

**HRRS-Nummer:** HRRS 2008 Nr. 238

**Bearbeiter:** Karsten Gaede

**Zitiervorschlag:** BGH HRRS 2008 Nr. 238, Rn. X

---

**BGH 5 StR 481/07 - Beschluss vom 20. Dezember 2007 (LG Wuppertal)**

**Abgrenzung von Vorenthalten von Arbeitsentgelt und Betrug (Beihilfe; besonders schwerer Fall des gewerbsmäßigen Handelns); Strafzumessung bei der Steuerhinterziehung (Steuerhinterziehung "als Gewerbe").**

**§ 263 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB; § 266a StGB; § 27 StGB; § 2 Abs. 1 StGB; § 370 AO; § 46 StGB; § 53 StGB**

**Leitsatz des Bearbeiters**

**Die neu gefasste Vorschrift des § 266a StGB erfasst nunmehr auch betrugsähnliche Begehungsweisen und ist als *lex specialis* gegenüber dem Betrug (vgl. dazu BGH wistra 2007, 307) anzuwenden (§ 2 Abs. 1 StGB).**

**Entscheidungstenor**

1. Die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Wuppertal vom 15. Dezember 2006 wird nach § 349 Abs. 2 StPO als unbegründet verworfen. Jedoch werden nach § 349 Abs. 4 StPO

a) der Schuldspruch dahin geändert und neu gefasst, dass der Angeklagte - neben dem Vergehen nach dem Waffengesetz - der Steuerhinterziehung in 71 Fällen, des Vorenthalten von Arbeitsentgelt in 41 Fällen, der Beihilfe zum Vorenthalten von Arbeitsentgelt in zwei Fällen, der Beihilfe zum Betrug in zwei Fällen, der Beihilfe zur Steuerhinterziehung und der tateinheitlichen Beihilfe zur Steuerhinterziehung und zum Vorenthalten von Arbeitsentgelt schuldig ist,

b) die in den Fällen 285 bis 320 der Anklage verhängten Einzelstrafen auf jeweils vier Monate Freiheitsstrafe herabgesetzt.

2. Der Beschwerdeführer hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

**Gründe**

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Steuerhinterziehung in 71 Fällen, wegen Betrugs in 36 Fällen, wegen Vorenthalten von Arbeitsentgelt in fünf Fällen, wegen Beihilfe zum Betrug in vier Fällen, wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung, wegen tateinheitlicher Beihilfe zur Steuerhinterziehung, zum Betrug und zum Vorenthalten von Arbeitsentgelt sowie wegen eines Waffendelikts zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt. 1

Die auf die Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten ist überwiegend unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO. Sie führt lediglich zu einer Schuldspruchänderung sowie zur Herabsetzung der in den Fällen täterschaftlichen Betrugs verhängten Einzelfreiheitsstrafen. 2

1. In den Fällen 215, 218 und 285 bis 320 der Anklage sowie in den (rechtsfehlerfrei zu einer Tat im Sinne des § 52 StGB zusammengezogenen) Fällen 326 bis 329 der Anklage hält der Schuldspruch rechtlicher Nachprüfung nicht umfassend stand. Soweit das Landgericht in diesen Fällen das Verhalten des Angeklagten als Betrug bzw. als Beihilfe zum Betrug gewertet hat, ist der Angeklagte des Vorenthalten von Arbeitsentgelt bzw. der Beihilfe hierzu schuldig. Der Senat ändert den Schuldspruch entsprechend ab. Er schließt aus, dass sich der Angeklagte bei einem Hinweis auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts wirksamer als geschehen hätte verteidigen können. 3

a) Das Landgericht hat - im Ausgangspunkt zutreffend - auf der Grundlage der im Tatzeitraum bis Juli 2004 geltenden Rechtslage einen Vorrang des Straftatbestandes des Betrugs (§ 263 StGB) gegenüber der Strafnorm des § 266a StGB a.F. angenommen (vgl. BGH wistra 2003, 262, 265; 2006, 425, 426). Es hat jedoch - anders als in den Fällen 321 bis 325 der Anklage - nicht bedacht, dass die Vorschrift des § 266a StGB durch Gesetz vom 23. Juli 2004 (BGBl I S. 1842) neu gefasst wurde. 4

aa) Danach gilt für die vor dem 1. August 2004 begangenen Fälle 215, 218 und 285 bis 320 der Anklage, dass die 5  
Vorschrift des § 266a StGB n.F. als das mildere Gesetz anzuwenden ist (§ 2 Abs. 3 StGB).

(1) Von dem neu gefassten Tatbestand des § 266a StGB sind nunmehr auch betrugsähnliche Begehungsweisen 6  
erfasst. Die Strafbarkeit wegen Vorenthaltens von Arbeitnehmer und Arbeitgeberanteilen geht deshalb nach neuem  
Recht derjenigen wegen Betrugs als *lex specialis* vor (BGH wistra 2007, 307 m.w.N.).

(2) Bei der gebotenen konkreten Betrachtungsweise erweist sich § 266a StGB n.F. als das für den Angeklagten 7  
günstigere Gesetz. Das Landgericht ist bei der Strafzumessung aufgrund der - an sich rechtsfehlerfrei  
angenommenen - gewerbsmäßigen Handlungsweise des Angeklagten von einem besonders schweren Fall des  
Betrugs (§ 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB) ausgegangen. Es hat deshalb die Einzelstrafen jeweils dem Strafrahmen des  
§ 263 Abs. 3 StGB entnommen, den es in den Fällen der Beihilfe gemäß § 27 Abs. 2, § 49 Abs. 1 StGB gemildert hat. §  
266a StGB n.F. enthält hingegen nicht die Gewerbsmäßigkeit als Regelbeispiel (vgl. dazu auch BGH aaO).

Dass das Landgericht bei Anwendung von § 266a StGB n.F. gleichfalls zur Annahme eines - auch unbenannten - 8  
besonders schweren Falles gemäß § 266a Abs. 4 n.F. StGB gelangt wäre, ist für die Fälle 215 und 218 der Anklage  
nicht sicher anzunehmen und für die Fälle 285 bis 320 der Anklage sogar auszuschließen. Denn das Landgericht hat  
den Straftatbestand des § 266a StGB n.F. auf die nach dem 1. August 2004 begangenen, den Fällen 285 bis 320 der  
Anklage gleichgelagerten Taten angewendet; dabei hat es diese jedoch nicht als besonders schwere Fälle im Sinne  
von § 266a Abs. 4 StGB n.F. eingestuft.

bb) Bezüglich der Fälle 326 bis 329 der Anklage folgt die Anwendung des § 266a StGB n.F. bereits aus § 2 Abs. 1 StGB. 9  
Denn der Angeklagte beging einen Teil seiner - hier zutreffend als eine einheitliche Beihilfehandlung im Sinne des §  
52 Abs. 1 StGB gewerteten - Tatbeiträge nach dem 1. August 2004. In diesem Punkt kann freilich angesichts eines  
Mindestschadens von 780.000 € die Annahme eines unbenannten besonders schweren Falles keinen Zweifeln  
unterliegen und ausgeschlossen werden, dass die Strafe danach geringer ausgefallen wäre.

b) Die Fälle 334 und 335 der Anklage, die das Landgericht ebenfalls als Beihilfe zum Betrug gewertet hat, sind von dem 10  
Rechtsfehler nicht betroffen.

Sie beziehen sich nicht auf das Vorenthalten oder Veruntreuen von Arbeitsentgelt. 11

2. Der Senat setzt die Einzelstrafen in den Fällen 285 bis 320 der Anklage in entsprechender Anwendung des § 354 12  
Abs. 1 StPO jeweils von sechs Monaten auf vier Monate Freiheitsstrafe herab.

a) Das Landgericht hat den Angeklagten in den Fällen 321 bis 325 der Anklage (Tatzeitraum August bis Dezember 13  
2004) rechtsfehlerfrei aus dem Strafrahmen des Grundtatbestandes des § 266a StGB n.F. zu kurzen  
Einzelfreiheitsstrafen von jeweils vier Monaten verurteilt. Diese Taten bilden mit den zeitlich vorangehenden Fällen 285  
bis 320 der Anklage, die sich weder in der Begehungsweise noch hinsichtlich des Hinterziehungsumfanges von den  
nachfolgenden unterscheiden, aber noch vor der Gesetzesänderung begangen wurden, eine einheitliche Tatserie. Das  
Landgericht hätte ersichtlich in allen gleichgelagerten Fällen der Tatserie Freiheitsstrafen von vier Monaten verhängt,  
wenn es jeweils neues Recht angewendet hätte.

b) Demgegenüber schließt der Senat bezüglich der Fälle 215 und 218 der Anklage aus, dass das Landgericht bei 14  
Anwendung des § 266a StGB n.F. auch aus einem nicht erhöhten Strafrahmen niedrigere Einzelstrafen als die  
festgesetzten Freiheitsstrafen von jeweils einem Jahr und drei Monaten verhängt hätte. Dies ergibt sich aus folgenden  
tatrichterlichen Feststellungen:

Der Angeklagte unterstützte in diesen Fällen als "Serviceunternehmer" durch das Ausstellen und Weitergeben von 15  
Scheinrechnungen die systematische Hinterziehung von Sozialversicherungsbeiträgen sowie von Lohn- und  
Umsatzsteuern im Baugewerbe in großem Umfang. Er verursachte dadurch Mindestschäden von jeweils über 150.000  
Euro. Der Angeklagte war innerhalb einer Subunternehmerkette Teil eines gut organisierten Hinterziehungssystems,  
lebte von dem Handel mit Scheinrechnungen und betrieb damit die Verkürzung von Sozialversicherungsbeiträgen und  
Steuern "als Gewerbe" (vgl. BGH wistra 2006, 428, 429; 2007, 145, 146 f. m.w.N.; Joecks wistra 2002, 201, 203 f.).

3. Die Herabsetzung der Einzelstrafen von sechs auf vier Monate Freiheitsstrafe in den genannten Fällen lässt die 16  
Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren unberührt. Angesichts der Höhe der übrigen und zum Teil gewichtigeren  
Einzelstrafen, darunter der Einsatzstrafe, der Vielzahl der Taten mit einem hohen Gesamtschaden sowie der

vorstehend geschilderten Beteiligung des Angeklagten an der gewerbsmäßigen Hinterziehung von Sozialversicherungsbeiträgen und Steuern schließt der Senat aus, dass das Landgericht unter Berücksichtigung der geänderten Einzelstrafen eine geringere Gesamtfreiheitsstrafe festgesetzt hätte.