



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

4 StR 345/09

vom
2. Februar 2010
in der Strafsache
gegen

wegen Betruges u.a.

Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat auf Antrag des Generalbundesanwalts und nach Anhörung des Beschwerdeführers am 2. Februar 2010 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Rostock vom 28. November 2008 mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben,
 - a) soweit er in den Fällen II. 1 und II. 2 der Urteilsgründe verurteilt worden ist,
 - b) im Ausspruch über die Gesamtfreiheitsstrafe.
2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere als Wirtschaftsstrafkammer zuständige Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.
3. Die weiter gehende Revision wird verworfen.

Gründe:

1. Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Betruges in drei Fällen, davon in zwei Fällen in Tateinheit mit Beihilfe zur Untreue, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren und drei Monaten verurteilt und bestimmt, dass von der verhängten Gesamtfreiheitsstrafe ein Jahr und sechs Monate als vollstreckt gelten. Das Verfahren hinsichtlich der Fälle 1 und 257 der Anklage hat das Landgericht eingestellt.

2 Mit seiner Revision rügt der Angeklagte die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Das Rechtsmittel hat mit der Sachrüge den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg; im Übrigen ist das Rechtsmittel unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

A.

3 Zu den in der Antragsschrift des Generalbundesanwalts vom 21. Dezember 2009 erörterten Verfahrensrügen bemerkt der Senat ergänzend:

4 Auf die Rüge der Verletzung von § 244 Abs. 3 StPO durch Zurückweisung des Beweisantrags vom 1. Juli 2008 („Vertragsstrafe“; RB Bd. III 111 ff.) sowie die im Zusammenhang mit einer möglichen Architekteneigenschaft des Angeklagten erhobene Aufklärungsrüge (RB Bd. III 358 ff.) kommt es – unabhängig von der Frage der Zulässigkeit dieser Rügen – für den allein verbleibenden Fall II. 3 der Urteilsgründe nicht an. Das Landgericht hat seine Feststellungen in Fall II. 3 der Gründe auf die Bekundungen des Zeugen J. , der erneut vernommen werden sollte, nicht maßgeblich gestützt. Es ist ferner nicht erkennbar, inwieweit eine mögliche Architekteneigenschaft des Angeklagten, die das Landgericht nach Ansicht der Revision weiter hätte aufklären müssen, für die Verurteilung wegen Betruges in diesem Fall von Bedeutung hätte sein können. Entsprechendes gilt, soweit die Revision einen Aufklärungsmangel darin sieht, dass das Landgericht näher bezeichnete Bauamtsakten der Stadt- und Kreisverwaltung B. nicht beigezogen hat (RB III 362 ff.).

5 Auch auf die Rüge der Verletzung von § 338 Nr. 5 StPO (RB III 2 ff.) kommt es für Fall II. 3 der Urteilsgründe nicht an. Der Angeklagte hatte am 14. Februar 2008 zu Beginn der Hauptverhandlung ohne Erfolg Verhandlungsunfähigkeit geltend gemacht. Die im Anschluss fortgesetzte Vernehmung des Sachverständigen Dr. F. betraf indessen lediglich den Komplex „Grandhotel“

und damit Fall II. 1 der Urteilsgründe. Ein Urteil unterliegt aber auch bei einem absoluten Revisionsgrund der Aufhebung lediglich in dem Umfang, in dem sich der zugrunde liegende Verfahrensfehler auswirken konnte (BGH, Urteil vom 23. Oktober 2002 – 1 StR 234/02, NJW 2003, 597 f.).

6 Ob die Rüge der Verletzung von § 244 Abs. 3 StPO durch Zurückweisung des Antrags auf Vernehmung des sachverständigen Zeugen Fr. (RB III 236 ff.) unzulässig ist, kann dahinstehen; sie ist jedenfalls unbegründet. Das Landgericht hat die unter Beweis gestellte Tatsache zu Recht aus tatsächlichen Gründen als bedeutungslos angesehen und darauf abgehoben, für die Frage, ob der Angeklagte und der gesondert verfolgte W. durch eine Täuschung eine Zahlung von E. auf ein dem Architekten St. nicht zugängliches Konto veranlasst haben, komme es auf den in dem Zivilrechtsstreit des Architekten St. gegen K. mit Hilfe des Sachverständigen festgestellten Leistungsumfang nicht an.

B.

7 Jedoch haben die Schuldsprüche wegen Betruges in Tateinheit mit Beihilfe zur Untreue in den Fällen II. 1 und II. 2 der Urteilsgründe keinen Bestand, da das Landgericht insoweit den Schaden nicht rechtsfehlerfrei festgestellt hat.

I.

8 Das Landgericht hat zu diesen Taten Folgendes festgestellt:

9 1. Der Zeuge J. beabsichtigte, ein aus dem 19. Jahrhundert stammendes Gebäudeensemble im Seebad H., bekannt unter der Bezeichnung "We.", in Anknüpfung an dessen glanzvolle Historie

zu einem exklusiven Ferienobjekt zu entwickeln. Zu diesem Zweck gründete er am 4. Juni 1996 die E. E. GmbH (fortan E.), deren Gesellschafter und Geschäftsführer er war; weitere Geschäftsführer waren der Zeuge Do. sowie der anderweitig verfolgte W. . Der Angeklagte betrieb zum Tatzeitpunkt ein von ihm gegründetes Architekturbüro (im Folgenden K.) in D. in der Rechtsform einer GbR gemeinsam mit dem gesondert verfolgten Ho. , der an dem Büro eine Minderheitsbeteiligung hielt. Im Geschäftsverkehr trat der Angeklagte als Diplomingenieur und Architekt auf, obwohl er lediglich den Beruf des Maurers erlernt hatte. Es gelang ihm auch in der Folgezeit, diesen Umstand vor den anderen Beteiligten zu verheimlichen. Dem Angeklagten war ebenso wie dem anderweitig verfolgten W. bekannt, dass der Zeuge J. besonderen Wert auf die Übernahme der architektonischen Gestaltung des Gesamtkomplexes in H. durch das international renommierte Büro des New Yorker Architekten St. legte. Beide wussten ferner von der Anweisung des Zeugen J. , alle Planungsleistungen direkt durch die E. zu vergeben und die Auswahl und Kontrolle nicht einem Generalunternehmer, z.B. einem Architekten, im Wege eines Generalplanervertrages zu überlassen. Gleichwohl beabsichtigten der Angeklagte und der gesondert verfolgte W. , die architektonische Umsetzung der Rekonstruktion der historischen Gebäude allein von dem Architekturbüro K. durchführen zu lassen, weil sie erkannt hatten, dass es sich hierbei um einen äußerst lukrativen Auftrag mit einem Honorar in Millionenhöhe handeln würde. Unter Ausnutzung der dem gesondert verfolgten W. vom Zeugen J. eingeräumten Entscheidungsfreiheit gelang es diesem gemeinsam mit dem Angeklagten, entsprechende rechtsgeschäftliche Vereinbarungen zwischen der E. und der K. abzuschließen. Spätestens am 17. September 1996 trafen der Angeklagte und der anderweitig verfolgte W. außerdem die Vereinbarung, dass W. von jedem

Auftrag, der im Rahmen des Projekts H. an K. vergeben werden würde, einen Anteil von 5 % als "Provision" erhalten sollte.

10

2. Am 14. Februar 1997 schlossen die E. , vertreten durch den anderweitig verfolgten W. und den Zeugen Do. , und K. , vertreten durch den Angeklagten, einen "Vertrag zur Beauftragung von Architektenleistungen für Gebäude Grandhotel ... zum Umbau und Erweiterungs-Neubau des H. ". Vertragsgegenstand war die Erbringung der erforderlichen Grundleistungen der Leistungsphasen I bis VII gemäß § 15 HOAI in der damals geltenden Fassung sowie als eigenständige Leistungsphase VIII gemäß § 15 HOAI die künstlerische Oberbauleitung bezogen auf 17 Gebäude in H. zu einem Pauschal festpreis von 9.125.000 DM zuzüglich Nebenkosten in Höhe von 8 % sowie Umsatzsteuer. Weiterhin wurde festgelegt, dass die Leistungen der Leistungsphase I gemäß § 15 HOAI als bereits bezahlt angesehen werden sollten. Die zu erbringenden Grundleistungen wurden in dem Vertrag mit insgesamt 73 % des ermittelten Honorars bewertet, wobei auf die Leistungsphasen I bis IV 33 % und auf die Leistungsphase V 34 % des Pauschalhonorars (= 100 %) entfielen. In einer ergänzenden Vereinbarung vom 14. März 1997 wurde der Leistungsumfang der zu erbringenden Architektenleistungen unter Mitwirkung des Angeklagten auf der Seite der E. auf insgesamt 97 % der Grundleistungen der Leistungsphasen I bis IX gemäß § 15 HOAI erhöht. Zudem wurden Fachingenieurleistungen, nämlich die Tragwerksplanung bei Gebäuden gemäß §§ 64, 65 HOAI, die Planung der technischen Ausrüstung gemäß §§ 73, 74 HOAI und die Planung der Freianlagen gemäß §§ 15, 16 HOAI an K. vergeben. Es wurde ein Pauschal festpreis von 23.954.369 DM zuzüglich 8 % Nebenkosten und Umsatzsteuer, d.h. insgesamt 29.751.326,29 DM brutto vereinbart. In diesen Vertrag wurden zudem zusätzliche Gebäude des sog. "De. " als Bauabschnitt V aufgenommen, obwohl es dazu bereits im Vertrag vom 14. Februar 1997 eine Vereinbarung mit einem Hono-

rarvolumen von 7.420.000 DM gab. Am 30. Mai bzw. 3. Juni 1997 vereinbarten E. und K., erneut unter Mitwirkung des Angeklagten sowie des gesondert verfolgten W., einen "2. Nachtrag zum Architektenvertrag Nr. 1 und Nr. 4 vom 14.02.1997 zur Beauftragung von Leistungen im Fachbereich Bau-physik zur Genehmigungs- und Ausführungsplanung Grandhotel Restaltbauten" zu einem Pauschalpreis in Höhe von 220.000 DM zuzüglich Nebenkosten und Umsatzsteuer.

11 Auf die jeweiligen Abschlagsrechnungen von K., die lediglich pauschal gestellt wurden und keine Leistungsnachweise enthielten, ordnete der anderweitig verfolgte W. mit Wissen des Angeklagten bis Ende Oktober 1997 die Überweisung von insgesamt 4.734.411,40 DM an K. eigenhändig an und veranlasste durch seine wiederholten und nachdrücklichen Versicherungen gegenüber dem Gesellschafter J., die von K. in Rechnung gestellten Leistungen seien vollständig erbracht, die Überweisung weiterer Beträge in Höhe von mindestens 3.500.000 DM an K. bis zum 23. Februar 1998 (Fall II. 1).

12 3. Am 14. März 1997 schlossen K., vertreten durch den Angeklagten, sowie E., vertreten durch den gesondert verfolgten W. sowie den Zeugen Do., den "Generalplanervertrag zur Beauftragung von sämtlichen Architekten- und Ingenieurleistungen Fü. ..." zu einem Pauschalpreis in Höhe von 1.800.000 DM zuzüglich Nebenkosten und Umsatzsteuer. Für das Projekt "Fü." erhielt der gesondert verfolgte W. von K. bis zum 15. Juni 1998 eine Provisionszahlung in Höhe von 18.027,61 DM netto. Diesen Betrag nahm das Landgericht als Vermögensschaden an. Aus den weiteren Urteilsgründen ergibt sich, dass die Strafkammer - ausgehend von der Prämisse, dass K. das vollständige Honorar für die Leistungsphasen I bis IV gemäß § 15 HOAI verdient hatte -, für das Projekt "Fü." keine sicheren Feststellungen zu einer Überzahlung von K. treffen konnte (Fall II. 2).

II.

13 Im Fall II. 1 der Urteilsgründe hat das Landgericht angenommen, dass der Angeklagte im bewussten und gewollten Zusammenwirken mit dem gesondert verfolgten Ho. wissentlich überhöhte Abschlagsrechnungen über einen Gesamtbetrag von 24.768.491,05 DM stellte und beabsichtigte, K. dadurch einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, indem er zusammen mit Ho. die bei E. für die Zahlung verantwortlichen Personen, mit Ausnahme des in den Tatplan eingeweihten W., über die Höhe der fälligen Honoraranprüche täuschte. Der gesondert verfolgte W. habe daraufhin mit den nicht eingeweihten Zeugen Do. bzw. S. die Auszahlung eines K. nicht zustehenden Betrages von insgesamt mindestens 4.196.358,90 DM bewirkt, der als Vermögensschaden anzusehen sei. Der Angeklagte habe durch sein Handeln zugleich Beihilfe zur Untreue des W. geleistet. Diese Ausführungen begegnen in mehrfacher Hinsicht durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

14 1. Soweit das Landgericht in dem Verhalten des Angeklagten eine Beihilfe zur Untreue des gesondert verfolgten W. gesehen hat, ist den Urteilsausführungen nicht hinreichend deutlich zu entnehmen, ob die Strafkammer bei der Ermittlung des Vermögensschadens einen zutreffenden Berechnungsansatz gewählt hat. Zwar ist es im Ansatz zutreffend, bei Honorarzahlungen an einen Architekten zur Schadensermittlung die vom Auftraggeber geleisteten Zahlungen den vom Architekten erbrachten Leistungen und damit den von ihm verdienten Honoraren gegenüberzustellen. Dabei müssen aber die zwingenden Regelungen über die Mindestsätze nach der HOAI beachtet werden. Ein – wie hier – vereinbarter Pauschalfestpreis darf daher bei der Ermittlung des Schadens nur dann zugrunde gelegt werden, wenn er nicht den Betrag unterschreitet, der sich aus einer insgesamt zutreffenden fiktiven Berechnung nach den Mindestsätzen der HOAI ergibt. Wegen der Einzelheiten verweist der Senat auf

die Ausführungen in seinem den gesondert verfolgten W. betreffenden Beschluss vom 10. November 2009 (4 StR 194/09). Im Hinblick auf das in § 4 Abs. 1 HOAI a.F. normierte Gleichzeitigkeitserfordernis beim Abschluss von Architekten- bzw. Ingenieurvertrag einerseits und Honorarvereinbarung andererseits wird auch die Wirksamkeit der zugrunde liegenden Pauschalhonorarvereinbarung zu erörtern sein.

15 2. Die Annahme des Landgerichts, der Angeklagte habe sich in diesem Fall nur wegen einer (einheitlichen) Tathandlung des Betruges im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, steht im Widerspruch zu den insoweit getroffenen Feststellungen.

16 a) Die Strafkammer hat ausgeführt, der Angeklagte habe gemeinschaftlich mit dem gesondert verfolgten Ho. durch die Erstellung überhöhter Abschlags- und Teilschlussrechnungen in zahlreichen, näher bezeichneten Fällen über die in den Rechnungen „jeweils“ dargestellten Leistungsstände (zum Zeitpunkt) der Rechnungsstellung getäuscht. Die darin der Sache nach zum Ausdruck kommende Bewertung jeder einzelnen Rechnungsstellung als Täuschungshandlung im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu Betrugsstraftaten im Zusammenhang mit Abrechnungen auf der Grundlage von verbindlichen Abrechnungssystemen wie beispielsweise einer Gebührenordnung. Wird nach einer solchen Gebührenordnung abgerechnet, enthält die Vorlage jeder einzelnen Liquidation die konkludente Behauptung, die abgerechnete Leistung sei tatsächlich erbracht worden und nach dem jeweiligen Regelwerk abrechenbar (vgl. nur BGH, Urteil vom 10. März 1993 – 3 StR 461/92, BGHR StGB § 263 Abs. 1 Täuschung 12 für die Abrechnung eines Kassenarztes; SSW-StGB/Satzger § 263 Rdn. 44). Das Landgericht hat jedoch nicht hinreichend in den Blick genommen, dass für die nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung vorzunehmende Ermittlung des Vermögens-

schadens, also für den Vergleich des Vermögensstandes vor und nach der schädigenden Verfügung (st. Rspr.; vgl. nur BGHSt 15, 342, 343; 30, 388, 389; 34, 199, 203), dann auch nur die auf der Grundlage jeder einzelnen Rechnung erfolgte Zahlung maßgebend sein kann. Das Landgericht hätte daher – unter Berücksichtigung der vom Senat in seinem Beschluss vom 10. November 2009 (4 StR 194/09) näher dargelegten Vorgaben des Regelwerks der HOAI – den nach Begleichung jeder Rechnung eingetretenen Vermögensschaden gesondert feststellen müssen. Der allgemeine Hinweis, die einzelnen Rechnungen seien überhöht gewesen, reicht zur Bestimmung eines konkreten Schadens nicht aus.

17 b) Für die neue Verhandlung und Entscheidung wird insoweit Folgendes zu bedenken sein:

18 Gelangt der neue Tatrichter bei der – zweckmäßigerweise mit Hilfe eines Sachverständigen durchzuführenden – Schadensermittlung in einzelnen Fällen unter Berücksichtigung der zwingenden Regelungen der HOAI über die Honorar-Mindestsätze dazu, dass der jeweils geleisteten Abschlagszahlung eine von K. erbrachte Leistung gegenüber steht, durch die ein den Verlust aufwiegender Vermögenszuwachs begründet wurde, wird jeweils eine Strafbarkeit des Angeklagten wegen versuchten Betruges in Betracht zu ziehen sein. Für die gegebenenfalls zu bildenden Gesamtstrafe gilt das Verschlechterungsverbot (§ 358 Abs. 2 Satz 1 StPO).

III.

19 1. Soweit das Landgericht in Fall II. 2 der Urteilsgründe eine Täuschung durch Unterlassen angenommen hat, weil der Angeklagte die mit dem gesondert verfolgten W. getroffene Provisionsabrede E. gegenüber hätte offen legen müssen, hat es nicht bedacht, dass vertragliche Pflichten aus gegenseitig-

gen Rechtsgeschäften nicht ohne weiteres für die Annahme der erforderlichen Aufklärungspflicht ausreichen, die regelmäßig mit einer solchen aus § 13 StGB gleichzusetzen ist (BGHR StGB § 263 Abs. 1 Täuschung 13; MünchKomm StGB-Hefendehl § 263 Rdn. 136). Der Abschluss eines Austauschvertrages begründet in der Regel keine Offenbarungspflicht hinsichtlich solcher Umstände, die in die Risikosphäre des jeweiligen Vertragspartners fallen; das gilt insbesondere für die Preisgestaltung (Fischer StGB 57. Aufl. § 263 Rdn. 49). Dass im vorliegenden Fall ausnahmsweise über das allgemeine Vertragsverhältnis hinaus ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen E. einerseits und K. andererseits bestanden hätte, aus dem eine strafrechtlich relevante Garantspflicht zur Offenbarung abgeleitet werden könnte (vgl. dazu BGHR aaO), belegen die im angefochtenen Urteil getroffenen Feststellungen nicht.

20

2. Ferner hätte das Landgericht auch in diesem Fall die Mindestsätze der HOAI berücksichtigen müssen. Bezogen auf das Projekt "Fü. " kommt ein Nachteil i.S.d. § 266 StGB für den Geschäftsherrn, hier die E. , auf Grund der dem gesondert verfolgten W. zugeflossenen Provision nur in Betracht, wenn der Zuwendende bereit gewesen wäre, seine Leistung auch zu einem um die Kick-Back-Zahlung reduzierten Entgelt zu erbringen. Der Schaden liegt dann darin, dass der Treupflichtige die konkrete und sichere Möglichkeit eines günstigeren Abschlusses nicht für seinen Geschäftsherrn realisiert hat (vgl. BGHSt 31, 232; MünchKomm StGB-Dierlamm § 266 Rdn. 231 m.w.N.). Zwar hat die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei Provisions- oder Schmiergeldzahlungen in der Regel einen Nachteil im Sinne des § 266 StGB angenommen. Dieser Rechtsprechung liegt die Erwägung zugrunde, dass jedenfalls mindestens der Betrag, den der Vertragspartner für Schmiergelder aufwendet, auch in Form eines Preisnachlasses dem Geschäftsherrn des Empfängers hätte gewährt werden können (BGHSt 50, 299, 314; BGH, Beschluss vom 11. November 2004 - 5 StR 299/03, jeweils m.w.N.). Dies würde hier aber bereits dann

ausscheiden, wenn schon der ausgehandelte Pauschalpreis die Mindestsätze der HOAI unterschritt oder deren Mindestsätzen jedenfalls entsprach.

C.

- 21 Die Verurteilung wegen Betruges im Fall II. 3 der Urteilsgründe hält rechtlicher Überprüfung stand. Insoweit wird auf die Ausführungen des Generalbundesanwalts in seiner Antragschrift vom 21. Dezember 2009 sowie auf den Beschluss des Senats vom 10. November 2009 (4 StR 194/09) im Verfahren gegen den gesondert verfolgten W. Bezug genommen.

Tepperwien

Maatz

Solin-Stojanović

Ernemann

Franke