

HRRS-Nummer: HRRS 2014 Nr. 512

Bearbeiter: Karsten Gaede

Zitiervorschlag: HRRS 2014 Nr. 512, Rn. X

BGH 1 StR 13/13 - Beschluss vom 25. April 2014 (LG Potsdam)

BGHSt; konkludente Täuschung über subventionsrechtlich erhebliche Preisbestandteile durch Einreichung eines Subventionsantrags (tatsächlich entstandene Kosten; verdeckte Zahlungsrückflüsse [kick-backs] beim Einsatz von Subsunternehmern); Vermögensschaden bei Subventionsbetrug (schadensgleiche Vermögensgefährdung beim Erlass eines Zuwendungsbescheides: Erreichung und Bestimmung des Förderzwecks; Mittelabruf; Beendigung und Verjährung bei sukzessivem Subventionsabruf); Geschäftsverteilung bei Wirtschaftsstrafsachen (Konzentrationsgebot; Bildung mehrerer Wirtschaftsstrafkammern; gesetzlicher Richter); Besorgnis der Befangenheit (Besuchsüberwachung und Postbeschlagnahme bei Verteidiger im Hintergrund; rechtzeitige Ablehnung).

§ 263 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StGB; § 264 StGB; § 78 StGB; § 78a StGB; § 35 GmbHG; § 43 GmbHG; § 181 BGB; Art. 103 Abs. 2 GG; § 74c Abs. 1 GVG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 338 Nr. 1 und Nr. 3 StPO; § 24 StPO; § 25 StPO; § 148 StPO

Leitsätze des Bearbeiters

1. Die Aufteilung der Wirtschaftsstrafsachen eines Landgerichts auf zwei Wirtschafts-strafkammern (§ 74c Abs. 1 GVG) erfordert nicht zwingend, dass der Geschäftsanfall an Wirtschaftsstrafsachen für jede der beiden Wirtschaftsstrafkammern mehr als 50 Prozent beträgt. (BGHSt)
2. Mit der Einreichung eines Subventionsantrags gibt der Antragsteller zugleich die Erklärung ab, dass die geltend gemachten Kosten tatsächlich entstanden sind und keine verdeckten Zahlungsrückflüsse oder sonstige nicht näher angegebene Provisionen enthalten. (BGHSt)
3. Diese konkludente Täuschung kann sich aus Pflichten ergeben, die dem Antragsteller gesellschaftsrechtlich gegenüber eingesetzten Subunternehmern bei der internen Preisbildung obliegen und deren Verletzung zu schädigenden Zahlungsflüssen zulasten des Subventionsgebers führen. (Bearbeiter)
4. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt es für das Vorliegen eines Vermögensschadens bei täuschungsbedingter Erlangung von Subventionen darauf an, ob der Subventionszweck erreicht wurde. Bei zweckwidriger Verwendung der Fördermittel entsteht beim Subventionsgeber ein Schaden, der sich daraus ergibt, dass die zweckgebundenen Mittel verringert werden, ohne dass der erstrebte sozialpolitische Zweck erreicht wird. Wird der Subventionszweck jedoch erreicht, führt ein sonstiger Verstoß gegen haushaltsrechtliche Grundsätze nicht ohne weiteres zu einem Vermögensschaden. Allein der Umstand, dass der Antragsteller über die Höhe des angefallenen Aufwandes täuscht, führt nicht zu einem Schaden in Höhe der vollen Subventionssumme. Als Betrugsschaden ist lediglich der Anteil der Fördersumme anzusehen, der von dem Subventionsgeber zu viel geleistet wurde (BGH NSTZ 2006, 624). (Bearbeiter)
5. In Fällen, in denen das Gericht über ein Ablehnungsgesuch in fehlerhafter Besetzung entschieden hat und dadurch das Recht auf den gesetzlichen Richter gemäß Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verletzt worden ist, ist allein deswegen der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 3 StPO gegeben. Ein solcher Fall liegt bei einem Verstoß gegen eine Zuständigkeitsregelung aber nur dann vor, wenn die Auslegung der Zuständigkeitsnorm oder ihre Handhabung im Einzelfall willkürlich oder offensichtlich unhaltbar ist oder wenn die richterliche Entscheidung Bedeutung und Tragweite der Verfassungsgarantie grundlegend verkannt hat. (Bearbeiter)

6. In welcher Reihenfolge über mehrere Ablehnungsgesuche zu entscheiden ist, die sich gegen verschiedene Richter eines Spruchkörpers richten, ist nicht eindeutig geklärt. Einigkeit besteht jedenfalls darüber, dass mehrere nacheinander angebrachte und auf unterschiedliche Gründe gestützte Ablehnungsgesuche nacheinander zu bescheiden sind. Bei der Ablehnung eines erkennenden Richters und der darauffolgenden Ablehnung der übrigen erkennenden Richter für die Entscheidung über das Befangenheitsgesuch neigt der Senat zu der Auffassung, dass folgendes Rangverhältnis zwischen den Ablehnungsgesuchen besteht: Es ist stets vorrangig eine Entscheidung hinsichtlich der nur für die Entscheidung über das zunächst angebrachte Ablehnungsgesuch abgelehnten Richter herbeizuführen. (Bearbeiter)

7. Die Besorgnis der Befangenheit lässt sich nicht schon allein mit einer fehlerhaften Sachbehandlung begründen. Verfahrensverstöße, die auf einem Irrtum oder auf einer unrichtigen Rechtsansicht beruhen, stellen grundsätzlich keinen Ablehnungsgrund dar. Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn die Entscheidungen abwegig sind oder den Anschein der Willkür erwecken (st. Rspr.). (Bearbeiter)

8. Das Öffnen von als Verteidigerpost gekennzeichneten Sendungen ist, auch wenn es nur der Prüfung des Bestehens eines Verteidigungsverhältnisses dienen soll, selbst in Fällen des Missbrauchsverdachts unzulässig. (Bearbeiter)

Entscheidungstenor

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Potsdam vom 13. Juni 2012

a) im Strafausspruch im Fall II. 2. der Urteilsgründe (Betrug zum Nachteil der I.),

b) im Ausspruch über die Gesamtstrafe aufgehoben.

2. Die weitergehende Revision wird als unbegründet verworfen.

3. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts Frankfurt/Oder zurückverwiesen.

Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Betruges, Untreue sowie Steuerhinterziehung in zwei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren und acht Monaten verurteilt. Gegen dieses Urteil wendet sich der Angeklagte mit seiner auf die Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützten Revision. Das Rechtsmittel erzielt mit der Sachrüge den aus der Beschlussformel ersichtlichen Erfolg (§ 349 Abs. 4 StPO), im Übrigen ist es unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO. 1

A

I. Nach den Feststellungen des Landgerichts - soweit sie der Verurteilung wegen Betruges zugrunde liegen - plante der Angeklagte die Errichtung eines Tourismusresorts am S. in W. (im Folgenden: "Resort S."). Die Finanzierung des Projekts sollte zum Teil durch Fördermittel der I. bank des Landes Brandenburg (im Folgenden: I.) aufgrund der Richtlinie des Landes Brandenburg zur Förderung der gewerblichen Wirtschaft im Rahmen der Gemeinschaftsaufgabe "Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur" (GAG) vom 28. Dezember 2001 erfolgen. 2

Zuwendungsempfängerin war die zu diesem Zweck am 8. Mai 2003 gegründete T. mbH (im Folgenden: T.), an der der Angeklagte mit 24,5 % beteiligt war. Der Angeklagte wurde neben zwei weiteren Personen zum Geschäftsführer bestellt, wobei lediglich der Angeklagte von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit wurde. Nach der internen Aufgabenteilung fielen das operative Geschäft und insbesondere die finanziellen Belange der Gesellschaft in den Zuständigkeitsbereich des Angeklagten, der als "geistiger Kopf" die Geschicke der T. lenkte, wohingegen die Mitgeschäftsführer keine Kenntnisse über die finanziellen Einzelheiten im Zusammenhang mit der Errichtung des Resorts hatten. 3 4

Am 15. April 2003 stellte die T. in Gründung bei der I. einen allein vom Angeklagten unterzeichneten Förderantrag 5

für das "Resort S.". Dabei war von Anfang an vorgesehen, dass die T. die P. GmbH (im Folgenden: P.), deren Geschäftsführer und alleiniger Gesellschafter der Angeklagte war, mit der schlüsselfertigen Errichtung des Resorts beauftragen sollte. Die P. sollte dann ihrerseits einen Generalunternehmer beauftragen.

Ein Entwurf des Förderbescheids der I. vom 22. Dezember 2003 sah neben der Bewilligung von Zuwendungen in Höhe von 9.206.600 € folgende Nebenbestimmung vor: "Nicht zuwendungsfähig sind insbesondere (...). Des Weiteren werden Gebühren oder Gewinnaufschläge der P. P. GmbH nicht gefördert." Da der Angeklagte beabsichtigte, das von der I. geforderte Eigenkapital von 3,88 Mio. € durch die Gewinne der P. aus der Errichtung des Resorts zu generieren, wandte er sich mit Schreiben vom 14. Januar 2004 an die I. und schlug vor, "die Gebühren und Gewinnaufschläge ausschließlich auf einen Bezug zu verbundenen Unternehmen zu begrenzen und wie folgt zu formulieren: In den ausgewiesenen förderfähigen Bereichen A und B dürfen keine Gebühren und Gewinnaufschläge von verbundenen Unternehmen enthalten sein". 6

Am 18. März 2004 erließ die I. den Zuwendungsbescheid und bewilligte bei einem Gesamtinvestitionsvolumen von 38.709.580 € Zuwendungen in Höhe von 9.206.600 €, die je zur Hälfte aus Haushaltsmitteln des Bundes und des Landes Brandenburg bzw. aus Mitteln des Europäischen Fonds für regionale Entwicklung stammten. Der Fördersatz betrug 26,5973643 % der als zuwendungsfähig eingestuften Investitionen in Höhe von 34.614.708 €, die sich aus Beträgen in Höhe von 1.685.750 € für Grunderwerb, 28.568.451 € für bauliche Investitionen und 4.360.507 € für Einrichtungen bzw. Anlagen zusammensetzten. Der Förderbescheid sah als Nebenbestimmung vor, dass "keine Gebühren und Gewinnaufschläge von verbundenen oder sonst wirtschaftlich, rechtlich oder personell verflochtenen Unternehmen enthalten sein" dürfen. Hinsichtlich der Nebenbestimmung ging die I. von einem eigenen "förderrechtlichen" Begriff aus, wonach durch eine allgemeiner gefasste Formulierung im endgültigen Zuwendungsbescheid sämtliche Firmen, an denen der Angeklagte beteiligt war, erfasst sein und dadurch verhindert werden sollte, dass deren Gewinne mit öffentlichen Mitteln gefördert werden. Dagegen verstanden die Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, die den Angeklagten berieten, den Begriff des verbundenen Unternehmens im Sinne des Aktienrechts, allerdings ohne den Hintergrund und die Entwicklung vom ersten Entwurf bis zum endgültigen Zuwendungsbescheid zu kennen. Im Ergebnis gingen die "Beteiligten" daher von "unterschiedlichen Begriffsdefinitionen" aus. 7

Mit notariellem Vertrag vom 10. Dezember 2003 beauftragte die T. die P. mit der schlüsselfertigen Errichtung des Resorts zu einem Nettokaufpreis von 26.285.201 €. Für Einrichtungsgegenstände wurde ein Preis von 3.565.379 € vereinbart. Die P. beauftragte ihrerseits am 19. Dezember 2003 einen Generalunternehmer zu einem Pauschalpreis von 11.849.137,93 €; daneben beauftragte sie zahlreiche weitere Firmen mit der Bauerrichtung bzw. der Lieferung von Einrichtungsgegenständen. Der Angeklagte machte als Geschäftsführer der P. sowie der Firma K. (im Folgenden: K.) die Auftragsvergabe an den Generalunternehmer sowie die übrigen Nachunternehmer davon abhängig, dass diese einen Betrag von in der Regel 12,5 % des Umsatzvolumens an den Angeklagten zurückzahlten. Zur Verschleierung dieser Rückzahlungen schloss der Angeklagte über die K. mit den Auftragnehmern Verträge über Provisionszahlungen ab. Über dieses "Rabattsystem" verschaffte sich der Angeklagte im Zusammenhang mit der Errichtung des "Resorts S." mindestens 2.022.426,60 € netto. 8

Die T. rief die Fördersumme in vier Raten u.a. auf Grundlage von Rechnungen der P. und der K., deren Geschäftsführer und alleiniger Gesellschafter der Angeklagte war, sowie einer Rechnung des Notars H. über netto 189.613 € ab. Die Mittelabrufe wurden jeweils vom Angeklagten sowie den Mitgeschäftsführern unterzeichnet. Weder bei der Antragstellung noch bei den Mittelabrufen teilte der Angeklagte gegenüber der I. das von ihm praktizierte "Rückvergütungssystem" mit. Die Rechnungen der P. und der K. an die T. legte der Angeklagte ohne Kürzung der I. vor. Darüber hinaus reichte er im Rahmen des vierten Mittelabrufs eine Rechnung des Notars H. über 189.613 € netto ein, der tatsächlich keine Leistungen an die T. zugrunde lagen. Die I. zahlte die Fördersumme in voller Höhe von 9.206.600 € in vier Raten - zuletzt am 9. Juli 2007 - aus. 9

II. Das Landgericht hat das Geschehen als Betrug (im besonders schweren Fall) gemäß § 263 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StGB gewertet. Der Angeklagte habe die I. bei Antragstellung und Mittelabrufen über die Höhe der tatsächlich entstandenen Investitionskosten getäuscht, die - wie er wusste - aufgrund des von ihm schon vor Antragstellung praktizierten Systems der "Rückvergütungsabreden" und der "Scheinrechnungen" etwa 12,5 % geringer waren. Dies ergebe sich nicht zuletzt aus der vorgenannten Nebenbestimmung, mit der die Förderung von Gewinnaufschlägen zugunsten der vom Angeklagten kontrollierten Unternehmen verhindert werden sollte. Die Mitarbeiter der I. hätten sich daher bei Zuwendungsbewilligung und Auszahlung der Förderung unrichtige Vorstellungen über die tatsächliche Höhe der Investitionskosten gemacht. Bereits bei Erlass des Zuwendungsbescheids sei eine schadensgleiche Vermögensgefährdung eingetreten, die sich durch die Auszahlung der Förderung realisiert habe. 10

Das Landgericht hat einen Schaden in Höhe der gesamten Fördersumme von 9.206.600 € angenommen. Zwar sei der Förderzweck, wie er in dem Zuwendungsbescheid vom 18. März 2004 festgelegt sei - nämlich die Errichtung des "Resorts Schwielowsee" - auf den ersten Blick erfüllt. Durch Bestimmung von Fristen, für deren Dauer das geförderte Projekt weiterbetrieben werden müsse, sei jedoch das Kriterium der Nachhaltigkeit zum weiteren Zuwendungszweck gemacht worden. Zwar werde das Resort noch betrieben, dies sei aber nur möglich, weil die finanzierende Bank auf einen großen Teil ihrer Forderungen im Umfang von ca. 18,6 Mio. Euro durch Erlassvertrag verzichtet habe. Durch die öffentliche Hand dürften nur sozialpolitisch förderungswürdige Antragsteller und Projekte gefördert werden. Der Angeklagte, der von vornherein die I. über sein "Rückvergütungssystem" im Unklaren gelassen habe, habe keinen Anspruch auf die ihm bewilligte Förderung. Da die Förderung per se nicht erfolgt wäre, sei ein Schaden in der Gesamthöhe der Fördermittel von 9.206.600 € entstanden. 11

B.

I. Die Verfahrensrüge, mit der der Angeklagte die nicht vorschriftsmäßige Besetzung der erkennenden Kammer im Hinblick auf einen Verstoß gegen das bei der Bildung von Wirtschaftsstrafkammern geltende Konzentrationsgebot des § 74c Abs. 1 GVG beanstandet (§ 338 Nr. 1 StPO), bleibt ohne Erfolg. 12

1. Der Rüge liegt Folgendes zugrunde: 13

Im Jahr 2011 waren bei dem Landgericht Potsdam zwei Wirtschaftsstrafkammern eingerichtet. Nach dem Geschäftsverteilungsplan entfiel jede im Geschäftsjahr eingehende 3., 6., 9., 13., 16. und 20. erstinstanzliche Wirtschaftsstrafsache auf die erkennende Kammer, während für die übrigen Wirtschaftsstrafsachen erster Instanz sowie die Berufungs- und Beschwerdesachen die andere Wirtschaftsstrafkammer zuständig war. Daneben waren beiden Wirtschaftsstrafkammern auch allgemeine Strafsachen zugewiesen. Nach der Intention des Präsidiums sollte durch diese Aufteilung die ganz überwiegende Zuständigkeit in Wirtschaftsstrafsachen bei der anderen Wirtschaftsstrafkammer liegen, um so deren Befassung mit Wirtschaftsstrafsachen in einem Umfang von mindestens 75 % der Arbeitskraft sicherzustellen. Nach Einschätzung des Präsidiums würde bei der erkennenden Wirtschaftsstrafkammer durch die erfolgte Zuweisung von lediglich einem Drittel der erstinstanzlichen Wirtschaftsstrafsachen ein derartiger Arbeitskraftanteil für Wirtschaftsstrafsachen nicht erreicht werden. 14

Die Revision macht - nachdem bereits am ersten Hauptverhandlungstag am 9. Januar 2012 ein entsprechender Besetzungseinwand erhoben wurde, den das Landgericht mit Beschluss vom 25. Januar 2012 zurückgewiesen hat - eine Verletzung des Konzentrationsgrundsatzes aus § 74c GVG geltend. Anhand der erstinstanzlichen Eingänge ergebe sich für die erkennende Kammer ein Anteil an Wirtschaftsstrafsachen von 21 % im Jahr 2010 bzw. von 36 % im Jahr 2011. Der Anteil liege bei der anderen Wirtschaftsstrafkammer in den Jahren 2010 und 2011 bei jeweils 50 %, so dass im Hinblick auf deren Zuständigkeit auch für Berufungs- und Beschwerdesachen lediglich bei dieser Wirtschaftsstrafkammer ein Schwerpunkt im Bereich der Wirtschaftsstrafsachen gegeben sei. Dieser Kammer sei zudem die Bearbeitung aller eingehenden Wirtschaftsstrafsachen möglich gewesen, wenn ihr nicht in erheblichem Umfang auch allgemeine Strafsachen zugewiesen worden wären. 15

2. Es kann dahinstehen, ob dem Angeklagten im Hinblick darauf, dass die Verfahrensrüge rechtzeitig erhoben und nach dem Revisionsvortrag lediglich infolge eines Versehens die im Rahmen der Verfahrensrüge mitzuteilende Entscheidung des Landgerichts über den Besetzungseinwand vom 8. Februar 2012 nicht übermittelt worden war, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Ergänzung der Verfahrensrüge zu gewähren ist (vgl. BGH, Beschluss vom 29. September 2004 - 1 StR 565/03, wistra 2005, 27), so dass die Verfahrensrüge nunmehr durch Nachholung des Vortrags den Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO genügt. Jedenfalls erweist sich die Verfahrensrüge als unbegründet. 16

Die Geschäftsverteilung des Landgerichts für das Jahr 2011 lässt keinen Rechtsfehler erkennen. Sowohl die Anzahl der vorhandenen Wirtschaftsstrafkammern als auch die Verteilung der Wirtschaftsstrafsachen zwischen den beiden Kammern stehen im Einklang mit dem Konzentrationsgebot des § 74c GVG. 17

Bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit einer Regelung des Geschäftsverteilungsplans ist - anders als bei Auslegung und Anwendung des Geschäftsverteilungsplans - ein über eine reine Willkürprüfung hinausgehender Maßstab anzulegen, der jede Rechtswidrigkeit der Regelung erfasst. Entsprechend muss die Dokumentation 18

der Präsidiumsentscheidung eine Nachprüfung nach diesem Maßstab ermöglichen (BGH, Urteil vom 9. April 2009 - 3 StR 376/08, BGHSt 53, 268, 275 f.; BVerfG, Beschluss vom 16. Februar 2005 - 2 BvR 581/03, NJW 2005, 2689, 2690). Diesen Anforderungen wird die Geschäftsverteilung des Jahres 2011 gerecht.

a) Die Beibehaltung von zwei Wirtschaftsstrafkammern auch im Jahr 2011 ist nicht zu beanstanden. 19

Aufgrund des Konzentrationsgrundsatzes in § 74c GVG darf eine weitere Wirtschaftsstrafkammer nur dann eingerichtet werden, wenn die vorhandene Wirtschaftsstrafkammer voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, den Geschäftsanfall zu bewältigen (BGH, Urteil vom 22. April 1983 - 3 StR 420/82, BGHSt 31, 323, 326; zur selben Problematik bei Schwurgerichten vgl. Urteile vom 9. Februar 1978 - 4 StR 636/77, BGHSt 27, 349, 350 f.; und vom 11. April 1978 - 1 StR 576/77, NJW 1978, 1594). Dabei ist dem Präsidium wegen der Unsicherheiten, die in der Beurteilung des Geschäftsanfalls für ein kommendes Jahr liegen, ein Ermessensspielraum einzuräumen (vgl. für Schwurgerichte BGH, Urteil vom 11. April 1978 - 1 StR 576/77, NJW 1978, 1594; BT-Drucks. 8/1844 S. 33). Die Gründe für die erstmalige Einrichtung einer weiteren Wirtschaftsstrafkammer im Jahr 2010 sind im Protokoll der Präsidiumssitzung vom 8. Dezember 2009 durch Verweis auf die personelle Ausstattung der Kammer und die zu erwartenden Eingänge in Wirtschaftsstrafsachen hinreichend deutlich dokumentiert. Die Beibehaltung einer zweiten Wirtschaftsstrafkammer auch im Jahr 2011 bedurfte bei unverändert gebliebenen Verhältnissen keiner weitergehenden Dokumentation. Anhaltspunkte für eine Änderung der Verhältnisse ergeben sich insbesondere auch nicht aus dem Vorschlag der Vorsitzenden der zweiten Wirtschaftsstrafkammer, für das Geschäftsjahr 2012 alle Wirtschaftsstrafsachen auf diese Kammer zu übertragen, da sich aus dieser Anregung, der das Präsidium nicht gefolgt ist, keine tragfähigen Rückschlüsse auf das Geschäftsjahr 2011 ziehen lassen. 20

b) Auch die Verteilung der Wirtschaftsstrafsachen zwischen den beiden Wirtschaftsstrafkammern hält revisionsrechtlicher Prüfung stand. 21

Zwar würde es nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dem Konzentrationsgrundsatz zuwiderlaufen, Spezialsachen auf alle oder auf mehrere Kammern so zu verteilen, dass kein eindeutiger Zuständigkeitssschwerpunkt mehr besteht (BGH, Urteil vom 29. Mai 1987 - 3 StR 242/86, 21 22 BGHSt 34, 379, 380; für Schwurgerichte vgl. auch BGH, Urteile vom 9. Februar 1978 - 4 StR 636/77, BGHSt 27, 349; und vom 11. April 1978 - 1 StR 576/77, NJW 1978, 1594). Eine gleichmäßige Verteilung auf zwei Kammern ist aber jedenfalls dann zulässig, wenn der Schwerpunkt der Zuständigkeit eindeutig bei den Wirtschaftsstrafverfahren bleibt (bejaht für einen Anteil von 72 %: BGH, Urteil vom 22. April 1983 - 3 StR 420/82, BGHSt 31, 323, 326; für einen Anteil von 75 %: Urteil vom 29. Mai 1987 - 3 StR 242/86, BGHSt 34, 379, 380 f.; BVerfG, Beschluss vom 2. Juli 1992 - 2 BvR 1197/91). Macht die Überlastung der bislang einzigen Wirtschaftsstrafkammer die Errichtung einer zweiten Wirtschaftsstrafkammer erforderlich, reicht der Geschäftsanfall jedoch nicht aus, um bei beiden Wirtschaftsstrafkammern einen eindeutigen Schwerpunkt bei den Wirtschaftsstrafverfahren zu setzen, ist es auch unter dem Gesichtspunkt des Konzentrationsgrundsatzes nicht zu beanstanden, die Verteilung zwischen den beiden Wirtschaftsstrafkammern in der Weise vorzunehmen, dass eine der Kammern fast ausschließlich mit Wirtschaftsstrafsachen ausgelastet wird und der anderen Kammer lediglich die verbleibenden Wirtschaftsstrafsachen zugewiesen werden. Dabei ist es zulässig, auch der überwiegend für Wirtschaftsstrafsachen zuständigen Kammer einen geringen Anteil an allgemeinen Strafsachen als "Bodensatz" zuzuweisen, um ihre Arbeitskraft abzuschöpfen, wenn zeitliche Lücken in den Wirtschaftsstrafverfahren entstehen (vgl. BGH, Urteil vom 29. Mai 1987 - 3 StR 242/86, BGHSt 34, 379, 380). 22

Ergänzend verweist der Senat hinsichtlich der tatsächlichen Auslastung der erkennenden Wirtschaftsstrafkammer, für die nicht auf die Zahl der nach dem Geschäftsverteilungsplan rechnerisch abstrakt zugewiesenen Sachen, sondern auf die Belastung der Strafkammer mit Wirtschaftsverfahren nach ihrer Leistungsfähigkeit abzustellen ist (vgl. BGH, Urteil vom 29. Mai 1987 - 3 StR 242/86, BGHSt 34, 379, 381), auf die zutreffenden Ausführungen des Generalbundesanwalts in seiner Antragsschrift. 23

II. Die vom Angeklagten erhobene Verfahrensrüge, an dem Urteil habe ein Richter mitgewirkt, nachdem er wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt worden war und das Ablehnungsgesuch zu Unrecht verworfen worden ist (§ 338 Nr. 3 StPO), hat keinen Erfolg. 24

1. Der Rüge liegt folgender Verfahrensablauf zugrunde: 25

a) Im Juni 2010 beauftragte der Angeklagte Rechtsanwalt Prof. Dr. D. - damals zugleich Mitglied des Deutschen 26

Bundestages - mit seiner Verteidigung und erteilte ihm Vollmacht zur Vertretung im Strafverfahren. Dieser sollte nicht nach außen hin im Verfahren auftreten, sondern koordinierend und beratend im Hintergrund tätig werden, weshalb die Übernahme der Verteidigung nicht gegenüber dem Landgericht angezeigt wurde. Am 20. September 2011 übersandte Rechtsanwalt Prof. Dr. D. dem sich in Untersuchungshaft befindlichen Angeklagten ein nach außen als Verteidigerpost gekennzeichnetes Schreiben. Nachdem der stellvertretende Vorsitzende der Strafkammer eine Frist von einer Woche zum Nachweis des Verteidigungsverhältnisses gesetzt und darauf hingewiesen hatte, dass der Angeklagte bereits durch drei Verteidiger vertreten werde, wies Rechtsanwalt Prof. Dr. D. darauf hin, dass der schriftliche Verkehr mit einem Verteidiger nicht von der Vorlage einer schriftlichen Vollmacht abhängig gemacht werden dürfe. Zugleich versicherte er anwaltlich, über eine Vollmacht zu verfügen und widersprach der Öffnung der Verteidigerpost. Dennoch unterwarf der Vorsitzende das Schreiben der Postkontrolle. Dazu sah er sich ausweislich eines Vermerks vom 14. Oktober 2011 berechtigt und verpflichtet, weil es sich bei dem Schreiben weder um Verteidigerpost noch um Post eines Abgeordneten handele. Eine Vollmacht liege nicht vor, der Angeklagte werde bereits von drei Verteidigern vertreten, ausweislich eines ermittlungsrichterlichen Vermerks sei Rechtsanwalt Prof. Dr. D. nie Verteidiger gewesen; darüber hinaus sprächen auch die äußeren Umstände gegen das Vorliegen eines Verteidigungsverhältnisses. Mit Beschluss vom 17. Oktober 2011 erfolgte die Beschlagnahme des Schreibens wegen möglicher Bedeutung als Beweismittel. An dem Beschlagnahmebeschluss wirkten neben dem Vorsitzenden die beiden an der Hauptverhandlung als Beisitzer teilnehmenden Berufsrichter RiLG We. sowie RinAG Si. mit. Auf die Beschwerde des Angeklagten hob das Brandenburgische Oberlandesgericht mit Beschluss vom 11. Januar 2012 die Beschlagnahme des Schreibens auf.

b) Am 4. Januar 2012 beantragte Rechtsanwalt Prof. Dr. D. in seiner "Funktion als Mitglied des Deutschen Bundestages" zudem die Erteilung einer Besuchserlaubnis. Der Vorsitzende teilte ihm am 13. Januar 2012 mit, dass der Erteilung nichts entgegenstehe, er aber an der Notwendigkeit der Überwachung des Besuches festhalte. Der dagegen gerichteten Beschwerde vom 18. Januar 2012, die von Rechtsanwältin Dr. Sa. nach Rücksprache mit dem Angeklagten erhoben wurde, half der Vorsitzende ab und erteilte am 20. Januar 2012 die Erlaubnis für einen unüberwachten Besuch. 27

c) Am zweiten Hauptverhandlungstag am 25. Januar 2012 lehnte der Angeklagte nach Bekanntgabe des Beschlusses, mit dem der Besetzungseinwand verworfen wurde (vgl. oben B. I.), und noch vor Verlesung der Anklageschrift den Vorsitzenden wegen "grober Missachtung von Angeklagtenrechten" im Zusammenhang mit der durchgeführten Briefkontrolle und der Erteilung der Besuchserlaubnis als befangen ab. Nach Mitteilung, dass für die Entscheidung über den Befangenheitsantrag die beisitzenden Richter RiLG We. und RinAG Si. sowie der geschäftsplanmäßige Vertretungsrichter zuständig seien, lehnte der Angeklagte die beisitzenden Richter - gestützt auf ihre Mitwirkung am Beschlagnahmebeschluss - außerhalb der Hauptverhandlung wegen Besorgnis der Befangenheit hinsichtlich der Entscheidung über das Ablehnungsgesuch gegen den Vorsitzenden ab. 28

Das Ablehnungsgesuch gegen den Vorsitzenden wurde mit Beschluss vom 1. Februar 2012 durch drei Vertretungsrichter zurückgewiesen, ohne dass zuvor über die Befangenheitsanträge gegen die beisitzenden Richter RiLG We. und RinAG Si. entschieden worden wäre. Die Anordnung der Besuchsüberwachung begründe angesichts der Korrektur der Entscheidung die Besorgnis der Befangenheit nicht. Die Durchführung der Postkontrolle sei - wenn überhaupt - mangels Willkür jedenfalls kein derart schwerwiegender Verstoß, als dass er die Besorgnis der Befangenheit rechtfertige. Am 6. Februar 2012 wurde das Ablehnungsgesuch hinsichtlich der beisitzenden Richter RiLG We. und RinAG Si. unter Mitwirkung des Vorsitzenden mit der Begründung zurückgewiesen, die abgelehnten beisitzenden Richter hätten nicht an der Entscheidung über das Ablehnungsgesuch gegen den Vorsitzenden mitgewirkt. Zudem begründe die Mitwirkung an dem Beschlagnahmebeschluss selbst im Falle der Fehlerhaftigkeit des Beschlusses nicht die Besorgnis der Befangenheit. 29

2. Es kann dahinstehen, ob dem Angeklagten im Hinblick darauf, dass die Verfahrensrüge rechtzeitig erhoben und nach dem Revisionsvortrag lediglich infolge eines Versehens der im Rahmen der Verfahrensrüge mitzuteilende Befangenheitsantrag vom 25. Januar 2012 nicht übermittelt worden war, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Ergänzung der Verfahrensrüge zu gewähren ist (vgl. BGH, Beschluss vom 29. September 2004 - 1 StR 565/03, wistra 2005, 27), so dass die Verfahrensrüge nunmehr durch Nachholung des Vortrags den Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO genügt. Jedenfalls erweist sich die Verfahrensrüge als unbegründet. 30

a) Es bestehen bereits Bedenken, ob das Ablehnungsgesuch gegen den Vorsitzenden rechtzeitig erhoben wurde. 31

Soweit die Ablehnung auf das Öffnen des als Verteidigerpost gekennzeichneten Schreibens und damit auf ein Geschehen vor Beginn der Hauptverhandlung gestützt wurde, war die Ablehnung gemäß § 25 Abs. 1 Satz 1 StPO nur bis zum Beginn der Vernehmung des Angeklagten über seine persönlichen Verhältnisse zulässig, die ausweislich des Hauptverhandlungsprotokolls am ersten Hauptverhandlungstag am 9. Januar 2012 durch Feststellung der Personalien des Angeklagten erfolgte (vgl. Meyer-Goßner, StPO, 56. Aufl., § 243 Rn. 11-12; Schneider in KK-StPO, 7. Aufl., § 243 Rn. 18 f.; Becker in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 243 Rn. 31, 34-35). Das erst am zweiten Hauptverhandlungstag am 25. Januar 2012 gegen den Vorsitzenden erhobene Ablehnungsgesuch war damit grundsätzlich verspätet. Soweit die Ablehnung auf die Anordnung des überwachten Besuches am 13. Januar 2012 und damit auf ein Geschehen nach der Vernehmung des Angeklagten zu seinen persönlichen Verhältnissen gestützt wurde, war gemäß § 25 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 StPO die Ablehnung nur zulässig, wenn sie unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern, erfolgte. Zwar ist dem Angeklagten eine gewisse Zeit zur Überlegung und Absprache mit dem Verteidiger einzuräumen. Erforderlichenfalls hat er jedoch das Ablehnungsgesuch außerhalb der Hauptverhandlung anzubringen, insbesondere dann, wenn mehrere Werktage zwischen den Hauptverhandlungsterminen liegen (st. Rspr. vgl. nur BGH, Beschluss vom 10. Juni 2008 - 5 StR 24/08 mwN). Danach war auch insoweit das Ablehnungsgesuch grundsätzlich verspätet. Denn die Anordnung des überwachten Besuchs war dem Angeklagten spätestens am 18. Januar 2012 (Mittwoch) bekannt geworden, da zu diesem Zeitpunkt seine Verteidigerin nach Rücksprache mit dem Angeklagten Beschwerde gegen die Anordnung des Vorsitzenden einlegte. Zwischen der Kenntniserlangung vom angeblichen Ablehnungsgrund und Anbringung des Ablehnungsgesuchs am 25. Januar 2012 (Mittwoch) lagen damit mindestens fünf Werktage. Der Senat hat Bedenken, ob die Erhebung des Besetzungseinwands am 9. Januar 2012, der mit Beschluss vom 25. Januar 2012 beschieden wurde (vgl. oben B. I.), eine abweichende Beurteilung der Rechtzeitigkeit rechtfertigt. Wollte man eine Vorrangigkeit des Besetzungseinwands annehmen, um so die Besetzung zu klären, in welcher die Hauptverhandlung durchgeführt werden wird, würde diese Entscheidung gerade durch die vermeintlich befangenen Richter getroffen werden.

b) Aber selbst bei Annahme der rechtzeitigen Anbringung des Ablehnungsgesuchs wäre der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 3 StPO nicht gegeben. Das Ablehnungsgesuch des Angeklagten gegen den Vorsitzenden wurde im Ergebnis zu Recht verworfen. Dabei kann offen bleiben, ob die Kammer in der Besetzung mit drei Vertretungsrichtern zur Entscheidung über den Befangenheitsantrag berufen war.

(1) Zwar ist in Fällen, in denen das Gericht über ein Ablehnungsgesuch in fehlerhafter Besetzung entschieden hat und dadurch das Recht auf den gesetzlichen Richter gemäß Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verletzt worden ist, allein deswegen der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 3 StPO gegeben (BVerfG, Beschluss vom 2. Juni 2005 - 2 BvR 625/01 u.a., NJW 2005, 3410, zu § 26a StPO vgl. BGH, Beschlüsse vom 12. Dezember 2008 - 2 StR 479/08, BGHR StPO § 26a Unzulässigkeit 18 mwN; und vom 10. August 2005 - 5 StR 33 34 180/05, BGHSt 50, 216, 218). Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor, da das Recht auf den gesetzlichen Richter nicht verletzt wurde. Denn ein Verstoß gegen Zuständigkeitsregelungen führt nicht stets, sondern nur dann zu einer Verletzung von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, wenn die Auslegung der Zuständigkeitsnorm oder ihre Handhabung im Einzelfall willkürlich oder offensichtlich unhaltbar ist oder wenn die richterliche Entscheidung Bedeutung und Tragweite der Verfassungsgarantie grundlegend verkannt hat. Dagegen liegt bei einer "nur" schlicht fehlerhaften Anwendung der Zuständigkeitsvorschriften ein Verfassungsverstoß nicht vor (vgl. BVerfG aaO S. 3414).

(2) Eine die Bedeutung und Tragweite von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG grundlegend verkennende Anwendung der Zuständigkeitsregelungen für die Entscheidung über Befangenheitsgesuche lag hier nicht vor. Dabei kann dahinstehen, ob eine Entscheidung über die Befangenheitsgesuche in der Reihenfolge ihrer Einlegung zutreffend war; diese Vorgehensweise erweist sich jedenfalls nicht als willkürlich.

In welcher Reihenfolge über mehrere Ablehnungsgesuche zu entscheiden ist, die sich gegen verschiedene Richter eines Spruchkörpers richten, ist nicht eindeutig geklärt. Einigkeit besteht jedenfalls darüber, dass mehrere nacheinander angebrachte und auf unterschiedliche Gründe gestützte Ablehnungsgesuche nacheinander zu bescheiden sind (BGH, Beschluss vom 9. Oktober 1995 - 3 StR 324/94, NSiZ 1996, 144; ebenso Siolek in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 27 Rn. 35; Scheuten in KK-StPO, 7. Aufl., § 27 Rn. 3; Meyer-Goßner, StPO, 56. Aufl., § 27 Rn. 4). Vorliegend handelt es sich allerdings um einen sukzessiven Eingang von Ablehnungsgesuchen, die auf zueinander in Verbindung stehende Ablehnungsgründe gestützt werden (vgl. hierzu BGH, Beschlüsse vom 27. Oktober 2011 - 5 StR 376/11; vom 26. Januar 2006 - 5 StR 500/05; Cirener in BeckOK-StPO § 27 Rn. 4; zum Streitstand allgemein vgl. Siolek in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 27 Rn. 36).

Die Revision sieht - gestützt auf eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 10. November 1967 (4 StR 512/66, BGHSt 21, 334, 337) - für die hier fragliche Konstellation - Ablehnung eines erkennenden Richters und sodann Ablehnung der übrigen erkennenden Richter für die Entscheidung über das Befangenheitsgesuch - ein Rangverhältnis zwischen den Ablehnungsgesuchen dergestalt, dass stets vorrangig eine Entscheidung hinsichtlich der nur für die Entscheidung über das zunächst angebrachte Ablehnungsgesuch abgelehnten Richter herbeizuführen ist. Auch wenn der Senat dieser Rechtsansicht zuneigt (vgl. Cirener in BeckOK-StPO § 27 Rn. 4), erweist sich die Vorgehensweise des Landgerichts, über die Gesuche in der Reihenfolge ihres Eingangs zu entscheiden, nicht als willkürlich.

(3) Die dem Senat damit eröffnete Prüfung des Ablehnungsgesuchs nach Beschwerdegrundsätzen ergibt - auch in der Zusammenschau der geltend gemachten Ablehnungsgründe - bei verständiger Würdigung durch den Angeklagten keine die Besorgnis der Befangenheit rechtfertigende Einstellung des abgelehnten Richters i.S.v. § 24 Abs. 2 StPO (vgl. BGH, Urteile vom 10. November 1967 - 4 StR 512/66, BGHSt 21, 334, 341 und vom 23. Januar 1991 - 3 StR 365/90, BGHR StPO § 24 Abs. 2 Befangenheit 4). Diese Besorgnis lässt sich nicht schon allein mit einer fehlerhaften Sachbehandlung begründen. Verfahrensverstöße, die auf einem Irrtum oder auf einer unrichtigen Rechtsansicht beruhen, stellen grundsätzlich keinen Ablehnungsgrund dar. Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn die Entscheidungen abwegig sind oder den Anschein der Willkür erwecken (st. Rspr.; vgl. BGH, Beschluss vom 10. September 2002 - 1 StR 169/02, BGHSt 48, 4 mwN).

(a) Zwar erweist sich das Öffnen des als Verteidigerpost gekennzeichneten Schreibens als rechtsfehlerhaft. Gemäß § 148 StPO unterliegt der Schriftverkehr zwischen dem Angeklagten und seinem Verteidiger - abgesehen von Verfahren, die eine Straftat nach § 129a StGB zum Gegenstand haben - keiner Kontrolle, sofern ein Mandatsverhältnis besteht und das Schriftstück als Verteidigerpost gekennzeichnet ist. Zulässig ist die Kontrolle des Schriftverkehrs nur daraufhin, ob es sich nach den äußeren Merkmalen um Verteidigerpost handelt. Das Öffnen von als Verteidigerpost gekennzeichneten Sendungen ist, auch wenn es nur der Prüfung des Bestehens eines Verteidigungsverhältnisses dienen soll, selbst in Fällen des Missbrauchsverdachts unzulässig (vgl. OLG Rostock, Beschluss vom 16. Januar 2003 - 2 Ws 8/02 mwN; OLG Bremen, Beschluss vom 19. Mai 2006 - Ws 81/06, StV 2006, 650 mwN). Die bestehenden Zweifel an der Verteidigerstellung des Rechtsanwalts Prof. Dr. D. hätten daher lediglich dazu führen dürfen, dass das Schriftstück ungeöffnet hätte zurückgesendet werden müssen (vgl. OLG Rostock, Beschluss vom 16. Januar 2003 - 2 Ws 8/02 mwN; OLG Bremen, Beschluss vom 19. Mai 2006 - Ws 81/06, StV 2006, 650 mwN). Haben sich - wie hier - bereits drei Verteidiger für den Angeklagten bestellt (vgl. § 137 Abs. 1 Satz 2 StPO), gilt dies jedenfalls bis zur Zurückweisung des Verteidigers gemäß § 146a Abs. 1 Satz 1 StPO (für das Recht auf Akteneinsicht vgl. KG, Beschluss vom 3. Dezember 1997 - 2 Ss 233/97). Auch unterlag der Besuch des Angeklagten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. D. in seiner Funktion als Mitglied des Deutschen Bundestages gemäß §§ 119 Abs. 4 Nr. 18, 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StPO i.V.m. § 148 StPO nicht der Überwachung.

(b) Diese auf einer unzutreffenden Rechtsansicht beruhende Vorgehensweise des Vorsitzenden ist allerdings nicht geeignet, bei einem verständigen Angeklagten ein Misstrauen gegen die Unparteilichkeit des Vorsitzenden zu rechtfertigen. Der Angeklagte wusste aufgrund seiner mit Rechtsanwalt Prof. Dr. D. getroffenen Vereinbarung einer koordinierenden Beratung im Hintergrund, dass sich dieser nicht gegenüber dem Landgericht legitimiert hatte und dass bereits drei weitere Verteidiger mit dem Verfahren befasst waren. Vor diesem Hintergrund stellt sich das Vorgehen des Vorsitzenden - auch in der Zusammenschau mit der Anordnung des überwachten Besuches - nicht als Versuch dar, den Angeklagten in seiner Verteidigung zu behindern. Zudem hat der Vorsitzende nach Bekanntgabe des Beschlusses des Oberlandesgerichts, mit dem die Beschlagnahme des als Verteidigerpost gekennzeichneten Schreibens aufgehoben wurde, seine - letztlich ebenfalls auf der unzutreffenden Beurteilung der Verteidigerstellung beruhende - Entscheidung hinsichtlich der Besuchsüberwachung umgehend korrigiert und der Beschwerde durch Bewilligung eines unüberwachten Besuchs abgeholfen.

III. Auch die übrigen Verfahrensrügen verhelfen der Revision nicht zum Erfolg.

1. Hinsichtlich der von der Revision geltend gemachten fehlerhaften Ablehnung des Beweisantrags auf Vernehmung des Mitgeschäftsführers der T. Ti. wegen tatsächlicher Bedeutungslosigkeit gemäß § 244 Abs. 3 StPO schließt der Senat jedenfalls ein Beruhen aus. Gleiches gilt für die als Verstoß gegen § 261 StPO gerügte unterbliebene Auseinandersetzung mit dem in die Hauptverhandlung eingeführten Gesellschaftsvertrag und der Niederschrift über die Gründungsgesellschafterversammlung der T. Denn der Angeklagte hat im Rahmen seiner als Teilgeständnis gewerteten Einlassung eingeräumt, dass das Projekt ausschließlich auf seine Initiative und

seine Arbeit zurückgegangen sei. Er habe die notwendigen Verhandlungen geführt, das Projekt bei den Behörden vorgestellt, dafür geworben, es geplant und die erforderlichen Entscheidungen zur Realisierung (z.B. Grundstückskäufe, Firmengründungen) veranlasst und realisiert. Er habe den Kontakt zum Wirtschaftsministerium und zur I. unterhalten und das Projekt dort vorgestellt, um die Förderung zu erhalten. Auch das "Rückvergütungssystem" hat der Angeklagte dem Grunde nach eingeräumt. Aus dieser Einlassung ergibt sich bereits die führende Rolle des Angeklagten bei Beantragung und Abwicklung der Förderung. Kenntnis und Mitwirkung der Mitgeschäftsführer der T. könnten allenfalls deren Mittäterschaft oder Teilnahme begründen.

2. Hinsichtlich der von der Revision wegen Verstoßes gegen § 244 Abs. 3 StPO als rechtsfehlerhaft gerügten Ablehnung der Vernehmung der Mitarbeiter des Wirtschaftsministeriums Dr. N. und Dr. Kr. sowie des ehemaligen Wirtschaftsministers J. kann dahinstehen, ob es sich mangels hinreichend konkreter Beweisbehauptung überhaupt um Beweisanträge i.S.v. § 244 StPO handelt. Der Senat schließt jedenfalls ein Beruhen aus. Denn für die Betrugsstrafbarkeit des Angeklagten kommt es auf die Auslegung der Nebenbestimmung zum Zuwendungsbescheid betreffend die Förderfähigkeit von Gewinnaufschlägen von verbundenen oder sonst wirtschaftlich, rechtlich oder personell verflochtenen Unternehmen letztlich nicht an (vgl. unten C. II. 1.).

C.

I. Die Verurteilung wegen Untreue im Fall II. 3. der Urteilsgründe sowie wegen Steuerhinterziehung in zwei Fällen im Fall II. 4. der Urteilsgründe ist nicht zu beanstanden. 44

II. Auch die Verurteilung wegen Betruges im Fall II. 2. der Urteilsgründe hält hinsichtlich des Schuldspruchs revisionsgerichtlicher Prüfung stand. Dagegen hat der Strafausspruch insoweit keinen Bestand. 45

1. Das Landgericht hat rechtsfehlerfrei einen Betrug zum Nachteil der I. gemäß § 263 StGB bejaht. Der Angeklagte hat - unabhängig von der Auslegung der Nebenbestimmung des Zuwendungsbescheids betreffend die Förderfähigkeit von Gewinnaufschlägen von verbundenen oder sonst wirtschaftlich, rechtlich oder personell verflochtenen Unternehmen - als (Mit-)Geschäftsführer der Zuwendungsempfängerin T. bei der Antragstellung über subventionsrechtlich erhebliche Preisbestandteile getäuscht. 46

a) Der zwischen der T. und der P. vereinbarte Preis war nicht ordnungsgemäß zustande gekommen. Der Angeklagte war nämlich als Geschäftsführer der T. verpflichtet, gegenüber den Mitgeschäftsführern die ihm selbst zugeflossenen Provisionen offen zu legen. Dies folgt aus den ihm in seiner Rolle als Geschäftsführer der T. obliegenden Pflichten. Als Geschäftsführer musste er die Vermögensinteressen der T. wahrnehmen, was insbesondere das Verbot der Schädigung des Unternehmensvermögens beinhaltet. Dies begründet für den Geschäftsführer nicht nur die Pflicht zur aktiven Förderung der Gesellschaft, die ihn treffende Treuepflicht verwehrt es ihm ebenso, die Ressourcen der Gesellschaft für eigene Zwecke zu verwenden (Oetker in Hensler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., § 35 GmbHG Rn. 15). Kommt es hierbei zu Kollisionen zwischen den Interessen der Gesellschaft und denen des Geschäftsführers, muss der Geschäftsführer solche vermeiden, zumindest aber offenlegen (Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl., § 43 Rn. 17). Deshalb muss der Geschäftsführer auch alles tun, um eine Geschäftschance (und sei es nur die Realisierung möglicher Preissenkungsspielräume) für die Gesellschaft zu nutzen (BGH, Urteil vom 4. Dezember 2012 - II ZR 159/10 Rn. 31, NJW-RR 2013, 363). 47

Es liegt auf der Hand, dass die Rückvergütungen, die von dem Generalunternehmer und den Nachunternehmern an den Angeklagten geflossen sind, für die Preisbildung im Verhältnis zwischen der P. und der T. von entscheidender Bedeutung waren. Der Bundesgerichtshof hat solche Zahlungsflüsse in ständiger Rechtsprechung als schadensbegründend angesehen. Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass jedenfalls mindestens der Betrag, den der Vertragspartner für solche Zahlungen leistet, als Nachlass regelmäßig in die Preisgestaltung einfließen wird (BGH, Beschluss vom 11. November 2004 - 5 StR 299/03, BGHSt 49, 313, 332 f.; Urteil vom 2. Dezember 2005 - 5 StR 119/05, BGHSt 50, 299, 314 f.; vgl. auch Raum in Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 4. Aufl., Kap. IV Rn. 199 f.). Bei der vorliegenden Sachverhaltsgestaltung bestand zwar die Besonderheit, dass der Angeklagte der Alleingeschäftsführer und Alleingesellschafter der P. (GmbH) war, mithin der Vermögensverlust durch die Zahlungsrückflüsse nur das allein ihm zugeordnete Gesellschaftsvermögen der P. betraf. Gleichwohl gelten diese Grundsätze auch hier, weil durch den Pauschalvertrag mit der T. die im Preis enthaltenen verschleierte Rückflussbeträge an diese weiterberechnet wurden. Als Mitgesellschafter und Mitgeschäftsführer dieser Gesellschaft, der gegenüber der Angeklagte aufgrund seiner Geschäftsführerstellung dort zu ausschließlich am Wohl dieser Gesellschaft 48

orientierten unternehmerischen Entscheidungen verpflichtet war, hätte er nicht ohne weiteres einen Preis akzeptieren dürfen, der - wie er wusste - in diesem Umfang Rückflussbeträge an ihn persönlich enthielt. Zumindest hätte er diese aufdecken müssen, was der Angeklagte, weil der Mitgeschäftsführer Ti. nach den Urteilsfeststellungen keinen Überblick über die Finanzinterna hatte, nicht getan hat. Dies wird im Übrigen schon aus seiner verdeckten Vorgehensweise deutlich.

b) Der Umstand, dass der Angeklagte als von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiter Geschäftsführer der T. bereits einen Preis vereinbart hat, der in unzulässiger Weise die an ihn zurückgeflossenen Beträge nicht herausgerechnet hat, wirkt sich im Verhältnis zur I. als Subventionsgeberin aus. Wie für den Angeklagten offensichtlich war, wollte die Subventionsgeberin nur diejenigen Kosten gegenüber der T. in Höhe der Subventionsquote abdecken, die dieser entstanden sind. In diesem Sinne ansatzfähig sind aber nur solche Kosten, welche die T. gegenüber der P. überhaupt nur übernehmen durfte. Soweit an den Angeklagten zurückgeflossene Beträge in die Preisbildung der P. eingegangen sind, war der Angeklagte in seiner Eigenschaft als zugleich weiterer Geschäftsführer der T. nicht berechtigt, diese als Preisbestandteile der T. weiter zu berechnen. Damit stellen jedenfalls die Rückflussbeträge auch keine gegenüber der I. subventionsfähigen Preisbestandteile dar. Dies war dem Angeklagten als erfahrenem Unternehmer bewusst. Deshalb hat er die Zahlungsrückflüsse verdeckt, um sie sowohl der T. als auch mittelbar der I. weiterberechnen zu können. 49

c) Mit der Einreichung des Förderantrags hat der Angeklagte damit konkludent getäuscht. Er hat mit dem Subventionsantrag nämlich sinngemäß erklärt, dass die geltend gemachten Kosten aufwandsgestützt sind. Dies war - ohne dass es auf die Auslegung der Nebenbestimmung über "verbundene Unternehmen" ankäme - aber schon deshalb unrichtig, weil die geltend gemachten Kosten verdeckte Zahlungsrückflüsse an ihn ausgewiesen haben, die damit lediglich zum Schein als subventionsfähiger Aufwand in die Preisbildung eingestellt wurden. 50

2. Das Landgericht hat jedoch mit einem Schaden in Höhe der gesamten Fördersumme von 9.206.600 € einen zu hohen Schuldumfang zugrunde gelegt. 51

a) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt es für das Vorliegen eines Vermögensschadens bei täuschungsbedingter Erlangung von Subventionen darauf an, ob der Subventionszweck erreicht wurde. Bei zweckwidriger Verwendung der Fördermittel entsteht beim Subventionsgeber ein Schaden, der sich daraus ergibt, dass die zweckgebundenen Mittel verringert werden, ohne dass der erstrebte sozialpolitische Zweck erreicht wird. Wird der Subventionszweck jedoch erreicht, führt ein sonstiger Verstoß gegen haushaltsrechtliche Grundsätze nicht ohne weiteres zu einem Vermögensschaden (vgl. BGH, Beschluss vom 26. Januar 2006 - 5 StR 334/05, NSZ 2006, 624; Urteil vom 30. Juni 1982 - 1 StR 757/81, BGHSt 31, 93 jeweils mwN). 52

b) Das Landgericht hat auf der Grundlage des Zuwendungsbescheids vom 18. März 2004 zutreffend die "Errichtung einer Betriebsstätte des Fremdenverkehrs („Resort S.“) als Subventionszweck angesehen. Soweit das Landgericht darüber hinaus die "Nachhaltigkeit" zu einem weiteren Subventionszweck erklärt hat, steht dies mit Ziffer 1.2 der Richtlinie des Ministeriums für Wirtschaft zur Förderung der gewerblichen Wirtschaft im Rahmen der Gemeinschaftsaufgabe "Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur" - GA - vom 28. Dezember 2001 im Einklang. Danach liegt eine Mittelverwendung für den Zuwendungszweck nur dann vor, wenn das Investitionsvorhaben bis zum Ende des im Zuwendungsbescheid bestimmten Investitionszeitraums verwirklicht und die geförderte Betriebsstätte für mindestens fünf Jahre über diesen Zeitpunkt hinaus betrieben wurde. 53

Entgegen der Auffassung des Landgerichts wurde der Subventionszweck durch die Errichtung und den andauernden Betrieb des "Resorts S." erreicht. Soweit das Landgericht darauf abstellt, die T. habe wegen des durch den Angeklagten verschwiegenen "Rückvergütungssystems" keinen Anspruch auf die bewilligte Förderung gehabt, verkennt es, dass die der T. bei Errichtung des Resorts entstandenen Aufwendungen grundsätzlich förderfähig waren, da sie bei der Verfolgung des Subventionszwecks angefallen sind. Soweit das Landgericht den Subventionszweck der Nachhaltigkeit deshalb als nicht erreicht ansieht, weil das Projekt nur aufgrund eines Verzichts der finanzierenden Bank auf Ansprüche in einem Umfang von ca. 18 Millionen Euro weiterhin Bestand habe, rechtfertigt dies nicht die Annahme eines Schadens in voller Höhe der Fördersumme. Die Gründe, aus denen das Resort weiterhin betrieben wird, sind für das Erreichen des Subventionszwecks unerheblich. 54

Als Betrugsschaden ist jedoch nicht der gesamte ausbezahlte Förderbetrag anzusehen, sondern lediglich der Anteil der Fördersumme, der von dem Subventionsgeber zu viel geleistet wurde (BGH, Beschluss vom 26. 55

c) Die rechtsfehlerhafte Bestimmung der Schadenshöhe berührt den Schuldspruch nicht; der Senat schließt aus, dass kein Vermögensschaden im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB entstanden ist. 56

Die Fördersumme wurde aufgrund der fehlenden Offenlegung der der P. bzw. der K. gewährten Rückflüsse zu hoch festgesetzt. Die Förderung erfolgte in Form einer Anteilsfinanzierung der zuwendungsfähigen Investitionskosten. Entsprechend wirkte sich die Höhe der im Antrag geltend gemachten förderfähigen Investitionskosten unmittelbar auf die Höhe der bewilligen Fördersumme aus. 57

Die mit der T. vereinbarten Auftragssummen beruhen auf einer nicht ordnungsgemäßen Preisgestaltung. Die bei Antragstellung gegenüber der I. angegebenen voraussichtlichen Investitionskosten sind zumindest um den Betrag der Rückflüsse überhöht. Jedenfalls in dieser Höhe wären günstigere Vertragsabschlüsse durch die T. möglich gewesen. Ein Betrugsschaden ist damit jedenfalls in Höhe der auf die Rückflüsse entfallenden Subventionsquote entstanden. 58

Der Umstand, dass letztlich die Gesamtsumme der bei den Mittelabrufen geltend gemachten Aufwendungen die Summe der im Antrag bezeichneten Investitionskosten, die der Festsetzung der Fördersumme zugrunde gelegt wurden, überstiegen hat, steht dem nicht entgegen. Nach Antragstellung anfallende Mehrkosten sind - jedenfalls ohne erneuten Antrag beim Subventionsgeber - nicht zuwendungsfähig und haben daher bei Ermittlung des Betrugsschadens außer Betracht zu bleiben. 59

3. Entgegen der Auffassung der Revision ist keine (teilweise) Verjährung eingetreten. Das Landgericht ist zu Recht von einer einheitlichen Betrugstat ausgegangen. Der Vorsatz des Angeklagten war von Anfang an auf die Erlangung einer überhöhten Fördersumme ausgerichtet. Bereits der Antrag enthielt unzutreffende Angaben zur Höhe der voraussichtlichen Investitionskosten, die auch dem Zuwendungsbescheid zugrunde gelegt wurden. Die Mittelabrufe stellen sich lediglich als Fortsetzung des bereits durch Antragstellung und Erwirkung des Zuwendungsbescheids vollendeten, aber noch nicht beendeten Betrugs dar (vgl. für § 264 StGB: BGH, Beschluss vom 1. Februar 2007 - 5 StR 467/06). Die fünfjährige Verjährungsfrist (§ 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB i.V.m. § 263 Abs. 1 StGB) beginnt nach § 78a StGB mit Beendigung der Tat. Beendet ist der Betrug mit Erlangung des letzten vom Tatvorsatz umfassten Vermögensvorteils (vgl. Fischer, StGB, 61. Aufl., § 78a Rn. 8a mwN). Die Auszahlung der restlichen Fördersumme erfolgte am 9. Juli 2007, so dass durch Erlass der Durchsuchungsbeschlüsse vom 28. April 2010 die Verjährung gemäß § 78c Abs. 1 Nr. 4 StGB rechtzeitig unterbrochen wurde. 60

4. Die fehlerhafte Bestimmung des Schuldumfangs führt zur Aufhebung des Strafausspruchs im Fall II. 2. der Urteilsgründe (Einsatzstrafe von fünf Jahren). Die hierzu für sich genommen rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen hebt der Senat nicht auf, da sie von dem (rechtlichen) Wertungsfehler bei der Bestimmung des Betrugsschadens nicht betroffen sind. 61

Der Senat schließt aus, dass der Rechtsfehler die für die Untreue (Fall II. 3. der Urteilsgründe) und die beiden Fälle der Steuerhinterziehung (Fälle II. 4. a) und b) der Urteilsgründe) verhängten Einzelfreiheitsstrafen von zehn Monaten bzw. jeweils sechs Monaten beeinflusst hat. Diese stehen in keinem inneren Zusammenhang mit der Verurteilung wegen Betruges. 62

5. Die Aufhebung des Strafausspruchs im Fall II. 2. der Urteilsgründe zieht die Aufhebung des Ausspruchs über die Gesamtstrafe nach sich. 63

D.

1. Der neue Tatrichter hat eigene, ergänzende Feststellungen zu treffen. Er wird bei der nunmehr vorzunehmenden Bestimmung des Betrugsschadens zunächst die im Rahmen des Förderantrags eingereichten Unterlagen daraufhin zu überprüfen haben, ob sie tatsächlich entstandene Aufwendungen betreffen und in die Subventionsentscheidung eingeflossen sind. Hinsichtlich der in die geltend gemachten Positionen eingerechneten Rückflussbeträge sind diejenigen Anteile zu bestimmen, die sich im Förderbescheid als zuwendungsfähige Investitionen niedergeschlagen haben. 64

2. Der neue Tatrichter wird zudem gegebenenfalls die Voraussetzungen einer nachträglichen 65

Gesamtstrafenbildung zu prüfen haben (vgl. UA S. 104). Er wird auch die bisherige Dauer des Verfahrens zu berücksichtigen haben.

E.

Der Senat hat von der Möglichkeit der Zurückverweisung an ein anderes Landgericht des Landes Brandenburg 66 Gebrauch gemacht (§ 354 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 StPO).