



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

1 StR 94/13

vom  
4. September 2013  
in der Strafsache  
gegen

- 1.
- 2.

wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt u.a.

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 4. September 2013 gemäß § 154 Abs. 2, § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision der Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Augsburg vom 14. August 2012 wird
  - a) das Verfahren eingestellt, soweit die Angeklagten wegen der Beschäftigung von Ausländern ohne Genehmigung in größerem Umfang verurteilt worden sind; im Umfang der Einstellung fallen die Kosten des Verfahrens und die notwendigen Auslagen der Angeklagten jeweils der Staatskasse zur Last;
  - b) das vorgenannte Urteil in den Schuldsprüchen dahingehend geändert, dass  
der Angeklagte S. des Vorenthaltens  
und Veruntreuens von Arbeitsentgelt in 69 Fällen und  
der Angeklagte Sc. des Vorenthaltens  
und Veruntreuens von Arbeitsentgelt in 42 Fällen schuldig  
sind.
2. Die weitergehenden Revisionen werden als unbegründet verworfen.
3. Die Beschwerdeführer haben die verbleibenden Kosten ihres jeweiligen Rechtsmittels zu tragen.

Gründe:

1 Das Landgericht hat den Angeklagten S. wegen Beschäftigung von Ausländern ohne Genehmigung in größerem Umfang sowie wegen 69 Fällen des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt, „hierbei in 58 Fällen in Tateinheit mit Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt“, zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Den Angeklagten Sc. hat es ebenfalls wegen Beschäftigung von Ausländern ohne Genehmigung in größerem Umfang sowie wegen des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt in 42 Fällen, „hierbei in 33 Fällen in Tateinheit mit Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt“, schuldig gesprochen und eine Freiheitsstrafe von drei Jahren verhängt. Von den erkannten Freiheitsstrafen hat es jeweils drei Monate als vollstreckt geltend festgestellt.

2 Gegen dieses Urteil wenden sich die Angeklagten mit ihren jeweils auf die Sachrüge gestützten Revisionen. Die Rechtsmittel haben lediglich den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg.

I.

3 Nach den Feststellungen des Tatgerichts betrieben bzw. betreiben die Angeklagten eine große Champignonzuchtanlage. Innerhalb des verfahrensgegenständlichen Tatzeitraums von Oktober 2004 bis Ende Mai 2007 kam es im Juni 2006 zu einem Übergang der Betriebsinhaberschaft von dem Angeklagten S. und dessen nicht revidierender, mitangeklagter Ehefrau auf den Angeklagten Sc., deren gemeinsamen Sohn. Die Angeklagten hatten vor dem Beitritt Polens zur Europäischen Union (EU) in großem Umfang unter

Einhaltung der damaligen gesetzlichen Vorschriften polnische Staatsangehörige als Saisonarbeiter eingesetzt. Die ganz überwiegende Anzahl von ihnen war in mehreren Jahren für die Angeklagten tätig gewesen.

- 4 Nach dem EU-Beitritt Polens meldeten auf Anregung der Angeklagten drei zuvor für diese tätige Saisonarbeiter in Polen jeweils Gewerbe mit dem Geschäftsbereich Dienstleistung im Bereich von Ackerbau u.ä. an. Mit diesen schlossen die Angeklagten ab Mai 2004 als „Werksverträge“ bezeichnete Verträge ab. Danach sollten die polnischen Gewerbetreibenden mit eigenen, geeigneten Fachkräften die Ernte von Champignons sowie die Kulturpflege (gießen und säubern) im Betrieb der Angeklagten übernehmen. Der Einsatz sowohl der drei polnischen Firmeninhaber als auch der von diesen eingesetzten - bereits früher für die Angeklagten tätigen - polnischen Arbeitnehmer erfolgte allerdings entgegen der gewählten vertraglichen Gestaltung unter Eingliederung in den Betriebsablauf des Unternehmens der Angeklagten sowie unter deren Weisungshoheit. Ausländerrechtliche Genehmigungen lagen für die eingesetzten polnischen Staatsangehörigen nicht vor. Deren Anmeldung bei den zuständigen Sozialversicherungsträgern erfolgte ebenso wenig wie die fristgerechte Abführung der entsprechenden Sozialversicherungsbeiträge. Insgesamt wurden nach den Feststellungen des Tatgerichts im Tatzeitraum Sozialversicherungsbeiträge von rund 880.000 Euro nicht an die Sozialversicherungsträger abgeführt.

## II.

- 5 Der Senat stellt das Verfahren auf Antrag des Generalbundesanwalts gemäß § 154 Abs. 2 StPO ein, soweit beide Angeklagte wegen Beschäftigung

von Ausländern ohne Genehmigung im großen Umfang (§ 11 Abs. 1 SchwarzArbG) verurteilt worden sind. Die insoweit verhängten Einzelstrafen von acht Monaten fallen gegenüber den für die Taten gemäß § 266a StGB verhängten Strafen insgesamt nicht ins Gewicht.

- 6 Die Einstellung des Verfahrens wegen der dem Vorwurf des Verstoßes gegen § 11 Abs. 1 SchwarzArbG zugrunde liegenden jeweiligen Tat erfolgt im Interesse der Verfahrensökonomie. Die bisher vom Tatgericht getroffenen Feststellungen würden nicht ausreichen, um eine entsprechende Verurteilung zu tragen. Es ist insbesondere nicht ausreichend berücksichtigt worden - was von den Revisionen im Grundsatz zu Recht geltend gemacht wird -, ob und ggf. welche der im Tatzeitraum beschäftigten polnischen Arbeitnehmer bereits vor dem EU-Beitritt Polens mindestens 12 Monate für den deutschen Arbeitsmarkt zugelassen waren. Läge diese Voraussetzung vor, hätten die entsprechenden polnischen Arbeitgeber bereits ab dem Zeitpunkt des Unionsbeitritts in vollem Umfang die unionsrechtliche Arbeitnehmerfreizügigkeit genossen (Mosbacher in Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2011, § 404 SGB III Rn. 25 mwN). Eine Strafbarkeit gemäß § 11 Abs. 1 SchwarzArbG bestünde dann nicht. Angesichts der Vielzahl der nach den landgerichtlichen Feststellungen in dem Betrieb der Angeklagten eingesetzten polnischen Arbeitnehmer sowie der zumindest überwiegend saisonalen Beschäftigung ist aber keineswegs ausgeschlossen, dass eine zur Tatbestandsverwirklichung („gleichzeitig mehr als fünf Ausländer“) ausreichende Zahl polnischer Arbeitnehmer im Tatzeitraum ohne die erforderlichen Genehmigungen beschäftigt wurden. Die Klärung der relevanten Verhältnisse verlangte umfangreiche Sachverhaltsfeststellungen. Dessen bedarf es jedoch wegen der Einstellungsvoraussetzungen gemäß § 154 Abs. 2 StPO nicht.

7 Für den Schuldumfang der den Angeklagten vorgeworfenen Tat gemäß § 11 Abs. 1 SchwarzArbG hätte zudem bedacht werden müssen, dass für eine innerhalb des Tatzeitraums liegende Zeitspanne aufgrund eines gesetzgeberischen Versehens (ausführlich dazu Mosbacher wistra 2005, 54 ff.) eine Strafbarkeit inländischer Arbeitgeber wegen der (ungenehmigten) Beschäftigung von Arbeitnehmern aus den zum 1. Mai 2004 der EU beigetretenen Staaten nicht angenommen werden kann (Mosbacher in Graf/Jäger/Wittig, aaO, § 10 SchwarzArbG Rn. 4). Auch vor dem Hintergrund dieses dadurch - gegenüber dem von dem Tatgericht angenommenen Schuldumfang - geringen Umfangs des verschuldeten Unrechts erfolgt die Einstellung des Verfahrens durch den Senat.

### III.

8 Die gegen die Verurteilung wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt (§ 266a StGB) gerichteten Revisionen bleiben mit Ausnahme der aus dem Beschlusstenor ersichtlichen Schuldspruchänderung ohne Erfolg. Die auf einer rechtsfehlerfreien Beweiswürdigung beruhenden Feststellungen des Tatgerichts über die tatsächliche Durchführung der von den polnischen Staatsangehörigen ausgeführten Tätigkeiten im Betrieb der Angeklagten tragen in diesem Umfang die Schuldsprüche.

9 1. Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass es sich zunächst bei dem Angeklagten S. und nach dem Betriebsübergang bei dem Angeklagten Sc. um Arbeitgeber im Sinne von § 266a Abs. 1 und 2 StGB handelte, zu denen die fraglichen ausländischen Arbeit-

nehmer in einem inländischen sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis (vgl. § 7 Abs. 1 SGB IV) standen.

10 a) Ob eine Person Arbeitgeber im Sinne von § 266a StGB ist, richtet sich nach dem Sozialversicherungsrecht, das seinerseits diesbezüglich auf das Dienstvertragsrecht der §§ 611 ff. BGB abstellt. Arbeitgeber ist danach derjenige, dem gegenüber der Arbeitnehmer zur Erbringung von Arbeitsleistungen verpflichtet ist und zu dem er in einem persönlichen Abhängigkeitsverhältnis steht, das sich vor allem durch die Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb des Arbeitgebers ausdrückt (siehe etwa BSGE 34, 111, 113). Das Bestehen eines solchen Beschäftigungsverhältnisses zum Arbeitgeber bestimmt sich dabei nach den tatsächlichen Gegebenheiten (st. Rspr., etwa BGH, Urteil vom 2. Dezember 2008 - 1 StR 416/08, BGHSt 53, 71, 77; Beschlüsse vom 7. Oktober 2009 - 1 StR 478/09, NStZ 2010, 337 f., und vom 27. September 2011 - 1 StR 399/11, NStZ-RR 2012, 13; siehe auch BGH, Urteil vom 13. Juni 2001 - 3 StR 126/01, NStZ 2001, 599, 600). Die Vertragsparteien können aus einem nach den tatsächlichen Verhältnissen bestehenden Beschäftigungsverhältnis resultierende sozialversicherungsrechtliche Abführungspflichten nicht durch eine abweichende Vertragsgestaltung beseitigen (BGH jeweils aaO; ebenso BSGE 45, 199, 200; BSG NZS 2007, 648, 650; siehe auch die Nachw. bei Seewald in Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, § 7 SGB IV Rn. 53 ff.).

11 Um auf der Grundlage der maßgeblichen tatsächlichen Gegebenheiten das Vorliegen eines (inländischen) sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses zu beurteilen, ist eine wertende Gesamtbetrachtung bzw. Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände vorzunehmen (BSGE 51, 164, 167; BSG NZS 2007, 648, 649; siehe auch Baier in Krauskopf, Soziale Kran-

kenversicherung, SGB IV § 7 Rn. 11; in der Sache ebenso BAG NJW 2010, 2455, 2456). In diese Gesamtbetrachtung sind vor allem das Vorliegen eines umfassenden arbeitsrechtlichen Weisungsrechts, die Gestaltung des Entgelts und seiner Berechnung (etwa Entlohnung nach festen Stundensätzen), Art und Ausmaß der Einbindung in den Betriebsablauf des Arbeitgeberbetriebes sowie die Festlegung des täglichen Beginns und des Endes der konkreten Tätigkeit einzustellen (siehe BGH, Urteil vom 13. Juni 2001 - 3 StR 126/01, NStZ 2001, 599 f.; Beschluss vom 7. Oktober 2009 - 1 StR 478/09, NStZ 2010, 337 f.; siehe auch Beschluss vom 27. September 2011 - 1 StR 399/11, NStZ-RR 2012, 13 mit Nachw. zum unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff). Die in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs herangezogenen Kriterien für die Beurteilung des Vorliegens eines Beschäftigungsverhältnisses stimmen mit der Rechtsprechung des Bundesarbeits- und des Bundessozialgerichts überein. Diese halten im Rahmen der erforderlichen Gesamtwürdigung ebenfalls das Vorliegen einer Weisungsgebundenheit in sachlicher und zeitlicher Hinsicht, das Fehlen bzw. das Vorhandensein von Freiheit bei der inhaltlichen Gestaltung der Tätigkeit sowie den Ort der Leistungserbringung für regelmäßig zu berücksichtigende Kriterien (vgl. BAG NJW 2010, 2455, 2456; BSGE 45, 199, 200; BSG NZS 2007, 648, 649).

- 12                    b) An diesen Maßstäben gemessen hat das Tatgericht zu Recht das Bestehen inländischer Beschäftigungsverhältnisse zwischen den im Betrieb der Angeklagten tätigen polnischen Staatsangehörigen und den Angeklagten angenommen. Es hat die betrieblichen Abläufe im Einzelnen festgestellt (UA S. 9 ff., 38 ff.) und dabei u.a. auf die Gestaltung der täglichen Arbeitszeiten, die Arbeitsorganisation im Betrieb, das Vorliegen von Weisungen zur Ausführung der konkreten Tätigkeit sowie zur Erfassung der jeweils geernteten Pilzmengen Bedacht genommen. Es hat zudem die Überlassung von Arbeitsgeräten seitens



der Angeklagten sowie das Fehlen eigener Geschäftslokale und das von weiteren Auftraggebern der drei polnischen Gewerbetreibenden (vgl. BGH, Beschluss vom 7. Oktober 2009 - 1 StR 478/09, NStZ 2010, 337) mit in die Betrachtungen einbezogen. Die von dem Tatgericht aus den festgestellten tatsächlichen Gegebenheiten gezogenen Schlüsse auf das Bestehen sozialversicherungsrechtlicher Beschäftigungsverhältnisse und die Arbeitgebereigenschaft der Angeklagten sind ohne Rechtsfehler.

13           Entgegen der Auffassung der Revision ist es auch nicht zu beanstanden, dass das Tatgericht im Rahmen der gebotenen Gesamtbewertung von der Erteilung arbeitsrechtlicher Weisungen seitens der Angeklagten und nicht von werkbezogenen Weisungen des Auftraggebers eines Werkvertrages ausgegangen ist. Der auf die Angaben der Zeugin A. gestützte Schluss auf das Vorhandensein arbeitsrechtlicher Weisungen ist möglich und damit revisionsrechtlich hinzunehmen.

14           c) Es handelte sich ungeachtet der möglichen vertraglichen Beziehungen zwischen den drei polnischen Gewerbetreibenden und den eingesetzten polnischen Arbeitnehmern auch um inländische Beschäftigungsverhältnisse mit den Angeklagten. Maßgeblich für ein solches ist grundsätzlich eine hier jeweils vorliegende im Inland ausgeübte Beschäftigung (§ 3 Nr. 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 und § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV). Sozialversicherungsrechtliche Ausnahmetatbestände greifen nicht ein. Die Voraussetzungen einer sog. Einstrahlung gemäß § 5 Abs. 1 SGB IV liegen nach den Feststellungen ersichtlich nicht vor. Es mangelt von vornherein an den dafür erforderlichen ausländischen Beschäftigungsverhältnissen, in deren Zuge die betreffenden Arbeitnehmer für eine zeitweilige Erbringung in das Inland entsandt werden.

15 Unionsrechtliche Entsendebescheinigungen (E-101, nunmehr A1) waren für keinen der von den Angeklagten beschäftigten Arbeitnehmer erteilt worden (UA S. 15).

16 d) Die zu den tatsächlichen Gegebenheiten getroffenen Feststellungen tragen ohne weiteres auch den vom Tatgericht gezogenen Schluss auf vorsätzliches Handeln der Angeklagten. Die für das Bestehen inländischer Beschäftigungsverhältnisse und der daraus resultierenden Abführungspflicht maßgeblichen Tatsachen waren ihnen sämtlich bekannt. Haben die an einem (sozialversicherungsrechtlichen) Beschäftigungsverhältnis Beteiligten wie hier eine vertragliche Gestaltung als Werkvertrag gewählt, handelt es sich aber aufgrund der relevanten tatsächlichen Gegebenheiten arbeits- und sozialrechtlich um ein Arbeitsverhältnis, kommt auf Seiten des vertraglichen „Auftraggebers“, der sich rechtlich als Arbeitgeber darstellt, allenfalls ein Verbotsirrtum (§ 17 StGB) in Betracht (BGH aaO), wenn diesem die tatsächlichen Verhältnisse bekannt sind (Wiedner in Graf/Jäger/Wittig, aaO, § 266a Rn. 80). Einen solchen Verbotsirrtum der Angeklagten hat das Tatgericht aber vorliegend auf der Grundlage einer rechtsfehlerfreien Beweiswürdigung ausgeschlossen (UA S. 49).

17 2. Das Tatgericht hat in den festgestellten Fällen im Sinne von § 8 SGB IV, § 249b SGB V; § 172 Abs. 3 SGB VI geringfügiger Beschäftigungen die Angeklagten zutreffend lediglich wegen des Nichtabführens der Arbeitgeberbeiträge gemäß § 266a Abs. 2 StGB verurteilt.

18 Soweit dagegen in den übrigen Fällen der unterbliebenen Abführung von Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträgen eine tateinheitliche Verurteilung aus § 266a Abs. 1 und Abs. 2 StGB erfolgt ist, bedurfte es der aus der Beschlussformel ersichtlichen Änderung der Schuldsprüche. Dazu hat der Generalbundesanwalt in seinen Antragsschriften ausgeführt:

„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 (Senat Beschluss vom 18. Mai 2010 - 1 StR 111/10). § 265 StPO steht nicht entgegen, da eine andere Verteidigung als geschehen nicht möglich ist.“

19 Dem folgt der Senat.

#### IV.

20 Die Revision bleibt auch hinsichtlich der Strafaussprüche ohne Erfolg.

21 Die für die zahlreichen Taten gemäß § 266a StGB verhängten Einzelstrafen sind im Hinblick auf die Höhe der in den jeweiligen Abführungszeiträumen nicht abgeführten Beiträge streng, lösen sich aber nicht von ihrer Funktion, gerechter Schuldausgleich zu sein.

22 Der Senat vermag auszuschließen, dass sich der mit der Einstellung des Verfahrens bezüglich des Verstoßes gegen § 11 Abs. 1 SchwarzArbG verbundene Wegfall der Einzelstrafen von jeweils acht Monaten auf die Höhe der Gesamtstrafen ausgewirkt hat. Das Tatgericht hat gegen den Angeklagten Sc. u.a. Einzelstrafen von sieben Mal neun Monaten, von vier Mal einem Jahr, von vier Mal einem Jahr und zwei Monaten, von sechs Mal einem Jahr und vier Monaten sowie von einem Jahr und sechs Monaten verhängt. Selbst ohne Berücksichtigung der in den verbleibenden 20 Fällen angeordneten kurzen Freiheitsstrafen zwischen einem und vier Monaten bestehen angesichts

der dargestellten Relationen keine Anhaltspunkte dafür, dass ohne Berücksichtigung der nunmehr weggefallenen Einzelstrafe eine niedrigere Gesamtstrafe gebildet worden wäre.

23 Gleiches gilt für den Angeklagten S. In die Gesamtstrafe hat das Tatgericht hier u.a. 15 Einzelstrafen von neun Monaten, neun Einzelstrafen von elf Monaten, zwei von einem Jahr und einem Monat sowie - als Einsatzstrafe - eine solche von einem Jahr und drei Monaten einbezogen. In den übrigen 36 Fällen sind ebenfalls durchgängig kurze Einzelfreiheitsstrafen angeordnet worden.

Wahl

Rothfuß

Graf

Radtke

Mosbacher