

HRRS-Nummer: HRRS 2010 Nr. 37

Bearbeiter: Karsten Gaede

Zitiervorschlag: BGH HRRS 2010 Nr. 37, Rn. X

---

**BGH 4 StR 194/09 - Beschluss vom 10. November 2009 (LG Rostock)**

**Untreue (Vermögensnachteil durch "Kick-Back-Zahlung": Bewertung von Architektenleistungen, Mindestsätze nach der HOAI, individueller Schadenseinschlag; Pflichtwidrigkeit).**

§ 266 StGB; § 15 HOAI; § 16 HOAI

Leitsätze des Bearbeiters

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist unter einem Nachteil jede durch die Tathandlung verursachte Vermögenseinbuße zu verstehen. Die Vermögensminderung ist nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung festzustellen, also auf Grund eines Vergleichs des Vermögensstands vor und nach der treuwidrigen Handlung. Ein Nachteil liegt daher nicht vor, wenn und soweit durch die Tathandlung zugleich ein den Verlust aufwiegender Vermögenszuwachs begründet wurde (st. Rspr.; vgl. nur BGHSt 15, 342, 343 f.; BGH NStZ 2004, 205, 206).

2. Zwar ist es grundsätzlich zulässig, für alle in der HOAI geregelten Architekten- und/oder Ingenieurleistungen ein Pauschalhonorar zu vereinbaren, mit dem alle vereinbarten Leistungen eines Auftrags - der sich auch auf mehrere Objekte beziehen kann - abgegolten sind und das genaue Honorarabrechnungssystem unterlaufen wird. Unterschreitet allerdings das Pauschalhonorar bei zutreffender Berechnung die Mindestsätze nach der HOAI, ohne dass die Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 HOAI vorliegen, so ist die Pauschalhonorarvereinbarung unwirksam mit der Folge, dass gemäß § 4 Abs. 4 HOAI die Mindestsätze als vereinbart gelten. Das Honorar richtet sich gemäß § 4 Abs. 1 HOAI nach der schriftlichen Vereinbarung "im Rahmen der durch diese Verordnung festgesetzten Mindest- und Höchstsätze", wobei die schriftliche Honorarvereinbarung bei Auftragserteilung getroffen werden muss.

3. Ein Verstoß gegen den Mindestpreischarakter der HOAI liegt aber nicht schon dann vor, wenn die Parteien einen der Parameter für die Honorarabrechnung verändert haben. Vielmehr kommt es darauf an, ob die gesamte vertragliche Vereinbarung zu einem Honorar unterhalb des richtigen, nach den Faktoren der HOAI ermittelten Mindestsatzes führt (BGH NJW-RR 2005, 669).

4. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass bei Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung ein Vermögensnachteil zu verneinen ist, in Betracht kommen, wenn eine zwar objektiv gleichwertige Gegenleistung unter Berücksichtigung der individuellen Bedürfnisse und Verhältnisse des Geschädigten sowie der von ihm verfolgten Zwecke subjektiv wertlos ist, wobei auf den Standpunkt eines objektiven Betrachters abzustellen ist (vgl. nur BGHSt 16, 321, 325 f.).

5. Werden Planungsleistungen entgegen der Weisung des Vermögensinhabers nicht von einem Stararchitekten, sondern von einem anderen Architekten vorgenommen, macht dies allein die Arbeiten noch nicht wertlos.

6. Durch einen sog. Kick-Back kommt ein Nachteil iS des § 266 StGB nur in Betracht, wenn der Zuwendende bereit gewesen wäre, seine Leistung auch zu einem um die Kick-Back-Zahlung reduzierten Entgelt zu erbringen. Der Schaden liegt dann darin, dass der Treupflichtige die konkrete und sichere Möglichkeit eines günstigeren Abschlusses nicht für seinen Geschäftsherrn realisiert hat (vgl. BGHSt 31, 232). Zwar hat die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei Provisions- oder Schmiergeldzahlungen in der Regel einen Nachteil iS des § 266 StGB angenommen. Dieser Rechtsprechung liegt die Erwägung zugrunde, dass jedenfalls mindestens der Betrag, den der Vertragspartner für Schmiergelder aufwendet, auch in Form eines Preisnachlasses dem Geschäftsherrn des Empfängers hätte gewährt werden können (BGHSt 50, 299, 314). Hierauf kann die Begründung des Nachteils jedoch nicht gestützt werden, wenn der abzüglich der verdeckten Provision zu zahlende Preis die Mindestsätze der HOAI unterschritt oder deren Mindestsätzen jedenfalls entsprach.

## Entscheidungstenor

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Rostock vom 14. Oktober 2008 mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben,

a) soweit er in den Fällen II. 1. und II. 2. der Urteilsgründe verurteilt worden ist;

b) im Ausspruch über die Gesamtfreiheitsstrafe.

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

3. Die weiter gehende Revision wird verworfen.

## Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Untreue in zwei Fällen und wegen Betruges unter Einbeziehung einer Vorverurteilung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt, wobei ein Jahr und sechs Monate als vollstreckt gelten. Die in der einbezogenen Vorverurteilung ausgesprochene Nebenfolge wurde aufrechterhalten. Das Verfahren hinsichtlich des Falles 257 der Anklage wurde eingestellt und der Angeklagte im Übrigen freigesprochen. 1

Mit seiner Revision rügt der Angeklagte die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Das Rechtsmittel hat mit der Sachrüge in dem aus der Beschlussformel ersichtlichen Umfang Erfolg, so dass es auf die von der Revision hinsichtlich der Fälle II. 1. und II. 2. der Urteilsgründe erhobenen Verfahrensrügen nicht ankommt. Im Übrigen ist das Rechtsmittel unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO. 2

### **A**

Die Schuldsprüche wegen Untreue in den Fällen II. 1. und II. 2. der Urteilsgründe haben keinen Bestand, da das Landgericht insoweit den Schaden nicht rechtsfehlerfrei festgestellt hat. 3

### **I.**

Das Landgericht hat zu diesen Taten Folgendes festgestellt: 4

1. Der Zeuge J. beabsichtigte, ein aus dem neunzehnten Jahrhundert stammendes Gebäudeensemble im H., bekannt unter der Bezeichnung "Weiße Stadt am Meer", in Anknüpfung an dessen glanzvolle Historie zu einem exklusiven Ferienobjekt zu entwickeln. Zu diesem Zweck gründete er am 4. Juni 1996 die E. E. s-C. H. GmbH (fortan E.), deren Gesellschafter und Geschäftsführer er war. Der Angeklagte, der bereits seit Anfang 1996 in die Akquisition der Grundstücksflächen in H. eingebunden war und im besonderen Maße das Vertrauen des Zeugen J. besaß, war neben dem Zeugen D. vom 1. Januar 1997 bis zum 31. Dezember 1997 weiterer Geschäftsführer der E. und in der Folgezeit Generalbevollmächtigter der Gesellschaft. Der Zeuge J. legte besonderen Wert darauf, dass das international renommierte Büro des New Yorker Architekten S. die architektonische Gestaltung des 26 Einzelgebäude umfassenden Komplexes in A.-H. übernahm. Dieser Wunsch des Zeugen J. war dem Angeklagten bekannt. Er wusste ferner, dass J. die Anweisung erteilt hatte, alle Planungsleistungen direkt durch die E. zu vergeben und die Auswahl und Kontrolle nicht einem Generalunternehmer, z. B. einem Architekten, im Wege eines Generalplanervertrages zu überlassen. Dem Angeklagten gelang es jedoch unter Ausnutzung der ihm vom Zeugen J. zugestandenen Entscheidungsfreiheit gemeinsam mit dem Seniorpartner des Architektenbüros K. aus D., dem gesondert verfolgten Ka., die planerische Rekonstruktion der historischen Gebäude in H. fast ausschließlich von dem Architektenbüro K. durchführen zu lassen, obwohl der Zeuge J., was der Angeklagte ebenfalls wusste, allenfalls bereit war, dieses Büro an dem Projekt als "Korrespondenzarchitekt" zu beteiligen. Spätestens am 17. September 1996 trafen der Angeklagte und der anderweitig verfolgte Ka. außerdem die Vereinbarung, dass der Angeklagte von jedem Auftrag, der im Rahmen des Projektes "Heiligendamm" an K. vergeben werden würde, einen Anteil von 5 % als "Provision" erhalten sollte. 5

2. Am 14. Februar 1997 schlossen die E., vertreten durch den Angeklagten und den Zeugen D., und K., vertreten durch den anderweitig verfolgten Ka., einen "Vertrag zur Beauftragung von Architektenleistungen für die Gebäude G. ... zum Umbau und Erweiterungs-Neubau des H.". Vertragsgegenstand war die Erbringung der erforderlichen Grundleistungen der Leistungsphasen I bis VII gemäß § 15 HOAI in der damals geltenden Fassung sowie als eigenständige 6

Leistungsphase VIII gemäß § 15 HOAI die künstlerische Oberbauleitung bezogen auf 17 Gebäude in H. zu einem Pauschal festpreis von 9.125.000 DM zuzüglich Nebenkosten in Höhe von 8 % und Umsatzsteuer. Weiterhin wurde festgelegt, dass die Leistungen der Leistungsphase I gemäß § 15 HOAI als bereits bezahlt angesehen werden. Die zu erbringenden Grundleistungen wurden in dem Vertrag mit insgesamt 73 % des ermittelten Honorars bewertet, wobei auf die Leistungsphasen I bis IV 33 % und auf die Leistungsphase V 34 % des Pauschalhonorars (=100 %) entfielen. In einer ergänzenden Vereinbarung vom 14. März 1997 wurde der Leistungsumfang der zu erbringenden Architektenleistungen unter Mitwirkung des Angeklagten auf der Seite der E. auf insgesamt 97 % der Grundleistungen der Leistungsphasen I bis IX gemäß § 15 HOAI erhöht.

Zudem wurden Fachingenieurleistungen, nämlich die Tragwerksplanung bei Gebäuden gemäß §§ 64, 65 HOAI, die Planung der technischen Ausrüstung gemäß §§ 73, 74 HOAI und die Planung der Freianlagen gemäß §§ 15, 16 HOAI, an K. vergeben. Es wurde ein Pauschal festpreis von 23.954.369 DM zuzüglich 8 % Nebenkosten und Umsatzsteuer, d. h. insgesamt 29.751.326,29 DM brutto, vereinbart. In diesen Vertrag wurden zudem zusätzliche Gebäude des sog. "D." als Bauabschnitt V aufgenommen, obwohl es dazu bereits im Vertrag vom 14. Februar 1997 eine Vereinbarung mit einem Honorarvolumen von 7.420.000 DM gab. Am 30. Mai bzw. 3. Juni 1997 vereinbarten die E. und K., erneut unter Mitwirkung des Angeklagten, einen "2. Nachtrag zum Architektenvertrag Nr. 1 und Nr. 4 vom 14.02.1997 zur Beauftragung von Leistungen im Fachbereich Bauphysik zur Genehmigungs- und Ausführungsplanung Grandhotel Rest Altbauten" zu einem Pauschal festpreis in Höhe von 220.000 DM zuzüglich Nebenkosten und Umsatzsteuer.

Auf die Abschlagsrechnungen von K., die lediglich pauschal gestellt wurden und keine Leistungsnachweise enthielten, ordnete der Angeklagte bis Ende Oktober 1997 die Überweisung von insgesamt 4.734.411,40 DM an K. eigenhändig an und veranlasste durch seine wiederholten und nachdrücklichen Versicherungen gegenüber dem Gesellschafter J., die von K. in Rechnung gestellten Leistungen seien vollständig erbracht, die Überweisung weiterer Beträge in Höhe von mindestens 3.500.000 DM an K. bis zum 23. Februar 1998 (Fall II. 1.).

3. Am 14. März 1997 schlossen die E., vertreten durch den Angeklagten und den Zeugen D., und K., vertreten durch den anderweitig verfolgten Ka., den "Generalplanervertrag zur Beauftragung von sämtlichen Architekten- und Ingenieurleistungen F. ..." zu einem Pauschal festpreis in Höhe von 1.800.000 DM zuzüglich Nebenkosten und Umsatzsteuer. Für das Projekt "F." erhielt der Angeklagte von K. bis zum 15. Juni 1998 eine Provisionszahlung in Höhe von 18.027,61 DM netto. Diesen Betrag nahm das Landgericht als Vermögensschaden an. Aus den weiteren Urteilsgründen ergibt sich, dass die Kammer - ausgehend von der Prämisse, dass K. das vollständige Honorar für die Leistungsphasen I bis IV gemäß § 15 HOAI verdient hatte -, für das Projekt "F." keine sicheren Feststellungen treffen konnte, die eine Überzahlung von K. ergaben (Fall II. 2.).

## II.

Im Fall II. 1. der Urteilsgründe hat das Landgericht die pflichtwidrige Handlung i.S.d. § 266 Abs. 1 StGB in den angeordneten bzw. veranlassten Zahlungen gesehen. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Jedoch begegnen die Ausführungen zu dem dem Angeklagten zurechenbaren Vermögensnachteil durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist unter Nachteil jede durch die Tathandlung verursachte Vermögenseinbuße zu verstehen. Die Vermögensminderung ist nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung festzustellen, also auf Grund eines Vergleichs des Vermögensstands vor und nach der treuwidrigen Handlung. Ein Nachteil liegt daher nicht vor, wenn und soweit durch die Tathandlung zugleich ein den Verlust aufwiegender Vermögenszuwachs begründet wurde (st. Rspr.; vgl. nur BGHSt 15, 342, 343 f.; BGH NSTZ 2004, 205, 206).

2. Im Ansatz betreffend hat das Landgericht zur Ermittlung des Vermögensnachteils im Sinne des Untreuetatbestandes den von dem Angeklagten an K. geleisteten bzw. veranlassten Zahlungen in Höhe von insgesamt 8.234.411,40 DM die von K. erbrachten Leistungen und die dadurch verdienten und abrechenbaren Honorare gegenübergestellt. Ob die Strafkammer insoweit den zutreffenden Berechnungsansatz gewählt hat, wird aus den Urteilsgründen indessen nicht ersichtlich; diese erweisen sich daher als lückenhaft.

a) Als Bewertungsgrundlage der als erbracht angesehenen Leistungen hat das Landgericht ausschließlich das am 14. Februar 1997 vertraglich vereinbarte Pauschalhonorar von 9.125.000 DM unter Berücksichtigung der vereinbarten Nebenkostenpauschale, des Sicherheitseinhalts sowie der Umsatzsteuer herangezogen. Zudem hat es von dem verdienten Honorar hinsichtlich der Leistungsphasen II und III einen Betrag in Höhe von 855.000 DM in Abzug gebracht, da die diesem Betrag korrespondierenden Leistungen von dem Architekturbüro S. erbracht worden seien. Bei der Bestimmung der Höhe des Honorars ist die Kammer der Methode der Einzelbewertung des Sachverständigen nicht gefolgt. Sie hat vielmehr die für den Angeklagten günstigere Wertungsmethode zugrunde gelegt, wonach bei Erteilung

von Baugenehmigungen das gesamte Honorar bis zur Leistungsphase IV gemäß § 15 HOAI verdient sei. Zudem hat sie 50 % der Architektenleistungen zur Ausführungsplanung (Leistungsphase V gemäß § 15 HOAI) als erbracht angesehen. Danach belaufe sich das verdiente Architektenhonorar auf einen Betrag von 4.038.052,50 DM brutto und der konkrete Vermögensschaden der E. angesichts der erfolgten Zahlungen auf 4.196.358,90 DM. Fachingenieurleistungen und den höheren Pauschalpreis gemäß Vertrag vom 14. März 1997 hat das Landgericht hingegen nicht berücksichtigt; diese Vereinbarung habe in eklatanter Weise gegen die Anweisung des Zeugen J. verstoßen, einen Generalplanervertrag gerade nicht abzuschließen. Tatsächlich lägen auch keine abrechenbaren Ingenieurleistungen vor. Der Sachverständige habe insoweit keine K. zurechenbaren Leistungen feststellen können, ebenso wenig solche, die den Leistungsbereichen der Generalplanerverträge zugeordnet werden könnten.

b) Diese Prüfung zum Umfang des Untreueschadens ist unvollständig, weil sie die zwingende Regelung über die Mindestsätze nach der HOAI außer Betracht lässt. 14

Zwar ist es grundsätzlich zulässig, für alle in der HOAI geregelten Architekten- und/oder Ingenieurleistungen ein Pauschalhonorar zu vereinbaren, mit dem alle vereinbarten Leistungen eines Auftrags - der sich auch auf mehrere Objekte beziehen kann - abgegolten sind und das genaue Honorarabrechnungssystem unterlaufen wird. Unterschreitet allerdings das Pauschalhonorar bei zutreffender Berechnung die Mindestsätze nach der HOAI, ohne dass die Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 HOAI vorliegen, so ist die Pauschalhonorarvereinbarung unwirksam mit der Folge, dass gemäß § 4 Abs. 4 HOAI die Mindestsätze als vereinbart gelten (Vygen in Korbion/Mantscheff/Vygen HOAI 6. Aufl. § 4 Rdn. 49 ff.). Das Honorar richtet sich gemäß § 4 Abs. 1 HOAI nach der schriftlichen Vereinbarung "im Rahmen der durch diese Verordnung festgesetzten Mindest- und Höchstsätze", wobei die schriftliche Honorarvereinbarung bei Auftragserteilung getroffen werden muss (Vygen aaO § 4 Rdn. 37). Nur innerhalb der von der HOAI aufgestellten Grenzen sind die Parteien frei, über das Honorar zu bestimmen (Vygen aaO § 4 Rdn. 2). Ein Verstoß gegen den Mindestpreischarakter der HOAI liegt aber nicht schon dann vor, wenn die Parteien einen der Parameter für die Honorarabrechnung verändert haben. Vielmehr kommt es darauf an, ob die gesamte vertragliche Vereinbarung zu einem Honorar unterhalb des richtigen, nach den Faktoren der HOAI ermittelten Mindestsatzes führt (BGH, Urteil vom 16. Dezember 2004 - VII ZR 16/03, NJW-RR 2005, 669; Koeble in Locher/Koeble/Frik HOAI 9. Aufl. § 4 Rdn. 11, 77 f.). 15

Ob somit ein Verstoß gegen den Mindestpreischarakter vorliegt und der nach der HOAI berechnete Mindestsatz verlangt werden kann, hängt nicht von der Vereinbarung einzelner Faktoren ab, sondern davon, wie sich das Gesamtergebnis nach der Honorarvereinbarung zu dem Gesamtergebnis einer richtigen fiktiven Berechnung nach der HOAI verhält (Koeble aaO § 4 Rdn. 78). 16

Gemessen daran kann den Urteilsgründen nicht entnommen werden, ob das zugrunde gelegte Pauschalhonorar bei einem Gesamtvergleich zu einem niedrigeren Honorar als nach den Mindestsätzen der HOAI geführt hätte. In Bezug auf die Architektenleistungen durfte das Landgericht den im Vertrag vom 14. Februar 1997 vereinbarten Pauschalpreis bei der Ermittlung des Schadens nur dann zugrunde legen, wenn dieser nicht den Betrag unterschritt, der sich aus einer insgesamt richtigen fiktiven Berechnung nach den Mindestsätzen der HOAI ergab. Eine solche Gegenüberstellung hat das Landgericht nicht vorgenommen. 17

Die pauschalen Angaben des Zeugen Z., dass aus seiner kaufmännischen Sicht ein deutlich geringeres Architektenhonorar, auch unter Zugrundelegung des Rahmens der HOAI, angemessen gewesen wäre (UA 85), sind insoweit nicht ausreichend. 18

c) Das Landgericht hätte ferner weitere Erwägungen zur Gültigkeit der zugrunde gelegten Pauschalhonorarvereinbarung anstellen müssen. 19

Im Hinblick auf die in § 4 Abs. 1 HOAI vorgeschriebene Gleichzeitigkeit von Abschluss des Architekten- oder Ingenieurvertrages und der schriftlichen Honorarvereinbarung hätte es der Prüfung bedurft, ob und mit welchem Inhalt der Architektenvertrag im Zeitpunkt der Unterzeichnung der schriftlichen Honorarvereinbarung bereits wirksam abgeschlossen war. Denn eine spätere Änderung der Honorarvereinbarung ist - jedenfalls bis zur Beendigung der Architektentätigkeit - nicht zulässig. Erfolgt somit die schriftliche Honorarvereinbarung nicht bei Auftragserteilung, ist sie unwirksam, so dass die Regelung des § 4 Abs. 4 HOAI eingreift und die jeweiligen Mindestsätze als vereinbart gelten (Vygen aaO § 4 Rdn. 24 f.; Koeble aaO § 4 Rdn. 34 ff.). Demgegenüber ist eine spätere - also nach Auftragserteilung erfolgte - Honorarvereinbarung immer dann möglich und damit wirksam, wenn sich nach Auftragserteilung das Leistungsziel in irgendeiner Form nach Art oder Umfang ändert (Vygen aaO § 4 Rdn. 33). Im Vertrag vom 14. Februar 1997 wurde festgelegt, dass die Leistungen der Leistungsphase I als bereits bezahlt anzusehen sind, weshalb schon vor Vertragsabschluss am 14. Februar 1997 ein anderes, möglicherweise mündliches oder durch konkludentes Verhalten zustande gekommenes Vertragsverhältnis bestanden haben könnte. Bei einer Änderung des Leistungsziels 20

wären aber in Bezug auf das Gleichzeitigkeitserfordernis sowohl die Honorarvereinbarung vom 14. Februar 1997 als auch diejenige vom 14. März 1997 rechtswirksam, wobei hinsichtlich des Vertrages vom 14. März 1997 unklar bleibt, wie sich die Pauschale zwischen Architekten- und Ingenieurleistungen aufteilt. Das Landgericht legt seiner Berechnung des abrechenbaren Architektenhonorars das vereinbarte Pauschalhonorar in Höhe von 9.125.000 DM zugrunde und stellt insoweit nicht fest, ob und wenn ja in welcher Höhe sich durch den 1. und/oder 2. Nachtrag des Architektenvertrages vom 14. Februar 1997 der Pauschalpreis erhöht hat.

Auch ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Kammer bezogen auf die Leistungsphasen I bis IV zwischen den Architekten- und Ingenieurleistungen differenziert, da insgesamt - also auch hinsichtlich der Fachingenieurleistungen - Baugenehmigungen erteilt wurden, wie sich aus der Aussage des Zeugen M. ergibt (UA 83). 21

d) Die Schadensermittlung beruht hier auf dem vom Landgericht gewählten fehlerhaften Berechnungsansatz. Entgegen der Ansicht des Generalbundesanwalts waren die durch K. für das Projekt H. erbrachten Leistungen für den Auftraggeber E. nicht wertlos. 22

aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass bei Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung ein Vermögensnachteil zu verneinen ist, in Betracht kommen, wenn eine zwar objektiv gleichwertige Gegenleistung unter Berücksichtigung der individuellen Bedürfnisse und Verhältnisse des Geschädigten sowie der von ihm verfolgten Zwecke subjektiv wertlos ist, wobei auf den Standpunkt eines objektiven Betrachters abzustellen ist (vgl. nur BGHSt 16, 321, 325 f.). Die im angefochtenen Urteil getroffenen Feststellungen rechtfertigen eine solche Ausnahme jedoch nicht. 23

bb) Das Landgericht hat gerade nicht festgestellt, dass die Gegenleistung von K. für die E. nicht zu dem vertraglich vorausgesetzten Zweck verwendbar war und sie diese auch nicht in anderer zumutbarer Weise verwenden konnte. Dass entgegen den Vorstellungen des Zeugen J. kein Stararchitekt die Planungsleistungen erbracht hat, sondern die Architekten des Büros K., bietet für sich genommen keinen Anhalt für die Annahme der Wertlosigkeit der von K. erbrachten Gegenleistung. Zwar ist der gesondert verfolgte Ka. tatsächlich gelernter Maurer und kein Architekt, jedoch lag der wesentliche Teil der Leistungserbringung in der Hand ausgebildeter Architekten. Dies gilt etwa für den Zeugen P., Diplom-Ingenieur und Architekt, der als Projektleiter für den Bereich "Grandhotel" und "Logierhäuser" zuständig war (UA 86 f.). Auch der gesondert verfolgte Ho., ebenfalls Diplom-Ingenieur und Architekt, war unter anderem für die technische Bearbeitung zuständig, während sich der Zuständigkeitsbereich des anderweitig verfolgten Ka. lediglich auf die Auftragsbeschaffung und die Vertragsverhandlungen erstreckte (UA 16, 114 f.). Die erbrachten Leistungen der Architekten von K. waren auch keineswegs wertlos, denn auf der Grundlage der von K. eingereichten Bauanträge erhielt E. für die vertragsgegenständlichen Bauvorhaben Baugenehmigungen (UA 37). 24

### III.

Auch im Fall II. 2. hätte das Landgericht die Mindestsätze der HOAI berücksichtigen müssen. Bezogen auf das Projekt "F." hat es die Untreuehandlung in der Vereinbarung einer dem Angeklagten zufließenden Provision gesehen. Ein daraus entstehender Nachteil i.S.d. § 266 StGB für den Geschäftsherrn, hier die E., kommt aber nur in Betracht, wenn der Zuwendende bereit gewesen wäre, seine Leistung auch zu einem um die Kick-Back-Zahlung reduzierten Entgelt zu erbringen. Der Schaden liegt dann darin, dass der Treupflichtige die konkrete und sichere Möglichkeit eines günstigeren Abschlusses nicht für seinen Geschäftsherrn realisiert hat (vgl. BGHSt 31, 232; Dierlamm in Münchener Kommentar § 266 Rdn. 231 m.w.N.). Zwar hat die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei Provisions- oder Schmiergeldzahlungen in der Regel einen Nachteil im Sinne des § 266 StGB angenommen. Dieser Rechtsprechung liegt die Erwägung zugrunde, dass jedenfalls mindestens der Betrag, den der Vertragspartner für Schmiergelder aufwendet, auch in Form eines Preisnachlasses dem Geschäftsherrn des Empfängers hätte gewährt werden können (BGHSt 50, 299, 314; BGH, Beschluss vom 11. November 2004 - 5 StR 299/03, jeweils m.w.N.). Dies würde hier aber bereits dann ausscheiden, wenn schon der ausgehandelte Pauschalpreis die Mindestsätze der HOAI unterschritt oder deren Mindestsätzen jedenfalls entsprach. 25

### B.

Die Verurteilung wegen Betruges im Fall II. 3. der Urteilsgründe hält rechtlicher Überprüfung stand. Insoweit wird auf die Ausführungen des Generalbundesanwalts in seiner Antragschrift vom 2. Juni 2009 verwiesen. 26

### C.

Der Senat bemerkt jedoch ergänzend:

27

Im Vertrag vom 14. Februar 1997 zwischen E. und K. betreffend das Projekt "G." war unter "§ 9 Ausführung/Ausführungsfristen" vereinbart worden, dass K. als einziger Vertragspartner des Bauherrn sämtliche Verpflichtungen dieses Vertrages als eigene Vertragsleistung schuldet. Es handelte sich daher im Verhältnis zwischen E. als Bauherr und K. als Auftragnehmer auch hinsichtlich der von dem Architekten S. (als Subunternehmer der K.) erbrachten planerischen Leistungen um Vertragsleistungen des Büros K. und demzufolge hinsichtlich der 855.000 DM entgegen der Ansicht des Generalbundesanwalts um eine Abschlagszahlung für eine erbrachte Leistung von K. für das Projekt "G.". Insoweit ist auch die Behandlung der für den Architekten S. gedachten 855.000 DM im Rahmen der Ermittlung des Schadens zu Fall II. 1. der Urteilsgründe (UA 135 f.) fehlerhaft. Der Betrag ist nicht vom verdienten und abrechenbaren Architektenhonorar abzuziehen, da es sich um eine Abschlagszahlung für eine erbrachte Leistung von K. handelte.