

HRRS-Nummer: HRRS 2022 Nr. 48

Bearbeiter: Christian Becker

Zitiervorschlag: HRRS 2022 Nr. 48, Rn. X

## BGH 5 StR 211/20 - Beschluss vom 25. November 2021 (LG Berlin)

Berechnung der Beitragsschäden bei Verurteilung wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt (personenbezogene Schadensberechnung; Schätzung).

§ 266a StGB

### Leitsätze des Bearbeiters

1. Kann das Gericht bei einer Verurteilung wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt die Identität und die Anwesenheitszeiten der betreffenden Arbeiter verlässlich feststellen, können diese Informationen prinzipiell als Basis für eine personenbezogene Berechnung der gezahlten Schwarzlöhne und der dadurch hinterzogenen Sozialversicherungsbeiträge dienen. In diesem Fall ist es jedoch grundsätzlich erforderlich, im Urteil die ermittelten Arbeitsstunden wiederzugeben, die das Gericht seiner Lohnberechnung zugrunde legt. Diese ausdrückliche Angabe von Beschäftigungszeiten kann allenfalls entbehrlich sein, wenn sich die Arbeitsstunden anhand der errechneten Entgelte und des zugrunde gelegten Stundenlohns ohne Weiteres im Wege der Rückrechnung ermitteln lassen.

2. Ist eine personenbezogene Schadensberechnung nicht möglich, ist das Tatgericht gehalten, eine Schätzungsmethode zu wählen, die dem Ziel, der Wirklichkeit durch Wahrscheinlichkeitsüberlegungen möglichst nahe zu kommen, am besten gerecht wird. Bei der Auswahl kommt ihm ein Beurteilungsspielraum zu. Die revisionsgerichtliche Überprüfung beschränkt sich darauf, ob das Tatgericht nachvollziehbar dargelegt hat, warum es sich der gewählten Schätzungsmethode bedient hat und weshalb diese dafür geeignet ist. Um diese Prüfung zu ermöglichen, müssen die Grundlagen der Schätzung in den Urteilsgründen für das Revisionsgericht nachvollziehbar mitgeteilt werden.

### Entscheidungstenor

Auf die Revisionen der Angeklagten und der Einziehungsbeteiligten gegen das Urteil des Landgerichts Berlin vom 12. September 2018 wird

das Verfahren eingestellt, soweit die Angeklagten in den Fällen 43 bis 50 der Urteilsgründe wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt verurteilt worden sind; insoweit fallen die Kosten des Verfahrens sowie die den Angeklagten und der Einziehungsbeteiligten entstandenen notwendigen Auslagen der Staatskasse zur Last;

das vorbenannte Urteil aufgehoben in den Fällen 1 bis 42 und 51 bis 75 der Urteilsgründe mit den Feststellungen zur Höhe der vorenthaltenen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge, in den Aussprüchen über die Einziehung des Wertes von Taterträgen mit den jeweils zugehörigen Feststellungen sowie hinsichtlich der Kompensationsentscheidungen wegen rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung.

Die weitergehenden Revisionen der Angeklagten und der Einziehungsbeteiligten werden verworfen.

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

### Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten M. wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt in 75 Fällen und wegen Bestechung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten und den Angeklagten C. wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt in 75 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und drei Monaten verurteilt. Im Übrigen hat es beide Angeklagte freigesprochen und jeweils drei Monate der verhängten Gesamtfreiheitsstrafe wegen rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung für vollstreckt erklärt. Daneben hat es gegen die Angeklagten und die Einziehungsbeteiligte als Gesamtschuldner die Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 906.951,08 Euro angeordnet. Die auf die Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützten Revisionen der Angeklagten und der Einziehungsbeteiligten führen zu einer Teileinstellung des Verfahrens und mit der Sachrüge zur Aufhebung der verbleibenden Schuldsprüche wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt; im Übrigen erweisen sich die Rechtsmittel als unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

1. Nach den Feststellungen des Landgerichts meldeten die Angeklagten als zunächst faktische und später formelle

Geschäftsführer zwischen Oktober 2006 und April 2009 Lohnzahlungen an Arbeitnehmer, die für die Einziehungsbeteiligte als Arbeitgeberin auf deutschlandweiten Baustellen Trockenbauarbeiten vornahmen, nicht oder nicht vollständig bei den Einzugsstellen der Sozialversicherung an. Dadurch wurden Arbeitnehmer- und Arbeitgeberanteile in Höhe von 906.951,08 Euro vorenthalten (Fälle 1 - 75). Während des Ermittlungsverfahrens bot der Angeklagte M. zudem dem Sachbearbeiter bei der Finanzkontrolle Schwarzarbeit die Zahlung von 50.000 Euro, einen kostenlosen Urlaub und die unentgeltliche Übernahme privater Trockenbauarbeiten an, wenn der Zeuge Tatvorwürfe unter den Tisch fallen lasse (Fall 76).

2. Die Taten 43 bis 50 betreffend die Beitragsmonate Oktober und November 2006 sowie Januar bis einschließlich Juni 2007 waren nach der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Beendigung von Taten nach § 266a StGB (vgl. BGH, Beschluss vom 1. September 2020 - 1 StR 58/19, BGHSt 65, 136) bereits vor Erlass des Eröffnungsbeschlusses am 11. Juli 2017 (§ 78b Abs. 4 StGB) verjährt. In diesem Umfang war das Verfahren daher nach § 206a Abs. 1 StPO einzustellen.

3. Die Verfahrensbeanstandungen bleiben aus den Gründen der Antragschrift des Generalbundesanwalts ohne Erfolg. Insoweit bemerkt der Senat zur erhobenen Besetzungsrüge lediglich ergänzend:

Wird ein Verfahren, etwa wegen voraussichtlich längerer Dauer, auf einen vor einem ordentlichen Sitzungstag liegenden Tag und die folgenden Tage anberaumt und dabei der ordentliche Sitzungstag einbezogen, dieser also frei von anderen Sachen belassen, so liegt lediglich eine Vorverlegung des ordentlichen Sitzungstages vor (vgl. BGH, Urteil vom 7. März 1979 - 3 StR 466/78, GA 1980, 68; LR/Gittermann, GVG, 26. Aufl., § 47 Rn. 3).

4. In den Fällen 1 bis 42 und 51 bis 75 halten die Schuldsprüche wegen § 266a Abs. 1 und 2 StGB sachlich-rechtlicher Prüfung nicht stand.

a) Allerdings hat das Landgericht die Arbeitnehmereigenschaft aller auf den Baustellen beschäftigten Arbeiter ebenso wie die Arbeitgeberbereitschaft der Einziehungsbeteiligten und die Verantwortlichkeit der Angeklagten als zunächst faktische und später formelle Geschäftsführer auf der Grundlage einer sorgfältigen Beweiswürdigung rechtsfehlerfrei festgestellt. Dasselbe gilt für die Annahme eines vorsätzlichen Handelns der Angeklagten; einen Irrtum über die Arbeitgeberbereitschaft und die daraus resultierende Beitragspflicht (vgl. hierzu BGH, Beschluss vom 24. September 2019 - 1 StR 346/18, BGHSt 64, 195) hat das Landgericht tragfähig ausgeschlossen.

b) Die Berechnung der entstandenen Beitragsschäden hält indes der Überprüfung nicht stand. Die auch insoweit im Übrigen sorgfältige Beweiswürdigung weist Darstellungslücken auf, die dem Senat die gebotene Überprüfung nicht ermöglichen.

aa) In den Fällen 1 bis 42 und 58 bis 75 konnten wegen erhöhter Sicherheitsvorkehrungen auf der Baustelle die Identität und die Anwesenheitszeiten der Arbeiter festgestellt werden. Im Ausgangspunkt rechtsfehlerfrei hat das Landgericht diese Anwesenheitsdaten als verlässlich angesehen und darauf eine personenbezogene Berechnung der gezahlten Schwarzlöhne und der dadurch hinterzogenen Sozialversicherungsbeiträge gestützt.

Es hat indes im Urteil die ermittelten Arbeitsstunden nicht wiedergegeben, die es seiner Lohnberechnung zugrunde gelegt hat. Dies ist aber grundsätzlich erforderlich (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Beschluss vom 20. April 2016 - 1 StR 1/16, NStZ 2017, 352 mwN). Die ausdrückliche Angabe von Beschäftigungszeiten mag entbehrlich sein, wenn sich die Arbeitsstunden anhand der errechneten Entgelte und des zugrunde gelegten Stundenlohns ohne Weiteres im Wege der Rückrechnung ermitteln lassen. Daran fehlt es hier aber. Denn das Landgericht hat nicht angegeben, mit welchem der in Betracht kommenden Mindestlöhne es die Arbeitsstunden multipliziert hat, um die Lohnzahlungen zu berechnen. Danach ist die Darstellung der personenbezogenen Schadensberechnung durchgreifend rechtsfehlerhaft.

bb) Soweit eine personenbezogene Berechnung nicht möglich war, hat das Landgericht die Beitragsschäden - im Ausgangspunkt rechtsfehlerfrei - auf Grundlage einer Nettolohnquote von 60% der Nettoumsätze der Einziehungsbeteiligten geschätzt (Fälle 51 bis 59). Auch die Verteilung der Nettoumsätze und damit der hinterzogenen Sozialversicherungsbeiträge auf die einzelnen Beitragsmonate hat das Landgericht im Wege der Schätzung vorgenommen. Es hat sich dabei an den Daten der Abschlagszahlungen an die Einziehungsbeteiligte, wie sie sich aus deren Schlussrechnungen an die Auftraggeber der verfahrensgegenständlichen Bauvorhaben ergaben, orientiert und die jeweilige Zahlung als Nettoumsatz dem vorangegangenen Monat zugeordnet (UA S. 73).

(1) Soweit die Revisionen vortragen, das Landgericht habe diese Verteilungsmethode nicht eingehalten, stützen sie sich auf urteilsfremdes Vorbringen; zulässige Verfahrensrügen hierzu sind nicht erhoben.

(2) Die Darstellung des Landgerichts erweist sich ungeachtet dessen aber auch insoweit als lückenhaft. Das ergibt sich aus Folgendem:

(a) Das Tatgericht ist gehalten, eine Schätzungsmethode zu wählen, die dem Ziel, der Wirklichkeit durch

Wahrscheinlichkeitsüberlegungen möglichst nahe zu kommen, am besten gerecht wird. Bei der Auswahl kommt ihm ein Beurteilungsspielraum zu. Die revisionsgerichtliche Überprüfung beschränkt sich darauf, ob das Tatgericht nachvollziehbar dargelegt hat, warum es sich der gewählten Schätzungsmethode bedient hat und weshalb diese dafür geeignet ist (vgl. BGH, Beschlüsse vom 10. November 2009 - 1 StR 283/09, NStZ 2010, 635; vom 14. Juni 2011 - 1 StR 90/11, NStZ 2011, 645). Um diese Prüfung zu ermöglichen, müssen die Grundlagen der Schätzung in den Urteilsgründen für das Revisionsgericht nachvollziehbar mitgeteilt werden (vgl. für das Steuerrecht BGH, Beschluss vom 11. März 2021 - 1 StR 521/20, NStZ 2021, 743 mwN).

(b) Diesen Maßstäben genügt die Darstellung des Landgerichts unter den Umständen des vorliegenden Falles nicht. 15  
Zwar ist dessen Schätzungsgrundlage, Abschlagszahlungen als im jeweiligen Vormonat erwirtschaftete Nettoumsätze zu berücksichtigen, nicht grundsätzlich zu beanstanden, zumal Schätzungen naturgemäß generalisierenden Charakter haben. Um aber überprüfen zu können, ob die vom Landgericht gewählte Schätzungsmethode für die Zuordnung der Nettoumsätze zu einzelnen Beitragsmonaten geeignet ist, der Wirklichkeit möglichst nahe zu kommen, wäre es hier erforderlich gewesen, die Daten der - im Urteil im Übrigen erörterten (UA S. 145) - Abschlagsrechnungen und gegebenenfalls darin bezeichnete Leistungszeiträume darzulegen. Das hätte es ermöglicht, etwaige relevante zeitliche Verzögerungen der Abschlagszahlungen - auch in Anbetracht der Dauer und des Umfangs der inmitten stehenden Bauvorhaben - in die Beurteilung einzustellen.

c) Angesichts der ausgeführten Darstellungsmängel betreffend die personenbezogene Schadensberechnung und die 16  
Verteilung der anhand der Nettoumsätze geschätzten Lohnzahlungen und damit der hinterzogenen Sozialversicherungsbeiträge auf die Monate des Tatzeitraums kann der Senat - entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts - letztlich nicht ausschließen, dass eine neue Berechnung und Zuordnung der Beitragsschäden auch Auswirkungen auf die Schuldsprüche haben kann (§ 337 Abs. 1 StPO). Da das Landgericht für einzelne Monate keinen Beitragsschaden festgestellt und die Angeklagten daher freigesprochen hat und für eine Mehrzahl von Beitragsmonaten Verjährung eingetreten ist, kommt in Betracht, dass die Angeklagten nach Abzug gemeldeter Entgelte oder aufgrund zeitlicher „Verschiebungen“ von Nettoumsätzen betreffend einzelne Beitragsmonate keine Sozialversicherungsbeiträge vorenthalten haben. Der Senat weist aber in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die vom Landgericht vorgenommene Verrechnung geschätzter Schwarzlöhne mit zu viel gemeldeten Entgelten aus anderen Beitragsmonaten von Rechts wegen nicht geboten ist.

d) Danach haben die Schuldsprüche in den Fällen 1 bis 42 und 51 bis 75 keinen Bestand. 17

Das führt betreffend den Angeklagten M. zum Wegfall der in diesen Fällen verhängten Einzelstrafen und entzieht der 18  
Gesamtfreiheitsstrafe und der lediglich auf die Taten nach § 266a StGB gestützten Einziehungsentscheidung die Grundlage. Seine Verurteilung wegen Bestechung (Fall 76 der Urteilsgründe) ist hingegen rechtsfehlerfrei und hat daher mit der zugehörigen Einzelstrafe Bestand.

Hinsichtlich des Angeklagten C. unterliegt das Urteil der Aufhebung, soweit er wegen der nicht verjährten Taten verurteilt 19  
worden ist. Auch insoweit führt die Aufhebung zum Wegfall des gesamten Strafausspruchs und der Einziehungsentscheidung.

Der Senat hebt auch die Entscheidungen über den gewährten Vollstreckungsabschlag wegen rechtsstaatswidriger 20  
Verfahrensverzögerung auf, um auch insoweit dem neuen Tatgericht zu ermöglichen, unter Beachtung des Verschlechterungsverbots (§ 358 Abs. 2 StPO) und unter Berücksichtigung der im Revisionsverfahren eingetretenen Verzögerungen eine angemessene einheitliche Kompensationsentscheidung zu treffen.

Die Aufhebung der Schuldsprüche entzieht auch hinsichtlich der revidierenden Einziehungsbeteiligten der 21  
Einziehungsentscheidung die Grundlage.

e) Die objektiven und subjektiven Feststellungen zum Schuldspruch mit Ausnahme derjenigen zur Höhe der im jeweiligen 22  
Beitragsmonat vorenthaltenen Sozialversicherungsbeiträge sind hinsichtlich beider Angeklagter von dem Rechtsfehler nicht betroffen und können daher bestehen bleiben (§ 353 Abs. 2 StPO). Gleiches gilt für die den Kompensationsentscheidungen zugrundeliegenden Feststellungen. Im Übrigen waren die Feststellungen aufzuheben.

f) Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat auf Folgendes hin: 23

aa) Das neue Tatgericht wird zu überprüfen haben, welche Krankenkasse im Tatzeitraum die für die Einziehungsbeteiligte 24  
und für die auf UA S. 65 bis 67 bezeichneten Arbeiter zuständige Einzugsstelle war und welche Beitragssätze zur Krankenversicherung sie seinerzeit erhob. Die Beitragssätze sind, was das Landgericht teilweise versehentlich unterlassen hat, für jeden Monat mitzuteilen (st. Rspr., vgl. nur BGH, Beschluss vom 20. April 2016 - 1 StR 1/16, NStZ 2017, 352 mwN).

bb) Nach den Tabellen UA S. 18 bis 32 und 34 bis 61 erscheint zweifelhaft, ob das Landgericht durchgehend bedacht 25  
hat, dass bei Teilschwarzlohnzahlungen lediglich der unangemeldete Lohnanteil auf einen Bruttolohn hochgerechnet

werden darf (vgl. BGH, Beschlüsse vom 10. November 2009 - 1 StR 283/09, NSTZ 2010, 635; vom 7. Dezember 2016 - 1 StR 185/16, NSTZ 2017, 354).

cc) Nicht nachvollziehbar ist auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen, dass das Landgericht im Rahmen der personenbezogenen Schadensberechnung für vier Arbeiter vorenthaltene Sozialversicherungsbeiträge errechnet hat, obwohl für sie in den betreffenden Beitragsmonaten höhere Entgelte gemeldet worden waren als die nach den ermittelten Anwesenheitszeiten gezahlten. Zwar hat das Landgericht nachvollziehbar ausgeführt, dass tatsächlich nicht mehr Entgelte gemeldet als ausgezahlt wurden, sondern die Arbeiter in den betreffenden Monaten weitere nicht dokumentierte Arbeitsstunden erbrachten; dass es sich aber bei den hier verfahrensgegenständlichen Zahlungen (vollständig) um über die gemeldeten Entgelte hinausgehenden Schwarzlohn gehandelt hätte, hat das Landgericht nicht festgestellt. 26

dd) Die weiteren von den Revisionen sowohl gegen die personenbezogene als auch gegen die auf Schätzung beruhende Schadensberechnung vorgebrachten Einwände teilt der Senat nicht. 27

ee) Hinsichtlich der Sozialversicherungsbeiträge, die die Angeklagten im verjährten Tatzeitraum vorenthalten haben, kann die Einziehung des Wertes der ersparten Aufwendungen nach § 76a Abs. 2 Satz 1, § 73 Abs. 1, § 73c Satz 1 StGB in Betracht kommen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 10. Februar 2021 - 2 BvL 8/19, BVerfGE 156, 354; siehe auch BGH, Beschluss vom 10. August 2021 - 3 StR 474/19). 28