

HRRS-Nummer: HRRS 2019 Nr. 431

Bearbeiter: Christian Becker

Zitiervorschlag: HRRS 2019 Nr. 431, Rn. X

BGH 5 StR 249/18 - Beschluss vom 16. Januar 2019 (LG Göttingen)

Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (doppelte Strafrahmilderung; Geschäftsführung und Vertretung bei Innen- und Außen-GbR; Zurechnung der Arbeitgebereneigenschaft; Maßgeblichkeit des Sozialversicherungsrechts; tatsächliche Verhältnisse; Gesamtbetrachtung); Beihilfe (mittelbare Beihilfe).

§ 266a StGB; § 27 StGB

Leitsatz des Bearbeiters

Ob eine Person dem Begriff des Arbeitgebers unterfällt, richtet sich nach dem Sozialversicherungsrecht, das wiederum auf das Dienstvertragsrecht der §§ 611 ff. BGB abstellt. Arbeitgeber ist mithin derjenige, dem gegenüber der Arbeitnehmer nichtselbständige Dienste gegen Entgelt leistet und zu dem er in einem Verhältnis persönlicher Abhängigkeit steht. Dieses drückt sich vor allem durch die Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb des Arbeitgebers und durch dessen Weisungsrecht aus. Entscheidend sind bei alledem die tatsächlichen, in eine Gesamtbetrachtung einzustellenden Gegebenheiten.

Entscheidungstenor

Auf die Revisionen der Angeklagten Ö. und S. wird das Urteil des Landgerichts Göttingen vom 4. Dezember 2017, soweit es diese Angeklagten betrifft, jeweils in den Strafaussprüchen zu den Einzelstrafen für die Beihilfetaten und zu den Gesamtstrafen aufgehoben; hinsichtlich des Angeklagten S. wird das vorgenannte Urteil zudem im Ausspruch über die Einziehung von Wertersatz dahin abgeändert, dass diese in Höhe von 41.292,09 € angeordnet wird.

Im Umfang der Aufhebungen wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Die weitergehenden Revisionen werden verworfen.

Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten Ö. wegen Vorenthalten und Veruntreuens von Arbeitsentgelt in 16 Fällen 1 sowie wegen Beihilfe zum Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt in zwei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und zwei Monaten verurteilt. Den Angeklagten S. hat es wegen Vorenthalten und Veruntreuens von Arbeitsentgelt in 40 Fällen sowie wegen Beihilfe zum Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten verurteilt und ihn im Übrigen freigesprochen. Daneben hat es jeweils Einziehungsentscheidungen getroffen und als Kompensation für eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung drei bzw. vier Monate der jeweils zur Bewährung ausgesetzten Gesamtfreiheitsstrafen für vollstreckt erklärt.

Gegen dieses Urteil wenden sich die Angeklagten mit ihren auf die Verletzung formellen und materiellen Rechts 2 gestützten Revisionen. Die Rechtsmittel erzielen jeweils mit der Sachrüge den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg; im Übrigen sind sie unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO.

I.

Das Landgericht hat folgende Feststellungen und Wertungen getroffen: 3

1. Der Angeklagte Ö. mietete ab Februar 2006 in N. die Räume einer Gaststätte und meldete bei der Stadtverwaltung 4 den Betrieb einer Schank- und Speisewirtschaft als Inhaber bzw. Einzelgewerbetreibender an. In seinem Lokal beschäftigte er ab März 2006 mehrere Personen, deren Tätigkeit den Trägern der Sozialversicherung teilweise verschwiegen, teilweise nicht mit der vollen Höhe der erzielten Löhne mitgeteilt wurde. Zu diesen Arbeitskräften zählte der Zeuge D., für den keine Mitteilungen zur Sozialversicherung erfolgten. In Bezug auf ihn entstand in der Zeit von März 2006 bis Juni 2007 für insgesamt 16 Beitragsmonate ein Schaden von 4.070,62 € (Tatkomplex 1); soweit die Schadenshöhe in den Urteilsgründen (UA S. 16) mit 4.561,36 € angegeben ist, handelt es sich ersichtlich um ein

Versehen.

2. Im Sommer 2007 entschloss sich der Angeklagte Ö., wegen gesundheitlicher Probleme die Leitung der Gaststätte an seine Schwester Öz abzugeben. Sein Steuerberater zeigte daraufhin gegenüber dem Finanzamt eine unentgeltliche Übertragung des Betriebes auf die Schwester an, die offiziell gegenüber der Stadt N. als Einzelgewerbetreibende angegeben wurde und zum 1. September 2007 mit in den Mietvertrag eintrat. Tatsächlich „gehörte“ das Unternehmen weiterhin dem Angeklagten Ö. Nach ihrer Übernahme der Leitung der Gaststätte ab September 2007 überließ der Angeklagte Ö. seiner Schwester die betrieblichen Entscheidungen und half ihr nur noch sporadisch, wie etwa mit einer von ihm vorgenommenen Einstellung einer Servicekraft im Juni 2008. Er rechnete bei der Übertragung der Betriebsleitung damit, dass seine Schwester die von ihm schon zuvor begründeten illegalen Beschäftigungsverhältnisse fortsetzen werde, und wollte als wirtschaftlicher Inhaber weiterhin von der Ersparnis an Sozialversicherungsbeiträgen profitieren. Neben anderen blieb auch der Arbeitnehmer D. in der Gaststätte tätig, ohne dass seine Beschäftigung der Sozialversicherung gemeldet wurde. Für den Zeitraum von September 2007 bis Juli 2008, in dem Öz die Leitung des Betriebes übernommen hatte, summierten sich die den Arbeitnehmer D. betreffenden Beitragsschäden auf insgesamt 2.804,88 € (Tatkomplex 2). 5

3. Anfang August 2008 führte der Angeklagte Ö. mit dem Angeklagten S. und dem gesondert Verfolgten B. Verhandlungen über den Verkauf von Geschäftsanteilen an der Gaststätte. Er kam mit beiden dahin überein, dass sie sich zu 50 % (S.) bzw. 25 % (B.) in den Betrieb „einkaufen“ sollten, dessen Wert mit 190.000 € angesetzt wurde. Dieses Ergebnis, die Zahlungsweise in Raten und Details der Zusammenarbeit formulierte er in einem auf den 9. August 2008 datierten - im Urteil nicht näher mitgeteilten - Schreiben, das alle Beteiligten unterschrieben und dessen Inhalt sie unter dem 22. September 2008 noch einmal mit ihren Unterschriften bekräftigten. Die Vereinbarung wurde in ihren wesentlichen Grundzügen spätestens zum 1. Oktober 2008 ins Werk gesetzt, womit auch die Geschäftsführung und die formelle Inhaberschaft der Schwester des Angeklagten Ö. endeten. Dieser konnte bei der Übertragung der Geschäftsanteile die bestehenden illegalen Arbeitsverhältnisse und erwartete ihren Fortbestand. Außerdem nahm er in Kauf, dass neue illegale Beschäftigungsverhältnisse begründet würden, und wollte als Teilhaber des Unternehmens weiterhin von der Ersparnis an Sozialversicherungsbeiträgen profitieren. Die Gewinne des Lokals wurden mindestens bis Ende August 2009 intern in einem den drei Geschäftsanteilen entsprechenden Verhältnis gemäß den Vorgaben des Vertrages vom 9. August 2008 aufgeteilt. Ende August 2009 endete - für das Landgericht nicht ausschließbar (UA S. 19, 28, 51) - jede Beteiligung des Angeklagten Ö. am Betrieb der Gaststätte. 6

Von Oktober 2008 an bestimmte der Angeklagte S. „maßgeblich die Geschicke“ der Gaststätte, in der neben ihm in geringerem Umfang und geringerer Bedeutung der Teilhaber B. leitende Tätigkeiten ausübte (UA S. 18, 19). Der Angeklagte S. traf die kaufmännischen Entscheidungen, stellte Mitarbeiter ein, sorgte für Schichtenteilungen und erstellte die Dienstpläne der Arbeitskräfte. Offiziell übernahm jedoch seine Nichte Sü. die Betriebsleitung. Ihr war Ende September 2008 von der Stadt N. eine vorläufige Erlaubnis zum Betrieb der Gaststätte erteilt worden; zuvor hatte die Vermieterin dem Angeklagten Ö. genehmigt, das Ladenlokal an Sü. unterzuvermieten. Tatsächlich fungierte die Nichte des Angeklagten S., die nur kurzzeitig als Servicekraft in dem Betrieb tätig war, lediglich als „Strohfrau“. Ihre offizielle Gewerbeinhaberschaft endete zum 26. November 2009, nachdem das Lokal am 4. November 2009 durch Beamte des Hauptzollamts durchsucht worden war und der Teilhaber B. am 13. November 2009 bei der Stadt N. die Beendigung ihrer Inhaberstellung angezeigt und für sich selbst eine vorläufige Gaststättengenehmigung beantragt hatte. Diese wurde ihm am 27. November 2009 erteilt. 7

Zu Beginn der Geschäftsführung des Angeklagten S. Anfang Oktober 2008 waren die bisherigen betrieblichen Abläufe der Gaststätte im Wesentlichen beibehalten und bestehende illegale Beschäftigungsverhältnisse fortgesetzt worden. In der Folgezeit wurden durch ihn auch neue Arbeitsverhältnisse unter anderen mit Angehörigen seiner Familie begründet. Insgesamt elf Arbeitnehmer wurden im Zeitraum vom 1. Oktober 2008 bis zum 26. November 2009 entweder überhaupt nicht oder mit zu niedrigem Entgelt zur Sozialversicherung gemeldet. Dadurch entstand an entgangenen Beiträgen für insgesamt 40 Beitragsmonate ein Schaden von 41.292,09 € (Tatkomplex 3). 8

4. Mit dem Erhalt der Erlaubnis zum Betrieb der Gaststätte war der gesondert Verfolgte B. seit dem 27. November 2009 - trotz seiner Beteiligung von nur 25 % - offizieller Inhaber des Gaststättenbetriebes und führte dessen Geschäfte nunmehr „mindestens gleichberechtigt“ mit dem Angeklagten S. (UA S. 27), der in leitender Funktion im Lokal tätig blieb. Beim Wechsel der offiziellen Inhaberstellung, die sich wiederum ohne Änderungen für die betrieblichen Abläufe vollzog, wusste und billigte der Angeklagte S., dass B. den Betrieb weiterhin unter Einsatz von „schwarz“ beschäftigten Arbeitskräften führen würde. Er unterstützte ihn zumindest durch seine Mitarbeit in der Geschäftsführung und profitierte als Teilhaber von der Beschäftigungsstruktur und neu geschaffenen Arbeitsverhältnissen. Für den Zeitraum von Dezember 2009 bis Juni 2010 wurden im Gaststättenbetrieb insgesamt sieben jeweils schon im Tatzeitraum zuvor tätige Arbeitnehmer beschäftigt, die nicht zur Sozialversicherung gemeldete Lohnzahlungen erhielten. Dadurch entstand ein Schaden von 10.745,60 € (Tatkomplex 4). 9

5. Das Landgericht hat im Tatkomplex 2 das Verhalten des Angeklagten Ö., seiner Schwester in Kenntnis des Einsatzes von Schwarzarbeitern und in der Erwartung, dass weiterhin Schwarzarbeiter beschäftigt würden, die 10

Leitung des Gaststättenbetriebes überlassen zu haben und ihr dort jedenfalls sporadisch behilflich gewesen zu sein, als Beihilfe zum Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt gewertet. Im Tatkomplex 3 hat es in der unter dem 9. August 2008 vereinbarten Übertragung der Geschäftsanteile zu 75 % an S. und B. in Kenntnis des Einsatzes von Schwarzarbeitern und in der Erwartung, dass diese weiter beschäftigt würden, ebenfalls eine Beihilfe des Angeklagten Ö. zum Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt gesehen.

In Bezug auf den Angeklagten S. hat es die unterlassene Meldung und Abführung geschuldeter Sozialversicherungsbeiträge als 40 Fälle des Vorenthalten und Veruntreuens von Arbeitsentgelt gewertet. Dabei ist es davon ausgegangen, dass die Gaststätte nicht von einer als solcher im Rechtsverkehr auftretenden (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts, sondern formell als Einzelunternehmen betrieben worden sei, das von einer anderen Person als dem offiziellen Inhaber - nämlich dem Angeklagten S. als „faktischem Inhaber“ - dominiert worden sei. Das Verhalten des Angeklagten S. im Tatkomplex 4 hat das Landgericht lediglich als Beihilfe zum Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt gewertet, da er gegenüber dem gesondert Verfolgten B. keine überragende Stellung gehabt habe und deshalb nicht selbst Arbeitgeber gewesen sei.

II.

1. Die Verfahrensrügen haben aus den vom Generalbundesanwalt in seiner Antragschrift zutreffend dargelegten Gründen keinen Erfolg.

2. Die Revision des Angeklagten Ö. zeigt in Bezug auf den Schuldspruch keinen durchgreifenden Rechtsfehler auf. Sie führt jedoch zur Aufhebung der für die beiden Beihilfetaten verhängten Strafen, unter denen sich auch die Einsatzstrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe befindet.

a) Entgegen der Auffassung der Revision unterstützte der Angeklagte Ö. in den Tatkomplexen 2 und 3 sowohl seine Schwester nach deren Übernahme der Betriebsleitung als auch den nachfolgenden Betriebsinhaber S. (dazu näher unter II.3.a) bei der Fortführung des Gaststättenbetriebes und förderte hierdurch deren deliktisches Verhalten nach § 266a Abs. 1 und 2 StGB. Denn neben der im Tatkomplex 2 seiner Schwester geleisteten Mithilfe in der Geschäftsführung ermöglichte er ihr durch die Weitergabe der Daten der von ihm als Erstbetreiber der Gaststätte ursprünglich angestellten Arbeitskräfte deren Weiterbeschäftigung. Im Tatkomplex 3 leistete er Beihilfe zudem durch die Übertragung von Geschäftsanteilen an den Angeklagten S. Denn strafbare Beihilfe muss nicht zur Ausführung der Tat selbst geleistet werden; es genügt, dass ein Gehilfe die Haupttat im Vorbereitungsstadium fördert, solange die Teilnahmehandlung mit dem Willen und dem Bewusstsein geleistet wird, die Haupttat zu fördern (st. Rspr., vgl. BGH, Urteile vom 1. August 2000 - 5 StR 624/99, BGHSt 46, 107, 115 mwN; vom 8. März 2001 - 4 StR 453/00, BGHR 12 13 14 StGB § 27 Abs. 1 Hilfeleisten 22, und vom 19. Dezember 2017 - 1 StR 56/17, BGHR StGB § 27 Abs. 1 Hilfeleisten 35 mwN).

Eine solche Unterstützung bei den Haupttaten hat das Landgericht beweiswürdigend belegt. Danach sicherte der nach den Urteilsfeststellungen mit (doppeltem) Gehilfenvorsatz handelnde Angeklagte Ö. durch die Betriebsübergaben und die Übertragung der Geschäftsanteile die Fortführung der von ihm eingerichteten Gaststätte in den von ihm gemieteten Geschäftsräumen. Der Fortbestand des Unternehmens hing weiterhin von seinem Willen als wirtschaftlicher Inhaber (Tatkomplex 2) bzw. wirtschaftlicher Teilhaber (Tatkomplex 3) ab, und finanziell profitierte er fortdauernd von den Betriebsgewinnen.

b) Das Landgericht hat allerdings bei der zweiten einheitlichen Beihilfetat, die an die Betriebsübergabe zum 1. Oktober 2008 anknüpft, den Schuldumfang nicht rechtsfehlerfrei bestimmt, so dass schon deshalb der diesbezügliche Strafausspruch aufzuheben ist. Denn es hat angenommen, dass sich die Beihilfe des Angeklagten Ö. auf den gesamten Zeitraum der Tatkomplexe 3 und 4 von Oktober 2008 bis Juni 2010 erstreckt habe und insoweit der Strafzumessung ein Beitragsschaden von 52.037,69 € zugrunde zu legen sei.

Die hierfür gegebene Begründung, der Wechsel der offiziellen Inhaberschaft zum gesondert Verfolgten B. Ende November 2009 bilde keine erhebliche Zäsur (UA S. 142), trägt diese umfassende Schadenszurechnung nicht. Sie lässt hinsichtlich der Frage seines Gehilfenvorsatzes unberücksichtigt, dass der Angeklagte Ö. an der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die aufgrund der unter dem 9. August 2008 getroffenen Vereinbarung entstanden war, nur bis zum 31. August 2009 beteiligt war. Damit hatte er aber - wie das Landgericht selbst erkannt hat (UA S. 147) - allenfalls bis zu diesem Zeitpunkt als Gesellschafter in Kenntnis der Geschäftsabläufe und Einfluss auf die Geschäftsführung. Überdies versteht sich nicht von selbst und findet in den Urteilsgründen keine Erklärung, weshalb der Angeklagte Ö. - anders als zuvor - auch noch nach der Durchsichtung des Gaststättenbetriebes am 4. November 2009 mit einer Fortsetzung illegaler Beschäftigungsverhältnisse rechnete und dies billigte.

c) Darüber hinaus ist für beide Beihilfetaten die Strafraumenbestimmung jeweils rechtsfehlerhaft erfolgt.

Denn das Landgericht hat unerörtert gelassen, dass der Strafraumen des § 266a Abs. 1 StGB nicht nur wegen § 27

Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB zu mildern war, sondern zusätzlich auch gemäß § 28 Abs. 1 i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB zu mildern gewesen sein könnte. Von einer solchen doppelten Strafrahmennmilderung kann in Fällen der vorliegenden Art nur dann abgesehen werden, wenn das Landgericht die Täterschaft des Angeklagten allein wegen Fehlens eines besonderen persönlichen Merkmals verneint hätte (vgl. BGH, Beschlüsse vom 8. Januar 1975 - 2 StR 567/74, BGHSt 26, 53, 54 f.; vom 8. Februar 2011 - 1 StR 651/10, BGHSt 56, 153, 155; vom 22. Januar 2013 - 1 StR 234/12, BGHSt 58, 115, 118, und vom 25. Oktober 2017 - 1 StR 310/16, NStZ 2018, 221, 223). Es lässt sich jedoch auch einer Gesamtschau der Urteilsgründe nicht entnehmen, ob das Landgericht schon die Art und Weise des Tatbeitrages des Angeklagten Ö. zum Anlass genommen hat, ihn lediglich wegen Beihilfe zu verurteilen. Die weitere Strafrahmennmilderung nach § 28 Abs. 1 StGB hätte daher erörtert werden müssen.

Die Aufhebung der beiden für die Beihilfetaten erkannten Strafen entzieht auch dem Gesamtstrafenausspruch seine 20
Grundlage.

3. Auch in Bezug auf den Angeklagten S. weist der Schuldspruch wegen Vorenthaltes und Veruntreuens von 21
Arbeitsentgelt in 40 Fällen sowie wegen Beihilfe zum Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt im Ergebnis
keinen Rechtsfehler zu seinem Nachteil auf. Auch bei ihm hält indes die Strafzumessung hinsichtlich der Beihilfetat
rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

a) Das Landgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass nach dem Betriebsübergang zum 1. Oktober 2008 der 22
Angeklagte S. strafrechtlich Verantwortlicher im Sinne von § 266a Abs. 1 und 2 StGB und gemäß § 28e Abs. 1 SGB
IV zur Abführung der Beiträge verpflichtet war.

Dabei hat die Wirtschaftsstrafkammer im rechtlichen Ausgangspunkt zunächst zutreffend angenommen, dass der 23
Angeklagte S. zusammen mit dem Angeklagten Ö. und dem gesondert Verfolgten B. durch den unter dem 9. August
2008 geschlossenen Vertrag die Gründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zwecks Fortführung des
Gaststättenbetriebes vereinbart hat. Ob auch ihre weitere Wertung, dass es sich bei der Rechtsbeziehung der drei
nunmehr als Teilhaber an dem Unternehmen Beteiligten um keine Außen-, sondern um eine Innen-Gesellschaft
bürgerlichen Rechts gehandelt habe, zutrifft, bedarf keiner Entscheidung.

aa) Zwar teilen die Urteilsgründe Näheres zu einer von den drei Gesellschaftern getroffenen 24
gesellschaftsvertraglichen Regelung der Geschäftsführung (§ 709 Abs. 1 BGB) und einer hiermit verknüpften
Vertretungsmacht (§ 714 BGB) sowie zu einem möglicherweise gebildeten Gesamthandsvermögen nicht mit. Den
Feststellungen ist aber zu entnehmen, dass der Angeklagte S. nach dem Wechsel der Inhaberschaft im
Einvernehmen mit den beiden Mitgesellschaftern für die in der Gaststätte Beschäftigten, die ursprünglich noch vom
Angeklagten Ö. als Betriebsinhaber bzw. nachfolgend von dessen Schwester als Betriebsleiterin für das
Einzelunternehmen eingestellt worden waren, als Geschäftsführer jedenfalls hinsichtlich der betrieblichen Abläufe
verantwortlich war. Denn ihm oblagen die Entscheidungen über den Einsatz des Personals, die Einteilung der
Arbeitskräfte in Schichten, die Abrechnung über Tageseinnahmen und die Zahlung von Gehaltsvorschüssen (UA S.
19). Daneben stellte er neue Mitarbeiter ein und führte mit ihnen die Lohnverhandlungen (UA S. 18, 20, 142 f.).
Danach war der Angeklagte S., soweit die Gesellschaft nach außen als solche im Rechtsverkehr aufgetreten sein
sollte und es sich deshalb um eine rechtsfähige Personengesellschaft gehandelt hat (BGH, Urteil vom 29. Januar
2001 - II ZR 331/00, BGHZ 146, 341), als geschäftsführender Mehrheitsgesellschafter auch vertretungsberechtigt.
Ihm wäre in diesem Fall über § 14 Abs. 1 Nr. 2 StGB die strafrechtliche Pflichtenstellung des Arbeitgebers als
vertretungsberechtigter Gesellschafter der (Außen-)BGB-Gesellschaft zuzurechnen.

bb) Sollte - worauf das Landgericht unter Hinweis auf den Einsatz einer nur zum Schein als Betriebsinhaberin 25
vorgeschobenen „Strohfrau“ abgestellt hat (UA S. 142) - die Zusammenarbeit der drei Teilhaber gerade darauf
angelegt gewesen sein, nicht nach außen im Rechtsverkehr aufzutreten, läge eine Innengesellschaft bürgerlichen
Rechts vor. Bei ihr werden die Geschäfte durch einen Gesellschafter oder durch einen beauftragten Dritten im
eigenen Namen, wenn auch im Innenverhältnis für die gemeinsame Rechnung der Gesellschafter, geführt (vgl. BGH,
Urteile vom 24. Februar 1954 - II ZR 3/53, BGHZ 12, 308, 314; vom 26. Juni 1989 - II ZR 128/88, NJW 1990, 573,
574; OLG Düsseldorf, Urteil vom 10. März 1995 - 22 U 116/94, NJWRR 1995, 1246, zur gemeinsamen
Bewirtschaftung einer nach außen allein von einem Partner betriebenen Gaststätte durch eine Innengesellschaft;
MüKoBGB/Schäfer, BGB, 7. Aufl., § 705 Rn. 275, 279, 284; BeckOK BGB/Schöne § 705 Rn. 14, 158 ff.). Da es
sich bei einer solchen Innengesellschaft nicht um eine rechtsfähige Personengesellschaft handelt, ist sie von § 14
Abs. 1 Nr. 2 StGB nicht erfasst (vgl. BT-Drucks. 14/8998, S. 8; Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl., § 14 Rn. 2;
MüKoStGB/Radtke, 3. Aufl., § 14 Rn. 85), so dass dem Angeklagten S. eine Arbeitgeberbereiensechaft über diese
Zurechnungsnorm nicht zukäme. Er wäre dann jedoch unmittelbarer Normadressat des § 266a Abs. 1 und 2 StGB
gewesen (vgl. MüKoStGB/Radtke, aaO). Denn die Feststellungen der Wirtschaftsstrafkammer, wonach er als
faktischer Betriebsinhaber der Gaststätte auftrat und auch gegenüber den Angestellten ein Direktionsrecht ausübte,
lassen ihre Wertung zu, dass er die Arbeitgeberstellung hatte. Sie hat mit dieser Wertung auch dem von der ständigen
Rechtsprechung zur Bestimmung der Arbeitgeberbereiensechaft aufgestellten Maßstab Rechnung getragen.

Danach richtet sich die Frage, ob eine Person dem Begriff des Arbeitgebers unterfällt, nach dem Sozialversicherungsrecht, das wiederum auf das Dienstvertragsrecht der §§ 611 ff. BGB abstellt. Arbeitgeber ist mithin derjenige, dem gegenüber der Arbeitnehmer nichtselbständige Dienste gegen Entgelt leistet und zu dem er in einem Verhältnis persönlicher Abhängigkeit steht. Dieses drückt sich vor allem durch die Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb des Arbeitgebers und durch dessen Weisungsrecht aus (arg. § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV; vgl. grundlegend BSGE 34, 111, 113 mwN, dort auch zur Fallgestaltung eines Auseinanderfallens der Personen des Betriebsinhabers und des „wirtschaftlichen Inhabers“). Entscheidend sind hierbei die tatsächlichen, in eine Gesamtbetrachtung einzustellenden Gegebenheiten (BGH, Beschlüsse vom 5. Juni 2013 - 1 StR 626/12, NSTZ-RR 2013, 278; vom 4. September 2013 - 1 StR 94/13, BGHR StGB § 266a Arbeitgeber 4; vom 24. Juni 2015 - 1 StR 76/15, BGHR StGB § 266a Arbeitgeber 5, und vom 13. Dezember 2018 - 5 StR 275/18; siehe auch OLG Braunschweig, Beschluss vom 27. Mai 2015 - 1 Ss 14/15 zur Arbeitgeberbereiungenschaft in einem von einem faktischen Betriebsinhaber geleiteten Einzelunternehmen). Eine solche Betrachtung hat das Landgericht unter Abwägung der vorgenannten Umstände rechtsfehlerfrei vorgenommen. 26

b) Den Angeklagten S. beschwert der Schuldspruch zum Tatkomplex 4 nicht. Insofern hat die Wirtschaftsstrafkammer lediglich Beihilfe angenommen, da sie sichere Feststellungen zum Umfang seiner Leitungsaufgaben als Grundlage ihrer Prüfung einer Arbeitgeberstellung nach dem erneuten Wechsel der offiziellen Betriebsinhaberschaft nicht hat treffen können. 27

c) Das Landgericht hat allerdings auch bei der Strafrahenwahl für die Beihilfetat des Angeklagten S. verkannt, dass in Betracht zu ziehen und mithin zu erörtern war, ob die zu verhängende Strafe nicht nur nach § 27 StGB, sondern zusätzlich gemäß § 28 Abs. 1 i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB zu mildern gewesen wäre. 28

Der Senat kann nicht ausschließen, dass das Landgericht bei rechtsfehlerfreier Strafrahenbestimmung für die Beihilfetat auf eine mildere Strafe erkannt hätte. Die Aufhebung der betreffenden Freiheitsstrafe von sechs Monaten entzieht der Gesamtstrafe die Grundlage. 29

4. Der Anordnung der Einziehung von Wertersatz gegen den Angeklagten S. gemäß § 73 Abs. 1, § 73c StGB liegt hinsichtlich der festgesetzten Höhe von 41.691,13 € ein Berechnungsfehler zugrunde, auf den das Landgericht in den Entscheidungsgründen bereits selbst hingewiesen hat (UA S. 154 f.). Danach sind in den Einziehungsbetrag versehentlich auch Sozialversicherungsbeträge von insgesamt 399,04 € für eine nicht festgestellte Beschäftigung des Arbeitnehmers E. B. im Monat November 2009 eingeflossen (siehe UA S. 86, 92). Der Senat hat die erforderliche Korrektur des Einziehungsbetrages in entsprechender Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO selbst vorgenommen. 30

III.

Aufgrund der Teilaufhebung des angefochtenen Urteils ist die Kostenbeschwerde des Angeklagten Ö. gegenstandslos. 31