

## Entscheidung des Monats Mai 2023

**BGH, Urt. v. 08.03.2023, Az. 1 StR 188/22**

### I. Leitsätze der Verfasserin

1. Auch bei Rechtsanwaltstätigkeiten als Dienstleitungen höherer Art sind die allgemeinen Kriterien zur Einordnung für abhängige Beschäftigungen heranzuziehen.
2. Freiwillig gezahlte Beitragszahlungen des Schwarzarbeiters bzw. des illegal Beschäftigten lassen den Tatbestand nicht entfallen.
3. Von der Rentenversicherungspflicht werden angestellte Anwälte nur auf Antrag befreit. Für den Ausschluss der Strafbarkeit muss der Antrag auf Befreiung nach Eintritt in die neue Kanzlei des Arbeitsgebers wiederholt werden.

### II. Sachverhalt

Das Landgericht hatte den angeklagten Rechtsanwalt wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt nach § 266a StGB in 189 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr verurteilt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde. Daneben hatte es gegen den Angeklagten eine Gesamtgeldstrafe von 300 Tagessätzen zu je 200 € verhängt sowie die Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 118.850,58 € angeordnet. Sowohl die Verteidigung als auch die Staatsanwaltschaft sind gegen das Urteil in Revision gegangen.

Gegenstand der Entscheidung ist die Einordnung von 12 Rechtsanwälten als Scheinselbstständige. Die Rechtsanwälte waren über den Zeitraum von 2013 bis 2017 für die Kanzlei laut Vertrag als freie Mitarbeiter tätig. Vor Beginn der Tätigkeit schloss der angeklagte Inhaber der Kanzlei jeweils einen nahezu gleichlautenden, zeitlich befristeten Vertrag.

Es war vertraglich geregelt, dass die jeweiligen Mitarbeiter die Sozialabgaben selbst abführen sollen, sie eigenes Personal beschäftigen können, selbst werben und monatlich in gleichen Teilbeträgen das vereinbarte Jahresgehalt abrufen dürfen. Die Zusatzvereinbarung sah jedoch eine Zustimmungspflicht für die Beschäftigung des eigenen Personals sowie für die Bearbeitung von Mandanten außerhalb der Kanzlei vor. Werbemaßnahmen waren nach dieser Vereinbarung zu genehmigen. Die Vereinbarungen waren vorgefertigt und wurden nicht im Einzelnen ausgehandelt.

Tatsächlich waren die Rechtsanwälte ausschließlich für die Kanzlei des Angeklagten tätig und der Angeklagte wies ihnen die Mandate zu. Sie erbrachten die wesentliche Arbeitszeit in der Kanzleiräumlichkeiten. Personal, Räume und Infrastruktur wurden ihnen ohne Kostenbeteiligung zur Verfügung gestellt. Ihre Vergütung war unabhängig vom erwirtschafteten Umsatz.

Nach den landgerichtlichen Feststellungen wurden den vier zuständigen Einzugsstellen von Februar 2013 bis Dezember 2017 in 189 Fällen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung in Höhe von 118.850,58 € vorenthalten.

Zur Berechnung der vorenthaltenen Sozialversicherungsabgaben wurde nach dem Bruttoprinzip die Vergütung bis zur Beitragsbemessungsgrenze hochgerechnet und so die Höhe der nicht abgeführten Sozialversicherungsbeiträge berechnet.

Sofern die Rechtsanwälte auf Grund ihrer Mitgliedschaft im Versorgungswerk für Rechtsanwälte von der Rentenversicherung befreit waren, wurden diese Beiträge durch das Landgericht nicht in Ansatz gebracht. Gleiches gilt für die Kranken- und Pflegeversicherung, soweit die besondere Jahresarbeitsentgeltgrenze nach erfolgter Hochrechnung (Bruttoprinzip) überschritten waren.

Auf die Revision des Angeklagten wurde Urteil des Landgerichts Traunstein vom 14.01.2022 im Rechtsfolgenausspruch mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.

Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wurde das vorbezeichnete Urteil im Strafausspruch mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.

### III. Entscheidungsgründe

#### 1. Zur Einordnung für abhängige Beschäftigungen

Das Landgericht habe nach Auffassung des 1. Strafsenats zutreffend angenommen, dass der Angeklagte die zwölf Rechtsanwälte angestellt habe und somit die Arbeitgeberbereinschaft i.S.d. § 266a StGB erfüllt sei. Da der Arbeitgeberbegriff im StGB nicht definiert sei, werde hierzu auf das Sozialversicherungsrecht und im speziellen auf § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV zurückgegriffen.

Neben den vertraglichen Regelungen sei immer das gelebte Verhältnis zu Grunde zu legen und anhand verschiedener Kriterien zu beurteilen, ob der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert sei. Als Kriterien würden in der Regel Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung, umfassendes Weisungsrecht des Arbeitgebers, eigenes Unternehmerrisiko, eigene Betriebsstätte, Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit herangezogen.

Das Berufsbild des Rechtsanwaltes und die Regelungen der BRAO ergäben für die Abgrenzung kein anderes Bild. Die Anwaltstätigkeit als Dienstleistung höherer Art bringe es mit sich, dass eine sachliche Weisungsfreiheit gegeben sei und ihr einer durch äußere Sachzwänge gegebenen Einbindung in die Abläufe sowohl als Angestellter als auch als freier Mitarbeiter gegenüber stehen könne. Daher sei es maßgeblich, ob die Weisungsgebundenheit des Rechtsanwaltes deutlich oberhalb derer liege, die durch die Sachzwänge gegeben sei, so etwa Arbeitszeiten, Ort sowie Art und Inhalt der Tätigkeit der Rechtsanwälte. Gleiches gelte für die Einbindung in die Kanzlei. Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung seien die einzelnen Kriterien abzuwägen. Die vertraglichen Vereinbarungen aber insbesondere das gelebte Verhältnis führe zu einer Einordnung als abhängig Beschäftigte.

## 2. Zur Schadenshöhe

Die Schadenshöhe bestimme sich (wie auch schon die Abführungspflicht selbst) nach dem Umfang der abzuführenden Beiträge gem. den Vorschriften des materiellen Sozialversicherungsrechts. Durch die akzessorische Ausgestaltung seien Beiträge nach Ende der Versicherungspflicht nicht mehr vom Tatbestand des § 266a Abs. 1 und Abs. 2 StGB erfasst.

Die Beitragsbemessungsgrenze nach § 6 Abs. 6 und 7 SGB V sei dabei maßgeblich für die Höhe der Beitragspflicht. Nur sofern das regelmäßige Jahresarbeitsentgelt diese Grenze nicht übersteige, bestehe eine Beitragspflicht. Die gezahlte Nettovergütung sei daher nach § 14 Abs. 2 SGB IV hochzurechnen. Die freiwillige Zahlung durch die Rechtsanwälte sei für die Anwendbarkeit der Vorschrift wiederum bedeutungslos.

Die nach § 12 Abs. 3 BRAO bestehende gesetzliche Verpflichtung, Mitglied des Versorgungswerkes der Rechtsanwälte zu sein, lasse die Versicherungspflicht nicht qua Automatismus entfallen. Von der Versicherungspflicht seien angestellte Rechtsanwälte nur befreit, wenn sie einen entsprechenden Antrag gestellt haben (§ 6 Abs. 2 SGB VI). Hierzu reiche es auch nicht, wenn – wie im vorliegenden Fall – sich der angestellte Rechtsanwalt vor Eintritt in die Kanzlei für eine andere Tätigkeit habe befreien lassen. Eine solche Befreiung sei nach dem Eintritt neu zu beantragen. Dies folge aus den sozialrechtsakzessorischen Bestimmungen.

Die freiwillig gezahlten Beiträge würden nach Ansicht des BGH ebenfalls nicht den Tatbestand entfallen lassen, sondern nur auf der Strafzumessungsebene zu berücksichtigen sein. Das tatbestandsmäßige Verhalten erschöpfe sich in der Nichterfüllung eines Handlungsgebotes. Ein darüber hinausgehender Erfolg sei nicht geschuldet. Beitragszahlungen Dritter seien zwar grundsätzlich geeignet, den Tatbestand entfallen zu lassen. Der Arbeitnehmer selbst sei aber nicht Dritter im Sinne der Rechtsprechung.

In Hinblick auf die Strafzumessung gibt der BGH noch zu bedenken, dass in Fällen, in denen zur Abschöpfung des aus der Tat erlangten Vermögens eine Einziehungsentscheidung getroffen werde, die Anwendung des § 41 StGB gesondert zu prüfen sei, da die kumulative Verhängung von Freiheits- und Geldstrafen in diesen Fällen eventuell nicht angebracht sei.

#### IV. Verteidigungsrelevanz

Die Entscheidung reiht sich in eine Vielzahl von Entscheidungen ein, welche bisher zu § 266a StGB ergangen sind<sup>1</sup>, und stellt klar, dass auch bei der Beurteilung von Rechtsanwälten die Arbeitgebereigenschaft nach den allgemeinen Kriterien zu bestimmen ist:

Es ist in jedem Einzelfall eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen.<sup>2</sup> Der Ausübung des Berufes als Rechtsanwalt ist dabei eine sachliche Weisungsfreiheit immanent.<sup>3</sup> Zudem sind die äußeren Sachzwänge, welche der Rechtsanwaltsberuf mit sich bringt, bei der Entscheidung zu berücksichtigen. Besondere Bedeutung kann dieses Merkmal bei dem scheinselfständigen Strafverteidiger erlangen. In Verteidigungsmandaten wird immer der einzelne Anwalt individuell bevollmächtigter Verteidiger und nicht die Kanzlei, wie es in Zivilrechtsmandanten der Fall ist.

Wichtig ist daher, dass im Rahmen der Gesamtschau die einzelnen Kriterien sorgfältig erkannt und aufgearbeitet werden. Ferner sind in den eigenen Kanzleien die Verträge und gelebten Verhältnisse auf solche Umstände zu prüfen.

Die Schadensbemessung wirft wiederum einige Besonderheiten auf. Der zu wiederholende Antrag auf Befreiung von der Versicherungspflicht (§ 6 Abs. 2 SGB VI) nach Eintritt als Angestellter in eine andere Kanzlei stellt eine sozialversicherungsrechtliche Besonderheit da, welche nicht unbedingt allseits bekannt sein dürfte. Es reicht nicht, dass für eine vorangegangene Beschäftigung eine Befreiung vorliegt. Diese muss für den nachfolgenden Arbeitgeber wiederholt werden. Neben Rechtsanwälten trifft dies auch die weiteren kammerfähigen Berufe wie Ärzte, Apotheker, Architekten, Notare, Steuerberater bzw.

---

<sup>1</sup> Vgl. BGH, Beschl. v. 24.06.2015 - 1 StR 76/15, NStZ 2015, 648; 23.03.2022 - 1 StR 511/21, BeckRS 2022, 19707 Rn. 15.

<sup>2</sup> St. Rspr.; vgl. nur BGH, Beschl. v. 24.09.2019 - 1 StR 346/18, NJW 2019, 3532.

<sup>3</sup> Kritisch in diesem Zusammenhang und wohl klarstellend durch die obenstehende Entscheidung des BGH ist an dieser Stelle die Entscheidung der 16. großen Strafkammer des LG Karlsruhe (Beschl. v. 05.09.2022 - 16 Qs 65/22, 16 Qs 66/22, BeckRS 2022, 23123 zu sehen. Die Strafkammer entschied, dass die Verteidigung von zwei Beschuldigten durch einen Sozius und einer angestellten Rechtsanwältin derselben Kanzlei gegen das Verbot der Mehrfachverteidigung nach § 146 StPO verstieße, das der Rechtsanwalt nicht unabhängig sei. Der 1. Strafsenat sieht jedoch, dass die Hürde der sachlichen Weisungsfreiheit im Rahmen der Gesamtabwägung zu überwinden sei.

Steuerbevollmächtigte, Tierärzte, Wirtschaftsprüfer und vereidigte Buchprüfer, Zahnärzte sowie selbstständige Ingenieure und Psychotherapeuten.

In dieser Entscheidung zwar nicht einschlägig, aber ein weiterer wesentlicher Aspekt bei der Verteidigung von Rechtsanwälten – und anderen besonderen zugelassen Berufen – ist die besondere Rechtsprechung zur Strafzumessung bei Rechtsanwälten.<sup>4</sup> Das Gericht hat im Rahmen der Strafzumessung die beruflichen Wirkungen einer strafrechtlichen Verurteilung auf das Leben des Angeklagten ausdrücklich zu bedenken und hierzu Ausführungen zu machen, wenn dieser durch sie seine berufliche oder wirtschaftliche Basis verliert. Die Rechtfolgen der BRAO nach §§ 133 ff. sind neben dem § 70 StGB von den erkennenden Gerichten gesondert zu berücksichtigen.

*Rechtsanwältin Hanja Rebell-Houben, Melchers Rechtsanwälte, Mannheim.*

---

<sup>4</sup> BGH Beschl. v. 08.03.2022 - 3 StR 398/21, wistra 2022, 428.