

Einführung und Schulung

Arbeitgeberstrafrecht

Rechtsanwalt Dirk Petri, Köln

Vortrag: Arbeitgeberstrafrecht anlässlich der WisteV Neujahrstagung

Man muss sich den Arbeitgeber als glücklichen Menschen vorstellen! Oder ist die Suche nach der optimalen Organisationsstruktur eine vergebliche?

I. Einleitung

Das Arbeitgeberstrafrecht nimmt Fahrt am Ende des ausgehenden 19. Jahrhunderts auf. Es ist die Zeit der Industrialisierung. Nicht zuletzt auch die sozialphilosophischen Ansichten von Marx haben das Arbeitgeberstrafrecht mit begründet. Die Entwicklung ging untrennbar mit den Bedürfnissen nach Schutz der Arbeiterschaft aufgrund der Industrialisierung einher. So wurde etwa am 6.7.1884 (Marx selbst war 1883 verstorben) das Unfallversicherungsgesetz¹ verabschiedet. Das Gesetz ermächtigte die Berufsgenossenschaften erstmals verbindliche Unfallverhütungsvorschriften zu erlassen. Darüber hinaus trat das erste Arbeitsschutzgesetz² am 1.7.1891 in Kraft.

In der Weimarer Republik wurde eine Vielzahl weiterer Gesetze zum Schutz der Arbeitnehmer erlassen; z.B. das Betriebsrätegesetz (4.2.1920)³ oder die Verordnung über die Arbeitszeit (21.12.1923)⁴.

Bereits 1931 forderte der leider viel zu früh verstorbene *Max Alsberg*, dass die Verletzung von Arbeitsschutzbestimmungen nicht nur als bloße Ordnungswidrigkeit, sondern als echte Straftatbestände gegenüber dem Arbeitgeber geahndet werden sollen.⁵

Die NS-Zeit und die Jahre bis zur Wiedervereinigung will ich an dieser Stelle nicht weiter vertiefen.

Vielmehr kam es dann in den letzten 15 Jahren zur Verabschiedung und Implementierung einer Vielzahl von Straf- und Bußgeldvorschriften auf dem Gebiet des Arbeitslebens. Zu nennen sind hier etwa das ArbSchG, das AEntG, das ArbZG, das SchwarzArbG, jüngst das MiLoG und der Tatbestand des § 266a StGB. Adressat der Gesetze ist der Arbeitgeber. Es handelt sich bei diesen Normen daher um das materielle Arbeitsstrafrecht.

Das materielle Arbeitsstrafrecht ist damit ein wesentliches Teilgebiet des Wirtschaftsstrafrechts, das alle spezifischen arbeitsmarktbezogenen Straf- und Bußgeldbestimmungen erfasst.⁶

Da sich die Sanktionsvorschriften des Arbeitsstrafrechts unmittelbar an den Arbeitgeber richten, dienen sie nicht zuletzt der Aufrechterhaltung der sozialstaatlichen Ordnung. In dieser Konzentration auf die soziale Rolle als zentrales Begriffsmoment erweisen sich die hier gemeinten Delikte als Sonderstrafrecht der wirtschaftlich Tätigen.

¹ Dt. RGBI. Bd. 1884, Nr. 19, S. 69-111.

² Dt. RGBI. Bd. 1891, Nr. 18, S. 261-290.

³ RGBI. I 1920, Nr. 26, S. 147-174.

⁴ RGBI. I 1923, S. 1249-1251.

⁵ *Alsberg*, Arbeits- und Finanzstrafrecht (1931), S. 3.

⁶ *Brüssow/Petri*, Arbeitsstrafrecht, 2. Aufl., Rn. 5.

Das materielle Arbeitsstrafrecht bezieht sich daher im Wesentlichen auf Pflichten, die an den Arbeitgeber-Status anknüpfen. Bei den arbeitsstrafrechtlichen Delikten handelt es sich also um Sonderdelikte der Arbeitgeberschaft und damit um Arbeitgeberstrafrecht.

Welche Delikte sind dann aber Sonderdelikte der Arbeitgeberschaft?

An erster Stelle die Delikte, die einen normspezifischen Bezug zum Arbeitsverhältnis selbst aufweisen. Sie müssen also auf die jeweilige Rolle als Arbeitnehmer bzw. Arbeitgeber fokussieren. Also die Gesamtheit aller Vorschriften, die Verstöße gegen die Grundnormen des sozial geordneten Arbeitslebens sanktionieren.

Weiterhin auch die Delikte, die im Zusammenhang mit dem Arbeitsschutz im weiteren Sinne stehen und die Delikte zum Schutze der Betriebsverfassungsgänge.

Ein weiterer Kernbereich, als Teilmaterie des Abgabenstrafrechts, dürfte die etwaige Lohn- und umsatzsteuerstrafrechtliche Haftung des Arbeitgebers bei § 266a StGB bei unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung, -entsendung und Mindestlohnverstößen sein; ebenso der Arbeitnehmer- bzw. Beschäftigtendatenschutz nebst der Fragestellungen und Risiken einer unerlaubten Mitarbeiterüberwachung.

Über den materiellen Begriff des Arbeitsstrafrechts hinaus, ist daher für die Definition des Arbeitgeberstrafrechts eine weitergehende formale und funktionale Betrachtungsweise sinnvoll.

Für diese Sicht spricht auch die „Theorie des betrieblichen Zusammenhangs“⁷. Nach dieser sind Allgemeindelikte im Rahmen von § 130 OWiG dann als „betriebsbezogen“ zu werten, wenn diese im Zusammenhang mit der Führung des Betriebs oder Unternehmens stehen.⁸ Klassiker dürften hier Arbeitsunfälle am Arbeitsplatz sein und das öffentliche Arbeitsschutzrecht im Hinblick auf die fahrlässige Körperverletzung und Tötung im Zusammenhang mit der arbeitsvertraglich geschuldeten Leistungserbringung.

Der betriebliche Zusammenhang ist daher bspw. gerade auch bei bußgeld- und strafrechtlichen Fehlverhalten im Hinblick auf das Fuhrparkmanagement seitens des Arbeitgebers

- bei Überladungsfällen und drohenden Verfallanordnungen,
- bei Verstößen gegen die Lenkzeitverordnung als Spezialfall des ArbZG und der auch dort drohenden Verfallanordnungen,
- ebenso wie das Fahren ohne Fahrerlaubnis bei Firmenfahrzeugen,
- von erheblicher straf- und haftungsrechtlicher Relevanz für den Arbeitgeber.

Das Arbeitgeberstrafrecht umfasst daher über das materielle Arbeitsstrafrecht hinaus grundsätzlich sämtliche Delikte, die im Zusammenhang mit dem Arbeitsplatz jedenfalls in einem akzessorischen und funktionalen Verhältnis hierzu stehen.

Zusammengefasst erstreckt sich der Begriff des Arbeitgeberstrafrechts mithin auf die Summe der Vorschriften, die im Bereich der Personalverantwortung des Arbeitgebers ein Strafbarkeitsrisiko bzw. das Risiko der Heranziehung zu einem Bußgeld statuieren.⁹

Demgemäß stellen sich im Hinblick auf Präventionsmaßnahmen für den Arbeitgeber auch nachhaltige Fragestellungen für Inhalt und Umfang arbeitsstrafrechtlicher Compliance. Denn die Arbeitgebereneigenschaft ist ein strafbegründendes persönliches Merkmal nach § 14 StGB bzw. § 9 OWiG.

II. Geschäftsherrenhaftung

Der BGH¹⁰ (5. Senat) hat die Geschäftsherrenhaftung 2009 in dem viel beachteten *obiter dictum* zu den Berliner Stadtreinigungsbetrieben (BSR) im Hinblick auf die Garantenstellung des unternehmerischen Leitungspersonals soweit ersichtlich erstmals thematisiert.

⁷ Vgl. den Meinungsstand zusammenfassend: Rogall, in: KK-OWiG, § 130 Rn. 86 m.w.N.

⁸ Achenbach, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl., S. 42 f. m.w.N.;

⁹ Brüssow/Petri, Arbeitsstrafrecht, 2. Aufl., Rn. 5; ebenfalls für eine weite Definition des Arbeitsstrafrechts: von Heintschel-Heinegg, in: Beck-OK StGB Arbeitsstrafrecht, Rn. 1.1.; für eine enge Begriffsbestimmung: Ignor/Mosbacher, Handbuch Arbeitsstrafrecht, 3. Aufl., § 1 Rn. 1.; Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 2. Aufl., Kap. 1 Rn. 12.

¹⁰ BGHSt 54, 44 = NJW 2009, 3173 (m. Anm. Stoffers) = JuS 2009, 1142 (m. Anm. Jahn).

Sodann hat der BGH¹¹ (4. Senat) 2011 ausdrücklich die Garantenstellung aus betrieblicher Organisationsmacht anerkannt und die BSR-Rechtsprechung damit gefestigt. Erstmals hat der BGH mit dieser Entscheidung damit die Generalverantwortung bzw. Allzuständigkeit der Geschäftsleitung über die Lederspray-Entscheidung hinaus, im Rahmen der sog. Geschäftsherrenhaftung als selbständige Quelle einer Garantenstellung ausdrücklich anerkannt.

Im konkreten Fall, es handelte sich um einen Mobbing Sachverhalt, hatte der BGH zwar die Geschäftsherrenhaftung verneint, aber dennoch zentrale Ausführungen zur Geschäftsherrenhaftung gemacht.

Denn ausweislich der Begründung des Urteils begründet die Geschäftsherrenhaftung für die Arbeitgeberseite bzw. die in der betrieblichen Organisation und Leitung zuständigen Personen die Pflicht, betriebsbezogene Straftaten von Mitarbeitern zu verhindern. Erforderlich ist also ein innerer Zusammenhang zwischen der konkreten Straftat und dem Betrieb, so dass Straftaten, die lediglich bei Gelegenheit der betriebsbezogenen Tätigkeit verübt werden, nach dem BGH keine Garantenstellung des Arbeitgebers zum Eingriff begründen sollen.

Der BGH hat im Rahmen der Entscheidung grundsätzlich auch hervorgehoben, dass den Arbeitgeber eine Schutzpflicht aus § 618 BGB gegenüber dem einzelnen Arbeitnehmer treffen kann.¹² Weiterhin hat der BGH unter Bezugnahme auf die BSR-Entscheidung ausgeführt, dass auch eine arbeitsvertragliche Übertragung einer Schutzpflicht aus § 618 BGB im Interesse nachgeordneter Mitarbeiter in Betracht kommen kann.

Ausweislich der Entscheidung des BGH kann damit der Arbeitgeber bzw. bestimmte exponierte Vertreter des Unternehmens im Einzelfall dazu verpflichtet sein, nach ihren Möglichkeiten und tatsächlich übernommenen Pflichten betriebsbezogene Straftaten Unternehmensangehöriger zu verhüten; andernfalls droht ihnen eine strafrechtliche Verfolgung.

Der BGH legt im Rahmen des Urteils zwar kein umfassendes Konzept der sog. Geschäftsherrenhaftung vor. Der Senat scheint allerdings die Betriebsbezogenheit mit der spezifischen Gefährlichkeit von Tätigkeiten in einem bestimmten Betrieb zu konkretisieren. Er scheint daher den Ansatz zu verfolgen, die Geschäftsherrenhaftung in erster Linie mit der Verantwortlichkeit des Geschäftsherren für die „Gefahrenquelle Betrieb“ zu begründen. Mit anderen Worten: Die „Gefahrenquelle Betrieb“ mit der Verantwortung des Arbeitgebers und Geschäftsherren für die Eindämmung bestimmter Sach- und Personengefahren aus der von ihm eröffneten und (möglichst risikominimierend) zu organisierenden Geschäftstätigkeit zu legitimieren.¹³

Es spricht wohl viel dafür, dass der BGH hier aber keine allzu enge Sichtweise favorisiert: Erstens kann sich die Betriebsbezogenheit nach seinem Verständnis aus einer im Rahmen des Arbeitsverhältnisses zu erbringenden Tätigkeit oder wegen einer spezifischen Gefahr des Betriebs ergeben¹⁴. Zweitens grenzt der Senat die Betriebsbezogenheit negativ ab, indem er solche Delikte als Exzesstaten ausscheidet, die sich außerhalb des Betriebs ebenso ereignen können.

Die Geschäftsherrenhaftung im Sinne des Arbeitgeberstrafrechts dürfte damit im Kontext von Zurechnungsmodellen stehen, die sich auf hierarchisch gegliederte soziale Systeme beziehen. Im Mittelpunkt steht damit die Befehls- und Organisationsherrschaft des Betriebsinhabers gegenüber weisungsgebundenen Untergebenen und damit letztendlich der Gesichtspunkt der sozialen Herrschaft und Fürsorge.

Die Geschäftsherrenhaftung im Sinne des Arbeitgeberstrafrechts setzt damit ein Handeln oder Unterlassen des Arbeitgebers voraus – sofern den Arbeitgeber erstens eine konkrete Schutzpflicht aus § 618 BGB trifft und zweitens ein enger sachlicher Bezug des Tatverhaltens zur vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung besteht.

Zentrales Moment für das Arbeitgeberstrafrecht und die Geschäftsherrenhaftung dürfte im Ergebnis also eine mehr oder weniger strikte „Arbeitsrechtsakzessorietät“ sein.

¹¹ BGHSt 57, 42 = BB 2012, S. 157 = CCZ 2012, 157 (m. Anm. Poguntke) = wistra 2012, 64.

¹² BGH CCZ 2012, 157 unter Verweis auf BGHR StGB § 222 Pflichtverletzung 9.

¹³ Vgl. hierzu: Fischer StGB, 63. Aufl., § 13 Rn. 38; Ransiek AG 2010, 147, 150 f.

¹⁴ Rn. 13 u. 15 d. Urt.

III. Arbeitgeber

Die Frage, wer Arbeitgeber ist, betrifft ein Kernproblem des Arbeitgeberstrafrechts. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf § 266a StGB und die Fälle von Scheinselbständigkeit. Ebenso aber auch in den Fällen der Überlassung von Arbeitnehmern auf Basis von Werkverträgen.

Ob abhängige Beschäftigung oder Selbständigkeit bejaht oder verneint wird, kann daher unterschiedlich ausfallen – was insbesondere auch für den Instanzenzug gilt. Das Phänomen beschäftigt nicht nur Strafgerichte und Sozialgerichte, sondern zur Feststellung der richtigen Steuerart auch Finanzgerichte und im Rahmen der Inanspruchnahme von Arbeitnehmerschutzrechten auch die Arbeitsgerichte.

Jede Gerichtsbarkeit entscheidet nach der Auslegung ihrer spezifischen Rechtsgrundlagen und sie kommen dabei wahrlich nicht immer zu denselben Ergebnissen. Selbst innerhalb der Sozialgerichtsbarkeit kann es zu unterschiedlichen Beurteilungen eines Berufsbildes kommen.

Der Arbeitgeberbegriff ist im Arbeitsrecht definiert. Arbeitgeber ist danach derjenige, der Arbeitnehmer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages beschäftigt.¹⁵

Der Begriff des Arbeitgebers ist im Sozialversicherungsrecht nicht definiert. Hingegen aber der Arbeitnehmerbegriff:

*„Beschäftigung ist nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis“.*¹⁶

Arbeitnehmer ist danach, wer von einem Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Persönliche Abhängigkeit erfordert Eingliederung in den Betrieb und Unterordnung unter das Weisungsrecht des Arbeitgebers in Bezug auf Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung.¹⁷ Das Weisungsrecht kann insbesondere bei Diensten höherer Art erheblich eingeschränkt sein, es darf jedoch nicht vollständig entfallen.

Das BSG¹⁸ bestimmt das Vorliegen der persönlichen Abhängigkeit anhand eines Indizienkatalogs u.a. im Hinblick auf:

- Konkurrenzverbot,
- kein Urlaubsantritt ohne Genehmigung ,
- oder Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall.

Im Rahmen einer wertenden Gesamtbetrachtung sind alle vorliegenden Indizien abschließend zu gewichten und abzuwägen, um so zu einem Gesamtbild zu kommen.

Der Arbeitnehmer im Lohnsteuerrecht ist ähnlich wie im Sozialversicherungsrecht nach dem Gesamtbild der Verhältnisse zu beurteilen; es müssen auch hier die für und gegen die Selbständigkeit sprechenden Umstände gegeneinander abgewogen werden, so dass die gewichtigeren Merkmale sodann für die Gesamtbeurteilung maßgebend sind.

Eine eigenständige Legaldefinition zum Arbeitgeber- bzw. Arbeitnehmerbegriff enthält das StGB hingegen nicht. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH¹⁹ bestimmt sich der strafrechtliche Arbeitgeberbegriff im Rahmen der Prüfung des § 266a StGB als Sonderdelikt nach dem Sozialversicherungsrecht, welches wiederum auf das Arbeitsrecht Bezug nimmt.

Besondere Bedeutung legt der BGH auf das Weisungsrecht sowie die Eingliederung in den Betrieb des Arbeitgebers. Grundsätzlich soll danach zwar der Wille der Vertragsparteien ausschlaggebend sein, eine nach den tatsächlichen Verhältnissen bestehende Sozialversicherungspflicht sollen die Beteiligten aber nicht durch eine abweichende Vertragsgestaltung umgehen können. Es besteht also ein Umgehungsverbot.

Maßgeblich für die Frage des Vorliegens eines sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses und damit auch für die strafrechtliche Frage der Anwendbarkeit von § 266a StGB sind damit die genau herauszuarbeitenden und zu konkretisierenden Umstände

¹⁵ vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 611 BGB Hausmeister; BAP AP Nr. 15 zu § 20 BetrVG 1972; Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. Aufl., § 611 Rn. 183.

¹⁶ § 7 Abs. 1 SGB IV.

¹⁷ BSG AP Nr. 67 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

¹⁸ BSG, Urt. v. 4.3.2012 – B 12 KR 24/10, BeckRS 2012, 74834; jüngst erst wieder durch das LSG NRW bestätigt: BeckRS 2015, 69230

¹⁹ BGH NSTZ 2015, 648.

des Einzelfalls, die dann, sorgfältig gewichtet und am besten tabellarisch gegenübergestellt, in eine abwägende Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände einzustellen sind.

IV. Scheinselbständigkeit

Mit Beschluss des BGH²⁰ vom 24.6.2015 hat der 1. Senat (!), der für seine progressive Rechtsprechung nicht unbedingt bekannt ist, erneut dieses Kernproblem des Arbeitgeberstrafrechts, nämlich die Abgrenzung zwischen selbständiger und unselbständiger Arbeit, aufgearbeitet.

Die herausgehobene Bedeutung des Beschlusses kann für die Praxis gar nicht hoch genug angesetzt werden. Denn in jüngerer Zeit ist zu konstatieren, dass sich die Rentenversicherungsträger vorschnell auf eine unselbständige Tätigkeit – sprich Scheinselbständigkeit²¹ – einschließen. Die DRV unterlässt dabei immer häufiger die vom BGH geforderte abwägende Gesamtbetrachtung und fokussiert stattdessen ausschließlich auf einzelne Indizien. Die fehlende Gesamtbetrachtung setzt sich dann regelmäßig in einer identischen Rechtsauffassung des Zolls, der Steuerfahndung und nicht zuletzt der Staatsanwaltschaft fort. Wehret also den Anfängen!

Der BGH hat in dem Beschluss hingegen besonderes Gewicht auf die wertende Gesamtbetrachtung und konkret u.a. auch darauf gelegt, dass es

- der Wille der Arbeiter war, als Selbständiger tätig zu werden,
- die Arbeiter frei waren, Aufträge anzunehmen oder abzulehnen,
- einen Gewerbeschein hatten,
- eigene Betriebs-, bzw. Steuernummern,
- Verträge auch mit anderen Auftraggebern abschlossen,
- Weisungen im Einzelfall vor Ort nicht erteilt wurden,
- und auch das Gewerbeamt noch das Finanzamt das Geschäftsmodell beanstandet hat.

Im Ergebnis hat daher der BGH folgerichtig die Arbeitgeberbereitschaft verneint und dabei insbesondere auf den Umstand hingewiesen, dass es „völlig an einer Einbindung in den Betrieb“ fehlte. Was in dem Fall auch nicht verwunderlich war, da es sich um einen Einmannbetrieb gehandelt hat. Dieser bestand aus dem Firmen-PKW und einer im PKW aufbewahrten Datenbank mit Adressen von möglicherweise arbeitswilligen Personen und möglicher Auftraggeber-Firmen.

Der Beschluss ist aber auch prozessual von besonderer Bedeutung für das Arbeitgeberstrafrecht. Denn auch der Schuldspruch hatte keinen Bestand. Da bei gleichzeitigem Vorenthalten der Arbeitgeberbeiträge nach Abs. 1 und Arbeitnehmerbeiträgen nach Abs. 2 Nr. 2 keine Tateinheit, sondern eine einheitliche Tat vorliegt, so dass Abs. 2 Nr. 2 lediglich im Rahmen des Schuldumfangs Berücksichtigung findet. Danach hatten auch die Feststellungen zur Beschlagnahme bzw. Verfall nach § 111i StPO keinen Bestand.

Der Senat hat die Sache darüber hinaus an ein anderes Landgericht zurückverwiesen und dabei darauf hingewiesen, dass die Zurückverweisung an eine Wirtschaftsstrafkammer angezeigt ist, da zur Beurteilung des Falles besondere Kenntnisse des Wirtschaftslebens erforderlich sind. Dies ist deswegen von Bedeutung, da wegen der Überlastungen der Wirtschaftsstrafkammern regelmäßig solche Sachverhalte in jüngerer Zeit zum Schöffengericht angeklagt werden.

Wünschenswert wäre allerdings gewesen, wenn der Senat gerade diesen Sachverhalt zum Anlass genommen hätte, auch Ausführungen zur Frage eines etwaigen unvermeidbaren Verbotsirrtums zu machen. Dies hat er leider unterlassen.

Ebenso sind Strafzumessungsgesichtspunkte für den Arbeitgeber von zentraler Bedeutung. An dieser Stelle ist daher auf eine erfreuliche Entscheidung des LG Bonn²² vom 1.10.2012

²⁰ Wie vor.

²¹ Zum „Brennpunkt Scheinselbständigkeit“ vgl. *Mette*, NZS 2015, 721.

²² LG Bonn, Urte. v. 1.10.2012 – 27a KLS-430 Js 1700/07-4/12 = BeckRS 2013, 12188 = NZWiSt 2015, 344 (m. Anm. *Gehm*).

hinzuweisen. Dort hatten sich mehrere Personen zusammengeschlossen, um mittels Abdeckrechnungen Lohnsteuer zu hinterziehen und Arbeitsentgelt vorzuenthalten und zu veruntreuen, so dass das LG Bonn sie in ihrer Gesamtheit als (sittenwidrige) GbR Arbeitgeber im lohnsteuer- und sozialrechtlichen Sinne angesehen hat. Die Kammer hat aber dennoch trotz der Überschreitung der hinterzogenen Lohnsteuer im siebenstelligen Bereich – entgegen der Rechtsprechung des BGH –, wobei bei Serientaten eine Addition für die Strafzumessungsgrenze vorzunehmen ist, noch Bewährungsstrafen verhängt. Die Entscheidung des LG Bonn dient damit als Beispiel dafür, dass die Instanzgerichte die strengen Vorgaben des BGH zur Strafzumessung bisweilen recht milde umsetzen. Für die Strafverteidigung dürften die umfassenden Entscheidungsgründe insofern als Argumentationshilfe von nicht unerheblicher Bedeutung sein.

Grundsätzlich ist jedenfalls zu konstatieren, dass die Zahl der echten Grenzfälle in der Grauzone zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit zunehmen wird. Dies ist zum einen dem Versuch geschuldet, die Lasten der Sozialversicherung zu umgehen.

Allerdings passen auf der anderen Seite – außer bei klassischen Handwerksberufen – in einigen Wirtschaftsbereichen anerkannte typusbildende Kriterien nicht, weil neue Arbeitsformen, wie Heim- und Telearbeit an Bedeutung gewinnen und sich die Arbeitswelt im Sinne einer Intellektualisierung, Akademisierung und Entmaterialisierung des Betriebsbegriffs ohnehin verändert.

V. Arbeitnehmerüberlassung

Im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung erfolgt regelmäßig eine Überlassung nicht nur bei einfachen Arbeiten, sondern vielmehr in einer virtuellen Arbeitswelt auch hochspezialisierter und – qualifizierter Mitarbeiter, deren Wissen ihr wichtigstes und häufig einziges Betriebskapital ist. Stichwort soll hier nur sein: die Beschäftigung von Fachkräften im Rahmen des Contractings²³.

Dabei ist grundsätzlich zu konstatieren, dass sog. Scheinwerkverträge seit der Reform des AÜG im Jahr 2011 vermehrt als Alternative zur Arbeitnehmerüberlassung herangezogen werden. Denn seit 2011 darf eine Überlassung nur noch „vorübergehend“ erfolgen. Die Arbeitnehmerüberlassung dürfte daher als Form des dauerhaften Fremdpersonaleinsatzes – jedenfalls vorläufig – ausgedient haben. Denn der Koalitionsvertrag der Großen Koalition sieht diesbezüglich vor, den Zeitraum auf 18 Monate zu begrenzen.²⁴ Dies hatte und hat zur Folge, dass der gleichwohl vorhandene Personalbedarf in vielen Fällen durch die Vergabe von Scheinwerkverträgen gedeckt wurde und wird.

Bei der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung ohne Erlaubnis sind die rechtlichen Konsequenzen klar. Sämtliche Verträge sind gem. § 117 BGB unwirksam und es kommt in diesem Fall zu einer Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher. Verleiher und Entleiher haften gesamtschuldnerisch. Beide kommen als Täter von § 266a StGB in Betracht.

Wie sieht es aber bei der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung mit Erlaubnis aus?

Das BAG²⁵ vertritt hier die arbeitgeberfreundliche Auffassung, dass auch bei Werkverträgen zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Entleiher (dem Auftraggeber) kein Arbeitsverhältnis zu Stande kommt, wenn der Einsatz des Leiharbeitnehmers (entgegen § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG) nicht nur vorübergehend erfolgt. Zwar sei eine nicht nur „vorübergehende“ Arbeitnehmerüberlassung durch die derzeit geltende Fassung des AÜG nicht gedeckt. Dennoch komme weder eine unmittelbare noch eine analoge oder gar richtlinienkonforme Auslegung des (§ 10) AÜG in Betracht. Vielmehr schreibt das BAG dem Gesetzgeber ins Stammbuch, es sei alleine seine Sache, die Konsequenzen einer nicht nur vorübergehend erfolgten Überlassung zu regeln.

Diese Sichtweise des BAG findet sich erfreulicherweise auch in der jüngsten Instanzrechtsprechung wieder. Das LAG Baden-Württemberg²⁶ hat mit Urteil vom 18.12.2014 festgehalten, dass die durch das BAG aufgestellten Grundsätze auch gelten, wenn die Arbeitnehmer-

²³ Vgl. *Lange*, NZWist 2015, 248.

²⁴ Koalitionsvertrag 18. Legislaturperiode S. 49 f.

²⁵ BAG NJW 2014, 956.

²⁶ LAG Baden-Württemberg GWR 2015, 174 = BeckRS 2015, 66007.

überlassung im Rahmen eines Scheinwerkvertrags erfolgt. Wesentlich sei nur, dass eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung überhaupt vorliege. Folgerichtig hat die Kammer auch nicht die Revision zum BAG zugelassen.

Wehmutstropfen ist allerdings das wenige Tage zuvor von einer andere Kammer des LAG Baden-Württemberg²⁷ am 3.12.2014 ergangene Urteil. Dort wurden die für den Entleiher unerfreulichen Feststellungen getroffen, dass eine als „Werkvertrag“ bezeichnete Arbeitnehmerüberlassung im Einzelfall trotz Vorliegens einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis zu einer Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher führen kann.

Das soll dann der Fall sein, wenn sowohl dem Verleiher als auch dem Entleiher positiv bekannt ist, dass der Arbeitnehmer in den Betrieb des Entleihers eingegliedert werden und der Arbeitnehmer dem Weisungsrecht des Entleihers unterliegen soll. Dies soll zumindest dann gelten, wenn zugleich der Charakter der Arbeitnehmerüberlassung gegenüber dem Arbeitnehmer verschleiert wird (widersprüchliches Verhalten, § 242 BGB).

Denn der Entleiher hätte im Rahmen seines Vertrages mit dem Arbeitnehmer des Verleihers darauf hinweisen müssen, dass es sich um eine Arbeitnehmerüberlassung handeln würde. Das Urteil liegt dem BAG zur Entscheidung vor. Bis dahin besteht jedenfalls das Risiko, dass auch bei Bestehen einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis die gesetzliche Fiktion (§§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 AÜG) für anwendbar erklärt wird, mit der Rechtsfolge, dass ein Arbeitsvertrag zwischen dem Entleiher und der eingesetzten Arbeitskraft fingiert wird und der Entleiher auch als Arbeitgeber im Sinne des Strafrechts gesehen wird.²⁸

Es bleibt also die weitere Entwicklung der „Vorratsrechtsprechung“ abzuwarten.

VI. Verfahrensfragen

Der Irrtum über die Arbeitgebereigenschaft lässt sich durch ein kostenloses Anfrageverfahren bei der jeweiligen Einzugsstelle umgehen (§ 28 h Abs. 2 S. 1 SGB IV). Ebenso kann ein Anfrageverfahren bei der Deutschen Rentenversicherung Bund durchgeführt werden (§ 7a SGB IV). Ein Anfrageverfahren scheidet jedoch aus, wenn bereits im Rahmen einer Betriebsprüfung ein entsprechendes Feststellungsverfahren eingeleitet worden ist.

Nach der Rechtsprechung des BSG²⁹ kann der Verzicht auf einen Antrag sogar im Sinne einer vorsätzlichen Handlung vorwerfbar sein, soweit es die beitragsrechtlichen Folgen einer Fehlbeurteilung des Betroffenen anbelangt.

Parallel zu einem etwaigen strafrechtlichen Ermittlungsverfahren sollte im Rahmen des Widerspruchsverfahrens gegen den Bescheid oder aber Schätzbescheid das Sozialgericht eingeschaltet werden. Denn die Sozialgerichte sind nicht nur im Rahmen der Überprüfung von Betriebsprüfungsverfahren mit der Frage nach Scheinselbständigkeit befasst, sie entscheiden auch über strittige Statusfeststellungen gegenüber der DRV Bund und den Krankenkassen als Einzugsstellen.

Eine Berufung auf den verwaltungsrechtlichen Vertrauensschutz ist in der Regel zwar nicht erfolgsversprechend. Auch wenn eine frühere Betriebsprüfung keine Beanstandung ergeben hat und dieselben Mitarbeiter im Prüfungszeitraum als Selbständige nicht aufgefallen sind. Hieraus ergibt sich nach der Rechtsprechung des BSG³⁰, dass Arbeitgeber aus solchen Betriebsprüfungen von Seiten der DRV keine weitergehenden Rechte herleiten könnten.

Der 12. Senat des BSG³¹ wendet diese Grundsätze in ständiger Rechtsprechung auch bei Betriebsprüfungen in „kleineren“ Betrieben an. Selbst für sog. Kleinstbetrieben mit nur einem einzigen „Aushilfsarbeiter“ hat er eine Verpflichtung der Prüfbehörden verneint, die versicherungsrechtlichen Verhältnisse der (aller) Mitarbeiter vollständig zu beurteilen. Dennoch gibt es immer wieder Instanzrechtsprechung der Sozialgerichte, die den Vertrauensgrundsatz, u.a. um Vergleiche zwischen Arbeitgeberseite und Rentenversicherung zu erreichen, anwenden.

²⁷ NZA-RR 2015, 177.

²⁸ So auch *Baeck/Winzer*, NZA 2015, 269, 272.

²⁹ BSGE 119, 254.

³⁰ BSGE 115, 1.

³¹ Vgl. BSGE 93, 119.

Auch wenn das BSG den Vertrauensschutz verneinen sollte, sind beanstandungsfreie Betriebsprüfungen für die Begründung eines strafrechtlich relevanten Irrtums aus Verteidigersicht immer zu thematisieren – zumal entgegen der wohl herrschenden Sicht in der Rechtsprechung ein Irrtum über die Arbeitgebereigenschaft in der Regel nur einen vermeidbaren Verbotsirrtum begründen soll.

Gerade wenn es sich um einen sozialversicherungsrechtlichen Sachverhalt handelt, der in seiner rechtlichen Bewertung gerade gewisse Schwierigkeiten bereitet und im Ergebnis kontrovers beurteilt werden kann – insbesondere wenn sich ggf. bereits ein Fachgericht der Auffassung des Arbeitgebers angeschlossen hat, ist in einer solchen Konstellation von Laien nicht zu erwarten, dass sie zu einem anderen Ergebnis hätten kommen müssen.

Die Durchführung des Statusfeststellungsverfahrens sollte wegen der Dauer aber dennoch auf Zweifelsfälle begrenzt bleiben; ebenso sollte sie unbedingt juristisch begleitet werden.

Stattdessen ist es vielmehr sinnvoll in der Planungsphase zur Begründung einer selbständigen Tätigkeit oder auch in Fällen von Umstrukturierungen, wie z.B. Outsourcing oder der Umwandlung von Beschäftigungsverhältnissen in freie Mitarbeiterverhältnisse, zu prüfen, welche arbeits- und gesellschaftsrechtlichen Spielräume zu einer strafrechtlich sicheren Gestaltung des gewünschten Ergebnisses bestehen.

So sollte beispielsweise im Vorfeld der Beauftragung eines freien Mitarbeiters geprüft werden, ob dieses Vertragsverhältnis zwingend mit einer natürlichen Person abzuschließen ist, oder aber auch über eine (neu zu gründende) juristische Person begründet werden kann. Darüber hinaus bestehen insbesondere bei dem Abschluss von Verträgen mit Geschäftsführern einer GmbH vielfältige arbeits- und gesellschaftsrechtliche Gestaltungsspielräume

- z.B. Vereinbarung einer Sperrminorität;
- Gestaltung der Weisungsbefugnisse;
- Umfang der Kapitalbeteiligung,

mit deren Hilfe das aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht gewünschte Ergebnis erzielt werden kann.

VII. Konsequenzen für das Unternehmen

Kommen wir von den Verfahrensfragen und den gesellschaftsrechtlichen Fragestellungen zu den vielfältigen Konsequenzen auf Arbeitgeberseite!

Beginnen wir exemplarisch mit dem Beispiel von Mindestlohnverstößen³²:

Beim Mindestlohnverstoß werden Ordnungswidrigkeit und Straftat nach dem BGH³³ tatmehrheitlich verwirklicht. D.h. auch für den Fall, dass das strafrechtliche Ermittlungsverfahren nach § 153a StPO eingestellt wird, kann die Ordnungswidrigkeit von der Verwaltungsbehörde mit allen Konsequenzen weiter verfolgt werden, so dass dennoch eine Geldbuße von bis zu 500.000 Euro droht.

Kommen wir zu einem weiteren Beispiel hinsichtlich der Scheinselbständigkeit, was häufig fahrlässig übersehen wird:

Sind die bisher dargestellten Beitragsrisiken noch ansatzweise kalkulierbar, ergibt ein möglicher unfallversicherungsrechtlicher Regress ein schier unberechenbares Risiko. Das LSG Hamburg³⁴ hatte den Fall eines Trockenbauers zu entscheiden. Im Hinblick auf die Gesamtschau aller Umstände des Einzelfalls kam das Gericht zu einer abhängigen Beschäftigung und bejahte damit einen Arbeitsunfall des Arbeitnehmers.

Denn verunfallt ein nur dem Schein nach Selbständiger oder schwarz Beschäftigter, hat der in Wirklichkeit verantwortliche Arbeitgeber dem Unfallversicherungsträger alle, d. h. sämtliche Aufwendungen zu ersetzen. Die Aufwendungen umfassen Heilbehandlung einschl. Re-

³² Vgl. a. Klötzer-Assion/Mahnhold, wistra 2015, 88.

³³ BGH wistra 2012, 307.

³⁴ LSG Hamburg, Urteil vom 09.06.2009 - L 3 U 42/07 = BeckRS 2009, 69403.

ha, Verletztengeld, Verletztenrente, berufliche Wiedereingliederung und Witwen- und Waisenrenten.

Kommen wir zu den weiteren außerstrafrechtlichen Risiken – es drohen dem Arbeitgeber:

- Eintrag in das Gewerbezentralregister bei Geldbußen von mehr als 200,00 Euro (MiLoG),
- 5-jährigen Ausschlussgrund nach GmbHG und AktG bei einer Verurteilung nach § 266a StGB und einer Mindeststrafe von einem Jahr,
- Berufs- oder Gewerbeverbot,
- Gewerbeuntersagung,
- Ausschluss von öffentlichen Aufträgen,
- Ausschluss vom Wettbewerb,
- Eintragung in Antikorruptionsregister,
- etwaige Generalunternehmerhaftung nach SGB IV bei unterlassener Zahlung des Subunternehmers im Baugewerbe,
- etwaige verschuldensunabhängige Auftraggeberhaftung nach § 13 MiLoG (bzw. § 14 AEntG),
- etwaige Rücknahme der Erlaubnis für den Güterkraftverkehr und last but not least die
- Entziehung der Waffenbesitzkarte bzw. des Jagdscheins.

VIII. Ansätze zur Risikominimierung

Die personellen Ressourcen eines Arbeitgebers und dessen Personalmanagement sind für den wirtschaftlichen Erfolg von zentraler Bedeutung.

Dabei geht es allerdings zunehmend nicht nur darum, für alle Ebenen des Unternehmens qualifizierte Arbeitnehmer zu gewinnen, sondern auch darum, die Beschäftigten so einzusetzen, anzuweisen und zu überwachen, dass weder diese selbst noch Dritte geschädigt werden.

Insoweit hängt ein erfolgreiches Risikomanagement des Arbeitgebers, das z.B. im Bereich des Arbeitsschutzes und der Arbeitssicherheit von zentraler Bedeutung ist, eng mit dem Personalmanagement des Arbeitgebers zusammen. Das Personalmanagement ist daher ein entscheidender Faktor bei der Verhütung von Fehlverhalten und Straftaten im Unternehmenskontext und damit ein wesentlicher Beitrag zur Sicherstellung rechtmäßigen Verhaltens.

So liegen u.a. im Hinblick auf die ergangene Rechtsprechung zum AEntG Risiken im Arbeitgeberstrafrecht regelmäßig in der Person des Auftragnehmers und Vertragspartners begründet. Die Einholung von Informationen ist daher unbedingt geboten. Ob und welche Unterlagen vom Auftragnehmer angefordert werden können, ist im Lichte des Beschäftigtendatenschutzes zu klären. Es empfehlen sich jedenfalls Verpflichtungserklärungen und etwaige Sicherheitseinbehalte oder aber Bankbürgschaften. Aber: Glauben ist gut, Wissen ist besser – also stichprobenartige Kontrollen. Und diese sollte auch vertraglich geregelt sein.

Grundsätzlich gilt: wer Kontrollrechte vereinbart, muss diese auch wahrnehmen. Wie für alle Compliance-Maßnahmen gilt, ein nicht gelebtes „Papier“ mutiert zum „Feigenblatt“ – andererseits oder allgemeiner als Kardinalsfrage formuliert: muss der Arbeitgeber den vertraglichen Abmachungen gleichzeitig wieder misstrauen und wird dann aus seinem Nichthandeln eine Fahrlässigkeitstat?

Als Fazit lässt sich jedenfalls festhalten: Arbeitgeber zu sein, ist eine gefahrgeneigte Tätigkeit! Dennoch muss man sich den Arbeitgeber als glücklichen Menschen vorstellen! Denn bei aller Betonung von ungewollten Nebenfolgen, Paradoxien und Widersprüchen – der absurde Traum von der optimalen Organisationsstruktur wird fortbestehen und hat in seiner Funktionalität wohl auch seine Daseinsberechtigung.

Nur weil der Felsbrocken immer wieder erst kurz vor dem Gipfel den Berg hinunterrollt, setzt Sisyphos dennoch seine Bemühungen fort – und auch ihn stellt uns *Albert Camus* als glücklichen Menschen vor!

Gleiches gilt bei dieser Parabel also auch für den Arbeitgeber: Er kann die ungewollten Nebenfolgen, Paradoxien und Widersprüche auf dem Weg zur optimalen Organisationsstruktur nicht zum Anlass nehmen, die Suche danach aufzugeben. Vielmehr zeigt sich dem Arbeitgeber erst in der Fortsetzung der vergeblichen Suche nach der optimalen Organisationsstruktur der Sinn all dieser Widrigkeiten!