rkb-recht.de
Rechtsanwälte

rkb-recht.de Rechtsanwälte Hohenzollernstr. 25 30161 Hannover

Staatsanwaltschaft Göttingen
Postfach 38 32

37028 Göttingen

PETER KOCH
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Fachanwalt für Sozialrecht

JOSEPH M. SOBACI
Betreuungsrecht
Sozialrecht

DR. JENS GROTE
Versicherungsrecht
Gesellschaftsrecht

JENS ABRAHAM
MAG.RER.PUBL.
Verwaltungsrecht
Sozialrecht

Hohenzollernstraße 25
30161 Hannover

Telefon: (0511) 27 900 182
Telefax: (0511) 27 900 183

eMail: koch@rkb-recht.de
Internet: www.rkb-recht.de

Hannover, den 20.03.2012
Aktenzeichen: Ko 35/2012
(Bitte stets angeben)

NZS 51 Js 1095/12

In dem Ermittlungsverfahren

gegen

XXXXXXXXXXXX

danken wir für die gewährte Akteneinsicht. Wir beantragen,

1.
das Ermittlungsverfahren gem. § 170 Abs. 2 StPO einzustellen,

hilfsweise

2.
das Verfahren in entsprechender Anwendung des § 154d StPO bis zur Rechtskraft einer Entscheidung über den sozialversicherungsrechtlichen Status des Zeugen YYYYYYYY auszusetzen.

Begründung:

Streitig ist die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung der Tätigkeit des Zeugen YYYYYYYY (persönliche Daten Bl. 3 der Ermittlungsakte des HZA) für Fa. ABCDEFG GmbH im Zeitraum August 2007 – Dezember 2011. Das HZA kommt aufgrund einer zusammenfassenden Gesamtbetrachtung der Merkmale der Tätigkeit des Zeugen YYYYYYYY zu dem Ergebnis, dass es sich um eine abhängige Beschäftigung

gehandelt habe (Aktenvermerk vom 21.12.2011, Bl. 72/73 der Ermittlungsakte). Der Prüfdienst der Deutschen Rentenversicherung Bund hat sich in einem Schreiben vom 23.02.2012 (Bl. 102 der Ermittlungsakte) dieser Einschätzung angeschlossen.

Diesem Ergebnis ist jedoch zu wiedersprechen. Denn das HZA hat den maßgeblichen Sachverhalt nicht vollständig ermittelt, obgleich dies möglich gewesen wäre. Auch wurde die Rechtssprechung der Sozialgerichte zur Abgrenzung von abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit nicht umfassend ausgewertet. Des Weiteren wurde auch die Rechtsprechung der Strafgerichte zu den Voraussetzungen des subjektiven Tatbestandes des § 266a (Verbotsirrtum) nicht berücksichtigt.

Hierzu im Einzelnen:

A. Sachverhalt

Die Beschuldigte betreibt als Geschäftsführerin der Firma ABCDEFG GmbH ein Transportunternehmen. Die Beschuldigte ist seit 1989 alleinige Geschäftsführerin.

Der Betrieb unterhält 34 Fahrzeuge und beschäftigt neben der Beschuldigten als Geschäftsführerin weitere 50 Mitarbeiter in sozialversicherungspflichtigen unbefristeten Beschäftigungsverhältnissen, davon 48 Fahrer. Die Zahl der im Anstellungsverhältnis tätigen Fahrer übersteigt die Zahl der einsetzbaren Fahrzeuge deutlich. Es gab keinen Grund, sich vorsätzlich der Beitragspflicht zu entziehen.

Der Zeuge YYYYYYYY war, soweit sich die Beschuldigte noch erinnern kann, in den Jahren 1999 und 2000 als geringfügig Beschäftigter für zwei bis drei Fahrten in den Unternehmen der Beschuldigten tätig. Die Lohnunterlagen sind allerdings nach Ablauf nach Aufbewahrungsfrist nicht mehr verfügbar. Der Zeuge selbst hat in seiner Vernehmung gegenüber dem HZA angegeben, im Jahr 2000 als geringfügig Beschäftigter auf 630,00 DM – Basis tätig gewesen zu sein (Bl. 4 der Ermittlungsakte). Der Zeuge YYYYYYYY setzte seine frühere Tätigkeit somit nicht unmittelbar nach Beendigung der geringfügigen Beschäftigung auf Basis einer selbstständigen Tätigkeit fort. Zwischen den beiden Einsätzen klafft eine Lücke von etwa sieben Jahren. Der Zeuge hatte sich im Jahr 2007 bei der Beschuldigten gemeldet und angefragt, ob er aushilfsweise für die Firma ABCDEFG GmbH Fahrten durchführen könne. Er habe sich selbstständig gemacht. Er sei auch für anderen Transportunternehmen als Fahrer tätig. Darüber hinaus betreibe er einen Hausmeisterservice und einen Grundstückspflegedienst. Der Zeuge selbst ging bei seiner Anfrage davon aus, dass er für das Unternehmen der Beschuldigten selbstständig tätig ist. Dies hat er auch gegenüber dem HZA bestätigt (Vernehmungsprotokoll, Bl. elf der

Ermittlungsakte). Für die Firma ABCDEFG GmbH führte er im Zeitraum August 2007 bis Dezember 2011 Fahrten auf Honorarbasis durch. Diese Fahrten hatten einen verhältnismäßig geringfügigen Umfang. Das HZA hat bei seinen Ermittlungen den Umfang der Tätigkeiten nicht in seine Betrachtungen mit einbezogen. Nach Aktenlage ergibt sich folgendes Bild:

August 2007		12 Einsätze
September 2007		2 Einsätze
Oktober 2007		3 Einsätze
November 2007		2 Einsätze
Dezember 2007	0 Einsätze	
Januar 2008	0 Einsätze	
Februar 2008	0 Einsätze	
März 2008		4 Einsätze
April 2008		2 Einsätze
Mai 2008		4 Einsätze
Juni 2008		3 Einsätze
Juli 2008		5 Einsätze
August 2008		2 Einsätze
September 2008		1 Einsatz
Oktober 2008		5 Einsätze
November 2008	0 Einsätze	
Dezember 2008	0 Einsätze	
Januar 2009	0 Einsätze	
Februar 2009	0 Einsätze	
März 2009		9 Einsätze
April 2009	0 Einsätze	
Mai 2009	0 Einsätze	
Juni 2009	0 Einsätze	
Juli 2009		10 Einsätze
August 2009	0 Einsätze	
September 2009		8 Einsätze
Oktober 2009		5 Einsätze
November 2009	0 Einsätze	
Dezember 2009	0 Einsätze	
Januar 2010		1 Einsatz
Februar 2010	0 Einsätze	
März 2010	0 Einsätze	
April 2010	0 Einsätze	
Mai 2010		4 Einsätze
Juni 2010		5 Einsätze
Juli 2010		17 Einsätze
August 2010		17 Einsätze
September 2010		8 Einsätze
Oktober 2010		5 Einsätze
November 2010	0 Einsätze	
Dezember 2010	0 Einsätze	
Januar 2011	0 Einsätze	
Februar 2011	0 Einsätze	
März 2011	0 Einsätze	
April 2011		2 Einsätze
Mai 2011		7 Einsätze

Juni 2011		15 Einsätze
Juli 2011		20 Einsätze
August 2011		15 Einsätze
September 2011	0 Einsätze	
Oktober 2011		5 Einsätze
November 2011		18 Einsätze
Dezember 2011		2 Einsätze

Neben der selbstständigen Tätigkeit als Fahrer sowie Hausmeister und Gartendienstleister übt der Zeuge YYYYYYYY hauptberuflich eine versicherungspflichtige Beschäftigung bei der Stadt MNOPQR aus. Dieses Beschäftigungsverhältnis besteht bis heute. Der Zeuge hat dies gegenüber dem HZA auch angegeben (Ermittlungsakte Bl. 8).

Zwischen ihm und der Firma ABCDEFG GmbH bestand kein Dauerschuldverhältnis. Seine Verfügbarkeit war abhängig von seiner zeitlichen Einsatzfähigkeit, die sich wiederum nach den Dienstzeiten bei der Stadt MNOPQR richtete sowie von den zu erfüllenden Aufträgen im Rahmen seiner anderweitigen Selbstständigkeit. Die Beschuldigte bzw. die Firma ABCDEFG GmbH konnte nicht innerhalb im vorhinein fest vereinbarter Zeiten frei über die Einsätze des Zeugen YYYYYYYY verfügen. Die Beschuldigte fragte im jedem Einzelfall bei dem Zeugen an, ob dieser für Einsätze verfügbar sei. Soweit er bereits anderweitige Aufträge angenommen hatte, lehnte er Aufträge der Beschuldigten ab. Ebenso kam es vor, dass er zeitlich in der Weise eingeschränkt war, dass er lediglich kurze Touren übernehmen konnte, so dass die Firma ABCDEFG GmbH ihre Tourenplanung entsprechend änderte und auf längeren Touren Fahrer aus dem eigenen Bestand einsetzte und dem Zeugen YYYYYYYY eine kurze Tour übertrug. Der Zeuge war zu keinem Zeitpunkt in die Einsatzplanung der Firma ABCDEFG GmbH fest eingebunden. Es gab keine vorab festgelegte Verpflichtung, tätig zu werden. Der Zeuge musste keinerlei Bereitschaftsdienste ableisten, sondern konnte in jedem Einzelfall frei bestimmen, ob er Aufträge annimmt oder nicht. Ein eigenes Fahrzeug hat er im Rahmen seiner Tätigkeit für die Firma ABCDEFG GmbH nicht eingesetzt.

Für seine selbstständige Tätigkeit hat er nach eigenen Angaben ein Gewerbe angemeldet. Seine aus der selbstständigen Tätigkeit erzielten Einkünfte werden entsprechend versteuert. Er verfügt über eine eigene Steuernummer (vgl. Rechnungskopien, Bl. 31ff. der Ermittlungsakte). Er ging von Anfang an selbst davon aus, als Transportfahrer selbstständig tätig zu sein.

Firma ABCDEFG GmbH beschäftigt im übrigen keine weiteren Fahrer auf selbstständiger Basis. Die auf Beschluss des Amtsgerichts Göttingen durchgeführten Durchsuchungen der Wohnung der Beschuldigten sowie der Geschäftsräume der Firma ABCDEFG GmbH haben den insoweit geäußerten Verdacht nicht bestätigen können.

Die Vergütung des Zeugen YYYYYYYY richtete sich nach dessen Forderungen. Den geforderten Stundensatz hat die Beschuldigte akzeptiert.

Die Firma ABCDEFG GmbH hat Dauerkunden, für die regelmäßige Touren durchgeführt werden (z.B. HIJKLM in K., Firma NOPQR in K.).

Der Betrieb wird einwandfrei geführt. In steuerrechtlicher und betragsrechtlicher Hinsicht hat es in der Vergangenheit bislang keinerlei Beanstandungen gegeben. Wir fügen den letzten Prüfbericht der Deutschen Rentenversicherung Bund für den Prüfzeitraum 01.01.2004 bis 31.12.2007 bei. Dem Bericht ist zu entnehmen, dass mit Ausnahme einer geringfügigen Nachforderung von € 380,72 keinerlei Beanstandungen zu treffen waren. Dem Bericht ist auch zu entnehmen, dass der davorliegende Prüfzeitraum 01.01.2002 bis 30.06.2004 keinerlei Beanstandungen enthält.

Beweis: Prüfbescheid vom 08.04.2008, **Anlage 1**

Bei der Auftragserteilung an den Zeugen YYYYYYYY ging die Beschuldigte in Übereinstimmung mit dem Zeugen selbst davon aus, dass dieser selbstständig tätig ist, insbesondere weil der Zeuge dies auch so wünschte. Sein Einsatz als selbstständiger Fahrer war die absolute Ausnahme. Die Beschuldigte betreibt ihr Geschäft ansonsten ausschließlich mit unbefristet festangestellten Fahrern.

Der Stundensatz des Zeugen YYYYYYYY ist im übrigen höher, als der Stundensatz der festangestellten Fahrer.

Beweis: Gehaltsliste **Anlage 2**

Nach alledem handelt es sich vorliegend nicht einmal ansatzweise um einen typischen Fall einer Schwarzarbeitskonstruktion und auch nicht um Gläubigerbenachteiligung zu Lasten der Sozialkassen (z.B: bei Liquiditätsengpässen). Die Beschuldigte betrieb kein Lohndumping, keine illegalen Beschäftigungen (wie z.B. Einsatz von Ausländern ohne Arbeitserlaubnis o.ä) und auch keine Beschäftigung von unqualifizierten Personen ohne vorgeschriebene Erlaubnisse. Weder sie selbst noch der Zeuge hatten die Absicht, irgendjemanden zu schädigen oder zu benachteiligen.

B. Rechtsausführungen

I. Sozialversicherungsrechtliche Beurteilung: Abgrenzung von abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit

(……)

II. Strafrechtliche Bewertung

Strafrechtlich verantwortlich ist, wer als Arbeitgeber der Einzugsstelle Beiträge des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung einschließlich der Arbeitsförderung, unabhängig davon, ob Arbeitsentgelt gezahlt wird, vorenthält, ebenso wer als Arbeitgeber der Einzugsstelle über sozialversicherungsrechtliche erhebliche Tatsachen unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder die für den Einzug der Beiträge zuständige Stelle pflichtwidrig über sozialversicherungsrechtlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis lässt und dadurch dieser Stelle vom Arbeitgeber zu tragende Beiträge zur Sozialversicherung vorenthält.

1. Objektiver Tatbestand

(……..)

2. Subjektiver Tatbestand

(……..)

Nach alledem ist der gegen sie erhobene Vorwurf unbegründet. Hinreichender Tatverdacht liegt nicht vor. Das Verfahren ist deshalb gem. § 170 Abs. 2 StGB einzustellen, hilfsweise zumindest bis zur rechtsverbindlichen Klärung im Sozialgerichtsverfahren auszusetzen.

Mit freundlichen Grüßen

Peter Koch
Rechtsanwalt