



5 StR 581/07  
(alt: 5 StR 334/05)

# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

vom 8. Februar 2008  
in der Strafsache  
gegen

wegen Betrugs u. a.

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 8. Februar 2008 beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Berlin vom 1. August 2007 nach § 349 Abs. 4 StPO aufgehoben
  - a) im Tatkomplex 4 der Urteilsgründe mit den zugehörigen Feststellungen,
  - b) im Ausspruch über die Gesamtstrafe.
2. Die weitergehende Revision des Angeklagten wird nach § 349 Abs. 2 StPO als unbegründet verworfen.
3. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

### G r ü n d e

- 1 Das Landgericht hatte im ersten Rechtsgang den Angeklagten wegen Betrugs in vier Fällen, wegen Subventionsbetrugs, wegen Steuerhinterziehung in 18 Fällen, wegen versuchter Steuerhinterziehung und wegen vorsätzlicher Verletzung der Buchführungspflicht zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt. Nachdem der Senat diese Entscheidung hinsichtlich der Verurteilung wegen Betrugs in vier Fällen und im gesamten Strafausspruch gemäß § 349 Abs. 4 StPO unter Aufrechterhaltung im Übrigen aufgehoben hatte (BGH wistra 2006, 228), hat das Landgericht im zweiten Rechts-

gang den Angeklagten erneut wegen Betrugs (nunmehr in einem statt in vier Fällen) verurteilt und gegen ihn eine Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten verhängt. Auf die Sachrüge des Angeklagten ist die erneute Verurteilung wegen Betrugs aufzuheben, was die Aufhebung der Gesamtstrafe nach sich zieht. Im Übrigen ist das Rechtsmittel des Angeklagten unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

I.

2

Der Senat hat in seiner im ersten Rechtsgang erlassenen Revisionsentscheidung den Schuldspruch mit Ausnahme der Verurteilung wegen Betrugs bestätigt. Insoweit hat er das landgerichtliche Urteil mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben, weil die Annahme eines Vermögensschadens rechtsfehlerhaft begründet war. Das Landgericht hatte bereits deswegen einen Schaden in Höhe der jeweils ausgereichten Fördermittel in Höhe von insgesamt rund 1,98 Mio. DM angenommen, weil die I.

B. B. (IBB) bei Kenntnis vom Scheincharakter der vom Angeklagten eingereichten Baurechnungen die Auszahlung hätte verweigern können und tatsächlich verweigert hätte. Ein Vermögensschaden in dem hier vorliegenden Fall der Subventionsgewährung hätte jedoch die Feststellung vorausgesetzt, ob und in welchem Umfang der Angeklagte die Geldmittel zweckwidrig verwendete. Der Senat hat daher dem neuen Tatrichter aufgegeben, Feststellungen zum Subventionszweck zu treffen. Sollte dieser im Denkmalschutz liegen, bedürfe es zur Prüfung einer zweckwidrigen Verwendung eines Abgleichs der Höhe der vom Angeklagten über zwei seiner Baufirmen tatsächlich geleisteten Aufwendungen mit den Scheinrechnungssummen. Im Falle der Unaufklärbarkeit des Werts der tatsächlich durchgeführten Bauleistungen könnte ein Mindestschaden in Höhe der vom gesondert verfolgten S. für das Ausstellen der Scheinrechnungen einbehaltenen Provision bestehen, wenn der Angeklagte nur mittels der Scheinrechnungen die Fördergelder erhalten konnte.

II.

- 3                    Das Landgericht hat im zweiten Rechtsgang im Wesentlichen Feststellungen getroffen, die mit denjenigen aus der früheren Verurteilung übereinstimmen. Nach den weiteren Feststellungen lag der der Subventionsvergabe zugrundeliegende Zweck im Denkmalschutz durch Unterstützung des Eigentümers bei der Wiederherstellung denkmalgeschützter Bausubstanz. Die Überprüfungen des Baufortschritts durch die Ingenieurin G. von der IBB ergaben keine Beanstandungen. Feststellungen dazu, warum sich die L. GmbH an der Ausschreibung beteiligte und ob sie im Zeitraum April bis Dezember 2001 dem Angeklagten Scheinrechnungen allein im Hinblick auf die Subventionsvergabe ausstellte, hat das Landgericht nicht zu treffen vermocht. Insbesondere hat es sich nicht davon überzeugen können, dass die Bauleistungen der vom Angeklagten eingesetzten Firmen bei Offenlegung des Sachverhalts nicht förderungsfähig gewesen wären. Des Weiteren enthält das angefochtene Urteil keine Feststellungen zum Umfang der tatsächlichen Aufwendungen der beiden Firmen des Angeklagten und demzufolge auch keinen Abgleich mit der Höhe der Scheinrechnungssummen.
- 4                    Das Landgericht hat sich allerdings davon überzeugt, dass der Angeklagte mit dem nunmehr zu einer mehrjährigen Freiheitsstrafe rechtskräftig verurteilten S. auch bezüglich der hier gegenständlichen Scheinrechnungen eine sogenannte Provisionsabrede dem Grunde nach getroffen hatte, wonach S. 10 % der Rechnungssummen (ohne Umsatzsteuer), mithin Beträge in Höhe von 150.000 DM bis 350.000 DM, für das Ausstellen der Rechnungen einbehalten durfte. Tatsächlich vereinnahmte S. insoweit (neben der nicht abgeführten Umsatzsteuer) von den vom Angeklagten zur Aufrechterhaltung des Scheins eines regulären Zahlungsverkehrs auf ein Konto der L. GmbH gezahlten Rechnungsbeträgen wenigstens 10.000 DM für sich. Dies macht nach der Auffassung des Landgerichts den Mindestbetrugsschaden aus, weil zumindest in dieser Höhe die Fördermittel nicht in dem Baudenkmal verarbeitet worden seien.

Für diesen Betrug hat das Landgericht insbesondere unter Berücksichtigung des nach der Abrede zu erwartenden wesentlich höheren Provisionseinhalts und unter Annahme einer Bewertungseinheit infolge sukzessiver Tatausführung eine Einzelfreiheitsstrafe von einem Jahr verhängt.

### III.

5 Die Revision des Angeklagten führt wiederum zur Aufhebung des  
6 Schuldspruchs in den nunmehr vom Landgericht zu einer Tat zusammenge-  
7 fassten Betrugsfällen.

8 1. Die vom Landgericht getroffenen Feststellungen vermögen eine  
9 Verurteilung wegen Betrugs oder wegen Subventionsbetrugs nicht zu rech-  
10 fertigen.

11 a) Die Annahme eines Mindestbetrugsschadens in Höhe der von  
12 S. einbehaltenen Gelder begegnet durchgreifenden Bedenken.

13 aa) Nach der Entscheidung des Senats im ersten Rechtsgang war im  
14 Grundsatz die Höhe des Betrugsschadens nach der Subventionsquote zu  
15 bestimmen, die auf den Differenzbetrag entfällt, der sich aus der Summe der  
16 Scheinrechnungen abzüglich der tatsächlichen Aufwendungen des Ange-  
17 klagten errechnet. Feststellungen zur Höhe der über die beiden Firmen des  
18 Angeklagten erbrachten Bauleistungen hat das Landgericht nicht getroffen.  
19 Damit ist nicht belegt, dass der tatsächliche Aufwand geringer als die Schein-  
20 rechnungssummen war und sich der Angeklagte mithin unberechtigt Förder-  
21 gelder für tatsächlich nicht entstandene Aufwendungen erschleichen und  
22 diesen Teil der Subventionsleistungen zweckwidrig verwenden wollte.

23 bb) Der Senat hatte ferner die Möglichkeit angedeutet, hilfsweise auf  
24 der Grundlage der von S. einbehaltenen Provisionszahlungen den  
25 Mindestschaden zu bestimmen. Da die Subventionen aber an den Angeklag-

ten erst nach Durchführung und Abrechnung der Baumaßnahmen ausgezahlt wurden, durfte das Landgericht nicht ohne Weiteres die von S. einbehaltenen Gelder als Grundlage für die Bestimmung des Mindestschadens heranziehen. Nur soweit die Scheinrechnungen der Herbeiführung von unberechtigten Subventionsleistungen gedient haben, konnte nämlich davon ausgegangen werden, dass insoweit das Entgelt für S. in den Scheinrechnungen enthalten war. Erst dann wäre dieser Sachverhalt den Schmiergeldfällen bei Auftragsvergabe hinreichend ähnlich, bei denen der bestechende Auftragnehmer seine Schmiergeldzahlungen in den Angebotspreis eingerechnet hat (vgl. dazu BGHSt 47, 295, 298 f.; 49, 317, 332 f.).

10                   (1) So wäre die Zahlung einer „Provision“ an S. für den Angeklagten dann wirtschaftlich vorteilhaft gewesen, wenn er nur über das Einreichen von Scheinrechnungen die Subventionsbeträge, die zudem das für S. vorgesehene Entgelt hätten übersteigen müssen, hätte erlangen können. Diese Annahme hätte also die Feststellung vorausgesetzt, dass die über die eigenen Firmen erbrachten Bauleistungen – etwa vor dem Hintergrund der Förderung der mittelständischen Bauwirtschaft oder einer von der IBB eingeforderten klaren Rechnungslage als Schutzmaßnahme vor einer undurchsichtigen Überteuerung der Baumaßnahmen (vgl. UA S. 6) – bereits dem Grunde nach und nach materiellem Recht nicht förderungsfähig gewesen wären. In diesem Falle wäre sogar die gesamte ausgezahlte Subvention Betrugsschaden. Dabei hätte es den Angeklagten nicht beschwert, dass nur ein deutlich geringerer Schaden – als sogenannter Mindestschaden – angenommen worden wäre. Derartige Feststellungen hat das Landgericht jedoch gerade nicht – auch nicht mit Blick auf die von ihm wiedergegebene Aussage des Zeugen S. (UA S. 28) – getroffen.

11                   (2) Wenn die eigenen Bauleistungen des Angeklagten förderungsfähig gewesen wären, hätte dieser Rechnungen seiner beiden Firmen an sich bei der IBB einreichen können. Dann wäre die Provisionszahlung an S. für den Angeklagten nur lukrativ gewesen, wenn er sich Fördergelder über

den tatsächlich entstandenen Aufwand hinaus erschleichen wollte. Zugleich hätten die unberechtigten Subventionsbeträge so hoch sein müssen, dass beim Angeklagten nach Abzug des Entgelts für S. ein Betrugsgewinn verblieben wäre (andernfalls hätte der Angeklagte von seinen eigenen Firmen ausgestellte – überhöhte – Rechnungen einreichen können). In diesem Fall wäre die mit S. verabredete Provision zur Höhe der unberechtigt erlangten Subvention in Beziehung zu setzen. Dabei ergäbe sich die unberechtigte Subvention aus der Subventionsquote, die auf die Differenz der Scheinrechnungssummen und des tatsächlichen Aufwands entfiel. Nur wenn die Provision für S. unter diesem Subventionsteil läge, wäre das Einreichen von Scheinrechnungen für den Angeklagten sinnvoll gewesen. Dabei gilt, dass der fingierte Aufwand umso höher hätte sein müssen, je geringer die Subventionsquote gewesen wäre.

12 Auch einen derartigen zwischen dem Angeklagten und S. verabredeten Tatplan hat das Landgericht nicht festgestellt. Sofern es in der Beweiswürdigung maßgeblich auf die Bekundungen des Zeugen S. abstellt, wonach dieser „seine Zahlungen aus den Geldmitteln erhalten“ habe, „die von der IBB auf das seinem Zugriff unterliegende Konto der L.

GmbH erfolgt seien“ (UA S. 31), widerspricht dies den Urteilsfeststellungen. Danach zahlte die IBB die Subventionen an den Angeklagten aus, wobei offen bleibt, in welchem Umfang die Fördergelder die Scheinrechnungen betrafen. Demnach handelt es sich bei der Aussage des S., er „habe die Provisionen vom Angeklagten aus den Geldern der IBB“ erhalten (UA S. 28), um eine bloße Vermutung dieses Zeugen, die die Annahme eines Tatplans zur Förderungserschleichung nicht zu tragen vermag.

13 (3) Das Landgericht hat hingegen bereits deswegen einen Betrugschaden angenommen, weil es von einem Provisionseinbehalt in Höhe von 10.000 DM ausgegangen ist. Nach den Feststellungen des Landgerichts bilden die 10.000 DM jedoch nicht das vereinbarte Entgelt, das nach dem Tatplan Grundlage für einen Mindestschaden sein könnte. Vielmehr behält

S. diesen Betrag ein, ohne dass festgestellt worden ist, auf welche Rechnung sich der Einbehalt bezog und wann er vorgenommen wurde (UA S. 9). Es bleibt deshalb offen, ob dieser Betrag aus den gezahlten Subventionen oder aus den allgemein dem Angeklagten zur Verfügung stehenden Geldquellen gezahlt wurde. Abgesehen davon, dass dann dieser Betrag nicht in vollem Umfang, sondern nur in Höhe der – vom Landgericht nicht festgestellten – Subventionsquote den Mindestschaden des Subventionsgebers darstellen würde, hat das Landgericht die Möglichkeit nicht in den Blick genommen, dass die Scheinrechnungen zunächst einem anderen Zweck gedient haben könnten, etwa dem der Steuerhinterziehung, welches mit Blick auf Fall 45 der Anklage nahe liegt. Mithin ist nicht tragfähig begründet, dass die von S. vereinnahmten 10.000 DM aus den von der IBB gewährten Fördergeldern geleistet wurden und nicht aus dem Vermögen des Angeklagten – etwa aus seiner rechtswidrigen Steuerersparnis – resultierten.

14 b) Die Feststellungen tragen auch nicht die Verurteilung wegen Subventionsbetrugs, der der Strafbestimmung des Betrugs vorgeht. Nach den nunmehr unter besonderer Berücksichtigung der Vorgaben des Senats getroffenen Feststellungen sollten die Zuwendungen gerade nicht der Förderung der Wirtschaft (§ 264 Abs. 7 Satz 1 Nr. 1b StGB) dienen. Dies war auch kein Nebenzweck.

15 2. Der Senat schließt aus, dass der Rechtsfehler im Tatkomplex 4 die im zweiten Rechtsgang deutlich reduzierten Einzelstrafen in den übrigen Fällen beeinflusst haben kann.

#### IV.

16 Nach alledem bedarf die Sache im Tatkomplex 4 der Urteilsgründe neuer Aufklärung und Bewertung, sofern der neue Tatrichter nicht mit Blick

auf die übrigen nunmehr rechtskräftigen 21 Einzelstrafen und den bisherigen Zeitablauf von der Möglichkeit des § 154 Abs. 2 StPO Gebrauch macht.

Gerhardt

Raum

Brause

Schaal

Jäger