

INHALTSVERZEICHNIS

Inhaltsverzeichnis.....	I
Einleitung	1
A. Einführung in die Problematik	1
B. Gegenstand und Ziel der Untersuchung	2
I. Die Mindestlohnunterschreitung als Straftat und Ordnungswidrigkeit.....	2
II. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands.....	5
C. Begriffe.....	6
I. Der Begriff des Mindestlohns	6
II. Der Begriff des Arbeitgebers.....	8
1. Kein eigenständiger Arbeitgeberbegriff im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht.....	8
2. Abgrenzung zwischen selbstständiger und nichtselbstständiger Tätigkeit im Arbeits- und Sozialrecht	9
Erster Teil: Reichweite und Geltung von staatlichen Mindestlöhnen.....	12
A. Arbeitsrechtliche Ausgangslage	12
I. Die Vereinbarung der Vergütungshöhe vor dem Hintergrund der Privatautonomie.....	12
II. Einflussnahme auf die Vergütungsvereinbarung durch höheres Recht.....	13
III. Die staatliche Einflussnahme auf die Lohnhöhe	14
B. Die Mindestlohninstrumente im Einzelnen	16
I. Der gesetzliche Mindestlohn nach dem MiLoG.....	16
II. Die Allgemeinverbindlicherklärung gem. § 5 TVG.....	18
1. Bedeutung und Wirkung der Allgemeinverbindlicherklärung	18
2. Formelle und materielle Voraussetzungen der Allgemeinverbindlicherklärung	19
III. Festsetzung von branchenspezifischen Mindestlöhnen nach dem AEntG.....	21
1. Allgemeines zur Wirkungsweise des AEntG.....	22
2. Tarifnormerstreckung durch Allgemeinverbindlicherklärung	23

II

3.	Rechtsverordnung nach § 7 AEntG für die Fälle des § 4 Abs. 1 AEntG	24
a)	Formelle Voraussetzungen für den Erlass einer Rechtsverordnung	24
b)	Materielle Voraussetzungen für den Erlass einer Rechtsverordnung	24
c)	Praktische Bedeutung	25
4.	Rechtsverordnung nach § 7a AEntG für die Fälle des § 4 Abs. 2 AEntG	27
5.	Rechtsverordnung nach § 11 AEntG für die Pflegebranche	27
a)	Verordnungsermächtigung	28
b)	Ermessensentscheidung des Ordnungsgebers und Anhörungsrechte	29
6.	Rechtswirkungen	29
IV.	Rechtsfolgen mindestlohnunterschreitender Vertragsabreden	30
1.	Das rechtliche Schicksal der nachteiligen Vergütungsabrede	30
2.	Auswirkungen auf den Vergütungsanspruch	32
C.	Zusammenfassung und Ergebnis	34
Zweiter Teil: Die bußgeldrechtliche Bewertung von Mindestlohnunterschreitungen		35
A.	Das Phänomen der Mindestlohnunterschreitung	35
I.	Mindestlohnunterschreitungen als interdisziplinäres Rechtsproblem	35
II.	Zuordnung von Mindestlohnunterschreitungen zur illegalen Beschäftigung	36
1.	Zum Begriff der illegalen Beschäftigung	36
2.	Die Durchsetzung des Mindestlohns nach dem AEntG und MiLoG durch die Behörden der Zollverwaltung	38
3.	Erscheinungsformen von Mindestlohnunterschreitungen	40
B.	Die bußgeldrechtliche Haftung nach dem AEntG	42
I.	Einführung	42
II.	Ursprünglicher Gesetzeszweck und Wandel des Gesetzes in der jüngeren Vergangenheit	43
III.	Vereinbarkeit des AEntG mit höherrangigem Recht	45
1.	Vereinbarkeit des AEntG mit Europarecht	45
2.	Vereinbarkeit des AEntG mit deutschem Verfassungsrecht	47
3.	Vereinbarkeit des § 23 Abs. 1 Nr. 1 AEntG mit dem Bestimmtheitsgrundsatz	48

III

a)	Zum Inhalt des Bestimmtheitsgrundsatzes gem. Art. 103 Abs. 2 GG.....	49
aa)	Vereinbarkeit der dynamischen Verweisungen mit dem Bestimmtheitsgrundsatz?	50
bb)	Verstoß gegen das Publizitätsgebot?	52
b)	Zwischenergebnis und Konsequenzen für die Auslegung des § 23 Abs. 1 Nr. 1 AEntG.....	54
aa)	Grundsatz: Restriktive Auslegung.....	54
bb)	Grenzüberschreitende Sachverhalte.....	55
IV.	Die bußgeldrechtliche Haftung gem. § 23 Abs. 1 Nr. 1 AEntG.....	56
1.	Objektiver Tatbestand	56
a)	Der Arbeitgeber als Normadressat des § 23 Abs. 1 Nr. 1 AEntG.....	56
b)	Vorliegen eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrags oder einer Mindestlohnrechtsverordnung nach dem AEntG	57
c)	Tathandlung: Nichtzahlung bzw. nicht rechtzeitige Zahlung des Mindestlohns	58
aa)	Begehungs- oder Unterlassungsdelikt?.....	58
bb)	Zur Berechnung des geschuldeten Mindestlohns nach dem AEntG.....	60
d)	Sonderproblem: Anwendbarkeit der Vorschrift bei Mindestlohnverstößen in der Pflegebranche?.....	67
2.	Subjektiver Tatbestand.....	70
a)	Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln	70
aa)	Inhalt des Vorsatzes	70
bb)	Fahrlässiges Handeln des Arbeitgebers	72
b)	Tatbestands- und Verbotsirrtum	72
aa)	§ 23 Abs. 1 Nr. 1 AEntG als Blankettstrafgesetz	73
bb)	Die Irrtümer im Einzelnen	73
cc)	Rechtsfolgen der einzelnen Irrtümer.....	75
dd)	Anforderungen an den Fahrlässigkeits- bzw. Vermeidbarkeitsmaßstab	76
3.	Rechtswidrigkeit und Schuld	84
4.	Ergebnis	84
C.	Die bußgeldrechtliche Haftung nach dem MiLoG	85
I.	Europarechtliche und verfassungsrechtliche Bedenken	85
II.	Inhalt und Reichweite des § 21 Abs. 1 Nr. 9 MiLoG.....	86
1.	Keine Bestimmtheitsbedenken.....	87
2.	Objektiver Tatbestand	87

a)	Tathandlung: Nichtzahlung bzw. nicht rechtzeitige Zahlung des Mindestlohns.....	88
b)	Die Bemessung des allgemeinen Mindestlohns	88
3.	Subjektiver Tatbestand.....	90
a)	Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln	90
b)	Die Irrtümer im Einzelnen	91
c)	Anforderungen an den Fahrlässigkeits- bzw. Vermeidbarkeitsmaßstab	92
4.	Ergebnis	93
D.	Rechtsfolgen von Verstößen gegen die Mindestlohnpflichten des AEntG und MiLoG	93
E.	Haftung für Drittunternehmen	95
I.	Inhalt des § 23 Abs. 2 AEntG und des § 21 Abs. 2 AEntG.....	95
II.	Kritik an der weitreichenden Haftung durch die Literatur	96
F.	Das Konkurrenzverhältnis zwischen MiLoG und AEntG	98
G.	Zusammenfassung und Ergebnis.....	99
Dritter Teil: Die bisherige strafrechtliche Bewertung von Mindestlohnunterschreitungen ... 100		
A.	Die Strafbarkeit des Arbeitgebers wegen Lohnwuchers gem. § 291 Abs. 1 Nr. 3 StGB.....	101
I.	Allgemeines	102
1.	Geschütztes Rechtsgut	103
2.	Anwendung des § 291 Abs. 1 Nr. 3 StGB auf Arbeitsverhältnisse.....	106
II.	Objektiver Tatbestand	107
1.	Versprechen oder Gewährenlassen eines Vermögensvorteils	107
2.	Vorliegen einer sonstigen Leistung im Sinne des § 291 Abs. 1 Nr. 3 StGB	109
3.	Das auffällige Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung.....	110
a)	Wertdifferenz zwischen Arbeitslohn und Arbeitsleistung....	110
b)	Die richtige Perspektive für den Wertvergleich: Opfer- oder Tätersicht?.....	111
c)	Die Bestimmung der Bezugsgröße: Marktwert	114
d)	Die Ermittlung des Marktwerts einer Arbeitsleistung	116
aa)	Die Bestimmung des Marktwerts anhand der Tariflöhne.....	116
bb)	Kritik am Tariflohn als Vergleichsmaßstab.....	117

cc)	Probleme bei der Feststellung des allgemeinen Lohnniveaus.....	120
dd)	Die Bestimmung des Marktwerts anhand von allgemeinverbindlichen oder nach dem AEntG erstreckten Tarifverträgen	122
e)	Die Bestimmung des Grenzwerts	124
aa)	Ansicht der straf- und arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung.....	125
bb)	Kritische Analyse der Rechtsprechung.....	126
cc)	Auffälligkeit des Missverhältnisses bei einer Unterschreitung von weniger als 1/3?	127
dd)	Zwischenergebnis	129
4.	Das auffällige Missverhältnis bei Mindestlohnunterschreitungen im Einzelnen.....	130
a)	Unterschreitung von Mindestlöhnen nach dem TVG und AEntG	130
b)	Unterschreitung des gesetzlichen Mindestlohns nach dem MiLoG	130
aa)	Mindestlohn nach dem MiLoG als absolute Lohnuntergrenze?	131
bb)	Festlegung des gesetzlichen Mindestlohns als Lohnuntergrenze de lege ferenda?	136
c)	Auffälliges Missverhältnis trotz Lohnzahlung entsprechend dem gesetzlichen Mindestlohn?.....	136
d)	Zwischenergebnis	137
5.	Ausbeuten einer Schwächesituation.....	138
a)	Ausbeuten einer Zwangslage.....	139
b)	Ausbeuten der Unerfahrenheit.....	141
6.	Kausalität zwischen Schwächesituationen und Wucher und objektive Zurechnung	142
III.	Subjektiver Tatbestand	144
IV.	Möglichkeit einer rechtfertigenden Einwilligung	145
V.	Rechtsfolgen des § 291 Abs. 1 Nr. 3 StGB	146
VI.	Ergebnis und Fazit.....	146
B.	Die Strafbarkeit des Arbeitgebers wegen Betrugs.....	147
I.	Objektiver Tatbestand	148
1.	Täuschungshandlung.....	148
2.	Irrtumserregung.....	150
3.	Vermögensverfügung.....	152
4.	Schaden	154

VI

II.	Subjektiver Tatbestand	154
III.	Ergebnis und Rechtsfolgen	155
C.	Die Strafbarkeit des Arbeitgebers wegen Steuerhinterziehung gem. § 370 AO	155
D.	Ergebnis	157

Vierter Teil: Die Strafbarkeit des Arbeitgebers wegen des Nichtabführens von

	Sozialversicherungsbeiträgen gem. § 266a StGB	158
A.	Überblick und Problemstellung	158
I.	Allgemeines zu § 266a StGB	158
1.	Tatbestandsstruktur	158
2.	Arbeitgeberstellung als Voraussetzung für eine Strafbarkeit	159
3.	Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeitrag zur Sozialversicherung als Tatgegenstand	161
4.	Bruttoarbeitsentgelt als Bemessungsgrundlage	162
II.	Die Entscheidungen des Oberlandesgericht Naumburg vom 8. Juli 2009 und des Landgerichts Magdeburg vom 29. Juni 2010..	162
III.	Sozialversicherungsrechtliche Ausgangslage	164
1.	Das Zufluss- und das Anspruchsprinzip	164
2.	Die Entwicklung der Rechtsprechung des BSG	166
3.	Kritische Würdigung der Rechtsprechung des BSG	167
IV.	Ergebnis	168
B.	Kritische Würdigung der Rechtsprechung	169
I.	Darstellung der Konfliktfelder bei Anwendung des § 266a StGB ...	169
1.	Wertungswidersprüche innerhalb des StGB	169
2.	Aufweichung des (neben-)strafrechtlichen Sanktionssystems	171
3.	Ordnungswidrigkeitentatbestände als abschließende Spezialregelungen	172
4.	Vertiefung der Wertungswidersprüche durch BGH- Rechtsprechung zum Konkurrenzverhältnis zwischen Ordnungswidrigkeitenrecht und Strafrecht	173
II.	Mögliche Lösungsansätze zur Beseitigung der Wertungswidersprüche	175
1.	Darstellung der bisher diskutierten Lösungsansätze in der Literatur	175
2.	Mögliche Einschränkung auf Tatbestandsebene?	176

VII

a)	Erfüllt das Verhalten des Arbeitgebers das Tatunrecht des § 266a Abs. 1 StGB?	176
b)	Sozialrechtsakzessorische oder strafrechtsautonome Auslegung des § 266a StGB?	177
C.	Vorliegen des objektiven Tatbestandes des § 266a Abs. 1 StGB bei einer mindestlohnwidrigen Entlohnung.....	179
I.	Vereinbarkeit der Strafbarkeit mit dem Tatunrecht des § 266a Abs. 1 StGB	179
1.	Bedeutung des Rechtsguts und des Tatunrechts für die Auslegung der Strafnorm	179
2.	Das von § 266a Abs. 1 StGB geschützte Rechtsgut	180
a)	Das Interesse der Solidargemeinschaft an der Sicherstellung des Beitragsaufkommens	180
b)	Schutz von individuellen Vermögensrechten der Arbeitnehmer?	180
aa)	Darstellung der teilweise vertretenen Auffassung	181
bb)	Kritische Würdigung.....	182
c)	Zwischenergebnis und Fazit	184
3.	Das Tatunrecht des § 266a Abs. 1 StGB.....	185
a)	Vorliegen des Tatunrechts bei mindestlohnwidriger Entlohnung zweifelhaft.....	185
b)	Entstehungsgeschichte des § 266a StGB	186
aa)	Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (2. WiKG 1986)	186
bb)	Novellierung im Jahr 2002	188
cc)	Änderungen im Jahr 2004	189
c)	Der Unrechtsgehalt der Beitragsvorenthaltung vor Inkrafttreten des § 266a Abs. 1 StGB	190
aa)	§ 82a KVG 1892	190
bb)	§ 533 RVO	192
d)	Der Unrechtsgehalt des heutigen § 266a Abs. 1 StGB	194
aa)	Rechtsprechung: Die schlichte Nichtabführung der Beiträge als Unrecht.....	194
bb)	Kritik am Normverständnis der Rechtsprechung.....	195
cc)	§ 266a Abs. 1 StGB als „untreueähnliches“ Delikt ..	198
dd)	Treuepflicht des Arbeitgebers gegenüber der Einzugsstelle	203
ee)	Ansicht von Radtke u.a.	204
ff)	Ansichten von Bente und Heghmanns.....	205
gg)	Weitere Lösungsansätze in der neueren Literatur.....	206

VIII

	e) Zwischenergebnis	208
II.	Tathandlung: Das Vorenthalten von Arbeitnehmerbeiträgen.....	209
	1. Das Vorenthalten von Arbeitnehmerbeiträgen im Sinne des § 266a Abs. 1 StGB bei einer mindestlohnwidrigen Entlohnung	210
	2. Strafrechtsautonome Auslegung des Tatbestandsmerkmals des Vorenthaltens?	210
	a) Argumente für eine strafrechtsautonome Auslegung	210
	b) Argumente gegen eine strafrechtsautonome Auslegung	214
	3. Zwischenergebnis.....	216
IV.	Berücksichtigung von wirtschaftlichen Schwierigkeiten auf Tatbestandsebene.....	216
	1. Möglichkeit und Zumutbarkeit der Pflichterfüllung	216
	2. Fazit.....	218
V.	Ergebnis	218
D.	Vorliegen des objektiven Tatbestands des § 266a Abs. 2 StGB bei einer mindestlohnwidrigen Entlohnung.....	219
I.	Arbeitgeberbeiträge als Tatgegenstand	219
II.	Höhe des Arbeitsentgelts als sozialversicherungserhebliche Tatsache	220
III.	Unrichtige oder unvollständige Angaben (§ 266a Abs. 2 Nr. 1 StGB).....	220
	1. Der richtige Anknüpfungspunkt für die Verletzung von Erklärungspflichten.....	221
	a) Die Meldepflicht nach § 28a SGB IV	222
	b) Der Beitragsnachweis gem. § 28f SGB IV	222
	c) Richtiger Anknüpfungspunkt für die Strafbarkeit	223
	2. Unrichtige Angaben im Beitragsnachweis.....	223
	a) Beitragsnachweis als Bezugspunkt.....	223
	b) Diskrepanz zwischen Wirklichkeit und Erklärung in Fällen der Mindestlohnunterschreitung?	224
	c) Geringfügige Beschäftigung.....	226
	3. Unvollständige Angaben im Beitragsnachweis	227
IV.	Pflichtwidrig in Unkenntnis lassen (§ 266a Abs. 2 Nr. 2 StGB).....	228
V.	Vorenthalten von Beiträgen als Taterfolg der Verletzung von Erklärungspflichten	228
VI.	Ergebnis	229
E.	Der subjektive Tatbestand	229
I.	Allgemeine Anforderungen an den subjektiven Tatbestand	230

II.	Anforderungen an den Vorsatz des Arbeitgebers im Hinblick auf das Vorenthalten.....	230
1.	Kurze Darstellung der einzelnen Vorsatzformen.....	231
2.	Übertragung der Grundsätze auf den Fall der Mindestlohnunterschreitung.....	232
III.	Irrtumsproblematik bei Beitragsvorenthaltungen im Zusammenhang mit Mindestlohnunterschreitungen	235
1.	Einordnung des Tatbestandsmerkmals des Vorenthaltes: Blankettmerkmal oder normatives Tatbestandsmerkmal?	235
a)	Keine klare Einordnung durch Rechtsprechung und Literatur	236
b)	Kriterien für die Abgrenzung von normativen Tatbestandsmerkmalen und Blankettmerkmalen.....	237
c)	Anwendung der Kriterien auf das Merkmal des Vorenthaltes.....	239
2.	Die einzelnen Irrtumskonstellationen	241
a)	Der Arbeitgeber verkennt irrig die Geltung des Anspruchsprinzips	241
b)	Irrtum über die Existenz einer Mindestlohnregelung oder Irrtum über die Anwendbarkeit der Mindestlohnregelung auf das betreffende Arbeitsverhältnis	242
c)	Fazit	243
3.	Anforderungen an die Vermeidbarkeit im Sinne des § 17 S. 2 StGB.....	244
F.	Rechtswidrigkeit.....	244
I.	Keine Einwilligung des Arbeitnehmers.....	244
II.	Kein rechtfertigender Notstand gem. § 34 StGB bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten	245
G.	Auflösung der Konflikte und Wertungswidersprüche	246
I.	Ablehnung der prozessualen Lösung von <i>Ast/Klocke</i>	246
1.	Keine Unterlassungseinheit zwischen Mindestlohnunterschreitung und daraus folgender Beitragsvorenthaltung	246
a)	Tateinheit und Tatmehrheit bei Unterlassungsdelikten	247
b)	Keine natürliche Unterlassungseinheit	248
aa)	Natürliche Handlungseinheit bei Begehungsdelikten.....	249
bb)	Natürliche Unterlassungseinheit bei Unterlassungsdelikten	250
cc)	Bewertung des vorliegenden Falls.....	250

2.	Keine überzeugende Auflösung der Wertungswidersprüche..	252
II.	Lösung auf Konkurrenzebene.....	254
1.	Allgemeine Grundsätze zur unechten Konkurrenz (Gesetzeseinheit)	255
2.	Erscheinungsformen.....	257
3.	Die Voraussetzungen der Konsumtion	258
4.	Stellungnahme.....	260
a)	Höherer Strafraum des § 266a StGB steht der Konsumtion nicht entgegen	260
b)	Enger Sinnzusammenhang rechtfertigt die Annahme von Konsumtion trotz Rechtsgutsverschiedenheit.....	260
c)	Beitragsvorenthaltung gehört zum Regeltatbild des Lohnwuchers.....	261
d)	Zwischenergebnis	262
e)	Behandlung der umgekehrten Fallkonstellation	263
aa)	Straffreiheit der an sich strafbaren Begleittat	263
bb)	Stellungnahme	264
5.	Ergebnis	266
	Fünfter Teil: Zusammenfassung und Endergebnis.....	267
	Anlage: Muster eines Beitragsnachweises	269
	Literaturverzeichnis.....	270