



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

1 StR 35/17

vom
11. Mai 2017
in der Strafsache
gegen

wegen Beihilfe zum Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt u.a.

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und des Beschwerdeführers am 11. Mai 2017 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts München II vom 28. Juni 2016 wird das Urteil
 - a) im Schuldspruch dahingehend geändert, dass der Angeklagte wegen Beihilfe zum Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt in 166 tatmehrheitlichen Fällen in Tateinheit mit unerlaubtem Besitz verbotener Waffen verurteilt ist;
 - b) im Strafausspruch mit den zugehörigen 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, an eine andere Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Beihilfe zum Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt in 166 tatmehrheitlichen Fällen in Tateinheit mit zwei tateinheitlichen Fällen des unerlaubten Besitzes verbotener Waffen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten verur-

teilt, von denen drei Monate aufgrund einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung als vollstreckt gelten. Die Vollstreckung der Freiheitsstrafe wurde zur Bewährung ausgesetzt.

2 Die vom Angeklagten eingelegte Revision hat den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg (§ 349 Abs. 4 StPO). Im Übrigen ist die Revision des Angeklagten, mit der er die Verletzung formellen und materiellen Rechts rügt, aus den vom Generalbundesanwalt angeführten Gründen unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

I.

3 Das Landgericht hat vorliegend folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

4 1. Die S. GmbH & Co. KG (im Folgenden: S.) hatte sich vertraglich verpflichtet, circa 40 Objekte im Großraum M. zu bewachen und den Pfortendienst zu verrichten. Sie bediente sich hierzu sowohl eigener Mitarbeiter als auch diverser Subunternehmer, an die ein sog. Disponent der S. die Aufträge weitergab. Der hiesige Angeklagte war einer der Subunternehmer und bediente sich zur Ausführung der Aufträge der S. wiederum zum Teil eigener Mitarbeiter, zum Teil weiterer untergeordneter Subunternehmer, die ihm teilweise von dem Disponenten Sc. vermittelt worden waren. Die untergeordneten Subunternehmer waren jedoch entgegen den mit dem Angeklagten abgeschlossenen Verträgen nicht selbständig tätig, sondern abhängig Beschäftigte der S. . Sie hatten zwar jeweils ein Gewerbe angemeldet, sich im Rahmen eines „Dienstvertrags“ oder „Subunternehmervertrags“ verpflichtet, die entsprechenden Aufgaben ei-

genverantwortlich und in der Regel ohne Überprüfung des Angeklagten auszuführen, und stellten dem Angeklagten monatliche Rechnungen. Dessen Tätigkeiten beschränkte sich jedoch darauf, die Scheinsubunternehmer auf Verlangen des entsprechenden Disponenten Sc. zu bestimmten Objekten zu schicken. Bei Ablehnung eines Auftrags mussten sich die Scheinsubunternehmer vor Sc. rechtfertigen. Bei Annahme eines Auftrags erhielten die Scheinsubunternehmer vor Ort S. -Dienstkleidung, mussten sich in ein Wachbuch eintragen und wurden vom Objektleiter der S. eingewiesen. Der Objektleiter überwachte die Scheinsubunternehmer vor Ort, erstellte ihnen Dienstpläne und war primärer Ansprechpartner für Krankheitsfälle, Urlaub oder Beschwerden. Keiner der neun urteilsgegenständlichen „Scheinsubunternehmer“ wurde von S. zur Sozialversicherung angemeldet. Es wurden entstandene Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge in Höhe von 417.433,01 Euro nicht abgeführt.

5 Es war innerhalb von S. ab der Ebene der Disponenten bis hin zur Geschäftsführung bekannt und erwünscht, die Bewachungsaufträge mithilfe von Subunternehmern ausführen zu lassen, über die sodann die Abrechnung des Wachpersonals erfolgte. Allen Verantwortlichen bei S. war bewusst, dass diese Subunternehmer insoweit keine eigenen Bewachungsdienstleistungen erbrachten, sondern das Wachpersonal vollumfänglich in den Betriebsablauf von S. eingegliedert war und die Subunternehmer als bloße Auszahlungsstelle für Vergütungen dienten, die tatsächlich Arbeitslohn für das Wachpersonal waren. Dieses System war den Geschäftsführern bei S. bekannt, so dass sie zumindest billigend in Kauf nahmen, dass es sich bei den Scheinsubunternehmern ihrer Subunternehmer tatsächlich um sozialversicherungspflichtige Arbeitnehmer der S. handelte.

6 Auch der Angeklagte war sich bewusst, dass er dieser Hinterziehung von Sozialversicherungsbeiträgen dadurch Vorschub leistete, dass er die tatsächlichen Beschäftigungsverhältnisse verschleierte, indem er sämtliche verfahrensgenständliche Personen als seine Subunternehmer auswies und die Lohnauszahlung an diese vornahm.

7 2. Am 26. August 2010 bewahrte der Angeklagte in einem Büroschrank in seiner Wohnung ein Springmesser mit einer Klingenlänge von zehn Zentimetern auf, das aufgrund einer defekten Feder nicht mehr funktionsfähig war. Ferner hatte er Besitz an einem in seinem Pkw befindlichen Butterflymesser mit einer Klingenlänge von mehr als 41 mm. Dem Angeklagten war bewusst, dass es sich jeweils um verbotene Waffen handelte.

II.

8 Die auf einer fehlerfreien Beweiswürdigung beruhenden Feststellungen tragen den Schuldspruch nicht, soweit das Landgericht den Angeklagten wegen zwei tateinheitlicher Fälle des unerlaubten Besitzes verbotener Waffen verurteilte. Das in der Wohnung des Angeklagten aufgefundene Springmesser war laut den Feststellungen aufgrund einer defekten Feder nicht mehr funktionsfähig. Damit entfällt seine Eigenschaft als Springmesser im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. b WaffG i.V.m. Anl. 2 Abschn. 1 Nr. 1.4.1. Der Umgang mit Springmessern ist aufgrund von deren besonderer Gefährlichkeit durch die mittels einer Feder aus dem Griff herauspringende Klinge unter den Voraussetzungen der Anl. 2 Abschn. 1 Nr. 1.4.1 verboten. Wenn die Feder jedoch wie vorliegend defekt ist, entfällt diese besondere Gefährlichkeit. Das Messer zählt dann nicht mehr zu den verbotenen Springmessern, da die Klinge nicht durch die Feder bewegt wird (vgl. Gade/Stoppa, WaffG, Anl. 2 Rn. 71). Feststellun-

gen dazu, dass es sich bei dem Messer um einen anderen verbotenen Gegenstand im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 2b WaffG wie z.B. ein Fallmesser handelte, wurden nicht getroffen. Es ist auch nicht ersichtlich, dass diesbezügliche Feststellungen noch getroffen werden können. Durch den Besitz des defekten Springmessers hat sich der Angeklagte folglich nicht gemäß § 52 Abs. 3, 2 WaffG i.V.m. Anl. 2 Abschn. 1 Nr. 1.4.1 strafbar gemacht. Der Senat berichtigt den Schuldspruch entsprechend.

III.

9 Auch der Strafausspruch hat vorliegend keinen Bestand. Insoweit hat der
zulässig gerügte Verstoß des Landgerichts gegen § 258 Abs. 2 Halbsatz 2 und
Abs. 3 StPO die Aufhebung des Urteils zur Folge.

10 1. Der Rüge liegt im Wesentlichen folgendes Verfahrensgeschehen zu-
grunde:

11 Nach den Schlussvorträgen und dem letzten Wort des geständigen An-
geklagten wurde erneut in die Beweisaufnahme eingetreten, und die Kammer
regte bezüglich des Komplexes „B. für Oktober 2008“ eine Verfah-
renseinstellung nach § 154 Abs. 2 StPO an. Nachdem die Vertreterin der
Staatsanwaltschaft einen entsprechenden Antrag gestellt sowie der Verteidiger
und der Angeklagte dem zugestimmt hatten, erging ein entsprechender Einstel-
lungsbeschluss. Anschließend wiederholten zwar die Staatsanwaltschaft und
der Verteidiger ihre Anträge. Der Angeklagte erhielt jedoch vor Urteilsverkün-
dung nicht erneut das letzte Wort.

12 2. Diese durch das Sitzungsprotokoll bewiesene (§ 274 Satz 1 StPO)
Verfahrensweise ist verfahrensfehlerhaft. Jeder Wiedereintritt in die Verhand-

lung nimmt den Ausführungen des Angeklagten die rechtliche Bedeutung als Schlussvortrag und letztes Wort, so dass § 258 StPO nach jedem Wiedereintritt erneut zu beachten ist (BGH, Urteil vom 15. November 1968 – 4 StR 190/68, BGHSt 22, 278; Beschlüsse vom 18. September 2013 – 1 StR 380/13, NStZ-RR 2014, 15 und vom 11. März 2014 – 5 StR 70/14, StraFo 2014, 251). Diese Verpflichtung entfällt nur, wenn nach dem letzten Wort ausschließlich Vorgänge erörtert werden, die auf die gerichtliche Entscheidung keinen Einfluss haben können (BGH, Beschluss vom 18. September 2013 – 1 StR 380/13, NStZ-RR 2014, 15). Dies ist bei einer teilweisen Verfahrenseinstellung nach § 154 Abs. 2 StPO jedoch nicht der Fall.

- 13 Der aufgezeigte Verstoß gegen § 258 Abs. 2 StPO führt zur Aufhebung des Urteils im Strafausspruch. Die Nichterteilung des letzten Wortes begründet nicht ausnahmslos die Revision, sondern nur insoweit, als das Urteil darauf beruht (vgl. BGH, Beschlüsse vom 28. Mai 2009 – 4 StR 51/09, StraFo 2009, 333; vom 4. Juni 2013 – 1 StR 193/13, NStZ 2013, 612 und vom 18. September 2013 – 1 StR 380/13, NStZ-RR 2014, 15). Vorliegend kann der Senat im Hinblick auf die geständige Einlassung des Angeklagten und die Tatsache, dass sich das Prozessgeschehen nach Wiedereintritt in die Verhandlung nur auf nach § 154 Abs. 2 StPO eingestellte Verfahrensteile bezog, ausschließen, dass der Schuldspruch auf dem Verfahrensfehler beruht. Dies gilt indes nicht für den Strafausspruch einschließlich der zugehörigen Feststellungen (vgl. BGH, Beschluss vom 24. Juni 2014 – 3 StR 185/14, NStZ 2015, 105). Der Strafausspruch bedarf daher insgesamt neuer Verhandlung und Entscheidung.

IV.

14

Für die neue Hauptverhandlung bemerkt der Senat, dass der neu zur Entscheidung berufene Tatrichter neben einer Strafrahmenschiebung nach §§ 27 Abs. 2 Satz 2, 49 Abs. 1 StGB auch eine Strafrahmenschiebung nach §§ 28 Abs. 1, 49 Abs. 1 StGB in den Blick zu nehmen hat. Bei § 266a Abs. 1 StGB handelt es sich um ein Sonderdelikt. Das besondere persönliche Merkmal der Arbeitgebereigenschaft fehlt dem hiesigen Angeklagten. Eine weitere Milderung nach §§ 28 Abs. 1, 49 Abs. 1 StGB neben der nach §§ 27 Abs. 2 Satz 2, 49 Abs. 1 StGB ist in dieser Konstellation nur dann nicht geboten, wenn die Verurteilung wegen Beihilfe allein deshalb erfolgt, weil das strafbarkeitsbegründende persönliche Merkmal bei dem Tatbeteiligten nicht vorliegt (vgl. BGH, Beschlüsse vom 8. Februar 2011 – 1 StR 651/10, BGHSt 56, 153; vom 14. Juni 2011 – 1 StR 90/11, NStZ 2011, 645 und vom 22. Januar 2013 – 1 StR 234/12, NJW 2013, 949, 950).

Raum

Graf

Cirener

RiBGH Dr. Bär ist im Urlaub
und deshalb an der Unterschriftenleistung gehindert.

Raum

Hohoff