

Bearbeiter: Ulf Buermeyer

Zitiervorschlag: BGH 3 StR 101/98, Urteil v. 11.11.1998, HRRS-Datenbank, Rn. X

BGH 3 StR 101/98 - Urteil vom 11. November 1998 (LG Lübeck)

BGHSt 44, 233; Begriff der Subvention; Subventionserhebliche Tatsache; Subventionsbetrug; Garantiefunktion des Strafrechts; Gesetzlichkeitsprinzip; Verwaltungsakt; Ermessen; Betrug; Konkurrenzen (Verhältnis von Subventionsbetrug und Betrug); Analogieverbot; Bestimmtheitsgebot.

§ 264 Abs. 7 StGB a.F.; § 264 Abs. 8 StGB n.F.; Art. 103 Abs. 2 GG; § 263 StGB; § 52 StGB

Leitsätze

(1) Die für die Annahme einer subventionserheblichen Tatsache nach § 264 Abs. 7 Nr. 1 2. Alt. StGB a.F. (§ 264 Abs. 8 Nr. 1 2. Alt. StGB n.F.) erforderliche Bezeichnung durch den Subventionsgeber verlangt klare und unmißverständliche, auf den konkreten Fall bezogene Angaben. Es genügt nicht, daß sich die Subventionserheblichkeit lediglich aus dem Zusammenhang ergibt. (BGHSt)

(2) Die Bezeichnung einer Tatsache als subventionserheblich erfordert ein formelles oder materielles Gesetz. Die Bezeichnung als subventionserhebliche Tatsache in Verwaltungsvorschriften oder Richtlinien genügt daher nicht. (Bearbeiter)

(3) Der Senat läßt offen, ob es sich bei Fördermitteln nach dem II. WoBauG überhaupt um Subventionen im Sinne der Legaldefinition des 264 Abs. 6 StGB a.F. (entspricht § 264 Abs. 7 StGB i. d. F. des 6. Strafrechtsreformgesetzes) handelt. (Bearbeiter)

(4) Die für die Annahme einer subventionserheblichen Tatsache nach § 264 Abs. 7 Nr. 2 StGB a.F. (§ 264 Abs. 8 Nr. 2 StGB n.F.) erforderliche gesetzliche Abhängigkeit liegt nur vor, wenn das Gesetz selbst mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck bringt, daß die Subventionierung unter der im Gesetz genannten Voraussetzung erfolgt. Daran wird es in der Regel fehlen, wenn die gesetzliche Vorschrift der Verwaltung insoweit einen Ermessensspielraum einräumt. (BGHSt)

(5) Eine Strafbarkeit gemäß § 263 StGB ist auch dann möglich, wenn die Voraussetzungen eines Subventionsbetruges nicht festgestellt sind. Zwar stellt § 264 StGB zunächst eine gegenüber dem Betrug abschließende Sonderregelung dar. Ist diese aber nicht anwendbar, liegen jedoch die Voraussetzungen des versuchten oder vollendeten Betruges vor, so lebt die Strafbarkeit nach § 263 StGB wieder auf. (Bearbeiter)

Entscheidungstenor

Auf die Revisionen des Angeklagten und der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Lübeck vom 11. November 1997 mit den Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Beihilfe zum Subventionsbetrug in elf Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von neun Monaten verurteilt und deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt. Hiergegen richten sich die Revision des Angeklagten und die zu Ungunsten des Angeklagten eingelegte Revision der Staatsanwaltschaft. Beide Rechtsmittel führen auf die Sachrüge zur Aufhebung des angefochtenen Urteils. 1

Nach den Feststellungen war der Angeklagte als Rechtsanwalt und Notar in Ba. tätig. Die ihm beruflich und privat bekannten Zeugen I. und G. wollten mit Hilfe einer zu diesem Zweck gegründeten Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) nach Öffnung der innerdeutschen Grenze zunächst in Mecklenburg-Vorpommern, später auch in Brandenburg und Sachsen-Anhalt, auf dem Gebiet des sozialen Wohnungsbaus tätig werden. Sie beabsichtigten, durch Inanspruchnahme kommunaler Fördergelder Baugrundstücke ohne Einsatz von Eigenkapital zu erwerben und für den 2

sozialen Wohnungsbau bereitstehende Landesfördermittel zu beantragen. Sie wollten jedoch nicht selbst als Bauherren tätig werden. Vielmehr sollten die Wohnungsbaubjekte gewinnbringend an einen Investor verkauft und die Förderungsanträge auf diesen übertragen werden.

In Mecklenburg-Vorpommern erfolgte die Förderung im Rahmen des § 88 d II. WoBauG im sog. 3. Förderweg als vereinbarte Förderung. Dabei wird zwischen dem Bauherrn und der Fördereinrichtung eine Vereinbarung geschlossen, in der die Einzelheiten der Förderung festgelegt werden. Die Fördermittel wurden nach Maßgabe der "Förderrichtlinien für die Gewährung von Darlehen zur Schaffung von Miet- und Genossenschaftswohnungen sowie von eigengenutzten Eigentumsmaßnahmen (WoBauRL)", einem zur Durchführung des II. WoBauG ergangenen Erlaß des Innenministers, als zinsgünstige Baudarlehen bewilligt. Nr. 29 WoBauRL lautet auszugsweise: "Tatsachen, von denen nach diesen Wohnungsbaubestimmungen oder nach den §§ 3 bis 5 des Subventionsgesetzes vom 29. Juli 1976 (BGBl. I S. 2034/2037) die Bewilligung, Gewährung, Rückforderung, Weitergewährung oder das Belassen der Subvention abhängen, sind subventionserhebliche Tatsachen im Sinne des § 264 des Strafgesetzbuches (Subventionsbetrug)." 3

I. und G. stellten als Gesellschafter der von ihnen gegründeten GbR für neun Objekte Förderungsanträge an das Landesbauförderungsamt in Schwerin. Die Antragsvordrucke verwiesen auch auf die WoBauRL. Sie enthielten einen auszufüllenden Finanzierungsplan, der auch Eigenleistungen vorsah. Dort gaben die Zeugen neben Sachleistungen Geldmittel in Höhe von 335.000,-- DM bis 2.500.000,-- DM an. Diese Geldmittel trugen sie darüber hinaus auf einem Formular, das dem Nachweis der Eigenleistungen diene, unter Position 9 ein. Der Angeklagte unterzeichnete in allen Fällen einen auf diesem Formular befindlichen Bestätigungsvermerk, der wie folgt lautete: "Notar B. für die Pos. 9". Tatsächlich existierten entsprechende Guthaben von I. und G. nicht, was der Angeklagte wußte. 4

Entsprechend verfahren die Beteiligten bei einem Objekt in Brandenburg. In diesem Bundesland sind die Einzelheiten der Förderung in einem Runderlaß des Ministers für Stadtentwicklung, Wohnen und Verkehr geregelt. Eine Nr. 29 WoBauRL Mecklenburg-Vorpommern vergleichbare Regelung enthält der Erlaß nicht. I. und G. stellten für das Objekt zwei Anträge nach dem sog. 1. Förderweg gemäß dem II. WoBauG. Dabei wird über die Bewilligung der Fördermittel durch Verwaltungsakt entschieden, der geförderte Bauherr hat eine Wirtschaftlichkeitsberechnung aufzustellen und der von den Mietern zu zahlende Mietzins darf nicht höher als zur Deckung der laufenden Aufwendungen des Bauherrn erforderlich sein, vgl. § 72 II. WoBauG. In den Anträgen gaben I. und G. als Eigenleistungen neben Sachleistungen Geldmittel von 375.500,-- DM und 404.500,-- DM an. Der Bestätigungsvermerk des Angeklagten lautete jeweils: "Notar B. für die Position 2 aus Vertragsabwicklung". Zwei weitere Anträge betrafen den 3. Förderweg gemäß § 88 d II. WoBauG. In diesen wurden Geldmittel von 2.030.000,-- DM und 920.500,-- DM eingetragen. Der Bestätigungsvermerk des Angeklagten hatte hier folgenden Wortlaut: "Notar B. für die Position 2 Guthaben von Notaranderkonto (Vertragsabwicklung)". 5

Ebenso handelten die Beteiligten in Sachsen-Anhalt, wo auf der Grundlage eines Runderlasses des Ministers für Raumordnung, Städtebau und Wohnungswesen nach § 88 d II. WoBauG Zuwendungen für die Neuschaffung von Mietwohnungen im sozialen Wohnungsbau gewährt wurden. Eine Nr. 29 WoBauRL Mecklenburg-Vorpommern vergleichbare Regelung enthält auch dieser Erlaß nicht. In ihrem Antrag für ein Objekt gaben I. und G. als Eigenleistungen neben Sachleistungen Geldmittel in Höhe von 2.850.000,-- DM an. Der Bestätigungsvermerk des Angeklagten lautete: "Notar B. für die Position 9". Zu einer Bewilligung oder Gewährung von Fördermitteln kam es in keinem Fall, weil diese entweder bereits erschöpft waren oder die Baukonzeption den Behörden nicht gefiel. 6

I. Revision des Angeklagten

Die Revision des Angeklagten rügt zu Recht, daß der festgestellte Sachverhalt die Verurteilung wegen Beihilfe zum Subventionsbetrug nicht rechtfertigt. Eine nach § 264 StGB strafbare Haupttat ist nicht festgestellt. 7

Der Senat hat bereits Bedenken, ob es sich bei den beantragten Fördermitteln nach dem II. WoBauG um Subventionen im Sinne der Legaldefinition des zur Tatzeit geltenden 264 Abs. 6 StGB a.F. (entspricht § 264 Abs. 7 StGB i.d.F. des 6. Strafrechtsreformgesetzes) handelt (bejahend etwa Tiedemann in LK 11. Aufl. § 264 Rdn. 49, 52; Lackner, StGB 22. Aufl. § 264 Rdn. 9; Göhler/Wilts, DB 1976, 1609, 1612; verneinend etwa Eberle, Der Subventionsbetrug nach § 264 StGB, S. 39; Speiser, DWW 1975, 208, 210). Er läßt dies jedoch offen, denn die Beteiligten haben jedenfalls keine unrichtigen oder unvollständigen Angaben über subventionserhebliche Tatsachen gemacht, so daß eine Tathandlung gemäß § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB ausscheidet. 8

Die angegebenen Eigenleistungen stellen keine subventionserheblichen Tatsachen dar. Dafür reicht es nach dem eindeutigen Wortlaut des insoweit einschlägigen § 264 Abs. 7 StGB a.F. (entspricht § 264 Abs. 8 StGB i.d.F. des 6. Strafrechtsreformgesetzes) nicht, wie das Landgericht meint, aus, daß nach den jeweiligen landesrechtlichen 9

Förderbestimmungen in Verbindung mit den darin angegebenen bundesrechtlichen Regelungen Eigenleistungen der Antragsteller Voraussetzung für die Bewilligung der Fördermittel waren. § 264 Abs. 7 Nr. 1 StGB a.F. stellt vielmehr maßgebend auf die formale Bezeichnung der Tatsache als subventionserheblich ab. Danach sind subventionserheblich nur solche Tatsachen, die durch Gesetz (§ 264 Abs. 7 Nr. 1 1. Alt. StGB a. F.) oder aufgrund eines Gesetzes durch den Subventionsgeber (§ 264 Abs. 7 Nr. 1, z. Alt. StGB a.F.) als subventionserheblich bezeichnet sind. Gemäß § 264 Abs. 7 Nr. 2 StGB a.F. ist eine Tatsache auch dann subventionserheblich, wenn von ihr die Bewilligung, Gewährung, Rückforderung, Weitergewährung oder das Belassen einer Subvention oder eines Subventionsvorteils gesetzlich abhängig ist. Diese Voraussetzungen sind nicht gegeben.

1. Die Subventionserheblichkeit gemäß § 264 Abs. 7 Nr. 1, 1. Alt. StGB a.F. scheidet schon deshalb aus, weil die Eigenleistungen der Antragsteller nicht durch ein Gesetz als subventionserheblich bezeichnet sind. Die insoweit als einzige Rechtsvorschrift in Betracht kommende Nr. 29 WoBauRL Mecklenburg-Vorpommern ist als ministerieller Erlaß kein Gesetz im formellen oder materiellen Sinne, wie dies § 264 Abs. 7 Nr. 1, 1. Alt. StGB a.F. voraussetzt. Die Bezeichnung in Verwaltungsvorschriften, Richtlinien usw. ist nicht ausreichend (vgl. Tiedemann in LK 11. Aufl. § 264 Rdn. 56; Lenckner in Schönke/Schröder StGB 25. Aufl. § 264 Rdn. 32, 33; Tröndle, StGB 48. Aufl. § 264 Rdn. 16).

2. Die Eigenleistungen stellen auch keine subventionserheblichen Tatsachen gemäß § 264 Abs. 7 Nr. 1, 2. Alt. StGB a.F. dar. Eine den Erfordernissen dieser Norm genügende Bezeichnung durch den Subventionsgeber liegt in keinem der hier zu entscheidenden Fälle vor.

a. Was die in Brandenburg und Sachsen-Anhalt gestellten Anträge betrifft, so fehlt es an jeglicher ausreichender Kennzeichnung als subventionserheblich.

b. Hinsichtlich der neun Bauvorhaben in Mecklenburg-Vorpommern genügt es nicht, daß in den Antragsformularen auf die WoBauRL und damit auch auf deren Nr. 29 Bezug genommen wird. Diese Vorschrift ist jedenfalls inhaltlich nicht in der erforderlichen Weise bestimmt. Sie ist allgemein, pauschal und formelhaft gehalten. Die Regelung erschöpft sich unter weitgehender Wiederholung des Wortlauts von § 264 Abs. 7 Nr. 2 StGB a.F. in einem Hinweis auf die der Vergabe der Fördermittel zugrunde liegenden Wohnungsbaubestimmungen und die §§ 3 bis 5 SubvG. Demgegenüber benennt sie nicht einzelne, konkret bezeichnete Voraussetzungen als subventionserheblich. Vielmehr überläßt sie es dem Leser, sich die maßgebenden Merkmale aus dem Zusammenhang zu erschließen. Dies reicht nicht aus.

aa. Angesichts der zahlreichen Normativbegriffe des Subventionsrechts kommt der Pflicht des Subventionsgebers zur ausdrücklichen Bezeichnung der subventionserheblichen Tatsachen eine große Bedeutung zu. Es ist von besonderem Belang, daß der Antragsteller in die Lage versetzt wird, die Vergabevoraussetzungen klar zu erkennen. § 264 StGB verlagert die Strafbarkeit im Bereich der Subventionskriminalität erheblich vor, da bereits die Täuschungshandlung allein pönalisiert ist, ohne daß es zu einem Schaden kommen muß (vgl. BT-Drucks. 7/5291, S. 4, 6; Samson/Günther in SK-StGB § 264 Rdn. 7). Gemäß § 264 Abs. 3 StGB a.F. (entspricht § 264 Abs. 4 StGB i.d.F. des 6. Strafrechtsreformgesetzes) kann überdies leichtfertiges Handeln bereits strafbegründend sein. Der potentielle Täter darf deshalb nicht lediglich generell darauf hingewiesen werden, daß die Behörde an seinen Angaben interessiert ist. Sein Augenmerk soll vielmehr gerade auf bestimmte Tatsachen gelenkt werden, deren richtige und vollständige Beurteilung die zweckentsprechende Verwendung öffentlicher Mittel sicherstellen soll (vgl. Eberle, Der Subventionsbetrug nach § 264 StGB, S. 125). Hinzu kommt, daß auch der Subventionsgeber und die Strafverfolgungsorgane in die Lage versetzt werden müssen, etwaige Täuschungshandlungen schnell und eindeutig feststellen zu können (vgl. Tiedemann in LK 11. Aufl. § 264 Rdn. 54). Erforderlich sind deshalb klare und unmißverständliche, auf den konkreten Fall bezogene Angaben. Daß sich die Subventionserheblichkeit lediglich aus dem Zusammenhang ergibt, genügt nicht. Ebenso reichen pauschale oder formelhafte Bezeichnungen nicht aus; unzureichend ist insbesondere die bloße Wiederholung der in § 264 Abs. 7 Nr. 2 StGB a.F. aufgeführten abstrakten Umstände (vgl. Tiedemann in LK 11. Aufl. § 264 Rdn. 55; Samson/Günther in SK-StGB § 264 Rdn. 44a).

bb. Diese am Wortlaut sowie dem Sinn und Zweck des § 264 Abs. 7 Nr. 1 StGB a.F. orientierte Auslegung wird durch die Entstehungsgeschichte der Norm bestätigt. Es war das Anliegen des Gesetzgebers, bereits der Gefahr der Fehlleitung von Subventionen durch eine Vorschrift entgegenzuwirken, die eine klare Beschreibung der Vergabevoraussetzungen durch den Subventionsgeber verlangt (vgl. BGHSt 36, 373, 375). Deshalb wurde der Kreis der subventionserheblichen Tatsachen auf solche beschränkt, die förmlich festgelegt sind (vgl. Göhler/Wilts, DB 1976, 1609, 1614). So war in dem ursprünglichen Gesetzesentwurf der Bundesregierung in § 264 Abs. 7 Nr. 3 StGB a.F. vorgesehen, daß auch diejenigen Tatsachen subventionserheblich sein sollten, die nach dem Subventionszweck sonst für die Entscheidung über die Bewilligung, Gewährung, Rückforderung, Weitergewährung oder das Belassen einer Subvention oder eines Subventionsvorteils erheblich sind (vgl. BT-Drucks. 7/3441 S. 4). Hieran "wurde jedoch bemängelt, daß je nach Sachlage von dem Antragsteller verlangt werde, aus dem Gesetz den mehr oder weniger deutlich umrissenen Subventionszweck und daraus wiederum die subventionserheblichen Tatsachen herauszulesen.

Somit würden die Umstände zumindest teilweise beibehalten und festgeschrieben, die zuvor zu unterschiedlichen Auslegungen, Unsicherheiten und unüberwindbaren Beweisschwierigkeiten geführt hatten. Die Problematik würde darüber hinaus durch die Einführung des Leichtfertigkeitstatbestands noch verschärft (vgl. BT-Drucks. 7/5291 S. 13). Die vorgeschlagene Vorschrift wurde deshalb nicht in das Gesetz übernommen. Ließe man eine allgemeine Bezeichnung durch den Subventionsgeber wie die hier gewählte genügen, so ergäben sich ähnliche Auslegungsprobleme, wie sie zur Streichung der in § 264 Abs. 7 StGB a.F. zunächst vorgesehenen Ziffer 3 geführt haben. Von dem Subventionsnehmer, aber auch von den Strafverfolgungsbehörden würde verlangt, unter Umständen schwierige Auslegungsprobleme zu lösen, um beurteilen zu können, ob eine Tatsache subventionserheblich ist.

Der Senat verkennt in diesem Zusammenhang nicht, daß eine nicht an inhaltlichen Kriterien orientierte, sondern derart auf die formale Bezeichnung einer Tatsache abstellende Regelung im Einzelfall zu erheblichen, in der Sache kaum zu rechtfertigenden und mit dem Gerechtigkeitsgefühl nur schwer zu vereinbarenden Strafbarkeitslücken führen kann. Diese können insbesondere dann auftreten, wenn eine Tatsache zwar ersichtlich Voraussetzung für die Bewilligung einer Subvention ist, eine Bezeichnung als subventionserheblich aber weder durch den Gesetz- noch durch den Subventionsgeber erfolgt ist und eine gesetzliche Abhängigkeit im Sinne des § 264 Abs. 7 Nr. 2 StGB a.F. nicht vorliegt. Dies ist jedoch als Folge der sich in dem Gesetzeswortlaut widerspiegelnden Entscheidung des Gesetzgebers hinzunehmen.

Andernfalls würde der Tatbestand in einer dem Analogieverbot widersprechenden Weise strafbarkeitsbegründend erweitert.

3. Schließlich ist auch eine Subventionserheblichkeit gemäß § 264 Abs. 7 Nr. 2 StGB a.F. nicht gegeben, da die Vergabe der Fördermittel nicht von der Erbringung von Eigenleistungen gesetzlich abhängig ist.

a. Auch insoweit kommen nur Gesetze im formellen oder materiellen Sinne, nicht aber Verwaltungsvorschriften in Betracht (vgl. Lenckner in Schönke/Schröder, StGB 25. Aufl. § 264 Rdn. 36). Solche gesetzlichen Vorschriften gibt es, soweit es um Anträge im Wege der vereinbarten Förderung gemäß § 88 d II. WoBauG geht, nicht. Der Gesetzgeber wollte der Verwaltung auf diese Weise einen möglichst großen Spielraum für individuelle vertragliche Vereinbarungen mit dem Zuwendungsempfänger einräumen (vgl. Fischer-Dieskau/ Pergande/Schwender, Wohnungsbaurecht 2, II. WoBauG § 88 d Anm. OI; Schubart/Kohlenbach/Wienicke, Wohn- und Mietrecht Teil II Wohnungsbau, II. WoBauG § 88 d Anm. 1).

b. Für diejenigen Anträge, die den ersten Förderweg betreffen, gilt im Ergebnis nichts anderes. Allerdings ist insoweit § 34 II. WoBauG einschlägig. Nach dieser Vorschrift "sollen" öffentliche Mittel nur bewilligt werden, wenn der Bauherr eine "angemessene" Eigenleistung zur Deckung der Gesamtkosten des Bauvorhabens erbringt, §-34 Abs. 1 II. WoBauG. Eine gesetzliche Abhängigkeit im Sinne des § 264 Abs. 7 Nr. 2 StGB a.F. wird durch diese Vorschrift jedoch nicht begründet.

aa. § 264 Abs. 7 Nr. 2 StGB a.F. meint Fälle, in denen eine ausdrückliche Bezeichnung als subventionserheblich fehlt oder unwirksam ist, dem Gesetz selbst aber sonst - wenn auch erst mit Hilfe der üblichen Interpretationsmethoden - entnommen werden kann, unter welchen Voraussetzungen die Subvention gewährt wird usw.(vgl. BGHSt 34, 111, 113 f.; Lenckner in Schönke/Schröder StGB 25. Aufl. § 264 Rdn. 36). Eine gesetzliche Abhängigkeit im Sinne des § 264 Abs. 7 Nr. 2 StGB a.F. wird dabei nur begründet, wenn das Gesetz selbst mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck bringt, daß die Subventionierung unter der im Gesetz genannten Voraussetzung erfolgt, ohne die entsprechenden Tatsache *expressis verbis* mit der Erklärung subventionserheblich im Sinne des § 264 Abs. 7 Nr. 1 StGB a.F. zu verbinden (vgl. BT-Drucks. 7/5291 S. 13). Daran wird es in der Regel fehlen, wenn die gesetzliche Vorschrift der Verwaltung einen Ermessensspielraum einräumt, da dann im konkreten Einzelfall nicht allein dem Gesetz zu entnehmen ist, ob die Bewilligung usw. der Subvention von der Voraussetzung abhängt, sondern eine an den konkreten Umständen des Einzelfalls orientierte Ermessensentscheidung des Subventionsgebers hinzukommt. Allein die Kenntnis des Gesetzes reicht dann weder für den potentiellen Täter, noch für die Strafverfolgungsorgane aus, um im konkreten Fall beurteilen zu können, ob die Subventionierung an die Erfüllung der Voraussetzung geknüpft ist.

Die dargelegte, dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte der Norm entsprechende Auslegung beachtet auch in diesem Zusammenhang die sich aus der Vorverlagerung der Strafbarkeit in den Gefährdungsbereich und der Strafbarkeit leichtfertigen Verhaltens ergebenden Besonderheiten des Tatbestandes. Im übrigen können sowohl der Gesetz- als auch der Subventionsgeber bereits nach § 264 Abs. 7 Nr. 1 StGB a.F. ohne weiteres durch eine ausdrückliche Bezeichnung der Tatsache als subventionserheblich Klarheit schaffen. Dem Subventionsgeber ist sogar in § 2 SubvG eine entsprechende Verpflichtung auferlegt.

bb. Gemessen an diesen Erfordernissen begründet § 34 II. WoBauG keine gesetzliche Abhängigkeit im Sinne des § 23 264 Abs. 7 Nr. 2 StGB a.F. Wenn auch die Auslegung des § 34 II. WoBauG hinsichtlich der Verpflichtung des Bauherrn zur Erbringung von Eigenleistungen nicht völlig eindeutig sein mag (vgl. Fischer-Dieskau/Pergande/Schwenden, Wohnungsbaurecht 1, II. WoBauG § 34 Anm. I; Schubart/ Kohlenbach/Wienicke, Wohn- und Mietrecht Teil II Wohnungsbau, II. WoBauG § 34 Anm. 1), so eröffnet doch nach allgemeiner verwaltungsrechtlicher Terminologie der Ausdruck "sollen" der Verwaltung zur zweckmäßigen und flexiblen Rechtsgestaltung einen Ermessensspielraum und gibt lediglich eine Regelvermutung vor, von der nach Maßgabe der konkreten Einzelfallumstände abgewichen werden kann (vgl. nur Wolff/Bachof/Stoben, Verwaltungsrecht I, § 31 Rdn. 31 ff., 34 ff.). Neben dem insoweit eindeutigen Wortlaut der Norm spricht auch der Vergleich mit anderen Regelungen des II. WoBauG, etwa § 26 Abs. 1 Satz 2 II. WoBauG, jedenfalls nicht dagegen, daß die Verwaltungsbehörde im Einzelfall bei Vorliegen besonderer Umstände Fördergelder bewilligen kann, ohne daß der Bauherr Eigenleistungen erbringt. Hinzu kommt, daß auch die Höhe einer angemessenen Eigenleistung nicht durch das II. WoBauG bestimmt, sondern durch die Landesbehörden in ihren Wohnungsbauförderungsbestimmungen festgelegt wird (vgl. Fischer-Dieskau/Pergande/Schwenden, Wohnungsbaurecht 1, II. WoBauG § 34 Anm. 1; Schubart/ Kohlenbach/Wienicke, Wohn- und Mietrecht Teil II Wohnungsbau, II. WoBauG § 34 Anm. 2). Einschlägig ist hier insoweit Ziffer B 3.2 der MietwohnungsbauR Brandenburg, wo zwei Anträge im 1. Förderweg gestellt worden sind. Dort ist bestimmt, daß die Eigenleistung des Bauherrn mindestens 15 vom Hundert der Gesamtkosten betragen soll. Auch diese Bestimmung ist demnach als Sollvorschrift ausgestaltet. Somit ergibt sich selbst unter Zuhilfenahme der landesrechtlichen Ausführungsbestimmungen nicht eindeutig, in welcher Höhe Eigenleistungen im Einzelfall tatsächlich Voraussetzung für die Bewilligung von Fördermitteln sind.

4. Obwohl die Voraussetzungen des § 264 StGB nicht festgestellt sind, kam ein Freispruch des Angeklagten, wie mit 24 seiner Revision beantragt, durch den Senat nicht in Betracht. Denn das Verhalten des Angeklagten ist möglicherweise insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Beteiligung an einem versuchten oder vollendeten Betrug gemäß § 263 StGB strafrechtlich relevant. Dem angefochtenen Urteil können ausreichende Feststellungen zu den Tatbestandsmerkmalen des § 263 StGB zwar nicht entnommen werden. So ist insbesondere der bei § 264 StGB nicht erforderliche, bei § 263 StGB aber notwendige Schädigungsvorsatz der Beteiligten nicht ausreichend festgestellt. Es ist aber nicht ausgeschlossen, daß ein neuer Tatrichter die entsprechenden Feststellungen treffen wird.

Eine Strafbarkeit gemäß § 263 StGB ist auch dann möglich, wenn die Voraussetzungen eines Subventionsbetruges 25 nicht festgestellt sind. Was das Konkurrenzverhältnis zwischen § 263 StGB und § 264 StGB angeht, so stellt § 264 StGB zwar zunächst eine abschließende Sonderregelung dar. Ist diese nicht anwendbar, liegen jedoch die Voraussetzungen des versuchten oder vollendeten Betruges vor, so lebt die Strafbarkeit nach § 263 StGB wieder auf. Andernfalls entstünde mit der Privilegierung von im Subventionsbereich tätigen Betrügern eine in der Sache nicht gerechtfertigte und vom Gesetzgeber nicht gewollte Strafbarkeitslücke (vgl. BGHR StGB § 264 Abs. 1 Konkurrenzen 1).

II. Revision der Staatsanwaltschaft

Da es an einer subventionserheblichen Tatsache und damit an einer Straftat nach § 264 StGB fehlt, geht die Revision 26 der Staatsanwaltschaft, soweit sie die Ablehnung eine Verurteilung des Angeklagten wegen täterschaftlicher Begehung des Subventionsbetruges und die Verneinung eines besonders schweren Falles nach § 264 Abs. 2 StGB rügt, ins Leere. Das Urteil war jedoch auch auf die allgemeine Sachrüge der Staatsanwaltschaft zu Ungunsten des Angeklagten aufzuheben. Entsprechend den neu zu treffenden Feststellungen über Art und Intensität der Beteiligung des Angeklagten an der Tat kann sich durchaus auch ein höherer Unrechtsgehalt seines Tuns und ein größerer Schuldumfang ergeben. In diesem Fall ist der neue Tatrichter nicht gehindert, höhere Einzelstrafen und eine höhere Gesamtstrafe zu verhängen.

III. Der neue Tatrichter wird schließlich bezüglich der Konkurrenzen zu bedenken haben, daß nur eine Beihilfe im 27 Rechtssinne gegeben ist, wenn der Gehilfe durch ein und dasselbe Tun mehrere rechtlich selbständige Taten des Haupttäters oder mehrerer Haupttäter fördert (vgl. Tröndle, StGB 48. Aufl. § 27 Rdn. 12; Cramer in Schönke/Schröder, StGB 25. Aufl. § 27 Rdn. 36). Als derartiges einheitliches Tun könnte hier das gleichzeitige Abschicken mehrerer Anträge durch den Angeklagten zu bewerten sein.