

# Strafrechtliche Risiken der freien Mitarbeit und des Fremdpersonaleinsatzes

Vortrag | **Rechtsanwalt Dirk Petri**  
**Fachanwalt für Straf- u. Steuerrecht**  
**Datenschutzbeauftragter (TÜV)**  
**Köln**

30. August 2019



## Gliederung

- Einleitung (A)
- Straf- und Bußgeldtatbestände (B)
- Verhalten bei Ermittlungen durch den Zoll, die Steuerfahndung oder die Staatsanwaltschaft (C)
- Weiteres Vorgehen im Verlauf des Bußgeld- oder Strafverfahrens (D)



## A. Einleitung

- Federführung liegt seit dem 1.1.2004 bei der „Finanzkontrolle Schwarzarbeit“ (FKS)
- Zentrale Facheinheit der FKS seit 2008 bei der Bundesfinanzdirektion in Köln angesiedelt
- Bei 42 Hauptzollämtern bundesweit werden aktuell etwa 6.700 Mitarbeiter im Bereich der Schwarzarbeit u. illegalen Beschäftigung eingesetzt
- Im Jahr 2017 sind in der Kriminalstatistik 10.964 Fälle aufgenommen worden
- Aufklärungsquote lag bei 99% und der Gesamtschaden lag bei 69,3 Mio. €



## B. § 266a StGB – der Tatbestand

- Sanktioniert das Vorenthalten- u. Veruntreuen von Arbeitsentgelt
- 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.
- Ebenso wird bestraft, wer der für den Einzug der Beiträge zuständigen Stelle über sozialversicherungsrechtlich erhebliche Tatsachen unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder 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.



## B. § 266a StGB – aktuelle Fragestellungen

- Regelverjährung der Taten nach § 266a StGB
- Irrtum über die Arbeitgeberstellung – Urteil des BGH v. 24.01.2018, Az. 1 StR 331/17 (wistra 2018, 339)
- Feststellungen und Schätzungen
- Gesetz gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmissbrauch (11.07.2019, BGBl. I, S. 1066)



## B. § 266a StGB – Regelverjährung

- Nach der bisherigen Rspr. des BGH u. d. hL verjähren Taten nach § 266a StGB „nie“!
- Aber äußerst kritische Gegenmeinungen in der Literatur
- Novum: LG Baden-Baden v. 12.11.2018 (6Ns 305 Js 5919/16)



## B. § 266a StGB – Verjährung nach noch h.M.

Erst mit dem Wegfall der Pflicht zur Entrichtung der Beiträge zur Sozialversicherung ist die Tat beendet und beginnt die Verjährung( wg. § 25 Abs. 1 S. 2 SGB IV kann die strafrechtliche Verjährung bis zu 35/40 Jahren dauern):

- Der Tatbestand ist damit akzessorisch zum Sozialversicherungsrecht
- Der Tatbestand ist ein echtes Unterlassungsdelikt, so dass die Handlungspflichten fortbestehen
- Gegenauffassungen seien kriminalpolitisch motiviert und dogmatisch wenig überzeugend




## B. § 266a – Verjährung nach der Gegenmeinung

Im Zeitpunkt der Nichtzahlung bei Fälligkeit ist die Tat beendet und beginnt die Verjährung zu laufen:

- Es ist zwischen strafrechtlicher u. sozialversicherungsrechtlicher Handlungspflicht zu unterscheiden
- Andernfalls ungerechte Ergebnisse (bspw. regelmäßige Besserstellung d. GmbH-GF ggü. dem Einzelkaufmann)
- Dauer der Verjährung steht dem Rechtsfrieden entgegen
- § 266a StGB ist i.E. ein „Erfolgsdelikt“, so dass mit Nichtzahlung bei Fälligkeit die Tat beendet ist, da der Schaden dann „irreversibel“ eingetreten ist





## B. § 266a StGB – LG Baden-Baden, Urt. v. 12.11.2018 – 6 Ns 305 Js 5919/16 (bei juris)

- „(...) mit der Nichtabführung (...) zum Fälligkeitstag (...) (ist) zugleich der Vermögensschaden bei der Einzugsstelle eingetreten. Es ist nicht ersichtlich, welche weiteren Gefahren dem geschützten Rechtsgut (...) durch das weitere Unterlassen drohen sollte. Das Nichtabführen von weiteren Beiträgen kann schon deswegen nicht als (...) Gefahr angesehen werden, weil es (...) eine eigene, neue Tat darstellt.“ (Rn. 101 bei juris)
- „Tatbestandsmäßige Schäden, die mit der Vollendung der Tat eintreten oder bei Vollendung bereits eingetreten waren, können daher nicht nochmals zur Begründung einer künftigen Gefahr herangezogen werden.“ (Rn. 102 bei juris)
- „Dass die Forderung der Sozialversicherung fortbesteht, begründet daher keine Handlungspflicht, die Auswirkungen auf die Beendigung der Tat haben könnte. Denn insofern handelt es sich um einen bloßen Anspruch auf Wiedergutmachung des Schadens.“ (Rn. 103 bei juris)
- „Die Behauptung der h.M., die Beendigung der Tat trete erst mit dem Erlöschen der Beitragspflicht ein, erweist sich damit als unzutreffend.“ (Rn. 104 bei juris)



## B. § 266a StGB – Irrtum über die Arbeitgeberstellung

Bisherige Rspr. d. BGH zum mind. Bedingten Vorsatz bei § 266a StGB (u.a. BGH, Beschl. v. 04.09.2013 – 1 StR 94/13 = NStZ 2014, 318):

- „Der Vorsatz muss sich auf die Eigenschaft als Arbeitgeber und Arbeitnehmer – dabei allerdings nur auf die statusbegründenden tatsächlichen Voraussetzungen, nicht auf die rechtliche Einordnung als solche und die eigene Verpflichtung zur Beitragsabführung – und alle darüber hinausreichenden, die sozialversicherungsrechtlichen Pflichten begründenden tatsächlichen Umstände erstrecken. Liegt diese Kenntnis der tatsächlichen Verhältnisse vor, unterliegt der Täter, wenn er glaubt, nicht Arbeitgeber zu sein oder für die Abführung oder für die Abführung der Beiträge Sorge tragen zu müssen, keinem vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum, sondern (allenfalls) einem – in der Regel vermeidbaren – Verbotsirrtum.“

## B. § 266a StGB – Tatbestandsirrtum?

Der 1. Senat des BGH hat nunmehr folgende Feststellungen (BGH, Urt. v. 24.01.2018 – 1 StR 331/17 = wistra 2018, 339) getroffen:

- „In der Rspr. werden (...) die Anforderungen an den Inhalt des Vorsatzes in Bezug auf das normative Tatbestandsmerkmal der Stellung als AG in § 266a StGB und in § 41a EStG i.V.m. dem Straftatbestand aus § 370 Abs. 1 Nr. 1 u. 2 AO unterschiedlich bestimmt.“ (Rn. 12)
- „Nach der (bisherigen) Rspr. (...) wird wie folgt differenziert: Der Vorsatz muss sich auf die Eigenschaft als Arbeitgeber (...) – dabei allerdings nur auf die statusbegründenden tatsächlichen Voraussetzungen, nicht auf die rechtliche Einordnung (...) erstrecken.“ (Rn. 13)
- „(...) zum Vorsatz der Steuerhinterziehung gehört, dass der Täter den Steueranspruch dem Grund und der Höhe nach kennt (...). Nimmt der Steuerpflichtige irrtümlich an, ein Steueranspruch sei nicht entstanden, liegt ein Tatbestandsirrtum vor...“ (Rn. 14)
- „(...) für die Differenzierung (ist) kein sachlicher Grund erkennbar (...) zukünftig (ist) auch die Fehlvorstellung über die AG-Eigenschaft und die daraus folgenden Abführungspflicht (...) als (vorsatzausschließender) Tatbestandsirrtum zu behandeln.“ (Rn. 15)



## B. BSG, Urt. v. 12.12.2018 – B 12 R 15/18 = NZS 2019, 465

„Während „Kenntnis“ nach seinem Wortsinn das Wissen von einer Tatsache bedeutet (Duden), ist dem Begriff der „Zahlungspflicht“ über das Wissen der sie begründenden Tatsachen hinaus eine rechtliche Wertung is des Erkennens einer konkreten Verhaltensanforderung immanent. (...) Kenntnis von der Zahlungspflicht nach § 24 Abs. 2 SGB IV ist damit das sichere Wissen darum, rechtlich und tatsächlich zur Zahlung von Beiträgen verpflichtet zu sein . Sie liegt bei einem nach § 28 e SGB IV zahlungspflichtigen Arbeitgeber vor, wenn er die seine Beitragsschuld begründenden Tatsachen kennt, weil er zumindest als Parallelwertung in der Laiensphäre nachvollzieht, dass einerseits Beschäftigung vorliegt, die andererseits die Beitragspflicht nach sich zieht. Das Wissen um die (bloße) Möglichkeit der Beitragserhebung steht dem sicheren Wissen um die rechtliche und tatsächliche Verpflichtung zur Beitragszahlung hingegen nicht gleich. Ein Irrtum über die Arbeitgeberbereienschaft schließt die Kenntnis aus (ähnlich zum Straftatbestand des § 266 a StGB: BGH Urteil vom 24.1.2018 – 1 StR 331/17 – Juris).“ (Rn. 12)



## B. § 266a StGB - Schätzungen

- Sind bei illegalen Beschäftigungsverhältnissen Steuern und Beiträge zur Sozialversicherung und zur Arbeitsförderung nicht gezahlt worden, gilt ein Nettoarbeitsentgelt als vereinbart (§ 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV)
- Daher erfolgt eine Hochrechnung auf Bruttogehalt als Bemessungsgrundlage
- Die Schätzung hat nach Maßgabe d. Rspr. zu § 370 AO mit Angabe der Berechnungsgrundlage u. d. Berechnung selbst zu erfolgen
- Berechnung erfolgt i.d.R. auf Grundlage des Arbeitsentgelts nach Beitragssätzen der Krankenkassen als Einzugsstelle u. d. gesetzlichen bzw. d. gesetzlichen Beitragssätze der Renten-, Arbeitslosen- u. Pflegeversicherung

## B. § 266a StGB - Schätzungen

- „Dem Tatgericht obliegt es (...) die geschuldeten Beiträge – für die jeweiligen Fälligkeitszeitpunkte gesondert – nach Anzahl, Beschäftigungszeiten, Löhnen der Arbeitnehmer und der Höhe des Beitragssatzes der örtlich zuständigen Krankenkasse festzustellen, um eine revisionsgerichtliche Nachprüfung zu ermöglichen (...), weil die Höhe der geschuldeten Beiträge auf der Grundlage des Arbeitsentgelts nach den Beitragssätzen der jeweiligen Krankenkassen sowie den gesetzlich geregelten Beitragssätzen der Renten-, Arbeitslosen- und Pflegeversicherung zu berechnen ist. Falls solche Feststellungen im Einzelfall nicht möglich sind, kann die Höhe der vorenthaltenen Beiträge auf Grundlage der tatsächlichen Umstände geschätzt werden (...).
- Danach durfte das LG die Höhe der vorenthaltenen Beiträge schätzen. Die Grundlagen dieser Schätzung hat es nachvollziehbar dargelegt, indem es das ausgezahlte Nettoarbeitsentgelt für jeden einzelnen Arbeitnehmer anhand der festgestellten Provisionszahlungen über die abgeschlossenen Abonnements festgestellt und tabellarisch aufgeführt hat. Dabei hat es sich rechtsfehlerfrei an den günstigsten Beitragssätzen orientiert, um einen als erwiesen angesehenen Mindestschuldumfang (...) feststellen zu können.“ (Rn. 21f.)



## B. Neue Owi-Tatbestände § 8 SchwarzArbG n.F. (11.07.2019, BGBl. I, S. 1066)

- Ausstellen von sog. Schein- u. Abdeckrechnungen (§ 8 Abs. 4 u. 5 SchwarzArbG)
- illegales Anbieten oder Nachfragen der Arbeitskraft als Tagelöhner (§ 8 Abs. 2 Nr. 6. u. 7 SchwarzArbG)
- Leichtfertige Begehung von § 266a StGB Abs. 1 u. 2 (§ 8 Abs. 3 SchwarzArbG)
- Bußgeldrahmen bis 500.000 Euro



## B. Sonstige Straf- u. Owi-Tatbestände

- § 23 AEntG
- § 22 ArbZG
- §§ 15, 15a, 16 AÜG
- §§ 25, 26 ArbSchG ggf. i.V.m. §§ 222, 229 StGB
- § 21 MiLoG
- §§ 8 ff. SchwarzArbG
- § 404 SGB III
- §§ 30, 130 OWiG
- §§ 291 Abs. 1 Nr. 3, 233 StGB





## C. Verhaltenshinweise

- Regelfall: „Verdachtsunabhängige Prüfung“ gem. § 2 Abs. 1 SchwarzArbG, ob die sich aus den Dienst- oder Werkleistungen ergebenden sozialversicherungsrechtlichen oder steuerlichen Pflichten im Sinne von § 1 Abs. 2 SchwarzArbG erfüllt wurden.
- Weitreichende Kontrollbefugnisse nach §§ 3 u. 4 SchwarzArbG: Betretungsrechte, Befugnis zur Überprüfung von Personen, Prüfung von Geschäftsunterlagen
- Nach § 5 SchwarzArbG entsprechende umfassende Duldungs- u. Mitwirkungspflichten



## C. Verhaltenshinweise

Verwertungsverbot bei Verstoß gegen § 2 SchwarzArbG?

- Besteht ein Anfangsverdacht ist die Prüfung abubrechen
- Sonst Verstöße gegen §§ 136, 55 StPO denkbar
- Weiterhin: Auskunftsverweigerungsrecht (!) gem. § 5 Abs. 1 S. 3 SchwarzArbG – aber keine Belehrung erforderlich (!)
- Recht auf Auskunftsverweigerung bezieht sich auch auf relevante Unterlagen
- Aber OLG Bamberg, Beschl. v. 15.01.2013 – 2 Ss Owi 897/12 (BeckRS 2013, 05393): Auskunftsverweigerung nur durch ausdrückliche (!) Berufung



## C. Verhaltenshinweise

Grundsatz bei Zoll, Steuerfahndung u. Staatsanwaltschaft:

- Kooperation soweit erforderlich
- Anwalt konsultieren / hinzuziehen
- Anwalt, Unternehmer u. Einsatzleiter koordinieren die Prüfung bzw. Durchsuchung
- Sicherstellung der Rechte von Zeugen u. etwaigen Beschuldigten (Recht auf Zeugenbeistand bzw. Schweigerechte)
- ...



## D. Weiteres Vorgehen im Verfahren

Verdachtsunabhängige Prüfung und/oder Einleitung Ermittlungsverfahren?

- immer: interne Dokumentation und Aufbereitung der Sachfragen der Prüfung oder aber der Tatvorwürfe
- Sachverhalt sollte immer sachkundig begleitet werden
- Sind Interessen Dritter betroffen (Vertragspartner, Kunden, Lieferanten, Subunternehmer etc.)
- Nachhaltige Verteidigung gegen etwaige bußgeldrechtliche und/oder strafrechtliche Vorwürfe, da andernfalls auch verschuldensunabhängige Generalunternehmer- bzw. Durchgriffshaftung droht
- Nachhaltige Verteidigung auch, da Einträge in div. Register u. der Ausschluss von öffentlichen Aufträgen droht
- Faktische Konsequenzen: negative Publizität, Störung des inneren Betriebsfriedens, wirtschaftliche Nachteil, persönliche Haftung



## D. Weiteres Vorgehen im Verfahren

Resümee:

- (Einzel-)Fallgestaltung
- Präventive strafrechtliche Beratung
- CMS – dokumentiertes Compliance-Management-System (BGH, Urt. v. 9.5.2017 – 1 StR 265/16 = wistra 2017, 499)
- Zivilrechtliche Ansprüche und / oder Erstattung von Strafanzeigen
- ...



**jUV** 2018  
**AWARDS** 8

Kanzlei des Jahres für  
Wirtschafts- und Steuerstrafrecht

# verte | rechtsanwälte

Strafrecht  
Verteidigung  
Beratung

Wir kämpfen für Sie.

Neusser Straße 99  
50670 Köln  
T. 0221 912645-0  
Notfallnummer 0163 6555410  
mail@verte.net  
[verte.net](https://www.verte.net)

