



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

5 StR 649/18

vom

18. Juli 2019

in der Strafsache

gegen

wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 18. Juli 2019,
an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof Dr. Mutzbauer,

die Richter am Bundesgerichtshof

Prof. Dr. König,

Dr. Berger,

Prof. Dr. Mosbacher,

Köhler

als beisitzende Richter,

Bundesanwalt beim Bundesgerichtshof

als Vertreter des Generalbundesanwalts,

Rechtsanwältin

als Verteidigerin,

Amtsinspektorin

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

Die Revision der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landgerichts Frankfurt (Oder) vom 10. Juli 2018 wird verworfen.

Die Staatskasse hat die Kosten des Rechtsmittels und die der Angeklagten hierdurch entstandenen notwendigen Auslagen zu tragen.

- Von Rechts wegen -

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat die Angeklagte aus tatsächlichen Gründen von dem Vorwurf freigesprochen, durch 135 selbstständige Handlungen als Arbeitgeberin den zuständigen Einzugsstellen Beiträge von Arbeitnehmern zur Sozialversicherung vorenthalten zu haben, sie pflichtwidrig über sozialversicherungsrechtlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis gelassen und ihnen dadurch vom Arbeitgeber zu tragende Beiträge zur Sozialversicherung vorenthalten zu haben. Der Angeklagten war mit der Anklage zur Last gelegt worden, als Betreiberin eines Kurierunternehmens in der Zeit von Mai 2009 bis Dezember 2012 sechs bei ihr als Arbeitnehmer beschäftigte Fahrer nicht bei den zuständigen Sozialversicherungsträgern angemeldet zu haben, wodurch diesen ein Gesamtschaden von 173.915,78 Euro entstanden sei. Gegen das Urteil richtet sich die mit einer Verfahrensrüge und der ausgeführten Sachrüge begründete Revision der Staatsanwaltschaft, die ohne Erfolg bleibt.

I.

2 Das Landgericht hat folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

3 1. Die Angeklagte führte im Anklagezeitraum ein Einzelunternehmen für Transporte. Sie war Vertragspartnerin des Logistikunternehmens (im Folgenden:) und hatte sich diesem gegenüber zu einer Zustellung von Paketen und Katalogen in bestimmten Gebieten verpflichtet. Hierzu hatte sie eine Lagerhalle angemietet, an der von werktätlich bis zu 900 Pakete angeliefert wurden, die noch am selben Tage ausgeliefert werden mussten. Um dieser Pflicht nachkommen zu können, hatte sie nach ihrem eigenen Vertragsabschluss mit gezielt unter anderem über Zeitungsinserte ausdrücklich nach selbständig tätigen Kurierfahrern gesucht. Mit allen „Auftragnehmern“ (AN) schloss sie als „Auftraggeberin“ (AG) gleichlautende schriftliche Verträge ab, die unter anderem Folgendes regelten:

„2. Durchführung der Zustellung: Der AN übt die Tätigkeit selbstständig aus. Er handelt im eigenen Namen und auf eigene Rechnung. Für seine Tätigkeit setzt er ausschließlich eigene Betriebsmittel ein. Diese sind insbesondere ein eigener PKW sowie eigene Räumlichkeiten zum Sendungsumschlag. Ein Anstellungsverhältnis zum AG besteht nicht, insbesondere wird keine sozialversicherungspflichtige Tätigkeit begründet.

Der AN ist für die ordnungsgemäße Durchführung der Aufgaben selbst verantwortlich. Im Falle seiner Verhinderung hat er selbst für eine entsprechende Vertretung zu sorgen. Kann keine Vertretung gestellt werden bzw. wird eine Vertretung durch den AG gestellt, kann dieser eine Aufwandsentschädigung von 0,25 € pro angefallene Sendung während des Ausfallzeitraums vom AN verlangen.

Alleiniger Ansprechpartner für den AN für sämtliche sich ergebende Fragen ist der AG. Alleiniger Ansprechpartner für AG ist der AN selbst.

3. Vergütung: Für die gemäß den Bestimmungen des Vertrages durchgeführten Leistungen gilt die mündlich festgelegte Vergütung. Mit der Vergütung sind sämtliche Aufwendungen des AN abgegolten. Insbesondere beinhaltet die Vergütung vergebliche Kundenanfahrten. (...)

Für die Versteuerung des Monatsentgeltes und für Versicherungen jeglicher Art hat der AN selbst zu sorgen.

4. Haftung: Der AN haftet für gänzlichen oder teilweisen Verlust sowie Beschädigungen von Sendungen, die er bzw. seine Mitarbeiter im Zusammenhang mit diesem Vertrag verursachen, sofern der Schaden nicht bereits nachweislich vor dem Zeitpunkt der Übergabe der Sendungen durch den AG eingetreten ist. (...)

5. Vertragsdauer: Dieser Vertrag tritt mit Unterschrift durch beide Vertragspartner in Kraft und wird auf unbestimmte Zeit geschlossen. Danach kann der Vertrag unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von [14 Tagen bis 3 Monate] schriftlich von beiden Vertragspartnern gekündigt werden. Bei Kündigung durch den AN muss Ersatz gestellt werden. (...)

6. Konkurrenzklausel: Der AN ist frei, selbständig am Markt weitere Beförderungsleistungen anzubieten und zu erbringen, soweit dies die Erfüllung dieses Vertrages nicht beeinträchtigt. Jegliche Erkennungszeichen des AG's sind ausschließlich während der für den AG durchgeführten Leistungen zu verwenden. (...)"

4 Das Zustellgebiet des einzelnen Auftragnehmers wurde zwischen ihm und der Angeklagten individuell vereinbart, wobei die jeweiligen Auftragnehmer überwiegend eine entsprechende Präferenz für ein bestimmtes Zustellgebiet hatten; es kam zu keiner einseitigen Zuweisung eines anderen Zustellgebiets durch die Angeklagte.

5 Nach den regelmäßigen Arbeitsabläufen nahm die Angeklagte die von angelieferten Pakete morgens bis etwa 8:30 Uhr in ihrer Lagerhalle zusammen mit unselbständig Beschäftigten entgegen und verteilte sie auf verschiedene Boxen, die den Auslieferungsgebieten der Auftragnehmer entsprachen. Diese entnahmen die Pakete aus den jeweiligen Boxen, ohne dass noch Absprachen mit der Angeklagten oder Weisungen durch sie erfolgten. Für den jederzeitigen Zugang hatten sie jeweils einen Schlüssel zur Halle. Den Zeitpunkt der Entnahme konnten die Auftragnehmer, die für ihre Tätigkeit jeweils eigene Fahrzeuge nutzten, frei wählen. Sie erschienen regelmäßig bis etwa 11:00 Uhr zur Abholung der Pakete und lieferten diese anschließend aus. Dabei

konnten sie ihre Touren innerhalb ihres Zustellbezirks frei bestimmen. Sie benötigten in der Regel zwischen drei und sechs Stunden für die gesamte Auslieferung, die sie nach ihrer vertraglichen Verpflichtung bis spätestens 20:00 Uhr durchzuführen hatten. Während der Paketauslieferung trugen sie eine mit einem Logo von

versehene Jacke und verwendeten zur Erfassung und Verwaltung der Lieferungen sowie zur Dokumentation der Unterschriften der Paketempfänger einen von zur Verfügung gestellten Handscanner, der täglich per Funk in der Lagerhalle der Angeklagten mit dem dortigen Computersystem synchronisiert wurde.

6 Den bei ihrer Tätigkeit nicht kontrollierten Kurierfahrern machte die Angeklagte für die konkrete Auslieferung weder bestimmte Vorgaben, noch erteilte sie ihnen diesbezüglich Weisungen. Ohne dass hierzu vertragliche Regelungen getroffen wurden, händigte sie ihnen mit der Bitte um Berücksichtigung ein Handbuch von aus, das aus Sicht der Auftragnehmer Selbstverständlichkeiten wie die Gestaltung des Kundenkontakts beinhaltete. Für die Auftragnehmer bestand die Möglichkeit, die Auslieferung der Pakete an eigene Subunternehmer zu delegieren.

7 Die Vergütung der Leistungen der Auftragnehmer erfolgte vertragsgemäß jeweils monatlich nach Rechnungslegung anhand der Anzahl der jeweils ausgelieferten Pakete und Kataloge. Die verhandelbare Vergütung, die pro Paket gezahlt wurde, war – ebenso wie die Kündigungsfrist, die im Bereich von 14 Tagen bis zu drei Monaten variierte – mit den einzelnen Auftragnehmern individuell vereinbart und dementsprechend unterschiedlich. Zur eigenen zeitnahen Kostenkontrolle und zur Vermeidung von wiederholten Abrechnungsprüfungen berechnete die Angeklagte monatlich die den Auftragnehmern geschuldeten Beträge selbst und stellte ihnen zur einfacheren Rechnungslegung entsprechend vorbereitete Vordrucke zur Verfügung. Soweit sie nicht von der Kleinunternehmerregelung des § 19 UStG Gebrauch machten, führten die Auftragneh-

mer in den Rechnungen ausgewiesene Umsatzsteuer an das Finanzamt ab. Auch erstellten sie die im Rahmen der Einkommensteuererklärung erforderliche Einnahme-Überschuss-Rechnung und zahlten die anfallende Einkommensteuer.

8

Alle Auftragnehmer sahen sich als selbständig an und waren – mit einer Ausnahme – bereits vor Beginn ihrer für die Angeklagte ausgeübten Tätigkeit als Selbstständige mit einer entsprechenden Gewerbeanmeldung aufgetreten. So führte von den sechs Auftragnehmern, welche die Anklage als Arbeitnehmer eingestuft hat, der privat kranken- und rentenversicherte Zeuge B. schon seit 2009 mit einem monatlichen Umsatz von etwa 1.200 Euro Kurierfahrten für medizinische Labore durch, bevor er ab März 2011 daneben auch für die Angeklagte Auslieferungen von täglich bis zu 80 Paketen bei einem Zeitaufwand von bis zu vier Stunden erbrachte. Der Zeuge R. hatte, bevor er seit Ende 2009 für die Angeklagte täglich durchschnittlich etwa 100 Pakete auslieferte, bereits im Jahr 2007 ein Gewerbe unter anderem für Kleintransporte angemeldet; er hatte für die Anschaffung seines Transporters einen Bankkredit von über 21.000 Euro aufgenommen und zu seiner eigenen Entlastung vorübergehend auch zwei Arbeitnehmer auf geringfügiger Basis eingestellt. Der Zeuge Sc., der seit März 2010 für die Angeklagte täglich bis zu 120 Pakete ausfuhr, war zuvor mit einem von ihm auch beworbenen Gewerbe unter anderem als Kleintransporteur selbständig tätig. Der Zeuge Z. erbrachte schon vor der Übernahme von Aufträgen der Angeklagten Anfang 2010 zehn Jahre lang gewerblich Dienstleistungen; bevor er sich schließlich auf die Tätigkeit für die Angeklagte konzentrierte und für sie täglich 120 bis 160 Pakete in der Zeit von 9 bis 18 Uhr auslieferte, führte er anfänglich auch Aufträge für andere Auftraggeber aus. Auch der zuvor schon mit einem angemeldeten Gewerbe am Markt tätige und privat kranken- sowie rentenversicherte Zeuge Br. nahm nach Beginn seiner Paketauslieferungen für die Angeklagte im Dezember 2009 weiterhin Transportaufträge für andere Auftraggeber an. Lediglich der Zeuge

Sa. meldete ein Gewerbe erst mit Beginn seiner Tätigkeit für die Angeklagte an; er hatte bereits zuvor mit seinem Transporter im Nebenerwerb ein Transportgeschäft betrieben.

9 2. Nach Auffassung der Wirtschaftsstrafkammer war die Angeklagte keine Arbeitgeberin, zu der die als Auslieferer tätigen Zeugen B. , R. , Sc.

, Z. , Br. und Sa. in einem sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis im Sinne von § 7 Abs. 1 SGB IV standen. Bei einer Gesamtschau der maßgeblichen Abgrenzungskriterien hat sie die Indizien für die Selbstständigkeit der Kurierfahrer als überwiegend angesehen.

10 Gegen eine Stellung der Zeugen als Arbeitnehmer habe insbesondere gesprochen, dass die Integration in den Geschäftsablauf des Betriebes der Angeklagten denkbar gering gewesen sei. Die Pakete seien in Boxen vorsortiert gewesen und hätten von den Zeugen zu einer frei wählbaren Zeit dort abgeholt werden können. Konkrete Weisungen habe ihnen die Angeklagte nicht erteilt. Auch hätten die Zeugen keine höchstpersönliche Erbringung der Fahrten geschuldet, sondern es sei eine Delegation der Arbeit an eigene Arbeitnehmer oder auch Subunternehmer möglich gewesen. Es seien keine festen Arbeitszeiten vorgegeben worden. Die geschuldete Leistung sei primär auf die Erbringung eines Erfolgs gerichtet gewesen und habe Werkleistungscharakter gehabt. Das Erfolgsrisiko sei von den Zeugen zu tragen gewesen; dementsprechend sei auch die Vergütung ausschließlich erfolgsabhängig gewesen und habe teilweise erheblich geschwankt. Zudem habe das Verlust-, Beschädigungs- und Rechtzeitigkeitsrisiko primär beim Auftragnehmer gelegen. Die Notwendigkeit von Auslieferungen bis zu einer bestimmten Uhrzeit sei für Transportdienstleistungen typisch und daher kein geeignetes Indiz für eine nichtselbständige Tätigkeit der Zeugen. Auch seien die Kurierfahrten der Zeugen keine Vollzeittätigkeit, so dass noch Zeit für andere Aufträge und freie Zeitgestaltung geblieben sei. Gerade dieser Umstand sei für die Zeugen das wesentliche Motiv für die

hier in Rede stehende Kuriertätigkeit gewesen, bei der sie sich selbst als Selbstständige angesehen hätten mit allen daraus folgenden Vor- und Nachteilen. Teilweise seien sie für andere Auftraggeber gefahren. So hätten sie die Einkommensteuer, gegebenenfalls Umsatzsteuer sowie die Beiträge zur Kranken- und Rentenversicherung selbst gezahlt und weder einen Verdienst im Krankheitsfall noch einen Urlaubsanspruch gehabt. Sowohl die Vergütung als auch das Auslieferungsgebiet seien ausgehandelt worden; insbesondere habe die Angeklagte – etwa bei Ausfall eines Fahrers – keinem Auftragnehmer ein anderes oder zusätzliches Auslieferungsgebiet zuweisen können. Im Vergleich zu weiteren von ihr eingesetzten Kurierfahrern, die auch die Deutsche Rentenversicherung als selbstständige Subunternehmer bewertet habe, seien deren Arbeitsablauf und vertragliche Regelungen nicht von denen der hier in Frage stehenden Auftragnehmer abgewichen.

II.

11 Die Revision der Staatsanwaltschaft, die vom Generalbundesanwalt hinsichtlich der Sachrüge vertreten worden ist, bleibt ohne Erfolg.

12 1. Die Rüge einer Verletzung der Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO), mit der die Staatsanwaltschaft beanstandet, dass das Landgericht den Inhalt des Handbuches von nicht festgestellt habe, ist nicht in der gehörigen Form erhoben und damit unzulässig (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO). Eine zulässig erhobene Aufklärungsrüge setzt unter anderem voraus, dass der Revisionsführer eine bestimmte Beweistatsache und die Umstände angibt, aufgrund derer sich das Tatgericht zu der vermissten Beweiserhebung hätte gedrängt sehen müssen (st. Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 15. September 1998 – 5 StR 145/98, NStZ 1999, 45; Beschlüsse vom 18. August 1993 – 3 StR 469/93, BGHR StPO, § 344 Abs. 2 Satz 2 Aufklärungsrüge 7; vom 1. Juli 2010 – 1 StR 259/10, NStZ-RR 2010, 316; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 62. Aufl., § 244 Rn. 102 mwN). Der Revisionsbegründung ist keine dieser Voraussetzungen zu entnehmen: Die

Beschwerdeführerin bezeichnet weder eine bestimmte Tatsache (RB S. 21: „... inwieweit die Arbeitsabläufe der Zeugen dort be- und festgeschrieben sind“) noch legt sie Umstände dar, warum sich die Wirtschaftsstrafkammer zu einer Beweiserhebung über den Inhalt des Handbuches hätte gedrängt sehen müssen, der nach den Feststellungen nicht Vertragsbestandteil geworden ist und bei Durchführung der Kurierfahrten keine Rolle gespielt hat (UA S. 9, 20 f.). Auch das Handbuch selbst legt sie nicht vor.

13 2. Der angefochtene Freispruch hält sachlich-rechtlicher Nachprüfung stand.

14 a) Gegen die den Feststellungen zum objektiven Geschehen zugrundeliegende Beweiswürdigung des Landgerichts bestehen keine durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

15 Die Beweiswürdigung ist dem Tatgericht vorbehalten (§ 261 StPO) und vom Revisionsgericht grundsätzlich hinzunehmen. Dessen Beurteilung unterliegt nur, ob dem Tatgericht Rechtsfehler unterlaufen sind. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die Beweiswürdigung widersprüchlich, unklar oder lückenhaft ist. Derartige Fehler zeigt die Beschwerdeführerin mit ihren Einwänden nicht auf, die in erster Linie auf die rechtliche Bewertung der Tätigkeit der Kurierfahrer durch das Landgericht aufgrund der hierzu festgestellten Indiztatsachen abzielen und deren Gewichtung bemängeln.

16 Zwar sind die Ausführungen des Landgerichts zur Beweiswürdigung denkbar knapp (UA S. 18 f.). Ihnen ist jedoch noch hinreichend deutlich zu entnehmen, dass die Angeklagte und die sieben als Zeugen gehörten Auftragnehmer den Feststellungen entsprechende, miteinander in Einklang stehende Angaben gemacht haben, aus denen sich ein „einheitliches Bild vom Geschehen“ ergeben hat. Angesichts der Plausibilität der von der Angeklagten eingeräumten objektiven Geschehensabläufe ist die Würdigung des Landgerichts, deren Einlassung und die sie bestätigenden Aussagen der Zeugen seien glaubhaft ge-

wesen, insoweit nachvollziehbar. Es begründet hier daher – jedenfalls zum äußeren Tatgeschehen – ausnahmsweise auch noch keinen durchgreifenden Darstellungsmangel, dass das Landgericht die Einlassung der Angeklagten nicht einmal in ihren wesentlichen Grundzügen zusammenhängend wiedergegeben hat, wie es für eine Nachprüfung der Beweiswürdigung durch das Revisionsgericht grundsätzlich erforderlich ist (st. Rspr., vgl. BGH, Urteile vom 17. Mai 1990 – 4 StR 208/90, BGHR StPO § 267 Abs. 5 Freispruch 4; vom 10. August 1994 – 3 StR 705/93, BGHR StPO § 267 Abs. 5 Freispruch 10, und vom 30. September 2010 – 4 StR 150/10; Beschluss vom 30. Dezember 2014 – 2 StR 403/14, BGHR StPO § 267 Abs. 1 Satz 2 Einlassung 2 mwN).

- 17 Auch mit der Beanstandung des Generalbundesanwalts, die Aussagen der Kurierfahrer zum Wortlaut des „Handbuches von “ hätten näher erörtert werden müssen, ist kein Rechtsfehler in der Darstellung der Beweiswürdigung dargetan. Denn das Landgericht hat in den Gründen ausgeführt, dass sich die Zeugen an den konkreten Inhalt gerade nicht mehr hätten erinnern können (UA S. 21), so dass es insoweit einer näheren Erörterung dieser Aussagen auch nicht bedurfte.
- 18 b) Ohne Rechtsfehler ist das Landgericht auch zu der Bewertung gelangt, dass es sich bei der Angeklagten nicht um eine Arbeitgeberin der sechs von der Anklage erfassten Kurierfahrer im Sinne von § 266a StGB handelte und diese als selbständige Subunternehmer nicht der Sozialversicherungspflicht unterlagen.
- 19 aa) Ob eine Person Arbeitgeber ist, richtet sich nach dem Sozialversicherungsrecht, das weitgehend auf das Dienstvertragsrecht der §§ 611 ff. BGB abstellt. Arbeitgeber ist danach derjenige, dem der Arbeitnehmer nichtselbständige Dienste gegen Entgelt leistet und zu dem er in einem Verhältnis persönlicher Abhängigkeit steht. Dieses drückt sich vor allem durch die Eingliederung des

Arbeitnehmers in den Betrieb des Arbeitgebers und durch dessen Direktionsrecht aus, das Zeit, Dauer, Ort und Ausführung der Dienstleistung umfasst (§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV; vgl. grundlegend BSGE 34, 111, 113 mwN). Demgegenüber ist entsprechend der allgemeinen gesetzgeberischen Wertung, die § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB über ihren unmittelbaren Anwendungsbereich hinaus enthält (vgl. BAGE 87, 129, 135; BAG, Beschluss vom 25. Juni 1996 – 1 ABR 6/96, juris Rn. 34 mwN), selbständig, wer im wesentlichen seine Tätigkeit frei gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann.

20 Entscheidend sind für die Abgrenzung von unselbständiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit – ausgehend vom Vertragsverhältnis der Beteiligten (vgl. BSGE 111, 257, 260; 120, 99, 104; BAG, Urteil vom 13. März 2008 – 2 AZR 1037/06, NZA 2008, 878, 879 mwN; BGH, Beschluss vom 13. Dezember 2018 – 5 StR 275/18, NStZ-RR 2019, 151 f. mwN) – die tatsächlichen Gegebenheiten ihrer „gelebten Beziehung“. Diese sind einer wertenden Gesamtbetrachtung zu unterziehen. Ob jemand bei Tätigkeiten, die sowohl in abhängiger Beschäftigung als auch im Rahmen einer Selbständigkeit ausgeübt werden können, abhängig beschäftigt oder selbständig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (st. Rspr.; vgl. BSGE 119, 216, 218; 123, 50, 54; BGH, Beschlüsse vom 5. Juni 2013 – 1 StR 626/12, NStZ-RR 2013, 278; vom 4. September 2013 – 1 StR 94/13, BGHR StGB § 266a Arbeitgeber 4; vom 24. Juni 2015 – 1 StR 76/15, BGHR StGB § 266a Arbeitgeber 5, und vom 13. Dezember 2018 – 5 StR 275/18, aaO).

21 Auch Transportfahrer können jedenfalls dann sozialversicherungsrechtlich als abhängig Beschäftigte einzuordnen sein, wenn sich die Rechtsbeziehungen der Vertragsparteien nicht auf die jeden Frachtführer treffenden gesetzlichen Bindungen beschränken, sondern wenn Vereinbarungen getroffen und praktiziert werden, welche die Tätigkeit engeren Bindungen unterwerfen (vgl. zu diesem Maßstab im Anschluss an BAGE 87, 129, 137; 90, 36, 48; 98, 146, 149, auch BSG, Urteile vom 19. August 2003 – B 2 U 38/02 R, juris Rn. 30 ff., und

vom 11. März 2009 – B 12 KR 21/07 R, juris Rn. 16; siehe zur Abgrenzung von unselbständiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit bei Transportfahrern ferner LSG Bayern, Urteil vom 3. Mai 2018 – L 16 R 5144/16, juris Rn. 30 ff.; LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 7. Dezember 2016 – L 8 R 862/15, juris Rn. 98 ff.; LSG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 15. Juli 2015 – L 6 R 23/14, juris Rn. 104 ff.; LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 29. Juni 2018 – L 1 KR 490/15, juris Rn. 22 ff.; LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 24. Januar 2017 – L 11 KR 1554/16, juris Rn. 58 ff.; LAG Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 13. Juli 2015 – 3 Ta 6/15, juris Rn. 13 ff.). Die Vorgabe eines festen Zeitschemas und die damit einhergehende stärkere Einbindung in die betrieblichen Abläufe der Auftraggeberin kann ein gewichtiges Indiz für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung sein, insbesondere dann, wenn rechtlich oder faktisch keine realistischen Möglichkeiten bestanden haben sollten, noch anderweitig unternehmerisch tätig zu sein (vgl. BSG, Urteile vom 22. Juni 2005 – B 12 KR 28/03 R, juris Rn. 25, und vom 11. März 2009 – B 12 KR 21/07 R, aaO).

22 bb) Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe hat die Wirtschaftsstrafkammer ein Bestehen sozialversicherungspflichtiger Beschäftigungsverhältnisse zwischen der Angeklagten und den Fahrern im Ergebnis rechtsfehlerfrei verneint. Sie hat die betrieblichen Abläufe im Einzelnen festgestellt und neben dem Fehlen konkreter Weisungen der Angeklagten zur Durchführung der Transporte eine Reihe von Kriterien berücksichtigt und zutreffend gewichtet, die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Abgrenzung von Beschäftigung und Selbständigkeit anerkannt sind.

23 (1) Sie hat richtigerweise zuvörderst in ihre Gesamtbetrachtung als Indiz für eine selbständige Tätigkeit der Fahrer eingestellt, dass ihnen innerhalb des vorgegebenen weiten Zeitrahmens, die Pakete bis 20 Uhr am Tag der Übernahme zuzustellen, keine festen Arbeitszeiten vorgeschrieben waren und sie ohne Zuweisung einer festen Tour die Reihenfolge der Auslieferung innerhalb des ihnen zugeteilten Zustellbezirks selbst bestimmen konnten (vgl. BAGE 87,

129, 141; 90, 36, 51; BGH, Urteil vom 16. April 2014 – 1 StR 516/13, NJW 2014, 1975, 1976). Aufgrund dieser Gestaltungsmöglichkeit ihrer Arbeit bestand auch faktisch die ihnen vertraglich mit der „Konkurrenzklausele“ ausdrücklich eingeräumte Chance, noch anderweitig unternehmerisch tätig zu sein und selbständig am Markt weitere Beförderungsleistungen anzubieten und zu erbringen – was eine für ein Arbeitsverhältnis eher untypische Regelung darstellt (vgl. BAG, Urteil vom 13. März 2008 – 2 AZR 1037/06, aaO, S. 880; siehe zur Indizwirkung einer Tätigkeit für mehrere Auftraggeber auch BAGE 87, 129, 140; 90, 36, 51 f.; BSG, Urteil vom 11. März 2009 – B 12 KR 21/07 R, juris Rn. 16; einschränkend BGH, Beschluss vom 13. Dezember 2018 – 5 StR 275/18 aaO). Diese Möglichkeit hat mit den Zeugen B. (UA S. 15 f.) und Br. (UA S. 17) sowie anfänglich mit dem Zeugen Z. (UA S. 16) auch ein Teil der Auftragnehmer wahrgenommen. Soweit sie – etwa wegen der Arbeitsbelastung, die mit der Größe des vertraglich übernommenen Zustellbezirks verbunden war – nicht genutzt wurde, beruhte dies jedenfalls nicht auf Weisungen der Angeklagten.

- 24 (2) Im Hinblick auf die Arbeitszeitgestaltung der Fahrer begründete der Umstand, dass diese verpflichtet waren, bei den Zustellungen der vom Depot der Angeklagten abzuholenden Pakete als (einzige) Terminvorgabe die Auslieferung innerhalb eines Tages einzuhalten, noch keinen aussagekräftigen Hinweis auf ein Arbeitsverhältnis. Darin liegt vielmehr eine bei vielen „freien“ Auftragsverhältnissen anzutreffende Abrede über den zeitlichen Rahmen (vgl. BSG, Urteil vom 27. November 1980 – 8a RU 26/80, juris Rn. 95; BAG, Urteil vom 13. März 2008 – 2 AZR 1037/06, aaO, S. 880 mwN), bei der, soweit sie bereits vertraglich konkretisiert ist, für ein Weisungsrecht des Auftraggebers kein Raum bleibt (vgl. LSG Bayern, Urteil vom 3. Mai 2018 – L 16 R 5144/16, juris Rn. 32 ff. mwN). Ohnehin können in Dienst- und Werkvertragsverhältnissen von dem Dienstberechtigten Termine für die Erledigung der Arbeit vorgegeben werden, ohne dass daraus eine zeitliche Weisungsabhängigkeit folgt,

wie sie für ein Arbeitsverhältnis regelmäßig kennzeichnend ist (vgl. BAGE 87, 129, 139; BGH, Beschluss vom 13. Dezember 2018 – 5 StR 275/18, aaO). Dabei ist bei dem vorliegenden Vertragsverhältnis, das schon im Hinblick auf den vom Auftragnehmer geschuldeten Beförderungserfolg dem Frachtgeschäft ähnlich ist, unabhängig von einer Erlaubnis nach § 3 GüKG oder einer Lizenz nach Art. 3 der Verordnung EWG 881/92 auch das Leitbild des Frachtführergewerbes (§ 407 ff. HGB) in den Blick zu nehmen. In Bezug auf Zeitvorgaben gilt auch bei Frachtgeschäften, dass Frachtführer eine Lieferfrist einzuhalten haben (§ 423 HGB; vgl. BAGE 87, 129, 139).

25 In diesem Zusammenhang hält die Beschwerdeführerin es selbst für erforderlich zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber den Frachtführer gemäß §§ 407 ff. HGB als selbständigen Gewerbetreibenden und damit nicht als Arbeitnehmer eingeordnet hat, obwohl er im Vergleich zu anderen selbständigen Gewerbetreibenden schon von Gesetzes wegen weitreichenden Weisungsrechten unterliegt (§ 418 HGB, vgl. BAGE 87, 129, 137; 90, 36, 47; 98, 146, 149). Deshalb sieht auch die Beschwerdeführerin in der Dauerhaftigkeit, auf die der mit einer Kündigungsfrist versehene Rahmenvertrag angelegt ist, zu Recht keinen maßgeblichen Gesichtspunkt für die Annahme einer abhängigen Beschäftigung und stimmt insofern mit der auf die Notwendigkeit einer Planungssicherheit abstellenden Wertung des Landgerichts überein.

26 (3) Weiterhin hat die Wirtschaftsstrafkammer bei ihrer Gesamtwürdigung bedacht, dass die einzeln ausgehandelte Vergütung, die pro Paket gezahlt wurde, aufgrund der Bemessung nach der Anzahl der Pakete erfolgsabhängig war, monatlich variierte und die Fahrer mit ihren eigenen Fahrzeugen das wesentliche Betriebsmittel stellten, mit dem sie als Ausdruck ihres unternehmerischen Risikos die Transportfahrten durchzuführen und die Kosten für deren Nutzung selbst zu tragen hatten (vgl. BSG, Urteile vom 27. November 1980 – 8a RU 26/80, juris Rn. 94; vom 19. August 2003 – B 2 U 38/02 R, juris Rn. 26; vom 11. März 2009 – B 12 KR 21/07 R, juris Rn. 20; BGH, Urteil vom

16. April 2014 – 1 StR 516/13, aaO). Hinsichtlich des eigenen Unternehmerrisikos, das eine selbständige Tätigkeit eines Dienstverpflichteten maßgeblich kennzeichnet, hat sie zutreffend erkannt, dass das Erfolgsrisiko einer Erreichbarkeit des Zustellungsadressaten ebenso wie das Verlust- und Beschädigungsrisiko (§ 425 HGB) sowie das Rechtzeitigkeitsrisiko von den Fahrern zu tragen war.

27 (4) Ferner hat die Wirtschaftsstrafkammer zu Recht darauf abgestellt, dass die Fahrer die Transporte nicht höchstpersönlich durchführen mussten, sondern im Fall ihrer Verhinderung für eine Vertretung zu sorgen und auch sonst vertraglich die Möglichkeit hatten, ihre Leistungen durch andere erbringen zu lassen (vgl. BAGE 87, 129, 138; 98, 146, 150; BAG, Urteil vom 13. März 2008 – 2 AZR 1037/06, aaO; BAG, Beschluss vom 25. Juni 1996 – 1 ABR 6/96, juris Rn. 30, 35; BSG, Urteile vom 27. November 1980 – 8a RU 26/80, juris Rn. 93; vom 11. März 2009 – B 12 KR 21/07 R, juris Rn. 17). Von dieser – aufgrund der freien Arbeitszeitgestaltung nicht nur theoretischen – Delegationsbefugnis hatte (neben dem von der Staatsanwaltschaft als selbstständiger Kurierfahrer eingestuften Zeugen M., UA S. 4 f., 17, 22) von den von der Anklageschrift erfassten sechs Arbeitskräften auch der Zeuge R. Gebrauch gemacht.

28 (5) Die Wirtschaftsstrafkammer hat in ihre Betrachtung aber auch gegenläufige Gesichtspunkte einbezogen. Hierzu zählen etwa das verpflichtende Tragen von Arbeitskleidung mit dem Firmenzeichen des Auftraggebers der Angeklagten während der Auslieferung (vgl. relativierend zu diesem Kriterium BAGE 90, 36, 47 f.) und die Erstellung der Rechnungen der Fahrer durch die Angeklagte. Soweit sie das Fehlen eigener Geschäftsräume der Kurierfahrer gewichtet hat, die ihre Tätigkeit allerdings außerhalb einer vorgeprägten, räumlich festgelegten betrieblichen Organisation ausübten (vgl. zur ähnlichen Gestal-

tung bei Plakatierungstätigkeit BAG, Urteil vom 13. März 2008 – 2 AZR 1037/06, aaO S. 879), unterhielten die Fahrer andererseits aber auch bei der Angeklagten keinen eigenen Arbeitsplatz, sondern erledigten notwendige Büroarbeiten bei sich zu Hause (UA S. 15).

29 Ohne die vom Landgericht vorgenommene Gewichtung dieser Aspekte bei der Abgrenzung von Beschäftigung und Selbständigkeit zu beanstanden, hält die Beschwerdeführerin in Orientierung am gesetzlichen Leitbild des (selbständigen) Frachtführers die Paketauslieferer hier wegen der Art und Weise der Vertragsdurchführung für in einem noch stärkeren Maß an die Angeklagte gebunden, als dies für Frachtführer beim Frachtgeschäft nach den §§ 407 ff. HGB üblich und notwendig sei. Die von ihr herangezogenen Umstände für eine „überobligatorische Bindung“ der Zulieferer an die Angeklagte überzeugen indes nicht:

30 Dass die Kurierfahrer ihre Arbeitsorte nicht frei wählen konnten, sondern verpflichtet waren, die anfallenden Zustellungen in einem der Angeklagten von ihrem Auftraggeber zugewiesenen Zustellgebiet durchzuführen, ergab sich gerade nicht aus einer ihr vertraglich zugestandenem Verfügungsmacht über die Arbeitsleistung der Fahrer, sondern allein aus der Natur dieses Transportgeschäfts (ähnlich für die Tätigkeit eines Plakatierers BAG, Urteil vom 13. März 2008 – 2 AZR 1037/06, aaO). Innerhalb des von vorgegebenen Zustellgebiets konnten die Fahrer bei ihren Auslieferungen in ihrem Zustellbezirk, den sie mit der Angeklagten bereits vertraglich fest vereinbart hatten, ihre Tätigkeit ohne Bindung an Weisungen in räumlicher Hinsicht und auch sonst im Wesentlichen frei gestalten.

31 Die vertraglich vereinbarte – nach den Feststellungen allerdings ohnehin nicht gelebte (UA S. 20) – Verpflichtung der Fahrer, im Falle einer Verhinderung für Vertretung zu sorgen, steht nicht in Widerspruch zu den Befugnissen eines Frachtführers, der durch die Einschaltung eines „Vertreters“ (Unterfrachtführers)

seiner Hauptpflicht aus dem Frachtvertrag (§ 407 Abs. 1 HGB) nachkommen kann. Eine Eingliederung eines Auftragnehmers in die Betriebsorganisation des Auftraggebers wäre demgegenüber gerade dann in Betracht zu ziehen, wenn die Vertretung in der Weise organisiert ist, dass – anders als hier – bei Ausfall nicht der Auftragnehmer für Ersatz zu sorgen hat, sondern der Arbeitgeber die Vertretung eigenen oder dritten Arbeitskräften überträgt (vgl. BAG, Beschluss vom 25. Juni 1996 – 1 ABR 6/96, juris Rn. 30).

32 Schließlich löst sich die Beschwerdeführerin von den Feststellungen des Landgerichts mit ihrer Annahme, der Vertrag sehe ausweislich der Regelung zu Ziffer 2 des Formulars grundsätzlich eine persönliche Leistungserbringung der Auftragnehmer vor und weise damit ein typisches Merkmal für ein Arbeitsverhältnis auf, da eine Delegation auf den Fall der eigenen Verhinderung begrenzt sei. Nach den Feststellungen war den Auftragnehmern eine Delegation ihrer Leistungspflicht an eigene Subunternehmer gestattet (UA S. 9). Diese Möglichkeit einer Auslieferung durch Dritte hat auch der Haftungsregelung in Ziffer 4 des Formulars zugrunde gelegen, der zufolge der Auftragnehmer auch für Verlust und Beschädigung von Sendungen haftet, die seine Mitarbeiter bei der Vertragsdurchführung verursachen.

33 Die auf Grundlage der festgestellten tatsächlichen Gegebenheiten von der Wirtschaftsstrafkammer vorgenommene Bewertung der sechs Kurierfahrer als selbständig Tätige, welche die Verneinung einer diesbezüglichen Arbeitgeberbereiensehaft der Angeklagten nach sich zieht, ist nach alledem nicht zu beanstanden.

Mutzbauer

König

Berger

Mosbacher

Köhler