

Ultima ratio? Wenn Straftatbestände die Optionen der Verwaltung beschränken

Das Schwarzarbeitsgesetz im Graubereich zwischen Prävention und Strafverfolgung^{FAO* **}

Rechtsanwalt Uwe Freyschmidt, Berlin

Die Anwaltschaft kritisiert immer wieder, dass der Gesetzgeber zur Bekämpfung von Missständen neue Straftatbestände schafft. Doch die Ausweitung von Straftatbeständen kann auch für die Verwaltung zum zweischneidigen Schwert werden. Sie kann der Verwaltung Handlungsoptionen abschneiden – denn wenn der Anfangsverdacht einer Straftat vorliegt, greift das förmliche Regime der Strafprozessordnung. Der Autor erläutert anhand des Schwarzarbeitsgesetzes, wie zum Beispiel Duldungs- und Mitwirkungspflichten der Arbeitgeber zur Prävention leerlaufen, wenn das Strafrecht ins Spiel kommt. Statt eines Rechts zum Betreten eines Geländes ist nun ein förmlicher Durchsuchungsbeschluss notwendig. Die anwaltlichen Beratungspflichten an der Schnittstelle zwischen Duldungs- und Mitwirkungspflichten nach dem Schwarzarbeitsgesetz und dem Vorliegen eines Anfangsverdachts für eine Straftat stellt der Autor vor.

Hinter dem Titel „Ultima ratio? Wenn Straftatbestände die Optionen der Verwaltung beschränken“ dieses Beitrags verbirgt sich eine insbesondere für Rechtsanwälte und Rechtsanwältinnen, die im Arbeitsrecht beratend tätig sind, zunehmend praxisrelevante Thematik. Aufgezeigt werden soll, dass die anwaltlichen Beratungspflichten es erfordern, die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen bei behördlichen Eingriffen auch im Bereich des Schwarzarbeitsgesetzes kritisch zu hinterfragen und im Bedarfsfall zugunsten des Mandanten einzugreifen.

I. Präventive Zollkontrollen: Duldungs- und Mitwirkungspflichten

Das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz (SchwarzArbG) sieht für die Behörden der Zollverwaltung umfangreiche Prüfungsaufgaben vor. Die Prüfungen nach dem SchwarzArbG spielen sich außerhalb eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens ab; es handelt sich um präventive Maßnahmen für die ein Anfangsverdacht nicht erforderlich ist.¹ Zu den durch § 2 SchwarzArbG den Zollbehörden auferlegten Pflichten gehört die – hier exemplarische hervorgehobene – Prüfung, ob Arbeitsbedingungen nach Maßgabe des Mindestlohngesetzes, des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes und des § 10 Abs. 5 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes eingehalten werden oder wurden.

Die Durchsetzung der in § 2 SchwarzArbG angeführten Prüfungsaufgaben soll durch die in § 5 SchwarzArbG geregelten Duldungs- und Mitwirkungspflichten der Normadressaten – Arbeitgeber, Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, Auftraggeber und Dritte, die bei einer Prüfung angetroffen

werden sowie vor Ort anwesende Entleiher – erleichtert werden. Die betroffenen Personen haben die Prüfung zu dulden und dabei mitzuwirken, insbesondere für die Prüfung erhebliche Auskünfte zu erteilen und bestimmte Personal- und Geschäftsunterlagen vorzulegen (§ 5 Abs. 1 S. 1 SchwarzArbG).

Das bedeutet im Einzelnen: Zur Durchführung der präventiven Prüfung ist die Finanzkontrolle Schwarzarbeit der Zollverwaltung (FSK) befugt, Geschäftsräume und Grundstücke des Arbeitgebers und Auftraggebers von selbständig tätigen Personen sowie des Entleihers während der Arbeitszeit der dort tätigen Personen ohne Einwilligung des Grundbesitzes oder Hausrechtsinhabers zu betreten (§ 3 Abs. 1 in Verbindung § 5 Abs. 1 S. 2 SchwarzArbG). Neben dem Betretungsrecht besteht eine Befugnis der FSK, von den angetroffenen tätigen Personen Auskünfte über deren Beschäftigungsverhältnisse beziehungsweise Tätigkeiten einzuholen und Einsicht in von diesen Personen mitgeführte Unterlagen zu nehmen, soweit sie Auskunft über die Beschäftigung geben (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 SchwarzArbG). Zudem dürfen die Personalien der auf den Grundstücken beziehungsweise in den Geschäftsräumen anwesenden Personen überprüft werden (§ 3 Abs. 3 SchwarzArbG). Schließlich darf Einsicht in Geschäftsunterlagen genommen werden, aus denen Umfang, Art und Dauer von Beschäftigungsverhältnissen hervorgehen oder abgeleitet werden können (§ 4 Abs. 1 SchwarzArbG).² Der vorsätzliche oder fahrlässige Verstoß gegen diese Pflichten ist nach § 8 Abs. 2 Nr. 3 SchwarzArbG als Ordnungspflicht zu ahnden.

II. Anfangsverdacht Straftat: Strenges StPO-Regime

1. Analyse der Verdachtslage

Diese Regelungskonzeption des SchwarzArbG kann jedoch nur solange gelten, bis das Vorliegen eines Anfangsverdachts für eine Straftat die Anwendung des Strafprozessordnung (StPO) gebietet. Lässt der Sachverhalt die Verletzung eines Strafgesetzes in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht für möglich erscheinen, gelten die Regeln der StPO unabhängig vom möglicherweise entgegen stehenden Willen der Zollbehörde.³

Die Prüfung, ob das Vorliegen eines Anfangsverdachts dazu führt, dass die weit gehenden Duldungs- und Mitwirkungspflichten des SchwarzArbG durch die – eingeschränkteren – Eingriffsmöglichkeiten der StPO ersetzt werden müssen, obliegt insbesondere dem gegebenenfalls vor Ort anwesenden Rechtsanwalt. Er oder sie hat daher – trotz der häufig hektischen Außenbedingungen – eine genaue Analyse der Verdachtslage und die Durchsetzung der sich daraus gegebenenfalls ergebenden Schutzrechte vorzunehmen.

* Dieser Beitrag ist zusammen mit dem Beitrag von Kempf (in diesem Heft, AnwBl 2017, 34) zur Pflichtfortbildung für den Fachanwalt für Strafrecht im Selbststudium mit Erfolgskontrolle geeignet (§ 15 FAO). DAV-Mitglieder können die Multiple-Choice-Fragen online unter www.faocampus.de bis 31. Dezember 2017 beantworten. Bei Erfolg erhalten Sie für diese Beiträge eine Fortbildungsbescheinigung im Äquivalent von 60 Minuten.

** Der Beitrag beruht auf einem Vortrag auf dem 67. Deutschen Anwaltstag am 3. Juni 2016 in der Veranstaltung der DAV-Arbeitsgemeinschaft und des DAV-Ausschusses Arbeitsrecht.

1 Vgl. *Fehn/Mosbacher*, Eingriffsbefugnisse nach dem Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz, in: *Ignor/Mosbacher* (Hrsg.), *Handbuch Arbeitsstrafrecht*, 3. Aufl. 2016, § 19 Rn. 11.

2 Dazu im Einzelnen *Fehn/Mosbacher*, aaO, Rn. 50ff.

3 So auch *Henzler*, Bekämpfung von illegaler Erwerbstätigkeit, in: *Müller-Guggenberger* (Hrsg.), § 36 Rn. 39f.

Als Beispiel seien Fälle genannt, in denen die Zollbehörde den behaupteten Verstoß gegen Arbeitsbedingungen nach Maßgabe des Mindestlohngesetzes mit dem (Anfangs-)Verdacht der Zahlung von Schwarzlohn verbindet. Der letztgenannte Vorwurf führt zumeist zu strafrechtlichen Implikationen, insbesondere über § 266 a StGB oder § 370 AO.

Häufig ergibt sich ein entsprechender Anfangsverdacht für ein strafrechtlich relevantes Verhalten auch aus dem Wortlaut einer Strafanzeige. Die während der Prüfungsmaßnahmen vor Ort tätige Rechtsanwältin oder der vor Ort tätige Rechtsanwalt sollte daher nicht versäumen, die FSK-Bediensetzten um Auskunft nach dem Vorliegen einer etwaigen Anzeige zu bitten, um dann gegebenenfalls Einsicht zu verlangen oder zumindest deren Inhalt zu erfragen.

2. Anfangsverdacht und die konkreten Folgen

Kommt die beauftragte Rechtsanwältin/der beauftragte Rechtsanwalt insoweit zur Bejahung des Vorliegens eines Anfangsverdachts, hat er oder sie die Ermittlungsbeamten der Zollverwaltung unverzüglich über die Auswirkungen dieser geänderten prozessualen Bedingungen zu informieren und zur Beendigung ihrer Prüfungsmaßnahmen – soweit diese mit der StPO nicht vereinbar sind – aufzufordern. Dies sollte dokumentiert werden. Insbesondere sollten dann folgende Forderungen erhoben und durchgesetzt werden:

- unverzüglicher Abbruch der Prüfung nach §§ 2 ff. SchwarzArbG,
- kein Betreten von Grundstücken ohne Durchsuchungsbeschluss und
- keine Pflicht zur Herausgabe von Geschäftsunterlagen.

Im Ergebnis kann die Durchführung weiterer Zwangsmaßnahmen in diesem Moment nur noch bei begründeter Annahme von Gefahr im Verzug erfolgen.⁴ Wird die Prüfung trotz des Vorliegens eines Anfangsverdachts für eine Straftat nach den weiten Eingriffsvoraussetzungen des SchwarzArbG fortgeführt, ist von einem Beweisverwertungsverbot auszugehen.

III. Auskunftsverweigerungsrecht: Keine Belehrungspflicht

Eine Sonderrolle bei den Prüfungen nach §§ 2 ff. SchwarzArbG nimmt das Auskunftsverweigerungsrecht ein. Auskünfte, die eine verpflichtete Person oder eine ihr nahe stehende Person (§ 383 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 der Zivilprozessordnung) der Gefahr aussetzen, wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden, können verweigert werden (§ 5 Abs. 1 S. 3 SchwarzArbG).

Die Klarheit dieser gesetzlichen Regelung wird eingeschränkt durch den Umstand, dass das SchwarzArbG keine entsprechende Belehrungspflicht normiert. Einschränkend wird aber vertreten, dass jedenfalls dann zu belehren ist, wenn „die Begehung einer Straftat als mögliche und nicht ganz fernliegende Alternative erscheint“⁵ beziehungsweise

„sich die Vermutung einer Straftat oder OWi aufdrängt“⁶. Diese Ansichten korrespondieren mit der oben vertretenen Auffassung, dass bei Vorliegen eines Anfangsverdachts die Regeln der StPO die darüber hinaus gehenden Eingriffsbefugnisse des SchwarzArbG verdrängen.

Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang eine Entscheidung des OLG Bamberg⁷, wonach die Auskunft bei Prüfungsmaßnahmen nach dem SchwarzArbG nur unter ausdrücklicher Berufung auf das Auskunftsverweigerungsrecht verweigert werden darf, weil eine allgemeine Rechtspflicht der Verfolgungsbehörde, den Auskunftspflichtigen auf sein Verweigerungsrecht nach § 5 Abs 1 S. 3 SchwarzArbG hinzuweisen, jedenfalls gesetzlich nicht vorgeschrieben ist. Die Verweigerung der Auskunft ohne Begründung soll insoweit als Ordnungswidrigkeit sanktioniert werden können. Diese Ansicht kann unter Berücksichtigung der obigen Ausführungen jedenfalls dann nicht mehr zur Anwendung kommen, wenn eine Belehrungspflicht besteht, weil die Begehung einer Straftat als mögliche und nicht ganz fernliegende Alternative zu berücksichtigen ist.

IV. Ein Fall für gute Anwälte

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der beratende Rechtsanwalt/die beratende Rechtsanwältin die weit gehenden Duldungs- und Mitwirkungspflichten nach dem SchwarzArbG in der konkreten Eingriffssituation auf den Prüfstand stellen sollte. Für das Vorliegen eines strafrechtlichen Anfangsverdachts ist die Konzeption des SchwarzArbG nicht vorgesehen, in diesem Fall kommen die eingeschränkteren Eingriffsvoraussetzungen der StPO zur Anwendung.



Uwe Freyschmidt, Berlin

Der Autor ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht. Er ist Partner der Berliner Strafrechtskanzlei Freyschmidt Frings Pananis Venn sowie Vorsitzender des Berliner Anwaltsvereins.

Leserreaktionen an anwaltsblatt@anwaltsverein.de.

⁴ Henzler, aaO, Rn. 43.

⁵ Henzler, aaO, Rn. 38.

⁶ Häberle, in: Erbs/Kohlhaas, § 5 SchwarzArbG, Rn. 5.

⁷ OLG Bamberg, Beschl. v. 15.01.2013, wistra 2013, 288; vgl. dazu auch Jung/Deba, Mindestlohn und Mindestlohngesetz: Verfahren und Rechtsfolgen bei Verstößen oder Verdächtigungen, NSTZ 2015, 258, 259.