



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

1 StR 160/07

vom

24. Oktober 2007

Nachschlagewerk: ja  
BGHSt: ja (nur I.1 a, 2 a, 3, II.1)  
Veröffentlichung: ja

---

StGB § 266a, SGB IV § 5 Abs. 1, § 6

Zur Anwendbarkeit von § 266a StGB bei Vorliegen einer Entsendebescheinigung auf Grund eines bilateralen Sozialversicherungsabkommens, hier: Bescheinigung "D/H 101" auf Grund des zwischenstaatlichen Abkommens zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Ungarn über Soziale Sicherheit vom 2. Mai 1998 (in Fortführung von BGHSt 51, 124).

BGH, Urt. vom 24. Oktober 2007 - 1 StR 160/07 - LG Landshut

in der Strafsache

gegen

wegen Einschleusens von Ausländern u.a.

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 24. Oktober 2007, an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof  
Nack

und die Richter am Bundesgerichtshof  
Dr. Boetticher,  
Dr. Kolz,  
Hebenstreit,  
Dr. Graf,

Oberstaatsanwalt beim Bundesgerichtshof  
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwältin  
als Verteidigerin,

Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landgerichts Landshut vom 4. Dezember 2006 wird
  - a) das Verfahren hinsichtlich der unter VI.I des Urteils festgestellten Taten (Überlassen von Leiharbeitnehmern ohne Genehmigung nach dem AÜG) eingestellt; im Umfang der Einstellung hat die Staatskasse die Kosten des Verfahrens und die notwendigen Auslagen des Angeklagten zu tragen,
  - b) im Übrigen das Urteil, soweit der Angeklagte freigesprochen worden ist, mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.
2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die verbleibenden Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Einschleusens von Ausländern in zwei Fällen zur Gesamtgeldstrafe von 150 Tagessätzen zu je zehn Euro verurteilt. Von den Vorwürfen des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeits-

entgelt (§ 266a Abs. 1 StGB), des - weiteren - gewerbsmäßigen Einschleusens von Ausländern (§ 92 Abs. 2 Nr. 2, § 92a Abs. 1 Nr. 1, 2, Abs. 2 Nr. 1 AuslG aF) und des Überlassens ausländischer Leiharbeitnehmer ohne Genehmigung (§ 15 Abs. 1 AÜG) hat es ihn freigesprochen.

2           Gegen den Teilfreispruch richtet sich die Revision der Staatsanwaltschaft, mit der sie die Verletzung materiellen Rechts rügt. Im Hinblick auf die Vorwürfe des Überlassens ausländischer Leiharbeitnehmer ohne Genehmigung begehrt sie die Einstellung des Verfahrens, da deswegen die Auslieferung des Angeklagten nicht erfolgt und auf die Spezialität nicht verzichtet worden sei. Im Übrigen beantragt sie Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung der Sache. Das Rechtsmittel hat Erfolg.

I.

3           1. Das Landgericht hat festgestellt:

4           Der Angeklagte war angestellter Geschäftsführer der V. mit Sitz in Darmstadt, die im Handelsregister als unselbständige Zweigniederlassung der V. mit Hauptsitz in Ungarn eingetragen war (fortan: Firma V. ). In Ungarn unterhielt das Unternehmen nur ein Büro, das einzig zur Anwerbung von Personal und zur Durchführung administrativer Tätigkeiten für die vorwiegend in Deutschland zu erbringenden Arbeitsleistungen genutzt wurde.

5           a) Zu den Vorwürfen des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt:

6           Der Angeklagte schloss für die Firma V. Werkverträge mit verschiedenen deutschen Unternehmen ab, wonach die Firma V. für diese jeweils als Subunternehmerin tätig werden sollte. Vor dem Hintergrund der Verträge

wurden ungarische Arbeitnehmer der Firma V. bei den deutschen Unternehmen eingesetzt, für die der Angeklagte den sozialversicherungsrechtlichen Ausnahmetatbestand der Entsendung nach dem Sozialversicherungsabkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Ungarn vom 2. Mai 1998 in Anspruch nahm. Der "einzige Geschäftszweck" der Firma V. bestand darin, Arbeitnehmer für die vermeintliche Entsendung anzuwerben und sie den deutschen Unternehmen zu überlassen. Sie war weder imstande, die werkvertraglich geschuldeten Leistungen eigenverantwortlich zu planen, durchzuführen und zu überwachen, noch die angeworbenen Arbeitnehmer im Anschluss an die Tätigkeit in Deutschland - mit Ausnahme eines etwaigen erneuten "Verleihs" - weiter zu beschäftigen. Die nur "auf dem Papier geschlossenen Werkverträge" waren "einzig und allein zu dem Zweck geschlossen", die Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge in Deutschland zu ersparen.

7 Sämtliche vom Angeklagten in Deutschland eingesetzten Arbeitnehmer verfügten während ihrer Tätigkeit über gültige D/H-101-Bescheinigungen, denen zufolge die Arbeitnehmer nach Art. 7 des vorbezeichneten Sozialversicherungsabkommens ausschließlich dem ungarischen Sozialversicherungsrecht unterfielen. Diese Bescheinigungen waren von der zuständigen ungarischen Sozialversicherungsbehörde OEP ausgestellt worden. Wären die Arbeitnehmer in Deutschland sozialversicherungspflichtig gewesen, wären an die Einzugsstellen für die Monate Juni 2000 bis März 2004 Arbeitnehmeranteile von insgesamt 358.327,12 € abzuführen gewesen. Ob für die Arbeitnehmer in Ungarn Sozialversicherungsbeiträge entrichtet wurden, ist nicht festgestellt.

8 b) Zu den Vorwürfen des gewerbsmäßigen Einschleusens von Ausländern:

9 Auf Anweisung oder unter Mitwirkung des Angeklagten wurden dem Landesarbeitsamt Hessen die mit den deutschen Unternehmen abgeschlossenen Werkverträge sowie die D/H-101-Bescheinigungen mitgeteilt und für die ungarischen Arbeitnehmer sog. Zusicherungsbescheide beantragt. In diesen - daraufhin erlassenen - Bescheiden wurde die spätere Erteilung von entsprechenden Arbeitserlaubnissen zugesichert. Unter Vorlage der von den ungarischen Behörden ausgestellten Unterlagen, insbesondere den D/H-101-Bescheinigungen, und den Zusicherungsbescheiden wurden bei der deutschen Botschaft in Budapest für die Arbeitnehmer Visa beantragt, die in der Folgezeit auch erteilt wurden. Mit den Visa reisten die Arbeitnehmer in das Bundesgebiet ein, wo ihnen die zuständigen Arbeitsämter auf entsprechende Anträge Arbeitserlaubnisse ausstellten.

10 Nach Ablauf der zunächst auf drei Monate begrenzten Gültigkeit der Visa wurden sodann bei den deutschen Ausländerbehörden auf Veranlassung des Angeklagten entsprechende Aufenthaltsbewilligungen beantragt. Mit diesen Anträgen wurden jeweils das für den Arbeitnehmer ursprünglich erteilte Visum, die D/H-101-Bescheinigung sowie die ihm erteilte Arbeitserlaubnis vorgelegt. Die in den Anträgen enthaltene Frage nach dem Arbeitgeber wurde jeweils mit der ungarischen Firma beantwortet, die sich aus der entsprechenden D/H-101-Bescheinigung ergab. Die Aufenthaltsbewilligungen wurden in der Folgezeit antragsgemäß erteilt.

11 c) Zu den Vorwürfen des Überlassens ausländischer Leiharbeitnehmer ohne Genehmigung:

12 Für die ungarischen Arbeitnehmer, welche die Firma V. den deutschen Unternehmen überließ, lag keine Erlaubnis nach § 1 AÜG vor. Dazu, ob

sie in die Betriebe der deutschen Unternehmen eingegliedert waren, hat das Landgericht keine Feststellungen getroffen.

13                    2. Das Landgericht hat den Angeklagten aus rechtlichen Gründen freigesprochen.

14                    a) Eine Strafbarkeit wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt nach § 266a Abs. 1 StGB hat es verneint, weil die ungarischen Arbeitnehmer in Deutschland nicht sozialversicherungspflichtig gewesen seien. Ihm sei die Prüfung verwehrt, ob auf Grund der festgestellten Tatsachen die Voraussetzungen einer zur inländischen Versicherungsfreiheit führenden Entsendung vorgelegen hätten. Denn das Landgericht hat den D/H-101-Bescheinigungen insoweit Bindungswirkung zuerkannt. Die Grundsätze, die nach der Senatsrechtsprechung für die innerhalb der Europäischen Union verwendeten E-101-Bescheinigungen gelten (vgl. BGHSt 51, 124), seien auf die D/H-101-Bescheinigungen auf der Grundlage des deutsch-ungarischen Sozialversicherungsabkommens vom 2. Mai 1998 zu übertragen. Insbesondere die Zielsetzungen des Abkommens seien nämlich mit denjenigen der - für die Rechtslage in der Europäischen Union maßgeblichen - Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 vergleichbar. Eine Ausnahme von der Bindungswirkung wäre allenfalls dann in Betracht zu ziehen, wenn die Ausstellung der Bescheinigungen auch nach ungarischem Rechtsverständnis fehlerhaft gewesen wäre. Hierfür bestünden jedoch keine Anhaltspunkte.

15                    b) Der Angeklagte habe sich auch nicht nach ausländerrechtlichen Strafvorschriften strafbar gemacht, da die Angaben, die zur Erteilung von Visa und Aufenthaltsbewilligungen für die ungarischen Arbeitnehmer geführt hätten, nicht im Sinne von § 92 Abs. 2 Nr. 2 AuslG aF unrichtig oder unvollständig gewesen seien. Den mit den Anträgen vorgelegten D/H-101-Bescheinigungen komme

auch insoweit Bindungswirkung zu. Im Hinblick auf eine Entsendung seien weitergehende Erklärungen indessen nicht abgegeben worden. So habe das Antragsformular für die Aufenthaltsbewilligungen eine Frage nach den Entsendevoraussetzungen nicht enthalten; die Frage nach dem Arbeitgeber hätte jeweils mit der - sich aus der bindenden D/H-101-Bescheinigung ergebenden - ungarischen Firma beantwortet werden dürfen.

16 c) Schließlich hat die Wirtschaftsstrafkammer eine Strafbarkeit wegen Überlassens ausländischer Leiharbeitnehmer ohne Genehmigung nach § 15 Abs. 1 AÜG verneint, da die ungarischen Arbeitnehmer sowohl über eine gültige Arbeitserlaubnis als auch über einen gültigen Aufenthaltstitel verfügten. Darauf, ob die Arbeitnehmer in den Betrieb des jeweiligen deutschen Unternehmens eingegliedert waren, komme es daher nicht an.

17 3. Die Beschwerdeführerin beanstandet, dass das Landgericht den D/H-101-Bescheinigungen Bindungswirkung zuerkannt hat. Sie macht geltend, die Grundsätze, die nach der Senatsrechtsprechung für E-101-Bescheinigungen gelten (vgl. BGHSt 51, 124), seien hier nicht anwendbar. Das deutsch-ungarische Sozialversicherungsabkommen habe sich von der für die Rechtslage in der Europäischen Union maßgeblichen Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 nicht nur in seinen Zielsetzungen unterschieden. Vor dem Beitritt Ungarns zur Europäischen Union zum 1. Mai 2004 sei auch kein dem Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 227 EG-Vertrag gleichwertiges Beanstandungsverfahren vorgesehen gewesen; ferner habe kein übergeordneter, Art. 10 EG-Vertrag gleichwertiger Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit gegolten. Jedenfalls hinsichtlich ausländerrechtlichen Strafvorschriften dürften aus dem Vorliegen von D/H-101-Bescheinigungen keine derart weitgehenden Schlüsse gezogen werden.

II.

18 Der Teilfreispruch hält sachlich-rechtlicher Überprüfung nicht stand.

19 1. Zu den Vorwürfen des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeits-  
entgelt:

20 Zu Unrecht nimmt das Landgericht an, der Angeklagte habe den sozial-  
rechtsakzessorischen Straftatbestand des § 266a StGB deshalb nicht verwirk-  
licht, weil die betroffenen ungarischen Arbeitnehmer nicht der inländischen So-  
zialversicherungspflicht unterstanden hätten. Vielmehr ergab sich die Pflicht,  
Arbeitnehmerbeiträge zur deutschen Sozialversicherung zu entrichten, aus § 3  
Nr. 1, § 9 Abs. 1 SGB IV, da die Arbeitnehmer nicht im Sinne von § 5 Abs. 1  
SGB IV entsandt waren (nachfolgend a)) und abweichende Regelungen des  
über- oder zwischenstaatlichen Rechts im Sinne von § 6 SGB IV nicht bestan-  
den (nachfolgend b)).

21 a) Nach deutschem Recht liegt eine Entsendung nicht vor. Denn bereits  
aus dem Wortlaut des § 5 Abs. 1 SGB IV ("im Rahmen eines ... Beschäfti-  
gungsverhältnisses") folgt, dass das Beschäftigungsverhältnis für die Entsen-  
dung den Rahmen bilden muss. Jedenfalls in den Fällen, in denen das Beschäf-  
tigungsverhältnis - ausnahmsweise - erst mit der Entsendung begonnen hat, ist  
daher erforderlich, dass infolge der Eigenart der Beschäftigung feststeht oder  
von vornherein vereinbart ist, dass die Beschäftigung beim entsendenden Un-  
ternehmen weitergeführt wird (BSG SozR 3-2400 § 4 SGB IV Nr. 5; vgl. auch  
BSGE 75, 232). Der Firma V. selbst war aber eine Weiterbeschäftigung der  
angeworbenen Arbeitnehmer nach Beendigung der vermeintlichen Entsendung  
nicht möglich.

- 22 Da die Firma ferner nicht imstande war, die werkvertraglich geschuldeten Leistungen eigenverantwortlich zu planen, durchzuführen und zu überwachen, ist auch nicht ersichtlich, dass tatsächlich die Möglichkeit bestand, das Weisungsrecht (§ 7 Abs. 1 SGB IV) auszuüben (vgl. BGHSt 51, 124, 128 f.; See-wald in Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht 54. Lfg. § 5 SGB IV Rdn. 2). Nach den Urteilsfeststellungen handelte es sich nach deutschem Recht nicht um ein entsendefähiges Unternehmen.
- 23 b) Die in den verfahrensgegenständlichen Bescheinigungen "D/H 101" bestätigte Anwendbarkeit ungarischen Sozialrechts führt nicht zu einer Befreiung von der inländischen Sozialversicherungspflicht.
- 24 Die D/H-101-Bescheinigungen beruhen - anders als die innerhalb der Europäischen Union verwendeten Bescheinigungen "E 101" - auf einem völkerrechtlichen Vertrag, so dass das Gemeinschaftsrecht keine Anwendung findet (nachfolgend aa)). Bisher hat der Senat ausdrücklich offen gelassen, inwieweit Bescheinigungen auf Grund bilateraler Sozialversicherungsabkommen bindend sein können (vgl. NJW 2007, 1370, 1372, zur Veröffentlichung in BGHSt 51, 224 bestimmt). Er entscheidet diese Rechtsfrage nunmehr dahingehend, dass solche Bescheinigungen, somit auch die verfahrensgegenständlichen D/H-101-Bescheinigungen keine derart weitgehende Bindungswirkung wie die E-101-Bescheinigungen haben (nachfolgend bb)). Der Senat kann dahinstehen lassen, inwieweit ihnen eine beschränkte Bindungswirkung zukommt (nachfolgend cc)); denn die gegenständlichen Beschäftigungsverhältnisse wären hiervon jedenfalls nicht erfasst (nachfolgend dd)).
- 25 aa) Rechtsgrundlage für die - vom 1. Mai 2000 bis zum 30. April 2004 maßgeblichen - D/H-101-Bescheinigungen ist nicht das Gemeinschaftsrecht, sondern das zwischenstaatliche Abkommen zwischen der Bundesrepublik

Deutschland und der Republik Ungarn über Soziale Sicherheit vom 2. Mai 1998 in Verbindung mit der Vereinbarung zur Durchführung dieses Abkommens vom selben Tag. Durch Gesetz vom 7. Oktober 1999 (BGBl II 900) sind Abkommen und Durchführungsvereinbarung Bestandteile des Bundesrechts geworden. Art. 7 des Abkommens regelt die Versicherungspflicht für Fälle der Entsendung wie folgt:

"Wird ein Arbeitnehmer, der in einem Vertragsstaat beschäftigt ist, im Rahmen dieses Beschäftigungsverhältnisses von seinem Arbeitgeber in den anderen Vertragsstaat entsandt, um dort eine Arbeit für diesen Arbeitgeber auszuführen, so gelten in bezug auf diese Beschäftigung während der ersten 24 Kalendermonate allein die Rechtsvorschriften des ersten Vertragsstaats über die Versicherungspflicht so weiter, als wäre er noch in dessen Hoheitsgebiet beschäftigt."

26 Nach Art. 4 Abs. 1 Satz 1 der Durchführungsvereinbarung erteilt in diesen Fällen der zuständige Träger des Herkunftsstaats auf Antrag eine Bescheinigung darüber, dass Arbeitnehmer und Arbeitgeber seinen Rechtsvorschriften unterstehen.

27 Mit dem Beitritt der Republik Ungarn zur Europäischen Union zum 1. Mai 2004 (A Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 2 des EU-Beitrittsvertrags vom 16. April 2003, BGBl II 1408) hat die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 vom 14. Juni 1971 (sog. "Wanderarbeitnehmerverordnung", ABIEG L 149 vom 5. Juli 1971 S. 2, fortan: VO 1408/71) das zwischenstaatliche Abkommen über Soziale Sicherheit im Wesentlichen abgelöst. Diese Verordnung, die insbesondere in Art. 14 Abs. 1 lit. a den Fall einer Entsendung regelt, wird ergänzt durch die Durchführungs-vorschriften in der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 vom 21. März 1972 (ABIEG L 74 vom 27. März 1972 S. 1, fortan: VO 574/72), welche in Art. 11 vorsieht, dass der zuständige Sozialversicherungsträger des Herkunftsstaats auf Antrag

die Entsendung bestätigt und für einen begrenzten Zeitraum bescheinigt, dass der Arbeitnehmer dessen Rechtsvorschriften unterstellt bleibt (sog. E-101-Bescheinigung).

28 Dass für Ungarn als einem der beigetretenen Staaten diese Vorschriften des Gemeinschaftsrechts rückwirkend in Kraft gesetzt werden sollten, folgt aus dem EU-Beitrittsvertrag vom 16. April 2003 nicht (vgl. nur B Art. 2, 4, 53 sowie Schlussakte II 13 "Erklärung zur Freizügigkeit der Arbeitnehmer: Ungarn"). Auch aus Art. 37 ff. des Europa-Abkommens zur Gründung einer Assoziation zwischen den Europäischen Gemeinschaften sowie ihren Mitgliedstaaten und der Republik Ungarn vom 16. Dezember 1991 (Assoziierungsabkommen, BGBl 1993 II 1472) lässt sich nichts Gegenteiliges herleiten (vgl. LSG NW, Beschl. vom 17. Januar 2005 - L 2 B 9/03 KR ER - Rdn. 30).

29 Die Anwendbarkeit von - milderem - Gemeinschaftsrecht ergibt sich auch nicht aus § 2 Abs. 3 StGB. Dass mittlerweile auch im Verhältnis zu Ungarn E-101-Bescheinigungen Verwendung finden, welche die inhaltsgleichen D/H-101-Bescheinigungen ersetzt haben, berührt nämlich den Inhalt der strafbewehrten Gebotsnorm nicht, sondern betrifft lediglich die verwaltungstechnische Abwicklung der Entsendung (vgl. Eser in Schönke/Schröder, StGB 27. Aufl. § 2 Rdn. 6 f.; ferner BGHSt 50, 105, 120 f.).

30 bb) Eine Gleichstellung der D/H-101-Bescheinigungen mit den E-101-Bescheinigungen und deren weitgehenden Bindungswirkung ist nicht geboten.

31 Die Grundsätze, die nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für die europarechtlichen Kollisionsnormen in der VO 1408/71 in Verbindung mit der VO 574/72 gelten (Urteile vom 10. Februar 2000 - Rs. C-202/97, SozR 3-6050 Art. 14 EWGV 1408/71 Nr. 6; vom 30. März 2000 - Rs. C-178/97, Slg. 2000 I, 2005, 2040 ff.; vom 26. Januar 2006 - Rs. C-2/05, AP

EWG-Verordnung Nr. 1408/71 Nr. 13), können nicht auf das deutsch-ungarische Sozialversicherungsabkommen und die Durchführungsvereinbarung übertragen werden.

32 Maßgebend hierfür ist die unterschiedliche Rechtsnatur von herkömmlichen internationalen völkerrechtlichen Verträgen im Vergleich zum einheitlichen Rechtsraum, wie er für die Europäische Union kennzeichnend ist. Die supranationale Rechtsordnung der Europäischen Gemeinschaften fußt auf der Zuweisung von Souveränitätsrechten und damit einhergehend auf der Beschränkung von Souveränitätsrechten ihrer Mitgliedstaaten. Dies schließt ein, dass Behörden und Gerichte eines Mitgliedstaats auf Grund Gemeinschaftsrechts an Entscheidungen aus einem anderen Mitgliedstaat - etwa E-101-Bescheinigungen - gebunden sein können, selbst wenn diese Entscheidungen nicht der Rechtsordnung der Gemeinschaften entsprechen sollten. Mit einer solchen Beschränkung von Souveränitätsrechten korrespondiert andererseits - neben dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten (Art. 10 EG-Vertrag) - die Möglichkeit, gegen Entscheidungen aus einem anderen Mitgliedstaat, die der Rechtslage nicht entsprechen, effektiv vorzugehen. So können sich etwa die beteiligten Mitgliedstaaten, sollten sie sich über die Rechtmäßigkeit von E-101-Bescheinigungen nicht einigen können, an die - nach Art. 80, 81 der VO 1408/71 zu Fragen der Auslegung und Durchführung der Verordnung eingesetzten - Verwaltungskommission wenden und anschließend ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 227 EG-Vertrag einleiten.

33 Eine Auslegung des deutsch-ungarischen Sozialversicherungsabkommens dahingehend, dass die beiden Vertragsstaaten derart weitgehend Souveränitätsrechte wechselseitig übertragen wollten, liegt fern. Insbesondere Wortlaut und Materialien geben hierfür keinen Anhalt. Der unterschiedlichen Rechtsqualität von europarechtlichen Regelungen einerseits und bilateralem völker-

rechtlichem Vertrag andererseits erlaubt eine Gleichstellung ohne einen solchen Anhalt indessen nicht. Dies gilt umso mehr, als die in Art. 39 des deutsch-ungarischen Sozialversicherungsabkommens vorgesehenen Möglichkeiten der Streitbeilegung nicht denjenigen innerhalb der Europäischen Union gleichkommen.

34 Überdies ist die weitgehende Bindungswirkung der E-101-Bescheinigungen deshalb sachgerecht, weil die europarechtlichen Kollisionsnormen - anders als das deutsch-ungarische Sozialversicherungsabkommen - an einen einheitlichen, nämlich gemeinschaftsrechtlich zu bestimmenden Entsendebegriff anknüpfen. Die Frage der Entsendung ist damit nach dem Gemeinschaftsrecht für alle Mitgliedstaaten im gleichen Sinn verbindlich zu beantworten (vgl. Seewald aaO § 6 SGB IV Rdn. 4a m.w.N.). Gerade der gemeinschaftsrechtliche Entsendebegriff setzt unter anderem voraus, dass das entsendende Unternehmen gewöhnlich eine nennenswerte Geschäftstätigkeit im Gebiet des Herkunftsstaats verrichtet. Um dies zu beurteilen, müssen in einer Gesamtschau sämtliche Tätigkeiten des Unternehmens gewürdigt werden. Dagegen kann insbesondere ein Unternehmen, das - wie hier - im Herkunftsstaat bloß interne Verwaltungstätigkeiten ausführt, nicht den Ausnahmetatbestand der Entsendung in Anspruch nehmen (vgl. Beschl. der Verwaltungskommission Nr. 181 vom 13. Dezember 2000, ABIEG L 329 vom 14. Dezember 2001 S. 73, Nr. 3 b ii; ferner EuGH, Urt. vom 10. Februar 2000 - Rs. C-202/97, SozR 3-6050 Art. 14 EWGV 1408/71 Nr. 6).

35 Der Senat teilt infolgedessen nicht die Auffassung, dass für die Frage einer Bindungswirkung die Zielsetzungen des Abkommens - auch vor dem Hintergrund des Assoziierungsabkommens vom 16. Dezember 1991 - entscheidend seien, mögen diese Zielsetzungen auch mit denjenigen der VO 1408/71

in mancher Hinsicht übereinstimmen (so aber Jofer/Weiß StraFo 2007, 277, 281 f.).

36 cc) Den D/H-101-Bescheinigungen könnte allenfalls eine beschränkte Bindungswirkung zukommen.

37 Zur Prüfung einer etwaigen Bindung ist vom Wortlaut des deutsch-ungarischen Sozialversicherungsabkommens auszugehen. Bei der Auslegung von Sozialversicherungsabkommen kommt dem Vertragstext eine größere Bedeutung als bei der Auslegung rein nationaler Rechtsvorschriften zu (BSGE 72, 25, 31 m. w. N.).

38 Art. 7 des Abkommens enthält zwar keine abschließende Definition der Entsendung, so dass sich nach Art. 1 Abs. 2 des Abkommens die Einzelheiten ihrer Bedeutung im Grundsatz nach den anzuwendenden Rechtsvorschriften des Herkunftsstaats richten. Artikel 7 regelt jedoch Mindestvoraussetzungen; hiernach liegt ein Fall der Entsendung - nur - vor, wenn ein Arbeitnehmer, der in einem Vertragsstaat beschäftigt ist, im Rahmen dieses Beschäftigungsverhältnisses von seinem Arbeitgeber in den anderen Vertragsstaat entsandt wird, um hier eine Arbeit für diesen Arbeitgeber auszuführen. Für den so umschriebenen Fall bestimmt die Vorschrift, dass in Bezug auf diese Beschäftigung während der ersten 24 Kalendermonate allein die sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften des Herkunftsstaats weiter gelten, als wäre der Arbeitnehmer noch dort beschäftigt.

39 Sind die Entsendebescheinigungen gemessen an dem Wortlaut des Abkommens inhaltlich offensichtlich unzutreffend, haben die deutschen Behörden und Gerichte die Rechtslage nach deutschem Recht zu prüfen. Eine Bindung an die Bescheinigungen könnte demgegenüber allenfalls insoweit bestehen, als die Beschäftigungsverhältnisse, für die die Bescheinigungen erteilt wurden,

noch vom möglichen Wortsinn des Vertragstexts erfasst werden, mag dieser in Deutschland auch anders ausgelegt werden.

40 In diesem Sinne versteht der Senat auch die Ausführungen des Bundessozialgerichts in dem Urteil vom 16. Dezember 1999 - B 14 KG 1/99 R (= BSGE 85, 240) zu Entsendebescheinigungen auf Grund des Abkommens zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien über Soziale Sicherheit (ebenso BayLSG, Urt. vom 23. Januar 2007 - L 5 KR 124/05 - Rdn. 31 zum deutsch-polnischen Sozialversicherungsabkommen). Hiernach sind der "deutsche Sozialleistungsträger und die deutschen Sozialgerichte ... grundsätzlich nicht berechtigt, Entscheidungen des ausländischen Trägers über die nach dessen Recht ... maßgebenden Voraussetzungen für die Entsendung von Arbeitnehmern zu überprüfen. Der deutsche Sozialleistungsträger und die deutschen Sozialgerichte sind allerdings berechtigt zu überprüfen, ob die im anderen Vertragsstaat zuständige Stelle die Vorschriften des Abkommens richtig angewandt hat. Nur insoweit besteht keine Bindung an die Auslegung oder Anwendung des Abkommens durch den im anderen Vertragsstaat zuständigen Träger" (BSG aaO 243).

41 dd) Eine etwaige beschränkte Bindungswirkung der D/H-101-Bescheinigungen ist für die gegenständlichen Beschäftigungsverhältnisse ohne Bedeutung. Denn eine solche Bindungswirkung fände nach dem oben Gesagten (s. II.1.b cc)) ihre Grenze dort, wo die Bescheinigungen - wie hier - gemessen am Wortlaut des Abkommens inhaltlich offensichtlich unzutreffend sind.

42 Gemäß Art. 7 des Abkommens lagen keine Fälle der Entsendung vor. Nach den Feststellungen des Landgerichts trifft es nicht zu, dass die ungarischen Arbeitnehmer in Ungarn beschäftigt waren und im Rahmen dieser Beschäftigungsverhältnisse von der Firma V. nach Deutschland entsandt wur-

den, um eine Arbeit für diese Firma auszuführen. Vielmehr wurden die Arbeitnehmer in Ungarn nur angeworben, um sie den deutschen Unternehmen zu überlassen; im Anschluss an diese Tätigkeit in Deutschland konnten sie von der Firma V. nicht weiterbeschäftigt werden. In Ungarn hatte diese lediglich Büroräume. Darüber hinaus war sie nicht imstande, die werkvertraglich geschuldeten Leistungen eigenverantwortlich zu planen, durchzuführen und zu überwachen.

43           Darauf, ob die Ausstellung der D/H-101-Bescheinigungen durch die zuständige ungarische Sozialversicherungsbehörde OEP der ungarischen Rechtslage entsprach (vgl. BSGE 85, 240, 244: "Rechtsverständnis"), kommt es bei Berücksichtigung des Wortlauts des Abkommens nicht mehr an. Unbeschadet dessen bestünden aber auch Zweifel, ob nach ungarischem Recht Entsendungsfälle vorlagen. Denn § 105 Abs. 1 des ungarischen Gesetzes Nr. XXII von 1992 über das Arbeitsgesetzbuch lautet wie folgt:

"Der Arbeitgeber kann den Arbeitnehmer aus wirtschaftlichen Interessen zeitweilig zu einer Arbeitsverrichtung außerhalb des gewöhnlichen Ortes seiner Arbeitsverrichtung verpflichten (Entsendung). Voraussetzung dessen ist, dass der Arbeitnehmer auch während dieses Zeitraumes seine Arbeit auf Anleitung und Anweisung des Arbeitgebers verrichtet. Es wird nicht als Entsendung angesehen, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit - aus der Natur der Arbeit heraus - gewöhnlich außerhalb der Niederlassung verrichtet."

44           Mit dem Wortlaut dieser Vorschrift sind die Feststellungen des Landgerichts nur schwerlich in Einklang zu bringen. Insbesondere dürfte die Vorschrift so zu verstehen sein, dass im Fall der Entsendung die arbeitsrechtliche Bindung fortbestehen, jedenfalls das Weisungsrecht des Arbeitgebers aufrechterhalten bleiben muss. Schon deswegen scheint sie hier nicht einschlägig zu

sein. In Anbetracht dessen und unter Berücksichtigung der Feststellungen, dass der "einzige Geschäftszweck" der Firma V. darin bestand, ungarische Arbeitnehmer anzuwerben und diese den deutschen Unternehmen zu überlassen, und zur Verschleierung manipulierte Werkverträge geschlossen wurden, liegt es nicht fern, dass auch gegenüber den ungarischen Behörden falsche Angaben gemacht und/oder manipulierte Dokumente vorgelegt wurden, um dem ungarischen Recht nicht entsprechende Entsendebescheinigungen zu erhalten.

45 Die Frage nach der Rechtslage in Ungarn ist eine Rechtsfrage, welche der eigenständigen Beurteilung durch das Revisionsgericht - unabhängig von Mutmaßungen zum "Rechtsverständnis" nicht individualisierter Behördenmitarbeiter - unterliegt. Hierauf kommt es nach dem zuvor Gesagten jedoch nicht an, so dass der Senat dieser Rechtsfrage nicht näher nachzugehen braucht.

46 2. Zu den Vorwürfen des gewerbsmäßigen Einschleusens von Ausländern:

47 Die Ausführungen, mit denen die Kammer eine Strafbarkeit nach ausländerrechtlichen Strafvorschriften abgelehnt hat, sind nicht frei von Rechtsfehlern.

48 Gemäß den obigen Ausführungen (s. II.1.b)) vermag der Senat der Kammer nicht darin zu folgen, dass für die ungarischen Arbeitnehmer schon deshalb keine unrichtigen oder unvollständigen Angaben im Sinne von § 92 Abs. 2 Nr. 2 AuslG aF gemacht worden seien, weil der Inhalt der D/H-101-Bescheinigungen auch insoweit bindend sei. Die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben hängt vielmehr von den tatsächlichen Gegebenheiten ab. Hiernach lagen keine Fälle der Entsendung vor.

49 Zwar wurden bei der Beantragung der Visa und Aufenthaltsbewilligungen keine ausdrücklichen Erklärungen im Hinblick auf eine Entsendung abgegeben.

Es liegt jedoch nahe, dass mit der Vorlage der D/H-101-Bescheinigungen die konkludente Erklärung verbunden war, dass die Arbeitnehmer tatsächlich im Rahmen eines in Ungarn bestehenden Beschäftigungsverhältnisses in das Bundesgebiet entsandt waren. Eine solche konkludente Erklärung wäre nach den Urteilsfeststellungen - objektiv - "unrichtig" gewesen. Ebenso könnten die Angaben zum Arbeitgeber unzutreffend sein, die in die Antragsformulare für die Aufenthaltsbewilligungen eingetragen wurden. Denn den Feststellungen zufolge kommt in Betracht, dass tatsächlich die deutschen Unternehmen Arbeitgeber der ungarischen Arbeitnehmer waren. All dies hätte daher näherer Erörterung bedurft.

50            Der Beitritt Ungarns zur Europäischen Union zum 1. Mai 2004 lässt eine etwaige Strafbarkeit des Angeklagten wegen gewerbsmäßigen Einschleusens von Ausländern nach § 92 Abs. 2 Nr. 2, § 92a Abs. 1 Nr. 1, 2, Abs. 2 Nr. 1 AuslG aF - nunmehr: § 95 Abs. 2 Nr. 2, § 96 Abs. 1 Nr. 1, 2, Abs. 2 Nr. 1 AufenthG - unberührt (vgl. BGHSt 50, 105, 120 f.).

51            3. Zu den Vorwürfen des Überlassens ausländischer Leiharbeitnehmer ohne Genehmigung:

52            Das Landgericht ist im rechtlichen Ansatz zwar zutreffend davon ausgegangen, dass sich der Angeklagte schon deshalb nicht wegen Überlassens ausländischer Leiharbeitnehmer ohne Genehmigung nach § 15 Abs. 1 AÜG [aF] strafbar gemacht hat, weil dies voraussetzen würde, dass für die ungarischen Arbeitnehmer keine Genehmigungen des Arbeitsamts im Sinne von § 284 Abs. 1 Satz 1 SGB III aF vorgelegen hätten. Nach den Feststellungen hatten die zuständigen Behörden jedoch formell wirksame Arbeitserlaubnisse erteilt (vgl. § 284 Abs. 4 SGB III aF), die inhaltlich nicht auf einen konkret bezeichneten Arbeitgeber und eine bestimmte Tätigkeit im Rahmen einer Entsen-

dung beschränkt waren. Darauf, ob die Arbeitserlaubnisse durch unrichtige oder unvollständige Angaben erschlichen worden sind, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an (vgl. BGHSt 50, 105).

53 Das Landgericht hat jedoch nicht berücksichtigt, dass der Angeklagte auch den Ordnungswidrigkeitentatbestand des § 16 Abs. 1 Nr. 1 AÜG verwirklicht haben könnte (vgl. § 82 Abs. 1 OWiG). Die vom Senat vorgenommene Überprüfung hat ergeben, dass insoweit noch keine Verfolgungsverjährung eingetreten ist (vgl. § 16 Abs. 2 AÜG, § 31 Abs. 1 Nr. 1, § 33 Abs. 1 Nr. 1 OWiG). Dementsprechend wären Feststellungen dazu erforderlich gewesen, ob die ungarischen Arbeitnehmer in die Betriebe der deutschen Unternehmen eingegliedert waren.

54 Soweit dem Angeklagten Taten nach dem AÜG vorgeworfen werden, ist das Verfahren allerdings wegen des Verfahrenshindernisses der Spezialität (vgl. Art. 14 EuAIÜbk) einzustellen. Das zuständige Hauptstädtische Gericht der Republik Ungarn hat nämlich ausdrücklich davon abgesehen, den Angeklagten auch wegen dieser Taten auszuliefern, weil ein derartiges Verhalten nach ungarischem Recht nicht strafbar ist; ein Verzicht auf die Spezialität liegt nicht vor (vgl. Schreiben des Ministeriums für Justiz und Polizeiwesen der Republik Ungarn vom 23. November 2006, Bl. 44 des Sonderhefts "Auslieferung"). Da es nicht ausgeschlossen ist, dass das Verfahrenshindernis der Spezialität in einem

neuen Verfahren nicht mehr besteht, ist insoweit die Teileinstellung gegenüber einem Teilfreispruch vorrangig (vgl. Schoreit in KK-StPO 5. Aufl. § 260 Rdn. 51).

Nack

Boetticher

Kolz

Hebenstreit

Graf