

Maximilian Zellerhoff

Unbestimmte Scheinselbständigkeit

Das Arbeitgebermerkmal des § 266a StGB
auf dem Prüfstand des Art. 103 II GG



Nomos

Studien zum Wirtschaftsstrafrecht – Neue Folge

Begründet von

Prof. em. Dr. Dr. h. c. mult. Klaus Tiedemann,
Universität Freiburg i.Br.

Prof. em. Dr. Dr. h. c. mult. Bernd Schünemann,
Ludwig-Maximilians-Universität München

Herausgegeben von

Prof. em. Dr. Dr. h. c. mult. Bernd Schünemann,
Ludwig-Maximilians-Universität München

Prof. Dr. Thomas Rönnau,
Bucerius Law School Hamburg

Prof. Dr. Roland Hefendehl,
Universität Freiburg i.Br.

Band 16

Maximilian Zellerhoff

Unbestimmte Scheinselbständigkeit

Das Arbeitgebermerkmal des § 266a StGB
auf dem Prüfstand des Art. 103 II GG



Nomos

Diese Arbeit entstand mit der Unterstützung des
Ernst Ludwig Ehrlich Studienwerks e.V.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Hamburg, Bucerius Law School, Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-6606-2 (Print)

ISBN 978-3-7489-0743-5 (ePDF)



Onlineversion
Nomos eLibrary

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte,
auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der
Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Dezember 2019 von dem Promotionsausschuss der Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft – als Dissertation angenommen. Die mündliche Promotionsprüfung fand am 16. Dezember 2019 statt. Das Manuskript wurde im November 2018 fertiggestellt. Einzelne ausgewählte Beiträge konnten auch noch nach Fertigstellung des Manuskripts berücksichtigt werden.

Besonderer Dank gebührt zunächst meinem Doktorvater, Prof. Dr. Thomas Rönnau, für die Inspiration zu dem Thema dieser Untersuchung, seine inhaltlichen Anregungen sowie die stete Bereitschaft zur fachlichen Diskussion, welche den Fortgang der Arbeit maßgeblich gefördert haben. Herrn Prof. Dr. Paul Krell danke ich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens. Herrn Prof. em. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann, Herrn Prof. Dr. Roland Hefendehl sowie meinem Doktorvater danke ich für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe „Studien zum Wirtschaftsstrafrecht – Neue Folge“. Bei den Herren Moritz Begemeier, Max Ruderer und Dr. Johannes Völcker bedanke ich mich für ihre akribische Durchsicht des Manuskripts sowie für ihren fachlichen und moralischen Beistand, auf welchen ich ab dem ersten Tag dieses Vorhabens vertrauen durfte. Keinesfalls in dieser Form zustande gekommen wäre diese Arbeit ferner ohne die großzügige ideelle und finanzielle Förderung durch das Ernst Ludwig Ehrlich Studienwerk e.V., welche ich auf dem gesamten Wege meiner juristischen Ausbildung erfahren habe. Für das mir entgegengebrachte Vertrauen danke ich dabei allen voran Frau Dr. Lina-Mareike Dedert und Herrn Johannes Frank.

Mein besonderer Dank gilt schließlich meiner Ehefrau, Dr. Saskia C. Zellerhoff, die dieses Projekt wie niemand anderes mit Ihren inhaltlichen Anregungen, sorgfältigen Korrekturen und motivierenden Worten gefördert hat. Ihr sowie meiner übrigen Familie, auf deren Unterstützung ich Zeit meines Lebens bauen konnte, ist diese Arbeit gewidmet.

Hamburg, März 2020

Maximilian Zellerhoff

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1: Einleitung und Gang der Untersuchung	15
A. Einleitung	15
B. Gang der Untersuchung	18
Kapitel 2: Grundlagen	21
A. Art. 103 II GG – eine Einführung	21
I. Das Gebot der Tatbestandsbestimmtheit	23
1. Der allgemeine Prüfungsmaßstab	23
2. Relativierungen der Bestimmtheitsanforderungen	26
a) Normspezifische Verschiebung des Prüfungsmaßstabs	27
b) Berücksichtigung des konkreten Adressatenhorizonts	28
c) Vorhersehbarkeit als bloße Risikoerkennbarkeit	29
d) Bestimmtheit kraft konkretisierender Rechtsprechung	30
II. Das Gebot bestimmter Gesetzesanwendung	35
III. Das Analogieverbot	37
IV. Zusammenfassung	39
B. Kritische Bestandsaufnahme: das Arbeitgebermerkmal des § 266a StGB in der Praxis	41
I. Die Strafbarkeit der Beitragsvorenthaltung und -veruntreuung gem. § 266a StGB	42
1. Tatbestandsstruktur	43
2. Schutzgut	47
II. Die Akzessorietät des Arbeitgebermerkmals	49
III. Die Strafbarkeit von Organen und Vertretern nach den §§ 266a, 14 StGB	56
1. Die Strafbarkeit faktischer Organe und Vertreter nach den §§ 266a, 14 StGB	57
a) Stand der Diskussion	58
b) Stellungnahme	61
2. Die Strafbarkeit des förmlich bestellten Scheingeschäftsführers	66

Inhaltsverzeichnis

C. Das Phänomen der Scheinselbständigkeit	69
I. Begriff der Scheinselbständigkeit	70
II. Praktische Relevanz der Thematik	72
III. Negative Auswirkungen der Scheinselbständigkeit	75
IV. Drohende Konsequenzen	76
V. Ursachen für den Anstieg scheinselbständiger Tätigkeitsverhältnisse	79
1. Steigende Bedeutung des Fremdpersonaleinsatzes	79
2. Steigende Rechtsunsicherheit	83
 Kapitel 3: Das Arbeitgebermerkmal auf dem Prüfstand des Bestimmtheitsgebots	 86
A. Herleitung der Anwendbarkeit des Art. 103 II GG	87
I. Herkömmliche Betrachtung: Blankett oder normatives Tatbestandsmerkmal	88
1. Begriffsbildung: Blankette und normative Tatbestandsmerkmale	89
a) Das (Straf-)Blankett	90
b) Das normative Tatbestandsmerkmal	92
2. Abgrenzung von Blanketten und normativen Tatbestandsmerkmalen	93
a) Abgrenzung nach formalen Kriterien	94
aa) Ausfüllungsbedürftige Normen	95
bb) Vorliegen eines Kompetenzsprunges	95
cc) Formulierung des Verweises	96
b) Abgrenzung nach materiellen Kriterien	97
aa) Tatbestand als Unrechtsvertypung	98
bb) Tautologische Betrachtung	99
cc) Lehre vom Regelungseffekt	100
dd) Sitz der Sozialschädlichkeit	100
ee) Standort der Grundentscheidung über die Strafbarkeit	101
ff) Gegenstand des Verweises	102
gg) Voraussetzen einer Wertung rechtlicher oder vorrechtlicher Art	103
c) Zwischenergebnis	103
3. Der Charakter des Arbeitgebermerkmals des § 266a StGB	104
a) Ausdrückliche Einordnung	105
b) Tatsächliche Handhabung	106
c) Stellungnahme	110

4. Zwischenergebnis	113
II. Abkehr von der tradierten Auffassung – die Geltung des Art. 103 II GG im Hinblick auf Vorfeldnormen normativer Tatbestandsmerkmale	113
1. Ausgangspunkt der Differenzierung	115
2. Konsequenzen einer Aufgabe der Differenzierung	116
3. Korrektur auf subjektiver Ebene	120
4. Abgrenzbarkeit von Blankett und normativem Tatbestandsmerkmal	121
5. Vergleichbarkeit von Blankett und normativem Tatbestandsmerkmal aus verfassungsrechtlicher Perspektive	123
6. Abschließende Stellungnahme	126
B. Die Vereinbarkeit der sozialversicherungsrechtsakzessorischen Arbeitgeberbestimmung mit dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot	128
I. Bestimmung des anzuwendenden Prüfungsmaßstabs	131
1. Normspezifische Besonderheiten des § 266a StGB	132
2. Der § 266a StGB als Expertenstrafrecht	135
3. Zwischenergebnis	137
II. Bestimmtheit der Verweisung	138
1. Anforderungen an die Bestimmtheit eines Verweisungsmerkmals	138
2. Ausmaß der Bestimmtheit des Arbeitgebermerkmals	139
III. Bestimmtheit der Vorfeldnormen	142
1. Der § 7 I SGB IV de lege lata	142
a) Beschäftigung als Typusbegriff	143
b) Mögliche Regelungsalternativen vor dem Hintergrund der Normhistorie	149
c) Rechtssicherheit durch die Bezugnahme auf das Arbeitsrecht	154
d) Rechtssicherheit durch das Statusfeststellungsverfahren nach § 7a SGB IV	158
e) Zwischenergebnis	162

Inhaltsverzeichnis

2. Herstellung hinreichender Bestimmtheit des § 7 I SGB IV durch richterliche Konkretisierung	163
a) Der methodische Ansatz der sozialgerichtlichen Rechtsprechung bei der Konkretisierung des Beschäftigungsbegriffs	163
aa) Der Beschäftigungsbegriff und die typologische Methode	164
(1) Herausbildung eines Typuskerns	169
(2) Entwicklung von abwägungsleitenden Anwendungsregeln	171
(3) Bildung von Fallgruppen	172
bb) Verortung der typologischen Methode innerhalb der Konkretisierungsmethoden	174
cc) Schlussfolgerungen vor dem Hintergrund der Anforderungen des Art. 103 II GG	177
b) Kritische Bestandsaufnahme: Die Abgrenzungsmerkmale der Rechtsprechung	178
aa) Persönliche Abhängigkeit	181
(1) Tätigkeit nach Weisung	184
(2) Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers	187
bb) Wirtschaftliche Abhängigkeit und soziale Schutzbedürftigkeit	191
cc) Eigenes Unternehmerrisiko	194
dd) Vorhandensein einer eigenen Organisationsstruktur	196
ee) Bedeutung des Parteiwillens	198
ff) Keine Rechtssicherheit durch das Zwischenschalten einer juristischen Person	202
gg) Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	205
c) Fall- oder Problemgruppe: Aktuelle Problemfelder in der Praxis	206
aa) Honorar(not)ärzte	207
bb) Busfahrer ohne eigenen Bus	213
cc) GmbH-Geschäftsführer	215
dd) Wissensbasierte Dienstleistungen	219
ee) Medienberufe	221
ff) Flexible Arbeitszeitgestaltungen, Tele- und Computerheimarbeit	223
gg) Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	225

d) Abschließende Stellungnahme zur Bestimmtheit des § 7 I SGB IV	226
3. Beschäftigung in Drei-Parteien-Konstellationen	231
a) Der Einsatz von Arbeitnehmern über Drittunternehmen	232
b) Der Einsatz von Selbständigen über Drittunternehmen	233
c) Die Arbeitnehmerüberlassung	235
aa) Der Arbeitgeber bei der Arbeitnehmerüberlassung	237
bb) Abgrenzung zur Arbeitsvermittlung	238
cc) Abgrenzung zum Fremdpersonaleinsatz im Rahmen von Dienst- und Werkverträgen	239
d) Zwischenergebnis	242
4. Auslandsentsendung: Beschäftigung im grenzüberschreitenden Kontext	242
a) Grundsatz und Ausnahmen der Anwendbarkeit des deutschen Sozialversicherungsrechts	243
b) Vorrang über- und zwischenstaatlichen Rechts	245
c) Bindungswirkung von Entsendebescheinigungen	247
d) Zwischenergebnis	251
5. Sonstige Vorfeldnormen	251
6. Das Problem der Normverunklarung durch die Exekutive	253
IV. Abschließende Bewertung	259
Kapitel 4: Schlussfolgerungen für die strafgerichtliche Handhabung des § 266a StGB	265
A. Begegnung unklarer Rechtslagen auf der Ebene der Schuld	265
I. Allgemeines	265
II. Übertragung auf das Arbeitgebermerkmal des § 266a StGB	269
B. Begegnung unklarer Rechtslagen auf objektiver Ebene	272
I. Allgemeines	272
II. Der objektive Ansatz als Ausprägung eines asymmetrischen Akzessorietätsverständnisses	274
III. Die verfassungskonforme Auslegung als Methode objektiver Tatbestandsbeschränkung	279
IV. Übertragung auf das Arbeitgebermerkmal des § 266a StGB	281
C. Abschließende Bewertung	284

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 5: Ergebnisse 290

Literaturverzeichnis 293