



Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit

Eine Initiative der Kanzlei
Prof. Dr. Tuengerthal & Kollegen

M 7,3 (Alte Reichsbank), 68161 Mannheim
Tel. +49 621 391 8010-0 / Fax +49 621 391 8010-20
info@werkvertrag-zeitarbeit.de / www.werkvertrag-zeitarbeit.de

Straffreiheit für Altfälle unerlaubter Beschäftigung von Unionsbürgern!

**-Eine Entgegnung zu Mosbacher
in NSTZ 5/2015, S. 255 f. –**

von

Rechtsanwalt Professor Dr. Hansjürgen Tuengerthal / Rechtsanwalt Michael Rothenhöfer / Dr. Frank Hennecke

Summary:

Die Straffreiheit von Rumänen und Bulgaren, die seit dem 1. 1. 2014 in der Europäischen Union uneingeschränkte Arbeitnehmerfreizügigkeit genießen, zuvor aber ohne Arbeitserlaubnis tätig waren und daher den damals geltenden Strafvorschriften unterlagen, ist in die Kontroverse geraten. *Tuengerthal / Rothenhöfer* haben in *wistra* 11/2014, S. 417 f., die Straffreiheit bejaht, da § 2 Abs. 3 StGB unmittelbar Anwendung finde und § 2 Abs. 4 StGB aus europarechtlichen Gründen nicht vorgehe. Demgegenüber hält *Mosbacher*, NSTZ 5/2015, S. 255 f., an der Strafbarkeit fest, da ein Zeitgesetz nach § 2 Abs. 4 StGB, das die Strafbarkeit vorsehe, zuvor gegolten habe, § 2 Abs. 4 StGB durch Europarecht in seinem Anwendungsbereich nicht eingeschränkt werde und die neue Rechtslage seit dem 1. 1. 2014 nur den persönlichen, nicht den tatbestandlichen Anwendungsbereich von § 2 Abs. 3 StGB geändert habe, was keine mildernde Wirkung auslöse. Auch sei die Frage höchstrichterlich entschieden. Dem tritt die Replik von *Tuengerthal / Rothenhöfer / Hennecke* in allen Punkten entgegen. Art. 49 Abs. 1 Satz 3 der EU-Grundrechte-Charta, wonach die mildere Strafe zu verhängen ist, wenn nach Begehen einer Straftat durch Gesetz eine mildere Strafe eingeführt wird, schlägt am Ende durch. Im Ergebnis bleiben die Arbeitnehmer aus Bulgarien und Rumänien, die zuvor illegal beschäftigt waren, seit dem 1. 1. 2014 straffrei.

I

Die Kontroverse

1.

Seit dem 1.1.2014 dürfen Rumänen und Bulgaren im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit unbeschränkt in Deutschland einer beruflichen Tätigkeit nachgehen. *Hansjürgen Tuengerthal* und *Michael Rothenhöfer* haben in *wistra* 11/2014¹ die Frage thematisiert, ob noch eine Strafbarkeit von Altfällen illegaler Beschäftigung von Rumänen und Bulgaren nach § 11 Abs. 1 Nr. 1 SchwarzArbG i.V. m. § 284 Abs. 1 SGB III a.F. besteht, nachdem Rumänen und Bulgaren im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit unbeschränkt in Deutschland einer beruflichen Tätigkeit

¹ *Hansjürgen Tuengerthal / Michael Rothenhöfer*: Die Strafbarkeit von Altfällen illegaler Beschäftigung von Rumänen und Bulgaren im Lichte des Europarechtes, in: *wistra*. Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 11/2014, S. 417-421.

nachgehen können. Die Autoren haben das im Ergebnis verneint. Selbst wenn man den Tatbestand als Zeitgesetz im Sinne des § 2 Abs. 4 StGB ansähe, komme eine Strafbarkeit wegen des europarechtlichen Bezugs der Regelungsmaterie nicht in Betracht. § 284 Abs. 1 SGB III in der Fassung vom 7.12.2006 stellte das Genehmigungserfordernis im Falle von von Bulgaren und Rumänen unter den Vorbehalt, dass nach Maßgabe des EU-Beitrittsvertrages abweichende Regelungen als Übergangsregelungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit anzuwenden sind. Damit diene § 284 SGB III der Durchführung des Rechts der Union im Sinne des Art. 51 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (EU-GR-Charta), denn die Beitrittsverträge, die in § 284 SGB III in deutsches Recht umgesetzt werden, sind Teil des primären Unionsrechts. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des Art. 51 EUV, der bestimmt, dass die Protokolle und Anhänge der Verträge Bestandteil der Verträge sind. Aufgrund der Anwendbarkeit der Grundrechte-Charta schließt der Milderungsgrundsatz aus Art. 49 Abs. 1 S. 3 EU-GR-Charta eine Strafbarkeit der Altfälle illegaler Beschäftigung aus. § 2 Abs. 4 StGB kann zwar u. U. den Milderungsgrundsatz einschränken, würde aber in den vorliegenden Fallgestaltungen unverhältnismäßig in das EU-Grundrecht eingreifen.

2.

Im Ergebnis verneinen *Hansjürgen Tuengerthal* und *Janine Geißer* auch in einer anderen Veröffentlichung eine Strafbarkeit von Altfällen illegaler Beschäftigung von Unionsbürgern nach Erlangung der vollen Arbeitnehmerfreizügigkeit. Sie begründen ihr Ergebnis damit, dass der Milderungsgrundsatz der Grundrechte-Charta eine andere gesetzliche Bestimmung im Sinne des § 2 Abs. 4 S. 2 StGB darstellt, die die in § 2 Abs. 4 S. 1 StGB geltende Ausnahme vom Milderungsgrundsatz im Fall von Zeitgesetzen wieder aufhebt².

3.

Unter dem Titel “Keine Straffreiheit für Altfälle unerlaubter Beschäftigung von Unionsbürgern” hat *Andreas Mosbacher*³ auf die obengenannten Veröffentlichungen entgegnet.⁴ Zunächst hält er den Autoren *Tuengerthal / Rothenhöfer* und *Tuengerthal / Geißer* vor, dass sie nicht auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs⁵ und des Oberlandesgerichts Bamberg⁶ zu der Frage der Strafbarkeit von Altfällen illegaler Beschäftigung eingegangen seien, in denen die Gerichte eine Strafbarkeit angenommen hätten. Der BGH und das OLG Bamberg hätten die Rechtsfrage bereits zutreffend gegenteilig entschieden. Dann weist *Mosbacher* die von den Autoren *Tuengerthal / Rothenhöfer* und *Tuengerthal / Geißer* vorgebrachten Argumente zurück. Nach Ansicht von *Mosbacher* würde auch dann, wenn man jenseits der Regelung in § 2 Abs. 4 StGB zu einer prinzipiellen Anwendbarkeit von § 2 Abs. 3 käme, dies nicht zur Straffreiheit führen. Bloße Änderungen des persönlichen Anwendungsbereichs einer Strafnorm unterfielen nach der zum Ausländerstrafrecht entwickelten Rechtsprechung des BGH nicht § 2 Abs. 3 StGB. Die bloße Änderung des persönlichen Anwendungsbereichs einer Straf- oder Bußgeldnorm sei keine von §

² *Hansjürgen Tuengerthal / Janine Geißer*: Zur seltsamen Vernachlässigung der Rechtsfolgen des § 2 Abs. 3 StGB im Rahmen der Entwicklung der Arbeitnehmerfreizügigkeit im EU-Recht, in: NZWiSt. Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer und Unternehmensstrafrecht, 11/2014, S. 412-416.

³ Professor Dr. *Andreas Mosbacher*, Richter am Bundesgerichtshof.

⁴ *Andreas Mosbacher*: Keine Straffreiheit für Altfälle unerlaubter Beschäftigung von Unionsbürgern, in: NStZ. Neue Zeitschrift für Strafrecht, 5/2015, S. 255-258.

⁵ BGH, Beschluß vom 27.9.2011, Az. 1 StR 399/11 (= wistra 2012), S. 28; BGH, Beschluß vom 4.9.2013, 1 StR 94/13 (= wistra 2014, S. 199).

⁶ OLG Bamberg, Beschluß vom 28.1.2014, Az.: 3 Ss Owi 1488/13 (=wistra 2014, S. 199).

2 Abs. 3 StGB oder § 4 Abs. 3 OWiG relevante Änderung des Norminhalts. Schließlich könne bei Zeitgesetzen, die von vornherein nur einen Zwischenzustand regeln wollen, weder über § 2 Abs. 3 StGB eine Strafbarkeit nachträglich entfallen noch könne ein abweichender Schuld-spruch begründet werden. Im Übrigen hält *Mosbacher* Straf- und Bußgeldnormen wegen der unerlaubten Ausländerbeschäftigung für von der Grundrechte-Charta nicht erfasstes nationales Recht, ohne aber im Einzelnen auf die weit ausgedehnte Auslegung der EU-Grundrechte-Charta im EuGH-Urteil *Akerberg Fransson*⁷ einzugehen.

II.

Fehlende Präjudizwirkung bisheriger gerichtlicher Entscheidungen

1.

Insoweit *Mosbacher* in NSTZ 5/2015, 255 ff. den Vorwurf erhebt, die von *Tuengerthal / Rothenhöfer* und *Tuengerthal / Geißer* aufgeworfene Rechtsfrage sei bereits vom BGH und OLG Bamberg zutreffend gegenteilig entschieden worden, soll im Folgenden dargelegt werden, dass

- die Frage nicht entschieden ist (dazu 2.),
- auch nicht gegenteilig entschieden ist (dazu 3.),
- und selbst wenn man von einer gegenteiligen Entscheidung ausginge, diese jedenfalls nicht zutrifft, was sich an der Auseinandersetzung mit den Argumenten von *Mosbacher* zeigt (dazu III.).

2.

2.1. Zur BGH-Entscheidung vom 27.09.2011, Az.: 1 StR 399/11:

Die BGH-Entscheidung vom 27.09.2011 betrifft die Verurteilung der Gesellschafter einer GmbH, die vor Einführung der vollen Arbeitnehmerfreizügigkeit für ungarische Facharbeiter am 1. Mai 2011 in Schein-Werkverträgen für eine Ra.-GmbH arbeiteten. Zum Zeitpunkt der Entscheidung durch den BGH galt bereits die volle Arbeitnehmerfreizügigkeit der Ungarn. Auf die Problematik der Anwendbarkeit eines mildereren Gesetzes geht der BGH dabei aber überhaupt nicht ein. Es wird weder § 2 Abs. 3 StGB noch § 2 Abs. 4 StGB noch der Begriff des Zeitgesetzes zitiert. Dabei ist § 2 Abs. 3 StGB nach § 354a StPO auch im Revisionsverfahren zu beachten. Zwar sind verwerfende Revisionsbeschlüsse, wie die BGH-Entscheidung vom 27.09.2011, Az.: 1 StR 399/11, nicht notwendigerweise ausführlich zu begründen. Es müssen dann aber die für die Zurückweisung des Rechtsmittels maßgeblichen Gründe mit ausreichender Klarheit aus den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils und aus dem Inhalt der Antragschrift des Generalbundesanwalts hervorgehen. Dies ist dem BGH-Beschluss vom 11.08.2009, Az.: 3 StR 131/09, unter Rn. 4 zu entnehmen. Vorliegend hat sich die Rechtsfrage der Anwendbarkeit des § 2 Abs. 3 StGB aber aus der dem BGH-Beschluss vom 27.09.2011 vorgehenden Entscheidung des LG Landshut gerade nicht ergeben. Deshalb hätte der BGH aus Klarstellungsgründen darauf eingehen müssen. Entscheidend ist hierbei, dass sich vorliegend Ausführungen zu § 2 Abs. 3 StGB nicht aus dem angefochtenen Urteil des LG Landshut vom 18. Februar 2011, Az.: 3 KLs 54 Js 1101/08, ergeben konnten. Zu dem Zeitpunkt, da das Urteil des LG Landshut erging, war die volle Arbeitnehmerfreizügigkeit für Ungarn (Stichtag: 1.5.2011) noch nicht gegeben und § 11 Abs. 1 SchwarzArbG i.V. m. § 284 SGB III in Bezug auf ungarische Staatsangehörige auch nicht gemildert. Das angefochtene Urteil konnte daher gar nicht zum Milderungsgrundsatz Stellung nehmen.

Dabei handelt es sich bei einer Strafmilderung nach § 2 Abs. 3 StGB um einen Umstand, der in einem erst- oder zweitinstanzlichen Urteil durchaus Erwähnung finden muss. Zwar verlangt der Wortlaut des § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO nur die Bezeichnung der zur Anwendung gebrachten

⁷ EuGH, Urteil vom 26.2.2013, RsC-617/10 in der Rechtssache *Akerberg Fransson*.

Strafgesetze. Allerdings ist unter dem Aspekt einer auf Überzeugungsbildung und Bürgernähe bedachten Rechtspflege nicht hinnehmbar, wenn nicht angewandte Normen von erst- oder zweitinstanzlichen Gerichten generell nicht erwähnt werden. Insbesondere sind Rechtsausführungen immer dann angezeigt, wenn sie für das Verständnis der Entscheidung notwendig sind. Hierzu führt *Stuckenberg* aus: „Ob und in welchem Ausmaß die Urteilsgründe außer der Anführung des angewandten Strafgesetzes weitere Rechtsausführungen enthalten müssen, hängt von den jeweiligen Umständen ab, vor allem davon, ob solche Betrachtungen zum Verständnis der Rechtsanwendung erforderlich sind. Es darf nicht zweifelhaft bleiben, ob das Gericht eine sich im konkreten Fall aufdrängende Rechtsfrage erkannt und wie es sie beurteilt hat. Rechtsausführungen sind zum Beispiel auch bei Ermittlung des milderen Gesetzes nach § 2 Abs. 3 im Regelfall angezeigt.“⁸ Desgleichen *Wassermann*: „Die dem Rechtsstaatsprinzip Rechnung tragende strenge Gesetzesbestimmtheit der Strafbarkeit... erfordert die in Abs. 3 S. 1 vorgeschriebene Bezeichnung des angewandten Strafgesetzes in den Urteilsgründen. Da der Grundsatz der Gesetzesbindung sowohl für die Strafbarkeit als auch für die Folgen der Straftat gilt ... muß in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise ... zum Ausdruck gebracht werden, welche Straftatbestände das Gericht für gegeben angesehen hat ... und welche Rechtsnormen für den Ausspruch der Rechtsfolgen...bestimmend gewesen sind ... Die Strafliste des § 260 Abs. 5 enthebt dieser Verpflichtung nicht. Schulmäßig ist eine saubere Subsumtion unter Angabe der Paragraphen erforderlich; die Praxis verfährt großzügiger und läßt den Verzicht auf die Angabe der Paragraphenziffer zu, wenn das angewendete Gesetz etwa durch Wiedergabe seines Wortlauts ... oder auch aus dem Zusammenhang ... zweifelsfrei zu ersehen ist. Abs. 3 S. 1 normiert nur das rechtsstaatliche Minimum. Liegt die Anwendbarkeit einer Vorschrift nahe, so ist es geboten, darauf einzugehen und darzulegen, weshalb diese verneint worden ist; das Revisionsgericht kann sonst nicht erkennen, dass das Problem nicht übersehen worden ist. Über die Begründungspflichten hinausgehende rechtliche Erwägungen sind angezeigt, wenn sie zum richtigen Verständnis der Entscheidung beitragen. Die Praxis hält sich damit zurück ..., beschränkt sich auf das Notwendige und Vermeidung des Überflüssigen. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass das Urteil nicht bloß der richterlichen Selbstprüfung dienen und die Kontrolle durch obere Gerichte ermöglichen soll; es wendet sich auch und - nicht zuletzt unter dem Aspekt moderner, bürgernahe Rechtspflege - besonders an den Angeklagten, der das Urteil nicht - wie im autoritären Staat - bloß hinnehmen...sondern vielmehr von dessen Richtigkeit überzeugt werden soll.... Urteilsbegründungen, die über den Kopf des Angeklagten hinweggehen, verfehlen auch die Prävention, die zu den bestimmenden Zwecken der modernen Strafrechtspflege gehört.“⁹

Das LG Landshut hätte daher nach dem 1. Mai 2011 grundsätzlich mit der Frage der Anwendbarkeit des § 2 Abs. 3 StGB beschäftigen müssen, konnte dazu aber, da das Urteil des LG Landshut schon am 18. Februar 2011 ergangen ist, als noch keine Strafmilderung eingetreten war, keine Ausführungen machen. Umso mehr hätte dann der BGH im Beschluss vom 27.09.2011 - also nach Eintritt der vollen Arbeitnehmerfreizügigkeit für die Ungarn und nach Änderung des § 284 SGB III - aus Gründen rechtsstaatlicher Klarheit die Frage der Anwendbarkeit des Milderungsgrundsatzes thematisieren müssen. Die vollkommene Außerachtlassung von § 2 Abs. 3 und 4 StGB widerspricht daher dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot. Der BGH stellt nur in Randnummer 14 des Beschlusses in apodiktischer Form fest: „... [Es] steht auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen außer Frage, dass es sich bei den fraglichen Rechtsbeziehungen zwischen der Ra. GmbH und den BGB-Gesellschaftern um Arbeitsverhältnisse handelte, für die im Tatzeitraum nach Maßgabe des Beitrittsvertrags vom 16. April 2003 beschränk-

⁸ In: *Löwe / Rosenberg*: Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 6/2, 26. Aufl., Berlin 2013, § 267 StPO, Rdnr. 81.

⁹ *Rudolf Wassermann* in: *Rudolf Wassermann* (Hrsg.): Alternativkommentar zur Strafprozeßordnung, Neuwied 1988 ff. (1993), § 267.

te Arbeitnehmerfreizügigkeit gilt.“ Damit ist keineswegs ersichtlich, ob der BGH im Beschluss vom 27.09.2011 den Milderungsgrundsatz abgelehnt oder aber schlichtweg übersehen hat. Aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit hätte sich der BGH hier nicht jeder Argumentation enthalten dürfen und hätte er auch die blankettausfüllende Norm des § 284 SGB III erwähnen müssen. Ferner ist festzuhalten, dass die Entscheidung des BGH vom 27.09.2011 vor der EuGH-Entscheidung im Fall Akerberg Fransson ergangen ist, in der der EuGH den Anwendungsbe- reich der Grundfreiheiten weit ausgelegt hat. Daher ist die BGH-Entscheidung vom 27.09.2011 in der Frage einer europarechtskonformen Auslegung des § 2 StGB ohnehin überholt und kann hier auch keine präjudizielle Wirkung entfalten.

Der BGH hat also in seinem Beschluss die Frage der Strafbarkeit von Altfällen illegaler Be- schäftigung von Unionsbürgern nicht, und schon gar nicht abschließend entschieden. Dies ergibt sich auch aus der Urteilsbesprechung von *Friedrich Schindele*, der den wesentlichen Entschei- dungsinhalt des Beschlusses vom 27.09.2011 darin sieht, dass darin die Umstände und Kriterien für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses in Abgrenzung zum Werkvertrag definiert wer- den.¹⁰ Auf die Strafbarkeit von Altfällen illegaler Beschäftigung von Unionsbürgern geht *Schindele* mit keinem Wort ein. Ebenso wenig erwähnt *Kudlich* in seiner Urteilsanmerkung¹¹ den Milderungsgrundsatz. Wenn aber selbst fachkundige Kommentatoren dem genannten BGH- Beschluss keine Entscheidung zu §§ 2 Abs. 3 und 4 StGB entnehmen, kann nicht angenommen werden, dass die Frage durch den BGH präjudiziell entschieden wurde.

2.2. Zur BGH-Entscheidung vom 04.09.2013, Az.: 1 StR 94/13:

Die BGH-Entscheidung vom 04.09.2013 drehte sich um Werkverträge von Saisonarbeitern in einer Champignonzucht-Anlage und führte in der Hauptsache zu einer Verurteilung nach § 266a StGB. Hinsichtlich des Vorwurfs eines Verstoßes nach § 11 Abs. 1 SchwarzArbG erfolgte eine Einstellung des Verfahrens aus prozessökonomischen Gründen, da - wie der BGH unter Rn 6 feststellt - „die bisher vom Tatgericht getroffenen Feststellungen [...] nicht ausreichen [würden], um eine entsprechende Verurteilung zu tragen.“ Entsprechend kurz sind die Ausführungen des Urteils, und abermals verzichtet der BGH darauf, die blankettausfüllende Norm des § 284 SGB III ausdrücklich zu benennen. Die Tatsache, dass das Verfahren hinsichtlich des Tatvorwurfs des § 11 Abs. 1 SchwarzArbG eingestellt wurde, erübrigt noch nicht die Frage nach einer euro- parechtskonformen Auslegung von § 2 Abs. 3 und 4 StGB. Dennoch geht der BGH aber mit keinem Wort auf § 2 Abs. 3 und 4 StGB ein. Da der EuGH im Urteil vom 26.02.2013¹², also nach Erlass der dem BGH vorgehenden Entscheidung des LG Augsburg vom 14. August 2012¹³, aber vor der BGH-Entscheidung am 04.09.2013¹⁴, eine weite Auslegung der Anwendbarkeit der Grundrechte-Charta vertreten hat, wären Ausführungen zu § 2 Abs. 3 und 4 StGB sowie deren europarechtskonformer Auslegung angezeigt gewesen. Denn der Revisionsrichter hat bei der Auslegung der vom Tatrichter angewandten Vorschriften eine inzwischen eingetretene Ände- rung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu berücksichtigen.¹⁵ Das Auslassen jeglicher

¹⁰ *Friedrich Schindele*: Arbeitnehmereigenschaft wird im Rahmen des § 266a StGB auch gemeinschaftsrechtlich anhand objektiver Kriterien bestimmt, in: ArbRAktuell. Arbeitsrecht Aktuell, 2011, S. 594.

¹¹ *Hans Kudlich*: Anmerkung zum BGH-Beschluss vom 27.9.2011, Az. 1 StR 399/11, in: ZWH. Zeitschrift für Wirtschaftsstrafrecht und Haftung in Unternehmen, 8/2012, S. 337 f.

¹² Az.: C-617/10, Rechtssache Akerberg Fransson.

¹³ Az.: 10 KLS 508 Js 114042/07.

¹⁴ Az.: 1 StR 94/13.

¹⁵ *Gericke* in: *Rolf Hannich* (Hrsg.): *Karlsruher Kommentar zur StPO*, 7. Aufl., München 2013, § 354a StPO Rdnr. 7.

Rechtsausführungen hierzu zeigt, dass dem Beschluss des BGH vom 04.09.2013 keine präjudizielle Wirkung zukommt. Dafür spricht nicht zuletzt auch die Anmerkung von *Michael Floeth*, der den Beschluss allein im Hinblick auf die Strafbarkeit nach § 266a StGB bespricht.¹⁶ Daher ist die von *Tuengerthal / Rothenhöfer* und *Tuengerthal / Geißer* angesprochene Fallgestaltung auch nicht durch den BGH-Beschluß 04.09.2013 entschieden worden.

2.3 Zum Beschluss des OLG Bamberg vom 28.01.2014, Az.: 3 Ss Owi 1488/13:

Im Beschluss des OLG Bamberg vom 28.01.2014 ging es um die Strafbarkeit wegen vorsätzlicher Beschäftigung von rumänischen Striptease-Tänzerinnen im Jahre 2011, ohne dass dafür eine Arbeitsgenehmigung vorlag. Wie auch der BGH geht auch das OLG Bamberg in seiner Verurteilung im Jahr 2014 in keiner Weise auf §§ 2 Abs. 3 und 4 StGB ein, obwohl hier Rechtsausführungen angezeigt gewesen wären, um zu verdeutlichen, dass das OLG Bamberg das Rechtsproblem wirklich erkannt hat. Im Übrigen stellt sich bei Striptease-Tänzerinnen nicht die Abgrenzung zum Werkvertrag, die ja gerade in dem von *Tuengerthal / Rothenhöfer* in der wistra 11/2014 geschilderten Fall einen unverhältnismäßigen Eingriff in den Milderungsgrundsatz des Art. 49 Abs. 1 S. 3 EU-GR-Charta begründet. Auch insoweit ist die von *Tuengerthal / Rothenhöfer* und *Tuengerthal / Geißer* geschilderte Konstellation nicht vom OLG Bamberg entschieden worden. Daher hat der Beschluss des OLG Bamberg vom 28.01.2014 keine präjudizielle Wirkung.

3.

Wie dargestellt, haben sich der BGH und das OLG Bamberg im Hinblick auf Altfälle illegaler Beschäftigung in keiner einzigen Entscheidung eingehend mit der Anwendbarkeit des Milderungsgrundsatzes auseinandergesetzt. Vorliegend ist nicht klar, ob der BGH und das OLG Bamberg den Milderungsgrundsatz, vor allem seine europarechtliche Dimension nach dem Urteil des EuGH in der Rechtssache *Akerberg Fransson*, überhaupt gesehen haben. Aus Gründen der Klarheit hätten die genannten Strafgerichte sich daher mit § 2 Abs. 3 und 4 StGB auseinandersetzen müssen, zumal sich die maßgeblichen Entscheidungsgründe der BGH-Urteile auch nicht aus den angefochtenen, vorinstanzlichen Urteilen ergeben konnten. In Anbetracht der Komplexität der Materie (Abgrenzung von Werkvertrag/Arbeitnehmerüberlassung; Implikationen des EuGH-Urteils *Akerberg Fransson*) und im Hinblick auf die klaren Ausführungen der Generalanwältin Sharpston zur Abgrenzung von Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung in den Schlussanträgen der Rechtssache C-586/13 (*Martin Meat*) kann nicht davon ausgegangen werden, dass der BGH und das OLG Bamberg die Sachfragen durch bloße Nichterwähnung gegenteilig entschieden hätten. Es liegen mithin - im Gegensatz zur Ansicht *Mosbachers* - keine gegenteiligen Entscheidungen vor. Ohnehin kann eine Präjudizwirkung nur für einen Urteilstenor oder für tragende, explizite Entscheidungsgründe gelten, die gleichsam wie ein positiver Rechtssatz formuliert sind und sich so verallgemeinern lassen. Wo aber nichts gesagt ist, wird auch nichts präjudiziert.

4.

Gerichtsurteile gelten bekanntlich nur inter partes. Eine verbindliche Präjudizwirkung von Gerichtsurteilen kennt das deutsche Recht jedenfalls im Bereich der Fachgerichtsbarkeit nicht.¹⁷ Es kann daher auch nicht apodiktisch behauptet werden, eine Sache sei „entschieden“ und damit ein für alle Mal erledigt. Entschieden ist immer nur der Rechtsfall. Stand allerdings in einem

¹⁶ *Michael Floeth*: Strafbarkeit wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt (§ 266a StGB) im Falle des Einsatzes vermeintlicher Subunternehmer, in: NZS. Neue Zeitschrift für Sozialrecht, 2014 S. 207.

¹⁷ *Bernd Rütters*: Rechtstheorie, München 1999, Rdnrn. 235 ff.

Rechtsfall eine grundsätzliche Rechtsfrage zur Entscheidung an, so haben Tenor und tragende Gründe der gerichtlichen Entscheidung dann besondere Bedeutung, wenn zu dieser Rechtsfrage wegweisende Ausführungen gemacht werden, die sich im Blick auf gleichgelagerte oder ähnliche Fälle verallgemeinern lassen. Ergeht eine derartige Entscheidung durch ein höchstes Gericht, ist es für die nachgeordneten Instanzgerichte zweckmäßige Praxis, der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu folgen, um eine Aufhebung der untergerichtlichen Entscheidung in einem Rechtsmittelverfahren zu vermeiden. Insofern kann sich eine höchstrichterliche Rechtsprechung in der Praxis durchsetzen, so daß von einer faktischen „Präjudizwirkung“ gesprochen werden kann.¹⁸ Gebunden sind die Untergerichte jedoch an ein „Präjudiz“ nicht; es ist keine Rechtsquelle, solange es sich jedenfalls nicht zu einem gewohnheitsrechtlichen Richterrecht verdichtet hat.¹⁹ Für die Gerichte gilt nur das Gesetz, das allein verbindlich mit Allgemeinwirkung entscheidet. Eine einzelne höchstrichterliche Entscheidung entfaltet demgegenüber keine Bindungswirkung; eine hierin zum Ausdruck kommende Rechtsprechung ist vielmehr einer Änderung zugänglich, die gerade auch dadurch herbeigeführt werden kann, daß ein Untergericht ihr womöglich mit besseren Argumenten nicht folgt.²⁰ Die von *Mosbacher* zitierten Entscheidungen des BGH –auf die des OLG Bamberg kommt es in diesem Zusammenhang nicht an– sind solche Einzelentscheidungen. Der Hinweis auf eine wie auch immer verstandene Präjudizwirkung geht fehl. Definitiv „entschieden“ oder „präjudiziert“ ist nichts.

III. Die Anwendbarkeit von § 2 Abs. 3 StGB und die Fehlerhaftigkeit bisheriger Entscheidungen

In jedem Fall sind die Entscheidungen des BGH und des OLG Bamberg aber auch inhaltlich unzutreffend. Die zur deren Rechtfertigung von *Mosbacher* vorgebrachten Argumente überzeugen nicht.

1.
Es ist nicht der Fall, daß nur eine Änderung des persönlichen Anwendungsbereichs und keine Gesetzesänderung vorliegt.

1.1.
Zunächst sind Ausländerrecht und Beschäftigungsrecht nicht vergleichbar. Nach jetzt vertretener Ansicht von *Mosbacher* handelt es sich bei der Änderung von SGB III um eine bloße Änderung des persönlichen Anwendungsbereich einer Strafnorm, die nach der zum Ausländerstrafrecht entwickelten Rechtsprechung des BGH nicht § 2 Abs. 3 StGB unterfallen soll.²¹ Die bloße Änderung des persönlichen Anwendungsbereichs einer Straf- oder Bußgeldnorm sei keine i.S. von § 2 Abs. 3 StGB oder § 4 Abs. 3 OWiG relevante Änderung des Norminhalts. Dies führt *Mosbacher* ausdrücklich in seiner Kommentierung im „Münchener Kommentar“ aus: „Nicht zur Straffreiheit von Altfällen führt hingegen die stete Anpassung von § 284 Abs. 1 SGB III hinsichtlich des jeweiligen Personenkreises der für eine Übergangszeit noch nicht ganz freizügigkeitsberechtigten neu beigetretenen Unionsbürger und ihrer freizügigkeitsberechtigten Familien-

¹⁸ *Martin Kriele*: Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl., Berlin 1976, S. 252/253.

¹⁹ *Karl Larenz*: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., Berlin 1983 u.a., S. 413, 415.

²⁰ *Rüthers*, a.a.O., Rdnr. 242.

²¹ BGH, Urteil vom 27.4.2005, Az.: 2 StR 457/04.

angehörigen (erfasst wurden von § 284 Abs. 1 SGB III bis 30.4.2011 die Staatsangehörigen von Estland, Lettland, Litauen, Polen, Slowakei, Slowenien, Tschechien und Ungarn und bis zum 31.12.2013 die Staatsangehörigen von Rumänien und Bulgarien). Die bloße Anpassung des Personenkreises stellt keine iSv § 2 Abs. 3 oder § 4 Abs. 3 OwiG relevante Änderung der strafbewehrten Verhaltensnorm dar.²² Diese aus einer Parallele zum Ausländerrecht entnommene Ansicht *Mosbachers* überzeugt nicht. Die Normen des Ausländerrechts sind anders aufgebaut als die Verweiskette des § 11 Abs. 1 SchwarzArbG i.V.m. § 284 SGB III. Genau genommen wurde auch das Aufenthaltsgesetz in seiner Gültigkeit von 01.01.2005 bis 17.03.2005 (das in § 4 Abs. 1 AufenthG einen Aufenthaltstitel voraussetzt, sofern nicht das Recht der Union etwas anderes bestimmt²³) gegenüber dem Ausländergesetz 1990 (das grundsätzlich eine Aufenthaltsgenehmigung voraussetzte, aber im Anwendungsbereich schon freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger ausnahm²⁴) auch dem Wortlaut nach geändert. Allerdings ist es insofern gleich geblieben, als jeweils pauschal auf Ausnahmen nach dem Recht der Europäischen Union verwiesen wurde. Das Recht der Europäischen Union als Ganzes kann aber nicht Inhalt eines Strafgesetzes werden. Deshalb ist § 2 Abs. 3 StGB im Ausländerrecht zu Recht nicht anwendbar. Demgegenüber stellt sich die Situation bei § 11 Abs. 1 Nr. 1 SchwarzArbG, § 284 Abs. 1 SGB III anders dar. Hier wurde in der geänderten Gesetzesnorm des § 284 Abs. 1 SGB III nicht pauschal auf das Recht der Europäischen Union verwiesen, das natürlich nicht Teil eines Straftatbestandes werden kann, sondern vielmehr ist die konkrete Verweisung auf die Beitrittsverträge Bulgariens und Rumäniens komplett entfallen. Rumänen und Bulgaren werden in § 284 Abs. 1 SGB III gar nicht mehr erwähnt. Die blankettausfüllende Gesetzesnorm des § 284 Abs. 1 SGB III wurde vollständig geändert. Sie bezieht sich nur noch auf Kroaten. Darin liegt auch der entscheidende Unterschied zwischen Ausländer- und Beschäftigungsrecht. Im Beschäftigungsrecht ist die Strafbarkeit aufgrund der Änderung einer blankettausfüllenden Norm gänzlich weggefallen, während sich im Ausländerrecht durch den Verweis auf das Recht der Europäischen Union nur die Art des Genehmigungserfordernisses geändert hat. Insbesondere sind auch die Normen des Ausländerrecht nicht als Blankettgesetze aufgebaut, was ebenfalls einen entscheidenden Unterschied darstellt. Dies führt das OLG Bamberg im Urteil vom 20.09.2005 zum Ausländerstrafrecht aus: „Die durch das EU-Beitrittsvertragsgesetz geänderte Rechtslage stellt - entgegen der Ansicht der Verteidigung - auch keine Änderung einer blankettausfüllenden Norm dar, auf die § 2 Abs. 3 StGB ebenfalls Anwendung findet.... Die Strafvorschriften des Ausländergesetzes bzw. des Aufenthaltsgesetzes sind nämlich keine Blankettstrafgesetze. Ein Blankettstrafgesetz im echten oder engeren Sinn ist nur dann anzunehmen, wenn es sich um eine ersichtlich unvollständige Strafnorm handelt, die entweder auf Tatbestandsseite, der Rechtsfolgenseite oder in beiden Normteilen keine eigene Regelung trifft, sondern auf den Inhalt anderer Normen verweist ... Wenn dasselbe Gesetz - wie hier im Ausländergesetz bzw. im Aufenthaltsgesetz - die Strafdrohung am Schluss zusammenfasst und dabei auf die vorangehenden Tatbestände desselben Gesetzes verweist, handelt es sich um eine gesetzestechnische Vereinfachung ... Die Strafnormen des Ausländergesetzes 1990 bzw. des Aufenthaltsgesetzes umschreiben das mit Strafe bedrohte Verhalten vollständig und ohne Bezugnahme auf andere Bestimmungen. Das EU-Beitrittsvertragsgesetz hat im Verhältnis zum Ausländergesetz 1990 bzw. zum Aufenthaltsgesetz nicht die Funktion einer blankettausfüllenden Norm.“²⁵ Diese Rechtsansicht wird bestätigt

²² *Andreas Mosbacher* in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 7: Nebenstrafrecht II, 2. Aufl., München 2015, § 10 SchwarzArbG Rdnr. 7.

²³ Aufenthaltsgesetz in der Fassung vom 1.1.2005 bis 17.3.2005.

²⁴ Aufenthaltsgesetz in der Fassung vom 1. 11. 1997 bis 31. 12. 1997.

²⁵ OLG Bamberg, Urteil vom 20.9.2005, Az.: 2 Ss 35/2005, 2 Ss 35/05 Rdnr. 14.

durch das OLG Celle im Urteil vom 27.02.2008. Es führt zu den Änderungen im Aufenthaltsgesetz zur Rechtslage am 1.1.2007 aus: „Unerheblich ist, dass eine Einreise eines rumänischen Staatsangehörigen nach Deutschland zum gegenwärtigen Zeitpunkt wegen des Beitritts Rumäniens zur Europäischen Union nicht mehr unter § 92 Abs. 1 Nr. 6 AufenthG, sondern allenfalls unter § 9 FreizügigkeitsG/EU fällt. Denn auch zum gegenwärtigen Zeitpunkt bleibt eine illegale Einreise eines rumänischen Staatsbürgers nach Deutschland, die vor dem 1.1.2007 erfolgt ist, strafbar. Diese Betrachtungsweise begegnet auch im Hinblick auf § 2 Abs. 3 StGB keinen Bedenken. Die bloße Änderung des persönlichen Anwendungsbereichs der Aufenthaltsgenehmigungspflicht durch den Beitritt verschiedener osteuropäischer Staaten zur Europäischen Union ist keine im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB relevante Änderung, weil sich damit der Inhalt der strafbewehrten Verhaltensnorm (illegale Einreise nach Deutschland) nicht geändert hat. Entscheidend kommt es allein darauf an, ob der Aufenthalt des betreffenden Ausländers zur Tatzeit genehmigungspflichtig war und ob in diesem Fall die erforderliche Genehmigung vorlag oder nicht.“²⁶ Damit wird abermals der Unterschied zum Beschäftigungsrecht für Rumänen und Bulgaren ab dem 1.1.2014 deutlich: Hier hat sich das Genehmigungserfordernis nicht verändert, sondern ist in der blankettausfüllenden Norm komplett entfallen. Rumänen und Bulgaren genießen ab dem 1.1.2014 die volle Arbeitnehmerfreizügigkeit.

1.2.

Die Änderungen der blankettausfüllenden Norm sind im Rahmen von § 2 Abs. 3 StGB zu berücksichtigen.

Die Ansicht von *Mosbacher*, wonach Änderungen der blankettausfüllenden Norm § 284 Abs. 1 SGB III irrelevante Änderungen des persönlichen Anwendungsbereichs seien, ist auch im Lichte der BGH-Rechtsprechung im Urteil vom 08.01.1965²⁷ nicht haltbar. Nach Auffassung des BGH im Urteil vom 08.01.1965 sind Änderungen der blankettausfüllenden Norm auch im Rahmen des § 2 StGB zu berücksichtigen. Der BGH äußert sich hierzu in Rdnr. 11 des angeführten Urteils: „Das Reichsgericht hatte für den Bereich solcher Blankett-Gesetze die Anwendung des § 2 Abs. 2 StGB abgelehnt, wenn lediglich die ergänzenden, in anderen Gesetzen oder Verordnungen befindlichen Normen geändert wurden, die Strafbestimmung selbst aber unverändert blieb (vgl. RGSt 49, 410 mit Nachweisen über die ständige Rechtsprechung und Mezger ZStW 42, 348). Diese Ansicht kann nicht aufrechterhalten werden, weil sie die Fragen nach dem milderen Gesetz formal und willkürlich vom Zufall der Gesetzestechnik abhängig macht und damit notwendig zu unbilligen Ergebnissen führt. Aber auch sachlich ist es nicht gerechtfertigt, bei Auslegung des § 2 Abs. 2 StGB den Begriff des Gesetzes einzuengen. Zum „Strafgesetz“ wird die Sanktionsnorm erst durch den der Ausfüllungsnorm zu entnehmenden Tatbestand, ohne den die Blankettdrohung funktionslos wäre. Mit dem Wechsel der Ausfüllungsnorm ändert sich also ein wesentliches Element des Strafgesetzes selbst. Anerkanntermaßen kommt es für die Frage nach dem mildesten Gesetz auf den gesamten Rechtszustand an, von dem die Strafe abhängt. Es gibt keinen sachlichen Grund, diese Regel im Bereich der Blankettstrafgesetze nicht anzuwenden. Dies ist auch einhellige Meinung im Schrifttum“. Mit dem BGH ist demnach festzustellen, dass die Ansicht *Mosbachers* die Anwendung des Milderungsgrundsatzes formal und willkürlich vom Zufall der Gesetzestechnik abhängig macht. Eine solche Vorgehensweise ist jedoch abzulehnen. Die Änderung blankettausfüllender Normen ist keine bloße Änderung des persönlichen Anwendungsbereichs. Dies stellt auch das OLG Bamberg im Urteil vom 20.09.2005 heraus. Das Gericht führt zum Wegfall der Genehmigungspflicht für bestimmte Personengruppen wörtlich aus: „In diesem Sinne hat der BGH bereits in einer früheren Entscheidung die Anwendung

²⁶ OLG Celle, Urteil vom 27.2.2008, Az.: 1 Ars 23/07, Rdnr. 8.

²⁷ BGH, Urteil vom 8.1.1965, Az.: 2 StR 49/64.

des § 2 Abs. 3 StGB verneint, wenn für ein zur Tatzeit mit Strafe bedrohtes Devisengeschäft bei unverändertem Fortbestand des einschlägigen Devisenstrafgesetzes nach der Tat für die fraglichen Geschäfte eine allgemeine Erlaubnis erteilt wurde....²⁸

1.3.

Die Ansicht von *Mosbacher* ist widersprüchlich und unbillig. Für die von Mosbacher vertretende Vorgehensweise, Änderungen des persönlichen Anwendungsbereich einer Norm nicht unter § 2 Abs. 3 StGB fallen zu lassen, widerspricht im Übrigen auch der Wertung, die *Mosbacher* selbst in dem Beitrag „Straffreie illegale Ausländerbeschäftigung (und andere Überraschungen zum neuen Jahr)“ in *wistra* 2/2005 getroffen hat.²⁹ Damals führte er zur Strafbarkeit nach § 11 Abs. 1 SchwarzArbG in Verbindung mit dem damals zum 1.1.2005 geänderten § 284 Abs. 1 Satz 1 SGB III aus: „Die erste Frage ist, ob eine relevante Änderung einer Strafnorm im Sinne von § 2 Abs. 3 StGB vorliegt. Dies bestimmt sich unter Berücksichtigung des gesamten materiellen Rechtszustandes, von dem das Ob und Wie der Strafbarkeit abhängt. Bei der illegalen Ausländerbeschäftigung nach §§ 10, 11 Abs. 1 SchwarzArbG wurde durch die Gesetzesänderung der Kreis tauglicher Tatobjekte erheblich eingeschränkt. Bislang war die Beschäftigung aller möglichen Ausländer (mit Ausnahme freizügigkeitsberechtigter Unionsbürger) ohne erforderliche Genehmigung unter den Voraussetzungen der §§ 10, 11 Abs. 1 SchwarzArbG strafbar; ab dem 1.1.2005 gilt dies nur noch für die genehmigungslose Beschäftigung noch nicht voll freizügigkeitsberechtigter osteuropäischer Unionsbürger (nebst Familienangehörigen). Gleich geblieben ist dabei die Genehmigungsbedürftigkeit der Beschäftigung von „Drittstaatlern“ und die Ahndung der illegalen Beschäftigung hinsichtlich aller Ausländer als Ordnungswidrigkeit in einfachen Fällen. Damit unterscheidet sich diese Gesetzesänderung von solchen, in denen lediglich in persönlicher und sachlicher Hinsicht die Genehmigungsbedürftigkeit eingeschränkt wird und der strafrechtliche Vorwurf allein an ein Handeln ohne erforderliche Genehmigung anknüpft; Änderungen solcher Art unterfallen § 2 Abs. 3 StGB nicht, weil die strafrechtlich sanktionierte Gebotsnorm (‘‘Beschäftige keinen Ausländer ohne erforderliche Genehmigung!’’) gleich bleibt. Im Gegensatz hierzu hat sich nunmehr die strafbewehrte Verhaltensnorm selbst signifikant geändert. Von der Gesetzesänderung sind also nicht nur auswechselbare Tatumstände betroffen, die lediglich unrechtsneutralen Regelungscharakter haben - in diesem Falle bliebe es wohl mangels Unrechtsbezugs der Rechtsänderung bei der Verbindlichkeit des Tatzeitrechts - , sondern die Änderungen gehen an den Kern des strafrechtlichen Vorwurfs: die Beschäftigung von Ausländern ohne erforderliche Genehmigung. Dieses Verhalten ist nur noch bei einem kleinen Teil aller Ausländer strafbar, ohne dass sich an der Genehmigungsbedürftigkeit der Beschäftigung etwas geändert hätte. Die Änderung des außerstrafrechtlichen § 284 SGB III betrifft mithin nicht nur ein normatives Tatbestandmerkmal, sondern hat die Änderung der Blankettstrafatbestände in §§ 10, 11 Abs. 1 SchwarzArG selbst zur Folge.³⁰ Entsprechend führt *Mosbacher* im „Münchener Kommentar“ folgendes aus: „Im Zeitraum vom 1.1. bis 18.3.2005 war die illegale Ausländerbeschäftigung gemäß § 10 und § 11 Abs. 1 Nr. 1 nur dann strafbar, wenn es sich bei dem Beschäftigten um einen Staatsbürger der am 1.5.2004 neu beigetretenen osteuropäischen Staaten oder einen freizügigkeitsberechtigten Familienangehörigen handelte, auf die nach Maßgabe des EU-Beitrittsvertrages abweichende Regelungen als Übergangsregelungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit Anwendung finden. Für die Beschäftigung von ‘‘Drittstaatsangehörigen’’ blieb es damit im Zeitraum 1.1. bis 17.3.2005 lediglich bei der Strafbarkeit nach § 11 Abs.

²⁸ OLG Bamberg, Urteil vom 20.9.2005, Az.: 2 Ss 35/2005, 2 Ss 35/05, Rdnr. 13.

²⁹ *Andreas Mosbacher*: Straffreie illegale Ausländerbeschäftigung (und andere Überraschungen im neuen Jahr, in: *wistra* 2/2005, S. 54-56.

³⁰ A.a.O.

1 Nr. 2 im Falle beharrlicher Wiederholung und bei der Ordnungswidrigkeit nach § 404 Abs. 2 Nr. 3 SGB III. Durch diese zwischenzeitliche unbeabsichtigte Strafbarkeitslücke kommt es nach § 2 Abs. 3 StGB (Vorrang des mildesten Gesetzes) zur Straffreiheit für alle vor dem 1.1.2005 begangenen Altfälle der illegalen Ausländerbeschäftigung im Sinne von § 10 und § 11 Abs. 1 Nr. 1, soweit nicht osteuropäische Unionsbürger betroffen sind. Die Änderung des außerstrafrechtlichen § 284 SGB III betraf nicht nur ein normatives Tatbestandsmerkmal, sondern hatte die Änderung der Blankettstraftatbestände in §§ 10, 11 Abs. 1 selbst zur Folge. Das europarechtliche Verbot der Diskriminierung von Unionsbürgern könnte dazu zwingen, diese Ahndungslücke auch den betroffenen Unionsbürgern (und ihren Arbeitgebern) zugutekommen zu lassen, weil diese ansonsten ohne Grund allein aufgrund der Unionszugehörigkeit schlechter als Drittausländer behandelt würden.³¹ Liest man die vorgenannten Ausführungen von *Mosbacher*, stellt sich die Frage, weshalb die Begrenzung des Anwendungsbereichs des § 11 SchwarzArbG am 1.1.2005 von allen nicht voll freizügigkeitsberechtigten Ausländern auf osteuropäische Unionsbürger dem Milderungsgrundsatz unterfallen soll, die Änderung des Anwendungsbereichs am 1.1.2014 von einem großen Kreis osteuropäischer Unionsbürger allein auf kroatische Staatsangehörige aber nicht. In Wirklichkeit hängt die von *Mosbacher* getroffene Unterscheidung mit willkürlichen Unterscheidungen zusammen, wie sich aus einer Zusammenschau der relevanten Normen hinsichtlich der Änderung am 1.1.2005 ergibt.

1.4.

Vergleicht man die Gesetzesänderungen im Beschäftigungsrecht (§ 11 SchwarzArbG samt blankettausfüllender Normen) zum 1.1.2005 mit derjenigen zum 1.1.2014, so sind keine relevanten Unterschiede ersichtlich: Die Strafnorm des § 11 SchwarzArbG ist von 31.12.2004 zum 01.01.2005 und vom 31.12.2013 zum 01.01.2014 jeweils gleich geblieben. Geändert haben sich allein die außerstrafrechtlichen blankettausfüllenden Normen zum 01.01.2005 derart, dass statt aller nicht voll freizügigkeitsberechtigten Ausländer nur noch osteuropäische Unionsbürger erfasst wurden und zum 01.01.2014 derart, dass anstatt eines großen Kreises osteuropäischer Unionsbürger nur noch Kroaten erfasst wurden. In beiden Fällen wurde also durch eine außerstrafrechtliche Gesetzesänderung der Kreis potentieller Täter erheblich eingeschränkt. Trotzdem differenziert *Mosbacher* und will in einem Fall den Milderungsgrundsatz anwenden, im anderen Fall nicht. Diese Vorgehensweise ist höchst willkürlich. Sachgerecht lösen lassen sich diese Fallgestaltungen nur, wenn anstatt willkürlicher Wertungen auf klare und neutrale Kriterien zurückgegriffen wird. Diese finden sich im Gesetzeswortlaut. In § 2 Abs. 3 StGB heißt es: „Wird das Gesetz, das bei Beendigung der Tat gilt, vor der Entscheidung geändert, so ist das mildeste Gesetz an zuwenden.“ § 2 Abs. 3 StGB betrifft also nur die Änderung eines Gesetzes, womit auch außerstrafrechtliche Gesetze gemeint sind. Unzweifelhaft kommt § 284 Abs. 1 SGB III Gesetzescharakter zu. Deshalb muss seine Änderung als blankettausfüllende Norm dem Milderungsgrundsatz unterfallen. Ansonsten werden willkürlichen Maßstäben Tür und Tor geöffnet.

2.

Die Europäische Grundrechte-Charta ist auf den vorliegenden Fall anzuwenden. Die von *Tuengerthal / Rothenhöfer* vorgenommene EU-rechtskonforme Auslegung im Lichte des Meistbegünstigungsgrundsatzes des Art. 52 Abs. 1 EU-GR-Charta lehnt *Mosbacher* mit dem Argument ab, dass es sich bei den Straf- und Bußgeldnormen bezüglich der unerlaubten Beschäftigung von Ausländern um von der EU-GR-Charta nicht erfasstes nationales Recht handle, das nicht zum Zuständigkeitsbereich des Unionsrechts gehöre. Die Beitrittsverträge enthielten jeweils Einschränkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit, deshalb dienten die Ordnungswidrigkeitentatbestände nicht der Durchführung von EU-Recht. Dabei übersieht *Mosbacher*, dass auch die Bei-

³¹ *Andreas Mosbacher* in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 7: Nebenstrafrecht II, 2. Aufl., München 2015, § 10 SchwarzArbG Rdnr. 6.

trittsverträge selbst Teil des primären EU-Rechts sind, das in § 284 Abs. 1 SGB III in nationales Recht umgesetzt wurde. So war auch die Aufrechterhaltung von Beschränkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit nach dem sogenannten "2+3+2"-Modell an in den Beitrittsverträgen geregelten Mitteilungserfordernisse und inhaltliche Anforderungen geknüpft. Allein daraus ergibt sich, dass § 284 Abs. 1 SGB III auch Zielen der Union dient und deshalb dem Anwendungsbereich des EU-Rechts zuzuordnen ist. Im Anwendungsbereich des EU-Rechts gilt allerdings auch die Europäische Grundrechte-Charta. Dies hat der EuGH im Urteil vom 26.02.2013, Fall Akerberg Fransson, unzweideutig festgestellt: „Aus der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt sich im Wesentlichen, dass die in der Unionsrechtsordnung garantierten Grundrechte in allen unionsrechtlich geregelten Fallgestaltungen, aber nicht außerhalb derselben Anwendung finden. Insoweit hat der Gerichtshof bereits festgestellt, dass er eine nationale Rechtsvorschrift nicht im Hinblick auf die Charta beurteilen kann, wenn sie nicht in den Geltungsbereich des Unionsrechts fällt. Sobald dagegen eine solche Vorschrift in den Geltungsbereich des Unionsrechts fällt, hat der im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens angerufene Gerichtshof dem vorlegenden Gericht alle Auslegungshinweise zu geben, die es benötigt, um die Vereinbarkeit dieser Regelung mit Grundrechten beurteilen zu können, deren Wahrung er sichert... Diese Definition des Anwendungsbereichs der Grundrechte der Union wird durch die Erläuterungen zu Art. 51 der Charta bestätigt, die gemäß Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 3 EUV und Art. 52 Abs. 7 der Charta für deren Auslegung zu berücksichtigen sind (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 22. Dezember 2010, DEB, C-279/09, Slg. 2010, I-13849, Randnr. 32). Gemäß diesen Erläuterungen "[gilt] die Verpflichtung zur Einhaltung der im Rahmen der Union definierten Grundrechte für die Mitgliedstaaten ... nur dann, wenn sie im Anwendungsbereich des Unionsrechts handeln".³² Da folglich die durch die Charta garantierten Grundrechte zu beachten sind, wenn eine nationale Rechtsvorschrift in den Geltungsbereich des Unionsrechts fällt, sind keine Fallgestaltungen denkbar, die vom Unionsrecht erfasst würden, ohne dass diese Grundrechte anwendbar wären. Die Anwendbarkeit des Unionsrechts umfasst die Anwendbarkeit der durch die Charta garantierten Grundrechte.

Das EuGH-Urteil vom 26.2.2013 wurde für seine weite Interpretation des Anwendungsbereichs der Grundrechtecharta teilweise kritisiert. Allerdings reiht sich das Urteil vom 26.2.2013 auch in eine Reihe anderer EuGH-Entscheidungen ein. Dies führt *Winter* wie folgt aus: „Im Ergebnis hat der EuGH im Urteil Akerberg Fransson das Unionsrecht in der bisherigen Linie fortgeschrieben - nämlich auf die Charta bezogen - und nicht umgeschrieben. Er hat seine Sichtweise dabei ausdrücklich auf den Punkt gebracht: eine Beeinträchtigung des Vorrangs, der Einheit und der Wirksamkeit des Unionsrechts kommt nach wie vor nicht in Frage. Auch nicht durch die Anwendung nationaler Grundrechts-Schutzstandards.“³³ Im Ergebnis wird in der Literatur anerkannt, dass der EuGH marginale Bezüge zum Europarecht für die Anwendung der EU-GR-Charta genügen lässt. Dies bestätigt auch *Bergmann* im Handlexikon der Europäischen Union: „Im Leiturteil "Akerberg Fransson" (26.2.2013, C-617/10) zur Anwendbarkeit der Grundrechtecharta gemäß deren Art. 51 (Die Charta gilt ... für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union) prägte der EuGH der Sache nach den Grundsatz: "Wo Unionsrecht hinreicht, gelten die Unionsgrundrechte". In der Sache ging es um ein Strafverfahren und eine nationale Strafnorm wegen Steuerhinterziehung, die nicht einmal zur Umsetzung der Mehrwertsteuer-RL 2006/112/EG erlassen worden war, aber eben auch bezüglich der Hinterziehung von Mehrwertsteuer, die die Richtlinie auch zum Schutz der finanziellen Interessen der EU bekämpfen will, angewendet werden kann. Da somit sogar die Anwendung

³² EuGH, Urteil vom 26.2.2013, Az.: C-617/10, Rechtssache Akerberg Fransson..

³³ *Regine Winter*: Deutliche Worte des EuGH im Grundrechtsbereich, in: NZA. Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 2013, S. 473-477.

einer solchen, rein nationalrechtlich geformten, aber Unionsinteressen dienenden Norm eine „Durchführung des Recht der Union“ im Sinne von Art. 51 GRCh darstellt, liegt der Schluss nahe, dass erst recht jedes nationale Gesetz, durch das auch - aber nicht nur - Richtlinien umgesetzt wurden, durchgeführtes Unionsrecht ist, die Charta also umfassend anwendbar, und ein nationales Verfassungsgericht insoweit von vornherein ausgeschlossen ist.“³⁴

Zu dem Urteil Akerberg Fransson äußert sich auch *Safferling*: „Die Argumentation des EuGH [in der Rechtssache Akerberg Fransson] entbehrt nicht gewisser syllogistischer Züge. Weil der Unionshaushalt von der Mehrwertsteuer profitiert und die Umlageberechnung sowie die Verpflichtung zum Schutz des EU-Haushalts im Unionsrecht geregelt sind, besteht ein „unmittelbarer Zusammenhang“ zwischen den nationalen Steuer- und Verfahrensvorschriften und dem Unionsrecht. Der Zusammenhang scheint aber doch eher konstruiert und beruht auf einer völligen Entformalisierung der Frage der „Durchführung“ von Unionsrecht i.S.v. Art. 51 GrC. Der Ansatz des EuGH scheint nun vielmehr zu sein, dass der erforderliche europarechtliche Konnex immer dann zu bejahen ist, wenn eine Vorschrift einem Ziel der Union dient und im Unionsrecht wenigstens Andeutungen einer Schutzverpflichtung der Mitgliedstaaten gegenüber diesem Ziel zu finden sind. Eines irgendwie gearteten transnationalen, d.h. grenzüberschreitenden Kontextes bedarf es hingegen nicht. Damit gelingt es freilich, die Zuständigkeitsfrage zu vereinheitlichen und zu vereinfachen.“³⁵

Wie ausgeführt, ergeben sich aus den Verfahrens- und inhaltlichen Voraussetzungen der Beitrittsverträge auch europarechtliche Zielsetzungen, auf die in § 284 Abs. 1 SGB III Bezug genommen wird. Deshalb dient § 11 Abs. 1 Nr. 1 SchwarzArbG i.V.m. § 284 Abs. 1 SGB III der Durchführung von EU-Recht. Im Übrigen kann die Frage der Anwendbarkeit der Grundrechtecharta nur vom EuGH und nicht vom BGH abschließend entschieden werden. Insofern hätte der BGH - wie sich unter anderem aus dem EuGH-Urteil Berlusconi³⁶ ergibt, die Fallfrage dem EuGH zur Entscheidung vorlegen müssen.

5.

§ 2 Abs. 4 StGB findet im vorliegenden Fall keine Anwendung.

5.1.

Wegen Anwendbarkeit der Grundrechte-Charta steht § 2 Abs. 4 StGB unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit. Das Grundrecht des Art. 49 Abs. 1 S. 3 EU-GR-Charta, also der EU-rechtliche Milderungsgrundsatz, ist nicht schrankenlos gewährleistet. Nach Art. 52 Abs. 1 EU-GR-Charta können Charta-Rechte eingeschränkt werden, wenn die Einschränkung (1) gesetzlich vorgesehen ist, (2) den Wesensgehalt des betroffenen Grundrechts nicht verletzt und (3) den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt.

Vorliegend wird der Vorwurf der Strafbarkeit nach § 11 Abs. 1 Nr. 1 SchwarzArbG i.V.m. § 284 Abs. 1 SGB III aufgrund angeblicher Schein-Werkverträge schon bei kleinen Abweichungen von der vereinbarten Werkvertragsabwicklung erhoben. Gleichzeitig sind die Abgrenzungsfragen zwischen Werkvertrag und illegaler Arbeitnehmerüberlassung sehr umstritten, und die konjunkturellen Umstände waren in den Jahren vor 2014 so günstig, dass durch die genehmigungslose Beschäftigung von Ausländern auch keine Störungen am Arbeitsmarkt drohten. Unter diesen Umständen erscheint eine Einschränkung des Milderungsgrundsatzes aufgrund eines Zeitgesetzes unangemessen.

³⁴ *Jan Bergmann* in: *Jan Bergmann* (Hrsg.): Handlexikon der Europäischen Union, 5. Aufl., Baden-Baden 2015, Stichwort „Akerberg Fransson und Melloni“.

³⁵ *Christoph Safferling* in: NStZ. Neue Zeitschrift für Strafrecht, 2014, S. 545 (548).

³⁶ EuGH, Urteil im Berlusconi vom 3.5.2005, Az. C-387/02.

5.2.

§ 2 Abs. 4 StGB wirkt sich im vorliegenden Fall auch unter Berücksichtigung des BGH-Beschluss vom 14.10.2014³⁷ nicht aus. *Mosbacher* rechtfertigt die unter 2. genannten Entscheidungen des BGH³⁸ und des OLG Bamberg³⁹ auch damit, dass bei Zeitgesetzen, die von vornherein nur einen Zwischenzustand regeln wollen, über § 2 Abs. 3 StGB weder eine Strafbarkeit nachträglich entfallen noch ein abweichender Schuldspruch begründet werden könne. Er verweist hierzu auf den Beschluss des BGH vom 14.10.2014⁴⁰, in dem es um die Verurteilung mehrerer auf gegen die Iran-Embargo-Verordnungen der Europäischen Union aufbauende Embargo-Verstöße ging. Der BGH stellt darin fest, dass teilweise eine Bestrafung nach einem neugefassten, milderen Straftatbestand des Außenwirtschaftsgesetzes nicht in Betracht kam, da es sich bei den den Embargotatbestand ausfüllenden Normen um Zeitgesetze handelte. Trotz des europarechtlichen Bezugs der Rechtsmaterie brachte der BGH den Milderungsgrundsatz der EU-Grundrechtecharta nicht zur Anwendung. Im Unterschied zu den Altfällen illegaler Beschäftigung von Unionsbürgern, in denen eine Strafbarkeit unter Anwendung des europarechtlichen Milderungsgrundsatzes unverhältnismäßig wäre, weil die Unterschiede zwischen legalem Werkvertrag und illegaler Arbeitnehmerüberlassung von im Einzelnen umstrittenen Indizien abhängen und zudem eine Gefahr für die Störung des deutschen Arbeitsmarktes wegen der guten Konjunktur schon vor dem 1.1.2014 nicht gegeben war, handelt es sich bei Embargo-Verstößen durch Lieferung nuklearrelevanten Materials an den Iran um sehr ernsthafte Verstöße, die mit einer Strafdrohung von bis zu 5 Jahren Freiheitsstrafe sanktioniert sind (im Vergleich dazu liegt die Höchststrafe im Rahmen von § 11 Abs. 1 SchwarzArbG bei Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr), und um ernsthafte Gefährdungen des Weltfriedens. Hier ist eine Einschränkung des europarechtlichen Milderungsgrundsatzes aufgrund einer zeitgesetzlichen Embargo-Bestimmung nicht unverhältnismäßig. Demzufolge musste der BGH im Beschluss vom 14.10.2014 keine Ausführungen zur Grundrechte-Charta machen, da deren Anwendung - ganz im Unterschied zu den Altfällen illegaler Beschäftigung - im Bereich des Außenwirtschaftsgesetzes gar nichts geändert hätte. Daher kann aus dem Fehlen von Ausführungen aber nicht geschlossen werden, dass mit dem sachlich anders gelagerten Fall eines Embargo-Verstoßes Rückschlüsse auf die Altfälle illegaler Beschäftigung von Unionsbürgern gezogen werden können. Aus dem bloßen Fehlen von Ausführungen des BGH durfte *Mosbacher* nicht schließen, dass der BGH eine abweichende Rechtsansicht nicht zulässt. Bemerkenswerterweise hat der BGH im Beschluss vom 09.12.2014⁴¹, der zeitlich nach Iran-Embargo-Fall liegt, in einem Fall, in dem es ebenfalls um die Strafbarkeit nach Außenwirtschaftsgesetz ging, das neue mildere Außenwirtschaftsgesetz vorbehaltlos angewendet.

6.

Im Übrigen kann man die Angelegenheit auch ohne weiteres so bewerten, dass der Milderungsgrundsatz der EU-Grundrechte-Charta eine andere gesetzliche Bestimmung im Sinne des § 2 Abs. 4 StGB ist, die die Ausnahme für Zeitgesetze einschränkt. Was von den verschiedenen

³⁷ BGH, Beschluss vom 14.10.2014, Az.: 3 StR 167/14.

³⁸ BGH, Beschluss vom 27.9.2011, Az.: 1 StR 399/11 (= wistra 2012, S. 28); BGH, Beschluss vom 4.9.2013, Az.: 1 StR 94/13 (= wistra 2014, S. 23).

³⁹ OLG Bamberg, Beschluss vom 28.1.2014, Az.: 3 Ss Owi 1488/13 (= wistra 2014, S. 199) –prüfen–

⁴⁰ BGH, Beschluss vom 14. 10. 2014, Az.: 3 StR 167/14.

⁴¹ BGH, Beschluss vom 9.12.2014, Az.: 3 StR 62/14.

Argumentationsvarianten (Einschränkung des EU-rechtlichen Milderungsgrundsatzes durch Zeitgesetze nur möglich, wenn diese verhältnismäßig sind/ EU-rechtlicher Milderungsgrundsatz eine andere Bestimmung, die die Ausnahme für Zeitgesetze aushebt) richtig ist, kann letztlich nicht vom BGH, sondern nur durch Vorlage an den EuGH sachgerecht entschieden werden.

7.

Man kann am Ende die Dinge aber auch ganz einfach sehen. Art. 49 Abs. 1 Satz 3 der Europäischen Grundrechte-Charta lautet: „Wird nach Begehung einer Straftat durch Gesetz eine mildere Strafe eingeführt, so ist diese zu verhängen“. Dieser Grundsatz hat durchschlagendes Gewicht. Es ist kaum vorstellbar, daß diese Fundamentalnorm des Strafrechtes nach der Vorstellung des europäischen Gesetzgebers den Einschränkungen des Art. 52 Abs. 1 der EU-Grundrecht-Charta unterliegen sollte. Es gilt, „daß bei jedweder *täterbegünstigenden Gesetzesänderung* zwischen Tatbegehung und letztinstanzlicher Entscheidung das jeweils mildeste Gesetz anzuwenden ist.“⁴² Der Geist des Freiheitsrechtes sollte es eigentlich verbieten, im nationalen Recht nach Konstruktionen zu suchen, um den favor legis zu unterlaufen und um Menschen bestrafen zu können.

IV. Fazit

Wie sich aus vorstehenden Ausführungen ergibt, hat der BGH die Auswirkung des § 2 Abs. 3 StGB auf die Altfälle illegaler Beschäftigung von Unionsbürgern nicht gegenteilig entschieden. Aber selbst wenn man von einer gegenteiligen Entscheidung ausginge, träfe diese nicht zu. Die Entscheidung, ob der Milderungsgrundsatz Anwendung findet, kann nicht von willkürlichen Differenzierungen der Literatur abhängig gemacht werden, sondern muss im Lichte der EU-Grundrechte-Charta getroffen werden.

Dass im vorliegenden Zusammenhang keine Ausnahme im Falle von Zeitgesetzen eintritt, ergibt sich aus der EU-Grundrechte-Charta unter Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Aus alledem folgt, dass für die Altfälle illegaler Beschäftigung von Unionsbürgern, zumindest in den Konstellationen, in denen es um die Abgrenzung zum Werkvertrag geht, Straffreiheit herrschen muss. Falls man der unter III. 4 und 5 dargelegten Rechtsansicht in der Rechtsprechung nicht folgen wollte, ist eine Vorlage an den EuGH erforderlich.

⁴² Albin Eser in: Jürgen Meyer (Hrsg.): Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl., Baden-Baden 2014, Rrdnr. 34 zu Art. 49.