

Der Alleingesellschafter und Alleingeschäftsführer einer GmbH genießt aufgrund seiner Rechtsmacht keinen arbeitsrechtlichen Schutz; eine Arbeitnehmereigenschaft liegt nicht vor. Korrespondierend dazu unterliegt der Alleingesellschafter und Alleingeschäftsführer einer GmbH auch nicht der Sozialversicherungspflicht.²¹

Hätte der 9. Senat des BAG anders entschieden und auf ein Arbeitsverhältnis erkannt, wäre die Beklagte (ungeachtet etwaiger Gegenansprüche gegen den Kläger) nicht unerheblichen Nacherhebungen der Sozialversicherungsträger und des Fiskus ausgesetzt gewesen. Des einen Freud, des anderen Leid.

Aber das Risiko der Beklagten war hier nicht nur finanzieller Art. Derartige Fälle ziehen regelmäßig strafrechtliche Ermittlungen nach sich, wobei die subjektive Tatseite und/oder Irrtumsfragen über strafrechtliche Konsequenzen z.B. nach § 266a StGB, § 370 AO häufig genug den Ausschlag geben. Gleiches gilt im Zusammenhang mit etwaigen Beitragsnacherhebungen, wenn es darum geht, ob diese im Rahmen der 4-jährigen Regelverjährung oder – bei bedingtem Vorsatz in sozialversicherungsrechtlichem Sinne – 30 Jahre lang möglich sind.

Die Entscheidung lässt den auf arbeitsrechtlichem Terrain nicht ganz trittsicheren Strafverteidiger und strafrechtlichen Berater mit der Frage zurück, ob sich ein Strafgericht über die Beweggründe des Abschlusses der Rahmenvereinbarung zur Arbeitnehmerüberlassung wohl dieselbe Überzeugung gebildet hätte, wie der 9. Senat des BAG. Die Lesart der Strafverfolger wäre mit einiger Wahrscheinlichkeit eine andere.

²¹ Jüngst: LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 28.3.2017, L 11 R 1310/16, recherchiert in juris.

Insolvenzstrafrecht

Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert

Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht

I. Strafprozessrecht

1. Entbindungsbefugnis des Verwalters von der Schweigepflicht des Berufsgeheimnisträgers bei Insolvenzen juristischer Personen - § 53 StPO

Für im Rahmen eines Mandatsverhältnisses zu einer juristischen Person möglicherweise anvertrauten oder sonst bekannt gewordenen Straftaten eines (auch faktischen) Vertreters ist die Schweigepflichtentbindung durch diesen, als Träger des Geheimnisses, erforderlich. Geht es um die Offenlegung von Straftaten des Insolvenzschuldners bzw. früherer oder jetziger (auch faktischer) Organe einer in Insolvenz geratenen juristischen Person, ist eine Schweigepflichtentbindung allein durch den Insolvenzverwalter nicht ausreichend.

OLG Zweibrücken, Beschluss vom 08. 12. 2016 - 1 Ws 334/16, ZInsO 2017, 441 m. abl. Anm. Weyand.

Zu der Entscheidung s. auch zust. Pauka, NZI 2017, 176, differenzierend Beukelmann, NJW-Spezial 2017, 120 sowie abl. Priebe, EWIR 2017, 245. Mit dem Beschluss verlässt das OLG Zweibrücken die Linie verschiedener anderer Oberlandesgerichte, die – jedenfalls in jüngerer Zeit – bei insolventen juristischen Personen eine umfassende Entbindungsbefugnis des Insolvenzverwalters annehmen; vgl. etwa OLG Nürnberg, Beschluss vom 18.06.2009 – 1 Ws 289/09, ZInsO 2009, 2399, sowie OLG Köln, Beschluss vom 01.09.2015 – 2 Ws 544/15, ZInsO 2016, 157. Umfassend zu der Problematik s. Wick, ZWH 2017, 82.

2. Durchsuchungsanordnungen gegenüber einem Insolvenzverwalter - § 103 StPO

Eine Durchsuchung beim Insolvenzverwalter ist nur dann verhältnismäßig, wenn gewichtige Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass Beweismittel ohne Durchsuchung verloren gehen

könnten und dadurch die Ermittlungen beeinträchtigt werden. Der Insolvenzverwalter ist als unabhängige Rechtsperson verpflichtet, mit den Ermittlungsbehörden zu kooperieren. Etwas Anderes gilt allein, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass ein besonderes Näheverhältnis zwischen ihm und dem Beschuldigten oder dessen Umfeld besteht, das besorgen lässt, dass eine Anfrage bei dem Insolvenzverwalter dem Beschuldigten zur Kenntnis gelangt und dort oder bei einem Dritten zu einem Beweismittelverlust führen wird oder wenn bereits vor Beantragung und Erlass eines Durchsuchungsbeschlusses deutlich wird, dass der Insolvenzverwalter zur Herausgabe nicht bereit ist. Aus § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO lässt sich ein allgemeines Durchsuchungs- oder Beschlagnahmeverbot in Bezug auf den Insolvenzverwalter nicht herleiten.

LG Bonn, Beschluss vom 22. 12. 2016 - 27 Qs 23/16, ZInsO 2017, 719.

Zu der Problematik vgl. bereits Weyand, ZInsO 2008, 24. Aus der jüngeren Rechtsprechung s. LG Saarbrücken, Beschluss vom 02.02.2010 – 2 Qs 1/10, ZInsO 2010, 431; LG Dresden, Beschluss vom 27.11.2013 – 5 Qs 113/13, ZInsO 2013, 2564.

3. Ablehnung einer Durchsuchungsanordnung durch den Ermittlungsrichter: Keine anschließende Annahme von Gefahr in Verzug durch die Staatsanwaltschaft - § 105 StPO

Ist beim Ermittlungsrichter ein Durchsuchungsbeschluss beantragt, ist auch dann, wenn dieser sich außerstande sieht, die Anordnung ohne Vorlage der Akte zu erlassen, für eine staatsanwaltschaftliche Prüfung des Vorliegens von Gefahr im Verzug regelmäßig kein Raum mehr, es sei denn, es liegen neue Umstände vor, die sich nicht aus dem vorangegangenen Prozess der Prüfung und Entscheidung über den ursprünglichen Antrag auf Durchsuchung ergeben. Der Hypothese eines möglichen rechtmäßigen Ermittlungsverlaufs kommt bei grober Verkennung von Bedeutung und Tragweite des Richtervorbehalts im Rahmen der Abwägungsentscheidung über ein Beweisverwertungsverbot keine Bedeutung zu.

BGH, Urteil vom 06.10.2016 – 2 StR 46/15, NJW 2017, 1332 m. Anm. Zopfs.

4. Datenträger als „Papiere“ im Sinne des 110 StPO

Geräte, die als elektronisches Speichermedium dienen und bei einer Durchsuchungsmaßnahme aufgefunden werden, sind nach § 110 StPO durchzusehen und auszulesen, um eine Entscheidung darüber herbeizuführen, welche beweiserheblichen Daten sich dort befinden.

LG Dessau-Rosslau, Beschluss vom 03.01.2017 - 2 Qs 236/16, StraFo 2017, 108.

Zu der Entscheidung s. die Anm. von Rathgeber, FD-StrafR 2017, 388431.

5. Kostentragungspflicht bei Beauftragung externer Dienstleister im Ermittlungsverfahren - § 465 StPO

Die Staatsanwaltschaft darf bei ihren Ermittlungen private Dritte zur Erbringung von Dienstleistungen, die Spezialkenntnisse erfordern, hinzuziehen. Die hierbei entstehenden Kosten können dem Verurteilten als Verfahrenskosten nur dann gesondert auferlegt werden, wenn die Beauftragung erfolgt, um spezifische Fragestellungen aufgrund des fachlichen Wissens des Beauftragten zu klären, und ggf. aufgrund entsprechender Erfahrungssätze verfahrenserhebliche Tatsachen zu ermitteln. Die bloße Sichtung sichergestellter Unterlagen bzw. Datenträger oder das reine Geben von Hinweisen für die weiteren Ermittlungstätigkeiten rechtfertigen nicht den Ansatz (fiktiver) Sachverständigenkosten. Erforderlich hierfür ist stets eine selbstständige und eigenverantwortliche gutachterliche Stellungnahme zu konkret umschriebenen Beweisthemen.

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 10.01.2017 - 2 Ws 441/16 (165/16), ZInsO 2017, 324.

II. Materielles Strafrecht

1. Beihilfe durch berufstypisches Verhalten - § 27 StGB

Bei berufstypischen Handlungen eines Berufsträgers (in der entschiedenen Sache: einer Rechtsanwältin) kommt eine strafbare Beihilfe nur dann in Betracht, wenn das vom Hilfeleistenden erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des von ihm Unterstützten derart hoch war,

dass er sich mit seiner Hilfeleistung die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein ließ.

BGH, Beschluss vom 21.12.2016 – 1 StR 112/16, ZInSO 2017, 832.

Zu der Entscheidung, welche die bisherige Rechtsprechung zusammenfasst und explizit bestätigt, s. die Anm. von Gyarmati, FD-StrafR 2017, 388433.

2. Verjährungsbeginn beim Bankrott; Anforderungen an die Konkretisierung eines Durchsuchungsbeschlusses - § 78c StGB, § 264 StPO

Bankrottataten sind mit dem den eigentlichen Tathandlungen nachfolgenden Eintritt der objektiven Bedingung der Strafbarkeit (§ 283 Abs. 6 StGB) beendet, sodass ab diesem Zeitpunkt die Strafverfolgungsverjährung zu laufen beginnt. Die Verjährung wird durch jede richterliche Beschlagnahme- oder Durchsuchungsanordnung unterbrochen, auch wenn diese gegen einen Dritten ergeht (§ 78c Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StGB). Die rechtliche Fehlerhaftigkeit einer solchen richterlichen Anordnung lässt die Unterbrechungswirkung unberührt, solange die Mängel nicht so schwer wiegen, dass sie die Unwirksamkeit der Anordnung zur Folge haben. Ein Durchsuchungsbeschluss muss den Tatvorwurf so umschreiben, dass der äußere Rahmen abgedeckt wird, innerhalb dessen die Zwangsmaßnahme durchzuführen ist. Um diese rechtsstaatlich zu begrenzen, muss der Richter die aufzuklärende Tat, wenn auch kurz, doch so genau umschreiben, wie es nach den Umständen des Einzelfalls möglich ist. Sind mehrere selbstständige Straftaten i.S.d. § 264 StPO Gegenstand eines Ermittlungsverfahrens, erstrecken sich verjährungsunterbrechende Untersuchungshandlungen grds. auf alle diese Taten, sofern nicht der Verfolgungswille der Strafverfolgungsbehörden erkennbar auf eine oder mehrere Taten beschränkt ist.

BGH, Urteil vom 10. 11. 2016 - 4 StR 86/16, ZInSO 2017, 383 m. Anm. Weyand.

3. Bankrott durch Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens - §§ 283 Abs. 1 Nr. 1, 283c StGB

Auch nach Inkrafttreten der Neuregelung der §§ 30 ff. GmbHG durch das MoMiG erfüllt die Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens durch den Täter an sich selbst oder eine von ihm kontrollierte andere Gesellschaft bei Vorliegen aller übrigen Tatbestandsvoraussetzungen regelmäßig den Tatbestand des § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB, nicht aber den der Gläubigerbegünstigung im Sinne von § 283c Abs. 1 StGB

BGH, Urteil vom 09.03.2017 – 3 StR 424/16, ZInSO 2017,206 = NZI 2017, 547 m. Anm. Brand

4. Bedingter Vorsatz bei § 15a Abs. 4 InsO

Der Geschäftsführer einer GmbH handelt nur dann zumindest bedingt vorsätzlich im Sinne des § 15a Abs. 4 InsO, wenn er es für möglich hält oder damit rechnet, dass bestehende offene Forderungen nicht mehr ausgeglichen werden können, und er sich hiermit abgefunden hat, ohne einen Insolvenzantrag zu stellen. Es genügt zur Verurteilung wegen einer Vorsatztat nicht, dass er mit der Existenz derartiger Forderungen lediglich rechnen musste.

KG, Beschluss vom 09.01.2017 – (4) 161 Ss 180/16 (248/16), ZInSO 2017, 873

III. Recht der Ordnungswidrigkeiten

Bemessung der Geldbuße gegen eine juristische Person - §§ 17 Abs. 4, 30 OWiG

Die Geldbuße nach § 30 OWiG ist nach dem Unrechtsgehalt der Bezugstat und deren Auswirkungen auf den geschützten Ordnungsbereich zu bemessen. Dem durch die Straftat erlangten Vorteil kommt hierbei eine entscheidende Rolle zu, weil das Bußgeld diesen nach §§ 30 Abs. 3, 17 Abs. 4 OWiG übersteigen soll. Zur Bemessung des Vorteils in diesem Sinne ist eine Saldierung vorzunehmen, in deren Rahmen von den durch die Tat erlangten wirtschaftlichen Zuwächsen die Kosten und sonstigen Aufwendungen der Betroffenen abzuziehen sind; es gilt das Nettoprinzip.

BGH, Beschluss vom 08. 12. 2016 - 5 StR 424/15, ZInSO 2017, 763.

IV. Zivilrechtliche Entscheidungen mit strafrechtlichem Bezug

1. Amtshaftungsanspruch bei Absehen von Maßnahmen der Rückgewinnungshilfe - § 839 BGB

Staatsanwaltschaftliche Ermittlungshandlungen sind im Amtshaftungsprozess nicht auf ihre „Richtigkeit“, sondern allein auf ihre Vertretbarkeit zu überprüfen. Die Vertretbarkeit ist nur zu verneinen, wenn bei voller Würdigung auch der Belange einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege die betreffende Entscheidung nicht mehr verständlich ist. Maßnahmen der Rückgewinnungshilfe (§§ 111b, 111d StPO) stehen im pflichtgemäßen Ermessen der Strafverfolgungsbehörde und werden von ihr im Interesse des Geschädigten vorgenommen. Die Untätigkeit des über Anspruch und Gegner informierten Geschädigten begründet regelmäßig keine Handlungspflicht der Staatsanwaltschaft im Hinblick auf Rückgewinnungshilfemaßnahmen.

BGH, Beschluss vom 24.11.2016 - III ZR 209/15, ZInsO 2017, 548.

Zu der Entscheidung s. zust. Greier, jurisPR-StrafR 4/2017 Anm. 1.

2. Inhabilität des GmbH-Geschäftsführers bei Verwarnung mit Strafvorbehalt - § 6 Abs. 2 GmbHG, § 59 StGB

Soweit in der Person eines zunächst wirksam bestellten Geschäftsführers einer GmbH nachträglich die Voraussetzungen des § 6 Abs. 2 S. 2 GmbHG eintreten, verliert er ohne weiteres seine Geschäftsführerstellung. Es genügt dabei, dass der Betreffende wegen einer Tat im Sinne des § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3a GmbHG unter Vorbehalt der Verhängung einer Geldstrafe verwarnt wurde. Der Ausspruch einer unbedingten Geld- oder einer Freiheitsstrafe ist nicht erforderlich.

OLG Naumburg, Beschluss vom 30.01.2017 – 5 Wx 2/17, ZInsO 2017, 839 = GmbHR 2017, 403 m. zust. Anm. Melchior.

Zur Inhabilität s. jüngst auch LG Leipzig, Beschluss vom 12.10.2016 - 15 Qs 1 48/1 6, ZInsO 2017, 41.

3. Einstufung einer Person als faktischer Geschäftsführer bei Insolvenzsverschleppung - § 15a InsO

Die Einstufung einer Person als faktischer Geschäftsführer verlangt, dass diese auf die Geschäftsführung nachhaltig Einfluss nimmt. Maßgebend ist, ob und welche Führungsaufgaben der Betreffende wahrgenommen hat sowie das Ausmaß und die Intensität der vom Dritten bzw. Gesellschafter übernommenen Unternehmensführung. Ob die notwendige Qualität an Einfluss vorliegt, beurteilt sich dabei weniger nach rechtlichen als vielmehr nach wirtschaftlichen Maßstäben. Bedeutsam ist in diesem Zusammenhang, ob und welche Führungsaufgaben der Betreffende wahrgenommen hat sowie das Ausmaß und die Intensität der vom Dritten bzw. Gesellschafter übernommenen Unternehmensführung, wobei es auf das Gesamterscheinungsbild ankommt. Ein faktischer Geschäftsführer muss die Geschäfte der Gesellschaft durch eigenes Handeln prägen bzw. maßgeblichen Einfluss nehmen. Die bloße Möglichkeit der Einflussnahme oder Einwirkung auf die Geschäftsführung reicht hingegen nicht aus.

LG Krefeld, Urteil vom 16.03.2016 – 7 O 119/13, n.v.

Zu der Problematik faktischer Geschäftsführung vgl. umfassend Weyand, ZInsO 2015, 1773.

4. Delisting eines Insolvenzverwalters aufgrund vorangegangener Verurteilung wegen einer Straftat – § 56 InsO

Wer wegen einer Straftat mit Bezug zu einem Insolvenzverfahren oder unabhängig davon wegen Untreue (§ 266 StGB) rechtskräftig verurteilt wurde, kann nicht als Insolvenzverwalter bestellt werden, weil er die hierfür erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt. Wurde der Betreffende zuvor bereits in eine Vorauswahlliste aufgenommen, ist er von dieser wieder zu streichen. Die Zahl der Straftaten spielt in diesem Zusammenhang ebensowenig eine Rolle wie die Dauer der Berufstätigkeit des Betroffenen.

AG Potsdam, Beschluss vom 05.01.2017 – 3376 E/236, ZInsO 2017, 658.

5. Stundung von Verfahrenskosten bei Geldstrafen - § 302 InsO

Geldstrafen stehen der Stundung der Verfahrenskosten (§ 4 a InsO) nicht entgegen, wenn der Schuldner bei wertender Betrachtung eine Chance für einen wirtschaftlichen Neustart erhält. Geldstrafen (§ 302 Nr. 2 InsO) fallen nicht unter den Begriff der Verfahrenskosten.

AG Göttingen, Beschluss vom 14.12.2016 – 74 IK 352/16, ZInsO 2017, 99.

6. Feststellung eines Arrestgrundes - §§ 517, 917 ZPO

Eine gegen den Arrestgegner gerichtete arglistige Vertragsverletzung rechtfertigt einen Arrest nur, wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass der Schuldner sein Vermögen dem Gläubigerzugriff entziehen will. Ein Arrestgrund ist auch nicht dann schon per se gegeben, wenn der Arrestanspruch des Gläubigers aus einer gegen ihn gerichteten strafbaren Handlung des Schuldners resultiert.

OLG München, Urteil vom 23.02.2017 – 23 U 4047/16, ZInsO 2017, 847.

V. Verwaltungsrechtliche Entscheidung mit strafrechtlichem Bezug

Verfahrenseinstellungen nach § 153a StPO und gewerberechtliche Zuverlässigkeitsentscheidung

Die Einstellung eines Strafverfahrens nach § 153a Abs. 2 StPO ist nicht mit der Entscheidung verbunden, ob der Angeklagte die ihm durch die Anklage vorgeworfene Tat begangen hat oder nicht, weil eine derartige Verfahrensweise in Übereinstimmung mit dem Gebot der Unschuldsvermutung keinen Tatnachweis voraussetzt. Die Gewerbebehörde muss im Fall einer solchen Einstellung eine eigenständige Würdigung und Bewertung der strafgerichtlichen Verfahrensakte in einem Verwaltungsverfahren vornehmen und auf dieser Grundlage eine berufsbezogene Zuverlässigkeitsprognose treffen.

Sächsisches OVG, Beschluss vom 06.10.2016 - 3 B 174/16 ZInsO 2017, 1032

Internationales

Schweiz

RA Dr. Richard Ehmann, Luzern, und RA Friedrich Frank, Zürich

Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht

I. Einleitung

Im Berichtszeitraum, dem ersten Halbjahr 2017, gab es zumindest in Bezug auf das Wirtschaftsstrafrecht in gesetzgeberischer Hinsicht kaum Neues zu berichten. Möglicherweise ist dies auch der Grund dafür, dass das Eidgenössische Finanzdepartement in einer Mitteilung vom März 2017 darauf hinwies, dass das wohl wichtigste wirtschaftsstrafrechtliche Reformvorhaben, die Revision des Steuerstrafrechts, seit dem Jahre 2015 sistiert ist und sich an diesem Zustand nichts geändert hat. Wichtige Neuerungen sehen freilich anders aus.

Aber auch in Bezug auf die Rechtsprechung ergaben sich keine bahnbrechenden Neuerungen – die nachfolgend besprochenen Entscheide sind gleichwohl lesenswert und manifestieren die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu zentralen Normen des Wirtschaftsstrafrechts wie der Veruntreuung (Art. 138 StGB) und der Misswirtschaft (Art. 165 StGB). Der zuletzt dargestellte Entscheid befasst sich mit Art. 54 und 55 SDÜ und kann auch in verteidigungstaktischer Hinsicht von Bedeutung sein.