

HRRS-Nummer: HRRS 2019 Nr. 113

Bearbeiter: Christian Becker

Zitiervorschlag: HRRS 2019 Nr. 113, Rn. X

### **BGH 5 StR 275/18 - Beschluss vom 13. Dezember 2018 (LG Göttingen)**

Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (Sozialversicherungsbeiträge; Arbeitnehmeranteil; Abgrenzung von abhängig Beschäftigten und Selbständigen; Scheinselbständigkeit; nichtselbständige Arbeit; Arbeitsverhältnis; Indizien abhängiger Beschäftigung; vertragliche Vereinbarungen; gelebte Praxis; konkrete Gestaltung der jeweiligen Tätigkeit; Eingliederung in den Betrieb; Weisungsrecht; eigenes Unternehmerrisiko des Selbständigen; frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit; Terminbindung; keine Beschränkung des objektiven Tatbestandes auf Vertretbarkeit der sozialversicherungsrechtlichen Bewertung; subjektiver Tatbestand).

§ 266a StGB; § 7 SGB IV; § 16 Abs. 1 S. 1 StGB

#### **Leitsätze des Bearbeiters**

1. Ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis (vgl. § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV) setzt voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Demgegenüber ist eine selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet.

2. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung, das anhand des Vertragsverhältnis der Beteiligten zu ermitteln ist, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt und sich aus ihrer „gelebten Beziehung“ erschließen lässt. Manche Tätigkeiten können sowohl in abhängiger Beschäftigung als auch im Rahmen einer Selbständigkeit ausgeübt werden. Die sozialversicherungsrechtliche Bewertung ist nicht von einem abstrakten Tätigkeitsbild, sondern von der konkreten Gestaltung der jeweiligen Tätigkeit abhängig.

3. Eine Beschränkung des objektiven Tatbestandes des § 266a StGB unter dem Gesichtspunkt der Vertretbarkeit der für den Betroffenen günstigen Rechtsansicht zu seiner Arbeitgebereigenschaft ist nicht anzuerkennen. Denn Betroffene haben es in der Hand, einen (kostenlosen) Antrag nach § 7a SGB IV bei der Deutschen Rentenversicherung zu stellen und auf diesem Wege, gegebenenfalls durch weitere Anrufung der Sozialgerichte, klären zu lassen, ob eine Beschäftigung im Sinne des § 7 SGB IV vorliegt. Dadurch lässt sich das Strafbarkeitsrisiko unabhängig davon vermeiden, dass entsprechende Entscheidungen keine Bindungswirkung entfalten.

#### **Entscheidungstenor**

Die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Göttingen vom 24. Januar 2018 wird verworfen.

Der Angeklagte hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

#### **Gründe**

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt in 161 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten verurteilt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt und gegen die Nebenbeteiligte I. G. GmbH die Einziehung des Wertes des Erlangten in Höhe von 383.106,84 € angeordnet. Die auf die Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten hat keinen Erfolg.

I.

1. Nach den Feststellungen des Landgerichts hat der Angeklagte als Geschäftsführer der I. G. GmbH (im Folgenden: I.), die unter anderem Personal für Bühnenaufbau, Licht- und Tontechnik für Veranstaltungen bereitstellte (sogenanntes „Booking“), im Zeitraum Oktober 2010 bis September 2013 Sozialversicherungsbeiträge

(Arbeitnehmer- und Arbeitgeberanteil) in Höhe des Einziehungsbetrages für Arbeitnehmer nicht abgeführt, die fälschlicherweise als Selbständige behandelt worden waren. Diese Veranstaltungen fanden vor allem in der „Lo.“ in Göttingen statt, bei der es sich um eine Multifunktionshalle handelt, in der im Vorfeld von Veranstaltungen jeweils hierfür erforderliche Aufbauten (z. B. Bühnen) unter Einsatz von mehreren Personen erstellt werden müssen. Betreiberin der „Lo.“ ist die G. W. G. mbH (G.), die mit dem Management der im Eigentum der Stadt Göttingen stehenden „Lo.“ sowie der Stadthalle betraut war.

Das „Booking“ umfasste die Kontaktaufnahme zu einem Kreis von arbeitswilligen Personen sowie deren Buchung und Einteilung für bestimmte Veranstaltungen. Sie wurden im Team unter anderem beim Auf- und Abbau von Bühnen tätig. Dabei beschränkte sich der Angeklagte nicht auf die bloße Vermittlung von Personen aus einem bereits vorhandenen Pool der in Frage kommenden Helfer, sondern erstrebte - ebenso wie die G. - die Schaffung einer professionellen Gruppe zur Durchführung der im Vorfeld der Veranstaltungen in der „Lo.“ erforderlichen Arbeiten. Er wollte diese Tätigkeit langfristig ausüben, das eingesetzte Personal schulen und hierdurch die Arbeitsabläufe in der „Lo.“ verbessern. Von dem früher tätigen „Booker“ übernahm der Angeklagte die Kontaktdaten einer Gruppe von Personen, die bereits zuvor regelmäßig für die G. in der „Lo.“, auch als Team in dem von dem Angeklagten betreuten Bereich der Veranstaltungstechnik, tätig gewesen waren, wobei sie stets als Subunternehmer behandelt worden waren. 3

Im Zusammenhang mit der Übernahme der „Booker“-Tätigkeit wurde der Angeklagte zum Thema der Scheinselbständigkeit durch einen Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, den Zeugen P., beraten, auf dessen Empfehlung er von jedem „Subunternehmer“ einen Fragebogen ausfüllen ließ. Dieser umfasste unter anderem folgende Aussagen, die mit „Ja“ oder „Nein“ gekennzeichnet werden konnten: 4

„Meine Tätigkeit besteht in eigenverantwortlicher, kreativer, freiberuflicher Leistung.“ „Ich kann den Ort der Auftragsbefreiung frei wählen.“ „In der Art der Auftragsbefreiung bin ich weitgehend frei.“ Diese Aussagen wurden von den Arbeitskräften in allen verfahrensgegenständlichen Fällen bejaht. In dem Merkblatt zum Fragebogen wurde in Fettdruck erläutert: „Sofern beim folgenden Fragebogen drei oder gar mehr Fragen mit ‚nein‘ beantwortet werden müssen, ist die baldige Abklärung des Status des Mitarbeiters dringend zu empfehlen, da dann bereits sehr starke Merkmale für das Vorliegen einer abhängigen Arbeitnehmertätigkeit (also ‚Scheinselbständigkeit‘) im Raum stehen.“ Aufgrund dieser Hinweise und seiner Kenntnisse von den tatsächlichen Arbeitsabläufen wusste der Angeklagte, dass die Einstufung der von der I. zur Verfügung gestellten Personen als Selbständige „höchst fragwürdig“ war, und er erkannte die Möglichkeit, dass er gegen die Pflicht zur Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen verstoßen könnte, und nahm dies billigend in Kauf. 5

Der organisatorische Ablauf bei der Gestellung von Personen durch den Angeklagten stellte sich während des gesamten Zeitraums, in dem das „Booking“ durch die I. (zunächst als Einzelgewerbe des Angeklagten, ab April 2010 als GmbH) übernommen wurde, wie folgt dar: 6

Potentiellen Auftraggebern, überwiegend der G., wurde seitens der I. ein Bestellformular zur Verfügung gestellt, in welchem zum Zwecke der Kalkulation eines konkreten Angebots die zu erwartenden Arbeiten, die Anzahl der benötigten Personen und die erwartete Qualifizierung des Personals eingetragen werden sollten sowie eine zeitliche Einteilung der Arbeitsabläufe. Für Veranstaltungen in der „Lo.“ erfolgte die Planung mit Erstellung der Baupläne und der Pläne für die Bestuhlung durch deren Hallenmeister, den Zeugen S. Er informierte die I., wie viele Personen wann zur Realisierung der Veranstaltung gebraucht werden und gab dabei teilweise auch die Namen der gewünschten Techniker an. Die durchzuführenden Tätigkeiten wurden in kurzen Stichworten durch Angabe der erforderlichen Qualifikation der Arbeitskräfte umschrieben. Seinem auf dieser Grundlage erstellten Angebot legte der Angeklagte feste Stundensätze je nach durchzuführender Tätigkeit zugrunde. 7

Sodann schloss er mit dem jeweiligen Auftraggeber einen Vertrag, in dem er sich verpflichtete, die angeforderte Anzahl an Arbeitern zur Verfügung zu stellen. Folgende Tätigkeiten wurden seitens der von dem Angeklagten eingesetzten Personen ausgeführt und in der Bezahlung und Abrechnung differenziert: Bühnenhelfertätigkeiten („Stagehand“), Tribünenaufbau („Steelhand“), Höhenarbeiten beim Gerüst- und Tribünenbau bzw. Traversenmontage („Climber“ und „Rigger“), Crewchef, Gabelstaplerfahrer, Tontechniker, Lichttechniker, Videotechniker, Messebauer, Tätigkeit durchgeführt durch Fachkraft für Veranstaltungstechnik, Einsatz einer Elektrofachkraft. Durch die I. wurde sodann ein Personalplan erstellt, der den vorgesehenen Arbeitskräften übermittelt wurde. Er enthielt neben der Angabe, für welche Veranstaltung die jeweilige Person vorgemerkt wurde, auch Einsatzort und -zeit sowie die Einteilung der auszuführenden Tätigkeit je nach Ausbildungsstand oder Fähigkeiten. 8

Entsprechend den Vorgaben der Auftraggeber zu Ort und Zeit der Einsätze waren die vom Angeklagten angefragten Personen, nach ihrer Zusage, verpflichtet, am Einsatzort zu der bestimmten Uhrzeit zu erscheinen. Ablehnungen von Anfragen konnten im Wiederholungsfall zum Ausbleiben weiterer Anfragen führen. 9

Die Einteilung der Kräfte vor Ort in Arbeitsgruppen, die bestimmte Aufbauten vorzunehmen hatten (z. B. Stehtribüne, Traversen), erfolgte durch den Angeklagten selbst oder den jeweiligen „Crewchef“. Bei der Einteilung wurde darauf 10

geachtet, dass unerfahrene Leute mit erfahrenen zusammenarbeiteten. Bei größeren Projekten wurde eine Art „Vorarbeiter“ in den einzelnen Gruppen bestimmt. Da die eingesetzten Teams zunehmend eingespielt waren, bedurfte es allerdings nicht immer einer ausdrücklichen Einteilung.

Die eingesetzten Personen erstellten die Aufbauten gemeinsam. Die von jedem konkret zu erledigenden Arbeiten ergaben sich aus den Absprachen mit den anderen für den Aufbau eingeteilten Personen bzw. den Crewchefs, so dass keinem der Eingesetzten von vornherein die Verantwortung für einen abgrenzbaren Leistungsteil oblag. Der Crewchef traf die erforderlichen Absprachen mit dem jeweiligen technischen Leiter des Auftraggebers. Zumeist übte der Zeuge St. die Funktion des Crewchefs aus, der ab Anfang 2011 beim Angeklagten fest angestellt war, jedoch schon zuvor für ihn gearbeitet hatte. Die Arbeiten wurden während ihrer Ausführung gelegentlich kontrolliert. 11

Erforderliche Ladearbeiten wurden von den gestellten Arbeitskräften gemeinsam ausgeführt. Dabei wurden nicht nur Personen tätig, die für Helfertätigkeiten eingeteilt waren, sondern auch für speziellere (technische) Bereiche eingeteilte Kräfte. Sofern bestimmte Arbeitsbereiche bereits vor Abschluss des Gesamtauftrages fertiggestellt waren und entsprechender Bedarf bestand, halfen die dann wieder verfügbaren Personen in den anderen Arbeitsbereichen mit. Die wenigen vor Ort benötigten Werkzeuge brachten die Arbeiter in den meisten Fällen selbst mit, ebenso etwa erforderliche Schutzbekleidung. Der Angeklagte stellte den für ihn tätigen Personen Bekleidung mit dem Firmenlogo, deren Tragen zumindest erwünscht war. 12

Nach Fertigstellung der Arbeiten erfolgte eine Kontrolle durch den Crewchef; der Beauftragte der „Lo.“ oder der jeweilige Projektleiter nahm die Arbeiten ab. Nach der Veranstaltung kamen die von dem Angeklagten zur Verfügung gestellten Personen wieder beim Abbau zum Einsatz. 13

Die jeweils gebuchten und eingesetzten Personen stellten Rechnungen an die I. Es bestanden feste vom Angeklagten vorgegebene, nicht verhandelbare Vergütungssätze, die sich zum einen nach den konkret ausgeführten Arbeiten, zum anderen auch nach der Dauer der Tätigkeit für die I. richtete. Die Arbeiter trugen ihre Arbeitszeit in ein von der I. zur Verfügung gestelltes Formular unter Angabe von Beginn, Ende und eventuell Pausenzeiten sowie jeweils ausgeführter Tätigkeit ein. Diese Angaben dienten auch als Grundlage für die Abrechnung der I. gegenüber dem jeweiligen Auftraggeber. Eine konkrete Aufschlüsselung nach einzelnen Arbeitskräften - insbesondere deren namentliche Nennung - fand auf den Rechnungen nicht statt; vielmehr wurde für eine Veranstaltung lediglich die Gesamtsumme der abgeleisteten Stunden in einzelnen Qualifikationen in Rechnung gestellt. 14

Formell behandelte der Angeklagte die eingesetzten Personen als Selbständige. Alle hatten ein Gewerbe angemeldet und nahmen auch selbst an, selbständig zu sein. Nicht in jedem Fall erzielten sie ihre Einnahmen überwiegend durch ihre Tätigkeit für die I. Der Angeklagte gewährte ihnen weder Urlaub noch Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Auch gab es keine schriftliche Rahmenvereinbarung dahingehend, dass die Arbeiter zur Ableistung einer Mindeststundenzahl pro Monat verpflichtet gewesen wären. Auch im Übrigen existierte keine schriftliche Vereinbarung für die zu leistende Tätigkeit. 15

Da seine erweiterte Geschäftstätigkeit einen kaufmännischen Geschäftsbetrieb erforderte, ließ der Angeklagte im Jahr 2009 sein Einzelunternehmen in das Handelsregister eintragen. Zur Bewältigung der administrativen und Buchführungsaufgaben stellte er seine Ehefrau ein. Im Frühjahr 2010 wurde im Wege der Ausgliederung aus dem Einzelunternehmen des Angeklagten die „I. G. GmbH“ gegründet. Im Zuge der Umstrukturierung des Unternehmens stellte der Angeklagte aus dem Kreis der für ihn tätigen Personen mehrere als Arbeitnehmer an, so im Januar 2011 den Zeugen St. Der Zeuge F. war von November 2011 bis Ende 2013 bei der I. angestellt. Für diese Personen erfolgten jeweils Meldungen zur Sozialversicherung. 16

Die Gründung der I. GmbH geschah auf Drängen der G. Aufgrund entsprechender Beratung durch den Steuerberater und Wirtschaftsprüfer P. hatte sie es zur Bedingung für ihre weitere Zusammenarbeit mit dem Angeklagten gemacht, dass er seine Tätigkeit nicht mehr als Einzelunternehmer, sondern in der Rechtsform einer GmbH ausüben solle. Ausgangspunkt dieser Forderung war die Problematik einer eventuellen Scheinselbständigkeit sowohl in Bezug auf den Einsatz des Angeklagten für die G. als auch auf denjenigen der von ihm vermittelten Personen. Hintergrund der Empfehlung des Zeugen P. war es, eventuellen sozialversicherungsrechtlichen Beitragsforderungen gegenüber der G. entgegenzuwirken. 17

Zur Regelung der Zusammenarbeit mit der G. wurde schließlich ein Rahmenvertrag geschlossen. In diesem war vorgesehen, dass seitens der Firma des Angeklagten der Aufbau Abbau von Bühnen und Tribünen sowie der entsprechenden Technik für die Veranstaltungen in der „Lo.“ und der Stadthalle erfolgen sollte. Aus einer als „Vertragsbestandteile Veranstaltungsdienstleistungen für ‚Lo.‘ und Stadthalle vom 20.09.2010“ bezeichneten Anlage ergaben sich die Stundensätze des für den jeweiligen Auftrag einzusetzenden Personals. 18

Dem Angeklagten, der seine Tätigkeit als faktischer technischer Leiter der „Lo.“ bei hoher, kaum zu bewältigender 19

Auftragslage in erheblichem Umfang ausübte, wurde seitens der G. wiederholt eine Festanstellung angeboten. Als er diese Ende des Jahres 2010 oder Anfang 2011 erneut ablehnte, wurde eine andere Person in Festanstellung mit seinen vorherigen Aufgaben im Bereich Veranstaltungstechnik betraut. In der Folge war er in diesem Bereich zwar weiterhin tätig, jedoch in begrenzterem Umfang. Das „Booking“ führte er allerdings über die I. für die G. fort.

Nachdem Anfang 2011 eine Sozialversicherungsprüfung bei der I. G. GmbH angekündigt worden war, kontaktierte der Angeklagte erneut den Steuerberater P. Dieser bat ihn, die Unterlagen, unter anderem die Fragebögen zur Scheinselbständigkeit zu vervollständigen und auszuwerten. Hierauf veranlasste der Angeklagte eine Versammlung der von ihm eingesetzten Arbeitskräfte. Bereits in der Einladung hierzu wurde angekündigt, dass inhaltlich eine Besprechung zum Thema „Scheinselbständigkeit/Prüfung durch die BfA“ erfolgen solle, und die eingeladenen Personen wurden aufgefordert, unter anderem eine Aufstellung ihrer Auftraggeber in den Jahren 2009 und 2010 mit den jeweiligen Umsätzen mitzubringen. Diejenigen, die nach ihren Auskünften 5/6 oder mehr ihrer Umsätze bei der I. machten, beschäftigte er in geringerem Umfang. Weitere Konsequenzen zog er nicht.

Im Zuge der im Jahr 2012 durchgeführten Betriebsprüfung durch die Deutsche Rentenversicherung bei der I. erfolgte eine nicht den tatsächlichen Umständen entsprechende Darstellung der für die Beitrags- und Abführungspflicht wesentlichen Umstände. Dies war dem Angeklagten bewusst und er bezweckte dies auch, um den Eindruck der Selbständigkeit der eingesetzten Personen zu begründen. Die von ihm spätestens 2009 erkannte Möglichkeit, dass diese Einstufung falsch sein könnte, nahm er bewusst hin, weil ihm eine weitere Durchführung seines Geschäftsmodells mit abhängig Beschäftigten nicht möglich erschien. Im Rahmen der Prüfung, für die der Angeklagte den im Sozialversicherungsrecht spezialisierten Rechtsanwalt Gr., einen seiner Instanzverteidiger, beauftragt hatte, wurden durch diesen - mit Kenntnis und Billigung des Angeklagten - die Arbeitsabläufe unzutreffend insbesondere dahingehend beschrieben, dass die „Subunternehmer“ einzelne Gewerke eigenständig und weisungsfrei erstellen würden und mit diesen je Auftrag ein Honorar separat verhandelt werde. Im Ergebnis der Betriebsprüfung wurden keine negativen Feststellungen getroffen.

2. Nach der rechtlichen Würdigung der Wirtschaftsstrafkammer hat sich der Angeklagte als strafrechtlich verantwortliches Organ (§ 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB) der I. G. GmbH nach § 266a Abs. 1 und 2 StGB strafbar gemacht. Die Tätigkeit von 28 näher bezeichneten Personen für die I. im Tatzeitraum sei als abhängige Beschäftigung einzustufen und habe damit der Sozialversicherungspflicht unterlegen. Bei einer Gesamtwürdigung der für und gegen eine abhängige Beschäftigung sprechenden Merkmale überwiegen die ersten deutlich. Sobald die jeweiligen Arbeitskräfte einen von der I. angebotenen Einsatz angenommen hätten, seien sie in deren Betriebsablauf weisungsabhängig eingegliedert gewesen. Abhängig Beschäftigte seien auch diejenigen, deren Tätigkeit für die I. nur einen relativ geringen Anteil ihrer Gesamteinnahmen begründet habe. Da es vorliegend nicht um die Abgrenzung von Dauerarbeitsverhältnissen zu selbständiger Tätigkeit gehe, sondern um die Abgrenzung kurzfristiger Beschäftigungsverhältnisse für nur jeweils einen Arbeitseinsatz von in selbständiger Tätigkeit erfüllten Einzelaufträgen, sei es für die Bewertung dieser kurzfristigen Beschäftigungsverhältnisse „kaum aussagekräftig“, dass eine Person gleichartige Tätigkeiten auch anderen Firmen gegenüber erbracht habe.

## II.

Das Urteil hält sachlich-rechtlicher Prüfung stand.

1. Ohne Rechtsfehler ist das Landgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass die Bühnenarbeiter (abhängig) Beschäftigte der vom Angeklagten vertretenen I. G. GmbH waren und als solche der Sozialversicherungspflicht unterlagen.

a) Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer Beschäftigung ist § 7 Abs. 1 SGB IV. Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis (§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV). Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Demgegenüber ist eine selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung (BSGE 119, 216, 218; BSG, ZIP 2006, 678, 679 f.; NZS 2007, 648, 649 f.; Urteil vom 28. Mai 2008 - B 12 KR 13/07 R, Rn. 15; vgl. auch BGH, Beschlüsse vom 24. Juni 2015 - 1 StR 76/15, NStZ 2015, 648, 649, und vom 4. September 2013 - 1 StR 94/13, NStZ 2014, 321, 323; Diepenbrock NZS 2016, 127). Ausgangspunkt der Beurteilung ist dabei das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt und sich aus ihrer „gelebten Beziehung“ erschließen lässt (vgl. BSGE 111, 257, 260; BSG, ZIP 2006, 678, 680; NZS 2007, 648, 650; jeweils mwN). Manche Tätigkeiten können sowohl in abhängiger Beschäftigung als auch im Rahmen einer Selbständigkeit ausgeübt werden (BSGE 123, 50, 54; vgl. z. B. einerseits BSG, Urteil vom 31. März 2015 - B 12 KR 17/13 R und andererseits BSGE 120, 99 zum „Rackjobbing“; zur möglichen selbständigen Tätigkeit von Bühnenarbeitern BGH, Beschluss vom 24. Juni 2015 - 1 StR 76/15, NStZ

2015, 648). Die sozialversicherungsrechtliche Bewertung ist nicht von einem abstrakten Tätigkeitsbild, sondern von der konkreten Gestaltung der jeweiligen Tätigkeit abhängig (KassKomm/Seewald, SGB IV, 101. EL, § 7 Rn. 47b; vgl. auch Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann/Berchtold, SGB IV, 5. Aufl., § 7 Rn. 18).

b) Nach Maßgabe dieser Grundsätze bestanden zwischen der I. und den 28 im Urteil näher bezeichneten Personen sozialversicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnisse.

aa) Zur Abgrenzung von Beschäftigung und Selbständigkeit ist regelmäßig vom Inhalt der zwischen den Beteiligten 27 getroffenen Vereinbarungen auszugehen (BSGE 119, 216, 218 f.; 120, 99, 104). Schriftliche Vereinbarungen bestanden zwischen der I. und den von ihr „vermittelten“ Arbeitskräften nicht. Insbesondere gab es auch keine Rahmenverträge als Rechtsgrundlagen für die einzelnen mit jeder Auftragsannahme begründeten Rechtsverhältnisse. Den einzelnen Arbeitseinsätzen lagen lediglich mündliche Absprachen zugrunde, wonach die angefragten Arbeitskräfte sich verpflichteten, zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Veranstaltungsort bestimmte Verrichtungen durchzuführen, und die I. sich verpflichtete, diese nach festgelegten Sätzen zu vergüten.

Angesichts der lediglich rudimentären Vertragsvereinbarungen zwischen der I. und den jeweiligen Arbeitskräften 28 kommt ihrer im Rahmen der Vertragsdurchführung „gelebten Beziehung“ eine entscheidende Rolle zu. Zutreffend hat das Landgericht insoweit auf die Verhältnisse während der Einsätze, das heißt nach Annahme des jeweiligen Einzelauftrags, abgestellt (vgl. BSGE 103, 17, 26; 120, 99, 105; BSG, Urteile vom 4. Juni 1998 - B 12 KR 5/97 R; vom 28. Mai 2008 - B 12 KR 13/07 R, Rn. 24, 26; vom 24. März 2016 - B 12 KR 20/14 R, Rn. 17, mwN).

bb) Das Landgericht ist rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis gelangt, dass vorliegend die für eine abhängige 29 Beschäftigung sprechenden Merkmale deutlich diejenigen überwiegen, die auf eine selbständige Tätigkeit hindeuten. Die Arbeitskräfte waren - sobald sie einen angebotenen Einsatz angenommen hatten - in den Betrieb der I. eingegliedert, auch wenn sie ihre Tätigkeit an den Veranstaltungsorten erbrachten (vgl. BSG, Urteil vom 4. Juni 1998 - B 12 KR 5/97 R, aber auch BGH, Beschluss vom 24. Juni 2015 - 1 StR 76/15, NSStZ 2015, 648), und wirkten an der von ihr der gegenüber ihren jeweiligen Auftraggebern zu erbringenden Leistung mit.

Unter Geltung des mit der G. abgeschlossenen Rahmenvertrages, wonach sie den Auf- und Abbau von Bühnen und 30 Tribünen sowie der entsprechenden Technik für die Veranstaltungen in der „Lo.“ und der Stadthalle übernehmen sollte, führte die I. die erforderlichen Arbeiten aufgrund von Werkverträgen aus. Zu diesem Zweck setzte sie die Arbeitskräfte ein, die jeweils kein selbständiges Gewerk zu erstellen hatten, sondern gemeinsam das von der I. geschuldete Gewerk errichteten. Auch soweit den Arbeitseinsätzen bei anderen Auftraggebern lediglich eine vertragliche Verpflichtung der I. zugrunde lag, „die für die Vorbereitung von Veranstaltungen angeforderte Anzahl an Arbeitern zur Verfügung zu stellen“, ging die zwischen den Beteiligten „gelebte Beziehung“ nach den Feststellungen (vgl. I.1.) deutlich über die bloße Vermittlung von selbstbestimmt tätigen „Subunternehmern“ hinaus. Nach dem zwischen der I. - im Rahmen ihrer vertraglichen Beziehungen zu den jeweiligen Auftraggebern - und den Arbeitskräften bei den einzelnen Arbeitseinsätzen praktizierten Abläufen ergibt sich vielmehr folgendes Bild, nach dem die Merkmale einer abhängigen Beschäftigung diejenigen einer selbständigen Tätigkeit der Bühnenarbeiter und Techniker deutlich überwogen und sich die I. als deren Arbeitgeberin darstellte:

(1) Die Arbeiter übten ihre Tätigkeit in Teams nach Weisungen der Crewchefs oder der - nach den Gesamtumständen 31 vom Angeklagten hierzu ermächtigten - vor Ort Verantwortlichen der jeweiligen Auftraggeber aus. Dabei spielt ihre Bindung an die terminlichen und örtlichen Vorgaben der für die I. Handelnden, die diese von den Auftraggebern erhalten hatten, keine entscheidende Rolle. Denn auch der Selbständige kann seine Tätigkeit oft nur an bestimmten Orten erbringen und ohne Gefährdung seines Status einer Terminbindung unterworfen sein (vgl. Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann/ Berchtold, aaO, Rn. 23). Jedoch beschränkten sich die den eingesetzten Kräften erteilten Vorgaben nicht auf ein innerhalb eines bestimmten Zeitrahmens an einem bestimmten Ort herzustellendes abgrenzbares Werk. Vielmehr nahmen die Arbeiter gemeinsam mit weiteren, von der I. ausgesuchten Personen nach Vor-Ort-Einteilung die einzelnen Auf- und Abbauten oder andere umschriebene Verrichtungen vor und schuldeten der I., zu der allein sie in vertraglichen Beziehungen standen, keinen Erfolg, sondern lediglich ihre Arbeit. Bei Bedarf führten sie im Verlauf ihres jeweiligen Einsatzes aufgrund von Einzelweisungen ergänzende Arbeiten durch, die nicht ihrer Qualifikation entsprachen. Die einzelnen Helfer mussten sich demnach in eine fremdbestimmte Arbeitsorganisation einfügen. Soweit der Angeklagte oder der für ihn tätige Zeuge St. im Rahmen der Personalplanung mit ihren Weisungen das weitergaben, was von den Veranstaltern vertraglich vorgegeben worden war, ist dies kein der Arbeitgeberbereitschaft der I. widersprechendes Indiz. Denn dies ist die Regel, wenn sich Unternehmer zur Ausführung der von ihnen übernommenen (Werk-)Vertragsverpflichtungen ihrer Beschäftigten bedienen (vgl. BSG, Urteil vom 4. Juni 1998 - B 12 KR 5/97 R, Rn. 22). Dass die für die I. Tätigen ihre Arbeiten nicht in deren Betriebsstätte verrichteten, ist rechtlich ebenfalls ohne Bedeutung, weil die Struktur und Arbeitsorganisation als Übernahme und Erfüllung von Aufträgen in den jeweiligen Veranstaltungsstätten gekennzeichnet war (vgl. BSG, aaO, Rn. 19). Für eine abhängige Beschäftigung der eingesetzten Personen im Betrieb der I. spricht ferner, dass sie höchstpersönlich zur Leistung verpflichtet waren und von der I. nach festen, nicht verhandelbaren Stundensätzen bezahlt wurden. Sie schrieben keine Rechnungen, sondern trugen lediglich ihre Arbeitszeit in von der I. zur Verfügung

gestellte Formulare ein. Die Abrechnung ihnen gegenüber erfolgte durch die I. Das Tragen einheitlicher Firmenkleidung war zumindest erwünscht, so dass die Arbeitskräfte nach außen im Namen der I. auftraten und der Eindruck einer „corporate identity“ entstand (vgl. zu den Indizien abhängiger Beschäftigung gegenüber Selbständigkeit Metz, NSTZ-RR 2013, 333, 334; MüKo/Radtke, StGB, 3. Aufl., § 266a Rn. 13 f.).

Die Eingliederung in fremdbestimmte organisatorische Abläufe galt - wie das Landgericht zu Recht festgestellt hat - auch für die Crewchefs. In der sozialgerichtlichen Rechtsprechung ist anerkannt, dass die Weisungsgebundenheit - vornehmlich bei Diensten höherer Art - eingeschränkt und zur „funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess“ verfeinert sein kann (vgl. z. B. BSG, Urteil vom 26. September 2017 - B 1 KR 31/16 R, Rn. 20 [für den Abdruck in BSGE vorgesehen]). Die Crewchefs arbeiteten nicht mit selbst ausgewähltem Personal; es wurde vielmehr eine fremdbestimmte personelle Zusammensetzung vorgenommen. Sie waren zwar gegenüber den gebuchten Personen weisungsberechtigt, handelten dabei allerdings als funktionsgerecht Dienende innerhalb eines fremdbestimmten Arbeitsprozesses. 32

Der Eingliederung der Arbeiter in den Betrieb der I. stand nicht entgegen, dass sie das einzelne Arbeitsangebot des Angeklagten ablehnen konnten (vgl. BSG, Urteil vom 4. Juni 1998 - B 12 KR 5/97 R, Rn. 20). Zwar ist die Möglichkeit, Aufträge anzunehmen oder abzulehnen, grundsätzlich ein Indiz für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit. Doch sind auch im Rahmen von (abhängigen) Beschäftigungen wie etwa Abrufarbeitsverhältnissen (§ 12 TzBfG) Vertragsgestaltungen nicht unüblich, die es weitgehend dem Arbeitnehmer überlassen, ob er im Anforderungsfall tätig werden will oder ein Angebot ablehnt. Nimmt der Betroffene es jedoch an, übt er die Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit in einem fremden Betrieb und damit im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung aus und wird nicht allein wegen der grundsätzlich bestehenden Ablehnungsmöglichkeit zum selbständig Tätigen (LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 21. November 2008 - L 4 KR 4098/06, Rn. 30; Hessisches LSG, Urteil vom 24. Februar 2009 - L 1 KR 249/08, Rn. 28). 33

(2) Auch soweit die I. G. GmbH gegenüber anderen Auftraggebern als der G. tätig wurde, war sie - und nicht der jeweilige Auftraggeber - Arbeitgeberin der eingesetzten Kräfte. Der für sie handelnde Angeklagte entschied über die Aufnahme von Personen in seinen Pool, deren Schulung, deren Bezahlung und über deren Einsatz bei bestimmten Aufträgen, teilweise allerdings auf Wunsch der Auftraggeber. Die Einteilung der hierarchisch strukturierten Arbeitsgruppen bei den einzelnen Einsätzen wurde ebenfalls durch den Angeklagten oder die jeweiligen Crewchefs, häufig durch den ab Januar 2011 bei der I. angestellten Zeugen St., vorgenommen. Soweit neben dem Angeklagten und den Crewchefs auch vor Ort Verantwortliche der Auftraggeber den Arbeitskräften Anweisungen erteilten, weist dies allein noch nicht auf eine - durch die Wirtschaftsstrafkammer in Betracht gezogene - (unerlaubte) Arbeitnehmerüberlassung durch die I. hin (vgl. BGH, Urteil vom 16. April 2014 - 1 StR 516/13, NJW 2014, 1975, 1977; Beschluss vom 12. Februar 2003 - 5 StR 165/02, NJW 2003, 1821; Höpfner in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 8. Aufl., § 1 AÜG, Rn. 26 ff.; Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann/Berchtold, aaO, Rn. 52). Auch im Fall der unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung gälte im Übrigen die I. als lohnzahlende Verleiherin gemäß § 10 Abs. 3 AÜG, § 28e Abs. 2 Sätze 3 und 4 SGB IV gegenüber der Einzugsstelle als Arbeitgeberin und hätte neben dem Entleiher für den auf das Arbeitsentgelt entfallenden Gesamtsozialversicherungsbeitrag einzutreten (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juni 2001 - 3 StR 126/01, NSTZ 2001, 599). 34

(3) Im Rahmen ihrer Tätigkeit für den Angeklagten trugen die Arbeitskräfte kein Unternehmerrisiko und erfüllten damit gerade dieses maßgeblich für eine selbständige Tätigkeit sprechende Merkmal nicht. 35

Wesentliches Kriterium für ein Unternehmerrisiko ist, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch unter Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, so dass der Erfolg des Einsatzes der sächlichen und persönlichen Mittel ungewiss ist (BSG, Urteile vom 4. Juni 1998 - B 12 KR 5/97 R, Rn. 23; vom 28. Mai 2008 - B 12 KR 13/07 R, Rn. 27; vom 25. Januar 2001 - B 12 KR 17/00 R, Rn. 24). Die Bühnenarbeiter und Techniker wandten, was arbeitnehmertypisch ist, nur ihre eigene Arbeitskraft und Berufserfahrung auf. Sie stellten keine Arbeitsmittel mit der ungewissen Aussicht zur Verfügung, Einnahmen zu erzielen. Auch die eigene Arbeitskraft wurde nicht mit ungewissem Erfolg aufgewandt, da ihre Tätigkeit nach festen Sätzen vergütet wurde. Es ist arbeitnehmertypisch und spricht für eine (abhängige) Beschäftigung, wenn Erwerbstätigen - wie vorliegend - die Vergütung unabhängig vom Ergebnis ihrer Tätigkeit und vom wirtschaftlichen Ergebnis des Auftraggebers zusteht und sie keine Abzüge wegen Schlechtleistung zu befürchten haben (Mette, NZS 2015, 721, 725). Die Tatsache, dass die Arbeiter außerhalb der Erledigung der Einzelaufträge frei über ihre Arbeitszeit und Arbeitskraft verfügen konnten, hatte keinen Bezug zu der Vergütungsregelung für die geleistete Arbeit. Das hieraus folgende Risiko, zeitweise die eigene Arbeitskraft nicht verwerten zu können, begründete kein Unternehmerrisiko während der Arbeitseinsätze (vgl. BSG, Urteil vom 4. Juni 1998 - B 12 KR 5/97 R, Rn. 23). 36

Es ist insoweit auch nicht aussagekräftig, dass die eingesetzten Personen jeweils ein Gewerbe, manche auch im Bereich der Veranstaltungstechnik oder des Bühnenbaus, angemeldet hatten, „weil es Voraussetzung war, überhaupt zu arbeiten“. Das Gewerbeaufsichtsamt prüft nicht, ob tatsächlich eine Beschäftigung vorliegt. Die für die I. Tätigen traten über die Verteilung von Visitenkarten hinaus nicht werbend am Markt auf und keinem von ihnen „kam es darauf 37

an, mit dem unternehmerischen Risiko verbundene Freiheiten zur eigenen unternehmerischen Entfaltung zu nutzen, sondern allein darauf, durch den Einsatz ihrer Arbeitskraft Geld zu verdienen“.

(4) Dass die Arbeiter im streitigen Zeitraum auch für andere Auftraggeber tätig waren, ist ohne Bedeutung für ihre 38  
Eingliederung in den Betrieb der Klägerin während des jeweiligen Arbeitseinsatzes und mithin kein entscheidendes Kriterium für eine selbständige Tätigkeit (vgl. BSG, aaO, Rn. 21). Dies gilt - wie die Wirtschaftsstrafkammer zu Recht annimmt - auch für diejenigen Personen, bei denen die Tätigkeit für den Angeklagten nur einen relativ geringen Anteil ihrer Gesamteinnahmen ausmachte. Die Tätigkeit nur für einen Auftraggeber spricht zwar für eine abhängige Beschäftigung; der Umkehrschluss, dass eine Tätigkeit für mehrere Auftraggeber einem Beschäftigungsverhältnis entgegenstehe, ist aber nicht zulässig (LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 21. November 2008 - L 4 KR 4098/06, Rn. 7). Auch ein abhängig Beschäftigter kann bei mehreren Arbeitgebern beschäftigt sein. Soweit die Wirtschaftsstrafkammer nicht ausschließen konnte, dass nicht sozialversicherungspflichtige kurzfristige oder (regelmäßig) geringfügige Beschäftigungen (§ 8 SGB IV) vorlagen, hat sie dies berücksichtigt.

(5) Der Nichtgewährung von Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall sowie Urlaub kommt im Rahmen der nach § 7 Abs. 1 39  
SGB IV vorzunehmenden Gesamtabwägung keine eigenständige Bedeutung zu. Vielmehr setzt der Ausschluss ansonsten zwingender arbeits- und sozialrechtlicher Rechte und Pflichten das Fehlen des Status als Beschäftigter voraus. Allein die Vorenthaltung von Rechten oder die Belastung eines Erwerbstätigen, der im Übrigen nach der tatsächlichen Gestaltung des gegenseitigen Verhältnisses als abhängig Beschäftigter anzusehen ist, mit zusätzlichen Risiken rechtfertigt nicht die Annahme von Selbständigkeit im Rechtssinne (vgl. BSGE 120, 99, 108 mwN).

c) Entgegen der Auffassung der Revision ist eine Beschränkung des objektiven Tatbestandes des § 266a StGB unter 40  
dem Gesichtspunkt der Vertretbarkeit der für den Betroffenen günstigen Rechtsansicht zu seiner Arbeitgeberbereitschaft nicht vorzunehmen. Abgesehen von der Frage, wie eine solche dogmatisch verortet werden könnte (vgl. gegen eine „autonome“ strafrechtliche Definition des Arbeitgeberbegriffs Kudlich, ZIS 2011, 482, 488), besteht hierfür schon kein Bedürfnis. Denn der Angeklagte war nicht darauf verwiesen, diese Frage - gegebenenfalls nach fachkundiger Beratung - aufgrund eigener rechtlicher Beurteilung zu entscheiden. Vielmehr hätte er es in der Hand gehabt, einen (kostenlosen) Antrag nach § 7a SGB IV bei der Deutschen Rentenversicherung Bund zu stellen und auf diesem Wege, gegebenenfalls durch weitere - die Fälligkeit des Gesamtsozialversicherungsbeitrages hinausschiebende (§ 7a Abs. 6 Satz 2 SGB IV) - Anrufung der Sozialgerichte, klären zu lassen, ob eine Beschäftigung im Sinne des § 7 SGB IV vorliegt (vgl. Mette, NZS 2015, 721, 722; KassKomm/Seewald, SGB IV, 101. EL, § 7 Rn. 49). Ungeachtet des Umstands, dass die Entscheidung im sozialversicherungsrechtlichen Anfrageverfahren und selbst eine entsprechende rechtskräftige sozialgerichtliche Entscheidung im Hinblick auf das Bestehen oder Nichtbestehen eines Beschäftigungsverhältnisses rechtlich keine Bindungswirkung entfaltet (vgl. MüKo/Radtke, StGB, 3. Aufl., § 266a Rn. 15; Kudlich aaO 484), hätte der Angeklagte mit der Stellung des Antrags ein Strafbarkeitsrisiko vermeiden können.

2. Die Wirtschaftsstrafkammer ist ohne Rechtsfehler zu der Überzeugung gelangt, dass der Angeklagte im Tatzeitraum 41  
ernsthaft mit der Möglichkeit rechnete, gegen die Pflicht zur Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen zu verstoßen, und dies billigend in Kauf nahm.

Sie schließt dies zum einen aus den mit der Verteilung und Beantwortung des von dem Zeugen P. ausgearbeiteten 42  
Fragebogens zusammenhängenden Umständen. Vor dem Hintergrund, dass die in den Feststellungen genannten Fragen angesichts der dem Angeklagten bekannten Umstände durch die Arbeiter nicht wahrheitsgemäß mit „nein“ beantwortet werden konnten, ergab sich bereits aus den Hinweisen im Fragebogen selbst, dass „sehr starke Merkmale für das Vorliegen einer abhängigen Arbeitnehmertätigkeit (also ‚Scheinselbständigkeit‘)“ vorlagen. Zudem war dem Angeklagten bekannt, dass die G. die Gründung einer GmbH durch ihn als Bedingung der Fortführung der Geschäftsbeziehungen gerade deshalb verlangte, weil sie eine eigene Beitragspflicht für Scheinselbständige vermeiden wollte. Hierdurch drängte sich für den Angeklagten auf, dass das Problem der Scheinselbständigkeit der „vermittelten“ Personen auch die von ihm geführte GmbH als mögliche Arbeitgeberin betraf.

Einem Irrtum in Bezug auf die Arbeitgeberstellung der I. unterlag der Angeklagte demnach nicht. Er kannte nicht nur 43  
die hierfür maßgeblichen tatsächlichen Umstände, sondern erkannte auch, dass auf deren Grundlage die I. möglicherweise als Arbeitgeberin anzusehen war, und billigte dies. Es bedarf daher keiner Entscheidung, ob eine etwaige Fehlvorstellung über die Arbeitgeberbereitschaft in § 266a StGB und die daraus folgende Abführungspflicht insgesamt als Tatbestandsirrtum zu behandeln wäre (vgl. BGH, Urteil vom 24. Januar 2018 - 1 StR 331/17, NSTZ-RR 2018, 180, 182 mwN).