



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

1 StR 111/10

vom
18. Mai 2010
in der Strafsache
gegen

wegen Betruges u.a.

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 18. Mai 2010 beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts München II vom 27. Oktober 2009 in den Fällen 1 bis 102 der Urteilsgründe (Beitragszeiträume Januar 1996 bis einschließlich Juni 2004) und im Ausspruch über die Gesamtstrafe aufgehoben. Die Feststellungen zur Höhe der vorenthaltenen und veruntreuten Beiträge zur Sozialversicherung in den Fällen 1 bis einschließlich 79 der Urteilsgründe werden ebenfalls aufgehoben. Die übrigen Feststellungen bleiben aufrechterhalten.
2. Die weitergehende Revision wird mit der Maßgabe verworfen, dass der Angeklagte des Vorenthalten und Veruntreuens von Arbeitsentgelt in zehn Fällen schuldig ist.
3. 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.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Betruges in 102 Fällen und wegen Vorenthalten und Veruntreuens von Arbeitsentgelt jeweils in Tateinheit mit Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt in zehn Fällen unter Einbeziehung von Einzelstrafen aus einer früheren Verurteilung zu der Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt.

2 Hiergegen richtet sich die mit der allgemeinen Sachrüge begründete Revision des Angeklagten. Diese hat den aus dem Tenor ersichtlichen Teilerfolg. Im Übrigen ist sie unbegründet i.S.v. § 349 Abs. 2 StPO.

3 1. Nach den Urteilsfeststellungen war der Angeklagte alleiniger Geschäftsführer der Firma B. GmbH. Die Gesellschaft beschäftigte mehrere Arbeitnehmer, für die die vorgeschriebenen Meldungen nach § 28f Abs. 3, § 28a SGB IV und nach § 41a EStG abgegeben wurden, daneben aber auch zwischen Januar 1996 und April 2005 eine Vielzahl weiterer Arbeitnehmer, ohne diese Arbeitsverhältnisse den zuständigen Sozialversicherungsträgern und dem zuständigen Finanzamt zu melden. Zur Verschleierung dieser Arbeitsverhältnisse schloss der Angeklagte mit den Arbeitnehmern zum Schein Werkverträge, um den Eindruck zu erwecken, insoweit handele es sich um selbstständige Subunternehmer der B. GmbH.

4 Durch die pflichtwidrig unterlassenen Meldungen an die Sozialversicherungsträger wurden nach den Feststellungen Sozialversicherungsbeiträge in Höhe von insgesamt 1.918.546,25 Euro vorenthalten. Hierbei handelt es sich allein um Beiträge zur Rentenversicherung und zur Arbeitslosenversicherung, da die Gehälter der Arbeitnehmer über der Jahresarbeitsentgeltgrenze des § 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB V lagen, so dass keine Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenkasse bestand.

5 Das Landgericht wertete das Unterlassen der Meldungen an die Sozialversicherungsträger für die Beitragszeiträume zwischen Januar 1996 und Juni 2004 als Betrug i.S.v. § 263 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 StGB. Für den Zeitraum zwischen Juli 2004 bis April 2005 ist der Angeklagte nach der Wertung des Landgerichts des Vorenthalten und Veruntreuens von Arbeitsentgelt gemäß § 266a

Abs. 1 StGB in zehn Fällen jeweils in Tateinheit mit Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt gemäß § 266a Abs. 2 StGB schuldig.

6 2. Die Feststellungen tragen in den Fällen 103 bis 112 der Urteilsgründe die Verurteilung wegen Vorenthaltes und Veruntreuens von Arbeitsentgelt. Insoweit berichtigt der Senat lediglich den Schuldspruch. In Fällen der vorliegenden Art ist im Tenor eine Verurteilung wegen Verstoßes gegen § 266a StGB nur als „Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt“ zum Ausdruck zu bringen. Die neben § 266a Abs. 1 StGB erfolgende Anwendung des § 266a Abs. 2 StGB wirkt sich lediglich auf den Schuldumfang aus und führt nicht zu einer tateinheitlichen Verwirklichung verschiedener Tatbestände (vgl. BGH NStZ 2007, 527; wistra 2008, 180; StraFo 2008, 219). Auch der Schuldumfang wurde in diesen Fällen von der Strafkammer auf der Grundlage eines nach § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV hochgerechneten Bruttolohns (vgl. BGHSt 53, 71) zutreffend bestimmt.

7 3. Demgegenüber tragen die bisherigen Feststellungen eine Verurteilung wegen Betruges in den Fällen 1 bis 102 der Urteilsgründe nicht.

8 a) Für den insoweit fraglichen Tatzeitraum kommt zwar grundsätzlich beim Unterlassen der Meldung von Arbeitnehmern an die zuständigen Sozialversicherungsträger eine Verurteilung wegen Betruges in Betracht. Denn den Arbeitgeber trifft nach § 28a SGB IV eine Meldepflicht, wonach er die für die Bemessung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags maßgeblichen - im Gesetz im Einzelnen aufgeführten - Anknüpfungstatsachen hinsichtlich aller bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer der Einzugsstelle mitzuteilen hat. Verletzt der Arbeitgeber diese Verpflichtung, indem er bewusst unwahre oder unvollständige

Angaben macht, die zu einem geringeren Gesamtsozialversicherungsbeitrag führen, kann dies eine Täuschung im Sinne des § 263 StGB darstellen.

- 9 b) Eine Täuschung kann in solchen Fällen jedoch nur angenommen werden, wenn durch das Unterlassen der Meldung der Arbeitnehmer gegenüber einem Mitarbeiter einer Einzugsstelle zumindest konkludent zum Ausdruck gebracht wird, dass keine oder lediglich die gemeldeten Arbeitnehmer tatsächlich bei dem fraglichen Arbeitgeber beschäftigt sind. Der Generalbundesanwalt hat insoweit zutreffend ausgeführt:

„Täuschungen und korrespondierende Irrtümer von Mitarbeitern einer Einzugsstelle durch unrichtige Meldungen über die sozialversicherungspflichtige Beschäftigung von Arbeitnehmern kommen nur in Betracht, wenn und soweit hinsichtlich der beschäftigten Arbeitnehmer Meldungen an diese Einzugsstelle hätten erfolgen müssen (vgl. § 28f, 28i SGB IV). Darauf beschränkt sich der Erklärungswert der Meldungen und die Mitarbeiter der Einzugsstelle machen sich nur insoweit Gedanken über die Geltendmachung von Sozialversicherungsbeiträgen.

Falls gegenüber den für beschäftigte Arbeitnehmer zuständigen Einzugsstellen keine Erklärungen über die sozialversicherungspflichtige Beschäftigung von Arbeitnehmern erfolgen, kann bei den Mitarbeitern der zuständigen Einzugsstellen ein Irrtum nur vorliegen, wenn der Arbeitgeber dort erfasst ist (vgl. BGHR StGB § 266a Arbeitgeber 1; BGHR StGB § 263 Abs 1 Irrtum 5 und 8; BayObLG Beschluss vom 19.03.2002 - 5 St R R 33/02 -; Boxleitner in Wabnitz/Janovsky Handbuch des Wirtschafts- und Strafrechts 3. Aufl. Kap. 17 Rn. 52; Fischer StGB 57. Aufl. § 263 StGB Rn. 57; LK/Gribbohm 11. Aufl. § 266a StGB Rn. 115 f.; LK/Tiedemann 11. Aufl. § 263 StGB Rn. 78; Heitmann in Müller-Gugenberger/Bieneck Wirtschaftsstrafrecht 4. Aufl. § 36 Rn. 67).

Das Landgericht hat lediglich festgestellt, dass im Tatzeitraum einzelne Arbeitnehmer angemeldet waren, weitere vierzig Arbeitnehmer dagegen nicht (UA S. 16). Es bleibt danach offen, an welche Einzugsstelle Meldungen erfolgten (UA S. 16: ‚bei den Sozialversicherungsträgern gemeldeten Arbeitnehmern‘).“

10 Es hätte mithin weiterer Feststellungen dazu bedurft, gegenüber welchen Krankenkassen der Angeklagte sozialversicherungsrechtliche Meldungen abgeben hatte. Allein dann, wenn sich unter diesen Krankenkassen die für die nicht gemeldeten Arbeitnehmer zuständigen Krankenkassen befunden haben, kommt aufgrund der vorstehenden Erwägungen eine Verurteilung wegen Betruges in Betracht. Sollten sich die für die nicht gemeldeten Arbeitnehmer zuständigen Krankenkassen nicht unter den Krankenkassen befinden, gegenüber denen der Angeklagte Meldungen abgab und war die B. GmbH als Arbeitgeber auch nicht aus anderen Gründen bei den für die nicht gemeldeten Arbeitnehmer zuständigen Krankenkassen erfasst, kommt in den Fällen 1 bis 102 der Urteilsgründe lediglich eine Verurteilung wegen Vorenthaltens und Untretuens von Arbeitsentgelt i.S.v. § 266a Abs. 1 StGB in Betracht.

11 Darüber hinaus hätte es weiterer Feststellungen dazu bedurft, welche Krankenkasse für die nicht gemeldeten Arbeitnehmer zuständig war. Insoweit führt der Generalbundesanwalt aus:

„Hinsichtlich der nicht gemeldeten vierzig Arbeitnehmer beschränken sich die Urteilsgründe darauf, die BKK als zuständige Einzugsstelle zu bezeichnen. Diese rechtliche Bewertung ist nicht durch Tatsachen belegt. Zudem dürfte es angesichts der aus den Urteilsgründen ersichtlichen früheren Beschäftigungsverhältnisse der betroffenen Arbeitnehmer ausgeschlossen sein, dass für alle die bezeichnete Krankenkasse zuständig war oder gewesen wäre (vgl. UA S. 16 ff., 73 ff.). Es liegt nahe, dass das Landgericht sich an der Auffangzuständigkeit nach § 28i S. 2 SGB IV i.V.m. §§ 28f Abs. 2 SGB IV, 175 Abs. 3 S. 3 SGB V orientiert hat (vgl. UA S. 15).“

12 Dem schließt sich der Senat an.

- 13 4. Das Landgericht hat zudem in den Fällen 1 bis 79 der Urteilsgründe (Beitragszeitraum Januar 1996 bis Juli 2002) der Verurteilung einen unzutreffenden Schuldumfang zu Grunde gelegt. Bis zur Einführung des § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV konnte in Fällen illegaler Beschäftigung eine Nettolohnabrede nicht angenommen werden (vgl. BGHSt 53, 71 m.w.N.). Demnach war der Berechnung der vorenthaltenen Sozialversicherungsbeiträge der tatsächlich an die illegal beschäftigten Arbeitnehmern gezahlte Lohn zu Grunde zu legen.
- 14 Anderes ergibt sich auch nicht aus der von der Strafkammer zum Beleg ihrer Rechtsauffassung zitierten Entscheidung des Bundessozialgerichts (Urt. vom 22. September 1988 - 12 RK 36/86 - = BSGE 64, 110). Dort ist vielmehr lediglich festgestellt, dass nach Aufdeckung eines illegalen Beschäftigungsverhältnisses und damit einhergehender erfolgreicher Inanspruchnahme des Arbeitgebers auf Zahlung von bis dahin vorenthaltenen Sozialversicherungsbeiträgen und Lohnsteuer für den Arbeitnehmer durch die Befreiung der ihn treffenden Belastungen weiteres sozialversicherungspflichtiges Entgelt gegeben ist. Dies führt zu einer Beitragsnachzahlung durch den Arbeitgeber. Zu den Tatzeitpunkten der Vergehen nach § 266a bzw. § 263 StGB bemessen sich die vorenthaltenen Sozialversicherungsbeiträge indes allein auf der Grundlage des Schwarzlohnes.
- 15 5. Die aufgezeigten Rechtsfehler führen in den Fällen 1 bis 102 der Urteilsgründe zur Aufhebung der Verurteilung wegen Betruges. Die diesbezüglichen Feststellungen können indes aufrechterhalten bleiben, da sie lediglich lückenhaft sind bzw. - soweit die Strafkammer in den Fällen 1 bis 79 der Urteilsgründe der Verurteilung einen zu großen Schuldumfang zu Grunde gelegt hat - auf rechtlichen Wertungsfehlern beruhen. Insoweit bedarf es in diesen Fällen lediglich der Aufhebung der Feststellungen zur Höhe der vorenthaltenen Sozial-

versicherungsbeiträge. Die Aufhebung des Urteils in den Fällen 1 bis 102 der Urteilsgründe zieht die Aufhebung des Gesamtstrafenausspruchs nach sich (§ 349 Abs. 4 StPO).

16 6. Das neue Tatgericht wird Gelegenheit haben, Folgendes zu berücksichtigen:

17 a) In den Fällen 1 bis 102 der Urteilsgründe kann aus prozessökonomischen Gründen eine Beschränkung des Verfahrens nach § 154a Abs. 2 StPO auf den Vorwurf des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt in Betracht kommen. Insoweit würde sich der tatbestandsmäßige Schuldumfang auf die Höhe der vorenthaltenen Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung reduzieren.

18 b) Soweit in den Fällen 1 bis 102 der Urteilsgründe die Voraussetzungen des Sozialversicherungsbetruges festgestellt werden können, kann § 266a Abs. 2 StGB nF als milderes Gesetz i.S.v. § 2 Abs. 3 StGB anzuwenden sein (BGH wistra 2007, 307; wistra 2008, 180; StraFo 2008, 219). Zudem wurde durch das 6. StrRG § 263 Abs. 3 StGB geändert.

19 c) Für die Bildung der neuen Gesamtfreiheitsstrafe bedarf es im Hinblick auf § 55 StGB weitergehender Feststellungen dazu, wann die B. GmbH im Handelsregister gelöscht wurde und insoweit als Beitragsschuldnerin weggefallen ist, was zum Erlöschen der Beitragspflicht führt. Denn Taten nach § 266a Abs. 1 StGB sind erst beendet, wenn die Beitragspflicht erloschen ist (BGHSt 53, 24; wistra 1992, 23). Gleiches gilt bei § 266a Abs. 2 StGB und § 263 StGB in den Fällen des Sozialversicherungsbetruges, bei denen es sich um Erfolgsdelikte handelt. Beendigung ist insoweit erst mit dem vollständigen Eintritt des angestrebten Erfolges gegeben. Die Frage, wann für die einzelnen Taten des

vorliegenden Verfahrens Tatbeendigung gegeben ist, ist aber entscheidend dafür, ob und ggfs. in welchem Umfang nach § 55 Abs. 1 StGB zu verfahren ist. Der Generalbundesanwalt hat in diesem Zusammenhang zutreffend ausgeführt:

„‚Begangen‘ i.S.v. § 55 Abs. 1 S. 1 StGB ist eine Tat erst mit deren Beendigung (Fischer StGB 57. Aufl. § 55 StGB Rn. 7; LK/Rissing-van-Saan 12. Aufl. § 55 StGB Rn. 9 jew. m.w.N. auch zu abweichenden Ansichten). Dies gilt auch für echte Unterlassungsdelikte (Senat BGHR StGB § 55 Abs 1 Begehung 1; zu Dauerdelikten Senat Urteil vom 02.12.2003 - 1 StR 102/03; BGH NJW 1999, 1344).“

Nack

Rothfuß

Hebenstreit

Elf

Jäger