

Heft 11

15. November 2016

S. 341–376

PVSt 24054

Wirtschaftsstrafrecht
Steuerstrafrecht
Unternehmens-,
Gesellschafts- und
Wirtschaftsrecht
Arbeitsrecht

Aufsätze

Wirtschaftsstrafrecht: Rechtliche und tatsächliche Erfassung von Schwarzarbeit – Chancen und Ansatzpunkte für die Strafverteidigung
(Dr. Joachim Kretschmer) 341

Compliance: Scheinselbständigkeit als Compliance-Thema
(Angelika Schmid) 348

Wirtschaftsstrafrecht: Die Sanierung des Nürnbergings und ihre strafrechtlichen Folgen
(Dominik Hotz) 355

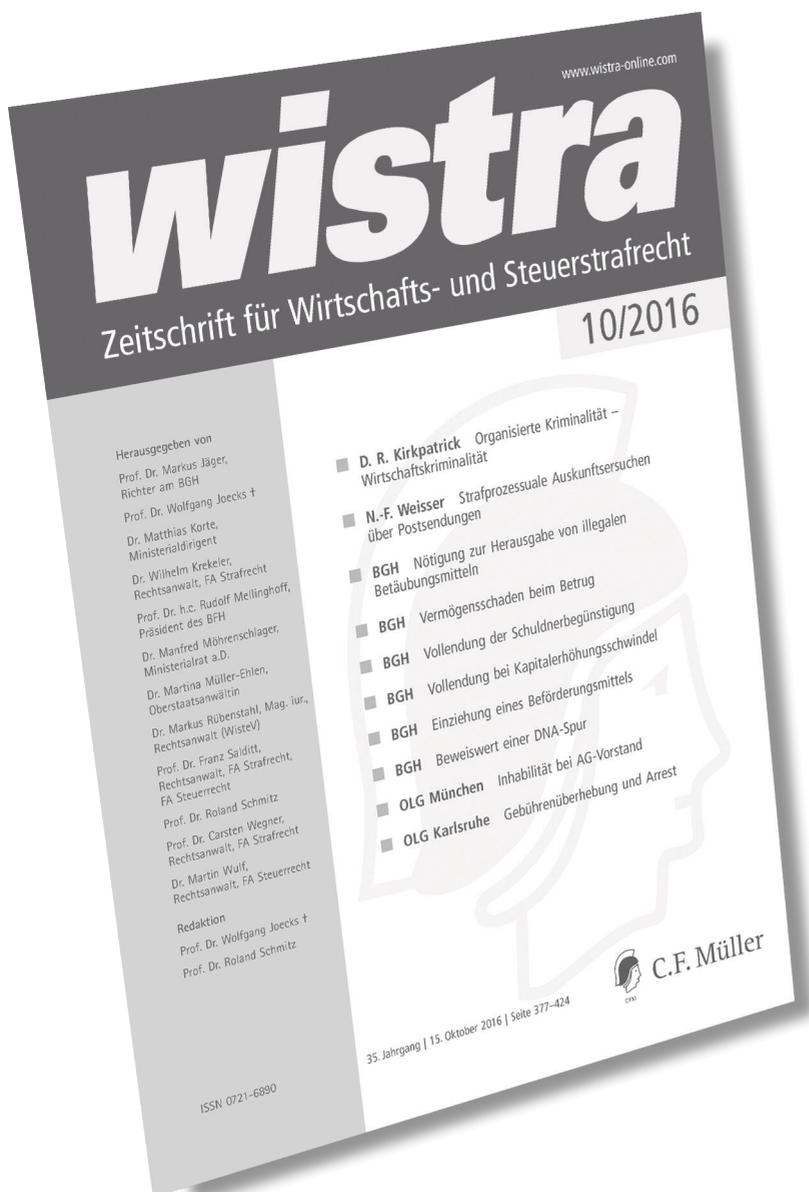
Rechtsprechung

Wirtschaftsstrafrecht: Einfluss von A 1-Entsendebescheinigungen auf illegale Arbeitnehmerüberlassung (OLG Bamberg v. 9.8.2016)
m. Anm. Dr. Alexander Bissels / Hannah Heitfeld 359

Zivilrecht: Haftung des GmbH-Geschäftsführers für Zahlungen nach Zahlungsunfähigkeit (OLG Brandenburg v. 12.1.2016)
m. Anm. Dr. Christoph Poertzgen 363

Verfahrensrecht: Zum Akteneinsichtsrecht bzw. Auskunftsrecht einer Berufsgenossenschaft im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens (OLG Hamm v. 21.4.2016)
m. Anm. Dr. Silke Hüls 369

Die Nummer 1 im Wirtschafts- und Steuerstrafrecht



- Wissenschaftlich fundierte Beiträge für die Praxis
- Entwicklungen der Rechtsprechung, auch der Instanzgerichte
- Aktueller Stand der Gesetzgebung und neue Gesetzgebungsvorhaben
- Online-Archiv ab 2003

Jetzt kostenlos
Probeheft bestellen:

www.wistra-online.com

C.F. Müller GmbH, Abbonementservice, Hultschiner Str. 8, 81677 München
Tel. 089/2183-7110, Fax 089/2183-7620, aboservice@cfmueller.de, www.cfmueeller.de



C.F. Müller

ZWH

Zeitschrift für
Wirtschafts-
strafrecht und
Haftung im
Unternehmen

Inhalt

6. Jahrgang
Heft 11/2016
S. 341 - 376

Beirat

RA Dr. Burkard Göpfert
RAin Dr. Simone Kämpfer
RA Prof. Dr. Christoph Knauer
RA Prof. Dr. Gerd Krieger
Prof. Dr. Hans Kudlich
RA Dr. Michael Racky (WisteV)
RA Dr. Rainer Spatscheck
RA Prof. Dr. Michael Tsambikakis
RAin Renate Verjans
(geschäftsführend)



RA Dr. Markus Adick
LOStA Folker Bittmann
RA Dr. Lars Böttcher
RAin Dr. Margarete
Gräfin von Galen
RA Prof. Dr. Ferdinand Gillmeister
Prof. Dr. Matthias Jahn
RA Dr. Thomas Keul
RA Christoph Lepper, LL.M.
RA Prof. Dr. Holger Matt
RA Dr. Bernd Rainer Mayer
RA Jes Meyer-Lohkamp
RAin Dr. Regina Michalke
RA Dr. Panos Pananis
RA Dr. Markus S. Rieder
RAin Dr. Heide Sandkuhl
RA Dr. Jörg Schauf
RAin Dr. Hellen Schilling
RA Dr. Bernd Wilhelm Schmitz
RA Dr. Oliver Sieg
RA PD Dr. Gerson Trüg
RA Dr. Florian Ufer
RA Nikolai Venn
RA Prof. Dr. Jochen Vetter
RA Dr. Marko Voß

Aufsätze

- Rechtliche und tatsächliche Erfassung von Schwarzarbeit – Chancen und Ansatzpunkte für die Strafverteidigung
RA Dr. Joachim Kretschmer 341
- Scheinselbständigkeit als Compliance-Thema
RAin Angelika Schmid 348
- Die Sanierung des Nürburgrings und ihre strafrechtlichen Folgen – zugleich Besprechung von BGH, Beschl. v. 26.11.2015 – 3 StR 17/15
Dominik Hotz 355

Rechtsprechung

■ Wirtschaftsstrafrecht

- Einfluss von A 1-Entscheidungsbekanntmachungen auf illegale Arbeitnehmerüberlassung (OLG Bamberg, Beschl. v. 9.8.2016 – 3 Ss OWi 494/16)
m. Anm. *RA/FAArbR Dr. Alexander Bissels / Hannah Heitfeld* 359

■ Zivilrecht

- Haftung des GmbH-Geschäftsführers für Zahlungen nach Zahlungsunfähigkeit: Pflicht eines zum Zwecke der Unternehmenssanierung angestellten Geschäftsführers zur Sicherung des Gesellschaftsvermögens (OLG Brandenburg, Ur. v. 12.1.2016 – 6 U 123/13)
m. Anm. *RA Dr. Christoph Poertzgen* 363

■ Verfahrensrecht

- Zum Akteneinsichtsrecht bzw. Auskunftsrecht einer Berufsgenossenschaft im Rahmen eines wegen Untreue bzw. Betruges zu ihrem Nachteil geführten Ermittlungsverfahrens (OLG Hamm, Beschl. v. 21.4.2016 – III-1 VAs 100/15)
m. Anm. *Dr. Silke Hüls* 369

ZWH-aktuell



Jede Woche bestens informiert

mit den Newslettern **Arbeitsrecht, Zivilrecht und Wirtschaftsrecht.**

Wöchentlich und kostenlos:

- alle wichtigen neuen Entscheidungen und Gesetzesvorhaben von erfahrenen Fachredakteuren zusammengestellt
- aktuelle Buch- und Seminartipps aus Ihrem Fachgebiet
- qualifizierte Beiträge zu ausgewählten aktuellen Schwerpunktthemen zum Download

Jetzt hier abonnieren:

www.otto-schmidt.de/newsletter



Impressum

Zeitschrift für Wirtschaftsstrafrecht und Haftung im Unternehmen – ZWH

Redaktion: RA Dr. Adil-Dominik Al-Jubouri (verantwortlicher Redakteur), Petra Fink (Redaktions-Sekr.), Anschrift des Verlages, Tel.: 02 21/9 37 38-5 61 (Red.) bzw. -4 99 (Vertrieb/Abonnementverwaltung), Fax: 02 21/9 37 38-9 52 (Redaktions-Sekr.) bzw. -9 43 (Vertrieb/Abonnementverwaltung), E-Mail: zwh@otto-schmidt.de, Internet: www.zwh-online.de. Zitierweise: ZWH.

Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Gustav-Heinemann-Ufer 58, 50968 Köln, Postfach 51 10 26, 50946 Köln. Erfüllungsort und Gerichtsstand ist Köln.

Anzeigenverkauf: sales friendly Verlagsgeldleistungen, Pfaffenweg 15, 53227 Bonn, Tel. 02 28/9 78 98-0, Fax 02 28/ 9 78 98-20, E-Mail: media@sales-friendly.de, gültig ist die Preisliste 6 vom 1.1.2016.

Satz: Griesch & Rochol Druck GmbH & Co. KG, Gabelberger Straße 1, 59069 Hamm.

Druck: rewi druckhaus, Reiner Winters GmbH, 57537 Wissen, E-Mail: typo@rewi.de.

Erscheinungsweise: Jeweils zum 15. eines Monats. Doppelausgaben im Januar und Juli.

Bezugspreis: Jahresabonnement 309,- €. (Print-Anteil 298,- €/Online-Anteil 11,- €**), Einzelheft 29,80 €. Für Mitglieder der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung (WisteV) im Jahresabonnement 264,- € (Print-Anteil 253,- €/Online-Anteil 11,- €**). Alle Preise verstehen sich inkl. gesetzlicher MwSt. *7% oder **19% sowie zzgl. Versandkosten. Die Rechnungsstellung erfolgt jährlich zu Beginn des Bezugszeitraumes für das aktuelle Kalenderjahr (ggf. anteilig).

ISSN: 2192-8002.

Bestellungen bei jeder Buchhandlung sowie beim Verlag. Kündigungstermin für das Abonnement 6 Wochen vor Jahresschluss.

Hinweis für den Leser: Der Zeitschrifteninhalt wird nach bestem Wissen erstellt, Haftung und Gewähr müssen jedoch wegen der Komplexität und des ständigen Wandels der Rechtslage ausgeschlossen werden.

Urheber- und Verlagsrechte: Manuskripte werden nur zur Alleinveröffentlichung angenommen. Der Autor versichert, über die urheberrechtlichen Nutzungsrechte an seinem Beitrag einschließlich aller Abbildungen allein verfügen zu können und keine Rechte Dritter zu verletzen. Mit Annahme des Manuskripts (Aufsatz, Entscheidungsbearbeitung, Leitsatz) gehen für die Dauer von vier Jahren das ausschließliche, danach das einfache Nutzungsrecht vom Autor auf den Verlag über, jeweils auch für Übersetzungen, Nachdrucke, Nachdruckgenehmigungen und die Kombination mit anderen Werken oder Teilen daraus. Das Nutzungsrecht umfasst insbesondere auch die Befugnis zur Einspeicherung in Datenbanken sowie zur weiteren Vervielfältigung und Verbreitung zu gewerblichen Zwecken im Weg fotomechanischer, elektronischer und anderer Verfahren einschließlich CD-ROM und Online-Diensten.

Die Zeitschrift und alle veröffentlichten Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Dies gilt auch für Entscheidungen und deren Leitsätze, soweit sie redaktionell oder vom Einsender redigiert bzw. erarbeitet wurden. Jede vom Urheberrechtsgesetz nicht ausdrücklich zugelassene Verwertung bedarf vorheriger schriftlicher Zustimmung des Verlages. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigung, Bearbeitung, Übersetzung, Mikroverfilmung und Einspeicherung, Verarbeitung bzw. Wiedergabe in Datenbanken oder anderen elektronischen Medien und Systemen. Fotokopien dürfen nur als Einzelkopien für den persönlichen Gebrauch hergestellt werden. Das Zitieren von Rezensionen ist in vollem Umfang erlaubt.

Dr. Joachim Kretschmer

Rechtliche und tatsächliche Erfassung von Schwarzarbeit – Chancen und Ansatzpunkte für die Strafverteidigung

„Kein Unternehmen, das seine Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter ordnungsgemäß beschäftigt, kann mit Schwarzarbeitern konkurrieren. Mit seinem Einsatz gegen die Schwarzarbeit trägt der Zoll zur gerechten und korrekten Abführung der Abgaben, wie z.B. den Sozialversicherungsbeiträgen, bei. Schwarzarbeiter und ihre Auftraggeber schädigen alle: Sie betrügen die Sozialversicherung, hinterziehen Steuern und gefährden Arbeitsplätze. Die Bekämpfung der Schwarzarbeit hat viele Facetten: Es gibt den Arbeitgeber, der seine Arbeiter nicht zur Sozialversicherung anmeldet, die Arbeitnehmerin, die ohne Steuerkarte arbeitet, den Ausländer, der ohne Aufenthalts- und Arbeitsgenehmigung arbeitet, den Arbeitsverleiher, der ohne Erlaubnis Arbeitskräfte illegal verleiht, die Arbeitslose, die Bezüge bezieht und nebenbei arbeitet und vieles andere mehr. Sie alle haben jedoch eines gemeinsam: Ihr Tun vernichtet dauerhaft legale Arbeitsplätze und erhöht damit die Arbeitslosigkeit, bringt den Staat um Steuern und die Sozialversicherungen um Beiträge. Das verursacht Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten legal arbeitender Unternehmen und Arbeitnehmer, erhöht die Abgabenlast für die Solidargemeinschaft und trägt zur Ausbeutung illegal Beschäftigter bei. Dagegen ist der Zoll tagtäglich mit bundesweit rund 6.700 Beschäftigten im Einsatz.“

Dieses Zitat stammt von der Webseite der Zollverwaltung: Finanzkontrolle Schwarzarbeit zu dem Stichwort Schwarzarbeitsbekämpfung.

I. Definition und Erscheinungsform von Schwarzarbeit

1. Rechtliche Definition

Eine eindeutige Definition des Begriffs Schwarzarbeit gibt es nicht. Bei der Suche stößt man auf das „Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung“ – das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz vom 23.7.2004.

Nach § 1 Abs. 1 SchwarzArbG ist der Zweck des Gesetzes die Intensivierung der Bekämpfung der Schwarzarbeit. Schwarzarbeit begründet staatswirtschaftliche und sozialpolitische Gefahren, wenn sie zu erhöhter Arbeitslosigkeit führt, durch Lohn- und Preisunterbietungen, gewerbliche, vor allem handwerkliche, Betriebe gefährdet und durch minderwertige Leistungen und unsachgemäße Verwendung von Rohmaterialien zur Schädigung der Auftraggeber führt.¹ Zudem werden das Steueraufkommen und das Aufkommen für die Sozialversicherung beeinträchtigt. Zuletzt will der Gesetzgeber auch wettbewerbsverzerrenden Wirkungen entgegenwirken.

Aber schon die begriffliche Erfassung, was Schwarzarbeit eigentlich ist, ist nicht einfach:

In § 1 Abs. 2 SchwarzArbG werden die verschiedenen – fünf – Fallgestaltungen der Schwarzarbeit festgelegt. Es handelt sich dabei in § 1 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 SchwarzArbG um im Sozialrecht und im Steuerrecht geregelte Melde-, Beitrags- und Aufzeichnungspflichten, die bei der Erbringung von Dienst- oder Werksleistungen von den jeweils dazu verpflichteten Personen nicht erfüllt werden. Die Verletzung der im Sozial- und Steuerrecht geregelten Pflichten führt regelmäßig dazu, dass Sozialabgaben und Steuern nicht rechtskonform abgeführt werden bzw. Sozialleistungen zu Unrecht bezogen werden. In § 1 Abs. 2 Nr. 4 und 5 SchwarzArbG werden als Schwarzarbeit auch die Unterlassung einer Gewerbeanzeige nach § 14 GewO bzw. der Nichterwerb einer Reisegewerbekarte nach 55 GewO und die Unterlassung der Eintragung in die Handwerksrolle bezeichnet. § 1 Abs. 2 SchwarzArbG selbst enthält keine eigenen Straftatbestände oder Ordnungswidrigkeiten. Diese finden sich bspw. in den in § 1 Abs. 2 SchwarzArbG erwähnten Rechtsgebieten wie dem Sozialrecht (§ 60 SGB I mit § 404 Abs. 2 Nr. 26 SGB III), dem Steuerrecht (§ 370 AO), dem Strafrecht (§§ 263, 266a StGB) oder auch in der GewO oder der HandwO. Zudem hat das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz in Abschnitt 3

▷ Der Autor ist Inhaber der Lehrbefugnis für Strafrecht und Strafprozessrecht; er ist Rechtsanwalt bei der Kanzlei TSP Theißen Stollhoff & Partner, Berlin.

¹ Siehe *Erbs/Kohlhaas/Amb*, Strafrechtliche Nebengesetze, 2016, SchwarzArbG, Vorbemerkung Rz. 1; *Achenbach/Ransiek/Erdmann*, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2012, XII 5 Rz. 5.

Rechtliche und tatsächliche Erfassung von Schwarzarbeit

eigene Bußgeld- und Strafvorschriften. Dabei handelt es sich zum einen um Qualifikationen der im Sozial- und Gewerberecht geregelten einfachen Verstöße (§§ 8 Abs. 1, 9 SchwarzArbG) und zum anderen werden in § 8 Abs. 2 SchwarzArbG selbständig geregelte Duldungs- und Mitwirkungspflichten sanktioniert. In den §§ 10 ff. SchwarzArbG finden sich zudem vielfältige Strafvorschriften im Hinblick auf die Beschäftigung und Erwerbstätigkeit von Ausländern ohne Genehmigung oder Aufenthaltstitel, die ihrerseits auf Regelungen im Sozialrecht und im AufenthG verweisen.

Durch die vielfache Verweisung auf andere Rechtsgebiete wie das Strafrecht, das Steuerrecht, das Sozialrecht, das Aufenthaltsrecht und das Gewerberecht ist die rechtliche Regelung der Schwarzarbeit äußerst kompliziert und unübersichtlich und für die Normadressaten irrtumsanfällig – da liegen Chancen für die Strafverteidigung. In einzelnen Bestimmungen sind die gesetzlichen Regelungen sehr unbestimmt und kratzen an dem Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG. Wenn § 8 Abs. 1 Nr. 1 lit. a SchwarzArbG als eine Ordnungswidrigkeit festlegt, wenn man entgegen § 60 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB I eine Tatsache, die für eine Leistung nach dem Sozialgesetzbuch erheblich ist, nicht richtig oder nicht vollständig anzeigt und Dienst- oder Werksleistungen in erheblichem Umfang erbringt, bedarf es einer klaren und bestimmten Bestimmung des Begriffs „Dienst- oder Werksleistungen in erheblichem Umfang“. Im Übrigen ist allein der Verstoß nach § 60 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB I eine einfache Ordnungswidrigkeit nach § 404 Abs. 2 Nr. 26 SGB III. Das zeigt den Charakter des § 8 Abs. 1 SchwarzArbG als Qualifikation. Es besteht Gesetzeskonkurrenz mit Vorrang des SchwarzArbG.

Das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz enthält neben den Bußgeld- und Strafvorschriften (Abschnitt 3) in Abschnitt 2 einen Katalog von zulässigen Prüfungen und umfangreichen Befugnissen wie auch einen weitreichenden Katalog von Duldungs- und Mitwirkungspflichten für Arbeitgeber, Arbeitnehmer und andere Personen. Zur Kontrolle der Schwarzarbeit ist die Zollverwaltung zuständig: Finanzkontrolle Schwarzarbeit. Ein Abschnitt 4: Ermittlungen, ein Abschnitt 5: Datenschutz und ein Abschnitt 6: Verwaltungsverfahren und Rechtsweg runden das Gesetz ab.

Rechtstechnisch lässt sich Schwarzarbeit beschreiben als die Verletzung von sozialrechtlichen, steuerrechtlichen, strafrechtlichen, gewerberechtlichen und auch aufenthaltsrechtlichen Regeln bei der Erbringung von Dienst- und Werksleistungen. Dabei sind als Normadressat sowohl der Leistende als auch der Empfänger der Dienst- oder Werksleistungen erfasst.

2. Tatsächliche Erscheinungsform

Welche Bereiche sind besonders von der Schwarzarbeit gefährdet? Nach dem 12. Bericht der Bundesregierung zu den Auswirkungen des Gesetzes über die Bekämpfung der illegalen Beschäftigung vom 27.9.2013² sind nahezu alle, insbesondere die lohnintensiven Wirtschaftszweige, von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung betroffen. Nach den Erfahrungswerten der zuständigen Kontrollbehörden und den betroffenen Wirtschaftskreisen liegen die Schwerpunkte der Schwarzarbeit und der illegalen Beschäftigung in den in § 2a SchwarzArbG genannten Branchen, bspw. also dem Baugewerbe und dem Gaststättengewerbe wie auch in der Fleischwirtschaft und dem Gebäudereinigungsgewerbe. Die in den in § 2a SchwarzArbG tätigen Personen müssen während ihrer Tätigkeit ihr Ausweispapier mit sich führen und den Behörden der Zollverwaltung auf Verlangen vorlegen. Und diese Mitführ- und Vorlagepflicht wird durch die Ordnungswidrigkeit nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 SchwarzArbG abgesichert. Den Arbeitgeber trifft hingegen nach § 2a Abs. 2 SchwarzArbG eine schriftliche Hinweispflicht des Arbeitnehmers auf eben diese Mitführ- und Vorlagepflicht, die ebenfalls als Ordnungswidrigkeit (§ 8 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG) sanktioniert werden kann. Was für ein bürokratischer Aufwand!

Umfang und Entwicklung von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung zu messen und mit absoluten Zahlen zu belegen, ist nach wie vor nicht möglich. Dies liegt in der Natur der Schwarzarbeit, die sich in der Regel im Verborgenen abspielt und sich der statistischen Erfassung entzieht. Es gibt ein hohes Dunkelfeld. Der 12. Bericht der Bundesregierung zu den Auswirkungen des Gesetzes über die Bekämpfung der illegalen Beschäftigung vom 27.9.2013³ benennt einige Studien, die Schätzungen zum Umfang der Schwarzarbeit in Deutschland nennen. So soll der Umfang der Schattenwirtschaft in Deutschland nach einer Studie des IAW bei etwa 350 Mrd. Euro liegen, was etwa einem Anteil von 14 % am offiziellen BIP entspricht.

Nach dem 12. Bericht der Bundesregierung zu den Auswirkungen des Gesetzes über die Bekämpfung der illegalen Beschäftigung vom 27.9.2013⁴ ergaben sich für 2012 folgende Arbeitsergebnisse der Finanzkontrolle Schwarzarbeit: Eingeleitete Ermittlungsverfahren wegen Straftaten: 104.283; abgeschlossene Ermittlungsverfahren wegen Straftaten: 105.680; eingeleitete Ermittlungsverfahren wegen Ordnungswidrigkeiten: 44.165; abgeschlossene Ermittlungsverfahren wegen Ordnungswidrigkeiten: 62.175; Summe der Geldstrafen aus Urteilen und Strafbefehlen: 27,2 Mio. Euro; Summe der festgesetzten Geldbußen, Verwarnungsgelder und Verfall: 41,3 Mio. Euro; Summe der vereinnahmten Geldbußen, Verwarnungsgelder und Verfall: 16 Mio. Euro; Schadenssumme im Rahmen der strafrechtlichen und bußgeldrechtlichen Ermittlungen: 751,9 Euro; Summe der Freiheitsstrafen: 2.082 Jahre.

² BT-Drucks. 17/14800.

³ BT-Drucks. 17/14800, 3 f.; s. auch *Fehn/Fehn*, Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz, 2006, § 1 Rz. 1.

⁴ BT-Drucks. 17/14800, 18 f.

Rechtliche und tatsächliche Erfassung von Schwarzarbeit

Der Schwerpunkt der Bekämpfung der Schwarzarbeit soll anerkanntermaßen im gewerblichen Bereich liegen.⁵ Demgegenüber setzt die Bekämpfung der Schwarzarbeit im privaten Bereich eher bei der Schaffung von attraktiven und einfachen Möglichkeiten an, sich legal zu verhalten. Das Angebot von Minijobs in Privathaushalten mit einer pauschalen Steuer- und Beitragspflicht für Arbeitnehmer und Arbeitgeber betrifft sowohl den Sozialversicherungsbereich als auch die Steuerpflichten. Die *Süddeutsche Zeitung* hat am 23.4.2016 von einer Umfrage berichtet, nach der 95 % aller Deutschen, die daheim eine Putzhilfe beschäftigen, das illegal machen. Danach registrierte in etwa 4,3 Millionen Haushalten die Schwarzarbeit. Haben Sie Ihre Putzhilfe angemeldet?⁶

Aus der Vielzahl der als Schwarzarbeit erfassten Sanktionsnormen können und sollen nur einige typische näher besprochen werden, um Bedeutung und Systematik des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit aufzuzeigen.

II. Gesetzliche Erfassung von Schwarzarbeit

1. Sozialrechtliche Regelungen

Die sozialversicherungsrechtlichen Melde-, Beitrags- und Aufzeichnungspflichten des Arbeitgebers, Unternehmers oder des versicherungspflichtigen Selbständigen im Zusammenhang mit der Ausführung von Dienst- und Werkleistungen findet man in den Sozialgesetzbüchern.⁷

*Beispiel:*⁸ Eine GmbH ist auf dem Gebiet der Zustellung von Postsendungen tätig. Der Geschäftsführer meldete die Aufnahme der Tätigkeit einer sozialrechtlich meldepflichtigen Beschäftigung einer Arbeitnehmerin erst am 1.7., obgleich die Beschäftigung bereits am 12.6. aufgenommen worden war.

Nach § 28a SGB IV treffen den Arbeitgeber eine Vielzahl von Meldepflichten gegenüber der Einzugsstelle. Nach § 28a Abs. 4 SGB IV muss der Arbeitgeber in den dort erwähnten Tätigkeitsbereichen die Aufnahme der Beschäftigung sofort melden. Die Sofortmeldepflicht wurde mit Wirkung vom 1.1.2009 für die Wirtschaftsbereiche oder -zweige eingeführt, in denen der Gesetzgeber ein erhöhtes Risiko für Schwarzarbeit und illegale Beschäftigung sah. Die Liste ist identisch mit der in § 2a SchwarzArbG. Dazu zählt auch das Transportgewerbe. Die vorsätzliche oder leichtfertige Verletzung dieser Pflicht ist nach § 111 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV eine Ordnungswidrigkeit. Die Zustellung von Postsendungen ist als Beförderung von Gütern und Sendungen Transportgewerbe. Die Pflicht trifft den Arbeitgeber. Im Strafrecht und im Ordnungswidrigkeitenrecht wird über § 14 StGB und § 9 OWiG die Sonder-eigenschaft als Arbeitgeber auf Organe und anderes Leitungspersonal einer juristischen Person übertragen,⁹ so dass der Geschäftsführer der GmbH (§ 35 GmbHG) zum

Normadressaten des § 28a SGB IV wird. Wir sind mitten drin im Wirtschaftsstrafrecht. Das begründet auch die Zuständigkeit der Wirtschaftsstrafkammer am LG nach § 74c Nr. 6 b) GVG für Straftaten nach dem Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz, soweit zur Beurteilung des Falles besondere Kenntnisse des Wirtschaftslebens erforderlich sind.

Aus dem StGB ist vor allem § 266a StGB einschlägig, wenn es um die Nichterfüllung sozialversicherungsrechtlicher Beitragspflichten geht.

Während sich § 1 Abs. 2 Nr. 1 SchwarzArbG auf den Empfänger der Schwarzarbeit bezieht, ist § 1 Abs. 2 Nr. 3 SchwarzArbG an den Erbringer der Dienst- oder Werkleistung adressiert. Schwarzarbeit leistet, wer Dienst- oder Werkleistungen erbringt und dabei als Empfänger von Sozialleistungen sich auf Grund der Dienst- oder Werkleistungen ergebenden Mitteilungspflichten gegenüber dem Sozialleistungsträger nicht erfüllt. Die entsprechenden Normen des Sozialrechts sind § 60 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 SGB I. Die bloße Verletzung der sozialrechtlichen Mitteilungspflicht ist eine Ordnungswidrigkeit nach § 404 Abs. 2 Nr. 26 und Nr. 27 SGB III. Das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz bezieht sich allein auf Lohnersatzleistungen.¹⁰ Der Leistungsmissbrauch, also das Erschleichen von Sozialleistungen im Zusammenhang mit der Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen ist der am häufigsten vorkommende Fall der Schwarzarbeit der Arbeitnehmer.¹¹

Die bloße Verletzung der Mitteilungspflichten nach § 60 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 SGB I ist nach § 404 Abs. 2 Nr. 26 und Nr. 27 SGB III eine vorsätzliche oder fahrlässige Ordnungswidrigkeit. Diese wird zu einer vorsätzlichen qualifizierten Ordnungswidrigkeit gem. § 8 Abs. 1 Nr. 1 lit. a und b SchwarzArbG, wenn Dienst- oder Werkleistungen in erheblichem Umfang erbracht werden. Zu einer Straftat nach § 9 SchwarzArbG wird die Verletzung der sozialrechtlichen Mitteilungspflicht, wenn der Täter dadurch bewirkt, dass ihm eine Sozialleistung im Zusammenhang mit der Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen gewährt wird. Eine Straftat liegt demnach bereits vor, wenn die entsprechende Sozialleistung zu Unrecht bezogen wird. Eines betrügerischen Handelns bedarf es nicht. § 9 SchwarzArbG ist gegenüber § 263 StGB subsidiär.

Die eigenständige Sanktionsnorm des § 8 Abs. 1 SchwarzArbG bezieht sich systematisch auf ausgewählte Verstöße des Sozialrecht, des Asylbewerbergesetzes und des Gewerberechts, die ihrerseits in den speziellen Gesetzen eine einfache Ordnungswidrigkeit bilden: §§ 404 Abs. 2 Nr. 26 und 27 SGB III, § 13 AsylbewerberG, § 146 Abs. 2 Nr. 2 GewO, § 117 HandwerksO. Das eigenständige Tatbestandsmerkmal in § 8 SchwarzArbG ist das Erbringen

⁵ Achenbach/Ransiek/Erdmann, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2012, XII 5 Rz. 3; Erbs/Kohlhaas/Amb, Strafrechtliche Nebengesetze, 2016, SchwarzArbG, Vorbemerkungen Rz. 4.

⁶ Schauen Sie auf die Webseite „minijob-zentrale“.

⁷ Siehe dazu Erbs/Kohlhaas/Amb, Strafrechtliche Nebengesetze, 2016, SchwarzArbG, § 1 Rz. 5.

⁸ Nach OLG Düsseldorf v. 25.7.2012 – IV - 1 RBs 53/12, juris.

⁹ Dazu AnwK-StGB/Tsambikakis/Kretschmer, StGB, 2. Aufl. 2015, § 14.

¹⁰ Erbs/Kohlhaas/Amb, Strafrechtliche Nebengesetze, 2016, SchwarzArbG, § 1 Rz. 8; Achenbach/Ransiek/Erdmann, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2012, XII 5 Rz. 11.

¹¹ So Erbs/Kohlhaas/Amb, Strafrechtliche Nebengesetze, 2016, SchwarzArbG, § 1 Rz. 7.

Rechtliche und tatsächliche Erfassung von Schwarzarbeit

von Dienst- oder Werksleistungen in einem erheblichem Umfang.

Dienst- und Werksleistungen bestimmen sich nach den §§ 611 ff. und 631 ff. BGB.¹² In einem weiten Verständnis sind aber auch Werklieferungsverträge, Makler- und Geschäftsbesorgungsverträge erfasst. Wann aber liegt der erhebliche Umfang vor? Der erhebliche Umfang solcher Leistungen ist nach einem objektiven Maßstab sowie unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu beurteilen.¹³ Wenn objektive Maßstäbe entscheidend sind, soll gerade nicht der Wert, den die Beteiligten der Leistung zumessen, entscheidend sein. Eine solche einfallorientierte Bewertung gewährt einen weiten Spielraum für die Bußgeldbehörde und für die Gerichte. Das hat stets den Makel des Willkürlichen und Unbestimmten. Die Dienst- oder Werksleistungen müssen einen erheblichen Umfang haben. Wird ein Schwarzarbeiter mit seiner Arbeitskraft voll, überwiegend oder in laufender Folge tätig, so soll seine Leistung einen erheblichen Umfang haben.¹⁴ Maßgeblich für die einfallorientierte Beurteilung sollen daher die Dauer, die Häufigkeit, die Regelmäßigkeit, die Intensität der Arbeitsleistung und der für die Schwarzarbeit erforderliche Grad der Vorbildung sein. Bei Werkleistungen kommt es eher auf den Umfang des erstellten Werks als auf den zeitlichen Aufwand an.¹⁵ Ein erheblicher Umfang wird angenommen, wenn die Leistungserbringung einen hohen Aufwand erfordert oder das gezahlte Entgelt einen maßgeblichen Beitrag zur Bestreitung des Lebensunterhalts ausmacht.¹⁶ Ausreichend ist auch eine regelmäßige Tätigkeit nur für wenige Stunden pro Woche wie die Tätigkeit einer Putzhilfe.¹⁷ Bei Unternehmern wird jedenfalls bei einem Auftragsvolumen von 10.000 Euro bezogen auf einen Auftrag von einem erheblichen Umfang auszugehen sein.¹⁸ Es kommt dagegen nicht darauf an, ob dem Erbringer der Dienst- oder Werksleistung wirtschaftliche Vorteile in einem erheblichen Umfang zukommen. Er kann letztlich auch Verlust gemacht haben.

Die verfassungsrechtlich bedenkliche Unbestimmtheit¹⁹ zeigt sich im Kleinen, wenn die Dienst- oder Werksleistungen von mehreren erbracht werden. Können die Leistungen mehrerer Schwarzarbeiter, die gemeinsam tätig sind, bei der Beurteilung der Erheblichkeit im Rahmen des § 8 Abs. 1 Nr. 1 SchwarzArbG – „wer erbringt“ – kumulativ betrachtet werden?²⁰ Da im Strafrecht und im Ordnungswidrigkeitenrecht der Bestimmtheitsgrundsatz gilt, entscheidet der Wortlaut des § 8 Abs. 1 Nr. 1 SchwarzArbG. Die Dienst- oder Werksleistung muss dem-

nach für jeden einzelnen Erbringer von einem erheblichen Umfang sein.

Ein Verstoß gem. § 8 Abs. 1 Nr. 1 lit. a bis c SchwarzArbG kann für den Leistungserbringer und auch für den Leistungsempfänger (Nr. 2) sehr teuer werden, da § 8 Abs. 3 SchwarzArbG in diesem Fall eine Geldbuße bis zu 300.000 Euro ermöglicht.

2. Steuerrechtliche Regelungen

Schwarzarbeit und Steuerhinterziehung stehen in einem unmittelbaren Zusammenhang. Steuerliche Pflichten im Zusammenhang mit der Schwarzarbeit werden regelmäßig in der Absicht der Steuerhinterziehung (§ 370 AO) verletzt. Zu den Steuern im Zusammenhang mit Dienst- und Werksleistungen gehören insbesondere die Umsatzsteuer, die Einkommenssteuer, die Körperschaftsteuer und die Gewerbesteuer.²¹ Die einzelnen steuerlichen Pflichten ergeben sich aus der AO und den Einzelsteuergesetzen. In diesem Bezug über § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG auf das Steuerrecht zeigt sich die tatsächliche und rechtliche Komplexität des Themas Schwarzarbeit. Steuerrecht und Steuerstrafrecht zählen gewiss zu den schwierigsten Themenkomplexen.

Im Rahmen eines privaten Arbeitsverhältnisses muss ein privater Arbeitgeber sowohl Lohnsteuer (§ 38 Abs. 3 EStGB) als auch Sozialversicherungsbeiträge entrichten, während die selbständig tätige private Putzhilfe²² ihr Einkommen versteuern muss. Eine Erleichterung bieten die mini-jobs in Privathaushalten.

3. Gewerberecht

In die Tiefen des Gewerberechts führt § 1 Abs. 2 Nr. 4 und 5 SchwarzArbG. Danach ist das Erbringen von Dienst- oder Werkleistungen Schwarzarbeit, wenn die formalen Verstöße nach der GewO bzw. HandwerksO begangen werden. Die in den speziellen Gesetzen bereits als einfache Ordnungswidrigkeiten erfassten Verstöße werden nach § 8 Abs. 1 SchwarzArbG zu einer qualifizierten Ordnungswidrigkeit, wenn die erbrachten Dienst- oder Werkleistungen einen erheblichen Umfang haben.

*Beispiel.*²³ Die Betroffene beauftragte in der ersten Hälfte des Jahres 1997 die Firma M GmbH damit, an dem von ihr errichteten Neubau die Trockenausbauarbeiten auszuführen. Es handelte sich um das Zuschneiden und Anbringen von Rigipsplatten. Die Auftragssumme belief sich

¹² Dazu *Erbs/Kohlhaas/Amb*s, Strafrechtliche Nebengesetze, 2016, SchwarzArbG, § 8 Rz. 22; *Achenbach/Ransiek/Erdmann*, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2012, XII 5 Rz. 51.

¹³ *Erbs/Kohlhaas/Amb*s, Strafrechtliche Nebengesetze, 2016, SchwarzArbG, § 8 Rz. 21; *Achenbach/Ransiek/Erdmann*, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2012, XII 5 Rz. 54; *Ignor/Mosbacher*, Arbeitsstrafrecht, 3. Aufl. 2016, § 19 Rz. 145.

¹⁴ So OLG Düsseldorf v. 3.9.1999 – 5 Ss (OWi) 145/98, StraFo 1999, 428; *Erbs/Kohlhaas/Amb*s, Strafrechtliche Nebengesetze, 2016, SchwarzArbG, § 8 Rz. 23.

¹⁵ *Achenbach/Ransiek/Erdmann*, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2012, XII 5 Rz. 55.

¹⁶ Siehe *Kohlmann/Hilgers-Klautzsch*, Steuerstrafrecht, 2014, § 370 AO Rz. 1275.

¹⁷ *Berwanger*, BB-Special 2/2004, 10 (13).

¹⁸ So *Gercke/Leimenstoll in Böttger*, Wirtschaftsstrafrecht in der Praxis, 2015, 2. Aufl., Kapitel 11 Rz. 72.

¹⁹ Siehe *Fehn/Fehn*, Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz, 2006, § 8 Rz. 11.

²⁰ „Nein“ sagt *Ignor/Mosbacher*, Arbeitsstrafrecht, 3. Aufl. 2016, § 19 Rz. 145; „ja“ sagt *Erbs/Kohlhaas/Amb*s, Strafrechtliche Nebengesetze, 2016, SchwarzArbG, § 8 Rz. 22.

²¹ Siehe *Fehn/Fehn*, Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz, 2006, § 1 Rz. 31.

²² Siehe *Berwanger*, BB-Special 4/2004, 10.

²³ OLG Düsseldorf v. 3.9.1999 – 5 Ss (OWi) 145/98, StraFo 1999, 428.

Rechtliche und tatsächliche Erfassung von Schwarzarbeit

auf DM 7.500 einschließlich Mehrwertsteuer. Diese Arbeiten wurden von der Firma M GmbH Anfang Juni 1997 auftragsgemäß ausgeführt; sie erhielt von der Betroffenen die vereinbarte Vergütung von DM 7.500 einschließlich Mehrwertsteuer. Die Firma M GmbH war mit der Tätigkeit „Trockenausbauarbeiten“ nicht in der Handwerksrolle eingetragen; wohl lag ein auf sie lautender Eintrag für „Maler- und Lackierarbeiten“ bei der zuständigen Handwerkskammer vor. Die Betroffene war bei der Auftragsvergabe davon ausgegangen, dass die Firma M GmbH die an sie vergebenen Trockenausbauarbeiten tätigen dürfe, da sie in der Geschäftskorrespondenz im Briefkopf mit „moderner Fassadengestaltung, Malerbetrieb, Mitglied der Malerinnung“ für sich warb.

§ 8 Abs. 1 SchwarzArbG sanktioniert nach Nr. 1 den Leistungserbringer, während die Nr. 2 den Leistungsempfänger erfasst.

OLG Düsseldorf: „Der Umfang solcher Dienst- oder Werkleistungen ist nach objektiven Maßstäben unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles zu beurteilen. Maßgeblich sind insbesondere Dauer, Häufigkeit, Regelmäßigkeit und Intensität der Leistungen sowie der Grad der für ihre Ausführung erforderlichen Ausbildung bzw. Vorbildung. Bei Werkleistungen ist in erster Linie auf den Umfang des erstellten Werkes oder dessen Wert abzustellen (...). Durch die Beschränkung auf den Umfang der Leistungen soll nach der Absicht des Gesetzgebers sichergestellt werden, dass untergeordnete und/oder kleinere Leistungen nicht erfasst werden.“²⁴ Nach dem OLG Düsseldorf bedarf es zur Beurteilung des erheblichen Umfangs genauer Feststellungen zur zeitlichen Dauer der Arbeiten sowie zur Menge und zum Preis des benötigten und verarbeiteten Materials. Die Anzahl der an der Baustelle eingesetzten Mitarbeiter der Firma M sei von Bedeutung. Schließlich sei zu klären, welche Ausbildung bzw. fachliche Qualifikation die fachgerechte Ausführung der Arbeiten erforderte. Hier zeigt sich die Unbestimmtheit des Tatbestandsmerkmals der Dienst- und Werkleistungen in einem erheblichen Umfang. Es ist dem Normadressaten kaum möglich, durch Auslegung den Anwendungsbereich und die Tragweite des § 8 SchwarzArbG zu erfassen.²⁵

Im Übrigen erfasst § 8 Abs. 1 SchwarzArbG allein vorsätzliches Handeln – § 10 OWiG. Der Leistungsempfänger muss danach vorsätzlich bezüglich aller Tatumstände handeln. Demnach muss er nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 SchwarzArbG wissentlich und willentlich dahingehend handeln, dass der Leistungserbringer entgegen § 1 HandwerksO handelt. Das Fehlen der Eintragung in die Handwerksrolle ist objektives Tatbestandsmerkmal. Ein Irrtum darüber ist ein vorsatzausschließender Tatumstandsirrtum (§ 11 Abs. 1 OWiG).²⁶ Die entscheidende Frage ist, ob

Trockenausbauarbeiten unter § 1 HandwerksO fallen. Spontan wird diese Frage selbst für den Juristen schwer zu beantworten sein: Trockenausbauarbeiten fallen unter das Stukkateurhandwerk und nicht unter Maler- und Lackierarbeiten (Anlage A HandwerksO). Nur, wer soll und kann das wissen? Als Vorsatzdelikt muss dem Leistungsempfänger der gewerberechtliche Verstoß des Leistungserbringers nachgewiesen werden. Hier bieten sich in dem komplexen Gebiet des Gewerberechts Chancen für die Strafverteidigung.

Die Verwerflichkeit der Schwarzarbeit wird häufig damit begründet, dass Steuern und Sozialabgaben nicht geleistet werden. Die Verstöße nach § 1 Abs. 2 Nr. 4 und 5 SchwarzArbG und deren Sanktionierung in der GewO und der HandwerksO und in § 8 Abs. 1 Nr. 1 lit. d und e und Nr. 2 SchwarzArbG wirken dagegen eher formal. Nichtsdestotrotz werden der Schutz der Gewerbebetriebe und des Handwerks als ein wichtiges Gemeinschaftsgut angesehen.²⁷

4. Illegale Beschäftigung

Illegale Beschäftigung ist ein weites Deliktsfeld. Erfasst werden Verstöße gegen das AEntG, die illegale Arbeitnehmerüberlassung nach dem AÜG sowie die illegale Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer.²⁸ Das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz enthält seinerseits einige Straftatbestände, die sich mit der illegalen Beschäftigung von ausländischen Beschäftigten befassen: §§ 10, 10a, 11 SchwarzArbG.

Die Systematik ist wiederum eine solche, dass die §§ 10 und 11 SchwarzArbG einfache Verstöße nach dem SGB III zu Straftaten qualifizieren. So verweist § 10 SchwarzArbG auf die Ordnungswidrigkeit des § 404 Abs. 2 Nr. 3 SGB III. Danach handelt ordnungswidrig, wer vorsätzlich oder fahrlässig entgegen § 284 Abs. 1 SGB III oder § 4 Abs. 3 Satz 2 AufenthG einen Ausländer beschäftigt. Übrigens ist die illegale Ausübung einer Beschäftigung für den Ausländer auch eine Ordnungswidrigkeit (§ 404 Abs. 2 Nr. 4 SGB III). Der gesetzliche Weg geht also über § 4 Abs. 3 Satz 2 AufenthG. Danach dürfen Ausländer eine Erwerbstätigkeit nur ausüben, wenn ihr Aufenthaltstitel sie dazu berechtigt. Und wann welcher Aufenthaltstitel unter welchen Voraussetzungen eine Erwerbstätigkeit erlaubt, ist äußerst kompliziert im AufenthG und anderen Vorschriften geregelt.²⁹ Bspw. erlaubt ein Aufenthaltstitel aus humanitären Gründen nach § 25 AufenthG qua Gesetzes zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit. § Abs. 3 Satz 4 AufenthG legt dem Arbeitgeber ausdrücklich eine Prüfungspflicht auf.³⁰

§ 10 Abs. 1 SchwarzArbG stuft eine Ordnungswidrigkeit nach § 404 Abs. 2 Nr. 3 SGB III zu einer – vorsätzlichen

²⁴ OLG Düsseldorf v. 3.9.1999 – 5 Ss (OWi) 145/98, StraFo 1999, 428.

²⁵ Fehn/Fehn, Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz, 2006, §§ 8,9 Rz. 11.

²⁶ Dazu Erbs/Kohlhaas/Amb, Strafrechtliche Nebengesetze, 2016, SchwarzArbG, § 8 Rz. 26.

²⁷ So Achenbach/Ransiek/Erdmann, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2012, XII 5 Rz. 31; kritisch Fehn/Fehn, Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz, 2006, § 1 Rz. 23 ff.

²⁸ Siehe Achenbach/Ransiek/Erdmann, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2012, XII 4; Kohlmann/Hilgers-Klautzsch, Steuerstrafrecht, 2014, § 370 AO Rz. 1277 ff.

²⁹ Siehe J. Kretschmer, Ausländerstrafrecht, 2012, § 8; dazu auch das Merkblatt der Bundesagentur für Arbeit: Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in Deutschland.

³⁰ Dazu Eisele in Rotsch, Criminal Compliance, 2015, § 22 Rz. 20.

Rechtliche und tatsächliche Erfassung von Schwarzarbeit

– Straftat hoch, wenn der Arbeitgeber – § 9 OWiG/§ 14 StGB – einen Ausländer zu Arbeitsbedingungen beschäftigt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu den Arbeitsbedingungen deutscher Arbeitnehmern stehen, die die gleiche oder eine vergleichbare Tätigkeit ausüben. Schutzgut ist neben dem Schutz des inländischen Arbeitsmarktes auch die soziale Absicherung des Ausländers.³¹ Zu den Bedingungen zählen neben dem gezahlten Lohn auch Urlaub, Arbeitszeit, Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, die Einhaltung elementarer Arbeitsschutzvorschriften sowie die Anmeldung zur Sozialversicherung und das Abführen der Lohnsteuer.³² Ein typischer Anhaltspunkt wird das Lohngefüge sein. So wird bereits bei einer Abweichung von 20 % auf auffälliges Missverhältnis angenommen.³³ Konsequenterweise ist nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 SchwarzArbG die Zollverwaltung auch im ausländerrechtlichen Bereich prüfungsbefugt.

In seinen Verweisungen auf Regelungen im SGB III und im AufenthG ist auch § 11 SchwarzArbG kompliziert und damit irrtumsanfällig (§§ 16, 17 StGB) – eine Chance für die Strafverteidigung. Zu beachten ist, dass nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. b und d SchwarzArbG auch der Ausländer, der ohne Erlaubnis eine Erwerbstätigkeit ausübt unter die Norm fällt, wenn er das beharrlich wiederholt.

Bei den Sanktionen ist auf die §§ 98b und 98c AufenthG zu achten. § 98b regelt einen Ausschluss von Subventionen i.S.d. § 264 StGB bei bestimmten rechtskräftigen Verurteilungen nach § 404 Abs. 2 Nr. 3 SGB III und eben auch nach den §§ 10, 10a, 11 SchwarzArbG. § 98c AufenthG regelt einen Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge. Es sind solche außerstrafrechtlichen Sanktionen, die wirtschaftlich existenzgefährdend für ein Unternehmen sein können. Darauf ist bei einem anwaltlichen Mandat zu achten. Eine Einstellung nach den §§ 153 und 153a StPO hindert Maßnahmen nach den §§ 98b und c AufenthG.

5. § 8 Abs. 2 SchwarzArbG

Das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz legt Arbeitgebern, Arbeitnehmern, Auftraggebern und anderen Personen ein erhebliches Maß an Duldungs- und Mitteilungspflichten bei einer präventiven Prüfung nach § 2 SchwarzArbG auf – § 5 SchwarzArbG. Hinzu tritt § 2a Abs. 1 SchwarzArbG, der eine Mitführungs- und Vorlagepflicht von Ausweispapieren in den typischerweise von Schwarzarbeit betroffenen Tätigkeitsfeldern betrifft, während nach Abs. 2 den Arbeitgeber eine besondere Hinweispflicht trifft. Die in § 2a und § 5 SchwarzArbG geregelten Pflichten sind in § 8 Abs. 2 SchwarzArbG als vorsätzliche und fahrlässige Ordnungswidrigkeit abgesichert. So kann ein Verstoß ge-

gen § 2a Abs. 1 SchwarzArbG maximal 5.000 Euro kosten (§ 8 Abs. 3 SchwarzArbG). Die Duldungs- und Mitwirkungspflichten können mit den Zwangsmitteln der Abgabenordnung durchgesetzt werden – § 22 SchwarzArbG.³⁴

§ 5 Abs. 1 Satz 3 SchwarzArbG enthält ein Auskunftsverweigerungsrecht für die Befragten – *nemo tenetur se ipsum accusare*. Dieses bezieht sich allein auf die Auskunftspflicht und lässt die weiteren Duldungs- und Mitwirkungspflichten unberührt. Das ist verfassungsrechtlich bedenklich.³⁵ Daher ist die Vorlage von Geschäftsunterlagen als Teil der Auskunftspflicht zu behandeln.³⁶

6. Ausnahme

In den in § 1 Abs. 3 SchwarzArbG geregelten Fällen liegt keine Schwarzarbeit vor. Das gilt vor allem für Dienst- und Werksleistungen im Wege der Nachbarschaftshilfe oder aus Gefälligkeit, wenn diese nicht nachhaltig auf Gewinn gerichtet ist. Diese nicht gewinnorientierten Hilfeleistungen begründen kein Arbeitsverhältnis und sind daher sozialversicherungsrechtlich ohne Bedeutung. Als nicht nachhaltig auf Gewinn gerichtet gilt eine Tätigkeit, die gegen geringes Entgelt erbracht wird. Ein wertmäßiger Schwellenwert lässt sich nicht benennen.³⁷ Im Vordergrund stehen hier persönliche und sozialübliche Hilfeleistungen.

III. Kontrolle

Die Behörden der Zollverwaltung haben erhebliche Prüfungs- und Ermittlungsrechte. Die wirksame Bekämpfung der Schwarzarbeit und der illegalen Beschäftigung setzt eine enge Koordination der beteiligten Behörden und Stellen voraus. Die Zollverwaltung – Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS) – arbeitet nach § 2 Abs. 2 und § 6 SchwarzArbG mit den dort erwähnten Behörden und Stellen zusammen. In der organisatorischen Zusammenarbeit zeigt sich erneut der Querschnittscharakter der Schwarzarbeit aus Steuerrecht, Sozialrecht, Aufenthaltsrecht und Asylrecht, Gewerberecht und Polizeirecht. Bedeutsam ist, dass die FKS eine Zollbehörde mit polizeilichen Befugnissen ist. Ihre Prüfrechte auf Schwarzarbeit nach § 2 SchwarzArbG sind unabhängig von einem begründeten Anfangsverdacht.³⁸ Es handelt sich bei der Prüfung nach § 2 SchwarzArbG um eine polizeilich-präventive Maßnahme. Entsteht während der Prüfung ein Anfangsverdacht nach § 152 Abs. 2 StPO ist die Prüfung abzubrechen und ein Ermittlungsverfahren einzuleiten.³⁹ Das Verfahrensrecht wechselt zur StPO. Mitwirkungspflichten nach § 5 Abs. 1 Satz 1 SchwarzArbG bestehen dann keine mehr.

³¹ So J. Kretschmer, *Ausländerstrafrecht*, 2012, § 8 Rz. 26; Eisele in Rotsch, *Criminal Compliance*, 2015, § 22 Rz. 19.

³² Siehe OLG Frankfurt v. 25.2.2005 – 1 Ss 9/04, BeckRS 2005, 03526; J. Kretschmer, *Ausländerstrafrecht*, 2012, § 8 Rz. 22 ff.

³³ Eisele in Rotsch, *Criminal Compliance*, 2015, § 22 Rz. 24; Fehn/Fehn, *Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz*, 2006, §§ 10, 11 Rz. 4.

³⁴ Fehn/Fehn, *Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz*, 2006, § 3 Rz. 20, §§ 22, 23 Rz. 2.

³⁵ Siehe Kohlmann/Hilgers-Klautzsch, *Steuerstrafrecht*, 2014, § 370 AO Rz. 1290.

³⁶ So Erbs/Kohlhaas/Amb, *Strafrechtliche Nebengesetze*, 2016, SchwarzArbG, § 5 Rz. 5; Ignor/Mosbacher, *Arbeitsstrafrecht*, 3. Aufl. 2016, § 19 Rz. 152.

³⁷ Kohlmann/Hilgers-Klautzsch, *Steuerstrafrecht*, 2014, § 370 AO Rz. 1264.2.

³⁸ Siehe FG Hamburg v. 20.10.2010 – 4 K 34/10, juris; Erbs/Kohlhaas/Amb, *Strafrechtliche Nebengesetze*, 2016, SchwarzArbG, § 2 Rz. 1; Ignor/Mosbacher, *Arbeitsstrafrecht*, 3. Aufl. 2016, § 19 Rz. 11.

³⁹ So Ignor/Mosbacher, *Arbeitsstrafrecht*, 3. Aufl. 2016, § 19 Rz. 11.

Rechtliche und tatsächliche Erfassung von Schwarzarbeit

Gefahrenabwehr, und darunter fällt § 2 SchwarzArbG, und Strafverfolgung sind tatsächlich und rechtlich strikt zu trennen. Daneben hat die FKS bei der Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, die mit einem der in § 2 Abs. 1 SchwarzArbG unmittelbar zusammenhängen, die gleichen Befugnisse wie die Polizeivollzugsbehörden nach der StPO und dem GVG (§ 14 SchwarzArbG). Im Bereich der Straftaten gilt daher § 152 GVG – Weisungsbefugnis der StA. Das betrifft bereits hier erwähnte Straftaten im Zusammenhang mit Schwarzarbeit: §§ 263, 266a, 267 StGB, § 370 AO, § 96 ff. AufenthG.

IV. Folgen

Von entscheidender Bedeutung ist das Urteil des BGH v. 10.4.2014:⁴⁰ „Ist ein Werkvertrag wegen Verstoßes gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG vom 23.7.2004 nichtig, steht dem Unternehmer für erbrachte Bauleistungen ein bereicherungsrechtlicher Anspruch auf Wertersatz nicht zu.“ Wer bewusst gegen das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz verstoße, soll schutzlos bleiben und veranlasst werden, das verbotene Geschäft nicht abzuschließen. Auch der Besteller kann bei Schwarzarbeit keine Gewährleistungsrechte geltend machen.⁴¹

Neben dieser zivilrechtlichen Schutzlosstellung enthält das SchwarzArbG in § 21 eine folgenreiche außerstrafrechtliche Sanktion: Der Ausschluss von öffentlichen Aufträgen. Diese außerstrafrechtliche Sanktion gilt als effiziente Maßnahme zur Bekämpfung der Schwarzarbeit. Sie kann für das betroffene Unternehmen wirtschaftlich existenzgefährdend sein. In den Fällen einer einschlägigen – nicht zwingend rechtskräftigen – Vorverurteilung sollen Bewerber bis zu einer Dauer von drei Jahren von der Teilnahme an einem Wettbewerb um einen Bauauftrag der in § 98 Nr. 1 bis 3 und 5 GWB genannten Auftraggeber ausgeschlossen werden können. Bedenklich ist, dass ein solcher Ausschluss bereits möglich sein soll, wenn auch schon vor Durchführung eines Straf- oder Bußgeldverfahrens im Einzelfall angesichts der Beweislage kein vernünftiger Zweifel an einer schwerwiegenden Verfehlung der genannten Art besteht. Das verstößt gegen die rechtsstaatliche Unschuldsvermutung.⁴² Zudem ermöglicht § 21 Abs. 2 SchwarzArbG die Beendigung bereits laufender Verträge bei Verstößen des Vertragspartners, und zwar auch auf anderen Baustellen des öffentlichen Auftraggebers.⁴³ Das ist im Sinn einer effizienten Bekämpfung der Schwarzarbeit.

Bei der Ausschlussentscheidung sind Schwere und Häufigkeit des Verstoßes bzw. auch die Wiederholungsgefahr zu berücksichtigen, im positiven Sinn werden Vermeidungsstrategien des Unternehmers beachtet werden müs-

sen.⁴⁴ Das führt zum Gedanken eines Risikomanagements – zu Compliance.

V. Compliance

Wer strafrechtliche Risiken in seinem Geschäftsbereich erkannt hat – das gilt vor allem auf den von Schwarzarbeit gefährdeten Tätigkeitsfeldern des § 2a SchwarzArbG –, sollte und muss danach streben, wirtschaftskriminelles Verhalten in seinem Unternehmen durch seine Mitarbeiter zu verhindern, um strafrechtliche und nichtstrafrechtliche Sanktionen zu vermeiden. Das gilt auch auf dem Gebiet der Schwarzarbeit.⁴⁵ Compliance hat stets drei Säulen: Prävention – Kontrolle – Repression. An erster Stelle steht die Vorbeugung durch ein Risikomanagement, durch die Installation einer Compliance-Struktur im Unternehmen. Nur zwei Institute aus einem umfangreichen Katalog von Vorbeugemaßnahmen sollen hier erwähnt werden:

(1) Zur Vermeidung von Korruption im Vergabewesen gibt es in Zusammenarbeit mit Transparency International einen sog. Integritätspakt,⁴⁶ in dem sich der öffentliche Auftraggeber und die Bewerber zu einem integren Verhalten ohne Korruption verpflichten. Vereinbart werden auch rechtliche Sanktionen wie die Annullierung des Auftrags und Schadensersatz bei Verstößen. Ein solcher Integritätspakt kann auch eine Verpflichtung enthalten, alle Regeln zur Vermeidung von Schwarzarbeit einzuhalten. Der Integritätspakt⁴⁷ schafft gegenseitige vertragliche Rechte und Ansprüche und Verpflichtungen aller Beteiligten. In manchen Ländern beseitigt der alles einschließende Pakt Unsicherheiten hinsichtlich der Qualität, Anwendbarkeit und Durchsetzung gesetzlicher Bestimmungen. Das bedeutet, dass der Integritätspakt überall ohne den normalerweise zeitraubenden Prozess der Änderung gesetzlicher Bestimmungen benutzt werden kann. In Deutschland kann der Pakt kompakter sein, weil man sich auf bestehende Gesetze und Regelwerke stützen und berufen kann. Der Pakt bedeutet eine wechselseitige Selbstverpflichtung, mit der die Partner sich dazu bekennen, dass sie mit der Rechtslage voll vertraut sind, dass sie sich voll an die Gesetze halten werden, dass ihnen die Integrität der Geschäftsabwicklung ein wichtiges Anliegen ist, und dass sie daher auch bereit sind, sich bei Verstößen angemessenen Sanktionen zu unterwerfen. Erfahrungsgemäß bedeutet dies eine zusätzliche, wirksame Schwelle gegen leichtfertige, aber auch gegen systematisch vorbereitete Rechtsverstöße. Viele Auftraggeber und Auftragnehmer verstehen den Integritätspakt nicht nur als klares Signal nach außen, sondern vor allem auch nach innen, an ihre eigenen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter.

⁴⁰ BGH v. 10.4.2014 – VII ZR 241/13, MDR 2014, 650 = ZWH 2014, 282 = NJW 2014, 1805 = RÜ 10/2015, 625.

⁴¹ BGH v. 1.8.2013 – VII ZR 6/13, MDR 2013, 1216 = NJW 2013, 3167.

⁴² So *Ignor/Mosbacher*, Arbeitsstrafrecht, 3. Aufl. 2016, § 19 Rz. 162; *J. Kretschmer*, ZWH 2013, 481 (485); andere Auffassung aber *Fehn/Berwanger*, Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz, 2006, § 21 Rz. 13.

⁴³ So *Ignor/Mosbacher*, Arbeitsstrafrecht, 3. Aufl. 2016, § 19 Rz. 164.

⁴⁴ Siehe *Ignor/Mosbacher*, Arbeitsstrafrecht, 3. Aufl. 2016, § 19 Rz. 163.

⁴⁵ *Ignor/Mosbacher*, Arbeitsstrafrecht, 3. Aufl. 2016, § 19 Rz. 165 f.

⁴⁶ Siehe Webseite von Transparency International.

⁴⁷ Zu dessen folgendem Inhalt s. Webseite von Transparency International.

Scheinselbständigkeit als Compliance-Thema

(2) Der 12. Bericht der Bundesregierung zu den Auswirkungen des Gesetzes über die Bekämpfung der illegalen Beschäftigung vom 27.9.2013⁴⁸ nennt als ein besonderes Instrument der Prävention die branchenbezogenen Aktionsbündnisse gegen Schwarzarbeit und illegale Beschäftigung mit den Wirtschaftsverbänden und den Gewerkschaften. Die Bekämpfung von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung sei nicht ausschließlich eine staatliche, sondern auch eine gesellschaftliche Aufgabe. Dazu wurden und werden auf Bundes- wie Regionalebene Aktionsbündnisse gegen Schwarzarbeit und illegale Beschäftigung mit dem Ziel eines gemeinsamen Vorgehens geschlossen. Die wesentlichen Ziele der Aktionsbündnisse sind:

- Schärfung des allgemeinen Bewusstseins für die negativen Folgen von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung;
- Förderung eines fairen Wettbewerbs unter gleichen Bedingungen;

- Ordnungsgemäße Entrichtung der Steuern und der Beiträge zur Sozialversicherung durch alle Unternehmen;
- Präventives Handeln zur Vermeidung von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung;
- Konsequenter Gesetzesvollzug bei der Bekämpfung der gewerbsmäßigen Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung sowie
- Einhaltung der Mindestlöhne.

Es ist daher folgerichtig, dass viele deutsche Unternehmen insbesondere in der Baubranche sich in ihren Compliance-Leitfäden als Element einer Compliance-Struktur verpflichten, keine Form der illegalen Beschäftigung und Schwarzarbeit zu dulden, und ihre Mitarbeiter in diesem Sinne schulen und sensibilisieren. Nicht wohl klingende politische Appelle wie „illegal ist unsozial“ sind das vorrangige Motiv für ein Präventionsprogramm zur Vermeidung von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung, sondern die Vermeidung erheblicher strafrechtlicher und außerstrafrechtlicher Sanktionen: Es kann teuer werden!

⁴⁸ BT-Drucks. 17/4800, 20.

Angelika Schmid

Scheinselbständigkeit als Compliance-Thema

Das Thema Scheinselbständigkeit oder „illegale“ Beschäftigung betrifft jedes Unternehmen, das nicht ausschließlich eigene Mitarbeiter einsetzt. Es steht häufig im Fokus von Betriebsprüfungen durch Sozialversicherungsbehörden oder den Zoll und kann im worst case zu strafrechtlichen Ermittlungsverfahren führen. Verbunden sind damit nicht nur mediale Aufmerksamkeit, sondern auch finanzielle, strafrechtliche sowie andere rechtliche Risiken. Die rechtzeitige aktive Analyse der vorhandenen Fälle und der korrekte Umgang damit sind von entscheidender Bedeutung, um eventuelle Risiken für das Unternehmen zu minimieren.

I. Warum sind aktives Herangehen und Vorsorge wichtig?

Mit dem Thema Scheinselbständigkeit können Unternehmen unvorbereitet durch verschiedene Ereignisse von außen konfrontiert werden: Ein ehemaliger externer Mitarbeiter ist enttäuscht, dass sein Auftrag nicht verlängert wird. Er erstattet anonym Anzeige beim Finanzamt, der Staatsanwaltschaft oder dem Zoll. Denkbar ist auch, dass er nach Beendigung des Vertragsverhältnisses Kündigungsschutzklage mit der Behauptung erhebt, als Arbeitnehmer tätig gewesen zu sein. Der externe Mitarbeiter kann ferner jederzeit bei der Clearingstelle der Deutschen Rentenversicherung Bund („DRV“) gemäß § 7a SGB IV ein Statusfeststellungsverfahren beantragen, um feststellen zu lassen, ob sein Tätigkeitsverhältnis (Auftragsverhältnis)

beim Unternehmen eine selbständige Tätigkeit ist oder aber vielmehr als eine abhängige Beschäftigung zu qualifizieren ist.

Scheinselbständigkeit kann auch im Rahmen einer regulären Betriebsprüfung durch die DRV auffallen. Zu beachten ist, dass auch ein bestandskräftiger Prüfbescheid der DRV einer erneuten Betriebsprüfung und einer daran anknüpfenden Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen für einen zumindest teilidentischen Prüfzeitraum nicht entgegensteht¹.

Unternehmen, die mit externen/freien Mitarbeitern arbeiten, sollten daher nicht abwarten, bis Behörden oder Gerichte (kritische) Fälle näher in Augenschein nehmen, sondern sind gehalten, selbst aktiv die einzelnen Tätigkeitsverhältnisse zu untersuchen, um festzustellen, inwieweit Risiken einer Scheinselbständigkeit bestehen. Sobald Risiken aufgedeckt werden, ist zu klären, ob und inwieweit für die Zukunft Abhilfe geschaffen werden kann. Auch die Aufarbeitung von Fällen in der Vergangenheit muss überlegt werden.

II. Risiken einer Falschbewertung

Bei den mit der Scheinselbständigkeit verbundenen Risiken der Falschbewertung ist zwischen den Konsequenzen im Arbeitsrecht, im Sozialversicherungsrecht, im Steuerrecht und im Strafrecht im weitesten Sinne zu unterscheiden. Die einzelnen hier dargestellten Rechtsbereiche stel-

¹ Die Autorin ist Rechtsanwältin bei der Kanzlei Noerr LLP in München.

¹ BSG v. 16.12.2015 – B 12 R 11/14 R.

Scheinselbständigkeit als Compliance-Thema

len in der Praxis in etwa deckungsgleiche Anforderungen bei Beurteilung von Fällen der Scheinselbständigkeit. So wird ein sozialrechtliches Beschäftigungsverhältnis praktisch in mehr als 95% der Fälle identisch sein mit dem arbeitsrechtlichen Arbeitsverhältnis und dem steuerrechtlichen Dienstverhältnis;² die strafrechtliche Beurteilung schließt sich dem an.³

1. Arbeitsrecht

Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist.⁴ Die arbeitsrechtliche „Dimension“ kommt in Fällen von Scheinselbständigkeit zum Vorschein, wenn ein enttäuschter freier Mitarbeiter nach Beendigung der Zusammenarbeit gemäß § 4 KSchG Kündigungsschutzklage erhebt mit dem Antrag auf Feststellung, dass sein „Arbeitsverhältnis“ nicht beendet worden ist. Kommt nun das Gericht zu dem Ergebnis, die Tätigkeit des Mitarbeiters sei im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses erfolgt, so ist dieses möglicherweise nicht wirksam beendet worden. Ob eine an den Vorgaben des TzBfG gemessene Befristung des Auftrags-/Arbeitsverhältnisses wirksam erfolgt ist, dürfte in vielen Fällen fraglich sein. Da der Auftraggeber/Arbeitgeber nicht vom Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses ausgegangen ist, wird er einen möglicherweise bestehenden Betriebsrat nicht zur Kündigung dieses Rechtsverhältnisses angehört haben.

Das Unternehmen hat dann einen „neuen“ Arbeitnehmer, obwohl es (eventuell) einen freien Mitarbeiter engagieren wollte, um gerade keinen Arbeitnehmer einstellen und beschäftigen zu müssen. Das „Auftragsverhältnis“ wird dann als Arbeitsverhältnis fortbestehen. Die Vergütung wird fortzuzahlen sein, auch wenn der Mitarbeiter in der Zwischenzeit nicht mehr im Unternehmen tätig war. Der Inhalt des Arbeitsverhältnisses, insbesondere die Höhe der Vergütung wird festgestellt werden müssen. Dabei wird regelmäßig von dem gezahlten Honorar als Nettovergütung ausgegangen werden. Allerdings spielt es insoweit eine Rolle, ob das Unternehmen (noch) andere Arbeitnehmer in gleicher oder ähnlicher Position und Tätigkeit beschäftigt und ob eine Art Vergütungsordnung besteht.

Einigen sich die Parteien auf eine Beendigung dieses Tätigkeitsverhältnisses durch (gerichtlichen) Vergleich, so wird dies in der Regel mit Zahlung einer Abfindung verbunden sein. Die Beauftragung dieses Mitarbeiters wird dann schnell kostspieliger als geplant.

2. Sozialversicherungsrecht

Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG setzt ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Tätigkeit in einem fremden Betrieb ist erforderlich, dass der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und einem Zeit, Ort und Art und Weise der Arbeitsausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt.⁵ In § 7 Abs. 1 SGB IV heißt es: „Beschäftigung ist die nicht selbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisung und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.“

Wird Scheinselbständigkeit festgestellt, so steht auch fest, dass ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis besteht bzw. bestanden hat, und zwar rückwirkend ab Beginn der Tätigkeit des externen Mitarbeiters für den Auftraggeber/Arbeitgeber. Der Anspruch auf Beitragszahlung verjährt in vier Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem die Beiträge fällig geworden sind (§ 25 Abs. 1 Satz 1 SGB IV); dies ist der drittletzte Bankarbeitstag des Monats, in dem die entsprechende Tätigkeit ausgeübt worden ist (§ 23 Abs. 1 SGB VI). Häufig wird allerdings sogar von einem vorsätzlichen⁶ Vorenthalten der Beiträge ausgegangen werden, so dass dann die Verjährung von 30 Jahren greift (§ 25 Abs. 1 Satz 2 SGB IV).⁷

Der Auftraggeber/Arbeitgeber wird verpflichtet sein, den Mitarbeiter rückwirkend ab Beginn der Tätigkeit bei der zuständigen Einzugsstelle anzumelden (§ 28a SGB IV) und den Gesamtsozialversicherungsbetrag abzuführen (§§ 28d, 28e SGB IV). Dies betrifft den Arbeitgeberanteil und auch den Arbeitnehmeranteil. Der Arbeitgeber wird den Arbeitnehmeranteil in der Regel auch wirtschaftlich zu tragen haben, denn eine Erstattung des Arbeitnehmeranteils durch den Mitarbeiter ist gemäß § 28g Satz 3 SGB IV nur in den folgenden drei Lohnzahlungszeiträumen zulässig. Die Voraussetzungen für eine (weitergehende) Erstattung liegen regelmäßig nicht vor.

Hinzu kommen für jeden angefangenen Monat der Säumnis Säumniszuschläge in Höhe von 1 % (§ 24 SGB IV). Säumnis tritt am Tag nach Fälligkeit ein. Die Erhebung von Säumniszuschlägen ist zwar an das Vorliegen von „Verschulden“ (siehe § 24 Abs. 2 SGB IV) geknüpft; dies wird in vielen Fällen auch vorliegen bzw. angenommen werden.⁸ In welchen Fällen kein Verschulden in diesem Sinne vorliegt, ist zu prüfen. Die Verjährungsfristen gelten auch für die Säumniszuschläge.⁹

² *Rittweger* in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Kommentar Sozialrecht, 40. Aufl. 2015, § 7 SGB IV Rz. 4.

³ Siehe BGH v. 2.12.2008 – 1 StR 416/08, AO-StB 2009, 63; BGH v. 4.9.2013 – 1 StR 94/13.

⁴ Siehe z. B. BAG v. 20.5.2009 – 5 AZR 31/08, Rz. 19.

⁵ Siehe z.B. BSG v. 24.1.2007 – B 12 KR 31/06 R, Rz. 4.

⁶ BSG v. 9.11.2011 – B 12 R 18/09 R, NZA-RR 2012, 539; BSG v. 30.3.2000 – B 12 KR 14/99 R; BSG v. 13.8.1996 – 12 RK 76/94, NJW 1997, 277.

⁷ Siehe dazu auch unter V.3.

⁸ Siehe dazu Besprechungsergebnis GKV-Spitzenverband v. 3.11.2010, S. 24; BSG v. 1.7.2010 – B 13 R 67/09 R, Rz. 23; aber auch Gesetzesbegründung zum Zweiten Gesetz zur Änderung des Sozialgesetzbuches v. 13.6.1994, BGBl. I 1229, BT Drucks. 12/5187, S. 30; BSG v. 1.7.2010 – B 13 R 67/09 R, Rz. 23.

⁹ *Mette* in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Kommentar Sozialrecht, 40. Aufl. 2015, § 24 SGB IV Rz. 9.

Scheinselbständigkeit als Compliance-Thema

Bemessungsgrundlage für die Berechnung der Sozialversicherungsbeiträge ist regelmäßig nicht das Nettohonorar (das vom externen Mitarbeiter in Rechnung gestellte Honorar ohne MwSt.), sondern gemäß § 14 Abs. 2 SGB IV ein von diesem Nettohonorar hochgerechnetes Bruttogehalt.¹⁰ Die Hochrechnung erfolgt im sog. Abtastverfahren; es wird dabei Lohnsteuerklasse VI zugrunde gelegt. Durch diese Bruttolohnhochrechnung potenzieren sich die Beträge von Sozialversicherungsbeitrag und Säumniszuschlägen erheblich.¹¹

Zusätzlich sind auch die Beiträge in die gesetzliche Unfallversicherung (nach den Vorschriften des SGB VII) nachzuentrichten sein. Hat sich aber zwischenzeitlich z.B. ein Arbeitsunfall im Sinne des SGB VII ereignet, für den die gesetzliche Unfallversicherung eintritt, so trifft den Auftraggeber/Arbeitgeber das Erstattungsrisiko des § 110 Abs. 1a SGB VII. Der Arbeitgeber hat dem Unfallversicherungsträger dann alle mit diesem Arbeitsunfall verbundenen Kosten (auch Folgekosten wie Renten) zu erstatten. Dies ist ein unkalkulierbares Kostenrisiko für den Auftraggeber/Arbeitgeber.

Beitragsbescheide, auch solche, mit denen Beitragsnachforderungen geltend gemacht werden, sind sofort vollziehbar (siehe § 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG). Die Sozialversicherungsbeiträge sowie geltend gemachte Säumniszuschläge werden daher sofort zur Zahlung fällig. Bei Vorliegen der Voraussetzungen kann allerdings Stundung (§ 76 SGB IV) oder auch Ratenzahlung vereinbart werden. Wird Widerspruch gegen einen Beitragsbescheid eingelegt, so hat auch dieser keine aufschiebende Wirkung (§ 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG). Die Aussetzung der sofortigen Vollziehung muss daher zugleich beantragt werden (§ 86a Abs. 3 SGG).

3. Steuerrecht

Nach § 1 Abs. 1 und 2 LStDV (i.V.m. §§ 2 Abs. 1, 19 Abs. 1 EStG) liegt ein Dienstverhältnis im Sinne eines Arbeitsverhältnisses vor, wenn der Angestellte (Beschäftigte) dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft schuldet, was dann der Fall ist, wenn die tätige Person in der Betätigung ihres geschäftlichen Willens unter der Leitung des Arbeitgebers steht oder im geschäftlichen Organismus des Arbeitgebers dessen Weisungen zu folgen verpflichtet ist.¹²

Liegt Scheinselbständigkeit vor, greift die Lohnsteuerhaftung des Arbeitgebers (§ 42d EStG). Das im sog. Abtastverfahren hochgerechnete Bruttogehalt ist bei Scheinselbständigen Grundlage für die Lohnbesteuerung¹³. Der Arbeitgeber ist damit für das Abführen von Lohnsteuer verantwortlich, berechnet aus dem nach § 14 Abs. 2 SGB IV hochgerechneten Bruttogehalt, soweit dieses dem Arbeitnehmer auch zufließt. Inwieweit die Haftung des Arbeitgebers für vergangene Zeiträume greift, hängt davon ab,

ob der Mitarbeiter (als vermeintlich selbständig Tätiger) seine Einkommenssteuer tatsächlich gezahlt hat. Zu beachten ist, dass die wirtschaftliche Übernahme des Arbeitnehmeranteils am Gesamtsozialversicherungsbeitrag durch den Arbeitgeber einen geldwerten Zufluss beim Arbeitnehmer bewirkt, der dann ebenfalls der Lohnbesteuerung unterliegt.¹⁴ Insoweit kommen weitere Kosten auf den Auftraggeber/Arbeitgeber zu.

Hinzu kommt schließlich auch die steuerliche Rückabwicklung im Zusammenhang mit der Umsatzsteuer/Vorsteuer. Der selbständig Tätige hat in der Regel Umsatzsteuer ausgewiesen, obwohl er dies (im Nachhinein) nicht hätte machen dürfen. Der Auftraggeber kann aus diesen im Nachhinein falsch ausgestellten Rechnungen keine Vorsteuer geltend machen. Der Scheinselbständige schuldet aber die ausgewiesene Umsatzsteuer (§ 14c UStG).

Die nachträgliche Feststellung und Beitragsnachforderungen kann auch für die Vergangenheit steuerliche Effekte auslösen.¹⁵

4. Strafrecht im weitesten Sinne

Die Strafbarkeit des Arbeitgebers gemäß § 266a StGB wegen Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen (belegt mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe) folgt der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung; sie ist sozialrechtsakzessorisch.¹⁶ Auch hier wird bei der Schadensberechnung von dem nach § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV hochgerechneten Arbeitsentgelt ausgegangen. Der Arbeitgeber macht sich somit strafbar, wenn er die Arbeitnehmerbeiträge nicht zahlt, sowie unter den Voraussetzungen des § 266a Abs. 2 StGB auch, weil er die Arbeitgeberbeiträge nicht abführt.

Der Ausschluss von öffentlichen Aufträgen für die Dauer von bis zu drei Jahren kann die Folge sein (§ 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SchwarzArbG), dies bereits vor Durchführung eines Straf- oder Bußgeldverfahrens (§ 21 Abs. 1 S. 2 SchwarzArbG). Zudem ist die Eintragung in ein landesrechtliches Korruptionsregister möglich. Ins Bundeszentralregister werden rechtskräftige Verurteilungen eingetragen (§ 149 Abs. 2 Nr. 4 GewO). In bestimmten Fällen erfolgt zudem Eintrag ins Gewerbezentralregister bis hin zu einem Berufsverbot (§ 70 StGB). Hierdurch kommen schmerzhaftige Konsequenzen auf Geschäftsführer bzw. Vorstand zu: bei Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und mehr kann ein Ausschlussgrund im Sinne von § 6 Abs. 2 Nr. 3 lit. e GmbHG bzw. § 76 Abs. 3 Nr. 3 lit. e AktG vorliegen; der Geschäftsführer/Vorstand ist dann für fünf Jahre von der Geschäftsführer-/Vorstandstätigkeit ausgeschlossen. Daneben spielen Verurteilungen und Eintragungen ins Strafregister und Gewerbezentralregister eine Rolle bei Erlaubnisverfahren, in denen die Zuverlässigkeit zu prüfen ist (Arbeitnehmerüberlassungs-

¹⁰ BSG v. 9.11.2011 – B 12 R 18/09 R; LSG Bayern Beschluss v. 13.1.2014 – L 5 R 911/13 B ER.

¹¹ Siehe mit Berechnungsbeispielen: *Zieglmeier*, NJW 2015, 1914.

¹² Siehe dazu auch z.B. BFH v. 14.6.1985 – VI R 150-152/82.

¹³ Siehe BGH v. 2.12.2008 – 1 StR 416/08, AO-StB 2009, 63 = NJW 2009, 528.

¹⁴ Siehe BFH v. 13.9.2007 – VI R 54/03.

¹⁵ Siehe dazu BFH v. 16.2.1996 – I R 73/95.

¹⁶ Siehe BGH v. 2.12.2008 – 1 StR 416/08, AO-StB 2009, 63; BGH v. 4.9.2013 – 1 StR 94/13.

Scheinselbständigkeit als Compliance-Thema

erlaubnis, Gaststätten-Erlaubnis etc.); auch im privaten Bereich kann ein solcher Eintrag zum Entzug des Jagdscheins, Piloten- oder Waffenscheins führen.

III. Bei welchen Konstellationen des Einsatzes von externem Personal kann Scheinselbständigkeit vorliegen?

1. Beauftragung eines externen Dienstleisters

Die Fälle von Scheinselbständigkeit tauchen auf bei Beauftragung eines Selbständigen (auch sog. externer oder freier Mitarbeiter) im Rahmen von Auftragsverhältnissen verschiedenster Art. Die Rechtsbeziehung zwischen diesen Vertragspartnern (im Folgenden auch „Auftraggeber“ bzw. Auftragnehmer“ genannt) ist meist ein Dienstvertrag, mit dem die Erbringung einer Dienstleistung geschuldet wird (siehe § 611 BGB, z. B. Beratervertrag). Möglich ist auch ein Werkvertrag, in dessen Rahmen nicht nur eine Tätigkeit geschuldet wird, sondern vielmehr ein Ergebnis, das sogenannte Gewerk (siehe § 631 BGB). Allerdings darf dieses Ergebnis nicht zu „kleinteilig“ sein; so wird das ordentliche Anbringen einer Schweißnaht nicht als Gewerk im Sinne des Werkvertragsrecht zu sehen sein. Das Ergebnis der Arbeitsleistung ist dann vom Auftraggeber abzunehmen. Typisch ist beim Werkverhältnis zudem die Gewährleistung für das vereinbarte Werk, d.h. eventuelle Nacharbeiten müssen dann für den Auftraggeber kostenfrei erfolgen. Dies ist entsprechend zu dokumentieren.

Oft sind diese Auftragsverhältnisse nicht eindeutig als Dienst- oder Werkvertrag zu identifizieren, sondern stellen rechtlich gemischte Verträge dar. Es ist meist nicht eindeutig zu klären, ob ein bestimmtes Ergebnis einer Tätigkeit geschuldet wird, oder aber das Erbringen der Tätigkeit an sich genügen soll. Bei einem Werkvertrag wird eine ergebnisorientierte Vergütung vereinbart. Der Auftragnehmer trägt dann das Risiko für einen höheren oder geringeren zeitlichen Einsatz und (materiellen) Aufwand. Bei einer Dienstleistungsvereinbarung wird an sich jede Stunde in Rechnung gestellt, egal wie werthaltig diese für den Auftraggeber ist. Die Abgrenzung zum Arbeitsverhältnis ist schon aus diesem Grunde häufig sehr schwierig.

Kennzeichnend für beide Konstellationen ist, dass der Auftragnehmer seine Leistungen frei und unabhängig von Weisungen des Auftraggebers erbringt, und zwar von Weisungen betreffend den Ort, die Zeit, Dauer und die Art und Weise der Tätigkeitsausführung. Der Auftragnehmer ist nicht integriert in die Arbeits- und Betriebsabläufe des Auftraggebers, sondern arbeitet von seinem Büro aus mit eigenen Arbeits- und Betriebsmitteln. Eine Zusammenarbeit mit den eigenen Mitarbeitern des Auftraggebers erfolgt nicht. Schwierig wird es den Anschein einer „Zusammenarbeit“ zu verhindern, wenn die zu Beginn der Beauftragung von den Parteien festgelegten Koordinaten der be-

auftragten Tätigkeit im Laufe der Zeit angepasst werden müssen. Problematisch können auch die Fälle sein, in denen dem Auftragnehmer vor Ort im Unternehmen des Auftraggebers ein Büro zur Verfügung gestellt wird, um hier aufgrund verschiedener Notwendigkeiten (Sicherheitsvorschriften, Sachnähe zum Kunden etc.) tätig zu werden. Eine „Vermischung“ mit den Mitarbeitern des Auftraggebers und eine damit einhergehende Eingliederung in die betriebliche Organisation des Auftraggebers ist dann sehr leicht möglich.

2. Beauftragung eines Unternehmens oder Vermittlers

Das Problem der Scheinselbständigkeit tritt in etwas anderer Form auch bei Dreierbeziehungen auf. In diesem Fall hat der Auftraggeber ein Vertragsverhältnis mit dem Auftragnehmer, der sein Personal dann beim Auftraggeber einsetzt, um dort seine Vertragsverpflichtungen zu erfüllen. Das eingesetzte Personal wird als Erfüllungsgehilfe im Sinne von § 278 BGB für seinen Arbeitgeber, den Auftragnehmer, tätig.

Ist dieses Fremdpersonal tatsächlich Arbeitnehmer des Auftragnehmers, hat also mit diesem einen Arbeitsvertrag, so wird darauf zu achten sein, dass es im Unternehmen des Auftraggebers wirklich „fremd“ eingesetzt wird, also nicht in die Betriebsabläufe des Auftraggebers integriert wird. Andernfalls kann eine Arbeitnehmerüberlassung vorliegen. Hat der Auftragnehmer keine entsprechende Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG, liegt eine illegale Arbeitnehmerüberlassung vor mit sämtlichen Rechtsfolgen, die im AÜG und weiteren Gesetzen geregelt sind.¹⁷

Verfügt der Auftragnehmer über eine (Vorrats-) Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis, obwohl er dem Auftraggeber an sich nicht seine Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung überlassen, sondern selbst eine vertraglich vereinbarte Dienstleistung unter Einsatz seiner Arbeitnehmer erbringen will (sog. Fallschirmlösung), so würde bei – fehlerhaftem – Einsatz des Fremdpersonals im Auftraggeber-Betrieb eine sogenannte verdeckte Arbeitnehmerüberlassung vorliegen. Eine verdeckte Arbeitnehmerüberlassung ist derzeit noch rechtsfolgenfrei und auch nicht als Ordnungswidrigkeit bußgeldbewehrt. Dies kann sich allerdings nach den Plänen der Großen Koalition zur Änderung des AÜG ändern.¹⁸ Geplant ist, die verdeckte Arbeitnehmerüberlassung einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung in den Rechtsfolgen gleichzustellen.

Eine andere Konstellation liegt vor, wenn der Vertrag des Auftraggebers mit dem Auftragnehmer lediglich die Vermittlung von Personal vorsieht.¹⁹ Die vermittelten Mitarbeiter, die dann beim Auftraggeber eingesetzt werden, sind dann nicht Arbeitnehmer des Vermittlers (des Auftragnehmers), sondern selbständig Tätige, die „locker“ mit

¹⁷ Mengel in Hümmerich/Reufels, Gestaltung von Arbeitsverträgen, 3. Aufl. 2015, § 1 Rz. 4369 f.

¹⁸ Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze, Bearbeitungsstand 17.2.2016.

¹⁹ Siehe dazu auch Lingemann/Otto, NZA 2015, 1042.

Scheinselbständigkeit als Compliance-Thema

dem Vermittler verbunden sind. Hier verpflichtet der Auftraggeber den Auftragnehmer (den Personalvermittler), ihm bestimmtes Personal (mit einer bestimmten Qualifikation) zu besorgen. Die Abrechnung der Tätigkeit der vermittelten Personen erfolgt aber häufig über den Vermittler. Dieser berechnet dem Auftraggeber das ihm vom Selbständigen in Rechnung gestellte Honorar zzgl. eines Gewinnzuschlages.

Wird nun der vermittelte Selbständige beim Auftraggeber wie ein eigener Mitarbeiter eingesetzt, weil er beispielsweise vor Ort beim Auftraggeber Hand in Hand mit dessen eigenen Mitarbeitern arbeitet, so wird auch dieser an sich Selbständige als Scheinselbstständiger qualifiziert werden können.

Ist dieser „Selbständige“ nicht Arbeitnehmer des Vermittlers (auch nicht Scheinselbstständiger), so wird zumindest keine illegale oder verdeckte Arbeitnehmerüberlassung vorliegen (können). Es wird dann „nur“ Scheinselbständigkeit vorliegen zwischen Auftraggeber und eingesetztem vermitteltem „Selbständigen“. Ist die Rechtsbeziehung zwischen eingesetztem Mitarbeiter und Auftragnehmer („Vermittler“) hingegen selbst als Scheinselbständigkeit zu qualifizieren, weil der Vermittler dem Mitarbeiter die Einsätze zuweist und der Mitarbeiter auch ansonsten wie ein angestellter Mitarbeiter des Vermittlers behandelt wird, so wird eine (illegale oder verdeckte) Arbeitnehmerüberlassung nicht auszuschließen sein.

IV. Wie erfolgt die Abgrenzung bei Scheinselbständigkeit?

1. Vertragliche Gestaltung und „gelebte Wirklichkeit“

Bei Betrachtung des Einsatzes eines externen Mitarbeiters im Auftraggeber-Unternehmen wird Ausgangspunkt für die Prüfung einer Scheinselbständigkeit sein, festzustellen, welche Tätigkeit ausgeübt werden soll und ob sich diese eignet, von einem externen, nicht beim Unternehmen angestellten Mitarbeiter ausgeübt zu werden.

Sodann wird für die Qualifizierung der Rechtsbeziehung die vertragliche Grundlage geprüft werden müssen. Wichtig ist dabei, dass bereits die vertragliche Grundlage der Prüfung und Qualifikation als „Nicht-Arbeitsvertrag“ standhalten muss. Die Vereinbarung von risikoreichen Vertragsklauseln muss also unbedingt vermieden werden.

Ist dies der Fall, so ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, wie der Einsatz des externen Mitarbeiters tatsächlich erfolgt. Weicht die Durchführung der vertraglichen Beziehung von den vertraglich vereinbarten Grundlagen ab, sind die Kriterien, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen, und die Kriterien, die gegen eine abhängige Beschäftigung bzw. ein Arbeitsverhältnis sprechen, gegenüberzustellen. Die Gesamtumstände des Einzelfalls sind letztlich entscheidend. Dabei hat die tatsächliche Durchführung des Vertrags den Vorrang. Auf sie kommt es schließlich an. Überwiegen bei der Vertragsdurchführung die Kriterien, die für ein Arbeitsverhältnis bzw. eine abhängige Beschäftigung sprechen, so wird von einer Scheinselbständigkeit ausgegangen.

Bei der Prüfung, ob ein externer Mitarbeiter scheinselbständig ist oder sein könnte, werden somit folgende Fragen geklärt werden müssen:

- Welche Tätigkeit konkret schuldet der externe Mitarbeiter?
- Welche konkreten Regelungen enthält der zugrundeliegende Vertrag mit dem externen Mitarbeiter bzw. ist dieser Vertrag als Arbeitsvertrag zu qualifizieren oder nicht? Haftet der Auftragnehmer für ein Tätigkeitsergebnis? Gibt es Nachweise, dass sich eine solche Haftung auch realisiert hat?
- Wie erfolgt der konkrete Einsatz des externen Mitarbeiters? Wo, wann (Beginn, Ende und Lage seiner Arbeitszeit) und wie arbeitet er? Entscheidet er selbst über das Wo, Wann und Wie seiner Arbeit? Wie kann dies im Einzelfall nachgewiesen werden, gibt es Zeugen, schriftliche Unterlagen etc.?
- Welche Kriterien beim Einsatz des externen Mitarbeiters sprechen für eine abhängige Beschäftigung? Welche Kriterien sprechen für eine selbständige Tätigkeit des externen Mitarbeiters?
- Welche Merkmale überwiegen bei einer Gesamtschau, bezogen auf die konkret beim Auftraggeber ausgeübte Tätigkeit und wie tritt der Externe ansonsten „am Markt“ auf, macht er Werbung, akquiriert er, trägt er ein unternehmerisches Risiko usw.?
- Ist das Verhältnis der beiden Parteien und ihr Umgang miteinander wirklich „auf Augenhöhe“?

2. Abgrenzungskriterien

Bei der Abgrenzung des Einsatzes des externen Mitarbeiters von einem Scheinselbständigen sind die Kriterien im Arbeitsrecht, im Sozialversicherungsrecht und im Steuerrecht leicht unterschiedlich. Im Folgenden wird von der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung ausgegangen, da deren Ergebnis auch Ausgangspunkt für strafrechtliche Folgen ist und sich im Sozialversicherungsrecht die kostenintensivsten Risiken für den Auftraggeber/Arbeitgeber ergeben.

In folgenden Schritten können die Abgrenzungskriterien bei Prüfung von Scheinselbständigkeit abgearbeitet werden. In Einzelfällen werden Abweichungen möglich oder notwendig sein; es können dann weitere Kriterien, Spezifika des Einzelfalls, eine Rolle spielen. Insofern ist diese Auflistung nicht abschließend.

- a) Art der Tätigkeit: was genau ist geschuldet?
 - aa) Ist lediglich eine Tätigkeit (Dienstleistung) geschuldet oder wird auch das Ergebnis dieser Dienstleistung (Gewerk im Sinne einer Werkvertragsleistung, § 631 BGB) geschuldet?
 - bb) Ist es eine Tätigkeit, die der externe Mitarbeiter bereits zuvor als Angestellter des Auftraggebers erbracht hat (sog. Vorher-Nachher-Fälle)? Hier wird es schwierig sein, diese Tätigkeit nun in einem selbständigen „Rahmen“ zu erbringen. Dazu müsste die Tätigkeitserbrin-

Scheinselbständigkeit als Compliance-Thema

- gung von Grund auf umgestaltet sein, was in der Praxis selten der Fall sein wird.
- cc) Ist eine Tätigkeit geschuldet, die in der gleichen Art und Weise von eigenen Mitarbeitern des Auftraggebers erbracht wird (sog. Sowohl-Als-Auch-Fälle)? Wenn die Leistung an sich inhaltlich identisch ist, müsste die Art und Weise der Erbringung sehr stark und wesentlich von der Art und Weise abweichen, wie die eigenen Mitarbeiter arbeiten, um in der Tätigkeit des externen Mitarbeiters noch eine selbständige Tätigkeit zu sehen. Dies wird in den seltensten Fällen gelingen.
- b) Welche Art der Vergütung ist vereinbart: Fixvergütung für die Gesamtleistung oder Vergütung nach Zeit (Stunden-, Tageshonorar)? Erfolgt die Vergütung pauschal (z. B. pro Monat), unabhängig vom Leistungsfortschritt?
- c) Wo erbringt der externe Mitarbeiter seine Leistung? Ist er frei in der Entscheidung, an welchem Ort er tätig wird? Gibt es Gründe, warum er vor Ort im Auftraggeber-Unternehmen tätig sein muss (besondere Sicherheitsanforderungen aufgrund sensibler Daten, die verwendet werden müssen etc.)?
- d) Wann und in welchem Zeitraum bzw. zu welchen Zeiten erbringt der Externe seine Leistung? Ist er frei in der Entscheidung, wann er arbeitet und wann er nicht arbeitet? Ist er gebunden an die Betriebszeiten im Auftraggeber-Unternehmen? Gibt es dafür rechtfertigende Gründe?
- Wie gehen die Parteien damit um, wenn der Externe nicht arbeitet, z. B. wegen Urlaubs, Krankheit oder sonstigen privaten Terminen? Muss er den Auftraggeber informieren?
- e) Wie arbeitet der externe Mitarbeiter, erhält er Anweisungen des Auftraggebers zum Wie seiner Tätigkeit?
- f) Nutzt der externe Mitarbeiter für seine Leistungserbringung Arbeits- und/oder Betriebsmittel des Auftraggebers? Wird ihm ein Arbeitsraum zur Verfügung gestellt? Wie ist der externe Mitarbeiter im Auftraggeber-Unternehmen „gekennzeichnet“ (Email-Adresse, Türschild am Büro, Telefonliste)?
- Ein Selbständiger arbeitet grundsätzlich mit eigenen Arbeits- und Betriebsmitteln (eigene Software, eigene Büroeinrichtung, etc.). Sollten in Ausnahmefällen Arbeits- und Betriebsmittel des Auftraggebers genutzt werden (müssen), so müsste hierfür ein Nutzungsentgelt vereinbart sein, oder diese Nutzung müsste bei der Preiskalkulation (nachweislich) berücksichtigt worden sein.
- g) Ist der Mitarbeiter in sonstiger Weise mit den eigenen Mitarbeitern des Auftraggebers „in Kontakt“? Wie läuft dieser Kontakt ab? Erfolgt eine Zusammenarbeit? Gibt es konkrete Ansprechpartner beim Auftraggeber, über die ausschließlich der Kontakt läuft? Gibt es Dienstpläne oder andere Organisationscharts, in denen der Externe auftaucht? Wie erfolgt die Informationsbeschaffung des Externen, falls er auf Informationen durch Mitarbeiter des Auftraggebers angewiesen ist?
- h) Erfolgt eine (regelmäßige) Berichterstattung? Zu welchem Zweck und an wen? Sind Tätigkeitsnachweise erforderlich (als Anhang zur Rechnung)?
- i) Erfolgt eine ordnungsgemäße Rechnungstellung des Externen?
- j) Darf der Externe auch für andere Auftraggeber arbeiten oder ist Exklusivität vereinbart? Arbeitet er auch für andere Auftraggeber?
- k) Kann der Externe die von ihm geschuldeten Dienste auch an eigenes Personal delegieren und macht er dies auch?
- l) Benötigt der Externe eine besondere Erlaubnis/Lizenz zur Ausübung seiner Tätigkeit (z. B. für den Gefahrguttransport) und hat er diese auch?
- m) Wie tritt der Externe im Übrigen am Markt auf? Verfügt er über eine eigene Betriebsstätte (Büro etc.)? Hat er einen eigenen Internetauftritt, wie betreibt er sein Marketing und wie akquiriert er seine Kunden? Verfügt er über Werbematerial, Visitenkarten? Investiert er in seine selbständige Unternehmer-Tätigkeit, indem er z. B. auf eigene Kosten an Fort- und Weiterbildungen teilnimmt, die sich dann möglicherweise nicht auszahlen, wenn er keine entsprechenden Aufträge akquirieren kann?

V. Maßnahmen der Vorsorge und Nachsorge

Welche Vorsorgemaßnahmen sinnvoll sind, um zu vermeiden, dass extern Beauftragte als Scheinselbständige im Unternehmen des Auftraggebers tätig werden, ist eine Frage des Einzelfalls. Die Betriebsorganisation des Auftraggebers gibt in manchen Fällen eine notwendige „Einbindung“ auch externer Mitarbeiter vor. Manche Tätigkeiten können deshalb fast notgedrungen nicht extern vergeben werden.

Folgendes Vorgehen ist bei Überprüfung der bestehenden oder künftigen externen Mitarbeiterfälle hilfreich. Dabei ist jeder Einzelfall gesondert zu prüfen.

1. Aufgaben- und Situationsanalyse und Bewertung

Was genau ist die Aufgabe/Tätigkeit des externen Mitarbeiters? Nicht jede Tätigkeit kann von externen Mitarbeitern ausgeübt werden.

Ist seine Eingliederung in die Arbeits- und Betriebsorganisation des Auftraggebers unter „Realbedingungen“ hinreichend vermeidbar? Welche Umgestaltungen in der Vertragsdurchführung sind ggf. erforderlich und auch umsetzbar?

Welche Maßnahmen können und/oder müssen – neben der ordentlichen Ausgestaltung der Vertragsgrundlagen – getroffen werden, um eine unnötige, sich möglicherweise mit der Zeit einschleichende faktische Einbindung zu vermeiden?

Scheinselbständigkeit als Compliance-Thema

2. Kontrolle und Dokumentation

Wie kann ausreichend kontrolliert und dokumentiert werden, dass die getroffenen Maßnahmen und Mechanismen auch umgesetzt, eingehalten und „gelebt“ werden? Wer ist seitens des Auftraggeber-Unternehmens für diese Kontrolle verantwortlich?

3. Statusfeststellungsverfahren

Ist sich der Auftraggeber nach Analyse der Situation und trotz Absicherungsmechanismen nicht sicher, ob ein freies Mitarbeiterverhältnis oder eine abhängige Beschäftigung vorliegt, kann eine Klärung durch die zuständige Sozialversicherungsbehörde z.B. im Rahmen eines Statusfeststellungsverfahrens nach § 7a SGB IV erfolgen. Geschieht dies früh genug (am besten innerhalb von einem Monat nach Tätigkeitsbeginn), wird im Falle einer abhängigen Beschäftigung die Sozialversicherungspflicht erst mit Bestandkraft des Statusfeststellungsbescheids vorliegen.

Unterlässt es ein Auftraggeber/Arbeitgeber, bei Zweifel über die rechtliche Qualität eines externen Mitarbeiterverhältnisses die von der Rechtsordnung (gebührenfrei) zur Verfügung gestellten Klärungsverfahren (rechtzeitig) zu nutzen, so wird ihm im Falle einer Falschbewertung dieses Tätigkeitsverhältnisses und seiner damit verbundenen Arbeitgeberpflichten (Meldung und Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen etc.) bedingter Vorsatz unterstellt.²⁰ Dies wirkt sich auf die Beitragsverjährung (30 Jahre statt vier Jahre, § 25 Abs. 1 Satz 2 SGB IV), die Erhebung von Säumniszuschlägen (§ 23 SGB IV) und die Nettolohnhochrechnung (§ 14 Abs. 2 SGB IV) aus.

4. Sonderfall: Ein-Mann-GmbH

Wird an Stelle einer einzelnen Person eine Ein-Mann-GmbH (entsprechendes gilt für die Ein-Mann-UG) beauftragt und ist der alleinige Gesellschafter und Geschäftsführer der GmbH derjenige, der den Auftrag beim Unternehmen ausführen wird, so wird durch Zwischenschaltung der Ein-Mann-GmbH das Problem der Scheinselbstständigkeit nicht unbedingt vermieden.²¹ Zwar kann die GmbH (oder die UG) als juristische Person nicht Arbeitnehmer und damit auch nicht scheinselbstständig sein. Ein entsprechender Antrag im Rahmen eines Statusfeststellungsverfahrens nach § 7a SGB IV würde daher auch mit dem Bescheid enden, dass keine abhängige Beschäftigung vorliegt. Ein solcher Bescheid hilft aber nicht, wenn der im Unternehmen eingesetzte Gesellschafter-Geschäftsführer wie ein Beschäftigter behandelt wird. Er ist dann gleichwohl scheinselbstständig. Kombiniert mit den richtigen Risikominimierungsstrategien und -maßnahmen beim konkreten Einsatz der tätigen Person kann die Zwischenschaltung einer Ein-Mann-GmbH aber sinnvoll sein. So etwa in Fällen, in denen die GmbH noch weiteres Personal beschäftigt, das auch für die Tätigkeit für das Auftraggeber-Unternehmen eingesetzt und abgerechnet wird.

5. Mehrere Auftraggeber

Hat ein freier Mitarbeiter mehrere Auftraggeber, hilft ihm dies möglicherweise, um nicht als arbeitnehmerähnlicher Selbständiger im Sinne von § 2 Nr. 9 SGB VI qualifiziert zu werden (mit der Folge der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung). Allerdings ist dieser Umstand für die Vertragsbeziehung zum konkreten Auftraggeber-Unternehmen nur bedingt hilfreich. Unterschiedliche Auftraggeber deuten zwar auf eine unternehmerische Tätigkeit des Selbständigen hin. Ein Einzelner kann aber auch mehrere Beschäftigungen nebeneinander ausüben. Werden mehrere Auftraggeber-Verhältnisse beim Mitarbeiter aber wiederum mit den geeigneten Risikominimierungsmechanismen kombiniert, können sie hilfreich sein; entscheidend bleibt aber das konkrete Einsatzverhältnis.

6. Nachsorge

Bei bereits laufenden oder sogar abgeschlossenen Auftragsfällen, die sich im Nachhinein als Fälle von Scheinselbständigkeit herausstellen oder dies vermuten lassen, muss geprüft werden, wie mit diesen „Altlasten“ umgegangen und weiter vorgegangen wird. Kann, und wenn ja, wie kann eine verbindliche Klärung solcher Fälle - war der Externe abhängige beschäftigt oder doch selbständig tätig? - noch erzielt werden? Wie, zu welchem Zeitpunkt und bei welchen Sozialversicherungsbehörden ist eine Anzeige oder Meldung möglich oder sogar notwendig? Wie ist gegenüber dem zuständigen Finanzamt zu agieren? Die einzelnen Schritte zur „Korrektur“ der Vergangenheit sind unverzüglich, aber auch sorgfältig zu überlegen und zu koordinieren. Dies wird in der Regel immer eine Einzelfallentscheidung seitens des Unternehmens sein.

VI. Fazit

Jedes Unternehmen, das mit externen Mitarbeitern arbeitet, sollte möglichst bereits im Vorfeld einer Beauftragung prüfen, ob diese Beauftragung aus rechtlicher Sicht risikofrei möglich ist. Die notwendigen Umgestaltungen oder Vorkehrungen und Maßnahmen müssen rechtzeitig getroffen werden, um spätere Risiken zu vermeiden oder zumindest zu minimieren. Die Einhaltung der verabredeten Maßnahmen muss nachhaltig kontrolliert und entsprechend dokumentiert werden. Für die Vergangenheit muss überlegt werden, wie hier „Korrekturen“ und Nachmeldungen vorgenommen werden, ggf. durch nachträgliche verbindliche Klärung des Status, durch Anmeldung des Tätigkeitsverhältnisses bei den zuständigen Sozialversicherungs- und Finanzbehörden o.ä.. Diese Schritte sind sorgfältig zu koordinieren.

²⁰ Siehe dazu BSG v. 9.11.2011 – B 12 R 18/09 R, Rz. 33.

²¹ LSG Bayern v. 25.6.2003 – L 17 U 203/02.

Dominik Hotz

Die Sanierung des Nürburgrings und ihre strafrechtlichen Folgen – zugleich Besprechung von BGH, Beschl. v. 26.11.2015 – 3 StR 17/15

Untreueverfahren haben noch immer Hochkonjunktur. Neben den rechtlichen Aspekten führen vor allem die tatsächlichen Gegebenheiten zu einer erhöhten Aufmerksamkeit, werden doch häufig Sachverhalte auf höchster wirtschaftlicher und politischer Ebene geschildert. In diese Linie reiht sich auch der hier besprochene Beschluss des 3. Strafsenats des BGH ein,¹ der in seinem Kern auf einem Verfahren gegen einen ehemaligen rheinland-pfälzischen Finanzminister aus Anlass der Sanierung des Nürburgrings beruht. Die Gedanken der Entscheidung werden nachgezeichnet und anschließend kritisch beleuchtet.

I. Einleitung

Das Nürburgringverfahren wird die Strafjustiz weiterhin beschäftigen. Der 3. Strafsenat hat nach knapp zwei Jahren den Schuldspruch des LG Koblenz aufgrund zahlreicher Einwände aufgehoben. Die umfangreiche Entscheidung enthält überwiegend Ausführungen zum Untreuetatbestand (§ 266 StGB), die die bekannten Wege der Rechtsprechung beschreiten. Mit Blick auf die zahlreich angesprochenen Aspekte präsentieren sich die Äußerungen als eine Tour d'Horizon der Untreurechtsprechung des BGH, wovon einige Aspekte nach einer Einführung in den Sachverhalt näher beleuchtet werden.

II. Sachverhalt

Der im Beschluss über dreißig Seiten einnehmende Sachverhalt kann hier lediglich insoweit wiedergegeben werden, als es für das Verständnis der hier behandelten Rechtsfragen notwendig ist. Im Zentrum der Geschehnisse steht der durch das Land Rheinland-Pfalz geplante Ausbau des Nürburgrings: Bereich I² umfasste dabei die Bauprojekte „ringBoulevard“, „Warsteiner-Event Center“, „ringWerk“ und „ringArena“, während der Bereich II den Ausbau der Hotel- und Gastronomieanlagen betraf. Hierdurch wollte das Land ein attraktives und deshalb finanziell lukratives Erlebniszentrum schaffen. Freilich taten sich bei dem Umbau finanzielle Hürden auf – die geschätzten Investitionskosten beliefen sich auf 230.000.000 Euro –, die letztlich zu einer Verurteilung zahlreicher Beteiligten, darunter der ehemalige Landesfinanzminister, wegen Untreue durch das LG Koblenz führte.

1. Bereich I

Die Angeklagten waren in unterschiedlichen Funktionen bei der *Nürburgring GmbH* beschäftigt, deren Aufsichtsrat

der rheinland-pfälzische Finanzminister vorstand. Die Geschäftsanteile hielten zu 90 % das Land Rheinland-Pfalz und zu 10 % der Landkreis Ahrweiler. Um an das erforderliche Kapital zu gelangen, wurden zwischen der *Nürburgring GmbH* und den Zeugen B und Me ein Projektfinanzierungs- und Entwicklungsvertrag geschlossen. Dieser sah vor, dass B und Me eine Provision von 5.000.000 Euro erhalten sollten, falls es ihnen gelingt, erfolgreich einen Investor für den Ausbau zu vermitteln. Nach einigem Hin und Her, das in die Präsentation eines Investors und die Übergabe eines ungedeckten Schecks i.H.v. 67.000.000 Euro durch B und Me mündete, drängten diese darauf, die Provision innerhalb von 48 Stunden nach Scheckübergabe zu erhalten. Obwohl der Zeitraum keinesfalls ausreichte, um den Scheck auf seine Deckung zu überprüfen, die aufgrund der vorhergehenden Ereignisse ohnehin fragwürdig war. Trotzdem wurde die Provision letztlich nicht an B und Me überwiesen, da bei dem Kreditinstitut, bei dem der Scheck durch die *Nürburgring GmbH* eingereicht wurde, frühzeitig durchgreifende Zweifel an dessen Deckung auftraten.

2. Bereich II

Zeitlich zu den Ereignissen um den Bereich I machte auch die Planung des Bereichs II³ Fortschritte. Dieser sollte ebenfalls fremdfinanziert werden, jedoch fehlte den Gesellschaften, die den Ausbau vorantreiben sollten, das erforderliche Kapital, um ein Darlehen aufzunehmen. Deshalb veranlassten die Angeklagten, dass eine rheinland-pfälzische Landesbank über eine Tochtergesellschaft in Höhe des erforderlichen Finanzbedarfs stille Beteiligungen an den planenden Gesellschaften übernahm. Im Gegenzug gewährte die Gesellschaft, an der die Beteiligungen erworben wurden, der Tochtergesellschaft der Landesbank werthaltige dingliche Grundsicherheiten. Das Land Rheinland-Pfalz wiederum stellte eine Landesbürgschaft, um die Darlehen der Landesbank an ihre Tochter abzuschließen.

III. Entscheidung des BGH

1. Untreuestrafbarkeit im Bereich I

Das LG Koblenz wertete bereits die Zahlungsanweisung, mit dem Inhalt, B und Me die Provision innerhalb von 48 Stunden nach Übergabe des (ungedeknten) Investorenschecks zu bezahlen, als vollendete Untreue des beteilig-

▷ Der Autor ist geprüfte wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl für Strafrecht und Nebengebiete von Prof. Dr. *Rudolf Rengier* und am Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, IT-Strafrecht und Rechtsphilosophie von Prof. Dr. *Andreas Popp* an der Universität Konstanz.

1 BGH, Beschl. v. 26.11.2015 – 3 StR 17/15.

2 Zu diesem Sachverhaltskomplex s. BGH, Beschl. v. 26.11.2015 – 3 StR 17/15, AG 2016, 501 = GmbHR 2016, 595 = Rz. 2–32.

3 Der ausführliche Sachverhalt findet sich in BGH, Beschl. v. 26.11.2015 – 3 StR 17/15, AG 2016, 501 = GmbHR 2016, 595 Rz. 33–45.

Die Sanierung des Nürburgrings und ihre strafrechtlichen Folgen

ten Geschäftsleiters und Aufsichtsratsmitglieds.⁴ Der BGH trat der Verurteilung zwar zu Recht nicht hinsichtlich der Annahme einer (gravierenden) Vermögensbetreuungspflicht⁵ und deren Verletzung⁶ entgegen. Allerdings rügte er die Art und Weise der Vorinstanz, den Vermögensschaden zu begründen.⁷

Daneben zeigt das vorinstanzliche Urteil einige Unsicherheiten im Hinblick auf die Möglichkeiten von Täterschaft und Teilnahme am Untreuetatbestand: Das LG hatte für den ebenfalls beteiligten Leiter der Controlling-Abteilung nach Ansicht des 3. Strafsenats rechtsfehlerhaft von der Existenz der Vermögensbetreuungspflicht auf die Täterstellung rückgeschlossen, obwohl dieser lediglich die Anweisung vorbereitete, an B und Me die Provision zu bezahlen, und zudem an der Tat kein besonderes Interesse hatte.⁸ Als Folge kommt nach Ansicht des Revisionsgerichts lediglich eine Beihilfe in Betracht, deren Strafe zudem möglicherweise nach den §§ 27 Abs. 2 S. 2, 28 Abs. 1 StGB zu mildern ist.⁹

2. Untreuestrafbarkeit im Bereich II

Hinsichtlich einer möglichen Strafbarkeit im Zusammenhang mit der Finanzierung des Bereichs II stand vor allem im Fokus, ob der rheinland-pfälzische Finanzminister seine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber dem Land Rheinland-Pfalz verletzte indem er der Landesbank für ihre Darlehen zum Ausbau des Nürburgrings eine Landesbürgschaft einräumte. Dabei war im Besonderen problematisch, ob die Drittnormen, gegen die verstoßen wurde, gerade dem Vermögensschutz dienen.¹⁰ Vor diesem Hintergrund sieht die Entscheidung im Verstoß gegen das in den Artt. 107 ff. AEUV normierte gemeinschaftsrechtliche Beihilferecht keine untreuenspezifische Pflichtverletzung, da dieses ausschließlich dem Wettbewerbsschutz diene.¹¹ Dagegen ließe sich die notwendige Pflichtverletzung im Verstoß gegen § 39 Nr. 5 S. 1 der Vorschriften zum Vollzug der Landeshaushaltsordnung (VV-LHO) erblicken, da danach eine Bürgschaft nicht übernommen werden dürfe, wenn eine hohe Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme des Landes aus der Bürgschaft bestehe.¹² Dieser Vorschrift

attestiert der BGH dann auch den notwendigen vermögensschützenden Charakter.

Zudem bemängelt der Senat erneut die Ausführungen des LG Koblenz zum Vermögensschaden, das einen Gefährdungsschaden in voller Höhe der Bürgschaftssumme bereits in der treuwidrigen Verpflichtung erblickte.¹³ Es seien vor dem Hintergrund, dass die gesicherten Rückzahlungsansprüche lediglich „höchst ausfallgefährdet“ waren, weitergehende Feststellungen des Vermögensschadens notwendig gewesen; jedenfalls hätte er nicht in dieser Höhe angesetzt werden dürfen.¹⁴

IV. Anmerkung

1. „Gravierende“ Pflichtverletzung

Auf den ersten Blick unscheinbar lesen sich die Ausführungen, wonach die Pflichtverletzung stets „gravierend“ sein müsse, diese Eigenschaft aber lediglich auf den weiten Beurteilungs- und Ermessensspielraum unternehmerischer Entscheidungen hinweise.¹⁵ Sobald man sich jedoch die seit langem bestehende Diskussion um die Interpretation der Entscheidungen anderer Strafsenate ins Gedächtnis ruft,¹⁶ wonach diese mit dem Attribut „gravierend“ die Bedeutung einer zusätzlichen strafrechtsspezifischen Höhenmarke zum Ausdruck bringen wollen,¹⁷ lässt sich die ganze Tragweite des Absatzes ermessen.¹⁸

Vor dem Hintergrund der ausführlichen Stellungnahme des 3. Strafsenats im „*Mannesmann-Urteil*“¹⁹ überrascht es andererseits wenig, dass er auf den Streitstand nicht erneut eingeht, insbesondere da die Bemerkungen des BVerfG in seiner wegweisenden Untreueentscheidung richtigerweise keine verfassungsrechtlich zwingenden Schlüsse hinsichtlich der Gestalt der Vermögensbetreuungspflicht erkennen lassen.²⁰ Ohnehin verdient die vertretene Ansicht²¹ uneingeschränkt Zustimmung:

Eine erste Indizwirkung kommt bereits dem eindeutigen Wortlaut zu, der allenfalls auf Grundlage weiterer Auslegungsmethoden zugunsten präsumtiver Täter überwunden werden könnte.²² Dies wird dann auch von einigen Stimmen unter Hinweis auf das *ultima-ratio*-Prinzip als notwendig erachtet,²³ überzeugt jedoch nicht, da die An-

4 BGH, Beschl. v. 26.11.2015 – 3 StR 17/15, AG 2016, 501 = GmbHR 2016, 595 Rz. 49.

5 BGH, Beschl. v. 26.11.2015 – 3 StR 17/15, AG 2016, 501 = GmbHR 2016, 595 Rz. 51 ff.

6 BGH, Beschl. v. 26.11.2015 – 3 StR 17/15, AG 2016, 501 = GmbHR 2016, 595 Rz. 55 ff.

7 BGH, Beschl. v. 26.11.2015 – 3 StR 17/15, AG 2016, 501 = GmbHR 2016, 595 Rz. 61 ff.

8 BGH, Beschl. v. 26.11.2015 – 3 StR 17/15, AG 2016, 501 = GmbHR 2016, 595 Rz. 137 ff.

9 BGH, Beschl. v. 26.11.2015 – 3 StR 17/15, AG 2016, 501 = GmbHR 2016, 595 Rz. 141.

10 BGH, Beschl. v. 26.11.2015 – 3 StR 17/15, AG 2016, 501 = GmbHR 2016, 595 Rz. 77 ff.

11 BGH, Beschl. v. 26.11.2015 – 3 StR 17/15, AG 2016, 501 = GmbHR 2016, 595 Rz. 86 f.

12 BGH, Beschl. v. 26.11.2015 – 3 StR 17/15, AG 2016, 501 = GmbHR 2016, 595 Rz. 78 ff.

13 BGH, Beschl. v. 26.11.2015 – 3 StR 17/15, AG 2016, 501 = GmbHR 2016, 595 Rz. 71 f.

14 BGH, Beschl. v. 26.11.2015 – 3 StR 17/15, AG 2016, 501 = GmbHR 2016, 595 Rz. 71 ff., 88 ff.

15 BGH, Beschl. v. 26.11.2015 – 3 StR 17/15, AG 2016, 501 = GmbHR 2016, 595 Rz. 60.

16 S. nur BGH, Urt. v. 6.12.2001 – 1 StR 185/01, BGHSt 47, 148 [150 ff.]; BGH, Urt. v. 27.8.2010 – 2 StR 111/09, BGHSt 55, 266 = AG 2010, 826 = GmbHR 2010, 1146 m. Anm. Hoffmann [276 f.]; BGH, Beschl. v. 13.4.2011 – 1 StR 94/10, BGHSt 56, 203 [213] = ZWH 2011, 25 m. Anm. Knauer.

17 S. die Diskussion bei Jahn, ZIS 2016, 552 [559 f.]; Satzger/Schluckebier/Widmaier/Saliger, 2. Aufl. 2014, § 266 Rz. 40.

18 Zu den Anhängern einer zusätzlichen Höhenmarke, die im Einzelnen unterschiedlich bestimmt wird, s. Brand/Seeland, ZWH 2014, 258 [261] m.w.N.

19 BGH, Urt. v. 21.12.2005 – 3 StR 470/04, BGHSt 50, 331 = AG 2006, 110 [343 ff.].

20 Dazu näher LK-StGB/Schünemann, 12. Aufl. 2012, § 266 Rz. 99 f.

21 Diese teilen Bittmann, NStZ 2011, 361 [364]; Rönnau, ZStW 119 (2007), 887 [911]; LK-StGB/Schünemann, 12. Aufl. 2013, § 266 Rz. 97.

22 Kubiciel, NStZ 2005, 353 [357 f.].

23 Brand, NZG 2016, 690 [691]; Seibt/Schwarz, AG 2010, 301 [312 ff.].

Die Sanierung des Nürburgrings und ihre strafrechtlichen Folgen

sicht auf einem Missverständnis dieses Prinzips beruht.²⁴ Selbst wenn man darin einen Hinweis auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip erblicken wollte, wäre eine restriktive Lesart der Tathandlung zum Zweck des Vermögensschutzes bereits ungeeignet; jedenfalls ist die dem Gesetzgeber zuzuerkennende Einschätzungsprärogative keinesfalls verletzt. Es gibt kein allgemeines Erfahrungsgesetz, wonach gravierende Pflichtverletzungen zu einer gravierenden Rechtsgutsbeeinträchtigung führen oder geringe Pflichtverletzungen zu einer geringen Rechtsgutsbeeinträchtigung. Zudem hatte der Gesetzgeber das *ultima-ratio*-Prinzip im Blick und diesem über die §§ 266 Abs. 2, 248a StGB hinreichend Rechnung getragen, indem er bei einem geringen Vermögensschaden ein zwingendes Antragsersfordernis vorsieht.²⁵

Abseits davon führte eine andere Ansicht zu einer nicht zu rechtfertigenden Ungleichbehandlung gegenüber den „Außenschädigungsdelikten“, die bei aktiven Tun schon keine besondere Pflichtenstellung fordern: Während der Kundenberater, der seiner Freundin unerlaubt ein Kleid überlässt, sich zweifellos wegen Diebstahls oder Unterschlagung strafbar macht, wäre der Geschäftsführer, der gesellschaftsrechtswidrig im Wege des Sponsorings befreundeten Modelagenturen einige Kleidungsstücke überlässt, erst wegen Untreue strafbar, wenn zu der Verletzung seiner gesellschaftsrechtlichen Pflichten noch eine gravierende Verletzung hinzukommt. Ein Ergebnis, das intuitiv nicht überzeugt.²⁶

2. Vermögensschaden

Die Einwände gegen die Feststellungen des LG Koblenz zum Vermögensschaden, die an verschiedener Stelle erfolgen, sind vor dem Hintergrund der einschlägigen Rechtsprechung des BVerfG²⁷ konsequent.²⁸ Darin stellt das BVerfG zwar die grundsätzliche Vereinbarkeit des Untreuetatbestands mit Art. 103 Abs. 2 GG fest, da der Vermögensschutz noch hinreichend erkennbar sei, entwickelt aber zugleich Bedingungen für die verfassungsgemäße Auslegung des Merkmals „Vermögensnachteil“. Danach sei der Vermögensnachteil stets der Höhe nach zu beziffern und in wirtschaftlich nachvollziehbarer Weise darzulegen. Lediglich bei Unklarheiten dürfe der Schaden im Wege der Schätzung ermittelt werden, wobei der Zweifelsgrundsatz besonders zu berücksichtigen sei.²⁹

Auf der Grundlage dieser Prämissen überzeugt es nicht, wenn die Vorinstanz im bloßen Abschluss einer ausfall-

bedrohten Zahlungsverpflichtung einen nicht näher konkretisierten Schaden annimmt.³⁰ Zwar kann ein sog. Gefährdungsschaden im Einzelfall bereits im Abschluss einer wirtschaftlich nachteiligen Verpflichtung erblickt werden. Allerdings bestehen jedenfalls aufgrund der Möglichkeit der Nürburgring GmbH, den Überweisungsauftrag bis zum Zeitpunkt der Gutschrift an das Geldinstitut der begünstigten Gesellschaft zu kündigen (§ 676 Abs. 4 BGB a.F.), sowie der Aussichtslosigkeit der Begünstigten, rechtzeitig vor Abschluss der Deckungsprüfung im Urkundsverfahren einen Titel zu erstreiten, einige Zweifel. Eine exakte Bezifferung des Vermögensschadens lassen auch die Ausführungen des LG Koblenz im Kontext der pflichtwidrigen Bürgschaftsversprechen vermissen, weshalb der Senat auch diesen Mangel zu Recht moniert.³¹

Diese Beispiele sind exemplarisch für die in der Praxis bis heute anhaltenden Schwierigkeiten, die Rechtsprechung des BVerfG in adäquater Weise zu berücksichtigen. Hier wird im Rahmen der neuen Verhandlung ein Sachverständigengutachten oder gar eine verfahrensbeendende Absprache Abhilfe leisten müssen.

3. Die Untreue als Pflichtdelikt

Besonders bemerkenswert sind die Ausführungen zu N, dem Leiter der Controlling-Abteilung, als möglichem Mittäter (§ 25 Abs. 2 StGB) einer Untreue, indem er die Anweisung gab, die Provision an B. und Me zu überweisen. Obwohl die tatrichterliche Bewertung von Mittäterschaft und Beihilfe nach ständiger Rechtsprechung einer revisionsgerichtlichen Überprüfung nur eingeschränkt zugänglich ist,³² gelangt der Senat auf der Grundlage einer Abwägung aller wesentlichen Anhaltspunkte, wie dem Interesse am Erfolg der Tat, dem Umfang der Tatbeteiligung und der Tatherrschaft oder wenigstens dem Willen hierzu,³³ zu dem Schluss, wonach gegen die Annahme mittäterschaftlichen Handelns des N durchgreifende rechtliche Bedenken bestünden.³⁴ Dies gelte „[s]elbst, wenn N. eine Vermögensbetreuungspflicht obliegen haben sollte“³⁵. Hiermit wird der von *Roxin* begründeten „Lehre von den Pflichtdelikten“³⁶ eine eindeutige Absage erteilt. Nach der Pflichtdeliktslehre ist nicht wie üblich die Tatherrschaft, sondern die Verletzung einer tatbestandsspezifischen Sonderpflicht für die Begründung der Täterschaft notwendig,

24 Ähnlich *Bachmann* in FS Beulke, 2015, S. 1259 [1266].

25 *Schünemann*, NStZ 2006, 473 [475].

26 Zu diesen Beispielen s. *Schünemann*, Organuntreue, 2004, S. 29.

27 BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a., BVerfGE 126, 170 ff.

28 So auch *Brand*, NZG 2016, 690 [691 f.]; *Saliger/Schweiger*, NJW 2016, 2600 f.

29 Zur Bindungswirkung der Entscheidung *Krehl* in Fischer/et al. [Hrsg.], Dogmatik und Praxis strafrechtlichen Vermögensschadens, 2015, S. 133 ff.

30 BGH, Beschl. v. 26.11.2015 – 3 StR 17/15, AG 2016, 501 = GmbHR 2016, 595 Rz. 61 ff.

31 BGH, Beschl. v. 26.11.2015 – 3 StR 17/15, AG 2016, 501 = GmbHR 2016, 595 Rz. 88 ff.

32 S. exemplarisch nur BGH, Urte. v. 21.11.2000 – 1 StR 433/99, NStZ-RR 2001, 148 [149]; BGH, Urte. v. 31.10.2001 – 2 StR 315/01, NStZ-RR, 2002, 74 f.

33 Dieser Kriterienkatalog entspricht der ständigen Rechtsprechung, vgl. BGH, Urte. v. 15.1.1991 – 5 StR 492/90, BGHSt 37, 289 = MDR 1991, 456 [291]; BGH, Urte. v. 29.11.2007 – 4 StR 425/07, NStZ 2008, 273 [275]; BGH, Urte. v. 17.2.2011 – 3 StR 419/10, NJW 2011, 2375.

34 BGH, Beschl. v. 26.11.2015 – 3 StR 17/15, AG 2016, 501 = GmbHR 2016, 595 Rz. 137 ff.

35 BGH, Beschl. v. 26.11.2015 – 3 StR 17/15, AG 2016, 501 = GmbHR 2016, 595 Rz. 140.

36 Grundlegend *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 1.–9. Aufl., S. 352 ff.

Die Sanierung des Nürburgrings und ihre strafrechtlichen Folgen

aber auch hinreichend.³⁷ Dies überrascht, da die Rechtsprechung zwar bislang die „Lehre von den Pflichtdelikten“ nicht ausdrücklich aufgenommen hatte, aber dennoch einige Entscheidungen³⁸ die Ergebnisse und Begründungsansätze dieser Lehre teilten.³⁹ Bei einer derart weitreichenden Grundsatzentscheidung hinsichtlich der Eckpunkte von Täterschaft und Teilnahme wäre eine ausführlichere Stellungnahme zu wünschen gewesen, da die Anhänger der Gegenansicht⁴⁰ inzwischen deutlich in der Minderheit sind und die vom Senat zitierten älteren Entscheidungen⁴¹ die einschlägige Rechtsfrage nicht problematisieren. Freilich dürfte es sich um eine konsequente Fortsetzung der Gesamtabwägung als Kriterium der Abwägung von Täterschaft und Teilnahme handeln, sieht die Rechtsprechung doch bereits die Tatherrschaft seit jeher lediglich als ein Kriterium unter vielen an.

4. Doppelte Strafmilderung bei fehlender Pflichtenstellung des Teilnehmers

Ein letzter erwähnenswerter Punkt betrifft die Möglichkeit einer doppelten Strafmilderung des Gehilfen einer Untreue gemäß den §§ 27 Abs. 2 S. 2, 28 Abs. 1 StGB. Im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung des BGH⁴² trägt der Senat der neuen Kammer des LG Koblenz auf, die Voraussetzungen einer Vermögensbetreuungspflicht des N zu prüfen, obwohl eine Täterstellung mangels Täterwillens bereits ausgeschlossen wurde.

Dahinter steht die Überlegung, wonach es sich bei der Vermögensbetreuungspflicht um ein strafbegründendes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 Abs. 1 StGB handelt,⁴³ weshalb ihr Fehlen einen zwingenden Strafmilderungsgrund darstellt. Noch weitergehend hat nach ständiger Rechtsprechung eine doppelte Strafmilderung gemäß den §§ 27 Abs. 2 S. 2, 28 Abs. 1 StGB zu erfolgen, wenn die Verurteilung wegen Beihilfe nicht alleine auf dem fehlenden persönlichen Merkmal beruht, sondern es dem Beteiligten daneben am Erfordernis der Tatherrschaft bzw. des Täterwillens mangelt.⁴⁴ Der Sinn dahinter ist, dass derselbe Umstand nicht zweimal zugunsten des Teilnehmers verwertet werden darf, was der Fall wäre, wenn alleine die fehlende Pflichtenstellung zu einer doppelten Strafmilderung des Gehilfen führte.⁴⁵

Fast schon selbstverständlich üben einige Stimmen in der Literatur an diesem Ergebnis Kritik, handelt es sich bei den §§ 28, 29 StGB doch noch immer um eines der verworrensten Kapitel des allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs: So verletze eine flexible Lösung das Stufenverhältnis von Anstiftung und Beihilfe, wenn nicht stets eine doppelte Strafmilderung erfolge, da Anstiftung und Beihilfe durch die Milderung der Anstifterstrafe nach § 28 Abs. 1 StGB dem gleichen Strafraum unterstellt seien, sofern der Gehilfe mit Tatherrschaft handle.⁴⁶ Von anderer Seite wird gar bemängelt, eine obligatorische doppelte Strafmilderung ergebe sich schon zwingend aus dem Wortlaut.⁴⁷

Da die §§ 28, 29 StGB den „Schlussstein in der Architektur von Täterschaft und Teilnahme“⁴⁸ setzen, ist im vorliegenden Rahmen keine durchgreifende Lösung zu leisten, die alle Bezüge zu den §§ 25 ff. StGB befriedigend erörtert. Nur so viel sei angemerkt:

Statt den § 28 StGB in das zuvor festgelegte Akzessorietätsprinzip der Beteiligungsformen zu zwingen, wodurch die unterschiedlichen Rechtsfolgen der beiden Absätze nicht miteinander verträglich erscheinen, sollte man sich auf den Zweck der Norm zurückbesinnen:⁴⁹ Die gerechte Strafzumessung für Täter und Teilnehmer.⁵⁰

Eine Ungleichbehandlung der Beteiligungsformen lässt sich verhindern, wenn das gesetzliche Rangverhältnis von Täterschaft und Teilnahme aufrechterhalten wird, das bei besonderen Tätermerkmalen bei strikter Anwendung des Akzessorietätsprinzips zu erodieren drohte: Der entsprechend qualifizierte Beteiligte könnte sich bei allen Tatbeständen mit speziellen objektiven oder subjektiven Tätermerkmalen hinter einem vorgeschobenen Dritten verstecken, falls man sich nicht der mittelbaren Täterschaft bedienen kann. Dem nicht qualifizierten Teilnehmer wäre dagegen eine möglichst aktive Rolle zu empfehlen.⁵¹ Diese Konsequenz lässt sich vermeiden, wenn man besondere persönliche Merkmale als identisch mit den Tätermerkmalen ansieht, die nicht im Wege der mittelbaren Täterschaft

37 Dem haben sich mit Unterschieden im Detail angeschlossen *Jakobs*, AT, 2. Aufl. 1991, 21. Abschn. Rz. 115 ff.; *LK-StGB/Schünemann*, 12. Aufl. 2006, 25 Rz. 39 ff.; *Schönke/Schröder/Heine/Weißer*, 29. Aufl. 2014, Vor § 25 Rz. 82. Speziell zur Untreue als Pflichtdelikt *Achenbach/Ransiek/Rönnau/Seier*, 4. Aufl. 2015, 5. Teil Kap. 2 Rz. 65; *NK-StGB/Kindhäuser*, 4. Aufl. 2013, § 266 Rz. 127; *Satzger/Schluckebier/Widmaier/Saliger*, 2. Aufl. 2014, § 266 Rz. 107.

38 BGH, Urt. v. 12.1.1956 – 3 StR 626/54, BGHSt 9, 203 [217] zur Untreue nach § 81a GmbHG a.F.; BGH, Urt. v. 19.8.1992 – 2 StR 86/92, BGHSt 38, 325 = MDR 1992, 1170 [337]; BGH, Urt. v. 2.3.1994 – 2 StR 620/93, BGHSt 40, 84 = MDR 1994, 707 [87].

39 So *Maurach/Gössel/Zipfl/Renzikowski*, Strafrecht Allgemeiner Teil – Teilband 2, 8. Aufl. 2014, § 47 Rz. 160; *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 9. Aufl. 2015, S. 781 f.; so zu § 266 StGB auch *Satzger/Schluckebier/Widmaier/Saliger*, 2. Aufl. 2014, § 266 Rz. 107.

40 *Maurach/Schroeder/Maiwald/Maiwald*, BT I, 10. Aufl. 2009, § 45 Rz. 21; *Hoyer* in *SK/StGB*, 32. Lfg. [März 2000], § 25 Rz. 21 ff.; *Rengier*, AT, 7. Aufl. 2015, § 43 Rz. 20.

41 Zitiert werden BGH, Beschl. v. 1.4.2008 – 3 StR 493/07, wistra 2008, 427 [428]; BGH v. 17.9.2009 – 5 StR 521/08, NJW 2010, 92 [97].

42 BGH, Beschl. v. 8.1.1975 – 2 StR 567/74, BGHSt 26, 53 [54 ff.]; BGH, Beschl. v. 12.7.1994 – 1 StR 300/94, StV 1995, 73; BGH, Beschl. v. 22.1.2013 – 1 StR 234/12, ZWH 2013, 272 m. Anm. *Fauser* = NJW 2013, 949 [950].

43 *Fischer*, StGB, 63. Aufl. 2016, § 266 Rz. 186 m.w.N.; a.A. nur *Schönke/Schröder/Perron*, 29. Aufl. 2014, § 266 Rz. 52.

44 So schon BGH, Beschl. v. 8.1.1975 – 2 StR 567/74, BGHSt 26, 53 [55]; s. auch *Fischer*, StGB, 63. Aufl. 2016, § 266 Rz. 186.

45 Dieses Ergebnis teilen *LK-StGB/Schünemann*, 12. Aufl. 2007, § 28 Rz. 83; *Dierlamm* in *MünchKommStGB*, 2. Aufl. 2014, § 266 Rz. 286; *NK-StGB/Kindhäuser*, 4. Aufl. 2013, § 266 Rz. 127.

46 *Roxin*, Strafrecht AT II, 2003, § 27 Rz. 83.

47 *OK-StGB/Kudlich*, 31. Ed. [Stand: 1.6.2016], § 28 Rz. 20; *Maurach/Gössel/Zipfl/Renzikowski*, Strafrecht AT – Teilband 2, 8. Aufl. 2014, § 53 Rz. 87.

48 *LK-StGB/Schünemann*, 12. Aufl. 2006, § 28 Rz. 1.

49 Zu den Komplikationen *Roxin*, Strafrecht AT II, 2003, § 27 Rz. 16 ff.

50 Ausführlich *Schünemann* in *FS Küper*, 2007, S. 561 [569 f.].

51 So *LK-StGB/Schünemann*, 12. Aufl. 2007, § 28 Rz. 10 f.

Wirtschaftsstrafrecht

verwirklicht werden können.⁵² Dass Abs. 1 nur von Teilnehmern spricht, beruht danach auf der Wertung, wonach ein Beteiligter bei fehlenden strafbegründenden Merkmalen niemals Täter sein kann, im Gegensatz zu den strafschärfenden Merkmalen des Abs. 2, die für Täter wie Teilnehmer einschlägig sein können.⁵³

§ 28 StGB ist also nur anwendbar, wenn der Teilnehmer von der Tat gewissermaßen doppelt weit entfernt ist, das heißt, es ihm im konkreten Fall neben dem *allgemeinen* Merkmal der Tatherrschaft noch kumulativ an einem *besonderen* Tätermerkmal mangelt, wie insbesondere der Pflichtenstellung eines Sonderdelikts.⁵⁴ Beruht also die fehlende Tätoreigenschaft alleine auf der mangelnden Pflichtenstellung, muss es bei einer einfachen Strafmilderung nach § 27 Abs. 2 S. 2 StGB bleiben.⁵⁵ Zugleich wird das Stufenverhältnis von Anstiftung und Beihilfe gewahrt, da § 28 Abs. 1 StGB auf den Teilnehmer nur bei Abwesenheit beider, also allgemeiner wie besonderer, Tätermerkmale angewendet wird.⁵⁶

Auf Grundlage des soeben dargelegten dogmatischen Unterbaus lässt sich die Lösung der Rechtsprechung sodann

auch mit dem Wortlaut des § 28 StGB vereinbaren, da ein Merkmal nur dann *besonders* ist, wenn die Pflichtenstellung als weiteres Tätermerkmal neben die *allgemeine* Tatherrschaft tritt.⁵⁷

V. Fazit

Zusammenfassend verdient die Entscheidung weitestgehend Zustimmung. Kritikwürdig ist einzig der Entschluss des Senats, die zugegebenermaßen starre Lösung der Lehre von den Pflichtdelikten abzulehnen, ohne sich mit den Argumenten ihrer Vertreter auseinanderzusetzen. Dagegen wird eine zusätzliche strafrechtliche Höhenmarke der Pflichtverletzung zu Recht abgelehnt. Auch die flexible Lösung bei den Strafmilderungsgründen hinsichtlich des Gehilfen einer Untreue überzeugt im Ergebnis. Endlich ist es zu begrüßen, wenn das vom BVerfG angemahnte restriktive Verständnis des Vermögensschadens zunehmend Einzug in die Strafgerichtsbarkeit findet.

RECHTSPRECHUNG

WirtschaftsstrafRECHT

Einfluss von A 1-Entsendebescheinigungen auf illegale Arbeitnehmerüberlassung

AÜG §§ 1, 9 Nr. 1, 10, 16 Abs. 1 Nr. 1; OWiG §§ 17 Abs. 2; 30; 31, 33 Abs. 3, 72, 79, 80a Abs. 2; StPO §§ 437, 444 Abs. 2; VO [EG] Nr. 883/2004 Art. 3, Art. 11 Abs. 3 lit. a), Art. 12 Abs. 1, Art. 13; VO [EG] 987/2009 Art. 1 I lit. a, b, Art. 5 Abs. 1

Die Bindungswirkung unionsrechtlich erteilter A 1-Entsendebescheinigungen (bzw. früherer E 101-Entsendebescheinigungen) steht der bußgeldrechtlichen Ahndung unerlaubter Arbeitnehmerüberlassungen nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 AÜG nicht entgegen.

OLG Bamberg, Beschl. v. 9.8.2016 – 3 Ss OWi 494/16

Amtliche Leitsätze bleiben ohne besondere Kennzeichnung.
Redaktionelle Leitsätze sind mit ● gekennzeichnet.

⁵² Da hiernach kein zusätzliches Kriterium erarbeitet wird, um weitere Differenzierungen vorzunehmen, verbreitet sind die Unterscheidungen von tat- und täterbezogenen Merkmalen oder die Frage ob ein Merkmal (nicht) rechtsgutsbezogen ist, s. dazu nur *Roxin*, AT II, 2003, § 27 Rz. 27 ff., wird diese Ansicht von ihrem Begründer *Bernd Schünemann* als „Einheitslösung“ bezeichnet, vgl. nur *JURA* 1980, 354, [359].

Zum Sachverhalt:

Das AG hat den Betr. als Geschäftsführer und die nach § 30 OWiG Nebenbeteiligte, eine Gesellschaft nach polnischem Recht, im Beschlussverfahren nach § 72 OWiG von dem jeweils gegen sie mit Bußgeldbescheiden vom 1.9.2014 erhobenen und mit Geldbußen i.H.v. 2.000 Euro (Betroffener) und i.H.v. 20.000 Euro (Nebenbeteiligte) geahndeten Tatvorwurf der fahrlässigen Ordnungswidrigkeit nach § 16 I Nr. 1 AÜG aus rechtlichen Gründen freigesprochen. Zur Begründung hat das AG im Wesentlichen darauf abgestellt, dass aufgrund vorliegender Entsendebescheinigungen „A 1“ die Bestimmungen der §§ 9 Nr. 1, 10 I 1, 16 I Nr. 1 AÜG nicht einschlägig seien. Die sozialrechtliche und arbeitsrechtliche Bindungswirkung dieser Bescheinigungen bestätige das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses für den Zeitraum der Entsendung mit dem Verleiher. Nachdem der sozialrechtliche Arbeitgeberbegriff identisch mit dem strafrechtlichen sei, könne kein Arbeitsverhältnis zwischen den Entleihern und den entsendeten Arbeitnehmern entgegen der Bindungswirkung der A 1-Bescheinigung begründet werden. Vielmehr sei dadurch

⁵³ LK-StGB/Schünemann, 12. Aufl. 2007, § 28 Rz. 4, 10 f.

⁵⁴ LK-StGB/Schünemann, 12. Aufl. 2007, § 28 Rz. 53.

⁵⁵ Ebenso *Hoyer* in SK/StGB, 34. Lfg. [Stand: Okt. 2000], §§ 27 Rz. 39, 28 Rz. 45.

⁵⁶ LK-StGB/Schünemann, 12. Aufl. 2007, § 28 Rz. 84.

⁵⁷ LK-StGB/Schünemann, 12. Aufl. 2007, § 28 Rz. 84.

Wirtschaftsstrafrecht

das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zum Verleiher für die inländischen Gerichte bindend festgestellt worden. Die gegen den freisprechenden Beschluss geführte Rechtsbeschwerde der StA, mit der sie die Verletzung materiellen Rechts rügt, erwies sich als erfolgreich.

Aus den Gründen:

I. Die gem. § 79 I 1 Nr. 3 OWiG und hinsichtlich der Nebenbeteiligten nach den §§ 79 I 1 Nr. 3, 71 I, 46 I OWiG i.V.m. §§ 444 II 2, 437 I bis 3 StPO statthafte und auch sonst zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet und führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses. Der Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde steht – entgegen der von der Verteidigung geäußerten Ansicht – nicht entgegen, dass die StA dem Beschlussverfahren nicht widersprochen und für diesen Fall auf Gründe verzichtet hat. Ein Verzicht auf die Begründung einer Entscheidung stellt keinen – ohnehin im Vorfeld nicht zulässigen – Verzicht (vgl. hierzu BGH, Urt. v. 28.8.1997 – 4 StR 240/97 = BGHSt 43, 195 = StV 1997, 583 = StraFo 1997, 312 = NJW 1998, 86 = wistra 1997, 341 = NStZ 1998, 31 = JR 1998, 245; *Meyer-Goßner/Schmitt* StPO 59. Aufl., § 302 Rz. 14) auf das statthafte Rechtsmittel dar.

II. Der Freispruch kann schon deswegen keinen Bestand haben, weil die Gründe der angefochtenen Entscheidung den inhaltlichen Anforderungen, die an ein freisprechendes Erkenntnis zu stellen sind, nicht genügen.

1. Erfolgt der Freispruch – wie hier – aus rechtlichen Gründen, ist es unabdingbar, dass in den Gründen des freisprechenden Erkenntnisses gem. § 72 V 1 OWiG die vom Tatgericht für erwiesen erachteten Tatsachen in geschlossener Form bezeichnet werden, weil dem Rechtsbeschwerdegericht anderenfalls eine auf den konkreten Tatvorwurf zugeschnittene und von diesem abhängige Nachprüfung der den Freispruch tragenden Begründung auf etwaige rechtsfehlerhafte Erwägungen hin von vornherein verwehrt ist (vgl. nur BGH, Urt. v. 5.8.1997 – 5 StR 210/97 = NStZ-RR 1997, 374 = StraFo 1997, 302; *Meyer-Goßner/Schmitt* StPO 59. Aufl., § 267 Rz. 34; *KK/Kuckein* StPO 7. Aufl., § 267 Rz. 42, jeweils m.w.N.).

2. Diesen Mindestanforderungen wird der angefochtene Beschluss nicht gerecht. Es fehlt an konkreten Feststellungen zum Tatgeschehen, insbesondere bleibt gänzlich unklar, ob die für die Beurteilung des Vorwurfs relevante Ausgestaltung der vertraglichen Beziehungen die Einschätzung eines bußgeldbewehrten Verstoßes gegen das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz zulässt oder nicht. Die unterbliebene Darstellung kann auch nicht durch die vom AG ausgesprochene Bezugnahme auf die Bußgeldbescheide ersetzt werden. Denn zum einen hat die Bezugnahme zur Folge, dass die Entscheidung aus sich heraus nicht mehr verständlich ist. Zum anderen wird in den Bußgeldbescheiden nur der Sachverhalt, der den Betr. zur Last gelegt wird, wiedergegeben. Entscheidend für die Überprüfung der angefochtenen Entscheidung ist aber – wie bereits erwähnt – das Tatgeschehen, das der Tatrichter für erwiesen erachtet hat.

3. Entgegen der Ansicht der Verteidigung ist dieser Begründungsmangel nicht etwa deshalb unbeachtlich, weil die StA im Vorfeld auf eine Begründung verzichtet hatte. Dies lässt sich ohne weiteres der Bestimmung des § 72 VI 3 OWiG entnehmen, der gerade eine Begründungspflicht für den Fall der Anfechtung der getroffenen Entscheidung trotz vorhergehenden Verzichts auf die Begründung durch die Beteiligten normiert.

4. Das Begründungsdefizit wäre allenfalls dann unbeachtlich, wenn – wie dies das AG annimmt – die Entsendebescheinigung dazu geführt hätte, dass die Tatbestandsverwirklichung des § 16 I Nr. 1 AÜG aus rechtlichen Gründen entfiel. In diesem Fall wäre die Feststellung zusätzlicher Fakten für die Beurteilung der Vorwürfe überflüssig. Eine derartige Konstellation liegt jedoch nicht vor. Vielmehr sind auch die rechtlichen Erwägungen des angefochtenen Beschlusses für sich genommen rechtsfehlerhaft. Das AG hat aus der erteilten A-1 Bescheinigung rechtsirrig den Schluss gezogen, dass aufgrund der von der Bescheinigung ausgehenden Bindungswirkung die nationalen Gerichte daran gehindert seien, eine Verurteilung wegen unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung nach § 16 I Nr. 1 AÜG auszusprechen. Damit hat es der Entsendebescheinigung eine Reichweite beigemessen, die ihr von vornherein nicht zukommt.

a) Im Ansatz noch zutreffend hat das AG allerdings darauf abgestellt, dass sog. Entsendebescheinigungen absolute Bindungswirkung für alle Behörden und Gerichte anderer Mitgliedstaaten zukommt. Dies entspricht nicht nur der Rspr. des Europäischen Gerichtshofs zu der nach dem Vorgängerregelungswerk, der Verordnung (EWG) Nr. 574/72, erteilten E-101 Bescheinigung (vgl. EuGH [4. Kammer], Urt. v. 26.1.2006 – Rs. C-2/05 [bei juris]), sondern ist mittlerweile auch positiv-rechtlich in Art. 5 I VO (EG) 987/2009 normiert. Dies bedeutet, dass die inhaltliche Richtigkeit der Bescheinigung keiner Überprüfung durch andere Mitgliedstaaten unterliegt, wobei die Bindungswirkung sich zusätzlich auf Tatsachen, auf deren Grundlage die Bescheinigung ausgestellt wurde, erstreckt (EuGH [4. Kammer], Urt. v. 26.1.2006 – Rs. C-2/05 [bei juris]).

b) Allerdings verkennt das AG, dass die Bindungswirkung einer entsprechenden Bescheinigung nicht weitergehen kann, als der Inhalt der Bescheinigung und die ihr zugrunde liegenden tatsächlichen Prämissen reichen. Diese Einschränkung, die sich ohnehin gleichsam von selbst versteht, lässt sich im Übrigen unschwer der Bestimmung des Art. 5 I VO (EG) Nr. 987/2009 entnehmen. Hiernach wird explizit die Bindungswirkung in Bezug zu den „Zwecken der Grundverordnung“, d.h. der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 (vgl. Art. 1 I lit. a) der Verordnung (EG) Nr. 987/2009), und der „Durchführungsverordnung“, d.h. der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 (vgl. Art. 1 I lit. b)) gesetzt.

aa) Die Entsendebescheinigung verfolgt den Zweck, die Träger der Mitgliedstaaten, auf deren Gebiet Arbeitnehmer von einem in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Arbeitgeber entsandt werden, von der Verpflichtung und der Berechtigung zu entheben, die Frage nach dem anwend-

Wirtschaftsstrafrecht

baren Recht der „sozialen Sicherheit“ zu beantworten. Ausgangspunkt ist der Umstand, dass nach dem Grundsatz des Art. 11 III lit. a) der VO (EG) Nr. 883/2004 bei Entsendung von Arbeitnehmern in andere Mitgliedstaaten das Recht der sozialen Sicherheit des Mitgliedstaats Anwendung findet, in dem diese ihre tatsächliche Beschäftigung ausüben. Von diesem Grundsatz normieren die Art. 12 und 13 der Verordnung zum Zwecke der Förderung der Dienstleistungsfreiheit und der Arbeitnehmerfreizügigkeit (vgl. hierzu EuGH [4. Kammer], Urt. v. 26.1.2006 – Rs. C-2/05 [bei juris]; *Wilde*, NZS 2016, 48 ff.) Ausnahmen. Unter anderem regelt Art. 12 I der VO (EG) Nr. 883/2004, dass abweichend von der zitierten Grundsatzregelung bei kurzfristigen Entsendungen unter den dort im Einzelnen genannten Prämissen das Recht des Entsendestaates Anwendung findet. Als Nachweis, dass der entsandte Arbeitnehmer weiterhin dem Recht des Staates unterliegt, in dem der Entsendeunternehmer seine Betriebsstätte hat, dient die Entsendebescheinigung (EuGH [4. Kammer], Urt. v. 26.1.2006 – Rs. C-2/05 [bei juris]).

bb) Die Frage nach dem Bedeutungsgehalt des Begriffs der „sozialen Sicherheit“, die sich damit nur noch stellt, nachdem der generelle Zweck der Entsendebescheinigung geklärt ist, lässt sich ebenfalls klar mit den einschlägigen Bestimmungen beantworten. In Art. 3 der VO (EG) Nr. 883/2004, der den sachlichen Anwendungsbereich der Verordnung festlegt, sind die „Zweige der sozialen Sicherheit“ enumerativ aufgezählt. Die dort genannten Konstellationen erfassen ausschließlich Materien, die ohne weiteres nach deutschem Verständnis dem Sozialversicherungsrecht zuzuordnen sind.

cc) Nach alledem ist die Reichweite der Entsendebescheinigung nicht zweifelhaft. Sie legt verbindlich fest, dass der betreffende Arbeitnehmer in der Sozialversicherung seines Heimatsstaates verbleibt (im Ergebnis ebenso: *Räuchle/Schmidt*, RdA 2015, 407 [410]; *Schüren*, Funktionsmängel des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes bei Scheinwerkverträgen aus dem Ausland – Eine Skizze in FS Düwell [2011], S. 84, 89; *Wilde*, NZS 2016, 48 ff.). Auch der BGH hat in einer Entscheidung, bei der es um die Strafbarkeit wegen Vorenthaltens und Veruntreuung von Arbeitsentgelt nach § 266a StGB ging, hervorgehoben, dass es sich bei den Vorgängerregelungen der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 um Kollisionsvorschriften handelt, die das anwendbare nationale Sozialversicherungsrecht bestimmen (vgl. BGH, Urt. v. 24.10.2006 – 1 StR 44/06 = BGHSt 51, 124 = StV 2007, 32 = NJW 2007, 233 = wistra 2007, 65 = NSTz 2007, 218 = NZS 2007, 197; vgl. auch BGH, Beschl. v. 7.3.2007 – 1 StR 301/06 = BGHSt 51, 224 = NJW 2007, 1370 = wistra 2007, 218 = NSTz 2007, 581 = BGHR StGB § 266a Arbeitgeber 3 und BGH, Urt. v. 24.10.2007 – 1 StR 160/07 = BGHSt 52, 67 = NJW 2008, 595 = wistra 2008, 60 = JZ 2008, 366 = BGHR StGB § 266a Europäisches Recht 2 = NSTz 2008, 399).

dd) Der Umstand, dass nach Art. 5 I VO (EG) Nr. 987/2009 auch die Belege, auf deren Grundlage die Entsendebescheinigung ausgestellt wurde, von der Bindungswir-

kung erfasst werden, führt zu keiner abweichenden Beurteilung.

(1) Zwar hat der Europäische Gerichtshof (EuGH [4. Kammer], Urt. v. 26.1.2006 – Rs. C-2/05 [bei juris]) ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Entsendebescheinigung auch die arbeitsrechtliche Bindung zwischen dem entsandten Arbeitnehmer und seinem Arbeitgeber, also dem entsendenden Unternehmen, bestätigt. Im Hinblick darauf wollen Stimmen in der Literatur Friktionen mit den Vorschriften der §§ 9, 10 AÜG erkennen (vgl. etwa *Schüren*, Funktionsmängel des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes bei Scheinwerkverträgen aus dem Ausland – Eine Skizze in FS Düwell [2011], S. 93; *Thuengerthal*, AuA 2014, 84; *Wilde*, NZS 2016, 48 [51]). Denn im Falle unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung regelt § 9 Nr. 1 AÜG, dass Arbeitsverträge zwischen Verleiher und Leiharbeiter nichtig sind, wenn der Verleiher nicht die nach § 1 AÜG erforderliche Erlaubnis besitzt; gleichzeitig wird nach § 10 I 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeiter fingiert. Insoweit besteht in der Tat ein Spannungsverhältnis zwischen der durch die Entsendebescheinigung bestätigten arbeitsrechtlichen Bindung zwischen Einsender und Arbeitnehmer einerseits und den innerstaatlichen Vorschriften, wonach der Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und Arbeitnehmer im Falle der illegalen Arbeitnehmerüberlassung nichtig ist. Dieser Antagonismus soll nach Vertretern dieser Ansicht dadurch gelöst werden, dass die Nichtigkeitsfolge des § 9 Nr. 1 AÜG nicht eintritt und ebenso wenig die Fiktion § 10 I 1 AÜG eingreift.

(2) Die Frage, ob das Konstrukt einer Sperrwirkung der Entsendebescheinigung in Bezug auf die §§ 9 und 10 AÜG letztlich überzeugend ist, braucht der *Senat* indes nicht zu entscheiden. Denn die Verbindlichkeit der Entsendebescheinigung in Bezug auf die arbeitsrechtliche Verbindung zwischen Entsender und Arbeitnehmer als Grundlage der Bescheinigung ist nach dem eindeutigen Wortlaut des Art. 5 I VO (EG) Nr. 987/2009 auf die Zwecke der Anwendung der Grundverordnung und der Durchführungsverordnung begrenzt. Wie bereits dargestellt, bezieht sich das Regelungswerk gem. Art. 3 der VO (EG) Nr. 883/2004 allein auf die „soziale Sicherheit“, also das Sozialversicherungsrecht. Nachdem die Bindungswirkung der Entsendebescheinigung in Bezug auf die dem Dokument zugrunde liegenden „Belege“ nach dem klaren Normtext ebenfalls auf den Anwendungsbereich der Grundverordnung und der Durchführungsverordnung beschränkt ist, stellt sich die Frage eines Vorrangs gegenüber innerstaatlichen Rechtsvorschriften nur dann, wenn es um die Beurteilung sozialversicherungsrechtlicher Fragen, nicht aber etwa um die Anwendbarkeit der für die unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung vorgesehenen Bußgeldbestimmungen geht (im Ergebnis ebenso *Räuchle/Schmidt*, RdA 2015, 407 [410]).

ee) Im Ergebnis hat die Entsendebescheinigung keine Auswirkungen auf die Frage, ob eine unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung anzunehmen ist (ebenso *Wilde*, NZS 2016, S. 52.; *Zimmermann*, AuA 2010, 514 [517]; *Schü-*

Wirtschaftsstrafrecht

ren, Funktionsmängel des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes bei Scheinwerkverträgen aus dem Ausland – Eine Skizze in FS Düwell [2011], S. 84, 94). Vielmehr bleibt die Bußgeldbewehrung des § 16 I Nr. 1 AÜG, dessen Tatbestand lediglich voraussetzt, dass es sich um Arbeitnehmerüberlassung ohne die erforderliche Erlaubnis handelt, von der Entsendebescheinigung unberührt.

III. Aufgrund des unter II. aufgezeigten Rechtsfehlers ist auf die Rechtsbeschwerde der StA der angefochtene Beschluss mit den Feststellungen aufzuheben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsbeschwerde, an das AG zurückzuverweisen (§ 79 VI OWiG). Für die neue Hauptverhandlung weist der *Senat* darauf hin, dass das AG ggf. die Frage der Verjährung zu prüfen haben wird, wobei auch die Vorschrift des § 33 III 2 OWiG in den Blick zu nehmen sein wird. Dabei werden insbesondere der Zeitpunkt der Tatbeendigung i.S.d. § 31 III OWiG sowie – im Hinblick auf § 31 II i.V.m. § 17 II OWiG – der Umstand, ob vorsätzliches oder nur fahrlässiges Verhalten anzunehmen ist, von Bedeutung sein.

IV. Wegen der gegen die Nebenbeteiligte im Bußgeldbescheid festgesetzten Geldbuße i.H.v. 20.000 Euro entscheidet der *Senat* gem. §§ 80a II 1 i.V.m. 79 I 1 Nr. 3 OWiG über die Rechtsbeschwerde einheitlich in der Besetzung mit drei Richtern (BayObLG, Beschl. v. 17.8.1998 – 3 ObOWi 83/98 = BayObLGSt 98, 137 = wistra 1999, 71 = NStZ-RR 1999, 248; *Göhler/Seitz*, § 80a Rz. 3; *KK/Senge*, OWiG 4. Aufl., § 80a Rz. 7).

V. Die Entscheidung ergeht durch Beschluss gem. § 79 V 1 OWiG.

Anmerkung:

Die Frage der arbeitsrechtlichen Bindungswirkung von A 1-Entsendebescheinigungen (entsprechen den früheren E 101-Bescheinigungen; im Folgenden einheitlich: A 1-Bescheinigung) ist ein in der Literatur gleichermaßen umstrittenes und aktuelles Thema. Die Frage der Sperrwirkung der A 1-Bescheinigungen bei illegaler Arbeitnehmerüberlassung stellt sich für deutsche Strafgerichte zum einen hinsichtlich § 266a StGB, zum anderen im Hinblick auf die §§ 9, 10 und 16 AÜG. Während der BGH bei der Strafbarkeit nach § 266a StGB bereits über die Bindungswirkung entschieden hat (Urt. v. 24.10.2006 – 1 StR 44/06 –, juris), nimmt im Besprechungsfall – soweit bekannt – erstmals ein deutsches Gericht zum Verhältnis der Entsendebescheinigungen zum AÜG Stellung.

1. Fraglich ist zunächst, ob sich die VO (EG) Nr. 883/2004 und die dazugehörige Durchführungsverordnung VO (EG) 987/2009 überhaupt auf das Arbeitsrecht erstrecken oder ob die Bindungswirkung der A 1-Bescheinigung auf das Sozialversicherungsrecht beschränkt ist. Das OLG Bamberg geht von einer Beschränkung auf das Sozialversicherungsrecht aus. Dafür spricht zum einen der Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 VO (EG) 987/2009, der die Bindungswirkung regelt und sich dabei explizit auf die Zwecke der beiden Verordnungen bezieht. Mit der

Ausstellung einer A 1-Bescheinigung soll Rechtssicherheit hinsichtlich der Frage geschaffen werden, welches Sozialversicherungssystem für den betroffenen Arbeitnehmer anwendbar ist, um so die Arbeitnehmerfreizügigkeit zu fördern. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist es mit diesen Zwecken sowie dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit nicht vereinbar, wenn Sozialversicherungsträger oder Gerichte im Beschäftigungsstaat eine vom Entsendestaat ausgestellte A 1-Bescheinigung missachten oder das Vorliegen ihrer Voraussetzungen überprüfen (EuGH, Urt. v. 10.2.2000 – Rs. C-202/97 –, juris Rz. 59; Urt. v. 26.1.2006 – Rs. C-2/05 „Herbosch Kiere“ –, juris Rz. 33). Die Argumentation des OLG Bamberg kann dahingehend ergänzt werden, dass Regelungen für den Bereich des Arbeitsrechts auf europäischer Ebene nicht durch die Verordnungen zur sozialen Sicherheit von Wanderarbeitnehmern, sondern durch die Leiharbeits- und die Entsenderichtlinie geregelt sind (RL 2008/104/EG und RL 96/71/EG, vgl. *Räuchle/Schmidt*, RdA 2015, 407 [411]). Diese Richtlinien legen vielmehr einen Arbeitnehmerbegriff zugrunde, der von dem der „arbeitsrechtlichen Bindung“ i.S.d. Verordnungen unabhängig ist (*Räuchle/Schmidt*, RdA 2015, 407 [411]). Zwar geht der BGH davon aus, dass Strafgerichte stets an A 1-Bescheinigungen gebunden sind (Urt. v. 24.10.2006 – 1 StR 44/06 –, juris Rz. 24; a.A. LG Berlin, Beschl. v. 16.7.2007 – 526 Qs 93-94/07 –, juris Rz. 10, 21), Gegenstand dieser Entscheidung war jedoch § 266a StGB. Aufgrund der Sozialversicherungsrechtsakzessorietät dieser Norm lässt sich die Argumentation des BGH nicht unmittelbar und uneingeschränkt auf die Frage der Bindungswirkung im Anwendungsbereich des AÜG übertragen.

2. Anders als die Vorinstanz geht das OLG Bamberg in der Folge davon aus, dass sich die Bindungswirkung der A 1-Entsendebescheinigung nicht auf die Frage erstreckt, ob eine unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung i.S.d. § 16 Abs. 1 Nr. 1 AÜG vorliegt. Dieser Tatbestand setzt voraus, dass eine Arbeitnehmerüberlassung ohne die erforderliche Erlaubnis betrieben wird. Dass eine solche auch bei einer Arbeitnehmerüberlassung aus dem Ausland benötigt wird, ist unbestritten (vgl. nur BayObLGSt 1999, 48 [49], beck-online; *Schüren/Hamann/Riederer von Paar*, AÜG, Einleitung Rz. 646). Das Vorliegen einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung kann dabei auch unabhängig von den Tatsachen beurteilt werden, die der Entsendebescheinigung zugrunde liegen. Dies entspricht zumindest der wohl h.M. in der Literatur (*Wilde*, NZS 2016, 48 [52]; *Zimmermann*, AuA 2010, 514 [517]; a.A. *Schüren/Hamann/Stracke*, AÜG § 15 Rz. 17 f., § 16 Rz. 19).

3. Kontroverser wird diskutiert, ob die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses nach §§ 9 Nr. 1, 10 AÜG noch mit der sozialversicherungsrechtlichen Bindungswirkung vereinbar ist. Für eine Darstellung des Meinungsstandes im Einzelnen ist hier kein Raum. Die vorliegende Entscheidung spricht die Frage der Anwendbarkeit der §§ 9 Nr. 1, 10 AÜG an, ohne sie letztendlich zu entscheiden, und bezieht sich dabei vor allem auf das Urteil des EuGH in

Zivilrecht

Sachen „Herbosch Kiere“. Dort wurde entschieden, dass die Bindungswirkung auch die zugrunde liegenden Tatsachen, insbesondere die „arbeitsrechtliche Bindung“ umfasse (Urt. v. 26.1.2006 – Rs. C-2/05 –, juris Rz. 33). Dieser Begriff ist jedoch im Kontext der maßgeblichen Verordnungen zu verstehen. Für eine Entsendung i.S.d. Art. 11 VO (EG) 883/2004 wird vom EuGH vorausgesetzt, dass weiterhin eine Bindung des entsendeten Arbeitnehmers zu seinem Arbeitgeber im Entsendestaat dergestalt besteht, dass diesem tatsächlich etwa das Kündigungs- und das Direktionsrecht zustehen und er für das Arbeitsentgelt einstehen muss (EuGH, Urt. v. 17.12.1970 – 35/70 –, juris Rz. 17/21). Auf die rechtliche Wirksamkeit des Arbeitsvertrags kommt es hingegen nicht an, ebenso wenig auf die Befolgung gewerberechtlicher Vorschriften im Entsende- oder Beschäftigungsstaat. Der Träger des Entsendestaats, der die A 1-Bescheinigung ausstellt, trifft also keine Aussage über diese Fragen, sondern entscheidet unter Zugrundelegung der beschriebenen tatsächlichen Umstände über die Sozialversicherungspflicht des betroffenen Arbeitnehmers. Legt man dieses Verständnis zugrunde, steht die Bindungswirkung einer A 1-Bescheinigung der Prüfung der Voraussetzungen der §§ 9 Nr. 1, 10 AÜG zunächst nicht entgegen. Allerdings würde die Anwendung der §§ 9 Nr. 1, 10 AÜG bei Vorliegen einer A 1-Bescheinigung zu einem Auseinanderfallen der Sozialversicherungspflicht im Ausland und des Arbeitsverhältnisses mit einem in der Regel inländischen Arbeitgeber und somit zu praktischen Abwicklungsschwierigkeiten und widersprüchlichen Ergebnissen führen (*Wilde*, NZS 2016, 48 [51]). Da mithin im Hinblick auf diese Rechtsfolgen erhebliche Konflikte auftreten, sind die Gerichte durch die Bindungswirkung der Entsendebescheinigungen an der Anwendung der §§ 9 Nr. 1, 10 AÜG gehindert.

4. Die praktischen Auswirkungen der Entscheidung des OLG Bamberg bleiben zweifelhaft. Bei Vorliegen einer A 1-Bescheinigung kann zwar ein Bußgeld nach § 16 AÜG verhängt werden, eine Sozialversicherungspflicht in Deutschland kommt wegen der Bindungswirkung der Bescheinigung jedoch nicht in Betracht; gleiches gilt nach der oben vertretenen Ansicht auch mit Blick auf die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses nach §§ 9 Nr. 1, 10 AÜG. Der Betriebsprüfdienst der Deutschen Rentenversicherung hält sich bisher an das von den Verordnungen vorgesehene Verfahren und ersucht den zuständigen Träger im Entsendestaat ggf. um Rücknahme der Bescheinigung (*Wilde*, NZS 2016, 48 [48]). An der Richtigkeit dieser Vorgehensweise ändert sich im Lichte der vorliegenden Entscheidung nichts. Wie bisher besteht Einigkeit darüber, dass durch die A 1-Bescheinigung verbindlich festgestellt wird, welches Sozialversicherungssystem Anwendung findet. Die zuständige Finanzkontrolle Schwarzarbeit beim Zoll verfolgt Verstöße gegen § 16 Abs. 1 Nr. 1 AÜG bisher eher selten (ebd.). Möglicherweise beruht diese Tatsache auf einer bisher bestehenden Rechtsunsicherheit hinsichtlich des Umfangs der Sperrwirkung einer A 1-Bescheinigung. Diese mag durch die Entscheidung des OLG Bamberg über die Anwendbar-

keit des § 16 AÜG nun zumindest ein wenig besser eingegrenzt werden können.

RA/FAArbR Dr. Alexander Bissels / Hannah Heitfeld, wissenschaftliche Mitarbeiterin, beide CMS Hasche Sigle, Köln

ZIVILRECHT

Haftung des GmbH-Geschäftsführers für Zahlungen nach Zahlungsunfähigkeit: Pflicht eines zum Zwecke der Unternehmenssanierung angestellten Geschäftsführers zur Sicherung des Gesellschaftsvermögens

GmbHG § 64

Zahlungen, die im Stadium der Insolvenzreife geleistet werden, führen nur dann nicht zu einer Haftung des Geschäftsführers nach § 64 Satz 1 GmbHG, wenn die Voraussetzungen der Rechtfertigungsklausel (§ 64 Satz 2 GmbHG) im Einzelfall vorliegen; die Anweisung eines Sanierungsgeschäftsführers, nur „unbedingt notwendige Zahlungen“ vorzunehmen, ist nicht bestimmt genug, um eine Privilegierung geleisteter Zahlungen nach § 64 Satz 2 GmbHG zu erreichen. ●

OLG Brandenburg, Urt. v. 12.1.2016 – 6 U 123/13 (LG Frankfurt/O.)

Gründe:

I. Der Kläger ist Verwalter in dem am 1.12.2009 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der S. GmbH (im Folgenden: Schuldnerin). Er nimmt den Beklagten als den von der Schuldnerin am 24.8.2009 zum Zwecke der Unternehmenssanierung angestellten Geschäftsführer auf Ersatz wegen vermeintlich sorgfaltswidriger Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife gem. § 64 GmbHG in Anspruch.

Geschäftsgegenstand der im Jahr 2005 mit einem Stammkapital von 50.000 Euro gegründeten Schuldnerin war der Vertrieb von Getränken einschließlich Marketing. Im Jahr 2008 erzielte die Schuldnerin einen Umsatz von rund 7,5 Mio. Euro. Per 31.12.2008 war die Schuldnerin bilanziell überschuldet. Ihr Jahresabschluss 2008 weist einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag von rund 2,78 Mio. Euro und dabei Verbindlichkeiten gegenüber Gesellschaftern von ca. 2,3 Mio. Euro sowie solche gegenüber Unternehmen, mit denen ein Beteiligungsverhältnis bestand, von ca. 500.000 Euro aus.

Seit dem 11.7.2009 war die Schuldnerin zahlungsunfähig. Den fälligen Verbindlichkeiten von 496.693,93 Euro standen liquide und kurzfristig liquide Mittel von 389.077,61 Euro gegenüber, was einer Deckungsquote von 78,34 % entspricht.

Der Beklagte verfügt über Erfahrung bei der Restrukturierung und Neuausrichtung von Unternehmen. Am 13.8.2009 wurde er von Rechtsanwalt St..., dem anwaltlichen Berater der Schuldnerin bzw. deren Gesellschaftern, auf eine Tätigkeit im Unternehmen der Schuldnerin ange-

Zivilrecht

sprochen. Am 18., 20. und 24.8.2009 führte der Beklagten deswegen Gespräche u.a. mit dem Gesellschafter und damaligen alleinvertretungsberechtigten Mitgeschäftsführer der Schuldnerin C. S. sowie mit dem von der Schuldnerin beauftragten Unternehmensberater B.

Durch Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 24.8.2009 wurden die bisherigen Geschäftsführer C. S. und J. C. abberufen und der Beklagte zum alleinigen Geschäftsführer bestellt.

In der Zeit vom 25.8. bis zum 31.8.2009 analysierte der Beklagte kurzfristige Einsparpotentiale sowie Ertrags- und Effizienzmaßnahmen, ferner erarbeite er eine Liquiditätsplanung. Mit der abteilungsweisen Erstellung eines Liquiditätsstatus waren drei Mitarbeiter der Schuldnerin über mehrere Tage beschäftigt. Der Beklagte führte Gespräche mit der bisherigen Hauptvertriebspartnerin der Schuldnerin, der V. AG, welche den Vertriebsvertrag wegen Zahlungsrückständen der Schuldnerin mit Schreiben vom 14.8.2008 gekündigt oder jedenfalls vorläufig eingestellt hatte. Am 3.9.2009 erklärte die V. AG die schriftliche Kündigung der Geschäftsbeziehung.

Am 4.9.2009 stellte der Beklagte den Insolvenzeröffnungsantrag. Der Kläger, der am 11.9.2009 zunächst zum vorläufigen Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt bestellt wurde, stellte den Unternehmensbetrieb mit Insolvenzeröffnung am 1.12.2009 ein.

Die Schuldnerin wickelte ihren Zahlungsverkehr über mehrere Konten ab. Auf dem durchgängig im Soll geführten Kontokorrentkonto bei der...bank AG gingen in der Zeit vom 28.8.2009 bis einschließlich 11.9.2009 Zahlungen von Schuldnern der Schuldnerin i.H.v. insgesamt 28.777,38 Euro ein. Von dem kreditorisch geführten Konto bei der D. Bank AG erfolgten im Zeitraum vom 25.8.2009 bis einschließlich 24.9.2009 Auszahlungen i.H.v. insgesamt 67.415,78 Euro, darunter Umbuchungen auf das debitorische Konto bei der...bank AG i.H.v. insgesamt 46.000 Euro. Von dem ebenfalls kreditorisch geführten Konto bei der B.bank eG erfolgten am 25.8.2009 Auszahlungen von insgesamt 32.300,32 Euro, darunter eine Umbuchung i.H.v. 19.000 Euro auf das debitorische Konto bei der...bank AG.

Der Kläger hat gemeint, sämtliche der vorgenannten Zahlungseingänge auf dem debitorischen Konto sowie sämtliche Auszahlungen von den kreditorischen Konten seien unter Verletzung des Zahlungsverbots des § 64 Satz 1 GmbHG erfolgt. Der Beklagte habe wegen der bereits vor Übernahme seines Amtes eingetretenen Insolvenzreife sofort den Insolvenzantrag stellen müssen. Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung seien ihm bekannt gewesen. Die benötigten Informationen habe er bereits vor Amtsantritt besessen, er sei im Vorfeld als Berater für die Schuldnerin tätig gewesen. Hinsichtlich der Überschuldung habe der Beklagte mangels Vorliegens eines schlüssigen Unternehmenskonzeptes und einer darauf aufbauenden Finanzplanung nicht auf eine positive Fortführungsprognose vertrauen dürfen. Wegen der Zahlungsunfähigkeit habe er sich am Tag der Übernahme der Geschäftsführung durch Erstellung eines Liquiditätsstatus informieren müssen. ...

II. Die gem. §§ 511, 517, 519 und 520 ZPO zulässige Berufung der Klägers hat in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg, im Übrigen ist das Rechtsmittel unbegründet.

Der Beklagte ist dem Kläger zum Schadensersatz wegen masseschmälernder Zahlungen nach Insolvenzeintritt gem. § 64 Satz 1 GmbHG i.H.v. 41.330,56 Euro sowie zur anteiligen Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten verpflichtet. Die weiter gehende Klage ist unbegründet.

1. Nach § 64 GmbHG ist der Geschäftsführer einer GmbH der Gesellschaft zum Ersatz solcher Zahlungen verpflichtet, die nach dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung der Überschuldung geleistet werden, es sei denn, die Zahlungen sind mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar. Dabei beginnt das Zahlungsverbot mit Eintritt der Insolvenzreife. Die 3-Wochen-Frist zur Insolvenzantragstellung nach § 15a Abs. 1 InsO ist unerheblich, weil nach materiellem Insolvenzeintritt das Gesellschaftsvermögen grundsätzlich für sämtliche Gläubiger zu erhalten ist. Auch auf eine Feststellung der Überschuldung durch den Geschäftsführer kommt es nicht an. Maßgebend ist der objektive Eintritt der Überschuldung (BGH v. 29.11.1999 – II ZR 273/98, BGHZ 143, 184; BGH, Urt. v. 19.6.2012 – II ZR 243/11, ZWH 2012, 412 m. Anm. *Bittmann* = ZIP 2012, 1557). Die Haftung setzt ein Verschulden voraus, einfache Fahrlässigkeit genügt. Maßstab ist die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns, auf die individuellen Fähigkeiten des in Anspruch genommenen Geschäftsführers kommt es nicht an. Bei Zahlungen in der objektiven Lage des § 64 GmbHG wird ein Verschulden des Geschäftsführers vermutet, wobei die Erkennbarkeit der Insolvenzreife ausreicht und ebenfalls vermutet wird (vgl. BGH v. 8.1.2001 – II ZR 88/99, BGHZ 146, 264; BGH v. 29.11.1999 – II ZR 273/98, BGHZ 143, 184; BGH, Urteil v. 19.6.2012 – II ZR 243/11, ZWH 2012, 412 m. Anm. *Bittmann* = ZIP 2012, 1557).

2. Vorliegend hat das Zahlungsverbot in objektiver Hinsicht bereits im Zeitpunkt der Bestellung des Beklagten als Geschäftsführer der Schuldnerin am 24.8.2009 bestanden, denn nach unangefochtener tatbestandlicher Feststellung des LG war die Schuldnerin seit 11.7.2009 zahlungsunfähig. Zudem war die Schuldnerin bereits zum 31.12.2008 überschuldet.

Nach § 19 Abs. 2 InsO (i. d. Fassung des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes v. 17.10.2008) liegt Überschuldung vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich. Die Überschuldung in diesem Sinne zum 31.12.2008 ergibt sich aus dem Jahresabschluss der Schuldnerin per 31.12.2008. Der Jahresabschluss weist bei einer Bilanzsumme von 6.023.999,41 Euro einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag von 2.776.662,29 Euro aus. Zwar kommt einem nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag der Handelsbilanz für die Feststellung der insolvenzrechtlichen Überschuldung lediglich indizielle Bedeutung zu

Zivilrecht

(vgl. BGH, Urt. v. 16.3.2009 – II ZR 280/07, ZIP 2009, 860; Urt. v. 18.10.2010 – II ZR 151/09, ZIP 2010, 2400; Urt. v. 19.11.2013 – II ZR 229/11, ZIP 2014, 168). Der Beklagte hat aber nicht geltend gemacht, dass stille Reserven oder sonst für eine Überschuldungsbilanz maßgebliche Werte in der Handelsbilanz nicht abgebildet seien. Ebenso wenig hat er Umstände vorgetragen, welche eine günstige Prognose im Sinne überwiegender Wahrscheinlichkeit für die Fortführung des Unternehmens ergeben.

3. Der landgerichtlichen Beurteilung, dass den Beklagten hinsichtlich der nach seiner Bestellung am 24.8.2009 erfolgten Vermögensabflüsse kein Verschulden treffe, weil ihm ein angemessener Zeitraum zur Prüfung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft zuzubilligen sei und er bereits nach elf Tagen (acht Werktagen) Prüfungsdauer (25.8 bis 3.9.) den Insolvenzantrag gestellt habe, vermag der Senat nicht zu folgen.

3.1. Zwar ist es zutreffend, dass sich ein neu angestellter Geschäftsführer erst über die konkrete Lage des Unternehmens informieren muss und ein sofortiger Zahlungsstopp regelmäßig den Zusammenbruch des Unternehmens bedeutet und damit eine Sanierung unmöglich macht. Vorliegend ist aber zu berücksichtigen, dass der Beklagte ersichtlich nicht die Leitung eines als „gesund“ geltenden Unternehmens übernommen hat, sondern als „Sanierer“ zugezogen worden ist, der das Unternehmen aus der Krise führen sollte.

Der Beklagte kannte das Unternehmen allerdings nicht, er hat das Geschäftsführeramt auf die am 18.8.2009 begonnenen Vorgespräche hin bereits am 24.8.2009 übernommen. Soweit der Kläger erstinstanzlich geltend gemacht hat, der Beklagte sei bereits vor seiner Geschäftsführerbestellung als Berater der Schuldnerin tätig gewesen, hat das LG die vom Beklagten bestrittene Behauptung zu Recht als unsubstantiiert beurteilt. Dagegen wendet sich der Kläger mit der Berufung auch nicht.

Zugleich mit der Bestellung des Beklagten als Geschäftsführer sind beide bisherigen Geschäftsführer abberufen worden, so dass der Beklagte auf deren Kenntnisse nicht zurückgreifen konnte. Nach eigener Darstellung des Beklagten wurde ihm aber vor der Aufnahme seiner Tätigkeit ein Gutachten/Finanzierungskonzept für die Schuldnerin vorgestellt, welches die aktuelle Situation der Schuldnerin und die geplante Restrukturierung beinhaltete. Das Finanzierungskonzept soll nach dem Vorbringen des Beklagten darauf gestützt gewesen sein, dass umfangreiche Gesellschafterdarlehen mit qualifizierten Rangrücktrittserklärungen bereits „geleistet“ seien und die Gesellschafter auch zukünftig erhebliche Mittel bereitstellen würden. Irgendwelche Einzelheiten zu dem Finanzierungskonzept, insbesondere zu den zugrunde gelegten tatsächlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten und den erwähnten Gesellschafterdarlehen sind vom Beklagten aber nicht mitgeteilt worden. Gesellschafterdarlehen sind unstreitig nicht mehr gewährt worden.

Der Beklagte legt auch nicht dar, dass und in welchen Punkten ihm die aktuelle wirtschaftliche Situation der Schuldnerin im Rahmen des Finanzierungskonzepts un-

wahr dargestellt worden sei. Mithin ist davon auszugehen, dass ihm die aus dem Jahresabschluss 2008 ersichtliche bilanzielle Überschuldung bekannt war. Dass dem Beklagten der vom Kläger im Prozess eingereichte Liquiditätsstatus zum Stichtag 11.7.2009 bekannt war, lässt sich nicht feststellen. ...

3.2. Auf der Grundlage seines Kenntnisstandes bei Amtsantritt konnte der Beklagte von einer Sanierungschance ausgehen. Selbst wenn die V. AG die Geschäftsbeziehung zur Schuldnerin bereits gekündigt hatte, so sind die Gespräche über eine Wiederaufnahme der Geschäftsbeziehung jedenfalls nicht als von vorn herein aussichtslos anzusehen, sofern die Schuldnerin kurzfristig durch Gesellschafterdarlehen mit den nötigen Finanzmitteln ausgestattet worden wäre. Im Rahmen der Erarbeitung eines schlüssigen Sanierungskonzepts oblag dem Beklagten die Prüfung, ob ausreichende Gesellschafterdarlehen tatsächlich erfolgt oder jedenfalls sichergestellt waren.

Aufgrund der ihm bekannten Tatsachen wusste der Beklagte aber, dass die materielle Insolvenz der Schuldnerin, die sich schon aus der Unfähigkeit ergeben hat, die fälligen Verbindlichkeiten der V. AG kurzfristig zu bedienen, nur durch ein tragfähiges Konzept unter Einschluss ausreichender Gesellschafterdarlehen überwunden werden konnte.

3.3. Während der danach als vertretbar anzusehenden Prüfung und Einleitung konkreter Sanierungsbemühungen mag für den Beklagten mit Blick auf die längstens dreiwöchige Frist des § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO die Stellung des Insolvenzantrages zunächst noch nicht geboten gewesen sein. Ihm oblag es aber mit Übernahme seiner Geschäftsführertätigkeit, das Gesellschaftsvermögen für den Fall zu sichern, dass die Sanierungsbemühungen fehlschlagen und deshalb eine Vermögensverteilung im Rahmen eines Insolvenzverfahrens stattzufinden hat (BGH, Urt. v. 16.3.2009 – ZR 280/07). In einer solchen Situation entsprechen nur diejenigen Zahlungen der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns, die zur Aufrechterhaltung des Unternehmens im Sinne des Erhalts der Sanierungschancen unter Beachtung der Pflicht zum Masseerhalt erforderlich sind (vgl. BGH, Urt. v. 5.11.2007 – II ZR 262/06, GmbHR 2008, 142).

3.4. Dem am 24.8.2009 zum Geschäftsführer bestellten Beklagten ist allerdings einzuräumen, dass er nach seinem Amtsantritt erst ermitteln musste, welche konkreten Maßnahmen und Anweisungen zu treffen waren, um die Sanierungschancen zu wahren und nicht erforderliche Vermögensabflüsse zu verhindern.

Dazu musste der Beklagte u.a. wissen, über welche Konten mit welchen Salden und welchen Kreditlinien die Schuldnerin verfügte. Ferner brauchte er Erkenntnisse darüber, wann Löhne und Gehälter und sonstige laufende Verbindlichkeiten im Geschäftsbetrieb nach welchen Maßgaben von welchen Konten bedient werden. Für die erforderlichen Ermittlungen zur Steuerung des Zahlungsverkehrs sind dem Beklagten jedenfalls zwei Arbeitstage zuzubilligen (25. und 26.8.2009).

Zivilrecht

3.5. Ordnungsgemäßer Geschäftsführung hätte es entsprochen, wenn der Beklagte am 27.8.2009 konkrete Anweisungen dahin erteilt hätte, welche Zahlungen von welchem Konto geleistet werden dürfen und welche Lastschriftermächtigungen zu widerrufen sind und ferner dafür gesorgt hätte, dass den aktuellen Gesellschaftsschuldnern die Bankverbindung eines kreditorisch geführten Kontos zur Zahlung von Gesellschaftsschulden bekannt gegeben wird. Dass der Beklagte derartiges veranlasst hat, trägt er nicht vor. Die von ihm mitgeteilte Anweisung, „nur noch unbedingt notwendige Zahlungen auszuführen“ lässt eine hinreichend konkrete Vorgabe nicht erkennen.

3.6. Bei sorgfaltsgemäßigem Handeln hätte der Beklagte die ab dem 28.8.2009 gebuchten Auszahlungen von den kreditorisch geführten Konten verhindern können und müssen, soweit es sich nicht im Einzelfall um privilegierte Zahlungen gehandelt hat. Die zuvor bis einschließlich 27.8.2009 erfolgten Auszahlungen sind hingegen nicht auf eine schuldhafte Verletzung der Massesicherungspflicht des Beklagten zurückzuführen, weil der Beklagte diese auch bei pflichtgemäßem Handeln nicht hätte verhindern können.

3.7. Hinsichtlich der auf Zahlungen von Geschäftspartnern der Schuldnerin beruhenden Zahlungseingänge auf dem debitorischen Konto haftet der Beklagte auf Schadensersatz betreffend die Eingangsbuchungen ab dem 4.9.2009.

Der Einzug von Forderungen einer insolvenzreifen GmbH auf ein debitorisches Konto stellt grundsätzlich eine masseschmälernde Zahlung i.S.v. § 64 GmbHG dar, weil dadurch das Aktivvermögen der Gesellschaft zugunsten der Bank vermindert wird (vgl. BGH v. 29.11.1999 – II ZR 273/98, BGHZ 143, 184; BGH, Urt. v. 23.6.2015 – II ZR 366/13, ZWH 2015, 317 m. Anm. Böttcher = ZIP 2015, 1480 m.w.N.). Bei Eintritt der objektiven Lage des § 64 GmbHG hat der Geschäftsführer aufgrund seiner Masseerhaltungspflicht dafür zu sorgen, dass Zahlungseingänge der Masse zugute kommen und nicht lediglich zu einer Verringerung der Verbindlichkeiten gegenüber einer Bank und damit zur bevorzugten Befriedigung dieses Gesellschaftsgläubigers führen. Zur Durchsetzung des Masseerhalts ist es geboten, den aktuellen Gesellschaftsschuldnern die Bankverbindung eines kreditorisch geführten Kontos unverzüglich bekannt zu geben (vgl. BGH v. 29.11.1999 – II ZR 273/98, BGHZ 143, 184; Urt. v. 26.3.2007 – II ZR 310/05, BGH v. 26.3.2007 – II ZR 310/05, ZIP 2007, 1006). ...

c) Bei den Umbuchungen vom 3., 4. und 8.9.2009 handelt es sich um masseschmälernde Zahlungen, die dem Zahlungsverbot des § 64 GmbHG unterliegen.

aa) Sinn und Zweck des Zahlungsverbots des § 64 GmbHG ist, die verteilungsfähige Vermögensmasse der insolvenzreifen Gesellschaft im Interesse der Gesamtheit ihrer Gläubiger zu erhalten und eine zu ihrem Nachteil gehende, bevorzugte Befriedigung einzelner Gläubiger zu verhindern (BGH v. 29.11.1999 – II ZR 273/98, BGHZ 143, 184; BGH v. 8.1.2001 – II ZR 88/99, BGHZ 146, 264). Eine solche Sachlage tritt bei der Umbuchung eines

Geldbetrages von einem im Guthaben geführten Konto auf ein im Soll geführtes Kontokorrentkonto ein, weil der auf dem debitorischen Konto eingehende Betrag aufgrund der Kontokorrentabrede mit dem Sollsaldo bzw. mit dem Kreditrückzahlungsanspruch der Bank verrechnet wird und damit im Ergebnis an die Bank gezahlt wird. Dabei wird die durch Abfluss von dem kreditorischen Konto und Zufluss auf einem debitorischen Konto eingetretene Masseschmälerung grundsätzlich auch nicht dadurch wieder beseitigt, dass die Zahlungseingänge auf dem debitorischen Konto für neuerliche Auszahlungen verwendet werden (vgl. BGHZ 143, 148). Ob die Auszahlungen für sich als privilegierte Zahlungen anzusehen sind, ist mithin unerheblich. Die eventuell ermöglichte Befriedigung anderer Gläubiger mit Mitteln des debitorischen Kontos ist allerdings ihrerseits nicht als erneute „Zahlung“ i.S.v. § 64 GmbHG zu qualifizieren, weil dies lediglich zu einem Gläubigeraustausch führt. Die Möglichkeit, über den zugeflossenen Betrag im Rahmen des Kreditlimits sogleich wieder zu verfügen, ändert aber nichts daran, dass der vom kreditorischen Konto abgeflossene Betrag am Ende in der Masse fehlt (vgl. BGHZ 143, 148).

bb) Eine andere Beurteilung kann in Betracht kommen, wenn sich die Umbuchungen unter Einschluss der mit den umgebuchten Beträgen wieder veranlassten Auszahlungen vom debitorischen Konto in wirtschaftlicher Hinsicht so darstellen, als wären privilegierte Zahlungen vom kreditorischen Konto erfolgt. Nicht als sorgfaltspflichtwidrig anzusehen sind Zahlungen, mit denen nach Insolvenzeintritt fällige Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung an die zuständige Einzugsstelle geleistet oder Umsatz- und Lohnsteuerpflichten der Gesellschaft erfüllt werden (vgl. BGH, Urt. v. 25.1.2011 – II ZR 196/09, ZIP 2011, 422; Urt. v. 2.6.2008 – II ZRV 27/07, ZIP 2008, 1275) sowie solche Zahlungen, die nicht zu einer Masseschmälerung geführt haben oder die zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs im Rahmen eines ernsthaften Sanierungsversuch erfolgt sind. Werden solche Zahlungen in der Weise erbracht, dass zunächst eine Umbuchung auf ein debitorisches Konto erfolgt und allein die Umbuchung den Kreditrahmen eröffnet, um unter Ausnutzung des Kredits die jeweilige entsprechende privilegierte Zahlung von diesem Konto vorzunehmen, so kann der Zahlungsvorgang in wirtschaftlicher Gesamtbetrachtung einer prävalierten Zahlung unmittelbar vom kreditorischen Konto gleichzustellen sein. So verhält es sich im Streitfall aber nicht.

Die Umbuchungen waren nicht erforderlich, um vom debitorischen Konto erfolgte Auszahlungen auf Löhne, Steuern oder sonst möglicherweise privilegierte Forderungen zu leisten. Die Schuldnerin hat bei der ...bank AG über einen Kreditrahmen von jedenfalls 400.000 Euro verfügt, wobei die Bank Kontobelastungen bis zum Sollsaldo von 450.000 Euro zumindest zugelassen hat. Nach übereinstimmenden Vortrag der Parteien war der Schuldnerin auf dem Kontokorrentkonto bei der...bank AG ein Kreditlimit von 400.000 Euro eingeräumt worden. Nach dem vom Beklagten im Berufungsrechtszug eingereichten Kontokorrentkreditvertrag ist der Darlehensrahmen mit

Zivilrecht

450.000 Euro beziffert, wobei es im Vertrag weiter heißt, dass aus dem Darlehensrahmen eine Kreditlinie i.H.v. 50.000 Euro für die Su... GmbH „abgezweigt“ wird. Der Senat hat in der mündlichen Verhandlung mit den Parteien erörtert, dass nach dem Vertragsinhalt die Schuldnerin den Kredit bis zur Höhe von 450.000 Euro in Anspruch nehmen konnte, sofern nicht die Su... GmbH im Rahmen ihrer Kreditlinie von 50.000 Euro ein Sollsaldo in Anspruch genommen hat. Der Beklagte hat in der mündlichen Verhandlung Gegenteiliges nicht erklärt. Mit nachgereichtem, nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 30.12.2015 macht der Beklagte nunmehr geltend, der Schuldnerin habe – wie zuvor unstrittig – lediglich ein Kreditrahmen von 400.000 Euro zur Verfügung gestanden; bei Sollsalden über 400.000 Euro habe es sich stets um geduldete Überziehungen gehandelt, wobei die Bank jeweils auf eine zeitnahe Rückführung gedrängt habe. Dieses Vorbringen gibt keinen Anlass, die mündliche Verhandlung wiederzueröffnen. Zugunsten des Beklagten kann unterstellt werden, dass der der Schuldnerin vertraglich eingeräumte Kreditrahmen 400.000 Euro betragen hat und die Bank Überziehungen bis zum Betrag von 450.000 Euro geduldet hat.

Eine von der Bank wiederholt bis zu einer konkreten Höhe geduldete Überziehung des Kontokorrentkredits eröffnet dem Kontoinhaber eine entsprechende tatsächliche Verfügungsmöglichkeit. Der Beklagte macht auch nicht geltend, dass die ...bank AG im Hinblick auf den hier zu beurteilenden Zeitraum vom 3.9. bis 9.9.2009 eine Überziehung bis zum Betrag von 450.000 Euro untersagt habe oder nicht zugelassen hätte. ...

Anmerkung:

Das Urteil des OLG Brandenburg vom 12.1.2016 behandelt den Pflichtenkreis von Geschäftsführern, die gerade im Stadium der Krise bzw. zu deren Bewältigung eingestellt werden (sog. Sanierungsgeschäftsführer). Thematisch ergänzt die Entscheidung die aktuelle Rechtsprechung des BGH zur Geschäftsführerhaftung aus § 64 Satz 1 GmbHG wegen Zahlungseingängen auf debitorischen Konten.

1. Der vom OLG Brandenburg behandelte Sachverhalt entspricht einer typischen Konstellation: in der Krise der Gesellschaft wird die bisherige Geschäftsführung zugunsten eines oder mehrerer anderer Organvertreter, die über besondere Expertise im Bereich Sanierung und Restrukturierung verfügen, ausgetauscht. Sanierungsgeschäftsführer unterliegen (selbstverständlich) denselben rechtlichen Vorgaben wie „normale“ Geschäftsführer. Insbesondere haben sie die Insolvenzantragspflicht (§ 15a InsO) und das Verbot weiterer Verringerungen des Gesellschaftsvermögens nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung der GmbH (§ 64 Satz 1 GmbHG) zu beachten. Vor diesem Hintergrund besteht für eine(n) Sanierungsgeschäftsführer(in) typischerweise eine vielschichtige praktische Herausforderung: er/sie muss sich in vergleichsweise kurzer Zeit in die finanzielle Situation der Gesellschaft einarbeiten, gleichzeitig die Einhaltung der gesetzlichen Rahmenbedingungen für

eine Fortsetzung der Geschäftstätigkeit gewährleisten und vor allem die Verletzung diverser Einzelpflichten mit erheblichen persönlichen, womöglich zivil- und strafrechtlich relevanten Konsequenzen vermeiden.

2. Die persönliche Haftung des Geschäftsführers gem. § 64 Satz 1 GmbHG ist trotz vielfältiger Kritik an ihrer systematischen Konzeption *de lege lata* die für die Praxis wichtigste Anspruchsgrundlage an der Schnittstelle zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht. Gemäß § 64 Satz 1 GmbHG ist der Geschäftsführer zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt von Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung der GmbH zu Lasten ihres Vermögens geleistet werden. Von dieser persönlichen Verantwortlichkeit des Organvertreter sind nach der sog. Rechtfertigungsklausel (§ 64 Satz 2 GmbHG) nur solche Zahlungen ausgenommen, die auch nach Eintritt der materiellen Insolvenz der Gesellschaft noch mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sind. Dazu gehören insbesondere Transfers, die zur Wahrnehmung oder Aufrechterhaltung von Sanierungschancen unter Beachtung der zeitlichen Grenzen nach § 15a Abs. 1 InsO erforderlich und geboten sind bzw. die aufgrund persönlicher öffentlich-rechtlicher Pflichten des Geschäftsführers zu leisten sind (insbesondere Lohnsteuer und Sozialversicherungsabgaben).

3. Im konkreten Fall der hier zu besprechenden Entscheidung hatte der Geschäftsführer angesichts bereits eingetretener Zahlungsunfähigkeit „nur noch unbedingt notwendige Zahlungen“ zu Lasten des Gesellschaftsvermögens zugelassen. Aus der Sicht des OLG war diese Einschränkung jedoch zu unbestimmt, um eine Privilegierung der getätigten Zahlungen gem. § 64 Satz 2 GmbHG zu erreichen. Vielmehr hätte in jedem konkreten Einzelfall geprüft werden müssen, ob die jeweilige Zahlung zur Wahrung oder Umsetzung von Sanierungschancen oder in Erfüllung persönlicher öffentlich-rechtlicher Pflichten zu leisten gewesen war. Auch wenn die (Teil-) Verurteilung des Geschäftsführers im Fall des OLG Brandenburg nach den Umständen des Einzelfalls wertungsgerecht gewesen sein wird, dürfte das Erfordernis einer Prüfung jedes Vermögenstransfers im Einzelnen – so richtig dieser Rechtssatz mit Blick auf § 64 Satz 1 GmbHG im Prinzip auch ist – das praktische Risiko für Geschäftsführer in der Krise weiter erhöhen. So wird mit der Prüfung des Zahlungsverkehrs zum einen regelmäßig ein erheblicher praktischer Aufwand einhergehen. Zum anderen kann gerade die Nichtvornahme einzelner Zahlungen die Wahrnehmung von Sanierungschancen erschweren bzw. womöglich sogar vereiteln. Insgesamt ist zu befürchten, dass die Bereitschaft potentieller Kandidaten zur Übernahme von Sanierungsgeschäftsführungen angesichts des bestehenden Haftungsrisikos zumindest tendenziell gefährdet wird.

4. Wünschenswert wäre eine Anwendung des Sorgfaltsmaßstabs im Rahmen des § 64 Satz 2 GmbHG unter Berücksichtigung von Praktikabilitätsabwägungen. So wäre etwa ein Rechtssatz denkbar, wonach einerseits Zahlungen ohne Sanierungs- bzw. konkreten Fortführungsbezug generell verboten werden, andererseits aber die für die

Zivilrecht

Wahrnehmung bzw. Umsetzung einer Sanierung erforderlichen Zahlungen bis zu einer im Einzelfall festzulegenden Betragshöhe grundsätzlich erlaubt sein können; nur bei Zahlungen oberhalb dieser Grenze müsste eine (echte) Einzelfallprüfung stattfinden. Auf diese Weise könnte im Rahmen der Rechtsanwendung dazu beigetragen werden, das bereits strukturell hohe Haftungsrisiko für den Geschäftsführer zumindest im Rahmen der praktischen Anwendung des § 64 Satz 1 GmbHG nicht noch weiter zu steigern.

5. An dieser Stelle soll betont werden, dass der Geschäftsführer im Fall des OLG Brandenburg unstreitig nicht gegen die zeitlichen Grenzen der Insolvenzantragspflicht verstoßen hat. So greifen das Zahlungsverbot und seine Sanktionierung durch § 64 Satz 1 GmbHG bereits ab Eintritt von Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung ein und gelten damit insbesondere auch in der Phase, in der die Stellung des Insolvenzantrages gem. § 15a Abs. 1 InsO um maximal drei Wochen suspendiert ist (hierzu *Poertzgen*, ZInsO 2008, 944 ff. und 1196 ff.).

6. Das Haftungsrisiko für Geschäftsführer aus § 64 Satz 1 GmbHG realisiert sich – wie in dem vom OLG Brandenburg entschiedenen Fall – typischerweise in Konstellationen, in denen in der Krise debitorisch geführte Konten zur Abwicklung des Zahlungsverkehrs der Gesellschaft eingesetzt werden. Nach der neuen Rechtsprechung des BGH (zuletzt Urt. v. 26.1.2016 – II ZR 394/13, GmbHR 2016, 701 [704]. m. Komm. *Poertzgen*) sind hierbei folgende Grundsätze zu beachten:

a) Der nach Eintritt der Insolvenzreife bewirkte Zahlungseingang auf einem debitorisch geführten Konto stellt grundsätzlich eine „Zahlung“ i.S.v. § 64 GmbHG dar und löst damit eine entsprechende Haftung des Geschäftsführers aus. Ein solcher Zahlungseingang bedeutet eine Reduzierung der Verbindlichkeit der GmbH gegenüber ihrer Bank. Die Gutschrift stellt sich rechtlich als „Zahlung“ an das Kreditinstitut dar, für die der Geschäftsführer persönlich einzustehen hat. Dieser Rechtsatz ist wertungsmäßig paradox, jedoch de lege lata hinzunehmen.

b) Ausnahmsweise begründet der Zahlungseingang auf einem debitorischen Konto keine Einstandspflicht des Organvertreterers aus § 64 GmbHG, wenn die Forderung der Bank wirksam durch ein Absonderungsrecht gesichert ist. Steht nämlich der Erlös aus der Verwertung (sicherungs-)abgetretener Ansprüche nicht für eine Befriedigung der Gläubigergesamtheit zur Verfügung, so wird die spätere (allgemeine) Insolvenzmasse durch die im Einzug der Forderung liegende Verwertung nicht verkürzt.

c) Realisiert sich die tatsächliche Belastung des Gesellschaftsvermögens allerdings erst nach Eintritt der Insolvenzreife, ist der Geschäftsführer, der solche Belastungen zulässt, doch wieder nach § 64 GmbHG persönlich ersatzpflichtig; denn diese Vorschrift will gerade erstmalige bzw. weitere Belastungen des Gesellschaftsvermögens in diesem Stadium verhindern. Stellt die Belastung des Gesellschaftsvermögens allerdings einen bloßen

Sicherheitentausch dar, ist dieser im Hinblick auf § 64 GmbHG unerheblich.

7. Während Zahlungseingänge auf einem debitorischen Konto grundsätzlich das Risiko einer Haftung des Geschäftsführers aus § 64 Satz 1 GmbHG nach sich ziehen, sind Zahlungen, die nach Eintritt der Insolvenzreife von einem debitorisch geführten Konto geleistet werden, grundsätzlich haftungsneutral möglich. So stellt die Zahlung von einem debitorischen Konto juristisch einen im Hinblick auf § 64 Satz 1 GmbHG unerheblichen Gläubigerwechsel dar. Allerdings gibt es auch zu diesem Rechtssatz Ausnahmen, etwa wenn die kontoführende Bank wegen ihrer (Kredit-)Forderung gegen die GmbH über eine Kreditsicherheit verfügt und wenn der Empfänger der Zahlung ein ungesicherter Gläubiger ist. Denn in dieser Konstellation wird als Folge der Überweisung das Gesellschaftsvermögen weiter belastet (vorbehaltlich einer Korrektur des Vermögenstransfers durch eine spätere Insolvenzanfechtung gem. §§ 129 ff. InsO; zum Verhältnis der Geschäftsführerhaftung zur Anfechtung s. *Poertzgen*, GmbHR 2015, 929 [930]).

8. Die grundsätzliche Problematik der Haftung aus § 64 Satz 1 GmbHG liegt in der systematisch begrenzten, gerade deshalb jedoch verfehlten Fokussierung dieser Anspruchsgrundlage auf die Aktivseite des Gesellschaftsvermögens. Daher ist bereits an anderer Stelle die Abschaffung der Haftung wegen verbotener Zahlungen de lege lata und die ausschließliche Sanktionierung organchaftlichen Fehlverhaltens im Insolvenzstadium über eine echte Schadensersatzregelung gefordert worden (*Poertzgen*, GmbHR 2006, 1182 [1183 ff.]). Das Urteil des OLG Brandenburg ist der konventionellen Sichtweise des § 64 Satz 1 GmbHG verhaftet. Gerade die im konkreten Fall streitgegenständlichen Umbuchungen von Guthaben von kreditorischen Beträgen auf debitorisch geführte Konten hätten einen guten Anlass geboten, sich kritisch mit der Forderung des BGH auseinanderzusetzen, wonach offene Forderungen der Gesellschaft in der Krise nur auf kreditorisch geführte Konten einzuziehen sind (BGH v. 29.11.1999 – II ZR 273/98, BGHZ 143, 184 [188 f.] = GmbHR 2000, 182 [183] m. Komm. *Fring's*). Fast glaubt man, aus manchen Überlegungen des OLG Versuche zu einer wertungsgerechten Korrektur mancher Konsequenzen der BGH-Rechtsprechung ableiten zu können (etwa in Abschnitt II.4.2.1.c.bb). Eine ausdrückliche Kritik formuliert das OLG jedoch nicht. Insoweit bleibt der Praxis nichts anderes übrig, als auf künftige Entscheidungen und letztlich auf ein Tätigwerden des Gesetzgebers zu hoffen.

RA Dr. Christoph Poertzgen, CMS Hasche Sigle, Köln

VerfahrensRECHT

Zum Akteneinsichtsrecht bzw. Auskunftsrecht einer Berufsgenossenschaft im Rahmen eines wegen Untreue bzw. Betruges zu ihrem Nachteil geführten Ermittlungsverfahrens

GVGEG § 23; StPO § 474, § 477

Die Entscheidung der Staatsanwaltschaft, anstelle der Erteilung von Auskünften gem. § 474 Abs. 3 StPO Akteneinsicht zu gewähren, muss die tatsächliche Ausübung des der Staatsanwaltschaft zustehenden Ermessens erkennen lassen.

OLG Hamm, Beschl. v. 21.4.2016 – III-1 VAs 100/15

Aus den Gründen:

I.

[1] Die Betroffenen wenden sich mit ihren Anträgen gegen die mit Bescheiden der Staatsanwaltschaft Düsseldorf vom 6.11.2015 mitgeteilte Entscheidung zur Auskunftserteilung in Form der Gewährung von Akteneinsicht in die Akten der Ermittlungsverfahren 130 Js 16/12 bzw. 130 Js 8/13 der Staatsanwaltschaft Düsseldorf an die Berufsgenossenschaft I und N (im Folgenden „C“).

[2] Die C ist Trägerin der gesetzlichen Unfallversicherung und bundesunmittelbare Körperschaft des öffentlichen Rechts. ... Den genannten Ermittlungsverfahren liegt jeweils eine Anzeige der C zugrunde.

[3] Die Anzeigen der C richteten sich gegen den ehemaligen Hauptgeschäftsführer einer der beteiligten Berufsgenossenschaften, den Betroffenen zu 1., der im Jahr 2011 pensioniert wurde. Nach den Anzeigen sollen sich jeweils Anhaltspunkte für die Begehung erheblicher Straftaten, vor allem Untreue- oder Betrugstaten zum Nachteil der C ergeben haben. ...

[5] C macht mit einer Klage vor dem Landgericht Düsseldorf die Rückzahlung von Honoraren, die Rückzahlung von Nebentätigkeitsvergütungen sowie die Rückzahlung zu Unrecht erhaltener Versorgungsbezüge geltend.

[9] Mit Verfügungen vom 15.1.2015 bzw. vom 21.1.2015 stellte die Staatsanwaltschaft Düsseldorf die Ermittlungsverfahren, soweit sie die genannten Vorwürfe betrafen, gem. § 170 Abs. 2 StPO ein. Zudem stellte sie mit Zustimmung des AG Düsseldorf das Verfahren gegen den Betroffenen zu 1. wegen einer möglichen Straftat nach § 54 KWG gem. § 153 Abs. 1 StPO ein. Hiergegen legte die C mit Schriftsätzen vom 6.2.2015 bzw. vom 13.2.2015 jeweils Beschwerde gem. § 172 Abs. 1 StPO ein. Über die Beschwerden ist offensichtlich noch nicht entschieden worden.

[10] In beiden Ermittlungsverfahren bemühte sich die C frühzeitig um Akteneinsicht, die sowohl von der Staatsanwaltschaft als auch nach Antrag auf gerichtliche Entscheidung vom OLG Hamm abgelehnt wurde. Der Senat stellte fest, dass kein Anspruch auf unbeschränkte Akten-

einsicht bestand, ... sondern nur auf Erteilung bestimmter Auskünfte aus den Ermittlungsakten, die jedoch nicht beantragt waren. Die damalige Einschätzung der Staatsanwaltschaft, ein Ausnahmefall nach § 477 Abs. 3 StPO liege nicht vor, da die Erteilung von Auskünften in den vorliegenden Fällen keinen unverhältnismäßigen Aufwand für die Staatsanwaltschaft Düsseldorf erfordere, war nach Bewertung des Senats nicht ermessensfehlerhaft. ...

[12] Daraufhin beantragte die C bei der Staatsanwaltschaft Düsseldorf insgesamt Auskünfte zu 19 Aspekten aus den Ermittlungsakten. U.a. fragte sie nach den Gründen der Verfahrensdauer, den Einlassungen der Beschuldigten, sowie nach Ermittlungen zu der Einkommensbesteuerung und der Bitte nach Überlassung diesbezüglicher Ergebnisse. ...

[33] Zur Begründung trug die C vor, dass sie als Trägerin der gesetzlichen Unfallversicherung eine bundesunmittelbare Körperschaft des öffentlichen Rechts sei und mit dem Betroffenen zu 1. als Beschuldigtem der in Rede stehenden Ermittlungsverfahren eine zivilgerichtliche Auseinandersetzung, auch wegen der „verfahrensgegenständlichen Sachverhalte“ führe. Weiterhin hätten die Auskünfte Relevanz auch für anhängige Disziplinarverfahren. Ihre Auskunftsansprüche stütze sie auf § 474 Abs. 2 S. 1 Nrn. 1 und 2 StPO i.V.m. § 14 Abs. 1 Nrn. 4 und 6 EGGVG. ... Die Staatsanwaltschaft Düsseldorf erließ die angefochtenen Bescheide vom 6.11.2015. mit dem Inhalt: ...

„... Nachdem ein qualifizierter Vortrag erfolgt ist, sind nach hiesigem Dafürhalten die Voraussetzungen des § 474 Abs. 2 i.V.m. § 477 Abs. 4 StPO gegeben, so dass Auskunft zu erteilen wäre.“

[37] *Da die Beantwortung der einzelnen Auskünfte aufgrund des Umfangs des Strafverfahrens einen unverhältnismäßig großen Aufwand bedeuten würde, soll zur Abwendung des Begehrens gem. § 474 Abs. 3 StPO Akteneinsicht erteilt werden.“*

[38] In ihren Anträgen auf gerichtliche Entscheidung bestreiten die Betroffenen Auskunftsansprüche der C gem. § 474 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 StPO schon dem Grunde nach. So führen die Betroffenen im Wesentlichen aus, die seitens der C erbetenen Auskünfte seien nicht erforderlich i.S.v. § 474 Abs. 2 S. 1 Nrn. 1 und/oder 2 StPO. Die C habe keinerlei Schwierigkeiten, den betreffenden Sachverhalt zu erfassen und kenne ihn. Sie habe auch nicht dargelegt oder gar bewiesen, welche Auskünfte ihr fehlten. Die Klärung der bei der C offenen Fragen bedürfe teils aus Rechtsgründen, teils aufgrund dort bereits vorhandener Informationen bzw. Unterlagen keiner Akteneinsicht. Die C betreibe Formen- bzw. Rechtsmissbrauch, die erhoffte Arbeitserleichterung im Hinblick auf die Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche finde in §§ 474, 477 StPO keine Grundlage. Fragen zur rechtlichen Einschätzung eines Sachverhalts durch die Staatsanwaltschaft seien von § 474 Abs. 2 StPO nicht erfasst. Zudem habe die Staatsanwaltschaft im vorliegenden Fall Anlass gem. § 477 Abs. 4 S. 2, Alt. 2 StPO zu einer über die gem. § 477 Abs. 4 S. 2 Alt. 1 StPO jedenfalls vorzunehmende Schlüssigkeitsprü-

Verfahrensrecht

fung, ob das Übermittlungsersuchen im Rahmen der Aufgaben der C lag, weitergehenden Prüfung der Zulässigkeit der Übermittlung gehabt. Dies deshalb, da die Disziplinarermittlungen nicht mehr existierten, die Auskünfte für Zivilverfahren nicht mehr erforderlich waren und eigentliches -rechtsmissbräuchliches – Ziel nur sei, die Einstellung der Ermittlungsverfahren anzugreifen.

[39] Jedenfalls lägen die Voraussetzungen des § 474 Abs. 3 StPO, unter welchen die Staatsanwaltschaft ausnahmsweise vollständige Akteneinsicht gewähren könne, anstelle Auskünfte zu erteilen, nicht vor. Im vorliegenden Fall erfordere letzteres keinen unverhältnismäßigen Aufwand, wie die Staatsanwaltschaft stets zuvor selbst vertreten habe. Da sich der Aktenbestand seit dieser Feststellung der Staatsanwaltschaft nicht wesentlich vergrößert habe, sei dieser Wechsel nicht nachvollziehbar. ...

II.

[42] Die Anträge auf gerichtliche Entscheidung sind zulässig und haben auch in der Sache teilweise (vorläufigen) Erfolg. ...

[44] 2. Die Entscheidung, ob Auskünfte aus den vorliegenden Verfahren nach den §§ 474 Abs. 2, 477 Abs. 2, Abs. 4, 478 StPO zu versagen oder zu erteilen sind, steht nicht lediglich im pflichtgemäßen Ermessen der Staatsanwaltschaft (Senat, Beschl. v. 16.6.2015, III-1 VAs 12/15 und 13/15, juris, m.w.N.). Die Entscheidungen der Staatsanwaltschaft Düsseldorf vom 6.11.2015 sind daher gem. § 28 Abs. 3 EGGVG nicht nur auf Ermessensfehler hin zu überprüfen, sondern unterliegen insoweit unbeschränkt der gerichtlichen Nachprüfung. Soweit die Staatsanwaltschaft in den angefochtenen Verfügungen entschieden hat, der C anstelle der beantragten Auskünfte gem. § 474 Abs. 3 StPO Akteneinsicht zu gewähren, handelt es sich jedoch um eine Ermessensentscheidung (Senat, Beschl. v. 16.6.2015, III-1 VAs 12/15 und 13/15, juris, m.w.N.). Insoweit kann der Senat lediglich überprüfen, ob Willkür oder ein Ermessensmissbrauch der Staatsanwaltschaft Düsseldorf vorliegt. Die Prüfung erstreckt sich insoweit lediglich darauf, ob Gesichtspunkte zum Nachteil eines Betroffenen berücksichtigt wurden, die nach Sinn und Zweck des Gesetzes keine Rolle spielen dürfen, oder ob relevante Gesichtspunkte falsch bewertet oder außer Acht gelassen wurden (*Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 58. Aufl. 2015, § 28 EGGVG Rz. 10). ...

[47] 3. Die seitens der Staatsanwaltschaft Düsseldorf getroffenen Entscheidungen, der C Auskünfte in die dort anhängigen Ermittlungsverfahren 130 Js 16/12 bzw. 130 Js 8/13 zu erteilen, sind weitgehend rechtmäßig ergangen.

[48] Die C hat hinsichtlich des überwiegenden Anteils der von ihr gestellten Fragen jeweils einen Anspruch auf Erteilung von Auskünften aus den Ermittlungsakten aus § 474 Abs. 2 Nr. 1 StPO bzw. aus § 474 Abs. 2 Nr. 2 StPO.

[49] a) Nach § 474 Abs. 2 Nr. 1 StPO sind Auskünfte aus Akten an öffentliche Stellen zulässig, soweit die Auskünfte zur Feststellung, Durchsetzung oder zur Abwehr von

Rechtsansprüchen im Zusammenhang mit der Straftat erforderlich sind.

[50] aa) Die C ist eine andere öffentliche Stelle i.S.v. § 474 Abs. 2 S. 1 StPO (*Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 58. Aufl. 2015, § 474 Rz. 5; Senatsbeschluss vom 16.6.2015, III-1 VAs 12/15 und 13/15, juris). Erfasst sind alle nicht in § 474 Abs. 1 StPO genannten, hoheitlich tätigen Stellen (also nicht: Gerichte, Staatsanwaltschaften und andere Justizbehörden), insbesondere Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts (*Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 58. Aufl. 2015, § 474 Rz. 5). Die C ist auch eine Körperschaft des öffentlichen Rechts.

[51] bb) Desweiteren begehrt sie Auskünfte u.a. zur Durchsetzung von Rückzahlungsansprüchen im Zusammenhang von Nebentätigkeitsvergütungen im Rahmen der C2, der Durchsetzung der von ihr als Disziplinarbehörde verfügten Aberkennung des Ruhegehaltes sowie der Rückforderung von Honoraren, die dem Betroffenen zu 1 aufgrund Beraterverträgen ausgezahlt worden waren. Die nach dem Vorbringen der C zumindest denkbare – unlautere – Mitwirkung der Betroffenen zu 2. und 3. am Abschluss der Beraterverträge mit dem Betroffenen zu 1. führt quasi als Annex dazu, dass ungeachtet der Frage, ob auch diesen gegenüber Rückzahlungs- bzw. Schadensersatzansprüche seitens der C konkret geltend gemacht werden, auch deren Recht auf informationelle Selbstbestimmung gegenüber den Auskunftsansprüchen der C zurücktritt. ...

[52] cc) Die Rechtsansprüche stehen auch im unmittelbaren Zusammenhang mit den mutmaßlichen Straftaten der beiden betroffenen Ermittlungsverfahren; die jeweiligen Lebenssachverhalte bilden – soweit ersichtlich – den jeweiligen Rechtsgrund der mutmaßlichen Ansprüche ab.

[53] dd) Soweit im Folgenden nicht näher dargelegt, sind die erbetenen Auskünfte auch als „erforderlich“ i.S.v. § 474 Abs. 2 StPO anzusehen. Die Erforderlichkeit ist Ausprägung des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und bestimmt gegebenenfalls auch den Umfang der Auskunftserteilung (vgl. *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 58. Aufl. 2015, § 474 Rz. 4). Die Erforderlichkeit ist von der die Auskunftserteilung begehrenden öffentlichen Stelle zu prüfen (vgl. *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 58. Aufl. 2015, § 474 Rz. 4; § 477 Rz. 14; Senatsbeschluss vom 16.6.2015, III-1 VAs 12/15 und 13/15, juris; Senatsbeschluss vom 26.11.2013 – III-1 VAs 116/13 – 120/13). Diese, hier also die C, trägt hierfür nach § 477 Abs. 4 S. 1 StPO die Verantwortung. Diese muss die Notwendigkeit der Auskunftserteilung in ihrem Ersuchen nicht näher darlegen (vgl. *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 58. Aufl. 2015, § 474 Rz. 4).

[54] In der Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung des „Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des Strafverfahrensrechts – Strafverfahrensänderungsgesetz 1999 (StVÄG 1999)“ heißt es insoweit ausdrücklich zu der Regelung des § 477 Abs. 1 StPO, nach der Gerichte, Staatsanwaltschaften und andere Justizbehörden Akteneinsicht erhalten, wenn dies für Zwecke der Rechtspflege „er-

Verfahrensrecht

forderlich“ ist: „Darüber hinaus ist nach Abs. 1 Gerichten und Staatsanwaltschaften sowie den Justizbehörden des Bundes und der Länder Akteneinsicht zu gewähren, soweit sie funktional als Justizbehörden in sonstiger Weise im Rahmen der Rechtspflege tätig werden; dazu gehört auch die Akteneinsicht zur Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten (vgl. § 46 Abs. 2 OWiG) sowie entsprechend § 23 EGGVG für Aufgaben nach dem Bundeszentralregistergesetz und für Gnadensachen. Die Regelung des Abs. 1 Satz 1 verdeutlicht, dass nach dem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprinzip die Erforderlichkeit selbstverständliche Voraussetzung einer jeden Akteneinsicht ist, und geht davon aus, dass die Akteneinsicht grundsätzlich notwendig ist, ohne dass dies einer näheren Darlegung bedarf, **wenn sie von den genannten Stellen mit dieser Zweckbestimmung begehrt wird** (Anmerkung: Hervorhebung durch den Senat). Die Erforderlichkeit hat die Akteneinsicht begehrende Stelle zu prüfen. Die ersuchte Stelle kann und muss ggf. von deren Vorliegen ausgehen, wenn eine der in Abs. 1 genannten Stellen Akteneinsicht für Zwecke der Rechtspflege gewährt“ (BT-Drucks. 14/1484, 26).

[55] Für eine andere, insbesondere strengere Überprüfung der Erforderlichkeit im Rahmen des § 474 Abs. 2 StPO im Vergleich zu § 474 Abs. 1 StPO findet sich in den Gesetzesmaterialien kein Anhaltspunkt. Die Staatsanwaltschaft ist insoweit grundsätzlich lediglich befugt, zu überprüfen, ob die erbetene Auskunft abstrakt in den Anwendungsbereich der jeweiligen Ermächtigungsnorm des § 477 Abs. 2 Nrn. 1 bis 3 StPO fällt, d.h. den dort genannten jeweiligen Zwecken dienen soll. Erwägungen dahingehend, die Auskunft sei nicht erforderlich, weil die nach § 477 Abs. 4 S. 1 StPO privilegierte Stelle sich die Informationen auch auf anderem Wege, insbesondere aus eigenen Quellen beschaffen kann, sind der Staatsanwaltschaft daher von Rechts wegen verwehrt.

[56] Entgegen der Auffassung der Betroffenen braucht die C entsprechendes grundsätzlich weder darzulegen, noch zu beweisen. Im Übrigen wäre die C ohne eine entsprechende Auskunft auch gar nicht in der Lage, überhaupt festzustellen, ob sie im Besitz aller relevanten Informationen ist.

[57] Unerheblich ist insoweit insbesondere auch, ob die entsprechenden Auskünfte seitens der öffentlichen Stelle möglicherweise in ein zivilrechtliches Verfahren einfließen oder nicht. Maßgeblich ist – zumindest im Rahmen des hier vorliegenden § 474 Abs. 2 Nr. 1 StPO lediglich, ob die erbetene Auskunft – aus Sicht der ersuchenden Stelle – zur „Feststellung, Durchsetzung oder zur Abwehr von Rechtsansprüchen im Zusammenhang mit der Straftat erforderlich ist“. Ein Formenmissbrauch alleine deshalb, weil die Rechtsstreitigkeit nicht der Verwaltungsgerichtsbarkeit, sondern der ordentlichen Gerichtsbarkeit unterfällt, ist nicht ersichtlich. In diesem Zusammenhang darf sich die auskunftserteilende Stelle darauf verlassen, dass die entsprechenden, nach § 474 StPO erlangten personenbezogenen Daten nur zu dem Zweck verwendet werden, für den die Auskunft gewährt wurde (vgl. § 477 Abs. 5

S. 1 StPO). Hierauf muss im Falle des § 474 Abs. 2 StPO noch nicht einmal hingewiesen werden. In der Gesetzesbegründung zu § 477 Abs. 5 StPO heißt es insoweit: „Keine Hinweispflicht besteht, wenn die Auskunft oder Akteneinsicht an einen Rechtsanwalt erfolgt, weil es ebenso wenig wie im Fall der Übermittlung von Informationen an eine öffentliche Stelle erforderlich ist, einen als Organ der Rechtspflege tätigen Rechtsanwalt auf die Zweckbindung hinzuweisen“. § 477 Abs. 4 StPO steht also auch einer Verwertung der Auskünfte im Rahmen einer Anfechtung der Einstellungsbescheide (§ 172 StPO) entgegen.

[58] Weiterhin steht § 477 Abs. 4 StPO auch einer Verwertung der im Rahmen der nach § 474 Abs. 2 StPO zu gewährenden Auskünfte zwangsläufig zu offenbarenden „Drittgeheimnisse“ bezüglich der Betroffenen zu 2. und 3. zu anderen als den Auskunftsanspruch auslösenden Zwecken entgegen.

[59] Die ersuchende Stelle ist daher nach der gesetzlichen Konzeption grundsätzlich nicht dazu verpflichtet, die Notwendigkeit der Datenübermittlung in ihrem Ersuchen näher darzulegen. Vielmehr kann die ersuchte Behörde vom Vorliegen dieser Voraussetzungen ohne weiteres ausgehen. Die ersuchte Stelle muss auch keine weiteren Nachforschungen anstellen. Sie hat die Akteneinsicht (§ 474 Abs. 1 StPO) zu gewähren oder die Auskünfte zu erteilen (§ 474 Abs. 2 StPO), ihr steht insoweit kein Ermessen zu.

[60] Vorliegend ist aber nicht ersichtlich, dass die aus den betreffenden Ermittlungsverfahren begehrten Informationen – mit Ausnahme der Fragen, aus welchen Gründen die Ermittlungen der Staatsanwaltschaft mehrere Jahre in Anspruch genommen haben und warum die Staatsanwaltschaft Düsseldorf darauf verzichtet habe, Ermittlungen im Bereich des Bundesversicherungsamts als (damalige wie heutige) Aufsichtsbehörde durchzuführen (Erhebung von Zeugenaussagen o.Ä. – grundsätzlich im Rahmen der Zweckbindung des § 474 Abs. 2 Nr. 2 StPO keine Bedeutung erlangen könnten. In den vorstehend als Ausnahme genannten Fällen ist jedoch – soweit sich entsprechende Informationen überhaupt aus den Akten ergeben (die Auskünfte sind gem. § 474 Abs. 2 StPO nur „aus Akten“ zu erteilen) – ein Zusammenhang mit dem Übermittlungszweck des § 474 Abs. 2 StPO nach Bewertung des Senats auch unter Berücksichtigung der vorliegenden Begründungen der C für die begehrten Auskünfte nicht ersichtlich, da „ein Zusammenhang mit der Straftat“ (§ 474 Abs. 2 Nr. 1 StPO) oder der Aufgabenerfüllung der C (§ 474 Abs. 2 Nr. 2 StPO) mit der Folge einer insoweit gebotenen vollständigen Aufhebung der angefochtenen Bescheide nicht gegeben ist.

[61] Soweit die C angegeben hat, die Frage nach den Gründen eines Verzichts auf die Durchführung von Ermittlungen im Bereich des Bundesversicherungsamts ziele „auf Gewinnung eines besseren Verständnisses von dem Umgang der Staatsanwaltschaft mit dem Verfahren“, woraus gegebenenfalls Schlüsse für die von der C angestrebten Verfahren zu ziehen seien, geht es ersichtlich nicht um Auskünfte im Zusammenhang mit der – angeblichen – Straftat, sondern um die erhoffte Gewinnung ver-

Verfahrensrecht

fahrenstaktischer Erkenntnisse, welche vom Auskunftszweck des § 474 Abs. 2 Nr. 1 und 2 StPO ersichtlich nicht erfasst ist.

[62] Gleiches gilt für die Frage nach den Gründen einer – angeblichen – überlangen Verfahrensdauer; entgegen der seitens der C hierzu angegebenen Begründung ist ein Sachzusammenhang dieser Frage mit dem derzeit ohnehin ruhenden und nur gegen den Betroffenen zu 1. gerichteten Disziplinarverfahren nicht ersichtlich. ...

[65] ee) Es bestand auch – mit Ausnahme der noch zu erörternden Frage betreffend die Einkommensbesteuerung des Betroffenen zu 1. – kein Anlass für die Staatsanwaltschaft über die grundsätzlich notwendige skizzierte Schlüssigkeitsprüfung der Erforderlichkeit der erbetenen Auskünfte nach § 474 Abs. 2 Nr. 1 StPO hinaus zu einer weitergehenden Prüfung der Zulässigkeit des Auskunftsernehmens nach § 477 Abs. 4 S. 2 StPO.

[66] Ein besonderer, die weitergehende Prüfung der Zulässigkeit der Auskunftserteilung i.S.d. § 477 Abs. 4 S. 2 StPO gebietender Anlass wird insoweit beispielsweise dann angenommen, wenn sich das Begehren auf eine ungewöhnliche Art von Daten bezieht oder wenn nach den Erfahrungen der ersuchten Stelle die Kenntnis der verlangten Daten normalerweise für den angegebenen Zweck nicht erforderlich ist (OLG Koblenz, Beschl. v. 11.6.2010 – 2 VAs 1/10, BeckRS 2010, 14403). ...

[68] Bedenken bestehen im vorliegenden Fall indes insbesondere jedoch insoweit, als die C nähere Auskünfte zu Ermittlungen hinsichtlich der Einkommensbesteuerung des Betroffenen zu 1. bzw. tatsächlich im Wesentlichen zu deren etwaigen Ergebnissen begehrt. Soweit hier etwa ggf. auch Feststellungen zu anderen – nicht mit Leistungen der C in Zusammenhang stehenden – Einkünften getroffen wurden, ist schon ein Zusammenhang mit dem Übermittlungszweck des § 474 Abs. 2 StPO fraglich, da ein Zusammenhang mit der Straftat (§ 474 Abs. 2 Nr. 1 StPO) oder der Aufgabenerfüllung der C (§ 474 Abs. 2 Nr. 2 StPO) nicht ersichtlich ist (s.o.).

[69] Auskünfte in Form von Übermittlung personenbezogener Daten sind nach § 477 Abs. 2 StPO u.a. zu versagen, soweit der Übermittlung bundesgesetzliche Verwendungsregelungen entgegenstehen. Dies trifft für den Schutz des Steuergeheimnisses aus § 30 AO zu (vgl. *Meyer-Gößner/Schmitt*, StPO, 58. Aufl. 2015, § 477 Rz. 4, hinsichtlich der vergleichbaren Problematik im Rahmen des § 406e Abs. 2 StPO vgl. Senatsbeschluss vom 23.4.2015 – 1 Ws 123/15, BeckRS 2015, 09558). Der Begriff des Steuergeheimnisses wird weit ausgelegt. Er umfasst fremde Verhältnisse und fremde Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, die in einem Ermittlungsverfahren bekannt geworden sind. Zu den Verhältnissen zählen alle persönlichen, wirtschaftlichen, rechtlichen, öffentlichen und privaten Verhältnisse einer Person (vgl. Senatsbeschluss vom 23.4.2015 – 1 Ws 123/15, BeckRS 2015, 09558, m.w.N.).

[70] Ein Zulassungsgrund für eine Offenbarung nach § 30 Abs. 4 AO liegt – soweit dem Senat ersichtlich – nicht vor, so dass sie unbefugt wäre. ...

[72] Die Offenbarung ist auch nicht ausdrücklich gesetzlich zugelassen (§ 30 Abs. 4 Nr. 2 AO; vgl. Senatsbeschluss vom 23.4.2015 – 1 Ws 123/15, BeckRS 2015, 09558, m.w.N.). Auch kommt – soweit dem Senat ersichtlich – eine Offenbarung aufgrund einer besonderen beamtenrechtlichen Verwendungsregelung (etwa § 115 Abs. 1 BBG, vgl. Senatsbeschluss vom 23.4.2015 – 1 Ws 123/15, BeckRS 2015, 09558, m.w.N.) nicht in Betracht.

[73] Zudem bestand vorliegend schon aufgrund der Möglichkeit, dass auch Besteuerungsgrundlagen von nicht an den verfahrensgegenständlichen Straftaten beteiligten Personen, etwa möglicherweise der Ehefrau des Betroffenen zu 1. im Falle einer gemeinsamen Veranlagung zur Einkommensteuer, ermittelt wurden, ein besonderer, die weitergehende Prüfung der Zulässigkeit der Auskunftserteilung i.S.d. § 477 Abs. 4 S. 2 StPO gebietender Anlass. Insbesondere sind im Hinblick auf § 30 AO im Übrigen „die Strafverfahrensakten so zu führen, dass ggf. Teile von Akten, z.B. Berichte der Jugendgerichtshilfe oder Sachverständigengutachten besonders gekennzeichnet sind und im Fall eines grundsätzlich berechtigten Verlangens nach Akteneinsicht von den übrigen Akten ohne unverhältnismäßigen Aufwand getrennt werden können. Anderenfalls wäre die gesamte Akte für das grundsätzlich berechnete Einsichtsverlangen gesperrt“ (BT-Drucks. 14/1484, 28f.).

[74] Die vorstehenden Erwägungen führen zur Aufhebung der Bescheide betreffend die beabsichtigte vollständige Auskunftserteilung auch zu Ergebnissen etwaiger Ermittlungen betreffend die Einkommensbesteuerung des Betroffenen zu 1.; da insoweit allerdings nach Maßgabe des Vorstehenden zulässige Auskünfte denkbar sind, ist zu dieser Frage unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats erneut zu entscheiden.

[75] ff) Entgegen der Ansicht der Betroffenen ist auch nicht ersichtlich, dass Fragen zur rechtlichen Einschätzung eines Sachverhalts durch die Staatsanwaltschaft nicht von § 474 Abs. 2 StPO erfasst sein sollten. Weder in der StPO noch in den Datenschutzgesetzen des Bundes und der Länder findet sich – soweit dem Senat ersichtlich – eine Legaldefinition des Begriffes „Auskunft“. Den jeweiligen Regelungen ist nach Sinn und Zweck jeweils nur zu entnehmen, dass, wenn kein Anspruch auf umfassende Akteneinsicht besteht, dennoch bei Vorliegen bestimmter rechtlicher Voraussetzungen Zugang zu gewissen Informationen ermöglicht werden soll.

[76] Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch bedeutet „Auskunft“ eine „auf eine Frage hin gegebene Information oder aufklärende Mitteilung über jemanden oder etwas“ (Quelle: Internetadresse). Als Synonyme werden Begriffe verwendet wie „Angabe, Antwort, Aufklärung, Aufschluss, Bescheid, Hinweis, Information, Mitteilung, Nachricht oder Unterrichtung“ (Quelle: Internetadresse). Daher ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber insoweit in Abgrenzung zu einer umfassenden Akteneinsicht lediglich die Beantwortung konkreter Anliegen im Auge

Verfahrensrecht

hatte. Dass hiernach lediglich Tatsachen oder nur „personenbezogene Daten“ als Auskunftsjbjekt in Betracht kämen, ist daher nicht ersichtlich. Eine gewisse Eingrenzung erfährt die mögliche Verpflichtung, auch zu rechtlichen Erwägungen Auskunft geben zu müssen, indes vorliegend bereits aus § 474 Abs. 2 StPO, als dass Auskünfte – wie bereits ausgeführt – „aus“ den Akten zu gewähren sind und daher etwaige rechtliche Erwägungen (etwa von der die Auskunft begehrenden Stelle über die in Vermerken oder Bescheiden eingeflossenen rechtlichen Argumente vermutete hinausgehende, „wirkliche“ Gründe“) nicht bestehen.

[77] b) Die C hat im unter a. aufgezeigten Umfang weiterhin Anspruch auf Erteilung von Auskünften aus den Ermittlungsakten aus § 474 Abs. 2 Nr. 2 StPO.

[78] Nach § 474 Abs. 2 Nr. 2 StPO sind Auskünfte aus Akten an öffentliche Stellen zulässig, soweit diesen Stellen in sonstigen Fällen aufgrund einer besonderen Vorschrift von Amts wegen personenbezogene Daten aus Strafverfahren übermittelt werden dürfen oder soweit nach einer Übermittlung von Amts wegen die Übermittlung weiterer personenbezogener Daten zur Aufgabenerfüllung erforderlich ist.

[79] aa) Im vorliegenden Fall dürfen der C gem. § 14 Abs. 1 Nr. 4 EGGVG personenbezogene Daten übermittelt werden (vgl. Senatsbeschluss vom 16.6.2015, III-1 VAs 12/15 und 13/15, juris). ... Die positiven Voraussetzungen sind erfüllt. ...

[84] cc) § 14 Abs. 2 EGGVG steht der Datenübermittlung ebenfalls nicht entgegen. Nach Satz 1 dieser Vorschrift hat die Datenübermittlung in den Fällen des § 14 Abs. 1 Nrn. 4 bis 9 bei einer Verfahrenseinstellung grundsätzlich zu unterbleiben, wenn nicht besondere Umstände des Einzelfalles die Übermittlung erfordern. Gemäß § 14 Abs. 2 S. 2 EGGVG ist die Übermittlung insbesondere erforderlich, wenn die Tat bereits ihrer Art nach geeignet ist, Zweifel an der Zuverlässigkeit oder Eignung des Betroffenen für die gerade von ihm ausgeübte berufliche, gewerbliche oder ehrenamtliche Tätigkeit oder für die Wahrnehmung von Rechten aus einer ihm erteilten Berechtigung, Genehmigung oder Erlaubnis hervorzurufen. Ferner ist nach § 14 Abs. 2 S. 4 EGGVG im Falle der Einstellung des Verfahrens zu berücksichtigen, wie gesichert die zu übermittelnden Erkenntnisse sind.

[85] Diese Voraussetzungen liegen offensichtlich vor. Dass sich die staatsanwaltschaftliche Verfügung hierzu überhaupt nicht verhält, führt indes insoweit nicht zu ihrer Aufhebung, da das OLG ohne Bindung an die Feststellungen den Sachverhalt nach Beschwerdegrundsätzen auch in tatsächlicher Hinsicht zu prüfen hat (vgl. *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 58. Aufl. 2015, § 28 EGGVG Rz. 1 ff.) und es sich insoweit nicht um eine Ermessensentscheidung handelt. ...

[87] 4. Soweit die Staatsanwaltschaft der C zur Auskunftserteilung – ohne dass dies beantragt gewesen wäre – unbeschränkt Akteneinsicht gem. § 474 Abs. 3 StPO gewährt hat, war diese Entscheidung ermessensfehlerhaft.

Zwar erstreckt sich die Überprüfung des Senats insoweit lediglich darauf, ob Gesichtspunkte zum Nachteil eines Betroffenen berücksichtigt wurden, die nach Sinn und Zweck des Gesetzes keine Rolle spielen dürfen, oder ob relevante Gesichtspunkte falsch bewertet oder außer Acht gelassen wurden (*Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 58. Aufl. 2015, § 28 EGGVG Rz. 10). Dies ist hier jedoch der Fall.

[88] Nach § 474 Abs. 3 StPO kann in den Fällen des Abs. 2, falls die Voraussetzungen für eine Auskunftserteilung grundsätzlich erfüllt sind, ausnahmsweise (umfassende) Akteneinsicht gewährt werden, soweit die an sich vorrangige Erteilung von Auskünften einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde oder die öffentliche Stelle unter Angabe von Gründen erklärt, dass die Erteilung einer Auskunft zur Erfüllung ihrer Aufgaben nicht ausreichen würde (*Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 58. Aufl. 2015, § 474 Rz. 7, BT-Drucks. 14/1484, 26).

[89] Nach Sinn und Zweck dieser Vorschrift als Ausnahmevorschrift sowie auch nach dem Wortlaut der Norm räumt diese der akteneinsichtsgewährenden Stelle insoweit ein Ermessen („kann“) ein. Nach dem Wortlaut des § 474 Abs. 3 StPO stellt der Gesetzgeber die beiden Alternativen, nach der die Staatsanwaltschaft ausnahmsweise Akteneinsicht gewähren darf, gleichrangig nebeneinander. Soweit Akteneinsicht gewährt werden kann, weil die Erteilung von Auskünften einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde, folgt bereits aus der Natur der Sache, dass diese Beurteilung alleine der akteneinsichtsgewährenden Stelle, hier also der Staatsanwaltschaft Düsseldorf, zusteht. Indes genügt allerdings der hier lediglich pauschale Hinweis auf den Umfang des Strafverfahrens nicht, da sie die Ausübung eines Ermessens nicht nachvollziehen lässt. Angesichts der Tatsache, dass die Staatsanwaltschaft Anträge der C auf umfassende Akteneinsicht noch mit Schreiben vom 16.12.2014 bzw. 29.12.2014 (vgl. Senatsbeschluss vom 16.6.2015, III-1 VAs 12/15 und 13/15, juris) abgelehnt hatte, da die Erteilung von Auskünften keinen unverhältnismäßigen Aufwand erfordere, ist dies deshalb sowie auch angesichts der überschaubaren Anzahl von berechtigten Auskunftsansprüchen auch ohne nähere Begründung schlicht nicht nachvollziehbar, zumal sich z.B. im Verfahren 130 Js 16/12 bereits ein Sonderheft „Einlassungen des Beschuldigten“ befindet. Hinsichtlich des Umfangs und auch des Aufwandes der zu erteilenden Auskünfte ist zu bemerken, dass die Staatsanwaltschaft Düsseldorf daher von einem unzutreffenden Sachverhalt ausgegangen ist. Soweit die Generalstaatsanwaltschaft argumentiert, die auskunftsgewährende Stelle könne nicht immer die Relevanz jeder einzelnen Information für das Begehren der auskunftersuchenden Stelle beurteilen, so ist dies kein Argument im Rahmen der Ermessensentscheidung nach § 474 Abs. 3 StPO, sondern betrifft bereits die zuvor hinsichtlich jeder begehrten Auskunft von der auskunftsgewährenden Stelle zu erfolgende Prüfung, ob insoweit ein Anspruch gem. § 474 Abs. 2 StPO gegeben ist; (lediglich) im Rahmen dieser Prüfung ist § 477 Abs. 4 StPO von Belang (s.o.). Vorliegend ist jedoch letztlich noch nicht einmal ersichtlich, dass sich die Staatsanwalt-

Verfahrensrecht

schaft Düsseldorf die Mühe gemacht hätte, diese ihr obliegende Prüfung auskunftsbezogen durchzuführen.

[90] Da der Senat sein eigenes Ermessen nicht an die Stelle des Ermessens der Staatsanwaltschaft setzen darf, war die Sache insoweit zur erneuten Behandlung und Entscheidung an die Staatsanwaltschaft Düsseldorf zurückzuverweisen. ...

Anmerkung:

Auskunft aus Strafakten oder gar Akteneinsicht in diese trotz Einstellung des Ermittlungsverfahrens – ist dies zulässig? Die StPO sieht für Justizbehörden und sonstige öffentliche Stellen ein Auskunftsrecht in § 474 StPO vor. §§ 474 ff. StPO regeln insgesamt die Weitergabe von Daten für verfahrensexterne Zwecke, d.h. durch die Weitergabe erfolgt eine Umwandlung der Zweckbestimmung der Daten. Die gesetzlichen Regelungen sind notwendig als Ermächtigungsgrundlage für derartige Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung; bereits 1981 hatte das BVerfG im Volkszählungsurteil eine Ermächtigungsgrundlage nicht nur für die Erhebung, sondern auch für die Weitergabe von Daten gefordert (BVerfG v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83, 1 BvR 269/83, 1 BvR 362/83, 1 BvR 420/83, 1 BvR 440/83, 1 BvR 484/83, BVerfGE 65, 1, 51, 62, 69).

Der ausführlich begründete Beschluss des OLG Hamm bietet eine geradezu lehrbuchartige Darstellung der Voraussetzungen des Auskunfts- bzw. Akteneinsichtsrechts sonstiger öffentlicher Stellen nach § 474 Abs. 2 und Abs. 3 StPO. In seiner Begründung differenziert das OLG deutlich zwischen dem „Ob“ und dem „Wie“ der Auskunftserteilung nach § 474 Abs. 2 bzw. Abs. 3 StPO; die Entscheidung über das Ob der Auskunftserteilung ist nach Abs. 2 eine gebundene Entscheidung der Staatsanwaltschaft, im Rahmen der Entscheidung über das Wie räumt das Gesetz dieser nach Abs. 3 aber ein Ermessen ein – als Ausnahme ist statt der Auskunft auf einzelne Fragen die Gewährung von Akteneinsicht möglich; es gilt der Vorrang der Aktenauskunft vor der Akteneinsicht (SK-Weßlau, 4. Aufl. 2013, § 474 Rz. 14). Diese Ermessensentscheidung verlangt eine Begründung der Staatsanwaltschaft, die erkennen lässt, dass sie von zutreffenden Tatsachen ausgegangen ist, sich ihres Ermessenspielraums bewusst war und dieses Ermessen auch innerhalb der Ermessensgrenzen ausgeübt hat.

Der Anspruch auf Auskunft umfasst nach überzeugender Ansicht des OLG auch die Beantwortung von Fragen zur rechtlichen Einschätzung eines Sachverhalts. Der Begriff der Auskunft wird im Gesetz nicht definiert. Die Tatsache, dass in Ausnahmefällen aber § 474 Abs. 3 StPO aus verfahrensökonomischen Gründen Akteneinsicht statt Auskunftserteilung erlaubt, in diesen Fällen also automatisch die gesamte rechtliche Würdigung zur Kenntnis gegeben wird, spricht auch dafür, unter den allgemeinen Begriff der Auskunft auch konkrete Fragen nach rechtlicher Einschätzung zu fassen.

Beachtung verdient der Beschluss auch deshalb, weil er Grenzen des insgesamt weitreichenden Auskunftsrechts

aufzeigt: Die Auskunftserteilung steht unter dem Vorbehalt der Erforderlichkeit. Nach § 474 Abs. 2 Nr. 1 StPO sind Auskünfte aus Akten an öffentliche Stellen zulässig, soweit die Auskünfte zur Feststellung, Durchsetzung oder zur Abwehr von Rechtsansprüchen im Zusammenhang mit der Straftat erforderlich sind. Entscheidend ist also, dass die Übermittlungsbefugnis nur besteht, wenn die Übermittlung für einen bestimmten Zweck erforderlich ist. Es muss sich um einen konkreten, auf einen bereits existierenden Einzelsvorgang bezogenen Zweck handeln, da andernfalls die in § 477 Abs. 5 StPO angeordnete Zweckbindung ins Leere liefe (SK-Weßlau, 4. Aufl. 2013, § 474 Rz. 20). Die Erforderlichkeit ist Ausprägung des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und bestimmt gegebenenfalls auch den Umfang der Auskunftserteilung (vgl. Beschluss Rz. 53; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 59. Aufl. 2016, § 474 Rz. 4). Dieses Merkmal ist nach überzeugender Ansicht eng auszulegen, da Zweck der Vorschrift der Schutz personenbezogener Daten ist, zumal das Gesetz keine Abwägung zwischen den verschiedenen Interessen fordert (Brodersen, NJW 2000, 2540; SK-Weßlau, 4. Aufl. 2013, § 474 Rz. 20). Insbesondere entfällt die Erforderlichkeit auch nicht dadurch, dass die auskunftsbegehrende Stelle sich die gewünschten Informationen auf anderem Wege beschaffen kann, da Prüfungsmaßstab allein die in § 474 Abs. 2 StPO und § 477 StPO bezeichneten Zwecke sind. Da § 477 Abs. 4 S. 1 StPO der auskunftsbegehrenden Stelle die Verantwortung für die Erforderlichkeit des Auskunftsbegehrens zuweist, muss diese die Erforderlichkeit der gewünschten Auskunft für den konkreten Zweck nur schlüssig vortragen; die Staatsanwaltschaft hat keine weitergehende Prüfungspflicht. Dies kann nur dann ausnahmsweise anders sein, wenn ein besonderer Anlass – z.B. Anfrage nach ungewöhnlichen Daten oder nach solchen Daten, die gewöhnlich für den angegebenen Zweck nicht benötigt werden – vorliegt (vgl. OLG Koblenz, Beschl. v. 11.6.2010 – 2 VAs 1/10, BeckRS 2010, 14403).

An dem Vorbehalt der Erforderlichkeit der Auskunftserteilung scheitern im vorliegenden Fall aber drei der Auskunftsbegehren der öffentlichen Stelle. Zu Recht lehnt der Senat die Erforderlichkeit der Auskunftserteilung ab hinsichtlich der Frage nach Gründen eines Verzichts näher beschriebener weiterer Ermittlungen. Denn diese Frage zielt allein auf die erhoffte Gewinnung verfahrenstaktischer Erkenntnisse ab, die vom Zweck des § 474 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 StPO nicht erfasst werden. Gleiches gilt für die Frage nach einer überlangen Verfahrensdauer.

Aufgrund der Außergewöhnlichkeit der begehrten Informationen zu dem benannten Zweck ist eine besondere, weitergehende Prüfung der begehrten Auskunft zu Ermittlungen hinsichtlich der Einkommensbesteuerung des Betroffenen geboten. Zu Recht stellt der Senat schon den Zusammenhang zum Übermittlungszweck des § 474 Abs. 2 StPO in Frage. Eine deutliche Grenze findet hier das Auskunftsrecht aber in der entgegenstehenden bundrechtlichen Verwendungsregelung aus § 30 AO, der das

Verfahrensrecht

Steuergeheimnis regelt (vgl. dazu *Meyer-Goßner/Schmitt*, 59. Aufl. 2016, § 477 Rz. 4). Ausnahmetatbestände des § 30 AO, die die Übermittlung gestatten könnten, greifen nicht ein.

Nach § 474 Abs. 2 Nr. 2 StPO ist eine Auskunftserteilung stets zulässig, soweit die ersuchte Stelle auch zu einer Datenübermittlung von Amts wegen befugt wäre; entsprechende Befugnisse ergeben sich v.a. aus §§ 12 ff. EGGVG. Vorliegend ist § 14 Abs. 1 Nr. 6 EGGVG einschlägig. Begrenzt wird die Zulässigkeit der Datenübermittlung in § 14 Abs. 2 S. 1 EGGVG. Danach hat sie grundsätzlich zu unterbleiben, wenn das Strafverfahren eingestellt worden ist, sofern nicht besondere Umstände des Einzelfalles die Übermittlung erfordern. Die Übermittlung ist nach S. 2 insbesondere erforderlich, wenn die Tat bereits ihrer Art nach geeignet ist, Zweifel an der Zuverlässigkeit oder Eignung des Betroffenen für die gerade von ihm ausgeübte berufliche, gewerbliche oder ehrenamtliche Tätigkeit oder für die Wahrnehmung von Rechten aus einer ihm erteilten Berechtigung, Genehmigung oder Erlaubnis hervorzurufen. S. 4 verlangt, im Falle der Einstellung des Verfahrens zu berücksichtigen, wie gesichert die zu übermittelnden Erkenntnisse sind. Dass die Verfahrenseinstellungen im vorliegenden Fall der Auskunftserteilung nicht entgegenstehen, begründet das OLG schlicht damit, dass die Voraussetzungen von § 14 Abs. 2 S. 2 EGGVG „offensichtlich“ vorliegen. Angesichts der Tatsache, dass auch die Staatsanwaltschaft sich gar nicht zur Frage der möglicherweise der Auskunft entgegenstehenden Einstellung geäußert hat, wäre eine ausführlichere Begründung durch das OLG zu erwarten.

Gerade in Fällen, in denen das Ermittlungsverfahren nach § 170 Abs. 2 StPO, also mangels hinreichenden Tatverdachts, eingestellt worden ist, ist eine Auskunft oder gar eine Akteneinsicht problematisch. Denn allein aufgrund des (einfachen) Tatverdachts konnten durch strafprozessuale Ermittlungsmethoden Informationen gewonnen werden – diese genügten aber gerade nicht zur Begründung eines hinreichenden Tatverdachts, für den Betroffenen gilt die Unschuldsvermutung, er muss aber dennoch nach § 474 Abs. 2 StPO die Informationsweitergabe dulden. Es fällt zudem auf, dass eine entsprechende ausdrückliche Regelung des Ausschlusses von Auskunft und Akteneinsicht bei Verfahrenseinstellungen bei § 474 StPO fehlt. Insgesamt verwundert es daher, dass der Gesetzgeber keine strengeren Grenzen des Auskunftsrechts bei Einstellung des Verfahrens vorgeschrieben hat.

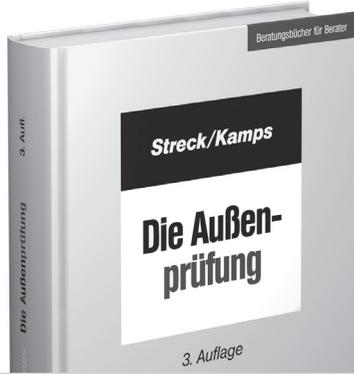
Ausnahmsweise sieht § 474 Abs. 3 StPO vor, statt der Auskunftserteilung auf einzelne Fragen Akteneinsicht zu gewähren. Diese Ausnahme hat verfahrensökonomische Gründe; die Entscheidung darüber steht nach dem Wortlaut der Norm („kann“) im Ermessen der Staatsanwaltschaft. Vorliegend hat die Staatsanwaltschaft ihr Ermessen fehlerhaft ausgeübt. Sie begründete die Gewährung der Akteneinsicht allein mit dem Umfang des Auskunftsbegehrens, obwohl sie zuvor selbst noch einen Antrag auf Akteneinsicht durch die öffentliche Stelle mit dem

Hinweis abgelehnt hatte, die Erteilung der Auskünfte erfordere keinen übermäßigen Aufwand. Zwar ist es denkbar, dass sich die Beurteilung nach Eingang der konkreten Auskunftsbegehren ändert, dieses müsste jedoch nachvollziehbar begründet werden. So erscheint die Entscheidung der Staatsanwaltschaft widersprüchlich. Allein das pauschale Abstellen auf den Umfang des Auskunftsbegehrens würde den Ausnahmecharakter der Akteneinsicht zudem konterkarieren und Umgehungsmöglichkeiten der vorrangigen Auskunftsanforderung ermöglichen.

Insgesamt ist aber zu konstatieren, dass das Prinzip der Zweckbindung, das für die Verwirklichung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung nach Auffassung des BVerfG von zentraler Bedeutung ist, durch die Vorschriften des Achten Buches in Randbereiche verdrängt wird (*SK-Weßlau*, 4. Aufl. 2013, Vor § 474 Rz. 52). Dies ist umso bedenklicher, als dem die fortlaufende Ausweitung des Instrumentariums der verdeckten Ermittlungsmethoden und der dabei gesammelten Informationen gegenübersteht, die eher die Stärkung des Schutzes des Individualrechts der informationellen Selbstbestimmung erforderte (vgl. *HK-Temming*, 5. Aufl. 2012, Vor §§ 474 ff. Rz. 9).

Dr. Silke Hüls, Habilitandin am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht, insbesondere Wirtschaftsstrafrecht der Universität Bielefeld

Perfekt
vorbereitet.



otto-schmidt.de/stre2_3

Da ist enorm viel für Sie drin.



GmbH-Handbuch Herausgegeben von der Centrale für GmbH Dr. Otto Schmidt. Loseblatt, rd. 6.700 Seiten in 4 Ordnern mit Centrale Online nur 199,-€ bei einem Abonnement für mindestens zwei Jahre. Ergänzungslieferungen viermal im Jahr. ISBN 978-3-504-32150-5



Das Werk online:
Centrale.de

Das GmbH-Handbuch stellt Ihnen beispiellos aktuell und kompetent das gesamte Know-How aus allen relevanten Rechtsgebieten zur Verfügung: Gesellschaftsrecht, Bilanzrecht, Steuerrecht, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht; abgerundet mit mehr als 200 Muster-Verträgen und Formularen.

Und im Verbund mit Centrale online profitieren Sie von der Online-Version des GmbH-Handbuchs und können zusätzlich in der GmbH-Rundschau, dem GmbH-Steuerberater, rund 20.000 Entscheidungen und über 1.260 Verwaltungsanweisungen sowie einem Stichwort-ABC mit 120 typischen Beratungssachverhalten recherchieren.

Neu in der Lieferung 157 (August):

- Gesellschaftsrecht: Der GmbH-Geschäftsführer im Fokus (Haftung, Pflichten, Anstellungsverhältnis)
- Bilanzrecht: Aktuelle Gesetzesänderungen zur Bewertung von Pensionsrückstellungen und zur Ermittlung der Herstellungskosten
- Steuerrecht: VGA – ABC der Hauptanwendungsfälle komplett überarbeitet

Informativer und aktueller geht es nicht. Probelesen oder gleich bestellen unter www.otto-schmidt.de/gh

ottoschmidt

Kurze Nachrichten

Bekämpfung von Steuerbetrug: 75 Prozent der EU-Bürger wollen mehr EU-Maßnahmen

Aktuelle Eurobarometer-Umfrage

Gemäß einer aktuellen Eurobarometer-Umfrage, die vom EU-Parlament in Auftrag gegeben wurde, sind 75 Prozent der EU-Bürger der Meinung, dass die EU mehr Maßnahmen zur Bekämpfung von Steuerbetrug setzen sollte.

Der Einsatz für Steuergerechtigkeit in der EU war schon lange vor den „LuxLeaks“ und den „Panama Papers“-Enthüllungen ein wichtiger Punkt auf der Agenda des Parlaments. Seit Beginn der Wirtschafts- und Finanzkrise setzen sich die EU-Abgeordneten für mehr Steuertransparenz und die Beendigung unfairer Steuerpraktiken ein.

Der Vorsitzende des Wirtschafts- und Währungsausschusses, *Roberto Gualtieri* (S&D) aus Italien, betont: „75 Prozent der EU-Bevölkerung erwarten mehr Maßnahmen der EU zur Bekämpfung von Steuerbetrug: Es ist notwendig, auf dieses Anliegen wirksam zu reagieren. Das Europäische Parlament führt diesen Kampf, indem ambitionierte und konkrete Vorschläge zur Erhöhung der Steuertransparenz und zur Bekämpfung von Steuervermeidung angenommen wurden, die einen automatischen Informationsaustausch über Steuervorbescheide zwischen den Mitgliedstaaten und eine öffentliche länderbezogene Berichterstattung für multinationale Unternehmen, zusammen mit einer gemeinsamen Definition von Steueroasen und strengen und konkreten Sanktionen, fordern. Wir werden die Mitgliedstaaten weiterhin dazu auffordern, ihre Steuerpolitik zu stärken, Schlupflöcher zu schließen und die Koordination auf EU-Ebene und der internationalen Ebene zu verbessern. Das ist ein Gebot der Fairness gegenüber den EU-Bürgern.“

Infolge des „LuxLeaks“-Skandals wurden zwei (aufeinanderfolgende) Sonderausschüsse zu Steuervorbescheiden eingesetzt. In seinem Abschlussbericht, der im Juli 2016 vom Plenum angenommen wurde, fordert der zweite Sonderausschuss die Einrichtung eines öffentlichen Unionsregisters für wirtschaftliches Eigentum, eine schwarze Liste von Steueroasen und Maßnahmen gegen den Missbrauch des Patentbox-Systems. Im Herbst 2016 nimmt der „Panama Papers“-Untersuchungsausschuss seine Arbeit auf. Seine Aufgabe wird sein, zu beurteilen, wie die EU-Kommission und die

Mitgliedstaaten Geldwäsche und Steuerhinterziehung bekämpfen. Außerdem werden die Abgeordneten ab Herbst an Regeln für die öffentliche Transparenz der Geschäftstätigkeit und Besteuerung multinationaler Unternehmen arbeiten.

Umfrageergebnisse in Österreich

52 Prozent der Umfrageteilnehmer in Österreich sind für ein stärkeres Engagement der EU zur Bekämpfung von Steuerbetrug. (Der EU28-Durchschnitt liegt bei 75 Prozent.) 49 Prozent der Befragten (im Vergleich zu 66 Prozent in der EU28) halten die aktuellen Maßnahmen der EU für unzureichend.

Umfrageergebnisse in Deutschland

78 Prozent der befragten Deutschen würden sich mehr Maßnahmen auf EU-Ebene zur Bekämpfung von Steuerbetrug wünschen. In Deutschland antworteten 68 Prozent der Befragten, dass die aktuellen EU-Maßnahmen unzureichend seien.

Quelle: Eurobarometer-Umfrage: „Die Europäer im Jahr 2016: Ansichten und Erwartungen – Bekämpfung von Steuerbetrug“

Neue nichtfinanzielle Berichtspflichten für Unternehmen in Lage- und Konzernlageberichten

Die Bundesregierung hat den vom Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz vorgelegten Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der nichtfinanziellen Berichterstattung der Unternehmen in ihren Lage- und Konzernlageberichten (CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz) beschlossen.

Damit setzt die Bundesregierung die sog. CSR-Richtlinie um. CSR steht für Corporate Social Responsibility, also für die Verantwortung von Unternehmen, für ihre Auswirkungen auf die Gesellschaft. Nach dem Gesetzentwurf müssen bestimmte große, insbesondere am Kapitalmarkt tätige Unternehmen, in ihren Lageberichten künftig verstärkt auch nichtfinanzielle Themen darstellen. Erforderlich werden dabei vor allem Angaben über Arbeitnehmer-, Sozial- und Umweltbelange, die Achtung der Menschenrechte und die Korruptionsbekämpfung.

Bundesjustiz- und Verbraucherschutzminister *Heiko Maas*: „Unternehmen werden heute nicht mehr nur

nach ihren Finanzdaten bewertet. Investoren, Unternehmen sowie Verbraucherinnen und Verbraucher verlangen zu Recht mehr und bessere Informationen. Dazu zählen Arbeitnehmer-, Sozial- und Umweltbelange genauso wie die Achtung der Menschenrechte oder Konzepte zur Korruptionsbekämpfung. Wir wollen die Transparenz im Bereich der unternehmerischen Verantwortung weiter stärken. Große Unternehmen sollen daher verpflichtet werden, auch über wesentliche nichtfinanzielle Belange zu berichten.“

Der Gesetzentwurf sieht im Wesentlichen folgende Regelungen vor:

- Neue nichtfinanzielle Berichtspflichten: Künftig müssen bestimmte große, insbesondere börsennotierte Unternehmen, Kreditinstitute und Versicherungsunternehmen mit mehr als 500 Arbeitnehmern im Lage- bzw. Konzernlagebericht oder in einem gesonderten nichtfinanziellen Bericht ihre wesentlichen Risiken darstellen, die im Hinblick auf Arbeitnehmer-, Sozial- und Umweltbelangen, zur Achtung der Menschenrechte und zur Korruptionsbekämpfung bestehen. Zudem sind insbesondere auch Angaben zu den Konzepten erforderlich, welche die Unternehmen in Bezug auf diese Belange verfolgen.
- Angaben zu Diversitätskonzepten: Darüber hinaus haben bestimmte börsennotierte Unternehmen ihre Erklärung zur Unternehmensführung durch präzisere Angaben zu den Diversitätskonzepten für Leitungsorgane der Unternehmen zu ergänzen.
- Erweiterung der Sanktionsregelungen: Schließlich werden die im Handelsbilanzrecht heute schon bestehenden Straf- und Bußgeldvorschriften auf Verstöße gegen die neuen Berichtspflichten erweitert und der bisherige maximale Bußgeldrahmen deutlich angehoben.

Die Neuregelungen sollen erstmals für im Jahr 2017 beginnende Geschäftsjahre der Unternehmen wirksam werden.

Quelle: Pressemitteilung Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz

Hessen: Entschließungsantrag von CDU und Bündnis 90/Die Grünen zur Bekämpfung von Steuerbetrug

Die Fraktionen CDU und Bündnis 90/Die Grünen haben in den Hessischen Landtag einen Entschließungsantrag zur konsequenten Bekämpfung von Steuerhinterziehung eingebracht. Steuerhinterziehung müsse als Straftat mit den Mitteln des Rechtsstaats entschieden bekämpft werden. Sie mindere das Steueraufkommen und schädige damit das Gemeinwesen. Steuerflucht und Steuerhinterziehung seien zudem Akte mangelnder Solidarität gegenüber der Gesellschaft. Wer die Vorzüge des

Rechts- und des Sozialstaates sowie der staatlich finanzierten Infrastruktur genieße und daraus privaten oder unternehmerischen Nutzen ziehe, müsse sich auch entsprechend seiner Leistungsfähigkeit an der Finanzierung des Gemeinwesens beteiligen und die vorgeschriebenen Steuern entrichten.

Der Landtag solle daher die weitere Stärkung der hessischen Steuerverwaltung befürworten und den weiteren Ausbau der Steuerfahndung um zusätzlich 35 Stellen im kommenden Jahr und zudem die Vergrößerung des Innendienstes in diesem und im nächsten Jahr um 80 neue Dienstposten unterstützen. Hierdurch sollen insbesondere äußerst komplexe Sachverhalte und internationale Steuergestaltungen noch besser durchleuchtet werden können.

Hessen könne im Kampf gegen Steuerkriminalität im Bundesländervergleich auf beachtliche Erfolge verweisen. Hessen liege bei der Prüfung von Großbetrieben und Einkommensmillionären im Bundesvergleich regelmäßig an der Spitze. So lagen in Hessen die Prüfungszyklen bei den Großbetrieben 2015 mit 4,2 Jahren deutlich unter dem Bundesdurchschnitt von 4,7 Jahren. Die Zahl der Betriebsprüfer und Steuerfahnder sei in den letzten zehn Jahren um 25 % erhöht worden. Allein im Rahmen des 5-Punkte-Programms seien innerhalb von nur drei Jahren insgesamt 105 neue Stellen für die Steuerfahndung und Betriebsprüfung geschaffen worden. Heute verfüge Hessen bereits über insgesamt 1.400 Betriebsprüfer, im vergangenen Jahr seien rund 15.500 Betriebsprüfungen durchgeführt worden.

Quelle: Landtag Hessen, Drs. 19/3749

6 Uhr früh.
Haben Sie damit gerechnet?



otto-schmidt.de/stre1_5

Präziser Zugriff auf die Instrumente des internationalen Steuerrechts!

ASTG und
DBA in einem
Band!

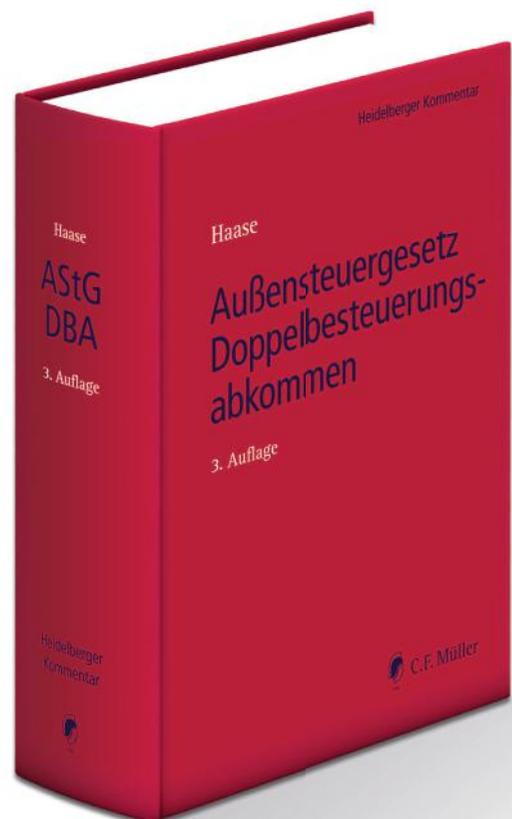
Außensteuergesetz Doppelbesteuerungs- abkommen

Für die Beurteilung eines internationalen Steuersachverhalts kommt es nicht nur auf die genaue Anwendung des AStG, sondern auch auf die Kenntnis der DBA an. Der Heidelberger Kommentar bietet mit einer systematischen, praxisnahen Kommentierung des AStG und des OECD-Musterabkommens in einem Band einen präzisen 1. Zugriff auf die Instrumente des internationalen Steuerrechts und somit Entlastung in der Steuerpraxis.

Die Neuauflage berücksichtigt:

- die Fortschritte beim OECD-BEPS-Projekt
- die neue deutsche Verhandlungsgrundlage für DBA
- den Beschluss des BVerfG vom 15.12.2015 zum Treaty Override

Im ersten Teil des Kommentars wird das AStG erläutert, das in viele Steuertatbestände eingreift und als äußerst kompliziert gilt. Der Schwerpunkt liegt auf der Darstellung praxisrelevanter Probleme der Unternehmen, wie z.B. Verrechnungspreise oder Hinzurechnungsbesteuerung. Der zweite Teil enthält die Kommentierung des OECD-Musterabkommens mit den wichtigsten Besonderheiten und Abweichungen der mit anderen europäischen Staaten, USA, Japan und China geschlossenen DBA vom OECD-MA.



Herausgegeben von
Prof. Dr. Florian Haase, M.I. Tax, FA SteuerR.
Unter Mitarbeit zahlreicher Autoren.

3. Auflage 2016. XXIII, 1.573 Seiten. € 184,99
ISBN 978-3-8114-4203-0 / Auch als E-Book

Versandkostenfrei im Shop: www.cfmuller.de/4203

C.F. Müller GmbH, Waldhofer Straße 100, 69123 Heidelberg
Kundenservice: Bestell-Tel. 089/2183-7923, Bestell-Fax 089/2183-7620
E-Mail: kundenservice@cfmuller.de



C.F. Müller

Zwei auf einen Streich.



NEU!

Plath

BDSG/DSGVO

Kommentar zum BDSG und zur DSGVO sowie den Datenschutzbestimmungen des TMG und TKM

Herausgegeben von Dr. Kai-Uwe Plath.

Bearbeitet von 13 erfahrenen Praktikern des Datenschutzrechts, 2. neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2016, 1.648

Seiten DIN A5, gbd., 139,- €.

ISBN 978-3-504-56074-4

Er ist der erfrischend innovative Praxiskommentar zum Bundesdatenschutzgesetz – jetzt topaktuell auch mit der neuen DSGVO in einem Band.

Bis Mai 2018 müssen sich Unternehmen und Betriebe auf das künftige europäische Datenschutzrecht einstellen. Zuverlässige Orientierungshilfe bieten Ihnen Dr. Kai-Uwe Plath und das erfahrene Autorenteam mit einer ersten Kommentierung der offiziell verabschiedeten Fassung der DSGVO.

Wie aber mit dem geltenden Datenschutzrecht verfahren? Das erfahren Sie aus der umfassend aktualisierten Kommentierung des BDSG. Offene Fragen werden hier pragmatisch, lösungsorientiert und bewusst unternehmensfokussiert angepackt – Ihr Mehrwert, um handlungsfähig zu bleiben.

Heute schon die Zukunft gestalten: www.otto-schmidt.de/bdsg

ottoschmidt