

## 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 Mindestlohinstrumente 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 Mindestlöhne 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

## IV

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

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 Tatbestand 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 Vorenthaltens: 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 Vorenthaltens.....	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 Strafraumen 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