies ergibt sich aus den §§ 346 Abs. 1 SGB III, 249 Abs. 1 SGB V, 168 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI, 58 Abs. 1 SGB XI – von Arbeitgeber und Arbeitnehmer gemeinsam getragen. Bei der Ableistung eines freiwilligen sozialen Jahres oder bei Auszubildenden, deren Monatsgehalt 325 € nicht übersteigt, zahlt allein der Arbeitgeber den Beitrag (§ 20 Abs. 3 SGB IV). Dasselbe gilt bei geringfügiger Beschäftigung (§§ 8 SGB IV, 249b SGB V). Die Einziehung der Beiträge, für die nach § 28h Abs. 1 S. 1 SGB IV die Krankenkassen zuständige Einzugsstellen sind, erfolgt im so genannten Lohnabzugsverfahren: Der Arbeitgeber muss die Beiträge des Arbeitnehmers – auf die er nach § 28g S. 1 SGB IV einen Anspruch hat – von dessen Arbeitsentgelt einbehalten und sie gemeinsam mit seinem Anteil an die Krankenkasse abführen. Er ist gemäß § 28e Abs. 1 S. 1 SGB IV alleiniger Haftungsschuldner. Unterlässt der Arbeitgeber den Abzug des Arbeitnehmeranteils, darf dieser nur bei den drei nächsten Lohn- und Gehaltszahlungen nachgeholt werden und danach nur dann, wenn der Abzug ohne Verschulden des Arbeitgebers unterblieben ist.¹³ Die Beitragszahlungen werden nach § 23 Abs. 1 S. 2 SGB IV in voraussichtlicher Höhe am drittletzten Bankarbeitstag des jeweiligen Monats fällig. Die Krankenkasse leitet die Beiträge sodann an die anderen Versicherungsträger weiter, § 28k Abs. 1 SGB IV.

III. Tauglicher Täter: Der „Arbeitgeber“ aus strafrechtlicher Sicht

Täter jedweder Tatvariante des § 266a StGB kann nur sein, wer „als Arbeitgeber“ handelt. Somit handelt es sich bei der vorliegenden Strafvorschrift um ein echtes Sonderdelikt.¹⁴

1. Arbeitgeber

Dem Strafrecht ist der Begriff des „Arbeitgebers“ fremd.¹⁵ Insoweit ergeben sich zwei Anknüpfungsoptionen, den tauglichen Täter des § 266a StGB genauer zu konturieren: Einerseits ließe sich eine Definition dem Arbeitsrecht, andererseits aber auch dem Sozialversicherungsrecht entnehmen. Es werden beide Optionen vertreten.

Einige¹⁶ wollen zur Bestimmung des Arbeitgeberbegriffs primär das Arbeitsrecht heranziehen, welches selbst auch

keine Legaldefinition dieses Begriffs kennt. Stattdessen haben die obergerichtliche Rechtsprechung und das Schrifttum eine Definition hervorgebracht: Arbeitgeber ist danach derjenige, der mit einem Arbeitnehmer einen Arbeitsvertrag geschlossen hat, aus dem er einerseits die Arbeitsleistung verlangen kann und andererseits zur Zahlung der Vergütung verpflichtet ist.¹⁷ Maßgeblich abzustellen ist demnach auf zweierlei: Erstens muss ein Vertrag (in der Regel wird es sich hierbei um einen Dienstvertrag nach § 611 BGB handeln) vorliegen. Sollte dieser unwirksam sein, kann sich die Arbeitgeberstellung immer noch aus gesetzlicher Anordnung oder Fiktion ergeben.¹⁸ Zweitens ist zu klären, ob es sich bei dem Beschäftigten um einen Arbeitnehmer handelt. Nur dann kann der mutmaßliche Täter auch als Arbeitgeber bezeichnet werden. Diese im Arbeitsrecht übliche Vorgehensweise hängt damit zusammen, dass dort dem Arbeitgeberbegriff keine große Bedeutung zukommt, da er als „Korrelatbegriff“ nur die andere Vertragspartei bezeichnet.¹⁹ Arbeitnehmer ist jeder, der sich durch einen privatrechtlichen Vertrag verpflichtet, Dienste zu leisten, die in unselbstständiger Arbeit zu erbringen sind.²⁰ Das – neben privatrechtlichem Vertrag und Leistung von Diensten – entscheidende Merkmal der unselbstständigen Arbeit (Abhängigkeit) ist anhand einer Gesamtschau unter Berücksichtigung der vom BAG aufgestellten Kriterien (denen nur Indizwert zukommt) festzustellen.²¹ Diese Kriterien können u.a. sein: Eingliederung in fremde betriebliche Organisationsbereiche, Weisungsgebundenheit, Überwachung sowie Verhaltens- und Ordnungsregeln, Verteilung des unternehmerischen Risikos oder die Art der Vergütung.²² Auf die selbst gewählte Parteibezeichnung im Arbeitsvertrag kommt es hingegen nicht an; der tatsächliche Inhalt des Verhältnisses bleibt entscheidend.²³

Anderere²⁴ greifen primär auf das Sozialversicherungsrecht zurück. Dafür mag sprechen, dass dies mit Blick auf den Schutzzweck jedenfalls der Abs. 1 und 2 passend scheint. Nach dieser Auffassung ist damit § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV maßgebend. Hiernach ist unter Beschäftigung „die nicht-

¹² Zu Einzelheiten und Ausnahmen siehe *Waltermann*, Sozialrecht, 11. Aufl. 2015, Rn. 91 ff.

¹³ *Waltermann* (Fn. 12), Rn. 128.

¹⁴ OLG Zweibrücken wistra 1995, 319 f.; *Radtke*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 266a Rn. 7 f.; *Tag* (Fn. 6), § 266a Rn. 18; *Fischer* (Fn. 6), § 266a Rn. 3.

¹⁵ *Gercke/Leimenstoll*, WiJ 2012, 246 (247).

¹⁶ *Fischer* (Fn. 6), § 266a Rn. 4 ff.; *Esser*, in: Leipold/Tsam-bikakis/Zöller (Hrsg.), AnwaltKommentar StGB, 2. Aufl. 2015, § 266a StGB Rn. 14b.

¹⁷ Vgl. *Preis*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. Aufl. 2016, § 611 BGB Rn. 35 ff.

¹⁸ Beispielsweise aus § 10 Abs. 1 i.V.m. § 9 Nr. 1 AÜG; siehe *Gercke/Leimenstoll*, WiJ 2012, 246 (248).

¹⁹ *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, 14. Aufl. 2015, § 2 Rn. 121.

²⁰ *Junker* (Fn. 19), § 2 Rn. 91.

²¹ Vgl. *Gercke/Leimenstoll*, WiJ 2012, 246 (248); BVerfG NJW 1996, 2644.

²² BAG NJW 1984, 1985 (1986 f.); BAG NJW 1993, 86; vgl. auch *Ignor/Rixen*, in: Ignor/Rixen (Hrsg.), Handbuch Arbeitsstrafrecht, 2. Aufl. 2008, § 2 Rn. 18; *Gercke/Leimenstoll*, WiJ 2012, 246 (248).

²³ *Feigen/Livonius*, in: Lüderssen u.a. (Hrsg.), Festschrift für Wolf Schiller zum 65. Geburtstag am 12. Januar 2014, 2014, S. 147 (149).

²⁴ BGH NStZ 2013, 587; *Perron* (Fn. 7), § 266a Rn. 11; *Tag* (Fn. 6), § 266a Rn. 19; *Radtke* (Fn. 14), § 266a Rn. 12; *Schulz*, NJW 2006, 183 (184).

selbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis“ zu verstehen. § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV differenziert also seinem Wortlaut nach zwischen dem weiteren Beschäftigungsverhältnis und dem engeren Arbeitsverhältnis. Liegt letzteres vor, so ist die Arbeitgebereneigenschaft unbestritten anzunehmen. Zu klären bleibt indes, ob es für die Arbeitgebereneigenschaft im Sinne des § 266a StGB auch ausreicht, wenn zwischen den Parteien ein schlichtes Beschäftigungsverhältnis und kein Arbeitsverhältnis vorliegt. Dies ist beispielsweise bei – wohl eher selten vorkommender, aber nicht auszuschließender – unentgeltlicher Beschäftigung der Fall: Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII sind nämlich auch unentgeltlich Beschäftigte von der Pflichtversicherung gegen Unfall erfasst, mangels Entgeltanspruchs aber keine Arbeitnehmer.²⁵ Praxisrelevanter ist das Beispiel des nach wirksamer Kündigung bis zum rechtskräftigen Abschluss eines Kündigungsschutzprozesses Weiterbeschäftigten, der sich nicht mehr in einem Arbeits-, wohl aber in einem sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnis befindet.²⁶ Die Annahme der Arbeitgebereneigenschaft in diesen Fällen ist strikt abzulehnen. Hierfür streiten der Wortlaut und die Systematik des § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV: Die Norm differenziert zwar zwischen Arbeits- und Beschäftigungsverhältnis, bezweckt dabei aber nicht, den Begriff des Arbeitsverhältnisses zu modifizieren, sondern knüpft stattdessen an einen vorgefundenen Begriff des Arbeitsverhältnisses an, um davon den Begriff des Beschäftigungsverhältnisses zu scheiden und beide Begriffe in ein Verhältnis zueinander setzen zu können.²⁷ Auch der Wortlaut des § 266a StGB („Arbeitgeber“) ist insoweit eindeutig; eine Auslegung dieses Begriffes im Sinne einer Partei des Beschäftigungsverhältnisses würde die Grenze des verfassungsrechtlich garantierten Analogieverbots des Art. 103 Abs. 2 GG überschreiten.²⁸ Gegen diese gewichtigen Argumente lässt sich auch nicht der Schutzzweck des § 266a StGB²⁹ ins Feld führen. Somit bleibt festzuhalten, dass auch die Begründung der Arbeitgebereneigenschaft über das Sozialversicherungsrecht zum klassischen arbeitsrechtlichen Arbeitgeberbegriff führt.³⁰

2. Erweiterung des Täterkreises durch § 14 StGB

Das strafbarkeitsbegründende besondere persönliche Merkmal der Arbeitgebereneigenschaft kann nach den Grundsätzen der Organ-, Vertreter- und Beauftragtenhaftung nach § 14 StGB zugerechnet werden. Die Zurechnung über § 14 StGB wird in der Praxis der Regelfall sein, da der Arbeitsvertrag oftmals zwischen dem Arbeitnehmer und einer juristischen

Person geschlossen wird. Für diesen Fall sieht § 14 Abs. 1 Nr. 1 und 2 StGB vor, dass das besondere persönliche Merkmal, welches bei der juristischen Person, nicht aber bei dem Vertreter vorliegt, dem Vertretungsorgan zuzurechnen ist.³¹

Hinweis zu Fall 1: Dementsprechend ist in Fall 1 die X-GmbH nach beiden vorgestellten Ansichten „Arbeitgeber“ des A. Da sich die X-GmbH selbst aber nicht strafbar machen kann, kommt eine Überwälzung der Arbeitgebereneigenschaft auf den Geschäftsführer G in Betracht. Die einschlägige Norm ist hier § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB: Bei der X handelt es sich um eine juristische Person, G ist gemäß § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG vertretungsberechtigt. Die Arbeitgebereneigenschaft der X-GmbH ist ein besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 14 StGB. Demnach findet eine Überwälzung des Arbeitgebermerkmals auf G statt, mit der Folge, dass § 266a StGB auch auf ihn anzuwenden ist.

Besonderes Augenmerk soll im Folgenden auf den Geschäftsführer einer GmbH gelegt werden.³² Die Zurechnung der Arbeitgebereneigenschaft und damit die Verantwortlichkeit für die fristgerechte Beitragszahlung beginnt mit der Bestellung zum Geschäftsführer, dauert während einer urlaubsbedingten Abwesenheit fort und endet mit der Abberufung bzw. der Niederlegung dieser Funktion.³³ Eine bloß formelle Bestellung zum Geschäftsführer, der nur als „Strohmann“ agieren soll und in Wahrheit einem anderen die Geschäftsführung überlässt, schließt eine Zurechnung und damit eine Strafbarkeit grundsätzlich nicht aus. Denkbar ist dann aber – sofern dies dem tatsächlichen Innenverhältnis entspricht – eine Straflosigkeit unter dem Aspekt der Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens, sofern der Scheingeschäftsführer innerhalb der internen „Machtverhältnisse“ der Gesellschaft keinerlei Einfluss ausüben kann.³⁴ Ob der faktische Geschäftsführer „Arbeitgeber“ im Sinne des § 266a StGB sein kann, ist umstritten. Die Rechtsfigur des faktischen Geschäftsführers wurde von der Rechtsprechung erschaffen, um den Straftäter, der zwar gesellschaftsrechtlich nicht wirksam eingesetzt wurde und damit kein Organ ist, gleichwohl aber faktisch diese Position bekleidet, bestrafen zu können.³⁵ Die Tätigkeit als faktischer Geschäftsführer kann zum einen darauf beruhen, dass die gesellschaftsrechtliche Bestellung fehlerhaft und damit unwirksam war, zum anderen kann auch eine bewusste Tätigkeit unter Verzicht auf jegliche gesellschaftsrechtliche Einsetzung als faktischer Geschäftsführer in Be-

²⁵ Weidenkaff, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 75. Aufl. 2016, Vor. § 611 Rn. 7.

²⁶ Hoyer (Fn. 8), § 266a Rn. 20; Feigen/Livonius (Fn. 23), S. 149.

²⁷ Hoyer (Fn. 8), § 266a Rn. 19.

²⁸ Feigen/Livonius (Fn. 23), S. 149.

²⁹ Siehe oben unter I.

³⁰ BGH NSTZ 2013, 587; Radtke (Fn. 14), § 266a Rn. 12; Hoyer (Fn. 8), § 266a Rn. 19-21; siehe jedenfalls für entgeltliche Beschäftigung Gercke/Leimenstoll, WiJ 2012, 246 (249); Ignor/Rixen (Fn. 22), § 2 Rn. 26.

³¹ Allgemein zu § 14 StGB vgl. Wittig (Fn. 3), § 6 Rn. 76 ff., § 22 Rn. 12 ff.

³² Die Ausführungen gelten entsprechend für andere Organe und Vertreter juristischer Personen, etwa den Vorstand einer AG.

³³ Tag (Fn. 6), § 266a Rn. 29; Saliger (Fn. 7), § 266a Rn. 7 m.w.N.

³⁴ OLG Hamm NSTZ-RR 2001, 173 (174); Radtke (Fn. 14), § 266a Rn. 36; Gercke, in: Gercke/Kraft/Richter (Hrsg.), Arbeitsstrafrecht, 2. Aufl. 2015, Kap. 2 Rn. 18.

³⁵ BGHSt 3, 32; 21, 101; Dierlamm, NSTZ 1996, 153 (154 f.).

tracht kommen.³⁶ Um als faktisches Organ qualifiziert werden zu können, muss der Täter aus einem von der Rechtsprechung aufgestellten Katalog von Merkmalen (etwa Bestimmung der Unternehmenspolitik, Gehaltshöhe, Einfluss und Kontrolle der Buchhaltung etc.) zumindest sechs erfüllt haben.³⁷ Nach der herrschenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur findet § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB auf den faktischen Geschäftsführer Anwendung und zwar unabhängig davon, ob der Versuch einer (letztlich fehlgeschlagenen) Bestellung tatsächlich stattgefunden hat oder ob sie ganz unterblieben ist.³⁸ Daher kommt auch stets eine Strafbarkeit nach § 266a StGB in Betracht. Für die erstgenannte Konstellation des faktischen Geschäftsführers, der fehlerhaften Bestellung, ergibt sich dies ohne weiteres aus dem Wortlaut des § 14 Abs. 3 StGB. Im Falle der bewusst unterbliebenen Bestellung stützt sich diese Sichtweise insbesondere auf kriminalpolitische Erwägungen: Es sei höchst unbillig, wenn jemand versucht, sich einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit (vorliegend nach § 266a StGB) dadurch zu entziehen, dass die rechtlich notwendige ordnungsgemäße Bestellung unterbleibt.³⁹ Gegen dieses ausgedehnte Verständnis der Rechtsfigur des faktischen Organs lässt sich allerdings der klare Wortlaut des § 14 Abs. 3 StGB ins Feld führen: Erforderlich ist nach dieser Vorschrift stets eine „*Rechtshandlung*, welche die Vertretungsbefugnis oder das Auftragsverhältnis begründen sollte“. Gemeint ist damit der gesellschaftsrechtliche Bestellungsakt. Fehlt eine solche Rechtshandlung, liegen die Voraussetzungen des § 14 Abs. 3 StGB nicht vor. Die Konstellation der gänzlich unterbliebenen Bestellung ist von § 14 Abs. 3 StGB somit nicht umfasst. Es fehlt ein zumindest intentionaler Bestellungsakt.⁴⁰ Die generelle Verantwortlichkeit des faktischen Geschäftsführers nach § 266a StGB, wie sie von der vorherrschenden Meinung propagiert wird, scheidet daher nach vorzugswürdiger Ansicht aus. Zu prüfen ist jedoch im Einzelfall, ob eine „Beauftragung“ im Sinne des § 14 Abs. 2 S. 1 StGB in Betracht kommt und das Arbeitgebermerkmal dem faktischen Geschäftsführer auf diesem Weg zugerechnet werden kann.⁴¹

Im Falle der mehrgliedrigen Geschäftsleitung bleibt jeder Geschäftsführer selbst Normadressat des § 266a StGB. Be-

³⁶ Dazu *Schmucker* (ZJS 2011, 30 [35]), der zugleich mögliche Gründe für das Tätigwerden des faktischen Organs herausstellt: Schlechte Reputation des eigentlichen Geschäftsführers, Ausschluss von der Geschäftsführung nach § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 GmbHG.

³⁷ Dazu ausführlich *Dierlamm*, NStZ 1996, 153 (154 ff. m.w.N.); *Schmucker*, ZJS 2011, 30 (36).

³⁸ BGHSt 21, 101 (102); 31, 118 (122); 47, 318 (325 f.); *Möhrenschläger* (Fn. 10), § 266a Rn. 21.

³⁹ Vgl. *Schmucker*, ZJS 2011, 30 (35 f.).

⁴⁰ *Achenbach*, in: *Achenbach/Ransiek/Rönnau* (Hrsg.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 4. Aufl. 2015, 1. Teil Kap. 3 Rn. 17; *Perron* (Fn. 7), § 14 Rn. 43; *Gercke* (Fn. 34), Kap. 2 Rn. 19; *Wittig* (Fn. 3), § 6 Rn. 99; *Schmucker*, ZJS 2011, 30 (36).

⁴¹ OLG Karlsruhe NJW 2006, 1364 (1366); *Radtke* (Fn. 14), § 266a Rn. 36.

steht eine interne Zuständigkeitsverteilung oder wurde die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge anderweitig delegiert, wandelt sich die Handlungspflicht aber in eine Überwachungspflicht.⁴²

IV. Die einzelnen Tatbestände

§ 266a StGB besteht aus drei Tatvarianten.

1. Vorenthalten von Arbeitnehmerbeiträgen – § 266a Abs. 1 StGB

Abs. 1 stellt das Vorenthalten von Arbeitnehmerbeiträgen unter Strafe, unabhängig davon, ob Arbeitsentgelt gezahlt wurde oder nicht. Die Sozialversicherungsbeiträge sind von Arbeitgeber und Arbeitnehmer gemeinsam zu tragen. Allerdings hat nur der Arbeitgeber als alleiniger Haftungsschuldner die Pflicht, den Gesamtsozialversicherungsbeitrag an die Einzugsstelle abzuführen (§ 28e Abs. 1 S. 1 SGB IV). Dabei sanktioniert Abs. 1 nur das Vorenthalten des fälligen Arbeitnehmeranteils am Gesamtsozialversicherungsbeitrag.

a) Vorliegen eines Sozialversicherungsverhältnisses

Zunächst muss ein materielles Sozialversicherungsverhältnis vorliegen.⁴³ Ein solches entsteht – dies ergibt sich aus §§ 22 SGB IV, 186 Abs. 1 SGB V – kraft Gesetz mit der Aufnahme einer nichtselbstständigen Arbeit im Sinne des § 7 Abs. 1 SGB IV. Dabei kommt es nicht darauf an, ob ein wirksamer Arbeitsvertrag vorliegt oder die Aufnahme der Beschäftigung bei der zuständigen Stelle gemeldet wurde; maßgebend sind allein die tatsächlichen Gegebenheiten.⁴⁴ Wegen der Sozialrechtsakzessorietät des § 266a StGB muss die Sozialversicherungspflicht in der Bundesrepublik Deutschland bestehen, in Fällen mit Auslandsbezug muss der Arbeitnehmer also der inländischen Sozialversicherungspflicht unterliegen.⁴⁵

b) Vorenthalten

Der Arbeitgeber enthält die Arbeitnehmeranteile vor, wenn er es vollständig oder teilweise unterlässt, diese bei Fälligkeit an die zuständige Einzugsstelle abzuführen.⁴⁶ Die schlichte Nichtzahlung trotz Fälligkeit ist also ausreichend, eine darüber hinausgehende Täuschungs- oder Verschleierungsaktivität für eine Strafbarkeit nicht notwendig.⁴⁷ Die Fälligkeit der Beitragsschuld ergibt sich aus § 23 Abs. 1 SGB IV, sofern sie nicht durch eine vorherige und wirksame Stundung der Ein-

⁴² *Gercke* (Fn. 34), Kap. 2 Rn. 21 f.; *Fischer* (Fn. 6), § 266a Rn. 5.

⁴³ *Gercke* (Fn. 34), Kap. 2 Rn. 28; *Perron* (Fn. 7), § 266a Rn. 6.

⁴⁴ BGH NStZ 2009, 271 (272); *Matt*, in: *Matt/Renzikowski* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2013, § 266a Rn. 16.

⁴⁵ *Wittig* (Fn. 3), § 22 Rn. 20; *Gercke* (Fn. 34), Kap. 2 Rn. 29 ff.

⁴⁶ BGHZ 144, 311 (314); BGH NJW 1992, 177 (178); *Fischer* (Fn. 6), § 266a Rn. 13; *Tag* (Fn. 6), § 266a Rn. 57; *Wittig* (Fn. 3), § 22 Rn. 21.

⁴⁷ *Fischer* (Fn. 6), § 266a Rn. 11; *Gercke* (Fn. 34), Kap. 2 Rn. 42.

zugsstelle hinausgeschoben wird;⁴⁸ hierin wäre dann ein wirksames Einverständnis der Einzugsbehörde zu sehen, welches eine Strafbarkeit ausschließen würde.⁴⁹ Fällig ist die Beitragsschuld (in voraussichtlicher Höhe) spätestens am drittletzten Bankarbeitstag des Monats, in dem die Beschäftigung oder Tätigkeit, mit der das Arbeitsentgelt oder Arbeits-einkommen erzielt wird, ausgeübt worden ist (§ 23 Abs. 1 SGB IV). Zuständige Einzugsstellen sind gemäß § 28h Abs. 1 S. 1 SGB IV die Krankenkassen.

Hinweis zu Fall 1: In Fall 1 könnte G als tauglicher Täter die Tathandlung des § 266a Abs. 1 StGB verwirklicht haben, indem er den gesamten Sozialversicherungsbeitrag für A nicht abgeführt hat. Ein Sozialversicherungsverhältnis lag ab der Arbeitsaufnahme durch A vor. Indem G den fälligen Gesamtsozialversicherungsbeitrag für den Arbeitnehmer A für den Monat Dezember nicht an die hierfür zuständige K abführte, enthielt er die zum Gesamtsozialversicherungsbeitrag gehörenden Arbeitnehmeranteile vor. Mangels gegenteiliger Sachverhaltsangaben war dem G die Abführung, die bis zum 29.12. hätte erfolgen müssen, auch möglich und zumutbar. Demnach erfüllte er § 266a Abs. 1 StGB. Er handelte auch vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft und hat sich demnach gemäß § 266a Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Demgegenüber hat sich G wegen der Nichtabführung von Beiträgen für die P nicht nach § 266a Abs. 1 StGB strafbar gemacht, da im Rahmen einer geringfügigen Beschäftigung die Arbeitnehmer nicht versicherungspflichtig sind.⁵⁰

c) Möglichkeit und Zumutbarkeit der Handlungspflicht

§ 266a Abs. 1 StGB ist ein echtes Unterlassungsdelikt und setzt daher zusätzlich voraus, dass dem Täter die Erfüllung der Handlungspflicht möglich und zumutbar ist.⁵¹ Ist die Beitragsabführung also aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen unmöglich, so ist eine Strafbarkeit nach § 266a Abs. 1 StGB zu verneinen.⁵² Eine Unmöglichkeit ist grundsätzlich auch bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers zum Fälligkeitszeitpunkt anzunehmen.⁵³ Gänzlich ausgeschlossen ist die Strafbarkeit gemäß § 266a Abs. 1 StGB damit aber nicht: Über die Rechtsfigur der *omissio libera in causa* kann eine Vorverlagerung der Tatbestandsverwirklichung bewirkt und so eine Strafbarkeit begründet werden. Dies ist dann der Fall, wenn der Arbeitgeber zwar bei Fälligkeit nicht leistungsfähig ist, er es aber im Vorfeld aufgrund von Anzeichen für Liquiditätsprobleme pflichtwidrig und vorwerfbar unterlassen hat, Sicherungsvorkehrungen für die Zahlung der Ar-

beitnehmerbeiträge zu treffen.⁵⁴ In diesem Zusammenhang ist umstritten, ob der Pflicht zur Abführung der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung ein Vorrang vor anderen (zivilrechtlichen) Verbindlichkeiten zukommt.

Fall 2: S ist geschäftsführende Gesellschafterin der M-GmbH. Die Geschäfte der M – die noch drei Mitarbeiter beschäftigt – laufen seit geraumer Zeit schlecht, worüber die S sehr besorgt ist. Mitte Februar 2016 befinden sich auf dem Firmenkonto noch 12.800 €. Zu diesem Zeitpunkt wird eine Rechnung des Lieferanten L-AG in Höhe von 6.000 € fällig. S überweist die Summe an die L, um die guten Geschäftsbeziehungen nicht zu belasten und zahlt die übrigen 6.800 € als Gehalt an ihre Mitarbeiter. Die Sozialversicherungsbeiträge für die drei Mitarbeiter können nicht mehr beglichen werden, da keine weiteren Aufträge für die M mehr in Sicht sind. Drei Wochen später stellt die S einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens beim zuständigen Amtsgericht.

Nach einer Auffassung gebührt der Abführungspflicht zur Sozialversicherung – auch in einer Insolvenzsituation – Vorrang.⁵⁵ Andere Verbindlichkeiten dürften in Ansehung der Sozialabgaben nicht beglichen werden, um die Finanzmittel für diese zu reservieren. Jede anderweitige Verwendung der noch vorhandenen Gelder soll damit als pflichtwidrig angesehen werden. Der Arbeitgeber wäre damit verpflichtet, im Falle erkennbarer Liquiditätsengpässe Rücklagen – gar unter Zurückstellung von Lohnzahlungen – zur Befriedigung des Sozialversicherungssystems zu bilden.⁵⁶ Begründet wird diese strenge Sichtweise mit der Strafbewehrung des § 266a StGB, in der die gesetzgeberische Wertung eines Vorrangs der Sozialabgaben vor strafrechtlich nicht geschützten Forderungen zu sehen sei.⁵⁷

Nach anderer Auffassung gibt es einen solchen Vorrang nicht,⁵⁸ was zur Konsequenz hat, dass die vorrangige Befriedigung anderer Gläubiger nicht zur Strafbarkeit nach § 266a Abs. 1 StGB führt. Für diese Ansicht spricht, dass sich die Argumentation der erstgenannten Auffassung genau besehen als zirkulär erweist: Der Tatsache, dass die Nichterfüllung der Zahlungspflicht durch § 266a StGB strafbewehrt ist, entnimmt die erstgenannte Ansicht die gesetzgeberische Intention einer Rangfolge von Verbindlichkeiten. Strafrechtlich geschützte Verbindlichkeiten (hier also die Sozialversicherungsbeiträge) sollen demnach vorrangig gegenüber anderen („nur“) zivilrechtlichen Verbindlichkeiten sein.⁵⁹ Der Straf-

⁴⁸ Möhrenschräger (Fn. 10), § 266a Rn. 51; Perron (Fn. 7), § 266a Rn. 7.

⁴⁹ Wittig (Fn. 3), § 22 Rn. 23; Perron (Fn. 7), § 266a Rn. 18.

⁵⁰ Siehe dazu unter II.

⁵¹ BGHSt 47, 318 (320); Perron (Fn. 7), § 266a Rn. 10; Fischer (Fn. 6), § 266a Rn. 14.

⁵² Tag (Fn. 6), § 266a Rn. 68; Wittig (Fn. 3), § 22 Rn. 29; Gercke (Fn. 34), Kap. 2 Rn. 49.

⁵³ BGH NStZ 2002, 548; Lackner/Kühl (Fn. 5), § 266a Rn. 10.

⁵⁴ BGHSt 47, 318; BGH wistra 2006, 17; krit. Radtke (Fn. 14), § 266a Rn. 67.

⁵⁵ BGH NStZ 2002, 548; Perron (Fn. 7), § 266a Rn. 10.

⁵⁶ Vgl. Gercke (Fn. 34), Kap. 2 Rn. 54.

⁵⁷ BGH NJW 2007, 2118 (2120); vgl. auch Bittmann, wistra 2007, 406.

⁵⁸ Fischer (Fn. 6), § 266a Rn. 16; Rönnau, wistra 2007, 81 (82); Radtke (Fn. 14), § 266a Rn. 70; ders., NStZ 2003, 154 (156).

⁵⁹ BGH NJW 2005, 3650 (3651); Hellmann/Beckemper, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2013, § 13 Rn. 851.

bewehrung wird also eine Vorrangigkeit entnommen, die dann aber ihrerseits selbst Voraussetzung dafür ist, die Strafbarkeit zu begründen.⁶⁰ Eine solche Argumentation ist nicht einleuchtend, zumal ein systematisches Argument die von der erstgenannten Auffassung postulierte Vorrangigkeit der Sozialabgaben zu eliminieren vermag: So lässt sich die Vorrangigkeit nicht mit dem in §§ 283, 283c, 288 StGB verankerten allgemeinen Gläubigerschutzsystem des StGB vereinbaren, da dieses erst bei Leistungen mit „inkongruenten Deckungen“ strafrechtliche Sanktionen vorsieht.⁶¹ Gerade die bereits angesprochene, dem Arbeitgeber durch Befolgung der ersten Meinung aufgenötigte Pflicht zur Bildung von Rücklagen für Sozialversicherungsabgaben widerstreitet den Grundsätzen des § 283c StGB, da diese Vorgehensweise eine unzulässige Gläubigerbegünstigung darstellt.⁶² Darüber hinaus lässt die zuerst vorgestellte Ansicht der Rechtsprechung Wertungen des Insolvenzrechts, namentlich die Möglichkeit einer Insolvenzanfechtung, außer Betracht. Die abgeführten Beiträge zur Sozialversicherung (sowohl Arbeitgeber- als auch Arbeitnehmeranteile⁶³) unterfallen nach einhelliger Auffassung der Insolvenzanfechtung nach §§ 129 ff. InsO.⁶⁴ Diese Vorschriften erlauben dem Insolvenzverwalter, bereits vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens an die Krankenkassen abgeführte Beiträge unter den Voraussetzungen der §§ 129 ff. InsO zur Masse „zurückzuziehen“. Damit wird die „Vorrangrechtsprechung“ des BGH nicht von insolvenzrechtlichen Wertungen getragen; vielmehr ergibt sich aus der InsO, dass sie gerade keinen Vorrang der Sozialversicherungsabgaben kennt.⁶⁵ Darüber hinaus kann ein solcher „Vorrang“ überhaupt erst den Zusammenbruch eines kriselnden Unternehmens bewirken, weil hierdurch die zur Sanierung notwendigen Mittel faktisch entzogen werden.⁶⁶ Die Antwort auf die Frage, was im Verhältnis zu anderen strafbewehrten Zahlungspflichten gelten soll, bleibt die erstgenannte Ansicht ebenfalls schuldig.⁶⁷ Vorzugswürdig erscheint demnach letztgenannte Ansicht, wonach der Abführungspflicht kein Vorrang vor anderen zivilrechtlichen Verbindlichkeiten zukommt.

⁶⁰ Fischer (Fn. 6), § 266a Rn. 16; Radtke (Fn. 14), § 266a Rn. 70; a.A. Hoyer (Fn. 8), § 266a Rn. 68.

⁶¹ Pananis, in Ignor/Rixen (Fn. 22), § 6 Rn. 30; Gercke (Fn. 34), Kap. 2 Rn. 54; Gercke/Leimenstoll, HRRS 2009, 442 (447).

⁶² Pananis (Fn. 61), § 6 Rn. 30.

⁶³ Hierzu BGH NJW 2010, 870 m. Anm. Stiller, NZI 2010, 250.

⁶⁴ BGH NJW 2010, 870; de Bra., in: Braun (Hrsg.), Insolvenzordnung, Kommentar, 6. Aufl. 2014, § 129 Rn. 34; Radtke (Fn. 14), § 266a Rn. 70.

⁶⁵ Radtke (Fn. 14), § 266a Rn. 70; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck (Hrsg.), GmbHG, Kommentar, 20. Aufl. 2013, § 43 Rn. 95.

⁶⁶ OLG Celle NJW-RR 1996, 481 (482); Gercke (Fn. 34), Kap. 2 Rn. 54.

⁶⁷ Fischer (Fn. 6), § 266a Rn. 16.

Hinweis zu Fall 2: In Fall 2 hätte die S, die es trotz ihr erkennbarer Anzeichen von Liquiditätsproblemen pflichtwidrig und vorwerfbar unterlassen hat, Sicherungsvorkehrungen für die Sozialversicherungsbeiträge ihrer Arbeitnehmer zu treffen und im Übrigen auch tatbestandsmäßig im Sinne des § 266a Abs. 1 StGB handelte, nach der zuerst genannten Auffassung, die auch von der Rechtsprechung vertreten wird, den Tatbestand des § 266a Abs. 1 StGB erfüllt. In Betracht kommt aber eine Rechtfertigung.⁶⁸ Die letztgenannte und überzeugendere Auffassung gelangt zu einer Straflosigkeit der S.

Letztlich entfällt die Strafbarkeit auch dann, wenn dem Arbeitgeber die Abführung der Arbeitnehmerbeiträge nicht zumutbar ist. Unzumutbarkeit ist dann gegeben, wenn die Beitragsabführung zu einer Gefahr für höchstpersönliche Rechtsgüter des Beitragspflichtigen oder einer ihm nahestehenden Person führen würde, wozu beispielsweise die Gefährdung des persönlichen Lebensbedarfs zählt.⁶⁹

2. Vorenthalten von Arbeitgeberanteilen – § 266a Abs. 2 StGB

Abs. 2 pönalisiert das Vorenthalten von Arbeitgeberanteilen auf eine betrugsähnliche Weise, und zwar durch die Verletzung sozialversicherungsrechtlicher Erklärungspflichten.⁷⁰ Dabei werden neben dem Arbeitgeberanteil am Gesamtsozialversicherungsbeitrag auch solche Beiträge, die der Arbeitgeber allein zu tragen hat, wie zum Beispiel die gesetzliche Unfallversicherung (§ 150 Abs. 1 SGB VII), erfasst.⁷¹ Nicht erfasst sind Beiträge für geringfügig Beschäftigte in Privathaushalten: § 111 Abs. 1 S. 2 SGB IV erklärt die Anwendbarkeit des § 266a Abs. 2 StGB für gesperrt. In Betracht kommt dann aber eine Ordnungswidrigkeit nach § 111 Abs. 1 SGB IV. Ein Vorrang vor anderen zivilrechtlichen Verbindlichkeiten besteht im Gegensatz zu Abs. 1 nicht.⁷²

a) § 266a Abs. 2 Nr. 1 StGB: Unvollständige oder unrichtige Angaben

§ 266a Abs. 2 Nr. 1 StGB setzt voraus, dass der Arbeitgeber von ihm zu tragende Beiträge zur Sozialversicherung dadurch vorenthält, dass er der zuständigen Stelle unrichtige oder unvollständige Angaben über sozialversicherungsrechtlich erhebliche Tatsachen macht. § 266a Abs. 2 Nr. 1 StGB ist daher ein Begehungs- und Erfolgsdelikt.⁷³ Der Tatsachenbegriff entspricht dem des § 263 StGB.⁷⁴ Danach sind Tatsachen konkrete Vorgänge oder Zustände der Gegenwart oder

⁶⁸ Siehe dazu unten VI.

⁶⁹ Pananis (Fn. 61), § 6 Rn. 31; Gercke (Fn. 34), Kap. 2 Rn. 57.

⁷⁰ Pananis (Fn. 61), § 6 Rn. 33; Radtke (Fn. 14), § 266a Rn. 78.

⁷¹ Fischer (Fn. 6), § 266a Rn. 19; Wittig (Fn. 3), § 22 Rn. 39.

⁷² Gercke (Fn. 34), Kap. 2 Rn. 61; Pananis (Fn. 61), § 6 Rn. 37.

⁷³ BGH NStZ 2012, 94 (95); Wittig (Fn. 3), § 22 Rn. 41.

⁷⁴ Radtke (Fn. 14), § 266a Rn. 80; Tag (Fn. 6), § 266a Rn. 90.

Vergangenheit, die dem Beweis zugänglich sind.⁷⁵ Sozialversicherungserheblich sind Tatsachen, die den Grund oder die Höhe der Zahlungspflicht betreffen, also insbesondere das Bestehen des Arbeitsverhältnisses sowie die Höhe des Arbeitsentgelts.⁷⁶ Unrichtig sind Angaben, wenn sie nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmen.⁷⁷ Unvollständig sind Angaben, wenn sie für sich betrachtet zwar richtig sind, durch Weglassen für die Sozialversicherungspflicht wesentlicher Tatsachen aber ein falsches Gesamtbild vermittelt wird.⁷⁸

b) § 266a Abs. 2 Nr. 2 StGB: Pflichtwidriges Unterlassen

Nach § 266a Abs. 2 Nr. 2 StGB macht sich strafbar, wer als Arbeitgeber die zuständige Einzugsstelle über sozialversicherungsrechtlich erhebliche Tatsachen pflichtwidrig in Unkenntnis lässt. Es handelt sich hierbei um ein echtes Unterlassungsdelikt.⁷⁹ Das Merkmal des In-Unkenntnis-Lassens ist dann erfüllt, wenn der Arbeitgeber als Mitteilungspflichtiger Tatsachen gar nicht oder nicht rechtzeitig übermittelt.⁸⁰ Die Mitteilungspflicht ergibt sich dabei aus § 28a SGB IV in Verbindung mit der „Verordnung über die Erfassung und Übermittlung von Daten für die Träger der Sozialversicherung“ (DEÜV).⁸¹

c) Taterfolg: „Vorenthalten“

Beide Tathandlungen setzen neben der Verletzung sozialversicherungserheblicher Erklärungspflichten voraus, dass es „dadurch“ zu einer Vorenthaltung der fälligen Beiträge kommt. Das Vorenthalten muss also gerade aufgrund einer der Tathandlungen des § 266a Abs. 2 StGB eingetreten sein.⁸² Strittig ist dabei, in was für einem Zusammenhang der Erfolg des Vorenthalten zu den unrichtigen, unvollständigen bzw. ganz unterlassenen Angaben stehen soll. Nach einer Auffassung sei keine strikt äquivalente Kausalität erforderlich, ausreichend sei vielmehr ein „funktionaler Zusammenhang“.⁸³ Hierfür wird vorgetragen, dass sich eine Kausalität im Sinne der Äquivalenztheorie in praxi kaum nachweisen lasse und § 266 Abs. 2 StGB ansonsten leerlaufen würde.⁸⁴ Nach anderer Ansicht ist ein kausaler Zusammenhang notwendig.⁸⁵ Die Befürworter dieser Ansicht kritisieren, dass es

keine hinreichende Definition des „funktionalen Zusammenhangs“ gibt.⁸⁶ Auch der Wortlaut des § 266a Abs. 2 StGB („dadurch“) ist insoweit eindeutig. Er verlangt – vergleichbar den Formulierungen in den §§ 315, 315b, 315c StGB – einen kausalen Zusammenhang im Sinne der Äquivalenztheorie.⁸⁷ Die Gegenansicht legt demgegenüber das Merkmal „dadurch“ in einer nicht mehr mit dem Wortsinn zu vereinbarenden Weise aus.⁸⁸ Vorzugswürdig erscheint daher das Erfordernis eines kausalen Zusammenhangs zwischen dem Taterfolg des Vorenthalten und den Tathandlungen des § 266a Abs. 2 StGB.

Hinweis zu Fall 1: In Fall 1 könnte sich G ebenfalls nach § 266a Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben. In Betracht kommt vorliegend § 266a Abs. 2 Nr. 2. Indem G von einer Anmeldung des A zur Krankenversicherung absah und auch ansonsten keine Nachweise erbrachte und also keinerlei erhebliche Tatsachen übermittelte, ließ er die K als zuständige Stelle pflichtwidrig in Unkenntnis. Die Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung wurden vorenthalten. Auch der geforderte Kausalzusammenhang zwischen den unterlassenen Angaben und dem Vorenthalten ist hier gegeben. Auch ist von einer vorsätzlichen, rechtswidrigen und schuldhaften Handlungsweise des G auszugehen. Demnach hat er sich auch nach § 266a Abs. 2 Nr. 2 StGB strafbar gemacht. Wegen der Nichtanmeldung der P hat sich G nicht nach § 266a Abs. 2 Nr. 2 StGB strafbar gemacht, da diese Norm nach § 111 Abs. 1 S. 2 SGB IV für geringfügige Beschäftigungsverhältnisse nicht gilt. Stattdessen hat er eine Ordnungswidrigkeit nach § 111 Abs. 1 S. 1 Nr. 2a SGB IV begangen.

3. Nichtabführen von Arbeitsentgeltanteilen – § 266a Abs. 3 StGB

Abs. 3 setzt voraus, dass der Arbeitgeber Lohnbestandteile, die nicht von Abs. 1 erfasst werden, einbehalten und dann entgegen einer Verpflichtung nicht ordnungsgemäß abgeführt hat und es dabei unterlässt, den Arbeitnehmer über die Einbehaltung zu unterrichten.⁸⁹ Bei solchen Arbeitsentgeltanteilen kann es sich zum Beispiel um vermögenswirksame Leistungen, Pfändungen oder freiwillige Zahlungen an die Sozialversicherungen oder die Renten- und Pensionskassen handeln.⁹⁰ Zu dem notwendigen Einbehalten der Arbeitsentgeltanteile muss das Unterlassen der Unterrichtung des Arbeitnehmers bei Fälligkeit oder unverzüglich danach hinzukom-

⁷⁵ Fischer (Fn. 6), § 263 Rn. 6; Wittig (Fn. 3) § 14 Rn. 9.

⁷⁶ BT-Drs. 15/2573, S. 28; Fischer (Fn. 6), § 266a Rn. 20; Pananis (Fn. 61), § 6 Rn. 35.

⁷⁷ Wittig (Fn. 9), § 266a Rn. 44; Tag (Fn. 6), § 266a Rn. 90.

⁷⁸ Perron (Fn. 7), § 266a Rn. 11d; Wittig (Fn. 3), § 22 Rn. 44.

⁷⁹ Lackner/Kühl (Fn. 5), § 266a Rn. 12; Gercke (Fn. 34), Kap. 2 Rn. 65.

⁸⁰ BT-Drs. 15/2573, S. 28; Lackner/Kühl (Fn. 5), § 266a Rn. 12.

⁸¹ Pananis (Fn. 61), § 6 Rn. 36.

⁸² Wittig (Fn. 3), § 22 Rn. 42.

⁸³ BGH NStZ 2012, 94 (95).

⁸⁴ Wiedner, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kommentar, 2011, § 266a StGB Rn. 64.

⁸⁵ Perron (Fn. 7), § 266a Rn. 11h; Wittig, HRRS 2012, 63 (65); Matt (Fn. 44), § 266a Rn. 58; Rönnau/Kirch-Heim, wistra 2005, 321 (325).

⁸⁶ Wittig, HRRS 2012, 63 (65); Perron (Fn. 7), § 266a Rn. 11h.

⁸⁷ Wittig, HRRS 2012, 63 (65).

⁸⁸ Perron (Fn. 7), § 266a Rn. 11h.

⁸⁹ Fischer (Fn. 6), § 266a Rn. 22a f.; Tag (Fn. 6), § 266a Rn. 118.

⁹⁰ Perron (Fn. 7), § 266a Rn. 13.

men.⁹¹ Auch setzt das Einbehalten die tatsächliche Auszahlung des (entsprechend gekürzten) Arbeitsentgelts voraus.⁹²

V. Subjektiver Tatbestand und Irrtümer

Auf der subjektiven Tatseite ist für alle Varianten des § 266a StGB zumindest bedingter Vorsatz notwendig.⁹³ Eine darüber hinausgehende, dem Betrug vergleichbare Schädigungs- oder Bereicherungsabsicht ist nicht erforderlich.⁹⁴ Im Falle einer objektiven Tatbestandsverwirklichung durch eine *omissio libera in causa*⁹⁵ muss der Arbeitgeber sowohl die Möglichkeit eines Liquiditätsengpasses als auch die Möglichkeit seiner Beseitigung erkannt und seine spätere Zahlungsunfähigkeit schon bei der sie begründenden Vorhandlung oder Unterlassung zumindest billigend in Kauf genommen haben.⁹⁶

An einen vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum im Sinne des § 16 Abs. 1 StGB ist zu denken, wenn der Arbeitgeber in Unkenntnis des Beschäftigungsverhältnisses handelt und somit die die sozialversicherungsrechtlichen Abführungs- und Meldepflichten begründenden Umstände verkennt.⁹⁷ Ebenfalls liegt ein solcher Irrtum vor, wenn der Täter zwar weiß, dass er abführungspflichtig ist, dabei aber irrig Umstände annimmt, die die Erfüllung der Zahlungspflicht unmöglich machen.⁹⁸ Irrt sich der Täter stattdessen lediglich über die Rechtspflicht, Beiträge abzuführen, handelt es sich nach einer Auffassung um einen Verbotsirrtum gemäß § 17 StGB, der in aller Regel vermeidbar sein wird.⁹⁹ Nach anderer Auffassung soll sich der Vorsatz auch auf die Rechtspflicht selbst erstrecken, demnach läge ein Tatbestandsirrtum vor.¹⁰⁰ Für die erstgenannte Auffassung könnte der allgemeine Grundsatz bei Unterlassungsdelikten, dass der Vorsatz zwar die pflichtbegründenden Umstände, nicht aber die Handlungspflicht als solche zu umfassen braucht, ins Feld geführt werden.¹⁰¹ Indes kann dieser Grundsatz hier keine Geltung beanspruchen, da die Pflicht selbst ausdrücklich in Abs. 2 („[...] vom Arbeitgeber zu tragende Beiträge [...]“ und

Abs. 3 („[...] die er für den Arbeitnehmer an einen anderen zu zahlen hat [...]“) normiert ist.¹⁰² Für Abs. 1 ergibt sich dies aus dem Merkmal des „Vorenthaltens“: Wer nur weiß, dass er keine Arbeitnehmerbeiträge abführt, hat noch nicht erkannt, dass er diese durch sein Unterlassen auch „vorenthält“, hinzukommen muss die Kenntnis um die bestehende Rechtspflicht.¹⁰³ Damit liegt für den Fall des fehlenden Vorsatzes bezüglich der Rechtspflicht, Beiträge abzuführen, richtigerweise schon kein Vorsatz vor.

Strittig ist ferner, wie mit einem Irrtum über die Arbeitgeberbereitschaft umzugehen ist. Bei dem Arbeitgeberbegriff handelt es sich um ein normatives Tatbestandsmerkmal, da seine Auslegung einen Rückgriff auf arbeits- und sozialrechtliche Wertungen erfordert.¹⁰⁴ Insoweit ist nach einer Auffassung unter Zugrundelegung der allgemeinen Vorsatz- und Irrtumsregeln erforderlich, dass der Täter nicht nur das tatsächliche Geschehen richtig erfasst, sondern auch die außerstrafrechtlichen Vorfragen arbeits- und sozialrechtlicher Natur jedenfalls im Wege einer Parallelwertung in der Laiensphäre zutreffend beantwortet, mithin Kenntnis des entsprechenden Bedeutungsgehalts der Arbeitgeberbereitschaft hat.¹⁰⁵ Fehlt es an dieser Bedeutungskenntnis, liegt ein Tatbestandsirrtum vor.¹⁰⁶ Nach der Auffassung des BGH handelt es sich – jedenfalls in den von ihm zu entscheidenden Fällen¹⁰⁷ – bei dem Irrtum über die Arbeitgeberbereitschaft um einen unbeachtlichen Subsumtionsirrtum, da der Täter die Umstände gekannt habe, die zu der sozial- beziehungsweise arbeitsrechtlichen Bewertung geführt hätten.¹⁰⁸ Somit forderte der BGH keine Bedeutungskenntnis, sondern lässt die schlichte Kenntnis der maßgeblichen Tatsachen genügen, um Vorsatz anzunehmen. Irrtümer könnten daher allenfalls noch im Rahmen eines Verbotsirrtums nach § 17 virulent werden, der aber angesichts der dem Arbeitgeber offen stehenden Möglichkeit eines Statusfeststellungsverfahrens nach § 7a SGB IV meist vermeidbar sein wird.

VI. Rechtswidrigkeit

Taten nach Abs. 1 und 2 der Vorschrift können nicht durch eine wirksame Einwilligung des Arbeitnehmers gerechtfertigt werden, da das geschützte Rechtsgut (das Vermögen des

⁹¹ Perron (Fn. 7), § 266a Rn. 14; Gercke (Fn. 34), Kap. 2 Rn. 70.

⁹² Lackner/Kühl (Fn. 5), § 266a Rn. 14; Radtke (Fn. 14), § 266a Rn. 85.

⁹³ BGH NSTz 2002, 548 (549); Fischer (Fn. 6), § 266a Rn. 23; Radtke (Fn. 14), § 266a Rn. 89; Tag (Fn. 6), § 266a Rn. 80.

⁹⁴ Gercke (Fn. 34), Kap. 2 Rn. 73; Feigen/Livonius (Fn. 23), S. 155.

⁹⁵ Siehe oben unter III. 1. c).

⁹⁶ BGH NSTz 2002, 548 (549); BGH NJW 2002, 1123 (1125); Fischer (Fn. 6), § 266a Rn. 23.

⁹⁷ Wiedner (Fn. 84), § 266a StGB Rn. 80; Fischer (Fn. 6), § 266a Rn. 23.

⁹⁸ Fischer (Fn. 6), § 266a Rn. 23.

⁹⁹ BGH NSTz 1997, 125 (127); Möhrenschräger (Fn. 10), § 266a Rn. 80; Radtke (Fn. 14), § 266a Rn. 91.

¹⁰⁰ OLG Frankfurt ZIP 1995, 213 (218); Perron (Fn. 7), § 266a Rn. 17; Lackner/Kühl (Fn. 5), § 266a Rn. 16; Hoyer (Fn. 8), § 266a Rn. 55.

¹⁰¹ Dazu etwa BGHSt 19, 295; Fischer (Fn. 6), § 15 Rn. 4.

¹⁰² Lackner/Kühl (Fn. 5), § 266a Rn. 16.

¹⁰³ Hoyer (Fn. 8), § 266a Rn. 55.

¹⁰⁴ Kudlich, ZIS 2011, 483 (488).

¹⁰⁵ Kudlich, ZIS 2011, 483 (488); Weidemann, wistra 2010, 463; Saliger (Fn. 7), § 266a Rn. 24.

¹⁰⁶ LG Karlsruhe StV 2010, 309 (310 f.); LG Ravensburg StV 2007, 412 (413 f.).

¹⁰⁷ Mayer, NZWiSt 2015, 169 (171) geht davon aus, dass der BGH weiterhin am Erfordernis der Bedeutungskenntnis festhalten wolle und nur in den konkreten Fällen eine Bedeutungskenntnis aufgrund der tatsächlichen Umstände für evident erachtete.

¹⁰⁸ BGH NSTz 2010, 337; Wiedner (Fn. 84), § 266a StGB Rn. 80.

Sozialversicherungsträgers) nicht zu seiner Disposition steht.¹⁰⁹

Eine Rechtfertigung durch den allgemeinen rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB) hängt maßgeblich von der notwendigen Interessenabwägung, wonach bei einer Abwägung der widerstreitenden Interessen das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegen müsste (§ 34 S. 1 StGB), ab. Abzuwägen wäre demnach das Interesse des Sozialversicherungsbeitragsaufkommens mit dem Interesse am Erhalt des Unternehmens beziehungsweise der Arbeitsplätze. Letztgenanntes Interesse wird allerdings erstgenanntes regelmäßig nicht wesentlich überwiegen, da dem Arbeitnehmer, der seinen Arbeitsplatz verliert, gerade durch die Sozialversicherung sein Lebensunterhalt gesichert wird.¹¹⁰ Überdies wurde für diese Fälle der Abs. 6 geschaffen.¹¹¹

Als Rechtfertigungsgrund kommt bei Unterlassungsdelikten (hier: §§ 266a Abs. 1, 2 Nr. 2 und Abs. 3 StGB) auch stets eine rechtfertigende Pflichtenkollision in Betracht. Diese liegt vor, wenn den Täter zwei Handlungspflichten treffen, von denen er aber nur eine erfüllen kann.¹¹² Hier kommt es wiederum darauf an, ob man von einer Gleichrangigkeit der Verpflichtungen oder von einem Vorrang der Sozialversicherungsbeiträge ausgeht.¹¹³ Nach hier vertretener Auffassung kommt eine rechtfertigende Pflichtenkollision ob der Gleichrangigkeit der Verpflichtungen schon nicht in Betracht, da in dieser Situation bereits der Tatbestand wegen fehlender Handlungspflicht ausgeschlossen ist.¹¹⁴ Folgt man dagegen der Gegenauffassung, so soll die rechtfertigende Pflichtenkollision – insoweit konsequent – nur für die Erfüllung gleichrangiger Verbindlichkeiten gelten.¹¹⁵ Eine gleichrangige Pflicht liegt allerdings nur dann vor, wenn die Nichterfüllung der Verbindlichkeit ebenfalls strafbewehrt ist, eine nur zivilrechtliche Handlungspflicht ist nicht ausreichend.¹¹⁶ Damit verbleibt der rechtfertigenden Pflichtenkollision in der Praxis nur ein geringer Anwendungsbereich.¹¹⁷

Einen Spezialfall der Pflichtenkollision stellt der Normkonflikt zwischen § 266a StGB und § 64 S. 1 GmbHG¹¹⁸ dar. Im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers (hier: GmbH) normiert § 64 S. 1 eine „Masseerhaltungspflicht“: Der Geschäftsführer darf keine Zahlungen mehr tätigen, die das Vermögen weiter schmälern würden. Auf der anderen

Seite steht § 266a StGB, der die Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen bestraft. Für den Geschäftsführer besteht ein Normenkonflikt: Führt er die Sozialbeiträge ab, haftet er persönlich nach § 64 S. 1 GmbHG. Wollte er diese Haftung vermeiden, würde er sich nach § 266a StGB strafbar machen.

Hinweis zu Fall 2: Folgt man in Fall 2 bei der Streitfrage der Vorrangigkeit der Ansicht der Rechtsprechung und gelangt zur Bejahung der Tatbestandsmäßigkeit, so ist auf Rechtfertigungsebene eine rechtfertigende Pflichtenkollision zu prüfen. Hier liegt der oben angesprochene Normenkonflikt zwischen § 64 S. 1 GmbHG und § 266a StGB vor, sodass § 64 S. 1 als Rechtfertigungsgrund greifen könnte.

Nach der Auffassung des 5. Strafsenats und – ihm folgend – des 2. Zivilsenats des BGH gelte aber auch bei diesem Normenkonflikt grundsätzlich, dass den Sozialabgaben der Vorrang gebühre.¹¹⁹ Kommt der Arbeitgeber daher diesem Vorrang entgegen der Masseerhaltungspflicht nach und begleicht die fälligen Beiträge, so sei dies mit der „Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns“ im Sinne des § 64 S. 1 Hs. 2 GmbHG vereinbar und eine persönliche Haftung nach § 64 S. 1 GmbHG scheide demnach aus.¹²⁰ Ausnahmsweise erkennt die Rechtsprechung den § 64 S. 1 GmbHG als Rechtfertigungsgrund an, soweit die Tat innerhalb der Drei-Wochen-Frist des § 15a Abs. 1 InsO begangen wird.¹²¹ Nach dieser Norm haben die Mitglieder des Vertretungsorgans der insolventen Gesellschaft binnen drei Wochen ab Zahlungsunfähigkeit einen Insolvenzantrag zu stellen. Die Rechtsprechung begreift diesen Zeitraum als Sanierungszeitraum, in dem die letzte Gelegenheit besteht, die Insolvenz abzuwenden, indem finanzielle Mittel gesammelt werden.¹²² Somit sind ihrer Auffassung nach in dieser Zeit Nichtabführungen nach § 64 S. 1 GmbHG gerechtfertigt.¹²³

Hinweis zu Fall 2: Demnach wäre S in Fall 2 auch nach Ansicht der Rechtsprechung ausnahmsweise gerechtfertigt, da sie die Tat innerhalb der Frist des § 15a InsO begangen hat.

Diese restriktive Rechtsprechung ist hinsichtlich der Wertung des § 64 GmbHG bedenklich. Sinn und Zweck dieser Norm ist unter anderem die Gewährleistung der Masseerhaltung im Interesse aller Insolvenzgläubiger durch den Geschäftsführer.¹²⁴ Zu den Insolvenzgläubigern gehören auch die Krankenkassen. Demnach muss § 64 S. 1 GmbHG konsequenter-

¹⁰⁹ *Möhrenschläger* (Fn. 10), § 266a Rn. 77; *Hoyer* (Fn. 8), § 266a Rn. 57; *Radtko* (Fn. 14), § 266a Rn. 93; *Perron* (Fn. 7), § 266a Rn. 18; *Wittig* (Fn. 3), § 22 Rn. 54.

¹¹⁰ *Wittig* (Fn. 9), § 266a Rn. 35.

¹¹¹ *Perron* (Fn. 7), § 266a Rn. 18.

¹¹² *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2012, § 18 Rn. 134.

¹¹³ Siehe dazu oben unter III. 1. c).

¹¹⁴ Ebenso *Radtko* (Fn. 14), § 266a Rn. 94.

¹¹⁵ *Wittig* (Fn. 3), § 22 Rn. 55.

¹¹⁶ BGH NSTZ 2004, 283.

¹¹⁷ *Saliger* (Fn. 7), § 266a Rn. 25 m.w.N.

¹¹⁸ Vergleichbare Regelungen finden sich für den Vorstand der Aktiengesellschaft in §§ 92 Abs. 2, 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG; zu dem Spannungsverhältnis vgl. auch *Groß/Schork*, NZI 2004, 358.

¹¹⁹ BGH NJW 2005, 3650 (3651); BGH NJW 2007, 2118 (2120).

¹²⁰ BGH NJW 2007, 2118 (2119); BGH NJW 2005, 3650.

¹²¹ BGH NJW 2003, 3787; BGH NSTZ 2006, 223 (224); *Fischer* (Fn. 6), § 266a Rn. 17.

¹²² Vgl. *Waszczyński*, ZJS 2009, 596 (599).

¹²³ BGH NSTZ 2004, 283; BGH NSTZ 2006, 223 (224).

¹²⁴ *Haas*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 65), § 64 GmbHG Rn. 1a.

weise auch für die Sozialversicherungsbeitragsforderungen der Krankenkassen gelten.¹²⁵ Richtigerweise wäre daher für den – praktisch höchst seltenen – Fall des beschriebenen Normenkonflikts von einer rechtfertigenden Pflichtenkollision auszugehen, sodass der Arbeitgeber, der sich an § 64 S. 1 GmbHG hält, hinsichtlich der tatbestandlichen Verwirklichung des § 266a StGB über den von der Rechtsprechung tolerierten Zeitraum hinaus gerechtfertigt wäre.¹²⁶

VII. Strafzumessung – § 266a Abs. 4 StGB

Abs. 4 enthält einen – nicht abschließenden – Katalog von Regelbeispielen, dem lediglich eine indizielle Wirkung zukommt.¹²⁷ Dabei setzt § 266a Abs. 4 Nr. 1 StGB voraus, dass der Täter subjektiv aus grobem Eigennutz und objektiv in großem Ausmaß Beiträge vorenthält. Grober Eigennutz ist gegeben, wenn sich der Täter bei der Tat in besonders anstößigem Maße vom Streben nach seinem eigenen Vorteil leiten lässt.¹²⁸ Ein großes Ausmaß soll vorliegen, wenn der Gesamtschaden sich deutlich von der Schadenshöhe gewöhnlich vorkommender Fälle abhebt.¹²⁹ Diskutiert werden konkrete Beträge zwischen 50.000 €¹³⁰ und 1 Million €¹³¹. Nr. 2 setzt eine fortgesetzte Beitragsvorenthaltung mittels Verwendung nachgemachter oder verfälschter Belege voraus. Das Regelbeispiel des § 266a Abs. 4 Nr. 3 StGB entspricht dem des § 264 Abs. 2 Nr. 3 StGB und sieht den erhöhten Strafraum für den Fall, dass ein Arbeitgeber, der mit einem missbräuchlich handelnden Amtsträger (kollusiv) zusammenwirkt, vor. In Betracht kommen auch stets unbenannte Regelbeispiele. Ausgeschlossen ist indes eine Strafschärfung wegen „Gewerbsmäßigkeit“: Der Gesetzgeber hat auf die Aufnahme dieses – bei anderen Tatbeständen (so z.B. § 263 Abs. 3 Nr. 1 Var. 1 StGB) durchaus üblichen – Regelbeispiels verzichtet, da dieses dem Tatbestand des § 266a StGB grundsätzlich immanent ist.¹³²

¹²⁵ Waszczyński, ZJS 2009, 596 (599).

¹²⁶ So auch Radtke (Fn. 14), § 266a Rn. 95; Brand (GmbHR 2010, 237 [239 ff.]) plädiert gegen eine Anwendung des § 64 S. 1 GmbHG und spricht sich stattdessen für eine „konsequente Anwendung des § 34 StGB“ aus, der hier eine Rechtfertigung ermögliche.

¹²⁷ Gercke/Leimenstoll, WiJ 2012, 246 (255); Radtke (Fn. 14), § 266a Rn. 108.

¹²⁸ BGH NStZ 1985, 459; Fischer (Fn. 6), § 266a Rn. 27.

¹²⁹ Fischer (Fn. 6), § 266a Rn. 27; Hadamitzky/Senge, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Kommentar, 206. Lfg. Stand: Januar 2016, § 370 AO Rn. 88; verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich der Bestimmtheit des Begriffs formuliert der 5. Strafsenat des BGH in NJW 2004, 2990.

¹³⁰ Lackner/Kühl (Fn. 5), § 266a Rn. 16b.

¹³¹ Ignor/Rixen, NStZ 2002, 510 (512 f.).

¹³² BGH wistra 2007, 307; Steinberg, wistra 2009, 55 (57); Gercke/Leimenstoll, WiJ 2012, 246 (255).

VIII. Absehen von Strafe und persönlicher Strafaufhebungsgrund – § 266a Abs. 6 StGB

§ 266a Abs. 6 StGB sieht eine zweifach gestufte Rücktrittsmöglichkeit vor. Sie dient dem Täter, der die Beitragsentrichtung versäumt hat, als psychischer Anreiz, die Beiträge auch nachträglich noch zu entrichten.¹³³ Vom Gesetzgeber intendiert ist dabei insbesondere die Situation des sich in einer temporären Krise befindlichen Klein- oder Mittelstandsbetriebes, dessen Betriebsleiter zum Fälligkeitszeitpunkt die Zahlung nicht möglich ist, ohne dabei insolvenzgefährdet zu sein.¹³⁴ § 266a Abs. 6 StGB ist demnach eine „goldene Brücke“ in die Legalität und der Sache nach an der Selbstanzeige im Steuerstrafrecht orientiert.¹³⁵ Auf der ersten Stufe kann das Gericht gemäß § 266a Abs. 6 S. 1 StGB nach pflichtgemäßem Ermessen von einer Strafe absehen, soweit die Voraussetzungen des S. 1 vorliegen, das heißt, wenn der Täter zum Fälligkeitszeitpunkt oder unverzüglich danach der Einzugsstelle schriftlich die Höhe der vorenthaltenen Beiträge mitteilt und die Unmöglichkeit fristgerechter Zahlung trotz ernsthaften Bemühens darlegt. Die Vorschrift passt jedenfalls ihrem Wortlaut nach (§ 266a Abs. 6 Nr. 2 StGB: „[...] darlegt, warum die fristgemäße Zahlung nicht möglich ist, [...]“) nur auf Fälle der *omissio libera in causa*, da die Unmöglichkeit der Handlungspflicht (hier: Beitragsabführung) bereits den Tatbestand eines Unterlassungsdelikts ausschließt.¹³⁶ In der Praxis hat die Norm somit nur einen äußerst eingeschränkten Anwendungsbereich. Demgemäß wird von einigen Stimmen – dem Zweck des Abs. 6 entsprechend – richtigerweise eine weitergehende Auslegung der Norm gefordert.¹³⁷

Auf der zweiten Stufe (§ 266a Abs. 6 S. 2 StGB) erlangt der Täter Straffreiheit, wenn er die vorenthaltenen Beträge, über die er nach S. 1 Mitteilung gemacht hat, innerhalb einer ihm von der Einzugsstelle gesetzten angemessenen Frist entrichtet hat. Die Angemessenheit dieser Frist ist im Strafverfahren zu beurteilen.¹³⁸ Hierbei handelt es sich um einen persönlichen Strafaufhebungsgrund.¹³⁹

IX. Konkurrenzen

In der Praxis wird die Beitragsvorenthaltung regelmäßig für mehrere Mitarbeiter gegenüber unterschiedlichen Krankenkassen und womöglich gar über mehrere Monate hinweg begangen, womit die Frage der Konkurrenzen zu klären bleibt. Werden Sozialversicherungsbeiträge für mehrere Arbeitnehmer, die bei derselben Krankenkasse versichert sind, hinterzogen, so ist mit der vorherrschenden Auffassung von

¹³³ Saliger (Fn. 7), § 266a Rn. 30.

¹³⁴ BT-Drs. 10/318, S. 26.

¹³⁵ Radtke (Fn. 14), § 266a Rn. 118; Maurach/Schroeder/Mailwald, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 10. Aufl. 2009, § 45 Rn. 70.

¹³⁶ Fischer (Fn. 6), § 266a Rn. 30.

¹³⁷ So etwa Radtke (Fn. 14), § 266a Rn. 119; Saliger (Fn. 7), § 266a Rn. 30.

¹³⁸ Maurach/Schroeder/Mailwald (Fn. 135), § 45 Rn. 70.

¹³⁹ Perron (Fn. 7), § 266a Rn. 26.

einer einheitlichen Tat auszugehen.¹⁴⁰ Sind die Mitarbeiter bei verschiedenen Krankenkassen versichert, liegt Tatmehrheit vor.¹⁴¹ Werden Beiträge über mehrere Monate hinweg vorenthalten, liegt gleichfalls Tatmehrheit vor.¹⁴² Was das Verhältnis von § 266a StGB zu § 263 StGB angeht, so verdrängen Abs. 1 und Abs. 2 den Beitragsbetrug nach § 263 StGB im Wege der Spezialität.¹⁴³

¹⁴⁰ BGH wistra 2007, 307; *Fischer* (Fn. 6), § 266a Rn. 36; *Gercke* (Fn. 34), Kap. 2 Rn. 99; a.A. (Tateinheit) *Perron* (Fn. 7), § 266a Rn. 28.

¹⁴¹ BGHSt 48, 307 (314); OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 1999, 104 (105); *Fischer* (Fn. 6), § 266a Rn. 36.

¹⁴² *Fischer* (Fn. 6), § 266a Rn. 36.

¹⁴³ BGH NStZ 2007, 527; *Radtke* (Fn. 14), § 266a Rn. 101; *Wittig* (Fn. 9), § 266a Rn. 50; ausführlich *Gercke* (Fn. 34), Kap. 2 Rn. 102 ff. mit Überblick über die Rechtslage vor Einfügung des Abs. 2.