



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

1 StR 638/13

vom

16. April 2014

in der Strafsache

gegen

wegen Beihilfe zum Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom  
16. April 2014, an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof  
Dr. Raum,

die Richter am Bundesgerichtshof  
Dr. Wahl,  
Dr. Graf,  
die Richterin am Bundesgerichtshof  
Cirener  
und der Richter am Bundesgerichtshof  
Prof. Dr. Radtke,

Oberstaatsanwältin beim Bundesgerichtshof  
als Vertreterin der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt  
als Verteidiger,

Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Landshut vom 22. Juli 2013 im Strafausspruch mit den Feststellungen aufgehoben.
2. Die weitergehende Revision des Angeklagten wird verworfen.
3. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels des Angeklagten, an eine andere Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.
4. Die Revision der Staatsanwaltschaft gegen das vorbezeichnete Urteil wird verworfen.
5. Die Staatskasse hat die Kosten des Rechtsmittels der Staatsanwaltschaft und die dem Angeklagten insoweit entstandenen notwendigen Auslagen zu tragen.

Von Rechts wegen

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Beihilfe zur „Beitragsvor-enthaltung“ in 187 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr verurteilt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde.

2 Die auf mehrere Verfahrensrügen und die näher ausgeführte Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten bleibt zum Schuldspruch erfolglos, hat aber zum Strafausspruch Erfolg. Die auf die näher ausgeführte Sachrüge gestützte Revision der Staatsanwaltschaft zum Nachteil des Angeklagten ist auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkt. Sie bleibt erfolglos.

I.

3 Der Verurteilung liegt im Kern Folgendes zugrunde:

4 Der gesondert verfolgte Be. hat als Geschäftsführer einer GmbH (vgl. § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB) in 187 Fällen Sozialversicherungsbeiträge für Fahrer, die als Arbeitnehmer bei der GmbH beschäftigt waren, nicht bzw. nicht vollständig abgeführt. Hierdurch wurden den Sozialversicherungsträgern im Zeitraum Januar 2003 bis August 2006 Sozialversicherungsbeiträge in einem Umfang von 238.578,34 Euro vorenthalten. Der Angeklagte hat Be. hierbei in Kenntnis aller Umstände unterstützt. Im Jahr 2013 wurden durch eine von Be. vertretene GmbH 41.000 Euro auf die Beitragsrückstände gezahlt.

5 1. Im Einzelnen ist zu den (Haupt-)Taten Be. s Folgendes festgestellt:

6 Be. war im Tatzeitraum Geschäftsführer der W. Transportgesellschaft mbH (nachfolgend: W. GmbH). Diese hatte sich als Subunternehmerin gegenüber den Kurier-Express-Dienstleistern G.

GmbH & Co. OHG (nachfolgend: G. ) sowie P. GmbH (nachfolgend: P. ) zur Abholung und Auslieferung von Sendungen in einem bestimmten Gebiet verpflichtet. Die Verträge enthielten detaillierte Regelungen zur Durchführung der Transportaufträge - z.B. zum technischen Ablauf der Auslieferung und Abholung der Pakete, zu Auftreten und Kleidung der Fah-

rer sowie zur Beschriftung, Reinigung und Wartung der Fahrzeuge -, deren Einhaltung im Einverständnis mit Be. durch die Auftraggeber überwacht wurde.

7           Obwohl die W. GmbH nach dem Vertrag mit der G. ihrerseits keine Subunternehmer heranziehen durfte, schloss die W. GmbH mit zahlreichen Fahrern als Subunternehmerverträge bezeichnete Verträge ab. Um dies zu verschleiern, beschäftigte die W. GmbH die für G. tätigen Fahrer zusätzlich als Paketsortierer und meldete sie insoweit mit einem Bruttolohn von 600 Euro zur Sozialversicherung an. Darüber hinaus schloss Be. als Geschäftsführer einer weiteren GmbH - der B. GmbH (nachfolgend: B. GmbH) - mit allen Fahrern „Subunternehmerverträge“ ab. Auch dies diente der Verschleierung der wahren Verhältnisse. Die B. GmbH stand in keinen vertraglichen Beziehungen zu der G. und der P. . Die Fahrer erhielten als Gegenleistung für die Abholung und Auslieferung der Sendungen für die genannten Kurier-Express-Dienstleister Vergütungen scheinbar sowohl von der W. GmbH als auch von der B. GmbH. Gründe, die diese Aufteilung objektiv nachvollziehbar erscheinen lassen könnten, ergaben sich nicht.

8           2. Zu den Arbeitsabläufen ist Folgendes festgestellt:

9           Be. organisierte und koordinierte die Fahrer untereinander. Er teilte die übernommenen Einsatzgebiete in kleinere Zustellbezirke und wies den Fahrern jeweils eine feste Route zu. Zudem hielt er Springer vor, die bei Verhinderung oder Überlastung eines Fahrers zum Einsatz kamen. Neben dem Zustellgebiet bestimmte Be. Start- und Endpunkt der Tour sowie Arbeitsbeginn und Arbeitsende. Den Fahrern wurde in der Regel aufgrund von Kfz-Nutzungsverträgen gegen Entgelt ein Fahrzeug zur Verfügung gestellt. Während der

Fahrt mussten die Fahrer telefonisch sowohl für Be. als auch für die G. bzw. die P. erreichbar sein. Die Vorgaben von G. bzw. P.

zur Durchführung der Transportaufträge reichte Be. an die Fahrer weiter, Verstöße dagegen wurden mit Vertragsstrafen sanktioniert. Die Fahrer waren durch ihre Tätigkeit für die W. GmbH bzw. scheinbar die B. GmbH voll ausgelastet. Mit Ausnahme zweier Fahrer, die gelegentlich Kleinaufträge für Dritte ausführten, boten die Fahrer ihre Leistungen keinem Dritten an und bedienten keine weiteren Auftraggeber. Die Abrechnung mit den Fahrern erfolgte monatlich mittels Gutschriften mit Umsatzsteuerausweis der W. GmbH bzw. der B. GmbH in Abhängigkeit von der Anzahl der ausgelieferten und abgeholt Pakete bzw. der Anzahl der Stopps, wobei das für die Fahrzeugnutzung anfallende Entgelt sowie weitere Beträge - etwa für Vertragsstrafen - in Abzug gebracht wurden.

- 10 Nach Auffassung der Strafkammer handelte es sich bei den Fahrern nicht um selbständige Subunternehmer, sondern um abhängig beschäftigte Arbeitnehmer. Als Arbeitgeberin sei - trotz der weitgehenden Überlagerung des Vertragsverhältnisses durch die detaillierten Regelungen zur Durchführung der Transporte in den Verträgen mit G. bzw. P. - die W. GmbH anzusehen, die gegenüber G. und P. zur Durchführung der Transporte verpflichtet war. Der Schadensberechnung hat die Strafkammer die in den Gutschriften ausgewiesenen „Nettoumsätze“ (gemeint: ohne Umsatzsteuer) ohne Berücksichtigung der vorgenommenen Abzüge für die Fahrzeugnutzung, Vertragsstrafen u.a. zugrunde gelegt und diese gemäß § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV auf ein Bruttoentgelt hochgerechnet.

11                   3. Zu den Beihilfehandlungen durch den Angeklagten ist Folgendes fest-  
gestellt:

12                   Der Angeklagte stellte der W. GmbH bzw. der B. GmbH Büroräume  
in seinem Wohnhaus in F.                   zur Verfügung, von wo aus die Ge-  
schäfte geführt wurden. Während Be. das operative Geschäft übernahm,  
kümmerte sich der Angeklagte um die kaufmännischen Angelegenheiten. Er  
hielt sich täglich in den Büroräumen auf und war über alle Abläufe vor Ort in  
den Depots von G. und P.                   informiert. Be. stimmte sich mit dem  
Angeklagten ab und traf keine wichtigen Entscheidungen ohne dessen Zustim-  
mung. Der Angeklagte führte gemeinsam mit Be. die Vertragsverhandlungen  
mit G. und P.                   , sprach regelmäßig bei G. und P.                   vor  
und sorgte für die reibungslose Durchführung der Verträge. Außerdem verhan-  
delte er in Einzelfällen die Verträge mit den Fahrern. Bei Verhinderung Be. s  
übernahm er vollumfänglich dessen Aufgabengebiet und kümmerte sich auch  
um das operative Geschäft.

## II.

13                   Unbeschadet der Frage, ob eine Beihilfehandlung des Angeklagten  
rechtsfehlerfrei festgestellt ist, könnte das Urteil schon dann keinen Bestand  
haben, wenn die (Haupt-)Taten Be. s rechtlich fehlerhaft gewertet wären.  
Dies ist jedoch nicht der Fall.

14                   1. Die Strafkammer ist ohne Rechtsfehler davon ausgegangen, dass es  
sich bei der W. GmbH um eine Arbeitgeberin i.S.v. § 266a StGB handelte, zu  
der die Fahrer in einem sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis  
(vgl. § 7 Abs. 1 SGB IV) standen.

- 15 a) Wer 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. Das Bestehen eines solchen Beschäftigungsverhältnisses zum Arbeitgeber bestimmt sich dabei nach den tatsächlichen Gegebenheiten, die einer wertenden Gesamtbetrachtung zu unterziehen sind. 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. Die Vertragsparteien können aus einem nach den tatsächlichen Verhältnissen bestehenden Beschäftigungsverhältnis resultierende sozialversicherungsrechtliche Abführungspflichten nicht durch eine abweichende Vertragsgestaltung beseitigen (insgesamt st. Rspr. vgl. zusammenfassend zuletzt BGH, Beschluss vom 4. September 2013 - 1 StR 94/13, wistra 2014, 23 mwN).
- 16 b) An diesen Maßstäben gemessen hat die Strafkammer rechtsfehlerfrei das Bestehen sozialversicherungspflichtiger Beschäftigungsverhältnisse zwischen der W. GmbH und den Fahrern angenommen. Sie hat die betrieblichen Abläufe sowohl hinsichtlich der Durchführung der Transporte für die G. (UA S. 11 ff.) als auch für die P. (UA S. 18 ff.) im Einzelnen festgestellt und dabei insbesondere die betriebliche Arbeitsorganisation, das Bestehen von Weisungsrechten Be. s im Hinblick auf die detaillierten Regelungen zur Durchführung der Transporte in den Verträgen mit den Auftraggebern G. bzw. P. sowie das Fehlen weiterer Auftraggeber der Fahrer in Be-

dacht genommen. Sie hat in ihre Betrachtungen aber auch gegenläufige Gesichtspunkte einbezogen, nämlich dass die Vergütung der Fahrer aufgrund der Bemessung nach der Anzahl der Pakete bzw. Anzahl der Stopps monatlich variierte, die Fahrer die Kosten für die Nutzung der Fahrzeuge selbst trugen, die Fahrer die Reihenfolge der Auslieferung bzw. Abholung innerhalb der ihnen zugeteilten festen Route selbst bestimmen konnten und dass die Fahrer jeweils ein Gewerbe angemeldet und Umsatzsteuer abgeführt hatten. Die auf Grundlage der festgestellten tatsächlichen Gegebenheiten erfolgte Bewertung als sozialversicherungspflichtiges Arbeitsverhältnis ist nach alledem nicht zu beanstanden.

17 c) Der Senat hat erwogen, ob die Fahrer im Wege einer - dann ersichtlich unerlaubten - Arbeitnehmerüberlassung bei der G. und der P. tätig waren. Allerdings wäre die W. GmbH auch in diesem Fall Arbeitgeberin und der Angeklagte damit tauglicher Täter. Gemäß § 10 Abs. 1 i.V.m. § 9 Nr. 1 AÜG wäre ein Arbeitsverhältnis zwischen der G. bzw. der P. als Entleiherinnen und den Fahrern entstanden. Da jedoch die W. GmbH als Verleiherin das Entgelt an die Fahrer gezahlt hat, würde sie neben den Entleiherfirmen G. bzw. P. als Arbeitgeberin gelten und mit diesen als Gesamtschuldnerin haften soweit sich die Sozialversicherungsbeiträge auf das von ihr gezahlte Entgelt beziehen (vgl. § 28e Abs. 2 Sätze 3 und 4 SGB IV). Dies hätte allerdings gegebenenfalls Auswirkungen auf die Bestimmung der subjektiven Tatseite oder auch auf die Strafzumessung wegen der dann im Innenverhältnis möglicherweise primären Haftung der G. und der P. . Letztlich kann dies jedoch offen bleiben, weil kein Fall der Arbeitnehmerüberlassung vorliegt.

18 (1) Eine Überlassung zur Arbeitsleistung i.S.v. § 1 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 AÜG liegt vor, wenn einem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt wer-

den, die in dessen Betrieb eingegliedert sind und ihre Arbeit allein nach Weisungen des Entleihers und in dessen Interesse ausführen (vgl. BAG, Urteile vom 18. Januar 2012 - 7 AZR 723/10, EzA AÜG § 1 Nr. 14, und vom 6. August 2003 - 7 AZR 180/03, EzA AÜG § 1 Nr. 13).

19 Von der Arbeitnehmerüberlassung zu unterscheiden ist die Tätigkeit eines Arbeitnehmers bei einem Dritten aufgrund eines Werk- oder Dienstvertrags. In diesen Fällen wird der Unternehmer für einen anderen tätig. Der Unternehmer organisiert die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen und bleibt für die Erfüllung der in dem Vertrag vorgesehenen Dienste oder für die Herstellung des geschuldeten Werks gegenüber dem Drittunternehmen verantwortlich. Die zur Ausführung des Dienst- oder Werkvertrags eingesetzten Arbeitnehmer unterliegen den Weisungen des Unternehmers und sind dessen Erfüllungsgehilfen. Der Werkbesteller kann jedoch dem Werkunternehmer selbst oder dessen Erfüllungsgehilfen Anweisungen für die Ausführungen des Werks erteilen. Entsprechendes gilt für Dienstverträge. Über die rechtliche Einordnung eines Vertrags entscheidet der Geschäftsinhalt und nicht die von den Parteien gewünschte Rechtsfolge oder eine Bezeichnung, die dem Geschäftsinhalt tatsächlich nicht entspricht (vgl. BAG aaO).

20 (2) Gegenstand des Vertrages zwischen der W. GmbH und der G. bzw. der P. war die Auslieferung und Abholung von Sendungen in einem bestimmten Gebiet. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Strafkammer im Rahmen der auch hier gebotenen Gesamtbewertung - auch unter Berücksichtigung des genannten Inhalts der Verträge zwischen W. und den Express-Kurier-Dienstleistern und den Vorgaben zu deren Einhaltung - insbesondere im Hinblick auf die eigenständige Organisation der Touren und des Ein-

satzes der Fahrer von der Erteilung arbeitsrechtlicher Weisungen durch Be. und nicht durch G. bzw. P. ausgegangen ist.

21 (3) Die in diesem Zusammenhang erhobene Verfahrensrüge, der Beweis-  
antrag auf Vernehmung von Wa. zum Beweis der Tatsache,  
dass G. die Arbeitsbedingungen bestimmt und umfassend kontrolliert habe,  
sei rechtsfehlerhaft als völlig ungeeignetes Beweismittel abgelehnt worden,  
bleibt aus den vom Generalbundesanwalt schon in der Antragschrift vom  
3. Dezember 2013 zutreffend dargelegten Gründen ohne Erfolg.

22 d) Die Annahme der Strafkammer, Be. habe zumindest billigend in  
Kauf genommen, dass es sich bei den Fahrern auch hinsichtlich der Ausliefe-  
rung der Pakete um Arbeitnehmer handelte, so dass diese mit ihrem Gesamt-  
entgelt gegenüber den Sozialversicherungsträgern anzumelden und entspre-  
chend Sozialversicherungsbeiträge abzuführen waren, wird von den Feststel-  
lungen getragen.

23 2. Die Strafkammer hat rechtsfehlerfrei eine Beihilfe des Angeklagten zu  
den (Haupt-)Taten Be. s festgestellt.

24 a) Die Verfahrensrüge, das Konfrontationsrecht des Angeklagten aus  
Art. 6 Abs. 3 Buchst. d MRK sei verletzt, bleibt ohne Erfolg.

25 (1) Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

26 Eine Vernehmung des nicht rechtskräftig abgeurteilten Be. war nicht  
möglich, nachdem dieser sich auf sein umfassendes Auskunftsverweigerungs-  
recht nach § 55 StPO berufen hatte. Die Strafkammer hat die Aussagen, die er  
in seiner eigenen Hauptverhandlung gemacht hatte, durch Vernehmung der  
damaligen Sitzungsvertreterin der Staatsanwaltschaft festgestellt und hinsicht-

lich der Tätigkeit des Angeklagten zu dessen Nachteil in ihre Erwägungen einbezogen.

27 (2) Der Vortrag der Revision, der Angeklagte habe Be. nicht befragen können, trifft zwar zu, kann hier aber den Bestand des Urteils nicht gefährden. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Strafkammer die den Angeklagten belastenden Angaben Be. s im Rahmen der Beweiswürdigung verwertet hat.

28 Zwar hat der Angeklagte als besondere Ausformung des Grundsatzes der Verfahrensfairness ein Recht, Belastungszeugen unmittelbar zu befragen oder befragen zu lassen. Belastungszeuge in diesem Sinn kann auch der (frühere) Mitangeklagte sein, der in dem gegen ihn gerichteten Verfahren als Angeklagter Angaben gemacht hat (vgl. BGH, Beschluss vom 22. Juni 2005 - 2 StR 4/05, NStZ-RR 2005, 321). Wenn ein Belastungszeuge nur außerhalb der Hauptverhandlung vernommen worden ist, muss dem Beschuldigten dieses Recht zur konfrontativen Befragung entweder bei der Vernehmung oder zu einem späteren Zeitpunkt eingeräumt werden (vgl. BVerfG, Beschluss vom 8. Oktober 2009 - 2 BvR 547/08, NJW 2010, 925; BGH, Beschluss vom 17. März 2010 - 2 StR 397/09, BGHSt 55, 70, 74 jeweils mwN). Die konfrontative Befragung Be. s war dem Angeklagten nicht möglich, da dieser von seinem Auskunftsverweigerungsrecht gemäß § 55 StPO Gebrauch gemacht hat (UA S. 74). Dass die Sitzungsvertreterin der Staatsanwaltschaft als mittelbare Zeugin befragt werden konnte, reicht zur Wahrung des Konfrontationsrechts nicht aus (vgl. BGH, Beschluss vom 22. Juni 2005 - 2 StR 4/05, NStZ-RR 2005, 321).

29 Der Ausschluss des Befragungsrechts führt hier jedoch nicht zur Unverwertbarkeit der belastenden Aussage, da das Verfahren in seiner Gesamtheit einschließlich der Art und Weise der Beweiserhebung und -würdigung den Ge-

boten der Verfahrensfairness genügt (BVerfG, Beschluss vom 8. Oktober 2009 - 2 BvR 547/08, NJW 2010, 925, 926; BGH, Beschluss vom 17. März 2010 - 2 StR 397/09, BGHSt 55, 70, 74 f. jeweils mwN). Der Umstand, dass der Angeklagte keine Möglichkeit zur konfrontativen Befragung des Zeugen hatte, ist der Justiz nicht zuzurechnen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 8. Oktober 2009 - 2 BvR 547/08, NJW 2010, 925, 926; BGH, Beschluss vom 29. November 2006 - 1 StR 493/06, BGHSt 51, 150, 155). Den Bemühungen der Strafkammer um eine Sicherstellung des Konfrontationsrechts waren im Hinblick auf den Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit von vornherein Grenzen gesetzt, da Be. von seinem Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StPO Gebrauch gemacht hat (vgl. auch BGH, Beschluss vom 9. Juni 2009 - 4 StR 461/08, NStZ 2009, 581; EGMR, Urteil vom 19. Juli 2012 - 29881/07, JR 2013, 170; Meyer-Goßner, StPO, 57. Aufl., Art. 6 MRK Rn. 22c). Die Strafkammer hat zudem im Rahmen der Beweiswürdigung hinreichend berücksichtigt, dass Be. vom Angeklagten nicht befragt werden konnte (vgl. BVerfG, Beschluss vom 8. Oktober 2009 - 2 BvR 547/08, NJW 2010, 925, 926; BGH, Urteil vom 25. Juli 2000 - 1 StR 169/00, BGHSt 46, 93, 104 f.). Die Strafkammer, die sich ersichtlich bewusst war, dass die Angaben Be. s in dem gegen ihn gerichteten Verfahren nur über die damalige Sitzungsvertreterin der Staatsanwaltschaft in die Hauptverhandlung eingeführt wurden, hat seine Aussage einer umfassenden Beweiswürdigung unterzogen (UA S. 97 f.). Die Feststellungen zu der Aufgabenverteilung zwischen dem Angeklagten und Be. stützt die Kammer dabei nicht nur auf die Angaben Be. s, sondern auch auf die Angaben weiterer Zeugen sowie die in die Hauptverhandlung eingeführten Urkunden.

30

b) Sachlich-rechtlich ist die Bewertung des festgestellten Verhaltens des Angeklagten als vorsätzliche Beihilfe zu den (Haupt-)Taten Be. s nicht zu beanstanden ohne dass dies näherer Ausführungen bedürfte.

III.

31 Dagegen war der Strafausspruch auf die Revision des Angeklagten auf-  
zuheben. Die Strafkammer hat den Schuldumfang der (Haupt-)Taten, zu denen  
der Angeklagte Beihilfe geleistet hat, nicht rechtsfehlerfrei bestimmt.

32 1. Allerdings bleiben sämtliche hierauf bezogene Verfahrensrügen erfolg-  
los.

33 a) Die Rüge der Verletzung von § 393 Abs. 2 AO greift nicht durch.

34 Der Rüge liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

35 Im Rahmen einer Außenprüfung des zuständigen Finanzamts bei der  
B. GmbH wurden Kontrollmitteilungen über an Kurierfahrer gezahlte Vergü-  
tungen erstellt. Die Strafkammer hat die Außenprüferin Gr. als Zeugin  
vernommen und die Kontrollmitteilungen im Selbstleseverfahren in die Haupt-  
verhandlung eingeführt. Sowohl die Aussage der Zeugin als auch den Inhalt der  
Urkunden hat sie für die Feststellung der an die Fahrer gezahlten Beträge her-  
angezogen, die die Grundlage der Schadensberechnung bilden. Der Angeklag-  
te hatte der Verwertung der Kontrollmitteilungen sowie der Zeugeneinvernahme  
der Außenprüferin widersprochen. Die Strafkammer hat den Widerspruch mit  
der Begründung zurückgewiesen, eine Verwendung sei nicht durch § 393 Abs.  
2 AO ausgeschlossen, da der Angeklagte nicht an der gegen die B. GmbH  
gerichteten Außenprüfung beteiligt gewesen sei und insbesondere keine Anga-  
ben gegenüber den Steuerbehörden gemacht habe.

36 Grundlage von im Rahmen einer Außenprüfung (§ 193 AO) gefertigten  
Kontrollmitteilungen sind regelmäßig Unterlagen, die aufgrund gesetzlicher,  
nicht ausschließlich der Sicherstellung der Besteuerung dienender Aufzeich-  
nungspflichten (z.B. Buchführungspflicht gemäß § 140 AO i.V.m. § 238 HGB)

erstellt und in Erfüllung der Mitwirkungspflichten aus § 200 AO vorgelegt werden. Solche gesetzlichen Aufzeichnungs- und Vorlagepflichten betreffen den Kernbereich der grundgesetzlich gewährleisteten Selbstbelastungsfreiheit auch dann nicht, wenn die zu erstellenden oder vorzulegenden Unterlagen auch zur Ahndung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten verwendet werden dürfen (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 27. April 2010 - 2 BvL 13/07, wistra 2010, 341 [zu § 393 Abs. 2 AO], vom 22. Oktober 1980 - 2 BvR 1172/79, 2 BvR 1238/79, BVerfGE 55, 144, und vom 7. Dezember 1991 - 2 BvR 1172/81, NJW 1982, 568). Eine Tatsachengrundlage dafür, dass der Inhalt der Kontrollmitteilungen hier ausnahmsweise auf Angaben Be. s als gesetzlichem Vertreter der B. GmbH, die dieser im Rahmen der Außenprüfung gemacht hat, und damit auf von ihm offenbarten Tatsachen beruhen, hat die Revision nicht vorgetragen. Ebenso wenig lässt sich ihrem Vortrag entnehmen, welche konkreten Tatsachen auf den Angaben Be. s beruhen. Anhaltspunkte dafür ergeben sich weder aus den Urteilsgründen, wonach die Betriebsprüferin Gr. die Kontrollmitteilungen auf Grundlage der in der Buchhaltung der B. GmbH vorhandenen Gutschriften und Belege erstellt hat, noch aus sonstigen Umständen.

37                    b) Auch die Rüge, die Strafkammer habe den Beweisantrag vom 21. Mai 2013 auf Neuberechnung der durch die Firmen W. und B. abzuführenden Sozialversicherungsbeiträge anhand der tatsächlich an die Fahrer ausgezahlten Beträge unter Verstoß gegen § 244 Abs. 3 StPO zu Unrecht abgelehnt, greift nicht durch. Die Strafkammer hat den Antrag zu Recht mit der Begründung abgelehnt, es seien keine Tatsachen unter Beweis gestellt worden.

38                    Bei dem Antrag handelt es sich nämlich weder um einen Beweisantrag, der nur unter den in § 244 Abs. 3 bis 5 StPO genannten Voraussetzungen abgelehnt werden könnte, noch um einen nach Maßgabe von § 244 Abs. 2 StPO zu bescheidenden Beweisermittlungsantrag. Er ist vielmehr auf eine abwei-

chende rechtliche Würdigung bereits bekannter Tatsachen - nämlich den Inhalt der an die Fahrer gerichteten Gutschriften und den sich daraus ergebenden Abzügen für Fahrzeugnutzung u.a. - gerichtet und betrifft damit eine von der Strafkammer zu entscheidende Rechtsfrage.

39           c) Die Verfahrensrüge, mit der die Ablehnung des Beweisantrags auf Vernehmung eines Zeugen zur fiktiven Höhe der Vergütung eines angestellten Paketfahrers als bedeutungslos beanstandet wird, bleibt aus den vom Generalbundesanwalt auch schon in der Antragsschrift vom 3. Dezember 2013 zutreffend dargelegten Gründen ohne Erfolg.

40           2. Jedoch erweist sich die Berechnung der vorenthaltenen Sozialversicherungsbeiträge als rechtsfehlerhaft.

41           a) Allerdings ist die Strafkammer entgegen der Auffassung der Revision zutreffend davon ausgegangen, dass „illegale Beschäftigungsverhältnisse“ i.S.v. § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV vorlagen und eine Hochrechnung auf ein Bruttoentgelt vorzunehmen war. Die Urteilsfeststellungen ergeben nämlich objektiv eine Verletzung von zentralen arbeitgeberbezogenen Pflichten des Sozialversicherungsrechts durch die Nichtzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen (vgl. § 28d, 28e SGB IV) und die Verletzung von Meldepflichten (vgl. § 28a SGB IV) sowie subjektiv einen auf die Verletzung dieser Arbeitgeberpflichten gerichteten (bedingten) Vorsatz (vgl. zu den Voraussetzungen der Annahme eines illegalen Beschäftigungsverhältnisses BSG, Urteil vom 9. November 2011 - B 12 R 18/09 R, BSGE 109, 254).

42           b) Die konkrete Bemessungsgrundlage für die Hochrechnung hat die Strafkammer aber nicht rechtsfehlerfrei bestimmt.

- 43 Grundlage der Beitragsbemessung ist das Arbeitsentgelt aus der versicherungspflichtigen Tätigkeit (vgl. §§ 223, 226 SGB V, §§ 161, 162 SGB VI, §§ 341, 342 SGB III sowie §§ 54, 57 SGB XI). Arbeitsentgelt sind nach § 14 Abs. 1 Satz 1 SGB IV alle laufenden oder einmaligen Einnahmen aus einer Beschäftigung, gleichgültig, ob ein Rechtsanspruch auf die Einnahmen besteht, unter welcher Bezeichnung oder in welcher Form sie geleistet werden und ob sie unmittelbar aus der Beschäftigung oder im Zusammenhang mit ihr erzielt werden.
- 44 Auf dieser Grundlage ist die Strafkammer zutreffend davon ausgegangen, dass die von der W. GmbH an die Fahrer ausgezahlte und von diesen abgeführte Umsatzsteuer nicht Teil des Arbeitsentgelts ist, da diese zu keiner spürbaren, nachhaltigen Bereicherung bei den Fahrern geführt hat (Werner in jurisPK-SGB IV, 2. Aufl., § 14 Rn. 45, 46).
- 45 Es ist auch nicht zu beanstanden, dass die Strafkammer die Abzüge für Vertragsstrafen bei der Ermittlung des Arbeitsentgelts unberücksichtigt gelassen hat. Die Entstehung der Beitragspflicht hängt nicht davon ab, ob das geschuldete Arbeitsentgelt gezahlt und dem Arbeitnehmer zugeflossen ist. Gegenforderungen eines Arbeitsgebers können unabhängig von der Art ihrer Ausgestaltung im Einzelnen nicht dazu führen, dass ein Arbeitnehmer zwar arbeitet und dabei uneingeschränkt versichert ist, der hierfür der Versichertengemeinschaft zustehende Anspruch sich aber (im Extremfall auf Null) reduziert (vgl. näher dazu BSG, Urteil vom 21. Mai 1996 - 12 RK 64/94, BSGE 78, 224; Roßbach in Kreikebohm, Sozialrecht, 3. Aufl., § 22 SGB IV Rn. 4, 5).
- 46 Die Auffassung der Strafkammer, dass auch die Beträge, die für die Überlassung der Fahrzeuge und sonstige Fahrzeugkosten in Abzug gebracht wurden, Teil des Arbeitsentgelts sind, beruht dagegen auf einer lückenhaften

Beweiswürdigung. Es liegt nahe und wäre daher zu erörtern gewesen, dass die gewählte vertragliche Konstruktion - Abschluss eines „Subunternehmervertrages“ einerseits, Abschluss eines gesonderten Kfz-Nutzungsvertrages andererseits - hier der Verschleierung des Bestehens eines sozialversicherungspflichtigen Arbeitsverhältnisses diene. Wäre hiervon auszugehen, wäre zwischen der W. GmbH und den Fahrern lediglich ein Entgelt in Höhe der um die Fahrzeugnutzung und die Kosten für den Erhalt des Fahrzeugs gekürzten Beträge vereinbart gewesen.

- 47                    3. Die rechtsfehlerhafte Bemessung der Höhe der vorenthaltenen Sozialversicherungsbeiträge und damit des Schuldumfangs zieht die Aufhebung des Strafausspruchs mit den zugehörigen Feststellungen nach sich.

#### IV.

- 48                    Die auch vom Generalbundesanwalt nicht vertretene Revision der Staatsanwaltschaft bleibt ohne Erfolg.

- 49                    Das Vorbringen der Staatsanwaltschaft beschränkt sich im Kern letztlich auf die Darlegung, die zur Bewährung ausgesetzte Freiheitsstrafe von einem Jahr sei nicht tat- und schuldangemessen; die Strafkammer habe den Strafmilderungsgründen zu hohes Gewicht beigemessen. Insoweit handelt es sich lediglich um den revisionsrechtlich unbeachtlichen Versuch, rechtsfehlerfreie tatrichterliche Strafzumessungserwägungen durch eigene zu ersetzen. Darüber hinaus macht die Staatsanwaltschaft geltend, die Strafkammer habe nicht zugunsten des Angeklagten berücksichtigen dürfen, dass Be. über eine von ihm vertretene GmbH einen Teil des Schadens in Höhe von 41.000 Euro wiedergutmacht hat. Dies trifft nicht zu. Wie auch der Generalbundesanwalt zu-

treffend ausgeführt hat, ist die strafmildernde Berücksichtigung der Schadenswiedergutmachung durch den Haupttäter - der die Strafkammer ohnehin „kein hohes Gewicht“ beigemessen hat - unter dem Gesichtspunkt der Verringerung der verschuldeten Auswirkung der Tat nicht zu beanstanden.

RiBGH Dr. Graf ist im Urlaub und deshalb an der Unterschriftsleistung gehindert.

Raum

Wahl

Raum

Cirener

Radtke