

Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal und Janine Geißer*

Zur seltsamen Vernachlässigung der Rechtsfolgen des § 2 Abs. 3 StGB im Rahmen der Entwicklung der Arbeitnehmerfreizügigkeit im EU-Recht

I. Der häufige Sachverhalt

Durch die in den letzten Jahren erfolgte Erweiterung der EU, vor allen Dingen um Staaten aus dem Osten Europas, kam es häufig dazu, dass Arbeitnehmer aus diesen Staaten in Deutschland tätig wurden.¹ Dies geschah teilweise ohne Arbeitserlaubnis, mit der Folge, dass gegen diese Arbeitnehmer Verfahren wegen Verstößen gegen das Arbeitserlaubnisgesetz und später Aufenthaltsgesetz mit entsprechenden Strafmaßnahmen gegen die betroffenen Arbeitnehmer eingeleitet wurden. Als Straftatbestände wurden hier u.a. Verstöße gegen § 11 SchwarzArbG iVm § 284 SGB III angenommen. Deutschland hat sich nach den Beitrittsverträgen und Beitrittsprotokollen vom 25.4.2005² bei dem flexiblen „2+3+2“ Modell für die vollen sieben Jahre der Einschränkung des Zugangs zum Arbeitsmarkt entschieden.

Parallel zum Tätigwerden einzelner Arbeitnehmer aus den Staaten im Osten, die der EU beigetreten waren, bei denen aber die sieben Jahre der Einschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit noch nicht abgelaufen waren, kam es auch zur Einleitung von Strafverfahren gegen deutsche Auftraggeber von Werkverträgen, die als Entleiher einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung und somit über §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 S. 1 AÜG als Arbeitgeber von ausländischen Arbeitnehmern aus den genannten Ländern angesehen wurden. Diesen wurde vorgeworfen, gegen §§ 11 SchwarzArbG, in Verbindung mit 284 SGB III verstoßen zu haben, weil sie die ihnen zugeordneten Arbeitnehmer ohne Arbeitserlaubnis tätig werden lassen. Seit dem 1.1.2014 genießen nun auch Bulgaren und Rumänen die Arbeitnehmerfreizügigkeit.

In diesem Zusammenhang war zu berücksichtigen, dass es Deutschland gelungen ist, die vollständige Arbeitnehmerfreizügigkeit auf die Dauer von sieben Jahren für die an-

gesprochenen Mitgliedsstaaten auszusetzen. Hierbei ergab sich sowohl ab 1.5.2012 für Staaten wie Polen, Tschechien und Ungarn als auch ab 1.1.2014 für Rumänen und Bulgaren eine Situation, in der wegen der zu diesem Zeitpunkt geänderten Fassung des § 284 Abs. 1 SGB III, die ab den jeweiligen Zeitpunkten in Deutschland tätig gewordenen ausländischen Arbeitnehmer nunmehr ohne erforderliche Arbeitsgenehmigung tätig werden konnten.

II. Keine Berücksichtigung der Rechtsfolge des § 2 Abs. 3 StGB zum 1.5.2012 und 1.1.2014 in der bekannt gewordenen Rechtsprechung

Eigenartigerweise liegen zur angesprochenen Problematik, soweit ersichtlich, keine allgemein bekannt gewordene einschlägige Rechtsprechung und auch nur eine geringe Behandlung der sich in diesem Zusammenhang aus § 2 Abs. 3 StGB ergebenden Problematik in der Literatur vor.³ Der insoweit einschlägige § 2 Abs. 3 StGB bestimmt, dass, wenn das Gesetz, „das bei Beendigung der Tat gilt, vor der Entscheidung geändert“ wird, „so ist das mildeste Gesetz anzuwenden.“

Davon macht § 2 Abs. 4 StGB für das sogenannte Zeitgesetz eine Ausnahme dahingehend, dass „ein Gesetz, das nur für eine bestimmte Zeit gelten soll,...auf Taten, die während seiner Geltung begangen sind, auch dann anzuwenden“ ist, „wenn es außer Kraft getreten ist. Dies gilt nicht, soweit ein Gesetz etwas anderes bestimmt.“

Man hätte eigentlich annehmen müssen, dass sich Arbeitnehmer und Arbeitgeber angesichts der geschilderten Situation, die jeweils bis zu einem gewissen Zeitpunkt durch die § 11 SchwarzArbG und § 284 SGB III bestand, gegen eine Bestrafung mit dem Hinweis auf § 2 Abs. 3 StGB verteidigt hätten. Sie hätten einwenden können, dass § 284 Abs. 1 SGB III in der bis zum 1.5.2012 bzw. dem 1.1.2014 geltenden Fassung, nun nicht mehr gilt. Dies hätte dazu führen müssen, dass das mildeste Gesetz hätte gelten müssen, das nach diesen Zeitpunkten in Kraft getreten ist.⁴

* Prof. Dr. Tuengerthal ist Rechtsanwalt und Vorsitzender der Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit, in Mannheim. Er ist Professor an der Internationalen Berufsakademie in Darmstadt. Janine Geißer ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin der Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit und Rechtsreferendarin am Landgericht Mannheim.

1 <http://www.sueddeutsche.de/politik/zuwanderungsdebatte-osteuropa-verliert-deutschland-gewinnt-1.1852970>.

2 Vgl. Art. 20 des Protokolls über die Bedingungen und Einzelheiten der Aufnahme der Republik Bulgariens und Rumäniens in die Europäische Union.

3 Vgl. hierzu *Gaede wistra* 2011, 365 ff.

4 § 284 SGB III in der Fassung vom 1.5.2011 für Arbeitnehmer aus Polen, Tschechien, Ungarn und weiteren Ländern und in der Fassung vom 1.1.2014 für Bulgarien und Rumänien.

Da jeweils nach Einräumung der vollen Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Ablauf der angesprochenen sieben Jahre § 284 Abs. 1 SGB III, nunmehr bezogen auf die nächste Tranche von Neuzugängen zur EU vollständig geändert wurde, bestand nach den angesprochenen Zeitpunkten keine Möglichkeit mehr, die angesprochenen Arbeitnehmer gem. § 2 Abs. 3 StGB für die in früherer Zeit begangenen Verstöße zu bestrafen, soweit die angeführte Regelung nicht gem. § 2 Abs. 4 StGB als Zeitgesetz anzusehen war.

Derartige Fälle muss es gegeben haben, da der Zoll häufig Verfahren gegen deutsche Auftraggeber wegen angeblich illegaler Arbeitnehmerüberlassung nach §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG mit der Folge eingeleitet hat, dass deutsche Auftraggeber von Werkverträgen trotz Vorliegens eines werkvertraglichen Verhältnisses nach den §§ 11 SchwarzArbG und 284 SGB III belangt wurden. Einschlägige Entscheidungen zur angeführten Problematik sind den Verfassern allerdings nicht bekannt geworden.

III. Vergleichbaren Situation im Bereich des Aufenthaltsrechts

1. Rechtsprechung im Bereich des Aufenthaltsrechts

Demgegenüber besteht eine relativ umfangreiche Rechtsprechung zur nur scheinbar Situation beim Aufenthaltsrecht. In diesem Zusammenhang ist auf den Beschluss des AG Bremens vom 10.8.2004, zu verweisen.⁵ Hier hatte sich das Amtsgericht Bremen mit einer Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Bremen auseinanderzusetzen, die dem Angeschuldigten gewerbsmäßiges Einschleusen von Ausländern gemäß § 92a I Nr. 1, II Nr. 2 AuslG vorwarf. Dabei wurde dem Angeschuldigten zur Last gelegt, in einem Haus in Bremen mehrere Zimmer an Frauen aus dem osteuropäischen Raum gegen Zahlung eines entsprechenden Mietzinses zur Ausübung der Prostitution vermietet zu haben. Die im Beschluss des AG Bremen angesprochene Litauerin sei als Touristin visumfrei nach Bremen eingereist, habe für die Ausübung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit aber nicht über die erforderliche ausländerrechtliche Erlaubnis verfügt, sodass ihr Aufenthalt in Deutschland illegal gewesen sei.

In diesem Fall hat das Amtsgericht Bremen gemäß § 204 StPO die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt, da das Verhalten der Angeschuldigten nach dem Beitritt Litauens zur Europäischen Union keinen Straftatbestand mehr erfülle. Das Gericht wies darauf hin, dass litauische Staatsangehörige seit dem Beitritt Litauens zur Europäischen Union am 1.5.2004 Niederlassungsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit im Sinne von Art. 43 und 49 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft hätten und somit Anspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis haben.⁶

Das Verhalten der litauischen Staatsangehörigen unterfiele nach neuer Rechtslage somit nicht mehr dem Straftatbestand des § 92 I, Nr. 1 AuslG – illegaler Aufenthalt – und es könne sich nach heutiger Rechtslage der Wohnungsvermieter nicht mehr wegen Einschleusens von Ausländern gemäß § 92a AuslG strafbar machen, da es sich hier um ein verselbständigt Beihilfedelikt zum illegalen

Aufenthalt handelt und nunmehr, wie dargestellt, keine Haupttat mehr gegeben wäre. In der Beurteilung der Angelegenheit heißt es dann, dass gemäß § 2 Abs. 3 StGB damit auch eine Strafbarkeit für „Altfälle“, also für Vorgänge, die vor dem 1.5.2004 gemäß § 92a AuslG strafbar waren, nicht mehr vorliege. Dies gelte auch für den hier angeklagten Sachverhalt.

Das Gericht hätte sich nunmehr im Rahmen des Verfahrens mit § 2 Abs. 3 und Abs. 4 StGB näher beschäftigen müssen. Es führte jedoch nur kurz aus, dass „in den Fällen von Blankettgesetzen auch die blankettausfüllenden Normen heranzuziehen“⁷ und auch die dahinter stehenden EU-Normen zu berücksichtigen sind.⁸

Das LG Bremen, dem die Entscheidung über die eingelegte sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft gegen den Beschluss des AG Bremen oblag, unterstützte diesen mit Beschl. v. 9.12.2004, und wies die Beschwerde als unbegründet zurück.⁹

Der BGH hat die angesprochene untergerichtliche Rechtsprechung kurz und knapp verworfen. Im Urte. v. 27.4.2004 brachte er zum Ausdruck, dass der Beitritt Litauens nicht zur Straflosigkeit von Ausländern führt, die vor einem der genannten Zeitpunkte den Straftatbestand des unerlaubten Aufenthalts nach § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG verwirklicht haben, sondern lediglich eine Einschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs des Aufenthaltsgesetzes nach sich ziehe.¹⁰ Für diesen gelte § 2 Abs. 3 StGB deshalb nicht, weil die strafrechtlich sanktionierte Gebotsnorm unverändert blieb, denn auch nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 bzw. § 96 Abs. 1 und 2 AufenthG seien unerlaubter Aufenthalt bzw. Hilfeleistung dazu weiterhin strafbar. An dieser Entscheidung hielt der BGH in seiner darauf folgenden Rechtsprechung fest.¹¹

In den später ergangenen weiteren Urteilen des OLG Celle¹² und des OLG Bamberg¹³ schlossen sich beide Gerichte der Entscheidung des BGH an und lehnten die Anwendung des § 2 Abs. 3 StGB auf die von ihnen behandelten ähnlichen Fälle ab.

2. Kritik der Literatur an der kurzen und knappen Zurückweisung der Anwendung der Rechtsfolge des § 2 Abs. 3 StGB auf die Situation im Aufenthaltsrecht

Die knappe Abweisung der Anwendung der Rechtsfolge des § 2 Abs. 3 StGB auf die Situation im Aufenthaltsrecht erfuhr Kritik in der Literatur.

In seiner Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 11.5.2005 setzte sich *Herzog* kritisch mit den Ausführungen des BGH auseinander.¹⁴ Er kritisierte, dass der BGH den Fall der Aufenthaltslegalisierung durch die EU-Osterweiterung kurz und bündig aus dem Anwendungskontext von § 2 Abs. 3 StGB verwiesen habe, schloss sich der Haltung des AG Bremen an und betonte, dass es sich auf das materielle Prinzip zu besinnen gilt, welches hinter der

7 AG Bremen Beschl. v. 10.8.2004–78 Ds 300 Js 61368/02, StV 4/2005, 218.

8 AG Bremen Beschl. v. 10.8.2004–78 Ds 300 Js 61368/02, StV 4/2005, 218.

9 LG Bremen Beschl. v. 9.12.2004 – 11 Qs 377/04, StV 4/2005, 219.

10 BGH Urte. v. 27.4.2004 – 2 StR 457/04.

11 BGH Beschl. v. 11.5.2005 – 2 StR 122/05, sowie BGH Urte. v. 24.10.2007 – 1 StR 160/07.

12 OLG Celle Urte. v. 27.2.2008 – 1 ARs 23/07.

13 OLG Bamberg Urte. v. 20.9.2005 – 2 Ss 35/05.

14 *Herzog* StV 2006, 577ff; Anmerkung zum Beschl. des BGH v. 11.5.2005.

5 AG Bremen Beschl. v. 10.8.2004 – 78 Ds 300 Js 61368/02, StV 4/2005, 218.

6 AG Bremen Beschl. v. 10.8.2004–78 Ds 300 Js 61368/02, StV 4/2005, 218.

Regelung des § 2 Abs. 3 StGB stehe. Dies sei das Prinzip der Meistbegünstigung für den Betroffenen.¹⁵ Folglich könne es nur dieser Standpunkt sein, der für die Frage nach dem milderen Gesetz einzunehmen sei.

Der *ratio legis*, der „Rechtswohltat“ des § 2 Abs. 3 StGB entsprechend, käme es einer „Vergewaltigung der materiellen Gerechtigkeit“ gleich, wenn der Richter zum Entscheidungszeitpunkt noch ein Gesetz anwenden müsste, zu dessen Existenzberechtigung sich der Gesetzgeber überhaupt nicht mehr bekennt.¹⁶

Auch *Rübenstahl*, äußerte sich kritisch zu einem parallelen Urteil des BGH vom 24.10.2007.¹⁷ Nach seiner Auffassung liegt die Anwendbarkeit des § 2 Abs. 3 StGB entgegen dem BGH nicht fern. Durch den Beitrittsvertrag Ungarns vom 16.4.2003 sei nicht nur die verwaltungstechnische Abwicklung der Entsendung geändert, die der BGH in seinem Urteil angesprochen habe. Mit der Einführung der vorgenannten EG-Vorschriften zum 1.5.2004 und deren Auslegung durch den EuGH und den BGH sei ein Tatbestandsausschluss des § 266a StGB bei Vorliegen von darauf beruhenden Entsendebescheinigungen E-101 dekretiert. Es bedürfe einer überzeugenderen Begründung, warum dies nicht gemäß § 2 Abs. 3 StGB rückwirkend für die funktionsidentischen Bescheinigungen nach dem deutsch-ungarischen Sozialversicherungsabkommen gelten soll.¹⁸

Auch *Gless*, führte aus, der Wortlaut des § 2 Abs. 3 StGB erfordere zwar eine Änderung des Gesetzes, was zunächst nahelegt, dass eine formale Änderung des niedergelegten Gesetzes erfolgt sein müsse. Nach allgemeiner Ansicht hindere diese Begrifflichkeit jedoch nicht daran, auch eine Änderung der Rechtslage einzubeziehen, die die prinzipielle Qualifizierung von neuem Gewohnheitsrecht als Gesetzesänderung in diesem Sinne zeige.¹⁹

Es zeigt sich, dass in der Literatur die Entscheidungen des BGH bezüglich der Anwendung des § 2 Abs. 3 StGB im Aufenthaltsrecht abgelehnt werden, gerade weil der BGH die Anwendbarkeit kurz und – wie man es sieht – ohne überzeugende Begründung verneint.

IV. Keine unmittelbare Auswirkung der Rechtsprechung zum Aufenthaltsgesetz auf das Arbeits-erlaubnisrecht

Die im Zusammenhang mit dem Aufenthaltsrecht angesprochenen Überlegungen des BGH können nicht zur Ablehnung der Rechtsfolgen des § 2 Abs. 3 StGB beim Arbeits-erlaubnisrecht führen, da hier eine andere Situation vorliegt. Dies ist deshalb der Fall, weil hierbei im Gegensatz zum Aufenthaltsrecht von einer gesetzlichen Änderung zu sprechen ist: Im Arbeits-erlaubnisrecht wurde § 284 Abs. 1 S. 1 SGB III jeweils geändert, während im Aufenthaltsrecht nach der strikten Auffassung des BGH keine Gesetzesänderung angenommen wurde.

Um die angesprochene Auffassung zu begründen, ist zunächst darzustellen, dass es bei der Nennung von § 284 Abs. 1 S. 1 SGB III in § 11 SchwarzArbG darum

geht, dass in § 11 SchwarzArbG eine Blankettvorschrift zu sehen ist, die erst gemeinsam mit der ausfüllenden Norm des § 284 Abs. 1 S. 1 SGB III zu einer Vollvorschrift wird. Diese Sichtweise hat schon das Bundesverfassungsgericht zum Ausdruck gebracht.²⁰

Auch der BGH teilt inzwischen seit seinem Ur. v. 8.1.1965 die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts.²¹ In diesem Urteil führt er aus, dass seine frühere Ansicht nicht mehr aufrechterhalten werden kann, in der das Gericht eine Auswirkung des § 2 Abs. 3 StGB auf Blankettstrafgesetze abgelehnt hatte. Nunmehr erkennt der BGH an, dass es sachlich nicht gerechtfertigt ist, bei Auslegung des § 2 Abs. 3 StGB den Begriff des Gesetzes einzuengen. Zum Strafgesetz werde die Sanktionsnorm erst durch den der Ausfüllungsnorm zu entnehmenden Tatbestand, ohne den die Blankettstrafdrohung funktionslos wäre. Mit dem Wechsel der Ausfüllungsnorm ändere sich also ein wesentliches Element des Strafgesetzes selbst. Anerkanntermaßen komme es für die Frage nach dem mildesten Gesetz auf den gesamten Rechtszustand an, von dem die Strafe abhängt. Es gäbe keinen sachlichen Grund, diese Regel im Bereich der Blankettstrafgesetze nicht anzuwenden. Das sei auch die einhellige Meinung im Schrifttum.²²

Legt man diese Auffassung zugrunde, so reicht die Änderung des § 284 SGB III aus, die jeweils nach Ablauf der 7-Jahres-Frist zugunsten der bis dahin hinsichtlich der Arbeitserlaubnis eingeschränkten Arbeitnehmer aus den betroffenen östlichen Staaten der EU erfolgte, um von einer Gesetzesänderung im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB mit der sich daraus ergebenden Rechtsfolge der Anwendung des neuen § 284 Abs. 1 SGB III, der keine Straffolge mehr vorsieht, zu sprechen. Dies hat zur Folge, dass, soweit nicht der Ausschlussstatbestand des § 2 Abs. 4 S. 1 StGB eingreift, Arbeitnehmer und deren Arbeitgeber nicht mehr nach den beiden entscheidenden Zeitpunkten, dem 1.5.2012 und dem 1.1.2014 wegen eines Verstoßes gegen § 11 Abs. 1, 1. Alt. SchwarzArbG bestraft werden können. Da der Wegfall einer Bestrafung gemäß § 2 Abs. 3 StGB der günstigste Fall einer milderen Bestrafung sei,²³ könnte es nicht mehr zu einer Bestrafung der betroffenen Arbeitnehmer und deren Arbeitgeber im Hinblick auf eine denselben gemachten Vorwurf eines Tätigwerdens ohne Arbeitserlaubnis kommen. Die Änderung des § 284 SGB III hätte somit die Änderung der Blankettstrafbestände in § 11 Abs. 1 SchwarzArbG zur Folge. Die ab dem 1.1.2005 durch Änderung des § 284 SGB III entstandene „Ahnungslücke“ würde nach § 2 Abs. 3 StGB rückwirkend zur Strafflosigkeit führen. Deshalb müssten laufende Ermittlungsverfahren sofort eingestellt werden, denn bei der illegalen Ausländerbeschäftigung nach §§ 10, 11 Abs. 1 SchwarzArbG wäre durch die Gesetzesänderung der Kreis tauglicher Tatobjekte erheblich eingeschränkt worden.²⁴

Somit lag ab dem angesprochenen Zeitpunkt ein milderes Gesetz im Sinne von § 2 Abs. 3 StGB vor, sodass nach diesem zu bestrafen ist. Aufgrund des Wegfalls der Strafbarkeit aufgrund der Blankettnorm, bedeutet dies für die osteuropäischen Arbeitnehmer nach § 2 Abs. 3 StGB, soweit der Ausschlussstatbestand des § 2 Abs. 4 S. 1 StGB nicht vorliegt, Straffreiheit.

15 *Herzog StV* 2006, 577 (579).

16 *Herzog StV* 2006, 577 (578).

17 *Rübenstahl NJW* 2008, 595ff: Anmerkung zum Beschl. des BGH v. 7.3.2007.

18 *Rübenstahl NJW* 2008, 595ff.

19 *Gless GA* 2000, 224 (233).

20 *BVerfG* Beschl. v. 8.5.1974 – 2 BvR 636/72, *BVerfGE* 37, 201 (207).

21 *BGH* Ur. v. 8.1.1965 – 2 StR 49/64, *BGHSt* 20, 177ff.

22 Vgl. *BGH* Ur. v. 8.1.1965 – 2 StR 49/64, *BGHSt* 20, 177ff.

23 Vgl. *Fischer, StGB*, 61. Auflage 2014, § 2 Rn. 10.

24 *Mosbacher wistra* 2005, 54 (55).

V. Zur Frage der Auswirkung von § 2 Abs. 4 Abs. 1 StGB auf das gefundene Ergebnis

Zu überprüfen ist nunmehr, ob das hier gefundene Ergebnis einer Strafflosigkeit der Arbeitnehmer und Arbeitgeber, die vor den angesprochenen Zeitpunkten gegen § 11 Abs. 1 Nr. 1, 1. Alt. SchwarzArbG und § 284 Abs. 1 SGB III verstoßen haben, trotz der Regelung in § 2 Abs. 4 S. 1 StGB aufrechterhalten werden kann. § 2 Abs. 4 S. 1 StGB regelt, dass ein Gesetz, das nur für eine bestimmte Zeit gelten soll, auf Taten, die während seiner Geltung begangen sind, auch dann anzuwenden ist, wenn es außer Kraft getreten ist. Diese Regelung macht somit eine Ausnahme vom Milderungsgebot. Es ist zu fragen, ob § 284 Abs. 1 SGB III als Zeitgesetz im Sinne von § 2 Abs. 4 S. 1 StGB anzusehen ist, mit dem Ergebnis, dass die Rechtsfolge des § 2 Abs. 3 StGB damit ausgeschlossen wird.

Ein Zeitgesetz im engeren Sinne wird angenommen, wenn ein Gesetz nur für eine bestimmte Zeit erlassen worden ist; wenn seine Geltung von vornherein an eine bestimmte Frist gebunden ist oder sie an den Eintritt eines bestimmten Ereignis gekoppelt ist.²⁵ Danach könnte es fraglich sein, ob § 11 SchwarzArbG iVm § 284 SGB III ein solches Zeitgesetz im engeren Sinne ist, da gerade das flexible „2+3+2 Modell“ galt, das keine klar definierten Fristen vorsah, sondern vielmehr die genaue Geltungsdauer der Regelung im Ermessen der Regierung stand.²⁶

Allerdings vertritt der BGH auch den Begriff des Zeitgesetzes im weiteren Sinne, wonach auch ein Gesetz, das ohne kalendermäßige Befristung seiner Natur nach zeitbedingt ist, als Zeitgesetz anzusehen ist.²⁷ Der BGH fasst den Begriff „Zeitgesetz“ im Sinne des § 2 Abs. 4 StGB sehr weit. Unter diesem Aspekt ist nicht auszuschließen, dass der BGH, wenn es nur um die Anwendung nationalen deutschen Rechts ginge, § 284 Abs. 1 SGB III in seinen verschiedenen geänderten Fassungen als Zeitgesetz ansehen würde, mit der Folge, dass die günstige Lösung der Anwendung des milderen Gesetzes, also die jeweils neuere Fassung von § 284 Abs. 1 SGB III deshalb nicht zum Tragen käme.

VI. Ausschluss der Anwendung des § 2 Abs. 4 S. 1 StGB durch das hier eingreifende übergeordnete EU-Recht

1. Das Zeitgesetz und der lex mitior Grundsatz im EU-Recht und internationalem Recht

Würde man an dieser Stelle die Überprüfung beenden und § 284 Abs. 1 SGB III als Zeitgesetz ansehen, hätte man die Rechnung „ohne den Wirt“, nämlich die EU, gemacht. Dazu ist zunächst auf die Auswirkung des Urteils des EuGH in der Rechtssache Berlusconi vom 3.5.2005 auf die vorliegende Fragestellung einzugehen.²⁸

In diesem Urteil ging es um die Frage, inwieweit aus EU-rechtlichen Überlegungen eine nachträgliche Gesetzesän-

derung, die zu einer milderen Beurteilung des ursprünglich als Verbrechen angeklagten Vorgehens des ehemaligen italienischen Staatspräsidenten Berlusconi geführt hat, zu beurteilen war. Hierbei spielte EU-Recht deshalb eine Rolle, weil die nachträgliche Milderung der gesetzlichen Vorgaben, die zu einer Bestrafung des Herrn Berlusconi geführt hätten, im Widerspruch zu EG-Rechtsakten stand.

In diesem Zusammenhang sprach der EuGH den „Grundsatz der rückwirkenden Anwendung des milderen Strafgesetzes“ an und führte hierzu wie folgt aus: Es sei zu beachten, „dass die Grundrechte nach ständiger Rechtsprechung zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gehören, deren Wahrung der Gerichtshof sichert.“²⁹ Weiter stellte er fest, dass der Grundsatz des milderen Gesetzes zur gemeinsamen Verfassungstradition gehört und somit Bestandteil der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts ist.³⁰

In ähnlichem Sinne hat auch die Generalanwältin Juliane Kokott in ihren Schlussanträgen vom 14.10.2004 zum Ausdruck gebracht, dass dieser Grundsatz auch in Art. 49 Abs. 1 S. 3 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh) aufgenommen worden ist und ebenso in Art. 15 Abs. 1 S. 3 im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR) vom 19.12.1966 (BGBl. 1973, II, 1553) enthalten ist.³¹ Somit hat der Grundsatz der rückwirkenden Anwendung des milderen Gesetzes sowohl in Art. 49 der GRCh und in Art. 15 Abs. 1 S. 3 IPbPR europäisch und international seine Ausprägung gefunden. Beide Vorschriften lassen keinen Raum für eine Einschränkung im Sinne von § 2 Abs. 4 S. 1 StGB.

Schonard führt bei Art. 49 GRCh bezogen auf den enthaltenen Grundsatz aus, dass Art. 49 Abs. 1 S. 3 GRCh den „lex mitior-Grundsatz“ als Gebot der Bestrafung nach dem mildsten Gesetz bei tätergünstigen Rechtsänderungen nach der Tat, enthalte. Zudem beziehe sich die Vorschrift allein auf die mildere Strafe, also die Rechtsfolgenseite bei strafrechtlicher Beurteilung, einschließlich etwaiger strafrechtlicher Nebenfolgen.³² Aus der Charta, dem angesprochenen Internationalen Pakt, wie auch den Ausführungen des EuGH und der Generalanwältin Kokott wird deutlich, dass das EU-Recht die in § 2 Abs. 4 S. 1 StGB vorgesehene Einschränkung durch Zeitgesetze nicht enthält.

2. Die Einschränkung des § 2 Abs. 4 S. 1 StGB durch Art. 49 Abs. 1 S. 3 GRCh über § 2 Abs. 4 S. 2 StGB

a) Anwendungsbereich gem. Art. 51 GrCh

Art. 49 Abs. 1 S. 3 GRCh kennt den Begriff des Zeitgesetzes nicht, macht also keine Ausnahme vom lex mitior Prinzip. Durch das Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon Ende 2009 erfolgte auch die Inkraftsetzung der Charta der Grundrechte der EU nach Art. 6 Abs. 1 EUV als Primärrecht. Sie erfordert somit durch ihren Charakter als höherrangiges Recht nach Art. 51 GrCh eine unmittelbare Anwendung in Deutschland.³³ Im Verhältnis dazu kommt dem § 2 Abs. 3 StGB und dem darin enthaltenen Meistbe-

25 BGH Beschl. v. 9.3.1994 – 3 StR 12/54, BGHSt 6, 30 (36).

26 Vgl. hierzu Fromm WiRO 2011, 114: Zuwiderhandlungen gegen die EU-Arbeitsgenehmigungspflicht für die Staatsangehörigen der neuen EU-Mitgliedsstaaten nach § 404 II Nr. 3 bzw. 4 SGB III – Zur zeitlichen Geltung des Ordnungswidrigkeitentatbestandes nach dem Erlöschen der EU-Arbeitslaubnis nach dem 30.4.2011.

27 BGH Beschl. v. 9.3.1994 – 3 StR 12/54, BGHSt 6, 30 (37).

28 EuGH Ur. v. 3.5.2005 – C-387/02.

29 EuGH Ur. v. 3.5.2005 – C-387/02, Rn. 67.

30 EuGH Ur. v. 3.5.2005 – C-387/02, Rn. 68, 69.

31 Wobei Frau Kokott den lex mitior Grundsatz in der Sache Berlusconi für nicht anwendbar hielt.

32 Lenz/Borchardt/Schonard, EU-Verträge, Kommentar EUV, AEUV, GRCh, 6. Auflage Köln 2012, Art. 49 GrCh, 3328 Rn. 7, 8.

33 Vgl. Gaede wistra 2011, 365 (367).

günstigungsprinzip nur ein niedrigerer Rang als einfaches Recht zu, weil die Grundrechtecharta funktional als europäisches Verfassungsrecht angesehen wird.³⁴

Vom EuGH wird Art. 49 Abs. 1 S. 3 GRCh auch vom EuGH im Berlusconi-Urteil als ein allgemeiner Rechtssatz anerkannt, der nicht einfach einschränkbar ist.³⁵ Nach Art. 51 Abs. 1 GRCh ist Art. 49 Abs. 1 S. 3 GRCh bei der „Durchführung des Rechts der Union“ anwendbar. Dazu ist festzustellen, dass die Beitrittsverträge samt Beitrittsprotokollen in § 284 SGB III ihren Niederschlag gefunden haben und die Vorschrift somit der Durchführung des Unionsrechts dient.

Der EuGH hat in seinem Urt. v. 10.4.2003 wiederholt den Anwendungsbereich der Grundrechtecharta ausgeweitet, in dem die Mitgliedstaaten „im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts“ an die Grundrechte gebunden sind.³⁶ Danach werden bei Art. 51 GRCh selbst nationale Maßnahmen mit marginalem Bezug zum Unionsrecht erfasst.³⁷ Die Charta-Erläuterungen zu Art. 51 Abs. 1 GRCh verweisen ohne Einschränkungen auf die Rechtsprechung des EuGH und sprechen zudem abwechselnd von Anwendungsbereich und Durchführung.³⁸ Im vorliegenden Fall bei § 284 SGB III geht es gerade um die Beitrittsverträge und somit um die Abgrenzung zwischen deutschem und europäischem Recht. Auch eine solche Konstellation hat einen europäischen Bezug, so dass der Anwendungsbereich gem. Art. 51 Abs. 1 GRCh eröffnet ist.

b) Meistbegünstigungsprinzip gem. Art. 49 Abs. 1 S. 3 GRCh

Offen bleibt, ob Art. 49 Abs. 1 S. 3 GRCh zu einer Änderung der Anwendung des § 2 Abs. 4 S. 1 StGB führt. *Schonard* führte hinsichtlich der Auswirkungen von Art. 49 Abs. 1 S. 3 der Charta auf die Mitgliedstaaten aus, dass diese Vorschrift insbesondere bei Strafverfahren im Bereich unionsrechtlich vorgegebener Straftatbestände und/oder strafrechtlicher Sanktionen oder anderweitig unionsrechtlich geregelter Materien, die durch die Mitgliedstaaten aus eigener Entscheidung heraus strafbewährend gestaltet werden bedeutend ist.³⁹

Satzger hat bereits 2001 zum Ausdruck gebracht, dass das EU-Recht grundsätzlich Anwendungsvorrang vor widersprechendem nationalem Recht hat und dass der Rechtsanwender einen bestimmten Straftatbestand aufgrund des Einflusses des Gemeinschaftsrechts nicht anwenden darf, weil bereits der Anwendungsbereich des Straftatbestandes aufgrund des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts eingeschränkt ist.⁴⁰ Art. 49 Abs. 1 S. 3 GRCh könne

34 Vgl. *Gaede* wistra 2011, 365 (367).

35 Vgl. *EuGH* Urt. v. 3.5.2005 – C-387/02, Rn. 69.

36 *EuGH* Urt. v. 10.4.2003, C-276/01, Rn. 70; auch schon *EuGH* Urt. v. 29.5.1997, C-299/95, Rn. 15.

37 *EuGH*, Urt. v. 26.2.2013, C 617/10 – *Akerberg Fransson* Rn. 16 ff.; *Satzger* FS für *Kristian Kühl*: Der europarechtlich bedingte Bedeutungszuwachs der Meistbegünstigungsklausel (§ 2 Abs. 3 StGB), München 2014, 407 (412).

38 *Chartaerläuterungen*, ABl. 2007, C-303/32; auch *Jarass/Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union Kommentar, 2010, Art. 51, Rn. 10.

39 *Lenz/Borchardt/Schonard*, EU-Verträge, Kommentar EUV, AEUV, GRCh, 6. Aufl. Köln 2012, Art. 49 GRCh, 3326 Rn. 4.

40 *Satzger*, *Jus Criminale*, Schriftenreihe zum Europäischen Strafrecht, Band 8 in Kapitel 6, 2001, 475 ff. Europäisierung des Strafrechts, eine Untersuchung zum Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Strafrecht.

nur nach dem Schrankenregime des Art. 52-54 GRCh eingeschränkt werden. Danach seien gesetzlich vorgesehene Einschränkungen möglich, wenn sie den Wesensgehalt des Rechts und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit achten. Dabei müsse jedoch die Einschränkungsmöglichkeit restriktiv gehandhabt werden, um nicht jegliche Strafnorm zu zulassen.⁴¹

§ 2 Abs. 4 S. 2 StGB erkennt gerade die Möglichkeit an, durch Gesetz von der Einschränkung des Zeitgesetzes abzuweichen. Eine solche gesetzliche Bestimmung findet sich in Art. 49 Abs. 1 S. 3 GRCh wieder. Art. 49 Abs. 1 S. 3 GRCh verlangt, dass bei „jedweder täterbegünstigenden Gesetzesänderung“ das jeweils „mildeste Gesetz“ anzuwenden ist.⁴² Er macht insoweit keine Einschränkung des *lex mitior*-Grundsatzes und verlangt eine vollständige Begünstigung. Die nationale Vorschrift § 2 Abs. 4 S. 1 StGB wollte vom Milderungsgebot nur soweit eine Ausnahme machen, wie nicht durch höherrangige Regelungen etwas anderes bestimmt wird. Im Anwendungsbereich der Grundrechtecharta, im Rahmen von Art. 51 GRCh, soll nach § 2 Abs. 4 S. 2 StGB somit die Ausnahmeregelung des Zeitgesetzes nach § 2 Abs. 4 S. 1 StGB nicht gelten, denn dort gilt uneingeschränkt das Milderungsgebot, wie es Art. 49 Abs. 1 S. 3 GRCh verlangt. Dies bedeutet im Ergebnis, dass § 2 Abs. 4 S. 1 StGB bei der „Durchführung des Rechts der Union“ oder „im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts“ die Einschränkung des Milderungsgebotes wegen Art. 49 Abs. 1 S. 3 GRCh, der eine solche Einschränkung nicht kennt,⁴³ keine Anwendung findet. Es gilt nach § 2 Abs. 3 StGB weiter das mildere Gesetz.

Im Bereich der Berührung mit dem Unionsrecht, muss die nationale Regelung des Zeitgesetzes zugunsten des in Art. 49 Abs. 1 S. 3 GRCh uneingeschränkt gewährten Milderungsgrundsatzes über § 2 Abs. 4 S. 2 StGB zurücktreten. Vorliegend geht es, wie bereits ausgeführt, um die Umsetzung des Beitrittsvertrages samt Beitrittsprotokollen in § 284 SGB III, so dass der Anwendungsbereich gem. Art. 51 GRCh eröffnet ist und das Milderungsgebot nach Art. 49 Abs. 1 S. 3 GRCh uneingeschränkt gilt. Daran ändert auch der Charakter des § 284 SGB III als Zeitgesetz im Sinne von § 2 Abs. 4 S. 1 StGB nichts, da über § 2 Abs. 4 S. 2 StGB die gesetzliche höherrangige Regelung des Art. 49 Abs. 1 S. 3 GRCh der uneingeschränkte Grundsatz des milderen Gesetzes gilt und soweit die Ausnahme verdrängt.

VII. Ergebnis: Einstellung der Verfahren wegen ursprünglicher Verstöße gegen Arbeitserlaubnisregeln im Sinne der §§ 10, 11 SchwarzArbG, § 404 SGB III sowie § 284 SGB III

Im Ergebnis sind also die Verfahren, die gegenwärtig noch gegenüber bulgarischen oder rumänischen Arbeitnehmern oder deren Arbeitgebern oder angeblich über §§ 9/10 AÜG gewordene Arbeitgeber bulgarischer oder rumänischer Arbeitnehmer, laufen, wegen der jetzt bestehenden Straflosigkeit nach § 2 Abs. 3 StGB einzustellen. ■

41 Vgl. auch hierzu *Gaede* wistra 2011, 365 (370).

42 *Meyer/Eser*, Kommentar der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 49, Rn. 34.

43 Vgl. *Meyer/Eser*, Kommentar der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 49, Rn. 34.