



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

2 StR 460/20

vom
11. Januar 2022
in der Strafsache
gegen

wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat auf Antrag des Generalbundesanwalts und nach Anhörung des Beschwerdeführers am 11. Januar 2022 gemäß § 349 Abs. 4 StPO beschlossen:

Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 17. Juni 2020 mit den Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt in 42 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und drei Monaten verurteilt und Kompensations- sowie Einziehungsentscheidungen getroffen. Gegen dieses Urteil richtet sich die auf die Rüge der Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützte Revision des Angeklagten. Das Rechtsmittel hat mit der Sachrüge Erfolg, sodass es auf die Verfahrensbeanstandungen nicht mehr ankommt.

I.

2 Das Landgericht hat folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

3 1. Der Angeklagte war Geschäftsführer der in der Baubranche tätigen
Bau GmbH. Dieser waren verschiedene „Servicegesellschaften“
nachgeordnet, die nach außen als Subunternehmen auftraten. Durch die
Bau GmbH wurden Bauaufträge akquiriert und ausgeführt, wofür sie
eine Vielzahl nicht näher individualisierter Arbeitnehmer beschäftigte. Die Ar-
beitsverhältnisse wurden den zuständigen Sozialversicherungsträgern nicht oder
die Arbeitsleistungen in zu geringem Umfang gemeldet, was dem Angeklagten
bekannt war. Um seitens der Bau GmbH geleistete Schwarzlohnzah-
lungen an die Arbeitnehmer zu verschleiern, wurden durch die „Servicegesell-
schaften“ auch Rechnungen für Subunternehmertätigkeiten an die
Bau GmbH gerichtet, denen tatsächlich keine Leistungen zu Grunde lagen. Die
Rechnungen wurden seitens der Bau GmbH jeweils per Überweisung
beglichen; nach Abzug einer Provision wurden die Beträge durch die „Servicege-
sellschaften“ in bar zurückgezahlt. Zudem wurden den Auftraggebern der
Bau GmbH durch den Angeklagten oft überhöhte Rechnungen ge-
stellt, denen zum Teil nicht geleistete Arbeitsstunden zu Grunde lagen. Durch die
unterlassenen oder fehlerhaften Meldungen an die Sozialversicherungsträger
wurden fällige Beiträge in einer Gesamthöhe von 5.569.457,93 Euro nicht abge-
führt.

4 2. Die Strafkammer hat die Höhe der zu Unrecht nicht abgeführten Sozial-
versicherungsbeiträge geschätzt. Sie hat keine Feststellungen zur Anzahl der für
die Bau GmbH tätigen Arbeitnehmer und zum Umfang ihrer Tätigkei-
ten zu treffen vermocht. Grundlage der Schätzung waren deshalb die monatli-
chen Umsätze der Bau GmbH, die das Landgericht um anerken-

nungsfähige Fremdleistungen, wie Zahlungen an tatsächlich tätige Subunternehmer sowie Kosten für Betriebsmittel, bereinigt hat. Ausgehend von einer üblichen Lohnquote von 66,66 Prozent hat das Landgericht auf Grundlage der so bereinigten Umsätze die Lohnsummen geschätzt. Hiervon wurden die durch die Bau GmbH an die Einzugsstellen gemeldeten Arbeitsentgelte ebenso in Abzug gebracht wie die durch die „Servicegesellschaften“ gemeldeten Löhne. Von dem sich dann ergebenden Restbetrag hat das Landgericht die abzuführenden Sozialversicherungsbeiträge berechnet und vom Ergebnis sicherheitshalber zugunsten des Angeklagten noch fünf Prozent abgezogen.

II.

5 Die Feststellungen zum Schuldumfang halten einer revisionsrechtlichen
Überprüfung nicht stand; das führt zur Aufhebung des Urteils im Ganzen.

6 1. Die Ermittlung der Summe der nicht abgeführten Sozialversicherungs-
beiträge ist rechtsfehlerhaft.

7 a) Dem Tatgericht obliegt es grundsätzlich, die geschuldeten Beiträge für
die Fälligkeitszeitpunkte gesondert nach Anzahl, Beschäftigungszeiten, Löhnen
der Arbeitnehmer und der Höhe des Beitragssatzes der örtlich zuständigen Kran-
kenkasse festzustellen (vgl. BGH, Beschluss vom 5. Juli 2018 – 1 StR 111/18,
NZWiSt 2019, 216, 218; Urteil vom 19. Dezember 2018 – 1 StR 444/18, NZWiSt
2019, 266, 268), weil die Höhe der geschuldeten Beiträge auf der Grundlage des
Arbeitsentgelts nach den Beitragssätzen der jeweiligen Krankenkassen sowie
den gesetzlich geregelten Beitragssätzen der Renten-, Arbeitslosen- und Pflege-
versicherung zu berechnen ist (vgl. BGH, Urteil vom 11. August 2010 – 1 StR
199/10, NStZ-RR 2010, 376). Daher genügt es nicht, lediglich die Summe der
vorenthaltenen Sozialversicherungsbeiträge anzugeben. Vielmehr müssen die
Urteilsgründe zur Ermöglichung einer Nachprüfung durch das Revisionsgericht

die Berechnungsgrundlagen und die Berechnungen wiedergeben (vgl. BGH, Beschluss vom 20. April 2016 – 1 StR 1/16, NStZ 2017, 352, 353). Nur wenn hierzu erforderliche Feststellungen nicht möglich sind, kann die Höhe der vorenthaltenen Beträge geschätzt werden (vgl. BGH, Beschlüsse vom 10. November 2009 – 1 StR 283/09, NStZ 2010, 635; vom 20. April 2016 – 1 StR 1/16, NStZ 2017, 352, 353). Dies gilt insbesondere, wenn mangels einer Buchführung oder anderer aussagekräftiger Unterlagen eine konkrete Berechnung nicht vorgenommen werden kann. Dem Tatgericht kommt gegebenenfalls bei der Wahl der Schätzungsmethode ein Beurteilungsspielraum zu (vgl. BGH, Beschluss vom 4. Februar 1992 – 5 StR 655/91, StV 1992, 260, 261). Die revisionsrechtliche Überprüfung ist dann darauf beschränkt, ob das Tatgericht nachvollziehbar dargelegt hat, warum es eine Schätzung vorgenommen, warum es sich der gewählten Methode bedient hat und weshalb diese geeignet ist.

8 b) Diesen Maßstäben wird das angefochtene Urteil nicht gerecht. Das Landgericht hat Umstände festgestellt, anhand derer es möglich erscheint, die Höhe der gezahlten Schwarzlöhne konkret zu bestimmen; dazu verhalten sich die Urteilsgründe nicht.

9 aa) Im Ausgangspunkt zutreffend hat die Strafkammer erwogen, die durch die Bau GmbH an ihre jeweiligen Auftraggeber gestellten Rechnungen als Grundlage zur Ermittlung des gezahlten Schwarzlohns heranzuziehen. Solche Ausgangsrechnungen können ein Indiz für die Ermittlung der tatsächlich erbrachten Arbeitsstunden darstellen. Die daraus ermittelten Arbeitsstunden dienen dann als Grundlage für die Berechnung des geleisteten Schwarzlohns, indem sie mit den gezahlten Stundenlöhnen multipliziert werden. Soweit sich keine Anhaltspunkte für die tatsächlich gezahlten Löhne ergeben, kann die Höhe des

Stundenlohns geschätzt werden. Hierbei können branchenübliche oder tarifvertragliche Stundenlöhne zu Grunde gelegt werden (vgl. BGH, Beschluss vom 10. November 2009 – 1 StR 283/09, StV 2011, 344, 346).

10 bb) Jedoch hat das Landgericht die ausweislich der Urteilsgründe aufgefundenen Unterlagen in der Buchhaltung des betroffenen Unternehmens nicht erkennbar in den Blick genommen.

11 (1) Selbst wenn – wie hier – Manipulationen vorgenommen wurden, ist es nicht von vornherein ausgeschlossen, die vorhandenen Unterlagen des Unternehmens für sich genommen oder in der Gesamtschau aller Umstände zu verwenden, um das der Wirklichkeit am ehesten entsprechende Ergebnis zu erreichen (vgl. BGH, Beschluss vom 10. November 2009 – 1 StR 283/09, StV 2011, 344, 346).

12 (2) Das Landgericht hat ferner nicht berücksichtigt, dass in der Buchhaltung der Bau GmbH Schwarzlohnzahlungen verschleiert wurden, indem Eingangsrechnungen der „Servicegesellschaften“ verbucht wurden, die Scheinrechnungen darstellten, denen keine erbrachten Leistungen zu Grunde lagen. Diese Rechnungen dienten ausschließlich dazu, die Ausgaben für die Zahlung von Schwarzlöhnen buchhalterisch abzudecken. Es liegt nahe, dass diese „Abdeckrechnungen“ die Summe der Schwarzlöhne enthielten, welche die Bau GmbH an ihre Arbeitnehmer ausgezahlt hat. Daher kann es sich bei den „Abdeckrechnungen“ um betriebswirtschaftliche Parameter handeln, die eine konkrete Bestimmung der Schwarzlöhne ermöglichen (vgl. BGH, aaO). Das Landgericht hat zwar die „Abdeckrechnungen“ erwähnt. Weshalb aber daraus – allein oder in der Gesamtschau mit anderen Beweismitteln – keine Erkenntnisse bezogen auf die gezahlten Schwarzlöhne gewonnen werden konnten, teilt das Urteil nicht mit.

13 c) Auch die Schätzung der abzuführenden Sozialversicherungsbeiträge ist rechtsfehlerhaft. Das Landgericht hat die Ausgangsrechnungen der Bau GmbH an die Auftraggeber auf Grund ihrer Überhöhung nicht als Grundlage zur Bestimmung der gezahlten Schwarzlohnsumme herangezogen, sondern diese anhand des Umsatzes der Bau GmbH unter Berücksichtigung einer branchenüblichen Lohnquote geschätzt und hiervon ausgehend die Sozialversicherungsbeiträge errechnet. Dabei hat es nicht bedacht, dass die Überhöhung der Rechnungen dazu geführt hat, dass den durch die Auftraggeber veranlassten Geldeingänge auf den Konten der Bau GmbH nur zum Teil Gegenleistungen zu Grunde gelegen haben und der jeweilige Umsatz seinerseits um die Abrechnung nicht erbrachter Arbeitsstunden überhöht gewesen ist. Dann aber hätte sich die Strafkammer eine Überzeugung vom Umfang der unberechtigten Mehrforderungen bilden und diese wiederum vom Umsatz der Bau GmbH abziehen müssen. Da sie jedoch die Schwarzlohnsumme anhand eines insoweit nicht bereinigten Umsatzes geschätzt hat, hat die Überhöhung auch in der darauf aufbauenden Berechnung der Sozialversicherungsbeiträge einen Niederschlag gefunden.

14 2. Der Senat kann auch in Anbetracht des vorgenommenen Sicherheitsabschlags nicht ausschließen, dass das angefochtene Urteil zum Nachteil des Angeklagten auf den genannten Rechtsfehlern beruht (vgl. BGH, Beschluss vom 5. Juli 2018 – 1 StR 111/18, NZWiSt 2019, 216, 218).

15 3. Zwar liegt nach den bisherigen Feststellungen eher fern, dass es in Einzelfällen nicht zu dem Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen gekommen ist. Der Senat hebt jedoch auch den Schuldspruch auf, um dem neuen Tat-

gericht widerspruchsfreie Feststellungen zum Schaden zu ermöglichen. Die Sache bedarf daher insgesamt neuer Verhandlung und Entscheidung.

Franke

Appl

Eschelbach

Meyberg

Grube

Vorinstanz:

Frankfurt (Main), LG, 17.06.2020 - 7810 Js 225021/19 5-28 KLS 16/19