

rkb-recht.de Rechtsanwälte Hohenzollernstr. 25 30161 Hannover

Staatsanwaltschaft Karlsruhe
Akademiestraße 6-8

76133 Karlsruhe

Hannover, den 30.04.2013
Aktenzeichen: Ko 66/2013
(Bitte stets angeben)

Aktenzeichen: 550 Js 2...../12

In dem Ermittlungsverfahren gegen A.B.

danken wir für die gewährte Akteneinsicht. Wir beantragen,

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

Begründung:

Gegenstand des Ermittlungsverfahrens ist die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung der Tätigkeit des Zeugen SSSSSS für Fa. FFFFFFFF & Sohn Straßen- und Tiefbau GmbH im Zeitraum 2010 bis 2012.

Das HZA kommt aufgrund einer zusammenfassenden Gesamtbetrachtung der Tätigkeitsmerkmale zu dem Ergebnis, dass es sich um eine abhängige Beschäftigung gehandelt habe (Aktenvermerk vom 17.08.2003, Hauptakte Bl. 3). Der Prüfdienst der Deutschen Rentenversicherung Bund hat sich in einem Schreiben vom 03.04.2013 (Unterordner 8.1, Bl. 21) dieser Einschätzung angeschlossen.

Ungeachtet der Frage, ob diese Bewertung in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht zutreffend ist, begründet dieses Ergebnis im vorliegenden Fall nicht den Verdacht eines Vorenthaltens/Veruntreuens von Arbeitsentgelt im Sinne des § 266a StGB.

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

Bankverbindung:

Hierzu im Einzelnen:

A. Sachverhalt

1.

Der Beschuldigte betreibt ein Straßen- und Tiefbauunternehmen. Er ist einziger Geschäftsführer. Er beschäftigt insgesamt 10 Mitarbeiter in sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnissen. Von einem ehemaligen Mitarbeiter erhielt der Beschuldigte Anfang 2010 einen Hinweis, dass der Zeuge SSSSSS sich vor kurzem selbstständig gemacht habe und Aufträge annehmen könne. Unser Mandant bat Herrn SSSSSS zu einem Gespräch. Dabei ließ er sich eine Gewerbeanmeldung zum Nachweis der selbständigen Tätigkeit vorliegen. Die Gewerbeanmeldung liegt unserem Mandanten in Kopie vor.

Beweis: Fax des Beschuldigten vom 26.04.2013 **Anlage 1**

In der Ermittlungsakte (Unterordner 2, Blatt 5 und Blatt 7) befinden sich weitere Gewerbeanmeldungen. Darin werden ausdrücklich Pflasterarbeiten aufgeführt.

Des weiteren teilte der Zeuge SSSSSS mit, dass er für weitere Auftraggeber tätig sei und Aufträge, die von unserem Mandanten erteilt werden, rechtzeitig mitgeteilt werden müssen, damit er Planungssicherheit hat. Im Rahmen der späteren Zusammenarbeit wurden Einsätze abgelehnt, wenn der Zeuge SSSSSS anderweitig beauftragt war und nicht zur Verfügung stand. Der Zeuge verfügte zudem über eigene Arbeitskleidung und hatte auch eigene Visitenkarten im Einsatz. Das Muster einer solchen Visitenkarte ist auf der oben genannten Gewerbeummeldung (Anlage eins) mit abgedruckt. Unser Mandant zog den Zeugen SSSSSS konkret zur Mithilfe bei Winterdienstarbeiten heran, um Arbeitsspitzen bei starken Schneefällen abzudecken. Im Sommer 2011 wurde er auch ab und zu in der Gleisinstandhaltungskolonnie aus folgenden Gründen eingesetzt:

- (.....)
- (.....)
- (.....)
- (.....)

Bei der Tätigkeit handelt es sich somit nicht ausschließlich um eine Tätigkeit, die in der Hauptsache durch sozialversicherungspflichtig beschäftigte Arbeitnehmer verrichtet wird (Bauhelfer), sondern aufgrund einer zusätzlichen Qualifikation als Fahrer.

2.

Es handelt sich vorliegend nicht um einen typischen Fall von Schwarzarbeit: Die Beauftragung des Zeugen SSSSSS auf Basis einer selbständigen Tätigkeit verfolgte nicht den Zweck, Sozialversicherungsbeiträge zu sparen. Im Gegenteil: Der Mindestlohn im Baugewerbe betrug zum Stichtag 1.12.2011 in der Lohngruppe eins 11,00 €. Zuzüglich der im Baugewerbe üblichen Lohnzusatzkosten von 79,47 % ergibt sich ein Stundensatz von 19,74 € für abhängig Beschäftigte Mitarbeiter. Der Zeuge SSSSSS erhielt einen Stundensatz von 20,00 €.

Beweis: TV Mindestlohn **Anlage 2**
Berechnungsmuster Lohnzusatzkosten **Anlage 3**

Unser Mandant hatte dem Zeugen SSSSSS allerdings auch eine kurzfristige bzw. geringfügige Beschäftigung mit pauschalierter Lohnsteuer angeboten, weil diese für ihn wesentlich günstiger gewesen wäre. Der Zeuge SSSSSS wollte jedoch ausdrücklich als Selbstständiger arbeiten.

3.

Der Zeuge SSSSSS gab gegenüber unserem Mandanten an, einen Existenzgründerzuschuss für die Gründung einer „Ich-AG“ zu erhalten und entsprechende Fördergelder zu beziehen. Die Gründung einer „Ich-AG“ sei ihm vom Betreuer der Bundesagentur vorgeschlagen worden, da er handwerklich sehr geschickt sei und somit gute Aussichten bestünden, sich wirtschaftlich zu etablieren. Der Zeuge weist auf die öffentliche Förderung im übrigen selbst hin.

Beweis: Fragebogen zur Beurteilung der Sozialversicherungspflicht
Unterordner 5, Blatt 17

Unserem Mandanten, der Mitglied im Baugewerbeverband NNNNNNNN ist, war zum damaligen Zeitpunkt aus regelmäßigen Verbandsinformationen bekannt, dass Personen, die als „Ich-AG“ gefördert werden, nicht als Scheinselbstständige gelten, da die Gründung einer selbstständigen Existenz staatlicherseits gewollt und gefördert werde. Diese Informationen war zutreffend. Das Zweite Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt enthielt eine Änderung des § 7 Abs. 4 SGB IV mit folgendem Wortlaut:

„Für Personen, die für eine selbstständige Tätigkeit einen Zuschuss nach § 421m des Dritten Buches beantragen, wird widerlegbar vermutet, dass sie in dieser Tätigkeit als Selbstständige tätig sind. Für die Dauer des Bezugs dieses Zuschusses gelten diese Personen als selbstständig tätige.“

(Unterstreichung vom Unterzeichneten)

In der Begründung des Gesetzentwurfs (Bundestagsdrucksache 15/26, Seite 23), wird ausgeführt, dass die Förderung der selbstständigen Tätigkeit in Form der „Ich-AG“ nach den Empfehlungen der Kommission

Moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt erprobt werden soll. Eine zeitlich befristete Geltungsdauer sei darin begründet, dass die Auswirkungen der neuen Regelung im Steuer-, Sozialversicherungs- und Arbeitsförderungsrecht mit Blick auf den Abbau der Arbeitslosigkeit und die Beseitigung von so genannter Schwarzarbeit bewertet werden müssen.

Beweis: BT-Drucksache 15/26
Gesetz vom 23.12.2002

Anlage 4
Anlage 5

Mit dieser Regelung sollte vermieden werden, dass die unterschiedlichen Sozialversicherungsträger (Bundesagentur für Arbeit einerseits, Träger der gesetzlichen Rentenversicherung andererseits) zu unterschiedlichen Ergebnissen bei der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung einer „Ich-AG“ kommen. Die gesetzliche Regelung wurde mit Wirkung vom 1.7.2009 wieder aufgehoben, weil zugleich auch die Regelung über den Existenzgründungszuschuss auslief.

Beweis: Gesetz vom 19.12.2007

Anlage 6

4.

Aus den von dem Zeugen vorgelegten Abrechnungen für die Jahre 2010-2012 ist ersichtlich, dass er nicht durchgängig tätig war, nämlich in manchen Monaten gar nicht, teilweise nur wenige Tage im Monat. Wir haben eine genaue Aufstellung gefertigt und fügen diese bei.

Tätigkeitsübersicht: Anlage 7

Zwischen ihm und der Fa. FFFFFFFF GmbH bestand somit kein Dauer-schuldverhältnis. Seine Verfügbarkeit war abhängig von seiner zeitlichen Einsatzfähigkeit sowie von den zu erfüllenden Aufträgen im Rahmen seiner anderweitigen Selbstständigkeit. Der Beschuldigte bzw. die Fa. FFFFFFFF GmbH konnte nicht innerhalb im vorhinein fest vereinbarter Zeiten frei über die Einsätze des Zeugen SSSSSS verfügen. Der Beschuldigte fragte im jedem Einzelfall bei den Zeugen an, ob dieser für Einsätze verfügbar sei. Soweit er bereits anderweitige Aufträge angenommen hatte, lehnte er Aufträge der Beschuldigten ab.

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). Er ging von Anfang an selbst davon aus, selbstständig tätig zu sein.

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

Der Betrieb wird in der dritten Generation einwandfrei geführt. In betragsrechtlicher Hinsicht hat es in der Vergangenheit bislang keinerlei Beanstandungen gegeben.

Bei der Auftragserteilung an den Zeugen SSSSSS ging der Beschuldigte in Übereinstimmung mit dem Zeugen selbst davon aus, dass dieser selbstständig tätig ist, insbesondere weil der Zeuge dies auch so wünschte.

Der Stundensatz des Zeugen SSSSSS ist nicht niedriger, als der Stundensatz der festangestellten Fahrer.

Nach alledem handelt es sich vorliegend nicht um den typischen Fall einer Schwarzarbeitskonstruktion und auch nicht um Gläubigerbenachteiligung zu Lasten der Sozialkassen (z.B: bei Liquiditätsengpässen). Der 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 er es selbst noch der Zeuge hatten die Absicht, irgendjemanden zu schädigen oder zu benachteiligen.

B. Rechtsausführungen

Der Tatbestand des § 266a StGB ist zumindest in subjektiver Hinsicht nicht erfüllt. Unserem Mandanten kann ein vorsätzliches Handeln nicht vorgeworfen werden.

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

(.....)

II. Strafrechtliche Bewertung

(.....)

Nach alledem ist der gegen ihn erhobene Vorwurf unbegründet. Hinreichender Tatverdacht liegt nicht vor. Das Verfahren ist deshalb gem. § 170 Abs. 2 StGB einzustellen.

Mit freundlichen Grüßen

Koch
Rechtsanwalt