

Herausgeber:

Wirtschaftsstrafrechtliche
Vereinigung e.V. - WisteV

Redaktion:

Dr. Mayeul Hièramente
Antje Klötzer-Assion
Hannah Milena Piel
Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur.
Kathie Schröder

Schriftleitung:

Prof. Dr. Dennis Bock

Ständige Mitarbeiter:

LOStA a.D. Folker Bittmann
Dr. Laura Blumhoff
Mag. iur. Katrin Ehrbar
Friedrich Frank
Dr. Ulrich Leimenstoll
Norman Lenger
Dr. André-M. Szesny, LL.M.
OStA Raimund Weyand

ISSN: 2193-9950 www.wi-j.de

Aus dem Inhalt:

Aufsätze und Kurzbeiträge

RA Markus Gierok und RA Thomas Köllmann, beide Köln

**Strafbarkeitsrisiken des Bezugs von Kurzarbeitergeld am
Beispiel verwertbarer Resturlaubstage** 54

RA Dipl.-Finanzwirt Rainer Biesgen und RA StB John Paul Fürus, beide Düsseldorf

**Verhältnis der strafrechtlichen Einziehung zum
Besteuerungs- und Arrestverfahren nach § 324 AO** 65

LOStA a.D. Rechtsanwalt Folker Bittmann, Köln

§ 266a StGB: eine hybride Vorschrift 75

Entscheidungskommentare

OStA Raimund Weyand, St. Ingbert

Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht 80

Veranstaltungen und politische Diskussion

RAin Antje Klötzer-Assion

**Zoll und Handel in außergewöhnlichen Zeiten,
Organisation von Zoll- und Handelsabläufen im
Unternehmen im Ausnahmefall** 84

Editorial

Was ist gehörige Aufsicht?

Die Verteidigung von Unternehmen und Unternehmensleitern wird ab Inkrafttreten des neuen „Gesetzes zur Stärkung der Integrität der Wirtschaft“ neuen Ansprüchen gerecht werden müssen. Der maßgebliche Teil des Gesetzes, den das Bundesjustizministerium kürzlich im (überarbeiteten) Referentenentwurf vorgelegt hat, befasst sich mit Sanktionen gegen Unternehmen im Falle strafbaren Mitarbeiterverhaltens. Was bislang durch § 30 OWiG einheitlich für betriebsbezogene Ordnungswidrigkeiten und Straftaten geregelt war, soll nun in Bezug auf Straftaten neu geregelt werden. Dabei wird aus dem Ordnungswidrigkeitenrecht das sogenannte Zurechnungsmodell übernommen: Der Verband darf nur sanktioniert werden, wenn eine betriebsbezogene Straftat vorliegt. Hat diese eine Nichtleitungs-person begangen, muss sie – wie bei §§ 30, 130 OWiG – durch eine Aufsichtspflichtverletzung ermöglicht oder erleichtert worden sein. Die Bedeutung dieses Bindeglieds zwischen Mitarbeiterstraftat und Verbandsgeldbuße wird in der Praxis unterschätzt. Ihr wird vielfach zu wenig Aufmerksamkeit gewidmet – sowohl von Bußgeldbehörden als auch von der Verteidigung. Das mag daran liegen, dass Kriterien für die im Einzelfall gehörige Aufsicht kaum allgemeingültig definierbar sind. Das Bestimmtheitsgebot krümmt sich vor Schmerz. Salz in dieselbe Wunde streuen vor allem Unternehmenssyndizi, die im jetzt vorgelegten Entwurf fassbare Kriterien für Compliance-Maßnahmen vermissen. In der Tat wäre eine Darstellung grundlegender Prinzipien (wie man sie etwa im leicht verständlichen UK Bribery Act in Form sogenannter „defenses“ findet) wünschenswert. Was jedoch die im Einzelfall angemessene und objektiv gebotene Compliance ist, muss – von regulatorischen Anforderungen etwa für den Finanzdienstleistungssektor abgesehen – individuell für jeden Verband festgestellt werden. Nur dann können Verstöße konkretisiert werden. Diese objektive Seite der Aufsichtspflichtverletzung wird im neuen Recht eine noch größere Rolle spielen als in den §§ 30, 130 OWiG. Denn anders als dort bedarf es weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit des Aufsichtspflichtigen – die Verbandssanktionierung ist also zum Teil verschuldensunabhängig ausgestaltet. Umso mehr wird sich die Unternehmensverteidigung mit den Anforderungen an Compliance generell wie auch im konkreten Einzelfall auseinandersetzen müssen.

Die vorliegende Ausgabe befasst sich mit klassischen Anknüpfungstaten für eine Verbands-sanktionierung schon nach geltendem Recht: *Gierok/Köllmann* zeigen die Strafbarkeitsrisiken des Bezugs von Kurzarbeitergeld auf – Risiken, die sich in Covid-19-krisengeschüttelten Zeiten in erheblichem Maße in der Rechtsanwendungspraxis niederschlagen werden. Der Beitrag stellt den strafrechtlichen Impetus nebst Verteidigungsmöglichkeiten am Beispiel bestehenden Resturlaubs dar. *Bittmann* illustriert kritisch Zweck und Anwendungsbereiche des § 266a StGB, einem stetig an Bedeutung gewinnenden Tatbestand. Er plädiert für dessen „Konzentration auf das Schwarzarbeitsdelikt“, also eine Einengung des Anwendungsbereichs. Mit dem neuen Recht der Vermögensabschöpfung und insbesondere dem Verhältnis von Einziehung und Arrestverfahren nach § 324 AO befassen sich *Biesgen/Fürus*. Die Autoren stellen die Voraussetzungen und Unterschiede beider Sicherungsmaßnahmen dar und begründen ihre Erwartung, dass Finanzbehörden in Steuerstrafverfahren zukünftig eher zum steuerrechtlichen als zum strafprozessualen Arrest greifen werden. Und *Weyand* bietet die bewährte Rechtsprechungsübersicht zum Insolvenzstrafrecht.

Dr. André-M. Szesny, LL.M., Düsseldorf

Impressum

Herausgeber: Wirtschaftsstrafrechtliche

Vereinigung e. V., Neusser Str. 99, 50670 Köln.

Vertreten durch Dr. Thomas Nuzinger, Dr. Alexander Paradissis, Hannah Milena Piel, Christian Rosinus, Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur.; Dr. Ricarda Schelzke; Dr. Sohre Tschakert

Kontakt: info@wi-j.de

Redaktion: Dr. Mayeul Hièramente, Antje Klötzer-Assion, Hannah Milena Piel, Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Kathie Schröder, LL.M., Kontakt: redaktion@wi-j.de

Verantwortliche Schriftleitung: Prof. Dr. Dennis Bock, Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, Leibnizstr. 4, 24118 Kiel; Kontakt: redaktion@wi-j.de.

Webmaster/Layout: Milena Piel

Kontakt: webmaster@wi-j.de

Ständige Mitarbeiter: LOStA Folker Bittmann, Mag. iur. Kathrin Ehrbar, Friedrich Frank, Dr. Laura Blumhoff, Dr. Ulrich Leimenstoll, Norman Lenger, Dr. André-M. Szesny, LL.M., OStA Raimund Weyand.

Manuskripte: Das WisteV-Journal haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Manuskripte zur Veröffentlichung können nur in digitalisierter Form (per Email oder auf einem Datenträger) an die Schriftleitung eingereicht werden (redaktion@wi-j.de). Die Annahme zur Veröffentlichung erfolgt per Email. Die veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem WisteV-Journal das ausschließliche Veröffentlichungsrecht bis zum Ablauf des Urheberrechts. Eingeschlossen ist insbesondere die Befugnis zur Speicherung in Datenbanken und die Veröffentlichung im Internet (www.wi-j.de) sowie das Recht der weiteren Vervielfältigung. Kein Teil des WisteV-Journal darf ohne schriftliche Genehmigung des WisteV-Journal reproduziert oder anderweitig veröffentlicht werden. Ein Autorenhonorar ist ausgeschlossen.

Urheber- und Verlagsrechte: Alle Rechte zur Vervielfältigung und Verbreitung sind dem WisteV-Journal vorbehalten. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken oder ähnlichen Einrichtungen.

Erscheinungsweise: Vierteljährlich, elektronisch.

Bezugspreis: Kostenlos.

Newsletter: Anmeldung zum Newsletterbezug unter newsletter@wi-j.de. Der Newsletter informiert über den Erscheinungstermin der jeweils aktuellen Ausgabe und die darin enthaltenen Themen. Der Newsletter kann jederzeit abbestellt werden.

ISSN: 2193-9950

www.wi-j.de

Inhaltsverzeichnis

Editorial	II
Impressum	III
Inhaltsverzeichnis	III
Aufsätze und Kurzbeiträge	54
RA Markus Gierok und RA Thomas Köllmann, beide Köln Strafbarkeitsrisiken des Bezugs von Kurzarbeitergeld am Beispiel verwertbarer Resturlaubstage	54
RA Dipl.-Finanzwirt Rainer Biesgen und RA StB John-Paul Fürus, beide Düsseldorf Verhältnis der strafrechtlichen Einziehung zum Besteuerungs- und Arrestverfahren nach § 324 AO	65
LOStA a.D. RA Folker Bittmann, Köln § 266a StGB: eine hybride Vorschrift	75
Entscheidungskommentare	80
OStA Raimund Weyand, St. Ingbert Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht	80
Veranstaltungen und politische Diskussion	84
RAin Antje Klötzer-Assion, Frankfurt a.M. Zoll und Handel in außergewöhnlichen Zeiten, Organisation von Zoll- und Handelsabläufen im Unternehmen im Ausnahmefall	84
Rezensionen	86
RA Dr. Mayeul Hièramente, Hamburg Rübenstahl/Hahn/Voet van Vormizeele (Hrsg.), Kartell Compliance	86

Aufsätze und Kurzbeiträge

Arbeitsstrafrecht

Rechtsanwalt Markus Gierok und Rechtsanwalt Thomas Köllmann, beide Köln

Strafbarkeitsrisiken bei dem Bezug von Kurzarbeitergeld am Beispiel verwertbarer Resturlaubstage

„Kurzarbeit ist das Mittel der Wahl in dieser historischen Herausforderung für Wirtschaft und Arbeitsmarkt“, so Detlef Scheele, Vorstandsvorsitzender der Bundesagentur für Arbeit.¹ Die vorläufigen Zahlen bestätigen diese Aussage: Alleine im März 2020 gingen bei der Bundesagentur für Arbeit nach ersten Auswertungen 470.000 Anzeigen auf Kurzarbeit ein, bis zum 15. April 2020 stieg die Zahl auf 725.000.² Zum Vergleich zeigten im Jahr 2019 durchschnittlich etwa monatlich 1.300 Betriebe Kurzarbeit an.³ So sinnvoll das Mittel der Kurzarbeit in Verbindung mit den erleichterten Bezugsvoraussetzungen in Krisenzeiten ist, darf nicht verkannt werden, dass sowohl Einführung von Kurzarbeit als auch Bezug des Kurzarbeitergeldes an nicht unerhebliche rechtliche Voraussetzungen geknüpft sind. Dabei birgt der Bezug von Kurzarbeitergeld ohne Vorliegen dieser Voraussetzungen nicht nur Rückforderungsrisiken, sondern kann ebenso strafrechtliche Relevanz besitzen. Im Folgenden werden zunächst die Funktion des Kurzarbeitergeldes und seine Voraussetzungen dargestellt, bevor am Beispiel bestehenden Resturlaubs die strafrechtlichen Risiken skizziert werden.

I. Die Funktionsweise des Kurzarbeitergeldes

1. Arbeitsrechtliche Ausgangslage

Nach dem allgemeinen, aus § 326 Abs. 1 BGB resultierenden Grundsatz „Ohne Arbeit kein Lohn“ besteht ein Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers nur, wenn er die geschuldete Arbeitsleistung erbringt.⁴ Wichtige Ausnahmen⁵ bilden das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko sowie die Grundsätze des Annahmeverzugslohns. Da der Arbeitgeber das Betriebsrisiko nach § 615 S. 3 BGB trägt, ist der Arbeitnehmer selbst dann zu vergüten, wenn er aus betriebstechnischen Gründen nicht im vertraglich geschuldeten Umfang beschäftigt werden kann, die Annahme der Arbeitsleistung also nicht möglich ist.⁶ Das ebenfalls vom Arbeitgeber zu tragende Wirtschaftsrisiko beschreibt demgegenüber Fälle, in denen die Annahme der Arbeitsleistung zwar möglich, für den Arbeitgeber indes nicht verwertbar ist, etwa, weil er aus Gründen des Auftragsmangels Produkte nicht mehr vertreiben kann. Beschäftigt er die Arbeitnehmer nicht, gerät er in Annahmeverzug.⁷ Dies vorangestellt gilt auch in Zeiten der Corona-Krise Folgendes: Der Arbeitgeber muss die Arbeitnehmer im vertraglich geschuldeten Umfang beschäftigen bzw. jedenfalls ihr volles Gehalt weiterzahlen. Ist die Beschäftigung betriebstechnisch nicht mehr möglich oder wirtschaftlich nicht sinnvoll, so

¹ Vgl. Pressemitteilung des BMAS vom 31.03.2020, abrufbar unter: <https://www.bmas.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2020/arbeitsmarktzahlen-maerz-2020.html?sessionid=B4042311F2961F0D8457A9133FB09A73>.

² Vgl. Pressemitteilungen der Bundesagentur für Arbeit vom 31.03.2020 und 15.03.2020, abrufbar unter <https://www.arbeitsagentur.de/presse/presse-archiv>.

³ Vgl. Pressemitteilung des BMAS vom 31.03.2020, Fn.1.

⁴ Vgl. dazu und zum Fixschuldcharakter der Arbeitsleistung, Preis in: ErfK, 20. Aufl. 2020, § 611a BGB Rn. 675, 680.

⁵ Vgl. zu weiteren Tatbeständen, Spinner in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2020, § 611a Rn. 7; Preis in: ErfK, § 611a BGB Rn. 680.

⁶ Grundlegend, NJW 1981, 937; BAG, NZA 2016, 293; Preis in: ErfK, § 615 BGB Rn. 120.

⁷ Grundlegend, BAG, NJW 1961, 1693; BAG, NJW 1969, 1734; Preis in: ErfK, § 615 BGB Rn. 120.

bleibt lediglich der Personalabbau über betriebsbedingte Kündigungen⁸ – natürlich unter Beachtung der jeweiligen Kündigungsfristen.

2. Lösungsmodell Kurzarbeit – Schnittstelle zwischen Arbeits- und Sozialrecht

Zur Vermeidung weitreichender Personalabbaumaßnahmen kann bei nur vorübergehender Unterlast die Einführung von Kurzarbeit einen Ausweg darstellen. Kurzarbeit bezeichnet eine vorübergehende Verkürzung der betriebsüblichen Arbeitszeit.⁹ Bei einer vorübergehenden vollständigen Einstellung der Arbeit wird von „Kurzarbeit null“ gesprochen. Sinn und Zweck der Kurzarbeit ist die Senkung der Personalkosten in wirtschaftlichen Krisen bei gleichzeitiger Erhaltung der Arbeitsplätze.¹⁰ Dies darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Verkürzung der vertraglich geschuldeten Arbeitszeit – und die damit einhergehende Kürzung des Gehaltsanspruchs – einen erheblichen Eingriff in das Synallagma darstellt.¹¹ Da der Arbeitgeber das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko trägt, kann er dieses Risiko nicht ohne weiteres durch die einseitige Einführung von Kurzarbeit und entsprechende Gehaltskürzungen an die Arbeitnehmer weitergeben.¹² Die arbeitsrechtliche Einführung von Kurzarbeit setzt daher explizite Regelungen in einem Tarifvertrag, einer Betriebsvereinbarung nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG oder – in Betrieben ohne Betriebsrat – individualvertragliche Vereinbarungen¹³ mit den jeweiligen Arbeitnehmern voraus.¹⁴ Bei einer arbeitsrechtlich unwirksamen Einführung der Kurzarbeit haben die Arbeitnehmer den vollen Vergütungsanspruch aus dem Aspekt des Annahmeverzugslohns.¹⁵

Neben diese arbeitsrechtliche Dimension der Kurzarbeit treten sozialversicherungsrechtliche Aspekte. Damit der Zweck der Kurzarbeit, die Senkung der Personalkosten, eintreten kann und zugleich keine unzumutbare Belastung für Arbeitnehmer besteht, wird unter den Voraussetzungen der §§ 95 ff. SGB III Kurzarbeitergeld gewährt. Es ist folglich ein Instrument der Kompensation von Lohnausfall und damit eine Versicherungsleistung.¹⁶ Das Kurzarbeitergeld beträgt nach § 105 SGB III 60 % oder 67 % des infolge der Kurzarbeit ausgefallenen pauschalierten Nettoentgelts.¹⁷ Die Normen regeln nur die sozialversicherungsrechtlichen Leistungsvoraussetzungen für das Kurzarbeitergeld; die arbeitsrechtliche Zulässigkeit der Einführung von Kurzarbeit wird vorausgesetzt. Aus wirtschaftspolitischer Sicht hat das Kurzarbeitergeld zuallererst den Zweck, Arbeitsplätze zu erhalten und soll grundsätzlich nicht zu einer Subventionierung von Unternehmen beitragen.¹⁸ Dennoch kann nicht in Abrede gestellt werden, dass die Gewährung von Kurzarbeitergeld dem Arbeitgeber jedenfalls einen Teil seines Wirtschafts- und Betriebsrisikos abnimmt.¹⁹

Trotz der Trennung zwischen der arbeits- und sozialrechtlichen Ebene greifen beide Bereiche ineinander. So ließe sich auf arbeitsrechtlicher Ebene jedenfalls praktisch kaum wirksam Kurzarbeit einführen, wenn es zu einem vollständigen Wegfall des Entgeltanspruchs käme.²⁰ In rechtlicher Hinsicht ist – vorbehaltlich einer ausdrücklichen Verknüpfung in der Individual- oder Kollektivvereinbarung²¹ – die Einführung der Kurzarbeit auf arbeitsrechtlicher Ebene von der Bewilligung des Kurzarbeitergeldes unabhängig. Allerdings behält der Arbeitnehmer bei einem nachträglichen Widerruf des Bewilligungsbescheides durch die Agentur

⁸ Eingehend *Richardi* NJW 1987, 1231, 1232.

⁹ *Wißmann* in: MüHdB ArbR, 4. Aufl. 2018, § 29 Rn. 93.

¹⁰ BT-Drs. 13/4941, 183; vgl. ausführlich dazu *Röder/Nemetz* DB 2019, 2633.

¹¹ Vgl. *Preis* in: ErfK, § 611a BGB Rn. 657; *Bonanni/Naumann* DStR 2009, 1374, 1375.

¹² St. Rspr. BAG NJW 1961, 1693; BAG, NJW 1969, 1734; BAG NZA 1995, 641; *Preis* in: ErfK, § 611a BGB Rn. 657.

¹³ Vgl. zu der Möglichkeit der Einführung von Kurzarbeit mittels Änderungskündigung *Bauer/Günther* BB 2009, 662; *Bauer/Günther* NZA 2020, 419; *Weller/König* BB 2020, 953.

¹⁴ Vgl. *Grimm* ArbRB 2020, 97, 98; *Kreitner*, in: *Küttner Personalbuch*, 27. Aufl. 2020, Kurzarbeit Rn. 3; vgl. zum Sonderfall des § 19 KSchG, *Gebel*, BB 2015, 2485.

¹⁵ Grundlegend BAG NJW 1969, 1734; BAG NZA 1995, 1064; LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 7.10.1996 – 9 Sa 703/96; *Reichold* in: MüHdB ArbR, § 40 Rn. 75; *Preis*, in: ErfK, § 611a BGB Rn. 658.

¹⁶ *Bieback* in: *Gagel, SGB II / SGB III*, 76. EL März 2020, Vorb. zu § 95 SGB III Rn. 5; *Lutz/Ambts* in: *Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze*, 228. EL Januar 2020, § 95 SGB III Rn. 2.

¹⁷ Vgl. dazu unter II. 3.

¹⁸ BSG, Urt. v. 17.5.1983 – 7 RAr 13/82; so wohl auch BT-Drs. 13/4941, 183; vgl. zur Frage der Einordnung als Subvention i.S.d. § 264 Abs. 8 S. 1 Nr. 1 StGB unter IV. 1.

¹⁹ So zu verstehen BAG NZA 1991, 67; eingehend zu den rechtsdogmatischen Hintergründen *Richardi* NJW 1987, 1231; *Ehmann* NJW 1987, 401 ff.

²⁰ Individual- und Kollektivvereinbarungen knüpfen die Einführung der Kurzarbeit häufig an die Gewährung des Kurzarbeitergeldes, um die Akzeptanz bei der Belegschaft zu erhöhen.

²¹ Vgl. zur möglichen Verknüpfung in einem Tarifvertrag, BAG NZA 2009, 913.

für Arbeit für die in Folge der Kurzarbeit ausgefallene Arbeitszeit einen Lohnanspruch gegen den Arbeitgeber in Höhe des Kurzarbeitergeldes.²²

II. Überblick über die (erleichterten) Bezugsvoraussetzungen

Anspruch auf Kurzarbeitergeld haben Arbeitnehmer nach § 95 S. 1 SGB III, wenn ein erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall vorliegt, die betrieblichen und persönlichen Voraussetzungen erfüllt sind und der Arbeitsausfall der Agentur für Arbeit angezeigt wurde. Im Zuge der Corona-Krise hat der Gesetzgeber – ähnlich wie in Folge der Weltfinanzkrise 2009²³ – im Eilverfahren § 109 Abs. 5 SGB III in Kraft gesetzt, der die Bundesregierung bis zum 31. Dezember 2021 ermächtigt, bestimmte Voraussetzungen für den Bezug von Kurzarbeitergeld durch Rechtsverordnung abzusenken²⁴, was durch die Kurzarbeitergeldverordnung (KugV) auch geschehen ist.²⁵

1. Erheblicher Arbeitsausfall i.S.d. § 96 SGB III

Ein erheblicher Arbeitsausfall liegt nach § 96 Abs. 1 S. 1 SGB III vor, wenn er

- auf wirtschaftlichen Gründen oder einem unabwendbaren Ereignis beruht (a),
- vorübergehend und nicht vermeidbar ist (b) und
- im jeweiligen Kalendermonat (Anspruchszeitraum) mindestens ein Drittel der in dem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer von einem Entgeltausfall von jeweils mehr als 10 Prozent ihres monatlichen Bruttoentgelts betroffen ist (c).

a) Wirtschaftliche Gründe oder unabwendbares Ereignis

„Unabwendbare Ereignisse“ können etwa behördlich veranlasste Maßnahmen oder Unglücksfälle sein, während wirtschaftliche Ursachen zuvorderst Auftragsmangel oder fehlendes Material – und damit klare Fälle des Wirtschaftsrisikos²⁶ – umfassen.²⁷ Die Agentur für Arbeit hat Ende Februar 2020 klargestellt, dass diese Voraussetzung vorliege, wenn aufgrund des Corona-Virus Lieferungen ausbleiben oder der Betrieb aufgrund staatlicher Schutzmaßnahmen vorübergehend geschlossen wird.²⁸

b) Vorübergehend und nicht vermeidbar

Wegen der Natur des Kurzarbeitergeldes als zeitweise Überbrückungsleistung muss der Arbeitsausfall vorübergehend sein. In der Praxis problematischer ist regelmäßig die Frage der Vermeidbarkeit des Arbeitsausfalls. Der Betrieb muss alle zumutbaren Vorkehrungen treffen, um den Eintritt des Arbeitsausfalls zu verhindern.²⁹ Als vermeidbar gilt der Arbeitsausfall, u.a. wenn er

- auf branchenüblichen, betriebsüblichen oder saisonbedingten Gründen beruht;³⁰
- durch den Abbau von Überstunden- und Arbeitszeitkonten verhindert werden kann, wobei auf den Aufbau negativer Arbeitszeitsalden (Minus-Stunden) bis Ende 2020 verzichtet wird, § 1 Nr. 1 KugV;
- durch wirtschaftlich zumutbare Gegenmaßnahmen abgefangen werden kann (z.B. Arbeiten auf Lager, Aufräum- oder Instandsetzungsarbeiten);
- durch die Gewährung von bezahltem Erholungsurlaub ganz oder teilweise verhindert werden kann, soweit vorrangige Urlaubswünsche der Arbeitnehmer der Urlaubsgewährung nicht entgegenstehen (§ 96 Abs. 2 Nr. 4 SGB III). Allerdings verzichtet die Agentur für Arbeit bis zum 31.12.2020 darauf, die Einbringung von Erholungs-

²² BAG NZA 1991, 67; BAG, NZA 2009, 913; *Preis* in: ErfK, § 611a BGB Rn. 662.

²³ Vgl. *Steinau-Steinrück* NJW-Spezial 2009, 18.

²⁴ BGBl. 2020 S. 493; vgl. zum Gesetzgebungsverfahren auch *Düwell* jurisPR-ArbR 13/2020 Anm. 1.

²⁵ Verordnung über Erleichterungen der Kurzarbeit vom 25.3.2020, (Kurzarbeitergeldverordnung-KugV).

²⁶ Vgl. dazu oben unter I. 1.

²⁷ Vgl. BSG NZS 2015, 355 (dort verneinend im Fall der Krankheit).

²⁸ Vgl. Hinweis der Bundesagentur für Arbeit vom 28.2.2020, abrufbar unter: <https://www.arbeitsagentur.de/news/kurzarbeit-wegen-corona-virus> (zuletzt abgerufen am: 13.4.2020).

²⁹ Vgl. BSG, Urt. v. 15.12.2005 - B 7a AL 10/05 R; BSG NZS 1998, 390; BT-Drucks V/2291 S. 70f.

³⁰ Vgl. Fachliche Weisungen der Bundesagentur für Arbeit, GR 22, 20.12.2018, S. 13.

urlaub aus dem laufenden Urlaubsjahr zur Vermeidung von Kurzarbeit einzufordern.³¹

c) Regelausfallquote

Die Bewilligung des Kurzarbeitergeldes ist davon abhängig, dass eine Mindestanzahl von Arbeitnehmern im Betrieb oder der Betriebsabteilung (§ 97 Abs. 2 SGB III) infolge der verringerten Arbeitszeit von einem Entgeltausfall betroffen sind. Wird diese Regelausfallquote nicht erreicht, hat der Betrieb das Wirtschafts- oder Betriebsrisiko selbst zu tragen.³² Im Rahmen der Corona-Krise wurde die in § 96 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB III definierte Grenze von 1/3 der beschäftigten Arbeitnehmer auf 10 % abgesenkt, § 1 Nr. 1 KugV.

2. Persönliche und betriebliche Voraussetzung

Nach § 97 SGB III muss im Betrieb oder der Betriebsabteilung mindestens ein Arbeitnehmer beschäftigt sein. Die persönlichen Voraussetzungen liegen vor, wenn ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis in einem ungekündigten Zustand besteht.³³

3. Anzeige des Arbeitsausfalls, Leistungsantrag und Berechnung des Kurzarbeitergeldes

Die Anzeige des Arbeitsausfalls muss in dem Kalendermonat erfolgen, in dem die Kurzarbeit beginnt, § 99 Abs. 2 S. 1 SGB III. Der Arbeitsausfall sowie die betrieblichen Voraussetzungen sind nach § 99 Abs. 1 S. 4 SGB III im Anzeigeformular („KUG 101“) glaubhaft zu machen. Dem Anzeigeformular ist die Rechtsgrundlage für die Einführung der Kurzarbeit im Betrieb – also typischerweise die Betriebs- oder die Individualvereinbarung – beizufügen.³⁴ Soweit die in der Anzeige glaubhaftgemachten Tatsachen den Anspruch rechtfertigen, ergeht ein Anerkennungsbescheid nach § 99 Abs. 3 SGB III. Dieser bindet die Agentur für Arbeit im Rahmen der vorgetragenen und glaubhaft gemachten Tatsachen.³⁵

An dieses Antragsverfahren schließt sich das Leistungsverfahren an. Der Arbeitgeber muss nach § 323 Abs. 2 SGB III für die konkreten Zeiträume und Arbeitnehmer das konkret berechnete Kurzarbeitergeld beantragen. Das Kurzarbeitergeld beträgt dabei 60 % des ausgefallenen pauschalierten Nettolohns; bei Arbeitnehmern, die mindestens ein Kind haben³⁶, 67 %, § 105 SGB III³⁷. Die Berechnung und die Auszahlung des Kurzarbeitergeldes – einschließlich der Sozialversicherungsbeiträge – erfolgen nach § 320 Abs. 1 S. 2 SGB III zunächst durch den Arbeitgeber.³⁸ Mittels des Leistungsantrags („KUG 107“)³⁹ sowie entsprechender Abrechnungslisten („KUG 108“) erfolgt die nachträgliche Erstattung des gezahlten Kurzarbeitergeldes und der Sozialversicherungsbeiträge.⁴⁰ Diese Berechnung muss für jeden von der Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmer individuell erfolgen und hängt vom Bruttoarbeitsentgelt, dem Umfang der Kurzarbeit und der Lohnsteuerklasse ab.⁴¹ Der Arbeitgeber muss auch nach Beantragung und Auszahlung des Kurzarbeitergeldes die Voraussetzungen nach § 320 Abs. 1 S. 1 SGB III auf Verlangen der Agentur für Arbeit vollständig nachweisen. Anders als bei den Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Anzeige nach § 99 Abs. 1 SGB III, bei der die Glaubhaftmachung ausreicht, bedarf es hier der Erbringung eines Voll-

³¹ Fachliche Weisung der Bundesagentur für Arbeit 202003015 vom 30.03.2020 „Verbesserungen für das KUG bis 31.12.2020“.

³² Vgl. *Kühl* in: Brand, 8. Aufl. 2018, SGB III § 96 Rn. 8; vgl. auch BT-Drs. V/2291, S. 71 zu § 59.

³³ Vgl. auch *Zieglmeier* DStR 2020, 729, 732.

³⁴ Vgl. Anzeigeformular der Bundesagentur für Arbeit „KUG101“, unter D., 6.

³⁵ BSG, Urt. v. 14.09.2010 - B 7 AL 29/09 R.

³⁶ Maßgebend ist die Definition des § 32 Abs. 1, 3–5 EStG, wobei auf die Eintragung in der Lohnsteuerkarte zurückgegriffen werden kann, § 320 Abs. 1 S. 3 SGB III.

³⁷ Mit dem Sozialschutz-Paket II. (BT-Druck 19/18966) wurde eine stufenweise Erhöhung des Kurzarbeitergeldes beschlossen.

³⁸ Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit dieser „Indienstnahme“ des Arbeitgebers, vgl. BSG NZA-RR 2014, 668.

³⁹ Die Bundesagentur für Arbeit stellt zwischenzeitlich einen neuen Kurzantrag zur Verfügung https://www.arbeitsagentur.de/datei/kurzantrag-kug-107_ba146383.pdf.

⁴⁰ Die Bundesregierung hat durch § 2 KuGV für Arbeitsausfälle bis zum 31.12.2020 eine vollständige Erstattung der Beiträge zur Sozialversicherung angeordnet.

⁴¹ Vgl. ausführliche Hinweise der Bundesagentur für Arbeit „Hinweise zum Antragsverfahren“, abrufbar unter https://www.arbeitsagentur.de/datei/hinweise-kurzarbeitergeld_ba014273.pdf.

beweises.⁴² Verstöße sind nach § 404 Abs. 1 Nr. 25 SGB III bußgeldbewehrt, zudem kann eine Rückforderung bereits bezahlter Leistungen in Betracht kommen.

4. Prüfung und Rückforderungsmöglichkeiten

Soweit eine Rückabwicklung etwaiger Zahlungen erforderlich ist, ergibt sich eine Besonderheit daraus, dass die Leistungen dem Arbeitnehmer zustehen, jedoch durch den Arbeitgeber ausbezahlt werden und nur dieser im unmittelbaren Kontakt zur Agentur für Arbeit steht. Das Gesetz sieht drei spezielle Schadensersatz-, Ersatz- und Erstattungsansprüche vor⁴³:

- Ersatzanspruch, § 108 Abs. 3 SGB III: Der Anspruch setzt voraus, dass der Arbeitgeber den Kurzarbeitergeld-Bewilligungsbescheid rechtswidrig bewirkt hat. Dieser öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch wird im Wege des Verwaltungsakts geltend gemacht.⁴⁴
- Schadensersatz, § 321 Nr. 3 SGB III: Soweit der Arbeitgeber die Berechnungs-, Auszahlungs-, Aufzeichnungs- und Mitteilungspflichten nach § 320 SGB III verletzt, haftet er bei Vorsatz oder Fahrlässigkeit auf den entstandenen Schaden.
- Rückerstattung, § 328 Abs. 3 S. 2 SGB III: Die Gewährung des Kurzarbeitergeldes durch die Agentur für Arbeit erfolgt i.d.R. auf Grundlage einer vorläufigen Entscheidung nach § 328 Abs. 1 Nr. 3 SGB III. Regelmäßig erfolgt die abschließende Prüfung innerhalb von sieben Monaten nach Ende des Kurzarbeitergeldbezugs.⁴⁵ Die Agentur für Arbeit kann dazu ergänzend Lohn- und Arbeitszeitunterlagen anfordern. Je nach Ergebnis werden etwaige Überzahlungen zurückgefordert.⁴⁶

III. Exemplarische Missbrauchs- und Haftungsrisiken unter Beachtung der erleichterten Bezugsvoraussetzungen

Die im Zuge der Corona-Krise eingeführten Erleichterungen dürfen nicht darüber hinwegtäuschen, dass bei der vorschnellen Einführung von Kurzarbeit Haftungs-, Schadensersatz- und Strafbarkeitsrisiken bestehen. Diese reichen von der arbeitsrechtlich unwirksamen Einführung von Kurzarbeit⁴⁷ über Ordnungswidrigkeiten wegen fehlender Dokumentation und Erstattungsansprüche bezüglich des Kurzarbeitergeldes⁴⁸ bis hin zu Strafbarkeitsrisiken. Bereits im Rahmen der Weltwirtschaftskrise 2009 wurden Fälle bekannt, in denen tatsächlich kein Arbeitsausfall vorlag, aber dennoch Kurzarbeitergeld beantragt wurde.⁴⁹

Neben solchen klaren Missbrauchsfällen müssen auch weniger eindeutige Konstellationen fehlerhafter Antragsstellung wie die unterbliebene Einbringung von Resturlaub aus Vorjahren in das Blickfeld genommen werden. Zwar wird bis zum 31.12.2020 – contra legem⁵⁰ – darauf verzichtet, die Einbringung von Erholungsurlaub aus dem laufenden Urlaubsjahr zur Vermeidung von Kurzarbeit einzufordern, dies gilt aber nicht für Resturlaubsansprüche aus den Vorjahren.⁵¹ Eine durchaus relevante Dimension erhält dieser Aspekt unter Beachtung der aktuellen Rechtsprechung des EuGH und des BAG zum Verfall von Urlaubsansprüchen. Danach ist es erforderlich, transparent dafür zu sorgen, dass Arbeitnehmer in die Lage versetzt werden, ihren Jahresurlaub vollständig zu nehmen, indem sie förmlich aufgefordert werden.⁵² Haben Arbeitnehmer in den letzten Jahren ihren Urlaub nicht vollständig genommen, können sie danach auch aus länger zurückliegenden Jahren ihre (vermeintlich verfallenen) Urlaubsansprüche nunmehr wieder mit der Begründung geltend machen, sie

⁴² *Hlava* in: Gagel, 76. EL Dezember 2019, SGB III § 320 Rn. 15.

⁴³ *Bieback* in: Gagel, SGB II / SGB III § 108 SGB III Rn. 22; *Voelzke* in: Küttner Personalbuch, Erstattungsanspruch der Agentur für Arbeit, Rn. 29.

⁴⁴ *Kühl* in: Brand, SGB III, § 108 Rn. 8.

⁴⁵ Vgl. zu einer möglichen Verschiebung der Abschlussprüfung im Zuge der Corona-Krise, *Grimm* ArbRB 2020, 117, 122; *Ziegler* DStR 2020, 729, 735.

⁴⁶ Vgl. *Kallert* in: Gagel, SGB II / SGB III § 328 Rn. 88; *Bieback* in: Gagel, SGB II / SGB III § 96 Rn. SGB III Rn. 156.

⁴⁷ Vgl. dazu oben I. 2.

⁴⁸ Vgl. dazu II. 3. und 4.

⁴⁹ Vgl. *Gaede/Leydecker* NJW 2009, 3542, 3543.

⁵⁰ Die Regelung des § 96 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 SGB III differenziert nicht zwischen Urlaub aus dem laufenden und den vorangegangenen Kalenderjahren.

⁵¹ Fachliche Weisung der BA 202003015 vom 30.3.2020 „Verbesserungen für das KUG bis 31. Dezember 2020“.

⁵² BAG NZA 2019, 977; EuGH NZA 2018, 1474.

seien nicht auf den drohenden Verfall der Ansprüche hingewiesen worden.⁵³ Dies kann durchaus dazu führen, dass Arbeitnehmer – unter Umständen auch für den Arbeitgeber unbekannt – erheblichen Resturlaub haben, der zur Vermeidung der Kurzarbeit grundsätzlich eingebracht werden müsste.

Bei der Möglichkeit der Anordnung des (Rest-)Urlaubs ist aber zu beachten, dass die sozialrechtlichen Vorgaben die arbeitsrechtlichen Regeln nicht verdrängen.⁵⁴ Im Grundsatz kann der Arbeitgeber den Urlaubszeitraum zwar einseitig festlegen,⁵⁵ allerdings sind die Urlaubswünsche der Arbeitnehmer nach § 7 Abs. 1 S. 1 BUrlG zu berücksichtigen. In einem solchen Fall kann sich der Arbeitgeber mit einer einseitigen Anordnung des Urlaubszeitraums nur durchsetzen, wenn dringende betriebliche Belange den konkret geäußerten Urlaubswünschen des Arbeitnehmers entgegenstehen. Dringende betriebliche Belange können etwa erhebliche personale Engpässe, Besonderheiten des saisonalen Betriebs oder erhebliche krankheitsbedingte Ausfälle sein.⁵⁶ Ob die aktuell bestehenden, gravierenden wirtschaftlichen Auswirkungen aufgrund einer Pandemie unter solche betriebliche Belange fallen und eine einseitige Anordnung des Urlaubs rechtfertigen, ist bislang noch ungeklärt. Namentlich *Neumann* vertritt die Auffassung, dass betriebliche Belange auch vorliegen, wenn Urlaub zur Einführung von Kurzarbeit angeordnet wird.⁵⁷ Demgegenüber will *Sturm* generell den Wünschen der Arbeitnehmer Vorrang gewähren.⁵⁸ Nach hiesiger Auffassung bestehen mit Blick auf § 96 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 SGB III für die Annahme von dringenden betrieblichen Belangen in dieser Sondersituation gute Gründe. Indes wird deutlich, dass die arbeitsrechtlich einseitige Anordnung von Urlaub problematisch sein kann, weshalb in der Praxis häufig vor Einführung von Kurzarbeit in Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat Betriebsferien eingeführt werden und kollektiv ein einheitlicher Abbau verfügbarerer Urlaubstage erfolgt.⁵⁹

Wo dies nicht möglich ist, entzündeten sich an der Schnittstelle von Arbeits- und Sozialrecht erhebliche rechtliche Probleme. Während die Agentur für Arbeit die Einbringung jedenfalls des Resturlaubs fordert, ist dies arbeitsrechtlich häufig nicht ohne weiteres möglich. Zugleich kann es mit Blick auf den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz problematisch sein, wenn Arbeitnehmer mit zu hohen Resturlaubstagen oder Arbeitszeitguthaben von der Kurzarbeit schlicht ausgenommen werden.⁶⁰ Der Verstoß hätte zur Folge, dass die „benachteiligten“ Arbeitnehmer verlangen können, nach Maßgabe der allgemeinen Regeln behandelt zu werden.⁶¹ Sie wären so zu stellen, als ob auch für sie Kurzarbeit eingeführt worden wäre, weshalb ihre Arbeitszeit entsprechend der für die übrigen Arbeitnehmer geltenden Kurzarbeiterquote zu verkürzen wäre.⁶² Konsequenterweise müsste der Arbeitgeber dann für diese Arbeitnehmer Gehalt in Höhe des Kurzarbeitergeldes zahlen.

Ähnlich verhält es sich mit dem Abbau von Überstunden. Zwar kann gemäß § 1 Nr. 1 KugV auf den Aufbau negativer Arbeitszeitsalden bis Ende 2020 verzichtet werden, erforderlich ist aber in den Grenzen des § 96 Abs. 4 S. 3 SGB III der Abbau von Überstunden. Folglich können Arbeitnehmer mit einzubringendem Arbeitszeitguthaben weder bei den betrieblichen Voraussetzungen des Kurzarbeitergeldes Berücksichtigung finden noch selbst Kurzarbeitergeld erhalten. Die entsprechenden Voraussetzungen sind sowohl im Anzeigeformular („KUG 101“) als auch im späteren Leistungsantrag („KUG 107“) glaubhaft zu machen.⁶³

⁵³ So LAG Köln, Urt. v. 9.4.2019 - 4 Sa 242/18; zu Fragen einer möglichen Verjährung *Jacobs/Münder RdA* 2020, 13, 22.

⁵⁴ LAG Hamburg, Urt. v. 07.01.2008 - 5 Sa 93/06.

⁵⁵ *Schinz* in: HWK, Arbeitsrecht, 8. Aufl. 2018, § 7 BUrlG, Rn. 19; BAG NZA 1993, 406.

⁵⁶ Ausfühlich *Neumann* in: Neumann/Fenski, 11. Aufl. 2016, BUrlG § 7 Rn. 12 ff.; vgl. auch LAG Nürnberg NZA-RR 2006, 511.

⁵⁷ *Neumann* in: Neumann/Fenski, BUrlG § 7 Rn. 15.

⁵⁸ *Sturm* BB 1963, 479, allerdings ohne Bezugnahme auf den Fall der Kurzarbeit.

⁵⁹ *Bieback* in: Gagel, SGB II / SGB III, § 96 SGB III Rn. 150, wobei darauf zu achten ist, dass etwaiger Resturlaub aus den Vorjahren vorrangig einzubringen ist.

⁶⁰ LAG Hamburg, Urt. v. 07.01.2008 - 5 Sa 93/06, die Entscheidung wurde zwar vom BAG aufgehoben, der Senat ging aber davon aus, dass arbeitsrechtlich für die gesamte Belegschaft wirksam Kurzarbeit eingeführt wurde, weshalb eine Ungleichbehandlung bereits tatbestandlich nicht vorlag, BAG NZA 2009, 689.

⁶¹ BAG NZA 2015, 222; *Preis* in: ErfK, BGB § 611a Rn. 606.

⁶² So zu verstehen LAG Hamburg, Urt. v. 07.01.2008 - 5 Sa 93/06.

⁶³ Auch der neue, verkürzte Leistungsantrag sieht eine entsprechende Erklärung vor, vgl. https://www.arbeitsagentur.de/datei/kurzantrag-kug-107_ba146383.pdf.

IV. Strafrechtliche Bewertung

Wie eingangs skizziert, erschöpfen sich die Rechtsfolgen fehlerhafter Angaben zu bestehenden Resturlaubsbeständen nicht in der Pflicht zur Erstattung der zu Unrecht erhaltenen Beträge. Daneben treten strafrechtliche Risiken, vornehmlich mit Blick auf die Straftatbestände des Subventionsbetrugs und des Betrugs. Neben einer Geld- oder Freiheitsstrafe können gravierende Folgen für die Geschäftsführung des Unternehmens drohen: Personen, die wegen der vorbezeichneten Straftatbestände⁶⁴ rechtskräftig⁶⁵ zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr⁶⁶ verurteilt werden, spricht § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 Buchst. e) GmbHG die Eignung als Geschäftsführer für die Dauer von fünf Jahren ab.⁶⁷ Angesichts dieser schwerwiegenden Konsequenzen ist eine nähere Untersuchung der für den Arbeitgeber bestehenden strafrechtlichen Risiken im Falle der Beantragung von Kurzarbeitergeld unter fälschlicher Vorgabe der Unvermeidbarkeit des Arbeitsausfalls unabdingbar. Die folgende Darstellung konzentriert sich dabei trotz der zahlreichen Anknüpfungspunkte für fehlerhafte Angaben⁶⁸ bei der Beantragung von Kurzarbeitergeld auf das Beispiel nicht eingebrachten Resturlaubs.

1. Subventionsbetrug gemäß § 264 StGB

Das von der Bundesagentur für Arbeit vorgesehene Formular zum Antrag auf Kurzarbeitergeld („KUG 107“) verlangt unter der Ziff. 6.1 die Erklärung des Antragsstellers über den Bestand verwertbarer Resturlaubsbestände.⁶⁹ Wahrheitswidrige Angaben könnten den Straftatbestand des Subventionsbetrugs gemäß § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB⁷⁰ verwirklichen, der gegenüber dem Betrug eine abschließende Sonderregelung darstellt.⁷¹ Als abstraktes Gefährdungsdelikt⁷² setzt die Tatbestandsverwirklichung weder einen Irrtum des Subventionsgebers noch die Auszahlung der Subvention voraus.⁷³ Hierdurch wird eine weitreichende Ausdehnung der Strafbarkeit in das Vorfeld des Betrugs erreicht, die in subjektiver Hinsicht durch die – kriminalpolitisch nicht unbedenkliche⁷⁴ – Einbeziehung der leichtfertigen Tatbestandsverwirklichung gemäß § 264 Abs. 5 StGB flankiert wird.

Maßgeblich für die Anwendbarkeit des § 264 Abs. 1 StGB ist die Qualifikation des Kurzarbeitergelds als Subvention i.S.d. § 264 Abs. 8 S. 1 Nr. 1 StGB. Hiernach ist eine Subvention eine Leistung aus öffentlichen Mitteln nach Bundesrecht an Betriebe oder Unternehmen, die wenigstens zum Teil ohne marktmäßige Gegenleistung gewährt wird und der Förderung der Wirtschaft dienen soll. Obgleich Staatsanwaltschaften nach der Finanzkrise reihenweise verdächtige Anträge auf Kurzarbeitergeld untersucht haben sollen,⁷⁵ ist die Einordnung des Kurzarbeitergelds als Subvention weiterhin nicht abschließend geklärt.⁷⁶ Rechtsprechung hierzu wurde bislang nicht veröffentlicht; der im Schrifttum geführte Diskurs lässt keine klar überwiegende Auffassung erkennen. Als unumstritten darf indes noch gelten, dass das aus öffentlichen Mitteln geleistete Kurzarbeitergeld weder an eine Gegenleistung des Arbeitgebers noch des Arbeitnehmers geknüpft ist. Zweifelhaft ist demgegenüber, ob das Kurzarbeitergeld der Wirtschaftsförderung dienen soll und eine Leistung an Betriebe oder Unternehmen darstellt.⁷⁷

⁶⁴ Eine Verurteilung wegen leichtfertigen Subventionsbetrugs genügt jedoch nicht, vgl. *Oetker* in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 6 GmbH Rn. 26. Zur Verurteilung wegen Teilnahme vgl. *Ahlbrecht wistra* 2018, 241.

⁶⁵ *Beurskens* in: Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 22. Aufl. 2019, § 6 Rn. 16; *Wicke*, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 6 Rn. 5.

⁶⁶ Eine solche Strafe kommt insbesondere in den Fällen der gewerbsmäßigen Bandenbegehung (§§ 263 Abs. 5, 264 Abs. 3 StGB) in Betracht.

⁶⁷ Für den Vorstand einer AG vgl. § 76 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 Buchst. e) AktG.

⁶⁸ Zu weiteren „kreativen“ Anträgen *Gaede/Leydecker* NJW 2009, 3542, 3546 f.

⁶⁹ Entsprechendes gilt auch für das neue verkürzte Antragsformular, vgl. oben unter II. 3.

⁷⁰ § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB genießt gegenüber den Tathandlungen der weiteren Nummern Vorrang (*Fischer*, StGB, 67. Aufl. 2020, § 264 Rn. 54; *Perron* in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 264 Rn. 86 m.w.N.), sodass sich die Prüfung der übrigen Tathandlungen an dieser Stelle erübrigt.

⁷¹ Vgl. BGH NStZ 2006, 625, 628; NJW 1999, 1196, 1198; *Perron* in: Schönke/Schröder, StGB, § 264 Rn. 87.

⁷² *Fischer*, StGB, § 264 Rn. 4 m.w.N.

⁷³ *Saliger* in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 3. Aufl. 2016, § 264 Rn. 2; *Ceffinato* in: MüKo StGB, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 264 Rn. 12.

⁷⁴ Hierzu *Saliger* in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, § 264 Rn. 3 m.w.N.

⁷⁵ *Gaede/Leydecker* NJW 2009, 3542; vgl. auch *Ceffinato* in: MüKo StGB, Bd. 5, § 264 Rn. 57.

⁷⁶ Vgl. *Gercke/Hembach* in: AnwK-StGB, 3. Aufl. 2020, § 264 Rn. 10.

⁷⁷ Ebenso *Gaede/Leydecker* NJW 2009, 3542, 3545; vgl. auch *Fischer*, StGB, § 264 Rn. 11; vgl. auch oben unter I. 2.

Die Verfolgung eines wirtschaftsfördernden Zwecks erscheint fraglich, da das Kurzarbeitergeld mit dem Erhalt von Arbeitsplätzen und der Sicherung von Arbeitsentgeltansprüchen in erster Linie sozialen Zwecken dient.⁷⁸ Anspruchsinhaber sind nach § 95 S. 1 SGB III die Arbeitnehmer, was ein Verständnis des Kurzarbeitergelds als solidarische Versicherungsleistung⁷⁹ zum Ausgleich sozialer Härten nahelegt. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass eine Subvention nur zum Teil der Wirtschaftsförderung dienen muss. Werden mehrere Zwecke verfolgt, genügt es, dass es dem Subventionsgeber auch auf die Wirtschaftsförderung ankommt, ohne dass es sich um den Hauptzweck handeln muss.⁸⁰ Die Erfüllung dieser Voraussetzung haben *Gaede/Leydecker* überzeugend dargelegt.⁸¹ Die Wirtschaftsförderung durch das Kurzarbeitergeld ergibt sich zunächst aus dessen Anspruchsvoraussetzungen, namentlich der Regelausfallquote des § 96 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB III (i.V.m. § 1 Nr. 1 KugV): Der Anspruch auf Kurzarbeitergeld hängt nicht allein von einer den Anspruchsinhaber, d.h. den individuellen Arbeitnehmer betreffenden Voraussetzung ab. Vielmehr entsteht der Anspruch erst bei Erfüllung einer kollektiven, d.h. den Betrieb als solchen betreffenden Voraussetzung. Wird diese Regelausfallquote nicht erreicht, muss der Arbeitgeber den Entgeltausfall mit betriebsinternen Mitteln – etwa betriebsbedingten Kündigungen – vermeiden.⁸² Dies belegt, dass es dem Gesetzgeber nicht um den Schutz des einzelnen Arbeitsplatzes, sondern vorrangig um den Erhalt des Unternehmens bzw. der Gesamtheit der Arbeitsplätze geht.⁸³ Dies deckt sich mit dem Verständnis des Gesetzgebers von Kurzarbeit als arbeitsmarktpolitisches Instrument, „um die deutsche Wirtschaft vor dramatischen Verwerfungen zu bewahren“.⁸⁴

Des Weiteren müsste die Leistung an den Betrieb oder das Unternehmen gewährt werden, um sie als Subvention einzuordnen. Wie dargelegt zahlt die Bundesagentur für Arbeit das Kurzarbeitergeld zwar unmittelbar an die Betriebe als Arbeitgeber aus, anspruchsberechtigt sind nach § 95 S. 1 SGB III hingegen die Arbeitnehmer.⁸⁵ Ob die dem Arbeitgeber durch die Zahlung entstehenden Vorteile wie bspw. der Erhalt der bereits ausgebildeten Arbeitnehmer, die Entlastung von der Zahlung von Arbeitsentgelt oder der Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen als Leistung an den Betrieb zu werten sind, wird in der Literatur unterschiedlich beantwortet.

Teilweise wird in dem Kurzarbeitergeld ein Fall der bloßen Subventionsvermittlung gesehen, bei der die Betriebe nur verfahrenstechnisch in die Gewährung eingeschaltet, aber nicht Begünstigte der Leistung sind. Für die Klassifizierung als Subvention genüge es nicht, dass eine Leistung faktisch unmittelbar dem Betrieb ausgezahlt wird.⁸⁶ Sie müsse dem Betrieb oder Unternehmen vielmehr zur eigenen Verwendung zur Verfügung gestellt werden.⁸⁷ Das Kurzarbeitergeld ist vom Arbeitgeber an seine Arbeitnehmer weiterzureichen⁸⁸, sodass er es nicht zur eigenen Verwendung erhält und damit keine Subvention vorliegt.⁸⁹

Für die Qualifikation des Kurzarbeitergelds als Subvention wird demgegenüber das besondere Gewicht des dem Arbeitgeber durch das Kurzarbeitergeld gewährten mittelbaren Vorteils entgegengehalten. Der Erhalt bestehender Arbeitskräfte sei in Zeiten des fast alle Branchen treffenden Fachkräftemangels existentielles Arbeitgeberinteresse. Zudem sei das gezahlte Geld auch bei sonstigen Subventionen stets innerhalb enger Zeiträume für eine konkrete Investition auszugeben. Insofern sei nicht ersichtlich, warum Arbeitnehmer qualitativ

⁷⁸ Vgl. dazu einleitend I. 2.

⁷⁹ *Bieback* in: Gagel, SGB II / SGB III, § 95 SGB III Rn. 10.

⁸⁰ Vgl. *Perron* in: Schönke/Schröder, StGB, § 264 Rn. 17; *Hellmann* in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 264 Rn. 40 m.w.N.; vgl. BT-Drs. 7/5291, S. 11.

⁸¹ *Gaede/Leydecker* NJW 2009, 3542, 3545.

⁸² Vgl. dazu oben unter II. 1. c).

⁸³ *Gaede/Leydecker* NJW 2009, 3542, 3545.

⁸⁴ BT-Drs. 19/17893, S. 1.

⁸⁵ Vgl. zu der damit einhergehenden Problematik der Rückabwicklung oben II. 4.

⁸⁶ *Hellmann* in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, Bd. 2, § 264 Rn. 47; *Straßer* in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 264 Rn. 29.

⁸⁷ *Perron* in: Schönke/Schröder, StGB, § 264 Rn. 25; *Hellmann* in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, Bd. 2, § 264 Rn. 47; *Saliger* in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, § 264 Rn. 14; *ders.* in: Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis, Wirtschaftsstrafrecht, § 264 Rn. 14; *Straßer* in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 264 Rn. 29.

⁸⁸ Dass der Arbeitgeber mit der Auszahlung des Kurzarbeitergelds in Vorleistung tritt (vgl. oben II. 3.), ändert an der Bewertung nichts, da es bei wirtschaftlicher Betrachtung nicht auf die zeitliche Abfolge des Zahlungsflusses ankommt.

⁸⁹ *Gaede/Leydecker* NJW 2009, 3542, 3546; vgl. ferner *Perron* in: Schönke/Schröder, StGB, § 264 Rn. 25; *Hellmann* in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, Bd. 2, § 264 Rn. 47; *Saliger* in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, § 264 Rn. 14; *ders.* in: Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis, Wirtschaftsstrafrecht, § 264 Rn. 14; *Straßer* in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 264 Rn. 29.

andere Gläubiger sein sollten als sonstige Vertragspartner, die für die begehrte, förderungswürdige Gegenleistung letztlich das vom Fördergeber bereitgestellte Geld vom Subventionsempfänger erhalten.⁹⁰

Zwar kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich Ermittlungsbehörden und Gerichte der weiteren Ansicht anschließen und den nur mittelbaren Vorteil als Leistung an den Arbeitgeber ansehen werden.⁹¹ Aus unserer Sicht greifen die für die Klassifizierung des Kurzarbeitergelds als Subvention vorgebrachten Argumente jedoch letztlich nicht durch. Insbesondere besteht zwischen Arbeitnehmern eines Betriebs und sonstigen Gläubigern eines Subventionsempfängers ein maßgeblicher Unterschied. Ersteren gewährt der Gesetzgeber durch die Auskleidung des Kurzarbeitergelds in § 95 S. 1 SGB III einen unmittelbaren gesetzlichen Anspruch auf die Förderungsleistung, während die sonstigen Vertragspartner gegenüber dem Subventionsempfänger auf das allgemeine Vertragsrecht verwiesen werden. Sonstige Vertragspartner des Subventionsempfängers mit den anspruchsberechtigten Arbeitnehmern gleichzustellen ließe unberücksichtigt, dass es sich bei den Arbeitnehmern nach der Vorstellung des Gesetzgebers um die unmittelbaren Profiteure des Kurzarbeitergelds handelt, wohingegen sonstige Vertragspartner eines Subventionsempfängers durch die Leistungsgewährung lediglich faktisch gefördert werden. Im Übrigen kann sich der bereits von *Gaede/Leydecker* vorgebrachten Erwägung angeschlossen werden, wonach die Einbeziehung mittelbarer Vorteile als Leistung an Betriebe zu einer weiteren Ausdehnung des ohnehin schon bedenklich extensiven Anwendungsbereichs des Subventionsbetrugs⁹² führen würde, zu der keinerlei Veranlassung besteht: Angesichts des potenziell einschlägigen Betrugstatbestands sind Strafbarkeitslücken nicht zu befürchten, sollte man das Kurzarbeitergeld nicht als Subvention einordnen.⁹³ Da das Kurzarbeitergeld keine Subventionen i.S.d. § 264 Abs. 8 S. 1 Nr. 1 StGB darstellt, ist der Anwendungsbereich des Subventionsbetrugs nicht eröffnet.

2. Betrug gemäß § 263 StGB

Stattdessen kommt die Verwirklichung des Betrugstatbestands gemäß § 263 Abs. 1 StGB in Betracht. Hierfür bedarf es zunächst einer Täuschung über Tatsachen, d.h. über konkrete vergangene oder gegenwärtige Geschehnisse oder Zustände der Außenwelt, die dem Beweis grundsätzlich zugänglich sind.⁹⁴ Mit der Erklärung im Leistungsantrag, es bestünden keine verwertbaren Resturlaubsbestände, behauptet der Arbeitgeber, dass seine Arbeitnehmer keinen Anspruch auf (weiteren) Erholungsurlaub haben. Die Behauptung eines Anspruchs stellt in erster Linie allerdings keine Tatsachenerklärung, sondern eine Rechtsbehauptung dar.⁹⁵ Nichts anderes kann umgekehrt für die Erklärung gelten, ein Anspruch bestehe nicht. Zwar kann die Behauptung eines Anspruchs auch die konkludente Behauptung beinhalten, ein diesen Anspruch begründender Sachverhalt liege vor.⁹⁶ Der pauschalen Behauptung, ein Urlaubsanspruch bestehe nicht, lässt sich hingegen kein konkretisierbarer Tatsachenkern entnehmen.⁹⁷ So lässt die Behauptung schon nicht erkennen, wie viele Urlaubstage die Arbeitnehmer ursprünglich beanspruchen konnten und ob dieser Urlaubsanspruch auf individueller, kollektiver oder gesetzlicher Grundlage beruht. Die Behauptung, es bestehe kein Resturlaub mehr, setzt zudem eine rechtliche Würdigung durch den Arbeitgeber voraus, dies gerade mit Blick auf die Frage des Verfalls von Resturlaubstagen aus den Vorjahren.⁹⁸ Der normative Gehalt der Erklärung des Arbeitgebers wird darüber hinaus durch den Zusatz erweitert, es bestehe kein *verwertbarer* Urlaubsbestand. Nicht verwertbar ist ein Urlaubsbestand, soweit arbeitsrechtlich die arbeitgeberseitige Urlaubsanordnung unzulässig wäre, etwa weil vorrangige Urlaubswünsche des Arbeitnehmers bestehen. Ob die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers vorrangig sind, lässt sich erst durch eine Abwä-

⁹⁰ *Ceffinato* in: MüKo StGB, Bd. 5, § 264 Rn. 57.

⁹¹ So schon *Gaede/Leydecker* NJW 2009, 3542, 3546.

⁹² Zu den generellen Bedenken gegen die hinreichende Bestimmtheit des § 264 Abs. 8 StGB vgl. die Nachweise bei *Fischer*, StGB, § 264 Rn. 3.

⁹³ Vgl. auch *Gaede/Leydecker* NJW 2009, 3542, 3546.

⁹⁴ Vgl. zum Tatsachenbegriff *Perron* in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rn. 8 m.w.N.

⁹⁵ OLG Celle NSTZ-RR 2012, 111, 112; vgl. auch *Kindhäuser* in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, Bd. 2, § 263 Rn. 89 m.w.N.

⁹⁶ OLG Celle NSTZ-RR 2012, 111, 112; vgl. auch *Kindhäuser* in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, Bd. 2, § 263 Rn. 89 m.w.N.

⁹⁷ Ähnliche Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Tatsachenbehauptung und Rechtsauffassung stellen sich bei der Erklärung des Arbeitgebers, es bestünden keine verwertbaren Arbeitszeitguthaben.

⁹⁸ Vgl. dazu oben unter III. 2.

gungsentscheidung ermitteln.⁹⁹ Aufgrund der Vielgestaltigkeit der seitens des Arbeitgebers vorzunehmenden normativen Wertungen, die mit seiner Erklärung verbunden sind, ist ein Schluss auf einen konkretisierbaren Tatsachekern nicht möglich.¹⁰⁰ Vorzugswürdig ist stattdessen auf die innere Tatsache¹⁰¹ der Überzeugung des Arbeitgebers von der Richtigkeit seiner Behauptung abzustellen.¹⁰² Hiernach täuscht der Arbeitgeber, wenn er seine Arbeitnehmer nicht auf den Verfall des Urlaubsanspruchs der vergangenen Jahre hingewiesen hat¹⁰³ und trotz Kenntnis seiner diesbezüglichen Pflicht im Leistungsantrag das Nichtbestehen verwertbarer Resturlaubsbestände erklärt. Gibt er hingegen in Unkenntnis der einschlägigen Rechtsprechung von EuGH und BAG an, es bestehe kein Resturlaub, so liegt keine Täuschung vor.¹⁰⁴ In der Praxis steht dabei zwar zu befürchten, dass der Vortrag des Arbeitgebers, von der Richtigkeit seiner Erklärung überzeugt gewesen zu sein, als Schutzbehauptung abgetan wird. Diesem Risiko kann der Arbeitgeber jedoch entgegenwirken, indem er sich in komplexeren Fällen bei der Antragstellung arbeitsrechtlicher Beratung bedient.

Sofern eine Täuschung gegeben ist, müsste diese zu einem Irrtum des Mitarbeiters der Agentur für Arbeit führen. Regelmäßig wird sich der Mitarbeiter zumindest auf die Richtigkeit der vom Arbeitgeber im Formular glaubhaft gemachten Angaben verlassen, da eine Abschlussprüfung erst nachträglich erfolgt. Die Erstattungszahlung stellt sodann i.d.R. eine irrtumsbedingte¹⁰⁵ Vermögensverfügung dar.¹⁰⁶

Zuletzt müsste die Erstattungszahlung einen Vermögensschaden begründen. Der Eintritt eines Vermögensschadens bemisst sich bei Austauschverhältnissen anhand eines Vermögensvergleichs aufgrund einer Saldierung von Leistung und Gegenleistung (Prinzip der Gesamtsaldierung).¹⁰⁷ Obgleich der Antragsteller bei Subventionen regelmäßig keine unmittelbare Gegenleistung schuldet, wendet die Rechtsprechung¹⁰⁸ das Prinzip der Gesamtsaldierung auch bei Subventionsleistungen an, da dort in vergleichbarer Weise ein durch gegenseitige Pflichten geprägtes Leistungsverhältnis gegeben sei. Der Subventionsnehmer schulde gegenüber dem Subventionsgeber die zweckgerichtete Verwendung der ihm zugewandten Gelder. Deshalb füge derjenige dem Staat als Subventionsgeber einen Schaden zu, der sich solche haushaltsrechtlich gebundenen Mittel erschleicht, obwohl er nicht zu der begünstigten Bevölkerungsgruppe zählt. Der Schaden ergebe sich daraus, dass die zweckgebundenen Mittel verringert werden, ohne dass der erstrebte sozialpolitische Zweck erreicht wird.¹⁰⁹ Trotz der an dieser Ansicht geübten Kritik¹¹⁰ ist derzeit nicht mit einer Abkehr von der mittlerweile gefestigten Rechtsprechung zu rechnen. Vielmehr steht zu erwarten, dass Ermittlungsbehörden und Gerichte die vorstehenden Grundsätze ebenso auf die besondere Konstellation der Kurzarbeitsförderung anwenden werden.¹¹¹ Hätte der Arbeitgeber den Arbeitsausfall durch Gewährung von Erholungsurlaub vermeiden können,¹¹² würde der mit der Erstattungszahlung anvisierte wirtschaftsfördernde Zweck verfehlt. Die Unvermeidbarkeit des Arbeitsausfalls ist das wesentliche Abgrenzungskriterium, um den Schutzzweck des Kurzarbeitergelds vor ungerechtfertigter Inanspruchnahme durch die Betriebe zu

⁹⁹ Vgl. zur arbeitsrechtlichen Bewertung ausführlich oben unter III. 2.

¹⁰⁰ Insbesondere mit Blick auf die Rechtsprechung zum Abrechnungsbetrug erscheint es jedoch nicht ausgeschlossen, dass Ermittlungsbehörden und Gerichte dennoch von einer Tatsachenbehauptung ausgehen könnten.

¹⁰¹ Je nach Fallgestaltung können innere Tatsachen auch Tatsachen i.S.d. § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB sein, vgl. BGH NStZ 1986, 556, 557. Ob dies auch für die hiesige Konstellation gilt, kann indessen offenbleiben, da es bereits an einer Subvention fehlt.

¹⁰² Zur Überzeugung von der Richtigkeit eines Werturteils als innere Tatsache vgl. OLG Stuttgart NJW 1979, 2573, 2574; vgl. ferner BGH NStZ 2015, 89, 90; differenzierend *Perron* in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rn. 10.

¹⁰³ Vgl. zu dieser Pflicht oben unter III. 2.

¹⁰⁴ Wollte man den Angaben zum Resturlaub stattdessen einen – wie auch immer gearteten – Tatsachekern beimessen, läge die Annahme eines Tatbestandsirrtums i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB nahe.

¹⁰⁵ Würde der Mitarbeiter der Bundesagentur für Arbeit, dass der Antragsteller von der Falschheit seiner Angaben ausgeht, so würde er die Erstattungszahlung bei lebensnaher Betrachtung nicht veranlassen.

¹⁰⁶ Der zuvor zu erlassene Anerkennungsbescheid (vgl. zum zweistufigen Verfahren oben unter II. 3.) stellt hingegen noch keine Vermögensgefährdung dar, vgl. *Gaede/Leydecker* NJW 2009, 3542, 3543 f.

¹⁰⁷ Vgl. BGH NStZ 2018, 538 m.w.N.

¹⁰⁸ BGH NStZ 2006, 624 f.

¹⁰⁹ BGH NStZ 2006, 624 f.; vgl. ferner BGH NStZ 1983, 119; NJW 1963, 1835, 1837; differenziert hingegen *Hefendehl* in: MüKo StGB, Bd. 5, § 263 Rn. 861.

¹¹⁰ *Gaede/Leydecker* NJW 2009, 3542, 3544 m.w.N.

¹¹¹ *Gaede/Leydecker* NJW 2009, 3542, 3544.

¹¹² Geht der Arbeitgeber aufgrund einer fehlerhaften Bewertung der Urlaubsansprüche seiner Arbeitnehmer irig davon aus, dass er den Arbeitsausfall hätte vermeiden können, so läge aufgrund der richtigerweise gegebenen Unvermeidbarkeit des Arbeitsausfalls objektiv kein Schaden vor. In Betracht käme lediglich eine Versuchsstrafbarkeit.

bewahren und eine Instrumentalisierung durch die betriebliche Beschäftigungspolitik und dadurch eine nicht gerechtfertigte, wettbewerbsverzerrende Verlagerung des Betriebs- und Wirtschaftsrisikos der Unternehmen zu vermeiden.¹¹³ Die Erstattungszahlung an einen Arbeitgeber, dem die Vermeidung des Arbeitsausfalls durch Urlaubsgewährung möglich wäre, begründet demnach einen Vermögensschaden. Dieser dürfte jedoch nur in der Höhe eintreten, die der für den vermeidbaren Arbeitsausfall geleisteten Erstattungszahlung entspricht. Soweit daneben Zahlungen für unvermeidbaren Arbeitsausfall geleistet wurden, verfehlen diese ihren Zweck hingegen nicht und bedeuten daher keinen Schaden.¹¹⁴

Weiß der Arbeitgeber, dass er den Arbeitsausfall durch Urlaubsgewährung hätte reduzieren können, handelt er vorsätzlich.¹¹⁵ Ebenso wird er regelmäßig in der Absicht handeln, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, da es ihm auf die Erstattung der gezahlten Löhne ankommt.¹¹⁶

Bei der Strafzumessung sind die besonders schweren Fälle nach § 263 Abs. 3 S. 2 StGB zu berücksichtigen, insbesondere in Gestalt der Verursachung eines Vermögensverlusts großen Ausmaßes bei Erstattungszahlungen von mindestens 50.000 EUR oder der Gewerbsmäßigkeit bei wiederholter Antragstellung. Nicht auszuschließen ist daneben die Verwirklichung des Verbrechenstatbestands des gewerbsmäßigen Bandenbetrugs gemäß § 263 Abs. 5 StGB.¹¹⁷

Hinsichtlich der strafrechtlichen Risiken ist abschließend auf die Folgen einer strafbaren Erwirkung einer Erstattungszahlung für das Unternehmen hinzuweisen. Zwar existiert in Deutschland weiterhin kein Unternehmensstrafrecht.¹¹⁸ Dem Unternehmen kann jedoch wie gehabt eine Geldbuße nach § 30 OWiG drohen.

V. Zusammenfassung

Die strafrechtliche Bewertung im Umfeld des Arbeits- und Sozialrechts erweist sich damit als überaus komplex, hält zugleich aber auch Potenzial für mögliche Verteidigungsstrategien bereit. Neben den Themen Urlaubsabbau und Überstunden können sich ähnlich gelagerte Fälle auch im Bereich des Zusammentreffens von Krankheit bzw. Urlaub und Kurzarbeit stellen. Aus Sicht der Unternehmen ist es daher mit Blick auf die genannten – auch über das Strafrecht hinausgehenden Risiken – angezeigt, sich bereits im Vorfeld der Einführung von Kurzarbeit und der Beantragung von Kurzarbeitergeld detailliert über die mehrdimensionalen und komplexen Voraussetzungen zu informieren. Dies gilt auch und gerade in der jetzigen Krisenzeit, da die Vereinfachungen bei der Gewährung des Kurzarbeitergeldes nicht darüber hinwegtäuschen dürfen, dass nach Ende der Krise mit tiefgehenden Prüfungen durch die Agentur für Arbeit zu rechnen sein wird. Inwieweit im Rahmen der Abschlussprüfung tatsächlich eine umfassende Kontrolle hinsichtlich sämtlicher Resturlaubstage einzelner Arbeitnehmer erfolgen wird bzw. kann, lässt sich derzeit noch nicht prognostizieren. Angesichts der Komplexität der Überprüfungen, bei denen die Rechtsprechung des EuGH zum Verfall der Urlaubsansprüche zu beachten ist, und des hiermit anfallenden Arbeitsvolumens, ist nicht zu vermuten, dass die Agentur für Arbeit hier flächendeckend Dokumente aus den Vorjahren anfordern wird.¹¹⁹ In jedem Fall sollte der Arbeitgeber aber eine umfassende Dokumentation über die abgebauten Urlaubstage und Überstunden bereithalten, um dies im Rahmen der Abschlussprüfung nachweisen zu können.

¹¹³ Bieback in: Gagel, SGB II / SGB III, § 96 SGB III Rn. 107; vgl. auch einleitend unter I. 2.

¹¹⁴ Ein Vermögensschaden in voller Höhe der Erstattungszahlung tritt hingegen ein, wenn bei der teilweisen Vermeidung des Arbeitsausfalls die Relevanzschwelle des § 96 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB III (i.V.m. § 1 Nr. 1 KugV) nicht überschritten worden wäre.

¹¹⁵ Bei einer vermeidbaren Fehlvorstellung über das Bestehen eines verwertbaren Resturlaubsbestands kommt die Begehung einer fahrlässigen Ordnungswidrigkeit gemäß § 404 Abs. 2 Nr. 26 SGB III in Betracht.

¹¹⁶ Zur fehlenden Stoffgleichheit der ebenfalls erhaltenen vergünstigten Arbeitsleistung der kurzarbeitenden Arbeitnehmer vgl. Gaede/Leydecker NJW 2009, 3542, 3544.

¹¹⁷ Dies wird insbesondere der Fall sein, wenn Arbeitnehmer (zu den Strafbarkeitsrisiken für diese s. Gaede/Leydecker NJW 2009, 3542, 3544 f.) und Arbeitgeber wiederholt zum unberechtigten Erhalt der Erstattungszahlung zusammenwirken.

¹¹⁸ Der nun vorgelegte Entwurf des Gesetzes zur Stärkung der Integrität der Wirtschaft muss den Gesetzgebungsprozess noch durchlaufen und soll zwei Jahre nach Verkündung in Kraft treten.

¹¹⁹ Was es indes keineswegs ausschließt, dass dies in begründeten Verdachtsfällen passieren kann.

Steuerstrafrecht

Rechtsanwalt Dipl.-Finanzwirt Rainer Biesgen und Rechtsanwalt Steuerberater John-Paul Fürus, beide Düsseldorf

Verhältnis der strafrechtlichen Einziehung zum Besteuerungs- und Arrestverfahren nach § 324 AO

Dieser Beitrag basiert auf dem gleichnamigen Vortrag im Rahmen der WisteV Jahrestagung 2020 am 18.01.2020 in Frankfurt.

I. Einleitung

Aufgrund eines Gesetzentwurfs der Bundesregierung¹ wurde das Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung² beschlossen und ist am 01.07.2017 in Kraft getreten. Hierbei sind die bisherigen Regelungen zur strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vollständig neu gefasst worden. Der Gesetzgeber verfolgte dabei einen umfassend neuen Ansatz. Nach dem früheren Recht³ war eine Vermögensabschöpfung ausgeschlossen, wenn dem Verletzten aus der Tat ein Anspruch erwachsen war, dessen Erfüllung dem Täter das Erlangte entziehen würde. Die Strafverfolgungsbehörde sollte nur Rückgewinnungshilfe durch Sicherung von Vermögenswerten leisten. Dagegen soll nach dem neuen Recht die Einziehung der Befriedigung der Ansprüche des Verletzten im Strafvollstreckungsverfahren dienen.⁴ Hiervon wurden auch die Steueransprüche des Fiskus, welche durch eine Steuerhinterziehung nicht verwirklicht werden konnten, nicht ausgenommen.

Hierdurch entstand ein Nebeneinander der strafprozessualen Einziehung und deren Sicherung durch einen Arrest im Sinne des § 111 e StPO und der bereits vorher bestehenden Möglichkeit der Finanzbehörden zur Sicherung der – auch hinterzogenen – Steueransprüche im Arrestverfahren nach § 324 AO. Wie sich aus der Norm des § 111 e Abs. 6 StPO ergibt, wonach die Möglichkeit einer Anordnung nach § 324 AO einem Vermögensarrest nach § 111 e StPO nicht entgegensteht, hat der Gesetzgeber dieses Nebeneinander durchaus gesehen und bewusst geschaffen. Rechtspolitisch kann man allerdings die Frage stellen, ob der Fiskus, welchem im Rahmen des § 324 AO eigene staatliche Mittel zur Sicherung seiner Steueransprüche zur Verfügung stehen, ebenso wie ein anderer Geschädigter, welcher solche Mittel nicht hat, des zusätzlichen Schutzes durch ein strafprozessuales Arrestverfahren bedarf und ob der Gesetzgeber bei der Neuregelung den steuerstrafrechtlichen Besonderheiten hinreichend Rechnung getragen hat.⁵

Dies ändert aber nichts daran, dass nach der neuen Rechtslage beim Verdacht einer Steuerhinterziehung der Finanzverwaltung für die Sicherung der Steueransprüche nicht nur die Maßnahmen aus dem Arrestverfahren nach § 324 AO zur Verfügung stehen, sondern diese auch bei der Staatsanwaltschaft die Beantragung eines strafprozessualen Arrestes anregen kann. Führt die Finanzbehörde das Steuerstrafverfahren nach § 399 Abs. 1 AO selbständig durch, kann sie durch ihre Straf- und Bußgeldsachenstellen den strafprozessualen Arrest auch selbst beantragen.⁶

In der Zwischenzeit hat der Bundesgerichtshof die Möglichkeit bekommen, in einzelnen Zweifelsfragen Stellung zu nehmen und hat damit der Praxis mehr Sicherheit bei der Anwendung der neuen Gesetzeslage auch im Steuerstrafrecht gegeben.

¹ BT-Drs. 18/9525.

² BGBl. I 2017 S. 872.

³ § 73 I S. 2 StGB a.F.

⁴ Gesetzentwurf BT-Drs. 18/9525 S. 2.

⁵ Siehe auch Peters in Kohlmann § 399 AO Rn. 78 ff.

⁶ Peters in Kohlmann § 399 AO Rn. 78.1.

II. Grundsätze der Vermögensabschöpfung und deren Sicherung im Steuerstrafrecht

Nach § 208 AO ist der Steuerfahndung die Aufgabe zugewiesen, Steuerstraftaten und Steuerordnungswidrigkeiten zu erforschen⁷, Besteuerungsgrundlagen in diesen Fällen zu ermitteln⁸ und unbekannte Steuerfälle aufzudecken und diese zu ermitteln⁹. Führt die Finanzbehörde das Ermittlungsverfahren entsprechend § 399 Abs. 1 AO selbständig durch, so sind die Straf- und Bußgeldsachenstellen selbst Ermittlungsbehörde und nehmen grundsätzlich die Rechte und Pflichten der Staatsanwaltschaft wahr.

Den Finanzämtern für Steuerstrafsachen und Steuerfahndung¹⁰ kommt damit eine Zwitterstellung zu. Zum einen sind sie als Ermittlungsbehörde zur Erforschung von Steuerstraftaten unter Anwendung der Strafprozessordnung tätig und insoweit auch im Rahmen der strafprozessualen Vermögensabschöpfung zuständig. Zum anderen erstreckt sich die Tätigkeit der Steuerfahndungen auch auf das Besteuerungsverfahren. Schließlich ist der Fiskus bei einer Steuerhinterziehung auch selbst der Verletzte, welcher seine eigenen Ansprüche im Rahmen des strafprozessualen Arrestes sichert.

Das Arrestverfahren nach § 324 AO zählt dagegen nicht zu den Aufgaben, welche den Finanzämtern für Steuerstrafsachen und Steuerfahndung übertragen sind. Die Abgabenordnung weist diesen keine originäre Zuständigkeit im Arrestverfahren zu. Diese steht nach § 324 Abs. 1 AO dem für die Steuerfestsetzung jeweils zuständigen Finanzamt zu. Danach haben die Festsetzungsfinanzämter den Arrest in das bewegliche oder unbewegliche Vermögen anzuordnen, wenn zu befürchten ist, dass sonst die Beitreibung von Steuerforderungen vereitelt oder wesentlich erschwert wird.

Während das Verhältnis zwischen dem Arrestverfahren nach § 324 AO und dem strafprozessualen Arrest nach der früheren Rechtslage¹¹ in Rechtsprechung und Literatur umstritten war¹², hat der Gesetzgeber in § 111e Abs. 6 StPO klargestellt, dass im Steuerstrafverfahren ein dinglicher Arrest nach § 324 AO neben einer Anordnung des Vermögensarrestes nach § 111 e StPO steht.

Die Vermögensabschöpfung im Strafrecht gab es bereits vor der Gesetzesreform. Sie wurde bis zur Reform unter dem Begriff des Verfalls erfasst. Soweit dem Verletzten aus der Tat ein Anspruch erwachsen war, dessen Erfüllung dem Täter oder Teilnehmer den Wert des aus der Tat Erlangten entziehen würde, war die Anordnung des Verfalls nach § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB a.F. ausgeschlossen. Bei Steuerstraftaten und Steuerordnungswidrigkeiten fand diese Norm regelmäßig Anwendung, da die Erfüllung des Steueranspruches des Fiskus durch Festsetzung und Zahlung bzw. Vollstreckung der Steuer nach der Abgabenordnung dem Täter oder Teilnehmer den Wert der hinterzogenen Steuer entzieht. Damit war der Abschluss der Anordnung des Verfalls nach § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB a.F. regelmäßig einschlägig. Aus diesem Grund fand im Bereich des Steuerstrafrechtes außerhalb von Zolldelikten (z.B. Einziehung nicht versteuerter Zigaretten nach § 375 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AO) die Vermögensabschöpfung, damals Verfall, im Ergebnis keine Anwendung.

Die Vermögensabschöpfung ist im Rahmen der Gesetzesreform zum 01.07.2017 vollständig überarbeitet worden. Der Verfall ist durch den Begriff der Einziehung ersetzt worden. Auch die in steuerstrafrechtlichen Sachverhalten bisher regelmäßig zum Ausschluss des Verfalls führende Norm des § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB a.F. ist mit der Neuregelung entfallen. Ziel des neuen Rechts ist, dass mit den Mitteln des Arrestes und der Einziehung die Ansprüche des Geschädigten nicht nur gesichert, sondern auch im Rahmen der strafprozessualen Vollstreckung befriedigt werden sollen. Dies gilt auch für den Steueranspruch des Fiskus. Im Ergebnis wird der Fiskus nach dem seit dem 01.07.2017 geltenden Vermögensabschöpfungsrecht nun wie jeder andere (Individual-)Geschädigte behandelt.

⁷ § 208 Abs. 1 Nr. 1 AO.

⁸ § 208 Abs. 1 Nr. 2 AO.

⁹ § 208 Abs. 1 Nr. 3 AO.

¹⁰ In einigen Bundesländern sind die Straf- und Bußgeldsachenstellen lediglich Abteilungen der allgemeinen Finanzämter.

¹¹ §§ 111 b und 111 d StPO a.F.

¹² Zum damaligen Meinungsstand vgl. Madauß in NZWiSt 2018 S. 28.

Eingezogen wird nach § 73 Abs. 1 StGB grundsätzlich das durch eine Straftat konkret erlangte Etwas. Dies wäre z.B. eine durch Steuerhinterziehung erlangte unberechtigte Zahlung des Finanzamtes (z.B. bei einer Umsatzsteuererstattung aufgrund eines Vorsteuerüberhanges), sofern der Geldbetrag noch im Vermögen des Täters vorhanden ist. Regelmäßig erspart sich der Täter jedoch lediglich eine Steuerzahlung. Allerdings kann nach der Rechtsprechung des BGH grundsätzlich auch die ersparte Steuer erlangtes Etwas im S. des § 73 Abs. 1 StGB sein.¹³ Allerdings hat der 1. Strafsenat des BGH in neueren Entscheidungen klargestellt, dass nicht in jeder verkürzten Steuer ein erlangtes Etwas zu sehen ist. So wurde für die Hinterziehung der Tabaksteuer als Verbrauch- und Warensteuer entschieden, dass der Täter einen unmittelbar messbaren wirtschaftlichen Vorteil nur erlangt, soweit sich die Steuerersparnis in seinem Vermögen dadurch niederschlägt, dass er aus den Tabakwaren, auf die sich die Hinterziehung bezieht, einen Vermögenszuwachs, z.B. in Form eines konkreten Vermarktungsvorteils, erzielt¹⁴. Dies gilt für alle Verbrauch- und Warensteuern, mithin auch für die Branntweinsteuer und die Alkoholsteuer.¹⁵ Entsprechend hat der 1. Strafsenat auch für die Umsatzsteuer erkannt, dass sich beim Aussteller einer Scheinrechnung, welcher durch Unterlassen der Deklaration der nach § 14 c Abs. 2 UStG geschuldeten Umsatzsteuer eine Steuerhinterziehung begeht, ein Vermögensvorteil in dessen Vermögen hierdurch nicht niederschlägt und eine Einziehung bezüglich dieser ersparten Steuer bei ihm nicht erfolgen kann.¹⁶

Auch soweit danach eine ersparte Steuer als erlangtes Etwas anzusehen ist, weil sie beim Täter oder Teilnehmer einen Vermögensvorteil begründet hat, stellen ersparte Aufwendungen keinen konkret einziehbaren Gegenstand dar. Es kommt daher nur eine Einziehung des Wertersatzes im Sinne des § 73 c StGB in Betracht. Hierbei hat der 1. Strafsenat für die Verbrauch- und Warensteuern einschränkend entschieden, dass auch eine Einziehung von Wertersatz insoweit nicht möglich ist, als die Waren, auf welche sich die Steuerhinterziehung bezieht, aus vom Täter nicht zu vertretenden Umständen nicht mehr in seinem Vermögen vorhanden sind.¹⁷

III. Einziehung und strafprozessualer Vermögensarrest

1. Einziehung durch Strafurteil oder Strafbefehl

Die Anordnung der Einziehung gegen den Angeklagten erfolgt grundsätzlich im strafgerichtlichen Urteil¹⁸ oder Strafbefehl¹⁹. Sie kann auch formlos durch vorherigen Verzicht des Angeklagten auf sichergestellte Gegenstände erfolgen.²⁰ Auch in Fällen der Einziehung des Wertes von Taterträgen, wie sie regelmäßig bei der Steuerhinterziehung erfolgt, ist eine formlose Einziehung bei Verzicht grundsätzlich möglich.²¹

Wie sich im Umkehrschluss aus § 421 Abs. 1 StPO ergibt, muss das Gericht im Urteil oder Strafbefehl bei Vorliegen der Voraussetzungen grundsätzlich die Einziehung anordnen, wenn nicht eine der dort genannten Ausnahmen vorliegt.

So kann die Einziehung unterbleiben, wenn das Erlangte nur einen geringen Wert hat.²² Die Wertgrenze hierfür wird teilweise bei nur 30 EUR²³, teilweise in Steuerstrafverfahren auch bei 2.500 EUR²⁴ angesetzt. In der Praxis hat diese Norm kaum eine Bedeutung, da es bei Verkürzungsbeträgen in dieser Größenordnung regelmäßig nicht zu einer Anklageerhebung kommt.

¹³ BGH v. 18.12.2018 – 1 StR 36/17, NJW 2019 S. 867; BGH v. 4.7.2018 – 1 StR 244/18, BeckRS 2018, 17999; BGH v. 11.5.2016 – 1 StR 118/16, NStZ 2016 S. 731; BGH v. 13.7.2010 – 1 StR 239/10, wistra 2010 S. 406; BGH v. 28.11.2000 – 5 StR 371/00, NJW 2001 S. 693.

¹⁴ BGH v. 11.7.2019 – 1 StR 620/18, NJW 2019 S. 3012; BGH v. 23.5.2019 – 1 StR 479/18, wistra 2019 S. 450.

¹⁵ BGH v. 22.10.2019 – 1 StR 199/19, BeckRS 2019, 36557.

¹⁶ BGH v. 5.6.2019 – 1 StR 209/19, NJW 2020 S. 79.

¹⁷ BGH v. 22.10.2019 – 1 StR 199/19, BeckRS 2019, 36557.

¹⁸ Köhler in Meyer-Goßner/Schmitt Vor § 421 StPO Rn. 6.

¹⁹ § 432 Abs. 1 StPO.

²⁰ Köhler in Meyer-Goßner/Schmitt Vor § 421 StPO Rn. 6.

²¹ BGH v. 11.12.2018 – 5 StR 198/18, NJW 2019 S. 1692.

²² § 421 Abs. 1 Nr. 1 StPO.

²³ Köhler in Meyer-Goßner/Schmitt § 421 Rn. 4 mwN, nach Jäger in Klein § 370 AO Rn.356 50 EUR.

²⁴ Peters in Kohlmann § 399 AO Rn. 87.1.; Rettke, wistra 2007 S. 417.

Daneben kann von einer Einziehung auch abgesehen werden, wenn die Einziehung neben der zu erwartenden Strafe nicht ins Gewicht fällt.²⁵ Diese Norm hat der BGH auch auf die Einziehung von Taterträgen bzw. deren Wertes angewandt.²⁶ Gleichwohl dürfte sie in Fällen der Steuerhinterziehung nur ausnahmsweise in Betracht kommen, da die Höhe des hinterzogenen und damit der Einziehung unterliegenden Betrages regelmäßig ein bestimmender Strafzumessungsfaktor ist²⁷ und damit bei einer höheren Strafe regelmäßig auch ein erheblicher der Einziehung unterliegender Betrag gegeben ist. Eine Anwendung kann in Betracht kommen, wenn der wesentliche Teil der hinterzogenen Steuer im Zeitpunkt der Einziehungsentscheidung bereits entrichtet ist und damit insoweit wegen Erlöschens des Anspruches nicht mehr der Einziehung unterliegt.²⁸

Schließlich kann das Gericht von der Einziehung absehen, wenn das Verfahren, soweit es die Einziehung betrifft, einen unangemessenen Aufwand erfordern oder die Herbeiführung der Entscheidung über die anderen Rechtsfolgen der Tat unangemessen erschweren würde.²⁹ Dies könnte mehr Relevanz für die Praxis haben und wurde jüngst in dem ersten gerichtlichen Cum-Ex-Verfahren vor dem Landgericht Bonn auf vier der fünf Einziehungsbeteiligten angewandt.³⁰

Trotz dieser Ausnahme wird damit eine Einziehung zum Regelfall auch im Steuerstrafverfahren.

Ist der Angeklagte nicht identisch mit demjenigen, welcher den unberechtigten Steuervorteil erlangt hat, ist letzterer als Nebenbeteiligter in das Strafverfahren einzubeziehen (§ 424 Abs. 1 StPO). Die Einziehungsentscheidung richtet sich dann gegen diesen. Die Einziehungsentscheidung kann sich nach § 74 e StGB auch gegen eine juristische Person richten, wenn die Steuerhinterziehung durch deren Organ oder eine andere leitend tätige Person begangen wurde. Dies gilt auch bei der Einziehung von Wertersatz im Sinne des § 74 c Abs. 1 StGB, welche bei der Steuerhinterziehung regelmäßig in Betracht kommt.³¹

Beispiel:

Der Geschäftsführer hinterzieht Körperschaftsteuer für die von ihm geführte GmbH. Der Geschäftsführer selbst hat durch die Tat keine persönlichen wirtschaftlichen Vorteile gezogen. Die wirtschaftlichen Vorteile aus der Steuerhinterziehung sind sämtlich bei der GmbH verblieben. Als Ergebnis der Ermittlungen durch die Steuerfahndung wird der Geschäftsführer von der Staatsanwaltschaft vor dem Landgericht wegen Steuerhinterziehung angeklagt und die GmbH am Strafverfahren gegen den Geschäftsführer durch Beschluss des Landgerichts nach § 424 Abs. 1 StPO beteiligt. Gegen sie soll die Einziehung der durch die Steuerhinterziehung erlangten Taterträge erfolgen.

Nach § 427 Abs. 1 Satz 1 StPO hat der Einziehungsbeteiligte grundsätzlich dieselben Befugnisse wie der Angeklagte. Im Hauptverfahren stehen dem Einziehungsbeteiligten sämtliche Beteiligungs- und Antragsrechte zu. Nimmt er an dem Verfahren teil, muss der Einziehungsbeteiligte sich nicht zu den Tatvorwürfen einlassen. Die einziehungsbeteiligte GmbH ist auch nicht verpflichtet, sich am Verfahren gegen ihren angeklagten Geschäftsführer zu beteiligen. Die Anordnung der Beteiligung unterbleibt nämlich, wenn der Betroffene mitteilt, dass er gegen die Einziehung keine Einwendungen vorbringen wolle.³²

Der Einziehungsbeteiligte kann sich zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen,³³ der für den Einziehungsbeteiligten die Strafakten einsehen kann.³⁴ In dem Beispielsfall wird über einen nahezu identischen Sachverhalt verhandelt werden. Trotzdem sind in dem Verfahren vor dem Landgericht die GmbH als Einziehungsbeteiligte und der Geschäftsführer als Angeklagter strikt voneinander zu trennen. So kann

²⁵ § 421 Abs. 1 Nr. 2 StPO.

²⁶ BGH v. 8.11.2018 – 1 StR 511/18, BeckRS 2018 31676; aA Köhler in Meyer-Goßner/Schmitt § 421 StPO Rn. 6 a mwN).

²⁷ BGH v. 7.12.1978 – 4 StR 604/78, MDR 1979 S. 279; BGH v. 2.12.2008 – 1 StR 416/08, NJW 2009 S. 528; Schauf in Kohlmann § 370 AO Rn. 1029.1.

²⁸ § 73 e Abs. 1 StGB.

²⁹ § 421 Abs. 1 Nr. 3 StPO.

³⁰ Beschluss LG Bonn v. 16.3.2020- 62 KLS 1/19, Bericht in Beck FD-StrafR 2020, 427932.

³¹ Köhler in Meyer-Goßner/Schmitt § 424 StPO Rn. 3.

³² § 424 Abs. 2 S. 1 StPO.

³³ § 428 Abs. 1 S. 1 StPO.

³⁴ §§ 428 Abs. 1 S. 2, 147 Abs. 1 StPO.

sich die GmbH wegen des Verbots der Mehrfachverteidigung im selben Verfahren nicht desselben anwaltlichen Vertreters bedienen.³⁵ Regelmäßig kann es jedoch sinnvoll sein, wenn Individualverteidiger und Unternehmensverteidiger der Einziehungsbeteiligten eng zusammenarbeiten (sog. Sockelverteidigung).

2. Beteiligung im Nachverfahren, § 433 StPO

Erfolgte eine Einziehung im Hauptverfahren ohne Beteiligung desjenigen, welcher von der Einziehung betroffen ist, kann er in einem Nachverfahren geltend machen, dass die Einziehung ihm gegenüber nicht gerechtfertigt gewesen sei.³⁶ Dafür muss er glaubhaft machen, dass er seine Rechte ohne sein Verschulden im Verfahren des ersten Rechtszugs oder dem Berufungsverfahren nicht wahrnehmen können. Ist dies der Fall und war die Einziehung nicht gerechtfertigt, so kann im Nachverfahren auch eine rechtskräftige Einziehungsentscheidung beseitigt werden.³⁷

Es dürfte zu erwarten sein, dass in Steuerstrafverfahren die Staatsanwaltschaft - ggf. auf Anregung der Finanzbehörde - mit der Anklage eine Beteiligung des gesonderten Einziehungsbeteiligten am Hauptverfahren beantragen wird, da bei der Verkürzung betrieblicher Steuern von juristischen Personen regelmäßig ein anderer als der Angeklagte von der Einziehung betroffen ist. Damit dürfte ein Nachverfahren in Steuerstrafverfahren die Ausnahme sein.

3. Vermögensarrest zur Sicherung der Wertersatzeinziehung, § 111e StPO

Nach den Darlegungen zu 2. steht die Einziehungsentscheidung erst am Ende des Strafverfahrens. Daher besteht in vielen Fällen ein Bedürfnis, die spätere Einziehung gegen Vermögensverschiebungen während des Verfahrens zu sichern. In Steuerstrafverfahren, bei denen regelmäßig eine Einziehung von Wertersatz am Ende des Strafverfahrens angeordnet wird, dient hierzu der Vermögensarrest zur Sicherung der Wertersatzeinziehung im Sinne des § 111 e StPO.

Danach kann bereits in jeder Phase des Ermittlungsverfahrens bei begründeter Annahme des Vorliegens der Voraussetzungen der Einziehung von Wertersatz zur Sicherung der Vollstreckung der Vermögensarrest in das bewegliche und unbewegliche Vermögen des Betroffenen angeordnet werden.

Es genügt hierbei ein bloßer Anfangsverdacht der vorsätzlichen Steuerhinterziehung im Sinne des § 152 Abs. 2 StPO.³⁸ Liegen dringende Gründe für die Annahme einer Steuerstraftat vor, so wird das Ermessen der Ermittlungsbehörde insoweit eingeschränkt, als der Vermögensarrest angeordnet werden soll.³⁹ Der Vermögensarrest ist dann der Regelfall.

Neben diesem Anfangsverdacht ist ein Sicherungsbedürfnis erforderlich, da der Arrest nach § 111 e Abs. 1 Satz 1 StPO nur zur Sicherung der Vollstreckung einer späteren Einziehungsentscheidung erfolgen darf.⁴⁰ In der Rechtsprechung ist jedoch streitig, ob bereits der Verdacht der Begehung einer vorsätzlichen Steuerhinterziehung das Sicherungsbedürfnis indiziert⁴¹ oder daneben gesonderte Anhaltspunkte für eine Vereitelung oder Erschwerung einer Vollstreckung bestehen müssen⁴². Das Sicherungsbedürfnis entfällt jedenfalls, soweit der Anspruch des Verletzten erloschen ist. In Steuerhinterziehungsfällen entfällt damit das Sicherungsbedürfnis, soweit der Steueranspruch erloschen ist, also z.B. wenn die Steuer bezahlt ist.⁴³

³⁵ §§ 428 Abs. 1 S. 2, 146 S. 1 StPO; OLG Hamm, StraFo 2018 S. 63; OLG Düsseldorf, NStZ 1988 S. 289; Köhler in Meyer-Goßner/Schmitt § 428 StPO Rn 5.

³⁶ § 433 Abs. 1 StPO.

³⁷ Köhler in Meyer-Goßner/Schmitt § 433 StPO Rn. 1.

³⁸ OLG Stuttgart, NJW 2017 S. 3731; Köhler in Meyer-Goßner/Schmitt § 111 e StPO Rn. 4.

³⁹ § 111 e Abs. 1 S. 2 StPO.

⁴⁰ Köhler in Meyer-Goßner/Schmitt § 111 e StPO Rn. 5 f.

⁴¹ OLG Hamburg v. 26.10.2018 – 2 Ws 183/18, NZWiSt 2019 S. 106; OLG Stuttgart v. 25.10.2017 – 1 Ws 163/17, NJW 2017 S. 3791.

⁴² OLG Schleswig v. 12.2.2019 – 1 Ws 386/18, BeckRS 2019, 8030; OLG Schleswig v. 09.07.2019 – 2 Ws 68/19, wistra 2020 S. 86.

⁴³ § 47 AO.

4. Ausschluss der Einziehung durch Erlöschen des Anspruchs, § 73e Abs. 1 StGB

a) Ausschluss der Einziehung bei Zahlung auf den Steueranspruch

Da bei der Steuerhinterziehung der Anspruch des Fiskus auf die hinterzogene Steuer durch eine Einziehung befriedigt werden soll, ist für die Anwendung des § 73 e Abs. 1 StGB auch das Erlöschen dieses Steueranspruches maßgeblich. Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis erlöschen nach § 47 AO insbesondere durch Zahlung⁴⁴, Aufrechnung⁴⁵, Erlass⁴⁶ und Verjährung⁴⁷, ferner durch Eintritt der Bedingung bei auflösend bedingten Ansprüchen.

Für hinterzogene Steuern, die im Besteuerungsverfahren bis zur Einziehungsentscheidung bezahlt worden sind, ist der Anspruch des Fiskus danach erloschen und eine Einziehung damit insoweit ausgeschlossen. Häufig wird die Einziehungsentscheidung daher wegen der Zahlung der Steuerforderung entfallen.

b) Einziehung bei Festsetzungsverjährung

Nach § 47 AO führt auch der Eintritt der Festsetzungsverjährung⁴⁸ sowie der Zahlungsverjährung⁴⁹ zum Erlöschen des Steueranspruches.

Gleichwohl war zunächst streitig, ob der Eintritt der Festsetzungsverjährung als Erlöschen im Sinne des § 73 e Abs. 1 StGB anzusehen und mithin die Einziehung des Wertes festsetzungsverjährter Steuern ausgeschlossen ist. Es war zunächst auch vertreten worden⁵⁰, dass der Begriff des Erlöschens in § 73 e Abs. 1 StGB und in § 47 AO nicht einheitlich auszulegen sei, weil der Gesetzgeber mit der Norm des § 73 e Abs. 1 StGB lediglich eine vergleichsfreundliche Lösung schaffen wollte, indem er neben dem Erlöschen durch Zahlung auch das teilweise Erlöschen durch Vergleich mit dem Verletzten von der Einziehung ausnehmen wollte.⁵¹

Zwischenzeitlich hat jedoch der 1. Strafsenat des BGH erkannt⁵², dass der eindeutige Wortlaut der §§ 47 AO und 73 e Abs. 1 StGB aufgrund des Analogieverbotes aus Art. 103 II GG nur eine einheitliche Auslegung beider Normen dahingehend zulässt, dass ein Erlöschen des Steueranspruches durch Festsetzungsverjährung eine Einziehung entsprechend § 73 e Abs. 1 StGB ausschließt.

Soweit noch eine Einziehung festsetzungsverjährter Steuern angeordnet werden sollte, ist daher zu empfehlen, hiergegen Rechtsmittel einzulegen.

Beispiel:

Für A wurde im Jahre 2017 eine Selbstanzeige hinsichtlich Einkünften aus einem Schweizer Konto für die Jahre 2008 - 2016 eingereicht, welches seit 1992 bestand. Die Selbstanzeige führte nicht entsprechend § 371 AO zur Strafbefreiung, weil nicht die Steuererklärungen 2006 und 2007 berichtet und somit nicht alle Steuerstraftaten innerhalb der letzten zehn Kalenderjahre einbezogen worden waren (§ 371 Abs. 1 S. 2 AO).⁵³ Das Finanzamt hat die Steuern für 2006 bis 2016 im Jahre 2017 festgesetzt. Die Jahre bis 2005 sind festsetzungsverjährt.⁵⁴ Sämtliche Kontostände für die Jahre 1992 bis 2005 hat die Finanzbehörde zwischenzeitlich aus einer Daten-CD erhalten. Das Finanzamt für Steuerstrafsachen und Steuer-

⁴⁴ §§ 224, 224 a, 225 AO.

⁴⁵ § 226 AO.

⁴⁶ §§ 163, 227 AO.

⁴⁷ §§ 169 bis 171, 228 bis 232 AO.

⁴⁸ §§ 169 bis 171 AO.

⁴⁹ §§ 228 bis 232 AO.

⁵⁰ LG Mannheim v. 17.10.2018 – 609 Js 8067/14; Madauß, NZWiSt 2018 S. 28, 33 u. NZWiSt 2019 S. 49, 52; so auch OLG München v. 20.07.2018 – 5 OLG 15 Ss 96/18, NZWiSt 2019 S. 77 für den Fall des Ablaufs der Ausschlussfrist nach § 45 Abs. 4 S. 2 SGB X; aA Rettke, wistra 2017 S. 417; Feindt/Rettke, DStR 2018 S. 2357.

⁵¹ BT-DrS 18/9525 S. 69; BT-DrS 18/11640 S. 79.

⁵² BGH v. 24.10.2019 – 1 StR 173/19, NStZ-RR 2020 S. 46.

⁵³ Der Zehnjahreszeitraum erstreckt sich auf die zehn Kalenderjahre, welche dem Jahr der Selbstanzeige, also hier 2017 voran gehen (Jäger in Klein § 371 AO Rn. 57), also hier die Jahre ab 2007. Die Steuerhinterziehung für das Jahr 2006 kann aber auch frühestens in 2017 begangen worden sein, da die Steuerklärung erst nach Abschluss des Jahres eingereicht wird.

⁵⁴ Es gilt bei Steuerhinterziehung die zehnjährige Festsetzungsverjährung des § 169 Abs. 2 S. 2 AO, welche mit Ende des Jahres der Einreichung der Steuererklärung beginnt (§ 170 II Nr. 1 AO). Hier soll die Steuererklärung für 2005 in 2006 eingereicht worden sein, so dass die Festsetzungsverjährung zum 31.12.2016 abließ.

fahndung beantragt die Einziehung in Höhe der verkürzten Steuer aus den geschätzten Einkünften dieser Kontoverbindung auch für die Jahre 1992 bis 2005.

Da eine Steuerhinterziehung für die Jahre 1992 bis 2005 steuerstrafrechtlich verjährt ist⁵⁵, kommt eine Einziehung im Strafurteil insoweit nicht in Betracht. Jedoch ist verfahrensrechtlich eine selbständige Einziehung im gesonderten Verfahren gemäß § 76a Abs. 1 StGB möglich. Dies gilt auch, soweit die Straftat verjährt ist (§ 76a Abs. 2 Satz 1 StGB).

Die Verjährungsfrist für die selbständige Einziehung beträgt 30 Jahre (§ 76 b Abs. 1 S. 1 StGB). Deshalb hatte die Finanzbehörde die Einziehung für die Jahre 1992 bis 2005 für zulässig erachtet. Nach der vorstehend angesprochenen Entscheidung des BGH⁵⁶ ist jedoch eine Einziehung der festsetzungsverjährten Steuern 1992 bis 2005 wegen Erlöschens der Steuerschuld nach § 73 e Abs. 1 StGB nicht mehr möglich.

Im Regelfall der zivilrechtlichen Ansprüche des Verletzten führt die Verjährung nur zu einer Einrede⁵⁷ und damit nicht zum Erlöschen des Anspruchs und mithin auch nicht zum Ausschluss der Einziehung nach § 73 e Abs. 1 StGB.

Die Frage, ob eine wirksame Selbstanzeige einer Einziehung entgegensteht, ist noch nicht höchstrichterlich entschieden worden. Im Schrifttum wird jedoch vertreten, dass die strafbefreiende Wirkung einer Selbstanzeige auch die strafrechtlichen Nebenfolgen erfasse und damit z.B. eine Einziehung nach § 375 Abs. 2 AO ausschließe.⁵⁸

c) Einziehung und tatsächliche Verständigung

Beispiel:

A betreibt eine Gaststätte. Es wurde festgestellt, dass dieser Einkäufe in SB-Märkten nicht als Wareneingang erfasst hat. Das Finanzamt geht davon aus, dass die Schwarzeinkäufe zu Schwarzverkäufen verwendet wurden, welche A dem Grunde nach einräumt. Im Rahmen einer tatsächlichen Verständigung im Besteuerungsverfahren einigt man sich auf die Hinzuschätzung von Einnahmen in Höhe von EUR 200.000 in den letzten fünf Jahren. Die Steuer wird auf dieser Basis bestandskräftig festgesetzt und bezahlt. Im anschließenden Strafverfahren geht das Gericht auf der Basis der Beweisaufnahme von Schwarzverkäufen von EUR 400.000 aus. Es will die Steuer einziehen, welche auf die zusätzlichen EUR 200.000 entfällt.

Ob eine tatsächliche Verständigung einer Einziehung darüber hinausgehender Beträge entgegensteht, ist streitig. Eine formelle Bindungswirkung der aufgrund der tatsächlichen Verständigung erfolgten bestandskräftigen Steuerfestsetzung für die Einziehung besteht nicht. Für eine materielle Bindungswirkung spricht jedoch, dass nach der Gesetzesbegründung zu § 73 e Abs. 1 StGB⁵⁹ ein Erlöschen des Anspruches durch Vergleich mit dem Verletzten die Einziehung begrenzen soll und eine tatsächliche Verständigung in der Wirkung einem Vergleich entspricht.⁶⁰ Die Gegenauffassung⁶¹ argumentiert damit, dass nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs⁶² eine tatsächliche Verständigung kein öffentlich-rechtlicher Vertrag ist und dieser nach § 47 AO auch nicht zu einem Erlöschen einer darüber hinausgehenden Steuerschuld führt.

Auch in diesen Fällen sollten entsprechende Einziehungsanordnungen angefochten werden, bis eine höchstrichterliche Klärung erfolgt ist. Der Mandant sollte aber vor Abschluss der tatsächlichen Verständigung darauf hingewiesen werden, dass diese die Einziehung eines darüber hinausgehenden Betrages nicht sicher ausschließt.

⁵⁵ Bei einer Steuerhinterziehung in großem Ausmaß im S. des § 370 Abs. 3 Nr. 1 AO gilt die zehnjährige strafrechtliche Verjährungsfrist des § 376 Abs. 1 AO. Die Tat für 2005 war jedoch mit Bekanntgabe des unrichtigen Steuerbescheides in 2006 beendet (BGH v. 7.2.1984 – 3 StR 413/83, wistra 1984 S. 142; Heerspink in Kohlmann § 376 AO Rn. 72 mwN).

⁵⁶ BGH v. 24.10.2019 – 1 StR 173/19, NStZ-RR 2020 S. 46.

⁵⁷ § 214 Abs. 1 BGB.

⁵⁸ Köhler in Müko zu § 371 AO Rn. 335; Rolletschke/Roth, Die Selbstanzeige nach § 371 AO Rn. 15; Schauf in Kohlmann § 371 AO Rn. 794; Joecks in Joecks/Jäger/Randt § 371 AO Rn. 387.

⁵⁹ BT-DrS. 18/9525 S. 69; BT-DrS 18/11640 S. 79.

⁶⁰ Spatscheck/Spilker NStZ 2019 S. 508; Peters AO-StB 2018 S. 144, 148; offen gelassen in Jäger in Klein § 370 AO Rn. 356.

⁶¹ Madauß, NZWiSt 2019 S. 49.

⁶² BFH, BStBl. II 2004 S. 1626; zuletzt offen gelassen in BFH, BFH/NV 2010 S. 593.

IV. Verhältnis zum Besteuerungsverfahren und finanzgerichtlichen Rechtsschutz

Noch nicht durch die Rechtsprechung geklärt ist die Frage, ob eine bestandskräftige Steuerfestsetzung einen strafprozessualen Arrest und die Einziehung in Bezug auf darüber hinausgehende Beträge ausschließt.

Beispiel:

A betreibt eine Gaststätte und hat Eingangrechnungen aus SB-Märkten nicht verbucht. Das Finanzamt geht im Rahmen einer Betriebsprüfung von Schwarzverkäufen aus und schätzt diese auf der Basis von Aufschlägen auf die nicht verbuchten Wareneingänge und erheblichen Unsicherheitszuschlägen mit 500.000 EUR in fünf Jahren. Das Finanzgericht gewährt Aussetzung der Vollziehung auf die Mehrwertsteuer, weil es ernstliche Zweifel an der Höhe der geschätzten Mehreinnahmen hat. Die Straf- und Bußgeldsachenstelle leitet ein Strafverfahren ein und beantragt beim zuständigen Amtsgericht einen Vermögensarrest nach § 111 e Abs. 1 StPO in Höhe der sich aus 500.000 EUR ergebenden Mehrwertsteuer, welcher angeordnet wird.

Später kommt das Finanzgericht in seinem Urteil auf Mehreinnahmen von lediglich 300.000 EUR. Das Amtsgericht verurteilt A auf der Basis von Mehreinnahmen von 500.000 EUR und verfügt eine Einziehung von Beträgen in Höhe der Steuer aus 500.000 EUR.

Es stellt sich die Frage, ob zum einen die Entscheidung des Amtsgerichts über den Vermögensarrest nach § 111 e StPO und zum anderen die Entscheidung des Finanzgerichts über die Einziehung eines höheren Mehrsteuerbetrags zutreffend ist.

1. Grundsätzliche Unabhängigkeit von Besteuerungsverfahren und Strafverfahren

Nach § 393 Abs. 1 S. 1 AO richten sich die Rechte und Pflichten der Steuerpflichtigen und der Finanzbehörde im Besteuerungsverfahren und im Strafverfahren nach den für das jeweilige Verfahren geltenden Vorschriften. Die Norm des § 396 Abs. 1 AO sieht die Möglichkeit vor, das Strafverfahren bis zum rechtskräftigen Abschluss des Besteuerungsverfahrens auszusetzen, wenn die Beurteilung der Tat als Steuerhinterziehung davon abhängt, ob ein Steueranspruch besteht oder ob Steuern verkürzt oder nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt sind. Die Aussetzung ist danach allerdings nicht zwingend vorgeschrieben, sondern liegt im pflichtgemäßen Ermessen der Ermittlungsbehörden bzw. des Strafgerichtes.⁶³ Besteuerungs- und Strafverfahren stehen damit grundsätzlich unabhängig und gleichrangig nebeneinander.⁶⁴ Das bedeutet auch, dass das Strafverfahren grundsätzlich unabhängig vom Besteuerungsverfahren geführt werden kann.

Entsprechend wurde in der Rechtsprechung⁶⁵ ein Wahlrecht der Finanzbehörde angenommen, ob sie bei Vorliegen eines Arrestanspruchs sowie eines Arrestgrundes einen strafprozessualen Arrest nach den §§ 111 b ff. StPO oder einen Arrest im Besteuerungsverfahren nach den §§ 324, 325 AO beantragt. Sogar eine zunächst erfolgte Anordnung des strafprozessualen dinglichen Arrestes schließt danach die Anordnung eines späteren dinglichen Arrestes nach § 324 AO nicht aus.⁶⁶ Selbst ein rechtskräftig abgeschlossenes Besteuerungsverfahren hat keine Bindungswirkung für das Strafverfahren.⁶⁷ Entsprechend kann auch eine rechtskräftige Verurteilung wegen Steuerhinterziehung nicht deshalb wieder aufgehoben werden, weil später der Bundesfinanzhof entscheidet, dass die nicht erklärten Einkünfte gar nicht steuerpflichtig waren. Dieser Grundsatz ist auch auf das strafrechtliche Einziehungsverfahren zu übertragen. Daher muss das Strafgericht für den Erlass einer Arrestanordnung entsprechend § 111 e Abs. 1 StPO und einer Einziehungsanordnung nicht abwarten, bis das Finanzgericht entschieden hat. D.h. auf verfahrensrechtlicher Ebene sind das Einziehungsverfahren und das Besteuerungsverfahren einschließlich des Arrestverfahrens nach § 324 ff. AO voneinander unabhängig.

⁶³ BGH v. 22.10.1984 – 3 StR 315 S. 84; NStZ 1985 S. 126; Jäger in Klein § 396 AO Rn. 8.

⁶⁴ Hellmann in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 393 AO Rn 11 ff, Jäger in Klein § 393 AO Rn. 1.

⁶⁵ FG Köln v. 28.02.2018 – 3 K 3747/14, BeckRS 2018, 42792.

⁶⁶ FG Köln a.a.O Fn 56.

⁶⁷ BayObLG v.3.3.2004 – 4 St RR 8/04, wistra 2004 S. 239.

Entsprechend hindert eine im Besteuerungsverfahren gewährte Aussetzung der Vollziehung auch eine Arrestanordnung gemäß § 111 e Abs. 1 StPO nicht.

Dies ergibt sich auch aus den unterschiedlichen Voraussetzungen beider Normen. Wie dargelegt, genügt für eine Arrestanordnung nach § 111 e Abs. 1 StPO ein Anfangsverdacht im Sinne des § 152 Abs. 2 StPO. Hierfür genügt, dass tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, welche es als möglich erscheinen lassen, dass eine Steuerhinterziehung vorliegt.⁶⁸ Dagegen ist Aussetzung der Vollziehung nach § 361 Abs. 2 S. 2 AO zu gewähren, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Steuerhinterziehung bestehen. Hierfür genügt eine Wahrscheinlichkeit von 50%, dass der Steuerbescheid rechtswidrig ist, es muss keine überwiegende Wahrscheinlichkeit bestehen.⁶⁹ Wenn aber z.B. eine Steuerverkürzung zu 50 % wahrscheinlich ist, ist zwar Aussetzung der Vollziehung zu gewähren, gleichwohl genügt dies für einen Anfangsverdacht der Steuerhinterziehung und damit die Anordnung eines Arrestes nach § 111 e Abs. 1 StPO.

Mithin konnte im Beispielsfall die Arrestanordnung trotz der gewährten Aussetzung der Vollziehung ergehen.

2. Mögliche Einschränkung auf tatbestandlicher Ebene

Streitig ist, ob eine bestandskräftige Steuerfestsetzung die tatbestandlichen Voraussetzungen der Einziehung durch das Strafgericht für einen darüber hinausgehenden Betrag entfallen lässt. Anknüpfungspunkt dieser Frage ist § 73 e Abs. 1 StGB, nach welchem eine Einziehung ausgeschlossen ist, soweit die Steuer erloschen ist. Steuerrechtlich gehört jedoch eine Steuerfestsetzung nicht zu den Erlöschensgründen im Sinne des § 47 AO für die nicht festgesetzte Steuer.⁷⁰ Der materielle Steueranspruch entsteht unter den Voraussetzungen des § 38 AO und erlischt unter den Voraussetzungen des § 47 AO und damit unabhängig von der Steuerfestsetzung. Die Steuerfestsetzung trifft lediglich eine Entscheidung über den Steueranspruch, die nach Ablauf der Rechtsbehelfsfrist formell bestandskräftig (unanfechtbar) wird.⁷¹ Mit der formellen Bestandskraft tritt grundsätzlich zwar auch die materielle Bestandskraft ein. Die materielle Bestandskraft kann hingegen noch im Rahmen der Änderungsvorschriften durchbrochen werden.

Aus der Unabhängigkeit von Besteuerungs- und Strafverfahren wird in einem Teil des Schrifttums gefolgert, dass auch eine bestandskräftige Steuerfestsetzung eine Einziehung darüber hinausgehender Beträge nicht hindert.⁷² Nach der Gegenauffassung⁷³ erfasst das Erlöschen im Sinne des § 73 e Abs. 1 StGB seinem Sinn und Zweck nach auch die Fälle, in denen der Steueranspruch aus verfahrensrechtlichen Gründen nicht mehr realisierbar ist. Eine höchstrichterliche Entscheidung hierzu steht noch aus.

Damit ist im Beispielsfall die Frage, ob die zusätzlichen EUR 200.000 eingezogen werden dürfen, noch Streitig.

3. Vergleich zwischen strafrechtlichem Arrest und Arrest nach 324 AO

a) Unterschiedliche Verdachtsgrade

Für einen Arrest nach § 324 AO muss zunächst ein Arrestanspruch, also eine zu sichernde Geldforderung, bestehen. Die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des Bestehens dieses Arrestanspruches werden unterschiedlich definiert. Teilweise verlangt die Rechtsprechung ein hinreichendes Maß an Wahrscheinlichkeit⁷⁴, teilweise wird eine überwiegende Wahrscheinlichkeit verlangt⁷⁵. Beides ist jedenfalls ein höheres Maß an Wahrscheinlichkeit als bei einem Arrest nach § 111 e Abs. 1 StPO, bei welchem ein bloßer Anfangsverdacht ge-

⁶⁸ Schmitt in Meyer-Goßner/Schmitt § 152 StPO Rn. 4.

⁶⁹ BFH v. 2.7.2014 – XI S 8/14, BFH/NV 2014 S. 1601; Rätke in Klein § 361 AO Rn. 16.

⁷⁰ Jäger in Klein § 370 AO Rn. 356.

⁷¹ Seer in Tipke/Kruse § 155 AO Rn. 1.

⁷² Madauß, NZWiSt 2019 S. 49, 50; Weidemann, PStR 2018 S. 8.

⁷³ Krumm in Tipke/Kruse § 375 AO Rn. 28; Spatscheck/Spilker DB 2018 S. 43.

⁷⁴ BFH v. 6.2.2013 – XI B 125/12 – Tz. 28, BStBl. II 2013 S. 983; FG München v. 2.3.2009 – 7 K 4374/06, EFG 2009 S. 949; Loose in Tipke/Kruse § 324 AO Rn. 24.

⁷⁵ OLG Nürnberg . 22.09.2010 – 1 Ws 504/10, NStZ 2011 S. 173; FG Baden-Württemberg, EFG 1990 S. 507; Werth in Klein § 324 AO Rn. 9 mwN.

nügt, es also zureichende tatsächliche Anhaltspunkte nur als möglich erscheinen lassen müssen, dass eine verfolgbare Straftat vorliegt.⁷⁶

Daneben muss für einen Vermögensarrest bei § 324 AO ein Sicherungsgrund bestehen. Hierfür muss schon nach dem Wortlaut der Norm zu befürchten sein, dass sonst die Beitreibung vereitelt oder wesentlich erschwert wird. Diese Besorgnis muss bei objektiver Würdigung der gesamten Umstände gerechtfertigt sein.⁷⁷

Dagegen ist für einen strafprozessualen Arrest nach § 111 e Abs. 1 StPO zwar auch ein Sicherungsgrund erforderlich. Es ist jedoch bereits streitig, ob dieser nicht schon durch den Verdacht der Steuerhinterziehung indiziert wird.⁷⁸

Mithin sind die Voraussetzungen für einen Arrest nach § 324 AO höher als für einen Arrest nach § 111 e Abs. 1 StPO.

Zudem kann das Festsetzungsfinanzamt einen Arrest nach § 324 AO durch Verwaltungsakt selbst anordnen. Dagegen kann die Straf- und Bußgeldsachenstelle den Arrest nach § 111 e Abs. 1 StPO nur beantragen oder bei Verfahren der Staatsanwaltschaft die Beantragung durch diese dort anregen. Über diesen Antrag entscheidet dann nach § 111 j Abs. 1 S. 1 StPO das zuständige Gericht. Dies ist während des Ermittlungsverfahrens das Amtsgericht, in dessen Bezirk die Staatsanwaltschaft ihren Sitz hat.⁷⁹

b) Staatshaftung

Die Anordnung eines Arrestes nach § 324 AO setzt – wie dargelegt – nicht voraus, dass der zu sichernde Steueranspruch tatsächlich feststeht. Der Arrest kann bereits dann angeordnet werden, wenn für sein Bestehen eine hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht. Aufgrund der weitreichenden Folgen für den Steuerpflichtigen besteht bei einer Anordnung des Arrests nach § 324 AO eine Haftung des Finanzamtes entsprechend § 945 ZPO unabhängig vom Verschulden des Finanzbeamten, wenn sich der Arrest als von Anfang an ungerechtfertigt erweist.⁸⁰

Dagegen findet § 945 ZPO bei § 111 e Abs. 1 StPO weder unmittelbar noch analog Anwendung.⁸¹ Zwar kommt hier grundsätzlich ein verschuldensabhängiger Amtshaftungsanspruch nach § 839 BGB, Art. 34 GG in Betracht. Jedoch sind staatsanwaltliche Handlungen, bei denen ein Beurteilungsspielraum besteht, hierbei nicht auf ihre Richtigkeit, sondern nur ihre Vertretbarkeit zu überprüfen. Hieran fehlt es nur, wenn die Entscheidung bei voller Würdigung auch der Belange einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege nicht mehr verständlich ist.⁸² Eine weitere mögliche Anspruchsgrundlage für die Entschädigung für einen Vermögensarrest nach § 111 e Abs. 1 StPO findet sich in § 2 Nr. 4 StrEG. Dies ist allerdings ausgeschlossen, wenn die Einziehung einer Sache angeordnet ist (§ 5 Abs. 1 Nr. 4 StrEG) und setzt überdies voraus, dass der Beschuldigte freigesprochen oder das Verfahren gegen ihn eingestellt wird oder das Gericht die Eröffnung des Hauptverfahrens gegen ihn ablehnt.

Mithin sind die Haftungsrisiken für die Finanzbehörde bei einem Arrest nach § 324 AO deutlich höher, als bei einem Arrest nach § 111 e Abs. 1 StPO.

c) Rechtsschutzmöglichkeiten

Gegen eine Arrestanordnung des Finanzamtes nach § 324 AO besteht zunächst die Rechtsschutzmöglichkeit wie bei jedem anderen Steuerverwaltungsakt, nämlich der Einspruch. Als Besonderheit kann die Arrestanordnung allerdings auch – ohne vorangehendes Einspruchsverfahren – unmittelbar mit einer Klage beim Finanzgericht angefochten werden (§ 45 Abs. 4 FGO). Im einstweiligen Rechtsschutz kann gegen die Vollziehbarkeit des Arrests mit einem Antrag auf Aussetzung der Vollziehung beim Finanzamt vorgegangen werden. Daneben ist auch der unmittelbare Antrag an das Finanzgericht zulässig (§ 69 Abs. 4 Nr. 2 FGO), da dem Antragsteller im Arrestverfahren die Vollstreckung droht. Dies ergibt sich be-

⁷⁶ Schmitt in Meyer-Goßner/Schmitt § 152 AO Rn. 4.

⁷⁷ BFH v. 25.4.1995 – VII B 174/94, BFH/NV 1995 S. 1037.

⁷⁸ Siehe hierzu unter 3.

⁷⁹ § 162 Abs. 1 S. 1 StPO.

⁸⁰ BGH v. 25.5.1959 – III ZR 39/58, BGHZ 30 S. 123; Werth in Klein § 324 AO Rn. 16 mwN.

⁸¹ BGH v. 13.09.2018 – III ZR 339/17, NJW 2019 S. 227; Johann in Löwe/Rosenberg § 111 d StPO Rn. 46.

⁸² BGH a.a.O Fn 82.

reits daraus, dass die Finanzbehörde entsprechend § 324 Abs. 3 S. 1 AO die Arrestanordnung innerhalb eines Monats vollziehen muss.

Rechtsschutz gegen eine Arrestanordnung nach § 111 e Abs. 1 StPO wird durch Beschwerde an das Landgericht gewährt (§ 304 StPO). Der Staatsanwaltschaft steht ein Beschwerderecht zu, wenn deren Antrag auf Arrestanordnung abgelehnt worden ist.⁸³ Im Nachgang zu dem Beschwerdeverfahren vor dem Landgericht ist bei einem Streitwert von mehr als 20.000 EUR die weitere Beschwerde an das Oberlandesgericht zulässig (§ 310 Abs. 1 Nr. 3 StPO).

d) In der Praxis zu erwartendes Vorgehen

Wie dargelegt, kann die Finanzbehörde beim Anfangsverdacht einer Steuerhinterziehung entscheiden, ob sie unter den Voraussetzungen des § 324 AO einen Arrest anordnet oder einen Vermögensarrest im Sinne des § 111 e Abs. 1 StPO als Ermittlungsbehörde beantragt oder bei der Staatsanwaltschaft anregt.

Da die Voraussetzungen für einen Arrest nach § 324 AO geringer sind und den Finanzbehörden dann keine verschuldensunabhängige Haftung droht, dürfte die Beantragung eines Arrestes nach § 111 e Abs. 1 StPO in Zukunft zumeist das Mittel der Wahl werden.

⁸³ Köhler in Meyer-Goßner/Schmitt § 111 j Rn. 12.

Arbeitsstrafrecht

LOStA a.D. Rechtsanwalt Folker Bittmann, Köln

§ 266a StGB: eine hybride Vorschrift

I. Prolog

Mit Strafvorschriften verfolgt der Gesetzgeber bestimmte Zwecke. Er kann z.B. ein bestimmtes Rechtsgut mit einer Strafnorm schützen, zumindest kann er es versuchen. Es ist allerdings keineswegs so, dass ein Rechtsgut nur von einer Strafbestimmung geschützt werden könnte. Es sind vielmehr verschiedene weitere Kombinationen möglich:

- ein Rechtsgut, mehrere Strafbestimmungen,
- verschiedene Rechtsgüter, eine Strafbestimmung, und
- verschiedene Rechtsgüter, mehrere Strafbestimmungen.
- Anstatt als Straftat könnte der Schutz auch als Ordnungswidrigkeit gewährt werden.

Ein Rechtsgut ist keineswegs zwingend nur einer einzigen Gefahr ausgesetzt. Kann es in verschiedenen Situationen unterschiedlich bedroht sein, so steht der Gesetzgeber vor der Wahl, ob er den Versuch unternimmt, dieses bestimmte Rechtsgut gegen diverse Einflüsse innerhalb einer einzigen Bestimmung zu schützen, oder ob er dafür mehrere Strafnormen vorsieht. Da es insoweit keinerlei verfassungsrechtliche Vorgaben gibt, liegt die Wahl sowohl der Mittel als auch des Weges im Ermessen des Gesetzgebers.

II. § 266a StGB

1. Varianten des geltenden Rechts

Voraussetzung für die Ausübung des Gestaltungswahlrechts ist allerdings, dass dem Gesetzgeber die Unterschiedlichkeit der Gefährdungen bewusst ist. Betrachtet man § 266a StGB, so stößt man in den verschiedenen Absätzen auf unterschiedliche Bedrohungsszenarien, die mit unterschiedlichen Mitteln strafbewehrt sind:

- § 266a Abs. 1 StGB schützt allein die Arbeitnehmeranteile, diese aber bereits gegen bloßes Vorenthalten, verstanden als schlichte Nichtzahlung.
- § 266a Abs. 2 StGB hat ausschließlich die Arbeitgeberanteile im Blick, beschränkt die Strafdrohung jedoch auf die beiden Varianten einer Täuschung der Einzugsstelle oder das ihr gegenüber pflichtwidrige Unterlassen der Mitteilung sozialversicherungsrechtlich erheblicher Tatsachen.
- § 266a Abs. 3 StGB befasst sich mit sonstigen Teilen des Arbeitsentgelts, pönalisiert deren Vorenthaltung allerdings nur im Fall der Verheimlichung gegenüber dem Arbeitnehmer.
- § 266a Abs. 5 StGB stellt Auftraggeber eines Heimarbeiters, Hausgewerbetreibende, Personen, die i.S.d. Heimarbeitergesetzes einem solchen gleichgestellt sind, und Zwischenmeister einem Arbeitgeber gleich.
- § 266a Abs. 4 StGB normiert für alle Varianten verschiedene besonders schwere Fälle.

Nimmt man die Sondersituation des § 266a Abs. 3 StGB aus, so orientiert sich die Vorschrift an den Kriterien: Gefährder des Beitragsaufkommens zur Gesamtsozialversicherung einerseits, und Abstufung zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberanteilen andererseits. Eine Differenzierung nach unterschiedlichen Gefährdungssituationen ist der Vorschrift als solcher dagegen nicht zu entnehmen. Sie gilt demzufolge nach absolut herrschender Auffassung allgemein für Minderungen des Beitragsaufkommens und zwar unabhängig von den dafür maßgeblichen Umständen und Gründen.

2. Zwei unterschiedliche Anwendungsbereiche

Betrachtet man die Ermittlungspraxis und die veröffentlichten Entscheidungen, so stellt sich sehr schnell heraus, dass § 266a StGB auf (zumindest) zwei gänzlich unterschiedliche kriminogene Situationen Anwendung findet:

- Historischer Ausgangspunkt und noch immer der „klassische“ Anwendungsbereich ist das Schuldigbleiben der Arbeitnehmeranteile in der wirtschaftlichen Krise des Arbeitgebers (oder eines gleichgestellten sozialversicherungsrechtlichen Schuldners). Schutzgegenstand des § 266a Abs. 1, ggf. i.V.m. Abs. 5 StGB sind allein die Arbeitnehmeranteile. Es handelt sich insoweit um ein typisches *Insolvenzvorfelddelikt*.
- Darauf ist die Anwendbarkeit des § 266a Abs. 1, ggf. i.V.m. Abs. 5 StGB aber nicht beschränkt. Sie erstreckt sich vielmehr auch auf die Fälle der *Schwarzarbeit*, in denen ein Arbeitgeber seine Beschäftigten entweder überhaupt nicht zur Sozialversicherung anmeldet, oder nur einen Teil davon. Liegt ein Fall der Schwarzarbeit vor, so sind jedoch nicht nur die Arbeitnehmer-, sondern auch die Arbeitgeberanteile geschützt, § 266a Abs. 2, ggf. i.V.m. Abs. 5 StGB.
- Die in § 266a Abs. 4 StGB aufgeführten Regelbeispiele für besonders schwere Fälle sind allgemein formuliert, haben aber durchweg nur die Schwarzarbeit im Blick. Es ist zwar auch möglich, bei Begehung des § 266a Abs. 1 StGB als Insolvenzvorfelddelikt Regelbeispiele zu verwirklichen, etwa § 266a Abs. 4 S. 2 Nr. 1 oder Nr. 5 StGB. Dabei handelt es sich jedoch eher um theoretische Überlegungen. Jedenfalls spielt keines der Regelbeispiele in den Fällen des § 266a Abs. 1 StGB als Insolvenzvorfelddelikt eine praktische Rolle.

Das ist auch nicht verwunderlich, weil die Ursachen für das Schuldigbleiben von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen (oder Teilen davon) beim Insolvenzvorfelddelikt keine Überschneidungen mit den Gründen für schwarzarbeitsbedingte Hinterziehung von Sozialversicherungsbeiträgen aufweisen.

3. Insolvenzvorfelddelikt

Beim Insolvenzvorfelddelikt hat der Arbeitgeber seine Informationspflichten gegenüber der Einzugsstelle vollständig erfüllt. Er bleibt Beitragsanteile nur dann schuldig, wenn er nicht mehr über ausreichend Mittel verfügt, um alle seine Verbindlichkeiten erfüllen zu können.

Das Begehen des Insolvenzvorfelddelikts gemäß § 266a Abs. 1 StGB ist folglich nicht intendiert, sondern der krisenhaften wirtschaftlichen Entwicklung geschuldet.

a) Unterlassungsdelikt

§ 266a Abs. 1 StGB ist ein Unterlassungsdelikt. Eine Unterlassung führt nur dann zur Strafbarkeit, wenn die geschuldete, aber unterbliebene Handlung dem Pflichtigen sowohl möglich als auch zumutbar war. Demzufolge scheidet eine Strafbarkeit gemäß § 266a Abs. 1 StGB dann aus, wenn der Arbeitgeber überhaupt nicht in der Lage war, die geschuldeten Arbeitnehmeranteile zur Gesamtsozialversicherung am Fälligkeitstag zu begleichen, weil er nicht mehr über die finanziellen Mittel dazu verfügte und sie sich auch nicht durch geeignete Vorsorgemaßnahmen hätte zurücklegen können.

Nach herrschender, wenngleich durchaus umstrittener Auffassung ist Unmöglichkeit allerdings nicht bereits dann anzunehmen, wenn dem Arbeitgeber nicht mehr so viele finanzielle Mittel zur Verfügung stehen, dass er sämtliche seiner Gläubiger vollständig befriedigen kann, reicht es zudem auch nicht aus, dass er zahlungsunfähig i.S.v. § 17 Abs. 2 InsO (= Deckungslücke von 10 %) ist, sondern ist nur dann zu bejahen, wenn er über keinerlei Mittel mehr verfügt oder nur über so wenige, dass er die fälligen Arbeitnehmeranteile schon rein faktisch nicht (vollständig) begleichen kann. Die Rechtsprechung bejaht damit den Vorrang der Pflicht zur Tilgung der fälligen Arbeitnehmeranteile vor der Pflicht zur Erfüllung sonstiger Verbindlichkeiten (es sei denn, sie stehen den Arbeitnehmeranteilen gleich, wie es sich in Bezug auf die Gelder verhält, die zur Erfüllung der Buchführungs- und Bilanzierungspflichten aufgewendet werden müssen).

aa) Einhegen betriebswirtschaftlich gegenteiliger Impulse

Damit trägt die Rechtsprechung den gegenteiligen wirtschaftlichen Anreizen im Interesse des geschützten Rechtsguts Rechnung, dem Beitragsaufkommen zur Gesamtsozialversicherung. Der Kaufmann oder sonstige Arbeitgeber trachtet bei aufkommenden Krisenanzeichen vorrangig danach, seine noch vorhandenen finanziellen Mittel in erster Linie zur Befriedigung solcher Gläubiger zu verwenden, von denen der Fortbestand seiner wirtschaftlichen Tätigkeit bzw. seines Betriebes abhängt. Darunter fallen Zulieferer ebenso wie Stromlieferanten und Internet-Provider. In der betriebswirtschaftlichen Betrachtung sind demgegenüber Pflichten zur Zahlung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen schlichtweg unproduktive Kosten. Sie müssen nur deshalb beglichen werden, weil es gesetzlich vorgeschrieben ist, sind aber rein ökonomisch nicht konstitutiv für das Aufrechterhalten der unternehmerischen oder sonstigen selbstständigen Tätigkeit.

Angesichts dessen besteht der erste betriebswirtschaftliche Impuls in einer Krise darin, die Begleichung dieser unproduktiven Kosten zurückzustellen oder ganz zu vermeiden. Um diesem intuitiven Streben Einhalt zu gebieten, hat der Gesetzgeber (durchaus unterschiedliche) Vorschriften zum Schutz sowohl des Steueraufkommens als auch der Arbeitnehmeranteile der Beiträge zur Gesamtsozialversicherung geschaffen. § 266a Abs. 1 StGB würde seinem Rechtsgut zwar auch ohne den ihm beigelegten absoluten Vorrang der Arbeitnehmeranteile vor anderen finanziellen Verpflichtungen des Arbeitgebers dienen, allerdings in einem weniger ausgeprägten Maße.

bb) Rangfolge von Verbindlichkeiten

Die Strafbestimmung des § der 266a Abs. 1 StGB erinnert in gewisser Weise an den Zweck des § 283c StGB, Gläubigerbegünstigung, ohne dass allerdings beide Vorschriften parallel strukturiert wären. Die Übereinstimmung besteht darin, dass beide Strafnormen nicht etwa die Minderung des Schuldnervermögens oder der Insolvenzmasse im Blick haben, sondern sich mit der Rangfolge der Verbindlichkeiten des Schuldners befassen. § 283c StGB dient seiner Intention nach dem insolvenzrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz: *par conditio creditorum*. Seine Reichweite ist allerdings sehr begrenzt. Der Zweck des § 266a Abs. 1 StGB besteht zuvörderst in der Verhinderung des Effekts, aus ökonomischen Gründen die Begleichung der Arbeitnehmeranteile zur Gesamtsozialversicherung hinter die Befriedigung der (aus betriebswirtschaftlicher Sicht: produktiven) Verbindlichkeiten zurückzustellen. Im Ge-

gensatz zur Gläubigerbegünstigung reicht der Schutz hier sehr weit und dokumentiert sich in der bereits angeführten Vorrang-Rechtsprechung.

b) Kriminologische Klassifizierung

Der typische Täter der Beitragsvorenthaltung gemäß § 266a Abs. 1 StGB ist also der legal agierende Arbeitgeber, der in der Krise – seiner kaufmännischen Intuition entsprechend – die Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung schuldig bleibt. Er handelt demgemäß grundsätzlich sozialverträglich, verfügt auch über ökonomisch intakte Impulse, und hat lediglich den juristischen Restriktionen in der Krise nicht ausreichend Rechnung getragen. Er handelte damit rechtswidrig, aber nicht böswillig.

4. Die Schwarzarbeit

a) Keinerlei Anmeldung

Der Tätertyp bei der Schwarzarbeit ist ein völlig anderer. Das wird insbesondere in den Fällen deutlich, in denen ein Arbeitgeber insgesamt davon absieht, seinen Betrieb anzumelden und die Einzugsstellen über seine Beschäftigten zu informieren. Für einen solchen Arbeitgeber steht nicht das legale Wirtschaften im Vordergrund, sondern das Streben nach dem „schnellen Geld“. Im Extremfall handelt es sich um organisierte Banden, die Arbeitslose, gern auch aus armen Ländern, unter wucherischen Bedingungen beschäftigen und die Zeitläufe der deutschen Bürokratie dadurch unterlaufen, dass sie unter permanent wechselnder Firmierung auftreten und nach manchmal zwei, spätestens nach vier Monaten zudem ihren Standort verlagern. Es handelt sich um „Schattenwirtschaft“, die u.a. auf das Hinterziehen von Steuern und Beiträgen zur Gesamtsozialversicherung geradezu angelegt sind. Derartige Täter streben von vornherein keine legale Gestaltung ihrer Arbeitgeber Tätigkeit an und halten sich an die ein oder andere gesetzliche Bestimmung bestenfalls aus taktischen Gründen, um möglichst nicht gleich aufzufallen und ins Visier der hiesigen Behörden erst dann zu geraten, wenn sie längst „über alle Berge“ sind.

b) Kriminologische Klassifizierung

Während beim Insolvenzvorfelddelikt der Rechtsverstoß die unwillkommene Ausnahme ist, ist es auf dem Gebiet der Schwarzarbeit gerade umgekehrt: Insoweit ist es gerade die Gesetzeskonformität, welche die unwillkommene Ausnahme darstellt.

c) Mischformen

Anders als es nach dieser Typisierung aussehen mag, gibt es selbstverständlich auch bei der Schwarzarbeit Abstufungen. Nicht jeder Schwarzarbeitgeber versucht gänzlich jenseits der Aufmerksamkeit der Behörden „zu segeln“. Es gibt durchaus Mischformen, in denen Arbeitgeber einen Teil ihrer Beschäftigten anmelden und nur die übrigen verschweigen. Die Motive dafür sind durchaus vielfältig. Sie können wie bei kompletter Schwarzarbeit in der Gier liegen, durchaus aber auch krisenbedingt sein: Wenn Kostensenkungen notwendig werden, ist dies schließlich nicht allein dadurch möglich, dass Beiträge deklarierter Arbeitnehmer offenbleiben, sondern auch mittels Beschäftigung des ein oder anderen Schwarzarbeiters.

5. Trennlinie

Gleichwohl: Es ist ein wesentlicher Unterschied, ob ein Arbeitgeber in der Krise zumindest noch seinen Meldepflichten nachkommt oder jedenfalls keine Schwarzarbeitnehmer beschäftigt, also transparent agiert, oder ob er seine wirtschaftlichen Schwierigkeiten zu verbergen und sich mittels Tricksens „über die Runden zu retten“ trachtet. Ersterenfalls bleibt der Wille zur Legalität erkennbar, während der Arbeitgeber letzterenfalls den Weg in die Illegalität bewusst beschreitet. Der kategoriale Unterschied zum Insolvenzvorfelddelikt bleibt demnach trotz der Abstufungen innerhalb der Schwarzarbeit bestehen. Ihnen kann und muss im Rahmen der Strafzumessung ausreichend Rechnung getragen werden – und wird es von der Rechtsprechung selbstverständlich auch.

III. Konsequenzen

1. Schwarzarbeit

Sämtliche strafrechtlichen Verschärfungen der letzten zumindest 20 Jahre wurzeln in der Schwarzarbeit. Das zeigt sich insbesondere an den besonders schweren Fällen des § 266a Abs. 4 StGB: Zwar können die Arbeitnehmeranteile auch bei einem Insolvenzvorfelddelikt ein großes Ausmaß annehmen, ohne dass dabei allerdings die zusätzliche Voraussetzung des „groben Eigennutzes“ tatsächlich einmal hinzutreten dürfte. Unzutreffende Belege sind gerade das Kennzeichen für Schwarzarbeit, gleiches gilt für die Verschleierung, erst recht für bandenmäßiges Handeln. Ein pflichtvergessener Amtsträger müsste schon altruistisch handeln, um einem Arbeitgeber, der „klamm“ ist, zu helfen. Viel lukrativer ist es für ihn, an den Gewinnen der Schwarzarbeitgeber zu partizipieren.

Ob die vorhandenen materiellrechtlichen und strafprozessualen Instrumente der realen Schwarzarbeitgeberszene ausreichend Rechnung tragen, ist nicht Gegenstand der vorliegenden Überlegungen. Eine seriöse Beurteilung dürfte sozialwissenschaftliche Erhebungen voraussetzen. Die von Strafverfolgungsbehörden und auch in der Öffentlichkeit, insbesondere von Politikern weiterhin beklagten Missstände beziehen sich jedoch durchweg, wenn nicht sogar ausschließlich auf den Schwarzarbeitssektor. Davon, dass die Beitragshinterziehung als Insolvenzvorfelddelikt nicht ausreichend zielführend wäre, ist allerdings keine Rede – und kann es auch nicht sein, weil es für eine derartige Annahme keine tatsächlichen Gründe gibt.

2. Insolvenzvorfelddelikt

Im Gegenteil: Den schwarzarbeitsbedingten Strafschärfungen stehen Änderungen der sozialrechtlichen Bestimmungen gegenüber, welche die Legitimität des § 266a Abs. 1 StGB als Insolvenzvorfelddelikt sehr deutlich in Frage stellen:

Die Rechtsprechung zur Vorsorgepflicht knüpfte ursprünglich an dem Umstand an, dass die Sozialversicherungsbeiträge erst zur Mitte des Folgemonats und damit erst später als der an die Beschäftigten auszubezahlende Lohn fällig wurden. Die Vorsorgepflicht hatte folglich zum Ziel, den Nachteil der Sozialversicherungsträger aufgrund der späteren Fälligkeit nicht noch dadurch zu verstärken, dass sie folgenlos das Risiko nachträglich eingetretener Zahlungsschwierigkeiten tragen müssten. Mittlerweile verhält es sich sozialrechtlich ganz anders, manchmal gar umgekehrt: Die Beiträge zur Sozialversicherung sind am drittletzten Banktag des laufenden Monats abzuführen. Je nach Gestaltung des Arbeitsvertrages können Sie demnach sogar vor dem auszubezahlenden Lohn fällig werden.

Inzwischen sind auch weitere Restriktionen gefallen: Gemäß der ursprünglichen sog. Lohnzahlungstheorie setzte die Strafbarkeit wegen Beitragsvorenthaltung das Ausbezahlen des Lohns an die Beschäftigten voraus. Erhielten die Beschäftigten kein Geld, so war es also nicht strafbar, wenn der Arbeitgeber auch die Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung schuldig blieb. Dies ist spätestens mit der gesetzlichen Normierung der sog. Lohnpflichttheorie im Jahr 2004 Rechtsgeschichte. Die mangelnde Abführung der Arbeitnehmeranteile ist nunmehr unabhängig davon strafbar, ob die Arbeitnehmer ihren Lohn erhielten oder nicht.

Abgeschafft ist überdies die Dispositionsfreiheit von Arbeitgeber und Arbeitnehmer über die Höhe des Lohns. Damit ist es für die Strafbarkeit gemäß § 266a Abs. 1 StGB irrelevant geworden, ob der Arbeitnehmer seinen Lohn (ganz oder teilweise) gestundet hat oder nicht. Selbst kollektiver Lohnverzicht zur Sicherung der Existenz des Arbeitgebers mindert die Beitragspflicht nicht zwingend: Sie richtet sich weiterhin nach den Tariflöhnen, bei Einschlägigkeit des Mindestlohngesetzes nach dessen Höhe. Flexibilität der Arbeitnehmer schlägt demgemäß nicht auf die Höhe der Beitragspflicht durch: Sie bleibt gleich, selbst wenn der Beschäftigte nicht den vollen Lohn erhält.

Im Ergebnis ist aufgrund der sozialrechtlichen Veränderungen aus dem untreueähnlichen Delikt des § 266a Abs. 1 StGB eine Vorschrift geworden, die schlicht das Nichterfüllen einer schuldrechtlichen Pflicht unter Strafe stellt. Die Bestimmung ist damit zu einem Unikum im

deutschen Strafrecht geworden. Sie durchbricht damit als einzige den Grundsatz, dass Geldmangel für sich nicht strafbar ist.

3. Aufspaltung an der Trennlinie zwischen Insolvenzvorfeld- und Schwarzarbeitsdelikt

Dieser Befund ist allerdings nicht gleichzusetzen mit dem Konstatieren der Überflüssigkeit von Schutzvorkehrungen. Es bleibt ein durchaus legitimes Anliegen der Rechtsgemeinschaft, das Beitragsaufkommen zur Gesamtsozialversicherung möglichst auch bei krisenhaften Entwicklungen des Arbeitgebers zu sichern. Es gibt inzwischen allerdings keinen wirklich überzeugenden Grund mehr dafür, dies mit Mitteln des Strafrechts sichern zu wollen.

a) Sozialrecht

Die Notwendigkeit einer Entkriminalisierung zeigt sich umso deutlicher, weil und wie es möglich ist, das Ziel der Beitragssicherung auch auf anderem Wege zu gewährleisten – und zwar ohne Einbußen an Effektivität. Wenn ein Arbeitgeber nicht mehr über die Mittel verfügt, die Sozialversicherungsbeiträge zu begleichen, so kann er bereits heute nicht dafür belangt werden: Unmögliches kann von ihm nicht verlangt werden. Die finanziellen Interessen der Sozialversicherungsträger können also nur dort geschützt werden, wo entweder der Arbeitgeber selbst oder das für ihn handelnde Organ noch über ausreichende finanzielle Mittel verfügen. Dies kann im Wege der Mithaftung sozialrechtlich genauso sichergestellt werden, wie es steuerrechtlich der Fall ist.

b) Ordnungswidrigkeit

Soweit der Gesetzgeber der Auffassung ist, trotzdem auch auf repressive Mittel nicht verzichten zu können, bietet das Ordnungswidrigkeitenrecht eine Palette an phantasievoll nutzbaren Möglichkeiten. Beußen ließen sich z.B., nicht rechtzeitige Mitteilungen an die Einzugsstelle, das vorrangige Bedienen anderer Verbindlichkeiten oder das Unterlassen möglicher Vorsorgemaßnahmen trotz ersichtlicher Gefahren für das Abführen der Arbeitnehmeranteile, denen jeweils Arbeitgeberanteile gleichgestellt werden könnten. Für die beiden zuletzt genannten Varianten ließe sich sogar die Möglichkeit zur Einziehung (des Werts) von Taterträgen erhalten, obwohl die Strafbarkeit der schlichten Beitragsvorenthaltung entfiel. Umgekehrt ließe sich aufgrund des Opportunitätsprinzips unverschuldeten Krisen flexibel Rechnung tragen und ggf. über § 47 OWiG auf Sanktionen verzichten.

c) § 266a StGB - neu

Die erforderlichen Änderungen in § 266a StGB ergäben sich aus der Konzentration auf das Schwarzarbeitsdelikt quasi von allein: Erhaltenbleiben würden lediglich die jetzigen Abs. 2 und 4, wobei Abs. 2 auf die Arbeitnehmeranteile erstreckt würde. Für die Rechtspraxis zeitigte das zudem den Vorteil, dass die lästige (und manchmal durchaus aufwändige) Aufteilung der Beitragsrückstände auf Arbeitnehmer- und Arbeitgeberanteile entfiel: Es könnte schlicht auf die rückständigen Gesamtsozialversicherungsbeiträge abgestellt werden.

Insolvenzstrafrecht

Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert

Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht

I. Strafprozessrecht

1. Mündlicher Haftbefehlsantrag der Staatsanwaltschaft - §§ 125, 128 StPO

Ein telefonischer Haftbefehlsantrag der Staatsanwaltschaft ist unzulässig.

AG Borken, Beschluss vom 24.07.2019 – 26 Gs 211/19 (91 Js 1717/19), n.v.

Zu der Entscheidung s. die zu Recht abl. Anm. von Greier, jurisPR-StrafR 21/2019 Anm. 2.

2. Akteneinsicht an Dritte

Die Gewährung von Akteneinsicht im Strafverfahren an Dritte erfordert regelmäßig die vorherige Anhörung des Beschuldigten, weil sie mit einem Eingriff in Grundrechtspositionen des Beschuldigten, namentlich in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gemäß Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, verbunden ist.

LG Aachen, Beschluss vom 11.10.2019 - 60 KLs 12/19, 60 KLs - 806 Js 589/16 - 12/19, NJW-Spezial 2020, 26.

3. Rücknahme eines Strafbefehlsantrags - § 408 StPO

Die Staatsanwaltschaft kann dem aufgrund ihres Antrags erlassenen Strafbefehl nur im Falle der Einlegung eines Einspruchs des Angeklagten durch eine Klagerücknahme die Grundlage entziehen.

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 29.03.2019 – 3 Ws 66/19, Justiz 2019, 256.

Zu der Entscheidung s. die zust. Anm. von Kienzerle, FD-StrafR 2019, 422118. Anders noch OLG Karlsruhe (1. Strafsenat), Beschluss vom 03.05.1991 - 1 Ws 81/91, NSTz 1991, 602 mit abl. Anm. Mayer, NSTz 1992, 602. S. auch Staudinger, DRiZ 2019, 302.

II. Materielles Strafrecht

1. Tatbestandsirrtum und Feststellung der Zahlungsunfähigkeit - § 16 StGB

Nimmt eine als Vertretungsorgan einer Kapitalgesellschaft handelnde Person unter Verken- nung des Begriffs der bei Prüfung des Insolvenzgrundes der Zahlungsunfähigkeit zum Aus- gleich der fälligen Verbindlichkeiten der Gesellschaft anzusetzenden „bereiten Mittel“ irr- tümlich an, eine Insolvenzantragspflicht sei wegen Nichtvorliegens eines Insolvenzgrundes nicht entstanden, so liegt in aller Regel betreffend das normative Tatbestandsmerkmal der Zahlungsunfähigkeit ein Tatbestandsirrtum vor, der gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 des Strafge- setzbuches den Vorsatz hinsichtlich der Strafvorschrift nach § 15a Abs. 4 der Insolvenzord- nung ausschließt.

AG Frankfurt/Oder, Urteil vom 20.11.2019 - 412 Ds 237 Js 28566/15 (136/17), BeckRS 2019, 29146.

2. Vermögensabschöpfung bei (teilweiser) Entschädigung der Opfer - §§ 73, 73e StGB

Entschädigt ein gutgläubiger Vermittler oder ein sonstiger Dritter die Opfer des Anlagebe- trügers, erlischt deren Schadensersatzanspruch nicht i.S.d. § 73e StGB, sondern geht auf den Dritten über. Er ist daher im Rahmen der Wertersatzeinziehung (weiter) zu berücksichtigen. Soweit aber ein doloser Tatbeteiligter Zahlungen an die Tatverletzten leistet, erlischt straf- rechtlich deren Anspruch aus der Tat. Es ist nicht Aufgabe der Strafjustiz, einen Gesamt- schuldnerausgleich zwischen Tatbeteiligten durchzuführen.

LG Hildesheim, Urteil vom 12.03.2018 – 22 KLs 5524 Js 44712/12, ZInsO 2019, 2632.

Zu der Entscheidung s. aus Verteidigersicht Köllner, NZI 2019, 925. Umfassend zum Erlö- schen des Anspruchs eines Verletzten nach § 73e StGB s. Köhler, in: Bittmann/Köhler/Seeger, Tschakert, Handbuch der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, Rn. 205 ff.

3. Einziehung des Wertersatzes von Taterträgen beim Täter - § 74c StGB

Handelt der Täter als Organ, Vertreter oder Beauftragter (§ 14 StGB) eines Unternehmens mit dem Ziel, dass infolge der Tat bei dem Unternehmen eine Vermögensmehrung eintritt, so ist eine Einziehung des Wertersatzes von Taterträgen beim Täter auch dann möglich, wenn nur ein Teil der betrügerisch erlangten Gelder nicht zeitnah bei dem Täter selbst an- kommt, und zwar für diesen Teil. Erfüllt der Täter einen eigenen Anspruch gegen ein Un- ternehmen mit Geld, das er für dieses Unternehmen betrügerisch erlangt hat, so unterliegt die

Erfüllung dieses Anspruchs der Einziehung des Wertersatzes, sofern das Unternehmen ohne die betrügerisch erlangten Gelder nicht in der Lage gewesen wäre, den Anspruch zu begleichen.

BayObLG, Urteil vom 08.11.2019 – 207 St RR 1839/19, ZInsO 2019, 2573.

4. Betrug durch unerlaubtes Führen eines akademischen Grades - § 263 StGB

Führt der Täter unerlaubt einen akademischen Titel (hier: „Diplom-Psychologe“) kann trotz Leistungserbringung ein betrugsrelevanter Vermögensschaden vorliegen, wenn der Vergütungsanspruch analog § 654 BGB als verwirkt anzusehen ist.

BGH, Beschluss vom 18.12.2018 – 3 StR 270/18, wistra 2019, 456.

Der Angeklagte erstellte für Gerichte Gutachten in Kindschaftssachen. Der BGH sah in der Auszahlung der Honorare einen betrugsrelevanten Vermögensschaden: Der grundsätzlich bestehende Vergütungsanspruch sei verwirkt, weil der Angeklagte als Gehilfe des Richters eine zentrale Rolle übernommen und so auf die Entscheidungsfindung wesentlichen Einfluss gehabt hat. Deshalb sei nicht nur seine fachliche, sondern auch seine persönliche Eignung von entscheidender Bedeutung gewesen. Gegen diese Entscheidung zu Recht Bittmann, NStZ 2019, 463.

5. Untreue eines Oberbürgermeisters bei freihändiger Auftragsvergabe an eine Detektei - § 266 StGB

Ein Entscheidungsträger handelt im Bereich der öffentlichen Verwaltung nicht stets pflichtwidrig, wenn er nicht das sparsamste im Sinne des niedrigsten Angebots wählt. Beim Unterlassen eines Preisvergleichs oder einer Ausschreibung kommt eine Strafbarkeit nur bei evidenten und schwerwiegenden Pflichtverstößen in Betracht. Ein Vermögensnachteil kann bei der Haushaltsuntreue auch nach den Grundsätzen des persönlichen Schadenseinschlags eintreten.

BGH, Beschluss vom 08.01.2020 – 5 StR 366/19, NZWiSt 2020, 195.

In der entschiedenen Sache hatte ein Oberbürgermeister ohne Einschaltung anderer Stellen freihändig ein Detektivbüro mit – letztendlich ergebnislosen – Ermittlungen beauftragt, um städtische Mitarbeiter verschiedener Straftaten zu überführen. Es entstanden Kosten in sechsstelliger Höhe. Zu der Entscheidung s. Brand, NJW 2020, 631.

6. Untreue eines Rechtsanwalts bei fehlender Weiterleitung von Mandantengeldern - § 266 StGB

Ein Rechtsanwalt, der sich im Rahmen eines bestehenden Anwaltsvertrages zur Weiterleitung bestimmte Fremdgelder auf sein Geschäftskonto einzahlen lässt und weder uneingeschränkt bereit noch jederzeit fähig ist, einen entsprechenden Betrag aus eigenen flüssigen Mitteln vollständig auszukehren, macht sich der Untreue in der Variante des Treubruchtatbestandes strafbar. An einem Vermögensnachteil des Geschädigten fehlt es allerdings, wenn der Rechtsanwalt jederzeit fähig und uneingeschränkt bereit ist, mit den Fremdgeldern weisungsgemäß zu verfahren. Die fehlende Bereitschaft des Berufsangehörigen zur zweckentsprechenden Mittelverwendung kann auch aus seinem Verhalten nach Mandatsbeendigung geschlussfolgert werden. Dabei ist indes zu beachten, dass nach der Mandatskündigung nur noch eine schuldrechtliche Rückzahlungsverpflichtung existiert, deren Missachtung per se nicht strafbar ist.

OLG Köln, Beschluss vom 30.04.2019 – III-1 RVs 51/19, 85 Ss 1/19, StraFo 2019, 522.

7. Notwendige Feststellungen bei Annahme von Zahlungsunfähigkeit; tatsächlicher Zusammenhang bei Verletzung der Buchführungspflicht; erforderliche Darstellung bei Beitragsvorenthaltung - §§ 17 InsO, §§ 266a, 283b StGB

Entscheidend für die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 Abs. 2 InsO), die entweder durch Anwendung der betriebswirtschaftlichen Methode oder durch Analyse wirtschaftskriminalistischer Beweisanzeichen erfolgen kann, ist allein der Zeitpunkt der Fälligkeit nicht

gestundeter Forderungen. Bestehen zusätzlich finanzielle Reserven in Form von Bargeldbeiträgen, sind diese indes zwingend in die Betrachtung miteinzubeziehen. Werden Jahresabschlüsse erst mehrere Jahre nach Ende des Bilanzierungszeitraumes erstellt, ist zu erörtern, ob der für die Annahme einer strafbaren Verletzung der Buchführungspflicht (§ 283b StGB) erforderliche tatsächliche Zusammenhang zwischen dem Bilanzierungsmangel und der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegeben ist. Für die Verurteilung wegen Beitragsvorenthaltung (§ 266a StGB) sind die geschuldeten Beiträge – für die jeweiligen Fälligkeitszeitpunkte gesondert – nach Anzahl, Beschäftigungszeiten, Löhnen der Arbeitnehmer und der Höhe des Beitragssatzes der örtlich zuständigen Krankenkasse festzustellen; die bloße Feststellung der vorenthaltenen Arbeitnehmerbeiträge genügt nicht.

BGH, Beschluss vom 11.07.2019 – 1 StR 456/18, ZInsO 2019, 2461.

S. zu der Entscheidung die Anm. von Brand, GmbHR 2020, 96. Umfassend zur Frage des tatsächlichen Zusammenhangs zwischen Eröffnung des Insolvenzverfahrens und vorhandener Buchführungsmängel s. Windsberger, Über den „tatsächlichen Zusammenhang“ im Bankrottstrafrecht, 2017, passim. Zur Frage der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit s. zuletzt BGH, Beschluss vom 15.08.2019 – 5 StR 204/19, ZInsO 2019, 210, sowie AG Frankfurt/Oder, Beschluss vom 23.05.2019 – 412 Cs 237 Js 16150/17 (147/18), ZInsO 2019, 2124. Zur Frage der Feststellung der drohenden Zahlungsunfähigkeit vgl. Harz/Comtesse/Conrad, ZInsO 2019, 2241.

8. Vermögensbetreuungspflicht von Organen einer Kapitalanlagegesellschaft - § 266 StGB

Sofern die zweckgebundene Verwendung der Valuta Vermögensinteressen der Darlehensgeber schützen soll und diese Pflicht im Mittelpunkt des Vertrages steht, kann auch ein Darlehensvertrag eine Vermögensbetreuungspflicht i.S.d. § 266 StGB begründen.

BGH, Beschluss vom 20.08.2019 – 2 StR 381/17, NStZ 2020, 35.

Der BGH verneinte in der entschiedenen Sache eine solche explizite Obliegenheit und hob die vorangegangene Verurteilung des Vorstandes einer Investitionsgesellschaft auf. Zu der Entscheidung s. die Anm. von Strauß, GmbHR 2019, 1231, sowie von Tomat, GmbH-StB 2020, 17.

III. Zivilrechtliche Entscheidung mit strafrechtlicher Relevanz

1. Verwendungsverbot bei Schuldnerauskünften – § 97 InsO

Hat das Vertretungsorgan einer Kapitalgesellschaft einen zulässigen Insolvenzantrag gestellt, so sind in entsprechender Anwendung des § 20 Abs. 1 InsO unter anderem die Regelungen und Einschränkungen betreffend die Strafverfolgung nach § 97 Abs. 1 Satz 1 und 3, § 101 Abs. 1 Satz 1 InsO auch dann einschlägig, wenn durch das Organ für den Schuldner die erforderlichen Auskünfte nicht erst auf Anfrage des Insolvenzgerichts erteilt werden, sondern die zur Entscheidung über den Antrag erforderlichen Angaben bereits im Eigenantrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens enthalten sind.

AG Frankfurt/Oder, Beschluss vom 14.08.2019 - 412 Cs 237 Js 4412/18 (72/19), BeckRS 2019, 25463.

S. zu der Problematik auch AG Frankfurt/Oder, Beschluss vom 26.11.2018 – 412 Ds 237 Js 13913/17 (2/18), n.v., m. Anm. Buchholz, jurisPR-InsR 6/2019 Anm. 3. Umfassend zu der Problematik Bittmann, in: Bittmann, Praxishandbuch Insolvenzstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 1 Rn. 16 ff.

2. Inhabilität bei Verurteilung als Teilnehmer einer Straftat - § 6 Abs. 2 Nr. 3 GmbHG

Das Registergericht hat die Eintragung eines Geschäftsführers einer GmbH von Amts wegen im Handelsregister zu löschen, wenn eine persönliche Voraussetzung für dieses Amt gemäß § 6 Abs. 2 GmbHG nach der Eintragung entfällt. Auch wer nicht als Täter (§ 25 StGB), sondern als Teilnehmer (§§ 26, 27 StGB) wegen einer vorsätzlich begangenen Straftat nach § 6

Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 GmbHG rechtskräftig verurteilt worden ist, kann nicht Geschäftsführer einer GmbH sein.

BGH, Beschluss vom 03.12.2019 – II ZB 18/19, ZInsO 2020, 150.

Zu der Entscheidung s. die zust. Anm. von Weyand, ZInsO 2020, 152, sowie die krit. Anm. von Oehmichen, FD-StrafR 2020, 424474, ferner Brand, GmbHR 2020, 204, Seulen/Heinrichs, DB 2020, 494, Wolfer/Weitzell, NZG 2020, 379, sowie Kunkel, jurisPR-StrafR 2/2020 Anm. 1. A. A. war bislang allein Ahlbrecht, wistra 2018, 241.

3. Insolvenzanfechtung bei Rückzahlung betrügerisch erlangten Kapitals - § 134 InsO

Der Insolvenzverwalter eines auf Anlagebetrug gerichteten Unternehmens kann Auszahlungen nur anfechten, wenn es sich um Erträge handelt, nicht jedoch bei Rückzahlungen von betrügerisch erlangtem Kapital.

LG Tübingen, Urteil vom 15.11.2019 - 5 O 154/19, NZI 2020, 30.

Veranstaltungen und politische Diskussion

Zoll- und Handelsrecht

Rechtsanwältin Antje Klötzer-Assion, Frankfurt a.M.

Zoll und Handel in außergewöhnlichen Zeiten, Organisation von Zoll- und Handelsabläufen im Unternehmen im Ausnahmefall

Ein webinar – Bericht

Am 03.04.2020 habe ich ein von der Bremer Außenwirtschafts- und Verkehrsseminare GmbH veranstaltetes Webinar besucht, dem immerhin – so die Veranstalter – 130 Teilnehmer zuhörten und -sahen. Passend zu den gegenwärtigen äußeren Umständen wurde das Webinar abgehalten zu dem Thema „Zoll und Handel in außergewöhnlichen Zeiten, Organisation von Zoll- und Handelsabläufen im Unternehmen im Ausnahmefall“.

Die Veranstaltung führte zunächst ein in die statistische Auswertung der Auswirkungen des Corona-Virus in Deutschland, aber auch in anderen europäischen Ländern, in Mitgliedstaaten der Europäischen Union.

Sodann wurden die Maßnahmen dargestellt, die sich aufgrund der rasanten Ausbreitung des Virus national wie supernational ergaben.

Nachdem Mitte/Ende Februar 2020 deutlich wurde, dass aufgrund rasant ansteigender Infektionszahlen in Italien aber auch in Deutschland in Kürze veränderte Verhältnisse herrschen würden, wurden unverzüglich folgende Maßnahmen installiert, worauf der Referent im Einzelnen eingegangen ist:

- Genehmigungsvorbehalt für den Export von medizinischer Schutzausrüstung in Deutschland;
- vorübergehende Einschränkung des grenzüberschreitenden Warenverkehrs in Deutschland;
- Maßnahmen der EU, z.B. betreffend Ausfuhren von persönlicher Schutzausrüstung aus der EU/Einführung von Genehmigungsvorbehalten durch die Mitgliedstaaten;

- Be-/Einschränkung des sozialen öffentlichen Lebens sowie des internationalen Luft- und Reiseverkehrs;
- Einführung von weltweiten Reisebeschränkungen und Quarantänemaßnahmen.

Dargestellt wurden des Weiteren die Anfang April geltenden Warenausfuhrbeschränkungen bezogen auf medizinische Schutzausrüstung. Erörtert wurde, dass die inländischen Produktionskapazitäten nicht ausreichend seien. Deshalb habe Deutschland die Ausfuhr solcher Güter in Drittländer und auch die Verbringung in EU-Mitgliedstaaten untersagt. Der im EU-Binnenmarkt bestehende Bedarf an Schutzausrüstung, insbesondere Mundschutz, könne nicht gedeckt werden. In der EU würden derlei Ausrüstungsgegenstände gegenwärtig nur in der Tschechischen Republik, in Frankreich, in Polen und in Deutschland überhaupt hergestellt.

Es folgte mit der DVO (EU) 2020/402 auf diese nationale Regelung die europäische Regulierung: Bereits im März 2015 hatte es mit der VO (EU) 2015/479 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.03.2015 über eine gemeinsame Ausfuhrregelung¹ Regelungen gegeben, welche Ausnahmen von dem Grundsatz, dass Ausfuhr der Union ohne mengenmäßige Beschränkung stattfinden sollen, zuließen. Art. 5 VO (EU) 2015/479 lautet:

„Um einer durch einen Mangel an lebenswichtigen Gütern bedingten Krisenlage vorzubeugen oder entgegenzuwirken, kann die Kommission, auf Antrag eines Mitgliedstaats oder von sich aus, sofern die Interessen der Union ein unverzügliches Eingreifen erfordern, unter Berücksichtigung der Art der Erzeugnisse und der sonstigen Besonderheiten der betreffenden Transaktionen die Ausfuhr eines Erzeugnisses von der Vorlage einer Ausfuhrgenehmigung abhängig machen, die nach den Modalitäten und in den Grenzen zu gewähren ist, die sie gemäß dem in Art. 3 Abs. 2 vorgesehenen Prüfverfahren oder bei Dringlichkeit gemäß Art. 3 Abs. 3 festlegt.“

Gestützt hierauf wurde die oben genannte Durchführungsverordnung erlassen, die in Art. 1 Nr. 1 vorsieht, dass für Ausfuhr der in Anhang 1 zur DVO aufgeführten persönlichen Schutzausrüstung aus der Union eine Ausfuhrgenehmigung erforderlich ist. Die DVO (EU) 2020/402 sollte eine Laufzeit von sechs Wochen haben².

Im Rahmen des Webinars wurden die weiteren, weltweiten Gesetzesinitiativen vorgestellt, welche diese zurzeit sehr begehrten, raren Wirtschaftsgüter betrafen. Ausgeführt wurde, dass in 57 Ländern zum 25.03.2020 bereits 66 Verordnungen und Gesetze vor dem Hintergrund der Covid-19-Krise, zum 01.04.2020 bereits 120 Verordnungen und Gesetze in 77 Ländern erlassen worden waren.

Maßgeblich wurde hier auf Ausfuhrbeschränkungen, Ausfuhrverbote sowie Importkontrollen und Importverbote hingewiesen.

In dem Webinar wurde außerdem über die Auswirkungen der ungewohnten Einschränkungen der Personenfreizügigkeit auf die Wirtschaftsunternehmen und die Lieferketten eingegangen.

Vorgestellt wurden verstärkte Gesundheitskontrollen an den Schengen-Grenzen, verbunden mit dem Hinweis auf die EU-Grundsätze zur Grenzkontrolle zum Schutz der Gesundheit der Bevölkerung einerseits und Wahrung der Errungenschaften des gemeinsamen Binnenmarktes andererseits.

Am 30.03.2020 legte die EU-Kommission Leitlinien bezogen auf die vorübergehenden Restriktionen, also die Einschränkung der üblichen Freizügigkeit, vor³.

Auf diese Auswirkungen und die temporär geltenden Grundsätze wurde hingewiesen. Dargestellt wurden die Konsequenzen der europäischen Regelungen auf den Güterverkehr, die Mobilität in Europa, etwaige Verzögerungen oder Unterbrechungen der Lieferketten, Wartezeiten an den EU-Grenzübergängen.

Nicht zu unterschätzen sind die zutage getretenen Differenzen im Umgang mit den Herausforderungen dieser besonderen Krise. Sie finden ihren Ausdruck in der gemeinsamen Erklärung zur Rechtsstaatlichkeit in Zeiten von Covid-19 vom 02.04.2020 der Länder Belgien,

¹ ABl. L 83 vom 27.03.2015, Seite 34.

² ABl. L 77 I. I vom 15.03.2020, Seite 1. Erwägungsgrund Nr. 12.

³ C (2020) 2050 final, 30.03.2020, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/travel-and-transportation_en.

Bulgarien, Dänemark, Estland, Finnland, Frankreich, Deutschland, Griechenland, Irland, Italien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Niederlande, Portugal, Rumänien, Spanien, Ungarn, Schweden und Zypern⁴. Diese im Rahmen einer Pressemitteilung veröffentlichte Erklärung enthält folgenden Appell:

„In dieser beispiellosen Situation ist es legitim, dass die Mitgliedstaaten außergewöhnliche Maßnahmen ergreifen, um ihre Bürger zu schützen und die Krise zu überwinden. Wir sind jedoch tief besorgt angesichts der Gefahr, dass die Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit, Demokratie und Grundrechte durch das Ergreifen gewisser Notfallmaßnahmen verletzt werden. Notfallmaßnahmen sollten sich auf das Allernötigste beschränken, angemessen und befristet sein, regelmäßig geprüft werden und die oben genannten Prinzipien und völkerrechtlichen Verpflichtungen wahren. Sie sollten nicht die freie Meinungsäußerung oder die Pressefreiheit einschränken. Wir müssen diese Krise gemeinsam überwinden und unsere europäischen Grundsätze und Werte auf diesem Weg gemeinsam aufrechterhalten. Wir unterstützen daher die Initiative der Europäischen Kommission, die Notfallmaßnahmen und ihre Anwendung zu überwachen, um sicherzustellen, dass die Grundwerte der Europäischen Union gewahrt werden, und fordern den Rat für allgemeine Angelegenheiten auf, sich gegebenenfalls mit der Angelegenheit zu befassen“⁵.

Ansprechend war die Interaktion mit den Webinar-Teilnehmern, die über Umfragen die Auswirkungen auf das eigene unternehmerische Handeln einschätzen konnten. Deutlich wurde, dass – wie nicht anders zu erwarten – in der Exportnation Deutschland insbesondere die Ausfuhrbeschränkungen spürbar waren.

Vorgelegt wurden die verschiedenen Initiativen und staatliche Beihilfen zur Unterstützung der Wirtschaft. Neben den fiskalpolitischen Maßnahmen wie z.B. der Verabschiedung eines Nachtragshaushalts wurde auf die Euro-Rettungsschirme, EU-Investitionsinitiativen und Solidaritätsinstrumente eingegangen. Unter dem Stichwort Risikomanagement und damit verbundener Prozesse wurde erörtert, ob diese üblichen Prozesse Sondersituationen wie Epidemien und Pandemien standhalten. Dargestellt wurde, dass erhebliche Komplikationen auftreten, z.B. keine Zugangsmöglichkeiten des Personals zum Unternehmen oder zu Produktionsstätten, verminderte Produktivität, veränderte Verhaltensmuster bei Einkaufspraktiken, Unterbrechung der Lieferketten etc. Eine Aufgabe für die Wirtschaftsbeteiligten in dieser Krise wird es sein, die internen Risikomanagement-Prozesse und Compliance-Strukturen auf ungewöhnliche Auswirkungen neu anzupassen.

⁴ Abrufbar unter <https://www.auswaertiges-amt.de>.

⁵ Abrufbar unter <https://www.auswaertiges-amt.de>.

Rezensionen

Kartellrecht

Rechtsanwalt Dr. Mayeul Hiéramente, Hamburg

Rübenstahl/Hahn/Voet van Vormizeele (Hrsg.), Kartell Compliance

C. F. Müller 2020, 1121 Seiten. ISBN 978-3-8114-5264-0, 198,00 EURO

I. Einleitung

Das Kartellrecht bietet eine Blaupause für die derzeit in vielen Rechtsbereichen zu beobachtende Entwicklung der staatlichen Sanktionspraxis bei Rechtsverstößen durch Unternehmen bzw. ihre Führungskräfte. Die aus kartellrechtlichen Verfahren bekannte (und bewährte?) Heranziehung des Unternehmensumsatzes im Rahmen der Bußgeldberechnung gewinnt auch im Wirtschaftsstrafrecht (vgl. VerSanG-E) und Datenschutzrecht (vgl. Art. 83 DSGVO) an Bedeutung. Das in der Bonusregelung des Bundeskartellamts niedergelegte Prinzip der Bußgeldreduktion bei umfassender Kooperation bei der Sachaufklärung ist auch den modernen Wirtschaftsstrafverfahren keinesfalls mehr fremd und soll in Zukunft weiter

an Bedeutung gewinnen. Schließlich dürfen zivilrechtliche oder aufsichtsrechtliche Folgewirkungen auch im Strafverfahren keinesfalls ausgeblendet werden, auch wenn die Strafprozessordnung trotz des geltenden Legalitätsprinzips in der Praxis noch immer viel Raum für pragmatische Lösungen lässt. In gewisser Weise nähern sich die verschiedenen Rechtsbereiche, die man dem Oberbegriff des Wirtschaftssanktionenrechts unterordnen könnte, aneinander an.

Dies darf indes nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich die rechtlichen Rahmenbedingungen im Kartellrecht und im Wirtschaftsstrafrecht in vielerlei Hinsicht signifikant unterscheiden, kulturell gewachsene Unterschiede in der alltäglichen Herangehensweise der beteiligten Praktiker (sowohl auf anwaltlicher als auch auf behördlicher und gerichtlicher Seite) bestehen und die Interessen der Betroffenen (Unternehmen und Individualpersonen) nicht selten auseinander laufen. All dies wäre irrelevant, könnte man in der kartellrechtlichen Beratungspraxis eine saubere Abgrenzung hin zum Wirtschaftsstrafrecht vollziehen. Dies wird indes jedenfalls im Kartellordnungswidrigkeitenrecht aufgrund der Komplexität der unternehmerischen Lebensrealitäten regelmäßig unmöglich sein. So ist nicht nur das maßgebliche Verfahrensrecht eng mit den Regelungen der StPO verknüpft (z.B. bei Themen wie Durchsuchung und Beschlagnahme oder den von der Staatsanwaltschaft geführten Verfahren vor deutschen Oberlandesgerichten). Die Erfahrung lehrt, dass die Verwirklichung eines Kartellordnungswidrigkeitentatbestands nicht selten mit der Begehung von Straftaten (z.B. §§ 264, 298, 299 StGB, § 23 GeschGehG) einhergeht, was zu parallelen Ermittlungen von Kartellbehörden und Staatsanwaltschaften führt.

II. Inhalt

Es ist ein besonderer Verdienst der Herausgeber des Handbuchs „Kartell Compliance – Prävention – Investigation – Corporate Defense - Remediation“, die komplexen Wechselwirkungen der beiden Rechtsbereiche – Kartellrecht und Wirtschaftsstrafrecht – erkannt und zahlreiche ausgewiesene Experten aus beiden Fachrichtungen für diesen neuen „Klassiker“ gewonnen zu haben. Dieses Handbuch vereint eine fundierte Darstellung der relevanten Normen des materiellen Kartell- und Wirtschaftsstrafrechts und präsentiert gekonnt sowohl die Probleme der als auch Lösungsansätze für die rechtliche Beratung in kartell (straf) rechtlichen Sachverhalten. Hierbei hält der Titel „Kartell Compliance“ mehr als er verspricht. So begnügen sich die Herausgeber nicht mit der Darstellung der präventiven Compliance-Beratung, sondern zeigen dem Leser detailliert auf, welche Risiken in kartellrechtlichen Problemlagen schlummern und wie diese durch effektive Compliance-Systeme umschifft werden können und eine Verteidigung im Krisenfall organisiert werden kann. Damit eignet sich das Handbuch hervorragend sowohl für Compliance Officer bzw. Inhouse-Juristen als auch für kartellrechtlich und wirtschaftsstrafrechtlich beratende Rechtsanwälte. Daneben bietet es für interessierte Wissenschaftler, Kartellbehörden und Staatsanwaltschaften einen spannenden Blick hinter die Kulissen der anwaltlichen Krisenberatung. Das Handbuch ist von Praktikern für Praktiker verfasst und zeichnet sich, wie sich bereits anhand der Herausgeberschaft erahnen lässt, dadurch aus, dass die verschiedenen Perspektiven – Kartellrecht, Wirtschaftsstrafrecht, Compliance – gleichberechtigt nebeneinander stehen und dadurch die Tiefe erhalten, die angesichts der Komplexität der Materie erforderlich ist. Dabei wirft das Handbuch auch einen Blick über die Landesgrenzen, was angesichts der umfangreichen und in Teilen divergierenden Handlungsanforderungen für international aufgestellte Unternehmen von zentraler Bedeutung für eine angemessene Risikoeinschätzung ist.

Das Handbuch gliedert sich in fünf Teile: Der erste Teil erläutert die besonderen materiellrechtlichen Risikofelder der Kartell-Compliance. Hier werden in einem ersten umfangreichen Kapitel das Kartellverbot sowie das Verbot horizontaler Wettbewerbsbeschränkungen erläutert. Im folgenden 2. Kapitel werden im Detail vertikale Vereinbarungen und die Bedeutung der Vertikal-GVO für das deutsche und europäische Kartellrecht erläutert. Das 3. Kapitel befasst sich im Schwerpunkt mit dem Missbrauch von Marktmacht und Sanktionsrisiken bei einseitigen Verhaltensweisen. Das 4. Kapitel ist schwerpunktmäßig der Fusionskontrolle gewidmet. Hierbei werden sowohl für die europäische als auch für die deutsche Fusionskontrolle sowohl die maßgeblichen materiellen Anforderungen als auch die relevanten Verfahren dargestellt. Diese Ausführungen sind insbesondere für den Leser mit strafrechtlichem Fokus aufschlussreich, da dieser sein Augenmerk in der Beratungspraxis häufig auf das klassische Kartell legen dürfte. Das 5. und 6. Kapitel runden den ersten Teil des Handbuchs ab und widmen sich dem materiellen Strafrecht. Hierbei wird zunächst (5. Kapitel) das

Kernkartellstrafrecht in den Blick genommen und detailliert auf die strafrechtlichen Risiken von Submissionsabsprachen eingegangen. Daneben werden die in der forensischen Praxis bedeutenden Strafbarkeitsrisiken des (Submissions-)Betrugs dargestellt. Das 6. Kapitel gibt einen Überblick über typische Begleit- und Anschlussdelikte in kartellrechtlichen Sachverhalten, die gerade dem strafrechtlich nicht geschulten Berater nicht stets präsent sein dürften. Dabei werden neben der Untreue (§ 266 StGB) auch Korruptionsdelikte sowie die – bei einem Informationsaustausch nicht selten mitverwirklichte – Verletzung von Geschäftsgeheimnissen (§ 23 GeschGehG) erläutert. Zudem wird auf Bestrebungen, die Regelungen zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität auf wirtschaftsstrafrechtliche Sachverhalte anzuwenden, eingegangen.

Der 2. Teil widmet sich den zentralen Verfahren und Rechtsfolgen. Auch hier wird zunächst mit großer Detailtiefe die Verteidigung in Bußgeldverfahren bei Kartellverstößen in Deutschland (7. Kapitel) dargestellt, wobei sowohl das materielle Recht als auch der Verfahrensgang genau geschildert werden. Dem schließen sich im 8. Kapitel Ausführungen zur Verteidigung in Bußgeldverfahren der Europäischen Kommission an. Auch hier wird der Verfahrensgang genau geschildert, sodass sich sowohl Fachleute als auch Inhouse-Juristen und Strafrechtler ein genaues Bild der dortigen Ermittlungen machen können. Das 9. Kapitel widmet sich dann dem Kartellstrafverfahren in Deutschland. Dabei begnügen sich die Autoren nicht nur mit der Darstellung der Verfahrensabläufe in einem Individualstrafverfahren, sondern schildern auch die Besonderheiten paralleler Ermittlungen von Kartellbehörde und Staatsanwaltschaft. Zudem widmen sie einen gesamten Abschnitt der Verteidigung bei drohenden Unternehmensgeldbußen für nicht-kartellrechtliche Delikte. Während in der Vergangenheit regelmäßig das Verhältnis von kartellrechtlicher Unternehmensverteidigung und strafrechtlicher Individualverteidigung im Vordergrund stand, dürfte diese Thematik mit den angekündigten Veränderungen im Unternehmensstrafrecht und der 2017er Reform der Vermögensabschöpfung zunehmend an Bedeutung gewinnen und die Komplexität der Verteidigung im Kartellrecht noch einmal erhöhen. Das 10. Kapitel vollzieht einen Perspektivenwechsel und betrachtet das Verfahren nicht aus der Perspektive des anwaltlichen Beraters, sondern beleuchtet Kartellstraf- und Kartellbußgeldverfahren aus der Sicht der Staatsanwaltschaft. Hier werden in der Praxis zentrale Probleme, wie z.B. der Aktenführung und des Informationsaustauschs weiter beleuchtet. Das 11. Kapitel widmet sich dann den für das Kartellverfahren typischen konsensualen Herangehensweisen in deutschen und europäischen Kartellverfahren. Dabei wird das Kronzeugenprogramm in Deutschland und in der EU ebenso dargestellt wie die Möglichkeit von Settlement-Verfahren. Im 12. und 13. Kapitel werden Aspekte der internationalen Zusammenarbeit beleuchtet. Im 12. Kapitel wird die Amtshilfe innerhalb der EU und mit Drittstaaten in kartellrechtlichen Verfahren erläutert. Dem schließen sich Ausführungen zur Rechtshilfe in Strafsachen an. Das 14. Kapitel befasst sich ausführlich mit Fragen der Bußgeldbemessung in Deutschland und Europa, einer für die Beratungspraxis zentralen Fragestellung, die sowohl die Präventivberatung als auch die Strategie im Krisenfall maßgeblich beeinflusst. Dies gilt ebenso für drohende Schadensersatzklagen, die im 15. Kapitel analysiert werden. Die Risiken einer Inanspruchnahme durch Kartellgeschädigte sind ebenfalls von zentraler strategischer Bedeutung, beeinflussen diese in der Praxis regelmäßig die Frage, ob eine einvernehmliche Lösung mit Erlass eines Kurz-Bescheids möglich ist. Abgeschlossen wird der Teil durch Ausführungen zu Regressansprüchen der Gesellschaft sowie zu versicherungsrechtlichen Aspekten (16. Kapitel).

Der dritte Teil adressiert die konkrete Reaktion auf eine Krise in der Praxis und ist insbesondere für Inhouse-Juristen von herausragender Bedeutung. So werden im 17. Kapitel die Realitäten und Rechtsgrundlagen behördlicher Durchsuchungen erläutert sowie Verhaltensregeln an die Hand gegeben. Das folgende 18. Kapitel widmet sich der Frage der internen Untersuchung, die in kartellrechtlichen Sachverhalten aufgrund der Möglichkeiten der Kronzeugenregelung regelmäßig unter besonderem (Zeit-)Druck zu erfolgen hat und daher möglichst reibungslos und umfassend zu erfolgen hat. Um eine derartige Untersuchung zeitnah durchführen zu können und schnell belastbare Ergebnisse zu erlangen, wird es in der Praxis auf eine umfassende Kooperation der Mitarbeiter ankommen. Hier können Amnestieprogramme, die im 19. Kapitel dargelegt werden, zielführend sein. Neben den arbeitsrechtlichen und vergaberechtlichen Implikationen sind regelmäßig auch gesellschaftsrechtliche Fragestellungen zu klären. So stellt sich die Frage, welches „Unternehmen“ zur Kooperation verpflichtet ist (20. Kapitel). Daneben ist regelmäßig zu prüfen, ob Publikationspflichten bestehen oder ggf. Rückstellungen zu bilden sind (21. Kapitel). Zudem erfordert ein derartiger Krisensachverhalt eine professionelle Krisenkommunikation (22. Kapitel).

Der vierte Teil widmet sich dem Aufbau eines CMS-Systems. Dabei werden neben den allgemeinen Anforderungen (23. Kapitel) auch die besonderen kartellspezifischen Risiken beleuchtet (24. und 25. Kapitel). Dabei wird auch die besondere Rolle des Compliance-Verantwortlichen erläutert (26. Kapitel). Der Abschnitt wird abgerundet mit Ausführungen zu Hinweisgebersystemen und Ombudspersonen (27. Kapitel). Insbesondere in kartellrechtlichen Sachverhalten kommen derartigen Systemen bekanntlich eine große Bedeutung zu. Jeder Informationsvorsprung der Unternehmensleitung gegenüber anderen, an einem Kartell beteiligten Unternehmen kann zu signifikanten Vorteilen bei der Anwendung von Kronzeugenregelungen führen.

Der letzte Teil widmet sich den Grundlagen der Kartellrechts-Compliance in anderen Jurisdiktionen. Dies soll es den internen und externen Rechtsberatern ermöglichen, Risiken zu erkennen, die sich aus der grenzüberschreitenden Tätigkeit des Unternehmens ergeben. Hierzu erfolgt eine grundlegende Einführung (28. Kapitel) sowie länderspezifische Ausführungen zur Schweiz (29. Kapitel), Österreich (30. Kapitel), Frankreich (31. Kapitel), Italien (32. Kapitel), Spanien (33. Kapitel), den USA (34. Kapitel), China (35. Kapitel), Russland (36. Kapitel) sowie Brasilien (37. Kapitel).

III. Zusammenfassung

Das Handbuch Kartell Compliance beleuchtet alle wesentlichen Facetten des deutschen und europäischen Kartellrechts und stellt eine in der kartellrechtlichen Literatur ansonsten vernachlässigte Verbindung zu den aktuellen Entwicklungen im Wirtschaftsstrafrecht dar. In der Beratungspraxis ist die Verzahnung der Rechtsbereiche längst Realität. Dem Handbuch gelingt es, dieses beträchtliche Praxis- und Fachwissen auf rund 1.100 Seiten zu bündeln.