

Gutachten

wegen

**Mögliche Strafbarkeit nach § 266a StGB bei der
Kooperation zwischen Personaldienstleistern,
selbständigen Wissensarbeitern und
Kundenunternehmen im Lichte der Rechtsprechung
des Bundesgerichtshofs vom 24.01.2018,
Az.: 1 StR 331/17**

**Erstellt für: Bundesverband für selbständige Wissensarbeit e. V.,
Karlplatz 7, 10117 Berlin**

**Erstellt durch: Univ.-Prof. Dr. jur. Burkhard Boemke, Inhaber des Lehrstuhls
für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Sozialrecht an der
Juristenfakultät der Universität Leipzig und
geschäftsführender Direktor des Instituts für Arbeits- und
Sozialrecht der Juristenfakultät der Universität Leipzig**

**Univ.-Prof. Dr. jur. Hendrik Schneider, Inhaber des Lehrstuhls
für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie,
Jugendstrafrecht und Strafvollzugsrecht an der
Juristenfakultät der Universität Leipzig**

1.	Anlass und Fragestellung des Gutachtens	- 6 -
2.	Ergebnis des Gutachtens – Management Summary.....	- 7 -
2.1	Welche Voraussetzungen müssen für das Vorliegen des bedingten Vorsatzes im Rahmen der Strafbarkeit aus § 266a StGB erfüllt sein?	- 7 -
2.2	Welche Indizien sprechen in der Praxis für und gegen das Vorliegen des bedingten Vorsatzes?	- 8 -
2.3	Auf wessen Kenntnis kommt es im Rahmen des § 266a StGB an und zu welchem Zeitpunkt muss diese Kenntnis vorliegen?	- 10 -
3.	Grundlagen	- 10 -
3.1	Begriff und Bedeutung der Wissensarbeiter	- 10 -
3.2	Rechtsfragen des Einsatzes von Wissensarbeitern in den Unternehmen der Auftraggeber	- 11 -
3.3	Wortlaut und Struktur des § 266a StGB.....	- 14 -
3.3.1	Wortlaut des § 266a Abs. 1 bis 3 StGB	- 14 -
3.3.2	Der objektive Tatbestand des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt (§ 266a Abs. 1-3 StGB) im Überblick	- 15 -
3.3.2.1	Bestehen eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses	- 15 -
3.3.2.2	Besondere persönliche Merkmale in der Person des Täters	- 16 -
3.3.2.3	Vorenthalten von Beiträgen zur Sozialversicherung.....	- 17 -
3.3.3	Der subjektive Tatbestand des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt (§ 266a Abs. 1-3 StGB)	- 17 -
3.3.3.1	Vorsatz in Bezug auf die Merkmale des objektiven Tatbestands.....	- 17 -
3.3.3.2	Vorliegen eines Tatbestandsirrtums gemäß § 16 Abs. 1 StGB.....	- 18 -
3.3.3.2.1	Voraussetzungen eines Tatbestandsirrtums gemäß § 16 Abs. 1 StGB-	- 18 -
3.3.3.2.2	Der Irrtum über die Arbeitgebereigenschaft und das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses in der Rechtsprechung bis zur Entscheidung des 1. Senats des BGH vom 24.01.2018.....	- 19 -
3.3.3.2.2.1	Annahme eines Tatbestandsirrtums	- 19 -
3.3.3.2.2.2	Ambivalenzen in der Entscheidung des Landgerichts Karlsruhe vom 27.02.2009.....	- 22 -
3.3.3.2.2.3	Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zwischen 2009 und 2017.....	- 23 -
3.3.4	Schuld und Vorliegen eines Verbotsirrtums gemäß § 17 StGB.....	- 25 -
3.3.4.1	Begriff des Verbotsirrtums	- 25 -
3.3.4.2	Voraussetzungen der Vermeidbarkeit.....	- 26 -

3.3.4.3	Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums im Fall des Irrtums über die Arbeitgeberberei- genschaft und das Vorliegen eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses.....	- 27 -
3.3.4.4	Rechtsfolgen bei Vorliegen eines Verbotsirrtums gem. § 17 StGB.....	- 28 -
3.4	Abgrenzung zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum – Bedeutung und Tragweite der Entscheidung des BGH vom 24.01.2018.....	- 29 -
3.4.1	Sachverhalt und Entscheidungsgründe	- 29 -
3.4.1.1	Sachverhalt.....	- 29 -
3.4.1.2	Die Entscheidung des Landgerichts Wiesbaden in der Vorinstanz.....	- 29 -
3.4.1.3	Revision der Staatsanwaltschaft und Entscheidungsgründe des 1. Senats	- 30 -
3.4.1.3.1	Unterschiedliche Behandlung der Irrtümer bei § 266a StGB einerseits und § 41a EStG in Verbindung mit aus § 370 Abs. 1 Nr. 1 und 2 AO andererseits	- 30 -
3.4.1.3.2	Distanzierung von der Kritik an der herrschenden Steueranspruchstheorie	- 31 -
3.4.2	Rezeption der Entscheidung durch das strafrechtswissenschaftliche Schrifttum	- 32 -
3.4.3	Voraussetzungen des Tatbestandsirrtums im Fall der Realisierung der Trendwende in der höchstrichterlichen Rechtsprechung	- 34 -
3.5	Maßgeblicher Zeitpunkt für Vorsatz und Tatbestandsirrtum.....	- 37 -
3.6	Irrtum und Wissenszurechnung.....	- 38 -
3.6.1	Keine pauschale strafrechtliche Haftung für Taten des früheren Organs der Gesellschaft	- 38 -
3.6.2	Delegation der Verantwortlichkeiten	- 38 -
3.6.2.1	Substitutenhaftung.....	- 38 -
3.6.2.2	Sonstige Delegationsfälle	- 39 -
3.7	Täterschaft und Teilnahme.....	- 41 -
3.7.1	Täterschaft	- 41 -
3.7.2	Sonstige Mitarbeiter des Arbeitgebers als Teilnehmer.....	- 42 -
3.7.2.1	Grundsätze	- 42 -
3.7.2.2	Beihilfe durch Steuerberater und Rechtsanwälte	- 42 -
3.7.2.3	Beihilfe durch Mitarbeiter der Rechtsabteilung, Lohnabrechnung, Personalabteilung, Personalverwaltung und Buchhaltung.....	- 43 -
3.7.3	Der Wissensarbeiter als Teilnehmer.....	- 43 -
4.	Wissensarbeiter und § 266a Abs. 1 StGB	- 44 -
4.1	Vertrags- und Leistungsbeziehungen	- 44 -
4.1.1	Kunde als Vertragspartner des Wissensarbeiters.....	- 44 -

4.1.2	Der Wissensarbeiter als Sub-Auftragnehmer	45 -
4.2	Wissensarbeiter als Auftragnehmer des Kunden.....	45 -
4.2.1	§ 266a Abs.1 StGB	45 -
4.2.1.1	Objektiver Tatbestand.....	45 -
4.2.1.2	Subjektiver Tatbestand.....	47 -
4.2.1.2.1	Anwendung von § 16 StGB	47 -
4.2.1.2.2	Bedingter Vorsatz.....	48 -
4.2.1.2.2.1	Begriff.....	48 -
4.2.1.2.2.2	Anhaltspunkte für bzw. gegen (bedingten) Vorsatz.....	50 -
4.2.1.2.2.2.1	Rückgriff auf Rechtsprechung zu § 25 Abs. 1 Satz 2 SGB IV.....	50 -
4.2.1.2.2.2.2	Fehlender Vorsatz.....	51 -
4.2.1.2.2.2.3	Arbeitsgerichtsverfahren/Lohnsteuerfeststellungen.....	51 -
4.2.1.2.2.2.4	Nicht: Art der Tätigkeit.....	52 -
4.2.1.2.2.2.5	Nicht: Unterlassen des Statusfeststellungsverfahrens nach § 7a SGB IV.....	53 -
4.2.1.2.3	Kenntnis von der Sozialversicherungspflicht.....	54 -
4.2.1.2.3.1	Maßgeblicher Personenkreis	54 -
4.2.1.2.3.2	Maßgeblicher Zeitpunkt	57 -
4.2.2	Vertragliches Risikomanagement	59 -
4.2.2.1	Problemstellung.....	59 -
4.2.2.2	Vergütungsregelungen	59 -
4.2.2.2.1	Bedeutung von Vergütungsregelungen	59 -
4.2.2.2.2	Hohe Vergütung und Vorsatz	61 -
4.2.2.3	Anwesenheitsregelungen.....	62 -
4.2.2.3.1	Bedeutung von Anwesenheitsregelungen.....	62 -
4.2.2.3.1.1	Weisungsrecht.....	62 -
4.2.2.3.1.2	Eingliederung.....	63 -
4.2.2.3.2	Anwesenheitsregelungen und Vorsatz	64 -
4.2.2.4	Bestimmungen über den Tätigkeitsinhalt	66 -
4.2.2.4.1	Bedeutung von Vereinbarungen über den Tätigkeitsinhalt.....	66 -
4.2.2.4.2	Vereinbarungen über den Tätigkeitsinhalt und Vorsatz.....	68 -
4.2.2.5	Äußeres Auftreten des Wissensarbeiters.....	69 -
4.2.2.5.1	Bedeutung des äußeren Auftretens.....	69 -
4.2.2.5.2	Konkrete Ansatzpunkte	71 -
4.3	Der Wissensarbeiter als Sub-Auftragnehmer.....	72 -
4.3.1	§ 266a Abs.1 StGB	72 -
4.3.1.1	Objektiver Tatbestand.....	72 -
4.3.1.2	Subjektiver Tatbestand	72 -

4.3.2	Vertragliches Risikomanagement.....	- 73 -
4.3.2.1	Problemstellung.....	- 73 -
4.3.2.2	Rückgriffsklauseln.....	- 73 -
4.3.2.2.1	Risiken bzgl. des Vorsatzes.....	- 73 -
4.3.2.2.2	Alternative Vereinbarungen	- 74 -
4.3.2.3	Kundenstandards als Vorgabe.....	- 75 -
5.	Fazit und Ausblick.....	- 76 -

1. **Anlass und Fragestellung des Gutachtens**

Am 24.01.2018 hat der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs in einem viel beachteten Urteil entschieden, dass eine „Fehlvorstellung über die Arbeitgebereigenschaft in § 266a StGB und die daraus folgende Abführungspflicht insgesamt als (vorsatzausschließender) Tatbestandsirrtum und nicht mehr – wie bisher – als Verbotsirrtum zu behandeln“ sein könnte.¹

Nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH wirkt sich der Irrtum über die eigene Stellung als Arbeitgeber nur in den seltensten Fällen strafbefreiend aus. Denn der Irrtum wäre als Verbotsirrtum fast stets vermeidbar gewesen. In seiner neuen Entscheidung stellt der BGH in Aussicht, dass künftig die irriige Annahme des Auftraggebers, er sei kein Arbeitgeber, als Tatbestandsirrtum zu behandeln sei. Denn mit Blick auf das Merkmal der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, dessen Bejahung voraussetzt, dass der Täter sich über die Rechtslage vergewissert hat, ist die Einholung anwaltlichen Rates oder die Durchführung des Statusfeststellungsverfahrens bei einem Tatbestandsirrtum keine notwendige Bedingung der Straffreiheit. Die externe rechtliche Absicherung verbessert aber die Chancen, Vorsatzzuschreibungen der Staatsanwaltschaft mit Argumenten begegnen zu können.

Die Entscheidung des BGH vom 24.01.2018 betrifft zwar einen Sachverhalt aus dem Bereich des Handwerks. Sie ist jedoch auch für die Berufsgruppe der Wissensarbeiter und deren Auftraggeber von grundlegender Bedeutung. Der Straftatbestand des „Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt“ (§ 266a StGB) ist nämlich als Vorsatzdelikt ausgestaltet. Wer auf Grund eines vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtums ohne Vorsatz handelt (§ 16 Abs. 1 StGB), kann folglich nicht wegen der Hinterziehung von Sozialversicherungsbeiträgen (§ 266a StGB) bestraft werden. Dies gilt unabhängig davon, ob die Dienstleistung des Auftragnehmers eine solche aus dem Bereich „Handarbeit“ oder „Wissensarbeit“ darstellt.

Auch beim Einsatz hochqualifizierter, selbständiger Wissensarbeiter können Fehlvorstellungen über die eigene Arbeitgebereigenschaft vorkommen. Die Vertragsparteien und Zivilgerichte beurteilen eine Dienstleistungsbeziehung vielfach als eine freie Zusammenarbeit gemäß § 611 BGB, während die Deutsche Rentenversicherung (DRV) im Rahmen einer Betriebsprüfung von einer abhängigen Beschäftigung ausgeht.

Das Gutachten analysiert Bedeutung und Tragweite der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 24.01.2018 und geht insbesondere auf folgende Fragestellungen ein:

¹ BGH, Urteil v. 24.01.2018, Az.: 1 StR 331/17, Rn. 15 (zitiert nach juris).

- Welche Voraussetzungen müssen für das Vorliegen des bedingten Vorsatzes im Rahmen der Strafbarkeit aus § 266a StGB erfüllt sein?
- Welche Indizien sprechen in der Praxis für und gegen das Vorliegen des bedingten Vorsatzes?
- Ist ein Irrtum über das Vorliegen der Arbeitgebereigenschaft im Sinne des § 266a StGB -unter Einbeziehung der Entscheidung des BGH vom 24.01.2018- als ein Tatbestandsirrtum oder wie bisher weiterhin als ein Verbotsirrtum zu bewerten?
- Auf wessen Kenntnis kommt es im Rahmen des § 266a StGB an und zu welchem Zeitpunkt muss diese Kenntnis vorliegen?

2. Ergebnis des Gutachtens – Management Summary

2.1 Welche Voraussetzungen müssen für das Vorliegen des bedingten Vorsatzes im Rahmen der Strafbarkeit aus § 266a StGB erfüllt sein?

Für eine Vorsatztat der Hinterziehung von Sozialversicherungsbeiträgen gem. § 266a StGB muss der Arbeitgeber die Verwirklichung des Tatbestandes mindestens für möglich und nicht ganz fernliegend halten (kognitives oder Wissenselement) und ihn billigend in Kauf nehmen (voluntatives oder Willenselement). Der Arbeitgeber muss es demnach erstens zumindest für möglich halten, dass ein Arbeits- oder ein sonstiges sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis gegeben ist. Zweitens muss er sich mit der Nichtabführung der Sozialversicherungsbeiträge zum Fälligkeitszeitpunkt abfinden, weil er dies zum Zwecke der Erreichung seiner wirtschaftlichen Ziele in Kauf nimmt. Je eindeutiger die Bejahung des Vorliegens eines Beschäftigungsverhältnisses ausfällt, desto eher ist das voluntative Vorsatzelement zu bejahen bzw. der Tatbestandsirrtum zu verneinen. Soweit also die Zusammenarbeit zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer in vertretbarer Weise als freie Zusammenarbeit erfolgt, spricht dies gegen das Vorliegen des voluntativen Vorsatzelements. Setzt sich der in der Entscheidung des BGH vom 24.01.2018, Az.: 1 StR 331/17, angedeutete Paradigmenwechsel durch, genügt bloße Tatsachenkenntnis für Vorsatz folglich nicht mehr.

Nach Auffassung des BGH gibt es keinen sachlichen Grund für eine unterschiedliche Behandlung der Anforderungen an den Inhalt des Vorsatzes in Bezug auf das normative Tatbestandsmerkmal der Stellung als Arbeitgeber in § 266a StGB und in § 41a EStG in Verbindung mit dem Straftatbestand aus § 370 Abs. 1 Nr. 1 und 2 AO. Vor diesem Hintergrund – Irrtumskonstellationen bei normativen Tatbestandsmerkmalen einerseits im Steuerstrafrecht und andererseits im Anwendungsbereich des § 266a StGB nach identischen Kriterien und Prinzipien zu behandeln – ist es durchaus wahrscheinlich, dass der BGH seinen angekündigten Richtungswechsel auch in die Tat umsetzen wird.

Vorausgesetzt, die neue Rechtsprechung greift durch und wird von den Instanzgerichten so umgesetzt, dürften die strafrechtlichen Risiken beim Einsatz von selbständigen Wissensarbeitern überschaubarer werden, da zumindest die Anforderung, zur Vermeidung eines Irrtums über die Arbeitgeberstellung in jedem Einzelfall ein Statusfeststellungsverfahren durchzuführen, entfällt. Nichtsdestotrotz muss auch unter Zugrundelegung des angekündigten Richtungswechsels des BGH plausibel nachgewiesen werden können, dass die Verwirklichung des Tatbestands des § 266a StGB nicht für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen wurde. In diesem Zusammenhang ist zunächst der Begriff des bedingten Vorsatzes in Abgrenzung zur Fahrlässigkeit in Erinnerung zu rufen: Nimmt der Täter demnach die Verwirklichung des objektiven Tatbestands des § 266a StGB billigend in Kauf, liegt bedingter Vorsatz vor. Vertraut er hingegen ernsthaft darauf, dass keine abhängige Beschäftigung vorliegt, ist der Vorsatz auf Grund des Vorliegens eines Tatbestandsirrtums ausgeschlossen.

2.2 Welche Indizien sprechen in der Praxis für und gegen das Vorliegen des bedingten Vorsatzes?

Im Strafrecht gilt: Je eindeutiger die Bejahung des Vorliegens eines Beschäftigungsverhältnisses ausfällt, desto eher ist der Vorsatz (insbesondere das „Billigen im Rechtssinne“) zu bejahen bzw. der Irrtum zu verneinen. Ein billigendes Inkaufnehmen und damit bedingter Vorsatz scheidet aus, wenn der Arbeitgeber nicht nur vage, sondern ernsthaft darauf vertraut hat, dass ihn keine Beitragsabführungspflicht trifft.² Dabei mangelt es nicht bereits an der Ernsthaftigkeit, wenn er sich nach umfassender Information und Beratung für eine vertretbare Auslegungsmöglichkeit entscheidet, wohlwissend, dass Gerichte dies später anders beurteilen können.³

Andererseits kann Vorsatz insbesondere angenommen werden, wenn in einem arbeitsgerichtlichen Verfahren festgestellt wurde, dass eine abhängige Beschäftigung vorliegt bzw. weiterbesteht, im Anschluss aber dennoch keine Sozialversicherungsbeiträge entrichtet werden. Entsprechendes gilt, wenn die Beitragspflicht für die Vergangenheit durch die DRV bestandskräftig festgestellt wurde und die Rechtsbeziehung ohne Inhaltsänderung fortgesetzt wird.

² SG Dresden, Urteil v. 15.05.2013, Az.: S 15 KR 817/12, BeckRS 2013, 70468, Rn. 42.

³ Zutreffend darauf hinweisend Schönke/Schröder/Perron, 29. Aufl., 2014, StGB, § 266a, Rn. 17.

Nach der sozialrechtlichen Rechtsprechung wird zunächst die Vertragslage beurteilt. Ergeben sich hieraus keine Indizien dafür, dass die Erforderlichkeit einer Leistungspräzisierung bzw. die Vereinbarung der Berechtigung des Auftraggebers, einseitig Anpassungen des Leistungsziels vorzunehmen besteht, so spricht dies zunächst für ein sozialversicherungsfreies Vertragsverhältnis. Bei dieser Beurteilung bleibt es, wenn es keine Anhaltspunkte dafür gibt, dass die vertraglichen Regelungen nicht auch tatsächlich entsprechend den vertraglichen Vereinbarungen so gelebt wurden.

Bei einer nicht eindeutigen Rechtslage kann die Vereinbarung einer besonders hohen Vergütung dafür sprechen, dass der Auftraggeber von einer sozialversicherungsfreien Tätigkeit ausging. Auf Grund der hohen Vergütung ist nämlich eine eigene soziale Absicherung möglich, die das Erfordernis der Sozialversicherung entfallen lässt.

Die Vereinbarung von Rückgriffsklauseln zwischen (End-)Kunde, dem Hauptauftraggeber, und (Sub-)Auftraggeber, dem Projekt- bzw. Personaldienstleister als Intermediär, kann ein Indiz für bedingten Vorsatz sein. Mit Rückgriffsklauseln behält sich der Endkunde das Recht vor, sich beim (Sub-)Auftraggeber zu erholen, wenn er vom Wissensarbeiter wegen Vergütung oder von den Sozialversicherungsträgern wegen Beitragsansprüchen in Anspruch genommen wird. Eine Rückgriffsklausel macht aber nur in Konstellationen Sinn, in denen die Beteiligten davon ausgehen, dass der Rückgriffsberechtigte als Arbeitgeber für die Beiträge zur Sozialversicherung in Anspruch genommen werden kann. Sie können daher durchaus als Anhaltspunkt dafür verstanden werden, dass Auftraggeber und Kunde die Möglichkeit illegaler Arbeitnehmerüberlassung mit entsprechenden sozialversicherungsrechtlichen Pflichten des Kunden sehen, aber gleichwohl ihre Ziele auf dem eingeschlagenen Weg erreichen wollen. Als Mittel für den (End-)Kunden sich im Verhältnis zum (Sub-)Auftraggeber gegen das Risiko der Scheinselbständigkeit abzusichern, bieten sich Zusicherungen des (Sub-)Auftraggebers an, im Rahmen der Erfüllung der Leistungsverpflichtungen nur freie Mitarbeiter einzusetzen oder aber eigene Arbeitnehmer, denen gegenüber er seinen Lohnzahlungspflichten inkl. Abführung der Sozialversicherungsbeiträge nachgekommen ist. Der (Sub-)Auftraggeber sollte verpflichtet werden, diese Zusicherung wiederum an seine Subunternehmer weiterzugeben, damit diese Verpflichtung in der gesamten Kette erhalten bleibt. Der (End-)Kunde darf dann nämlich darauf vertrauen, dass sozialversicherungsrechtliche Beitragspflichten bezüglich der bei ihm eingesetzten Mitarbeiter nicht mehr bestehen

Wird das Statusfeststellungsverfahren nach § 7a SGB IV nicht durchgeführt, spricht dies allein noch nicht für einen bedingten Vorsatz.

2.3 Auf wessen Kenntnis kommt es im Rahmen des § 266a StGB an und zu welchem Zeitpunkt muss diese Kenntnis vorliegen?

Täter des § 266a StGB kann nur der Arbeitgeber sein. Daher kommt es auf dessen Vorsatz und dessen Kenntnis an. Ist der Arbeitgeber eine juristische Person, ist die Kenntnis des vertretungsberechtigten Organs (§ 14 StGB), das heißt die Kenntnis des Geschäftsführers einer GmbH oder GmbH & Co. KG (§§ 35, 37 GmbHG), des Vorstands einer Aktiengesellschaft (§ 76 AktG) oder eines rechtsfähigen Vereins (§ 26 BGB) maßgeblich. Besteht das vertretungsberechtigte Organ aus mehreren Personen, so kommt grundsätzlich jede Person als Täter des § 266a StGB in Betracht. Bei der Kenntnis gilt der Grundsatz, dass die Kenntnis eines Mitglieds eines Vertretungsorgans nicht einem anderen Mitglied zugerechnet wird. Es kommt demnach auf die Kenntnis und den Vorsatz des jeweiligen Täters an.

Hat das Organ der Geschäftsführung Personalangelegenheiten vollständig auf einen Dritten zur eigenverantwortlichen Aufgabenerfüllung übertragen, spricht man von der so genannten „Substitutenhaftung“ gem. §§ 266a, 14 Abs. 2 StGB. In diesem Fall kann auch der Substitut Täter des § 266a StGB sein. Es kommt dann auf seine Kenntnis an. In der Praxis ist die Substitutenhaftung selten, weil die Rechtsprechung hohe Anforderungen an die Übertragung der gesetzlichen Arbeitgeberpflichten in die eigenverantwortliche Entscheidungsgewalt des Beauftragten stellt. Soweit lediglich eine Delegation der Arbeitgeberpflichten durch das Organ an einen dritten Mitarbeiter der juristischen Person vorliegt, kann ausnahmsweise eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Organs auch dann in Betracht kommen, wenn dieses keine Kenntnis von der Verletzung der Pflicht zur Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen hat. Nach den Kriterien der „willfull blindness“ soll es für den Vorsatz des Organs nämlich ausreichen, dass dieses die Pflichtverletzung des Mitarbeiters für möglich hält und das Organ es unterlässt, die Tätigkeiten des Mitarbeiters durch regelmäßige Kontrollen zu überwachen. Dieser Argumentationsansatz wird auch dann herangezogen, wenn das Organ aus mehreren Personen besteht und die mit der Sozialversicherungspflicht zusammenhängenden Aufgaben einer Person des mehrköpfigen Organs überantwortet wurden.

3. Grundlagen

3.1 Begriff und Bedeutung der Wissensarbeiter

In Deutschland sind derzeit etwa 300.000 „freiwillig Selbständige“, hauptsächlich so genannte Wissensarbeiter, in zukunftssträchtigen Berufen tätig. Hierbei handelt es sich um hochqualifizierte Fachkräfte, „die den Unternehmen projektbasiert, schnell und flexibel zur

Seite stehen und mit ihrem spezialisierten Wissen, ihren Erfahrungen, innovativen Ideen und einer hohen Mobilität zur Wertschöpfung von Unternehmen beitragen“.⁴

Die Relevanz der „Wissensarbeiter“ für die Wirtschaft im Zeitalter des „Postfordismus“ wurde seitens des US-amerikanischen Ökonomen und Soziologen Jeremy Rifkin bereits in dessen 1995 erschienenem Werk „Das Ende der Arbeit“ vorausgesehen. Rifkin schreibt:

„Zu den Wissensarbeitern gehören viele verschiedene Berufsgruppen, deren Gemeinsamkeit darin besteht, dass sie mit Hilfe hypermoderner Informationstechnologien Probleme identifizieren, bearbeiten und lösen. ... In ihren Reihen befinden sich Wissenschaftler, Ingenieure, Softwareexperten, Biotechniker, PR-Spezialisten, Juristen, Investmentbanker, Unternehmensberater, Finanz- und Steuerexperten, Architekten, Planungsexperten, Marketingspezialisten, Filmproduzenten, Auch wenn viele, die der neuen Elite ... angehören, in den großen Metropolen der Welt arbeiten, so sind sie doch an keinen bestimmten Ort gebunden. Ihr Arbeitsplatz ist von geringerer Bedeutung als das globale Netzwerk, in dem sie arbeiten. Sie stellen eine Art von Kosmopoliten dar, sie sind Mitglieder eines Stammes von High-tech Nomaden ... die ihr Wissen und ihre Dienste überall in der Welt verkaufen.“⁵

Der Bundesverband für selbständige Wissensarbeit e. V. vereint Dienstleister für den projektbasierten Einsatz hochqualifizierter selbständiger Wissensarbeiter sowie hierzu assoziierte Partner und hat daher ein besonderes Interesse an der Rechtssicherheit der Zusammenarbeit zwischen Wissensarbeitern und Unternehmen.

3.2 Rechtsfragen des Einsatzes von Wissensarbeitern in den Unternehmen der Auftraggeber

Den Mitgliedern des Bundesverbandes für selbständige Wissensarbeit ist bekannt, dass beim Einsatz von Wissensarbeitern Rechtsfragen entstehen, die mit dem Fragenkomplex der sogenannten Scheinselbständigkeit verbunden sind.

Eine (sozialversicherungspflichtige) Beschäftigung liegt dabei gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV vor, wenn es sich um „nichtselbständige Arbeit“ handelt. Anhaltspunkte hierfür sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des

⁴ ADESW Positionspapier „Selbständige Wissensarbeiter“, https://www.selbständige-wissensarbeit.de/wp-content/uploads/ADESW_Positionspapier-Wissensarbeiter.pdf

⁵ Rifkin, Das Ende der Arbeit und ihre Zukunft, Fischer, 2016, Seite 160 ff.

Weisungsgebers. Nach ständiger Rechtsprechung des BSG kommt es dabei entscheidend darauf an, dass die Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit erbracht wird.⁶ Bei einem Tätigwerden in einem fremden Betrieb ist dies dann der Fall, wenn der potenziell Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei bezüglich Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung der Weisung des Betriebsinhabers unterliegt.⁷ Keine Beschäftigung in diesem Sinne, sondern eine selbständige und damit eine sozialversicherungsfreie Tätigkeit ist nach ständiger Rechtsprechung des BSG demgegenüber dann anzunehmen, wenn der Tätigwerdende ein relevantes Unternehmerrisiko trägt.⁸ Indizielle Bedeutung kommt außerdem sonstigen Kriterien zu, wie z. B. dem Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, der Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und der im Wesentlichen frei gestalteten Tätigkeit und Arbeitszeit.⁹ Ob eine Person (abhängig) beschäftigt oder selbständig tätig ist, richtet sich danach, welche der zuvor genannten Merkmale überwiegen.¹⁰ Die Beurteilungsgrundlage soll stets das Gesamtbild der Tätigkeit bilden, wobei dieses anhand der vertraglichen Gestaltung sowie der tatsächlichen Handhabung des Vertrags im Einzelfall zu bestimmen ist.¹¹ Insoweit herrscht durch alle Instanzen der Sozialgerichtsbarkeit hindurch Einigkeit.¹² Bei genauerer Betrachtung zeigt sich allerdings, dass „selbst das BSG als

⁶ So schon BSG, Urteil v. 04.12.1958, Az.: 3 RK 3/56, Rn. 24 (zitiert nach juris). Fortgeführt über Urteil v. 13.12.1960, Az.: 3 RK 2/56, Rn. 31 (zitiert nach juris), wobei der erkennende Senat schon damals von einer „feststehenden Rechtsprechung“ spricht; Urteil v. 11.08.1966, Az.: 3 RK 57/63, Rn. 22 (zitiert nach juris); Urteil v. 24.06.1982, Az.: 12 RK 45/80, Rn. 12 (zitiert nach juris); Urteil v. 24.09.1992, Az.: 7 RAR 12/92, Rn. 16 (zitiert nach juris); Urteil v. 22.02.1996, Az.: 12 RK 6/95, Rn. 19 (zitiert nach juris); Urteil v. 04.06.1998, Az.: B 12 KR 5/97 R, Rn. 16 (zitiert nach juris); Urteil v. 28.01.1999, Az.: B 3 KR 2/98 R, Rn. 20 (zitiert nach juris); Urteil v. 29.08.2012, Az.: B 12 KR 25/10 R, Rn. 15 m. w. N. (zitiert nach juris); Urteil v. 30.04.2013, Az.: B 12 KR 19/11 R, Rn. 13 m. w. N. (zitiert nach juris), Urteil v. 31.03.2017, Az.: B 12 R 7/15 R, Rn. 21 (zitiert nach juris).

⁷ Vgl. ebendort. - In Anknüpfung an diese ständige Rechtsprechung seit G. v. 20.12.1999 außerdem auch der Gesetzgeber: § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV, wonach Anhaltspunkte für eine Beschäftigung die „Tätigkeit nach Weisungen“ und die „Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers“ sind.

⁸ Vgl. BSG, Urteil v. 11.08.1966, Az.: 3 RK 57/63, Rn. 22 (zitiert nach juris) unter Verweis auf BAG, Urteil v. 21.01.1966, Az.: AZR 183/65, VersR1966, 382; BSG, Urteil v. 24.09.1992, Az.: 7 RAR 12/92, Rn. 16 (zitiert nach juris); BSG, Urteil v. 29.08.2012, Az.: B 12 KR 25/10 R BSG, Rn. 15 (zitiert nach juris); BSG, Urteil v. 30.04.2013, Az.: B 12 KR 19/11 R, Rn. 13 (zitiert nach juris), zuletzt BSG, Urteil v. 31.03.2017, Az.: B 12 R 7/15 R, Rn. 21 (zitiert nach juris).

⁹ Vgl. BSG, Urteil v. 11.08.1966, Az.: 3 RK 57/63, Rn. 22 (zitiert nach juris) unter Verweis auf BAG, Urteil v. 21.01.1966, Az.: AZR 183/65, VersR1966, 382; BSG, Urteil vom 29.08.2012, Az.: B 12 KR 25/10 R BSG, Rn. 15 (zitiert nach juris); BSG, Urteil v. 30.04.2013, Az.: B 12 KR 19/11 R, Rn. 13 (zitiert nach juris), zuletzt BSG, Urteil v. 31.03.2017, Az.: B 12 R 7/15 R, Rn. 21 (zitiert nach juris).

¹⁰ Vgl. BSG, Urteil v. 11.08.1966, Az.: 3 RK 57/63, Rn. 22 (zitiert nach juris) unter Verweis auf BAG, Urteil v. 21.01.1966, Az.: AZR 183/65, VersR1966, 382; BSG, Urteil v. 18.05.1983, Az.: 12 RK 41/81, Rn. 14 (zitiert nach juris); BSG, Urteil v. 24.09.1992, Az.: 7 RAR 12/92, Rn. 16 (zitiert nach juris); BSG, Urteil v. 29.08.2012, Az.: B 12 KR 25/10 R BSG, Rn. 15 (zitiert nach juris); BSG, Urteil v. 30.04.2013, Az.: B 12 KR 19/11 R, Rn. 13 (zitiert nach juris), zuletzt BSG, Urteil v. 31.03.2017, Az.: B 12 R 7/15 R, Rn. 21 (zitiert nach juris).

¹¹ Vgl. ebendort.

¹² Bzw. die unteren Instanzen verweisen auf die ständige Rechtsprechung des BSG, so speziell zur Sozialversicherungspflicht von IT-Freelancer/innen: SG Stuttgart, Urteil v. 28.04.2011, Az.: S 25 R 96/09, BeckRS 2012, 67658; Urteil v. 12.09.2012, Az.: S 4 R 488/11, BeckRS 2015, 71952; Urteil v.

Abgrenzungskriterien kaum mehr als floskelhafte Begriffshülsen verwendet, mit denen nahezu jedes beliebige (gewollte) Ergebnis begründet werden kann¹³. Das BVerfG hat zwar die Regelungen zur Definition des sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses als mit dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz vereinbar angesehen, gleichwohl konzidiert, dass eine eindeutige Vorhersehbarkeit des Ergebnisses ausgeschlossen sei.¹⁴ Hinzu kommt, dass die DRV in ihren Prüfverfahren nicht den Besonderheiten der jeweiligen Tätigkeit, insbesondere im Bereich der neuen Selbständigkeit bei Wissensarbeit, Rechnung trägt, sondern weiterhin auf Kriterien der Ära des Fordismus rekurriert, namentlich danach fragt, ob eine eigene Betriebsstätte besteht und eigene Arbeitsmittel eingesetzt werden.

Verkannt wird hierbei insbesondere, dass kennzeichnend für den Betrieb nicht eine Betriebsstätte, sondern nach dem durch Erwin Jacobi geprägten und inzwischen allgemein anerkannten Begriff die organisatorische Einheit ist, mit der ein Unternehmer, ggf. unter Rückgriff auf sachliche, personelle und immaterielle Mittel einen arbeitstechnischen Zweck fortgesetzt verfolgt¹⁵. Was den Betrieb trägt, ist insbesondere auch unter Berücksichtigung des Betriebszwecks zu beurteilen. Dabei ist insbesondere im Zusammenhang mit Betriebs- oder Betriebsteilübergängen anerkannt, dass ein solcher auch dann vorliegen kann, wenn keine Sachmittel übertragen werden, aber auf einen anderen Träger das Know-how übergeht.¹⁶

Den sozial- und arbeitsrechtlichen Fragestellungen korrespondieren strafrechtliche Risiken. Die Auftraggeber des Wissensarbeiters können beim Vorliegen aller objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale wegen „Hinterziehung von Sozialversicherungsbeiträgen“, § 266a StGB, zur Verantwortung gezogen werden. Der Wissensarbeiter selbst kann wegen

21.06.2013, Az.: S 18 R 6903/09 unveröffentlicht, vgl. LSG Baden-Württemberg, Urteil v. 30.07.2014, Az.: L 5 R 3157/13, Rn. 51-53 (zitiert nach juris); SG Dresden, Urteil v. 16.01.2013, Az.: S 25 KR 225/10, BeckRS 2013, 68021; SG Köln, Urteil v. 17.05.2013, Az.: S 33 R 1251/12, NRWE, Rn. 24; SG München, Urteil v. 21.11.2013, Az.: S 15 R 1528/11, BeckRS 2014, 65212; SG Freiburg, Urteil v. 16.01.2015, Az.: S 15 R 5324/12, BeckRS 2015, 70465; LSG Baden-Württemberg, Urteil v. 14.02.2012, Az.: L 11 KR 3007/11, BeckRS 2012, 67658; Urteil v. 30.07.2014, Az.: L 5 R 3157/13, Rn. 73 (zitiert nach juris); Urteil v. 18.05.2015, Az.: L 11 R 4586/12, BeckRS 2015, 71952; LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil v. 26.08.2016, Az.: L 8 R 595/13, BeckRS 2016, 117169.

¹³ SG Düsseldorf, Urteil v. 27.04.2009, Az.: S 19 (25) AL 139/05, NZS 2010, 116; Ls., Zur Sozialversicherungspflicht von GmbH-Geschäftsführern. - Allgemein in diesem Sinne auch Uffmann, NZA 2018, 265, 269.

¹⁴ BVerfG, Kammerbeschluss v. 20.05.1996, Az.: 1 BvR 21/96, Os. 1 (zitiert nach juris).

¹⁵ Seit BAG, Urteil v. 03.12.1954, Az.: 1 ABR 7/54, NJW 1955, 277, 277 entspricht dieses Begriffsverständnis der st. Rspr. - So sehen dies u. a. auch BAG, Beschluss v. 23.09.1982, Az.: 6 ABR 42/81, AP Nr. 3 zu § 4 BetrVG 1972, Rn. 13 (zitiert nach juris) insb. m. w. N. sowie BAG, Urteil v. 17.01.2008, Az.: 2 AZR 902/06, Rn. 15. (zitiert nach juris) – Zur Geschichte des Betriebsbegriffs vgl. Boemke, FS der Juristenfakultät zum 600-jährigen Bestehen der Universität Leipzig, Seite 203 ff.

¹⁶ BAG, Urteil v. 09.02.1994, Az.: 2 AZR 781/93, NZA 1994, 612, Ls.; ArbG Berlin, Urteil v. 25.04.2007, Az.: 30 Ca 19158/06, BeckRS 2009, 73563. – Siehe auch Müller-Glöge, Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl., 2016, § 613a, Rn. 36.

Anstiftung oder Beihilfe zur Hinterziehung von Sozialversicherungsbeiträgen einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren ausgesetzt sein¹⁷.

3.3 Wortlaut und Struktur des § 266a StGB

3.3.1 Wortlaut des § 266a Abs. 1 bis 3 StGB

§ 266a StGB ist ein verhältnismäßig junger Straftatbestand. Er gilt als die Zentralnorm des Arbeitsstrafrechts und wurde durch das 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (2. WiKG) im Jahr 1986 eingeführt.

Die für die Voraussetzung der Strafbarkeit maßgeblichen Absätze 1-3 des § 266a StGB lauten:

(1) Wer als Arbeitgeber der Einzugsstelle Beiträge des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung einschließlich der Arbeitsförderung, unabhängig davon, ob Arbeitsentgelt gezahlt wird, vorenthält, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer als Arbeitgeber

1. der für den Einzug der Beiträge zuständigen Stelle über sozialversicherungsrechtlich erhebliche Tatsachen unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder

2. die für den Einzug der Beiträge zuständige Stelle pflichtwidrig über sozialversicherungsrechtlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis lässt

und dadurch dieser Stelle vom Arbeitgeber zu tragende Beiträge zur Sozialversicherung einschließlich der Arbeitsförderung, unabhängig davon, ob Arbeitsentgelt gezahlt wird, vorenthält.

(3) Wer als Arbeitgeber sonst Teile des Arbeitsentgelts, die er für den Arbeitnehmer an einen anderen zu zahlen hat, dem Arbeitnehmer einbehält, sie jedoch an den anderen nicht zahlt und es unterlässt, den Arbeitnehmer spätestens im Zeitpunkt der Fälligkeit oder unverzüglich danach über das Unterlassen der Zahlung an den anderen zu unterrichten, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Satz 1 gilt nicht für Teile des Arbeitsentgelts, die als Lohnsteuer einbehalten werden.

¹⁷ OLG Hamm, Beschluss v. 09.01.2018, Az.: III-4 RBs 458/17.

§ 266a Abs. 1 StGB bezieht sich auf das Vorenthalten von Arbeitnehmerbeiträgen, Abs. 2 von Arbeitgeberbeiträgen zur Sozialversicherung. Der weniger praxisrelevante Abs. 3 erfasst das Einbehalten sonstiger Lohnbestandteile.

§ 266a Abs. 4 StGB, der mangels Relevanz für die Fragestellung des Gutachtens nicht dargestellt ist, enthält so genannte „Regelbeispiele“ für besonders schwere Fälle der Hinterziehung von Sozialversicherungsbeiträgen. Das Vorliegen eines besonders schweren Falles ist für die Strafzumessung relevant. Die Strafe ist in besonders schweren Fällen eine Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu 10 Jahren. Geldstrafe ist nicht möglich. Soweit ausschließlich der Grundtatbestand verwirklicht ist, ist die Strafe Geldstrafe oder Freiheitsstrafe von einem Monat bis zu fünf Jahren.

§ 266a Abs. 5 StGB erweitert den Täterkreis auf bestimmte Auftraggeber. Der Absatz wird mangels Relevanz für das vorliegende Gutachten hier nicht näher dargestellt.

§ 266a StGB Abs. 6 StGB enthält einen persönlichen Strafaufhebungsgrund im Falle einer Selbstanzeige durch den Arbeitgeber, der hier ebenfalls außer Betracht bleiben kann.

3.3.2 Der objektive Tatbestand des Vorenthalten und Veruntreuens von Arbeitsentgelt (§ 266a Abs. 1-3 StGB) im Überblick

3.3.2.1 Bestehen eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses

§ 266a StGB ist sozialversicherungsrechtsakzessorisch ausgestaltet und setzt das Bestehen eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses gem. § 7 SGB IV voraus.¹⁸

Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers (§ 7 Abs. 1 SGB IV).

Ob ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis oder eine freie Kooperation vorliegt, entscheidet im Ermittlungsverfahren der Staatsanwalt. Im sogenannten Hauptverfahren, das heißt nach der Anklageerhebung (§ 170 Abs. 1 StPO) und Eröffnungsbeschluss (§ 203 StPO), entscheidet der Richter.

¹⁸ siehe hierzu näher unter Gliederungsziffer 4 dieses Gutachtens.

3.3.2.2 Besondere persönliche Merkmale in der Person des Täters

§ 266a StGB ist ein Sonderdelikt, das somit nicht von Jedermann verwirklicht werden kann. Täter des § 266a StGB ist der Arbeitgeber. Dies ist sowohl bei öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen als auch bei privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen i. S. v. § 611a BGB der Dienstberechtigte, d. h. derjenige, der zur Zahlung der Vergütung verpflichtet ist und dem der Beschäftigte Dienste leistet und zu dem er in einem Verhältnis persönlicher Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit steht.¹⁹

Soweit demnach die Ermittlungsbehörden und Gerichte vom Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses nach § 7 SGB IV ausgehen, ist die natürliche oder juristische Person (z. B. GmbH, GmbH & Co, KG, AG, SE oder Ltd.), mit der ein Vertrag über Dienst- oder Werkleistungen des Wissensarbeiters abgeschlossen wurde, der Arbeitgeber des Beschäftigten. Ihm obliegt die Zahlung des Gesamtversicherungsbeitrags gemäß § 28e Abs. 1 SGB IV.

Da das deutsche Strafrecht stets an die Verantwortlichkeit der handelnden natürlichen Person (und nicht das Unternehmen) anknüpft, richtet sich gemäß § 14 Abs. 1 StGB das Strafverfahren gegen das Organ der Geschäftsführung des Arbeitgebers, das heißt beispielsweise bei der GmbH gegen den Geschäftsführer und bei der Aktiengesellschaft gegen den Vorstand.²⁰

Tauglicher Täter ist jedes Geschäftsführungsorgan, unabhängig von den internen Kompetenzverteilungen.²¹

Deshalb ist bei § 266a Abs. 1 StGB zunächst zu prüfen, wer nach gesellschaftsrechtlichen Vorschriften für die Abführung der Beiträge zur Sozialversicherung und damit zur Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Pflicht, auf die § 266a StGB Bezug nimmt, verpflichtet ist. Daraus ergibt sich, dass bei inländischen und ausländischen juristischen Personen folgende Personen als Arbeitgeber im Sinne des § 266a Abs. 1 StGB und demnach taugliche Täter in Betracht kommen:

¹⁹ Schneider in: Brettel/Schneider (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl., 2018, Seite 230; Tag in: Nomos Kommentar StGB, 5. Aufl., 2017, § 266a StGB, Rn. 18; Perron in: Schönke/Schröder (Hrsg.), StGB, 29. Aufl., 2014, § 266a, Rn. 8.

²⁰ allgemeine Meinung, Fuchs in: Leitner/Rosenau (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 1. Aufl., 2017, § 266a StGB, Rn. 31; Saliger in: Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis (Hrsg.): Wirtschaftsstrafrecht, 1. Aufl., 2017, § 266a StGB, Rn. 7; Tag in: Nomos Kommentar StGB, 5. Aufl., 2017, Rn. 27.

²¹ LG Bonn, Urteil v. 13.02.2013, Az.: 2 O 159/12.

- Geschäftsführer einer GmbH (§§ 35, 37 GmbHG),
- Vorstand einer AG (§ 76 AktG),
- Vorstand eines rechtsfähigen Vereins (§ 26 BGB),
- bei (teil-) rechtsfähigen Personengesellschaften (z. B. OHG, KG, GmbH & Co. KG, die am Rechtsverkehr teilnehmende GbR) die vertretungsberechtigten Gesellschafter,
- bei der in Deutschland ansässigen Limited²² der Director.

3.3.2.3 Vorenthalten von Beiträgen zur Sozialversicherung

Der Täter muss Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung vorenthalten haben.

Ein Vorenthalten ist gegeben, wenn der Arbeitgeber es vollkommen oder teilweise unterlässt, die entstandenen Arbeitnehmerbeiträge zum Fälligkeitszeitpunkt an die Einzugsstelle abzuführen. Hieraus ergibt sich, dass die Strafbarkeit bereits an die „schlichte Nichtzahlung“ der Beitragsschuld geknüpft wird.²³

Es werden nur solche Beiträge umfasst, die nach materiellem Sozialversicherungsrecht geschuldet sind (Sozialrechtsakzessorietät). Die Fälligkeit richtet sich nach § 23 SGB IV.

3.3.3 Der subjektive Tatbestand des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt (§ 266a Abs. 1-3 StGB)

3.3.3.1 Vorsatz in Bezug auf die Merkmale des objektiven Tatbestands

Der subjektive Tatbestand erfordert Vorsatz bezüglich aller objektiven Merkmale. Es genügt der sogenannte bedingte Vorsatz.²⁴

Dieser liegt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vor, wenn der Täter die Verwirklichung des objektiven Tatbestands für möglich hält (kognitives Element oder

²² AG Stuttgart, Urteil v. 18.12.2007, Az.: 105 Ls 153 Js 47778/05.

²³ Fuchs in: Leitner/Rosenau (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 1. Aufl., 2017, § 266a StGB, Rn. 37; Heger in: Lackner/Kühl (Hrsg.), StGB, 29. Aufl., 2018, § 266a StGB, Rn. 7; Saliger in: Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, 1. Aufl., 2017, § 266a StGB, Rn. 25.

²⁴ Heger in: Lackner/Kühl (Hrsg.), StGB, 29. Aufl., 2018, § 266a StGB, Rn. 16; Tag in: Nomos Kommentar StGB, 5. Aufl., 2017, Rn. 80; Mayer, Zur inneren Tatseite bei § 266a StGB, NZWiSt 2015, Seite 169 ff.

Wissenselement) und ihn billigend in Kauf nimmt (voluntatives Element oder Willenselement).²⁵

Der Arbeitgeber muss daher die Pflicht zur Abführung der Arbeitnehmerbeiträge sowie den Zeitpunkt ihrer Fälligkeit kennen und wenigstens billigend in Kauf nehmen, dass diese Pflicht nicht erfüllt wird.²⁶

3.3.3.2 Vorliegen eines Tatbestandsirrtums gemäß § 16 Abs. 1 StGB

3.3.3.2.1 Voraussetzungen eines Tatbestandsirrtums gemäß § 16 Abs. 1 StGB

Die Voraussetzungen des Tatbestandsirrtums sind in § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB geregelt. Dort heißt es:

„Wer bei Begehung der Tat einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, handelt nicht vorsätzlich.“

Der Tatbestandsirrtum ist ein Irrtum über Tatsachen, die der Anwendung des Straftatbestands zugrunde liegen. Er bezeichnet die mangelnde Übereinstimmung zwischen dem objektiven und dem subjektiven Tatbestand des anzuwendenden Strafgesetzes auf Grund eines Defizits beim Wissenselement des Vorsatzes.²⁷

Irrtümer über die Rechtslage, zum Beispiel die Unkenntnis des Täters über das gesetzliche Verbot, werden hingegen als Verbotsirrtümer bezeichnet und sind in § 17 StGB gesetzlich geregelt. Der Unterschied zwischen einem Tatbestandsirrtum und einem Verbotsirrtum ist von erheblicher praktischer Relevanz. Liegt ein Tatbestandsirrtum vor, handelt der Täter ohne Vorsatz und kann nicht bestraft werden, soweit die fahrlässige Verwirklichung des Straftatbestandes nicht unter Strafe gestellt ist. Wie oben dargelegt, ist § 266a StGB ein

²⁵ BGH, Beschluss v. 28.06.2017, Az.:1 StR 624/16: „Bedingt vorsätzliches Handeln setzt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. nur BGH, Urteil v. 19.04.2016, Az.: 5 StR 498/15, NStZ-RR 2016, 204) voraus, dass der Täter den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges als möglich und nicht ganz fernliegend erkennt (Wissenselement), weiter dass er ihn billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen zumindest mit der Tatbestandsverwirklichung abfindet (Willenselement). Beide Elemente müssen durch tatsächliche Feststellungen belegt werden. Ihre Bejahung oder Verneinung kann nur auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung aller objektiven und subjektiven Umstände erfolgen.“

²⁶ Tag in: Nomos Kommentar StGB, 5. Aufl., 2017, § 266a StGB, Rn. 80; Saliger in: Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, 1. Aufl., 2017, § 266a StGB, Rn. 36; Heger in: Lackner/Kühl (Hrsg.), StGB, 29. Aufl., 2018, § 266a StGB, Rn. 16.

²⁷ allgemeine Meinung: Kaspar in: Leitner/Rosenau (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 1. Aufl., 2017, § 16 StGB, Rn. 1; Fischer, StGB, 65. Aufl., 2018, § 16, Rn. 2; Puppe in: Nomos Kommentar StGB, 5. Aufl., 2017, § 16, Rn. 2.

Vorsatzdelikt. Soweit demnach ein Tatbestandsirrtum bejaht wird, scheidet die Strafbarkeit aus.

Im Fall eines Verbotsirrtums entlastet hingegen das bloße Vorliegen des Irrtums nicht. Es kommt vielmehr darauf an, ob der Irrtum vermeidbar war.

In den § 266a StGB zugrunde liegenden Fallkonstellationen hat der Auftraggeber des vermeintlich zu freien Dienst- oder Werkleistungen vertraglich verpflichteten scheinselfständigen Auftragnehmers in der Regel vom zugrunde liegenden Sachverhalt Kenntnis. Schon der Vertrag wird den Leistungsgegenstand konkretisieren und vielfach auch Aussagen darüber enthalten, an welchem Ort, zu welchen Zeiten oder innerhalb welchen Zeitrahmens und mit welchen Mitteln die vertraglich bestimmte Leistung zu erbringen ist. Fehlvorstellungen betreffen die Subsumtion des Sachverhaltes unter die durch rechtliche Wertungen geprägten „normativen“ Begriffe „Arbeitgeber“ und „Vorliegen eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses“. Bei einem derartigen „Subsumtionsirrtum“²⁸ ist die Abgrenzung zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum problematisch. Die Rechtsprechung ist durch eine Kasuistik geprägt, die klare abstrakte Differenzierungskriterien zwischen den Irrtümern weitgehend vermissen lässt.

3.3.3.2.2 Der Irrtum über die Arbeitgebereigenschaft und das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses in der Rechtsprechung bis zur Entscheidung des 1. Senats des BGH vom 24.01.2018

3.3.3.2.2.1 Annahme eines Tatbestandsirrtums

Im Folgenden soll die Entwicklung der Rechtsprechung zur Frage der Bewertung des Irrtums im Rahmen des § 266a StGB historisch dargestellt werden. In der ersten Diskussionsphase nach Einführung des § 266a StGB im Jahr 1986 wurden Fehlvorstellungen über das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses und die Arbeitgeberstellung als Tatbestandsirrtum bewertet.

In einer Entscheidung des Landgerichts Ravensburg²⁹ wird diese Rechtsmeinung wie folgt zusammengefasst und begründet:

„Die Vorstellung des Angeklagten, der Zeuge B sei selbstständig tätig gewesen, ist ein den Vorsatz ausschließender Tatbestandsirrtum gem. § 16 I StGB, nicht jedoch ein

²⁸ Kaspar in: Leitner/Rosenau (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 1. Aufl., 2017, § 16 StGB, Rn. 12.

²⁹ LG Ravensburg, Urteil v. 26.09.2006, Az.: 4 Ns 24 Js 22865/03.

Verbotsirrtum i.S. von § 17 StGB. ... Die Verlagerung des Irrtums hinsichtlich rechtlich komplexer normativer Tatbestandselemente vom Tatbestandsirrtum zum Verbotsirrtum, der im Falle der Vermeidbarkeit lediglich zu einer Milderungsmöglichkeit führen würde, hieße, dass für den Bürger keine Berechenbarkeit gegeben wäre, ob sein Verhalten mit Strafe bewehrt ist oder nicht. Diese Berechenbarkeit hat jedoch Verfassungsrang (Artikel 103 II Grundgesetz, § 1, 2 I StGB). Die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe – um solche handelt es sich bei den Begriffen „Arbeitgeber“ und „Arbeitnehmer“ – genügt nur dann dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 II GG, wenn allgemein davon ausgegangen werden kann, dass der Adressat auf Grund seines Fachwissens imstande ist, den Regelungsinhalt solcher Begriffe zu verstehen und ihnen konkrete Verhaltensanweisungen zu entnehmen (BVerfGE 48, 48 (57); Maunz/Dürig Schmidt-Aßmann, Komm. z. GG, Art. 103 Rn. 189 a.E.). Abzulehnen ist im Lichte der freiheitsgewährenden Funktion des Art. 103 II GG die Verlagerung des Verstehbarkeitsproblems vom Verständnishorizont des Normadressaten auf die Ebene der juristischen Fachsprache (Maunz/Dürig a.a.O. Rn. 185 a.E. m.w. Nachw.). Wo das Strafrecht mit anderen Rechtsgebieten – hier dem Sozialrecht und dem Arbeitsrecht – verkoppelt ist, in denen eigene Bestimmtheitsanforderungen gelten, ist die Eigenständigkeit des Strafrechts durch eine einschränkende Fassung der Koppelungsvorschriften zu wahren (Maunz/Dürig a.a.O. Rn. 185 m.w. Nachw.). Führt – wie hier – erst eine über den erkennbaren Wortsinn der Vorschrift hinausgehende Interpretation zu dem Ergebnis der Strafbarkeit eines Verhaltens, so darf dies nicht zu Lasten des Bürgers gehen (BVerfGE 71, 108 (116)). Da keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Angeklagte im Zusammenhang mit dem Vertragsverhältnis zum Zeugen B gegenüber einer maßgebenden Stelle bewusst falsche Angaben gemacht hat zu Umständen, die für die Abgrenzung Selbstständigkeit zu Nichtselbstständigkeit des Zeugen B von Bedeutung sind, die Einlassung des Angeklagten aus seiner Sicht vielmehr plausibel erscheint, ist zu Gunsten des Angeklagten davon auszugehen, dass dieser angenommen hat, der Zeuge B sei selbstständig. Demnach hat der Angeklagte ungeachtet dessen, ob der gesetzliche Tatbestand objektiv verwirklicht ist, jedenfalls nicht vorsätzlich gehandelt.“

Noch im Jahr 2010 bezieht sich das Amtsgericht Schwetzingen³⁰ auf die Entscheidung des Landgerichts Ravensburg und geht im Fall einer „klassischen Scheinselbstständigkeitskonstellation“, es ging um Berufskraftfahrer, die als „selbstständige Subunternehmer“ Transportleistungen ausführten, ebenfalls von einem Tatbestandsirrtum aus:

³⁰ AG Schwetzingen, Urteil v. 06.04.2010, Az.: 1 Cs 610 Js 28883/08 - AK 551/09.

„Ein die Strafbarkeit begründender Vorsatz in Form des dolus eventualis liegt ...erst vor, wenn der Täter die als möglich erkannte Arbeitnehmereigenschaft des Beschäftigten wenigstens billigend in Kauf nimmt. Die bloße Kenntnis der Tatsachen, die der Einstufung des Zeugen A als Arbeitnehmer zugrunde liegen, reicht für die Annahme eines Tatvorsatzes nicht aus. Vielmehr ist eine zutreffende rechtliche Subsumtion des Täters dahingehend erforderlich, dass er das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses nach Laienart erfasst. Solange der Täter die Vorstellung hat, die von ihm beschäftigte Person sei selbstständig, ist dies ein den Vorsatz ausschließender Tatbestandsirrtum i.S.d. § 16 Abs. 1 StGB. Wenn die Einlassung der zwar geschäftserfahrenen, jedoch rechtsunkundigen Angeklagten zum Vorsatz zumindest plausibel, d.h. begreiflich, einleuchtend und nachvollziehbar erscheint, können hinsichtlich des Vorsatzes Zweifel nicht ausgeräumt werden (vgl. zum Ganzen: LG Ravensburg, Urteil vom 26.09.2006, 4 Ns 24 Js 22865/03 – in juris). So liegt der Fall hier. Zwar wussten auch die Angeklagten um die Tatsache, dass der Zeuge A über keine eigenen Arbeitsmittel verfügte und über lange Strecken praktisch täglich für ihr Unternehmen tätig wurde. Jedoch gab es zahlreiche Gründe, die für die plausible Annahme der Angeklagten sprechen, dass A selbstständig gewesen sei.“

Das strafrechtswissenschaftliche Schrifttum ist ebenfalls mehrheitlich der Auffassung, der „Subsumtionsirrtum“ im Zusammenhang mit den Merkmalen der Arbeitgeberstellung und der abhängigen Beschäftigung sei ein Tatbestandsirrtum. Paradigmatisch für diese Interpretation der prüfungsgegenständlichen Fehlvorstellungen ist die Position Perrons³¹:

„Dem vorsichtigen, verantwortungsbewussten Arbeitgeber darf nicht zum Nachteil gereichen, dass er bei der Bestimmung des geschuldeten Lohns und Übermittlung der entsprechenden Nachweise an die Einzugsstelle sich umfassend informiert und dann für eine vertretbare Auslegung des anzuwendenden Rechts entschieden hat in dem Wissen, dass die Arbeits- oder Sozialgerichte am Ende möglicherweise anders entscheiden könnten. Vorsätzlich handelt daher nur, wer nicht nur für möglich hält, dass die abgeführten Beiträge zu niedrig sind, sondern dies auch aus bewusster Gleichgültigkeit gegenüber dem Sozialversicherungssystem in Kauf nimmt.“

³¹ Perron in: Schönke/Schröder (Hrsg.), 29. Aufl., 2014, § 266a StGB, Rn. 17.

In anderen Beiträgen des Schrifttums wird hinsichtlich des Tatbestandsirrtums auf eine „Parallelwertung in der Laiensphäre“ abgestellt.³²

Bei komplexen normativen Tatbestandsmerkmalen, die sowohl die Erfassung bestimmter Tatsachen, also auch eine rechtliche Schlussfolgerung aus den Tatsachen, voraussetzen, sei es für den Vorsatz erforderlich, dass der Täter „in der Laiensphäre“ den Bedeutungsgehalt der Merkmale erfasse. Im Rahmen des § 266a StGB bedeute dies, dass der Täter sich als Arbeitgeber einordnet und von einem sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis ausgeht. Leite er aus den ihm bekannten Tatsachen indessen ab, er sei Auftraggeber einer frei zu erbringenden Dienst- oder Werkleistung, fehle ihm der Vorsatz³³.

In neueren Veröffentlichungen wird der Begriff der „Parallelwertung in der Laiensphäre“ durch die Formulierung „Wiederspiegelung der gesetzgeberischen Grundentscheidung im Verständnishorizont des Täters“³⁴ ersetzt. Inhaltliche Änderungen des zugrundeliegenden Konzeptes sind hieraus nicht ersichtlich.

Nur vereinzelt wird im Schrifttum ohne nähere Begründung unter Bezug auf die Rechtsprechung des BGH, siehe Ziffer 3.3.3.2.2.3, im Fall des Irrtums über die Arbeitgeberstellung und die zu entrichtenden Sozialversicherungsbeiträge ein Verbotsirrtum angenommen.³⁵

3.3.3.2.2.2 Ambivalenzen in der Entscheidung des Landgerichts Karlsruhe vom 27.02.2009

Weniger klar ist die Einordnung der Fehlvorstellungen über die Arbeitgeberstellung und das Vorliegen abhängiger Beschäftigung in einer Entscheidung des Landgerichts Karlsruhe.³⁶

Der Fall betraf die Leistungen von „Vertragsamateuren“, die von einem Fußballverein (e. V.) als freie Mitarbeiter verpflichtet worden waren.

Das Landgericht geht von abhängiger Beschäftigung im Sinne des § 7 SGB IV aus und setzt sich im Folgenden mit dem Irrtum des Vorstands auseinander. Die Vorstandsmitglieder des

³² Joecks in: Münchener Kommentar StGB, 3. Aufl., 2017, § 16, Rn. 70; Rengier in: Karlsruher Kommentar zum OWiG, 5. Aufl., 2018, § 11, Rn. 3; Kühl in: Lackner/Kühl (Hrsg.), StGB, 29. Aufl., 2018, § 15, Rn. 14; Sternberg-Lieben/Schuster in: Schönke/Schröder (Hrsg.), StGB, 29. Aufl., § 15, Rn. 43a.

³³ Mayer, Zur inneren Tatseite bei § 266a StGB, NZWiSt 2015, 169 ff., 169.

³⁴ Papathanasiou, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 2014, S. 202 ff., 267 ff.

³⁵ Salinger in: Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, 1. Aufl., 2017, § 266a StGB, Rn.36.

³⁶ LG Karlsruhe, Urteil v. 27.02.2009, Az.: Ns 530 Js 20655/04.

Vereins hatten zur Frage der Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und freier Dienstverpflichtung das „Gutachten einer „angesehenen Anwaltskanzlei““ eingeholt. Dieses war zu dem Ergebnis gekommen, es handele sich bei den „Vertragsamateuren“ um freie Mitarbeiter. Diese rechtliche Einschätzung hatte sich der Vereinsvorstand zu eigen gemacht.

In der Entscheidung des Landgerichts Karlsruhe wird der Irrtum nicht mehr eindeutig der Kategorie des Tatbestandsirrtums eingeordnet. Das Gericht legt sich nicht fest, ob der Subsumtionsirrtum ein Tatbestandsirrtum oder ein Verbotsirrtum darstellt, weil es jedenfalls an der Vermeidbarkeit des Irrtums fehlt und somit der Freispruch auch bei Anwendung des § 17 StGB gerechtfertigt sei.

Soweit bei einem Teil der Betroffenen die komplexe Abwägung der maßgeblichen Kriterien ergebe, dass tatsächlich abhängige Beschäftigung vorgelegen habe, fehle es daher jedenfalls am Vorsatz. Insofern sei

„ein noch auf der Tatsachenebene anzusetzendes Gegeneinanderabwägen tatsächlicher Umstände im Wege einer Gesamtwürdigung notwendig“, wobei der Täter „in seiner laienhaften Sphäre Bedeutungskennntnis erlangt...., m.a.W. er muß wenigstens laienhaft eine der juristisch korrekten Wertung entsprechende Gesamtwürdigung vorgenommen haben“.

Selbst wenn man lediglich von einem Subsumtionsirrtum ausgehe, liege zumindest ein unvermeidbarer Verbotsirrtum vor.

3.3.3.2.2.3 Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zwischen 2009 und 2017

Vor der prüfungsgegenständlichen Entscheidung des 1. Senats des Bundesgerichtshofs vom 24.01.2018 hatte der Senat in den praxisrelevanten Fallkonstellationen einen Tatbestandsirrtum in Bezug auf die Merkmale „Arbeitgeber“ und „Vorliegen eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses“ in ständiger Rechtsprechung ausgeschlossen.

Ein Tatbestandsirrtum sollte nur solchen Fällen vorbehalten sein, in denen sich der Irrtum des Täters auf die der Arbeitgeberstellung zugrunde liegenden Tatsachen bezieht, nicht aber dann,

wenn er aus den zutreffend erfassten Tatsachen unrichtige rechtliche Schlussfolgerungen zieht.³⁷

So begründet der 1. Strafsenat (der unter dem Vorsitz von Armin Nack auf Grund des Umstandes, die meisten von der Verteidigung angefochtenen Urteile zu bestätigen, d. h. zu „halten“, als „Oliver Kahn Senat“ bekannt war) noch in einer Entscheidung aus dem Jahr 2009³⁸ die Verneinung des Tatbestandsirrtums wie folgt:

„Der Angeklagte wusste auch um sämtliche Umstände, die seine Stellung als Arbeitgeber begründeten. Bei der gegebenen Sachlage hat er daher auch den für die Unrechtsbegründung wesentlichen Bedeutungsgehalt des Tatbestandsmerkmals „Arbeitgeber“ i. S. v. § 266a StGB und § 41a EStG und – daraus folgend – die damit einhergehenden, ihn treffenden Pflichten erfasst. Die Einlassung des Angeklagten, er sei gleichwohl davon ausgegangen, keine Arbeitgeberstellung gegenüber den Prospektverteiltern einzunehmen, ist nicht geeignet, ein anderes Ergebnis zu begründen.“

Im Jahr 2014 bestätigte er diese Rechtsprechung (nunmehr unter dem Vorsitz von Rolf Raum) in zwei Entscheidungen³⁹ und stellt klar, dass es sich bei einem Irrtum über die rechtliche Bewertung der Dienstleistungsbeziehung (Einsatz polnischer Staatsangehöriger in einer Champignonzuchtanlage als Saisonarbeiter⁴⁰) als Werkvertrag und nicht als Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 7 SGB IV bzw. dem Einsatz von Paketfahrern als „Subunternehmer“⁴¹ nicht um einen Tatbestandsirrtum, sondern „allenfalls“ einen Verbotsirrtum handelt:

„Die zu den tatsächlichen Gegebenheiten getroffenen Feststellungen tragen ohne weiteres auch den vom Tatgericht gezogenen Schluss auf vorsätzliches Handeln der Angeklagten. Die für das Bestehen inländischer Beschäftigungsverhältnisse und der daraus resultierenden Abführungspflicht maßgeblichen Tatsachen waren ihnen sämtlich bekannt. Haben die an einem (sozialversicherungsrechtlichen) Beschäftigungsverhältnis Beteiligten wie hier eine vertragliche Gestaltung als Werkvertrag gewählt, handelt es sich aber auf Grund der relevanten tatsächlichen Gegebenheiten arbeits- und sozialrechtlich um ein Arbeitsverhältnis, kommt auf Seiten

³⁷ Floeth, Urteilsanmerkung zu BGH, Urteil v. 24.01.2018, Az.: 1 StR 331/17, NSZ-RR 2018, Seite 182 ff., 183.

³⁸ Beschluss v. 07.10.2009, Az.: 1 StR 478/09.

³⁹ BGH, Beschluss v. 04.09.2013, Az.: 1 StR 94/13; BGH, Urteil v. 16.04.2014, Az.: 1 StR 516/13.

⁴⁰ BGH, Beschluss v. 04.09.2013, Az.: 1 StR 94/13.

⁴¹ BGH, Urteil v. 16.04.2014, Az.: 1 StR 516/13.

des vertraglichen „Auftraggebers“, der sich rechtlich als Arbeitgeber darstellt, allenfalls ein Verbotsirrtum (§ 17 StGB) in Betracht (BGH aaO), wenn diesem die tatsächlichen Verhältnisse bekannt sind.“⁴²

Der 5. Strafsenat⁴³ hat diese Argumentation übernommen und unterwirft den Irrtum über den Arbeitgeberstatus ebenfalls den Regeln des Verbotsirrtums. Die Einordnung als Tatbestandsirrtum wird in dem auf Honorarbasis arbeitende, „chinesische und südkoreanische Kükensortierer“ betreffenden Fall nicht einmal in Erwägung gezogen.⁴⁴

3.3.4 Schuld und Vorliegen eines Verbotsirrtums gemäß § 17 StGB

3.3.4.1 Begriff des Verbotsirrtums

Während der Tatbestandsirrtum die analytische Kategorie des „subjektiven Tatbestands“ betrifft, ist der Verbotsirrtum der nach Vorsatz und Rechtswidrigkeit zu prüfenden Kategorie der Schuld zuzuordnen.

Der Verbotsirrtum, dessen Prämissen der 1. und 5. Senat dem Irrtum über die Merkmale „Arbeitgeber“ und „Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses“ in den oben genannten Entscheidungen unterwerfen, ist in § 17 StGB wie folgt geregelt:

„Fehlt dem Täter bei Begehung der Tat die Einsicht, Unrecht zu tun, so handelt er ohne Schuld, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte. Konnte der Täter den Irrtum vermeiden, so kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 StGB gemildert werden.“

Wie oben bereits ausgeführt, ist der Verbotsirrtum ein Irrtum über die Rechtslage, nicht über die der Tat zugrundeliegenden Tatsachen.

Die Zuordnung des Verbotsirrtums zur Kategorie der Schuld hat Konsequenzen hinsichtlich einer möglichen Teilnahme an der Haupttat des Arbeitgebers. Fehlt dem Haupttäter (d. h. dem Geschäftsführer bzw. Vorstand des Arbeitgebers) der Vorsatz, weil ein Tatbestandsirrtum vorliegt, ist der Teilnehmer (z. B. der Wissensarbeiter) nicht strafbar. Es fehlt nämlich an einer

⁴² BGH, Urteil v. 16.04.2014, Az.: 1 StR 516/13.

⁴³ Der 5. Senat ist, soweit hier relevant, gem. Geschäftsverteilungsplan gegenwärtig zuständig für die Revisionen in Strafsachen für den Bezirk des Kammergerichts sowie für die Bezirke der Oberlandesgerichte Brandenburg, Braunschweig, Bremen, Dresden, Hamburg, Saarbrücken und Schleswig. Der 1. Senat ist demgegenüber die Revisionen in Strafsachen für die Bezirke der Oberlandesgerichte Bamberg, München, Nürnberg, Stuttgart und Karlsruhe zuständig sowie bei Revisionen in Steuerstrafsachen. Soweit demnach eine landgerichtliche Verurteilung wegen eines Fiskaldeliktens neben § 266a StGB vorliegt, ist der 1. Senat zuständig.

⁴⁴ vgl. BGH, Urteil v. 07.04.2016, Az.: 5 StR 332/15.

„teilnahmefähigen Haupttat“. Eine teilnahmefähige Haupttat liegt nur dann vor, wenn eine vorsätzliche und rechtswidrige Tat des Haupttäters nachweisbar ist.

Befindet sich dem Haupttäter demgegenüber in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum, handelt er zwar ohne Schuld. In diesem Fall ist die Teilnehmerstrafbarkeit aber noch möglich, weil die nicht schuldhaftige Haupttat gleichwohl als teilnahmefähige Tat eingestuft wird.

Der zweite wesentliche Unterschied zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum besteht in dem Korrektiv der Vermeidbarkeit. Beim Tatbestandsirrtum kommt es nicht darauf an, ob der Täter den Irrtum vermeiden konnte. Der Verbotsirrtum führt indessen nur dann zur Exkulpierung, wenn er unvermeidbar ist.

3.3.4.2 Voraussetzungen der Vermeidbarkeit

Die Rechtsprechung stellt an die Vermeidbarkeit hohe Anforderungen.⁴⁵

Während die ältere Rechtsprechung bei der Prüfung der Vermeidbarkeit allgemein darauf abgestellt hatte, dass der Täter das Unrecht der Tat „bei der ihm zuzumutenden Anspannung des Gewissens hätte erkennen können“⁴⁶ ist heute eine dreistufige Prüfung der Vermeidbarkeit anerkannt.⁴⁷

- Erstens ist zu fragen, ob für den Täter die reale Möglichkeit bestand, die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens zu erkennen.
- Zweitens ist zu prüfen, ob der Täter einen konkreten Anlass gehabt hat, sich über die rechtliche Qualität seines Verhaltens Gedanken zu machen.
- Drittens muss es dem Täter zumutbar sein, die ihm gegebene Möglichkeit zur Erkenntnis der Rechtswidrigkeit zu ergreifen.

⁴⁵ Joecks in: Münchener Kommentar StGB, 3. Aufl., 2017, § 17, Rn. 47.

⁴⁶ BGH, Großer Senat für Strafsachen, Beschluss v. 18.03.1952, Az.: GSSt. 2/51.

⁴⁷ Joecks in: Münchener Kommentar StGB, 3. Aufl., 2017, § 17, Rn. 48; Rogall in: SK- StGB, 9. Aufl., 2017, § 17, Rn. 50 ff.

3.3.4.3 Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums im Fall des Irrtums über die Arbeitgeberberei­genschaft und das Vorliegen eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses

Soweit die Rechtsprechung den Irrtum über die Arbeitgeberberei­genschaft und das Bestehen eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses als Verbotsirrtum einordnet, geht sie ohne nähere Begründung davon aus, es habe die Möglichkeit bestanden, die Rechtswidrigkeit des Verhaltens zu erkennen (Stufe 1). Dies folgt der von der Rechtsprechung in anderen Fällen stets herangezogenen Grundannahme, die Erkenntnismöglichkeit bestehe immer dann, wenn irgendein Rechtsgenosse in der Lage sei, die rechtliche Frage zu beantworten.⁴⁸

Auch vom Vorliegen eines Anlasses zur Prüfung der Rechtslage (Stufe 2) wird stets ausgegangen. Der Anlass zu einer Prüfung wird in der Praxis aus der Einlassung der Beschuldigten abgeleitet. Soweit sich die Beschuldigten auf das Vorliegen eines Irrtums berufen, tragen sie vor, davon ausgegangen zu sein, keine Arbeitgeberstellung inne zu haben. Hieraus leiten die Gerichte sodann den Anlass zur weiteren Prüfung der Rechtslage ab.

Auf Stufe 3 arbeitet die Rechtsprechung mit einer „prozeduralisierenden“ Auslegung des § 17 StGB. Die Zumutbarkeit der Konsultation einer externen Erkenntnisquelle ist daher immer anzunehmen, weil das Sozialrecht mit dem Statusfeststellungsverfahren eine grundsätzliche Möglichkeit vorsehe, die für § 266a StGB relevanten Merkmale einer Prüfung zu unterziehen und sich über die Rechtslage zu vergewissern.

Die Entscheidungen insbesondere des 1. Strafsenats lassen im Gegensatz zu der Entscheidung des Landgerichts Karlsruhe⁴⁹ nicht erkennen, dass der anwaltliche Rat die Unvermeidbarkeit begründen kann.

In der Literatur wird darauf verwiesen, dass die Berufung auf den anwaltlichen Rat in der Praxis vielfach als „Schutzbehauptung“ eingestuft wird und somit für § 17 StGB ohne Relevanz sei:

„Hinsichtlich der im Rechtsanwaltsbereich häufig verwendeten Verträge über eine freie Mitarbeit ist anzumerken, dass die Einlassung des „auftraggebenden“ Rechtsanwalts, er habe das Vertragsverhältnis nicht als Arbeitsverhältnis eingeordnet, wohl kaum als

⁴⁸ Joecks in: Münchener Kommentar StGB, 3. Aufl., 2017, § 17, Rn. 49.

⁴⁹ LG Karlsruhe, Urteil vom 27.02.2009, Az.: Ns 530 Js 20655/04.

*Verbotsirrtum angesehen, sondern grundsätzlich als Schutzbehauptung zurückgewiesen werden würde.*⁵⁰

Nur durch Durchführung des Statusfeststellungsverfahrens könne ein Irrtum vermieden werden.⁵¹

3.3.4.4 Rechtsfolgen bei Vorliegen eines Verbotsirrtums gem. § 17 StGB

Das Vorliegen eines vermeidbaren Verbotsirrtums eröffnet lediglich eine fakultative Strafmilderungsmöglichkeit gemäß § 49 Abs. 1 StGB. Nur der unvermeidbare Verbotsirrtum führt dazu, dass der Täter nicht bestraft wird, weil er ohne Schuld handelt.

Soweit die Rechtsprechung hinsichtlich der Vermeidbarkeit auf die Durchführung eines Statusfeststellungsverfahrens abstellt, ist bei praxisnaher Betrachtung nicht davon auszugehen, dass ein Freispruch über die Annahme eines unvermeidbaren Verbotsirrtums begründet wird. Sofern der Täter das Statusfeststellungsverfahren gem. § 7a SGB IV durchgeführt hat und die Clearingstelle der DRV Bund von einer freien Zusammenarbeit ausgeht, wird es entweder nicht zu einem Ermittlungsverfahren kommen oder die zuständige Staatsanwaltschaft wird sich dem Votum der Clearingstelle anschließen und bereits den objektiven Straftatbestand verneinen. In diesem Fall kommt es somit auf den Irrtum nicht an. Soweit indessen die Clearingstelle das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses bejaht und sich der Täter über die Statusfeststellung hinwegsetzt und keine Sozialversicherungsbeiträge an die Einzugsstelle abführt, liegt bereits kein Irrtum vor; auf die Frage der Vermeidbarkeit kommt es dann nicht mehr an.

Hat der Täter es aber unterlassen, das Statusfeststellungsverfahren durchzuführen, wird hieraus, wie oben dargelegt, auf das Vorliegen der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums geschlossen und es kommt allenfalls zu Milderung der Strafe.

⁵⁰ Schulz, Die Strafbarkeit des Arbeitgebers nach § 266a StGB bei der Beschäftigung von Scheinselbstständigen, NJW 2006, 183 ff., 186.

⁵¹ BGH, Beschluss v. 07.10.2009, Az.: 1 StR 478/09: Der Verbotsirrtum ist „in der Regel durch Einleitung eines Statusverfahrens nach § 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV vermeidbar“; weitere Nachweise bei Floeth, Strafbarkeit wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt in Fällen sog. Scheinselbstständigkeit – Arbeitgeberstellung des „Auftraggebers“ und die insoweit im Rahmen des subjektiven Tatbestandes zu stellenden Anforderungen, NZS 2016, 771 ff., Fußnote 15; entsprechende Interpretation der Rechtsprechung ferner bei Reiserer, Angleichung der Vorsatzanforderungen bei Beitragshinterziehung und Steuerhinterziehung, DStR 2018, 1624 ff. (Gliederungsziffer 2).

3.4 Abgrenzung zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum – Bedeutung und Tragweite der Entscheidung des BGH vom 24.01.2018

3.4.1 Sachverhalt und Entscheidungsgründe

3.4.1.1 Sachverhalt

Die Entscheidung betrifft wiederum einen Sachverhalt aus dem Bereich der Handarbeit, nicht der Wissensarbeit, und bezieht sich auf einen Vorwurf der Hinterziehung von Sozialversicherungsbeiträgen in Tateinheit mit der Hinterziehung von Lohnsteuer.

Steuerdelikte werden tateinheitlich mit der Hinterziehung von Sozialversicherungsbeiträgen in der Regel dann zur Anklage gebracht, wenn die an die „Scheinselbständigen“ gezahlte Vergütung durch diese nicht selbst im Rahmen der eigenen Einkommensteuererklärung dem Finanzamt angegeben und ordnungsgemäß versteuert wurde. Das Finanzamt schließt sich in aller Regel der Beurteilung der DRV an und geht vom Vorliegen einer Lohnsteuerpflicht des Arbeitgebers aus, wenn die DRV eine abhängige Beschäftigung im Sinne des § 7 SGB IV annimmt. Soweit die Einnahmen durch den Scheinselbständigen nicht angegeben und die Steuern abgeführt wurden, liegt eine Lohnsteuerverkürzung vor, die als fremdnützige (Lohn-) Steuerhinterziehung nach § 370 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 AO strafbar ist.

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall hatte der Angeklagte in Deutschland ein Gewerbe angemeldet und gewerbliche Leistungen als Handwerker ausgeübt. Hierbei hatte er mit anderen Handwerkern kooperiert, die ihrerseits unter derselben Anschrift wie der Angeklagte ein Gewerbe angemeldet hatten und auf Baustellen Abriss-, Rohbau-, Maurer-, und Putzarbeiten durchführten. Ihre Leistungen stellten die Handwerker selbständig in Rechnung, wobei sie teilweise auf ihren Rechnungen die Bankverbindung des Angeklagten angaben. Der Angeklagte war umfassend durch einen Rechtsanwalt beraten worden, der auch die Vorlage für die Rechnungen entworfen und die Gewerbeanmeldungen der Handwerker vorgenommen hatte.

3.4.1.2 Die Entscheidung des Landgerichts Wiesbaden in der Vorinstanz

Das Landgericht Wiesbaden hatte den Angeklagten freigesprochen und sich zur Begründung auf das Vorliegen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums auf Grund des anwaltlichen Rates berufen:

„Auf Grund der Hauptverhandlung könne die Kammer zugunsten des Angeklagten jedenfalls nicht ausschließen, dass der Zeuge K. ihm in seiner Funktion als Steuerberater und Rechtsanwalt in Kenntnis der maßgeblichen tatsächlichen

*Umstände im Rahmen der erfolgten Beratung den Eindruck vermittelt habe, alle in Deutschland notwendigen rechtlichen Schritte zur Aufnahme einer - legalen - selbstständigen Tätigkeit des Angeklagten und der übrigen polnischen Staatsangehörigen seien erfüllt gewesen, mit der Folge, dass der Angeklagte als Ausländer auf Grund der ihm so erteilten Beratung von der Rechtmäßigkeit seines Handelns überzeugt gewesen sei.*⁵²

3.4.1.3 Revision der Staatsanwaltschaft und Entscheidungsgründe des 1. Senats

3.4.1.3.1 Unterschiedliche Behandlung der Irrtümer bei § 266a StGB einerseits und § 41a EStG in Verbindung mit aus § 370 Abs. 1 Nr. 1 und 2 AO andererseits

Auf die Revision der Staatsanwaltschaft hat der 1. Senat des Bundesgerichtshofs das Urteil aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung an eine andere Kammer des Landgerichts Wiesbaden zurückverwiesen.

In der Begründung seiner Entscheidung verweist der Senat auf die unterschiedliche Behandlung der Irrtümer in den Fällen der Hinterziehung von Sozialversicherungsbeiträgen einerseits und der Steuerverkürzung gemäß §§ § 41a EStG in Verbindung mit aus § 370 Abs. 1 Nr. 1 und 2 AO andererseits. Während Fehlvorstellungen über das normative (d. h. von rechtlichen Wertungen abhängige) Tatbestandsmerkmal des Arbeitgebers bei § 266a StGB nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs lediglich einen Verbotsirrtum begründen könnten, wäre ein Irrtum über dasselbe Merkmal in § 41a EStG nach ständiger Rechtsprechung ein Tatbestandsirrtum.

Hieraus leitet der Senat in Rn. 15 (zitiert nach juris) seiner Entscheidung vom 24.01.2018 sodann folgende Schlussfolgerungen ab:

„Da für die Differenzierung kein sachlicher Grund erkennbar ist und es sich jeweils um (normative) Tatbestandsmerkmale handelt, erwägt der Senat - insoweit entgegen den Überlegungen in dem Beschluss des Senats vom 8. September 2011 - 1 StR 38/11, NStZ 2012, 160, 161 Rn. 23 ff. -, zukünftig auch die Fehlvorstellung über die Arbeitgebereigenschaft in § 266a StGB und die daraus folgende Abführungspflicht insgesamt als (vorsatzausschließenden) Tatbestandsirrtum zu behandeln.“

⁵² BGH, Urteil v. 24.01.2018, Az.: 1 StR 331/17, Rn. 5 (zitiert nach juris).

3.4.1.3.2 Distanzierung von der Kritik an der herrschenden Steueranspruchstheorie

Wie oben dargestellt, ist es ein Ziel des 1. Senats, Irrtumskonstellationen bei normativen Tatbestandsmerkmalen einerseits im Steuerstrafrecht und andererseits im Anwendungsbereich des § 266a StGB nach identischen Kriterien und Prinzipien zu behandeln. Zu Verfahren wegen Verletzung der §§ 370 AO, 41a EStG in Tateinheit mit § 266a StGB kommt es, wie dargelegt, insbesondere dann, wenn der „Scheinselbständige“ die von seinem Auftraggeber erhaltene Vergütung selbst nicht ordnungsgemäß versteuert hat und hierdurch eine Steuerverkürzung eingetreten ist. § 41a EStG setzt, ebenso wie § 266a StGB, voraus, dass es sich bei demjenigen, der gem. § 370 Abs. 1 AO Steuern verkürzt, um einen Arbeitgeber handelt. Auf dieses Merkmal muss sich der Vorsatz beziehen.

Ob der Irrtum über das Bestehen der Arbeitgebereigenschaft im Rahmen der §§ 370 AO, 41a EStG einen Tatbestandsirrtum oder einen Verbotsirrtum darstellt, ist umstritten.⁵³

Der BGH hatte seit den 50er Jahren in ständiger Rechtsprechung die sogenannte „Steueranspruchstheorie“ vertreten. Nach dieser Lehre stellt der Irrtum über das Merkmal „Arbeitgeber“ einen Tatbestandsirrtum im Sinne des § 16 StGB dar, weil der Täter den staatlichen „Steueranspruch“, hier den aus der Arbeitgeberstellung resultierenden Anspruch auf Lohnsteuer, nicht kennt und somit ein Irrtum auf Tatsachenebene vorliege.⁵⁴

Dieser Rechtsprechung des 5. Strafsenats hatten sich in der Folgezeit sowohl der 2. als auch der 3. Senat angeschlossen.⁵⁵

In einer Entscheidung aus dem Jahr 2011⁵⁶ hatte der 1. Strafsenat unter dem Vorsitz von Nack (siehe oben 3.3.3.2.2.3) diese „täterfreundliche“ Lehre in einem obiter dictum in Zweifel gezogen. Zur Steueranspruchstheorie führt der Senat aus:

⁵³ Nachweise zum Streitstand bei Reichling, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 24.01.2018, Az.: 1 StR 331/17, StraFo 2018, Seite 355 ff.; Ibold in: BeckOK AO, 5. Ed., Stand: 01.07.2018, § 370, Rn. 467-467.2.

⁵⁴ vgl. BGH, Urteil v. 13.11.1953, Az.: 5 StR 342/53: Gegenstand der Verkürzungshandlung ist nicht die Steuereinnahme, sondern der objektiv bestehende Steueranspruch. „Zum Inhalt des Vorsatzes der Steuerhinterziehung gehört mithin auch, dass der Täter den bestehenden konkreten Steueranspruch kennt und ihn trotz dieser Kenntnis gegenüber der Steuerbehörde verkürzen will.“

⁵⁵ vgl.: BGH, Urteil v. 05.03.1986, Az.: 2 StR 666/85: „Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs schließt ein Irrtum des Steuerschuldners über das Bestehen des Steueranspruchs den Vorsatz aus“; sowie BGH, Beschluss v. 19.05.1989, Az.: 3 StR 590/88: „Zum Vorsatz der (Umsatz-)Steuerhinterziehung gehört, dass der Täter den angegriffenen bestehenden Steueranspruch kennt und dass er ihn trotz dieser Kenntnis gegenüber der Steuerbehörde verkürzen will“.

⁵⁶ BGH, Urteil v. 08.09.2011, Az.: 1 StR 38/11.

„Ob dies auch dann gilt, wenn der Irrtum über das Bestehen des Steueranspruchs alleine auf einer Fehlvorstellung über die Reichweite steuerrechtlicher Normen ... beruht, oder ob dann vielmehr ein Verbotsirrtum gegeben ist (§ 17 StGB) wird in der neueren Literatur teilweise in Zweifel gestellt. ... Der Senat braucht diese Frage hier nicht zu entscheiden“⁵⁷.

Die vorliegende Entscheidung des 1. Senats vom 24.01.2018 stellt klar, dass diese Zweifel fallen gelassen werden und der BGH an der Steueranspruchstheorie festhält. Die Entscheidung ist demnach nicht nur für § 266a StGB, sondern auch für das Steuerstrafrecht relevant. Unsicherheiten über die Behandlung von Irrtumskonstellationen im Steuerstrafrecht werden beseitigt, und der 1. Senat sieht sich unter heutigem Vorsitz offensichtlich nicht mehr als innovative „Speerspitze im Kampf gegen Steuersünder“ (und andere Wirtschaftsstraftäter) an.⁵⁸

Die Distanzierung von der Steueranspruchstheorie in der Entscheidung vom 08.09.2011 hatte im strafrechtswissenschaftlichen Schrifttum für Aufsehen und Verunsicherung gesorgt.⁵⁹

3.4.2 Rezeption der Entscheidung durch das strafrechtswissenschaftliche Schrifttum

Die Entscheidung des BGH vom 24.01.2018 ist bereits mehrfach besprochen worden. Die Autoren heben insofern zu Recht hervor, dass der Paradigmenwechsel vom Verbotsirrtum zum Tatbestandsirrtum mit der vorliegenden Entscheidung noch nicht vollzogen, sondern nur angekündigt sei⁶⁰:

„Die Entscheidung des BGH stellt einen Rechtsprechungswechsel in Aussicht, der den bislang „strengen“ Strafbarkeitsmaßstab im Rahmen von § 266a StGB aufweichen würde.“

⁵⁷ BGH, Urteil v. 08.09.2011, Az.: 1 StR 38/11, Rn. 21 und 22 (zitiert nach juris).

⁵⁸ Duttge, Ein neuer Vorsatzbegriff? Besprechung zu BGH, Urteil v. 08.09.2011, Az.: 1 StR 38/11, HRRS 2012, 359 ff.

⁵⁹ Duttge (a.a.O. mit weiteren Nachweisen); Beyer, Verteidigungsansätze bei Irrtümern über steuerrechtliche Erklärungspflichten, NWB, 2017, 1459 ff.; Schützeberg, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 08.09.2011, Az.: 1 StR 38/11 – Zum Eventualvorsatz respektive Tatbestandsirrtum im Steuerstrafrecht; NZWiSt 2012, 74 f.

⁶⁰ Schall, Vorenthalten Arbeitsentgelt und Einkommenssteuerhinterziehung – Irrtum über die Arbeitgebereigenschaft, NStZ-RR 2018, 318 f., 318; Fuhrott, Keine Strafbarkeit bei Vorenthalten von Arbeitsentgelt bei Irrtum über die Arbeitgebereigenschaft, GWR 2018, 183 f.

Auch Reichling⁶¹ hebt hervor, der BGH „kündige an“, seine Rechtsprechung zu ändern und werde sich der Position, die den Irrtum als Tatbestandsirrtum einstuft, „bei nächster Gelegenheit anschließen“.

Ähnlich resümieren Rode/Hinderer⁶²:

„Es bleibt zunächst abzuwarten, ob sich andere Senate der beabsichtigten Rechtsprechungsänderung anschließen werden oder ob erst eine Divergenzvorlage nach § 132 Abs. 2 GVG für eine Klärung sorgen wird. Dass sich auch andere Senate mit der Frage des Irrtums über die Arbeitgeberstellung befassen werden müssen, hat der 1. Senat ebenfalls angestoßen. Die Umsetzung in der Praxis der Instanzengerichte wird bis dahin aus Verteidigungssicht einiges an Aufwand und Überzeugungskraft bedürfen.“

Hintergrund dieser zutreffenden Interpretation der Urteilsgründe durch die Rezensenten ist der Umstand, dass die Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils durch den 1. Senat mit einer lückenhaften Beweiswürdigung begründet wird. Auf die Frage der rechtlichen Einschätzung des Irrtums als Verbots- oder Tatbestandsirrtum kommt es folglich nicht an. Die diesbezüglichen Ausführungen in den Urteilsgründen haben demnach die Funktion eines so genannten „obiter dictums“⁶³, das grundsätzlich keine Bindungswirkung für künftige Entscheidungen entfaltet. Gleichwohl heben die Rezensenten die Relevanz der Entscheidung für künftige Sachverhalte hervor und gehen bereits von der Einleitung einer Trendwende aus.

Reiserer⁶⁴ hebt zusammenfassend hervor:

„Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass diese Entscheidung des 1. Strafsenats für die arbeitsrechtliche und sozialversicherungsrechtliche Fragestellung der „Scheinselbstständigkeit“ von großer Bedeutung sein wird. Denn immer dann, wenn die Einschätzung des Auftraggebers, dass es sich um eine selbstständige Tätigkeit handelt, nach den tatsächlichen Verhältnissen zumindest nachvollziehbar bzw. „vertretbar“ erscheint, dürfte in Zukunft die Strafbarkeit nach § 266a StGB nicht mehr vorliegen.“

⁶¹ Reichling, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 24.01.2018, Az.: 1 StR 331/17, StraFo 2018, 355 ff.

⁶² Rode/Hinderer, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 24.01.2018, Az.: 1 StR 331/17, wistra 2018, 341 ff., 342.

⁶³ so explizit auch Rode/Hinderer, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 24.01.2018, Az.: 1 StR 331/17, wistra 2018, 341 ff., 341.

⁶⁴ Reiserer, Angleichung der Vorsatzanforderungen bei - Beitragshinterziehung und Steuerhinterziehung, DStR 2018, 1624 ff.

Die Rezensenten begrüßen die Entscheidung insbesondere unter kriminalpolitischen Gesichtspunkten. Der Arbeitgeber bzw. Auftraggeber trage ohnehin bereits das Risiko einer „kostspieligen“ Nacherhebung von Sozialversicherungsbeiträgen. Daher sei das Ergebnis „für die Praxis“ „kriminalpolitisch akzeptabel“.⁶⁵

3.4.3 Voraussetzungen des Tatbestandsirrtums im Fall der Realisierung der Trendwende in der höchstrichterlichen Rechtsprechung

Sollten Staatsanwaltschaften und Gerichte auf Grund der Entscheidung des BGH vom 24.01.2018 zukünftig den Irrtum über die Arbeitgeberstellung und das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung den Regeln des Tatbestandsirrtums unterwerfen, ist weiterhin zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen vom Vorliegen eines Irrtums ausgegangen werden kann.

Wie oben (Ziffer 3.3.3.1) bereits dargelegt, genügt für die Verwirklichung des § 266a StGB der sogenannte bedingte Vorsatz. Dieser liegt vor, wenn der Täter die Verwirklichung des objektiven Tatbestands für möglich hält (kognitives Element oder Wissensselement) und ihn billigend in Kauf nimmt (voluntatives Element oder Willenselement).

Angesichts der Ambivalenzen in der sozialrechtlichen Rechtsprechung zum Beschäftigtenbegriff des § 7 SGB IV dürfte das entscheidende Element im Rahmen der Vorsatzprüfung weniger das Wissensselement sein. Die Frage des (strafbegründenden) Vorliegens des bedingten Vorsatzes oder eines (Strafbarkeit- und Vorsatz ausschließenden) Tatbestandsirrtums im Sinne des § 16 Abs. 1 StGB wird demnach von der Ausprägung des voluntativen Vorsatzelements abhängig sein. Nimmt der Täter demnach die Verwirklichung des objektiven Tatbestands des § 266a StGB billigend in Kauf, liegt bedingter Vorsatz vor. Vertraut er hingegen darauf, es liege keine abhängige Beschäftigung vor und der Tatbestand sei nicht verwirklicht, ist der Vorsatz auf Grund des Vorliegens eines Tatbestandsirrtums ausgeschlossen.

In der Rezension der Entscheidung des BGH vom 24.01.2018 durch Flöth⁶⁶ wird insoweit auf folgende (hier durch weitere Erwägungen ergänzte) Leitlinien Bezug genommen⁶⁷:

⁶⁵ Schuster, Kommentar zu BGH, Urteil v. 24.01.2018, Az.: 1 StR 331/17NZWiSt 2018, 346 f., 347.; ähnlich (ohne Begründung); Reichling, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 24.01.2018, Az.: 1 StR 331/17, StraFo 2018, 355 ff., 358: „Dies verdient Zustimmung“, sowie Beyer, Neue BGH Rechtsprechung zur Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum, NZWiSt 2018, 339 ff.: „Diese Sichtweise ist zu begrüßen“.

⁶⁶ Flöth, Vorenthalten Arbeitsentgelt und Einkommenssteuerhinterziehung – Irrtum über die Arbeitgeberbereiungenschaft, NStZ-RR 2018, 182 ff.

⁶⁷ Siehe auch unten 4.2.1.2.2.2.

- (1) Wechselwirkungen zwischen äußerer und innerer Tatseite:** Je eindeutiger die Bejahung des Vorliegens eines Beschäftigungsverhältnisses ausfällt, desto eher ist das voluntative Vorsatzelement zu bejahen bzw. der Irrtum zu verneinen. Soweit indessen die Rubrizierung der Kooperation zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer in vertretbarer Weise als freie Zusammenarbeit erfolgt, spricht dies für den Tatbestandsirrtum und gegen das Vorliegen des voluntativen Vorsatzelements.
- (2) Erfahrungen des Auftraggebers:** Im Falle eines erfahrenen Auftraggebers, der zum Beispiel auf Grund vorausgegangener Betriebsprüfungen mit dem Prüfungsmaßstab der DRV vertraut ist, liegt die Bejahung des bedingten Vorsatzes bei vergleichbaren Sachverhalten nahe.
- (3) Vorliegen von Hinweisen zur Verschleierung durch „Gestaltungsmisbrauch“:** Die Annahme eines Tatbestandsirrtums liegt fern, wenn der schriftliche Vertrag mit den tatsächlichen Verhältnissen ganz offensichtlich nicht übereinstimmt. Ein Indiz in Bezug auf den Gestaltungsmisbrauch liegt vor, wenn der Vertrag die Weisungsfreiheit des Auftragnehmers herausstellt, es aber tatsächlich bei der Durchführung der Tätigkeiten auf Grund ihres Charakters gerade auf die Erteilung von Weisungen ankommt.
- (4) Ergebnisoffene rechtliche Absicherung:** Gegen das Vorliegen eines voluntativen Vorsatzelements spricht weiterhin der Umstand, dass der Täter das Vertragsverhältnis einer ergebnisoffenen Prüfung durch sachkundige Personen herbeigeführt hat. Hierbei wird in Einklang mit der Rechtsprechung des Landgerichts Wiesbaden im Ausgangsfall – neben der Möglichkeit des Statusfeststellungsverfahrens - auch der Einholung eines anwaltlichen Rates eine Bedeutung zugesprochen.⁶⁸ In Frage kommt daneben auch die ergebnisoffene Prüfung im Rahmen eines fundierten Compliance-Verfahrens, das intern oder extern durchgeführt werden kann. Nach anderer, praxisferner Ansicht soll aber der „bewusste Verzicht auf das Statusfeststellungsverfahren“ ein Indiz für das Vorliegen des voluntativen Vorsatzelements sein.⁶⁹

Hervorzuheben ist, dass es sich bei den genannten Kriterien um Indizien handelt, die im Rahmen der Subsumtion unter die Begriffe des „Wissens“ und „Wollens“ relevant werden. Im Unterschied zum Merkmal der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, dessen Bejahung voraussetzt, dass der Täter sich über die Rechtslage vergewissert hat, ist demgemäß die

⁶⁸ so Flöth, Vorenthalten Arbeitsentgelt und Einkommenssteuerhinterziehung – Irrtum über die Arbeitgebereigenschaft, NStZ-RR 2018, 182 ff.

⁶⁹ so Schuster, Kommentar zu BGH, Urteil v. 24.01.2018, Az.: 1 StR 331/17, NZWiSt 2018, 346 f., 347.

Einholung anwaltlichen Rates oder die Durchführung des Statusfeststellungsverfahrens bei § 16 Abs. 1 StGB keine notwendige Bedingung der Straffreiheit. Die externe rechtliche Absicherung verbessert aber die Chancen, Vorsatzzuschreibungen der Staatsanwaltschaft mit Argumenten begegnen zu können.

Entsprechendes wird, wenn auch unter der rechtlich unzutreffenden Annahme einer entsprechenden „Beweislast“ des Beschuldigten, im Beitrag von Meißner/Neumann⁷⁰ hervorgehoben:

„Zu beachten ist aber, dass der vermeintliche Auftraggeber, der sich rechtlich als Arbeitgeber darstellt, dennoch wird darlegen müssen, dass und warum er glaubte, nicht in einer Arbeitgeberposition zu stehen. Da sich ein solcher Irrtum als ein für den Beschuldigten günstiger innerer Vorgang darstellt und i. d. R. der Beweis einer angeblichen inneren Einstellung schwer zu führen ist, dürften hier hohe Anforderungen an den Vortrag des Beschuldigten zu stellen sein.“

Fazit: Insbesondere die Einholung anwaltlichen Rates oder die Durchführung des Statusfeststellungsverfahrens könnte in Zukunft – unter der Prämisse, dass sich die Rechtsprechungsänderung durchsetzt – keine zwingend notwendige Bedingung der Straffreiheit mehr sein. Vielmehr wird vor allem das Willenselement anhand von Indizien zu ermitteln sein. Hierbei können sich im rechtlich komplexen Spannungsfeld der Abgrenzung der selbständigen von der angestellten Tätigkeit die Einrichtung eines funktionierenden Compliance-Systems und ein kompetentes Vertragsmanagement positiv auswirken.

Weiterhin ist für die Praxis relevant, dass sich sozialgerichtliche Entscheidungen und strafrechtliche Ermittlungsverfahren weder hinsichtlich des Ergebnisses der Bewertung einer Zusammenarbeit als abhängige Beschäftigung oder freie Kooperation noch in der zeitlichen Abfolge im Gleichschritt bewegen. Üblich ist es, bei rechtlich ambivalenten Fallgestaltungen für die strafrechtliche Erledigung den Ausgang eines Widerspruchsverfahrens abzuwarten. Wird im Widerspruchsverfahren der Beitragsbescheid aufgehoben, schließt sich die Staatsanwaltschaft dem in der Regel an, sodass mangels Beitragsschuld schon der objektive Tatbestand entfällt. Auf den Irrtum kommt es in diesem Fall nicht an. In anderen Fällen kann es möglich sein, dass der Staatsanwalt mit seiner Abschlussverfügung schneller sein kann als das Sozialgericht im Klageverfahren. In diesem Fall kann eine strafrechtlich bestands- oder rechtskräftige Entscheidung (Einstellung des Verfahrens nach § 153a StPO gegen Geldauflage, rechtskräftiger Strafbefehl) vorliegen, obwohl in nachfolgenden

⁷⁰ Meißner/Neumann, AuA 2018, 491.

sozialgerichtlichen Entscheidungen ggf. sogar entschieden wird, dass es sich nicht um ein Beschäftigungsverhältnis gehandelt hat. Wer dies vermeiden will, muss versuchen, im Rahmen von Rechtsgesprächen mit der Staatsanwaltschaft zu vereinbaren, dass zunächst die Entscheidung der Sozialgerichte abgewartet werden soll. Ein Anspruch hierauf besteht zwar nicht, es steht aber die Möglichkeit des Klageweges offen.

3.5 Maßgeblicher Zeitpunkt für Vorsatz und Tatbestandsirrtum

Nach herrschender Meinung stehen mehrere Unterlassungen gemäß § 266a Abs. 1 StGB, Beiträge zur Sozialversicherung zu den jeweiligen Fälligkeitszeitpunkten an die Einzugsstelle abzuführen, im Verhältnis der Tatmehrheit:

„Nicht zu beanstanden ist, daß die Strafkammer die Beitragsvorenthaltung für jeden Monat als eigenständige Straftat behandelt hat. Dies entspricht nach weitgehender Aufgabe der Rechtsfigur der fortgesetzten Tat der höchstrichterlichen Rechtsprechung (vgl. allgemein BGHSt 40, 138; sowie BGHSt 40, 195 = NJW 1994, 2368 = NStZ 1994, 493 für den vergleichbaren Tatbestand der Umsatzsteuerhinterziehung). Auch die Vorenthaltung der Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung stellt sich für jeden Monat als materiell- und verfahrensrechtlich selbstständige Tat dar.“⁷¹

Soweit man dem zustimmt, kommt es auch für Vorsatz und Irrtum auf jeden einzelnen Beitragsmonat an.

Fazit: Bei Kooperationen, die als „Scheinselbständigkeit“ bewertet werden, kann daher bei Beginn der Tätigkeit ein Irrtum zu bejahen sein, sofern nach den o.g. Kriterien die Voraussetzungen des voluntativen Vorsatzelements fehlen. Sofern sich aber später ein Umstand ergibt, auf Grund dessen der Auftraggeber Anlass zu Zweifeln an seiner Rechtsposition gewinnt (zum Beispiel auf Grund einer Betriebsprüfung bei der andere, vergleichbare Verträge als abhängige Beschäftigung bewertet wurden), kann der Irrtum entfallen. Ab diesem Zeitpunkt läge demnach eine Vorsatztat vor.

⁷¹ Fischer, 65. Aufl., 2018, § 266a StGB, Rn. 36; Wittig in: BeckOK, 39. Ed., Stand: 01.08.2018, § 266a, Rn. 47; BGH, Beschluss v. 14.06.2011, Az.: 1 StR 90/11; sowie OLG Celle, Urteil v. 20.02.1996, Az.: 2 Ss 13/96.

3.6 Irrtum und Wissenszurechnung

3.6.1 Keine pauschale strafrechtliche Haftung für Taten des früheren Organs der Gesellschaft

Für Taten nach § 266a StGB ist der Arbeitgeber verantwortlich. Ist der Arbeitgeber eine juristische Person, ist der Täter der gesetzliche Vertreter, das heißt bei der GmbH der Geschäftsführer. Dessen Verantwortlichkeit beginnt mit der Bestellung. Ab diesem Moment kann er nach § 266a StGB auch für laufende Verträge verantwortlich sein. Freilich kommt es nicht auf das Kennenmüssen, sondern auf die reale Kenntnis des Organs an.

Soweit demnach Altverträge vorhanden sind, die ein Vorgänger geschlossen hat, und von denen der neu berufene Geschäftsführer keine Kenntnis hat, scheidet § 266a StGB aus. Erst ab Kenntniserlangung vom Vorliegen eines Vertrages und vom Fortbestand des hierauf beruhenden Leistungsaustauschs kann die Strafbarkeit eintreten. Eine pauschale Haftung für das von Dritten verwirklichte Unrecht kennt das deutsche Strafrecht nicht.

3.6.2 Delegation der Verantwortlichkeiten

3.6.2.1 Substitutenhaftung

Unter Substitutenhaftung versteht man gemäß § 14 Abs. 2 StGB die vollständige Übertragung von Leitungsaufgaben an einen Dritten. Gemäß § 14 Abs. 2 StGB ist in diesen Fällen auch der Substitut als Arbeitgeber im Sinne des § 266a StGB anzusehen. Soweit § 14 Abs. 2 StGB erfüllt ist, kommt es auf die Kenntnis des Substituten, seinen Vorsatz und den eventuell in seiner Person bestehenden Irrtum an.

§ 14 Abs. 2 Nr. 2 StGB setzt voraus, dass eine Person ausdrücklich (das heißt nicht lediglich stillschweigend) beauftragt wurde, in eigener Verantwortung Aufgaben wahrzunehmen, die dem Inhaber des Betriebs obliegen (hier: die Erfüllung der dem Arbeitgeber obliegenden sozialversicherungsrechtlichen Pflichten). An die Beauftragung gem. § 14 Abs. 2 Nr. 2 StGB sind strenge Anforderungen zu stellen. Die bloße Einräumung von Leitungsbefugnissen reicht ebenso wenig aus wie die Einbeziehung in eine unternehmerische Mitverantwortung. Entscheidend ist vielmehr, dass gesetzliche Arbeitgeberpflichten in die eigenverantwortliche Entscheidungsgewalt des Beauftragten übergehen.

Der BGH legt bei der Prüfung des § 14 Abs. 2 StGB einen restriktiven Maßstab zugrunde:

„Es bestehen hier schon durchgreifende Bedenken, ob das Landgericht in genügender Form dargestellt hat, dass die Angeklagte ausdrücklich beauftragt wurde. Zwar ist ein

solcher Auftrag auch formfrei möglich (vgl. Perron in Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 14, Rn. 34). Er muss jedoch zweifelsfrei erfolgen und ausreichend konkret sein, damit für den Beauftragten das Ausmaß der von ihm zu erfüllenden Pflichten eindeutig erkennbar ist. An das Vorliegen der Beauftragung sind ... strenge Anforderungen zu stellen Mit der Beauftragung wird eine persönliche Normadressatenstellung des Beauftragten begründet, die ihm (strafbewehrt) die Erfüllung betriebsbezogener Pflichten überbürdet. Die bloße Einräumung von Leitungsbefugnissen reicht hierfür ebenso wenig aus wie die Einbeziehung in eine unternehmerische Mitverantwortung Entscheidend ist vielmehr, dass gesetzliche Arbeitgeberpflichten in die eigenverantwortliche Entscheidungsgewalt des Beauftragten übergehen Im Rahmen einer solchen Prüfung kann indiziell auch von Bedeutung sein, ob der Betrieb auf Grund seiner Größe überhaupt eine personelle Aufteilung der Verantwortlichkeitsbereiche erforderlich macht. ... Die Regelung des § 14 Abs. 2 Nr. 2 StGB führt nämlich zu einer jedenfalls partiellen Verlagerung strafbewehrter Pflichten vom primär zuständigen Organ auf nachgeordnete Mitarbeiter Deshalb darf auch nicht ohne weiteres von der Übertragung von Leitungsbefugnissen auf die Begründung einer Normadressatenstellung geschlossen werden. Vielmehr ist zu prüfen, ob - wie etwa im Hinblick auf die betriebliche Struktur oder die Vorerfahrungen der handelnden Personen - eine sachliche Notwendigkeit für eine derart weitgehende Aufgabenübertragung bestanden haben könnte.“⁷²

Fazit: Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 14 Abs. 2 StGB ist strafrechtlich gemäß § 266a StGB nur der Substitut als Täter verantwortlich. Das Organ der Geschäftsführung kann in diesen Fällen Teilnehmer sein (Anstiftung gem. § 26 StGB oder Beihilfe gem. § 27 StGB zu §§ 266a, 14 Abs. 2 StGB).

3.6.2.2 Sonstige Delegationsfälle

Im strafrechtswissenschaftlichen Schrifttum und in der Judikatur ist außerhalb der Fälle der Substitutenhaftung nicht abschließend geklärt, inwieweit das Organ der Gesellschaft durch Delegation seiner Pflichten zur Beurteilung von Leistungsbeziehungen und der hierauf beruhenden Pflicht, Sozialversicherungsbeiträge abzuführen, entkommen kann, sog. „willful blindness“.⁷³

⁷² siehe BGH, Beschluss v. 12.09.2012, Az.: 5 StR 363/12.

⁷³ Rönnau/Becker: Vorsatzvermeidung durch Unternehmensleiter bei betriebsbezogenen Straftaten, NSZ 2016, 569 ff.

Im Zusammenhang mit der strafrechtlichen Aufarbeitung der „Dieselgate“-Affäre wird die Problematik jetzt als Frage des Vorsatznachweises diskutiert. Hiernach soll es für das Vorliegen des voluntativen Elementes darauf ankommen, dass das Vertrauen in die mit der Pflichtenwahrnehmung beauftragte Person berechtigt ist⁷⁴ und durch regelmäßige Kontrollen verifiziert wird:

„wer trotz verdichteter Hinweise auf ein kriminogenes Geschäftsumfeld nichts unternimmt, bringt damit zum Ausdruck, dass er die Gefahrrealisierung letztlich dem Zufall überlässt.“⁷⁵

Diese Prinzipien wendet der BGH in praxisrelevanten Konstellationen an, in denen Sozialversicherungsbeiträge auf Grund von Liquiditätsproblemen nicht gezahlt wurden:

„In diesen Fällen muß er durch geeignete organisatorische Maßnahmen die Begleichung sozialversicherungsrechtlicher Verbindlichkeiten sicherstellen. Jedenfalls nach einer angemessenen und beanstandungsfreien Einarbeitungszeit darf er sich dann grundsätzlich auf die Erledigung dieser Aufgaben durch den von ihm Betrauten verlassen, solange zu Zweifeln kein Anlaß besteht. Es trifft ihn dann jedoch eine Überwachungspflicht. Wie diese ausgestaltet ist, wird nach den Umständen des Einzelfalles zu bestimmen sein.“⁷⁶

Dieselben Grundsätze sollen Anwendung finden, wenn innerhalb eines Kollegialorgans Kompetenzen aufgeteilt wurden.⁷⁷

In diesem Fall kann jeder Geschäftsführer gem. § 266a StGB zur Verantwortung gezogen werden. Für den Irrtum bzw. Vorsatz kommt es auf die oben genannten Gesichtspunkte an. Mittäterschaft ist möglich, wenn gemeinsam der Entschluss gefasst wurde, Sozialversicherungsbeiträge zu hinterziehen.

Fazit: Liegt kein Fall des § 14 Abs. 2 StGB vor, entlastet die persönliche Unkenntnis der möglichen Beschäftigung von Scheinselbständigen den Geschäftsführer/Vorstand nur dann, wenn sein Vertrauen in die Tätigkeit des Mitarbeiters berechtigt ist und er diesen regelmäßig

⁷⁴ zu § 266a StGB: Saliger in: Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, 1. Aufl., 2017, § 266a StGB, Rn. 12.

⁷⁵ Rönnau/Becker: Vorsatzvermeidung durch Unternehmensleiter bei betriebsbezogenen Straftaten, NStZ 2016, 569 ff., 574.

⁷⁶ BGH, Beschluss v. 28.05.2002, Az.: 5 StR 16/02, Rn. 25 (zitiert nach juris).

⁷⁷ Saliger in: Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, 1. Aufl., 2017, § 266a StGB, Rn. 12.

kontrolliert hat. Liegen diese Kriterien vor, kann der Geschäftsführer/Vorstand nicht nach § 266a StGB bestraft werden. In diesem Fall kann gegen das Organ der Geschäftsführung aber ein Bußgeld verhängt werden (§ 130 OWiG)⁷⁸. Der Mitarbeiter, an den delegiert wurde, ist nicht nach § 266a StGB verantwortlich, weil es bei ihm an dem persönlichen Merkmal des Arbeitgebers fehlt.

3.7 Täterschaft und Teilnahme

3.7.1 Täterschaft

Wie oben bereits ausgeführt, können sich grundsätzlich nur Arbeitgeber eines „Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt“ strafbar machen (= besonderes persönliches Merkmal i.S.v. § 28 Abs. 1 StGB). Es handelt sich um ein sogenanntes Sonderdelikt, d.h. einen Straftatbestand, der nur von einem bestimmten Personenkreis begangen werden kann. Aus § 14 Abs. 1 StGB folgt, dass in den Fällen, in denen der Arbeitgeber eine juristische Person des inländischen oder ausländischen Rechts ist (GmbH, GmbH & Co. KG, AG, SE, die in Deutschland ansässige Limited bzw. der eingetragene Verein, e.V.), nur das jeweilige Leitungsorgan (Geschäftsführer, Vorstand, Direktor) der Geschäftsführung als Täter in Betracht kommt.⁷⁹

Soweit demnach, wie oben dargestellt, außerhalb der gesetzlich geregelten Substitutenhaftung des § 14 Abs. 2 StGB Pflichten im Zusammenhang mit der Abführung von Beiträgen zur Sozialversicherung an andere Mitarbeiter auf Hierarchieebenen unterhalb der Geschäftsführung delegiert wurden oder jene zum Beispiel an der Vertragsgestaltung mitgewirkt haben, können diese keine Täter, sondern nur Teilnehmer sein. Dies setzt aber voraus, dass das Organ der Geschäftsführung § 266a StGB selbst täterschaftlich verwirklicht hat.

Im Fall eines Irrtums des Täters (= Vorstands, Geschäftsführers) kommt der angekündigten Rechtsprechungsänderung in diesen Fällen eine erhebliche Bedeutung zu. Denn es gilt der Grundsatz der so genannten limitierten Akzessorietät der Teilnahme (in Gestalt von Anstiftung gemäß § 26 StGB oder Beihilfe gemäß § 27 StGB). Danach setzt die Strafbarkeit des Teilnehmers voraus, dass eine teilnahmefähige Haupttat vorliegt. Teilnahmefähig ist die tatbestandsmäßige, vorsätzliche und rechtswidrige Tat. Als solche kommt die Haupttat des Leitungsorgans nach § 266a StGB in Betracht. Unterliegt der Haupttäter einem

⁷⁸ Siehe hierzu 3.7.4.1.

⁷⁹ Heger in: Lackner/Kühl (Hrsg.), 29. Aufl., 2018, § 266a StGB, Rn. 3; Wittig in: BeckOK StGB, 39. Ed., § 266a StGB, Rn. 6; Wittig, Die Strafbarkeit der Beihilfe zum Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt gem. §§ 266a Abs. 1, 27 StGB, ZIS 2016, 700 ff.

Tatbestandsirrtum, liegt keine Haupttat vor und der potentielle Teilnehmer (zum Beispiel der Unternehmensjurist, der die Zusammenhänge und Rechtsfragen um § 266a StGB kennt) bleibt straflos.

Ordnet man den Irrtum des Haupttäters demgegenüber als Verbotsirrtum nach § 17 StGB ein, handelt der Haupttäter nicht schuldhaft. Da es im Strafrecht stets auf die individuelle Schuld ankommt (§ 29 StGB), ist die schuldhafte Verwirklichung des Straftatbestandes für das Vorliegen einer teilnahmefähigen Haupttat nicht erforderlich. Demnach besteht nach alter Rechtslage die Möglichkeit der Teilnehmerstrafbarkeit auch dann, wenn der Haupttäter auf Grund des Vorliegens eines Verbotsirrtums nach § 17 StGB nicht bestraft wird.

3.7.2 Sonstige Mitarbeiter des Arbeitgebers als Teilnehmer

3.7.2.1 Grundsätze

Mitarbeiter bzw. andere Vertragspartner des Arbeitgebers können als Anstifter oder Gehilfen bestraft werden. In der insoweit grundlegenden Veröffentlichung von Wittig⁸⁰ wird zwischen unternehmensinternen Mitarbeitern und Außenstehenden unterschieden, die gemäß den Ausführungen der Autorin (Professorin für Strafrecht an der LMU München) potentiell als Teilnehmer an einer Straftat der Hinterziehung von Sozialversicherungsbeiträgen gemäß § 266a StGB in Betracht kommen.

3.7.2.2 Beihilfe durch Steuerberater und Rechtsanwälte

Durch Steuerberater und Rechtsanwälte kann eine Beihilfe durch aktives Tun verwirklicht werden.⁸¹

Beim anwaltlichen Rat wird einschränkend gefordert, dass ein direkter Vorsatz in Bezug auf die Haupttat des § 266a StGB gegeben sein muss. Dieser ist zum Beispiel anzunehmen, wenn sich der Auftrag darauf bezieht, mögliche Schlupflöcher im Recht zu finden (die sich im Nachhinein nicht als tragfähig erweisen) und das „Ausmanövrieren“ der Sozialversicherung für den Mandanten dem Anwalt „eine Angelegenheit“ ist. Die Einzelheiten dieser Beihilfe durch berufsadäquates Verhalten sind noch nicht abschließend geklärt.⁸²

⁸⁰ Wittig, Die Strafbarkeit der Beihilfe zum Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt gem. §§ 266a Abs. 1, 27 StGB, ZIS 2016, 700 ff.

⁸¹ Wittig, Die Strafbarkeit der Beihilfe zum Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt gem. §§ 266a Abs. 1, 27 StGB, ZIS 2016, 700 ff., 703.

⁸² Zum Streitstand, siehe Schneider, „Neutrale Handlungen“: Ein Oxymoron im Strafrecht? Zu den Grenzlinien der Beihilfe; NSTz 2004, S. 312 ff.

3.7.2.3 Beihilfe durch Mitarbeiter der Rechtsabteilung, Lohnabrechnung, Personalabteilung, Personalverwaltung und Buchhaltung

Auch Mitarbeiter unterhalb der Geschäftsführung, zum Beispiel Beschäftigte der Rechtsabteilung, Lohnabrechnung, Personalabteilung, Personalverwaltung und Buchhaltung, kommen als Gehilfen des Geschäftsführers/Vorstands in Betracht.⁸³

In verschiedenen Urteilen⁸⁴ werden die Grundsätze der Gehilfenhaftung insgesamt weit abgesteckt und darauf abgestellt, ob die betreffenden Mitarbeiter die erforderlichen rechtlichen Kenntnisse haben und in ihren Abteilungen über gewisse Gestaltungsspielräume verfügen:

„Die Angeklagte S. P. ist insoweit hinreichend verdächtig, eigenverantwortlich für die Lohnabrechnung, Personaleinstellung - mit Ausnahme der leitenden Angestellten - sowie die Personalverwaltung und Buchhaltung zuständig zu sein. Eine solche eigenverantwortliche Tätigkeit in den vorgenannten Bereichen ist für eine Strafbarkeit als Gehilfin zum Veruntreuen bzw. Vorenthalten von Arbeitsentgelt ausreichend.“⁸⁵

Schließlich soll der Compliance-Officer des Unternehmens, der gegen entsprechende Vertragskonstellationen nicht einschreitet, wegen Beihilfe durch Unterlassen zur Verantwortung gezogen werden können.⁸⁶

Auch der Gehilfe oder Anstifter kann einem Irrtum unterliegen. Es gelten die hier erarbeiteten Grundsätze zum Tatbestandsirrtum gemäß § 16 StGB.

3.7.3 Der Wissensarbeiter als Teilnehmer

Auch der Wissensarbeiter kann wegen Teilnahme an einer Tat nach § 266a StGB zur Verantwortung gezogen werden. Legt er zum Beispiel dar, für ihn komme eine Anstellung nicht in Betracht, kann dies eine Anstiftung darstellen, sofern sich der Arbeitgeber hierauf einlässt und § 266a StGB selbst täterschaftlich verwirklicht.⁸⁷

⁸³ Wittig, Die Strafbarkeit der Beihilfe zum Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt gem. §§ 266a Abs. 1, 27 StGB, ZIS 2016, 700 ff., 703.

⁸⁴ BGH, Beschluss v. 12.09.2012, Az.: 5 StR 363/12; BGH, Beschluss v. 14.06.2011, Az.: 1 StR 90/11; LG Augsburg, Beschluss v. 15.01.2014, Az.: 2 Qs 1002/14.

⁸⁵ vgl.: LG Augsburg, Beschluss vom 15.01.2014, Az.: 2 Qs 1002/14.

⁸⁶ zu Einzelheiten vgl. Schneider/Gottschaldt, Offene Grundsatzfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Compliance-Beauftragten in Unternehmen, ZIS 2011, 573 ff.

⁸⁷ Wittig, Die Strafbarkeit der Beihilfe zum Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt gem. §§ 266a Abs. 1, 27 StGB, ZIS 2016, 700 ff., 702.

Die versuchte Anstiftung ist demgegenüber straflos, weil es sich bei § 266a StGB um ein Vergehen und nicht um ein Verbrechen handelt (§ 30 Abs. 1 StGB).

Soweit beispielsweise ein Arzt einem Krankenhaus die freie Kooperation außerhalb eines Arbeitsverhältnisses anbietet, kann dies Anstiftung oder Beihilfe zu § 266a StGB darstellen, sofern der Geschäftsführer des Krankenhauses eine entsprechende Kooperation eingeht. Im Fall einer Betriebsprüfung durch die DRV hat der Honorararzt aus diesen Gründen und wegen des strafprozessualen Grundsatzes der Selbstbelastungsfreiheit (nemo tenetur Grundsatz) sogar ein Auskunftsverweigerungsrecht.⁸⁸

4. Wissensarbeiter und § 266a Abs. 1 StGB

4.1 Vertrags- und Leistungsbeziehungen

Im Zusammenhang mit dem Vorenthalten von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung i. S. v. § 266a Abs. 1 StGB sollen im Folgenden zwei Konstellationen gesondert betrachtet werden. Zum einen geht es um die Fallgestaltungen, in denen zwischen dem Wissensarbeiter und dem Kunden unmittelbare vertragliche Beziehungen bestehen, der Wissensarbeiter also vom Kunden beauftragt wird (siehe im Folgenden 4.1.1. und 4.2). In der Praxis finden sich aber zum anderen auch häufig Fallgestaltungen, in denen der Wissensarbeiter nicht in unmittelbaren vertraglichen Beziehungen zum Endkunden steht, sondern der Endkunde eine unmittelbare vertragliche Beziehung nur zum Auftraggeber des Wissensarbeiter hat, der seinerseits den Wissensarbeiter als Subunternehmer einsetzt, um seine eigenen vertraglichen Pflichten gegenüber dem Endkunden zu erfüllen (siehe im Folgenden 4.1.2 und 4.3).

4.1.1 Kunde als Vertragspartner des Wissensarbeiters

In der Grundkonstellation tritt der Wissensarbeiter in unmittelbare vertragsrechtliche Beziehungen zum Kunden. Der Kunde benötigt das Know-how des Wissensarbeiters und schließt mit diesem einen Vertrag ab, den beide als freien Dienstvertrag, echten Werkvertrag oder als sonstigen Geschäftsbesorgungsvertrag im Rahmen selbständiger Tätigkeit verstehen. Im Rahmen einer Betriebsprüfung oder eines Statusfeststellungsverfahrens kann die DRV die tatsächlich ausgeführte Tätigkeit als sozialversicherungspflichtige Beschäftigung einschätzen, sodass eine bloße Scheinselbständigkeit gegeben ist.

⁸⁸ OLG Hamm, Beschluss v. 09.01.2018, Az.: III-4 RBs 468/17; zu alledem jetzt Schneider/Reich, Honorarkooperationsarztverträge im Spagat zwischen Korruptionsstrafrecht, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht. Welche Spielräume verbleiben zwischen § 299a, 299b und § 266a StGB?, medstra (im Druck) 2019.

4.1.2 Der Wissensarbeiter als Sub-Auftragnehmer

Neben diesen Fällen der unmittelbaren Vertragsbeziehung zum (End-)Kunden finden sich in der Praxis häufig Dreieckskonstellationen. Der Wissensarbeiter steht dann nicht in einer unmittelbaren Rechtsbeziehung zum Endkunden. Vielmehr schließt er unmittelbar einen Vertrag mit einem anderen Unternehmen (Auftraggeber), wobei dieser Vertrag ausdrücklich als freier Dienstvertrag bezeichnet und ausgestaltet wird⁸⁹. Der Auftraggeber beauftragt den Wissensarbeiter dann als (vermeintlichen) Subunternehmer zur Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung des Auftraggebers gegenüber dem Endkunden. Auch hier kann eine Betriebsprüfung oder eine Statusfeststellung der DRV ergeben, dass die überwiegenden Merkmale der tatsächlichen Ausführung der Tätigkeit das Gesamtbild einer abhängigen Beschäftigung ergeben.

4.2 Wissensarbeiter als Auftragnehmer des Kunden

Zunächst soll auf jene Fallgestaltungen eingegangen werden, in denen der Wissensarbeiter in unmittelbaren Vertragsbeziehungen zum Kunden steht. Dabei wird ein knapper Überblick über die strafrechtlichen Risiken in Zusammenhang mit § 266a Abs. 1 StGB gegeben (4.2.1), um sodann auf die Möglichkeiten einzugehen, im Rahmen des vertraglichen Risikomanagements diese Risiken zu minimieren (4.2.2).

4.2.1 § 266a Abs.1 StGB

4.2.1.1 Objektiver Tatbestand

Bestehen unmittelbare vertragliche Leistungsverpflichtungen des Wissensarbeiters gegenüber dem Kunden, dann ist in den Fällen der so genannten Scheinselbständigkeit regelmäßig der objektive Tatbestand des Vorenthaltens von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung erfüllt. Der vermeintlich selbständige Wissensarbeiter steht im

⁸⁹ So z. B. (diverse) Einzelvertr(ä)g(e), vgl. SG Stuttgart, Urteil v. 12.9.2012, Az.: S 4 R 488/11 unveröffentlicht, vgl. insoweit die Ausführungen hierzu im Tatbestand der nächsthöheren Instanz - BeckRS 2015, 71952 (3); LSG Baden-Württemberg, Urteil v. 18.05.2015, Az.: L 11 R 4586/12, BeckRS 2015, 71952 (3); SG Dresden, Urteil v. 16.01.2013, Az.: S 25 KR 225/10, BeckRS 2013, 68021 (3); SG Freiburg, Urteil v. 16.01.2015, Az.: S 15 R 5324/12, BeckRS 2015, 70465 (3); SG Stuttgart, Urteil v. 28.04.2011, Az.: S 25 R 7696/09 (2) unveröffentlicht, vgl. insoweit die Ausführungen im Tatbestand der nächsthöheren Instanz – BeckRS 2012, 67658 (2); LSG Baden-Württemberg, Urteil v. 14.02.2012, Az.: L 11 KR 3007/11, BeckRS 2012, 67658 (2); SG Stuttgart, Urteil v. 21.6.2013, Az.: S 18 R 6903/09 unveröffentlicht, vgl. insoweit Ausführungen im Tatbestand der nächsthöheren Instanz, Rn. 4 (1) (zitiert nach juris); LSG Baden-Württemberg, Urteil v. 30.07.2014, Az.: L 5 R 3157/13, Rn. 4 (1) (zitiert nach juris); ein Rahmenvertrag und zwei Einzelverträge, vgl. SG Köln, Urteil v. 17.05.2013, Az.: S 33 R 1251/12, NRWE, Rn. 4; LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil v. 26.08.2016, Az.: L 8 R 595/13, BeckRS 2016, 117169; ein Rahmenvertrag und drei Einzelverträge, vgl. SG München, Urteil v. 21.11.2013, Az.: 15 R 1528/11, BeckRS 2014, 65212.

Rechtssinne in einem sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis, sodass sein vermeintlicher Auftraggeber als sozialversicherungsrechtlicher Arbeitgeber zur Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen verpflichtet ist.⁹⁰

An dieser Stelle soll und kann nicht vertieft auf die bisher stark vernachlässigte Frage eingegangen werden, ob eine Pflicht zur Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen auch dann besteht, wenn zwar ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis gemäß § 7 SGB IV gegeben ist, aber kein Arbeitsverhältnis nach § 611a BGB besteht. Da, wie auch in der sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung und Literatur immer wieder betont wird, der Begriff des sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses nicht identisch mit dem des Arbeitsverhältnisses ist, können in der Praxis durchaus Konstellationen auftreten, in denen das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses rechtskräftig verneint, von den Sozialgerichten aber gleichwohl ein sozialversicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis angenommen wird. Dies hängt damit zusammen, dass sich das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses nach § 611a Abs. 1 BGB beurteilt, während eine Gewichtung und Abwägung aller als Indizien für und gegen eine Beschäftigung bzw. selbständige Tätigkeit sprechenden Merkmale der Tätigkeit im Einzelfall im Rahmen einer wertenden Zuordnung aller Umstände im Sinne einer Gesamtabwägung erfordert, bei der alle nach Lage des Einzelfalls wesentlichen Indizien festgestellt, in ihrer Tragweite zutreffend erkannt und gewichtet, in die Gesamtschau mit diesem Gewicht eingestellt und in dieser Gesamtschau nachvollziehbar, d. h. den Gesetzen der Logik entsprechend und widerspruchsfrei, gegeneinander abgewogen werden.⁹¹

Sozialversicherungsrechtlich kann damit, wie bereits oben festgestellt, auf Grund der floskelhaften Begriffshülsen nahezu jedes beliebige (gewollte) Ergebnis vertreten werden.⁹²

Im Zentrum der Überlegungen steht dann die Frage nach dem vorsatzausschließenden Irrtum über die Pflicht zur Beitragsabführung und damit die Arbeitgeberstellung.

⁹⁰ Zum Begriff des Arbeitgebers i. S. v. § 266a Abs. 1 StGB vgl. nur BGH, Beschl. v. 24.06.2015, Az.: 1 StR 76/15, NStZ 2015, 648, 649; Schönke/Schröder/Perron, StGB, § 266a Rn. 11; MüKoStGB/Radtke, § 266a Rn. 12 ff.

⁹¹ BSG, Urteil v. 25.04.2012, Az.: B 12 KR 24/10 R, SozR 4-2400 § 7 Nr. 15, Rn. 25.

⁹² SG Düsseldorf, Urteil v. 27.04.2009, Az.: S 19 (25) AL 139/05, NZS 2010, 116, Ls., Zur Sozialversicherungspflicht von GmbH-Geschäftsführern. - Allgemein in diesem Sinne auch Uffmann, NZA 2018, 265, 269.

4.2.1.2 Subjektiver Tatbestand

4.2.1.2.1 Anwendung von § 16 StGB

Nach bisheriger Rechtsprechung des BGH handelte der Arbeitgeber im Sinne von § 266a Abs. 1 StGB vorsätzlich, wenn er Kenntnis von all jenen Umständen hatte, die in tatsächlicher Hinsicht seinen Arbeitgeberstatus, die Arbeitnehmereigenschaft seiner Beschäftigten sowie die sonstigen sozialversicherungsrechtlichen Pflichten begründen. Nicht erforderlich war sein Bewusstsein, dass diese Umstände ihn aus rechtlicher Sicht als Arbeitgeber qualifizieren und ihn daher eine Pflicht zur Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen trifft. Solange er bei voller Tatsachenkenntnis lediglich irrtümlich glaubte, kein Arbeitgeber zu sein, unterlag er keinem vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum nach § 16 StGB. Allenfalls kam ein lediglich schuldausschließender Verbotsirrtum nach § 17 StGB in Betracht. Dieser lag jedoch nur in wenigen Ausnahmefällen vor, weil der Verbotsirrtum im Hinblick auf das Statusfeststellungsverfahren nach § 7a SGB IV vermeidbar sein sollte.⁹³

In der Entscheidung vom 24.01.2018⁹⁴ kündigte der 1. Strafsenat jedoch eine mögliche Kehrtwende seiner bisherigen Rechtsprechung an. Dem liegen folgende Erwägungen zugrunde: Der Auftraggeber respektive Arbeitgeber nimmt weder eine Anmeldung zur Sozialversicherung noch zur Lohnsteuer vor, weshalb neben § 266a Abs. 1 StGB ebenso eine Strafbarkeit nach § 370 Abs. 1 AO in Betracht kommt. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH gehört aber zum Vorsatz der Steuerhinterziehung, dass der Täter den Steueranspruch dem Grunde und der Höhe nach kennt oder ihn zumindest für möglich hält und ihn auch verkürzen will.⁹⁵ Nimmt der Steuerpflichtige somit irrig an, dass er keine Arbeitgeberstellung im Sinne des § 41a EStG innehat, sodass ein Steueranspruch nicht entstanden sei, unterliegt er einem Tatbestandsirrtum nach § 16 StGB, der den Vorsatz ausschließt.

Diese Diskrepanz hat der Senat erkannt und in Ermangelung eines sachlich rechtfertigenden Grundes in den Hinweisen für die neue Verhandlung am LG Wiesbaden erwogen, den Irrtum über die Arbeitgebereigenschaft im Rahmen des § 266a StGB zukünftig ebenfalls als Tatbestandsirrtum zu behandeln.⁹⁶ Aus dogmatischer Sicht ist dieser Richtungswechsel zu

⁹³ BGH, Beschluss v. 07.10.2009, Az.: 1 StR 478/09, NStZ 2010, 337 f.; Beschluss v. 04.09.2013, Az.: 1 StR 94/13, wistra 2014, 23, 25, Rn. 16; Urteil v. 24.01.2018, Az.: 1 StR 331/17, NStZ-RR 2018, 182, Rn. 13.

⁹⁴ BGH, Urteil v. 24.01.2018, Az.: 1 StR 331/17, NStZ-RR 2018, 180 ff.

⁹⁵ BGH, Urteil v. 13.11.1953, Az.: 5 StR 342/53, BGHSt 5, 90, 91 f., Rn. 14; Beschluss v. 19.05.1989, Az.: 3 StR 590/88, wistra 1989, 263, Rn. 6; Urteil v. 08.09.2011, Az.: 1 StR 38/11, NStZ 2012, 160, 161, Rn. 21.

⁹⁶ BGH, Urteil v. 24.01.2018, Az.: 1 StR 331/17, NStZ-RR 2018, 180 ff., Rn. 15; dieses Ergebnis mit teils anderer Begründung bereits zuvor vertretend Lackner/Kühl/Heger, 29. Aufl., 2018, StGB § 266a Rn. 16; Schönke/Schröder/Perron, 29. Aufl., 2014, StGB § 266a Rn. 17; die mögliche Rechtsprechungsänderung begrüßend Schuster, NZWiSt 2018, 345, 346.

begrüßen, weil es sich hier um ein normatives Tatbestandsmerkmal handelt, dessen Bedeutung in den Grundzügen erfasst sein muss, damit diesbezüglicher Vorsatz angenommen werden kann. Es ist nun Sache der Strafverfolgungsbehörden nachzuweisen, dass Arbeitgeber nicht nur Kenntnis aller tatsächlichen Umstände haben, sondern auch um ihren rechtlichen Status als Arbeitgeber wissen. Aus welchen Umständen dabei auf vorsätzliches Handeln geschlossen werden kann und auf welchen Zeitpunkt sowie welche Personen abzustellen ist, soll im Folgenden näher beleuchtet werden.

4.2.1.2.2 Bedingter Vorsatz

§ 266a Abs. 1 StGB setzt vorsätzliches Handeln voraus. Der Vorsatz muss sich auf alle objektiven Tatbestandsmerkmale beziehen. Die Norm verlangt dabei keine darüber hinausgehende Bereicherungs- oder Schädigungsabsicht, sodass bedingter Vorsatz (dolus eventualis) ausreicht.⁹⁷

4.2.1.2.2.1 Begriff

Ein Täter handelt dann mit bedingtem Vorsatz, wenn er den Erfolg für möglich hält, ihn aber zum einen nicht beabsichtigt und zum anderen nicht mit Sicherheit weiß, ob dieser überhaupt eintreten wird.⁹⁸ Uneinigkeit besteht jedoch darüber, ob und wie stark die Anforderungen an das Wissensselement sind und ob ein Willenselement gegeben sein muss. Hier gehen die Meinungen weit auseinander.⁹⁹

Kognitive Theorien verzichten auf ein voluntatives Element. Indem man den Erfolgseintritt erkenne, für möglich halte und dennoch handele, setze man sich über die Warnung des Verbots hinweg und fände sich mit dem Erfolgseintritt ab.¹⁰⁰ Im Einzelnen umstritten ist, wie konkret sich der Täter über die Verwirklichung des Tatbestandes bewusst sein muss. Das Meinungsspektrum reicht von einem, den Eintritt der Rechtsgutverletzung für möglich¹⁰¹ oder

⁹⁷ BGH, Urteil v. 01.10.1991, Az.: VI ZR 374/90, NJW 1992, 177, 178, Rn. 12; Lackner/Kühl/Heger, 29. Aufl., 2018, StGB, § 266a, Rn. 16; Mayer, NZWiSt 2015, 169; Schönke/Schröder/Perron, 29. Aufl., 2014, StGB § 266a Rn. 17.

⁹⁸ MüKo-StGB/Joecks, 3. Aufl., 2017, § 16, Rn. 31; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schuster, 29. Aufl., 2014, StGB, § 15, Rn. 72.

⁹⁹ Ausführliche Darstellungen hierzu bei MüKo-StGB/Joecks, 3. Aufl., 2017, § 16, Rn. 31 ff. und Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schuster, 29. Aufl., 2014, StGB, § 15, Rn. 72 ff.

¹⁰⁰ MüKo-StGB/Joecks, 3. Aufl., 2017, § 16 Rn. 33.

¹⁰¹ Kindhäuser, Strafrecht AT, 8. Aufl., 2017; § 14, Rn. 30 f.; Langer, Jura 2003, 135, 137 f.; Schmidhäuser, JuS 1980, 241, 252.

wahrscheinlich¹⁰² halten bis zur Frage, ob durch die Handlung des Täters eine Risikoerhöhung¹⁰³ stattfindet.

In Abgrenzung zur Fahrlässigkeit verlangen andere wiederum das Vorliegen eines Willenselements. Dabei besteht auch hier wieder Uneinigkeit darüber, wie dieses Element konkret ausgeprägt sein soll. Teils wird der Standpunkt vertreten, der Täter müsse mit dem Erfolgseintritt einverstanden sein bzw. ihn billigend in Kauf nehmen,¹⁰⁴ teils soll es ausreichen, wenn er ihm gleichgültig gegenübersteht¹⁰⁵, nach der überwiegenden Literatuffassung wiederum müsse er mit der Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung rechnen und sich mit ihr abfinden¹⁰⁶. Hofft der Täter jedoch, dass die Rechtsgutverletzung ausbleiben werde, so ist der Vorsatz jeweils zu verneinen.¹⁰⁷

Der Standpunkt der Rechtsprechung lässt sich im Bereich zwischen der Einwilligungstheorie und h. M. der Literatur verorten. Danach handelt mit Eventualvorsatz, wer den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges als möglich und nicht ganz fernliegend erkennt und billigt, wobei bei einem Billigen im Rechtssinne der Erfolgseintritt für den Täter auch unerwünscht sein kann, er sich aber dennoch damit abfinde, weil er sein Ziel auf anderem Wege nicht erreichen könne.¹⁰⁸

Übertragen auf die hier vorliegende Konstellation setzt vorsätzliches Vorenthalten das Bewusstsein und den Willen voraus, die Abführung der geschuldeten Beiträge bei Fälligkeit zu unterlassen. Der Arbeitgeber muss deshalb die Abführungspflicht der Arbeitnehmerbeiträge und den Fälligkeitszeitpunkt kennen und zumindest billigend in Kauf nehmen, dass die Pflicht nicht erfüllt wird.¹⁰⁹ In Bezug auf normative Tatbestandsmerkmale muss der Täter zumindest eine „Parallelwertung in der Laiensphäre“ vollziehen können.¹¹⁰

¹⁰² Prittwitz, JA 1988, 486, 487 f.

¹⁰³ Frisch, JuS 1990, 362, 363.

¹⁰⁴ Maurach/Zipf, Strafrecht AT Band 1, 8. Aufl., 1992, § 22, Rn. 34.

¹⁰⁵ Schroth, JR 2003, 250, 252; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schuster, 29. Aufl., 2014, StGB, § 15, Rn. 84.

¹⁰⁶ H. M. in der Literatur Köhler, JZ 1981, 35, 36; Roxin, JuS 1964, 53, 61; Schramm, JuS 1994, 405, 407 f.; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 48. Aufl., 2018, Rn. 323 ff.

¹⁰⁷ MüKo-StGB/Joecks, 3. Aufl., 2017, § 16, Rn. 43.

¹⁰⁸ St. Rspr. BGH, Urteil v. 04.11.1988, Az.: 1 StR 262/88, NJW 89, 781, Rn. 24; Urteil v. 26.07.2007, Az.: 3 StR 221/07, NStZ 2007, 701, Rn. 7, Urteil v. 18.10.2007, Az.: 3 StR 226/07, NStZ 2008, 93, 94, Rn. 11; Urteil v. 22.03.2012, Az.: 4 StR 558/11, NJW 12, 1525, 1526, Rn. 26.

¹⁰⁹ St. Rspr. BGH, Urteil v. 01.10.1991, Az.: VI ZR 374/90, NJW 1992, 177, Rn. 9; Urteil v. 15.10.1996, Az.: VI ZR 319/95, NJW 1997, 130, 133, Rn. 30; Urteil v. 14.11.2000, Az.: VI ZR 149/99, Rn. 17; Urteil v. 09.01.2001, Az.: VI ZR 407/99, NJW 2001, 969, 970, Rn. 20; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 21.12.2007, Az.: III-5 Ss 288/07 - 166/07 IV, StV 2009, 193, 194, Rn. 11; MüKo-StGB/Radtke, 2. Aufl., 2014, § 266a, Rn. 49; NK-StGB/Tag, § 266a, Rn. 80.

¹¹⁰ Mayer, NZWiSt 2015, 169.

Im Zusammenhang mit § 25 Abs. 1 Satz 2 SGB IV, wonach bei vorsätzlichem Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen eine 30-jährige Verjährungsfrist läuft, hat das BSG die in der neueren BGH-Entscheidung angedeutete Rechtsposition eingenommen. Ausdrücklich heißt es in dieser Entscheidung: „Zum Vorsatz muß das Vorliegen des inneren (subjektiven) Tatbestandes festgestellt, d. h. anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles und bezogen auf den betreffenden Beitragsschuldner durch Sachverhaltsaufklärung individuell ermittelt werden“.¹¹¹

Gerade bei einer komplizierten Rechtslage darf im Zweifel nicht auf bedingten Vorsatz zu schließen, sondern wird von nur fahrlässiger Rechtsunkenntnis auszugehen sein.¹¹² Fehler bei der Beitragsentrichtung dürften in diesen Fällen nicht selten nur auf fahrlässiger Rechtsunkenntnis beruhen.¹¹³

4.2.1.2.2.2 Anhaltspunkte für bzw. gegen (bedingten) Vorsatz

4.2.1.2.2.2.1 Rückgriff auf Rechtsprechung zu § 25 Abs. 1 Satz 2 SGB IV

Die Rechtsprechung steht vor der Herausforderung, anhand der objektiven Gegebenheiten zu beurteilen, ob tatsächlich mit zumindest bedingtem Vorsatz gehandelt wurde. Dabei verbieten sich pauschale Aussagen, indiziell können aber bestimmte Anhaltspunkte herangezogen werden, die auf das Vorliegen eines entsprechenden Vorsatzes hindeuten. Da in der Rechtsprechung der Strafgerichte bisher die bloße Kenntnis der tatsächlichen Umstände für ausreichend gehalten wurde, fehlt es bei einem Rechtsprechungswandel an Judikatur, die zur Präzisierung des bedingten Vorsatzes in Bezug auf die Arbeitgeberstellung im Sozialversicherungsrecht herangezogen werden kann. Allerdings spielt die Unterscheidung zwischen Fahrlässigkeit und (bedingtem) Vorsatz auch im Sozialversicherungsrecht eine bedeutende Rolle. Im Allgemeinen verjähren Ansprüche auf Beiträge nämlich in vier Jahren nach Ablauf des Kalenderjahrs, in dem sie fällig geworden sind. Hat der Arbeitgeber aber Beiträge vorsätzlich vorenthalten, verjähren diese Ansprüche der Sozialversicherungsrecht Träger in dreißig Jahren nach Ablauf des Kalenderjahrs, in dem sie fällig geworden sind. Daher

¹¹¹ BSG, Urteil v. 30.03.2000, Az.: B 12 KR 14/99 R, SozR 3-2400 § 25, Nr. 7, Rn. 24.

¹¹² Baier in Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 99. EL Juni 2018, SGB IV § 25, Rn. 7. – Ähnlich LSG Baden-Württemberg, Urteil v. 17.05.2017, Az.: L 5 R 1109/14, Rn. 49 (zitiert nach juris); LSG Rheinland-Pfalz, Urteil v. 19.01.2011, Az.: L 6 RS 11/08, Rn. 49 (zitiert nach juris); SG Lübeck, Urteil v. 25.04.2013, Az.: S 14 KR 466/09, Rn. 30 (zitiert nach juris): im Zweifel kein Vorsatz hinsichtlich der Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen bei Nebenleistungen, wenn diese in komplizierten Vorschriften geregelt sind.

¹¹³ BSG, Urteil v. 16.12.2015, Az.: B 12 R 11/14 R, BeckRS 2016, 67791.

kann insoweit auf die diesbezügliche Rechtsprechung der Sozialgerichte sowie die von den Sozialgerichten und der Literatur herausgearbeiteten Fallgruppen zurückgegriffen werden.¹¹⁴

4.2.1.2.2.2 Fehlender Vorsatz

Ein billigendes Inkaufnehmen und damit bedingter Vorsatz scheiden aus, wenn der Arbeitgeber nicht nur vage, sondern ernsthaft darauf vertraut hat, dass ihn keine Beitragsabführungspflicht trifft.¹¹⁵ Dabei mangelt es nicht bereits an der Ernsthaftigkeit, wenn er sich nach umfassender Information und Beratung für eine vertretbare Auslegungsmöglichkeit entscheidet, wohlwissend, dass Gerichte dies später anders beurteilen können.¹¹⁶

Von einer vorsätzlichen Beitragsvorenthaltung kann dann nicht ausgegangen werden, wenn eine Rechtsbeziehung zunächst als freies Mitarbeiterverhältnis begründet und tatsächlich behandelt wurde, der Dienstverpflichtete dann aber Statusklage vor den Arbeitsgerichten erhebt und zunächst in der ersten Instanz unterliegt, in der zweiten Instanz jedoch rechtskräftig obsiegt. Wenn selbst Arbeitsgerichte von einem freien Mitarbeiterverhältnis ausgehen, kann dem Arbeitgeber nicht der Vorwurf vorsätzlichen Handelns gemacht werden, wenn auch er diese Rechtsbeziehung als freies, nicht sozialversicherungspflichtiges Mitarbeiterverhältnis eingestuft hat. Erst mit Rechtskraft der zweitinstanzlichen Entscheidung muss er allerdings damit rechnen, dass dieses Arbeitsverhältnis sozialversicherungspflichtig ist; führt er nunmehr Beiträge nicht ab, liegt Vorsatz i. S. von § 25 Abs. 1 Satz 2 SGB IV¹¹⁷, aber auch § 266a Abs. 1 StGB vor.

4.2.1.2.2.3 Arbeitsgerichtsverfahren/Lohnsteuerfeststellungen

Hingegen kann Vorsatz angenommen werden, wenn in einem arbeitsgerichtlichen Verfahren festgestellt wird, dass eine abhängige Beschäftigung vorliegt bzw. weiterbesteht, im Anschluss aber dennoch keine Sozialversicherungsbeiträge entrichtet werden.¹¹⁸ Hier hat der Arbeitgeber positive Kenntnis davon, dass er Arbeitgeber im arbeitsrechtlichen Sinne ist und damit auch eine Pflicht zur Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen besteht. Ignoriert er diesen Umstand, nimmt er in Kauf, dass er eine Pflichtverletzung begeht.

¹¹⁴ BSG, Urteil v. 30.03.2000, Az.: B 12 KR 14/99 R, SozR 3-2400 § 25 Nr. 7, Rn. 24 f., zum Überblick KassKomm/Zieglmeier, Stand: 06.2018, SGB IV § 25 Rn. 49.

¹¹⁵ SG Dresden, Urteil v. 15.05.2013, Az.: S 15 KR 817/12, BeckRS 2013, 70468, Rn. 42.

¹¹⁶ Zutreffend darauf hinweisend Schönke/Schröder/Perron, 29. Aufl., 2014, StGB, § 266a, Rn. 17.

¹¹⁷ Boemke, DB 2003, 502.

¹¹⁸ BSG, Urteil v. 26.05.1977, Az.: 12/3 RK 68/75, SozR 2200 § 29 Nr. 9, Rn. 19; Boemke, DB 2003, 502.

Entsprechendes gilt, wenn bezüglich der Beschäftigung eines vermeintlich „freien Mitarbeiters“ ein Lohnsteuerhaftungsbescheid ergangen ist. Diese haben nämlich in aller Regel auch in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht Konsequenzen.¹¹⁹ Zwar hat die sozialrechtliche Einordnung für die steuerrechtliche Beurteilung (als selbständig oder unselbständig) keine Bindungswirkung, es bestehen aber sehr weitgehende Parallelen.

In der Literatur wird aus vertraglichen Bestimmungen in einem Vertrag über „freie Mitarbeit“, wonach der freie Mitarbeiter im Innenverhältnis die Arbeitnehmerbeiträge zu tragen hat, wenn er bei einer Überprüfung als Arbeitnehmer eingestuft wird, auf bedingten Vorsatz geschlossen.¹²⁰ Dem ist zuzustimmen. Wer nicht ernstlich davon ausgeht, dass ein Arbeitsverhältnis und damit Sozialversicherungspflicht in Betracht kommt, trifft solche Regelungen nicht. Diese Regelung geht über dies ins Leere, weil das Recht des Arbeitgebers, wegen der Beiträge auf den Arbeitnehmer zurückzugreifen, abschließend in § 28q SGB IV geregelt ist. Bei dieser Bestimmung handelt es sich um zwingendes Recht.

4.2.1.2.2.4 Nicht: Art der Tätigkeit

Bei der Beschäftigung von „Scheinselbständigen“ soll nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung ein Indiz für zumindest bedingten Vorsatz sein, wenn die identische Tätigkeit im Betrieb nicht nur von den „Scheinselbständigen“, sondern auch von Arbeitnehmern ausgeführt wird.¹²¹ Zieglermeier stützt sich dabei auf einen Leitsatz in einer Entscheidung des BayLSG, auf den in der Entscheidung dann aber nicht mehr zurückgekommen wird und der für die Entscheidung auch nicht tragend war. Der Indizcharakter dieses Umstands wird dementsprechend weder vom BayLSG noch von Zieglermeier begründet. Einer solchen pauschalisierenden Betrachtung steht schon entgegen, dass Vorsatz anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles und bezogen auf den betreffenden Beitragsschuldner durch Sachverhaltsaufklärung individuell ermittelt werden muss.¹²² Dabei ist auf die Kenntnis von den bei der Beurteilung der Sozialversicherungspflicht maßgeblichen und für eine beitragspflichtige Beschäftigung sprechenden Umständen abzustellen. Neben den gesetzlichen Kriterien Weisungsbindung und Eingliederung kommt dem Vorliegen eines unternehmerischen Risikos besondere Bedeutung zu. Hieran wird deutlich, dass die Art der

¹¹⁹ BSG, Urteil v. 18.11.2015, Az.: B 12 R 7/14 R, BeckRS 2016, 41976, Rn. 27; LSG Sachsen-Anhalt, Urteil v. 24.01.2013, Az.: L 1 R 238/09, BeckRS 2013, 70358, Rn. 29; Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann/Roßbach, Sozialrecht, 5. Aufl., 2017, SGB IV, § 25, Rn. 4.

¹²⁰ NK-StGB/Tag, 5. Aufl., 2017, § 266a, Rn. 81; Mayer, NZWiSt 2015, 169.

¹²¹ BayLSG, Beschluss v. 13.01.2014, Az.: L 5 R 911/13 B ER, BeckRS 2014, 65844, Rn. 21 ff.; KassKomm/Zieglermeier, Stand: 06.2018, SGB IV, § 25, Rn. 49.

¹²² BSG, Urteil v. 30.03.2000, Az.: B 12 KR 14/99 R, SozR 3-2400 § 25, Nr. 7, Rn. 24.

ausgeübten Tätigkeit kein Umstand ist, der für die Entscheidung, ob eine sozialversicherungspflichtige Tätigkeit vorliegt, Bedeutung erlangt. Es gibt nämlich keine für ein Arbeits- bzw. sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis typischen Tätigkeiten an sich; vielmehr kann jede Tätigkeit grundsätzlich sowohl im Rahmen eines selbständigen Dienstverhältnisses als auch im Rahmen eines Arbeits- bzw. abhängigen Beschäftigungsverhältnisses erbracht werden.¹²³

Dies verdeutlicht anschaulich auch die so genannte „Moskito-Anschläger-Entscheidung“ des BAG. Im zugrunde liegenden Sachverhalt hatte der Arbeitgeber die Arbeitsverhältnisse von Außendienstmitarbeitern in freien Mitarbeiterverhältnis umgewandelt. Das BAG hatte die Umwandlung anerkannt und die freien Mitarbeiterverhältnis nicht als Scheinselbständigkeit und damit fortbestehende Arbeitsverhältnisse behandelt. Der Arbeitgeber hatte nämlich durch die vertraglichen Neuregelungen sein Weisungsrecht aufgegeben, sodass in der neuen Rechtsbeziehung keine Weisungsabhängigkeit der nunmehr freien Mitarbeiter gegeben war.¹²⁴

Die Art der geschuldeten Dienste lässt somit keine Rückschlüsse auf die Weisungsabhängigkeit und damit die Arbeitnehmerstellung bzw. die sozialversicherungspflichtige Beschäftigung zu.

4.2.1.2.2.5 Nicht: Unterlassen des Statusfeststellungsverfahrens nach § 7a SGB IV

In der sozialgerichtlichen Rechtsprechung wird die Auffassung vertreten, dass in bestimmten Konstellationen die Nichtdurchführung des Statusfeststellungsverfahrens nach § 7a SGB IV Anhaltspunkte für einen bedingten Vorsatz sein könne. Der Auftraggeber haben nämlich bei Unklarheiten hinsichtlich der versicherungs- und beitragsrechtlichen Beurteilung einer Erwerbstätigkeit die Möglichkeit, darüber im Einzugsstellen- bzw. Anfrageverfahren (vgl. §§ 7a, 28h SGB IV) Gewissheit durch Herbeiführung der Entscheidung einer fachkundigen Stelle zu erlangen. Der Verzicht auf einen entsprechenden Antrag könne auf bedingten Vorsatz schließen lassen.¹²⁵

Die strafrechtliche Rechtsprechung und Literatur ist hier deutlich zurückhaltender. Wenn eindeutige Kriterien fehlen, aus denen zwingend auf die Sozialversicherungspflicht zu

¹²³ Boemke, ZfA 1998, 285, 315; Boemke, DStR 2000, 1694, 1702.

¹²⁴ Grundlegend dazu die Entscheidung zu den „Moskito-Anschlägern“ BAG, Urteil v. 13.03.2008, Az.: 2 AZR 1037/06, NJW 2008, 2872, 2873 f., Rn. 12 ff.

¹²⁵ BSG, Urteil v. 09.11.2011, Az.: B 12 R 18/09 R, DStR 2012, 662, 667; LSG Bayern, Urteil v. 29.06.2015, Az.: L 16 R 780/13, BeckRS 2015, 70543. Einschränkend BeckOK-SozR/Wagner, Stand: 01.09.2018, SGB IV, § 25, Rn. 7a: wenn sich die Klärungsbedürftigkeit aufdrängen musste.

schließen ist, und die Einlassung des Auftraggebers zum Vorsatz aus seiner Sicht des zwar geschäftserfahrenen, jedoch rechtsunkundigen Laien zumindest plausibel, also begreiflich, einleuchtend, nachvollziehbar, annehmbar erscheint, können hinsichtlich des Vorsatzes Zweifel nicht ausgeräumt werden.¹²⁶ Solange die Einordnung der Auftragnehmer als nicht sozialversicherungspflichtige, freie Mitarbeiter nach den konkreten Umständen (zumindest) vertretbar erscheint, darf regelmäßig von einem ernsthaften Vertrauen auf das Ausbleiben des tatbestandlichen Erfolgs ausgegangen werden. Dass der Auftraggeber es unterlassen hat, das Statusfeststellungsverfahren nach § 7a SGB IV durchzuführen, begründet keinen dolus eventualis.¹²⁷ Es besteht nämlich nur die Möglichkeit, dieses Verfahren durchzuführen, nicht aber eine Rechtspflicht hierzu.

4.2.1.2.3 Kenntnis von der Sozialversicherungspflicht

Der Arbeitgeber muss sowohl seine grundsätzliche Pflicht zur Abführung der Arbeitnehmerbeiträge als auch den Fälligkeitszeitpunkt kennen und zumindest billigend in Kauf nehmen, dass diese Pflicht nicht erfüllt wird.¹²⁸ Im Nachfolgenden wird eingehender beleuchtet, wer Arbeitgeber im Sinne des § 266a Abs. 1 StGB bzw. auf wessen Kenntnis bei der Prüfung des subjektiven Tatbestandes abzustellen ist. Insbesondere in Unternehmen, in denen eine Delegation der Aufgaben erfolgt oder bei mehrgliedrigen Organen juristischer Personen, ist dies nicht immer auf den ersten Blick ersichtlich.

4.2.1.2.3.1 Maßgeblicher Personenkreis

Täter im Sinne des § 266a Abs. 1 StGB kann nur der Arbeitgeber sowie eine ihm nach Abs. 5 gleichgestellte Person sein. Es handelt sich hier um ein Sonderdelikt, welches nur von demjenigen verwirklicht werden kann, welcher den fraglichen Status inne hat.¹²⁹ Wer Arbeitgeber ist, bestimmt sich nach sozialversicherungsrechtlichen und arbeitsrechtlichen Maßstäben.¹³⁰ Diese Stellung können grundsätzlich sowohl natürliche als auch juristische Personen einnehmen. In Ermangelung einer Unternehmensstrafbarkeit und im Hinblick darauf, dass die Arbeitgeberbereienseigenschaft als besonderes persönliches Merkmal anzusehen ist, ist bei Letzteren § 14 StGB von Bedeutung. Dieser erweitert die Pflichtenstellung auf die

¹²⁶ LG Ravensburg, Urteil v. 26.09.2006, Az.: 4 Ns 24 Js 22865/03, Rn. 24 (zitiert nach juris).

¹²⁷ Floeth, NStZ-RR 2018, 180, 184 als Anm. zu BGH, Urteil v. 24.01.2018, Az.: 1 StR 331/17, NStZ-RR 2018, 180.

¹²⁸ BGH, Urteil v. 21.01.1997, Az.: VI ZR 338/95, NJW 1997, 1237, 1238, Rn. 16; NK-StGB/Tag, 5. Aufl., 2017, § 266a, Rn. 80.

¹²⁹ BeckOK-StGB/Wittig, Stand: 01.08.2018, § 266a, Rn. 4; MüKo-StGB/Radtke, 2. Aufl., 2014, StGB § 266a, Rn. 11; Schönke/Schröder/Perron, 29. Aufl., 2014, StGB, § 266a, Rn. 11.

¹³⁰ BGH, Beschluss v. 05.06.2013, Az.: 1 StR 626/12, NStZ 2013, 587, Rn. 6; Urteil v. 16.04.2014, Az.: 1 StR 516/13, NJW 2014, 1975, 1976, Rn. 24; BeckOK-StGB/Wittig, Stand: 01.08.2018, § 266a, Rn. 5; MüKo-StGB/Radtke, 2. Aufl., 2014, StGB, § 266a, Rn. 12; NK-StGB/Tag, 5. Aufl., 2017, § 266a, Rn. 19.

vertretungsberechtigten Organe, Vertreter und Substituten, sodass es bei der Bestimmung, ob Vorsatz zum maßgeblichen Zeitpunkt vorlag, auf deren innere Sichtweise ankommt. Hierbei sind in Bezug auf die juristischen Personen die vertretungsberechtigten Organe bzw. deren Organteile insbesondere der Geschäftsführer einer GmbH (§§ 35, 37 GmbHG) oder der GmbH bei der GmbH & Co KG¹³¹, der Vorstand einer AG (§ 76 AktG) oder der eines rechtsfähigen Vereins (§ 26 BGB) zu nennen. Bei rechtsfähigen Personengesellschaften ist auf die vertretungsberechtigten Gesellschafter abzustellen (§ 14 Abs. 1 Nr. 2 StGB). Als Vertreter des Arbeitgebers nach § 14 Abs. 1 Nr. 3 StGB sind hier unter anderem der endgültige Insolvenzverwalter, der Testamentsvollstrecker und der Nachlassverwalter anzuführen.¹³²

Da § 266a Abs. 1 StGB ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB zugunsten der Sozialversicherungsträger darstellt,¹³³ können der Arbeitgeber bzw. die in § 14 StGB genannten Personen sich bei vorsätzlichem Vorenthalten gegenüber dem Sozialversicherungsträger schadensersatzpflichtig machen. Aus diesem Grund wurden die Auslegungsmaßstäbe zu einem Großteil von der Rechtsprechung der Zivilsenate mitbestimmt.

Besteht das vertretungsberechtigte Organ aus mehreren Personen, so ist grundsätzlich jeder verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass die Sozialversicherungsbeiträge abgeführt werden.¹³⁴ Bei Geschäftsführern begründet sich dies mit ihrer gesetzlichen Allzuständigkeit.¹³⁵ Auf interne Zuständigkeitsverteilungen wird insoweit keine Rücksicht genommen.¹³⁶ Allerdings erfährt dieser Grundsatz eine Abmilderung dahingehend, dass durch die individuellen Haftungsvoraussetzungen gefordert wird, die Handlung müsse demjenigen sowohl tatsächlich als auch rechtlich möglich und zumutbar gewesen sein.¹³⁷ Dies ist bei entsprechender Aufgabenteilung jedoch nicht immer gegeben. Die ursprüngliche Handlungspflicht der nicht mit dem Ressort betrauten Vertreter wandelt sich dann in eine Überwachungspflicht um.¹³⁸ Gleiches gilt bei der Delegation von Aufgaben. Auch hier werden die Vertreter nicht von ihrer

¹³¹ BeckOK-StGB/Wittig, Stand: 01.08.2018, § 266a Rn. 6; Lackner/Kühl, 29. Aufl., 2018, StGB, § 14, Rn. 2.

¹³² BeckOK-StGB/Wittig, Stand: 01.08.2018, § 266a Rn. 7; NK-StGB/Tag, 5. Aufl., 2017, § 266a Rn. 31.

¹³³ St. Rspr. BGH, Urteil v. 21.01.1997, Az.: VI ZR 338/95, NJW 1997, 1237, Rn. 7 f.; Urteil v. 18.04.2005, Az.: II ZR 61/03, NJW 2005, 2546, 2547, Rn. 9; BeckOK-StGB/Wittig, Stand: 01.08.2018, § 266a, Rn. 34.

¹³⁴ BeckOK-StGB/Wittig, Stand: 01.08.2018, § 266a, Rn. 6.2; MüKo-StGB/Radtke, 2. Aufl., 2014, StGB, § 266a, Rn. 35; NK-StGB/Tag, 5. Aufl., 2017, § 266a, Rn. 28; Schönke/Schröder/Perron, 29. Aufl., 2014, StGB, § 14, Rn. 18.

¹³⁵ BGH, Urteil v. 09.01.2001, Az.: VI ZR 407/99, NJW 2001, 969, 970, Rn. 17; BeckOK-StGB/Wittig, Stand: 01.08.2018, § 266a, Rn. 6.2; NK-StGB/Tag, 5. Aufl., 2017, § 266a, Rn. 28.

¹³⁶ BGH, Urteil v. 09.01.2001, Az.: VI ZR 407/99, NJW 2001, 969, 970, Rn. 17; MüKo-StGB/Radtke, 3. Aufl., 2017, StGB, § 14, Rn. 70; Lackner/Kühl, 29. Aufl., 2017, StGB, § 14, Rn. 7; Schönke/Schröder/Perron, 29. Aufl., 2014, StGB, § 14, Rn. 18.

¹³⁷ MüKo-StGB/Radtke, 3. Aufl., 2017, StGB, § 14, Rn. 72.

¹³⁸ St. Rspr. BGH, Urteil v. 20.03.1986, Az.: II ZR 114/85, NJW-RR 1986, 1293, 1294, Rn. 9; Urteil v. 15.10.1996, Az.: VI ZR 319/95, NJW 1997, 130, 132, Rn. 21; Urteil v. 09.01.2001, Az.: VI ZR 407/99, NJW 2001, 969, 970, Rn. 17.

Verantwortung entbunden, sondern müssen durch geeignete organisatorische Maßnahmen sicherstellen, dass die weitergeleiteten Pflichten erfüllt werden. Wobei die Überwachung zwischen gleichgeordneten Organen anderen Anforderungen unterliegt, als bei einer Delegation auf Untergebene, denn eine allumfassende Kontrolle würde dem Sinn und Zweck der Arbeitsteilung entgegenlaufen.¹³⁹ In jedem Fall besteht dann eine Veranlassung zum Einschreiten, wenn Anhaltspunkte bestehen, dass die Pflichten nicht mehr ordnungsgemäß erfüllt werden.¹⁴⁰ Ein Tätigwerden ist beispielsweise in Krisenzeiten angezeigt, in denen nicht mehr ohne Weiteres die laufende Erfüllung der Verbindlichkeiten sichergestellt werden kann.¹⁴¹ Ist der Arbeitgeber fälschlicherweise der Ansicht, er sei auf Grund der Zuständigkeitsaufteilung oder Delegation nicht mehr zum Handeln verpflichtet, so lässt dies nicht den Vorsatz entfallen. Es ist nämlich nicht erforderlich, dass der Täter das Bewusstsein hat, selbst zum Handeln verpflichtet zu sein.¹⁴² Allenfalls unterliegt er einem Verbotsirrtum, der die Schuld jedoch nur bei Unvermeidbarkeit entfallen lässt. Die daran geknüpften sehr hohen Anforderungen dürften nur in wenigen Ausnahmefällen erfüllt sein.¹⁴³

Daneben ist ferner zu beachten, dass die strafrechtliche Verantwortung auch faktische Organe und Vertreter trifft, damit diese nicht von der Zufälligkeit einer unwirksamen Bestellung abhängt.¹⁴⁴

Im Hinblick auf das vorsätzliche Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen gilt für die verlängerte Verjährungsfrist von 30 Jahren gemäß § 25 Abs. 1 Satz 2 SGB IV für die Zurechnung des Verhaltens Dritter Folgendes: Ist das vorsätzliche Vorenthalten Betriebsangehörigen oder damit beauftragten fachkundigen Personen, wie Rechtsanwälten oder Steuerberatern, vorzuwerfen, so muss sich der Arbeitgeber deren Verschulden zurechnen lassen.¹⁴⁵ Bei juristischen Personen ist maßgeblich, ob zumindest ein vertretungsberechtigtes Organ Kenntnis vom Vorenthalten der Beiträge hat, denn sein Wissen ist als Wissen des Organs anzusehen und somit der juristischen Person zurechenbar.¹⁴⁶ Überdies muss Sorge getragen werden, dass durch einen internen Informationsaustausch -

¹³⁹ Schönke/Schröder/Perron, 29. Aufl., 2014, StGB, § 14, Rn. 19.

¹⁴⁰ St. Rspr. BGH, Urteil v. 20.03.1986, Az.: II ZR 114/85, NJW-RR 1986, 1293, 1294, Rn. 9; Urteil v. 15.10.1996, Az.: VI ZR 319/95, NJW 1997, 130, 132, Rn. 21; Urteil v. 09.01.2001, Az.: VI ZR 407/99, NJW 2001, 969, 970, Rn. 17.

¹⁴¹ BGH, Urteil v. 15.10.1996, Az.: VI ZR 319/95, NJW 1997, 130, 132, Rn. 23.

¹⁴² BGH, Urteil v. 15.10.1996, Az.: VI ZR 319/95, NJW 1997, 130, 133, Rn. 31.

¹⁴³ BGH, Urteil v. 15.10.1996, Az.: VI ZR 319/95, NJW 1997, 130, 133, Rn. 33.

¹⁴⁴ BGH, Beschluss v. 28.05.2002, Az.: 5 StR 16/02, NJW 2002, 2480, 2482, Rn. 24; BeckOK-StGB/Wittig, Stand: 01.08.2018, § 266a, Rn. 6.4; Lackner/Kühl/Heger, 29. Aufl., 2018, StGB, § 266a, Rn. 4; NK-StGB/Tag, 5. Aufl., 2017, § 266a, Rn. 30; kritisch dazu Radtke, NStZ 2003, 154, 156.

¹⁴⁵ KassKomm/Zieglmeier, Stand: 06.2018, SGB IV, § 25, Rn. 45.

¹⁴⁶ BGH, Urteil v. 15.12.2005, Az.: IX ZR 227/04, NJW-RR 2006, 771, 772, Rn. 13; BSG, Urteil v. 16.12.2015, Az.: B 12 R 11/14 R, SozR 4-2400 § 28p Nr. 6, Rn. 66; Kreikebohm-SGB IV/Kreikebohm, 3. Aufl., 2018, SGB IV, § 25, Rn. 7.

sowohl in horizontaler als auch vertikaler Ebene - rechtserhebliche Informationen an die zuständigen Personen weitergeleitet werden. Erfolgt dies auf Grund mangelnder Organisation nicht, so wird das Wissen einzelner Mitarbeiter zugerechnet, unabhängig davon, welche Position und Zuständigkeit sie innehaben.¹⁴⁷

Diese Zurechnung hat aber allein sozialversicherungsrechtliche Bedeutung im Hinblick auf die verlängerte Verjährungsfrist. Sie haben strafrechtlich allerdings keine Bedeutung, weil hier der Vorsatz personenbezogen und individuell festgestellt werden muss. Insoweit gelten die oben unter 3.6.2.2 dargestellten Grundsätze.

4.2.1.2.3.2 Maßgeblicher Zeitpunkt

Maßgeblich ist, ob der Täter zum Fälligkeitszeitpunkt die Arbeitnehmerbeiträge bewusst und gewollt nicht abführt.¹⁴⁸ Demgemäß ist es nicht von Bedeutung, ob der Vorsatz bereits bei dem Einbehalten vorlag oder später gefasst wurde.¹⁴⁹ Ebenfalls kommt es nicht darauf an, ob er die Leistungen dauerhaft behalten oder der Abführungszeitpunkt nur etwas hinausgezögert und die Zahlung später nachgeholt werden soll.¹⁵⁰ Eine spätere Nachzahlung kann abgesehen von § 266a Abs. 6 StGB allenfalls im Rahmen der Strafzumessung Berücksichtigung finden.¹⁵¹ Der Vorsatz des Täters muss bei Begehung der Tat vorliegen¹⁵². Tathandlung ist nach § 266a Abs. 1 StGB, dass der Arbeitgeber „Beiträge des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung ... vorenthält“. „Vorenthalten“ im Sinne dieser Vorschrift sind nach Rechtsprechung und herrschender Meinung „Beiträge, die bei Fälligkeit nicht abgeführt worden sind“. ¹⁵³ Ist das Nichtabführen der Beiträge bei Fälligkeit Tathandlung, kann es nur entscheidend sein, wie die

¹⁴⁷ BSG, Urteil v. 17.04.2008, Az.: B 13 R 123/07 R, NZS 2009, 329, 330, Rn. 19; Urteil v. 16.12.2015, Az.: B 12 R 11/14 R, SozR 4-2400 § 28p Nr. 6, Rn. 66; NK-SGB IV/Lüdke/Winkler, 2. Aufl., 2016, § 25, Rn. 8.

¹⁴⁸ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 21.12.2007, Az.: III-5 Ss 288/07 - 166/07 IV, StV 2009, 193, 194, Rn. 11; Mayer, NZWiST 2015, 169; MüKo-StGB/Radtke, 2. Aufl., 2014, § 266a, Rn. 89; NK-StGB/Tag, 5. Aufl., 2017, § 266a, Rn. 80.

¹⁴⁹ MüKo-StGB/Radtke, 2. Aufl., 2014, § 266a, Rn. 89.

¹⁵⁰ BGH, Beschluss v. 10.08.1990, Az.: 3 StR 16/90, NStZ 1990, 587; OLG Hamburg, Urteil v. 13.10.2006, Az.: 1 U 59/06, ZIP 2007, 725, 728, Rn. 44; BeckOK-StGB/Wittig, Stand: 01.08.2018, § 266a, Rn. 15; Mayer, NZWiST 2015, 169; MüKo-StGB/Radtke, 2. Aufl., 2014, § 266a, Rn. 89.

¹⁵¹ BeckOK-StGB/Wittig, Stand: 01.08.2018, § 266a, Rn. 33; Schönke/Schröder/Perron, 29. Aufl., 2014, StGB, § 266a, Rn. 19.

¹⁵² Vgl. § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB; MüKo-StGB/Joecks, 3. Aufl., 2017, § 16, Rn. 15; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schuster, 29. Aufl., 2014, StGB, § 15, Rn. 48.

¹⁵³ St. Rspr. BGH, Urteil v. 01.10.1991, Az.: VI ZR 374/90, NJW 1992, 177, Rn. 9; Urteil v. 15.10.1996, Az.: VI ZR 319/95, NJW 1997, 130, 133, Rn. 30; Urteil v. 14.11.2000, Az.: VI ZR 149/99, Rn. 17, Urteil v. 09.01.2001, VI ZR 407/99, NJW 2001, 969, 970, Rn. 20; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 21.12.2007, Az.: III-5 Ss 288/07 - 166/07 IV, StV 2009, 193, 194, Rn. 11: „Vorsätzliches Vorenthalten setzt das Bewusstsein und den Willen voraus, die geschuldeten Beiträge bei Fälligkeit nicht an die Kasse abzuführen“; MüKo-StGB/Radtke, 2. Aufl., 2014, § 266a, Rn. 49.

innere Sichtweise des Täters zum Fälligkeitszeitpunkt ist. Mit Ablauf der Frist ist die Tat vollendet.¹⁵⁴

Beendet ist die Tat hingegen erst bei endgültigem Entfallen der Handlungspflicht, welche in der Beitragsabführungspflicht besteht.¹⁵⁵ Erst dann beginnt auch die Verfolgungsverjährung zu laufen (§ 78a S. 1 StGB).

Die Beitragsansprüche verjähren gemäß § 25 Abs. 1 S. 1 SGB IV in vier Jahren, bei vorsätzlichem Vorenthalten nach § 25 Abs. 1 S. 2 SGB IV sogar erst in 30 Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem sie fällig geworden sind. Ein nachträglich hinzutretender Vorsatz ist schädlich, wenn noch keine Verjährung der Sozialversicherungsbeiträgen nach § 25 Abs. 1 Satz 1 SGB IV eingetreten ist. Es reicht nicht aus, wenn der Arbeitgeber nur bei Fälligkeit ohne Vorsatz handelt. Tritt vor Ablauf der vierjährigen Verjährungsfrist entsprechender Vorsatz hinzu, so verlängert sich diese durch eine rückwirkende Umwandlung in die 30jährige Verjährungsfrist.¹⁵⁶ Für § 25 Abs. 1 S. 2 SGB IV ist maßgeblich, dass es sich um „vorsätzlich vorenthaltene Beiträge“ handelt. Dies bedeutet nicht, dass die Beiträge zwingend bereits bei Fälligkeit vorsätzlich vorenthalten sein mussten. Erfährt der Beitragsschuldner nachträglich von seiner Abführungspflicht und entrichtet sie dennoch nicht, so sind auch diese Beiträge „vorsätzlich vorenthalten“, denn das Verstreichen des Fälligkeitszeitpunktes lässt weder das Bestehen der Forderung, noch deren Fälligkeit entfallen.¹⁵⁷ Der Arbeitgeber entscheidet sich vielmehr dazu, die Zahlungen weiter vorzuenthalten.

Demgegenüber erwähnen Rechtsprechung und h. M. im Zusammenhang mit dem „Veruntreuen“ nach § 266a Abs. 1 StGB ausdrücklich die Nichtabführung zum Fälligkeitszeitpunkt. Nimmt man dieses wörtlich, dann bedeutet dies, dass der Tatbestand des § 266a Abs. 1 StGB nicht erfüllt ist, wenn der Arbeitgeber zum Fälligkeitszeitpunkt noch keine Kenntnis von der Sozialversicherungspflicht hatte, sondern diese Kenntnis erst nachträglich bekommt, selbst wenn die Sozialversicherung Beitragsansprüche noch nicht nach § 25 Abs. 1 Satz 1 SGB IV verjährt sind. Allerdings hat sich weder die Rechtsprechung noch die Literatur - soweit ersichtlich - zu dieser Spezialfrage positioniert.

¹⁵⁴ BeckOK-StGB/Wittig, Stand: 01.08.2018, § 266a, Rn. 33; MüKo-StGB/Radtke, 2. Aufl., 2014, § 266a, Rn. 115; Schönke/Schröder/Perron, 29. Aufl., 2014, StGB, § 266a, Rn. 19.

¹⁵⁵ BGH, Beschluss v. 07.03.2012, Az.: 1 StR 662/11, NStZ 2012, 510, Rn. 4; BeckOK-StGB/Wittig, Stand: 01.08.2018, § 266a, Rn. 34; NK-StGB/Tag, 5. Aufl., 2017, § 266a, Rn. 142.

¹⁵⁶ BSG, Urteil v. 30.03.2000, Az.: B 12 KR 14/99 R, SozR 3-2400 § 25 Nr. 7, Rn. 18 f.

¹⁵⁷ BSG, Urteil v. 30.03.2000, Az.: B 12 KR 14/99 R, SozR 3-2400 § 25 Nr. 7, Rn. 20; LSG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 20.09.2013, Az.: L 1 KR 126/11, BeckRS 2013, 74165, Rn. 18; LSG NRW, Beschluss v. 27.03.2017, Az.: L 8 R 551/15 B ER, BeckRS 2017, 109146, Rn. 72.

4.2.2 Vertragliches Risikomanagement

4.2.2.1 Problemstellung

Angesichts des vom BVerfG eingeräumten Umstands, dass häufig nicht von vornherein bestimmt werden kann, ob eine bestimmte Tätigkeit im Rahmen selbständiger Tätigkeit oder aber eines sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses erfolgt, stellt sich die Frage nach einem vertraglichen Risikomanagement.¹⁵⁸ Dabei können durch vertragliche Vereinbarungen sozialversicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnisse nicht in eine selbständige, sozialversicherungsfreie Tätigkeit umgewandelt werden. Nach allgemeiner Auffassung ist für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung nämlich auf die Vertragsdurchführung abzustellen¹⁵⁹. Dies schließt es aber nicht aus, dass auf Grund der vertraglichen Regelungen Anhaltspunkte für den Willen der beteiligten Parteien bestehen, ob diese die zwischen ihnen bestehende Rechtsbeziehung als selbständige Tätigkeit ansehen. Im Folgenden sollen daher Vergütungsregelungen, Anwesenheitsregelungen, Bestimmungen über den Tätigkeitsinhalt sowie das äußere Auftreten des Wissensarbeiters einer vertieften Betrachtung unterworfen werden.

4.2.2.2 Vergütungsregelungen

4.2.2.2.1 Bedeutung von Vergütungsregelungen

Nach § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers Anhaltspunkte für eine Beschäftigung. Daneben gibt es einen bunten Strauß weiterer Kriterien, die für die Beurteilung der Sozialversicherungspflicht einer Tätigkeit Relevanz haben sollen. Hierzu zählt u. a. auch die Höhe der Vergütung. Allerdings ist auch der Profifußballspieler, der mehrere Millionen Euro im Jahr verdient, Arbeitnehmer und damit sozialversicherungspflichtig beschäftigt.¹⁶⁰ Insoweit bildet die Höhe der Vergütung auch nur eines von verschiedenen, in die Gesamtabwägung einzustellenden Kriterien. Lassen aber Tätigkeit nach Weisungen und Eingliederung keine eindeutige Zuordnung des sozialversicherungsrechtlichen Status zu, kommt der Höhe des Honorars nach der neueren Rechtsprechung des BSG durchaus maßgebliche Bedeutung zu.¹⁶¹

¹⁵⁸ BVerfG, Kammerbeschluss v. 20.05.1996, Az.: 1 BvR 21/96, Os. 1 (zitiert nach juris).

¹⁵⁹ BSG, Urteil v. 17.12.2015, Az.: B 2 U 1/14 R, SozR 4-2400 § 4 Nr. 2, Rn. 23; SG München, Urteil v. 21.11.2013, Az.: S 15 R 1528/11, BeckRS 2014, 65212.

¹⁶⁰ Vgl. BAG, Urteil v. 16.01.2018, Az.: 7 AZR 312/16, Rn. 17 f. (zitiert nach juris).

¹⁶¹ BSG, Urteil v. 31.03.2017, Az.: B 12 R 7/15, Rn. 50 (zitiert nach juris) – ebenso SG Hannover, Urteil v. 10.01.201, Az.: S 14 R 32/16, Rn. 63 (zitiert nach juris) – speziell in Bezug auf die Sozialversicherungspflicht von IT-Freelancern: SG Stuttgart, Urteil v. 12.09.2012, Az.: S 4 R 488/11, BeckRS 2015, 71952; SG Stuttgart, Urteil v. 21.06.2013, Az.: S 18 R 6903/09, Rn. 53 (zitiert nach juris);

Dabei unterfällt die Vereinbarung von Entgelten der Privatautonomie. Die Vertragspartner sind somit grundsätzlich frei darin, das Entgelt beliebig hoch festzulegen.

Nach der Rechtsprechung des BSG ist hinsichtlich der Vergütungshöhe eine relative Betrachtung anzustellen. Das vereinbarte Honorar muss in Verhältnis zum „Arbeitsentgelt eines vergleichbar eingesetzten sozialversicherungspflichtig Beschäftigten“¹⁶² gesetzt werden.

Ab wann die „relative“ Höhe des Honorars den Schluss auf die Selbständigkeit zulässt, wird vom BSG in seiner Grundsatzentscheidung vom 31.03.2017 eher kryptisch formuliert. Danach muss das Honorar für die Indizwirkung im Rahmen der Statusabgrenzung „deutlich“ über dem Arbeitsentgelt eines sozialversicherungspflichtig Beschäftigten liegen.¹⁶³ Das SG Hannover judiziert insoweit konkreter und verlangt, dass die entsprechenden Tariflöhne um mindestens 100 % überschritten werden.¹⁶⁴ Auch das SG München geht von einer insoweit relevanten Schwelle in doppelter Höhe des Arbeitsentgelts eines vergleichbaren sozialversicherungspflichtig Beschäftigten aus¹⁶⁵.

Der Grund für die Aussagekraft der hohen Vergütung im Rahmen der sozialversicherungsrechtlichen Statusbeurteilung liegt darin, dass derjenige, der weit überdurchschnittliche Einnahmen erzielt, des Schutzes durch die gesetzliche Sozialversicherung nicht bedarf. Ein überdurchschnittliches Entgelt ermöglicht sowohl „die finanzielle Absicherung der individuellen Risiken in Gestalt von Krankheiten, Unfällen und Alterssicherung, [als auch] auch eventuell bestehender betrieblicher Risiken“¹⁶⁶ und damit eine angemessene Eigenvorsorge¹⁶⁷.

LSG Baden-Württemberg v. 18.05.2015, Az.: L 11 R 4586/12, BeckRS 2015, 71952, Rn. 35; SG München, Urteil v. 21.11.2013, Az.: S 15 R 1528/11, BeckRS 2014, 65212, wobei das Gericht davon ausgeht, dass hierin eine gewisse unternehmerische Chance gesehen werden könne. Zustimmung Reiserer, BB 2018, 1588, 1590 f. - A.A. LSG Baden-Württemberg, Urteil v. 10.06.2016, Az.: L 4 R 3072/15, Rn. 86 (zitiert nach juris).

¹⁶² So BSG, Urteil v. 31.03.2017, Az.: B 12 R 7/15, Rn. 50 (zitiert nach juris); unter Verweis hierauf: SG Hannover, Urteil v. 10.01.2018, Az.: S 14 R 32/16, Rn. 63 (zitiert nach juris). – Speziell in Bezug auf die Sozialversicherungspflicht von IT-Freelancern: LSG Baden-Württemberg v. 18.05.2015, Az.: L 11 R 4586/12, BeckRS 2015, 71952, wobei von einem relativ hohen Stundenlohn i.H.v. 77,00 € die Rede ist.

¹⁶³ So BSG, Urteil v. 31.03.2017, Az.: S 14 R 32/16, Rn. 50 (zitiert nach juris). – Zustimmung LSG Schleswig-Holstein, Urteil v. 11.05.2017, Az.: L 5 KR 90/15, BeckRS 2017, 115541. - Wohl auch: ErfK/Rolfs (2018) § 7 SGB IV, Rn. 14, der die Ausführungen des Senats dahin verstehen möchte, dass der Höhe des vereinbarten Honorars dann die angedachte Indizwirkung im Rahmen der Statusabgrenzung zukommen soll, wenn die Vergütung „weit“ über dem für Ang. Üblichen liegt und Eigenvorsorge ermöglicht.

¹⁶⁴ SG Hannover, Urteil v. 10.01.2018, Az.: S 14 R 32/16, Rn. 63 (zitiert nach juris).

¹⁶⁵ SG München, Urteil v. 21.11.2013, Az.: S 15 R 1528/11, BeckRS 2014, 65212.

¹⁶⁶ SG Hannover, Urteil v. 10.01.2018, Az.: S 14 R 32/16, Rn. 63 (zitiert nach juris).

¹⁶⁷ LSG Schleswig-Holstein, Urteil v. 11.05.2017, Az.: L 5 KR 90/15, BeckRS 2017, 115541 (18,00 € – 22,00 € sollen danach im Bereich der Pflege genügen).

4.2.2.2 Hohe Vergütung und Vorsatz

Da der Höhe der Vergütung durchaus Bedeutung dafür zukommt, ob eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung oder eine sozialversicherungsfreie selbständige Tätigkeit vorliegt, kann die vereinbarte Vergütung durchaus einen Rückschluss darauf zulassen, ob der Arbeitgeber mit (bedingtem) Vorsatz den Arbeitnehmeranteil zur Sozialversicherung vorenthalten hat.

Wird eine Vergütung vereinbart, die nur geringfügig über der Vergütung vergleichbarer Arbeitnehmer des Arbeitgebers liegt, lässt dies gleichwohl nicht den Schluss zu, dass der Arbeitgeber den Sozialversicherungsbeitrag bedingt vorsätzlich nicht gezahlt hat. Die Vergütungshöhe ist nämlich nur ein subsidiäres Kriterium.¹⁶⁸ Es ist für die Beurteilung erst dann heranzuziehen, wenn auf Grundlage der gesetzlichen Kriterien der Weisungsgebundenheit und Eingliederung keine eindeutige Zuordnung zu treffen ist. Zahlt der Arbeitgeber daher eine Vergütung, die nicht deutlich über der eines vergleichbar eingesetzten Angestellten liegt, kann gleichwohl der (bedingte) Vorsatz fehlen, wenn er auf Grund der ihm bekannten Tatsachen davon ausgegangen ist, dass der Wissensarbeiter weisungsfrei tätig wird und/oder nicht in seinen Betrieb eingegliedert ist.

Liegt das vereinbarte Honorar hingegen deutlich über dem Arbeitsentgelt eines vergleichbar eingesetzten sozialversicherungspflichtig Beschäftigten und lässt es dadurch Eigenvorsorge zu, ist dies nach der neueren Rechtsprechung des BSG ein gewichtiges Indiz für eine selbständige Tätigkeit¹⁶⁹. Drängt es sich daher nach dem Sachverhalt nicht auf, dass der Wissensarbeiter im Rahmen seiner Tätigkeit dem Weisungsrecht des Kunden unterliegt und in dessen Betrieb eingegliedert ist, dann darf der Kunde als Auftraggeber auf Grund des Kriteriums der hohen Vergütung auch von einer entsprechenden sozialversicherungsfreien Tätigkeit ausgehen. Die Höhe der Vergütung lässt, soweit nicht weitere Umstände für eine positive Kenntnis des Auftraggebers von der Sozialversicherungspflicht der Beschäftigung vorliegen, dann den Schluss darauf zu, dass der Auftraggeber weder von der Sozialversicherungspflicht wusste noch diese billigend in Kauf nahm.

¹⁶⁸ Siehe nur BSG, Urteil v. 31.03.2017, Az.: B 12 R 7/15 R, SozR 4-2400 § 7 Nr. 30 Rn. 50: „nur eines von u. U. vielen in der Gesamtwürdigung zu berücksichtigenden Indizien“.

¹⁶⁹ BSG, Urteil v. 31.03.2017, Az.: B 12 R 7/15 R, SozR 4-2400 § 7 Nr. 30 Rn. 50. Siehe auch oben 4.2.2.2.1.

4.2.2.3 Anwesenheitsregelungen

4.2.2.3.1 Bedeutung von Anwesenheitsregelungen

4.2.2.3.1.1 Weisungsrecht

Das Arbeitsverhältnis wird durch die Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit gekennzeichnet (§ 611a Abs. 1 Satz 1 BGB). Dabei kann sich das Weisungsrecht nicht nur auf Inhalt, Durchführung und Ort der Tätigkeit, sondern auch den Zeitpunkt der Arbeitsleistung beziehen (§ 611a Abs. 1 Satz 2 BGB). Kann der Dienst- bzw. Auftraggeber den Dienst- bzw. Auftragnehmer anweisen, zu bestimmten Zeiten seine Tätigkeit zu entfalten, dann ist dies ein gewichtiges Indiz dafür, dass die Tätigkeit im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses erbracht wird¹⁷⁰ und dementsprechend auch eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung gegeben ist¹⁷¹. Weisungsbindung besteht dabei schon dann, wenn nach der vertraglichen Vereinbarung der Dienstgeberin ein Direktionsrecht dergestalt zusteht, dass diese Ort, Zeit und Dauer der Ausführung im Wesentlichen gestalten kann. Maßgeblich kommt es insoweit auf die Rechtsmacht an.¹⁷² Dies bedeutet: Steht der Dienstgeberin ein entsprechendes Direktionsrecht zu, dann besteht eine entsprechende Weisungsbindung auch dann, wenn sie faktisch von ihrem Direktionsrecht kein Gebrauch macht.¹⁷³

Keine Weisungsbindung in diesem Sinne liegt allerdings dann vor, wenn die wesentlichen Eckdaten bezüglich der Tätigkeitszeit (Lage und Dauer) im Wesentlichen vertraglich geregelt sind.¹⁷⁴ Dies gilt auch dann, wenn sich die Dienstnehmerin im Rahmen der Vertragsverhandlungen insoweit den Wünschen oder Vorgaben der Dienstgeberin „beugt“, jene also im Wesentlichen ihre Vorstellungen durchsetzen kann.¹⁷⁵ Hier liegt unter Umständen

¹⁷⁰ BayLSG, Urteil v. 23.01.2003, Az.: L 4 KR 111/00 (zitiert nach juris); LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil v. 28.03.2012, Az.: L 8 R 108/09 (zitiert nach juris); LAG Rheinland-Pfalz, Urteil v. 14.07.1997, Az.: 9 Sa 353/97 (zitiert nach juris).

¹⁷¹ Nach BR-Drs. 7/4122, 31, ist „[...]eine Beschäftigung stets dann anzunehmen ist, wenn nach arbeitsrechtlichen Grundsätzen ein Arbeitsverhältnis besteht“. Vgl. auch § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV.

¹⁷² So BSG, Urteil v. 08.12.1994, Az.: 11 Rar 49/94, Rn. 20 (zitiert nach juris). - Vgl. auch LSG Baden-Württemberg, Urteil v. 10.06.2016, Az.: L 4 R 3072/15, Rn. 63 (zitiert nach juris) sowie die Fundstellen in Rn. 112.

¹⁷³ Ebendort.

¹⁷⁴ BSG, Urteil v. 28.05.2008, Az.: B 12 KR 13/07 R, Rn. 26 (zitiert nach juris); BAG, Beschluss vom 30.10.1991, Az.: 7 ABR 19/91, Rn. 33 (zitiert nach juris); LSG Baden-Württemberg, Urteil v. 24.02.2015, Az.: L 11 R 5165/13, Rn. 63 (zitiert nach juris); LSG Baden-Württemberg, Urteil v. 23.03.2018, Az.: L 4 R 4791/15, Rn. 54 (zitiert nach juris); Hessisches Landessozialgericht, Urteil vom 14.03.2013, Az.: L 8 KR 102/12, Rn. 41 (zitiert nach juris); LSG Sachsen-Anhalt, Urteil v. 20.08.2012, Az.: L 3 R 145/12 B ER, Rn. 81 (zitiert nach juris); SG Berlin, Urteil v. 14.06.2012, Az.: S 210 KR 536/09, Rn. 61 (zitiert nach juris).

¹⁷⁵ Damit ist allerdings noch keine Aussage darüber getroffen, ob solche Abreden im Rahmen der Statusabgrenzung auch im Übrigen keine Relevanz haben. Etwaige vertragliche Regelungen, die den Tätigwerdenden in seiner Entscheidungsfreiheit bezüglich des Tätigkeitsorts, der Tätigkeitszeit nach Lage und Umfang sowie der Art der Tätigkeitsausführung „einschränken“, können insbesondere im

materielle, aber keine formelle Fremdbestimmung und damit auch keine Weisungsbindung i. S. v. § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV vor. Die Beschränkung der Entscheidungsfreiheit beruht insoweit auf einer privatautonomen Entscheidung der Dienstnehmerin und ist damit formell Ausfluss von freier Selbstbestimmung im Privatrechtsverkehr.¹⁷⁶ Dies gilt entgegen verbreiteter Auffassung¹⁷⁷ selbst dann, wenn der Dienst-/Auftragnehmer infolge einer „faktischen Vollzeitauslastung“ in seiner „Zeitsouveränität“ erheblich eingeschränkt ist. Die Beschränkung in der Entscheidungsfreiheit bezüglich der Lage der Arbeitszeit ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Dienstvertrag; sie ist aber mittelbare Folge der vertraglichen Festlegung des zeitlichen Umfangs der Tätigkeit.¹⁷⁸ Sie resultiert damit nicht aus einer Weisungsunterwerfung des Dienst-/Auftragnehmers gegenüber der Dienst-/Auftraggeberin, sondern ist Gegenstand einer privatautonomen Vereinbarung. Auch wenn der Dienst-/Auftragnehmer hinsichtlich der zeitlichen Lage seiner Tätigkeit faktisch unfrei ist, bleibt dies für das Merkmal der „Tätigkeit nach Weisungen“ ohne Bedeutung.

4.2.2.3.1.2 Eingliederung

Vertragliche Regelungen, die den Dienst-/Auftragnehmer in seiner Entscheidungsfreiheit bezüglich der Tätigkeitszeit nach Lage und Umfang „einschränken“, haben somit für die Frage, ob eine „Tätigkeit nach Weisungen“ im Sinne des § 7 Abs. 1 S. 2 SGB IV erbracht wird, keine Bedeutung. Die Beschränkungen, denen der Tätigwerdende infolgedessen im faktischen Vollzug des Vertragsverhältnisses unterliegt, können allerdings eine „Eingliederung in die Arbeitsorganisation“ des Dienst-/Auftraggebers begründen. Von einer solchen „Eingliederung“ ist dann auszugehen, wenn sich der Dienst-/Auftragnehmer unter den Betriebszweck desjenigen, in dessen Interesse er tätig wird, tatsächlich unterordnet.¹⁷⁹ Eine Unterordnung in

Rahmen der „Eingliederung in [eine fremde] Arbeitsorganisation“ bedeutsam werden. Vgl. sodann unter IV. 2. b) bb).

¹⁷⁶ Vgl. Heidel/Hüstege/Mansel/Noack/Looschelders, Bürgerliches Recht: Allgemeiner Teil – EGBGB (2016), § 138 Rn. 104. - Auf einem anderen Blatt steht hingegen, ob derartige Vereinbarungen einer Inhaltskontrolle standhalten. Insofern ist ein materiales Verständnis der Privatautonomie angezeigt, vgl. BVerfG, Beschluss v. 02.05.1996, Az.: 1 BvR 696/96, OS 1 (zitiert nach juris), wonach die Grenze zur unzulässigen Fremdbestimmung dann überschritten ist, „wenn die vereinbarte Regelung Folge einer strukturellen Ungleichbehandlung ist“ und „der Inhalt eines Vertrags für eine Seite ungewöhnlich belastend [sowie] als Interessenausgleich offensichtlich unangemessen [ist.]“.

¹⁷⁷ Vgl. SG Dresden, Urteil v. 16.01.2012, Az.: S 25 KR 225/10, BeckRS 2013, 68021; SG Freiburg, Urteil v. 16.01.2015, Az.: S 15 R 5324/12, BeckRS 2015, 70465.

¹⁷⁸ So ergibt sich im durch das SG Dresden verhandelten Fall aus der Vertragsgestaltung, „dass die Vertragspartner von einem durchschnittlichen Acht-Stunden-Tag ausgingen“, vgl. SG Dresden, Urteil v. 16.01.2012, Az.: S 25 KR 225/10, BeckRS 2013, 68021; ebenso im durch das SG Freiburg verhandelten Fall, vgl. SG Freiburg, Urteil v. 16.01.2015, Az.: S 15 R 5324/12, BeckRS 2015, 70465.

¹⁷⁹ So [wohl] auch: BSG, Urteil v. 04.06.1998, Az.: B 12 KR 5/97 R, Rn. 17 (zitiert nach juris), (unter Wiedergabe der Vorinstanz: Schleswig-Holsteinisches LSG, Urteil v. 24.09.1996, Az.: L 1 Kr 21/88, wonach „[die] Arbeitsorganisation [...] als Übernahme und Erfüllung von Aufträgen fleischverarbeitender Betriebe in deren Produktionsstätten gekennzeichnet [sei].“ - Vgl. insoweit auch ErfK/Rolfs, § 7 SGB IV Rn. 12.

diesem Sinne liegt dann vor, wenn mit der Tätigkeit nicht primär eigene Betriebszwecke verfolgt werden. Werden eigene Betriebszwecke verfolgt, liegt auch dann keine Eingliederung vor, wenn die Tätigkeit mittelbar auch fremden Betriebszwecken dienlich ist. In diesem Fall dient regelmäßig nur der *Tätigkeitserfolg* dem fremden Betriebszweck, nicht hingegen die Tätigkeit als solche. Letzteres ist jedoch für die Annahme einer „Eingliederung“ im Sinne des § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV erforderlich. Dient ausschließlich der Erfolg der Tätigkeit dem fremden Betriebszweck, ist von einer - die Unterordnung in diesem Sinne ausschließenden - Gleichordnung auszugehen. Von einer „dienenden Teilhabe“ der Tätigkeit,¹⁸⁰ wie das BSG die Unterordnung in diesem Sinne in Bezug auf die Erbringung von Diensten höherer Art umschreibt, kann dann jedenfalls nicht die Rede sein.

Die vertragliche Vereinbarung konkreter Tätigkeitszeiten kann danach dann zur Eingliederung führen, wenn die Lage der Tätigkeitszeit an den Interessen des Auftraggebers ausgerichtet ist, ohne dass hierfür eine projektspezifische Erforderlichkeit besteht. In diesem Falle werden die Zeiten durch die Betriebszwecke des Auftraggebers vorgegeben, sodass dies ein gewisser Anhaltspunkt für eine Eingliederung des Wissensarbeiters in die Organisation des Auftraggebers sein kann. Trägt demgegenüber die Festlegung der Tätigkeitszeiten primär den Interessen des Wissensarbeiters Rechnung, dann ist die Vereinbarung an dessen Betriebszwecken orientiert. In diesen Fällen ist zumindest in zeitlicher Hinsicht eine Eingliederung in den Betrieb des Auftraggebers ausgeschlossen, was dann als Indiz für eine nicht sozialversicherungspflichtige Tätigkeit angesehen werden kann.

4.2.2.3.2 Anwesenheitsregelungen und Vorsatz

Anwesenheitsregelungen sind im Rahmen der Beurteilung, ob eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung vorliegt, ein wichtiges Kriterium. Der Inhalt diesbezüglicher Vereinbarungen kann daher durchaus Bedeutung dafür zukommen, ob der Arbeitgeber mit (bedingtem) Vorsatz den Arbeitnehmeranteil zur Sozialversicherung vorenthalten hat. Hierbei ist wie folgt zu unterscheiden:

Verspricht der Wissensarbeiter dem Auftraggeber ein bestimmtes Zeitkontingent, über das der Auftraggeber frei verfügen kann, besteht zumindest ein Weisungsrecht für den Auftraggeber hinsichtlich der Zeit der Tätigkeit des Wissensarbeiters. Ein solches Weisungsrecht steht nach der gesetzlichen Bestimmung in § 611a Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB dem Arbeitgeber zu. Wer sich Rechte zuschreiben lässt, die typischerweise einem Arbeitgeber zustehen, der muss

¹⁸⁰ Vgl. oben unter III. 3.

üblicherweise auch damit rechnen, im Rechtsverkehr als Arbeitgeber mit den entsprechenden Pflichten angesehen zu werden.

Sieht die Vereinbarung zwischen Auftraggeber und Wissensarbeiter demgegenüber vor, dass der Wissensarbeiter bei der Lage seiner Tätigkeitszeit weitgehenden eigenen Gestaltungsspielraum hat, dann spricht dies gegen ein diesbezügliches Weisungsrecht des Auftraggebers; ihm stehen damit klassische Rechte eines Arbeitgebers nicht zu. Wer einem anderen bei der Wahl der Tätigkeitszeit weitgehend freie Hand lässt, der bringt damit zum Ausdruck, dass er sich nicht Arbeitgeberrechte anmaßt. Soweit nicht sonstige Umstände die Arbeitgeberstellung geradezu aufdrängen, spricht dies daher dafür, dass ein Vorsatz bezüglich der Arbeitgeberstellung und damit des Vorenthaltens von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung nicht gegeben ist.

Komplexer stellt sich die Situation dann dar, wenn zwischen dem Auftraggeber und dem Wissensarbeiter relativ fest abgesteckte Einsatzzeiten vereinbart worden sind. Auf Grund der entsprechenden Vereinbarung besteht dann zwar kein Weisungsrecht des Auftraggebers, es kommt aber eine Eingliederung des Wissensarbeiters in die betriebliche Organisation des Auftraggebers in Betracht. Hiervon kann allerdings nur dann ausgegangen werden, wenn die Vereinbarung der Einsatzzeiten ohne projektspezifische Erforderlichkeit an den betrieblichen Interessen des Auftraggebers orientiert ist. Werden diese hingegen auf Wunsch des Wissensarbeiters vereinbart, damit dieser feststehende zeitliche Freiräume hat, um sonstigen beruflichen Tätigkeiten oder auch privaten Interessen nachgehen zu können, dann fehlt es an einer Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers in zeitlicher Hinsicht. Dies kann dann als Indiz dafür herangezogen werden, dass die Beteiligten von einer sozialversicherungsfreien Tätigkeit ausgegangen sind, sodass bedingter Vorsatz im Hinblick auf die Arbeitgeberstellung und damit das Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen des Arbeitnehmers ausscheidet. Ist die Vereinbarung der Zeiten hingegen ausschließlich an den betrieblichen Interessen des Auftraggebers orientiert, dann spricht vieles für eine zeitliche Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers. Dies lässt allerdings, weil eine Weisungsgebundenheit gerade nicht gegeben ist, keinen Rückschluss auf eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung zu. Wird die Tätigkeit zwar weisungsfrei, aber unter Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers erbracht, dann richtet sich die Beurteilung der Sozialversicherungspflicht maßgeblich nach sonstigen Kriterien. Streiten diese nicht offensichtlich für eine sozialversicherungsrechtliche Beschäftigung, kann aus der bloßen zeitlichen Eingliederung in die Betriebsorganisation des Auftraggebers noch nicht auf einen bedingten Vorsatz im Hinblick auf Arbeitgeberstellung und Vorenthalten von Beiträgen zur Sozialversicherung geschlossen werden.

4.2.2.4 Bestimmungen über den Tätigkeitsinhalt

4.2.2.4.1 Bedeutung von Vereinbarungen über den Tätigkeitsinhalt

Gerade bei umfangreicheren Projekten kommt es immer wieder vor, es ist sogar geradezu typisch, dass sich zunächst definierte Ziele auf Grund der im Rahmen der Projektrealisierung gewonnenen Erfahrungen, aber auch auf Grund der Änderung von Rahmenbedingungen angepasst werden müssen. Die zuvor getroffene Vereinbarung kann für den Auftraggeber nicht mehr mit dem definierten Inhalt sinnvoll durchgeführt werden. Das Auftragsziel muss entsprechend den neuen Gegebenheiten und Erkenntnissen verändert werden. Dabei ist im Bereich der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung und Literatur anerkannt, dass ein Recht des Auftraggebers, das vereinbarte Leistungsziel einseitig anzupassen und zu verändern, nicht zwangsläufig die ansonsten als Werkvertrag oder freie Mitarbeiter ausgestaltete Rechtsbeziehung zu einem Arbeitsverhältnis werden lässt. Dies folgt mittelbar aus § 645 Abs. 1 BGB, wonach der Besteller für die Ausführung des Werks dem Unternehmer Anweisungen erteilen kann. Es wird somit das Recht vorausgesetzt, dass der Auftraggeber einseitig das von ihm verfolgte Ziel modifizieren kann. Solche ergebnis- bzw. projektbezogene Weisungen sind zu unterscheiden von ablauf- bzw. verfahrensbezogenen und damit arbeitsrechtlichen Anweisungen¹⁸¹.

Es bedarf daher einer Abgrenzung des arbeitsrechtlichen Direktions- vom Anweisungsrecht in selbständigen Rechtsbeziehungen, die auf Grund der Rechtsnatur der jeweiligen Rechtsbeziehungen zu treffen ist. Bei Werkverträgen schuldet der Auftragnehmer einen bestimmten Leistungserfolg und trägt die Gefahr, dass der Leistungserfolg nicht verwirklicht wird. Daher ist das Weisungsrecht des Auftraggebers ggü. dem Auftragnehmer gegenständlich auf den geschuldeten Erfolg, also das versprochene Werk bezogen. Der Auftraggeber kann projektbezogene Ausführungsanweisungen im Hinblick auf das Tätigkeitsergebnis, nicht auf die einzelnen, dem Leistungserfolg vorgelagerten Arbeitsverrichtungen erteilen.¹⁸²

Weisungen des Auftraggebers, durch die Art, Reihenfolge und Einzelinhalte der Werkleistungen festgelegt werden, lassen nicht auf unselbständige Tätigkeit schließen, soweit sie nur bezogen auf den konkreten Auftrag erteilt werden.¹⁸³

¹⁸¹ Vgl. MüKoBGB/Busche (2018), § 645, Rn. 9; Staudinger/Peters/Jacoby (2014), § 645, BGB, Rn. 16.

¹⁸² BAG vom 06.08.1997, EzAÜG § 631 BGB Werkvertrag Nr. 39; BAG vom 30.01.1991, BB 1991, 2375, 2379; BAG v. 01.12.1992, EzAÜG § 14 AÜG Betriebsverfassung Nr. 35; LSG Nordrhein-Westfalen vom 21.07.2011, Az.: L 8 R 280/11 B ER, Rn. 18; LAG Hessen v. 02.07.1996, EzAÜG § 631 BGB Werkvertrag Nr. 38; Boemke in: Boemke/Lembke, AÜG-Kommentar, 3. Aufl., 2013, § 1, Rn. 85.

¹⁸³ BAG v. 30.01.1991, Az.: 7 AZR 497/89, NZA 1992, 19, 23; BAG v. 13.05.1992, Az.: 7 AZR 284/91, NZA 1993, 357, 360; BayObLG v. 18.12.1995, Az.: 3 ObOWi 108/95, Rn. 23; Boemke in: Boemke/Lembke, AÜG-Kommentar, 3. Aufl., 2013, § 1, Rn. 85.

Es liegt daher keine unselbständige und damit sozialversicherungspflichtige Beschäftigung vor, wenn der Auftraggeber dem Auftragnehmer Weisungen und Anordnungen im Rahmen des Auftrags erteilt und erteilen darf.¹⁸⁴

Demgegenüber schuldet der Arbeitnehmer nicht einen bestimmten weiterführenden Erfolg, sondern die bloße Leistungshandlung; das Risiko, dass die Leistungshandlungen zu dem gewünschten weiteren Erfolg führen, trägt der Arbeitgeber. Daher kann dieser nicht nur Anweisungen hinsichtlich des Arbeitsziels, sondern auch bezüglich des Arbeitsablaufs und des Arbeitsverhaltens erteilen.¹⁸⁵

Das Anweisungsrecht im Rahmen selbständiger Rechtsbeziehungen ist daher projektbezogen und ergebnisorientiert, das arbeitsrechtliche Direktionsrecht hingegen personenbezogen, ablauf- und verfahrensorientiert.¹⁸⁶

Schließlich zeigt auch die Stellung von § 315 BGB über das Leistungsbestimmungsrecht im allgemeinen Schuldrecht, dass es trotz selbständiger Rechtsbeziehung, z. B. in Form eines Dienst- (§ 611 BGB) oder Werkvertrags (§ 631 BGB), Leistungsbestimmungsrechte des einen Teils gibt, die sich gerade auch auf die von der anderen Seite zu erbringende Leistung beziehen können.¹⁸⁷

Demgegenüber wird in der sozialgerichtlichen Rechtsprechung und Literatur von der Möglichkeit bzw. Erforderlichkeit einer Leistungspräzisierung auf das Bestehen einer Weisungsgebundenheit und damit das Vorliegen einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung geschlossen. Danach soll „für die Beauftragung eines Selbständigen mit der

¹⁸⁴ So zur Abgrenzung des Werkvertrags von der Arbeitnehmerüberlassung BSG v. 11.02.1988, Az.: 7 Rar 5/86, Rn. 19; BSG v. 27.11.1980, Az.: 8b/12 Rar 9/79, Rn. 19. BAG vom 31.03.1993, Az.: 7 AZR 338/92, Rn. 37; BAG v. 09.11.1994, Az.: 7 AZR 217/94, Rn. 27.

¹⁸⁵ BAG v. 30.01.1991, Az.: 7 AZR 497/89, Az.: BB 1991, 2375, 2379; BAG v. 09.11.1994, BB 1995, 1293, 1295; LAG Baden-Württemberg v. 02.04.1990, EzAÜG, § 631 BGB, Werkvertrag; Boemke in: Boemke/Lembke, AÜG-Kommentar, 3. Aufl., 2013, § 1, Rn. 85.

¹⁸⁶ BAG v. 01.12.1992, EzAÜG § 14 AÜG Betriebsverfassung Nr. 35; Boemke in: Boemke/Lembke, AÜG-Kommentar, 3. Aufl., 2013, § 1, Rn. 85; v. Hoyningen-Huene, Anm. zu BAG vom 09.07.1991, EzA § 99 BetrVG Nr. 102; Sandmann/Marschall, § 1 Anm. 13.

¹⁸⁷ Vgl. Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Urteil v. 02.07.1998, Az.: 3 U 193/97 (zitiert nach juris) (wirksamer Autorenvertrag (§ 631 BGB), auch wenn der Autor das Werk entsprechend den Vorgaben und Wünschen des Produzenten herzustellen hat und der Produzent nach billigem Ermessen über die Abnahme entscheidet); Hanseatisches OLG Hamburg, Urteil v. 29.10.2009, Az.: 6 U 253/08 (zitiert nach juris) wirksamer Werkvertrag über Schiffsbau trotz der Klausel: „Der Auftraggeber behält sich vor, zu jeder Zeit Änderungen oder Zusätze zum Vertrag, zu Plänen und/oder zur Spezifikation zu bestimmen vorausgesetzt, dass diese Änderungen oder Zusätze nicht zu Änderungen in Preis, Lieferzeit und/oder wesentliche Eigenschaften des Lieferanteils des Auftragnehmers führen“; LG Köln, Urteil v. 10.11.1998, Az.: 11 S 360/97, NJW-RR 1999, 563 (Werkvertrag über Werbepläne trotz fehlender Einigung über Auflagenhöhe).

Übernahme eines Beratungs- und Dienstleistungsauftrages ... die detaillierte Beschreibung des Leistungsumfangs“ erforderlich sein.¹⁸⁸ Demgegenüber sei Indiz für eine abhängige Beschäftigung, wenn der Vertragsgegenstand derart unbestimmt ist, dass er erst durch weitere Vorgaben der Klägerin oder eine Eingliederung in den Projektbetrieb der Klägerin konkretisiert wird.¹⁸⁹ Aus dem „grob umrissenen Inhalt der Tätigkeit“ soll auf ein arbeitsrechtliches Direktionsrecht geschlossen werden können.¹⁹⁰

4.2.2.4.2 Vereinbarungen über den Tätigkeitsinhalt und Vorsatz

Vor dem Hintergrund dieser sozialrechtlichen Rechtsprechung besteht daher das Risiko, dass die Strafverfolgungsbehörden, unter Umständen aber auch die Strafgerichte, aus der Erforderlichkeit einer Leistungspräzisierung oder der Berechtigung des Auftraggebers, einseitig Anpassungen des Leistungsziels vorzunehmen, auf einen bedingten Vorsatz schließen. Daher empfiehlt es sich, in die Verträge mit Wissensarbeitern keine vertraglichen Regelungen aufzunehmen, die den Auftraggeber zu einer einseitigen Änderung der Leistung

des Wissensarbeiters berechtigen.¹⁹¹ Stattdessen sollte im Vertrag ausdrücklich festgehalten werden, dass der Wissensarbeiter „bei der Durchführung der übertragenen Tätigkeit keinen Weisungen“ des Auftraggebers unterliegt.¹⁹²

Empfehlenswert ist es darüber hinaus, zunächst die Voraussetzungen präzise zu beschreiben, unter denen eine Vertragsanpassung im Hinblick auf die Leistungspflicht des Wissensarbeiters verlangt werden kann. Sodann sollte auch das zugrunde liegende Procedere genau bestimmt werden. Dabei sollte definiert werden, unter welchen Voraussetzungen eine Änderung der Leistungsbeschreibung verlangt werden kann und was geschehen soll, wenn eine Einigung nicht erzielt wird. Für den letzten Fall darf die Vereinbarung kein Recht des Auftraggebers beinhalten, selbst einseitig die Änderung durchzusetzen. Alternativ kann für diesen Fall eine

¹⁸⁸ LSG Baden-Württemberg, Urteil v. 30.07.2014, Az.: L 5 R 3157/13, Rn. 80 (zitiert nach juris); SG Köln, Urteil v. 17.05.2013, Az.: S 33 R 1251/12, Rn. 26 (zitiert nach juris).

¹⁸⁹ LSG Baden-Württemberg, Urteil v. 14.02.2012, Az.: L 11 KR 3007/11, Rn. 59 (zitiert nach juris); Sächsisches LSG, Urteil v. 26.10.2016, Az.: L 1 KR 46/13, Rn. 93 (zitiert nach juris); SG Dresden, Urteil v. 16.01.2013, Az.: S 25 KR 225/10, Rn. 58 (zitiert nach juris); SG Freiburg, Urteil v. 16.01.2015, Az.: S 15 R 5324/12, BeckRS 2015, 70465.

¹⁹⁰ LSG Baden-Württemberg, Urteil v. 30.07.2014, Az.: L 5 R 3157/13, Rn. 80 (zitiert nach juris); SG Freiburg, Urteil v. 16.01.2015, Az.: S 15 R 5324/12, BeckRS 2015, 70465.

¹⁹¹ Nach LSG Baden-Württemberg, Urteil v. 14.02.2012, Az.: L 11 KR 3007/11 (zitiert nach juris), ist eine Vereinbarung, wonach der Auftraggeber „schriftlich Änderungen oder Zusatzleistungen verlangen [kann]. Der Auftragnehmer wird diese, wenn und soweit sie realisierbar sind, nach Maßgabe der Vertragsbestimmungen vornehmen“, Indiz für ein Weisungsrecht und damit eine abhängige Beschäftigung.

¹⁹² Vgl. LSG Baden-Württemberg, Beschluss v. 10.06.2016, Az.: L 4 R 3072/15, Rn. 9 (zitiert nach juris). – Vgl. auch LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil v. 26.08.2016, Az.: L 8 R 595/13, BeckRS 2016, 117169.

sofortige Beendigung bzw. ein Kündigungsrecht des Auftraggebers vereinbart werden oder dass eine Vertragsanpassung durch einen Dritten erfolgen soll. Da für die sozialversicherungsrechtliche Bewertung nicht nur auf die vertragliche Vereinbarung, sondern primär deren tatsächliche Durchführung abgehoben wird, muss im täglichen „doing“ das Procedere, das in dieser Klausel festgelegt ist, eingehalten werden.

4.2.2.5 Äußeres Auftreten des Wissensarbeiters

4.2.2.5.1 Bedeutung des äußeren Auftretens

Während die Weisungsbindung sich in allererster Linie aus vertraglichen Vereinbarungen ergibt, lässt sich nach der Rechtsprechung des BSG die Eingliederung in die betriebliche Organisation des Auftraggebers „nach dem äußeren Erscheinungsbild feststellen“.¹⁹³

Nicht nur von den Rentenversicherungsträgern im Rahmen der Statusbestimmung, sondern auch den Gerichten wird dabei im Rahmen der Bestimmung der Sozialversicherungspflicht nach § 7 SGB IV auf das äußere Erscheinungsbild abgestellt. Dabei wird namentlich auch das Auftreten gegenüber Kunden für die Beurteilung herangezogen.¹⁹⁴

Maßgeblich soll hierbei sein, ob der Auftragnehmer aus der Sicht eines Außenstehenden, insbesondere aus der Sicht von Vertragspartnern des Auftraggebers, wie ein beim Auftraggeber angestellter Mitarbeiter tätig wird.¹⁹⁵

Abgestellt wird in diesem Zusammenhang zum Beispiel auf die Pflicht des Auftragnehmers, Dienstkleidung des Auftraggebers zu tragen oder an seinem Dienstfahrzeug Logos des Auftraggebers anzubringen¹⁹⁶.

¹⁹³ BSG, Urteil v. 07.11.1996, Az.: 12 RK 79/94, NZA 1997, 677, 678; LSG Berlin-Brandenburg Urteil v. 11.12.2006, Az.: L 9 KR 73/03, BeckRS 2007, 41453.

¹⁹⁴ LSG Bayern, Urteil v. 23.11.2015, Az.: L 7 R 1008/14, BeckRS 2016, 65587; LSG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 16.03.2016, Az.: L 9 KR 142/13, Rn. 203 (zitiert nach juris); LSG Rheinland-Pfalz Urteil v. 15.07.2015, Az.: L 6 R 23/14, BeckRS 2015, 71349; LSG Sachsen, Urteil v. 20.09.2006, Az.: L 1 KR 29/02, BeckRS 2009, 57030; SG Oldenburg (Oldenburg), Urteil v. 27.07.2016, Az.: S 51 R 49/14, Rn. 47 (zitiert nach juris); LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss v. 28.01.2015, Az.: L 8 R 1166/13 B ER, BeckRS 2015, 66469.

¹⁹⁵ LSG Niedersachsen-Bremen, Urteil v. 21.04.2010, Az.: L 2 R 561/09, BeckRS 2010, 69947; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss v. 28.01.2015, Az.: L 8 R 1166/13 B ER, BeckRS 2015, 66469; SG Oldenburg, Urteil v. 27.07.2016, Az.: S 51 R 49/14, Rn. 47 (zitiert nach juris).

¹⁹⁶ LSG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 20.11.2013, Az.: L 9 KR 152/11, BeckRS 2014, 66520 (weißes Oberteil, einheitliche Mützen, einheitliche Schürzen); LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss v. 28.01.2015, Az.: L 8 R 1166/13 B ER, BeckRS 2015, 66469 (einheitliches äußeres Erscheinungsbild); SG Düsseldorf, Urteil v. 05.03.2015, Az.: S 45 R 1190/14, BeckRS 2015, 70463 (Jacke, Hose, Pullover und T-Shirt). Vgl. auch SG Berlin, Urteil v. 14.01.2014, Az.: S 89 KR 1744/10, BeckRS 2014, 66194, wonach es gegen eine Eingliederung und abhängige Beschäftigung spricht, wenn der Auftragnehmer für seine Kleidung selbst zuständig ist und diese frei auswählen kann.

Die Eingliederung in den Betrieb des Auftraggebers soll z. B. auch „durch ein einheitliches Auftreten gegenüber den Kunden (Verwendung des Logos, einheitliche Fahrzeuge, einheitliches Briefpapier, Visitenkarten)“ dokumentiert werden können.¹⁹⁷

Bei einem Frachtfahrer sollte hierfür ausreichen, dass er sein Fahrzeug mit dem Logo „im Auftrag der H. Gruppe“ versehen musste, die Farbe des Fahrzeugs vorgegeben und eigene Werbung auf dem Fahrzeug unzulässig war. Dies sollte „die besonders enge, für Frachtführer unübliche Eingliederung in den Betrieb“ der Auftraggeberin beweisen. „Denn diese Gestaltung vermittelt nach außen das Erscheinungsbild des abhängig Beschäftigten und verhindert zudem eine eigene Kundenakquise mittels eines eigenen Logos am Fahrzeug“.¹⁹⁸

Anhaltspunkte für eine Eingliederung in den Betriebsablauf des Auftraggebers sollen sich auch daraus ergeben können, dass keine abweichenden E-Mail-Accounts oder Telefonnummern für den Kunden erkennbar sind, Besprechungen mit Kunden in den Räumen des Auftraggebers durchgeführt werden und der Auftragnehmer an die „Firmenideologie“ des Auftraggebers gebunden ist.¹⁹⁹

Maßgeblich wird hierbei darauf abgestellt, ob der Auftragnehmer nach außen als Selbständiger erkennbar gewesen sei.²⁰⁰

Diese Rechtsprechung, die auf äußere Merkmale abstellt, ist erheblichen Bedenken ausgesetzt. Die Eingliederung in eine Arbeitsorganisation zeigt sich nämlich insbesondere an den betriebsorganisatorischen Zusammenhängen, in die eine bestimmte Tätigkeit gestellt ist. Maßgeblich ist danach, wie die Tätigkeit in den betriebsorganisatorischen Zusammenhang eingeordnet ist. Hierüber geben Äußerlichkeiten, die z. B. die Dienstkleidung, die Farbe des Fahrzeugs, die Verwendung von Visitenkarten und Briefpapier, keine Auskunft.

¹⁹⁷ LSG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 16.03.2016, Az.: L 9 KR 142/13, Rn. 203 (zitiert nach juris) - Siehe auch LSG Hamburg, Urteil v. 09.01.2008, Az.: L 1 R 225/06, BeckRS 2009, 52533, demzufolge die Verwendung eines eigenen Briefpapiers und eigener Visitenkarten für eine selbständige Tätigkeit sprechen soll. – Ähnlich auch SG Köln, Urteil v. 17.05.2013, Az.: S 33 R 1251/12, Rn. 31 (zitiert nach juris).

¹⁹⁸ LSG Bayern, Urteil v. 23.11.2015, Az.: L 7 R 1008/14, BeckRS 2016, 65587. – Ähnlich LSG Rheinland-Pfalz, Urteil v. 15.07.2015, Az.: L 6 R 23/14, BeckRS 2015, 71349.

¹⁹⁹ LSG Baden-Württemberg, Urteil v. 26.07.2016, Az.: L 11 R 3845/15, NZS 2016, 789, 790, Rn. 11, das allerdings im konkreten Fall auf Grund der Weisungsfreiheit bei Ausübung der Tätigkeit eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung im Ergebnis ablehnt.

²⁰⁰ LSG Baden-Württemberg, Urteil v. 26.07.2016, Az.: L 11 R 3845/15, NZS 2016, 789, 790, Rn. 11.

Allerdings soll auch entscheidend sein, „ob die tätig werdende Person als Glied eines fremden Betriebes zu betrachten ist“.²⁰¹

Damit lässt sich dann aber jedes beliebige Kriterium und somit auch der Rückgriff auf reine Äußerlichkeiten rechtfertigen. In einer Entscheidung aus dem Jahre 1959 hat das BSG hingegen noch darauf abgestellt, ob der Auftragnehmer „dienendes, weisungsgebundenes Glied“ eines fremden Betriebs sei.²⁰²

4.2.2.5.2 Konkrete Ansatzpunkte

Angesichts des insoweit bestehenden Meinungsbilds soll im vorliegenden Zusammenhang daher gleichwohl auf die Bedeutung des äußeren Auftretens eingegangen werden. Wichtig ist danach zunächst, dass der Wissensarbeiter seine Tätigkeit nach Möglichkeit ohne Rückgriff auf sachliche Arbeitsmittel des Auftraggebers erbringt. Nutzt er z. B. Notebook, Papier, Mobiltelefon oder sonstige Sachmittel des Auftraggebers, läuft er Risiko, dass dies im Rahmen einer Gesamtabwägung als Indiz für eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung genommen wird. Es sollte die eigene Hard- und nach Möglichkeit auch Software des Wissensarbeiters Verwendung finden. Eine Nutzung der vom Einsatzunternehmen gestellten Hard- und Software gefährdet aus Sicht der DRV den Selbständigen-Status nur dann nicht, wenn dies aus technischen-, datenschutz- oder urheberrechtlichen (Lizenzen etc.) Gründen zwingend erforderlich ist. Dringend abzuraten ist auch, dass er in die Kommunikationsinfrastruktur des Auftraggebers eingebunden wird, indem er E-Mail-Adresse oder Telefonnummer von seinem Auftraggeber zugewiesen bekommt. Zwingend sind eine eigene E-Mail-Adresse sowie ein eigenes Telefon und eine eigene Telefonnummer zu nutzen.

Im Regelfall wird es sich allerdings häufig nicht vermeiden lassen, dass die Dienstleistung zumindest zeitweise in den Räumen des Auftraggebers erbracht wird. In diesem Fall sollte es vermieden werden, dass der Wissensarbeiter in Großraumbüros, in denen auch Arbeitnehmer des Auftraggebers tätig werden, seine Tätigkeit ausübt. Vielmehr wäre es wünschenswert, soweit dies organisatorisch möglich ist, für den Wissensarbeiter ein eigenes Büro einzurichten,

²⁰¹ BSG, Urteil v. 28.01.1960, Az.: 3 RK 49/56, BeckRS 1960, 30807429; LSG Sachsen-Anhalt, Urteil v. 18.10.2012, Az.: L 1 R 283/11, BeckRS 2013, 68518; SG Darmstadt, Urteil v. 16.11.2015, Az.: S 8 KR 54/14, BeckRS 2015, 73259; SG Darmstadt, Urteil v. 12.12.2016, Az.: S 8 R 404/15, BeckRS 2016, 116875; SG Darmstadt, Urteil v. 18.09.2017, Az.: 8 R 383/16, BeckRS 2017, 135951, Rn. 27; SG Kassel Urteil v. 24.01.2018, Az.: S 12 KR 390/17, BeckRS 2018, 4541, Rn. 29; SG Wiesbaden, Entscheidung v. 28.05.2015, Az.: S 8 R 414/12, BeckRS 2015, 124725, Rn. 39; Marschner in: Kreikebohm, SGB IV, 3. Aufl., 2018, § 7, Rn. 3; Rofls in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 18. Aufl., 2018, § 7 SGB IV, Rn. 12. - Anders allerdings noch die ältere Rechtsprechung des BSG, wonach für „eine „Eingliederung“ in diesem Sinne ... ein - wie immer geartetes - Unterordnungsverhältnis vorliegen“ muss: BSG, Urteil v. 27.05.1959, Az.: 3 RK 18/55, BeckRS 1959 30415175.

²⁰² BSG, Urteil v. 27.05.1959, Az.: 3 RK 18/55, BeckRS 1959 30415175.

für das der Wissensarbeiter ggf. dann auch entsprechend Miete zahlen könnte. Gerade Letzteres ist ein gewichtiges Indiz dafür, dass der Wissensarbeiter über eine eigene Betriebsstruktur verfügt, in die er regelmäßig und unabhängig von seinen erzielten Einnahmen Kapital investiert.

4.3 Der Wissensarbeiter als Sub-Auftragnehmer

Im Folgenden soll auf Besonderheiten eingegangen werden, wenn zwischen dem Wissensarbeiter und dem (End-)Kunden keine unmittelbare vertragliche Rechtsbeziehung besteht, sondern ein (Sub-)Auftraggeber zwischengeschaltet ist. In diesem Fall hat im Verhältnis zum Kunden der Auftraggeber die unmittelbare Leistungsverpflichtung übernommen. Der Auftraggeber schließt sodann einen Vertrag mit dem Wissensarbeiter, der sodann die vom Auftraggeber gegenüber dem Kunden übernommene Leistung ganz oder teilweise erbringt. Auch hier wird zunächst ein knapper Überblick über die strafrechtlichen Risiken in Zusammenhang mit § 266a Abs. 1 StGB gegeben (4.3.1), um sodann wiederum auf die Möglichkeiten einzugehen, im Rahmen des vertraglichen Risikomanagements diese Risiken zu minimieren (4.3.2).

4.3.1 § 266a Abs.1 StGB

4.3.1.1 Objektiver Tatbestand

Wird zwischen dem Wissensarbeiter und dem Kunden ein (Sub-)Auftraggeber zwischengeschaltet und steuert der Endkunde den Tätigkeitseinsatz des Wissensarbeiters, dann kann dieser in die Organisation des Endkunden eingegliedert sein und zu diesem ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis bestehen. Mangels konkreter vertraglicher Vereinbarungen zwischen Wissensarbeiter und Endkunden führt dies jedoch noch nicht automatisch zu einem sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis und zur Arbeitgeberstellung des Endkunden i. S. v. § 266a Abs. 1 StGB. Voraussetzung hierfür ist vielmehr, dass der Wissensarbeiter vom Auftraggeber an den Endkunden als Arbeitnehmer überlassen wurde. Dies ist abhängig von den Umständen des Einzelfalls und bedarf jeweils einer vertieften Prüfung.

4.3.1.2 Subjektiver Tatbestand

Wird die Arbeitgeberstellung durch die illegale Arbeitnehmerüberlassung vermittelt, muss sich der Vorsatz gerade darauf beziehen, dass eine Arbeitnehmerüberlassung entgegen den Bestimmungen des AÜG erfolgt. Arbeitnehmerüberlassung liegt nach der Legaldefinition in § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG vor, wenn ein Arbeitgeber (Verleiher) einem Dritten (Entleiher) einen

Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) im Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlässt. Vorsatz bezüglich der Arbeitnehmerüberlassung setzt danach u. a. voraus, dass zwischen dem Auftraggeber und dem Wissensarbeiter ein Arbeitsverhältnis besteht. Daneben ist weitere Voraussetzung die Kenntnis, dass der Wissensarbeiter als Arbeitnehmer überlassen wird; dies ist nach § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG dann der Fall, wenn der Wissensarbeiter in die Arbeitsorganisation des Kunden eingegliedert ist und seinen Weisungen unterliegt. Dabei setzt Arbeitnehmerüberlassung voraus, dass das Weisungsrecht des Kunden vom Auftraggeber abgeleitet ist. Dies ist nur dann der Fall, wenn der Auftraggeber dem Endkunden sein arbeitsrechtliches Weisungsrecht (zur Ausübung) überträgt bzw. überlässt.²⁰³

4.3.2 Vertragliches Risikomanagement

4.3.2.1 Problemstellung

Auch bei der Zwischenschaltung eines (Sub-)Auftraggebers stellt sich die Frage nach dem vertraglichen Risikomanagement. Entscheidend für die Pflicht zur Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen durch den (End-)Kunden ist, dass eine illegale Arbeitnehmerüberlassung vorliegt. Da die Kriterien für die Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung zum Einsatz von Erfüllungsgehilfen im Rahmen von Werk-, Dienstleistungs- oder sonstigen Geschäftsbesorgungsverträgen mit denen zur Abgrenzung der selbständigen von einer unselbständigen Tätigkeit vergleichbar sind, besteht auch hier erhebliche Rechtsunsicherheit. Entsprechend den obigen Ausführungen lässt sich festhalten, dass durch vertragliche Vereinbarungen eine Arbeitnehmerüberlassung nicht in den Einsatz von Erfüllungsgehilfen im Rahmen sonstiger Rechtsbeziehungen umgewandelt werden kann. Für die rechtliche Einordnung der Rechtsbeziehung ist nämlich nach § 12 Abs. 1 Satz 2 AÜG die tatsächliche Durchführung maßgebend. Auch hier geben die vertraglichen Regelungen Anhaltspunkte für den Willen der beteiligten Parteien, dass sie die zwischen ihnen bestehende Rechtsbeziehung als selbständige Tätigkeit ansehen. Im Folgenden sollen daher Rückgriffsklauseln und die Vorgabe von Kundenstandards einer vertieften Betrachtung unterworfen werden.

4.3.2.2 Rückgriffsklauseln

4.3.2.2.1 Risiken bzgl. des Vorsatzes

Häufig wird dem Endkunden empfohlen, sich mit Rückgriffsklauseln gegen die Risiken einer Scheinselbständigkeit zu schützen. Mit Rückgriffsklauseln behält sich der Endkunde das Recht

²⁰³ Boemke in: Boemke/Lembke, AÜG, 3. Aufl., 2013, § 1, Rn. 39 ff.

vor, sich beim (Sub-)Auftraggeber zu erholen, wenn er vom Wissensarbeiter wegen Vergütung oder von den Sozialversicherungsträgern wegen Beitragsansprüchen in Anspruch genommen wird. An dieser Stelle soll nicht auf die zivilrechtliche Bedeutung und Wirksamkeit derartiger Rückgriffsklauseln eingegangen, sondern nur deren strafrechtliche Bedeutung betrachtet werden.

In diesem Zusammenhang ist zunächst nochmals der Begriff des bedingten Vorsatzes in Abgrenzung zur Fahrlässigkeit in Erinnerung zu rufen: Nimmt der Täter demnach die Verwirklichung des objektiven Tatbestands des § 266a StGB billigend in Kauf, liegt bedingter Vorsatz vor. Vertraut er hingegen darauf, es liege keine abhängige Beschäftigung vor und der Tatbestand sei nicht verwirklicht, ist der Vorsatz auf Grund des Vorliegens eines Tatbestandsirrtums ausgeschlossen. Die Vereinbarung einer solchen Rückgriffsklausel kann in diesem Zusammenhang als Indiz dafür gesehen werden, dass beide Seiten das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung des Wissensarbeiters und damit auch einer Arbeitnehmerüberlassung vom (Sub-)Auftraggeber an den (End-)Kunden für möglich halten. Nach der Rechtsprechung handelt nämlich mit Eventualvorsatz, wer den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges als möglich und nicht ganz fernliegend erkennt und billigt, wobei bei einem Billigen im Rechtssinne der Erfolgseintritt für den Täter auch unerwünscht sein kann, er sich aber dennoch damit abfinde, weil er sein Ziel auf anderem Wege nicht erreichen könne.²⁰⁴ Eine Rückgriffsklausel macht aber nur in Konstellationen Sinn, in denen die Beteiligten davon ausgehen, dass der Rückgriffsberechtigte als Arbeitgeber für die Beiträge zur Sozialversicherung in Anspruch genommen werden kann. Sie können daher durchaus als Anhaltspunkt dafür verstanden werden, dass Auftraggeber und Kunde die Möglichkeit illegaler Arbeitnehmerüberlassung sehen, aber gleichwohl ihre Ziele auf dem eingeschlagenen Weg erreichen wollen.

4.3.2.2 Alternative Vereinbarungen

Als Mittel für den (End-)Kunden sich im Verhältnis zum (Sub-)Auftraggeber gegen das Risiko der Scheinselbständigkeit abzusichern, bieten sich vielmehr Zusicherungen des (Sub-)Auftraggebers an, im Rahmen der Erfüllung der Leistungsverpflichtungen nur freie Mitarbeiter einzusetzen oder aber eigene Arbeitnehmer, denen gegenüber er seinen Lohnzahlungspflichten inkl. der Abführung der Sozialversicherungsbeiträge nachgekommen ist. Anders als bei Rückgriffsklauseln kann aus einer solchen Vereinbarung nicht auf den (bedingten) Vorsatz geschlossen werden, dass der (End-)Kunde davon ausgeht, dass der zur

²⁰⁴ St. Rspr. BGH, Urteil v. 04.11.1988, Az.: 1 StR 262/88, NJW 89, 781, Rn. 24; Urteil v. 26.07.2007, Az.: 3 StR 221/07, NStZ 2007, 701, Rn. 7, Urteil v. 18.10.2007, Az.: 3 StR 226/07, NStZ 2008, 93, 94, Rn. 11; Urteil v. 22.03.2012, Az.: 4 StR 558/11, NJW 12, 1525, 1526, Rn. 26.

Erfüllung der Leistungsverpflichtungen eingesetzte Wissensarbeiter scheinselbständig ist. Selbst bei einem Arbeitsverhältnis können nämlich den (End-)Kunden nach § 14 AEntG i. V. m. § 13 MiLoG zumindest in Höhe des Mindestlohns Lohnzahlungsrisiken treffen.

4.3.2.3 Kundenstandards als Vorgabe

Da der (End-)Kunde Interesse an einer spezifischen, auf seinen angestrebten Erfolg zugeschnittenen Dienstleistung hat, finden sich in der Vereinbarung mit dem (Sub-)Auftraggeber häufig bestimmte Vorgaben, die von diesem bzw. den von ihm eingesetzten Wissensarbeitern eingehalten werden müssen. Diese können sich auf die Tätigkeit als solche hinsichtlich der Zeit (Dauer und Lage), des Orts, des Inhalts oder auch der Art und Weise der Leistungserbringung beziehen. Daneben finden sich aber auch häufig Vorgaben, die weniger die Tätigkeit als solche als vielmehr die hierbei zu beachtenden Rahmenbedingungen betreffen, z. B. hinsichtlich des äußeren Erscheinungsbilds, Nutzung betrieblicher Einrichtungen des (End-)Kunden, Nutzung betrieblicher Zugangssysteme, An- und Abmeldepflichten, Aufzeichnungs- sowie Berichtspflichten usw.

Bei der Bedeutung solcher Kundenvorgaben für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung ist maßgeblich danach zu unterscheiden, ob diese Vorgaben in den jeweiligen Rechtsbeziehungen vertraglich vereinbart werden oder ob dem (End-)Kunden diesbezügliche Weisungsrechte eingeräumt werden. Entsprechend den obigen Ausführungen²⁰⁵ schließt die konkrete vertragliche Vereinbarung der entsprechenden Vorgaben ein Weisungsrecht des Kunden aus. Werden gewisse Leistungen, Leistungszeiten oder Leistungsorte vertraglich vereinbart, wird der Leistungsverpflichtete nicht nach Weisung, sondern auf Grund selbstbestimmter privatautonomer Entscheidung tätig. Ein für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung wichtiges Kriterium i. S. v. § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV, nämlich die Tätigkeit nach Weisungen, ist dann nicht gegeben.²⁰⁶ Dies gilt sowohl im Verhältnis von (Sub-)Auftraggeber/Wissensarbeiter zum (End-)Kunden als auch im Verhältnis des Auftraggebers zum Wissensarbeiter, wenn die Festlegung in beiden vertraglichen Beziehungen erfolgt. Beschränkt sich die Festlegung auf das Verhältnis des Auftraggebers zum Kunden, während der Auftraggeber ggü. dem Wissensarbeiter diesbezügliche Weisungsrechte zustehen, dann ist ein wichtiges Kriterium für die Beurteilung als sozialversicherungspflichtiger Beschäftigter im Verhältnis Auftraggeber zum Wissensarbeiter gegeben.

²⁰⁵ Siehe oben 4.2.2.3.1.1.

²⁰⁶ Siehe oben 4.2.2.3.1.1.

Unabhängig hiervon kann die Fixierung konkreter Vorgaben als Anhaltspunkt für eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Endkunden angesehen werden, wenn diese Vorgaben ausschließlich im Interesse des Endkunden festgelegt worden sind, ohne dass es hierfür projektbedingte Notwendigkeiten gibt. Die Tätigkeit als solche sowie die Rahmenbedingungen werden dann auf die betrieblichen Interessen des Endkunden zugeschnitten, sodass die Tätigkeit seinen betrieblichen Zwecken zu dienen bestimmt ist.

5. Fazit und Ausblick

Die in diesem Gutachten dargestellte und bewertete Diskussion über den Themenkreis der „Scheinselbständigkeit“ ist ein eindrucksvolles Beispiel für das immer komplexer werdende rechtliche Umfeld der unternehmerischen Tätigkeit. Dieses kann in Anlehnung an die Militärterminologie mit dem Akronym „VUCA“ gekennzeichnet werden. VUCA steht für volatile, uncertain, complex und ambiguous. Während der Begriff in seiner ursprünglichen Verwendung auf den Zerfall der Gewissheiten und politischen Stabilitäten seit dem Ende des Kalten Krieges abstellt, bezieht er sich in der Rezeption durch die aktuelle Management-Literatur auf die Evolution des Rechtsstoffes, insbesondere auch des Wirtschaftsstrafrechts, die hiermit verbundenen Systembrüche innerhalb der einzelnen Rechtsmaterien und die Unsicherheiten, denen Wirtschaftsakteure vor dem Gesetz ausgesetzt sind.

Das Wirtschaftsstrafrecht, zu dem § 266a StGB zählt, ist nach dem Dafürhalten der Autoren daher eine „Wachstumsbremse“²⁰⁷, die zum „Schlangestehen vor dem Compliance-Office“ führt. Allerdings kann dieses auf Grund mangelnder Randschärfe der wirtschaftsstrafrechtlichen Begriffe ebenfalls selten klare Auskünfte geben kann.

Angesichts der Veränderungen der Arbeitswelt unter anderem durch Digitalisierung und Globalisierung sowie der hiermit verbundenen unternehmerischen Notwendigkeiten und Chancen des Fremdpersonaleinsatzes (z. B. digitale Pathologie mit Auswertung eines in Deutschland gescannten Gewebeschnittes durch den Pathologen am Genfer See im Auftrag des Krankenhauses) werden sich diese Probleme weiter verschärfen. Das besprochene Urteil ist ein wichtiger Schritt in Richtung der gebotenen „Reduktion der Komplexität“. Es bleibt zu wünschen, dass die Tatsacheninstanzen sich der aktuellen Rechtsprechung des 1. Senats anschließen. Im Unterschied zu dem ambivalenten Begriff der „Vermeidbarkeit“, der im Mittelpunkt der Dogmatik des Verbotsirrtums nach § 17 StGB steht, sind die Merkmale

²⁰⁷ Schneider, Wachstumsbremse Wirtschaftsstrafrecht. Problematische Folgen überzogener Steuerungsansprüche und mangelnder Randschärfe in der wirtschaftsstrafrechtlichen Begriffsbildung, NK 2012, 30 ff.

„Wissen“ und „Wollen“ klar und verständlich. Sie geben sowohl für strafrechtliche Präventivanalyse von Verträgen und Konstellationen der Zusammenarbeit als auch in einem möglichen Verfahren klarere Anhaltspunkte für die rechtliche Bewertung des Fremdpersonaleinsatzes.

Leipzig, 3. Dezember 2018

Univ.-Prof. Dr. jur. Hendrik Schneider
Universitätsprofessor an der
Juristenfakultät der Universität Leipzig

Univ.-Prof. Dr. jur. Burkhard Boemke
Universitätsprofessor an der
Juristenfakultät der Universität Leipzig