

HRRS-Nummer: HRRS 2018 Nr. 398

Bearbeiter: Karsten Gaede/Marc-Philipp Bittner

Zitiervorschlag: HRRS 2018 Nr. 398, Rn. X

**BGH 1 StR 339/16 - Urteil vom 25. Oktober 2017 (LG Rostock)**

Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (Verbotsirrtum bei Kenntnis von dem Bestehen sozialversicherungsrechtlicher Beschäftigungsverhältnisse; Grundsätze über die Darlegung der Berechnungsgrundlagen, Schätzung im Ausnahmefall); Geldstrafe neben Freiheitsstrafe (Voraussetzungen; Verhältnis zwischen den Sanktionsmitteln; Anrechnung von Auslieferungs- und Untersuchungshaft); Subventionsbetrug (Begriff der Subvention: Leistungen aus öffentlichen Mitteln nach dem Recht der Europäischen Gemeinschaften; Begriff des Subventionsgebers; Begriff der subventionserheblichen Tatsachen; Notifizierungspflicht: Umgehung durch künstliche Aufspaltung eines Investitionsvorhabens; Kenntnis des Subventionsgebers; zweckwidrige Verwendung von Mitteln).

§ 17 Satz 1 StGB; § 41 StGB; § 264 Abs. 1 Nr. 1 und 2 StGB; § 264 Abs. 8 Nr. 2 StGB; § 266a StGB

Leitsätze des Bearbeiters

1. Haben die an einem (sozialversicherungsrechtlichen) Beschäftigungsverhältnis Beteiligten eine vertragliche Gestaltung als Werkvertrag gewählt, handelt es sich aber aufgrund der relevanten tatsächlichen Gegebenheiten arbeits- und sozialrechtlich um ein Arbeitsverhältnis, kommt auf Seiten des vertraglichen „Auftraggebers“, der sich rechtlich als Arbeitgeber darstellt, allenfalls ein Verbotsirrtum in Betracht, wenn diesem die tatsächlichen Verhältnisse bekannt sind.
2. Der Tatrichter hat die geschuldeten Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge - für die jeweiligen Fälligkeitszeitpunkte gesondert - nach Anzahl, Beschäftigungszeiten, Löhnen der Arbeitnehmer und der Höhe des Beitragssatzes der örtlich zuständigen Krankenkasse festzustellen, um eine revisionsgerichtliche Nachprüfung zu ermöglichen, weil die Höhe der geschuldeten Beiträge auf der Grundlage des Arbeitsentgelts nach den Beitragssätzen der jeweiligen Krankenkassen sowie den gesetzlich geregelten Beitragssätzen der Renten-, Arbeitslosen- und Pflegeversicherung zu berechnen ist.
3. Falls solche Feststellungen im Einzelfall nicht möglich sind, kann die Höhe der vorenthaltenen Beiträge auf Grundlage der tatsächlichen Umstände geschätzt werden. Die Grundsätze, die die Rechtsprechung bei Taten nach § 370 AO für die Darlegung der Berechnungsgrundlagen der verkürzten Steuern entwickelt hat, gelten insoweit entsprechend. Deshalb genügt es nicht, die vorenthaltenen Sozialversicherungsbeiträge lediglich der Höhe nach anzugeben. Vielmehr müssen die Urteilsgründe die Berechnungsgrundlagen und Berechnungen im Einzelnen wiedergeben werden.
4. Die Verhängung einer Geldstrafe neben einer Freiheitsstrafe setzt voraus, dass sich der Angeklagte „durch die Tat bereichert oder zu bereichern versucht“ hat. Hierzu sind Feststellungen zu treffen. Außerdem ist Voraussetzung, dass die Verhängung der Geldstrafe „unter Berücksichtigung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters angebracht ist“. Das Urteil muss erkennen lassen, dass auch diese Voraussetzung erfüllt ist.
5. Zudem muss sich die Strafe in ihrer Gesamtheit im Rahmen des Schuldangemessenen halten. Das Verhältnis zwischen den Sanktionsmitteln Geld- und Freiheitsstrafe richtet sich dabei nach allgemeinen Strafzumessungsgrundsätzen, weshalb bei der Bemessung der Freiheitsstrafe die Verhängung einer zusätzlichen Geldstrafe als bestimmende Strafzumessungstatsache Berücksichtigung zu finden hat. Sind Freiheitsstrafe und Geldstrafe nebeneinander verhängt, muss auch darüber entschieden werden, auf welche der beiden Strafen oder in welcher Verteilung die Auslieferungs- und Untersuchungshaft anzurechnen sind.
6. Subventionen im Sinne des § 264 StGB sind auch Leistungen aus öffentlichen Mitteln nach dem Recht der Europäischen Gemeinschaften, die wenigstens zum Teil ohne marktmäßige Gegenleistung gewährt werden. Dies trifft für Europäische Strukturfonds wie den Fonds für regionale Entwicklung (EFRE) zu.
7. Subventionsgeber ist nach § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht nur die für die Bewilligung der Subvention sachlich und örtlich zuständige Behörde, sondern auch jede andere in das Subventionsverfahren eingeschaltete Stelle oder Person. Dabei reicht es aus, wenn die Stelle oder Person nur eine Vorprüfung vorzunehmen oder eine Teilentscheidung auszusprechen hat, wie z.B. deutsche Stellen für bei ihnen beantragte Subventionen der Europäischen Union oder die mit der Finanzierung und der Finanzkontrolle

befassten Banken.

8. Subventionserheblich sind solche Tatsachen, die durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes vom Subventionsgeber als subventionserheblich bezeichnet sind (§ 264 Abs. 8 Nr. 1 StGB) oder solche, von denen die Bewilligung, Gewährung, Rückforderung, Weitergewährung oder das Belassen einer Subvention oder eines Subventionsvorteils gesetzlich abhängig ist.

9. Die Subventionserheblichkeit muss sich auch bei § 264 Abs. 8 Nr. 2 StGB aus einem Gesetz im formellen oder materiellen Sinne ergeben; die Bezeichnung als „subventionserheblich“ in Verwaltungsvorschriften, Richtlinien etc. genügt nicht. „Gesetz“ im Sinne des § 264 Abs. 8 Nr. 2 StGB sind auch die Verordnungen der EU.

10. § 264 Abs. 8 Nr. 2 StGB erfasst Sachverhalte, in denen dem Gesetz eine ausdrückliche Bezeichnung bestimmter Tatsachen als subventionserheblich fehlt, das Gesetz aber dennoch hinreichend deutlich zum Ausdruck bringt, was es als Voraussetzung für die Subventionsgewährung betrachtet, ohne die entsprechenden Tatsachen ausdrücklich mit der Erklärung „subventionserheblich i.S.v. § 264 Abs. 1 StGB“ zu verbinden. Die Vorschrift gilt insbesondere für Subventionen der Europäischen Union, die nicht durch § 2 SubvG verpflichtet werden kann. Insoweit genügt bereits die in den Normen der Europäischen Union erfolgte Benennung der Vergabevoraussetzungen als Grundlage der Pönalisierung dahingehender Täuschungshandlungen.

11. „Gesetz“ im Sinne des § 264 Abs. 8 Nr. 2 StGB ist auch das Gesetz gegen missbräuchliche Inanspruchnahme von Subventionen (SubvG). Es ist anwendbar soweit Zuschüsse des Bundes oder eines Landes beantragt werden.

12. Im Rahmen der Prüfung des § 264 Abs. 8 Nr. 2 StGB kann es darauf ankommen, ob der Angeklagte ein einheitliches Investitionsvorhaben künstlich in zwei Teilvorhaben gegliedert hat, um der Notifizierung zu entgehen und die höchstmögliche Förderung zu erhalten. Bei der Beurteilung dieser Frage kommt es nicht auf die Zahl der Antragsteller, nicht auf deren gesellschaftsrechtliche Verhältnisse oder Beziehungen untereinander oder die Ausgestaltung der Geschäftsführung an, sondern nur auf das zu prüfende Investitionsvorhaben selbst.

13. Die Art der Antragstellung ist für den Angeklagten bzw. die Gesellschaften auch vorteilhaft im Sinne des § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB, wenn sie sich eignet, die Aussichten auf die Bewilligung der Subvention in der gewünschten Höhe durch die Herbeiführung der Entscheidungszuständigkeit der Landesbehörden zu verbessern oder durch Vermeiden der Einbindung der Kommission zu einem Zeit- und damit Zinsvorteil führt.

14. Die Kenntnis des Subventionsgebers von der Unrichtigkeit der Angaben steht der Strafbarkeit nach § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht entgegen, weil § 264 StGB kein Erfolgsdelikt ist und keine erfolgreiche Täuschung erfordert. Der Subventionsbetrug ist vollendet, sobald die falschen Angaben dem Subventionsgeber gegenüber gemacht wurden.

15. § 264 Abs. 1 Nr. 2 StGB stellt denjenigen unter Strafe, der einen Gegenstand oder eine Geldleistung, deren Verwendung durch Rechtsvorschriften oder durch den Subventionsgeber im Hinblick auf eine Subvention beschränkt ist, entgegen der Verwendungsbeschränkung verwendet. Eine zweckwidrige Verwendung von Mitteln im Sinne von § 264 Abs. 1 Nr. 2 StGB liegt schon dann vor, wenn die erlangten Gelder nicht umgehend für den mit der Subvention verfolgten Zweck verwendet werden.

#### Entscheidungstenor

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Rostock vom 2. Juni 2015

a) im Schuldpruch dahin geändert, dass der Angeklagte schuldig ist der Steuerhinterziehung in 25 Fällen und des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt in 25 Fällen sowie der Erwerbstätigkeit von Ausländern ohne Genehmigung in größerem Umfang,

b) im Rechtsfolgenausspruch mit den Feststellungen zur Höhe der vorenthaltenen Arbeitnehmer und Arbeitgeberbeiträge und der Lohnsteuer, aufgehoben.

2. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das vorgenannte Urteil mit den Feststellungen aufgehoben, soweit der Angeklagte freigesprochen worden ist.

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

4. Die weitergehende Revision des Angeklagten wird verworfen.

Von Rechts wegen

#### Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt in 25 Fällen, Steuerhinterziehung in 25 Fällen sowie wegen gleichzeitiger Beschäftigung von mehr als fünf Ausländern ohne Genehmigung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und einer Gesamtgeldstrafe von 180 Tagessätzen zu je 1.000 Euro verurteilt. Die Vollstreckung der verhängten Freiheitsstrafe hat es zur Bewährung ausgesetzt. Außerdem hat das Landgericht eine Entscheidung über die Anrechnung der Untersuchungs- und der Auslieferungshaft getroffen. 1

Von dem Vorwurf des Subventionsbetrugs hat das Landgericht den Angeklagten aus rechtlichen Gründen freigesprochen. Eine Strafbarkeit wegen Betrugs sah es aus tatsächlichen Gründen nicht für gegeben an. 2

Gegen diese Verurteilung wendet sich der Angeklagte mit seiner auf die ausgeführte Sachrüge und Verfahrensrügen gestützten Revision. 3

Sein Rechtsmittel erzielt mit der Sachrüge den aus dem Urteilstenor ersichtlichen Teilerfolg, im Übrigen ist es unbegründet. 4

Das auf den Teilpreispruch beschränkte Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft, mit dem sie die Verletzung formellen und materiellen Rechts rügt, hat bereits mit der Sachrüge umfassenden Erfolg. Eines Eingehens auf die Verfahrensrügen bedarf es daher nicht. 5

#### **A.**

I. Errichtung der Projekte „Ya.“ und „T.“ Nach den Feststellungen des Landgerichts hatte der Angeklagte in dem an der Ostsee gelegenen Stadtteil der Hansestadt Rostock „Ho.“ ein Wohnprojekt namens „T.“ geplant und mit dessen Umsetzung begonnen. Mit dem Bau beauftragte er als Geschäftsführer der ihm gehörenden F. GmbH den skandinavischen Baukonzern N. D. GmbH (N.). Die Bausumme sollte etwa 50 Millionen Euro betragen. Die öffentliche Erschließung des Wohngebiets wurde von der N. bis Anfang 2002 fertig gestellt, die Bauarbeiten aber danach zunächst nicht weitergeführt. 6

Die Hansestadt Rostock beabsichtigte, am Standort „Ho.“ einen Yachthafen mit zugehörigen Hotel- und Gewerbeanlagen in einem Gewerbegebiet zu errichten. Zu diesem Zweck gründete eine Firmengruppe die „H. Y. GmbH“ (H.) und verkaufte sie am 17. Mai 2002 mit dem Projekt an die O. AG des Angeklagten. Zugleich wurde der Angeklagte als Geschäftsführer der H. eingesetzt. Der Angeklagte plante sodann für den Standort „Ho.“ die Errichtung von Yachthafen, Kongresszentrum, Hotel und dazugehörigen Einrichtungen mit einem Investitionsvolumen (einschließlich des Grundstückskaufs) von mehr als 100 Millionen Euro. 7

Der Angeklagte benötigte zur Durchführung des Vorhabens Kredite und Fördergelder, wusste aber, dass aufgrund europarechtlicher Bestimmungen ab einer Investitionssumme von 50 Millionen Euro die Entscheidung über das „Ob“ und eventuell über die konkrete Höhe der Förderung durch die Europäische Kommission getroffen werden musste. Er befürchtete, dass dies zu einer Reduzierung der Fördersumme führen könnte. Außerdem war eine Subventionierung der öffentlichen Erschließung des Grundstücks nur für ein Gewerbegebiet als solches möglich und setzte voraus, dass sich dort mindestens zwei Betriebe und nicht nur ein Investor niederließen. 8

Für die Errichtung der geplanten Yachthafen-, Kongress- und Hotelanlage gründete der Angeklagte deshalb im Sommer 2002 zwei Betriebsgesellschaften. Die H. Y. B. GmbH errichtete er am 4. Juli 2002 selbst, die M. GmbH (M.) ließ er am 28. Juni 2002 durch seinen Freund Ma. gründen. Die H. Y. B. GmbH firmierte später zur Y. H. GmbH (Y.) um. Geschäftsführer war der Angeklagte, Gesellschafter die O. AG. Die M. firmierte später um in die K. GmbH. Gesellschafter und Geschäftsführer war Ma., ab spätestens Mai 2003 wurde B. zum Geschäftsführer bestellt. Der Angeklagte war faktischer Geschäftsführer der M. . 9

Der Angeklagte reichte sodann am 5. Juli 2002 je einen Antrag auf Gewährung von Fördermitteln für die Betreibergesellschaften Y. und M. bei dem L. M. (L.) ein. Den für die Y. gestellten Antrag unterzeichnete er selbst, den für die M. ließ er durch den formalen Geschäftsführer Ma. unterschreiben. Das Projekt hatte er dabei so aufgeteilt, dass die beiden Betreibergesellschaften auf dem Gelände Gebäude und Anlagen für jeweils knapp unter 50 Millionen Euro bauen sollten. In den mit den „Förderanträgen“ beim L. eingereichten Konzepten bezifferte der Angeklagte - bzw. ließ er dies durch Ma. beziffern - die Kosten der Gesamtinvestition auf 97,7 Millionen Euro, davon 10

49,5 Millionen Euro für den Teil der M. und 48,2 Millionen Euro für den der Y. .

Die M. sollte den Seglerhafen, ein Kongresszentrum nebst zugehörigen Hotelanlagen, das Verwaltungsgebäude sowie Bootshaus und Bootstankstelle errichten, die Y. das Wellnesshotel, gastronomische Einrichtungen, den „Kidsclub“ und das Vereinshaus. 11

Den größten Teil der zu bebauenden Grundstücke kaufte die H. im November 2002 zu einem Preis von 1.371.704,20 Euro von der Hansestadt Rostock; den Rest der benötigten Flächen pachtete sie mit einem Erbbaurechtsvertrag an. 12

Am 26. Mai 2003 vereinbarte der Angeklagte für die beiden Betreibergesellschaften mit der H. S. GmbH (HD.) zwei Pauschalverträge über die Errichtung der gesamten Hotelanlage und ließ einen der Verträge durch den von ihm eingesetzten Geschäftsführer der M. B. unterschreiben. Auf Seiten der HD. unterzeichnete der von dem Angeklagten eingestellte Geschäftsführer Ka. In den Pauschalverträgen waren 97,7 Millionen Euro für die komplette Errichtung der gesamten Hotelanlage, 49,5 Millionen Euro für die M. und 48,2 Millionen Euro für die Y., vereinbart. 13

Am 16. Dezember 2003 beauftragte die Os. W. GmbH & Co. KG, die eine Tochtergesellschaft der dem Angeklagten „gehörenden“ und von ihm als Geschäftsführer geführten O. AG war, die HD. mit der schlüsselfertigen Erstellung des Wohngebiets „T.“ zu einem Pauschalpreis von 27 Millionen Euro, einem wesentlich zu niedrigen Fantasiepreis. 14

Am selben Tag schlossen der Angeklagte für die HD. und Lu. für die N. einen Bauvertrag für die Gesamtanlage der Ya. ab. Sie vereinbarten einen Preis von 64 Millionen Euro. Der Angeklagte ließ den Vertrag von dem von ihm eingesetzten Geschäftsführer der HD. Ki. unterschreiben. Den Vertrag hoben die Vertragsparteien direkt im Anschluss daran schriftlich wieder auf. Ebenso wurde mit einem am selben Tag abgeschlossenen Vertrag zwischen der HD. und der N. für die Erstellung des T. s zum Preis von 25,6 Millionen Euro verfahren. Bei Anfertigung der beiden „Scheinverträge“ über 64 und 25,6 Millionen Euro hatte der Angeklagte gegenüber dem Mitarbeiter Lu. erklärt: „Ich benötige diese für meine Finanzierung“. 15

Ebenfalls am 16. Dezember 2003 vereinbarte der Angeklagte für die HD. - wobei der Geschäftsführer Ki. unterschrieb - mit der N. den tatsächlich gewollten und später durchgeführten Pauschalvertrag für die Erstellung der Ya. und des Wohnprojekts T. zum Preis von insgesamt 89,6 Millionen Euro, der Summe der beiden abgeschlossenen und wieder aufgehobenen Verträge. Dieser Vertrag, der den Banken und dem L. nicht offengelegt wurde, aber tatsächlich gewollt war, wurde durchgeführt. 16

Den „Scheinvertrag“ über 64 Millionen Euro für die Ya. reichte der Angeklagte bei den beiden finanzierenden Banken Os. Sparkasse (OS.) und No. Landesbank (No.) ein. Dieser Vertrag bildete aus Sicht der Banken die Grundlage der zu planenden Bau- und Gesamtkosten und war Basis für die von ihnen gewährte Finanzierung und deren Kontrolle. Das L. erhielt nur die Generalübernehmerverträge zwischen den beiden Betreibergesellschaften und der HD., nicht aber diesen Vertrag. 17

Die N. hatte intern ihre Baukosten von 89,6 Millionen Euro mit 47,256 Millionen Euro für die Anlage der Ya. und 42,344 Millionen Euro für den T. kalkuliert. Diese realen Baukosten kannte der Angeklagte, da sie ihm in den ausschließlich mit ihm geführten Vertragsverhandlungen von den beiden Mitarbeitern der N. He. und Lu. mitgeteilt worden waren. 18

Das Wirtschaftsministerium des Landes Mecklenburg-Vorpommern bewilligte den beiden Betreibergesellschaften antragsgemäß am 23. Dezember 2003 durch zwei Zuwendungsbescheide bei einer Förderquote von 49 % insgesamt eine Fördersumme von 47,481 Millionen Euro entsprechend den von der Y. und der M. angegebenen Gesamtkosten von 97,7 Millionen Euro und einem förderfähigen Gesamtinvestitionsvolumen von 96,9 Millionen Euro. 19

Die N. GmbH errichtete in der Folge aufgrund des am 16. Dezember 2003 geschlossenen Gesamtpauschalvertrags bis zur Kündigung des Vertrags im April 2006 gleichzeitig den T. und die Ya. und schrieb dafür vertragsgemäß Pauschalabschlagsrechnungen an die HD., in denen sie nicht zwischen den Vorhaben „Ya.“ und „T.“ unterschied. 20

Diese Rechnungen musste der Angeklagte von der finanzierenden OS. kontrollieren lassen und den Bautenstand von dem von der OS. und der No. geforderten externen Baucontrolling, der Fa. BP., feststellen lassen. Die OS. und die Fa. BP. gingen dabei davon aus, dass der von der N. vertraglich geschuldete „erweiterte Rohbau“ der Ya. den Wert der „zum Schein vereinbarten“ 64 Millionen Euro haben würde und sich die Pauschalrechnungen der N. ausschließlich auf dieses Bauvorhaben beziehen würden. Das war jedoch nicht der Fall. 21

Die HD. stellte gemäß dem Baufortschritt Rechnungen an die Betreibergesellschaften. Diese Rechnungen wurden für die HD. nach den Kontrollen der OS. und der Fa. BP. und deren Freigabe durch das finanzierende Bankenkonsortium 22

OS. /No. bezahlt. Anschließend reichten die Betreibergesellschaften Auszahlungsanträge für die Subventionen entsprechend dem Bautenstand an das L. weiter. Das L. zahlte daraufhin bis April 2006 insgesamt 47,481 Millionen Euro Fördergeld an die Betreibergesellschaften aus.

Die Y. und die M. zahlten an die HD. die in den Pauschalverträgen vereinbarten 97,7 Millionen Euro. In den von den beiden Förderantragstellerinnen eingereichten Verwendungsnachweisen vom August 2006 wurden die Ausgangssummen von 48,2 Millionen Euro (Y.) und 49,5 Millionen Euro (M.) wiederholt. 23

Die HD. zahlte bis zur Fertigstellung der Ya. insgesamt 57,1 Millionen Euro an die N. Die N. verbuchte diese Summe auf den Gesamtvertrag für Ya. und T. Streitigkeiten zwischen N. und HD. Anfang des Jahres 2006 führten zur schriftlichen Kündigung des Bauvertrags. 24

Die Auftraggeberin der HD. für den T., die Os. W. GmbH & Co. KG (später umfirmiert in Wo. GmbH - WP.), zahlte am 24. Juni 2004 an die HD. vier Millionen Euro, die die HD. zunächst als Kredit verbuchte, dann mehrfach umbuchte und die Umbuchungen wieder stornierte. 25

Am 7. August 2005 unterzeichneten die Geschäftsführer der HD. und der WP. einen Aufhebungsvertrag für das Bauvorhaben „T.“. Dieser Vertrag sah eine Zahlung der WP. in Höhe von noch 2,8 Millionen Euro an die HD. vor. Zahlungen erfolgten nicht. 26

Am 7. August 2006 überwies die WP. eine Million Euro an die HD., so dass sie insgesamt fünf Millionen Euro geleistet hatte. Diese fünf Millionen Euro lagen „verfügbar“ auf Konten der HD. und konnten zur Bezahlung der Bauleistungen am „T.“ verwendet werden. Es ist nicht auszuschließen, dass dieses Geld von der HD. im Rahmen der insgesamt an die N. überwiesenen 57,1 Millionen Euro dafür verbraucht wurde. Am 31. Dezember 2006 erstellte die HD. eine Rechnung an die WP. über eine Million Euro brutto für „anerkannte Bauleistungen für das Bauvorhaben T.“. 27

II. Betrieb der „Ya.“ Nach den Feststellungen des Landgerichts betrieb die Y. die Hotelanlage im Rahmen eines Geschäftsbesorgungsvertrags mit der M. Als Geschäftsführer der Y. entschied der Angeklagte zur Kosteneinsparung polnische Arbeiter im Rahmen von Werkverträgen einzusetzen. Die Arbeitskräfte sollten nach Bedarf durch den gesondert Verfolgten Mu. in Polen akquiriert werden, dort ein Gewerbe anmelden und anschließend auf Grund von Werkverträgen in der Hotelanlage eingesetzt werden. Nachdem der Angeklagte die ersten Verträge aus dem Jahr 2006 unterschrieben hatte, unterzeichnete sie in der Folgezeit meist der gesondert Verfolgte Mi. Dieser informierte auch jeweils Mu. über die Anzahl der benötigten Hilfskräfte und Mu. warb sie sodann in Polen an. 28

Die jeweils als Werkvertrag bezeichneten Verträge enthielten Beschreibungen von durchzuführenden Arbeiten wie den Transport und die Reparatur von Möbeln, Garten- oder Reinigungsarbeiten. Die polnischen Arbeitskräfte, die vor Abschluss dieser Verträge in Polen ein Gewerbe angemeldet hatten, waren im Jahr 2007 in der Gärtnerei eingesetzt und führten Hilfsarbeiten beim Reinigen der Hotelanlage aus. Ab Frühjahr 2008 arbeiteten verstärkt polnische Frauen als Zimmermädchen. Die polnischen Arbeitskräfte waren wie Arbeitnehmer in den Betriebsablauf der Hotelanlage integriert, trugen die Dienstkleidung der Hotelanlage, erhielten Arbeits- und Putzmittel gestellt und unterlagen hinsichtlich Arbeitszeit und -ort den Anordnungen der Mitarbeiter der Hotelanlage. Die Lohnrechnungen schrieb Mu. Der Stundenlohn wurde regelmäßig für einen Zeitraum von etwa zwei Wochen abgerechnet und von Mi. oder Mu. an die polnischen Arbeitskräfte ausbezahlt. 29

Die in der Hotelanlage beschäftigten 90 polnischen Arbeitnehmer besaßen keine Genehmigung nach § 284 Abs. 1 SGB III in der jeweils gültigen Fassung und waren der Sozialversicherung und dem Finanzamt nicht gemeldet. Von Januar 2007 bis Januar 2009 führte der Angeklagte Sozialversicherungsbeiträge in Höhe von 229.188,14 Euro und Lohnsteuer in Höhe von 108.255,67 Euro nicht ab. 30

### III.

1. Das Landgericht hat zur Begründung des Teilfreispruchs im Wesentlichen das Folgende ausgeführt: 31

Soweit dem Angeklagten vorgeworfen wurde, durch eine künstliche Aufspaltung der Hotelanlage „Ya. H.“ in zwei Betriebe (Y. und M.) einen Subventionsbetrug durch unrichtige oder unvollständige Angaben gegenüber der zuständigen Behörde begangen zu haben, sei er aus rechtlichen Gründen freizusprechen, weil die Regelungen in den Förderbescheiden nicht tauglich seien, subventionserhebliche Tatsachen im Sinne von § 264 Abs. 8 Nr. 1 StGB zu definieren. 32

Angaben zur Einheitlichkeit bzw. zur Künstlichkeit der Aufteilung des Vorhabens in Bezug auf die betroffene Fördermaßnahme seien auch keine subventionserheblichen Tatsachen nach § 264 Abs. 8 Nr. 2 StGB. Nach dieser Vorschrift seien subventionserheblich nur solche Tatsachen, von denen die Bewilligung, Gewährung, Rückforderung, 33

Weitergewährung oder das Belassen einer Subvention oder eines Subventionsvorteils gesetzlich abhängig sei.

§ 4 Abs. 2 SubvG, § 1 SubvG Mecklenburg-Vorpommern und Art. 4 Abs. 3 der VO (EG, Euratom) Nr. 2988/95 des Rates vom 18. Dezember 1995, die Umgehungstatbestände definierten, seien zwar Gesetze im Sinne des § 264 Abs. 8 StGB, regelten aber die von der Umgehung betroffenen konkreten Vergabevoraussetzungen nicht. 34

Nach Auffassung der Strafkammer treffe es nicht zu, dass jede Verwirklichung eines Umgehungstatbestands im Sinne von § 4 Abs. 2 SubvG und Art. 4 Abs. 3 der VO (EG, Euratom) 2988/95 des Rates vom 18. Dezember 1995 zu einer Strafbarkeit wegen Subventionsbetrugs führen könne, auch wenn die umgangene oder durch Umgehung geschaffene Tatsache keine subventionserhebliche Tatsache im Sinne des § 264 Abs. 8 StGB sei. Die Strafkammer könne sich deshalb dem 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs (Beschluss vom 28. Mai 2014 - 3 StR 206/13, BGHSt 59, 244 ff.) nicht anschließen. Es sei mit Art. 103 Abs. 2 GG nicht vereinbar, wenn untergesetzliche Regelungen bestimmten, welche Tatsachen subventionserheblich seien. Die Kammer gehe deshalb auf der Grundlage des Beschlusses des Bundesgerichtshofs vom 20. September 2010, wistra 2011, 67 ff. (gemeint ist der Beschluss vom 30. September 2010 - 5 StR 61/10, wistra 2011, 67 ff.) davon aus, dass nicht jede Umgehung oder Scheinhandlung strafbar sei. Sei der verdeckte, wahre Sachverhalt nicht per Gesetz geregelt, sondern nur aufgrund untergesetzlicher Regelungen zur Subventionsvoraussetzung erklärt worden, scheidet eine Strafbarkeit aus. So liege der Fall hier. 35

Darüber hinaus seien die Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 SubvG nicht erfüllt, weil kein Verstoß gegen den Zweck der Subvention habe festgestellt werden können. Zweck der Subvention sei die Errichtung eines touristischen Betriebs und die Entstehung von Arbeitsplätzen in der Region gewesen. Diesem Zweck widerspräche die künstliche Aufspaltung des Vorhabens nicht. 36

2. Eine Verurteilung wegen Betrugs (§ 263 Abs. 1 StGB) komme aus tatsächlichen Gründen nicht in Betracht, weil es an einer Täuschung durch den Angeklagten fehle. 37

3. Eine Strafbarkeit nach § 264 Abs. 1 Nr. 2 StGB wegen einer Fehlverwendung von Subventionen sei aus tatsächlichen Gründen nicht gegeben. Zwar sei der zwischen HD. und N. vereinbarte und bei dem Bankenkonsortium eingereichte „Scheinvertrag“ über Kosten von 64 Millionen Euro für den erweiterten Rohbau der Anlage (statt der kalkulierten und tatsächlich vereinbarten etwa 47 Millionen Euro) ein gewichtiges Indiz dafür, dass gegenüber dem Fördermittelgeber zu hohe Kosten angegeben worden seien, um Fördergelder für das nicht förderfähige Projekt „T.“ zu verwenden. Die Erklärung des Angeklagten für den „Scheinvertrag“ über 64 Millionen Euro habe jedoch nicht widerlegt werden können. Danach habe dieser Vertrag nur dazu gedient, die Bedenken der No. bezüglich des Insolvenz- und Fertigstellungsrisikos wegen der geringen Größe der HD. als Generalübernehmerin durch die Einbindung der N. als renommierte Baufirma zu zerstreuen. 38

Außerdem sei ihm nicht zu widerlegen, dass die Arbeiten der N. am T. durch die HD. mit den ihr von der WP. bezahlten fünf Millionen Euro beglichen worden seien. 39

B. Revision des Angeklagten 40

Die auf die Sachrüge vorzunehmende Nachprüfung des angefochtenen Urteils hat hinsichtlich des Schuldspruchs keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben. Die verfahrensrechtlichen Beanstandungen des Angeklagten bleiben aus den in der Antragschrift des Generalbundesanwalts genannten Gründen ohne Erfolg. 41

I.

Der Schuldspruch beruht auf einer tragfähigen Beweiswürdigung. Die von der Strafkammer aus den festgestellten tatsächlichen Gegebenheiten gezogenen Schlüsse im Hinblick auf das Bestehen sozialversicherungsrechtlicher Beschäftigungsverhältnisse und die Arbeitgebereigenschaft des Angeklagten sind ohne Rechtsfehler. Diese Feststellungen tragen auch den von der Strafkammer gezogenen Schluss auf vorsätzliches Handeln des Angeklagten. Die für das Bestehen inländischer Beschäftigungsverhältnisse maßgeblichen Tatsachen und die daraus resultierenden Abführungspflichten waren ihm bekannt. Haben die an einem (sozialversicherungsrechtlichen) Beschäftigungsverhältnis Beteiligten eine vertragliche Gestaltung als Werkvertrag gewählt, handelt es sich aber aufgrund der relevanten tatsächlichen Gegebenheiten arbeits- und sozialrechtlich um ein Arbeitsverhältnis, kommt auf Seiten des vertraglichen „Auftraggebers“, der sich rechtlich als Arbeitgeber darstellt, allenfalls ein Verbotsirrtum (§ 17 StGB) in Betracht (BGH, Beschluss vom 4. September 2013 - 1 StR 94/13, NStZ 2014, 321, 322 f. mwN), wenn diesem die tatsächlichen Verhältnisse bekannt sind. Ein die Schuld ausschließender Verbotsirrtum (§ 17 Satz 1 StGB) aber ist auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen ausgeschlossen. 42

Der Schuldspruch war allerdings hinsichtlich der Tenorierung des Vergehens nach § 11 Abs. 1 Nr. 1 SchwarzArbG, § 284 Abs. 1 SGB III zu korrigieren. Dieses ist gemäß der gesetzlichen Überschrift als „Erwerbstätigkeit von 43

Ausländern ohne Genehmigung in größerem Umfang“ zu tenorieren (MüKo-StGB/Mosbacher, 2. Aufl., SchwarzArbG § 11 Rn. 21).

## II.

Dagegen war der Strafausspruch auf die Revision des Angeklagten aufzuheben. Die Strafkammer hat den Schuldumfang nicht rechtsfehlerfrei bestimmt; denn die Darlegung der Berechnungsgrundlagen für die vorenthaltenen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge und die hinterzogene Lohnsteuer entsprechen nicht den Grundsätzen, die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei solchen Taten zu beachten sind. 44

1. Danach hat der Tatrichter die geschuldeten Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge - für die jeweiligen Fälligkeitszeitpunkte gesondert - nach Anzahl, Beschäftigungszeiten, Löhnen der Arbeitnehmer und der Höhe des Beitragssatzes der örtlich zuständigen Krankenkasse festzustellen, um eine revisionsgerichtliche Nachprüfung zu ermöglichen (BGH, Beschlüsse vom 4. März 1993 - 1 StR 16/93, StV 1993, 364; vom 22. März 1994 - 1 StR 31/94, wistra 1994, 193 und vom 20. April 2016 - 1 StR 1/16, NStZ 2017, 352; Urteil vom 20. März 1996 - 2 StR 4/96, NStZ 1996, 543), weil die Höhe der geschuldeten Beiträge auf der Grundlage des Arbeitsentgelts nach den Beitragssätzen der jeweiligen Krankenkassen sowie den gesetzlich geregelten Beitragssätzen der Renten-, Arbeitslosen- und Pflegeversicherung zu berechnen ist (BGH, Urteil vom 11. August 2010 - 1 StR 199/10, NStZ-RR 2010, 376; Beschluss vom 20. April 2016 - 1 StR 1/16, NStZ 2017, 352). Falls solche Feststellungen im Einzelfall nicht möglich sind, kann die Höhe der vorenthaltenen Beiträge auf Grundlage der tatsächlichen Umstände geschätzt werden (BGH, Beschlüsse vom 10. November 2009 - 1 StR 283/09, NStZ 2010, 635 und vom 20. April 2016 - 1 StR 1/16, NStZ 2017, 352). Die Grundsätze, die die Rechtsprechung bei Taten nach § 370 AO für die Darlegung der Berechnungsgrundlagen der verkürzten Steuern entwickelt hat, gelten insoweit entsprechend (BGH, Beschlüsse vom 4. März 1993 - 1 StR 16/93, StV 1993, 364 und vom 20. April 2016 - 1 StR 1/16, NStZ 2017, 352; Urteil vom 11. August 2010 - 1 StR 199/10, NStZ-RR 2010, 376). Deshalb genügt es nicht, die vorenthaltenen Sozialversicherungsbeiträge lediglich der Höhe nach anzugeben (BGH, Beschlüsse vom 28. Mai 2002 - 5 StR 16/02, BGHSt 47, 318 und vom 20. April 2016 - 1 StR 1/16, NStZ 2017, 352). Vielmehr müssen die Urteilsgründe die Berechnungsgrundlagen und Berechnungen im Einzelnen wiedergeben (BGH, Beschlüsse vom 4. März 1993 - 1 StR 16/93, StV 1993, 364 und vom 20. April 2016 - 1 StR 1/16, NStZ 2017, 352). 45

2. Den vorgenannten Anforderungen trägt das Urteil nicht ausreichend Rechnung. Bei der Berechnung der Sozialversicherungsbeiträge hat die Strafkammer die von der Mitarbeiterin der Deutschen Rentenversicherung Bund zur Verfügung gestellten Tabellen zugrunde gelegt. Anschließend hat sie auf der Grundlage der in bar ausgezahlten Löhne als Nettolöhne (§ 14 Abs. 2 SGB IV) nach einem im Berechnungsprogramm der Rentenversicherung hinterlegten Faktor nach der Steuerklasse VI den fiktiven Bruttolohn und von diesem ausgehend nach den in den jeweiligen Monaten geltenden Beitragssätzen die Renten-, Pflege-, Arbeitslosen- und Krankenversicherungsbeiträge errechnet (UA S. 24 ff.). 46

Bei der Berechnung der Lohnsteuer ist die Strafkammer von der von dem zuständigen Finanzamt angefertigten und von der Steueramtfrau H. als Zeugin erläuterten Berechnung des zugeflossenen Barlohns als Bruttolohn ausgegangen und hat davon nach der Steuerklasse VI die Lohnsteuer und den Solidaritätszuschlag abgezogen (UA S. 52). 47

Damit hat das Landgericht seine Feststellungen zur Höhe der vorenthaltenen Sozialversicherungsbeiträge allein auf die Berechnungen der Mitarbeiterin der Deutschen Rentenversicherung Bund gestützt. Welche Beitragssätze letztlich der Berechnung zugrunde lagen, führt das Urteil nicht aus. Es beschränkt sich auf die Benennung der zuständigen Krankenkasse (UA S. 21). Die Berechnung der vorenthaltenen Sozialversicherungsbeiträge ist damit auf Grund der unzureichenden Urteilsfeststellungen einer vollumfänglichen revisionsgerichtlichen Nachprüfung entzogen. Hinzukommt, dass sich nicht erschließt, warum in zahlreichen Fällen (UA S. 24 ff.) bei demselben Arbeitnehmer in demselben Beschäftigungsmonat zwei oder mehr Berechnungsvorgänge erfolgt sind. 48

Auch die Berechnung der bei den polnischen Arbeitnehmern angefallenen Lohnsteuer ist nicht nachvollziehbar dargelegt und zudem in einigen Fällen unschlüssig. So ist z.B. bei Zugrundelegung der Lohnsteuerklasse VI (§ 39c EStG) bei dem Arbeitnehmer C. nicht verständlich, wieso im April 2007 ein Bruttolohn von 340,90 Euro zu Lohnsteuer in Höhe von 89,21 Euro führt, aber bei dem Arbeitnehmer D. ein Lohn von 528 Euro nur zu Lohnsteuer in Höhe von 79,16 Euro. Bei dem Arbeitnehmer S. ergeben 409,08 Euro Bruttolohn im Vormonat sogar 113,59 Euro Lohnsteuer. Für Mu. waren im März 2007 für 681,78 Euro Bruttolohn 225,84 Euro Lohnsteuer abzuführen, für A. dagegen im Monat März 2007 bei 1.008 Euro brutto nur 218,25 Euro (jeweils UA S. 53 f.). 49

3. Da auf der Grundlage der Feststellungen auszuschließen ist, dass nicht jeden Monat sowohl Beiträge zur Sozialversicherung vorenthalten als auch Lohnsteuer nicht abgeführt worden sind, lässt dieser Rechtsfehler den Schuldanspruch unberührt. Die rechtsfehlerhafte Bemessung der Höhe der vorenthaltenen Sozialversicherungsbeiträge und der nicht abgeführten Lohnsteuer und damit des Schuldumfangs zieht allerdings die Aufhebung des 50

Strafaußspruchs mit den zugehörigen Feststellungen nach sich. Der Senat kann infolge der fehlenden revisionsgerichtlichen Nachprüfbarkeit nicht ausschließen, dass die Strafkammer einen zu hohen Schaden und damit Schuldumfang angenommen hat und die Strafzumessung des angefochtenen Urteils auf den vorgenannten Mängeln beruht.

4. Die aufgezeigten Mängel entziehen dem Strafausspruch insgesamt die Grundlage. 51

Soweit das Landgericht bei sämtlichen verhängten Einzelstrafen neben Freiheitsstrafen auch Geldstrafen verhängt und den Angeklagten außer zu einer Gesamtfreiheitsstrafe auch zu einer Gesamtgeldstrafe verurteilt hat, hielte dies auch bei isolierter Betrachtung rechtlicher Überprüfung nicht stand. 52

Die Verhängung einer Geldstrafe neben einer Freiheitsstrafe nach § 41 StGB setzt voraus, dass sich der Angeklagte „durch die Tat bereichert oder zu bereichern versucht“ hat (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 24. August 1983 - 3 StR 89/83, BGHSt 32, 60, 66). Hierzu sind Feststellungen zu treffen. Außerdem ist Voraussetzung, dass die Verhängung der Geldstrafe „unter Berücksichtigung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters angebracht ist“. Das Urteil muss erkennen lassen, dass auch diese Voraussetzung erfüllt ist (vgl. BGH, Urteil vom 21. März 1985 - 4 StR 53/85, wistra 1985, 147, 148; Beschluss vom 7. Dezember 2016 - 1 StR 358/16, StraFo 2017, 72, 73). 53

Zudem muss sich die Strafe in ihrer Gesamtheit im Rahmen des Schuldangemessenen halten. Das Verhältnis zwischen den Sanktionsmitteln Geld- und Freiheitsstrafe richtet sich dabei nach allgemeinen Strafzumessungsgrundsätzen, weshalb bei der Bemessung der Freiheitsstrafe die Verhängung einer zusätzlichen Geldstrafe als bestimmende Strafzumessungstatsache Berücksichtigung zu finden hat (vgl. BGH, Urteil vom 21. März 1985 - 4 StR 53/85, wistra 1985, 147 mwN). Das Urteil hat sich daher auch zu den Auswirkungen der Geldstrafen auf die Bemessung der Freiheitsstrafen zu verhalten. Daran fehlt es. 54

### III.

1. Das neue Tatgericht wird unter Beachtung obiger Ausführungen neue Feststellungen zur Höhe der vorenthaltenen Sozialversicherungsbeiträge und hinterzogenen Lohnsteuer zu treffen haben. Die übrigen Feststellungen des Landgerichts sind von dem Rechtsfehler nicht betroffen und bleiben insoweit bestehen. 55

2. Das neue Tatgericht wird zudem die unterbliebene Festsetzung des Anrechnungsmaßstabs für die erlittene Auslieferungshaft nachzuholen haben (§ 51 Abs. 4 Satz 2 StGB). Sind Freiheitsstrafe und Geldstrafe nebeneinander verhängt, muss auch darüber entschieden werden, auf welche der beiden Strafen oder in welcher Verteilung die Auslieferungs- und Untersuchungshaft anzurechnen sind (BGH, Urteile vom 11. Juli 1985 - 4 StR 293/85, NSStZ 1985, 497; vom 7. Februar 1990 - 2 StR 601/89, NJW 1990, 1428, 1429, zur Reihenfolge der Anrechnung von im Ausland verbüßter Strafhaft und im Inland erlittener Untersuchungshaft; Beschluss vom 19. November 1970 - 2 StR 510/70, BGHSt 24, 29, 30, zur Anrechnung von Untersuchungshaft). 56

C. Revision der Staatsanwaltschaft 57

Der Teilreispruch des Angeklagten hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand. 58

### I.

Die Strafkammer ist bei der Prüfung des dem Angeklagten vorgeworfenen Subventionsbetrugs (§ 264 StGB) hinsichtlich des Vorliegens einer subventionserheblichen Tatsache von einem unzutreffenden rechtlichen Maßstab ausgegangen. Aufgrund dessen hat das Landgericht keine ausreichenden Feststellungen getroffen, um die Voraussetzungen eines Subventionsbetrugs im Zusammenhang mit der Beantragung von Fördermitteln für das Projekt Yachthafen prüfen zu können. Im Einzelnen gilt Folgendes: 59

Wegen Subventionsbetrugs nach § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB macht sich strafbar, wer einer für die Bewilligung einer Subvention zuständigen Behörde oder einer anderen in das Subventionsverfahren eingeschalteten Stelle oder Person (Subventionsgeber) über subventionserhebliche Tatsachen für sich oder einen anderen unrichtige oder unvollständige Angaben macht, die für ihn oder den anderen vorteilhaft sind. 60

Als subventionserhebliche Tatsachen kommen allein die sich auf das in zwei Projekte gegliederte Investitionsvorhaben beziehenden Angaben in Betracht, da eine Strafbarkeit entscheidend davon abhängt, ob ein einheitliches großes Investitionsvorhaben „künstlich“ in zwei kleinere Vorhaben aufgespalten worden ist, um die nach den einschlägigen Rechtsvorschriften höchstmögliche finanzielle Förderung zu erhalten. 61

Für subventionserhebliche Tatsachen im Sinne von § 264 Abs. 8 StGB ist Folgendes zu berücksichtigen: 62



1. Subventionen im Sinne des § 264 StGB sind auch Leistungen aus öffentlichen Mitteln nach dem Recht der Europäischen Gemeinschaften, die wenigstens zum Teil ohne marktmäßige Gegenleistung gewährt werden (§ 264 Abs. 7 Satz 1 Nr. 2 StGB). Dies trifft für Europäische Strukturfonds wie den Fonds für regionale Entwicklung (EFRE) zu (LK-StGB/Tiedemann, 12. Aufl., § 264 Rn. 70; Fischer, StGB, 65. Aufl., § 264 Rn. 12). 63

2. Subventionsgeber ist nach § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht nur die für die Bewilligung der Subvention sachlich und örtlich zuständige Behörde, sondern auch jede andere in das Subventionsverfahren eingeschaltete Stelle oder Person. Damit wird der Tatsache Rechnung getragen, dass in der Praxis neben der Bewilligungsbehörde in vielfältiger Weise auch andere Stellen oder Personen, vor allem Kreditinstitute, in die Subventionsvergabe eingeschaltet sind. Dabei reicht es aus, wenn die Stelle oder Person nur eine Vorprüfung vorzunehmen oder eine Teilentscheidung auszusprechen hat, wie z.B. deutsche Stellen für bei ihnen beantragte Subventionen der Europäischen Union (BTDrucks. 7/5291 S. 13; Tiedemann aaO § 264 Rn. 86 mwN) oder die mit der Finanzierung und der Finanzkontrolle befassten Banken. 64

Damit sind Subventionsgeber nach § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB auch das Wirtschaftsministerium, das die Zuwendungsbescheide erlassen hat und das L., gegebenenfalls aber auch das Bankenkonsortium. Bereits zur Frage der hier betroffenen Subventionsgeber enthält das Urteil keine näheren Feststellungen. 65

3. Subventionserheblich sind solche Tatsachen, die durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes vom Subventionsgeber als subventionserheblich bezeichnet sind (§ 264 Abs. 8 Nr. 1 StGB) oder solche, von denen die Bewilligung, Gewährung, Rückforderung, Weitergewährung oder das Belassen einer Subvention oder eines Subventionsvorteils gesetzlich abhängig ist (§ 264 Abs. 8 Nr. 2 StGB). 66

a) Auf der Grundlage des landgerichtlichen Urteils kann nicht beurteilt werden, ob subventionserhebliche Tatsachen im Sinne von § 264 Abs. 8 Nr. 2 StGB vorliegen. Das Landgericht hat nämlich bereits das Vorliegen gesetzlicher Regelungen („gesetzlich abhängig“) im Sinne dieser Vorschrift rechtlich unzutreffend verneint. 67

aa) Die Subventionserheblichkeit muss sich auch bei § 264 Abs. 8 Nr. 2 StGB aus einem Gesetz im formellen oder materiellen Sinne ergeben; die Bezeichnung als „subventionserheblich“ in Verwaltungsvorschriften, Richtlinien etc. genügt nicht (BGH, Urteile vom 8. Oktober 2014 - 1 StR 114/14, BGHSt 60, 15, 37 und vom 11. November 1998 - 3 StR 101/98, BGHSt 44, 233, 237). „Gesetz“ im Sinne des § 264 Abs. 8 Nr. 2 StGB sind auch die Verordnungen der EU (Tiedemann aaO § 264 Rn. 80), insbesondere Art. 4 Abs. 3 der Verordnung (EG, Euratom) Nr. 2988/95 des Rates vom 18. Dezember 1995 über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften (ABl. EG 1995 Nr. L 315 S. 1). 68

§ 264 Abs. 8 Nr. 2 StGB erfasst Sachverhalte, in denen dem Gesetz eine ausdrückliche Bezeichnung bestimmter Tatsachen als subventionserheblich fehlt, das Gesetz aber dennoch hinreichend deutlich zum Ausdruck bringt, was es als Voraussetzung für die Subventionsgewährung betrachtet, ohne die entsprechenden Tatsachen ausdrücklich mit der Erklärung „subventionserheblich i.S.v. § 264 Abs. 1 StGB“ zu verbinden. Die Vorschrift gilt insbesondere für Subventionen der Europäischen Union, die nicht durch § 2 SubvG verpflichtet werden kann. Insoweit genügt bereits die in den Normen der Europäischen Union erfolgte Benennung der Vergabevoraussetzungen als Grundlage der Pönalisierung dahingehender Täuschungshandlungen (vgl. BTDrucks. 7/5291 S. 13; BGH, Urteil vom 11. November 1998 - 3 StR 101/98, BGHSt 44, 233, 241; Beschluss vom 30. September 2010 - 5 StR 61/10, NStZ-RR 2011, 81 f.; Urteil vom 5. September 1989 - 1 StR 291/89, NStZ 1990, 35, 36; OLG München, Beschluss vom 1. Juli 1981 - 2 Ws 668/81, NJW 1982, 457; Tiedemann aaO § 264 Rn. 81, 82; MüKo-StGB/Wohlers/Mühlbauer, 2. Aufl., § 264 Rn. 72; Fischer aaO § 264 Rn. 17a). 69

bb) Die Vorschrift ist verfassungsrechtlich ausreichend bestimmt im Sinne von Art. 103 Abs. 2 GG. Sie beschreibt dezidiert, wann die Bewilligung einer Subvention nicht erfolgen darf und erfordert - anders als die Strafkammer meint - auch nicht etwa aufgrund einer zu großen Reichweite eine teleologische Einschränkung; denn sie dient dem legitimen Zweck eines möglichst lückenlosen Strafrechtsschutzes und ergänzt den formellen § 264 Abs. 8 Nr. 1 StGB um eine materielle Betrachtung, indem sie den Gestaltungsmissbrauch erfasst (Wohlers/Mühlbauer aaO § 264 Rn. 74). 70

cc) Gesetzliche Bestimmungen subventionserheblicher Tatsachen im Sinne von § 264 Abs. 8 Nr. 2 StGB können auf der Grundlage der bisher getroffenen Feststellungen nicht ausgeschlossen werden. 71

Zwar ist die im Tatzeitraum geltende Verordnung (EG) Nr. 1260/1999 des Rates vom 21. Juni 1999 mit allgemeinen Bestimmungen über die Strukturfonds ABl. EG 1999 Nr. L 161 S. 1) keine solche gesetzliche Bestimmung; denn sie enthält keine Bedingungen für die Bewilligung, Gewährung, Rückforderung, Weitergewährung oder das Belassen einer Subvention oder eines Subventionsvorteils. 72

„Gesetz“ im Sinne des § 264 Abs. 8 Nr. 2 StGB ist aber das Gesetz gegen missbräuchliche Inanspruchnahme von Subventionen (SubvG). Es ist insoweit anwendbar, als im gegenständlichen Subventionsverfahren auch Zuschüsse des Bundes und des Landes Mecklenburg-Vorpommern beantragt worden sein sollten. Dem Urteil lässt sich entnehmen, dass der Angeklagte für die beiden Teilprojekte Fördermittel beantragt hat, die zum Teil aus Mitteln der Europäischen Union und zum Teil aus nationalen Mitteln gewährt wurden. 73

(1) Nach § 4 Abs. 1 SubvG sind Scheingeschäfte und Scheinhandlungen für die Bewilligung, Gewährung, Rückforderung und Weitergewährung oder das Belassen einer Subvention oder eines Subventionsvorteils unerheblich. Wird durch ein Scheingeschäft oder eine Scheinhandlung ein anderer Sachverhalt verdeckt, ist der verdeckte Sachverhalt für die Bewilligung, Gewährung, Rückforderung, Weitergewährung oder das Belassen der Subvention oder des Subventionsvorteils maßgebend. 74

Die Verschleierung der Tatsache, dass nur der Angeklagte als einziger Investor das Gesamtprojekt „Y. H.“ realisiert hat, ist zwar - anders als die Strafkammer meint - kein Scheingeschäft im Sinne von § 4 Abs. 1 SubvG, § 117 Abs. 1 BGB. Ein solches ist anzunehmen, wenn die Parteien einverständlich nur den äußeren Schein des Abschlusses eines Rechtsgeschäfts hervorrufen, dagegen die mit dem Geschäft verbundenen Rechtswirkungen nicht eintreten lassen wollen, den Parteien also der Geschäftswille fehlt (BGH, Beschluss vom 28. Mai 2014 - 3 StR 206/13, BGHSt 59, 244, 250; Urteil vom 25. Oktober 1961 - V ZR 103/60, BGHZ 36, 84, 87 f.; BFH, Urteil vom 21. Oktober 1988 - III R 194/84, BStBl II 1989, 216). 75

Die Gründungen der H. Ya. B. GmbH (später umfirmiert in Y. H. GmbH) und der M. GmbH waren gewollt; beide Unternehmen sollten Förderanträge stellen und haben diese auch gestellt. Sie schlossen jeweils mit der H. S. GmbH einen Generalübernehmervertrag, auf dessen Grundlage das Projekt realisiert wurde, und rechneten getrennt gegenüber dem Fördermittelgeber ab. Auch der die öffentliche Erschließung betreffende Teil der gewährten Subventionen war nur für ein Gewerbegebiet mit Niederlassungen von mindestens zwei voneinander unabhängigen Betrieben möglich. 76

Die Aufspaltung der Hotelanlage „Y. H.“ in zwei Betriebe (Y. und M.) war daher kein unter einem inneren Vorbehalt stehendes Scheingeschäft, kann aber die Voraussetzungen eines Umgehungsgeschäfts zur Erlangung der begehrten Förderung erfüllen. 77

(2) Umgehungsgeschäfte sind für Subventionen nach Bundes- und Landesrecht in § 4 Abs. 2 SubvG erfasst. 78

Nach § 4 Abs. 2 Satz 1 SubvG ist die Bewilligung oder Gewährung einer Subvention oder eines Subventionsvorteils ausgeschlossen, wenn im Zusammenhang mit einer beantragten Subvention ein Rechtsgeschäft oder eine Handlung unter Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten vorgenommen wird. Ein Missbrauch liegt nach § 4 Abs. 2 Satz 2 SubvG vor, wenn jemand eine den gegebenen Tatsachen und Verhältnissen unangemessene Gestaltungsmöglichkeit benutzt, um eine Subvention oder einen Subventionsvorteil für sich oder einen anderen in Anspruch zu nehmen oder zu nutzen, obwohl dies dem Subventionszweck widerspricht. Dies ist gemäß § 4 Abs. 2 Satz 3 SubvG namentlich dann anzunehmen, wenn die förmlichen Voraussetzungen einer Subvention oder eines Subventionsvorteils in einer dem Subventionszweck widersprechenden Weise künstlich geschaffen werden. 79

Diese Vorschrift enthält ein in Verwaltungsverfahren ergänzend anwendbares zwingendes Gewährungs- und Bewilligungsverbot für Subventionen, führt also bei Vorliegen der Voraussetzungen zu einer ablehnenden Entscheidung, bei der die Behörde keinen Ermessensspielraum hat (BVerwG, Urteil vom 17. Januar 1996 - 11 C 5/95, NJW 1996, 1766). Subventionserhebliche Tatsache im Sinne von § 264 Abs. 8 Nr. 2 StGB ist damit das Nichtvorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs als Ausschlussstatbestand für eine Bewilligung. 80

Erfolgte die Gründung zweier Betriebsgesellschaften durch den Angeklagten ausschließlich im Hinblick auf die Förderanträge, um durch zwei Betreibergesellschaften die Voraussetzungen zur Erlangung der begehrten Förderung vorzutauschen, die ansonsten nicht gegeben gewesen wären, kommt deshalb ein Gestaltungsmissbrauch in Betracht. 81

Soweit sich das Landgericht zur Begründung seiner Rechtsauffassung auf zwei Entscheidungen des Bundesgerichtshofs stützt (BGH, Beschlüsse vom 28. Mai 2014 - 3 StR 206/13, BGHSt 59, 244 ff. und vom 30. September 2010 - 5 StR 61/10, wistra 2011, 67 ff.), übersieht es, dass sich diese Entscheidungen auf § 4 Abs. 1 SubvG beziehen. Dass § 4 Abs. 2 SubvG auch Fälle erfasst, in denen Förderbedingungen in „untergesetzlichen Regelwerken“ enthalten sind, entspricht neben dem Willen des Gesetzgebers vor allem dem Wortlaut der Norm. 82

Der Gesetzgeber führte mit dem Ersten Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 29. Juli 1976 (BGBl. I, 2034) den Tatbestand des Subventionsbetrugs (§ 264 StGB) ein, um Missbräuchen im Zusammenhang mit der Vergabe von Subventionen zu begegnen. Gleichzeitig wurde das Gesetz gegen missbräuchliche Inanspruchnahme von Subventionen vom 29. Juli 1976 (Subventionsgesetz - SubvG, BGBl. I, 2037) erlassen (zur Historie vgl. MüKo- 83

StGB/Wohlers/Mühlbauer, 2. Aufl., § 264 Rn. 19). Die Vorschriften nehmen deshalb aufeinander Bezug. So ergeben sich die Kriterien, nach denen die subventionsgewährende Behörde eine Tatsache als subventionserheblich im Sinne von § 264 Abs. 8 Nr. 1 StGB einzustufen hat, aus § 2 SubvG, wenn es sich um Subventionen nach Bundesrecht oder aber um Subventionen nach EU-Recht handelt, die durch eine Stelle der Bundesrepublik vergeben werden. Für die nach Landesrecht gewährten Subventionen gelten die jeweils einschlägigen Landessubventionsgesetze, in denen überwiegend die §§ 2 bis 6 des SubvG für anwendbar erklärt worden sind (vgl. MüKo-StGB/Wohlers/Mühlbauer, 2. Aufl., § 264 Rn. 66 mwN). § 4 Abs. 2 Satz 1 SubvG wiederum soll die strafrechtliche Ahndung in den Fällen eröffnen, in denen die einschlägigen Vergabevoraussetzungen formal gesehen zwar erfüllt sind, das Erlangen der Subvention aber erkennbar ihrem Sinn und Zweck nicht gerecht wird und die Subvention nicht gewährt werden darf bzw. zurückzuerstatten ist (vgl. MüKo-StGB/Wohlers/Mühlbauer, 2. Aufl., § 264 Rn. 84; BTDrucks. 7/3441, S. 29, 44 und BTDrucks. 7/5291, S. 21). § 4 Abs. 2 SubvG führt daher in allen Fällen der Subventionsgewährung dazu, dass das Fehlen eines Missbrauchs der Gestaltungsmöglichkeiten stets eine gesetzliche Bewilligungsvoraussetzung ist, gleichgültig ob die Fördervoraussetzungen gesetzlich oder untergesetzlich geregelt sind. Die Rechtsauffassung der Strafkammer, § 4 Abs. 2 SubvG dürfe nicht auf alle Umgehungsgeschäfte ausgeweitet werden, trifft daher nicht zu.

(3) Auf Subventionen, die nach dem Recht der Europäischen Union gewährt wurden, ist § 4 SubvG wegen des 84 Anwendungsvorrangs des Europarechts zwar nicht anwendbar (Fischer, aaO § 264 Rn. 12, 17a; Tiedemann aaO § 264 Rn. 12). Die Unbeachtlichkeit von Umgehungshandlungen regelt aber Art. 4 Abs. 3 der Verordnung (EG, Euratom) Nr. 2988/95 des Rates vom 18. Dezember 1995 über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften (ABl. EG 1995 Nr. L 312 S. 1).

Art. 4 Abs. 3 der VO (EG, Euratom) Nr. 2988/95 gilt nach Art. 1 Abs. 1 dieser Verordnung als Teil einer 85 Rahmenregelung für einheitliche Kontrollen sowie für verwaltungsrechtliche Maßnahmen und Sanktionen bei Unregelmäßigkeiten in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaft. Art. 1 Abs. 2 der Verordnung definiert den „Tatbestand der Unregelmäßigkeit“. Eine solche ist bei jedem Verstoß gegen eine Gemeinschaftsbestimmung als Folge einer Handlung oder Unterlassung eines Wirtschaftsteilnehmers gegeben, die einen Schaden für den Gesamthaushaltsplan der Gemeinschaften oder die Haushalte, die von den Gemeinschaften verwaltet werden, bewirkt hat bzw. haben würde, sei es durch die Verminderung oder den Ausfall von Eigenmitteleinnahmen, die direkt für Rechnung der Gemeinschaften erhoben werden, sei es durch eine ungerechtfertigte Ausgabe.

Da diese Anordnung in der Rechtsform einer Verordnung ergangen ist, hat sie gemäß Art. 288 AEUV allgemeine 86 Geltung, ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat. Sie ist damit Bestandteil des nationalen Rechts und unmittelbar anwendbar. Nach ihren Eingangserwägungen gilt diese Verordnung „unbeschadet der Anwendung des Strafrechts der Mitgliedstaaten“ und lässt „die strafrechtliche Bewertung des Verhaltens der betroffenen Wirtschaftsteilnehmer durch die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten unberührt“, wobei „geeignete Bestimmungen vorzusehen“ sind, „um eine Kumulierung finanzieller Sanktionen der Gemeinschaft und einzelstaatlicher strafrechtlicher Sanktionen bei ein und derselben Person für dieselbe Tat zu verhindern“.

Art. 4 Abs. 3 der VO (EG, Euratom) Nr. 2988/95 bestimmt, dass „Handlungen, die nachgewiesenermaßen die 87 Erlangung eines Vorteils, der den Zielsetzungen der einschlägigen Gemeinschaftsvorschriften zuwiderläuft, zum Ziel haben, indem künstlich die Voraussetzungen für die Erlangung dieses Vorteils geschaffen werden“, zur Folge haben, dass „der betreffende Vorteil nicht gewährt bzw. entzogen wird“.

Subventionserhebliche Tatsache im Sinne von § 264 Abs. 8 Nr. 2 StGB ist - so wie es in Art. 4 Abs. 3 der VO (EG, 88 Euratom) Nr. 2988/95 gesetzlich bestimmt ist - das Nichtvorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs als Ausschlussstatbestand für eine Bewilligung.

(4) Die beiden Handlungen, die die Tatbestandsmerkmale des Art. 4 Abs. 3 der VO (EG, Euratom) Nr. 2988/95 89 erfüllen könnten, sind die Verletzung der Anmeldepflichten nach Art. 108 Abs. 3 AEUV in Verbindung mit Punkt 2.1 des zum Zeitpunkt der Antragstellung am 5. Juli 2002 geltenden Multisektoralen Regionalbeihilferahmen für große Investitionsvorhaben von 1998 (ABl. EG 1998 Nr. C 107 S. 7; nachstehend „MSR 1998“) und nach Art. 26 der VO (EG) Nr. 1260/1999.

Das Landgericht (UA S. 108, 109) ist davon ausgegangen, dass nicht zwei getrennte, sondern ein einheitliches 90 Investitionsprojekt nach Art. 25 der VO (EG) Nr. 1260/1999 und Punkt 7.2 des MSR 1998 gegeben waren, so dass für die Bundesrepublik eine doppelte Anmeldepflicht bei der Kommission bestand.

Zum einen hätte das regionale Investitionsbeihilfevorhaben (innerhalb genehmigter nationaler Beihilferegeln) 91 nach Art. 108 Abs. 3 AEUV in Verbindung mit dem MSR 1998 und der Entscheidung der Kommission zur Genehmigung der nationalen Beihilferegeln (staatliche Beihilfe Nr. N 209/99 - Deutschland - 28. Rahmenplan in Ausführung des Bundesgesetzes über die Gemeinschaftsaufgabe, ABl. EG 2000 Nr. C 284 S. 7) bei der Kommission vorab zur Genehmigung beabsichtigter staatlicher Beihilfen angemeldet werden müssen. Die Beihilfe hätte dem

Empfänger von der zuständigen nationalen Stelle nur gewährt werden dürfen, wenn die Kommission sie auf der Grundlage von Art. 107 Abs. 3 AEUV genehmigt hätte. Zum anderen hätte die Förderung aus den EFRE-Mitteln gemäß Art. 26 der VO (EG) Nr. 1260/1999 vorab der Kommission mitgeteilt werden müssen, da es sich bei einheitlicher Betrachtung des Investitionsvorhabens um ein „Großprojekt“ im Sinne dieses Artikels handelte.

Der MSR 1998 wurde von der Kommission auf der Grundlage des Artikels 107 Abs. 3 AEUV erlassen und legt die Regeln für die Vereinbarkeit von Beihilfen mit dem Binnenmarkt fest, wobei Punkt 7.2 und Punkt 2.1 des MSR 1998 die Frage betreffen, welche Projekte gemäß Art. 108 Abs. 3 AEUV anmeldepflichtig sind. 92

Nach Punkt 2.1 des MSR 1998 sind gemäß Art. 93 Abs. 3 EG-Vertrag (jetzt Art. 108 Abs. 3 AEUV) alle regionalen Investitionsbeihilfevorhaben innerhalb genehmigter Beihilferegulungen anzumelden und zwar bei Gesamtkosten des Projekts von mindestens 50 Millionen ECU und einer als Prozentsatz der beihilfefähigen Investition ausgedrückten Intensität der kumulierten Beihilfebeträge von mindestens 50 % der für Regionalbeihilfen geltenden Höchstgrenze für Großunternehmen in dem betroffenen Gebiet und ein Beihilfebetrag von mindestens 40.000 ECU pro geschaffenem oder erhaltenem Arbeitsplatz oder wenn die Gesamtbeihilfe mindestens 50 Millionen ECU beträgt (die Bezugnahme auf ECU wurde durch Verordnung [EG] Nr. 1103/97 des Rates vom 17. Juni 1997 über bestimmte Vorschriften im Zusammenhang mit der Einführung des Euro durch Euro ersetzt; ABl. EG 1997 Nr. L 162 S. 1). 93

Punkt 7.2 des MSR 1998 stellt darauf ab, ob die Projekte einen „Betrieb“ bilden und verweist darauf, dass „ein Investitionsvorhaben [...] nicht künstlich in Teilvorhaben gegliedert werden“ darf, um der „Notifizierungspflicht zu entgehen“. Art. 25 der VO (EG) Nr. 1260/1999 definiert als Großprojekt Projekte, die „eine Gesamtheit von wirtschaftlich nicht zu trennenden Arbeiten bilden, die eine genaue technische Funktion erfüllen und klar ausgewiesene Ziele verfolgen, und bei denen die zur Bestimmung des Betrags der Fondsbeteiligung berücksichtigten Gesamtkosten mehr als 50 Millionen Euro betragen“. 94

Nach Art. 108 Abs. 3 AEUV wird die Kommission „von jeder beabsichtigten Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen so rechtzeitig unterrichtet, dass sie sich dazu äußern kann. Ist sie der Auffassung, dass ein derartiges Vorhaben nach Art. 107 mit dem Binnenmarkt unvereinbar ist, so leitet sie unverzüglich das in Abs. 2 vorgesehene Verfahren ein. Der betreffende Mitgliedstaat darf die beabsichtigte Maßnahme nicht durchführen, bevor die Kommission einen abschließenden Beschluss erlassen hat“. 95

(5) Damit ist die im Rahmen der Prüfung des § 264 Abs. 8 Nr. 2 StGB entscheidende Frage, ob der Angeklagte ein einheitliches Investitionsvorhaben künstlich in zwei Teilvorhaben gegliedert hat, um der Notifizierung zu entgehen und die höchstmögliche Förderung zu erhalten. 96

Nach der Würdigung des Landgerichts (UA S. 108 f.) waren nicht zwei getrennte Investitionsprojekte gegeben, weil es sich um einen Betrieb im Sinne von Punkt 7.2 des MSR 1998 und ein einheitliches Investitionsprojekt nach Art. 25 der VO (EG) Nr. 1260/1999 handelte. 97

Hierzu stützte sich das Landgericht im Wesentlichen auf die von dem Angeklagten als einheitliches Gesamtobjekt geplante Yachthafen-, Kongress- und Hotelanlage, für die am 28. Juni 2002 und am 4. Juli 2002 kurz vor Einreichung der Anträge am 5. Juli 2002 zwei Betreibergesellschaften gegründet worden waren, wobei der Angeklagte in der Folge Geschäftsführer beider Betreibergesellschaften war, formeller Geschäftsführer der Y. H. GmbH (Y.), faktischer Geschäftsführer der M. sowie „Inhaber“ und faktischer Geschäftsführer der HD. Beide Betreibergesellschaften blieben nach den Urteilsfeststellungen mit ihren Förderanträgen knapp unter der „50 Millionen Euro Grenze“; die M. sollte nach den Förderanträgen den Seglerhafen, das Kongresshotel nebst Residenzen, das Verwaltungsgebäude sowie Bootshaus und Bootstankstelle errichten, die Y. das Hotel mit Wellness und Gastronomie, den „Kidsclub“ und das - eigentlich den maritimen Anlagen der M. zugehörige - Vereinsgebäude des Seglerhafens, was nach Auffassung des Landgerichts für eine nur dem Erreichen des Subventionsziels geschuldete (taktische) Aufteilung spricht. 98

Nach Punkt 7.2 des MSR 1998 bzw. Art. 25 der VO (EG) Nr. 1260/1999 bilden Projekte dann einen (einigen) „Betrieb“ bzw. ein „Großprojekt“, wenn sie „eine Gesamtheit von wirtschaftlich nicht zu trennenden Arbeiten bilden, die eine genaue technische Funktion erfüllen und klar ausgewiesene Ziele verfolgen“. 99

Die Europäische Kommission hat in den „Leitlinien für staatliche Beihilfen mit regionaler Zielsetzung 2007 - 2013“ (ABl. EU 2006 Nr. C 54 S. 13) unter Punkt 4.3. „Beihilfen für große Investitionsvorhaben“ (Nr. 60 und Fn. 55) - um zu verhindern, dass ein großes Investitionsvorhaben künstlich in Teilvorhaben untergegliedert wird, um den Bestimmungen dieser Leitlinien zu entgehen - zu großen Investitionsvorhaben ausgeführt, dass ein Vorhaben als Einzelinvestition gilt, wenn die Erstinvestition in einem Zeitraum von drei Jahren von einem oder mehreren Unternehmen vorgenommen wird und festes Vermögen betrifft, das eine wirtschaftlich unteilbare Einheit bildet. Bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Unteilbarkeit sind die technischen, funktionellen und strategischen Verbindungen sowie die unmittelbare räumliche Nähe zu berücksichtigen; die Eigentumsverhältnisse sind ebenso unerheblich wie 100

der Umstand, ob das Vorhaben von einem oder von mehr als einem Unternehmen durchgeführt wird, die sich die Investitionskosten teilen oder die Kosten separater Investitionen innerhalb des gleichen Investitionsvorhabens tragen.

Die Europäische Kommission hat in ihrer Entscheidung vom 17. Juni 2009 über die Staatliche Beihilfe C 21/2008 (ex N 864/06), die Deutschland zugunsten der Sovello AG (vormals EverQ GmbH) gewähren will (Abl. EU 2009 Nr. L 237 S. 15 Erwägungsgründe 34, 83 ff.) eine einheitliche „Betriebsstätte“ als „eine wirtschaftlich unteilbare Einheit von festem Sachvermögen“ definiert, „dessen Bestandteile eine bestimmte technische Funktion erfüllen, physisch oder funktional miteinander verbunden sind und ein klares Ziel verfolgen“ (vgl. auch Entscheidung der Europäischen Kommission vom 10. Juli 2007; staatliche Beihilfe N 850/2006 QCells, zur Vereinbarkeit mit dem MSR 2002).

Bei der Beurteilung der Frage, ob es sich um ein großes Investitionsvorhaben oder mehrere eigenständige kleinere Investitionsvorhaben handelt, kommt es daher nicht auf die Zahl der Antragsteller, nicht auf deren gesellschaftsrechtliche Verhältnisse oder Beziehungen untereinander oder die Ausgestaltung der Geschäftsführung an, sondern nur auf das zu prüfende Investitionsvorhaben selbst. Getrennte Investitionsvorhaben werden nicht dadurch ein einheitliches Vorhaben, dass sie durch dasselbe Unternehmen durchgeführt werden oder es zwischen beiden gesellschaftsrechtliche Beziehungen gibt.

Die Rechtsauffassung des Landgerichts, es komme „für die rechtlich richtige Beurteilung der Getrenntheit der Betriebsstätten [...] nicht auf die rechtliche Trennung der die Förderung beantragenden Unternehmen“ oder die „möglicherweise gegebene Beherrschung der M. GmbH durch den Angeklagten“ (UA S. 122) an, trifft daher insoweit zu.

(6) Das Urteil enthält jedoch keine ausreichenden Feststellungen, die dem Revisionsgericht eine Überprüfung ermöglichen würden, ob es sich um zwei getrennte, wirtschaftlich voneinander unabhängige, autarke Betriebe im Sinne vorstehender Definition handelte, oder um ein einheitliches Projekt, das in den beiden Förderanträgen „künstlich“, also zum Zwecke der Umgehung der einschlägigen Rechtsvorschriften, aufgespalten worden ist und damit die Ausschlussstatbestände nach § 4 Abs. 2 SubvG und Art. 4 Abs. 3 der VO (EG, Euratom) Nr. 2988/95 erfüllt, also subventionserhebliche Tatsachen im Sinne von § 264 Abs. 8 Nr. 2 StGB vorlagen. Nach dem vorstehend Ausgeführten ist aber auch nicht von vornherein ausgeschlossen, dass es sich bei den formal als zwei Projekte beantragten Maßnahmen zur Errichtung von Yachthafen-, Kongress- und Hotelanlage etc. um ein einheitliches großes Investitionsvorhaben handelte.

Ein Subventionsbetrug im Sinne des § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB liegt aber nur vor, wenn der Täter mit seinen Erklärungen vorgespiegelt hat, die gemachten falschen Angaben seien richtig bzw. die unvollständigen Angaben seien vollständig; ob das Vorspiegeln Erfolg hat, ist ohne Bedeutung (Fischer, StGB, 65. Aufl., § 264 Rn. 22 mwN). Eine unzutreffende rechtliche Eigenbewertung des Täters reicht nicht aus. Der Angeklagte müsste daher bei Antragstellung tatsächliche Umstände in einer Weise dargestellt haben, die das Vorliegen eines solchen einheitlichen Projekts gerade verschleiern sollten und dadurch Gestaltungsmissbrauch betrieben haben.

b) Die vom Landgericht getroffenen Feststellungen erlauben zudem nicht die Überprüfung, ob dessen Bewertung zutrifft, es fehle an subventionserheblichen Tatsachen im Sinne von § 264 Abs. 8 Nr. 1 StGB.

Die Bezeichnung „durch Gesetz“ in § 264 Abs. 8 Nr. 1 StGB bedeutet - entsprechend der üblichen staatsrechtlichen Terminologie - die Benennung der subventionserheblichen Tatsachen durch formelles oder materielles Gesetz. Gesetze im materiellen Sinn sind nicht nur die von der Exekutive auf Grund einer gesetzlichen Ermächtigung erlassenen Rechtsverordnungen und die von einer juristischen Person des öffentlichen Rechts zur Regelung ihrer Angelegenheiten beschlossenen Satzungen (Panzer in Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 33. EL, Vorbem. zu § 47 Rn. 2), sondern auch die Normen der Europäischen Union (BTDrucks. 7/5291 S. 13; Fischer aaO § 264 Rn. 13 mwN; Tiedemann aaO, § 264 Rn. 74), insbesondere deren Verordnungen als unmittelbar und generell wirkende Akte der Rechtsetzung (vgl. Art. 288 Abs. 2 AEUV).

Demgegenüber drückt das in § 264 Abs. 8 Nr. 1 StGB genannte Erfordernis der Benennung der subventionserheblichen Tatsachen „auf Grund eines Gesetzes“ infolge der Anlehnung an die staatsrechtliche Terminologie den „Vorbehalt des Gesetzes“ aus. § 2 SubvG wird insoweit als einschlägige Ermächtigung (an die Verwaltung) angesehen (Fischer aaO § 264 Rn. 15 mwN). Normen der Europäischen Union sind ebenfalls erfasst (BTDrucks. 7/5291 S. 13 zu § 264 Abs. 7 Nr. 1 StGB aF). Verwaltungsvorschriften, Bekanntmachungen, Rahmenpläne, Richtlinien usw. scheiden dagegen als Rechtsvorschriften aus (BGH, Urteil vom 11. November 1998 - 3 StR 101/98, BGHSt 44, 233, 237 zu § 264 Abs. 7 Nr. 1 StGB aF; Tiedemann aaO § 264 Rn. 75 mwN).

§ 264 Abs. 8 Nr. 1 StGB hat für solche Subventionen besondere Bedeutung, die nach Rechtsakten der Europäischen Union von Stellen der Bundesrepublik vergeben werden. Hier können die zuständigen deutschen Stellen aufgrund der

Normen der Europäischen Union die daraus sowie - wenn die Normen lückenhaft sind - die aus dem Subventionszweck oder sonstigen Umständen erkennbaren maßgeblichen Tatsachen als subventionserheblich bezeichnen (BTDrucks. 7/5291 S. 13).

Der Pflicht des Subventionsgebers zur ausdrücklichen Bezeichnung der subventionserheblichen Tatsachen gemäß § 264 Abs. 8 Nr. 1 StGB kommt erhebliche Bedeutung zu, damit der Antragsteller die Vergabevoraussetzungen erkennen kann und der Subventionsgeber und die Strafverfolgungsorgane etwaige Täuschungshandlungen schnell und eindeutig feststellen können (BTDrucks. 7/5291 S. 13; BGH, Urteil vom 11. November 1998 - 3 StR 101/98, BGHSt 44, 233, 238 mwN). Das Merkmal der Subventionserheblichkeit hat der Subventionsgeber klar und unmissverständlich auf den konkreten Fall zu beziehen und dem Subventionsnehmer in einer zugegangenen Erklärung darzulegen (MüKo-StGB/Wohlers/Mühlbauer, 2. Aufl., § 264 Rn. 69, 70). Zuwendungsbescheide können Erklärungen in diesem Sinn sein. 110

§ 2 Abs. 1 SubvG verpflichtet daher den Subventionsgeber zu dieser ausdrücklichen Bezeichnung als subventionserheblich, wobei die Verpflichtung entsprechend der Reichweite der Gesetzgebungskompetenz des Bundes nicht für Vergabestellen der EU gilt (BTDrucks. 7/5291 S. 13; BayObLG, Urteil vom 30. Dezember 1981 - 5 St 85/81, NJW 1982, 2202 f.; Tiedemann aaO § 264 Rn. 72). 111

c) Die getroffenen Feststellungen ermöglichen dem Senat nicht die Überprüfung, ob das Landgericht rechtsfehlerfrei das Vorliegen von durch den Subventionsgeber „auf Grund eines Gesetzes“ als subventionserheblich bezeichneten Tatsachen (§ 264 Abs. 8 Nr. 1 Var. 2 StGB) verneint hat. Solches ist nach dem bislang festgestellten Sachverhalt nicht ausgeschlossen. 112

aa) Zwar ist die im Tatzeitraum geltende Verordnung (EG) Nr. 1260/1999 des Rates vom 21. Juni 1999 mit allgemeinen Bestimmungen über die Strukturfonds kein Gesetz im Sinne des § 264 Abs. 8 Nr. 1 StGB. Sie legt nur das Vergabe- und Kontrollverfahren fest, enthält aber neben allgemeinen verwaltungstechnischen Bestimmungen keine Regelung über die Voraussetzungen einer Subventionsgewährung. 113

bb) Auch das Gesetz über die Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur“ vom 6. Oktober 1969 (GRWG) in der bis zum 13. September 2007 geltenden Fassung (BGBl. I, S. 1861) ist keine solche gesetzliche Regelung, weil es keine Hinweise auf die Voraussetzungen für eine Förderung enthält. Subventionserhebliche Tatsachen ergeben sich allenfalls aus dem nach § 4 dieses Gesetzes aufgestellten Rahmenplan oder weiteren, im Zusammenhang mit der Förderung stehenden Verwaltungsbestimmungen (BGH, Urteil vom 8. Oktober 2014 - 1 StR 144/14, BGHSt 60, 15, 37 f.), die aber kein Gesetz im materiellen Sinn sind. 114

cc) Jedoch stellt § 2 SubvG eine gesetzliche Grundlage für die Bestimmung subventionserheblicher Tatsachen durch den jeweiligen Subventionsgeber dar. 115

(1) Die Vorschrift bildet für Subventionen des Bundes eine Ermächtigung an die Verwaltung, subventionserhebliche Tatsachen zu bezeichnen. Gemäß § 1 des Gesetzes gegen missbräuchliche Inanspruchnahme von Subventionen des Landes Mecklenburg-Vorpommern vom 12. Juli 1995 (SubvG MV, GVOBl. Mecklenburg-Vorpommern 1995, S. 330) gelten auch für Leistungen nach Landesrecht, die Subventionen im Sinne des § 264 StGB sind, die §§ 2 bis 6 des Gesetzes gegen missbräuchliche Inanspruchnahme von Subventionen vom 29. Juli 1976 (BGBl. I S. 2037) in ihrer jeweils geltenden Fassung. Die Zuwendungsbescheide sind Verwaltungsakte und keine Gesetze im materiellen Sinn. Sie werden - soweit sie Subventionen der Europäischen Union betreffen - durch die Verordnung (EG) Nr. 1260/1999 und soweit sie Subventionen des Bundes oder des Landes Mecklenburg-Vorpommern betreffen - durch § 2 SubvG i.V.m. § 1 SubvG MV legitimiert. Sie ergehen also „auf Grund eines Gesetzes“ im Sinne von § 264 Abs. 8 Nr. 1 Var. 2 StGB. 116

(2) Nach den Urteilsgründen (UA S. 119) enthalten die an die Y. und die M. gerichteten Zuwendungsbescheide in Ziffer X. unter der Überschrift „Subventionserheblichkeit der Angaben“ jeweils folgenden Hinweis: 117

„Gemäß § 3 Subventionengesetz vom 29. Juli 1976 (BGBl. I, S. 2037) ist der Subventionsnehmer verpflichtet, dem Subventionsgeber unverzüglich alle Tatsachen mitzuteilen, die der Bewilligung, Gewährung, Weitergewährung, Inanspruchnahme oder dem Belassen der Subvention oder des Subventionsvorteils entgegenstehen oder für die Rückforderung der Subvention oder des Subventionsvorteils erheblich sind. [...] Tatsachen, die für die Bewilligung, Gewährung, Rückforderung, Weitergewährung oder das Belassen der Zuwendung von Bedeutung sind, sind subventionserheblich im Sinne von § 264 Strafgesetzbuch. Zu den Tatsachen zählen insbesondere die im Antrag, in ergänzend dazu vorgelegten Unterlagen, in Mittelabrufen und in Nachweisen und Berichten enthaltenen Angaben.“ 118

Den Inhalt der Zuwendungsbescheide teilt das Landgericht, soweit es die Frage einer „künstlichen Aufspaltung“ des Vorhabens betrifft, nicht vollständig mit. Welche Angaben die Antragssteller in ihren Anträgen, ergänzend dazu 119

vorgelegten Unterlagen, in Mittelabrufen, Nachweisen und Berichten gemacht haben, ist dem Urteil nicht zu entnehmen. Zu entsprechenden Feststellungen hätte aber Veranlassung bestanden, da nach der in den jeweiligen Zuwendungsbescheiden unter Ziffer X. erteilten Belehrung als subventionserheblich auch Tatsachen aus den Antragsunterlagen in Betracht kommen, die für die Bewilligung der Subventionen bedeutsam sind. Das Landgericht hätte daher erörtern müssen, ob nicht die Beschreibung des Investitionsvorhabens nebst Investitionskosten und Investoren in den Anträgen der Betreibergesellschaften subventionserhebliche Tatsachen sind.

(3) Das Revisionsgericht kann infolge dieses Darstellungsmangels - mit Blick auf eine mögliche Einheitlichkeit des Vorhabens - nicht überprüfen, ob die rechtliche Folgerung der Kammer, die jeweiligen Regelungen in den Förderbescheiden seien nicht tauglich, subventionserhebliche Tatsachen im Sinne von § 264 Abs. 8 Nr. 1 StGB zu definieren, tragfähig ist, oder ob nicht doch bereits subventionserhebliche Tatsachen im Sinne von § 264 Abs. 8 Nr. 1 StGB gegeben waren. 120

4. Sollte das Landgericht einen Gestaltungsmissbrauch feststellen, wäre die Art der Antragstellung für den Angeklagten bzw. die Gesellschaften auch vorteilhaft im Sinne des § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB, weil sie sich eignete, die Aussichten auf die Bewilligung der Subvention in der gewünschten Höhe durch die Herbeiführung der Entscheidungszuständigkeit der Landesbehörden zu verbessern und durch Vermeiden der Einbindung der Kommission zu einem Zeit- und damit Zinsvorteil führte (vgl. zu „vorteilhaft“ BGH, Urteil vom 20. Januar 1987 - 1 StR 456/86, BGHSt 34, 265, 270; Beschluss vom 13. September 2012 - III ZB 3/12, juris Rn. 16). Auch nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (vgl. z.B. EuGH, Urteil vom 12. Februar 2008, Rechtssache C-199/06, Slg. 2008 I-469, Rn. 51) verschafft die Verletzung der Anmelde- und Stillhaltepflicht gemäß Art. 108 Abs. 3 AEUV dem Beihilfeempfänger einen Zeitvorteil, der der Gewährung eines zinsfreien Kredits entspricht. 121

Die Umgehung der Notifizierung ist daher ein Vorteil im Sinne des Art. 4 Abs. 3 der VO (EG, Euratom) Nr. 2988/95, der in der Erlangung der gesamten Investitionssumme besteht; denn ohne die künstliche Schaffung der ausschließlichen Zuständigkeit der nationalen Behörde hätte diese gar keine Fördermittel selbstständig genehmigen können. 122

Die Kenntnis des Subventionsgebers von der Unrichtigkeit der Angaben steht der Strafbarkeit nach § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht entgegen (Tiedemann aaO § 264 Rn. 28), weil § 264 StGB kein Erfolgsdelikt ist und keine erfolgreiche Täuschung erfordert. Der Subventionsbetrug ist vollendet, sobald die falschen Angaben dem Subventionsgeber gegenüber gemacht wurden (BGH, Urteil vom 20. Januar 1987 - 1 StR 456/86, BGHSt 34, 265, 267). 123

## II.

Auch soweit das Landgericht den Angeklagten von dem Vorwurf freigesprochen hat, erhaltene Subventionen fehlverwendet zu haben, hält das Urteil rechtlicher Überprüfung nicht stand. 124

Gegenstand der Anklage war auch der Vorwurf, einen Teil der bewilligten Gelder für nicht förderfähige Projekte - nämlich zugunsten des Objekts „T.“ - verwendet zu haben (UA S. 97, 104 ff.). Das Urteil leidet diesbezüglich an einem durchgreifenden Darstellungsmangel. 125

§ 264 Abs. 1 Nr. 2 StGB stellt denjenigen unter Strafe, der einen Gegenstand oder eine Geldleistung, deren Verwendung durch Rechtsvorschriften oder durch den Subventionsgeber im Hinblick auf eine Subvention beschränkt ist, entgegen der Verwendungsbeschränkung verwendet. 126

Aus den Urteilsgründen ergibt sich, dass die Auszahlung der Mittel erst nach Freigabe der Zahlungen durch das finanzierende Bankenconsortium erfolgte (UA S. 106). Auch die mit der Finanzierung, dem „Baucontrolling“ bzw. der Finanzkontrolle befassten Banken können aber als in das Subventionsverfahren eingeschaltete Stellen Subventionsgeber nach § 264 Abs. 1 StGB sein. 127

Eine zweckwidrige Verwendung von Mitteln im Sinne von § 264 Abs. 1 Nr. 2 StGB liegt schon dann vor, wenn die erlangten Gelder nicht umgehend für den mit der Subvention verfolgten Zweck verwendet wurden (MüKo-StGB/Wohlers/Mühlbauer, 2. Aufl., § 264 Rn. 92 mwN). 128

Nach den Urteilsfeststellungen hat die bauausführende N. in ihren Abschlagsrechnungen gegenüber der HD. entsprechend dem wirklich gewollten Vertrag nicht zwischen den Vorhaben Ya. und „T.“ unterschieden (UA S. 105 f.); die Abschlagsrechnungen waren wiederum Grundlage der Feststellung des jeweiligen Bautenstands durch die finanzierende Bank. Diese bezog die Rechnungen ausschließlich auf die Ya. und bewilligte danach die Freigabe der Fördermittel. 129

Womit und in welchem Umfang den Betreibergesellschaften Vorgaben gemäß § 264 Abs. 1 Nr. 2 StGB für die 130

Mittelverwendung gemacht worden sind, lässt sich dem Urteil nicht entnehmen. Dieses teilt den insoweit bedeutsamen Inhalt der Zuwendungsbescheide und der dem Angeklagten gestellten Auszahlungsbedingungen nicht mit. Zwar wurde dem L. nach den Feststellungen der Strafkammer der „Scheinvertrag“ über 64 Millionen Euro nicht vorgelegt (UA S. 104 f., 124). Im Urteil wird aber nicht erörtert, ob die von den Banken auf der Grundlage dieses „Scheinvertrags“ bewilligte sukzessive Mittelfreigabe wegen der Verschleierung des tatsächlich zur Durchführung gelangten Pauschalvertrags für Ya. und T. zur Auszahlung von Fördergeldern führte, die der Finanzierung von Leistungen für den nicht förderfähigen „T.“ dienten.

### III.

Der Senat macht von der Möglichkeit Gebrauch, die Sache an ein zu demselben Bundesland gehörendes anderes Gericht gleicher Ordnung zurückzuverweisen (§ 354 Abs. 2 Satz 1 StPO). 131