

**HRRS-Nummer:** HRRS 2010 Nr. 190

**Bearbeiter:** Ulf Buermeyer

**Zitiervorschlag:** BGH HRRS 2010 Nr. 190, Rn. X

---

**BGH 5 StR 136/09 - Beschluss vom 9. November 2009 (LG Potsdam)**

**Subventionsbetrug (unrichtige Angabe über eine investitionserhebliche Tatsache; Scheingeschäft; Umgehungsgeschäft; Vorsatz und Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale; tätige Reue trotz Teilauszahlung).**

**§ 264 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 StGB; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 StGB**

Leitsätze des Bearbeiters

1. § 264 Absatz 5 StGB ist auch dann anzuwenden, wenn die Subvention zwar jedenfalls teilweise gewährt worden ist, bei dem Subventionsgeber zu diesem Zeitpunkt aber keinerlei Unkenntnis über subventionserhebliche Umstände mehr bestand. Derjenige, der verhindert, dass die Subventionsvergabe auf einer falschen Tatsachengrundlage erfolgt, hat alles getan hat, um keinen rechtswidrigen Erfolg eintreten zu lassen. Wenn es dennoch auf der Grundlage dieser (dann berichtigten) Angaben zur Bewilligung der Subvention kommt, bleibt der Täter straflos, weil der Kausalzusammenhang zwischen unvollständigen Angaben und der Bewilligung der Subvention entfallen ist. Da die Bewilligung der Subvention dann auf Grund einer anderen (nunmehr zutreffenden) Tatsachengrundlage erfolgte, bestand für die Verhinderung einer Gewährung kein Anlass mehr.

2. Eine Täuschungshandlung im Sinne des § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB kann in der hier vorliegenden Konstellation nur gegeben sein, wenn der Angeklagte die Pflicht zu ihrer Offenbarung kannte und sie dennoch verschwiegen hat. Der Angeklagte befindet sich nur dann in keinem nach § 16 StGB relevanten Irrtum, wenn er die rechtlichen Folgen der Unwirksamkeit seiner Vertragskonstruktion erkannt hätte (vgl. BGHR StGB § 16 Abs. 1 Umstand 2).

3. Unrichtig im Sinne des § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB sind die vom Täter zu den subventionserheblichen Tatsachen gemachten Angaben, wenn sie nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmen (BGHR StGB § 264 Abs. 1 Nr. 1 subventionserhebliche Tatsache 1). Nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmende Tatsachen sind aber auch diejenigen, die ein unvollständiges Gesamtbild vermitteln (BGH NSTZ 2006, 625, 627).

4. Ein solches unvollständiges Gesamtbild liegt vor, wenn der Angeklagte die von ihm gelieferten betriebswirtschaftlichen Vorgaben nicht genannt und wertmäßig beziffert hätte, obwohl er hierzu verpflichtet gewesen wäre, weil der "Verkauf" der betriebswirtschaftlichen Vorgaben ein unwirksames Geschäft im Sinne des § 4 SubvG darstellte. Die Annahme eines solchen Schein- bzw. Umgehungsgeschäfts setzt - ebenso wie bei den vergleichbaren Vorschriften der § 41 Abs. 2, § 42 AO - voraus, dass der gewählten Gestaltungsform kein eigenständiger Sinngehalt zukommt und sie allein um der Herbeiführung der Subvention willen vorgenommen wird.

Entscheidungstenor

Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Potsdam vom 23. Oktober 2008 gemäß § 349 Abs. 4 StPO aufgehoben und der Angeklagte freigesprochen.

Die Staatskasse trägt die Kosten des Verfahrens und die dem Angeklagten entstandenen notwendigen Auslagen. Der Angeklagte ist für erlittene Strafverfolgungsmaßnahmen zu entschädigen. Die Feststellungen zu deren Art und Umfang trifft das Landgericht.

Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Subventionsbetrugs zu einer Geldstrafe von 100 Tagessätzen verurteilt. Seine hiergegen gerichtete Revision hat mit der Sachrüge Erfolg und führt zu seinem Freispruch. 1

## I.

Nach den Feststellungen des Landgerichts befasste sich der Angeklagte, ein Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, mit der Entwicklung von Softwarekonzepten, die nutzerangepasst einen umfassenden Überblick über die wirtschaftliche Situation eines Unternehmens ermöglichen sollten. In Umsetzung seiner Entwicklungskonzepte hatte der Angeklagte zunächst die J. S. P. GmbH & Co. KG (JSP) gegründet, deren alleiniger Kommanditist er war; er hielt zugleich sämtliche Anteile der Komplementär GmbH. Da dem Angeklagten das nötige Eigenkapital fehlte, bemühte er sich um Subventionsleistungen, um die Software nach seinen Vorgaben erstellen zu lassen. Die beantragte Subvention wurde ihm zunächst von mehreren Landesinvestitionsbanken, u. a. der B. I. versagt. Der Angeklagte trat dann in Verhandlungen mit der I. L. B. (ILB). Nach seinem Geschäftskonzept sollte die JSP die Fördermittel erhalten, um die Software von einem später beauftragten Softwarehersteller beziehen zu können. Der Softwarehersteller sollte wiederum seinerseits von dem Angeklagten die von ihm entwickelten betrieblichen Vorgaben ankaufen, wobei der Angeklagte den Ankauf zur Hälfte kreditieren wollte. Der Angeklagte, der bei der ILB bereits im September 1997 einen Förderantrag gestellt hatte, reduzierte nach den Feststellungen des Landgerichts auf Anraten der ILB die von ihm beantragte Förderleistung. In seinem (überarbeiteten) Antrag vom 25. Februar 1998 gab der Angeklagte in der Rubrik "Anschaffungskosten immaterieller Wirtschaftsgüter" Kosten in Höhe von 18,5 Mio. DM an. In der Anlage 1 zu dem Antrag erklärte er unter der Rubrik "Immaterielle Wirtschaftsgüter", diese würden aktiviert und nicht von verbundenen oder sonst wirtschaftlich, rechtlich oder personell verflochtene Unternehmen angeschafft. In den Rubriken "Eigenleistungen zur Aktivierung vorgesehen" oder "nicht aktivierbar" gab er nichts an.

Der Angeklagte wusste nach den Feststellungen des Landgerichts, dass die eingesetzten 18,5 Mio. DM Anschaffungskosten auch seinen Aufwand für die von ihm entwickelten betriebswirtschaftlichen Vorgaben enthielten. Dies hatte er nicht verdeutlicht, obwohl - wie ihm gleichfalls bekannt war - immaterielle Eigenleistungen nicht aktivierbar und nicht förderungsfähig waren. Um dennoch seine Entwicklungskosten im Rahmen der Förderleistungen ansetzen zu können, ist der Angeklagte den Weg über die S. C. gegangen, die seinen Entwicklungsaufwand in Höhe von ca. 2,7 Mio. DM in den der JSP berechneten Preis einbezog. Am 4. Oktober 1999 erteilte die ILB - nach weiteren Informationen durch den Angeklagten und umfangreichen Verhandlungen - den Zuwendungsbescheid der 48,9 % der angegebenen Investitionen von 18,5 Mio. DM als Förderleistung vorsah. In der Folgezeit kam es zwischen Ende 1999 und Anfang 2002 nur zu einer Auszahlung in Höhe von knapp 1,9 Mio. €, bevor im Blick auf das hiesige Strafverfahren weitere Leistungen eingestellt wurden.

Das Landgericht sieht in der Erklärung im Förderantrag vom 25. Februar 1998 eine unrichtige Angabe über eine investitionserhebliche Tatsache gemäß § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB, weil er die von ihm erstellten betrieblichen Vorgaben nicht offen gelegt habe. Bei den betriebswirtschaftlichen Vorgaben für die Entwicklungsmodule handele es sich um immaterielle Wirtschaftsgüter, die nicht förderungsfähig seien. Der Zwischenerwerb über die S. C. stelle ein unbeachtliches Umgehungsgeschäft dar. Letztlich habe die JSP, die wirtschaftlich betrachtet allein dem Angeklagten gehöre, den gesamten Betrag, also einschließlich der betriebswirtschaftlichen Vorgaben, ansetzen sollen. Für die Einschaltung der S. C. gebe es keinen sinnvollen wirtschaftlichen Grund. Dies habe der Angeklagte als Wirtschaftsprüfer gewusst. Eine Strafbarkeit sei auch nicht im Sinne des § 264 Abs. 5 StGB ausgeschlossen, weil sich der Angeklagte nicht um eine Verhinderung der Auszahlung der Subvention bemüht habe.

## II.

Die Revision des Angeklagten ist begründet und führt zu seinem Freispruch.

1. Der Senat kann dabei offenlassen, ob der Angeklagte in seinem Förderantrag unrichtige Tatsachenangaben gemacht hat. Unrichtig im Sinne des § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB sind die vom Täter zu den subventionserheblichen Tatsachen gemachten Angaben, wenn sie nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmen (BGHR StGB § 264 Abs. 1 Nr. 1 subventionserhebliche Tatsache 1). Nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmende Tatsachen sind aber auch diejenigen, die ein unvollständiges Gesamtbild vermitteln (BGH NSTz 2006, 625, 627 Tz. 8). Ein solches unvollständiges Gesamtbild läge hier vor, wenn der Angeklagte die von ihm gelieferten betriebswirtschaftlichen Vorgaben nicht genannt und wertmäßig beziffert hätte, obwohl er hierzu verpflichtet gewesen wäre, weil der "Verkauf" der betriebswirtschaftlichen Vorgaben ein unwirksames Geschäft im Sinne des § 4 SubvG darstellte. Die Annahme eines solchen Schein- bzw. Umgehungsgeschäfts setzt - ebenso wie bei den vergleichbaren Vorschriften der § 41 Abs. 2, § 42 AO - voraus, dass der gewählten Gestaltungsform kein eigenständiger Sinngehalt zukommt und sie allein um der Herbeiführung der Subvention willen vorgenommen wird. Hierfür mag zwar sprechen, dass der Angeklagte die betriebswirtschaftlichen Vorgaben zunächst an die S. C. verkauft und diese dann die entwickelten Softwaremodule an die vom Angeklagten allein beherrschte JSP weiterveräußern sollte, wobei die JSP nach den Feststellungen des Landgerichts die einzige Auftraggeberin der S. C. war. Andererseits veräußerte die S. C. hierbei ein fertiges Produkt, in

dem sich die persönliche Leistung des Angeklagten nur zu einem geringen Teil (15 %) niederschlug. Damit stellte das veräußerte Produkt eine eigene und selbständige Wertschöpfung dar, die weit über die vom Angeklagten erbrachten betriebswirtschaftlichen Vorgaben hinausging und ohne die die betriebswirtschaftlichen Vorgaben des Angeklagten wertlos gewesen wären. Es mag zwar sein, dass derselbe wirtschaftliche Erfolg auch dadurch hätte erreicht werden können, dass die betriebswirtschaftlichen Vorgaben in die JSP eingebracht und dann durch eine entsprechende (werkvertragliche) Beauftragung in Software-Module umgesetzt worden wären. Fraglich ist jedoch, ob aus subventionsrechtlichen Gründen allein diese Gestaltungsform hätte gewählt werden dürfen.

2. Letztlich bedarf diese Frage im vorliegenden Fall keiner Entscheidung. Das Landgericht hat nämlich in seiner Beweiswürdigung die subjektive Tatseite bei dem Angeklagten nur lückenhaft gewürdigt. Es folgert allein aus seiner beruflichen Stellung als Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, dass ihm der Scheincharakter des Verkaufs der betrieblichen Vorgaben bekannt sein musste. Bei der Prüfung des Täuschungsvorsatzes im Sinne des § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB lässt allerdings das Landgericht das nachträgliche Geschehen unberücksichtigt, das begründete Zweifel an einem dolosen Handeln des Angeklagten hätte aufkommen lassen können. 7

Nach den Urteilsfeststellungen teilte der Angeklagte nämlich am 3. Juni 1999 - und damit weit vor der Bewilligungsentscheidung - der ILB die beabsichtigte Vertragskonstruktion mit und machte dabei auch ausdrücklich kenntlich, dass ein Teil hiervon auf die von ihm persönlich gelieferten betriebswirtschaftlichen Vorgaben entfalle. Wenige Tage später wurde zudem eine detaillierte Aufwandsschätzung mit einer Aufteilung des Gesamtaufwands vorgelegt. Weiterhin erhielt die ILB vom Angeklagten Entwürfe über die Vertragsbeziehungen mit der S. C. Hätte der Angeklagte - wie das Landgericht meint - in Täuschungsabsicht gehandelt, dann hätte er nicht ohne weiteres die Rahmendaten offenbart, aus denen für die ILB der gesamte Sachverhalt deutlich wurde. Da sich eine Täuschungshandlung im Sinne des § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB nur auf Tatsachen beziehen kann, wäre es zumindest erklärungsbedürftig gewesen, warum der Angeklagte diese Angaben gegenüber dem Subventionsgeber mitgeteilt und damit seinen vom Landgericht angenommenen Täuschungsabsichten eigentlich zuwider gehandelt hat. 8

Vor dem Hintergrund der vom Landgericht mitgeteilten Einlassung des Angeklagten, er habe immer vollständige Angaben gemacht und alles aufgedeckt, aber den vollen Verkaufspreis für aktivierungsfähig gehalten, hätte das Landgericht die subjektive Tatseite näher untersuchen müssen, zumal der Angeklagte die wesentlichen Umstände vor der Subventionsgewährung tatsächlich aufgedeckt hat. Es reichte dabei nicht aus, allein auf seine berufliche Qualifikation und seine sich hieraus ergebende Kenntnis von der bilanziellen Behandlung immaterieller Vermögenswerte abzuheben. Die Täuschungshandlung bestand nämlich nicht darin, dass der Angeklagte über die Aktivierungsfähigkeit des gesamten Kaufpreises täuschte. Abgesehen davon, dass eine solche rechtliche Bewertung nicht Bestandteil einer Täuschungshandlung im Sinne des § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB sein kann, hätte eine Täuschung über einzelne tatsächliche Umstände nur in Betracht gezogen werden können, wenn der Angeklagte die Pflicht zu ihrer Offenbarung kannte und sie dennoch verschwiegen hat. Insoweit sind die Urteilsgründe - was die Revision zu Recht beanstandet - jedenfalls undeutlich. So führt das Landgericht aus, dass es nicht darauf ankomme, ob der Angeklagte angenommen habe, dass die in der Rubrik "Anschaffungskosten immaterieller Wirtschaftsgüter" angegebenen Softwaremodule als förderungsfähige Wirtschaftsgüter einzuordnen gewesen seien. Dies lässt allerdings außer Acht, dass der Angeklagte sich nur dann in keinem nach § 16 StGB relevanten Irrtum befunden hat, wenn er die rechtlichen Folgen der Unwirksamkeit seiner Vertragskonstruktion erkannt hätte (vgl. BGHR StGB § 16 Abs. 1 Umstand 2). Denn nur dann hätte er subventionserhebliche Tatsachen verschwiegen, indem er die von ihm erstellten betrieblichen Vorgaben nicht betragsmäßig angesetzt hat. Dies verstand sich aber - jedenfalls ohne nähere Erläuterung - nicht von selbst, zumal da der Angeklagte die sich im Übrigen erst im weiteren Verlauf näher konkretisierenden Umstände dem Subventionsgeber von sich aus tatsächlich mitgeteilt hat. 9

3. Der Senat sieht von einer Zurückverweisung der Sache ab. In Anbetracht der lange zurückliegenden Tatzeit sind sichere Feststellungen zur subjektiven Tatseite nicht mehr zu erwarten. Gleiches gilt weitergehend auch im Hinblick auf den Leichtfertigkeitstatbestand nach § 264 Abs. 4 StGB. 10

Hinzu kommt, dass der Angeklagte zumindest nach § 264 Abs. 5 Satz 1 StGB Strafflosigkeit erlangt haben könnte. Danach wird nicht bestraft, wer freiwillig verhindert, dass aufgrund der Tat die Subvention gewährt wird. Da der Subventionsbetrug gemäß § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB bereits vollendet ist, wenn die unrichtigen Angaben dem Subventionsgeber gegenüber gemacht worden sind (BGHR StGB § 264 Abs. 1 Nr. 1 vorteilhaft 1), bezieht sich Absatz 5 auf solche Verhinderungshandlungen, die nach Vollendung der Tat vorgenommen wurden. Da der Subventionsbetrug als Gefährdungsdelikt einen vorverlegten Vollendungszeitpunkt hat, ist die Vorschrift des Absatzes 5 als tätige Reue ausgestaltet und gleicht so die fehlende Möglichkeit eines strafbefreienden Rücktritts aus (Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, StGB 27. Aufl. § 264 Rdn. 66 f.). 11

Allerdings benennt Absatz 5 als die für die tätige Reue maßgebliche Handlung die Verhinderung der Gewährung der 12

Subvention. Im vorliegenden Fall ist zwar die Subvention jedenfalls teilweise gewährt worden, weil es in Teilbeträgen zur Auszahlung von Subventionsleistungen gekommen ist. Zu diesem Zeitpunkt bestand aber bei dem Subventionsgeber keinerlei Unkenntnis über subventionserhebliche Umstände mehr, weil sämtliche Tatsachen von dem Angeklagten zu diesem Zeitpunkt bereits mitgeteilt waren. Diese Fallkonstellation erfüllt gleichzeitig die Voraussetzungen des Absatzes 5 Satz 1, da derjenige, der verhindert, dass die Subventionsvergabe auf einer falschen Tatsachengrundlage erfolgt, alles getan hat, um keinen rechtswidrigen Erfolg eintreten zu lassen. Ist es deshalb noch nicht zur Entscheidung über die Bewilligung gekommen, reicht es jedenfalls aus, wenn der Täter die unrichtigen oder unvollständigen Angaben korrigiert bzw. ergänzt. Wenn es dennoch auf der Grundlage dieser (dann berichtigten) Angaben zur Bewilligung der Subvention kommt, bleibt der Täter straflos, weil der Kausalzusammenhang zwischen unvollständigen Angaben und der Bewilligung der Subvention entfallen ist. Da die Bewilligung der Subvention dann aufgrund einer anderen (nunmehr zutreffenden) Tatsachengrundlage erfolgte, bestand für die Verhinderung einer Gewährung kein Anlass mehr (vgl. Fischer, StGB 56. Aufl. § 264 Rdn. 41; Wohlers in MünchKomm StGB § 264 Rdn. 119).

Hinsichtlich der Prüfung des zusätzlichen Tatbestandsmerkmals der Freiwilligkeit nach § 264 Abs. 5 Satz 1 StGB bedarf es ebenfalls keiner Zurückverweisung der Sache an das Landgericht. Auch insoweit lässt sich aufgrund des erheblichen Zeitablaufs ausschließen, dass bezüglich dieses Merkmals hinreichend tragfähige Umstände ermittelt werden können, die der Annahme einer freiwilligen tätigen Reue entgegenstehen könnten. 13

### III.

Dem freigesprochenen Angeklagten ist durch den Senat mit seiner verfahrensabschließenden Entscheidung für erlittene Strafverfolgungsmaßnahmen, hier insbesondere die für den Senat ersichtliche Durchsuchung, ein Entschädigungsanspruch nach dem Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen (StrEG) zuzuerkennen. Insbesondere sind keine Ausschluss- oder Versagungsgründe (§§ 5, 6 StrEG) ersichtlich. Eine eigene Entscheidung ist dem Senat anhand der vorliegenden Akten und ohne besondere Anhörung der Beteiligten indes nicht möglich. Das Landgericht wird namentlich die Art und den Umfang möglicher entschädigungspflichtiger Maßnahmen aufzuklären haben (vgl. BGHR StrEG § 8 Zuständigkeit 1; BGH StraFo 2008, 266). 14