

§ 38: Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (§ 266a StGB)

I. Allgemeines

Rechtsgut der Abs. 1 und 2 ist das Interesse der Versichertengemeinschaft an der Gewährleistung des Aufkommens der Mittel für die Sozialversicherung, nicht aber das Vermögen des Arbeitnehmers (OLG Köln NStZ-RR 2003, 212, 213). Im Unterschied dazu schützt Abs. 3 ausschließlich das Vermögen des versicherten Arbeitnehmers. Weil § 266a StGB – auch die Abs. 1 und 2 – Schutzgesetz i.S.d. § 823 II BGB sind, stammt die weit überwiegende Mehrzahl der Judikate zu § 266a StGB von Zivilgerichten.

§ 266a StGB ist ein echtes Unterlassungsdelikt (BGHSt 47, 318, 320). Da die einzelnen Tatbestände Sonderdeliktscharakter haben, lässt sich von einem materiell begehungsgleichen Sonderdelikt sprechen.

Abs. 6 sieht das fakultative oder zwingende Absehen von Strafe bei Selbstanzeige vor.

II. Objektiver Tatbestand

1. Abs. 1 (i.V.m. Abs. 5)

a) Arbeitgeber und nach Abs. 5 gleichgestellte Personen

Täter des § 266a StGB können nach Abs. 1 nur Arbeitgeber sein. Dieser Kreis wird jedoch gem. Abs. 5 durch die diesen gleichgestellten Personen erweitert. Daraus resultiert der Sonderdeliktscharakter des § 266a StGB.

Arbeitgeber ist der aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages Dienstberechtigte, der von einem anderen in persönlicher Abhängigkeit die Erbringung von Arbeitsleistungen fordern kann und dafür zur Lohnzahlung verpflichtet ist. Da der Begriff des Arbeitgebers sozialrechtlich schon sehr weit bestimmt ist, kommt es auf die faktische Betrachtungsweise im Strafrecht nicht an; gleichwohl kann § 14 StGB in Einzelfällen Anwendung finden, vor allem wenn für den Arbeitgeber Dritte handeln, die nicht unter § 266 V StGB fallen (*Fischer* § 266a Rn. 6).

Bei der Arbeitnehmerüberlassung ist der Verleiher Arbeitnehmer. Nur bei illegaler Arbeitnehmerüberlassung tritt die Fiktion ein, dass sowohl Ver- als auch Entleiher Arbeitgeber sind. Die strafrechtliche Haftung hängt jedoch davon ab, wer tatsächlich den Lohn auszahlt.

b) Tathandlung

Erfasst ist von § 266a I StGB nur das Nichtabführen der Beiträge des Arbeitnehmers des sowohl vom Arbeitgeber als auch vom Arbeitnehmer gemeinsam aufzubringenden Gesamtsozialversicherungsbeitrags. Hinter-

grund der Regelung ist die Berechtigung des Arbeitgebers zur Einbehaltung des Gesamtbeitrags vom Bruttolohn des Arbeitnehmers, da sozialrechtlich nur der Arbeitgeber gegenüber der Einzugsstelle Schuldner ist. Bemessungsgrundlage ist das Arbeitsentgelt (§ 14 SGB IV).

Vorenthalten liegt vor, wenn der Arbeitgeber es ganz oder teilweise unterlässt, die geschuldeten Beiträge spätestens bis zum Ablauf des Fälligkeitstages an die Einzugsstelle abzuführen. Erfasst sind auch die Fälle der sog. vereinbarten Schwarzarbeit („Schwarzlohnabrede“), wenn also der gesamte Bruttolohn an den Arbeitnehmer ausbezahlt wird. Hier liegt Teilnahme des Arbeitnehmers nahe.

Voraussetzung hierfür ist das Bestehen eines materiellen Sozialversicherungsverhältnisses durch die Aufnahme einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung. Keine Voraussetzung ist allerdings, dass der Versicherungspflichtige zur Sozialversicherung angemeldet ist. Die Beitragsschuld ist fällig – sofern keine Stundung vorliegt – gem. § 23 I 1 SGB IV entsprechend der Satzungen der Krankenkassen. Beiträge, deren Höhe nach dem Arbeitsentgelt berechnet wird, werden gem. § 23 I 2 SGB IV spätestens am 15. des folgenden Monats fällig.

Aufgrund des Charakters des § 266a StGB als Unterlassungsdelikt muss es dem Täter auch möglich und zumutbar sein, seiner Handlungspflicht zu genügen. Die Möglichkeit der Abführung der Arbeitnehmerbeiträge kann ausgeschlossen sein, wenn es dem Täter aus tatsächlichen (z.B. Krankheit) oder rechtlichen (z.B. Insolvenz) Gründen subjektiv unmöglich ist, die Beiträge abzuführen. Einen solchen Fall der Unmöglichkeit stellt grds. auch die Zahlungsunfähigkeit dar. Jedoch kommt es nach h.M. hier zur Anwendung der Grundsätze der *omissio libera in causa* (BGH NJW 2002, 1123, 1125; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 788; mit Recht abl. *Renzikowski* FS Weber, 2004, S. 333, 340; eingehend *Dehne-Niemann* GA 2009, 150 160 ff.: § 266a StGB als verhaltensge-

bundenes Unterlassungsdelikt), wenn sich der Täter der Zahlungsfähigkeit sehenden Auges begeben hat, etwa durch das Unterlassen einer Kreditaufnahme (vgl. BGH NJW 2002, 2480 ff.).

→ Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *omissio libera in causa*:
<https://strafrecht-online.org/problemfelder/at/unterl/tb/olic/>

Gleiches gilt, wenn der Täter aufgrund aktiven Handelns nicht in der Lage ist, die Beiträge abzuführen, so z.B. durch die Befriedigung anderer Gläubiger. Aufgrund des untreueähnlichen Charakters von § 266a StGB gilt dies nach h.M. auch bei kongruenter Teilbefriedigung mehrerer Gläubiger (näher *Fischer* § 266a Rn. 15b ff.), weil – so BGH NJW 2005, 3650; vgl. auch BGHSt 47, 318, 321; 48, 307, 311 – die Verbindlichkeiten nach § 23, 28d ff. SGB IV wegen ihrer Strafbewehrung Vorrang genießen. Indes ist es zirkelschlüssig, aus der Strafbewehrung einer Verhaltensweise den Vorrang der zugrunde liegenden Pflicht vor anderen Pflichten zu folgern. Bevor über die Strafbewehrung eine konkrete Aussage getätigt werden kann, muss ja überhaupt erst eine Verletzung der Pflicht vorliegen, und schon daran fehlt es ggf., wenn die Abführungspflicht anderen Pflichten nicht vorgeht (abl. zur Vorrangrechtsprechung NK/Tag § 266a Rn. 67 ff.).

2. Abs. 2 (i.V.m. Abs. 5)

Abs. 2 erfasst das Verheimlichen des Nichtabführens sonstiger Lohnanteile, die der Arbeitgeber für den Arbeitnehmer an einen Dritten zu zahlen hat. Die Handlungsmodalitäten sind betrugsähnlich ausgestaltet. Nr. 1 erfasst dabei die Täuschung durch aktives Tun, wohingegen Nr. 2 bereits ein Unterlassen genügen lässt. Bei Nr. 1 finden die Grundsätze über die Unmöglichkeit der Zahlung keine Anwendung, weil es sich um ein Erfolgsdelikt durch aktives Tun handelt; anders verhält es sich bei Nr. 2 (echtes Unterlassungsdelikt) bzgl. der

sozialversicherungsrechtlichen Meldepflichten (Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf/*Heinrich* § 23 Rn. 17). Liegen §§ 263, 266a II StGB zugleich vor, so soll Tateinheit anzunehmen sein (BGH NJW 2003, 1821), obwohl der Gesetzgeber von der Spezialität des § 266a StGB ausging (*Fischer* § 266a Rn. 21a).

Bzgl. der Handlungsfähigkeit ist zu beachten, dass hier nur auf die Mitteilung abzustellen ist. Ist der Arbeitgeber also fähig, die Mitteilung vorzunehmen, so ist Abs. 2 auch dann erfüllt, wenn er handlungsunfähig bzgl. der Zahlung ist.

3. Abs. 3

§ 266a III StGB regelt die Einbehaltung bestimmter Lohnanteile durch den Arbeitgeber, der an den Arbeitnehmer nur einen um den abzuführenden Betrag gekürzten Lohn ausgezahlt hat und den Arbeitnehmer nicht unverzüglich von der Nichtabführung unterrichtet hat. Die Vorschrift regelt also die Verletzung treuhänderischer Pflichten des Arbeitgebers.

Bei den abzuführenden Lohnanteilen kann es sich um vermögenswirksame Leistungen o.ä. handeln. Irrelevant ist, aus welchem Grunde der Arbeitgeber diese Lohnanteile abzuführen hat. Praktisch relevant sein dürften privatrechtliche Vereinbarungen (Abtretung oder Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und -nehmer) oder öffentlich-rechtliche Anordnungen (Pfändung).

Nicht gezahlt wurde, wenn die Zahlung des Lohnanteils an den anderen nicht mit Fälligkeit des Lohns erfolgt. § 266a StGB erfordert ferner, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zum Zeitpunkt der Fälligkeit oder unverzüglich danach nicht unterrichtet hat. Die Unterrichtung kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen, auch die Lohnabrechnung ist ausreichend, sofern sie jedenfalls unverzüglich nach Fälligkeit erfolgt.

III. Subjektiver Tatbestand

Es genügt Eventualvorsatz bzgl. aller Tatbestandsmerkmale, insbesondere bzgl. der die Pflicht begründenden Umstände (z.B. Arbeitnehmerstellung eines Mitarbeiters). Der Vorsatz muss sich hingegen nicht auf die Abführungspflicht selbst erstrecken.

Irrt der Arbeitgeber über seine Arbeitgebereigenschaft, befindet er sich in einem den Vorsatz nicht berührenden Subsumtionsirrtum, der zu einem (in der Regel vermeidbaren) Verbotsirrtum nach § 17 StGB führt. Ebenso ist nach h.M. ein Irrtum über die Abführungspflicht zu behandeln (vgl. BGHZ 133, 381; MK/Radtke § 266a Rn. 91; a.A. Sch/Sch/Perron § 266a Rn. 17, der Vorsatz auch bzgl. der Abführungspflicht fordert und einen Irrtum darüber als Tatumstandsirrtum behandeln will).

IV. Rechtswidrigkeit

Einwilligung ist bei Abs. 1 und 2 mangels Disponibilität des geschützten Rechtsguts nicht möglich (*Fischer* § 266a Rn. 24). Das Einverständnis der Einzugsstelle in eine spätere Zahlung schließt bereits den Tatbestand aus.

Notstand oder rechtfertigende Pflichtenkollision kommen ebenso wenig in Betracht, insbesondere ist die Erhaltung von Arbeitsplätzen oder die Gefährdung des Unternehmens selbst nicht ausreichend (*Sch/Sch/Per-ron* § 266a Rn. 18).

V. Vollendung

Die Tat ist bei Fälligkeit der abzuführenden Beiträge (Abs. 1 und 2) bzw. nicht unverzüglicher Unterrichtung (Abs. 3) vollendet. Der Versuch ist nicht strafbar.

VI. Abs. 6

Gemäß § 266a VI StGB kann von der Strafe abgesehen werden, wenn die Zahlungsunfähigkeit rechtzeitig offenbart wird. Werden zusätzlich die Beiträge nachentrichtet, so stellt Abs. 6 einen (obligatorischen) persönlichen Strafaufhebungsgrund dar.