

An die
Mitgliedsunternehmen des
Bundesverbandes für selbständige
Wissensarbeit e.V.

www.selbständige-wissensarbeit.de

Ansprechpartner	Kontakt	Telefon	Berlin, den
Carlos Frischmuth	Carlos.Frischmuth@ selbstaendige-wissensarbeit.de	030 847 884 100	21. Februar 2020

Begleitschreiben zum Gutachten von den Professoren Boemke/ Schneider

Liebe Mitglieder des Bundesverbandes,

mit diesem Schreiben möchten wir einen wichtigen Hinweis mit Blick auf das Gutachten *„Mögliche Strafbarkeit nach § 266a StGB bei der Kooperation zwischen Personaldienstleistern, selbständigen Wissensarbeitern und Kundenunternehmen im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtshof vom 24. 01.2018, Az.: 1 StR 331/17)“* von Prof. Dr. Boemke und Prof. Dr. Schneider vom 19. März 2019 geben:

Das Gutachten untersucht und interpretiert die Sachlage insbesondere vor dem Hintergrund des BGH-Beschlusses des ersten Senats vom 24. Januar 2018. Nach inhaltlicher Fertigstellung des Gutachtens ist eine weitere BGH-Entscheidung eines anderen Senats (Bundesgerichtshof vom 13. 12.2018, Az.: 5 StR 275/18) zu dieser Thematik erlassen worden. Die Ergebnisse des Gutachtens, welches inhaltlich bereits vor Erscheinen der Urteilsgründe des 5. Strafsenates fertiggestellt waren, sollten daher nun auch im Lichte dieses neuen BGH-Urteils interpretiert werden.

In diesem Kontext verweisen die Professoren auf folgende Textstellen des Gutachtens, die im Lichte dieser Entscheidung zurückhaltender formuliert werden müsste:

Seite 53 f: *"Die strafrechtliche Rechtsprechung und Literatur ist hier deutlich zurückhaltender. Wenn eindeutige Kriterien fehlen, aus denen zwingend auf die Sozialversicherungspflicht zu schließen ist, und die Einlassung des Auftraggebers zum Vorsatz aus seiner Sicht des zwar geschäftserfahrenen, jedoch rechtsunkundigen Laien zumindest plausibel, also begreiflich, einleuchtend, nachvollziehbar, annehmbar erscheint, können hinsichtlich des Vorsatzes Zweifel nicht ausgeräumt werden."*

Weiterhin kommentieren die Professoren:

„Auch der Bezug auf die Entscheidung des 1. Senats vom 24.01.2018 bildet nicht mehr den aktuellen Stand der Rechtsprechung ab. Wir hatten argumentiert, dass sich aus dieser Entscheidung noch kein Richtungswechsel ergibt, sondern lediglich die Tendenz, dass zukünftig der Irrtum über die Arbeitgebereigenschaft als Tatbestandsirrtum anzusehen sein könnte.“

Aber auch dieses, vom 5. Senat erlassene Urteil ist bereits durch eine aktuellere Entscheidung des ersten Senats zeitlich wieder überlagert worden. In seinem Beschluss vom 24. September 2019 (1 StR 346/18) greift der erste Senat seine, im Beschluss vom 24. Januar 2018 angekündigte, Rechtsprechungsänderung wieder auf.

Die Professoren äußern sich dazu wie folgt:

„Zu beachten ist, dass der 1. Strafsenat des BGH durch Beschluss vom 24.09.19, 1 StR 346/18, sich nunmehr festgelegt hat und von einem Tatbestandsirrtum ausgeht. Bei der Abgrenzung zwischen dolus eventualis und bewusster Fahrlässigkeit wird auf die Lehre von der "Parallelwertung in der Laiensphäre" abgestellt. Die Konsequenzen dieser Entscheidung sind im Schrifttum noch nicht ausgeleuchtet worden.“

Da durch die zeitliche Überschneidung eine Einarbeitung der neuen Entscheidungen nicht mehr möglich war, möchten wir auf diesem Wege darauf hinweisen, dass diese aktuellen, höchstrichterliche Entscheidungen bei der Nutzung des Gutachtens zu beachten sind.

Mit besten Grüßen



Carlos Frischmuth
Vorsitzender des Vorstands