

**HRRS-Nummer:** HRRS 2009 Nr. 1068

**Bearbeiter:** Karsten Gaede

**Zitiervorschlag:** BGH HRRS 2009 Nr. 1068, Rn. X

---

**BGH 1 StR 478/09 - Beschluss vom 7. Oktober 2009 (LG München II)**

**Vorenthaltung von Arbeitsentgelt (Hinterziehung von Sozialabgaben; Arbeitgeber; Feststellung eines Arbeitsverhältnisses: Abgrenzung des Arbeitnehmers vom Selbständigen); Abgrenzung von Verbotsirrtum und Tatbestandsirrtum (Statusverfahren; Vermeidbarkeit; Subsumtionsirrtum).**

**§ 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV; § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV; § 41a EStG; § 266a StGB; § 370 AO; § 16 Abs. 1 StGB; § 17 StGB**

**Leitsätze des Bearbeiters**

**1. Für die Beurteilung, ob ein sozialversicherungs- und lohnsteuerpflichtiges Arbeitsverhältnis vorliegt, sind allein die tatsächlichen Gegebenheiten maßgeblich. Liegt danach ein Arbeitsverhältnis vor, können die Vertragsparteien die sich hieraus ergebenden Beitragspflichten nicht durch eine abweichende vertragliche Gestaltung beseitigen (vgl. BGH NJW 2009, 528, 530; BGH NSTZ 2001, 599, 600).**

**2. Weiß der Angeklagte um sämtliche Umstände, die seine Stellung als Arbeitgeber begründeten, hat er 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. Ein Irrtum über die Einstufung als Arbeitgeber ist in diesem nur ein den Vorsatz nicht berührender Subsumtionsirrtum (Verbotsirrtum).**

**Entscheidungstenor**

Die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts München II vom 20. Mai 2009 wird als unbegründet verworfen, da die Nachprüfung des Urteils auf Grund der Revisionsrechtfertigung keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben hat (§ 349 Abs. 2 StPO).

Der Beschwerdeführer hat die Kosten des Rechtsmittels zu tragen.

**Ergänzend bemerkt der Senat:**

Nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen hatten die 90 polnischen Staatsangehörigen, die - neben anderen <sup>1</sup> durch den Angeklagten als geringfügig beschäftigt gemeldeten Arbeitnehmern - einen Teil der Prospektverteilungsaufträge des Unternehmens des Angeklagten erledigten, zwar jeweils ein Gewerbe als Prospektverteiler angemeldet. Sie waren jedoch vollständig in den Betrieb des Unternehmens des Angeklagten eingegliedert und dessen Weisungen unterworfen.

So wurden sie nahezu täglich und in Vollzeit eingesetzt und arbeiteten während der Zeit ihrer Beschäftigung beim <sup>2</sup> Angeklagten fast ausschließlich für dessen Unternehmen. Eine Tätigkeit für andere Auftraggeber war den Prospektverteilern bereits wegen dieses zeitlichen Engagements nicht möglich, darüber hinaus verfügten sie nicht über Geschäftslokale und vielfach auch nicht über die Sprachkenntnisse, die für eine selbständige Tätigkeit in Deutschland erforderlich gewesen wären. Der Angeklagte stellte auch die Zeitungsrollwägen, die für die Verteilung der Prospekte erforderlich waren. Über weitere eigene Betriebsmittel verfügten die Verteiler demgegenüber nicht. Der tägliche Beginn der Beschäftigung der Prospektverteiler wurde ebenso wie das tägliche Ende seitens des Angeklagten oder seiner weiteren Mitarbeiter festgelegt. Hierfür wurden die Prospektverteiler mit Kleinbussen des Angeklagten, die von Mitarbeitern des Angeklagten gefahren wurden, zu Beginn der Arbeit in die vom Angeklagten vorgegebenen Verteilgebiete gebracht und nach dem vorgegebenen Arbeitsende wieder abgeholt. Für die erbrachte Arbeit wurden sie auf Stundenlohnbasis entlohnt. Den Verteilern blieb keinerlei Spielraum zur selbständigen Gestaltung ihrer Tätigkeit.

Diese Feststellungen tragen die rechtliche Wertung des Landgerichts, dass der Angeklagte Arbeitgeber der <sup>3</sup> Prospektverteiler war. Für die Beurteilung, ob ein sozialversicherungs- und lohnsteuerpflichtiges Arbeitsverhältnis

vorliegt, sind allein die tatsächlichen Gegebenheiten maßgeblich. Liegt danach ein Arbeitsverhältnis vor, können die Vertragsparteien die sich hieraus ergebenden Beitragspflichten nicht durch eine abweichende vertragliche Gestaltung beseitigen (vgl. BGH NJW 2009, 528, 530; BGH NSTZ 2001, 599, 600). Sämtliche vom Angeklagten in der beschriebenen Weise eingesetzten "Selbständigen" waren umfassend weisungsgebunden und in den Betriebsablauf des Angeklagten eingegliedert (vgl. § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV). Sie wurden nach festen Stundensätzen entlohnt und trugen kein eigenes unternehmerisches Risiko. Sie waren daher Arbeitnehmer in einem sozialversicherungs- und lohnsteuerpflichtigen Arbeitsverhältnis.

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 Prospektverteilern einzunehmen, ist nicht geeignet, ein anderes Ergebnis zu begründen. Dies gilt unbeschadet der Tatsache, dass bei der gegebenen Sachlage keine zureichenden Anhaltspunkte dafür gegeben sind, eine solche Einlassung als nicht widerlegbar zu erachten, so dass weder im Hinblick auf den Zweifelssatz noch sonst geboten ist, zu Gunsten des Angeklagten die Richtigkeit dieser Einlassung zu unterstellen (vgl. zuletzt Senat NSTZ-RR 2009, 90, 91 m.w.N.). Denn ein solcher Irrtum würde vorliegend lediglich einen den Vorsatz des Angeklagten nicht berührenden Subsumtionsirrtum darstellen, der allenfalls geeignet wäre, einen - in der Regel durch Einleitung eines Statusverfahrens nach § 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV vermeidbaren - Verbotsirrtum zu begründen (ebenso Gribbohm in LK 11. Aufl. § 266a Rdn. 82; Schulz NJW 2006, 183, 186; vgl. auch BGHZ 133, 370, 381; Hoyer in SK-StGB 117. Lfg. Juli 2009 § 266a Rdn. 54; Tag in NK-StGB § 266a Rdn. 81; Bittmann Insolvenzstrafrecht § 21 Rdn. 104 m.w.N. auch zur Gegenansicht; a.A. LG Ravensburg StV 2007, 413, 414; Ignor/Rixen Handbuch Arbeitsstrafrecht § 2 Rdn. 89). Dass der Angeklagte vorliegend einem Verbotsirrtum i.S.v. § 17 StGB unterlag, hat die Strafkammer aber ohne Rechtsfehler ausgeschlossen.