

# Offene strafrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der europäischen E-101-Bescheinigung für Wanderarbeiter – zugleich eine Besprechung von BGHSt 51, 124

Von Wiss. Mitarbeiter **Frank Zimmermann**, München

## I. Einleitung

Ende Oktober 2006 hatte sich der Bundesgerichtshof mit einem Fall zu befassen, in dem einem deutschen Unternehmer vorgeworfen wurde, keine Sozialversicherungsbeiträge für portugiesische Wanderarbeiter abgeführt zu haben, die bei ihm beschäftigt waren.<sup>1</sup> Diese Arbeitnehmer waren – wie sich gezeigt hatte – von Mittelsmännern des Angeklagten<sup>2</sup> nur zum Schein in Portugal beschäftigt worden, um keine Sozialversicherungsbeiträge in Deutschland abführen zu müssen. Besagte Strohmänner hatten durch Falschangaben bei den zuständigen portugiesischen Behörden bewirkt, dass den Arbeitnehmern sog. E-101-Bescheinigungen ausgestellt wurden, wonach für sie nur in Portugal eine Beitragspflicht zur Sozialversicherung bestand. Auf Grund der Ermittlungen war indes klar, dass die Arbeitnehmer eigentlich in Deutschland sozialversicherungspflichtig waren, die Bescheinigungen also nachweislich nicht hätten ausgestellt werden dürfen. Das LG München hatte den Arbeitgeber deshalb gem. § 266a Abs. 1 StGB verurteilt.<sup>3</sup> Nach der Rechtsprechung des EuGH<sup>4</sup> waren die durch die portugiesischen Behörden getroffenen Feststellungen in Gestalt der E-101-Formulare jedoch wenigstens für die deutschen Sozialversicherungsträger bindend. Der BGH hatte sich nun erstmals damit zu befassen, ob und inwieweit dies auch für Strafgerichte gilt. Im Ergebnis schloss er sich dem EuGH an und hat den Angeklagten freigesprochen. Der Entscheidung wurden bislang drei Anmerkungen gewidmet, von denen eine das Urteil ohne Einschränkungen begrüßt<sup>5</sup> und die beiden anderen zumindest das Ergebnis ablehnen<sup>6</sup>.

Die Entscheidung wirft interessante europarechtliche und strafrechtsdogmatische Fragen auf: Zunächst sind die Wirkungen der genannten E-101-Bescheinigung näher zu beleuchten (II.); darauf aufbauend soll überprüft werden, inwieweit die Entscheidung des BGH im Ausgangsfall Zustimmung verdient (III. und IV.). Besondere Aufmerksamkeit verdient dabei ein bislang eher wenig beachteter Umstand: Als Anknüpfungspunkt für eine Bestrafung kommt nämlich grundsätzlich nicht nur das Unterlassen der Beitragszahlung in Betracht, sondern auch eine Vorverlagerung der Strafbarkeit auf das Tätigen falscher Angaben gegenüber den portugiesischen Behörden. Bislang ungeklärt ist auch, wie sich

eine (rückwirkende) Aufhebung der Bescheinigung – vor allem strafrechtlich – auswirken würde. Schließlich soll versucht werden, die Wirkung der E-101-Bescheinigung in die strafrechtliche Dogmatik einzuordnen (V.). Bei der Behandlung der so umrissenen Fragestellungen wird an mehreren Stellen ein Vergleich zur Behandlung behördlicher Genehmigungen im Strafrecht hilfreich sein. Dabei wird auch Gelegenheit bestehen, die bisher zu dem Urteil abgegebenen Stellungnahmen kritisch zu würdigen.

## II. Die E-101-Bescheinigung: Eine kurze Charakterisierung

Als Ausgangspunkt der Untersuchung soll zunächst deren Gegenstand – die E-101-Bescheinigung – dargestellt werden. Erst dann wird es möglich sein, die Fragen und Probleme, welche mit ihr verbunden sind, schlüssig zu beantworten.

### 1. Rechtsgrundlage und Grundgedanken der Bescheinigung

Als rechtlicher Hintergrund des gesamten Themenkomplexes ist die Regelung des Art. 13 Abs. 1 VO 1408/71 zu sehen, wonach Wanderarbeiter nur dem Recht eines Mitgliedstaats der Gemeinschaft – und zwar gem. Art. 13 Abs. 2 lit. a VO 1408/71 desjenigen, in dem sie tätig sind – unterliegen können. Dies dient unmittelbar der Gewährleistung der Freizügigkeit des Arbeitnehmers (Art. 39 EG): Zur Verwirklichung dieser Grundfreiheit ist es essentiell, dass für Arbeitnehmer nur in einem Mitgliedstaat Beiträge zur Sozialversicherung abzuführen sind; zudem wird dadurch – als Ausprägung des europäischen Diskriminierungsverbots – sichergestellt, dass Unionsbürger, die in einem anderen EU-Staat tätig sind, dieselbe soziale Absicherung bekommen, wie die Staatsangehörigen ihres Gaststaates.<sup>7</sup>

Art. 14 Abs. 1 lit. a i) der VO 1408/71 beinhaltet nun für Wanderarbeiter eine Ausnahmegvorschrift zu Art. 13 Abs. 2 lit. a VO 1408/71. Danach bleibt ein Arbeitnehmer, der von einem Unternehmen seines Heimatstaats für bis zu zwölf Monate in einen anderen Mitgliedstaat entsandt wird, ausnahmsweise im Heimatstaat sozialversicherungspflichtig. Diese Regelung schafft Arbeitnehmern, die nur kurzfristig im EU-Ausland arbeiten wollen, bürokratische Hindernisse aus dem Weg, welche mit dem Hin- und Herwechsel zwischen den Sozialversicherungssystemen verbunden wären. Ganz nebenbei ist sie auch der Dienstleistungsfreiheit des Arbeitgebers (Art. 49 EG) förderlich, da es ihm erleichtert wird, im EU-Ausland mit eigenen Arbeitskräften aktiv zu werden.<sup>8</sup> Darüber, dass die Voraussetzungen einer Entsendung gem. Art. 14 Abs. 1 lit. a i) VO 1408/71 in der Person eines bestimmten Arbeitnehmers vorliegen, kann gem. Art. 11 Abs. 1

<sup>1</sup> Urt. v. 24.10.2006 – Az. 1 StR 44/06; jetzt veröffentlicht in BGHSt 51, 124 ff.

<sup>2</sup> Im Originalfall war ein weiterer Beteiligter angeklagt, der den Kontakt nach Portugal vermittelt hatte. Der Einfachheit halber soll die Betrachtung auf den angeklagten Arbeitgeber beschränkt werden, inhaltlich ergeben sich daraus keine Unterschiede.

<sup>3</sup> Urt. v. 14.7.2005 – 5 KLS 303 Js 42943/02.

<sup>4</sup> EuGH, Slg. 2000, I-883 – Rs. C-202/97 „FTS“, Rn. 53 und EuGH, Slg. 2000, I-2005 – Rs. C-178/97 „Banks“, Rn. 40; dazu sogleich näher.

<sup>5</sup> Schulz, NJW 2007, 237.

<sup>6</sup> Hauck, NStZ 2007, 221 f.; Wank, EuZW 2007, 300.

<sup>7</sup> Zu diesen Zielsetzungen s. den fünften Erwägungsgrund zur VO 1408/71.

<sup>8</sup> Neben der Arbeitnehmerfreizügigkeit wird diese Grundfreiheit auch in EuGH, Slg. 2000, I-883 – Rs. C-202/97 „FTS“, Rn. 48, betont.

VO 574/72 (der zur VO 1408/71 erlassenen Durchführungsverordnung) vom Heimatstaat eine Bescheinigung ausgestellt werden – die E-101-Bescheinigung.

## 2. Rechtsnatur der Bescheinigung und ihre Auswirkungen im Allgemeinen

Wie bereits angedeutet, handelt es sich bei der E-101-Bescheinigung aber nicht nur um ein reines Formblatt, welches eine bestehende Sozialversicherung im Heimatstaat bestätigt. Um die oben genannten Grundfreiheiten bestmöglich zu schützen, geht der EuGH vielmehr davon aus, dass die Erteilung einer solchen Bescheinigung die Behörden des Gaststaates auch daran hindert, selbst einen Anspruch auf Sozialversicherungsbeiträge geltend zu machen. Der Gerichtshof umschreibt die Wirkung der Bescheinigung daher mit dem Begriff einer durch die Behörden des Gaststaates nicht zu widerlegenden „Vermutung“.<sup>9</sup>

### a) Keine Auswirkungen auf Bestehen eines Beitragsanspruchs

Dieser Begriff legt nahe, dass sich nicht schon durch die Ausstellung der Bescheinigung etwas an dem Bestehen eines sozialversicherungsrechtlichen Beitragsanspruchs ändert. Dagegen äußert sich der BGH dahingehend, dass „mangels eines Sozialversicherungsverhältnisses kein Anspruch eines inländischen Sozialversicherungsträgers besteht“.<sup>10</sup> Da der *I. Strafsenat* kurz zuvor der Konstruktion einer Vermutung eine Absage erteilt,<sup>11</sup> lässt sich dies so verstehen, dass er durch die Bescheinigung unmittelbar den Anspruch der Versicherungsträger berührt sieht. Dass die Bescheinigung aber keine solchen „materiellen“ Folgen zeitigt, kann anhand folgender Überlegungen verdeutlicht werden:

Wollte man der Ausstellung der E-101-Bescheinigung eine für das Freibleiben von der Sozialversicherungspflicht konstitutive Wirkung zugestehen, sie also gleichsam unmittelbar auf den Anspruch wirken lassen, so würde das bedeuten, ihr größeres Gewicht beizumessen, als dem Nichtvorliegen der materiellen Anforderungen an eine Entsendung gem. Art. 14 Abs. 1 lit. a i) VO 1408/71. Die Bescheinigung wäre dann mit einer materiellrechtlichen Erlaubnis zu vergleichen. Dann läge es aber nahe, im umgekehrten Fall, dass die materiellen Voraussetzungen für eine Entsendung nach Art. 14 Abs. 1 lit. a i) VO 1408/71 gegeben sind, es jedoch an einer E-101-Bescheinigung fehlt, diesem Fehlen der Bescheinigung ebenfalls mehr Gewicht zuzumessen als dem Vorliegen der materiellen Anforderungen. Es ließe sich dann eine Parallele zu der Frage ziehen, ob schon die Genehmigungsfähigkeit einer Handlung durch eine Behörde bei verwaltungsakt-

akzessorischen Tatbeständen die Strafbarkeit ausschließt.<sup>12</sup> Angesichts des engen Zusammenhangs der Sozialversicherungspflicht mit der Möglichkeit, die EG-Grundfreiheiten zu nutzen (s.o.), müsste es freilich recht eigenartig anmuten, wenn es erforderlich wäre, sich dieses Freibleiben von der Versicherungspflicht „genehmigen“ zu lassen.<sup>13</sup> Wenn es Sinn der Regelung in Art. 14 Abs. 1 lit. a i) ist, die mit einem Hin- und Herwechseln zwischen den Sozialsystemen verbundenen Schwierigkeiten zu vermeiden und so letztlich die Verwirklichung von Grundfreiheiten zu erleichtern, dann spricht dies vielmehr dafür, das Vorliegen dieser materiellen Voraussetzungen stärker zu gewichten als dasjenige einer E-101-Bescheinigung. So gingen auch BGH und EuGH in der Rechtssache Plum<sup>14</sup> davon aus, dass eine Sozialversicherungspflicht im Gaststaat trotz fehlender Bescheinigung schon deswegen entfallen könne, weil die materiellen Voraussetzungen einer Entsendung nach Art. 14 Abs. 1 lit. a i) VO 1408/71 vorliegen.<sup>15</sup> Jedenfalls im umgekehrten Fall kann eine E-101-Bescheinigung somit nicht als (zusätzliches) Erfordernis für das Freibleiben von der Sozialversicherungspflicht im Gaststaat verlangt werden.

Auch für die Konstellation des Ausgangsfalles wäre aber ein „materielles“ Verständnis der Bescheinigung problematisch. Denn bestünde, wie der BGH offenbar meint, bei Vorliegen einer E-101-Bescheinigung im Gaststaat kein Sozialversicherungsverhältnis, obwohl die Voraussetzungen der Ausnahmevorschrift des Art. 14 Abs. 1 lit. a i) VO 1408/71 nicht erfüllt sind, dann widerspräche dies Art. 13 Abs. 2 lit. a VO 1408/71: Letztere Norm stellt wie gesehen eine Ausprägung des EG-Diskriminierungsverbots dar und verlangt – außer bei Vorliegen der Entsende-Voraussetzungen gem. Art. 14 Abs. 1 lit. a i) VO 1408/71 – gerade eine soziale Absicherung im Gaststaat.<sup>16</sup> Dass – im Übrigen ohne erkennbare

<sup>9</sup> Vgl. EuGH, Slg. 2000, I-883 – Rs. C-202/97 „FTS“, Rn. 53 und EuGH, Slg. 2000, I-2005 – Rs. C-178/97 „Banks“, Rn. 40; zustimmend *Ignor/Rixen*, wistra 2001, 201 (203); für eine „rein faktische Wirkung“ dagegen *Heitmann*, in: Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2006, § 36 Rn. 70 f.

<sup>10</sup> BGH – 1 StR 44/06, Rn. 25.

<sup>11</sup> BGH – 1 StR 44/06, Rn. 23.

<sup>12</sup> Ganz überwiegend wird dies zu Recht mit der Begründung verneint, dass gerade das Handeln ohne Befugnis verboten werde, unabhängig davon, ob es möglich wäre, eine solche Genehmigung zu erlangen, vgl. *Lenckner*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 62; *Tröndle/Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 54. Aufl. 2007, vor § 324 Rn. 10; *Rengier*, ZStW 101 (1989), 874 (902 ff.).

<sup>13</sup> So misst auch *Hauck*, NStZ 2007, 221 der Bescheinigung keine Erlaubniswirkung zu.

<sup>14</sup> Vorlagebeschluss des BGH – Az. IX ZR 106/97; Urt. des EuGH, Slg. 2000, I-9379 – Rs. C-404/98.

<sup>15</sup> Der BGH machte eine Beitragspflicht allein von den Voraussetzungen nach Art. 14 Abs. 1 lit. a i) VO 1408/71 abhängig, auf eine E-101-Bescheinigung ging er nicht ein. Auch der EuGH hätte sich nicht mit den Anforderungen des Art. 14 Abs. 1 lit. a i) VO 1408/71 befassen müssen, wenn eine solche Bescheinigung existiert und materielle Wirkungen gehabt hätte – ihre Bindungswirkung hatte er nämlich bereits zuvor anerkannt.

<sup>16</sup> Solange die Bescheinigung existiert, darf der Gaststaat aber auf die darin zum Ausdruck kommende Sachprüfung durch die Behörden des Heimatstaates vertrauen, s. EuGH, Slg. 2000, I-883 – Rs. C-202/97 „FTS“, Rn. 56. Bis zu einer et-

Grundlage im Wortlaut des Art. 11 Abs. 1 VO 574/72 – eine weitere Ausnahme zu diesem Prinzip kreiert werden sollte, ist den Ausführungen des EuGH nicht zu entnehmen.

Diese teleologischen Überlegungen lassen sich in systematischer Hinsicht auch darauf stützen, dass die E-101-Bescheinigung in der Durchführungsverordnung 574/72 verortet ist. Hätte das bloße Vorliegen einer E-101-Bescheinigung ein weiterer Ausnahmefall zu Art. 13 Abs. 2 lit. a VO 1408/71 sein sollen, dann wäre ihre Rechtsgrundlage ebenfalls in Art. 14 Abs. 1 lit. a VO 1408/71 niederzulegen gewesen. Dies bestätigt ein Blick auf Art. 14 Abs. 1 lit. a ii) VO 1408/71: Danach bleibt, wenn es an den Entsendevoraussetzungen in zeitlicher Hinsicht fehlt, die Sozialversicherungspflicht im Heimatstaat ausnahmsweise auch bestehen, wenn dies „genehmigt“ wird. Abgesehen von dem unterschiedlichen Wortlaut (Bescheinigung – Genehmigung), der ebenfalls darauf hindeutet, dass die Bescheinigung nicht „materiell“ wirkt, hätte es also nahe gelegen, eine zusätzliche Ausnahme ebenfalls in Art. 14 Abs. 1 lit. a VO 1408/71 zu normieren.

Damit ist festzuhalten: Die E-101-Bescheinigung hat keine materiellen Wirkungen dergestalt, dass sie einen Anspruch der deutschen Sozialversicherungsträger ausschließen<sup>17</sup> würde.<sup>18</sup>

## b) Bindungswirkung der Bescheinigung

Wenn nun aber mit dem EuGH der E-101-Bescheinigung die Wirkung einer Vermutung für das Freibleiben von der Sozialversicherungspflicht beizumessen ist, so ist damit an sich noch nichts darüber gesagt, wen diese Vermutung bindet und unter welchen Voraussetzungen sich die Bindungswirkung evtl. doch verneinen lässt. Der Gerichtshof weist ausschließlich den ausstellenden Behörden des Heimatstaates die Befugnis zu, die Richtigkeit der Bescheinigung zu überprüfen: „Die zuständigen Träger des Mitgliedstaats, in den die Arbeitnehmer entsandt werden, würden ihre *Verpflichtungen*

waigen Aufhebung der Bescheinigung hat der Wanderarbeiter daher zwar einen Leistungsanspruch, er kann diesen aber nicht geltend machen – wie umgekehrt (trotz des Bestehens eines Beitragsanspruchs) auch für ihn keine Abgaben verlangt werden können, s. dazu sogleich II. 2. b).

<sup>17</sup> Unbefriedigend wäre es auch, die Bescheinigung als *Durchsetzungshindernis* einzuordnen: Sonst könnten die Behörden des Gaststaates prüfen, ob dem Grunde nach ein Beitragsanspruch entstanden ist und wären nur an dessen Realisierung gehindert. Damit könnten die materiellen Entsendungs-Voraussetzungen vom Gaststaat kontrolliert werden, was durch die Bescheinigung gerade ausgeschlossen sein soll.

<sup>18</sup> Zutreffend deshalb *Hauck*, NSStZ 2007, 221 („deklaratorische Präzisierung“); *Burchardt*, in: Handbuch zum Sozialrecht, Gruppe 13, Teil B, Rn. 125. Zumindest ungenau *Ignor/Rixen*, wistra 2001, 201 (204), die davon ausgehen, es fehle an der Sozialversicherungspflichtigkeit: Im Ergebnis kann keine Beitragsleistung verlangt werden, materiell sozialversicherungspflichtig ist der betreffende Arbeitnehmer in Deutschland aber schon.

zur *Zusammenarbeit* nach Artikel 5 [heute Art. 10] EG-Vertrag verletzen – und die *Ziele* der Art. 14 Absatz 1 Buchstabe a der Verordnung 1408/71 und 11 Absatz 1 Buchstabe a der Verordnung 574/72 verfehlen –, wenn sie sich nicht an die Angaben in der Bescheinigung gebunden sähen [...].“<sup>19</sup>

Damit sind zwei Aspekte angesprochen: Einerseits müssen die Sozialversicherungsträger des Gaststaates nach dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit den ausstellenden Behörden eines anderen Mitgliedstaates unterstellen, dass sie die Voraussetzungen einer Entsendung ordnungsgemäß geprüft haben.<sup>20</sup> Andererseits entspricht es dem „effet utile“ der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Dienstleistungsfreiheit, der Bescheinigung Bindungswirkung beizumessen.<sup>21</sup> Dem ist zuzustimmen.<sup>22</sup> Aus der soeben hergeleiteten Begründung folgt zugleich, dass die in Portugal ausgestellte Bescheinigung – anders als behördliche Genehmigungen in rein innerstaatlichen Sachverhalten<sup>23</sup> – sogar in Fällen unangetastet bleiben muss, in denen nach deutschem Verständnis ein Verwaltungshandeln als nichtig<sup>24</sup> gelten würde.

## c) Zwischenergebnis: Quasi-materielle Wirkung der Bescheinigung

Die Überlegungen in diesem ersten Teil lassen sich somit wie folgt zusammenfassen: Die Wirkung der Bescheinigung ist wegen des darin für die Behörden des Gaststaates verbindlich festgestellten Freibleibens von der Sozialversicherungspflicht eine quasi materielle. Der Unterschied zur These des BGH, die Bescheinigung lasse einen Beitragsanspruch nicht entstehen, mag auf den ersten Blick vernachlässigbar erscheinen. Wie sich noch zeigen wird, macht er aber an einigen Stellen eine andere Argumentation erforderlich.

## III. Strafbarkeit wegen des Unterlassens der Beitragsabführung

Im vorliegenden Fall war nach der oben zitierten EuGH-Rechtsprechung jedenfalls den deutschen Sozialversicherungsbehörden eine Überprüfung der tatsächlichen Beitragspflicht in Deutschland verwehrt. Es stellt sich nun die Frage nach den strafrechtlichen Wirkungen einer E-101-Bescheinigung. Betrachtet man zunächst die unterbliebene Beitrags-

<sup>19</sup> Vgl. EuGH, Slg. 2000, I-883 – Rs. C-202/97 „FTS“, Rn. 52 (eigene *Hervorhebungen*).

<sup>20</sup> Umgekehrt sind die ausstellenden Behörden, gleichfalls gem. Art. 10 EG, auch zur ordnungsgemäßen Prüfung des Vorliegens einer Entsendung verpflichtet, s. EuGH, Slg. 2000, I-883 – Rs. C-202/97 „FTS“, Rn. 56.

<sup>21</sup> Ausführlich zu diesen beiden Gesichtspunkten bereits *Ignor/Rixen*, wistra 2001, 201 (203).

<sup>22</sup> Nicht einmal Beweiskraft misst der Bescheinigung allerdings *Heitmann*, in: Müller-Gugenberger/Bieneck (Fn. 9), § 36 Rn. 70 f., bei. Dies geht aus den soeben dargestellten Erwägungen freilich nicht an.

<sup>23</sup> S. BGHSt 23, 91; *Lenckner* (Fn. 12), Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 62; ausführlich zum Nichtigkeitsbegriff *Rengier*, ZStW 101 (1989), 874 (892 ff.).

<sup>24</sup> S. die Nichtigkeitsgründe in § 44 VwVfG.

leistung in Deutschland, so kommt eine Strafbarkeit des Arbeitgebers gem. § 266a Abs. 1 StGB, einem echten Unterlassungsdelikt<sup>25</sup>, in Betracht. Dabei handelt es sich um einen sozialrechtsakzessorischen Tatbestand, welcher voraussetzt, dass die Sozialversicherungsträger nach sozialrechtlichen Grundsätzen einen Anspruch auf die Beitragsleistung haben.<sup>26</sup>

### 1. Bindungswirkung der E-101-Bescheinigung für die Strafgerichte

Wie bereits angedeutet lagen die Voraussetzungen einer Entsendung im konkreten Fall nicht vor, so dass an sich durch die Beschäftigung der portugiesischen Arbeitnehmer in der Bundesrepublik ein Beitragsanspruch entstanden ist. Dass der BGH es sich mit der Annahme, es fehle an einem solchen Anspruch, ein wenig leicht gemacht hat, haben wir bereits gesehen. Ob das Ergebnis – Freispruch – dennoch richtig ist, wird im Folgenden zu untersuchen sein.

#### a) Grundsätzliche Bindung

Während in den zitierten EuGH-Entscheidungen aus dem Jahr 2000 jeweils nur eine Bindungswirkung für die „Behörden“ des Gaststaates angenommen wurde, hatte sich zum Zeitpunkt der BGH-Entscheidung eine bedeutende Neuerung ergeben: Nach der erstinstanzlichen Verurteilung der Angeklagten erging am 26. Januar 2006 eine Entscheidung des EuGH<sup>27</sup>, mit welcher der Gerichtshof seine Rechtsprechung konsequent weiterbildete und auch den Gerichten des Gaststaates eine Prüfungskompetenz hinsichtlich der Voraussetzungen für die Erteilung der E-101-Bescheinigung absprach. Diese Aussage beschränkte der EuGH nicht auf die Sozial- oder Verwaltungsgerichte, sondern bezog sie generell auf Gerichte des Gaststaates. Die einzige Möglichkeit, wie der Gaststaat geltend machen kann, dass die Voraussetzungen des Art. 14 Abs. 1 lit. a i) der VO 1408/71 nicht erfüllt seien, liegt – abgesehen von einer Anfrage an die ausstellenden Behörden – demnach in der Anrufung der gem. Art. 80 ff. VO 1408/71 eingerichteten Verwaltungskommission und in der Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens gem. Art. 226 EG.<sup>28</sup>

Der *1. Strafsenat* bezieht diese Äußerungen auch auf Strafgerichte und schafft so auf dem Weg zum Freispruch – neben der Verneinung eines Beitragsanspruchs – einen zweiten Argumentationsstrang. Dieser ist – anders als der erste – überzeugend: Es erschiene wenig sinnvoll, den Strafgerichten die Überprüfung genau der Umstände zu gestatten, welche andere Gerichte als gegeben zu akzeptieren haben. Dies liefe nicht nur auf eine Umgehung der vom EuGH postulierten Bindungswirkung hinaus; dadurch würden dem betroffenen

Arbeitgeber vielmehr noch einschneidendere – weil strafrechtliche<sup>29</sup> – Folgen drohen, als bei einer Überprüfung durch die Sozialbehörden.<sup>30</sup> Unabhängig davon, ob die materiellen Voraussetzungen nach Art. 14 Abs. 1 lit. a i) VO 1408/71 tatsächlich gegeben waren, konnten somit deutsche (Straf-) Gerichte nicht prüfen, ob dem deutschen Sozialversicherungsträger ein Beitragsanspruch zustand, vielmehr hatten sie davon auszugehen, dass dies nicht der Fall war. Durch die Nichtabführung der Beiträge in Deutschland konnte sich der Angeklagte somit grundsätzlich nicht strafbar gemacht haben – insoweit wirkt sich also der andere Ansatz des BGH nicht aus und verdient das Urteil Zustimmung.<sup>31</sup>

#### b) Besonderheiten bei einer erschlichenen E-101-Bescheinigung?

Andenken liebe sich nun, ob eine erschlichene Bescheinigung wegen Rechtsmissbrauchs für unbeachtlich gehalten werden kann. Dieser Aspekt wird vielfach bei behördlichen Genehmigungen – unabhängig von verwaltungsrechtlichen Nichtigkeitstatbeständen – herangezogen.<sup>32</sup>

#### aa) Kein Argument aus Art. 103 Abs. 2 GG

Dieser Weg ist nicht bereits durch Art. 103 Abs. 2 GG gestellt. Zur Verdeutlichung sei zunächst erneut der Vergleich zur behördlichen Genehmigung bemüht: Wenn eine Genehmigung bereits den Tatbestand ausschließt<sup>33</sup>, kann sie auch in Fällen des Rechtsmissbrauchs wegen Art. 103 Abs. 2 GG nicht für unbeachtlich gehalten werden, es sei denn, es besteht eine spezielle Regelung wie etwa in § 330d Nr. 5 StGB und § 34 Abs. 8 AWG.<sup>34</sup> Nun ließe sich argumentieren, dass, wenn eine E-101-Bescheinigung vorliegt, der Nachweis eines Tatbestandsmerkmals nicht möglich und darum davon auszugehen ist, dass dieses nicht vorliegt (s. o.). Dies würde durch ein Abstellen auf den Rechtsmissbrauchsgedanken „umgangen“.<sup>35</sup> Allerdings hinkt dieser Vergleich: In den genannten Fällen behördlicher Genehmigung ist das Fehlen einer Ge-

<sup>25</sup> Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 266a Rn. 7; Tröndle/Fischer (Fn. 12), § 266a Rn. 15.

<sup>26</sup> Vgl. nur Tröndle/Fischer (Fn. 12), § 266a Rn. 9a; Lackner/Kühl (Fn. 25), § 266a Rn. 6.

<sup>27</sup> EuGH, Slg. 2006, I-1079 – Rs. C-2/05 „Herbosch Kiere“.

<sup>28</sup> S. bereits EuGH, Slg. 2000, I-883 – Rs. C-202/97 „FTS“, Rn. 57 f.

<sup>29</sup> Zur besonderen Eingriffsintensität des Strafrechts (und dem daraus folgenden spezifischen Legitimationsbedürfnis) Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 2 (v.a. Rn. 97); Jescheck/Weigend, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 1 I. 2.; Wessels/Beulke, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 37. Aufl. 2006, Rn. 9.

<sup>30</sup> BGH – 1 StR 44/06, Rn. 24.

<sup>31</sup> Dieses Ergebnis haben bereits Ignor/Rixen, wistra 2001, 201 (204) hergeleitet; zustimmend auch Hauck, NStZ 2007, 221 ff. und Schulz, NJW 2007, 237.

<sup>32</sup> Lenckner (Fn. 12), Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 63 m.w.N.

<sup>33</sup> Zur Abgrenzung von der Genehmigung als Rechtfertigungsgrund s. Rengier, ZStW 101 (1989), 874 (878 ff.); Roxin (Fn. 29), § 17 Rn. 59 ff.; Lenckner (Fn. 12), Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 61 m.w.N.

<sup>34</sup> Lenckner (Fn. 12), Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 63a; Rengier, ZStW 101 (1989), 874 (885 ff.), tritt mit beachtlichen Gründen für eine Unbeachtlichkeit des Rechtsmissbrauchsgedankens auch bei der rechtfertigenden Genehmigung ein.

<sup>35</sup> So Hauck, NStZ 2007, 221.

nehmung selbst Tatbestandsmerkmal. Genau das ist aber das Fehlen einer E-101-Bescheinigung nicht; vielmehr verlangt § 266a Abs. 1 StGB nur die Existenz eines sozialrechtlichen Anspruchs – und auf diesen hat die Bescheinigung wie gesehen keinen Einfluss. Durch die Aufhebung der Bescheinigung unter dem Gesichtspunkt ihrer rechtsmissbräuchlichen Erlangung würde nur ein (gleichsam vorgeschaltetes) Hindernis für die Überprüfung eines Tatbestandsmerkmals beseitigt. Die gesetzlichen Anforderungen an eine Strafbarkeit würden somit nicht nachträglich „überspielt“. Aus diesem Grund hindert jedenfalls Art. 103 Abs. 2 GG einen Rückgriff auf den Rechtsmissbrauchsgedanken nicht.

Diese Ausführungen basieren auf dem hier vertretenen Verständnis der E-101-Bescheinigung. Nähme man an, dass sie einen Beitragsanspruch ausschließt, läge bei einem Abstellen auf den Rechtsmissbrauchsgedanken allerdings ein Verstoß gegen das Gesetzlichkeitsprinzip nahe: Denn dadurch würde ein an sich fehlendes Tatbestandsmerkmal „substituiert“.

## *bb) Rechtsmissbräuchliche Erlangung durch Falschangaben*

Auch wenn bei einem richtigen Verständnis der Bescheinigung Art. 103 Abs. 2 GG ein Abstellen auf den Rechtsmissbrauchsgedanken nicht hindert, so scheidet dieser Weg doch aus spezifisch europarechtlichen Gründen aus. Zum einen hat der EuGH in seiner Rechtsprechung bislang in keiner Weise angedeutet, dass die Bindungswirkung von der redlichen Erlangung der Bescheinigung abhängig sei.<sup>36</sup> Zum anderen – und vor allem – ließe sich erst feststellen, dass die gegenüber den portugiesischen Behörden gemachten Angaben falsch waren und die Bescheinigung deshalb rechtsmissbräuchlich erlangt wurde, nachdem das Gericht geklärt hätte, was richtigerweise hätte angegeben werden müssen. Das Strafgericht könnte nur zu dem Ergebnis kommen, dass die E-101-Bescheinigung erschlichen wurde, wenn es festgestellt hätte, dass eigentlich eine Sozialversicherungspflicht in Deutschland bestand. Genau dies dürfen aber nach der Rechtsprechung des EuGH nur die Behörden des Heimatstaates überprüfen. Deshalb muss die Existenz der E-101-Bescheinigung auch eine Überprüfung daraufhin ausschließen, ob die Bescheinigung durch Falschangaben rechtsmissbräuchlich „ergaunert“ wurde.

Diesen europarechtlichen Begründungsansatz verfolgt auch der BGH<sup>37</sup> – überraschenderweise geht er auf Art. 103

<sup>36</sup> Der BGH betont diesen Aspekt (Rn. 28) und weist darauf hin, dass eine Erschleichung beispielsweise auch in EuGH, Slg. 2000, I-2005 – Rs. C-178/97 „Banks“ nahegelegen hätte. Wank, EuZW 2007, 300 (304) hält die Bescheinigung hingegen wegen Rechtsmissbrauchs für unwirksam. Jedoch überzeugt seine Parallele zur eigenhändigen Fälschung der Bescheinigung durch den Arbeitgeber nicht: In diesem Fall existiert kein Anknüpfungspunkt für ein gegenseitiges Vertrauen, da sich die Behörde des Heimatstaates nie mit dem Vorgang befasst hat; das zentrale Argument für eine Anerkennung aus Art. 10 EG geht dann fehl.

<sup>37</sup> BGH – 1 StR 44/06, Rn. 27.

Abs. 2 GG nicht ein, obwohl er offenbar die Bescheinigung als Ausschlussgrund für einen Beitragsanspruch begreift.

## *cc) Rechtsmissbräuchliche Erlangung durch Bestechung/Kollusion*

Relevanz könnte der Rechtsmissbrauchsgedanke allerdings in einer Fallvariante erlangen, die vorliegend nicht bewiesen, aber nahe liegend war: Dies wäre die Konstellation, dass die E-101-Bescheinigung durch Bestechung oder Kollusion erlangt worden wäre. So ließe sich sagen, die Bescheinigung entfalte Bindungswirkung nur hinsichtlich des Vorliegens einer Entsendung, so dass die deutschen Behörden beispielsweise hätten prüfen können, ob bei der Beantragung des Formulars Geld geflossen, die Bescheinigung also „erkauft“ worden ist.

Jedenfalls wird man aber davon auszugehen haben, dass die Verpflichtung aus Art. 10 EG-Vertrag, wenn sie schon das Vertrauen in die ordnungsgemäße Überprüfung der Entsende-Voraussetzungen umfasst, erst recht soweit reichen muss, den Behörden des anderen Mitgliedstaates keine solchen grob unlauteren Machenschaften zu unterstellen. Andernfalls wäre letztlich doch jede dieser Bescheinigungen – zumindest hinsichtlich der Umstände ihrer Erteilung – überprüfbar. Das würde jedoch zu eben den administrativen Hürden für Wanderarbeiter führen, die Art. 14 Abs. 1 lit. a i) VO 1408/71 verhindern will. Die vom EuGH angedeutete Möglichkeit, ein Vertragsverletzungsverfahren einzuleiten, und die Einrichtung einer Verwaltungskommission für Konfliktfälle (s. o.) wären wenig sinnvoll. Als Zwischenergebnis lässt sich deshalb konstatieren, dass die Bescheinigung über das Vorliegen der Entsende-Voraussetzungen nicht wegen einer etwaigen unlauteren Erschleichung für unbeachtlich gehalten werden kann.

## *2. Strafbarkeit wegen Nichtabführung von Beiträgen in Portugal?*

Hauck<sup>38</sup> hat vorgeschlagen, eine Strafbarkeit stattdessen an die Nichtabführung von Beiträgen in Portugal durch den wahren, deutschen Arbeitgeber zu knüpfen. Art. 42 EG und Art. 13 Abs. 1 S. 1 VO 1408/71 intendierten die Schaffung eines einheitlichen Netzes der Sozialversicherung in der Europäischen Gemeinschaft und § 266a StGB schütze deshalb bei europarechtskonformer Auslegung<sup>39</sup> nicht nur die Interessen der deutschen, sondern auch die der Sozialversicherungsträger aller Mitgliedstaaten. Eine solche Argumentation läuft jedoch Gefahr, mehrere wichtige Aspekte zu übersehen:

<sup>38</sup> NStZ 2007, 218 ff.

<sup>39</sup> Zur Zulässigkeit strafbarkeitserweiternder gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung s. Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 552 ff.; ders., Internationales und Europäisches Strafrecht, 2005, § 8 Rn. 85; Hecker, Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2007, § 10 Rn. 60 ff.; Ambos, Internationales Strafrecht, 2006, § 11 Rn. 45; jeweils mit Nachweisen zur Gegenauffassung.

a) *Keine ausreichende Grundlage für Ausweitung des § 266 a Abs. 1 StGB*

Angreifbar ist schon die Prämisse, aus Art. 42 EG und aus Art. 13 Abs. 1 S. 1 VO 1408/71 sei ein so weitreichendes Solidarprinzip abzuleiten, dass die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet wären, ihr nationales Strafrecht zum Schutz der Ansprüche der Versicherungsträger anderer EG-Staaten einzusetzen. Bekannt ist ein solches Argumentationsmuster bislang in erster Linie in der Ausprägung, dass durch nationales Strafrecht die insbesondere finanziellen (supranationalen) Interessen der Gemeinschaft geschützt werden.<sup>40</sup> Eine Erweiterung des Assimilierungsprinzips auf Fälle wie den vorliegenden überzeugt aber m.E. (zumindest derzeit noch) nicht: Dazu sind die nationalen Systeme der sozialen Sicherung – vor allem hinsichtlich ihrer Finanzierung – und auch ihr strafrechtlicher Schutz gegenwärtig nicht homogen genug ausgestaltet. Vergleicht man etwa § 266a Abs. 1 StGB mit der dieser Norm am ehesten entsprechenden portugiesischen Vorschrift<sup>41</sup>, zeigen sich sowohl auf Tatbestands- als auch auf Rechtsfolgenseite Unterschiede<sup>42</sup>, obwohl zwischen dem deutschen und dem portugiesischen Sozialversicherungssystem noch recht große Parallelen bestehen.<sup>43</sup> Denkbar wäre gegenwärtig aber beispielsweise sogar ein nationales Konzept, wonach nicht Arbeitgeber und Arbeitnehmer anteilig Beiträge abführen, sondern die Absicherung durch Steuern finanziert wird. Solange diese Unterschiede bestehen, erscheint es wenig sinnvoll, portugiesischen Behörden die Sanktionierung säumiger Arbeitgeber mit den dafür speziell vorgesehenen nationalen Instrumenten aus der Hand zu nehmen – denn wegen des Grundsatzes *ne bis in idem* gem. Art. 54 SDÜ<sup>44</sup> wären sie nach einer Bestrafung durch deutsche Gerichte an einer weiteren Strafverfolgung gehindert.

b) *Bindungskraft der Bescheinigung auch für die Entsende-Voraussetzungen*

Zugegeben: Insoweit mag man anderer Ansicht sein. Aber Kritik lässt sich auch an einer zweiten Prämisse *Haucks* üben: Dieser negiert eine Bindungswirkung der Bescheinigung in Bezug auf das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses in Portugal; das Formular habe nur Aussagekraft in Hinblick auf „das

<sup>40</sup> Zum Strafrecht „im Dienst der Gemeinschaft“ s. ausführlich *Satzger* (Fn. 39), § 8 Rn. 25 ff.; *Hecker* (Fn. 39), § 7; *Ambos* (Fn. 39), § 11 Rn. 16 ff.

<sup>41</sup> Es handelt sich dabei um Art. 107 des Anhangs zu Lei 15/2001.

<sup>42</sup> Nach portugiesischem Recht ist etwa nicht der jeweilige Arbeitgeber tauglicher Täter, sondern die Arbeitgeberverbände; überdies unterscheidet sich das Strafmaß: herkömmlich bis zu drei Jahre Freiheitsstrafe, in schweren Fällen – die nicht denen in § 266a Abs. 4 StGB entsprechen – ein bis fünf Jahre.

<sup>43</sup> Namentlich sehen beide Staaten ein System vor, das durch Beiträge von Arbeitgebern und Arbeitnehmern finanziert wird.

<sup>44</sup> S. dazu ausführlich *Hecker* (Fn. 39), § 13; *Satzger* (Fn. 39), § 9 Rn. 2 ff.; *Ambos* (Fn. 39), § 12 Rn. 38 ff.

Ob und die Dauer der Geltung von sozialrechtlichen Vorschriften“<sup>45</sup>. Dann wäre es aber wenig sinnvoll, dass das Formular in seinen Punkten 2 und 3 Angaben über den Namen und die Anschrift des Arbeitgebers verlangt.<sup>46</sup> Auch der EuGH erkennt die Bindungswirkung an, „soweit sie bescheinigt, dass von einem Zeitarbeitsunternehmen *entsandte* Arbeitnehmer dem System der sozialen Sicherheit des Mitgliedstaats angeschlossen sind, in dem dieses Unternehmen seine Betriebsstätte hat.“<sup>47</sup> Eine Bindungswirkung nur hinsichtlich der Rechtsfolge „fortdauernde Versicherungspflicht in Portugal“ und nicht auch bezüglich der Voraussetzungen dieser Fortdauer gem. Art. 14 Abs. 1 lit. a i) VO 1408/71 anzunehmen, würde zudem zu „gekünstelten“ Ergebnissen führen: Denn wenn man den deutschen Unternehmer als Arbeitgeber sähe, würde es eigentlich an einer Entsendung gem. Art. 14 Abs. 1 lit. a i) VO 1408/71 fehlen. Der Arbeitnehmer muss schließlich von einem Unternehmen seines Heimatstaates, dem er regelmäßig angehört, in einen anderen EG-Mitgliedstaat entsandt werden. Diese Vorschrift umfasst also gerade nicht den Fall, dass sich ein Arbeitnehmer von einem Unternehmen eines anderen Mitgliedstaates als dessen Arbeitskraft anwerben lässt.<sup>48</sup> Wie *Hauck* eine Entsendung zu verneinen und dennoch die Rechtsfolgen einer Entsendung – das Fortbestehen der Sozialversicherungspflicht in Portugal – anzunehmen, würde die Vorschrift des Art. 14 Abs. 1 lit. a i) VO 1408/71 ad absurdum führen. Es ist somit davon auszugehen, dass die Bindungswirkung der E-101-Bescheinigung auch das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses in Portugal umfasst.<sup>49</sup> Insoweit erscheint Kritik am Urteil des BGH, der ebenfalls die Arbeitnehmereigenschaft des Angeklagten für festgestellt hält,<sup>50</sup> nicht gerechtfertigt.

c) *Keine Tangierung des Rechtsguts im vorliegenden Fall*

Abgesehen von all diesen Gesichtspunkten ist fraglich, ob das Rechtsgut des § 266a Abs. 1 StGB<sup>51</sup> im vorliegenden Fall

<sup>45</sup> *Hauck*, NStZ 2007, 221 (222).

<sup>46</sup> Eine aktuelle Fassung des Vordrucks ist abgedruckt in ABLEU L 77/1 vom 15.3.2006.

<sup>47</sup> EuGH, Slg. 2000, I-883 – Rs. C-202/97 „FTS“, Rn. 59; eigene *Hervorhebung*. Insoweit muss die Formulierung in Rn. 50 desselben Urteils als ungenau bezeichnet werden, wonach sich die Beweiskraft der Bescheinigung auf die Feststellung des anwendbaren (Sozial-)Rechts beschränke. Vgl. außerdem EuGH, Slg. 2006, I-1079 – Rs. C-2/05 „Herbosch Kiere“: „Der in der Bescheinigung E 101 enthaltenen Erklärung liegt das Bestehen einer solchen [arbeitsrechtlichen] Bindung [im Heimatstaat] zugrunde“.

<sup>48</sup> S. auch *Burchardt* (Fn. 18), Teil B, Rn. 121 f.

<sup>49</sup> So ganz zu Recht *Ignor/Rixen*, wistra 2001, 201 (204); *Rixen*, SGB 2002, 93 (95 f.).

<sup>50</sup> BGH – 1 StR 44/06, Rn. 30.

<sup>51</sup> Geschützt werden durch § 266a Abs. 1 StGB nicht nur die Interessen der Solidargemeinschaft der Sozialversicherten, sondern auch Vermögensinteressen des einzelnen Arbeitnehmers. Andernfalls müsste auch das Vorenthalten der Arbeitgeberanteile erfasst werden, vgl. *Gribbohm*, in: *Jähnke/Laufhütte/Odersky* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger

überhaupt beeinträchtigt wurde. Das Landgericht hatte nämlich keine Feststellungen dazu getroffen, ob die (Schein-) Arbeitgeber in Portugal die dort zu leistenden Beiträge abführten<sup>52</sup> – in diesem Fall dürfte den portugiesischen Sozialkassen keinerlei Nachteil entstanden sein. Würden diese Zahlungen – bei lebensnaher Betrachtung wohl sogar auf Veranlassung des wahren Arbeitgebers – vorgenommen, wäre darin kaum ein gem. § 266a Abs. 1 StGB strafbares Versäumnis desselben zu erblicken.

Nach all diesen – jeweils freilich nur streiflichtartigen – Überlegungen kommt eine Verurteilung wegen des Unterlassens von Beitragszahlungen in Portugal nicht in Betracht.

### 3. Zwischenergebnis bzgl. der unterbliebenen Beitragsleistung

Aus dem Nichtabführen von Sozialversicherungsbeiträgen in Deutschland ist somit kein Vorwurf abzuleiten, auf den sich eine Bestrafung des Angeklagten stützen ließe. Im Folgenden soll noch ein Aspekt näher beleuchtet werden, zu dessen Diskussion im Ausgangsfall kein Anlass bestand, der aber leicht hätten relevant werden können.

### 4. Folgen einer rückwirkenden Aufhebung der Bescheinigung

Der EuGH erkennt ausdrücklich an, dass die ausstellenden Behörden im Heimatstaat eine E-101-Bescheinigung zurücknehmen, die damit verbundene Vermutung also widerlegen können;<sup>53</sup> dies müssen sie sogar, wenn sich herausstellt, dass die Bescheinigung gar nicht hätte erteilt werden dürfen.<sup>54</sup> Welche Konsequenzen eine solche Rücknahme hätte, ist bislang – soweit ersichtlich – noch nicht erörtert worden.

#### a) Parallele Problematik bei der behördlichen Genehmigung

Die Konstellation, dass einem Verhalten durch eine nachträgliche neue Entscheidung der Verwaltung der Stempel der Rechtswidrigkeit aufgedrückt wird, ist indes aus anderen Bereichen nicht unbekannt: Erinnert sei erneut an die behördliche Genehmigung, die ja ebenfalls (sogar *ex tunc*) aufgehoben werden kann.<sup>55</sup> Jedoch lässt sich die mit dieser Möglichkeit verbundene Ungewissheit für den Inhaber durchaus eingrenzen: Denn dass ein Verhalten nachträglich unter eine Verbotsnorm (Primärnorm) subsumiert wird, muss nicht zwangsläufig bedeuten, dass auch die strafbewehrende Sekundärnorm<sup>56</sup> Anwendung findet. So herrscht Einigkeit darüber, dass im Falle einer behördlichen Genehmigung die

Rücknahme bzw. der Widerruf strafrechtlich immer nur *ex nunc* wirken kann.<sup>57</sup>

#### b) Übertragbarkeit der Begründungsansätze auf die E-101-Bescheinigung

Allerdings stellt die E-101-Bescheinigung nach richtiger Auffassung keine materielle „Erlaubnis“ dar, sondern hat lediglich feststellenden Charakter. Es ließe sich deshalb daran zweifeln, ob die zur behördlichen Genehmigung entwickelten Grundsätze auf sie übertragbar sind.

Insbesondere wird nämlich angeführt, die rückwirkende Aufhebung einer Erlaubnis stelle eine reine Fiktion dar,<sup>58</sup> durch die Verhaltensanforderungen kreiert würden, denen der Adressat gar nicht mehr gerecht werden kann.<sup>59</sup> Dieser Gesichtspunkt passt nach der hier vertretenen Konzeption nicht uneingeschränkt auf die E-101-Bescheinigung: Für die Zeit ihrer Gültigkeit wird das Fehlen eines sozialrechtlichen Beitragsanspruchs vermutet. Da die Erteilung der Bescheinigung nichts am Bestehen des Beitragsanspruchs ändert, besteht das betreffende Verhaltensgebot („Zahle!“) bereits im Augenblick der Handlung. Eine Aufhebung würde darum an sich gerade umgekehrt nur die zuvor bestehende Vermutung beseitigen und die wahren Verhältnisse ans Tageslicht treten lassen. Diese Unterschiede dürfen aber nicht den Blick darauf verstellen, dass der Täter sein Verhalten nachträglich genauso wenig korrigieren kann wie bei der Aufhebung einer Erlaubnis. Erschleicht er die Bescheinigung, so kann man ihm zwar in der Tat den Vorwurf machen, er hätte bereits im Moment der Handlung die „wahren“ Verhaltensanforderungen erkennen können. Dies trifft aber freilich für den Inhaber einer erschlichenen behördlichen Erlaubnis im selben Maße zu. Aus der anderen Struktur der E-101-Bescheinigung folgt insoweit also zumindest nicht zwingend, dass sie und die behördliche Genehmigung unterschiedlich zu behandeln wären.

Besonderes Augenmerk verdient m.E. schließlich ein Vergleich der Wirkungen von behördlicher Genehmigung und E-101-Bescheinigung: Erstere hat – unabhängig von ihrer Verortung auf Tatbestands- oder Rechtswidrigkeitsebene<sup>60</sup> – materiell gestattende, letztere lediglich feststellende Wirkung. Allerdings enthält jede Genehmigung auch die Feststellung, dass das betreffende Verhalten erlaubt ist.<sup>61</sup> Das

Kommentar, 11. Aufl. 1996, §§ 264 bis 302, § 266a Rn. 5 m.w.N., auch zur Gegenauffassung.

<sup>52</sup> S. dazu die Urteilsgründe des BGH – 1 StR 44/06, Rn. 5.

<sup>53</sup> EuGH, Slg. 2000, I-883 – Rs. C-202/97 „FTS“, Rn. 55.

<sup>54</sup> EuGH, Slg. 2000, I-883 – Rs. C-202/97 „FTS“, Rn. 56.

<sup>55</sup> Vgl. §§ 48 Abs. 1 S. 1, 49 Abs. 3 VwVfG.

<sup>56</sup> Zur Differenzierung von Primär- und Sekundärnorm grundlegend *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, 4. Aufl. 1922; s.a. *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, S. 80 ff.

<sup>57</sup> *Hardtung*, Erlaubte Vorteilsannahme, 1994, S. 187 ff.; *Heghmanns*, Grundzüge einer Dogmatik der Straftatbestände zum Schutz von Verwaltungsrecht oder Verwaltungshandeln, 2000, S. 229; *Marx*, Die behördliche Genehmigung im Strafrecht, 1993, S. 48 f.; *Rönnau/Hohn*, in: *Jähnke/Laufhütte/Odersky* (Fn. 51), 12. Aufl. 2006, §§ 32 bis 55, vor § 32 Rn. 287; *Schlehofer*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2005, §§ 1 bis 51, vor §§ 32 ff. Rn. 155; *Lenckner* (Fn. 12), Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 62.

<sup>58</sup> *Marx* (Fn. 57), S. 49; *Holthausen*, NSTZ 1988, 257; *Ren-gier*, ZStW 101 (1989), 874 (891) m.w.N.

<sup>59</sup> Die Struktur strafrechtlicher Normen als Verhaltensnormen betont auch *Ren-gier*, ZStW 101 (1989), 874 (891).

<sup>60</sup> S. die Nachweise in Fn. 33.

<sup>61</sup> *Rogall*, GA 1995, 299 (314 f.) m.w.N.

Charakteristikum der behördlichen Genehmigung ist daher speziell darin zu sehen, dass sie diese Erlaubtheit begründet, also konstitutiven Charakter hat. Zurück zur E-101-Bescheinigung: Indem die ausstellenden Behörden bescheinigen, dass eine Sozialversicherungspflicht im Heimatstaat bestehen bleibt, gestatten sie zwar materiell nichts, schaffen aber („quasi-materiell“, s. o. II. 2. b) hinsichtlich des Unterbleibens von Beitragszahlungen immerhin auch einen *Rechtschein der Erlaubtheit*.<sup>62</sup> Der E-101-Bescheinigung kommt für diesen Anschein ebenfalls konstitutive Wirkung zu. Dass bei einer Aufhebung einerseits ein tatsächlich erlaubender Akt (Genehmigung) beseitigt würde, andererseits ein Akt, der ein Verhalten als erlaubt erscheinen lässt (E-101-Bescheinigung), mag hierbei einen graduellen Unterschied ausmachen – besonders weil im Fall einer erschlichenen Genehmigung der Täter wissen sollte, dass dieser Rechtsschein nicht der Wirklichkeit entspricht, und er deshalb wenig schutzwürdig wäre. Jedoch dürfte die zugegebenermaßen feine Differenzierung zwischen Genehmigung und Bescheinigung für den Täter regelmäßig kaum durchschaubar sein. Aus seiner Sicht würde sich der Staat – wie bei der behördlichen Genehmigung – durch eine Aufhebung zu seinem eigenen Verhalten (der ursprünglichen Erteilung der Bescheinigung) in Widerspruch setzen. Im Ergebnis hätte sowohl bei der E-101-Bescheinigung als auch bei der behördlichen Genehmigung eine rückwirkende Aufhebung die Konsequenz, dass ein Verhalten bestraft werden könnte, das bei seiner Vornahme infolge einer staatlichen Maßnahme keine Bestrafung nach sich zog.

Somit erscheint es angebracht, auch der Aufhebung einer E-101-Bescheinigung für das Strafrecht grundsätzlich nur Wirkung für die Zukunft beizumessen. Mit der rückwirkenden Aufhebung einer Bescheinigung wäre deshalb nur feststellbar, dass schon in der Vergangenheit ein sozialrechtlicher Beitragsanspruch bestand. Erfüllt der Arbeitgeber diesen nun, bleibt er straffrei. Kommt er seiner Zahlungspflicht von der Aufhebung an – also ex nunc – nicht nach, steht einer Anwendung des § 266a Abs. 1 StGB nichts im Wege.

#### IV. Die Falschangaben in Portugal als Anknüpfungspunkt

Neben dem Unterlassen einer Beitragsabführung lässt sich mit der Einwirkung auf die portugiesischen Behörden jedoch ein weiterer Anknüpfungspunkt für eine Strafbarkeit des Angeklagten denken. Dabei ist zunächst klarzustellen, dass später eintretende Umstände, wie hier die Erteilung einer E-101-Bescheinigung, grundsätzlich nichts an einer zuvor begründeten Strafbarkeit ändern (sog. Koinzidenzprinzip, wonach erforderlich – aber auch ausreichend – ist, dass in einem bestimmten Moment alle strafbarkeitsbegründenden Merkmale vorliegen<sup>63</sup>). Um noch einmal den Vergleich zur behördlichen Genehmigung heranzuziehen: Wird ein genehmigungsfähiges Verhalten zunächst ohne die erforderliche Genehmigung durchgeführt und diese erst später erteilt, so ändert dies prinzipiell an der Strafbarkeit des Verhaltens vor der

Erteilung nichts.<sup>64</sup> Im Folgenden soll gezeigt werden, inwieweit diese Grundsätze eine Vorfeldstrafbarkeit bei der Erteilung einer E-101-Bescheinigung zulassen.

##### 1. Strafbarkeit gem. § 266a StGB i.V.m. den Grundsätzen der *omissio libera in causa*?

Auch in Bezug auf die Falschangaben in Portugal erscheint eine Strafbarkeit gem. § 266a StGB denkbar, und zwar über die Figur der sog. *omissio libera in causa*. Die Begründung einer Unterlassensstrafbarkeit über diese Konstruktion ist (weitgehend<sup>65</sup>) anerkannt<sup>66</sup> für Fälle, in denen es dem Adressaten eines Handlungsgebots in dem Moment, in dem er hätte handeln müssen, an der Möglichkeit fehlt, diesen Anforderungen gerecht zu werden.<sup>67</sup> Eine Unmöglichkeit des Abführens von Sozialversicherungsbeiträgen kann im Rahmen des § 266a Abs. 1 StGB sowohl auf tatsächlichen (z.B. Fehlen finanzieller Mittel<sup>68</sup>) als auch auf rechtlichen Gründen (z.B. fehlende Verfügungsbefugnis des Arbeitgebers nach der Bestellung eines Insolvenzverwalters<sup>69</sup>) beruhen. In beiden Fällen geht das dem Unterlassungstatbestand innewohnende Handlungsgebot ins Leere<sup>70</sup> und der Tatbestand des Unterlassungsdelikts ist nicht erfüllt.<sup>71</sup> Strafbarkeitsbegründend kann dabei jedoch nur eine Herbeiführung der Unmöglichkeit sein, die in vorwerfbarer, weil pflichtwidriger Weise vonstatten

<sup>64</sup> Diskutiert wird in Teilen des Schrifttums in solchen Fällen ein Wegfall des Strafbedürfnisses, vgl. *Lenckner* (Fn. 12), Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 62 m.w.N.; dagegen *Schlehofer*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 57), vor § 32 Rn. 158 ff.

<sup>65</sup> Diese Rechtsfigur insgesamt ablehnend aber z.B. *Baier*, GA 1999, 274 ff.

<sup>66</sup> Vgl. aus der Rechtsprechung zu § 266a etwa BGHSt 47, 318 ff.; BGH NJW 2002, 2480 ff.; s.a. *Lenckner/Perron*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 12), § 266a Rn. 10 m.w.N.

<sup>67</sup> Zur Möglichkeit der vorzunehmenden Handlung als allgemeinem Tatbestandsmerkmal jedes (echten und unechten) Unterlassungsdelikts s. nur *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 2003, § 31 Rn. 8 ff.; *Stree*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 12), Vorbem. §§ 13 ff. Rn. 141; *Wessels/Beulke* (Fn. 29), Rn. 708.

<sup>68</sup> Vgl. beispielsweise BGHSt 47, 318 ff.; *Satzger*, *Jura* 2006, 513 (517); a.A. OLG Celle NStZ 1998, 303: Zahlungsunfähigkeit begründe keine Unmöglichkeit der Beitragsleistung.

<sup>69</sup> S. etwa BGH NJW 1998, 1306 f. (noch zur Bestellung eines Sequestors).

<sup>70</sup> Ob man dann bei rechtlicher Unmöglichkeit schon gar nicht von einem Unterlassen ausgeht – so etwa *Gropp*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. 2005, § 11 Rn. 48 f. – oder anders als bei tatsächlicher Unmöglichkeit ein Unterlassen annimmt, dieses aber für nicht tatbestandsmäßig hält – so *Roxin* (Fn. 67), § 31 Rn. 14 –, spielt im Ergebnis keine Rolle.

<sup>71</sup> Ganz anders *Tröndle*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar*, 48. Aufl. 1997, § 266a Rn. 12, zustimmend OLG Celle NStZ 1998, 303 (304): Bei rechtlicher Unmöglichkeit sei nicht der Tatbestand ausgeschlossen, sondern von einer Rechtfertigung auszugehen.

<sup>62</sup> *Hauck*, NStZ 2007, 221 (221 f.).

<sup>63</sup> S. allgemein *Jerouschek/Köbel*, JuS 2001, 417 ff.

geht.<sup>72</sup> Ob die Unmöglichkeit der Pflichterfüllung durch aktives Tun (Bsp.: der Arbeitgeber „verjubelt“ das erforderliche Geld) oder durch Unterlassen (Bsp.: Nichteintreiben von Forderungen, keine Ausschöpfung eines Kreditrahmens) herbeigeführt wurde, macht hierbei im Ergebnis keinen Unterschied.<sup>73</sup>

a) *Eine ungenaue Aussage des BGH: „Unmöglichkeit“ der Beitragsleistung*

Der BGH kommt – ausgehend von der Annahme, die Bescheinigung schließe einen Beitragsanspruch aus – zu dem Schluss, es sei „dem Täter die von § 266a StGB abverlangte Handlung – rechtzeitige Beitragsabführung – rechtlich und tatsächlich unmöglich“.<sup>74</sup> Da feststand, dass der Angeklagte diese „Unmöglichkeit“ auf unlautere Weise herbeigeführt hatte, wären nun Ausführungen zu einer *omissio libera in causa* zu erwarten gewesen.

Dass das Gericht auf diese Rechtsfigur nicht einging, erweist sich allerdings im Ergebnis als verzeihlich. Dies liegt daran, dass bereits die Formulierung, die Beitragszahlung sei unmöglich, für den vorliegenden Sachverhalt nicht wirklich passt. Denn wenn, wie der BGH meint, auf Grund der E-101-Bescheinigung schon der Beitragsanspruch nicht entsteht, so wird durch ihre Beantragung die künftige Handlungspflicht als solche vermieden und nicht erst die Möglichkeit, ihr nachzukommen. Wenn aber niemals eine Handlungspflicht besteht, fehlt es an einem Anknüpfungspunkt für einen Unterlassungsvorwurf. Überdies passen die Überlegungen, mittels derer die Figur der *omissio libera in causa* begründet wird, für diesen Fall nicht: Man rechtfertigt die Vorverlagerung der Strafbarkeit, indem aus dem Bestehen (!) eines Handlungsgebots das Verbot abgeleitet wird, diese Handlung unmöglich zu machen.<sup>75</sup> Um eine *omissio libera in causa* zu begründen, müsste hier hingegen aus der Möglichkeit, dass in absehbarer Zeit ein Handlungsgebot existieren könnte, gefolgert werden, dass dessen Entstehung nicht beeinträchtigt werden darf.

Zur Verdeutlichung mag folgendes Beispiel dienen: Wenn ein Arbeitgeber ein Arbeitsverhältnis auflöst und sich so neben dem Gehalt auch künftige Sozialversicherungsabgaben erspart, wäre es absurd, daraus eine Strafbarkeit gem.

<sup>72</sup> Allgemein Stree, in: Schönke/Schröder (Fn. 12), Vorbem. §§ 13 ff. Rn. 144 („vorsätzlich oder fahrlässig“); zu § 266a StGB s. Lenckner/Perron (Fn. 66), § 266a Rn. 10 („pflichtwidrig“) m.w.N.

<sup>73</sup> A.A. Samson/Günther, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Aufl., 39. Lieferung, Stand: Dezember 2006, § 266a Rn. 31, die eine Herbeiführung der Unmöglichkeit durch aktives Tun ablehnen. Dahinter steht die These, dass die Erfüllung anderer Verbindlichkeiten keine *omissio libera in causa* begründen dürfe, weil Sozialversicherungsansprüchen kein Vorrang gegenüber Ansprüchen anderer Gläubiger zukomme. Dagegen die h.M., s. Lackner/Kühl (Fn. 25), § 266a Rn. 10 m.w.N.

<sup>74</sup> BGH – 1 StR 44/06, Rn. 25, eigene Hervorhebung.

<sup>75</sup> Roxin (Fn. 67), § 31 Rn. 105 f.; Struensee, in: Küper (Hrsg.), Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993, S. 133 (151).

§ 266a StGB abzuleiten. Dies muss selbst dann gelten, wenn die Auflösung des Arbeitsverhältnisses auf noch so unlautere Weise betrieben wird – etwa indem der Arbeitgeber den Arbeitnehmer durch permanentes „Mobbing“ zur Kündigung bewegt. Andernfalls würde der Vorwurf auf die Art und Weise der Beendigung des Arbeitsverhältnisses verlagert – und das hätte mit dem Tatbestand des § 266a StGB nichts mehr zu tun.

Wollte man auch beim Fehlen eines Beitragsanspruchs eine Unmöglichkeit der Pflichterfüllung annehmen, so sei ergänzend auf Folgendes hingewiesen: Wegen der Bindungswirkung der E-101-Bescheinigung wäre es ausgeschlossen, zu überprüfen, ob die Unmöglichkeit der Beitragsleistung in vorwerfbarer Weise (durch Erschleichen der Bescheinigung) herbeigeführt wurde. Denn wenn nicht kontrolliert werden darf, ob die Voraussetzungen des Art. 14 Abs. 1 lit. a i) VO 1408/71 wirklich vorlagen, kann auch die Täti-gung von Falschangaben nicht belegt werden.<sup>76</sup>

b) *Keine ommissio libera in causa nach der hier vertretenen Konzeption*

Geht man richtigerweise davon aus, dass die E-101-Bescheinigung nur eine Vermutung für das Fehlen eines Anspruchs der Sozialversicherungsträger begründet, so ändert dies im Grunde nichts: Denn infolge der europarechtlich begründeten Wirkung der Bescheinigung fehlt es doch an einer Prüfungsmöglichkeit hinsichtlich dieses Merkmals. Das Strafgericht hat deshalb (in dubio pro reo) davon auszugehen, dass eine Beitragspflicht – mit anderen Worten: eine Pflicht, der der Angeklagte hätte nachkommen müssen – gar nicht bestand. Nach dem soeben Gesagten liegt dann keine Konstellation einer *omissio libera in causa* vor. Damit schließt die Existenz einer E-101-Bescheinigung auch eine Vorverlagerung der Strafbarkeit gem. § 266a Abs. 1 StGB aus.

2. *Strafbarkeit gem. § 263 Abs. 1 StGB*

In den Falschangaben gegenüber den portugiesischen Behörden kann aber zugleich ein Anknüpfungspunkt für die Begehung eines Betrugs gegenüber den portugiesischen Behörden und zu Lasten der deutschen Sozialversicherungsträger gesehen werden.<sup>77</sup> Dass in Portugal nicht der Angeklagte selbst tätig wurde, sondern seine Mittelsmänner, soll dabei in der vorliegenden Untersuchung nicht näher problematisiert werden: Eine zurechnungsbegründende Mittäterschaft gem. § 25 Abs. 2 StGB ließe sich nämlich jedenfalls nach der subjektiven Theorie der Rechtsprechung – infolge des massiven Tatinteresses des Angeklagten – unschwer begründen.<sup>78</sup>

a) *Fehlende Beweisbarkeit einer Täuschung über Tatsachen*

Vorauszusetzen wäre für eine Betrugsstrafbarkeit zunächst, dass die portugiesischen Behörden darüber getäuscht worden

<sup>76</sup> S.o. III. 1. b).

<sup>77</sup> So auch der BGH – 1 StR 44/06, Rn. 31 ff.

<sup>78</sup> Für Nachweise und die Kritik daran, dass nach der subjektiven Theorie kein Tatbeitrag im Ausführungsstadium notwendig ist s. nur Roxin (Fn. 67), § 25 Rn. 201 ff.

wären, dass die Sozialversicherungspflicht in Portugal fortbesteht. Da aber – solange eine E-101-Bescheinigung in Kraft ist – davon auszugehen ist, dass dies tatsächlich der Fall ist, kann schon das Vorliegen einer Täuschung über Tatsachen nicht bewiesen werden. Wie auch der BGH zu Recht betont, scheidet eine Betrugsstrafbarkeit deshalb aus. Es sei noch der Hinweis gestattet, dass durch diese Lösung das oben skizzierte Koinzidenzprinzip nicht in Mitleidenschaft gezogen wird: Die Bescheinigung führt nicht zur Umbewertung eines im Moment seiner Vornahme strafbaren Verhaltens. Sie setzt vielmehr einen logischen Schritt früher an und schließt bereits die Feststellung aus, dass das Verhalten im Moment der Handlung verboten war. Dass es sich damit um ein im deutschen Strafrecht ungewöhnliches Instrument handelt, soll später<sup>79</sup> noch einmal aufgegriffen werden.

#### b) Strafbarkeit wegen versuchten Betrugs?

Andenken ließe sich jedoch, inwieweit die E-101-Bescheinigung auch eine Versuchsstrafbarkeit hindert – dass die in der Bescheinigung getroffenen Feststellungen auch eine Überprüfung dessen ausschließen, was sich der Angeklagte nur vorgestellt hat, bedürfte einer gesonderten Begründung. In Bezug auf den Anknüpfungspunkt „Nichtabführen von Beiträgen“ konnte sich diese Frage nicht stellen: der Versuch des § 266a Abs. 1 StGB ist nicht strafbar. Bei der Untersuchung des Anknüpfungspunktes „Falschangaben in Portugal“ hinsichtlich einer Betrugsstrafbarkeit kann dieser vom BGH nicht thematisierte Aspekt jedoch grundsätzlich in Betracht gezogen werden.

#### aa) Keine Sperrwirkung der E-101-Bescheinigung beim Versuch

Der Prüfung einer Versuchsstrafbarkeit steht die Erteilung einer E-101-Bescheinigung denn auch nicht zwingend im Wege: Wenn ihre Bindungswirkung den Nachweis ausschließt, dass tatsächlich eine Sozialversicherungspflicht in Deutschland bestand, heißt dies nicht automatisch, dass auch Feststellungen in Bezug auf die Vorstellung des Angeklagten „gesperrt“ wären. Denn betrachtet man die Gründe, auf welche sich die Bindungswirkung der E-101-Bescheinigung stützen lässt<sup>80</sup>, so greifen diese in Bezug auf eine Überprüfung des Vorgestellten nicht: Es würde ja bereits ausreichen, festzustellen, dass der Angeklagte glaubte, es bestehe ein Anspruch der Sozialversicherungsträger in Deutschland – ob dies zutrifft, ist gleichgültig. Die deutschen Gerichte müssten für eine Bestrafung wegen Versuchs also nicht die Entscheidung ihrer portugiesischen Kollegen kontrollieren und würden somit nicht gegen ihre Pflichten aus Art. 10 EG-Vertrag verstoßen. Zudem würde weder die Freizügigkeit der portugiesischen Arbeitgeber beeinträchtigt, noch die Dienstleis-

tungsfreiheit des als Arbeitgeber festgestellten portugiesischen Unternehmers.<sup>81</sup>

#### bb) Probleme im Rahmen des Betrugsstatbestands

Ist somit die Prüfung eines versuchten Betrugs nicht europarechtlich gehindert, so ist damit freilich noch nicht gesagt, dass der Tatbestand eines versuchten Betrugs vorliegend auch erfüllt wäre. Hingewiesen sei zunächst auf ein praktisches Problem: Der Nachweis des Tatenschlusses hinsichtlich einer Täuschung dürfte ohne die Möglichkeit, auf die tatsächlichen Umstände (Falschangaben) zu rekurrieren – insoweit reicht ja wie gesehen die Bindungswirkung der Bescheinigung –, nur selten gelingen.

Problematisch ist weiterhin, ob der Angeklagte auch einen Tatenschluss in Bezug auf eine Vermögensverfügung<sup>82</sup> gefasst hatte. Diese könnte nur in der Ausstellung der E-101-Bescheinigung erblickt werden.<sup>83</sup> In einem ersten Schritt wäre nun die „Klippe“ zu umschiffen, dass der Geschädigte (die deutschen Sozialversicherungsträger) nicht mit dem Getäuschten (den portugiesischen Behörden) übereinstimmt. Dies lässt sich über die Konstruktion des Dreiecksbetrugs bewerkstelligen – das hierfür erforderliche Näheverhältnis<sup>84</sup> könnte über Art. 10 EG konstruiert werden: Die portugiesischen Behörden sind schließlich nicht nur in der Lage, ihre deutschen Kollegen durch die Ausstellung von E-101-Bescheinigungen faktisch zu binden, sondern eine gewisse „Nähe“ kann auch angesichts der Pflicht zur vertrauensvollen Zusammenarbeit nicht geleugnet werden.

Die nächste Hürde erweist sich m.E. als nicht überwindbar: Der Tatenschluss müsste darauf gerichtet sein, dass durch die Ausstellung der Bescheinigung eine unmittelbare

<sup>81</sup> Die Bejahung einer Vollendungsstrafbarkeit hätte zwar auch keine unmittelbaren Auswirkungen für diese Grundfreiheiten, würde ihre Ausübung aber – indem sie die Entscheidung der Behörden des Heimatstaates aushebelt und auch sozialrechtlich angreifbar macht – jedenfalls indirekt beeinträchtigen.

<sup>82</sup> Zu diesem ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal s. allgemein *Maurach/Schröder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 9. Aufl. 2003, § 41 Rn. 70 ff.; *Cramer/Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 12), § 263 Rn. 54 ff.; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 29. Aufl. 2006, Rn. 514 ff.

<sup>83</sup> Die unterbliebene Geltendmachung des Beitragsanspruchs in Deutschland scheidet als Vermögensverfügung aus, weil die deutschen Behörden nicht Opfer der Täuschung durch die Falschangaben waren, vgl. *Lackner/Kühl* (Fn. 25), § 263 Rn. 21; *Cramer/Perron* (Fn. 82), § 263 Rn. 54, 65; *Maurach/Schröder/Maiwald* (Fn. 82), § 41 Rn. 79. In dem Nichtanmelden der Wanderarbeiter kann hingegen noch keine Täuschung erblickt werden, s. *Tiedemann*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Fn. 51), 11. Aufl. 1999, §§ 223 bis 263a, § 263 Rn. 78 m.w.N.

<sup>84</sup> Zum diesbezüglichen Meinungsstand s. *Maurach/Schröder/Maiwald* (Fn. 82), § 41 Rn. 79 ff.; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 82), Rn. 638 ff.; *Tröndle/Fischer* (Fn. 12), § 263 Rn. 47 ff.

<sup>79</sup> Zu Möglichkeiten einer Einordnung der Bescheinigung in das deutsche Strafrechtssystem s.u. V.

<sup>80</sup> Näher dazu oben II. 2. b).

Vermögensminderung auf Seiten der deutschen Sozialversicherungsträger eintritt. Bei der Ausstellung der Bescheinigung steht den Sozialversicherungsträgern in der Bundesrepublik aber noch gar kein Beitragsanspruch zu; dieser entsteht gem. § 3 SGB IV erst mit der Aufnahme der Tätigkeit in Deutschland. Zuvor existiert allenfalls die Aussicht, dass ein derartiger Anspruch entstehen könnte. Wann eine solche Exspektanz als Vermögensbestandteil angesehen werden kann, wird kontrovers diskutiert. Einigkeit dürfte dahingehend bestehen, dass ein Vermögenszuwachs – vor der Verfügung (!) – zumindest mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten sein muss.<sup>85</sup> Nun macht die Beantragung der Bescheinigung zwar wenig Sinn, wenn der Arbeitnehmer nicht auch in Deutschland tätig werden soll. Jedoch sind vielfältige Gründe vorstellbar, aus denen die Aufnahme der Tätigkeit selbst nach der Erteilung der Bescheinigung scheitern kann, man denke nur an eine Erkrankung des Arbeitnehmers, das „Abspringen“ des deutschen Auftraggebers etc. Bevor die Bescheinigung ausgehändigt wird, kann sich der Arbeitgeber sogar vorbehalten, den Arbeitnehmer nur ins Ausland zu schicken, wenn es gelingt, für diesen eine E-101-Bescheinigung zu bekommen. Damit ist die Aussicht auf das Entstehen eines Sozialversicherungsanspruchs in diesem Moment aber noch zu unsicher, als dass ihr Vermögenswert zukommen könnte. Das gilt erst recht, wenn man – mit guten Gründen – strengere Anforderungen an eine vermögensrelevante Exspektanz stellt und beispielsweise schon vor der Verfügung eine Position voraussetzt, über die der Inhaber „Herrschaft“ ausüben kann.<sup>86</sup> Die deutschen Sozialversicherungsträger haben keinerlei Einfluss darauf, dass der betreffende Arbeitnehmer wirklich in Deutschland tätig wird, es fehlt ihnen deshalb an einer hinreichenden Herrschaftsposition. Demnach scheidet eine Bestrafung wegen versuchten Betrugs vorliegend aus.

### 3. Auswirkungen einer Aufhebung der E-101-Bescheinigung

Im Falle einer (rückwirkenden) Aufhebung der Bescheinigung hält der *I. Strafsenat* eine Betrugsstrafbarkeit für denkbar.<sup>87</sup> Jedenfalls nach der hier vertretenen Ansicht würde es jedoch auch dann an einer Vermögensverfügung fehlen.

### 4. Zwischenergebnis: Straflosigkeit der Falschangaben in Portugal

Damit ist – im Übrigen ohne dass auf die Bindungswirkung der E-101-Bescheinigung rekuriert werden müsste – auch durch die Falschangaben in Portugal keine Strafbarkeit begründet worden. Ob dieses Verhalten noch vom Tatbegriff gem. § 264 StPO umfasst gewesen wäre, kann daher an dieser Stelle – wie auch ausdrücklich vom BGH<sup>88</sup> – offen gelassen werden.

<sup>85</sup> Cramer/Perron (Fn. 82), § 263 Rn. 87; Tröndle/Fischer (Fn. 12), § 263 Rn. 57 m.w.N.

<sup>86</sup> S. ausführlich Hefendehl, Vermögensgefährdung und Expektanzen, 1994, S. 115 ff., v.a. 117 f.

<sup>87</sup> BGH – 1 StR 44/06, Rn. 33.

<sup>88</sup> BGH – 1 StR 44/06, Rn. 32.

## V. Versuch einer strafrechtsdogmatischen Einordnung der E-101-Bescheinigung

Nachdem zunächst die Wirkung der E-101-Bescheinigung hergeleitet wurde, um dann zu untersuchen, welche Auswirkungen sie im Ausgangsfall für eine Strafbarkeit hat, soll nun versucht werden, die Bindungswirkung der Bescheinigung in das deutsche Strafrechtssystem einzuordnen.

### 1. Beweis- und verfahrensrechtliche Ansätze

Vom Ergebnis – dem Ausschluss einer Überprüfung hinsichtlich des Bestehens eines Sozialversicherungsverhältnisses – her betrachtet wäre es denkbar, eine Parallele zu den sog. Beweisthemenverboten<sup>89</sup> zu ziehen. Allerdings würde damit die oben skizzierte quasi-materielle, rechtsscheinbegründende Wirkung „unterschlagen“: Die Bescheinigung wirkt nicht nur negativ dahingehend, dass ein bestimmter Umstand nicht überprüft werden kann, sondern vielmehr auch positiv, weil sie vorgibt, dass ein bestimmter Sachverhalt als feststehend zu akzeptieren ist. Überdies ließe sich mittels der Annahme eines Beweisthemenverbots zwar die Bindung der Gerichte erklären. Dass auch Behörden, die keine „Beweise“ im eigentlichen Sinn erheben, an einer Überprüfung gehindert sein sollen, wäre daraus aber nicht unbedingt abzuleiten.<sup>90</sup> Dieser Einwand steht auch einer Klassifizierung als Verfahrenshindernis<sup>91</sup> entgegen.

### 2. Einordnung als Vermutung im technischen Sinn

Ausgehend von der mit einer „Vermutung“ umschriebenen Wirkung der Bescheinigung – umfassende Bindung hinsichtlich aller darin festgestellter Tatsachen – liegt es nahe, sie auch rechtstechnisch als Vermutung einzuordnen. Dies bedeutet zugegebenermaßen, ein Instrument auf das Strafrecht übertragen, welches diesem, anders als beispielsweise dem Zivilrecht,<sup>92</sup> bislang eher fremd ist.

Einiges Unbehagen hierüber spricht auch aus den Äußerungen des BGH, mit denen er die Konstruktion einer Vermutung ablehnt.<sup>93</sup> Schon zu Beginn unserer Betrachtung wurde allerdings ausführlich dargetan, dass zum einen sein Alternativweg zur Straffreiheit der Beitragsvorenthaltung – die Annahme, die Bescheinigung schließe einen Anspruch der Versicherungsträger aus – mit der Rechtsgrundlage der Bescheinigung nicht zu vereinbaren ist.<sup>94</sup> Zum anderen wurde auch gezeigt, dass der Bundesgerichtshof letztlich selbst nicht

<sup>89</sup> Zum Begriff s. etwa Kühne, Strafprozessrecht, 7. Aufl. 2007, Rn. 882 ff.; Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl. 1998, § 24 Rn. 14 f.

<sup>90</sup> In diese Richtung offenbar auch der BGH – 1 StR 44/06, Rn. 23.

<sup>91</sup> Hauck, NStZ 2007, 221, deutet diese Möglichkeit auf Grund einer ungenauen Formulierung des BGH an, betont aber zu Recht, dass dann gar kein Urteil in der Sache hätte ergehen dürfen.

<sup>92</sup> Zur Vermutung im Zivilrecht s. etwa Köhler, BGB, Allgemeiner Teil, 30. Aufl. 2006, § 3 Rn. 16 f.

<sup>93</sup> BGH – 1 StR 44/06, Rn. 23, 25.

<sup>94</sup> Siehe II. 2. a).

ohne die Konstruktion einer Vermutung auskommt: In Bezug auf alle Umstände im Vorfeld der Bescheinigungserteilung – die Voraussetzungen eines Rechtsmissbrauchs, die Arbeitgebereigenschaft des Angeklagten, die Täuschung gem. § 263 Abs. 1 StGB – muss er unmittelbar auf die Bindungswirkung der Bescheinigung zurückgreifen.<sup>95</sup> Lediglich bei der Frage des Bestehens eines Beitragsanspruchs im Rahmen des § 266a Abs. 1 StGB genügt ihm dies offenbar nicht. Da die Bindungswirkung der Bescheinigung in ihrer Gänze mit dem Begriff der Vermutung aber durchaus treffend zu umschreiben ist, spricht nichts dagegen, dies auch zu tun.

Überdies hat sich gezeigt, dass die Schwierigkeiten, die mit dieser ungewöhnlichen Konstruktion verbunden sind, nicht übergewichtet werden sollten. Sie ergeben sich in erster Linie hinsichtlich einer Rücknahme der Bescheinigung. Die vorliegende Untersuchung hofft aber, hierfür eine brauchbare Lösung angeboten zu haben.

## VI. Ausblick

Eine gewisse Missbrauchsgefahr durch die zu großzügige Erteilung von E-101-Bescheinigungen ist nicht zu leugnen, weil der Heimatstaat eines entsandten Arbeitnehmers sich auf diese Weise die Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen sichern kann.<sup>96</sup> Den EuGH hat diese Gefahr jedoch nicht dazu bewegt, Ausnahmen hinsichtlich der Bindungskraft der Bescheinigung zu postulieren; offenbar wiegt für den Gerichtshof eine damit verbundene Beschränkung der Grundfreiheiten schwerer. Dass sich diese Einschätzung in der näheren Zukunft ändern wird, ist derzeit nicht absehbar. Ein legislativer Ansatzpunkt für die Einführung einer Missbrauchskontrolle bestünde jedoch in den Regelungen über die Verwaltungskommission in Art. 80 ff. VO 1408/71. Sie behandelt bislang gem. Art. 81 lit. a VO 1408/71 namentlich Auslegungsfragen, die sich aus der VO 1408/71 ergeben. Hinderlich wäre freilich ein Einstimmigkeitserfordernis bei Beschlüssen, wie es derzeit in Art. 80 Abs. 3 UA 2 VO 1408/71 enthalten ist; außerdem sind die Beschlüsse der Verwaltungskommission im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten nicht verbindlich.<sup>97</sup> Diese Hemmnisse de lege ferenda zu beseitigen, erscheint aber jedenfalls aussichtsreicher als darauf zu hoffen, dass der EuGH seine Rechtsprechung zur Bindungswirkung der E-101-Bescheinigung einschränken wird.

---

<sup>95</sup> Siehe dazu oben III. 1. b) bb), III. 2. b) und IV. 2. a).

<sup>96</sup> Mayer, NZS 2001, 525 (527).

<sup>97</sup> EuGH Slg. 1981, 1241 (1256).

---