



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

1 StR 33/19

vom

14. Oktober 2020

in der Strafsache

gegen

1.

2.

3.

wegen zu 1.: Vorwurfs der Steuerhinterziehung u.a.  
zu 2.: Vorwurfs der Beihilfe zur Steuerhinterziehung u.a.  
zu 3.: Vorwurfs der Beihilfe zum Vorenthalten von Arbeitsentgelt u.a.

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat aufgrund der Hauptverhandlung vom 7. Juli 2020 in der Sitzung am 14. Oktober 2020, an denen teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof

Dr. Raum,

der Richter am Bundesgerichtshof

Prof. Dr. Jäger,

die Richterin am Bundesgerichtshof

Dr. Hohoff,

der Richter am Bundesgerichtshof

Dr. Leplow

und die Richterin am Bundesgerichtshof

Dr. Pernice,

Oberstaatsanwalt beim Bundesgerichtshof

– in der Verhandlung vom 7. Juli 2020 –,

Staatsanwalt beim Bundesgerichtshof

– bei der Verkündung am 14. Oktober 2020 –

als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt

– in der Verhandlung vom 7. Juli 2020 –

als Verteidiger des Angeklagten H. ,

Rechtsanwalt

– in der Verhandlung vom 7. Juli 2020 –  
als Verteidiger des Angeklagten J. ,

Rechtsanwalt

– in der Verhandlung vom 7. Juli 2020 –  
als Verteidiger des Angeklagten He. ,

Justizangestellte – in der Verhandlung vom 7. Juli 2020 –,  
Justizhauptsekretärin – bei der Verkündung am 14. Oktober 2020 –  
als Urkundsbeamtinnen der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Potsdam vom 6. Juni 2018 aufgehoben,  
  
soweit der Angeklagte H.
  - a) in den Fällen 1. bis 30. der Anklageschrift vom Vorwurf des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt freigesprochen wurde; insoweit wird das Verfahren eingestellt und trägt die Staatskasse die angefallenen Kosten und notwendigen Auslagen des Angeklagten;
  - b) in den Fällen 31. bis 63. der Anklage vom Vorwurf des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt freigesprochen wurde, mit den zugehörigen Feststellungen; insoweit

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

2. Die weitergehenden Revisionen der Staatsanwaltschaft werden verworfen.
3. Die Kosten der Revisionen der Staatsanwaltschaft gegen die Freisprüche der Angeklagten J.            und He.            und die diesen Angeklagten hierdurch entstandenen notwendigen Auslagen hat die Staatskasse zu tragen.

Von Rechts wegen

Gründe:

- 1            Das Landgericht hat die Angeklagten H.            und J.            jeweils vom Vorwurf des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt in 63 Fällen, den Angeklagten H.            darüber hinaus vom Vorwurf des Betrugs in 33 Fällen und der Steuerhinterziehung in 35 Fällen sowie den Angeklagten J.            darüber hinaus vom Vorwurf der Beihilfe zum Betrug und zur Steuerhinterziehung jeweils in 33 Fällen aus tatsächlichen Gründen freigesprochen. Den Angeklagten He.            hat es vom Vorwurf der Beihilfe zum Vorenthalten und Veruntreuen von

Arbeitsentgelt in 56 Fällen, hiervon in 26 Fällen zugleich zum Betrug und zur Steuerhinterziehung, freigesprochen.

- 2 Die auf die Rüge einer Verletzung materiellen Rechts gestützte und vom Generalbundesanwalt vertretene Revision der Staatsanwaltschaft gegen den Freispruch des Angeklagten H. führt in den Fällen 1. bis 30. der Anklageschrift (Vorwurf des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt im Zeitraum Februar 2003 bis einschließlich Juli 2005) zur Einstellung des Verfahrens und hat im Übrigen Erfolg. Die ebenfalls auf die Rüge einer Verletzung materiellen Rechts gestützten und vom Generalbundesanwalt vertretenen Revisionen der Staatsanwaltschaft gegen die Freisprüche der Angeklagten J. und He. sind dagegen unbegründet.

I.

- 3 1. Mit der Anklage wird dem Angeklagten H. zur Last gelegt, er habe als faktischer Geschäftsführer eines Einzelkaufmännischen Unternehmens in 63 Fällen fällige Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung pflichtwidrig nicht abgeführt und hiervon in 46 Fällen Tateinheitlich auch die entsprechenden Arbeitgeberanteile vorenthalten (insgesamt 1.997.845,77 €). Daneben wird ihm vorgeworfen, in gemeinschaftlichem Zusammenwirken mit dem bereits rechtskräftig Verurteilten Br. (heute: Sc., im Folgenden: Br.) in 33 Fällen einen Betrug zu Lasten der S. begangen (Gesamtschaden 257.167,82 €) und in 35 Fällen Steuern hinterzogen zu haben (Gesamtverkürzung: 390.747,71 €), davon in 33 Fällen Lohnsteuer durch Angabe zu geringer Arbeitsentgelte der Arbeitnehmer und in den verbleibenden Fällen Umsatzsteuer durch unberechtigte Vorsteuerabzüge aus Scheinrechnungen.

4            Dem Angeklagten J.            wird mit der Anklage zur Last gelegt, er habe trotz seiner Haftung als Entleiher von Arbeitnehmern für anfallende Lohnnebenkosten gemäß § 10 AÜG in 63 Fällen – ebenso wie der Angeklagte H.            – Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung pflichtwidrig nicht abgeführt, hiervon in 46 Fällen in Tateinheit mit Vorenthalten und Veruntreuen der entsprechenden Arbeitgeberanteile, und darüber hinaus durch Unterstützung des Verhaltens des Angeklagten H.            und des bereits rechtskräftig Verurteilten Br.            Beihilfe zum Betrug und zur Steuerhinterziehung – jeweils in 33 Fällen – geleistet.

5            Dem Angeklagten He.            wird schließlich mit der Anklage zur Last gelegt, Beihilfe zum Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt in 56 Fällen sowie – tateinheitlich – zum Betrug (26 Fälle) und zur Steuerhinterziehung (26 Fälle) durch H.            , J.            (hier nur Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt) und dem bereits rechtskräftig Verurteilten Br.            geleistet zu haben.

6            2. Das Landgericht hat folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

7            Der Angeklagte J.            war im Tatzeitraum (Februar 2003 bis April 2008) Gesellschafter und (Mit-)Geschäftsführer verschiedener Unternehmen, unter anderem der K.            GmbH Co. KG (im Folgenden: K.            ) und der B.            GmbH (im Folgenden: B.            ). In beiden Werken der K.            und in der B.            waren bereits in der Zeit 1997 bis Dezember 2000 – meist vollzeitbeschäftigte – jugoslawischstämmige und -sprachige Arbeiter des damaligen Einzelunternehmens des Angeklagten H.            zur Erledigung von Eisenflechtarbeiten eingesetzt, die H.            jeweils mit einer zu geringen Stundenzahl bei der Sozialversicherung angemeldet und denen er die über die angemeldeten Zeiten und Löhne hinaus verdienten Arbeitsentgelte „schwarz“ in bar ausgezahlt hatte, also ohne die hierfür anfallenden Sozialversicherungsbeiträge

und Lohnsteuern abzuführen. Zur Verschleierung hatte H. Scheinrechnungen über Leistungen von angeblichen Subunternehmern beschafft und bei den Finanzbehörden vorgelegt. Nach Erlass eines Bußgeldbescheides und Einleitung eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens gegen H. wegen dieser Vorgänge, das später in einer Verurteilung mündete, wurden die Eisenflechtarbeiten bei der K. und der B. von der D. GmbH, deren Geschäftsführerin die frühere Ehefrau des Angeklagten H. war und in der H. selbst eine leitende Funktion hatte, unter Einsatz derselben Arbeiter fortgeführt, wobei wiederum – unter Verschleierung durch Scheinrechnungen – Schwarzlöhne gezahlt und Sozialabgaben und Steuern nicht im geschuldeten Umfang abgeführt beziehungsweise erklärt wurden. Dies hatte erneut ein Ermittlungsverfahren auch gegen H. zur Folge, das gegen diesen nach § 154 StPO eingestellt wurde.

8 Mitte 2002 meldete der Schwager des Angeklagten H., der rechtskräftig Verurteilte Br., der bislang wirtschaftlich erfolglos gewesen war und über keinerlei kaufmännische oder handwerkliche Erfahrung verfügte, ein Einzelunternehmen (zuletzt mit der Firma „E.“, im Folgenden: „Firma Br.“) mit Sitz in der Nähe von Be. an, für dessen Betrieb er mangels eigener Kenntnisse und Erfahrungen der Hilfe Dritter, insbesondere des Angeklagten H., bedurfte.

9 Im verfahrensgegenständlichen Tatzeitraum wurden die zuvor von den Arbeitern des Einzelunternehmens des Angeklagten H. beziehungsweise nachfolgend der D. GmbH ausgeführten Eisenflechtarbeiten bei der K. und der B. von den ebenfalls jugoslawischstämmigen und -sprachigen Eisenflechtern der Firma Br. erbracht. Obwohl es sich bei Br. um den formellen Geschäftsführer der Firma Br. handelte, war der Angeklagte H. der maßgebliche Ansprechpartner der Verantwortlichen der

K. und der B., aber auch der dort eingesetzten Arbeiter der Firma Br. H., der bis zu seiner Festnahme im Januar 2006 als Arbeitnehmer der Firma Br. bei der Sozialversicherung gemeldet war, dessen Vergütung aber unklar blieb, entschied über die Zahl der bei der K. und der B. jeweils einzusetzenden Arbeiter, sorgte für die Beibringung erforderlicher Nachweise (z.B. Unbedenklichkeitsbescheinigungen) und vermittelte und dolmetschte – soweit erforderlich – die Kommunikation zwischen den Verantwortlichen der K. beziehungsweise der B. und den Arbeitern der Firma Br. und auch Br. selbst. Zudem war er an Vertragsverhandlungen und Auftragsvergaben der K. zumindest beteiligt, sorgte für die vertragsgemäße Leistungsausführung, war Ansprechpartner bei größeren Mängelbeseitigungsbegehren, mahnte vor Ort die Bezahlung ausstehender Rechnungen an und nahm Schecks für die Firma Br. entgegen und löste diese ein. Anders als Br., der im Tatzeitraum nie bei den bei der B. eingesetzten Arbeitern und nur wenige Male bei den Arbeitern in der K. erschienen und nur im Jahr 2003 gelegentlich zur Entgegennahme von Schecks bei der K. vorstellig geworden war, war der Angeklagte H. in den Werken der K. und der B. regelmäßig – meist wöchentlich, zumindest aber monatlich – präsent. Nur H., nicht Br., kannte die einzelnen Eisenflechter der Firma Br. und war diesen bekannt.

10 Die an die Arbeiter der Firma Br. gezahlte Vergütung wurde – wie zuvor von der D. GmbH und dem Einzelunternehmen des Angeklagten – von Br. in zu geringem Umfang beim zuständigen Sozialversicherungsträger und dem Finanzamt gemeldet und im Übrigen „schwarz“ in bar bezahlt. So führte der deswegen rechtskräftig verurteilte Br. als formeller Inhaber und Geschäftsführer der Firma Br. für die Monate Februar 2003 bis Juni 2004 für die bei den Firmen K. und B. eingesetzten Eisenflechter jeweils bewusst pflichtwidrig fällige Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung in Höhe von insgesamt 343.204,36 € und für die Monate Juli 2004 bis April 2008



jeweils Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung in Höhe von insgesamt 1.654.641,41 € nicht ab. Auch die Lohnsteuer für die Eisenflechter wurde von Br. um die jeweiligen Schwarzlohnzahlungen zu niedrig erklärt. Zur Verschleierung wurden – wie zuvor vom Angeklagten H. mit seiner Einzelfirma und der D. GmbH praktiziert – Scheinrechnungen über angebliche Subunternehmerleistungen beschafft und in die Buchhaltung eingestellt; diese legte Br. dem Finanzamt zur Minderung der Umsatzsteuerpflicht im Rahmen der Umsatzsteuerjahreserklärungen für die Jahre 2003 und 2004 vor. In gleicher Weise meldete Br. in dem Glauben, zur Entrichtung von Beiträgen verpflichtet zu sein, entsprechend unrichtige Bruttolöhne an die Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes (S. ).

11 3. a) Während der Angeklagte H. sowohl im Ermittlungsverfahren als auch in der Hauptverhandlung von seinem Schweigerecht Gebrauch gemacht hat, hat sich der Angeklagte J. nach anfänglichem Schweigen in der Hauptverhandlung zur Sache eingelassen und eine Stundenlohnabrede mit der Firma Br. sowie eine Kenntnis vom Umgang der Firma Br. mit Sozialversicherungsbeiträgen und Steuern bestritten. Mit Br. habe er wenig Kontakt gehabt; H. sei hin und wieder bei der K. gewesen, auch mit ihm habe er aber kaum ein Wort gesprochen. Dieser Einlassung zur Rolle des Angeklagten H. hat das Landgericht wegen Widersprüchen zu den Angaben J. im Ermittlungsverfahren, wonach der Angeklagte H. der maßgebliche Ansprechpartner auf Seiten der Firma Br. – auch beim Aushandeln von Verträgen – gewesen sei, keinen Glauben geschenkt.

12 Der Angeklagte He. hat sich ebenfalls nach anfänglichem Schweigen in der Hauptverhandlung zur Sache eingelassen und bestritten, von der unrichtigen Meldung von Löhnen gegenüber den Sozialversicherungsträgern, der

S. und dem Finanzamt durch die Verantwortlichen der Firma Br. gewusst und dies unterstützt zu haben.

13 b) Hinsichtlich des Angeklagten H. hat sich das Landgericht aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme keine Überzeugung davon zu bilden vermocht, dass dieser zur Tatzeit faktischer Geschäftsführer der Firma Br. und damit für das Abführen von Sozialversicherungsbeiträgen und etwa anfallenden Beiträgen zur S. sowie die Abgabe von Steuererklärungen für die Firma Br. verantwortlich war. Zur Begründung hat es ausgeführt, das interne Verhältnis des Angeklagten H. und des bereits wegen der verfahrensgenständlichen Vorgänge rechtskräftig Verurteilten Br. sei nicht abschließend aufzuklären gewesen, nachdem der Angeklagte sich nicht zu den Tatvorwürfen eingelassen und der Zeuge Br. von seinem Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO Gebrauch gemacht habe. Insbesondere sei nicht sicher feststellbar gewesen, dass der Angeklagte H. die Firma Br. geleitet, Arbeiter eingestellt und entlassen sowie Aufträge nebst Preisen mit der K. und der B. ausgehandelt habe. Hinsichtlich der dem Angeklagten H. zudem zur Last gelegten Betrugstaten zu Lasten der S. sei zudem nicht feststellbar, dass die Firma Br. in der fraglichen Zeit überhaupt eine entsprechende Beitragspflicht getroffen habe. Soweit dem Angeklagten H. die Hinterziehung von Umsatzsteuer in den Umsatzsteuerjahreserklärungen 2003 und 2004 durch unberechtigte Geltendmachung von Vorsteuern aus Abdeckrechnungen vorgeworfen werde, habe diesem ungeachtet des Umstands, dass dessen Unternehmerstellung schon nicht festgestellt werden können, eine Mitwirkung an den Hinterziehungstaten des Br. nicht nachgewiesen werden können. Schließlich sei H. auch vom Vorwurf der Lohnsteuerhinterziehung freizusprechen gewesen, weil nicht verlässlich feststellbar sei, dass er tatsächlicher Inhaber der Firma Br. gewesen sei und damit eine Erklärungspflicht bezüglich der für die Arbeiter der Firma Br. abzuführenden

Lohnsteuer innegehabt habe. Das festgestellte Verhalten des Angeklagten stelle auch keine vorsätzliche Förderung der von Br. begangenen Taten dar.

14 Mit Blick auf den Angeklagten J. habe die Beweisaufnahme keine hinreichenden tatsächlichen Anhaltspunkte dafür erbracht, dass es sich bei den Vertragsverhältnissen zwischen der Firma Br. und den Unternehmen des Angeklagten J. um unerlaubte Arbeitnehmerüberlassungen im Sinne des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes gehandelt habe und nicht um Werkverträge. Da den Angeklagten J. damit nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz keine Pflichten als Arbeitgeber getroffen hätten und auch sonst kein strafbares Verhalten feststellbar sei, sei auch dieser freizusprechen.

15 Auch der Angeklagte He. sei aus tatsächlichen Gründen freizusprechen, weil nicht mit der notwendigen Gewissheit festzustellen sei, dass die Arbeiten der Eisenflechter der Firma Br. auf Stundenlohnbasis vergütet worden seien und der Angeklagte insoweit entsprechende Umrechnungen vorgenommen und damit das Verhalten der Verantwortlichen der Firma Br. unterstützt habe.

## II.

16 1. Revision der Staatsanwaltschaft gegen den Freispruch des Angeklagten H.

17 a) Die Revision der Staatsanwaltschaft gegen den Freispruch des Angeklagten H. ist als auf den Vorwurf des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt (Fälle 1. bis 63. der Anklageschrift) beschränkt anzusehen.

18 Zwar hat die Staatsanwaltschaft in der Revisionsbegründung keine ausdrückliche Beschränkung ihres Rechtsmittels erklärt und beantragt, das Urteil insgesamt aufzuheben. Dieser umfassende Revisionsantrag steht jedoch mit

dem übrigen Inhalt der Revisionsbegründungsschrift nicht in Einklang (vgl. zur Auslegung einer Revision der Staatsanwaltschaft: BGH, Urteil vom 6. November 2019 – 2 StR 87/19 Rn. 12 f.). Die Staatsanwaltschaft wendet sich in ihrer Revisionsbegründung nur gegen den Freispruch des Angeklagten vom Vorwurf des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt (§ 266a Abs. 1 und 2 StGB). Denn die Revisionsbegründung setzt sich ausschließlich mit der für die Strafbarkeit nach § 266a StGB relevanten Frage der (faktischen) Arbeitgeberstellung des Angeklagten auseinander und in keiner Weise mit dem Freispruch von den Vorwürfen der Steuerhinterziehung und des Betrugs beziehungsweise einer Beihilfe hierzu. Eine diesbezügliche Begründung wäre bei einem entsprechenden Angriffswillen der Staatsanwaltschaft schon deshalb zu erwarten gewesen, weil die Strafbarkeit wegen Betrugs und wegen Steuerhinterziehung durch aktives Tun (§ 370 Abs. 1 Nr. 1 AO) – solches und nicht etwa ein Unterlassen im Sinne von § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO steht nach der Anklage im Raum – nicht von der Frage der Arbeitgeberstellung des Angeklagten abhängig ist, sondern von einem (mittäter-schaftlichen) Tatbeitrag des Angeklagten. Hinsichtlich des Freispruchs von den Vorwürfen des Betrugs und der Umsatzsteuerhinterziehung kommt hinzu, dass das landgerichtliche Urteil den diesbezüglichen Freispruch auf weitere Erwägungen stützt, zu denen sich die Revisionsbegründung in keiner Weise verhält. Gegen einen Angriffswillen der Staatsanwaltschaft hinsichtlich des Freispruchs des Angeklagten vom Vorwurf des Betrugs spricht darüber hinaus, dass diese selbst beantragt hatte, den Angeklagten H.                    insoweit freizusprechen (UA S. 94).

- 19                    b) Das vom Generalbundesanwalt vertretene Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft führt – soweit es reicht und soweit nicht in den Fällen 1. bis 30. der Anklageschrift wegen eingetretener Strafverfolgungsverjährung eine Einstellung des Verfahrens nach § 206a Abs. 1 StPO geboten ist – zur Aufhebung des Urteils bezüglich des Angeklagten H.                    , weil es nicht von einer rechtsfehlerfreien Beweiswürdigung getragen wird.

20           aa) Das Verfahren ist hinsichtlich der Fälle 1. bis 30. der Anklageschrift betreffend den Angeklagten H.           nach § 206a Abs. 1 StPO einzustellen, weil hinsichtlich dieser Taten Strafverfolgungsverjährung eingetreten ist und damit ein Verfahrenshindernis besteht.

21           Nach der mittlerweile geänderten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Verjährungsbeginn bei Taten nach § 266a Abs. 1 (und 2 Nr. 2) StGB beginnt die gemäß § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB fünf Jahre betragende Verjährungsfrist bereits mit dem Verstreichenlassen des Fälligkeitszeitpunktes (vgl. BGH, Beschlüsse vom 13. November 2019 und vom 1. September 2020 – 1 StR 58/19 Rn. 11 ff.). Sie war damit in den die Monate Februar 2003 bis Juli 2005 betreffenden verfahrensgegenständlichen Fällen 1. bis 30. der Anklageschrift bereits vor der ersten Unterbrechungsmaßnahme – dem Erlass der Durchsuchungsbeschlüsse vom 27. Juli 2010, die sich indes nur auf den Tatzeitraum ab August 2005 bezogen und daher den Lauf der Verjährung hinsichtlich der Tat im Fall Ziffer 30. der Anklage (Monat Juli 2005) von vornherein nicht unterbrechen konnten – abgelaufen.

22           bb) Das gegen den Freispruch des Angeklagten H.           gerichtete Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft hat im Übrigen Erfolg.

23           Der Freispruch des Angeklagten H.           vom Vorwurf des Vorenthal- tens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt (Fälle 31. bis 63. der Anklageschrift) hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand, weil das Landgericht das Fehlen einer faktischen Geschäftsführerstellung des Angeklagten in der Firma Br.           und damit seiner Arbeitgebereigenschaft im Sinne des § 266a StGB nicht rechtsfehlerfrei begründet hat. Es fehlt insoweit nicht nur an einer lückenlosen und widerspruchsfreien Beweiswürdigung des Landgerichts zu der Frage, ob der Angeklagte H.           Leitungsaufgaben in dem Unternehmen übernommen hat,

aufgrund derer er als faktischer Geschäftsführer der Firma Br. und damit auch als Arbeitgeber anzusehen ist; das Landgericht hat insoweit auch überzogene Anforderungen an die richterliche Überzeugungsbildung gestellt und seine Zweifel an der faktischen Geschäftsführerstellung des Angeklagten H. in der Firma Br. nicht tragfähig begründet.

24 (1) Die Beweiswürdigung ist allerdings Sache des Tatgerichts. Trifft dieses aufgrund der in der Hauptverhandlung angefallenen Erkenntnisse Feststellungen oder kann es wegen verbleibender Zweifel keine Feststellungen treffen, so ist dies durch das Revisionsgericht regelmäßig hinzunehmen (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteile vom 9. Januar 2020 – 3 StR 288/19 Rn. 19 mwN und vom 11. Januar 2005 – 1 StR 478/04 Rn. 7). Die revisionsgerichtliche Prüfung hat sich darauf zu beschränken, ob dem Tatgericht Rechtsfehler unterlaufen sind. Das ist in sachlich-rechtlicher Hinsicht unter anderem dann der Fall, wenn die Beweiswürdigung lückenhaft ist oder wenn das Tatgericht überspannte Anforderungen an die für eine Verurteilung erforderliche Gewissheit gestellt hat (st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Urteile vom 9. Januar 2020 – 3 StR 288/19 Rn. 19; vom 11. Oktober 2016 – 5 StR 181/16 Rn. 8 mwN; vom 7. November 2012 – 5 StR 322/12 Rn. 10; vom 27. April 2010 – 1 StR 454/09 Rn. 18 mwN; vom 11. Januar 2005 – 1 StR 478/04 Rn. 8 und vom 17. November 1983 – 4 StR 375/83; Beschluss vom 31. Mai 2016 – 3 StR 86/16 Rn. 11).

25 (2) Hieran gemessen erweist sich die dem Freispruch des Angeklagten H. zugrundeliegende Beweiswürdigung zum Vorliegen einer faktischen Arbeitgeberstellung als durchgreifend rechtsfehlerhaft.

26 Das Landgericht hat im Ausgangspunkt zutreffend angenommen, dass eine faktische Geschäftsführer- beziehungsweise Arbeitgeberstellung im Sinne des § 266a StGB vorliegt, wenn die betreffende Person faktisch die Leitung des

Unternehmens übernommen und die rechtsgeschäftlichen Handlungen des Unternehmens maßgeblich – auch für Außenstehende erkennbar – bestimmt hat, ohne formal zum Geschäftsführer bestellt oder formaler Betriebsinhaber zu sein (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Beschluss vom 16. Januar 2019 – 5 StR 249/18 Rn. 25; Urteile vom 10. Mai 2000 – 3 StR 101/00 Rn. 11; vom 8. November 1989 – 3 StR 249/89 Rn. 5 mwN und vom 21. März 1988 – II ZR 194/87, BGHZ 104, 44, 48). Im Rahmen seiner Beweiswürdigung hat es sodann eine Vielzahl von – rechtsfehlerfrei festgestellten – Indizien benannt, die für eine faktische Geschäftsführer- bzw. Arbeitgeberstellung des Angeklagten H. sprechen, ohne diese indes für seine Überzeugungsbildung ausreichen zu lassen, weil es Geschäftsführungsmaßnahmen des Angeklagten in Form von Personalentscheidungen (Anstellung und Entlassung von Personal) sowie von verantwortlichem Aushandeln und Abschluss von Verträgen nicht als belegt ansah. Dabei hat das Landgericht allerdings die über den Vernehmungsbeamten eingeführten Angaben Br. s in dem gegen ihn gerichteten Ermittlungsverfahren in maßgeblichen Punkten mit rechtsfehlerhafter Begründung nicht in seine Beweiswürdigung eingestellt.

27 (2.1) Das Landgericht hat bei der Würdigung der über den Zeugen G. eingeführten Angaben des bereits rechtskräftig Verurteilten Br. in dem gegen ihn gerichteten Ermittlungsverfahren einen unzutreffenden rechtlichen Maßstab angelegt und diese daher nur mit erheblichen Einschränkungen in die Gesamtwürdigung eingestellt. Die Annahme des Landgerichts, es könne seine Überzeugung wegen der fehlenden Konfrontationsmöglichkeit des Angeklagten nicht auf die damaligen Angaben Br. s stützen, wonach H. für die Beschaffung und Abwicklung von Aufträgen sowie das Aushandeln und den Abschluss von Verträgen verantwortlich gewesen sei, weil diese Angaben in der Hauptverhandlung von niemandem bestätigt worden seien, ist in mehrfacher Hinsicht fehlerhaft.

28 (2.1.1) Insbesondere hat das Landgericht bei der Beurteilung der Verwertbarkeit der Aussage des Zeugen G. zu den Angaben Br. s in dem gegen ihn gerichteten Ermittlungsverfahren bereits überzogene Anforderungen gestellt, weil es angenommen hat, dass es seine Überzeugung nur auf diejenigen Angaben stützen könne, die durch weitere Beweismittel konkret bestätigt wurden. Zutreffend hat das Landgericht insoweit zwar zugrunde gelegt, dass eine ohne Konfrontationsmöglichkeit des Angeklagten in die Hauptverhandlung eingeführte belastende Zeugenaussage besonders sorgfältig und kritisch zu würdigen ist und dass regelmäßig weitere Beweismittel hinzutreten müssen, die diese Aussage bestätigen, wenn hierauf die gerichtliche Überzeugung gestützt werden soll (vgl. BGH, Beschlüsse vom 22. Juni 2005 – 2 StR 4/05 mwN und vom 4. April 2007 – 4 StR 345/06 Rn. 16; EGMR, Urteile vom 19. Juli 2012 – 26171/07 Rz. 42, 45 mwN und vom 26. Juli 2018 – 59549/12 Rn. 58 ff.). Es hat aber übersehen, dass eine belastende Aussage bei fehlender Konfrontationsmöglichkeit des Angeklagten nicht in allen Einzelheiten durch andere Beweismittel bestätigt sein muss, damit das Tatgericht seine Überzeugung auf sie stützen kann (vgl. BGH, Beschlüsse vom 22. Juni 2005 – 2 StR 4/05 mwN und vom 4. April 2007 – 4 StR 345/06 Rn. 16 f.). Auch hat es nicht beachtet, dass die Anforderungen an die Beweisführung in einem solchen Fall davon abhängig sind, ob die Einschränkung des Konfrontationsrechts der Justiz zuzurechnen ist (vgl. BGH, Beschlüsse vom 29. November 2006 – 1 StR 493/06 Rn. 17 f. mwN und vom 17. März 2010 – 2 StR 397/09 Rn. 16 f.; Urteil vom 4. Mai 2017 – 3 StR 323/16 Rn. 17 ff. mwN).

29 Dies war vorliegend nicht der Fall, weil die Vernehmung des Zeugen Br. und damit auch eine Befragung durch den Angeklagten und die Verteidigung nur deshalb ausgeschlossen war, weil sich der Zeuge auf sein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO berufen hat. Die fehlende Konfrontationsmöglichkeit des Angeklagten war auch nicht etwa deshalb der Justiz zuzurechnen, weil erst die Abtrennung des Verfahrens zu der Zeugenstellung



des Br. geführt hat. Denn auch ohne die Verfahrenstrennung hätte es Br. freigestanden, sich nicht zur Sache einzulassen, und hätte sich dieser wegen seines Schweigerechts (§ 243 Abs. 5 Satz 1 StPO) einer Befragung durch den Angeklagten oder dessen Verteidiger nicht stellen müssen.

30

Das Landgericht hätte mithin nicht nur einzelne, durch andere Beweise gestützte Details der Angaben Br. s in seine Beweiswürdigung einstellen, sondern umfassend prüfen müssen, ob und inwieweit die Darstellung Br. s in Anbetracht der weiteren Beweismittel und sonstigen Indizien über die auch durch andere Beweismittel konkret bestätigten Aussageinhalte hinaus glaubhaft ist, so dass diese auch insoweit in die Gesamtwürdigung hätte Eingang finden müssen. Dabei hätte das Landgericht insbesondere auch die Aussage des Zeugen Ja. (UA S. 73) in den Blick nehmen müssen, wonach der Angeklagte H. der maßgebliche Ansprechpartner in der Firma Br. und – für ihn – mit der Firma Br. identisch gewesen sei. Auch die damit übereinstimmende Aussage des bei der B. langjährig beschäftigten Zeugen Kl., wonach die Firma Br. aus seiner Sicht mit dem Angeklagten H. „identisch“ gewesen sei (UA S. 63), wäre in die hier vorzunehmende Gesamtbetrachtung einzustellen gewesen, nachdem das Landgericht diese – dies ergibt sich zumindest aus dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe – ebenfalls als glaubhaft erachtet hatte. Gleichermaßen wäre bei der Gesamtwürdigung der Angaben Br. s in dem gegen ihn gerichteten Strafverfahren zu berücksichtigen gewesen, dass Br. auch ausweislich der Aussage der Zeugin Sch. über keinerlei Kenntnisse im kaufmännischen Bereich verfügte (vgl. UA S. 56), was Preisverhandlungen durch diesen unwahrscheinlich gemacht und daher für die Darstellung Br. s bezüglich der Rolle des Angeklagten H. gesprochen hätte. Gleiches gilt für den Umstand, dass die Firma Br. die Vertragsbeziehungen der D. GmbH, in der H. eine leitende Funktion innehatte und die ihrerseits die zuvor von dessen Einzelunternehmen erbrachten

Arbeiten bei der K. und der B. nahtlos und mit unverändertem Geschäftsmodell fortgeführt hatte, vollständig übernommen hat, sowie dafür, dass nach den im Übrigen getroffenen Feststellungen allein der Angeklagte H. regelmäßig in den Unternehmen präsent und den Eisenflechtern bekannt war und er nicht nur maßgeblich in die Vertragsverhandlungen mit den Verantwortlichen der K. und der B. eingebunden war, sondern sich in den schriftlichen Vertragstexten auch Bezugnahmen auf Absprachen mit ihm befinden.

31 (2.1.2) Soweit das Landgericht im Übrigen im Rahmen der Würdigung der Angaben Br. s ausführte, die Angaben des Angeklagten J. im Ermittlungsverfahren seien nicht hinreichend verlässlich, um die Darstellung Br. s zur Rolle des Angeklagten H. zu stützen (UA S. 79), steht dies im Widerspruch dazu, dass es eben diese Angaben des Angeklagten J. , wonach dieser die Vertragsverhandlungen mit H. geführt habe, Br. sei hierzu überhaupt nicht in der Lage gewesen, zuvor für glaubhaft befunden hat (vgl. UA S. 41 f., 71). Ähnliche Widersprüche sind auch bei der Würdigung der Aussagen der Zeugen L. und P. , die diese im Ermittlungsverfahren über ihre Anstellung durch H. gemacht haben, festzustellen (vgl. UA S. 74 ff.), die das Landgericht einerseits als glaubhaft gewürdigt, andererseits aber seiner Entscheidung nicht zugrunde gelegt hat.

32 (2.2) Bei der Würdigung der Angaben Br. s wäre zudem in den Blick zu nehmen gewesen, ob vermeintliche Unstimmigkeiten in einzelnen Details damit zu erklären sein könnten, dass der geschäftlich unerfahrene Br. in die Geschäftsführung und die Finanzen überhaupt nicht hinreichend eingebunden war, um diese verstehen und schlüssige Erklärungen geben zu können.

33 (2.3) Da schon die Würdigung der Aussage des Zeugen G. zu den Angaben Br. s rechtsfehlerhaft ist, kommt es nicht mehr entscheidend darauf

an, ob das Landgericht auch den Inhalt des Schreibens Br. s vom 4. Dezember 2011, das dieser aus freien Stücken unaufgefordert in dem gegen ihn selbst gerichteten Strafverfahren an die dortige Strafkammer übersandt hatte, nicht in seine Beweiswürdigung eingestellt hat, soweit sich hieraus ergibt, dass Br. trotz eigener Bedenken vom Angeklagten und dessen früherer Ehefrau, der Schwester Br. s, zur Gründung eines Einzelunternehmens mit dem Geschäftsgegenstand der Eisenflechtereie (der Firma Br. ) veranlasst worden sein will. Offen bleiben kann damit auch, ob das Schreiben gemäß § 252 StPO verwertbar war, obwohl sich Br. auf sein Zeugnisverweigerungsrecht berufen, aber der Verwertung seiner Angaben im Ermittlungsverfahren zugestimmt hatte. Auch der mit Blick auf die Besonderheiten des Urkundsbeweises kaum überzeugenden Annahme des Landgerichts, der Inhalt des Schreibens könne, soweit für den Angeklagten nachteilig und nicht konkret durch andere Beweismittel bestätigt, wegen des Konfrontationsrechts des Angeklagten gemäß Art. 6 Abs. 3d) EMRK – also des Rechts, Fragen an Belastungszeugen zu stellen – der Überzeugungsbildung nicht zugrunde gelegt werden, kommt keine Bedeutung mehr zu.

34 (2.4) Ebenso wenig kommt es noch maßgeblich darauf an, dass das Landgericht auch überzogene Anforderungen an die eigene Überzeugungsbildung gestellt und das Verbleiben von Restzweifeln, auf die es den Freispruch gestützt hat, nicht tragfähig begründet hat. Zutreffend hat insoweit die Staatsanwaltschaft darauf hingewiesen, dass das Tatgericht bei der Überzeugungsbildung Zweifeln keinen Raum geben darf, die lediglich auf einer abstrakt-theoretischen Möglichkeit gründen (vgl. BGH, Urteile vom 24. Januar 1989 – 1 StR 683/88, BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 5; vom 29. April 1998 – 2 StR 65/98 Rn. 11 mwN und vom 29. September 2016 – 4 StR 320/16 Rn. 12 mwN). Eine Verurteilung hindernde Restzweifeln lassen sich bei einem den Tatvorwurf im Übrigen bestätigen-

den Beweisergebnis auch nicht allein damit begründen, dass eines der Beweismittel – hier der Zeuge G. zu den Angaben Br. s in dem gegen ihn gerichteten Ermittlungsverfahren – nicht als hinreichend ergiebig erachtet wird.

35 cc) Die Sache bedarf deshalb, soweit es die Frage der Strafbarkeit des Angeklagten H. wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt in den weiter verfahrensgegenständlichen Fällen betrifft, neuer Verhandlung und Entscheidung. Die Aufhebung des Freispruchs führt zur Aufhebung der diesbezüglichen Feststellungen, weil sie der Angeklagte nicht mit einem Rechtsmittel angreifen konnte.

36 dd) Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat zudem auf Folgendes hin:

37 (1) Das neue Tatgericht wird, sofern es sich eine Überzeugung von der Tatbegehung des Angeklagten H. gemäß der Anklageschrift (Fälle 31. bis 63.) zu bilden vermag, gegebenenfalls bei der Feststellung der Höhe der vorerhaltenen Sozialversicherungsabgaben zu bedenken haben, dass, soweit Arbeitnehmer namentlich bekannt sind, deren konkrete Besteuerungsgrundlagen zugrunde zu legen sind; nur soweit dies nicht der Fall ist, ist eine Schätzung zulässig (vgl. BGH, Beschluss vom 24. September 2019 – 1 StR 346/18 Rn 37 ff.).

38 (2) Für den Tatzeitraum Ende Januar bis August 2006 wird mit Blick auf eine mögliche Strafbarkeit des Angeklagten H. hinsichtlich der Frage, ob diesem eine faktische Arbeitgeberstellung zukam, zu berücksichtigen sein, dass sich dieser in der fraglichen Zeit in Untersuchungshaft befand, wodurch seine Handlungsmöglichkeiten erheblich eingeschränkt gewesen sein dürften.

39 (3) Sollte es aufgrund der erneut durchzuführenden Hauptverhandlung zu einer Verurteilung des Angeklagten H. kommen, wäre mit Blick auf die

Dauer des Revisionsverfahrens zu berücksichtigen, dass eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung von neun Monaten eingetreten ist; für diese wäre gegebenenfalls die Anordnung zu treffen, dass ein Teil der Strafe als vollstreckt gilt.

40                    2. Revision der Staatsanwaltschaft gegen den Freispruch des Angeklagten J.

41                    Das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft bleibt ohne Erfolg, weil der Freispruch des Angeklagten J.            keinen durchgreifenden revisionsrechtlichen Bedenken begegnet. Das Landgericht hat das Vorliegen eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags zwischen der Firma Br.            einerseits und der K.            bzw. der B.            andererseits rechtsfehlerfrei verneint und auch sonst ohne Rechtsfehler kein strafbares Verhalten des Angeklagten festgestellt.

42                    a) Dem Tatgericht kommt bei der Würdigung von Vertragserklärungen ein weiter Beurteilungsspielraum zu. Lässt eine Auslegung Verstöße gegen Denk- und Sprachgesetze oder gegen das Gebot umfassender Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände nicht erkennen, so muss sie vom Revisionsgericht als rechtsfehlerfrei hingenommen werden (vgl. BGH, Urteile vom 22. Januar 2020 – 5 StR 385/19 Rn. 28 und vom 2. April 2015 – 3 StR 197/14 Rn. 13).

43                    b) Ein Rechtsfehler im vorgenannten Sinne liegt hinsichtlich des Freispruchs des Angeklagten J.            nicht vor. Auch wenn die Einordnung der Vertragsbeziehungen zwischen der Firma Br.            und der K.            beziehungsweise der B.            als Arbeitnehmerüberlassungen möglicherweise naheliegender gewesen wäre als die Annahme werkvertraglicher Beziehungen, stellt es sich nicht als rechtsfehlerhaft dar, dass das Landgericht unter Würdigung der hierzu getroffenen Feststellungen nicht von Arbeitnehmerüberlassungen im Sinne des Arbeit-

nehmerüberlassungsgesetzes ausgegangen ist. Denn die Einordnung der Vertragsbeziehungen als Werkverträge ist ohne Verstoß gegen die geltenden Auslegungsmethoden möglich.

44                    3. Revision der Staatsanwaltschaft gegen den Freispruch des Angeklagten He.

45                    Die Revision der Staatsanwaltschaft gegen den Freispruch des Angeklagten He.            hat ebenfalls keinen Erfolg. Der Freispruch dieses Angeklagten hält sachlich-rechtlicher Nachprüfung stand, weil die Annahme des Landgerichts, eine Unterstützung der Verantwortlichen der Firma Br.            bei der Verschleierung der wahren Vertragsverhältnisse zwecks Ermöglichung der Schwarzlohnzahlungen durch den Angeklagten sei nicht feststellbar, keinen durchgreifenden revisionsrechtlichen Bedenken begegnet.

Raum	Jäger	Hohoff
Leplow		Pernice

Vorinstanz:

Potsdam, LG, 06.06.2018 - 430 Js 808/12 24 KLS 8/12 53 Ss 140/18