



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

2 StR 50/17

vom
25. Oktober 2017
in der Strafsache
gegen

wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt u.a.

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und des Beschwerdeführers am 25. Oktober 2017 gemäß § 349 Abs. 4 StPO beschlossen:

Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 27. September 2016 aufgehoben.

Die Sache wird 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 „Beschäftigung von Ausländern ohne Genehmigung oder ohne Aufenthaltstitel und zu ungünstigen Arbeitsbedingungen in zehn Fällen“ sowie wegen Vorenthaltens und Veruntreuung von Arbeitsentgelt in 15 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von acht Monaten verurteilt, die Vollstreckung dieser Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt und eine Kompensationsentscheidung getroffen.
- 2 Die dagegen gerichtete, form- und fristgerecht erhobene und auf die Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten hat Erfolg.

3 I. Tatkomplex 1:

4 1. Nach den Feststellungen des Landgerichts war der Angeklagte im ver-
fahrensgegenständlichen Zeitraum (Mit-) Geschäftsführer der A.
GmbH (künftig: A. GmbH), deren
Geschäftsfeld die „Bereitstellung von Reinigungskräften für Hotels“ im gesam-
ten Bundesgebiet war. Die A. GmbH litt unter Arbeitskräftemangel. Nach-
dem die Verhandlungen mit der Arbeitsagentur über die Erteilung von Arbeitser-
laubnissen für Reinigungskräfte gescheitert waren, kam der gesondert abgeur-
teilte Mitgeschäftsführer A. V. auf die Idee, ausländische Reinigungskräfte
als (Schein-)Selbstständige zu beschäftigen. Im Zeitraum zwischen Januar
2007 und Dezember 2009 beschäftigte die A. GmbH für jeweils unter-
schiedliche Zeiträume insgesamt zehn Arbeitnehmerinnen aus Polen, Rumäni-
en und Bulgarien als vermeintlich Selbstständige und meldete diese nicht zur
Sozialversicherung an. Weil ihnen dadurch „jeglicher Schutz in der Renten-,
Arbeitslosen-, Unfall-, Kranken- und Pflegeversicherung sowie arbeitsrechtlicher
Schutz betreffend Ansprüche auf gesetzlichen Mindestlohn, Urlaub oder Lohn-
fortzahlung im Krankheitsfall“ fehle, ist das Landgericht zu der Auffassung ge-
langt, dass ihre Arbeitsbedingungen in einem „auffälligen Missverhältnis zu den
Arbeitsbedingungen deutscher Arbeitnehmer“ stünden und der Straftatbestand
des § 10 Abs. 1 SchwarzArbG erfüllt sei.

5 2. Das Landgericht hat zwar seine Annahme, dass der Angeklagte in den
verfahrensgegenständlichen zehn Fällen jeweils Arbeitskräfte aus Polen, Bulga-
rien und Rumänien angeworben hat und diese ohne die damals noch erforderli-
che Arbeitsgenehmigung als Arbeitnehmerinnen beschäftigte, tragfähig belegt.
Es fehlt jedoch an Feststellungen und Beweiserwägungen dazu, dass der An-
geklagte sie in den verfahrensgegenständlichen Fällen zu Arbeitsbedingungen

beschäftigte, die in einem auffälligen Missverhältnis zu den Arbeitsbedingungen deutscher Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen stehen.

6 a) Der Straftatbestand des § 10 Abs. 1 SchwarzArbG erfordert in objektiver Hinsicht, dass der Täter vorsätzlich „eine in § 404 Abs. 2 Nr. 3 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch bezeichnete Handlung begeht“ – also einen Ausländer ohne erforderliche Arbeitsgenehmigung beschäftigt, und dass dies zu Arbeitsbedingungen geschieht, die in einem auffälligen Missverhältnis zu den Arbeitsbedingungen deutscher Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen stehen, welche die gleiche oder eine vergleichbare Tätigkeit ausüben.

7 aa) Ein auffälliges Missverhältnis im Sinne dieser Vorschrift liegt vor, wenn die Arbeitsbedingungen des ausländischen Arbeitnehmers oder der ausländischen Arbeitnehmerin so beträchtlich schlechter sind als die Arbeitsbedingungen vergleichbarer deutscher Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, dass für einen mit den Gepflogenheiten der jeweiligen Branche vertrauten Dritten ein augenfälliger Unterschied besteht. Erforderlich ist danach zunächst, dass die Arbeitsbedingungen des ausländischen Arbeitnehmers „nicht nur unerheblich negativ von denjenigen der Vergleichsgruppe abweichen (Mosbacher, in: Ignor/Mosbacher, Handbuch Arbeitsstrafrecht, 3. Aufl., § 4 Rn. 143). Die bestehende Diskrepanz von Leistung und Gegenleistung hinsichtlich des ausländischen Arbeitnehmers im Vergleich zu dem deutschen Arbeitnehmer muss darüber hinaus auffällig, also offensichtlich sein (vgl. Fuchs/Hinderer, in: Leiter/Rosenau, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2017, § 10 SchwarzArbG Rn. 10). Die Feststellung eines auffälligen Missverhältnisses der Arbeitsbedingungen im Sinne des § 10 Abs. 1 SchwarzArbG erfordert in der Regel eine Gesamtschau aller Arbeitsbedingungen wie Lohn, Urlaub, soziale Absicherung, Schutz vor Arbeitsunfällen und Kündigung (vgl. Henzler, in: Müller-Gugenberger, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl., § 37 Rn. 116; Kraft/Adamski

NZBau 2011, 321, 323, im Grundsatz auch Ambs in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 217. EL, § 10 SchwarzArbG Rn. 8).

- 8 bb) Die Feststellung, dass der Arbeitgeber den ausländischen Arbeitnehmer nicht zur Sozialversicherung angemeldet hat, genügt für sich genommen nicht, um die Annahme eines auffälligen Missverhältnisses der Arbeitsbedingungen im Sinne der genannten Vorschrift tragfähig zu belegen (vgl. OLG Frankfurt, NStZ-RR 2005, 184; Fuchs/Hinderer, aaO, Rn. 10; Horrer in: Bross, Handbuch Arbeitsstrafrecht, § 10 SchwarzArbG Rn. 50; vgl. auch Mosbacher, in: Ignor/Mosbacher, Handbuch Arbeitsstrafrecht, 3. Aufl. § 4, Rn. 143; ders. in: Achenbach/Ransiek, Handbuch des Wirtschaftsstrafrechts, 2012, S. 1518, 1519; MüKoStGB, 2. Aufl., § 10 SchwarzArbG Rn. 22; ders. in: Graf/Jäger/Wittig, SchwarzArbG, 2. Aufl., § 15a AÜG Rn. 24). Der Gesetzeswortlaut des § 10 Abs. 1 SchwarzArbG ist eindeutig und spricht dafür, dass die Feststellung des Tatbestandsmerkmals eine Gesamtschau der Arbeitsbedingungen des ausländischen Arbeitnehmers erfordert und diese in Beziehung zu den Arbeitsbedingungen einer Vergleichsgruppe deutscher Arbeitnehmer zu setzen ist (ebenso Mosbacher, in: Ignor/Mosbacher, aaO Rn. 144; Horrer in: Bross, Handbuch Arbeitsstrafrecht 2017, § 10 SchwarzArbG Rn. 50).
- 9 Für eine Auslegung des Tatbestandsmerkmals dahin, dass schon die Nichtanmeldung zur Sozialversicherung genügen kann, um ein auffälliges Missverhältnis zu begründen (in diesem Sinne Henzler, in: Müller-Gugenberger Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2015, § 37 Rn. 117; Ambs in: Erbs/Kohlhaas, 217. EL, § 10 SchwarzArbG Rn. 8; Fehn, in: Fehn, Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz, §§ 10, 11 Rn. 4; Gercke, in: Gercke/Kraft/Richter Arbeitsstrafrecht, 2. Aufl., S. 132 Rn. 307; Brenner, Die strafrechtliche Bekämpfung der Schwarzarbeit unter besonderer Berücksichtigung wirtschaftlicher Aspekte, 2008, S. 207; Brüssow/Petri Arbeitsstrafrecht, 2. Aufl., IX. Schwarzarbeitsgesetz,

Rn. 249) kann angesichts des klaren Gesetzeswortlauts auch nicht der Schutzzweck der Norm angeführt werden. Sie dient mit ihrem doppelten Gewährleistungsgehalt neben dem Schutz des inländischen Arbeitsmarktes vor nachteiligen Auswirkungen durch eine unkontrollierte Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer auch dem Schutz des betroffenen Ausländers, der davor geschützt werden soll, sich zur Wahrung seiner sozialen Rechte nicht an die dafür zuständigen Institutionen und Behörden wenden zu können (vgl. OLG Frankfurt, NStZ-RR 2005, 184, 185).

10 Hinzu tritt, dass trotz Nichtanmeldung des ausländischen Arbeitnehmers zur Sozialversicherung, welche den Tatbestand des § 266a StGB erfüllt, die Mitgliedschaft in der Sozialversicherung mit der Aufnahme des abhängigen Beschäftigungsverhältnisses kraft Gesetzes entsteht (vgl. etwa § 5 SGB V i.V.m. § 186 Abs. 1 SGB V). Die infolge der Nichtanmeldung entstehenden Nachteile liegen daher in erster Linie in der Schwierigkeit des Nachweises, dass ein Beschäftigungsverhältnis besteht (vgl. Henzler, aaO; Ambs in: Erbs/Kohlhaas § 10 SchwarzArbG Rn. 8); dieser zweifellos negative Umstand kann jedoch – insbesondere in Fällen kürzerer Beschäftigungszeiten über nur wenige Wochen oder Monate – durch andere Faktoren, etwa durch eine höhere Vergütung, ausgeglichen werden.

11 Die Annahme eines auffälligen Missverhältnisses im Sinne der genannten Vorschrift kann sonach regelmäßig nicht ausschließlich unter Verweis auf die – im Übrigen regelmäßig den Tatbestand des § 266a StGB erfüllende – Nichtanmeldung des ausländischen Arbeitnehmers begründet werden; erforderlich ist stets eine Gesamtwürdigung aller Umstände.

12 b) Hieran fehlt es. Feststellungen zu den konkreten Arbeitsbedingungen, insbesondere zur Höhe der Vergütung der zehn Beschäftigten, hat das Landgericht nicht getroffen. Den Urteilsgründen kann lediglich die Dauer der jeweiligen Beschäftigungen entnommen werden, die in den Fällen 3 (Fall 30), 4 (Fall 53), 6 (Fall 111) und 7 (Fall 138) jeweils nur wenige Wochen betragen. Damit ist der objektive Tatbestand des § 10 Abs. 1 SchwarzArbG nicht tragfähig belegt.

13 II. Tatkomplex 2:

14 Die Schuldsprüche im Tatkomplex 2 der Urteilsgründe wegen Vorenthal-
tens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt in 15 Fällen halten einer rechtlichen
Überprüfung nicht stand. Die Feststellungen sind sowohl zur Arbeitnehmerei-
genschaft der zahlreichen Beschäftigten sowie zu den Berechnungsgrundlagen
lückenhaft und versetzen das Revisionsgericht nicht in die Lage, den Umfang
der bestehenden Beitragspflicht sowie die Berechnung des sozialversiche-
rungspflichtigen Entgelts nachzuvollziehen.

15 1. Dem Tatgericht obliegt es, Feststellungen zur Arbeitgebereigenschaft
des Angeklagten zu treffen sowie die geschuldeten Beiträge – für die jeweiligen
Fälligkeitszeitpunkte gesondert – nach Anzahl, Beschäftigungszeiten, Löhnen
der Arbeitnehmer und der Höhe des Beitragssatzes der örtlich zuständigen
Krankenkasse festzustellen, um eine revisionsgerichtliche Nachprüfung zu er-
möglichen (st. Rspr., vgl. nur BGH, Beschluss vom 24. August 2017 – 1 StR
625/16 mwN).

16 a) Ob eine Person Arbeitgeber im Sinne von § 266a Abs. 1 oder Abs. 2
StGB ist, richtet sich nach dem Sozialversicherungsrecht, das seinerseits an
das Arbeitsrecht anknüpft (BGH, Beschluss vom 7. Dezember 2016 – 1 StR

185/16, NStZ 2017, 354, 355; Fischer StGB, 65. Aufl., § 266a Rn. 4 mwN). Arbeitgeber ist danach derjenige, demgegenüber der Arbeitnehmer zur Erbringung von Arbeitsleistungen verpflichtet ist und zu dem er in einem persönlichen Abhängigkeitsverhältnis steht (vgl. näher BGH, Beschluss vom 7. Dezember 2016 – 1 StR 185/16, NStZ 2017, 354, 355; Beschluss vom 24. Juni 2015 – 1 StR 76/15, NStZ 2015, 648, 649). Grundsätzlich ist der Wille der Vertragsparteien zwar ausschlaggebend, eine nach den maßgeblichen tatsächlichen Gegebenheiten bestehende Sozialversicherungspflicht können die Beteiligten jedoch nicht durch eine abweichende Vertragsgestaltung umgehen. Maßgeblich ist eine abwägende Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände (BGH, aaO).

17 b) Die geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge werden auf der Grundlage des Arbeitsentgelts nach den Beitragssätzen der jeweiligen Krankenkassen sowie den gesetzlich geregelten Beitragssätzen der Renten-, Arbeitslosen- und Pflegeversicherung berechnet (BGH, Urteil vom 11. August 2010 – 1 StR 199/10, NStZ-RR 2010, 376). Falls solche Feststellungen im Einzelfall nicht möglich sind, kann die Höhe der vorenthaltenen Beiträge auf Grundlage der tatsächlichen Umstände geschätzt werden. Die Grundsätze, die in der Rechtsprechung bei Taten nach § 370 AO für die Darlegung der Berechnungsgrundlagen der verkürzten Steuern entwickelt wurden, gelten insoweit entsprechend (BGH, Beschluss vom 20. April 2016 – 1 StR 1/16, NStZ 2017, 352).

18 2. Den sonach bestehenden Darlegungsanforderungen wird das angegriffene Urteil nicht gerecht.

19 a) Zwar wird die Arbeitgebereigenschaft des Angeklagten im Hinblick auf die im Tatkomplex 1 aufgeführten zehn Arbeitnehmerinnen tragfähig belegt. Es fehlt jedoch an Ausführungen dazu, ob dies auch für die im Tatkomplex 2 aufgeführten weiteren Beschäftigten gilt.

20 b) Auch die Höhe der geschuldeten Beiträge ist in den Urteilsgründen nicht nachvollziehbar dargelegt. Zwar ist die Höhe der Beitragssätze der örtlich zuständigen Krankenkasse für die jeweiligen Tatzeiträume festgestellt. Ohne nähere Feststellungen und beweiswürdigende Darlegungen wird jedoch nur behauptet und nicht nachvollziehbar belegt, dass neben den im Tatkomplex 1 aufgeführten zehn Arbeitnehmerinnen „zahlreiche[n] weitere[n]“ Arbeitnehmer[n] – insgesamt möglicherweise 260 Arbeitnehmer – der A. GmbH als angeblich Selbstständige beschäftigt und jeweils monatliche Abrechnungen über die von ihnen erbrachten Dienstleistungen erstellt worden seien. Darüber hinaus ist festgehalten, dass nach der Durchsuchung der Geschäftsräume und Sicherstellung der Geschäftsunterlagen „für 260 Arbeitnehmer Stundenaufzeichnungen und Lohnunterlagen für die Monate September 2005 bis März 2010 festgestellt“ und – darauf gestützt – eine Schadensberechnung vorgenommen worden sei. Hiervon ausgehend hat das Landgericht unter Zugrundelegung der Angaben der zuständigen Zollfahnderin, deren Aussage in den Urteilsgründen nicht – auch nicht gedrängt – wiedergegeben wird, die von dieser ermittelten Zahlungen an die (Schein-)Selbstständigen als Nettolohnzahlungen gewertet und für die Monate Januar 2007 bis April 2007 sowie Dezember 2008 bis Oktober 2009 Arbeitsentgelte für eine nicht exakt bestimmte Zahl von Arbeitnehmern und darauf bezogen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung zwischen 4.300 EUR und 16.000 EUR errechnet, ohne dass diese Berechnung für den Senat nachvollziehbar wäre.

21 Darüber hinaus erscheinen die Feststellungen zu den Taten 14 und 15 – die Beitragsmonate September 2009 und Oktober 2009 betreffend – unklar. Denn insoweit ist in den Urteilsgründen festgehalten, dass die A. GmbH nach einer durch das Hauptzollamt D. am 31. August 2009 erfolgten Überprüfung „zahlreiche Arbeitnehmer zur Sozialversicherung gemeldet [habe] und [...] befristete Arbeitserlaubnisse erteilt“ worden seien (vgl. UA S. 14). An anderer Stelle ist in den Urteilsgründen festgehalten, dass der A. GmbH von der Arbeitsagentur Arbeitserlaubnisse für die zumeist polnischen Arbeitnehmer erteilt und daraufhin „ab September 2009 fast alle zu diesem Zeitpunkt beschäftigten (Schein)-Selbstständigen zur Sozialversicherung angemeldet worden“ seien (vgl. UA S. 16). Vor diesem Hintergrund erschließt sich nicht, ob tatsächlich in den genannten Beitragsmonaten Arbeitnehmer unangemeldet geblieben sind oder nicht.

22 Auf der Grundlage der unzureichenden Feststellungen und lückenhaften Beweiserwägungen vermag der Senat in den Fällen 1 - 13 den Schuldumfang und in den Fällen 14 und 15 nicht zu prüfen, ob der Schuldspruch tragfähig belegt ist. Der Senat hebt die Schuldsprüche im Tatkomplex 2 insgesamt auf, um dem neu zur Entscheidung berufenen Tatrichter insgesamt widerspruchsfreie Feststellungen zu ermöglichen.

23 Die Sache bedarf daher insgesamt neuer Verhandlung und Entscheidung.

24 Der Senat sieht Anlass zu folgendem Hinweis:

25 Sollte der neu zur Entscheidung berufene Tatrichter den objektiven Tatbestand des § 10 Abs. 1 SchwarzArbG im Tatkomplex 1 als erfüllt ansehen und erneut zu dem Ergebnis gelangen, dass der Angeklagte im Zeitraum von Mai 2007 bis November 2008 krankheitsbedingt nicht in der Lage war, seine Aufga-

ben als Geschäftsführer wahrzunehmen, so wird er sich in den Fällen 5 (Fall 86), 8 (Fall 148), 9 (Fall 166) und 10 (Fall 202), in denen der Beschäftigungsbeginn in den Zeitpunkt der Erkrankung des Angeklagten fiel, eingehender als bisher geschehen mit der subjektiven Tatseite auseinanderzusetzen haben; sie bedarf angesichts dieser Besonderheit und der Vielzahl der von der A. GmbH beschäftigten Personen eingehenderer Prüfung und Darlegung in den Urteilsgründen.

Appl

Eschelbach

Bartel

Wimmer

Grube