

**HRRS-Nummer:** HRRS 2013 Nr. 626

**Bearbeiter:** Karsten Gaede und Christoph Henckel

**Zitiervorschlag:** BGH HRRS 2013 Nr. 626, Rn. X

---

**BGH 1 StR 626/12 - Beschluss vom 5. Juni 2013 (LG Frankfurt am Main)**

**Vorenthalten von Arbeitsentgelt (Begriff des Arbeitgebers); Beihilfe (Tatmehrheit); Absehen von der Aufhebung des Strafausspruchs (angemessene Rechtsfolge; verfassungskonforme Auslegung).**

§ 266a StGB; § 27 Abs. 1 StGB; § 53 Abs. 1 StGB; § 354 Abs. 1a StPO

Leitsatz des Bearbeiters

Die Bestimmung des Arbeitgeberbegriffs in § 266a StGB richtet sich nach dem Sozialversicherungsrecht, das wiederum auf das Arbeitsrecht Bezug nimmt. Arbeitgeber ist dementsprechend der nach §§ 611 ff. BGB Dienstberechtigte, also derjenige, dem der Arbeitnehmer nicht selbständige Dienste gegen Entgelt leistet und zu dem er in einem Verhältnis persönlicher Abhängigkeit steht, das sich vornehmlich in seiner regelmäßig mit einem Weisungsrecht des Arbeitgebers verbundenen Eingliederung in den Betrieb des Arbeitgebers äußert. Für die Beurteilung, ob ein sozialversicherungs- und lohnsteuerpflichtiges Arbeitsverhältnis vorliegt, sind allein die tatsächlichen Gegebenheiten maßgeblich (vgl. BGH wistra 2010, 29).

Entscheidungstenor

1. Auf die Revision der Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 19. Juni 2012 wird

a) das Verfahren eingestellt, soweit die Angeklagte im Fall 18 der Urteilsgründe wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung tateinheitlich mit Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt verurteilt worden ist; im Umfang der Einstellung fallen die Kosten des Verfahrens und die notwendigen Auslagen der Angeklagten der Staatskasse zur Last;

b) das vorgenannte Urteil im Schuldspruch dahingehend geändert und klarstellend gefasst, dass die Angeklagte der Beihilfe zur Steuerhinterziehung tateinheitlich mit Beihilfe zum Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt in 17 Fällen schuldig ist;

c) das vorgenannte Urteil im Ausspruch über die Gesamtstrafe mit der Maßgabe aufgehoben, dass eine nachträgliche gerichtliche Entscheidung über die Gesamtstrafe gemäß §§ 460, 462 StPO, auch über die verbleibenden Kosten des Rechtsmittels, zu treffen ist.

2. Die weitergehende Revision wird verworfen.

Gründe

Das Landgericht hat die Angeklagte wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung tateinheitlich mit Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt in 18 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und zwei Monaten verurteilt. 1

Gegen dieses Urteil wendet sich die Angeklagte mit ihrer auf die Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützten Revision. Das Rechtsmittel erzielt mit der Sachrüge den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg (§ 349 Abs. 4 StPO); im Übrigen ist es unbegründet i.S.v. § 349 Abs. 2 StPO. 2

I.

Die Verfahrensrügen haben aus den vom Generalbundesanwalt in seiner Antragschrift vom 9. Februar 2013 3 zutreffend dargelegten Gründen keinen Erfolg.

## II.

1. Auf die Revision der Angeklagten ist das Verfahren gemäß § 206a Abs. 1 StPO i.V.m. § 354 Abs. 1 StPO wegen 4  
eines Verfahrenshindernisses einzustellen, soweit die Angeklagte im Fall 18 der Urteilsgründe wegen Beihilfe zur  
Steuerhinterziehung tateinheitlich mit Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt verurteilt worden ist. Wie der  
Generalbundesanwalt in seiner Antragsschrift zutreffend ausgeführt hat, war die abgeurteilte Tat nicht Gegenstand der  
unverändert zugelassenen Anklage; eine Nachtragsanklage gemäß § 266 StPO ist nicht erhoben worden.

2. In den Fällen 1 bis 17 der Urteilsgründe weist der Schuldspruch wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung in Tateinheit 5  
mit Beihilfe zum Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt keine durchgreifenden Rechtsfehler zum Nachteil der  
Angeklagten auf.

a) Aus den Urteilsgründen in ihrer Gesamtheit ist die Eigenschaft der Kolonnenführer als Arbeitgeber i.S.v. § 266a Abs. 6  
1 und 2 StGB hinsichtlich der zur Durchführung der Bauarbeiten eingesetzten Arbeiter hinreichend deutlich zu  
entnehmen. Die Bestimmung des Arbeitgeberbegriffs in § 266a StGB richtet sich nach dem Sozialversicherungsrecht,  
das wiederum auf das Arbeitsrecht Bezug nimmt (Radtke in Münchener Kommentar zum StGB, § 266a Rn. 8 f. mwN).  
Arbeitgeber ist dementsprechend der nach §§ 611 ff. BGB Dienstberechtigte, also derjenige, dem der Arbeitnehmer  
nicht selbständige Dienste gegen Entgelt leistet und zu dem er in einem Verhältnis persönlicher Abhängigkeit steht, das  
sich vornehmlich in seiner regelmäßig mit einem Weisungsrecht des Arbeitgebers verbundenen Eingliederung in den  
Betrieb des Arbeitgebers äußert (vgl. Fischer, StGB, 60. Aufl., § 266a Rn. 4 und 4a mwN; Matt in Matt/Renzikowski,  
StGB, § 266a StGB Rn. 16 mwN). Für die Beurteilung, ob ein sozialversicherungs- und lohnsteuerpflichtiges  
Arbeitsverhältnis vorliegt, sind allein die tatsächlichen Gegebenheiten maßgeblich (vgl. Senat, Beschluss vom 7.  
Oktober 2009 - 1 StR 478/09, wistra 2010, 29; Urteil vom 2. Dezember 2008 - 1 StR 416/08, NJW 2009, 528). Nach der  
von der Strafkammer rechtsfehlerfrei insoweit als glaubhaft angesehenen Einlassung der Angeklagten hatte nicht die  
O. GmbH, sondern die Kolonnenführer dafür Sorge zu tragen, dass die für die Durchführung der Aufträge benötigten  
Arbeiter zur Verfügung standen. Entsprechend wurden die Planung und die Durchführung der Bauarbeiten von den den  
Auftraggebern unter den Namen "M.", "P." und "E." bekannten Kolonnenführern übernommen, die auch die für die  
jeweilige Baustelle erforderlichen Arbeiter stellten und diese als "Bauleiter" anwiesen und überwachten.

b) Indem die Kolonnenführer ihren steuerrechtlichen und sozialversicherungsrechtlichen Pflichten als Arbeitgeber zur 7  
monatlichen Abgabe von Lohnsteuer-Anmeldungen sowie zur Anmeldung und Abführung der Arbeitnehmer- und  
Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung im Zeitraum Juli 2007 bis November 2008 nicht nachgekommen sind,  
haben diese sich wegen Steuerhinterziehung gemäß § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO und wegen Vorenthaltens und Veruntreuens  
von Arbeitsentgelt gemäß § 266a Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 StGB in jeweils 17 Fällen strafbar gemacht.

c) Zu diesen Taten hat die Angeklagte Hilfe geleistet (§ 27 StGB). Die Angeklagte ermöglichte es den Kolonnenführern, 8  
ihre Bauleistungen unter Einsatz nicht ordnungsgemäß bei dem zuständigen Finanzamt und den  
Sozialversicherungsträgern gemeldeter Arbeitnehmer "schwarz" zu erbringen, indem sie ihnen die nur zum Schein als  
Baufirma auftretende O. GmbH zur Verfügung stellte. Die Angeklagte erstellte nach den Vorgaben der Kolonnenführer  
unter dem Namen der O. GmbH Rechnungen an die Auftraggeber. Nach Eingang der Zahlungen reichte die Angeklagte  
die Beträge nach Abzug einer Provision in Höhe von 8 % an die Kolonnenführer weiter, die die Gelder teils zur  
Auszahlung von Schwarzlöhnen verwendeten und teils als Gewinn behielten.

Das Landgericht hat die Beihilfehandlungen der Angeklagten zu Recht als rechtlich selbständige Fälle der Beihilfe zur 9  
Steuerhinterziehung tateinheitlich mit Beihilfe zum Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt beurteilt. Wie der  
Generalbundesanwalt zutreffend ausgeführt hat, erschöpfte sich die Hilfeleistung der Angeklagten nicht im Aufbau und  
der Aufrechterhaltung eines auf Straftaten ausgerichteten Betriebes ("uneigentliches Organisationsdelikt", vgl. hierzu  
BGH, Beschlüsse vom 14. Juni 2011 - 1 StR 90/11, wistra 2011, 344; und vom 26. August 2003 - 5 StR 145/03, BGHSt  
48, 331, 343; Urteile vom 17. Juni 2004 - 3 StR 344/03, BGHSt 49, 177, 184, und vom 11. Dezember 1997 - 4 StR  
323/97, BGHR StGB § 263 Täterschaft 1). Vielmehr hat die Angeklagte durch Rechnungserstellung und Weiterleitung  
der Gelder in jedem der monatlichen Anmelde- bzw. Beitragszeiträume einen Beitrag zu jeder einzelnen Tat  
geleistet.

3. Aufgrund der Verfahrenseinstellung im Fall 18 der Urteilsgründe war der Schuldspruch dahingehend zu ändern und 10  
klarstellend zu fassen, dass die Angeklagte der Beihilfe zur Steuerhinterziehung in Tateinheit mit Beihilfe zum  
Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt in 17 Fällen schuldig ist.

4. Der Strafausspruch hat hinsichtlich der in den Fällen 1 bis 17 der Urteilsgründe verhängten Einzelstrafen im 11  
Ergebnis Bestand.

Zwar hat das Landgericht bei der Strafzumessung rechtsfehlerhaft eine Verurteilung der Angeklagten wegen Steuerhinterziehung zu einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen aus dem Jahr 2006 berücksichtigt, obwohl gemäß § 46 Abs. 1 Nr. 1 BZRG bereits Tilgungsreife eingetreten ist und diese damit nicht mehr zum Nachteil der Angeklagten hätte verwertet werden dürfen (§ 51 Abs. 1 BZRG). Die verhängten Einzelstrafen erweisen sich jedoch als angemessen i.S.v. § 354 Abs. 1a Satz 1 StPO. 12

Die bei verfassungskonformer Auslegung erforderlichen Voraussetzungen für eine Entscheidung nach dieser Vorschrift (vgl. BVerfG, Beschluss vom 14. Juni 2007 - 2 BvR 1447/05, 2 BvR 136/05, BVerfGE 118, 212) sind hier gegeben. Dem Senat steht ein zutreffend ermittelter, vollständiger und aktueller Strafzumessungssachverhalt zur Verfügung. Es gibt keine Anhaltspunkte für erst nach der erstinstanzlichen Hauptverhandlung eingetretene und dementsprechend bisher nicht berücksichtigte Entwicklungen oder Ereignisse, die ein neuer Tatrichter nahe liegend feststellen und zu Gunsten der Angeklagten berücksichtigen würde. Der Senat hat die Angeklagte zudem auf die aus seiner Sicht für eine Sachentscheidung nach § 354 Abs. 1a Satz 1 StPO sprechenden Gründe hingewiesen und ihr Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. 13

Unter Abwägung aller für die Strafzumessung bedeutsamen Urteilsfeststellungen sowie unter Berücksichtigung der Ausführungen des Verteidigers in dem Schriftsatz vom 11. Mai 2013 hält der Senat die vom Landgericht in den Fällen 1 bis 17 der Urteilsgründe verhängten Einzelstrafen für angemessen. Die Angeklagte hat wesentliche Beiträge zu einem von Anfang an auf die Hinterziehung von Lohnsteuern und das Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen ausgelegten System geleistet, wodurch im Zeitraum Juli 2007 bis November 2008 Steuer- und Beitragsschäden von mehr als zwei Millionen Euro verursacht wurden. Den Straftaten der Angeklagten kam angesichts ihrer zeitlichen und sachlichen Verschränkung Seriencharakter zu, so dass bereits bei der Zumessung der Einzelstrafen die Gesamtserie und der dadurch verursachte Gesamtschaden in den Blick zu nehmen ist (vgl. Senat, Beschluss vom 29. November 2011 - 1 StR 459/11, wistra 2012, 151; Urteil vom 17. März 2009 - 1 StR 627/08, BGHR StGB § 46 Begründung 1). 14

5. Der Senat hat mit Blick auf die im eingestellten Fall verhängte Einzelfreiheitsstrafe von einem Jahr und sieben Monaten den Ausspruch über die Gesamtstrafe mit der Maßgabe aufgehoben, dass eine nachträgliche gerichtliche Entscheidung über die Gesamtstrafe nach §§ 460, 462 StPO, auch hinsichtlich der verbleibenden Kosten des Rechtsmittels, zu treffen ist (§ 354 Abs. 1b StPO). 15