



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

5 StR 122/19

vom

8. Januar 2020

in der Strafsache

gegen

1.

2.

3.

wegen Betruges u.a.

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 8. Januar 2020, an der teilgenommen haben:

Richter am Bundesgerichtshof Prof. Dr. Sander  
als Vorsitzender,

Richterin am Bundesgerichtshof  
Dr. Schneider,  
die Richter am Bundesgerichtshof  
Prof. Dr. König,  
Dr. Berger,  
Köhler  
als beisitzende Richter,

Staatsanwältin als Gruppenleiterin  
als Vertreterin des Generalbundesanwalts,

Rechtsanwalt P.  
als Verteidiger des Angeklagten A. B. ,

Rechtsanwalt G. ,  
Rechtsanwalt B.  
als Verteidiger des Angeklagten A. ,

Rechtsanwalt S.  
als Verteidiger des Angeklagten F. B. ,

Amtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Angeklagten F. B. wird das Urteil des Landgerichts Kiel vom 6. September 2018, soweit es ihn betrifft, in den Fällen 9 bis 14 der Urteilsgründe, mit Ausnahme der diesen zugrundeliegenden objektiven Feststellungen, und im Gesamtstrafenausspruch aufgehoben.

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

Die weitergehende Revision wird verworfen.

2. Die Revisionen der Angeklagten A. B. und A. werden mit der Maßgabe verworfen, dass diese Angeklagten in Höhe des eingezogenen Betrages gesamtschuldnerisch haften.

Die Beschwerdeführer haben jeweils die Kosten ihres Rechtsmittels zu tragen.

- Von Rechts wegen -

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat die Angeklagten A. B. und A. jeweils wegen Betruges in 88 Fällen, versuchten Betruges in 19 Fällen und Vorenthaltens von Arbeitnehmerbeiträgen in Tateinheit mit Nichtabführen von Arbeitgeberbeiträgen zur Sozialversicherung in 22 Fällen zu Gesamtfreiheitsstrafen von drei Jahren verurteilt und jeweils die Einziehung von Wertersatz in Höhe von 736.611,03 Euro angeordnet. Den Angeklagten F. B. hat es wegen Vorenthaltens von Arbeitnehmerbeiträgen in Tateinheit mit Nichtabführen von Arbeitgeberbeiträgen zur Sozialversicherung in 17 Fällen zu einer Gesamtgeldstrafe von 300 Tagessätzen zu je 40 Euro verurteilt und im Übrigen freigesprochen. Während die auf Sachrügen gestützten Revisionen der Angeklagten A. B. und A. lediglich zur Klarstellung ihrer gesamtschuldnerischen Haftung für den Einziehungsbetrag führen, erzielt die ebenfalls mit sachlichen Beanstandungen geführte Revision des Angeklagten F. B. im tenorierten Umfang Erfolg.
  
- 2 1. Nach den Feststellungen erstellten die Angeklagten A. B. und A. als faktische Geschäftsführer verschiedener Unternehmen (A. B. , F. , A. F. , S. und E. B. ) für angeblich dort beschäftigte bulgarische Arbeitnehmer gefälschte Beschäftigungs- und Lohnangaben zur Vorlage bei den zuständigen Arbeitsämtern, um auf diese Weise Arbeitslosengeldleistungen zu erlangen und für sich zu behalten. Die von den Arbeitsämtern angewiesenen Geldbeträge vereinnahmten die Angeklagten für sich, indem sie sie mittels der in ihrem Besitz befindlichen Bankkarten der Arbeitnehmer abhoben oder erhaltene Schecks einlösten. Auf diese Weise kam es in den Jahren 2015 und 2016 in 88 Fällen zu ungerechtfertigten Zahlungen

der Arbeitsämter in einer Gesamthöhe von 533.413,18 Euro. In weiteren 19 Fällen wurden die beantragten Zahlungen nicht mehr angewiesen, weil es im Zuge der Bearbeitung inzwischen zu Auffälligkeiten gekommen war (Tatkomplex I).

3 Beide Angeklagte meldeten darüber hinaus als faktische Inhaber bzw. Geschäftsführer der Unternehmen F. , Bu. und B. B. GmbH Arbeitnehmer nicht zur Sozialversicherung an und enthielten auf diese Weise den zuständigen Sozialversicherungsträgern Beiträge vor. In den im Bereich Maler-, Putz- und Abbrucharbeiten sowie in der Faschinenbinderei tätigen Unternehmen wurden in näher bezeichneten Zeiträumen in den Jahren 2014 bis 2017 neben angemeldeten weitere unbekannte Arbeitnehmer beschäftigt, die von den Angeklagten nicht bei der zuständigen Stelle zur Abführung der Sozialversicherungsbeiträge gemeldet worden waren. Der Angeklagte F. B. als formeller Inhaber des Einzelunternehmens Bu. und Geschäftsführer der B. B. GmbH unterließ es, sich um die pflichtgemäße Entrichtung der Beiträge zu kümmern. Die Gesamtsumme der nicht abgeführten Sozialversicherungsbeiträge beläuft sich – auf der Grundlage der Feststellungen – auf 203.197,85 Euro (Tatkomplex II).

4 2. Die Revision des Angeklagten F. B. ist im tenorierten Umfang begründet.

5 Der ihn betreffende Schuldspruch wegen Vorenthaltens von Arbeitnehmerbeiträgen in Tateinheit mit Nichtabführen von Arbeitgeberbeiträgen zur Sozialversicherung hält in den Fällen 9 bis 14 sachlich-rechtlicher Prüfung nicht stand, weil bezogen auf diese Fälle der erforderliche Vorsatz des Angeklagten nicht festgestellt ist.

6

a) Der subjektive Tatbestand des § 266a StGB verlangt das Bewusstsein und den Willen, die Beiträge in Kenntnis der Umstände, die die Abführungspflicht begründen, bei Fälligkeit nicht abzuführen (LK-StGB/Möhrenschrager, 12. Aufl., § 266a Rn. 79). Der Arbeitgeber oder sein gesetzlicher Vertreter muss daher die Pflicht zur Abführung der Beiträge zur Sozialversicherung sowie den Zeitpunkt der Fälligkeit kennen und wenigstens billigend in Kauf nehmen, dass diese Pflicht nicht erfüllt wird (BGH, Urteil vom 15. Oktober 1996 – VI ZR 319/95, BGHZ 133, 370, 381). Er muss in einer zumindest laienhaften Bewertung erkannt haben, dass er selbst möglicherweise Arbeitgeber ist, dass eine Abführungspflicht existieren und er durch die fehlende Anmeldung oder unvollständige oder unrichtige Angaben die Heranziehung zum Abführen von Sozialabgaben ganz oder teilweise vermeiden könnte; eine bloße Erkennbarkeit reicht insofern nicht aus (BGH, Beschluss vom 24. September 2019 – 1 StR 346/18, NJW 2019, 3532, 3533).

7 b) Der Angeklagte kannte seine Arbeitgeberstellung; er wusste, dass in „seinen“ Unternehmen Arbeitnehmer beschäftigt wurden. Ein von der Revision geltend gemachter – möglicherweise tatbestandsausschließender (vgl. BGH aaO) – Irrtum des Angeklagten über seine Arbeitgeberstellung liegt nicht vor, da schon allein seine ihm bekannte Stellung als formeller Inhaber der „Firma“ Bu. beziehungsweise formeller Geschäftsführer der B. B. GmbH und mithin Organ der Gesellschaft nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB seine Verantwortlichkeit nach außen begründete (vgl. BGH, Beschluss vom 13. Oktober 2016 – 3 StR 352/16, NStZ 2017, 149).

8 c) Die Urteilsgründe belegen jedoch nicht in allen Fällen, dass der Angeklagte wenigstens billigend in Kauf nahm, dass die Pflicht zur Abführung der Beiträge zur Sozialversicherung nicht erfüllt wurde.

9 Die Strafkammer stützt die Feststellung eines alle abgeurteilten Fälle umfassenden Vorsatzes des Angeklagten F. B. im Ansatz zutreffend auf die Erwägung, dass dieser sich um die Entrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen nicht gekümmert habe, obwohl er Kenntnis davon gehabt habe, dass in den Unternehmen Arbeitnehmer beschäftigt gewesen seien und sich „seine Firmen zeitweilig in wirtschaftlichen Schwierigkeiten“ befunden hätten. Sie legt damit zutreffend zugrunde, dass der formelle Geschäftsführer bereits dann vorsätzlich pflichtwidrig im Sinne des § 266a StGB handelt, wenn er Anhaltspunkte für eine unzureichende Erfüllung der sozialversicherungsrechtlichen Pflichten durch den faktischen Geschäftsführer erlangt und dennoch nicht die notwendigen Maßnahmen ergriffen hat (vgl. BGH, Beschluss vom 28. Mai 2002 – 5 StR 16/02, BGHSt 47, 318, 325). Nach den Umständen des Einzelfalls kann es dabei ausreichen, wenn für den formellen Geschäftsführer Anzeichen dafür bestehen, dass die Verbindlichkeiten nicht ordnungsgemäß erfüllt werden (vgl. BGH, Urteil vom 15. Oktober 1996 – VI ZR 319/95, BGHZ 133, 370, 379).

Auch nach diesen Maßgaben ist freilich erforderlich, dass die Zeiträume der Beitragsvorenhaltungen vom Vorstellungsbild des Angeklagten umfasst sind. Angesichts der im Rahmen der Beweiswürdigung dargestellten, an den Angeklagten F. B. gerichteten, von ihm nach Überzeugung des Landgerichts zur Kenntnis genommenen auf wirtschaftliche Probleme der Unternehmen Bu. und B. B.

GmbH hinweisenden Schreiben aus den Jahren 2016 und 2017, ist ein vorsätzliches Handeln des Angeklagten in den Fällen dieses Tatzeitraums (Fälle 6 bis 8 und 15 bis 22) noch hinreichend belegt. Anders verhält es sich bei den Fällen 9 bis 14, für die es an einer Beweiswürdigung fehlt.

d) Der Senat schließt nicht aus, dass weitere Feststellungen getroffen werden können, die auch in diesen Fällen gemäß § 266a Abs. 1 und 2 Nr. 2 StGB strafbare Beitragsvorenthaltung begründen, und hebt das Urteil insoweit auf. Dies bedingt den Wegfall der jeweiligen Einzelstrafen und mithin die Aufhebung der Gesamtstrafe. Die bestehenden Feststellungen können um ihnen nicht widersprechende ergänzt werden.

11            3. Demgegenüber hat die auf die Revisionen der Angeklagten A. B. und A. gebotene sachlich-rechtliche Überprüfung des Urteils weder zum Schuldspruch noch zum Strafausspruch Rechtsfehler ergeben. Der Erörterung bedarf nur Folgendes:

12            a) Die Schuldsprüche wegen 22 Fällen des Vorenthaltens von Arbeitnehmerbeiträgen in Tateinheit mit Nichtabführen von Arbeitgeberbeiträgen zur Sozialversicherung können bestehen bleiben. Auf der Grundlage der insoweit rechtsfehlerfreien Feststellungen hat das Landgericht zu Recht die objektiven und subjektiven Merkmale des § 266a Abs. 1 und 2 Nr. 2 StGB bejaht. Entgegen der vom Generalbundesanwalt in seiner Antragschrift vertretenen Auffassung sind auch die Höhe der vorenthaltenen Sozialversicherungsbeiträge und mithin der Schuldumfang zutreffend bestimmt.

13            aa) Bei einer Verurteilung wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt sind in den Urteilsgründen die Berechnungsgrundlagen und Berechnungen für das Revisionsgericht nachvollziehbar darzulegen (vgl. hierzu BGH, Beschlüsse vom 5. Juli 2018 – 1 StR 111/18, NStZ-RR 2018, 318; vom 20. April 2016 – 1 StR 1/16, NStZ 2017, 352). Dabei obliegt es dem Tatgericht nach ständiger Rechtsprechung, die geschuldeten Beträge – für die jeweiligen Fälligkeitszeitpunkte gesondert – nach Anzahl, Beschäftigungszeiten, Löhnen der Arbeitnehmer und der Höhe des Beitragssatzes der örtlich zuständigen

Krankenkasse festzustellen, da die Berechnung der Höhe der geschuldeten Beiträge auf der Grundlage des Arbeitsentgelts nach den Beitragssätzen der jeweiligen Krankenkassen sowie den gesetzlich geregelten Beitragssätzen der Renten-, Arbeitslosen- und Pflegeversicherung zu erfolgen hat (BGH, Urteil vom 11. August 2010 – 1 StR 199/10, NStZ-RR 2010, 376, und Beschluss vom 20. April 2016, aaO; zur Schadensermittlung bei Schwarzarbeit am Bau vgl. Stuckert, wistra 2014, 289). Falls solche Feststellungen im Einzelfall nicht möglich sind, kann die Höhe der vorenthaltenen Beträge auf der Grundlage der tatsächlichen Umstände geschätzt werden. Dabei gelten die Grundsätze entsprechend, die die Rechtsprechung bei Taten nach § 370 AO für die Darlegung der Berechnungsgrundlagen bei verkürzten Steuern entwickelt hat (BGH, aaO).

14                   bb) Den vorgenannten Anforderungen trägt das Urteil noch hinreichend Rechnung.

15                   Die Strafkammer hat die Höhe der nicht abgeführten Sozialversicherungsbeiträge sowie die „schwarz“ gezahlten Arbeitsentgelte auf der Grundlage von Berechnungen einer Wirtschaftsfachkraft der Staatsanwaltschaft geschätzt. Als Ausgangspunkt der Schätzung ist dieser zutreffend von den gezahlten „Schwarzlöhnen“ als Nettolöhnen (§ 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV) ausgegangen, die er – mangels Feststellbarkeit konkrete Berechnungen ermöglichender betriebswirtschaftlicher Parameter – in zulässiger Weise auf zwei Drittel der in den jeweils genannten Monaten erzielten Nettoumsätze der verschiedenen Unternehmen veranschlagt hat (vgl. BGH, Urteil vom 2. Dezember 2008 – 1 StR 416/08, BGHSt 53, 71; Beschluss vom 10. November 2009 – 1 StR 283/09, NStZ 2010, 635; Stuckert, aaO, 293). Die Feststellung des jeweiligen Nettolohns in den einzelnen Beitragsmonaten wird exemplarisch anhand eines Berechnungsbeispiels dargestellt, dessen Rechenweg nicht zu beanstanden ist

(Nettoumsatz abzüglich Lohnkostenanteil der gemeldeten Arbeitnehmer und Unternehmerlohn).

16 Auch gegen die Feststellungen der Bruttolöhne ist nichts zu erinnern. Das Urteil bezieht sich insoweit ebenfalls auf die Angaben des Zeugen, der das Bruttoentgelt nach im Einzelnen genannten zutreffenden sozialversicherungsrechtlichen Maßstäben anhand einer Hochrechnung ermittelt hat. Gegen die Berechnung des Bruttoarbeitsentgelts auf der Grundlage der Lohnsteuerklasse VI bestehen im vorliegenden Fall keine Bedenken (vgl. BGH, Urteil vom 2. Dezember 2008, aaO, Rn. 18). Der Darstellung des konkreten Rechenweges (vgl. dazu Stuckert, aaO, 290) bedarf es vorliegend nicht.

17 Aufgrund der auf diese Weise ermittelten Bruttolöhne sind schließlich die vorenthaltenen bzw. nicht abgeführten Beiträge anhand der jeweils gültigen Beitragssätze der Renten-, Arbeitslosen- und Pflegeversicherung ermittelt und im Urteil tabellarisch aufgeschlüsselt wiedergegeben.

18 b) Die Feststellungen zu den jeweils als Betrug gewürdigten „Scheckeinkreisungsfällen“ beruhen auf einer rechtsfehlerfreien Beweiswürdigung (vgl. Stellungnahme des Generalbundesanwalts).

19 c) Der Senat stellt allerdings die gesamtschuldnerische Haftung der Angeklagten A. B. und A. für den eingezogenen Wertersatzbetrag klar.

Sander

Schneider

König

Berger

Köhler

Vorinstanz:

Kiel, LG, 06.09.2018 - 593 Js 32645/17 3 KLS 13/17