

§§ 263, 266 StGB

Auch die Befreiung von streitigen und noch nicht fälligen Forderungen schließt einen Vermögensnachteil aus

BGH, Beschl. v. 05.07.2011 – 3 StR 444/10

Fall (Sachverhalt vereinfacht)

Im Dezember 1996 vergab die DB AG durch ihre „Planungsgesellschaft Bahnbau Deutsche Einheit“ (PBDE) einen Auftrag zur Ausführung von Erdarbeiten für ein Teilstück der Bahnstrecke Berlin–Hannover an die Arbeitsgemeinschaft T (ARGE), die durch D, den Geschäftsführer der an der ARGE beteiligten P-Bau GmbH, vertreten wurde. Für die PBDE handelten Dr. S, Ingenieur der PBDE, sowie der O, Leiter der PBDE-Bauüberwachungszentrale (BÜZ).

Anfang 1997 kam es zu Auseinandersetzungen darüber, ob und in welchem Umfang die ARGE auch die Errichtung von Baustraßen außerhalb der Bahntrasse schuldet. Die ARGE, die der Auffassung war, dass diese Baumaßnahmen nicht vom Hauptvertrag erfasst und insoweit gesondert zu vergüten seien, erstellte für die Baumaßnahme ein Nachtragsangebot vom 17. bzw. 27.03.1997 nebst Leistungsverzeichnis vom 14.07.1997. Nach Prüfung, an der auch Dr. S und O beteiligt waren, lehnte die PBDE die Nachtragsforderungen der ARGE i.H.v. 7,87 Mio. DM für die bis Juli 1997 von der ARGE auf Anordnung der PBDE zwischenzeitlich fertiggestellten Baustraßen ab. Tatsächlich war diese Forderung „dem Grunde nach“ berechtigt, jedoch noch nicht fällig gewesen, weil eine Rechnung noch nicht erteilt war.

Dr. S, O und D kamen im Zeitraum Februar/März 1997 überein, der aus ihrer Sicht berechtigten Forderung der ARGE jedenfalls teilweise zum Durchbruch zu verhelfen und gegenüber den (weiteren) Entscheidungsträgern der PBDE bzw. DB AG eine tatsächlich nicht durchgeführte Baumaßnahme, die „Grundsanie- rung von Baustraßen“ im Herbst 1997, als vergütungspflichtigen „Mehraufwand Baustraßenbau“ darzustellen. Die ARGE sollte „hierfür“ einen Betrag von 4,9 Mio. DM erhalten. Dabei gingen die Dr. S, O und D davon aus, dass sich dann der zwischen ARGE und PBDE strittige Punkt „Baustraßenbauvergütung“ im Ganzen erledige und eine (übliche) Massen- und Einheitspreisprüfung nicht durchgeführt werde, weil sonst der fiktive Sachverhalt „Grundsanie- rung“ auffalle.

Entsprechend dem Tatplan erarbeitete die BÜZ nach den Vorgaben des O eine Stellungnahme, in der die angebliche „Grundsanie- rung“ als zu vergütender „Mehraufwand Baustraßenbau“ dargestellt wurde. Unter anderem auf der Grundlage dieser Stellungnahme erfolgte zugunsten der ARGE am 22.06.1998 die Billigung des Nachtrags durch die Vergabekommission der PBDE. Anschließend erfolgte hierfür die Zahlung von 4,9 Mio. DM auf die Schlussrechnung der ARGE.

Strafbarkeit der Beteiligten?

Entscheidung

I. Die Beteiligten Dr. S, O und D könnten sich zunächst wegen eines gemeinschaftlich begangenen Betrugs gemäß **§§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 2, 25 Abs. 2 StGB** strafbar gemacht haben.

Leitsätze

Ein Vermögensschaden liegt nicht vor, wenn mit der Vermögensminderung zugleich ein den Verlust aufwiegender Vermögenszuwachs begründet wird. Inso- weit ist es möglich, dass sich ein Gläubiger im Rahmen eines Rechtsgeschäfts, aufgrund dessen ihm ein Anspruch nicht zusteht, straffrei einen Vermögensvor- teil verschafft, um sich damit für einen aus einem anderen Rechtsgeschäft be- stehenden Anspruch zu befriedigen.

Dafür genügt es, dass dieser Anspruch entstanden ist, er muss noch nicht fällig sein. Der Handelnde muss den Vermö- gensvorteil aber zu seinem bestehenden Anspruch in Beziehung gebracht haben, und der durch das rechtswidrige Mittel erlangte Vermögensnachteil und die Verbindlichkeit müssen sich wertmäßig zumindest entsprechen.

(Leitsätze des Bearbeiters)

Das Regelbeispiel des „Vermögensver- lusts großen Ausmaßes“ soll nach dem Willen des Gesetzgeber ab etwa 50.000 € anzunehmen sein (vgl. BT-Drs. 13/8587, S. 43, Fischer, StGB, 58. Aufl. 2011, § 263 Rdnr. 215 f.).

1. Eine **Täuschungshandlung** liegt in der Angabe des fiktiven, tatsächlich unzutreffenden Sachverhalts „Grundsanierung von Baustraßen“ gegenüber der PBDE/DB AG. Über diese Tatsachen wurden auch eine entsprechende Fehlvorstellung und insoweit ein **Irrtum** bei den Entscheidungsträgern der PBDE/DB AG hervorgerufen.

2. Durch die Zahlung von 4,9 Mio. DM für die angebliche „Sanierung von Baustraßen“ wurde das Vermögen der PBDE/DB AG irrtumsbedingt unmittelbar vermindert. Eine **Vermögensverfügung** ist insoweit ebenfalls gegeben.

3. Als unmittelbare Folge der Vermögensverfügung müsste bei der PBDE/DB AG weiterhin auch ein **Vermögensschaden** eingetreten sein. Dies wäre anzunehmen, wenn ein Vergleich ihrer Vermögenslage vor und nach dem schädigenden Ereignis ergibt, dass der wirtschaftliche Gesamtwert des Vermögens vermindert wurde (sog. Prinzip der Gesamtsaldierung, vgl. Fischer a.a.O., § 263 Rdnr. 111, § 266 Rdnr. 115).

a) Bei der PBDE/DB AG sind durch die Zahlung zunächst 4,9 Mio. DM abgeflossen. Hierfür hat sie die versprochene Leistung „Grundsanierung“ nicht erhalten, sodass der wirtschaftliche Gesamtwert ihres Vermögens auf den ersten Blick gemindert scheint.

b) Indes könnte diese Vermögensminderung durch einen entsprechenden Wertzuwachs kompensiert worden sein. Denn im Rahmen der Gesamtsaldierung sind zufließende Vermögenswerte, die **unmittelbar** auf der Verfügung beruhen, zu berücksichtigen (BGH NStZ 1999, 353, 354; Fischer a.a.O.). Weil hier nach dem Willen der Beteiligten der Streit „Baustraßenvergütung“ im Ganzen erledigt werden sollte, wenn es zur Auszahlung der 4,9 Mio. DM kam, könnte die **Befreiung von der „dem Grunde nach“ berechtigten Vergütungsforderung** für die „Baustraßenerrichtung bis Juli 1997“ als Kompensationsfaktor im Rahmen der Gesamtsaldierung zu berücksichtigen sein.

aa) Dagegen spricht zunächst jedenfalls nicht, dass der (etwaige) Anspruch der ARGE nicht sofort realisierbar gewesen wäre, weil er **bestritten** wurde

*„Ein Nachteil liegt ... nicht vor, wenn zugleich ein den Verlust aufwiegender Vermögenszuwachs begründet wird (vgl. BGHSt 15, 342, 343 f. ...). Ein solcher Vermögenszuwachs tritt beispielsweise ein, soweit das Vermögen von einer Verbindlichkeit in Höhe des Verlusts befreit wird. Dies gilt selbst dann, wenn die Verbindlichkeit schwer zu beweisen wäre (BGHR StGB § 266 Abs. 1 Nachteil 46). Es ist daher grundsätzlich möglich, dass ein Gläubiger sich im Rahmen eines Rechtsgeschäfts, aufgrund dessen ihm kein Anspruch zusteht, einen Vermögensvorteil verschafft, um sich damit für einen aus einem anderen Rechtsgeschäft bestehenden Anspruch zu befriedigen (vgl. BGH wistra 1982, 68 f.; BGHR StGB § 266 Abs. 1 Nachteil 46). **Es muss aber durch die Tat unmittelbar eine Befreiung von dem bestehenden Anspruch eintreten. Hierfür ist es erforderlich, dass der Handelnde das durch rechtswidrige Mittel, etwa Täuschung, Erlangte zu seinem bestehenden Anspruch in Beziehung gebracht hat, um auszuschließen, dass der Schuldner sowohl auf den bestehenden als auch auf den fingierten Anspruch leistet (vgl. BGH wistra 1982, 68 f.; BGH NStZ-RR 1997, 298).**“*

bb) Der Schadenskompensation könnte aber die **mangelnde Überprüfbarkeit** der Forderung durch die PBDE/DB AG entgegenstehen.

„Dass zum anderen nach dem Tatplan eine prüffähige Rechnung für den ‚wahren‘ Anspruch nicht mehr gestellt, dieser Anspruch somit nicht mehr fällig und geltend gemacht werden sollte, schließt die Kompensationsfähigkeit nicht aus, sondern schafft hierfür gerade die Voraussetzung, nämlich das Sich-Begeben der Forderung seitens des von der Tat Begünstigten ...“

cc) Fraglich bleibt, ob einer **noch nicht fälligen Forderung** überhaupt ein **Vermögenswert** zukommt.

Nicht erfasst wird deshalb die nachträgliche Wiedergutmachung oder auch Folgeansprüche, wie Schadensersatz- oder Gewährleistungsansprüche (vgl. Fischer, a.a.O., § 263 Rdnr. 155).

Die vorliegende Entscheidung des 3. Strafsenats ist auf Antrag des Generalbundesanwalts gemäß § 349 Abs. 2 StPO ergangen, dessen Ausführungen das Gericht vollinhaltlich übernommen hat.

„Der grundsätzlichen Kompensationsgeeignetheit des Vergütungsanspruchs für die Herstellung der Baustraßen steht auch dessen mangelnde Fälligkeit nicht entgegen ... [Es] ist fraglich, ob an der seinerzeitigen Gewichtung der Fälligkeit nach der ... Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (Beschl. vom 23. Juni 2010, 2 BvR 2559/08, BVerfGE 126, 170) noch festzuhalten ist. Die bereits früher in der Literatur vertretene Auffassung, dass die fehlende Fälligkeit einer vorzeitig erfüllten Verbindlichkeit nicht schon für sich allein zu einem Vermögensnachteil führe (vgl. Fischer StGB 56. Aufl. § 266 Rdnr. 59), bekommt vor dem Hintergrund der vom Bundesverfassungsgericht geforderten Nachteilsermittlung anhand wirtschaftlicher Kriterien (BVerfG aaO Rdnrn. 113 f.) zusätzliches Gewicht. **Angesichts der in den letzten Jahrzehnten festzustellen Gegebenheiten des Wirtschaftslebens (Handel mit Optionen, ‚Futures‘ etc.) erscheint die Auffassung, noch nicht fällige Forderungen hätten keinen wirtschaftlichen Wert, als nicht (mehr) vertretbar. Eine geminderte Werthaltigkeit gegenüber dem Nominalbetrag kann nicht pauschal angenommen werden, sondern muss entsprechend den Umständen des Einzelfalls festgestellt werden.** Bedarf es nur noch ‚eines Federstrichs‘ um die Fälligkeit herbeizuführen, dürfte der Nominalwert kaum unterschritten sein; anders ist es, wenn hierfür noch besonderer Aufwand zu betreiben ist ...“

Ein vollendeter Betrug scheitert also am Vorliegen eines Vermögensschadens.

II. Mangels Vermögensnachteils entfällt damit auch **Untreue gemäß § 266 Abs. 1 StGB** durch Dr. S und O sowie für eine Anstiftung dazu durch D.

III. Auch ein **versuchter Betrug** gemäß **§§ 263, 22, 23 StGB** kommt nicht in Betracht, weil die Angeklagten subjektiv den Ausgleich des – aus ihrer Sicht bei der PBDE/DB AG eingetretenen – Vermögensvorteils beabsichtigten und damit keinen Betrugenschluss hatten.

Ergebnis: Dr. S, O und D sind straflos.

Es ist in der Praxis bei größeren Bauvorhaben nicht unüblich, dass Auftragnehmer und Auftraggeber bereits kurz nach Baubeginn über die Berechtigung etwaiger Nachtragsforderungen in Streit geraten. Streitigkeiten resultieren u.a. daraus, dass im Bauvertrag komplexe Regelungen zu treffen sind und sich Widersprüche insbesondere auch aus gesonderten Leistungsbeschreibungen und Bauplänen ergeben können.

Das Tatgericht hat im Originalfall die Berechtigung der (Nachtrags-)Forderung ohne eingehende Rechtsprüfung der vertraglichen Regelungen unter Anwendung des Zweifelssatzes „dem Grunde nach“ unterstellt. Dies war rechtsfehlerhaft. Denn der Grundsatz „in dubio pro reo“ ist keine Beweisregel. Es handelt sich vielmehr um eine Entscheidungsregel, die dem Tatrichter vorgibt, zugunsten des Angeklagten zu entscheiden, soweit er sich über eine entscheidungserhebliche Tatsache keine Gewissheit verschaffen kann (vgl. BVerfG NStZ-RR 2007, 381). Keine Anwendung findet der Zweifelsatz demgegenüber auf die Auslegung und Anwendung des Rechts; dabei handelt es sich vielmehr um die Kernaufgabe des Tatrichters.

Der 3. Strafsenat musste zu der hier entscheidungsrelevanten Rechtsfrage keine Stellung nehmen, da nur der Angeklagte Revision eingelegt hatte und er so durch den genannten Fehler nicht beschwert wurde (vgl. dazu BGH NStZ 2009, 261). Nach Zurückverweisung der Sache (vgl. § 353 Abs. 2 StPO) wird das Bestehen des Anspruchs der ARGE von einer anderen Strafkammer des Landgerichts nunmehr (erstmalig) zu prüfen sein.