

HRRS-Nummer: HRRS 2024 Nr. 83

Bearbeiter: Julia Heß/Karsten Gaede

Zitiervorschlag: HRRS 2024 Nr. 83, Rn. X

BGH 2 StR 243/22 - Beschluss vom 12. Oktober 2023 (LG Wiesbaden)

BGHSt; Subventionsbetrug (Corona-Virus-Soforthilfeprogramm; subventionserhebliche Tatsachen: Sinn und Zweck des Merkmals, restriktive Auslegung, materielle Voraussetzung für das Gewähren der Subvention, ausdrückliche Bezeichnung als subventionserhebliche Tatsache, Scheingeschäft, Scheinhandlung, Auslegung, Vortäuschen einer unternehmerischen Tätigkeit, gefälschte Unterlagen); Betrug (Konkurrenzen: Subventionsbetrug, *lex specialis*, abschließende Sonderregelung, Wiederaufleben).

§ 264 StGB; § 263 StGB; § 4 Abs. 1 SubvG

Leitsätze

1. Eine Scheinhandlung im Sinne von § 4 Abs. 1 SubvG liegt nur vor, wenn über die Falschangabe hinaus ein gegenüber dem Subventionsgeber zur Kenntnis gebrachter tatsächlicher Akt vorgenommen wird, der geeignet ist, den Anschein eines in Wahrheit nicht existierenden Sachverhalts zu vermitteln. (BGHSt)
2. Sinn und Zweck des Merkmals der Subventionserheblichkeit ist es, angesichts der zahlreichen Normativbegriffe des Subventionsrechts sicherzustellen, dass sowohl die Vergabevoraussetzungen für den Subventionsempfänger als auch etwaige Täuschungshandlungen für den Subventionsgeber und die Strafverfolgungsorgane möglichst klar erkennbar sind. Um dies zu erreichen, hat der Gesetzgeber den Begriff der Subventionserheblichkeit bewusst restriktiv gefasst. Entscheidend soll demnach allein die (unmittelbare oder zumindest mittelbare) Anbindung der betroffenen Tatsache an eine gesetzliche Bestimmung sein und gerade nicht die - im Einzelfall mitunter nicht eindeutig zu beantwortende - Frage, ob die Tatsache als solche eine materielle Voraussetzung für das Gewähren der Subvention war. (Bearbeiter)
3. § 264 Abs. 9 Nr. 1 StGB setzt voraus, dass die Tatsachen durch ein Gesetz oder durch den Subventionsgeber aufgrund eines Gesetzes ausdrücklich als subventionserheblich bezeichnet werden. Da das „Corona-Virus-Soforthilfeprogramm 2020“ kein Gesetz im formellen oder materiellen Sinne ist und Haushaltsgesetze jedenfalls keine ausdrückliche Bezeichnung der subventionserheblichen Tatsachen enthalten, kommt nur deren Bezeichnung durch den jeweiligen Subventionsgeber aufgrund eines Gesetzes - in Betracht. Pauschale oder lediglich formelhafte Bezeichnungen reichen dabei nicht aus; vielmehr muss die Subventionserheblichkeit klar und unmissverständlich auf den konkreten Fall bezogen durch den Subventionsgeber dargelegt werden. Der Subventionsnehmer muss vor Antragsstellung von allen subventionserheblichen Tatsachen durch den Subventionsgeber Kenntnis erlangen. (Bearbeiter)
4. Nach § 264 Abs. 9 Nr. 2 StGB sind auch Tatsachen subventionserheblich, von denen die Bewilligung, Gewährung, Rückforderung, Weitergewährung oder das Belassen einer Subvention gesetzlich abhängig sind. In der Regel betrifft dies die Fälle, in denen zwar eine ausdrückliche Bezeichnung einer Tatsache (durch den Gesetz- oder Subventionsgeber) als subventionserheblich fehlt oder unwirksam ist, gleichwohl aber sonst einem Gesetz mit hinreichender Deutlichkeit entnommen werden kann, unter welchen Voraussetzungen die Subvention gewährt wird. (Bearbeiter)
5. Nach § 4 Abs. 1 Satz 2 SubvG ist in den Fällen, in denen ein Scheingeschäft oder eine Scheinhandlung einen anderen Sachverhalt verdeckt, der verdeckte Sachverhalt für die Bewilligung, Gewährung, Rückforderung, Weitergewährung oder das Belassen der Subvention oder des Subventionsvorteils maßgebend. Mithin sind solche Tatsachen grundsätzlich subventionserheblich, die durch eine Scheinhandlung oder ein Scheingeschäft verdeckt werden und von denen die Bewilligung und Gewährung sowie das Belassen der Subvention abhängig sind. (Bearbeiter)
6. Ein Scheingeschäft nach § 4 Abs. 1 Satz 1 SubvG, § 117 Abs. 1 BGB liegt vor, wenn die Parteien einverstanden 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. (Bearbeiter)
7. Der Straftatbestand des Subventionsbetrugs (§ 264 StGB) geht zwar demjenigen des Betrugs (§ 263 StGB) als *lex specialis* vor und stellt diesem gegenüber im Rahmen seines Anwendungsbereichs eine abschließende Sonderregelung dar; eine Strafbarkeit nach § 263 StGB lebt jedoch bei Vorliegen der Voraussetzungen eines versuchten oder vollendeten Betrugs bei Unanwendbarkeit des § 264 StGB wieder auf. (Bearbeiter)

Entscheidungstenor

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Wiesbaden vom 3. März 2022

a) im Schuldspruch dahin geändert, dass der Angeklagte in den Fällen II. 1, 3, 6 und 8 des Betrugs und in den Fällen II. 4 und 7 des versuchten Betrugs schuldig ist,

b) im Ausspruch über die Einzelstrafen in den Fällen II. 4 und 7 der Urteilsgründe sowie über die Gesamtstrafe aufgehoben.

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

2. Die weitergehende Revision wird verworfen.

Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Subventionsbetrugs in neun Fällen sowie wegen Computerbetrugs zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten verurteilt. Zudem hat es eine Einziehungsentscheidung getroffen. Die auf die Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten hat den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg. Im Übrigen ist sie unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO. 1

I.

Nach den Feststellungen beantragte der Angeklagte im März und April 2020 in drei Bundesländern in insgesamt zehn 2 Fällen entweder für sich als Einzelunternehmer oder für zuvor erworbene Gesellschaften im Bereich Immobilien- und Baugewerbe Corona-Hilfen aus den jeweiligen Soforthilfeprogrammen der Länder. In den Fällen II. 1 bis 8 der Urteilsgründe beantragte er Hilfen aus dem „Corona-Virus-Soforthilfeprogramm 2020“, im Fall II. 9 eine Soforthilfe für Kleinstunternehmer und Soloselbständige aus der“-Soforthilfe 2020“ und im Fall II. 10 eine Hilfe beim Land . Die beantragten Gelder kamen in sechs Fällen (Fälle II. 1 bis 3, 5, 6 und 8) zur Auszahlung.

Im Einzelnen hat die Strafkammer - soweit es die Fälle II. 1 bis 8 der Urteilsgründe betrifft - folgende Feststellungen 3 getroffen:

Das Regierungspräsidium stellte ein online-Portal zur Verfügung, über welches von der Corona-Pandemie betroffene 4 Unternehmen Hilfen aus dem Soforthilfeprogramm des Landes („Corona-Virus-Soforthilfeprogramm 2020“) beantragen konnten. Das online-Portal war derart gestaltet, dass man zunächst auf eine Informationsseite gelangte. Unter anderem stand dort die zugrundeliegende zweiseitige „Richtlinie des Landes zur Durchführung eines Soforthilfeprogramms für gewerbliche Unternehmen und Unternehmen der Land- und Forstwirtschaft, Selbständige, Soloselbständige und Angehörige Freier Berufe, die infolge der Corona-Virus-Pandemie 2020 in ihrer Existenz gefährdet sind - (Corona-Virus-Soforthilfeprogramm 2020) vom 23.03.2020“ zum Herunterladen bereit. Darin ist unter Ziffer 4 unter anderem ausgeführt, dass die Angaben zum Unternehmen (Sitz und Größe), zu dem unmittelbar infolge der Corona-Virus-Pandemie eingetretenen Liquiditätsengpass oder Umsatzeinbruch, zu möglicherweise erhaltenen oder beantragten vergleichbaren staatlichen Hilfen sowie Regelungen nach der vorübergehenden Gewährung geringfügiger Beihilfen im Geltungsbereich der Bundesrepublik Deutschland im Zusammenhang mit dem Ausbruch von Covid-19 („Bundesregelung Kleinbeihilfen 2020“) als subventionserheblich nach § 264 StGB anzusehen sind.

Auf der Informationsseite wurde ferner darauf hingewiesen, dass „der Zuschuss eine einmalige Soforthilfe aufgrund einer 5 existenzbedrohenden Lage durch die Corona-Virus-Pandemie“ darstellt und „die Soforthilfe ausschließlich für Unternehmen gedacht ist, die aufgrund der Corona-Pandemie unverschuldet in eine existenzbedrohende Lage oder in massive Zahlungsschwierigkeiten geraten sind“. Nachdem eine Zustimmung zu dieser Erklärung erfolgt war, gelangte man zu einer Eingabemaske, auf welcher die Daten des Unternehmens sowie die benötigten Mittel einzugeben waren. Anschließend wurde daraus ein automatisierter Antrag im pdf-Format erstellt, der zu unterschreiben und anschließend an das Regierungspräsidium zu senden war. Nach den weiteren Feststellungen des Landgerichts war darin „eine ausdrückliche Bezeichnung der Tatsachen als subventionserheblich oder mittels einer gleichwertigen Bezeichnung [...] nicht [...] enthalten“. Enthalten war jedoch eine „Formulierung unter Ziff. 8.6. der Anträge, dass dem Antragssteller bekannt sei, dass vorsätzliche oder leichtfertig falsche oder unvollständige Angaben zu den Ziffern 1 bis einschließlich 8.16/8.17 (...) die Strafverfolgung wegen Subventionsbetrugs zur Folge haben können“.

Der Angeklagte beantragte im Zeitraum vom 31. März bis 13. April 2020 in insgesamt acht ähnlich gelagerten Fällen 6 (Fälle II. 1 bis 8 der Urteilsgründe) entweder für sich als Einzelunternehmer oder für zuvor erworbene Gesellschaften Hilfen aus dem Soforthilfeprogramm des Landes („Corona-Virus-Soforthilfeprogramm 2020“) und gab jeweils unter anderem bewusst wahrheitswidrig an, dass er unternehmerisch tätig sei, seine Unternehmen pandemiebedingt in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten seien, in den letzten Wochen 90% seiner Aufträge storniert worden wären und sich seine Unternehmen nicht in einem Insolvenzverfahren befunden hätten. Tatsächlich war der Angeklagte, über dessen Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet war, in den maßgeblichen Zeiträumen nicht bzw. nicht mehr

unternehmerisch tätig.

Im Fall II. 2 reichte der Angeklagte zudem auf Nachfrage des Regierungspräsidiums zur Plausibilisierung seiner laufenden Ausgaben einen fingierten Mietvertrag über Büroräume nach. Ebenfalls auf Nachfrage erstellte der Angeklagte im Fall II. 5 ergänzend zu den vorgenannten Falschangaben als Nachweis für vermeintlich laufende Kosten eine betriebswirtschaftliche Auswertung für die von ihm geführte Bausanierungs-GmbH, obgleich diese keinen Geschäftsbetrieb unterhielt.

Aufgrund der unrichtigen Angaben des Angeklagten wurden dessen Förderanträge bewilligt, wobei dem Land folgende Schäden entstanden sind: Im Fall II. 1 7.788,10 €, in den Fällen II. 2 und 5 jeweils 10.000 €, im Fall II. 3 8.000 € sowie in den Fällen II. 6 und 8 jeweils 9.000 €. In den Fällen II. 4 und 7 wurden die Anträge des Angeklagten abgelehnt, sodass es zu keinen Auszahlungen kam.

II.

1. Die Schuldsprüche in den Fällen II. 9 und 10 der Urteilsgründe hinsichtlich der Coronahilfen aus den Bundesländern und weisen keinen den Angeklagten beschwerenden Rechtsfehler auf, weil im Fall II. 9 eine ausdrückliche Bezeichnung der Tatsachen als subventionserheblich im Sinne des § 264 Abs. 9 Nr. 1 StGB im Antragsformular des enthalten und im Fall II. 10 lediglich eine Verurteilung wegen Computerbetrugs nach § 263a Abs. 1 StGB erfolgt ist, die rechtlich nicht zu beanstanden war. Auch gegen die jeweiligen Strafaussprüche ist rechtlich nichts zu erinnern.

2. Die auf die Sachrüge hin gebotene umfassende Nachprüfung des Urteils hinsichtlich der beantragten Hilfen aus dem Corona-Virus-Soforthilfeprogramm führt zur Korrektur des Schuldspruchs wegen Subventionsbetrugs in den Fällen II. 1, 3, 4 sowie 6 bis 8 der Urteilsgründe, weil die - rechtsfehlerfrei getroffenen - Feststellungen zwar eine Verurteilung wegen Betrugs (Fälle II. 1, 3, 6 und 8) bzw. versuchten Betrugs (Fälle II. 4 und 7) tragen, nicht jedoch eine solche wegen Subventionsbetrugs. In den weiteren Fällen II. 2 und II. 5 der Urteilsgründe hingegen hat die Verurteilung wegen Subventionsbetrugs Bestand (s. dazu im Einzelnen unter II. 3).

a) Zwar geht die Strafkammer zutreffend davon aus, dass es sich bei den beantragten Soforthilfen um Subventionen im Sinne des § 264 Abs. 8 Satz 1 Nr. 1 StGB handelt, da sie als verlorene Zuschüsse ohne eine marktmäßige Gegenleistung vom Land aus öffentlichen Mitteln nach Landesrecht als sog. Billigkeitsleistung (§ 53 LHO) Betrieben oder Unternehmen gewährt wurden und jedenfalls auch der Förderung der Wirtschaft dienen.

b) Hingegen wird die rechtliche Wertung, der Angeklagte habe bei seinen Anträgen gemäß § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB gegenüber dem Subventionsgeber für ihn vorteilhafte unrichtige Angaben über aufgrund eines Gesetzes vom Subventionsgeber als subventionserheblich bezeichnete Tatsachen (§ 264 Abs. 9 Nr. 1 Variante 2 StGB) gemacht, von den Urteilsfeststellungen nicht getragen. Auf die Subventionserheblichkeit der Tatsachen ist vom Subventionsgeber im Antragsformular nicht hinreichend deutlich hingewiesen worden.

aa) Sinn und Zweck des Merkmals der Subventionserheblichkeit ist es, angesichts der zahlreichen Normativbegriffe des Subventionsrechts sicherzustellen, dass sowohl die Vergabevoraussetzungen für den Subventionsempfänger als auch etwaige Täuschungshandlungen für den Subventionsgeber und die Strafverfolgungsorgane möglichst klar erkennbar sind (vgl. BGH, Urteil vom 11. November 1998 - 3 StR 101/98, BGHSt 44, 233, 238; Beschlüsse vom 22. August 2018 - 3 StR 449/17, wistra 2019, 369, 371; vom 4. Mai 2021 - 6 StR 137/21, BGHSt 66, 115, 117; s. auch BT-Drucks. 7/5291, S. 13). Um dies zu erreichen, hat der Gesetzgeber den Begriff der Subventionserheblichkeit bewusst restriktiv gefasst. Entscheidend soll demnach allein die (unmittelbare oder zumindest mittelbare) Anbindung der betroffenen Tatsache an eine gesetzliche Bestimmung sein und gerade nicht die - im Einzelfall mitunter nicht eindeutig zu beantwortende - Frage, ob die Tatsache als solche eine materielle Voraussetzung für das Gewähren der Subvention war (vgl. BGH, Urteil vom 11. November 1998 - 3 StR 101/98, BGHSt 44, 233, 237 f.; Fischer, StGB, 70. Aufl., § 264 Rn. 13; SSW-StGB/Saliger, 5. Aufl., § 264 Rn. 17). § 264 Abs. 9 Nr. 1 StGB setzt deshalb voraus, dass die Tatsachen durch ein Gesetz oder durch den Subventionsgeber aufgrund eines Gesetzes ausdrücklich als subventionserheblich bezeichnet werden. Da das „Corona-Virus-Soforthilfeprogramm 2020“ kein Gesetz im formellen oder materiellen Sinne ist und Haushaltsgesetze jedenfalls keine ausdrückliche Bezeichnung der subventionserheblichen Tatsachen enthalten, kommt nur deren Bezeichnung durch den jeweiligen Subventionsgeber aufgrund eines Gesetzes - hier § 2 SubvG in Verbindung mit § 1 SubvG HE (s. BGH, Beschluss vom 22. August 2018 - 3 StR 449/17, NStZ-RR 2019, 147, 149) - in Betracht. Pauschale oder lediglich formelhafte Bezeichnungen reichen dabei nicht aus; vielmehr muss die Subventionserheblichkeit klar und unmissverständlich auf den konkreten Fall bezogen durch den Subventionsgeber dargelegt werden (vgl. BGH, Urteil vom 11. November 1998 - 3 StR 101/98, BGHSt 44, 233, 238; LK-StGB/Tiedemann, 12. Aufl., § 264 Rn. 73; MüKo-StGB/Ceffinato, 4. Aufl., § 264 Rn. 62). Der Subventionsnehmer muss vor Antragsstellung von allen subventionserheblichen Tatsachen durch den Subventionsgeber Kenntnis erlangen (MüKo-StGB/Ceffinato, 4. Aufl., § 264 Rn. 63).

bb) Ausgehend von diesen Maßstäben erweist sich die Annahme des Landgerichts in den Fällen II. 1, 3, 4 sowie 6 bis 8 der Urteilsgründe, die subventionserheblichen Taten seien ausreichend bezeichnet, als rechtsfehlerhaft.

Nach den Feststellungen war in dem nach Eingabe der abgefragten Daten generierten und vom Angeklagten unterzeichneten Formular weder eine ausdrückliche noch eine gleichwertige Bezeichnung der subventionserheblichen Tatsachen im Sinne der Ziff. 4 der Förderrichtlinie enthalten. Auch im Rahmen des Eingabeprozesses erfolgte kein entsprechender Hinweis auf deren Subventionserheblichkeit. Zwar stand die Subventionsrichtlinie über das Internetportal des Regierungspräsidiums zum Herunterladen bereit. Jedoch ersetzt - was das Landgericht verkennt - eine abstrakte Möglichkeit der Kenntnisverschaffung außerhalb des Antragsformulars gerade nicht eine konkrete Bezeichnung der subventionserheblichen Tatsachen durch den Subventionsgeber. Ihrem Zweck entsprechend, Klarheit über die Subventionsvoraussetzungen zu schaffen, muss die Bezeichnung im konkreten Subventionsverfahren durch eine dem Subventionsnehmer zugewandene Erklärung erfolgen. Ansonsten bliebe es letztlich dem Antragsteller überlassen, sich über die Subventionserheblichkeit der Tatsachen und Angaben Klarheit zu verschaffen (vgl. BGH, Beschluss vom 4. Mai 2021 - 6 StR 137/21, BGHSt 66, 115, 119), was dem Zweck des § 264 Abs. 9 Nr. 1 Variante 2 StGB zuwiderliefe.

Soweit das Formular den Hinweis enthält, „dass dem Antragsteller bekannt sei, dass vorsätzlich oder leichtfertig falsche oder unvollständige Angaben [...] die Strafverfolgung wegen Subventionsbetrugs zur Folge haben können“, werden auch hierdurch die subventionserheblichen Tatsachen nicht hinreichend bestimmt genug bezeichnet. Zwar stellt es eine zulässige Gestaltungsmöglichkeit dar, wenn die subventionserheblichen Tatsachen im Formular nicht einzeln als solche benannt sind, der Antragsteller aber durch eine Wissenserklärung ausdrücklich bestätigt, dass es sich bei den Angaben um subventionserhebliche Tatsachen handelt, da hierdurch dessen Kenntnisnahme nachgewiesen wird (vgl. BGH, Beschluss vom 4. Mai 2021 - 6 StR 137/21, BGHSt 66, 115, 117 f.). Ebenfalls soll es im Einzelfall genügen, wenn sämtliche in einem Antrag anzugebenden Tatsachen als subventionserheblich bezeichnet sind (so BGH, Beschluss vom 4. Mai 2021 - 6 StR 137/21, BGHSt 66, 115, 118). Ob dem vor dem Hintergrund des dargelegten Zwecks des Merkmals der Subventionserheblichkeit zu folgen ist, kann hier dahingestellt bleiben. Denn ein solcher Fall liegt hier nicht vor, weil lediglich auf eine mögliche Strafverfolgung wegen Subventionsbetrugs hingewiesen wurde. Ein solcher Hinweis steht einer Bezeichnung bestimmter Tatsachen als subventionserheblich aber nicht gleich. Während die Bezeichnung der subventionserheblichen Tatsachen entsprechend der gesetzlichen Zweckbestimmung sicherstellt, dass der Antragsteller über die Vergabevoraussetzungen umfassend ins Bild gesetzt wird, hat die Belehrung wegen einer potentiellen Strafverfolgung eine andere Zielrichtung. Ihr kommt eine bloße Warnfunktion, nicht jedoch die tatbestandlich erforderliche Informationsfunktion hinsichtlich der subventionserheblichen Umstände zu.

c) Die Subventionserheblichkeit ergibt sich hier auch nicht aus § 264 Abs. 9 Nr. 2 StGB.

aa) Nach § 264 Abs. 9 Nr. 2 StGB sind auch Tatsachen subventionserheblich, von denen die Bewilligung, Gewährung, Rückforderung, Weitergewährung oder das Belassen einer Subvention gesetzlich abhängig sind. In der Regel betrifft dies die Fälle, in denen zwar eine ausdrückliche Bezeichnung einer Tatsache (durch den Gesetz- oder Subventionsgeber) als subventionserheblich fehlt oder unwirksam ist, gleichwohl aber sonst einem Gesetz mit hinreichender Deutlichkeit entnommen werden kann, unter welchen Voraussetzungen die Subvention gewährt wird (vgl. BGH, Urteil vom 11. November 1998 - 3 StR 101/98, BGHSt 44, 233, 241; Beschlüsse vom 30. September 2010 - 5 StR 61/10, BGHR StGB § 264 Abs. 8 Subventionserhebliche Tatsache 2; vom 22. August 2018 - 3 StR 449/17, NSTZ-RR 2019, 147, 148). Vorliegend kommt als das die Subventionserheblichkeit zum Ausdruck bringende Gesetz alleine das Subventionsgesetz (SubvG) in Betracht, namentlich die Vorschrift über das allgemeine Verbot der Subventionierung von Scheingeschäften und Scheinhandlungen nach § 4 SubvG i.V.m. § 1 SubvG HE (vgl. hierzu BGH, Beschlüsse vom 28. Mai 2014 - 3 StR 206/13, BGHSt 59, 244, 249 ff.; vom 30. September 2010 - 5 StR 61/10, BGHR StGB § 264 Abs. 8 Subventionserhebliche Tatsache 2; Fischer, StGB, 70. Aufl., § 264 Rn. 17a). Die erforderliche gesetzliche Abhängigkeit (§ 264 Abs. 9 Nr. 2 StGB) ergibt sich hier daraus, dass § 4 Abs. 1 SubvG ein allgemeines Verbot der „Subventionierung über den tatsächlichen Bedarf hinaus“ enthält (vgl. BGH, Beschlüsse vom 28. Mai 2014 - 3 StR 206/13, BGHSt 59, 244, 249; vom 22. August 2018 - 3 StR 357/17, juris Rn. 23) und hierdurch die Subventionserheblichkeit mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck kommt (BGH, Urteil vom 11. November 1998 - 3 StR 101/98, BGHSt 44, 233, 241; Beschluss vom 30. September 2010 - 5 StR 61/10, BGHR StGB § 264 Abs. 8 Subventionserhebliche Tatsache 2; vgl. auch BT-Drucks. 7/5291, S. 13). Nach § 4 Abs. 1 Satz 2 SubvG ist in den Fällen, in denen ein Scheingeschäft oder eine Scheinhandlung einen anderen Sachverhalt verdeckt, der verdeckte Sachverhalt für die Bewilligung, Gewährung, Rückforderung, Weitergewährung oder das Belassen der Subvention oder des Subventionsvorteils maßgebend. Mithin sind solche Tatsachen grundsätzlich subventionserheblich, die durch eine Scheinhandlung oder ein Scheingeschäft verdeckt werden und von denen die Bewilligung und Gewährung sowie das Belassen der Subvention abhängig sind (vgl. hierzu BGH, Beschlüsse vom 28. Mai 2014 - 3 StR 206/13, BGHSt 59, 244, 250 ff.; vom 30. September 2010 - 5 StR 61/10, BGHR StGB § 264 Abs. 8 Subventionserhebliche Tatsache 2; Fischer, StGB, 70. Aufl., § 264 Rn. 23; LK-StGB/Tiedemann, 12. Aufl., § 264 Rn. 124).

bb) Die Feststellungen belegen kein Scheingeschäft. Ein Scheingeschäft nach § 4 Abs. 1 Satz 1 SubvG, § 117 Abs. 1 BGB liegt vor, wenn die Parteien einverstanden 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 (vgl. BGH, Urteil vom 25. Oktober 2017 - 1 StR 339/16, juris Rn. 75; 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; LK-StGB/Tiedemann, 12. Aufl., § 264 Rn. 124 mwN; MüKo-StGB/Ceffinato, 4. Aufl., § 264 Rn. 88). Da in den Fällen II. 1, 3, 4 und 6 bis 8 der Urteilsgründe der Angeklagte die falschen Angaben gegenüber dem Subventionsgeber ohne Mitwirkung eines Dritten abgegeben hat, scheidet schon aus diesen Gründen ein Scheingeschäft aus.

- cc) Auch tragen die Feststellungen nicht die Annahme einer Scheinhandlung im Sinne des § 4 Abs. 1 SubvG. 20
- In den Fällen II. 1, 3, 4 sowie 6 bis 8 der Urteilsgründe machte der Angeklagte gegenüber dem Subventionsgeber falsche Angaben im Hinblick auf die im Antragsformular abgefragten personen- und unternehmensbezogenen Tatsachen. Eine bloße Falschangabe allein stellt jedoch keine Scheinhandlung dar. 21
- (1) Der Bundesgerichtshof hat sich mit der Scheinhandlung - soweit ersichtlich - nur in zwei Fällen im Einzelnen befasst. Dabei wurde der Begriff der Scheinhandlung jedoch nicht näher definiert (vgl. BGH, Beschlüsse vom 30. September 2010 - 5 StR 61/10, NStZ-RR 2011, 81; vom 22. August 2018 - 3 StR 357/17 und 3 StR 449/17; sowie unten II 2. C) cc) (d)). 22
- (2) Eine Auslegung des Begriffs der „Scheinhandlung“ durch den Senat ergibt, dass eine Scheinhandlung nur vorliegt, wenn über die Falschangabe hinaus ein gegenüber dem Subventionsgeber zur Kenntnis gebrachter tatsächlicher Akt vorgenommen wird, der geeignet ist, den Anschein eines in Wahrheit nicht existierenden Sachverhalts zu vermitteln (so auch, allerdings ohne weitere Herleitung KG, Urteil vom 10. September 2021 - (4) 121 Ss 91/21 (134/21), NZWiSt 2022, 446, 449). 23
- (a) Ausgehend vom Wortlaut des Begriffes „Scheinhandlung“ erfordert diese - auch in Abgrenzung zum mehrseitigen „Scheingeschäft“ - ein einseitiges Verhalten, das nach seinem äußeren Eindruck den Anschein eines in Wahrheit nicht existierenden Sachverhalts vermittelt. Welche konkreten Anforderungen an eine zum Schein vorgenommene Handlung zu stellen sind, lässt sich alleine aus dem Wortlaut aber nicht ableiten. Geht man allerdings davon aus, dass die bloße Erklärung eines Umstands in einem Antrag nicht geeignet sein kann, zugleich den Anschein zu erwecken, die erklärten Tatsachen entsprächen auch den wahren Gegebenheiten (ebenso: Tolksdorf/Schellhaas, NZWiSt 2021, 344, 347), ergibt sich für die Einordnung der Falschangabe als Scheinhandlung die Einschränkung, dass es dabei über eine bloße Mitteilung hinaus eines weiteren Umstands bedarf, der geeignet ist, einen entsprechenden Anschein überhaupt erst zu erwecken. 24
- (b) Auch nach Sinn und Zweck von § 264 Abs. 9 Nr. 2 StGB i.V.m. § 4 Abs. 1 SubvG erfordert der Begriff der Scheinhandlung über die bloße Angabe von Umständen hinaus die Vornahme eines tatsächlichen nach außen erkennbaren Tuns. Würde jede Falschangabe zugleich auch eine Scheinhandlung im Sinne von § 4 Abs. 1 SubvG darstellen, läge damit in jedem Fall über § 264 Abs. 9 Nr. 2 StGB eine subventionserhebliche Tatsache vor, ohne dass es auf das Erfordernis des § 264 Abs. 9 Nr. 1 StGB ankäme, die als subventionserheblichen Tatsachen als solche zu bezeichnen. 25
- Im Übrigen ist § 4 Abs. 1 SubvG der Regelung in § 41 Abs. 2 AO nachgebildet; dort wird die Scheinhandlung als ein Realakt definiert, der nur dem äußeren Anschein nach eine Sachverhaltsgestaltung bewirkt, wobei die mit der Handlung verbundenen Sachverhaltsänderungen tatsächlich nicht gewollt sind (vgl. Koenig/Koenig, AO, 4. Aufl., § 41 Rn. 41). Auch dies spricht dafür, die bloße wahrheitswidrige Angabe in einem Antrag nicht als Scheinhandlung anzusehen (so auch: Tolksdorf/Schellhaas, NZWiSt 2021, 344, 347; a.A. sehr vage bzw. ohne nähere Begründung zu weitgehend vgl. MüKo-StGB/Ceffinato, 4. Aufl., § 264 Rn. 88; Matt/Renzikowski/Gaede, StGB, 2. Aufl., § 264 Rn. 33; Rau/Sleiman, NZWiSt 2020, 373, 375; Schönke/Schröder/Perron, StGB, 30. Aufl., § 264 Rn. 46). 26
- (c) Es bedarf für die Annahme einer Scheinhandlung demnach eines Aktes, der den Anschein von Umständen erweckt, die tatsächlich nicht gegeben sind. Die bloße Behauptung im Antrag - in Abgrenzung zu einer Willenserklärung oder zu einem darüberhinausgehenden Realakt - erfüllt diese Voraussetzung nicht. Eine Scheinhandlung kann beispielsweise gegeben sein, wenn der Antragsteller im Vorfeld der Antragstellung eine unternehmerische Tätigkeit vortäuscht, indem er etwa zum Schein ein Gewerbe oder auch nur einen Firmensitz anmeldet (zu diesem Bsp.: Tolksdorf/Schellhaas, NZWiSt 2021, 344, 347 f.); sie kommt weiter in Betracht, wenn z.B. im Laufe des Antragsverfahrens gefälschte Unterlagen beigebracht werden, die etwa die unternehmerische Tätigkeit oder die im Antrag behaupteten Geschäftseinbußen untermauern sollen. Als weitere Beispiele für eine Scheinhandlung werden im Schrifttum die Begründung oder Beibehaltung eines Wohnsitzes, eines Standortes oder einer Betriebsstätte (i.S.d. § 12 AO) genannt, ohne dass der Ort der räumliche Schwerpunkt der privaten Lebensverhältnisse wäre (LK-StGB/Tiedemann, 12. Aufl., § 264 Rn. 127; Vogel, in: Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts, S. 159; zust. MüKo-StGB/Ceffinato, 4. Aufl., § 264 Rn. 88) oder einen geschäftlichen Mittelpunkt der Unternehmenstätigkeit im Sinne einer „festen Geschäftseinrichtung“ bilden würde (NK-StGB/Hellmann, 5. Aufl., § 264 Rn. 84). 27
- (d) Das vom Senat entwickelte Begriffsverständnis steht der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht entgegen. 28
- Soweit der 5. Strafsenat darauf abstellt, nicht jede unrichtige oder unvollständige Angabe sei zugleich auch eine Scheinhandlung, die ohne Weiteres eine Strafbarkeit nach § 264 Abs. 1 StGB nach sich zieht (vgl. BGH, Beschluss vom 30. September 2010 - 5 StR 61/10, NStZ-RR 2011, 81, 82), entspricht dies der hier vertretenen Ansicht. Die hierfür herangezogene Begründung, dass eine Scheinhandlung in Abgrenzung zur Falschangabe nur dann vorliege, wenn die 29

durch die unrichtige Angabe verdeckte Tatsache zu einer anderen Entscheidung über die Subventionsgewährung führen könnte (vgl. BGH, Beschluss vom 30. September 2010 - 5 StR 61/10, NSTZ-RR 2011, 81, 82), ist zutreffend, vermag allerdings eine weitergehende Konkretisierung des Begriffs der Scheinhandlung - wie sie der Senat hier vornimmt - nicht zu vermitteln, da dieses Erfordernis nicht an der Qualität der Scheinhandlung als solcher anknüpft, sondern sich unabhängig davon bereits aus § 4 Abs. 1 Satz 2 SubvG ergibt und damit Teil des allgemeinen Maßstabs ist.

Auch die Rechtsprechung des 3. Strafsenats steht im Einklang mit der Rechtsansicht des Senats. Soweit dieser (BGH, Beschlüsse vom 22. August 2018 - 3 StR 357/17, juris Rn. 23 und 3 StR 449/17, juris Rn. 41) allgemein ausführt, dass als Scheinhandlung im Sinne des § 4 Abs. 1 SubvG auch Angaben in Betracht kommen, mit denen ein in Wirklichkeit nicht existierender Sachverhalt als gegeben dargestellt wird, besteht auch insoweit kein Widerspruch zum Begriffsverständnis des Senats. Zur Frage, wie die Angaben beschaffen sein müssen, verhält sich die Entscheidung nicht; hierfür bestand im Übrigen auch kein Anlass, da der Angeklagte im dortigen Fall manipulierte sog. „Time-Sheets“ und unzutreffende Arbeitsnachweise erstellte, um gegenüber dem Subventionsgeber den Anschein zu erwecken, die entsprechenden Leistungen seien erbracht worden. Der Angeklagte gab also nicht lediglich eine unrichtige Erklärung ab, sondern belegte die früheren Falschangaben in seinem Antrag mittels weiterer fingierter Unterlagen, mithin eines tatsächlichen Akts, der die zur Subventionserteilung maßgeblichen Umstände nach außen hin belegen sollte.

d) Da es in den Fällen II. 1, 3, 4 sowie 6 bis 8 der Urteilsgründe an einem dem Subventionsgeber zur Kenntnis gebrachten tatsächlichen Akt fehlt, der geeignet ist, den Anschein eines in Wahrheit nicht existierenden Sachverhalts zu vermitteln, kommt mangels tauglicher Scheinhandlung im Ergebnis eine Strafbarkeit wegen Subventionsbetrugs nicht in Betracht. Der Angeklagte hat im Rahmen der Antragsstellung lediglich der Wahrheit zuwider behauptet, unternehmerisch tätig zu sein und coronabedingt Umsatzeinbrüche erlitten zu haben. Über diese bloßen Falschangaben hinaus hat er keine diese Behauptung stützende, nach außen erkennbare Handlungen vorgenommen, etwa durch Errichtung entsprechender Unternehmenskonten, Anbringung einer Adressbeschilderung zur Herstellung eines Scheinfirmensitzes oder Vorlage von Unterlagen zum Beleg der Geschäftstätigkeit.

e) Hingegen tragen die Feststellungen in den Fällen II. 1, 3, 6 und 8 der Urteilsgründe eine Verurteilung wegen Betrugs und in den Fällen II. 4 und 7, in denen die Fördergelder nicht ausgezahlt wurden, eine Verurteilung wegen versuchten Betrugs. Der Straftatbestand des Subventionsbetrugs (§ 264 StGB) geht zwar demjenigen des Betrugs (§ 263 StGB) als lex specialis vor und stellt diesem gegenüber im Rahmen seines Anwendungsbereichs eine abschließende Sonderregelung dar; eine Strafbarkeit nach § 263 StGB lebt jedoch bei Vorliegen der Voraussetzungen eines versuchten oder vollendeten Betrugs bei Unanwendbarkeit des § 264 StGB wieder auf (vgl. BGH, Beschlüsse vom 23. April 2020 - 1 StR 559/19, juris Rn. 10; vom 22. August 2018 - 3 StR 357/17, juris Rn. 26; Urteil vom 11. November 1998 - 3 StR 101/98, BGHSt 44, 233, 243; Fischer, StGB, 70. Aufl., § 263 Rn. 236 und § 264 Rn. 54a jew. mwN).

Dementsprechend ändert der Senat den Schuldspruch ab. Der Senat schließt aus, dass noch Feststellungen getroffen werden können, die eine Verurteilung wegen Subventionsbetrugs ermöglichen. § 265 Abs. 1 StPO steht dem nicht entgegen, da der Angeklagte bereits im Eröffnungsbeschluss der Strafkammer auf eine mögliche Verurteilung wegen Betrugs hingewiesen wurde.

3. Die rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen zu den Taten II. 2 und 5 der Urteilsgründe tragen hingegen im Ergebnis eine Verurteilung wegen Subventionsbetrugs (§ 264 StGB).

a) Zwar sind - anders als die Strafkammer annimmt - die Voraussetzungen des § 264 Abs. 9 Nr. 1 Variante 2 StGB aus den unter II. 2.b) genannten Gründen nicht erfüllt, da es an einer hinreichend konkreten Bezeichnung durch den Subventionsgeber als subventionserheblich fehlt.

b) Allerdings täuschte der Angeklagte durch Scheinhandlungen im Sinne von § 264 Abs. 9 Nr. 2 StGB i.V.m. § 4 SubvG, indem er über die bloßen Angaben in seinem Antrag hinaus im Fall II. 2 einen gefälschten Mietvertrag und im Fall II. 5 eine fingierte betriebswirtschaftliche Aufstellung erstellte und dem Subventionsgeber vorlegte (vgl. II. 2. c) cc) (2) (b)). Dabei steht der Anwendbarkeit von § 264 Abs. 9 Nr. 2 StGB zunächst nicht entgegen, dass vorliegend eine ausdrückliche Bezeichnung von Tatsachen als subventionserheblich gemäß § 264 Abs. 9 Nr. 1 StGB möglich und gewollt, aber - wie vorliegend - unzureichend vorgenommen war (BGH, Beschluss vom 28. Mai 2014 - 3 StR 206/13, BGHSt 59, 244, 249).

Der Angeklagte beantragte im Fall II. 2 eine Corona-Soforthilfe und erstellte, nachdem er seitens des Subventionsgebers um Plausibilisierung seiner zuvor getätigten Angaben gebeten worden war, einen fingierten Mietvertrag über Büroräumlichkeiten, mit dem er in Wahrheit nicht geschuldete Mietzahlungen nachwies. Im Fall II. 5 der Urteilsgründe beantragte der Angeklagte ebenfalls eine Corona-Soforthilfe und legte - wiederum auf Nachfrage - zum Nachweis monatlich laufender Kosten ebenfalls eine fingierte Betriebsaufstellung für die von ihm geführte H. Bausanierungs GmbH vor, die eine Auflistung von Verbindlichkeiten sowie betrieblichen Aufwendungen enthielt, um dadurch den wahren Sachverhalt, dass das Unternehmen tatsächlich keinen Geschäftsbetrieb unterhielt, zu verdecken (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 22. August 2018 - 3 StR 357/17, juris Rn. 24). Die den entsprechenden Anschein erweckenden, durch den Angeklagten fingierten Unterlagen wurden dem Subventionsgeber zur Kenntnis gebracht. Die Corona-Soforthilfen waren von den jeweils durch die Scheinhandlung verdeckten Sachverhalten abhängig. Der Subventionsgeber hätte die

Zuwendungen in der konkreten Höhe versagt, wenn er gewusst hätte, dass tatsächlich keine existenzbedrohende Wirtschaftslage bestanden hätte bzw. tatsächlich keine oder geringere laufenden Kosten angefallen wären. Die die Scheinhandlung ausmachenden Angaben stellen sich mithin nach § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB als unrichtig im Sinne von nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmend dar (vgl. LK-StGB/Tiedemann, 12. Aufl., § 264 Rn. 96). Maßgeblich war vielmehr der verdeckte Sachverhalt, § 4 Abs. 1 Satz 2 SubvG.

c) Da das Verhalten des Angeklagten zwar eine andere als von der Strafkammer angenommene, jedoch von den Feststellungen getragene Tatbestandsvariante des § 264 Abs. 9 StGB erfüllte, bedurfte es insoweit keiner Schuldspruchänderung. § 265 Abs. 1 StPO steht dem nicht entgegen, da sich der Angeklagte nicht wirksamer als geschehen hätte verteidigen können. 38

4. Die Änderung des Schuldspruchs von Subventionsbetrug zu versuchtem Betrug hat die Aufhebung der Einzelstrafen in den Versuchsfällen (II. 4 und 7 der Urteilsgründe) sowie der Gesamtstrafe zur Folge. Der Senat kann in diesen Fällen angesichts der fakultativen Strafrahmenverschiebung gemäß § 23 Abs. 2 StGB - anders als in den Fällen II.1, 3, 6 und 8 der Urteilsgründe, bei denen es trotz Austauschs des zur Verurteilung führenden Delikts beim gleichen Strafrahmen bleibt - in diesen Fällen nicht ausschließen, dass das Landgericht bei zutreffender rechtlicher Würdigung auf niedrigere Einzelstrafen erkannt hätte. 39

5. Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat darauf hin, dass der neue Tatrichter im Hinblick auf die Dauer des Revisionsverfahrens über eine Kompensation wegen rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung zu entscheiden haben wird. 40