



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

1 StR 399/11

vom
27. September 2011
in der Strafsache
gegen

- 1.
- 2.

wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt u.a.

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 27. September 2011 beschlossen:

Die Revisionen der Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Landshut vom 18. Februar 2011 werden als unbegründet verworfen.

Die sofortige Beschwerde des Angeklagten R. gegen die Kosten- und Auslagenentscheidung dieses Urteils wird als unbegründet verworfen.

Die Beschwerdeführer haben die Kosten ihrer Rechtsmittel zu tragen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat die Angeklagten wegen „gemeinschaftlichen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt in 13 tatmehrheitlichen Fällen in Tatmehrheit mit einem gemeinschaftlichen Verstoß gegen § 11 des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes“ verurteilt, den Angeklagten R. zu der Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten, den Angeklagten S. zu der Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und vier Monaten.
- 2 Die auf die (für beide Angeklagten identisch) näher ausgeführten Sachrügen gestützten Revisionen sind unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO).
- 3 1. Nach den Feststellungen waren die Angeklagten geschäftsführende Gesellschafter der von ihnen im Januar 2007 gegründeten Ra.

GmbH (nachfolgend: Ra. GmbH). Die Gesellschaft war im Rahmen ihres Geschäftsgegenstands im Wesentlichen als Subunternehmer auf Baustellen für andere Firmen tätig.

4 Zur Erfüllung der aus den Subunternehmer-Verträgen folgenden Verpflichtungen bediente sich die Ra. GmbH ungarischer Facharbeiter.

5 Diese hatten auf die Initiative der Zeugen L. , Sa. und P. , die zuvor als Bauleiter ungarischer Werkvertragsfirmen in Deutschland tätig waren, im März, April und Juni 2007 drei Gesellschaften des bürgerlichen Rechts (BGB-Gesellschaften) gegründet, die jeweils in D. ansässig waren. Hintergrund der Gesellschaftsgründungen war, dass nach Erweiterung der Europäischen Union durch den Beitrittsvertrag vom 16. April 2003 (ABl. 2003, L 236/33 und C 227 E) die Arbeitnehmerfreizügigkeit von Staatsangehörigen der Beitrittsstaaten, zu denen auch Ungarn zählte, bis zum 1. Mai 2011 beschränkt war, nicht aber die Niederlassungsfreiheit.

6 Die in der Folge von der Ra. GmbH mit den vorgenannten BGB-Gesellschaften geschlossenen Werkverträge nahmen hinsichtlich der von diesen zu erbringenden Leistungen auf ein Leistungsverzeichnis Bezug und nannten den Leistungsort. Darüber hinaus wurden die Leistungen nicht näher konkretisiert.

7 Die Werkverträge wurden tatsächlich nicht ausgeführt. Die ungarischen Staatsangehörigen erbrachten ihre Leistungen nicht auf deren Grundlage, sondern auf der Grundlage der von den Angeklagten erteilten Arbeitsaufträge und anhand der ihnen von den Angeklagten überlassenen Pläne. Die Durchführung der Arbeiten organisierten die Zeugen L. , Sa. und P. . Die „Gesellschafter“ wurden monatlich mit einem Stundenlohn zwischen sieben und zehn

Euro entlohnt, wofür monatliche Stundenaufzeichnungen angefertigt wurden. Demgegenüber erfolgte keine Abrechnung anhand der Leistungsverzeichnisse oder aufgrund eines Aufmaßes. Der Charakter der Zahlungen der Ra. GmbH an die BGB-Gesellschaften wurde dadurch verschleiert, dass die Angeklagten Vorschussrechnungen der BGB-Gesellschaften an die Ra. GmbH erstellten.

8 Auch im Übrigen wurden die Buchhaltung und der Schriftverkehr der BGB-Gesellschaften durch die Angeklagten veranlasst. Hierfür verwahrte der Angeklagte R. sämtliche Geschäftsunterlagen aller drei BGB-Gesellschaften, die Firmenstempel und die Bankunterlagen der Gesellschaften einschließlich der PIN der Bankkarten. Auf einem Notebook des Angeklagten R. fanden sich Mustervorlagen sowohl für interne Vorgänge der BGB-Gesellschaften (z.B. Kündigungen, Vollmachten u.a.) als auch für deren externe geschäftliche Korrespondenz (Gewerbebeanmeldungen, Rechnungen u.a.).

9 Die BGB-Gesellschaften waren allein für die Ra. GmbH tätig. Um diesen Umstand zu verschleiern, schalteten die Angeklagten teilweise eine andere Firma (F. Metallgestaltung) als Auftraggeber der BGB-Gesellschaften zwischen. Tatsächlich wurden gegenüber dieser zwischengeschalteten Firma keine Leistungen erbracht. Diese erstellte lediglich „sog. Abdeckrechnungen“, wofür der Firmeninhaber als Honorar ca. fünf bis zehn Prozent des fingierten Auftragsvolumens erhielt.

10 2. Diese Feststellungen tragen die Wertung des Landgerichts, dass die Werkverträge zwischen der Ra. GmbH und den BGB-Gesellschaften lediglich zum Schein geschlossen wurden und die Ra. GmbH, als deren vertretungsberechtigtes Organ die Angeklagten handelten (§ 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB),

Arbeitgeber der „Gesellschafter“ war. Für die Beurteilung, ob ein sozialversicherungs- und lohnsteuerpflichtiges Arbeitsverhältnis vorliegt, sind allein die tatsächlichen Gegebenheiten maßgeblich, nicht eine zur Verschleierung gewählte Rechtsform. Dementsprechend können die Vertragsparteien die sich aus einem Arbeitsverhältnis ergebenden Beitragspflichten nicht durch eine abweichende vertragliche Gestaltung beseitigen (st. Rspr.; vgl. zuletzt BGH, Beschluss vom 11. August 2011 - 1 StR 295/11 mwN).

11 3. Diesem Ergebnis stehen auch keine Rechtsakte der Europäischen Union (Art. 288 AEUV) entgegen, insbesondere ist die in Art. 49 AEUV garantierte Niederlassungsfreiheit entgegen der Auffassung der Revision nicht berührt.

12 Art. 49 AEUV garantiert die Möglichkeit für einen Gemeinschaftsangehörigen, in stabiler und kontinuierlicher Weise am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaats als seines Herkunftsstaats teilzunehmen und daraus Nutzen zu ziehen, wodurch die wirtschaftliche und soziale Verflechtung innerhalb der Europäischen Gemeinschaft im Bereich der selbstständigen Tätigkeiten gefördert wird (EuGH, Urteil vom 22. Dezember 2008 - C-161/07, Kommission/Republik Österreich). Die Niederlassungsfreiheit umfasst insbesondere die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeiten (vgl. Forsthoff in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 43. Auflage 2011, AEUV Art. 49 Rn. 16), wobei das Merkmal der Selbstständigkeit maßgeblich für die Abgrenzung von den abhängigen Beschäftigungen ist (vgl. Forsthoff, aaO, Rn. 51).

13 Die danach vorzunehmende Abgrenzung erfolgt insoweit (auch) nach der Rechtsprechung des EuGH anhand objektiver Kriterien, die das Arbeitsverhält-

nis im Hinblick auf die Rechte und Pflichten der betroffenen Personen kennzeichnen. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält (EuGH, Urteil vom 3. Juli 1986 Rechtssache 66/85, Lawrie-Blum; Urteil vom 20. November 2001 - C-268/99, Jany; Urteil vom 27. Juni 1996 - C-107/94, Asscher). Die Antwort auf die Frage, ob ein solches Arbeitsverhältnis gegeben ist, hängt dabei von der Gesamtheit der jeweiligen Faktoren und Umstände ab, die die Beziehungen zwischen den Parteien charakterisieren, wie etwa die Beteiligung an den geschäftlichen Risiken des Unternehmens, die freie Gestaltung der Arbeitszeit und der freie Einsatz eigener Hilfskräfte (EuGH, Urteil vom 14. Dezember 1989 - Rechtssache -3/87, Agegate).

14 Auch nach diesen gemeinschaftsrechtlichen Maßstäben, die im Übrigen auch im Wesentlichen mit denen des deutschen Rechts übereinstimmen, steht auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen außer Frage, dass es sich bei den fraglichen Rechtsbeziehungen zwischen der Ra. GmbH und den BGB-Gesellschaftern um Arbeitsverhältnisse handelte, für die allein die im Tatzeitraum nach Maßgabe des Beitrittsvertrags vom 16. April 2003 beschränkte Arbeitnehmerfreizügigkeit gilt (vgl. insoweit auch den Schlussantrag des Generalanwalts Maduro vom 18. September 2008 in der Rechtssache C-161/07, Kommission/Republik Österreich Rn. 35).

15 4. Vor diesem Hintergrund ist der Senat nicht gehalten, dem Antrag der Revision zu folgen, nach Maßgabe von Art. 267 AEUV ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH zu richten. Dieses wäre nur geboten, wenn über die Auslegung der Verträge der Europäischen Union oder der Handlungen der

Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union zu entscheiden ist, wobei grundsätzlich sämtliche Rechtssätze des Unionsrechts Gegenstand eines Vorabentscheidungsersuchens sein können (Calliess/Ruffert, EUV/AEUV 4. Aufl., AEUV Art. 267 Rn. 8 ff.).

16 Sind demgegenüber - wie hier - die im konkreten Fall maßgeblichen Rechtssätze des Unionsrechts durch den EuGH eindeutig und zweifelsfrei ausgelegt und beschränkt sich die Anwendung des ausgelegten Rechts auf den konkret zur Entscheidung stehenden Einzelfall, ist diese Rechtsanwendung ebenso wie die Feststellung und tatsächliche Bewertung der dem Ausgangsverfahren zugrunde liegenden Tatsachen allein Aufgabe der innerstaatlichen Gerichte (EuGH, Urteil vom 28. März 1979 - Rechtssache 222/78, ICAP; Urteil vom 18. Oktober 1990 - C-297/88, C-197/89, Dzodi; Urteil vom 22. Juni 1999 - C-342/97, Lloyd; Urteil vom 4. März 1999 - C-87/97, Consorzio per la tutela del fromaggio Gorgonzola).

17 5. Auch im Übrigen hat die auf Grund der Sachrüge gebotene Überprüfung des Urteils keine den Angeklagten belastenden Rechtsfehler ergeben. Dies gilt auch für die Entscheidung des Landgerichts, die Vollstreckung der Gesamtfreiheitsstrafen nicht zur Bewährung auszusetzen.

18 Die Strafkammer hat eine umfassende Gesamtwürdigung von Tat und Persönlichkeit der Angeklagten einschließlich deren Nachtatverhalten vorgenommen und das ihr insoweit zukommende Ermessen, dessen Ausübung das Revisionsgericht im Zweifel bis zur Grenze des Vertretbaren zu respektieren hat (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 20. Dezember 1994 - 1 StR 688/94, NJW 1995, 1038), pflichtgemäß ausgeübt. Rechtsfehler zeigen die Revisionen in diesem Zusammenhang nicht auf.

19 6. Die sofortige Beschwerde des Angeklagten R. gegen die Kosten- und Auslagenentscheidung im angefochtenen Urteil ist als unbegründet zu verwerfen, da die Entscheidung der Rechtslage entspricht.

Nack

Wahl

Graf

Jäger

Sander