



**Staatsanwaltschaft
Augsburg**

Gögginger Str. 101, 86199 Augsburg
Sachbearbeiter: StA(GL) Dr. Wiesner
Durchwahl-Nr. 0821/3105-1414

Az.: 503 Js 120691/15

Augsburg, 07.07.2017

VERFÜGUNG:

1. K.g.
2. Vermerk zur rechtlichen Würdigung:

BGH 1 StR 638/13

Ob eine Person Arbeitgeber i. S. von § 266 a StGB ist, richtet sich nach dem Sozialversicherungsrecht, das seinerseits diesbezüglich auf das Dienstvertragsrecht der §§ 611 ff. BGB abstellt. Danach ist auf der Grundlage der maßgeblichen tatsächlichen Gegebenheiten eine wertende Gesamtbetrachtung bzw. Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände vorzunehmen. In diese Gesamtbetrachtung sind vor allem das Vorliegen eines umfassenden arbeitsrechtlichen Weisungsrechts, die Gestaltung des Entgelts und seiner Berechnung (etwa Entlohnung nach festen Stundensätzen), Art und Ausmaß der Einbindung in den Betriebsablauf des Arbeitgeberbetriebes sowie die Festlegung des täglichen Beginns und des Endes der konkreten Tätigkeit einzustellen. Die Vertragsparteien können aus einem nach den tatsächlichen Verhältnissen bestehenden Beschäftigungsverhältnis resultierende sozialversicherungsrechtliche Abführungspflichten nicht durch eine abweichende Vertragsgestaltung beseitigen. Eine Überlassung zur Arbeitsleistung i. S. des § 1 I 1, II AÜG liegt vor, wenn einem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt werden, die in dessen Betrieb eingegliedert sind und ihre Arbeit allein nach Weisungen des Entleihers in dessen Interesse ausführen. Davon zu unterscheiden ist die Tätigkeit eines Arbeitnehmers bei einem Dritten auf Grund eines Werk- oder Dienstvertrags. In diesen Fällen wird der Unternehmer für einen anderen tätig. Über die rechtliche Einordnung eines diesbezüglichen Vertrags entscheidet der Geschäftsinhalt und nicht die von den Parteien gewünschte Rechtsfolge oder eine Bezeichnung, die dem Geschäftsinhalt tatsächlich nicht entspricht.

(NSTZ-RR 2014, 246, beck-online)

Bei der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung ohne Erlaubnis, folglich einer unzulässigen Arbeitnehmerüberlassung, wird trotz der Unwirksamkeit des Vertrages zwischen dem Werkvertragsnehmer als Verleiher und der Arbeitskraft (§ 9 Nr. 1 AÜG) ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Einsatzunternehmen als Entleiher und der Arbeitskraft nach § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG fingiert, mit der Folge, dass das Einsatzunternehmen als Arbeitgeber einzustufen ist. Daneben bestimmt § 28e Abs. 2 S. 3 und 4 SGB IV, dass der Verleiher im Falle der Zahlung des vereinbarten Arbeitsentgeltes Schuldner der Sozialversicherungsbeiträge bzw. der Beiträge zur Arbeitsförderung ist. Bezüglich dieser Zahlungsverpflichtung gilt der Verleiher dann neben dem Entleiher als Arbeitgeber (§ 28e Abs. 2 S. 4 SGB IV; § 10 Abs. 3 S. 2 AÜG).³⁹ Verleiher und Entleiher haften demzufolge gesamtschuldnerisch für die Sozialversicherungsbeiträge und sind diesbezüglich beide als Arbeitgeber anzusehen. Dementsprechend sind beide unabhängig voneinander zur rechtzeitigen Abführung der Sozialversicherungsbeiträge verpflichtet. Unterbleibt diese, kommen sowohl Verleiher als auch Entleiher als Täter des § 266a StGB in Betracht.

(NZWiSt 2015, 248, beck-online)

Im vorliegenden Fall liegt eine AG-Eigenschaft seitens KLIEFERT vor, vgl. Gutachten DRV Schwaben Bl. 915 d.A.. Allein durch die unzulässige AN-Überlassung wird nach §§ 9, 10 AÜG die AG-Eigenschaft seitens M■■■■ fingiert. Dies gilt auch strafrechtlich, da die sozialrechtliche Beurteilung maßgeblich ist. Allerdings erhalten die AN auch von KLIEFERT Teile des Arbeitsentgelts in Form von Vorschüssen und Prämien, vgl. Bl. 841 d.A. Somit haftet der Verleiher mit dem Entleiher gesamtschuldnerisch für die Sozialversicherungsbeiträge und **beide sind als Arbeitgeber anzusehen.**



Dr. Wiesner

Staatsanwalt als Gruppenleiter