



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

5 StR 538/17

vom
12. April 2018
in der Strafsache
gegen

wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt u.a.

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und des Beschwerdeführers am 12. April 2018 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Göttingen vom 14. Juni 2017
 - a) im Fall 6 der Urteilsgründe im Schuldspruch dahin abgeändert, dass der Angeklagte der Verletzung der Buchführungspflicht schuldig ist,
 - b) in den Fällen 4 und 5 der Urteilsgründe sowie im Gesamtstrafenausspruch mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

2. Die weitergehende Revision wird verworfen.

Gründe:

1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt in drei Fällen, wegen vorsätzlicher Insolvenzverschleppung, wegen Betruges und wegen Bankrotts zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und drei Monaten verurteilt. Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision des Angeklagten mit Verfahrensrügen und der Sachbeschwerde. Das Rechtsmittel hat mit der Sachrüge den aus der Beschlussformel ersichtlichen Erfolg; im Übrigen ist es unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO.

I.

2 Entgegen der Auffassung der Revision liegt dem Verfahren auch bezüglich der in den Fällen 1 bis 3 der Urteilsgründe abgeurteilten Taten des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt eine wirksame Anklageschrift und – daran anknüpfend – ein wirksamer Eröffnungsbeschluss der Wirtschaftsstrafkammer zugrunde.

3 Die ursprünglich dem Amtsgericht – Strafrichter – vorgelegte Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Göttingen vom 7. August 2015 wird ihrer Umgrenzungsfunktion gerecht. Denn die Beschäftigung des in der Anklage nicht benannten Arbeitnehmers S. lag in dem von Anklagefall 3 erfassten Tatzeitraum (August 2013); auch diesbezüglich war die Barmer GEK zuständige Einzugsstelle. Bei gleichzeitigem Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen für mehrere Arbeitnehmer gegenüber derselben Einzugsstelle liegt aber nur eine Tat vor (vgl. BGH, Beschluss vom 24. April 2007 – 1 StR 639/06, StraFo 2007, 342; LK-Möhrenschlager, 12. Aufl. § 266a Rn. 108). Für diese Tat – wie auch für die in den Fällen 1 und 2 abgeurteilten Taten (Juni und

Juli 2013) – teilt der Anklagesatz die Stellung des Angeklagten als Arbeitgeber, seinen Geschäftsort, die Einzugsstelle und die dieser gegenüber zu entrichtenden Sozialversicherungsbeiträge – aufgeschlüsselt nach Arbeitnehmer- und Arbeitgeberanteilen – zu konkret bezeichneten Beschäftigungs- und Beitragsmonaten mit. Diese Angaben lassen eine Abgrenzung zu anderen Taten ohne weiteres zu. Für die Erfüllung der Umgrenzungsfunktion der Anklage bedurfte es deshalb weder näherer Angaben zu den Einkünften der einzelnen Arbeitnehmer und zu dem jeweiligen Berechnungssatz für die Höhe der Sozialversicherungsbeiträge noch einer Differenzierung nach einzelnen Personen bei der Auflistung der Taten, die nach Beschäftigungsmonaten abgegrenzt worden sind (vgl. BGH, Urteil vom 9. Januar 2018 – 1 StR 370/17, NJW 2018, 878, 880, und Beschluss vom 26. April 2017 – 2 StR 242/16, wistra 2018, 49, 50, jeweils in Abgrenzung zu OLG Celle, Beschluss vom 3. Juli 2013 – 1 Ws 123/13, und OLG Hamm, wistra 2016, 86, 87). Insoweit bestehende Mängel in der Informationsfunktion der Anklageschrift lassen sich im weiteren Verfahren – wie es hier hinsichtlich der nicht gemeldeten Arbeitnehmer, die von der Schadensberechnung erfasst waren, nach dem Revisionsvorbringen auch geschehen ist – durch gerichtliche Hinweise zur Gewährung rechtlichen Gehörs beheben (vgl. BGH, Urteile vom 11. Januar 1994 – 5 StR 682/93, BGHSt 40, 44, 45; vom 29. Juli 1998 – 1 StR 94/98, BGHSt 44, 153, 156, und vom 24. Januar 2012 – 1 StR 412/11, BGHSt 57, 88, 91; Beschluss vom 26. April 2017 – 2 StR 242/16, aaO).

II.

4

Die Verfahrensrügen bleiben ohne Erfolg. Ergänzend zur Antragsschrift des Generalbundesanwalts bemerkt der Senat, dass die Rüge nach § 338 Nr. 3 StPO jedenfalls unbegründet ist. Soweit die Äußerungen der abgelehnten Rich-

ter überhaupt dazu geeignet sein sollten, die Besorgnis der Befangenheit zu begründen, ist diese jedenfalls durch die dienstlichen Erklärungen ausgeräumt worden.

III.

5 Die Sachrüge erzielt den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg.

6 1. Das Landgericht hat den Angeklagten im Fall 6 zu Unrecht wegen Bankrotts verurteilt, da eine der in § 283 Abs. 1 Nr. 1 bis 8 StGB aufgeführten Tathandlungen nicht festgestellt ist. Insoweit ist dem Landgericht ein Tenorierungsversehen unterlaufen, wie es einleitend in den Entscheidungsgründen (UA S. 6) klargestellt hat. Demgemäß hat es seiner rechtlichen Bewertung der zu dieser Tat rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen den Straftatbestand der Verletzung der Buchführungspflicht gemäß § 283b Abs. 1 Nr. 3 b StGB zugrunde gelegt (UA S. 80). Der Senat hat den Schuldspruch entsprechend berichtigt. Der Einzelstrafausspruch ist von dem Tenorierungsversehen nicht betroffen.

7 2. Die Verurteilung des Angeklagten wegen Insolvenzverschleppung (Fall 4) und wegen Betruges (Fall 5) hält sachlich-rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

8 a) Das Landgericht hat hierzu folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

9 aa) Die wirtschaftliche Situation der F. D. U.
(haftungsbeschränkt), die durch den Angeklagten als faktischen Ge-

schäftsführer geleitet wurde, verschlechterte sich Ende des Jahres 2013, weil mehrere ihrer Ausgangsrechnungen von Auftraggebern wegen geltend gemachter Werkmängel nicht gezahlt wurden. Im späteren Insolvenzverfahren über das Vermögen der Unternehmergesellschaft (UG) wurden Verbindlichkeiten in Höhe von ca. 20.000 Euro zur Tabelle angemeldet, die bereits Ende Januar 2014 fällig gewesen waren. Obwohl die Gesellschaft aus dem Verkauf einer ihren wesentlichen Vermögenswert darstellenden Immobilie den Kaufpreis von insgesamt 48.000 Euro bis Anfang Februar 2014 in drei Teilzahlungen erhalten hatte, konnte sie ihre Verbindlichkeiten bis zur Insolvenzantragstellung im März 2014 mangels liquider Mittel nicht mehr begleichen. Auch die Löhne für die offiziell gemeldeten Arbeitnehmer wurden nicht mehr bezahlt, sodass für Januar 2014 die Agentur für Arbeit an Insolvenzgeld 6.130 Euro leistete.

- 10 Der Angeklagte kannte die finanzielle Situation der UG und ihm war bewusst, dass sie Ende Januar 2014 keine ausreichenden liquiden Mittel mehr hatte, um zumindest einen wesentlichen Teil ihrer fälligen Verbindlichkeiten begleichen zu können. Ende Januar 2014 war auch nicht wahrscheinlich, dass der Mangel an liquiden Mitteln kurzfristig behoben werden könnte. Obwohl danach spätestens zu diesem Zeitpunkt eine Zahlungsunfähigkeit bestanden hatte, unterließ es der Angeklagte, für die Gesellschaft einen Insolvenzantrag zu stellen. Die Antragstellung erfolgte absichtlich verzögert, um den Sitz bei der erwarteten Insolvenz zunächst von Bad Lauterberg nach München zu verlegen. Der Angeklagte erhoffte sich hierdurch eine „geräuschlosere“ Insolvenz der Gesellschaft. Die als formelle Geschäftsführerin tätige Ehefrau des Angeklagten reichte erst am 12. März 2014 für die UG einen Insolvenzantrag beim Amtsgericht München ein (Tat 4).

11 Trotz ihrer finanziellen Situation beauftragte der Angeklagte für die UG am 7. Februar 2014 die K. GmbH mit der Montage sanitärer Einrichtungen in einer Wohnung in München. Dabei war ihm das hohe Risiko bewusst, dass die in Auftrag gegebenen Leistungen nicht würden bezahlt werden können. Tatsächlich wurde die Rechnung des Sanitärunternehmens vom 24. Februar 2014 über 2.141 Euro von der UG nicht mehr beglichen. Erst im August 2016 zahlte der Angeklagte persönlich 2.200 Euro an die K. GmbH (Tat 5).

12 bb) Seine Feststellungen zur Insolvenzreife der UG bei Fall 4 hat das Landgericht auf folgende Überlegungen gestützt:

13 Nach Aussage des Insolvenzverwalters habe auf die sich zunächst nach den betriebswirtschaftlichen Auswertungen ergebenden Forderungen in Höhe von rund 52.000 Euro bei seinen Realisierungsversuchen kein einziger der vorgeblichen Schuldner gezahlt. Später habe er lediglich Forderungen in Höhe von 19.700 Euro als noch offen feststellen können. Insoweit seien aber Mängelreden erhoben worden oder es habe sonst an der Durchsetzbarkeit gefehlt. Den Forderungen der Gesellschaft hätten zur Tabelle im Insolvenzverfahren angemeldete Forderungen von Gläubigern der Gesellschaft in Höhe von 20.000 Euro gegenüber gestanden, die bis Ende Januar 2014 fällig gewesen seien. Die Verbindlichkeiten seien trotz der Zahlungseingänge aus dem Immobilienverkauf bis zur Insolvenzantragsstellung Mitte März 2014 nicht beglichen worden. Auch die unterbliebenen Gehaltszahlungen in dieser Zeit unterstrichen die desolante Finanzlage der Gesellschaft. Für die Zahlung der für Januar 2014 geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge, die nicht ausschließbar zunächst gestundet gewesen seien, habe ebenfalls kein Geld zur Verfügung gestanden.

Trotz des Zugangs an Liquidität durch den Immobilienverkauf seien auch sie – der Insolvenztabelle zufolge – bis zur Insolvenzeröffnung nicht gezahlt worden.

14 Auch die Strafbarkeit wegen Betruges (Fall 5) hat das Landgericht darauf gestützt, dass der Angeklagte um die zu Beginn des Jahres 2014 desolatte Finanzlage der UG gewusst habe.

15 b) Die Verurteilung im Fall 4 wegen vorsätzlicher Insolvenzverschleppung gemäß § 15a Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 InsO ist nicht tragfähig begründet. Denn das Landgericht hat bei der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit als Voraussetzung für die Pflicht nach § 15a Abs. 1 InsO, einen Insolvenzantrag zu stellen, einen falschen Maßstab angelegt.

16 aa) Nach § 17 Abs. 2 InsO ist der Schuldner zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit erfolgt in der Regel durch die betriebswirtschaftliche Methode. Sie setzt eine stichtagsbezogene Gegenüberstellung der fälligen Verbindlichkeiten einerseits und der zu ihrer Tilgung vorhandenen oder kurzfristig herbeizuschaffenden Mittel andererseits voraus. Zur Abgrenzung von der bloßen Zahlungsstockung ist diese Methode um eine Prognose darüber zu ergänzen, ob innerhalb der Drei-Wochen-Frist mit der Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit hinreichend sicher zu rechnen ist, etwa durch Kredite, Zuführung von Eigenkapital, Einnahmen aus dem normalen Geschäftsbetrieb oder der Veräußerung von Vermögensgegenständen (BGH, Beschluss vom 21. August 2013 – 1 StR 665/12, NJW 2014, 164, 165 mwN). Daneben kann eine Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 17 Abs. 2 InsO auch durch wirtschaftskriminalistische Beweisanzeichen belegt werden (vgl. BGH, Urteil vom 20. Juli 1999 – 1 StR 668/98, NJW 2000, 154, 156; Beschlüsse vom 21. August 2013 – 1 StR 665/12, aaO, und vom 23. Juli 2015 – 3 StR 518/14, NStZ-RR 2015,

341, 342). Als solche Warnzeichen kommen beispielsweise in Betracht die ausdrückliche Erklärung, nicht zahlen zu können, das Ignorieren von Rechnungen und Mahnungen, gescheiterte Vollstreckungsversuche sowie die Nichtzahlung von Löhnen und Gehältern, der Sozialversicherungsabgaben oder der sonstigen Betriebskosten.

17 bb) Hieran gemessen hat die Wirtschaftsstrafkammer bei ihrer rückblickenden Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit im Anschluss an die Aussage des Insolvenzverwalters unzutreffend darauf abgestellt, dass im fraglichen Zeitraum fällige Verbindlichkeiten der UG bestanden hätten, die bis zu dem – nicht mitgeteilten – Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr beglichen worden seien. Damit hat sie den bei der Frage einer Insolvenzantragspflicht geltenden Maßstab verfehlt, nach dem entscheidend ist, ob ein Liquiditätsmangel besteht, mit dessen Beseitigung innerhalb von maximal drei Wochen nicht sicher zu rechnen ist (vgl. BGH, Beschluss vom 21. August 2013 – 1 StR 665/12, aaO; siehe auch Urteil vom 12. Oktober 2006 – IX ZR 228/03, ZIP 2006, 2222, 2224 f., abgrenzend zur vereinfachten Feststellung endgültiger Zahlungsunfähigkeit bei der Insolvenzanfechtung).

18 cc) Hierauf beruht auch der Schuldspruch. Denn aus den beweiswürdigen Ausführungen der Wirtschaftsstrafkammer erschließt sich nicht, weshalb nicht einmal bei den im späteren Verfahren vom Insolvenzverwalter als „noch offen“ festgestellten Forderungen der UG in Höhe von 19.700 Euro eine zumindest teilweise Durchsetzbarkeit bestanden haben sollte und weshalb dies für den Angeklagten bereits im Januar 2014 erkennbar gewesen sein sollte.

- 19 Zudem ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Wirtschaftsstrafkammer dem von ihr als „Notverkauf des ‚Tafelsilbers‘ der Gesellschaft“ gewerteten Immobilienverkauf (UA S. 72) indiziellen Beweiswert für und nicht etwa gegen eine schon Ende Januar 2014 bestehende Zahlungsunfähigkeit beigemessen hat. Denn nach den Feststellungen flossen dadurch der Gesellschaft zum Monatswechsel Januar/Februar 2014 in zwei Teilbeträgen insgesamt 43.000 Euro zu. Dieser Liquiditätszuwachs überstieg die Ende Januar 2014 fälligen Verbindlichkeiten in der festgestellten Höhe von rund 20.000 Euro bei weitem, so dass sie bei damit naheliegender Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit hätten erfüllt werden können. Der insoweit vom Landgericht in den Blick genommene Umstand, dass der Angeklagte die Verkaufserlöse in der Folgezeit nicht zum Ausgleich dieser Verbindlichkeiten eingesetzt hat, verfehlt erneut den anzulegenden Maßstab und stellt kein taugliches Indiz für einen zeitlich vorgelagerten Eintritt der Zahlungsunfähigkeit dar.
- 20 c) Da die Zahlungsunfähigkeit der UG mithin nicht ausreichend belegt ist, aber hieran unmittelbar auch die Feststellungen im Fall 5 zu dem am 7. Februar 2014 dem Sanitärunternehmen K. GmbH erteilten Auftrag anknüpfen, war die Verurteilung wegen Betruges gemäß § 263 Abs. 1 StGB ebenfalls aufzuheben.
- 21 d) Die Aufhebung der Verurteilung in den Fällen 4 und 5 entzieht auch dem Gesamtstrafenausspruch die Grundlage. Infolgedessen kam es nicht mehr auf die (mit einem Jahr und sechs Monaten) unzutreffende Angabe der

Gesamtstrafenhöhe im Rahmen der Begründung dieser Strafzumessungsentscheidung und die vom Beschwerdeführer aufgeworfene Frage an, ob sich dieser Fehler auf die Entscheidung der Wirtschaftsstrafkammer über eine Strafaussetzung zur Bewährung ausgewirkt haben könnte.

Mutzbauer

Schneider

König

Berger

Mosbacher