

Relevanz von Sekundärzwecken im Vermögensstrafrecht?

Besprechung von BGH, Beschl. v. 30.1.2024 – 5 StR 228/23*

Von Prof. Dr. Markus Wagner, Bonn**

Im Rahmen eines Verfahrens wegen Subventionsbetrugs hat der 5. Strafsenat des BGH sich obiter dictum zur Auslegung des Vermögensbegriffs i.S.d. § 263 Abs. 1 StGB geäußert. Den Ausführungen des Senats ist aus dogmatischen und verfassungsrechtlichen Gründen zu widersprechen.

I. Einführung

In einer jüngst veröffentlichten Entscheidung hat der 5. Strafsenat sich zur Strafzumessung beim Subventionsbetrug geäußert. In diesem Rahmen formuliert er mehrere obiter dicta¹, die das Vermögensstrafrecht generell betreffen und vermuten lassen, dass er dahingehend bei der nächsten Gelegenheit eine Divergenzvorlage an den 1. Strafsenat im Sinn haben könnte. Offenbar möchte der Senat sein ohnehin sehr weites Verständnis der Vermögensdelikte, insbesondere der §§ 263, 266 StGB, weiter auszudehnen.

II. Der entscheidungserhebliche Sachverhalt

Maßgeblich ging es um folgenden Sachverhalt:² Der Hauptangeklagte war geschäftsführender Alleingesellschafter der G-GmbH, die Unternehmen bei der Beantragung von Fördermitteln und der entsprechenden Abwicklung beriet. 2010 legte das Bundesministerium für Wirtschaft die sog. „goinno-Förderung“ neu auf. Damit sollte eine Innovationsberatung in der Anfangsphase eines Ideen- und Innovationsprozesses gefördert werden (z.B. eine Marktanalyse oder die Beratung zu Anschlussförderungen), wie sie beispielsweise die G-GmbH anbot. Allerdings sollte durch „goinno“ nur die Hälfte der Beratungskosten bezuschusst werden; die andere Hälfte sollten die geförderten Unternehmen in Eigenregie aufbringen. Das Ministerium versprach sich davon zum einen, dass die Idee bei einem Eigenanteil ernsthaft verfolgt würde und Mitnahmeeffekte vermieden werden könnten. Zum anderen sollte dadurch mittelbar kontrolliert werden, dass die Beratungsleistung auch tatsächlich erbracht wird, weil das Unternehmen seinen Eigenanteil nur dann leisten würde. In den Förder-

richtlinien wurden Angaben zum Eigenanteil für subventionserheblich i.S.d. § 2 SubvG erklärt. Das Unternehmen bekam einen Gutschein für die externe Beratung i.H.v. 50 %. Dann sollte die Beratung stattfinden und der Eigenanteil geleistet werden. Anschließend konnte das Beratungsunternehmen die Fördersumme beantragen; dabei musste die G-GmbH bestätigen, dass sie den Eigenanteil erhalten hat. Anschließend zahlte die Behörde die verbleibende Hälfte an die G-GmbH aus.

Viele kleine und mittlere Unternehmen (KMU) waren aufgrund des Eigenanteils von dem Förderprogramm abgeschreckt. Die G-GmbH entwickelte daher verschiedene Strategien, wonach sie selbst den Unternehmen die Mittel in der erforderlichen Höhe zukommen ließ, die diese dann an die G-GmbH zurückzahlten, was diese als Beleg für die Eigenleistung der Kundenunternehmen gegenüber dem Subventionsgeber angab. Da auf diese Weise der Förderantrag für die Kunden kein wirtschaftliches Risiko mehr barg, nahmen viele das Angebot dankend an. Viele der Förderberatungen führten zu Anschlussförderungen (insb. im Rahmen des „Zentralen Innovationsprogramms Mittelstand“).

III. Die Ausführungen des Senats zum konkreten Fall

Das Landgericht Berlin verurteilte den Geschäftsführer der G-GmbH und weitere in das Geschäftsmodell involvierte Personen wegen mehrerer Fälle des gewerbs- und bandenmäßigen Subventionsbetruges. Die hiergegen gerichteten Revisionen der Angeklagten verwarf der Senat als offensichtlich unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO),³ sah sich aber dennoch zu Ausführungen in Bezug auf eine bestimmte Rüge veranlasst, nämlich den Vortrag, es sei nicht strafmildernd berücksichtigt worden, dass die Beratungsleistungen vollständig und mangelfrei erbracht worden seien. Dem hält der Senat entgegen, dass die Beratungsleistungen als Ganze nicht förderfähig gewesen seien, weil der Subventionsgeber einen Eigenanteil von 50 % zur Voraussetzung der Förderung gemacht habe.⁴ Er führt wörtlich aus:

„Diese Einschränkung diene ersichtlich vom Subventionsgeber bestimmten öffentlichen Zwecken, denen die Finanzierung des Eigenanteils durch das Beratungsunternehmen G. zuwiderliefe. Das Landgericht hat in diesem Zusammenhang zutreffend ausgeführt, dass die durch den Eigenanteil eigentlich gewünschte Leistungs- und Qualitätskontrolle der Beratung durch die Umgehung des Eigenanteils erheblich gestört wurde, wodurch für den Subventionsgeber das unerwünschte Risiko einer wahllosen Förderung von Projektideen entstand. Damit wurde die eigentliche Idee des „goinno-Projekts“, den Gründergeist der KMUs zu unterstützen und ihnen bei der Entwicklung geeigneter Projekte zu helfen, an die sie selbst glauben, konterkariert. Der Subventionsgeber wollte also nicht ir-

* Die Entscheidung ist abrufbar unter

<https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=7740fd97eac56fc187879f889c961d9c&nr=137138&anz=1&pos=0>

sowie abgedruckt in NJW 2024, 1827 m.Anm. Trüg; NStZ 2024, 488 m.Anm. Czimek/Schefer; NZWiSt 2024, 310; StraFo 2024, 238; VergabeR 2024, 536 m.Anm. Hertwig; wistra 2024, 334; ZWH 2024, 254. Besprechungsaufsätze bei Mitsch, JZ 2024, 993; Schmitz, NZWiSt 2024, 306; Wohlers, ZWH 2024, 237; vgl. außerdem Strauß, ZStW 136 (2024), 724.

** Der Verf. ist Inhaber der Professur für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

¹ Dazu zutreffend Wohlers, ZWH 2024, 237 (237).

² Nach der Zusammenfassung bei BGH, Beschl. v. 30.1.2024 – 5 StR 228/23, Rn. 4 ff.

³ BGH, Beschl. v. 30.1.2024 – 5 StR 228/23, Rn. 1.

⁴ BGH, Beschl. v. 30.1.2024 – 5 StR 228/23, Rn. 23.

gendwelche Innovationsberatungen, sondern nur bestimmte fördern. Beratungen ohne Erbringung eines Eigenanteils, wie sie von der G. angeboten wurden, fielen nicht darunter.“⁵

Daher bestehe der Schaden für die öffentliche Hand in der gesamten Fördersumme, weshalb die Beratungsleistung nicht strafmildernd angesetzt werden könne.⁶ Die Nachweise zur Finanzierung des Eigenanteils hätten nicht „lediglich formelle Voraussetzungen, die etwa der bloßen Erleichterung der Verwaltungstätigkeit oder der Beweissicherung dienen“, dargestellt.⁷

IV. Die obiter dicta

Noch weiter gehen die diesen Ausführungen vorangestellten obiter dicta, mit denen der *Senat* teilweise von seiner eigenen, in einer früheren Entscheidung geäußerten Auffassung⁸ abrickt:

So könne auch dann, wenn (zwischen Bewilligung und Auszahlung) Leistungen im Sinne des Subventionszwecks erbracht wurden, bei Vorlage von Scheinrechnungen in der Auszahlung ein Vermögensschaden i.S.d. § 263 Abs. 1 StGB liegen.⁹ Denn „die öffentliche Hand [mache] die Auszahlung von Fördermitteln zu Recht gerade auch deshalb von der Vorlage wahrheits- und ordnungsgemäßer Rechnungen abhängig [...], um Schwarzarbeit, Steuerhinterziehung, Lohndumping, illegale Beschäftigung oder eine andere den öffentlichen Interessen zuwiderlaufende Mittelverwendung auszuschließen.“¹⁰ Es „widerspr[ache] der Betrugsdogmatik“, dass eine täuschungsbedingte Vermögensminderung nicht zu einem Schaden führen soll, nur weil zuvor überhaupt Gelder für den Subventionszweck eingesetzt worden seien; eine Kompensation der Vermögensminderung könne nur dann erfolgen, wenn der ausgleichende Vermögenszuwachs unmittelbar aus der Verfügung folge.¹¹ Nichts anderes gelte in Bezug auf Subventionsgewährungen der öffentlichen Hand; der Forderung aus einer Bewilligung komme nur dann wirtschaftlicher Wert zu, wenn der Anspruch rechtlich anerkannt werde, was nur dann der Fall sei, wenn alle Voraussetzungen vorliegen, an die der Subventionsgeber die Bewilligung knüpft.¹² Dass eine ordnungsgemäße Abrechnung möglich gewesen wäre, habe als hypothetische Überlegung außer Betracht zu bleiben.¹³

Unabhängig von diesen Bedenken gegenüber der bisherigen Rechtsprechung zu § 263 Abs. 1 StGB, könnten deren Grundsätze aufgrund der Unterschiedlichkeit der Delikte überdies nicht ohne Weiteres auf die Strafzumessung im

Rahmen des Subventionsbetrugs übertragen werden.¹⁴ Seien „wichtige formale Bedingungen [d]er Gewährung oder Auszahlung“ nicht erfüllt, liege eine „nicht gerechtfertigte Subvention“ i.S.d. § 264 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StGB in Höhe der gesamten ausgezahlten Summe vor, weil diese Bedingungen „regelmäßig [...] öffentlichen Zwecken [dienen], von denen der Subventionsgeber die Auszahlung der Fördergelder im öffentlichen Interesse abhängig mach[e]“.“¹⁵

V. Kritische Würdigung der Entscheidung im konkreten Verfahren

Die Entscheidung hat bereits erste kritische Reaktionen hervorgerufen.¹⁶ In der Tat wirft sie zahlreiche komplexe Fragen auf, die der *Senat* nicht hinreichend voneinander trennt.

1. Bezugspunkt des Tatverhaltens

Auffällig ist zunächst, dass der *Senat* auf die Beantragung der Auszahlung der Fördersumme rekurriert. Klargestellt sei, dass es sich bei der Auszahlung nicht um die eigentliche Subvention handelt. Eine Subvention zeichnet sich dadurch aus, dass sie dem Zweck der Wirtschaftsförderung dient (vgl. § 264 Abs. 8 S. 1 Nr. 1 lit. b StGB). Die Leistung ist also (nur) für denjenigen Betrieb bzw. dasjenige Unternehmen eine Subvention, der bzw. das gefördert werden soll. Im entscheidungserheblichen Sachverhalt waren das die *beratenen* Unternehmen und nicht die (beratende) G-GmbH. Daran ändert sich auch nichts dadurch, dass der Antragsprozess durch das jeweilige Beratungsunternehmen durchgeführt wurde. Die Förderrichtlinien¹⁷ selbst unterscheiden klar zwischen der Antragsberechtigung und dem „begünstigten Unternehmen“. Die Tätigkeit des Beratungsunternehmens stellt sich daher als eine bloße Subventionsvermittlung dar.

Das ändert freilich nichts an der Anwendbarkeit des § 264 StGB, der – mit Ausnahme von Abs. 1 Nr. 3 – gerade nicht als Sonderdelikt des Subventionsempfängers, sondern als Allgemeindelikt ausgestaltet ist.¹⁸ Täter eines Subventionsbetrugs können im Falle des Machens falscher subventionserheblicher Angaben auch die vertretungsberechtigten Personen des antragsberechtigten Beratungsunternehmens, hier der G-GmbH, sein.¹⁹ Entscheidend ist aber Folgendes: Die Subvention liegt nicht in der Auszahlung der Fördersumme an das Beratungsunternehmen, sondern in der Gewährung des Beratungsgutscheins an das zu beratende Unternehmen. Die-

¹⁴ BGH, Beschl. v. 30.1.2024 – 5 StR 228/23, Rn. 20.

¹⁵ BGH, Beschl. v. 30.1.2024 – 5 StR 228/23, Rn. 20.

¹⁶ *Czimek/Schefer*, NStZ 2024, 491; *Mitsch*, JZ 2024, 993; *Schmitz*, NZWiSt 2024, 306; *Strauß*, ZStW 136 (2024), 724; *Trüg*, NJW 2024, 1830.

¹⁷ Die wohl für den Tatzeitraum maßgebliche Fassung: Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Richtlinie BMWi-Innovationsgutscheine zur Förderung von Innovationsmanagement in kleinen Unternehmen v. 6.4.2010 = Bundesanzeiger v. 30. April 2010, Nr. 66, S. 1538–1541.

¹⁸ Bspw. *Köpferl*, in: Rotsch/Wagner/Wittig, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des GmbH-Geschäftsführers, 2. Aufl. 2025, Rn. 795 ff. m.w.N.

¹⁹ *Köpferl* (Fn. 18), Rn. 795 m.w.N.

⁵ BGH, Beschl. v. 30.1.2024 – 5 StR 228/23, Rn. 23 f.

⁶ BGH, Beschl. v. 30.1.2024 – 5 StR 228/23, Rn. 25.

⁷ BGH, Beschl. v. 30.1.2024 – 5 StR 228/23, Rn. 25.

⁸ BGH, Beschl. v. 26.1.2006 – 5 StR 334/05 = NStZ 2006, 624.

⁹ BGH, Beschl. v. 30.1.2024 – 5 StR 228/23, Rn.16.

¹⁰ BGH, Beschl. v. 30.1.2024 – 5 StR 228/23, Rn. 16.

¹¹ BGH, Beschl. v. 30.1.2024 – 5 StR 228/23, Rn. 16 f.

¹² BGH, Beschl. v. 30.1.2024 – 5 StR 228/23, Rn. 18.

¹³ BGH, Beschl. v. 30.1.2024 – 5 StR 228/23, Rn. 19.

ser muss von den Beratungsunternehmen als rechtsverbindliches Zahlungsmittel akzeptiert werden.²⁰ Seine „Einlösung“ beim Ministerium findet daher letztlich im Nachgang des eigentlichen Förderprozesses statt. Die chronologisch erste Frage, die sich stellt, muss daher sein, ob eine „Täuschung“ (bereits) im Rahmen des *Bewilligungsverfahrens* stattgefunden hat.

2. Angaben im Bewilligungsverfahren

a) Subventionsbetrug, § 264 StGB

Der Täuschung i.R.d. § 263 StGB entspricht bei § 264 StGB das Machen unrichtiger Angaben.²¹ Ein Machen unrichtiger Angaben (§ 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB) könnte darin liegen, dass das zu fördernde Unternehmen erklärt, dass es den Eigenanteil selbst erbringen wird bzw. will.

In der ursprünglichen und für den Zeitraum relevanten Fassung der Förderrichtlinien findet sich unter den „Zuwendungsvoraussetzungen“ (5.1) nur die Aussage:

„Das kleine Unternehmen muss den nicht geförderten Anteil der Ausgaben für die Beratungsleistung selbst erbringen (Eigenbeteiligung).“

Dahingehende Erklärungen im Rahmen der Antragstellung waren strenggenommen nicht falsch, da auch dann, wenn die G-GmbH zuvor aufgrund von Scheingeschäften die betreffende Summe an das zu fördernde Unternehmen gezahlt hatte, eine Überweisung aus dem Vermögen des jeweiligen Unternehmens an das Beratungsunternehmen erfolgte (und von Anfang an erfolgen sollte). Soweit ersichtlich, wurde erst in der Neufassung von 2020²² – vermutlich mit Blick auf den entscheidungserheblichen Sachverhalt – unter „Verfahren und Evaluation“ (7.8 UAbs. 2 lit. c) ergänzt:

„Dieser Eigenanteil darf in keiner Form vom Beratungsunternehmen oder mit diesem in Verbindung stehenden Unternehmen finanziert oder zurückerstattet werden.“

Fraglich ist, ob dieser Anpassung in der Sache nur klarstellender Charakter zukommt (die Bewilligung der Förderung bei einer Finanzierung des Eigenanteils durch das Beratungsunternehmen also in der Sache bereits im Zeitpunkt abgeschlossen war) oder es sich dabei um eine relevante Gegensteuerungsmaßnahme handelt. Insoweit ist § 4 Abs. 2 SubvG zu bedenken: Danach ist die Bewilligung einer Subvention ausgeschlossen, „wenn im Zusammenhang mit einer beantragten Subvention ein Rechtsgeschäft oder eine Handlung unter Mißbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten vorgenommen wird. Ein Mißbrauch liegt vor, wenn jemand eine den gegebenen Tatsachen und Verhältnissen unangemessene Gestaltungsmöglichkeit benutzt, um eine Subvention oder einen

Subventionsvorteil für sich oder einen anderen in Anspruch zu nehmen oder zu nutzen, obwohl dies dem Subventionszweck widerspricht. Dies ist namentlich dann anzunehmen, wenn die förmlichen Voraussetzungen einer Subvention oder eines Subventionsvorteils in einer dem Subventionszweck widersprechenden Weise künstlich geschaffen werden.“

Um eine solche künstliche Schaffung der formellen Bewilligungsvoraussetzungen könnte es sich bei den vorgängigen Scheingeschäften handeln. Dies ist aber nur dann der Fall, wenn sie dem *Subventionszweck* widersprechen.

Hier zeigt sich das implizite Kernproblem des Falles, das der *Senat* geflissentlich ausblendet: die Bestimmung des Zwecks der Subvention. Diese Frage kann nicht dadurch umgangen werden, dass man diesen Aspekt für die Schadensberechnung für unbeachtlich erklärt, weil er bereits dafür relevant wird, ob überhaupt falsche Angaben vorliegen.²³ Zugleich ist sie aber auch nicht einfach zu beantworten:²⁴

In der Verwaltungsrechtswissenschaft ist umstritten, ob bei Subventionen zwischen Primär- und Sekundärzwecken unterschieden werden kann und darf.²⁵ Diesbezüglich ist zwar zutreffend, dass das Gesetz eine derartige Differenzie-

²³ Tendenziell ähnlich *Trüg*, NJW 2024, 1830.

²⁴ So auch bspw. *Nuzinger*, in: Böttger (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2023, Kap. 1 Rn. 242; *Strauß*, ZStW 136 (2024), 724 (771 f.); *Wohlert*, ZWH 2024, 237 (240) m.w.N.

²⁵ Vgl. etwa *Stober/Eisenmenger*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil, 18. Aufl. 2023, Rn. 790: „In Schrifttum und Rechtsprechung ist umstritten, wie der Subventionszweck im Einzelnen zu verstehen ist. Zur Konkretisierung werden folgende unbestimmte und wenig aussagekräftige Umschreibungen und Eingrenzungen verwendet: Primärzweck bzw. Primäreffekt, Sekundärzweck, Hauptzweck, Nebenzweck, Nahzweck, entfernterer Zweck. Unklar ist ferner, ob der mit dem Unternehmerverhalten verfolgte Subventionszweck nach subjektiven Kriterien wie z. B. Sphären, Verursachung, Verantwortung und Vertretenmüssen oder nach objektiven Maßstäben zu beurteilen ist. Es ist zutreffend auf den mit der Subventionsgewährung unmittelbar angestrebten Erfolg, das unmittellbare Unternehmerverhalten, abzustellen“ (Hervorhebungen und Fußnoten entfernt); *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2023, § 49 Rn. 101: „Von der Mehrheit der mit der Subventionsvergabe verfolgten Zwecke ist der nächstliegende, mit der Zuwendung im Verhalten des Empfängers angestrebte Zweck angesprochen, der sich allein als Verwendungsrichtmaß eignet. Allerdings ist die Bestimmung dieses Primärzwecks vielfach problematisch; schon deshalb ist bei der in den Subventionsbescheid aufzunehmenden Zweckbestimmung auf größtmögliche Bestimmtheit zu achten“ (Hervorhebungen, Fußnoten und Verweise entfernt); *Schoch*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zum VwVfG, Stand: Grundwerk Juli 2020, § 49 Rn. 168: „Die Unterscheidung zwischen einem Primärzweck und ‚Fernzielen‘ des Leistungsbescheids findet im Gesetz keine Grundlage; die Zweckbestimmung obliegt der Verwaltung, die dabei allerdings das Bestimmtheitsgebot beachten muss“ (Hervorhebungen, Fußnoten und Verweise entfernt).

²⁰ Vgl. auch <https://www.innovation-beratung-foerderung.de/INNO/Navigation/DE/go-inno/FAQ/faq.html> (19.3.2025).

²¹ *Köpfert* (Fn. 18), Rn. 792 m.w.N.

²² Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Richtlinie „BMWi-Innovationsgutscheine (go-inno)“ v. 20.11.2020 = BAnz AT 26.11.2020 B2.

rung nicht *expressis verbis* vorsieht.²⁶ Zugleich darf aber die öffentliche Hand die Gewährung von Förderungen nicht von Aspekten abhängig machen, die mit dem eigentlichen Anliegen nichts zu tun haben: So hat bspw. kürzlich das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass die Gewährung einer Förderung der Elektromobilität aus Gründen des Umweltschutzes nicht davon abhängig gemacht werden darf, dass der Antragsteller sich von Scientology distanziert.²⁷ Dies folgt aus dem Gleichheitssatz gem. Art. 3 Abs. 1 GG: Es bedarf einer sachlichen Rechtfertigung, warum bestimmte Antragsteller durch entsprechende Voraussetzungen von der Möglichkeit einer Förderung ausgeschlossen werden sollen, die im inneren Zusammenhang mit der Förderung stehen muss. Gleichgültig, ob man von einer Differenzierung zwischen Primär- und zulässigem Sekundärzweck oder dem Begriff des Subventionszwecks im Allgemeinen spricht, muss dieser Aspekt Berücksichtigung finden.

Im entscheidungserheblichen Sachverhalt war jedenfalls (Primär-)Zweck der Förderung, kleine und mittlere Unternehmen mit innovativen Ideen dazu zu ermutigen, sich diesbezüglich beraten zu lassen und diese so ausbauen zu können.²⁸ Dieser Zweck wird nicht dadurch beeinträchtigt, dass der Eigenanteil von dritter Seite finanziert wird. Das gilt ganz unabhängig davon, ob der Eigenanteil bspw. wirtschaftlich gesehen in Wahrheit aus dem Privatvermögen eines Gesellschafters stammt oder – wie hier – in der Sache durch das Beratungsunternehmen getragen wird. Daher erschließt sich nicht, wie der *Senat* auf die Idee kommt, durch die Übernahme des Eigenanteils durch die G-GmbH sei „die eigentliche Idee des ‚go-inno-Projekts‘, den Gründergeist der KMUs zu unterstützen und ihnen bei der Entwicklung geeigneter Projekte zu helfen, an die sie selbst glauben, konterkariert“ worden.²⁹ Unklar bleibt auch, woher der *Senat* dieses Telos des Eigenanteils nimmt; aus den allein maßgeblichen Richtlinien ergibt es sich nicht. Der Unterstellung, nur Projekte mit Eigenanteil würden ernsthaft betrieben, steht beispielsweise auch entgegen, dass selbst der Abbruch der Beratung nicht zu

einem Verlust der Förderung führt.³⁰ Vielmehr könnte der Deckelung der Förderung auf 50 % auch z.B. der Gedanke zugrunde liegen, dass auf diese Weise in Summe mehr verschiedene Unternehmen gefördert werden können. Dafür, dass die Verhinderung von „Mitnahmeeffekten“ ein relevanter Subventionszweck sein sollte,³¹ fehlen also sämtliche objektiven Anhaltspunkte, was auch verwaltungsrechtlich gesehen dazu führt, dass ein solcher nicht unterstellt werden kann.³²

Wird dadurch aber der (verbleibende) Subventionszweck nicht beeinträchtigt, liegt auch keine Umgehungshandlung gem. § 4 Abs. 2 SubvG vor, die die Bewilligungsvoraussetzungen entfallen lässt. Es lässt sich daher mit den genannten Gründen bereits bezweifeln, dass im Zeitpunkt der Antragstellung unrichtige Angaben i.S.d. § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB gemacht wurden.

b) Betrug, § 263 StGB

Daher stellt sich jedenfalls nach h.A. als nächstes die Frage nach einer Strafbarkeit wegen Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB.³³ Insoweit sind bei der Täuschung dieselben Erwägungen anzustellen wie beim Machen falscher Angaben i.R.d. § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB, weshalb aus den gleichen Gründen eine Täuschung ausscheidet. Teilt man die hiesige Auffassung nicht, so ist von einem Irrtum auf Seiten der zuständigen Sachbearbeiter im Ministerium auszugehen, der zu einer Vermögensverfügung in Gestalt der Gewährung des Gutscheins führt. In der Folge stellt sich die Frage nach dem Eintritt eines Vermögensschadens.

Nach h.A. kann bei Subventionen das Saldierungsprinzip nicht unmittelbar angewandt werden, weil es an einem echten Austauschverhältnis fehlt; vielmehr werde die Subventionszahlung kompensiert, indem der Zweck der Subvention erreicht wird.³⁴ Der *Senat* widerspricht dem und versucht, auf eine rein formalistische Betrachtung abzustellen: Da eine der formellen Förderungsvoraussetzungen nicht erfüllt sei, bestehe kein Anspruch, weshalb auf eine nicht bestehende Verpflichtung geleistet werde und damit ein Schaden in voller Höhe eintrete.³⁵ Nicht zufällig verweist der *Senat* insoweit auf seine

²⁶ Schoch (Fn. 25), § 49 Rn. 168.

²⁷ BVerwGE 175, 199.

²⁸ „Mit BMWi-Innovationsgutscheinen werden in kleinen Unternehmen der gewerblichen Wirtschaft einschließlich des Handwerks mit technologischem Potenzial externe Beratungsleistungen zur Unterstützung von Produkt- und technischen Verfahrensinnovationen gefördert. Diese Leistungen werden durch – von der Bewilligungsbehörde autorisierte – Beratungsunternehmen durchgeführt.

Die Förderung soll helfen, das technische und wirtschaftliche Risiko, das mit Produkt- und technischen Verfahrensinnovationen verbunden ist, zu mindern, die internen Voraussetzungen für eine erfolgreiche Umsetzung von Innovationsvorhaben im Unternehmen zu schaffen bzw. zu verbessern und bei Technologiekooperationen Transaktionskosten zu senken. Damit ergibt sich als Ziel des Programms, die Innovationskraft und Wettbewerbsfähigkeit der beratenen Unternehmen zu erhöhen.“

²⁹ BGH, Beschl. v. 30.1.2024 – 5 StR 228/23, Rn. 22.

³⁰ <https://www.innovation-beratung-foerderung.de/INNO/Navigations/DE/go-inno/FAQ/faq.html> (17.2.2025).

³¹ BGH, Beschl. v. 30.1.2024 – 5 StR 228/23, Rn. 6.

³² Vgl. OVG Lüneburg, Beschl. v. 16.10.2014 – 8 LA 52/14 = BeckRS 2014, 57495; Sachs (Fn. 25), § 49 Rn. 101: Unklarheiten gehen zulasten der Behörde.

³³ Danach soll § 264 StGB den Betrugstatbestand als *lex specialis* verdrängen; liegen die Voraussetzungen des Subventionsbetrugs allerdings nicht vor, lebe § 263 StGB wieder auf; vgl. exemplarisch jüngst BGH, Beschl. v. 12.10.2023 – 2 StR 243/22, Rn. 32 = NJW 2024, 94 (97) m.w.N. Richtig dagegen Hellmann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 264 Rn. 170 ff.

³⁴ Vgl. bspw. BGH, Beschl. v. 26.1.2006 – 5 StR 334/05 = NSTZ 2006, 624 (625); BGH, Beschl. v. 25.4.2014 – 1 StR 13/13, Rn. 52 = BGHSt 59, 205 (215).

³⁵ BGH, Beschl. v. 30.1.2024 – 5 StR 228/23, Rn. 18.

Rechtsprechung zum vertragsärztlichen Abrechnungsbetrug,³⁶ die auf eine streng formale Betrachtungsweise abstellt. Die dagegen vorgebrachten Argumente lassen sich auch gegen die hiesige Entscheidung einwenden:

aa) Verstoß gegen das Verschleifungsverbot

Zum einen wird hierdurch das Verschleifungsverbot³⁷ verletzt, denn letztlich folgt dann aus dem Machen falscher Angaben immer auch der Vermögensschaden. Der *Senat* antizipiert diesen Einwand und verweist insoweit auf eine Nichtannahmeentscheidung der 2. Kammer des *Zweiten Senats* des BVerfG³⁸, die sich auf die Rechtsprechung des 5. *Strafsenats* des BGH zum Abrechnungsbetrug bezieht.³⁹ Allerdings ist die betreffende Kammerentscheidung ihrerseits sehr angreifbar. Der *Zweite Senat* des BVerfG hatte in seiner Entscheidung zur Verfassungskonformität des Untreuetatbestands das Verschleifungsverbot mit folgenden Worten formuliert: Es dürfen „[e]inzelne Tatbestandsmerkmale [...] auch innerhalb ihres möglichen Wortsinns nicht so weit ausgelegt werden, dass sie vollständig in anderen Tatbestandsmerkmalen aufgehen, also zwangsläufig mit diesen mitverwirklicht werden“.⁴⁰

Nach der Kammerentscheidung besteht im Rahmen des Abrechnungsbetrugs eine Gefahr für die Verschleifung der Merkmale „Täuschung“ und „Schaden“ durch die formale Betrachtungsweise „bereits“⁴¹ deshalb nicht, weil „als wesentlicher Zwischenschritt für die Entstehung des Vermögensschadens noch die irrtumsbedingte Auszahlung durch die Mitarbeiter der Kassenärztlichen Vereinigungen und Krankenkassen erforderlich ist.“⁴² Dies ändert nichts daran, dass das Schadensmerkmal seine eigenständige (vollendungs-) strafbarkeitsbegründende Funktion verliert, wenn aus dem Umstand, dass formale Fördervoraussetzungen nicht vorliegen und eine darauf bezogene Erklärung zwangsläufig unrichtig ist, gefolgert wird, dass kein Anspruch besteht und eine eventuelle Leistung seitens der anderen Partei daher niemals kompensiert werden kann.⁴³ Die Kammer scheint demnach den eigentlichen Gehalt des Verschleifungsverbots verkannt zu haben, weshalb der Verweis des 5. *Strafsenats* hierauf den Einwand nicht zu entkräften vermag.

³⁶ BGH, Urt. v. 19.8.2020 – 5 StR 558/19 = BGHSt 65, 110.

³⁷ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09 = BVerfGE 126, 170 (198).

³⁸ BVerfG (2. Kammer des *Zweiten Senats*), Beschl. v. 5.5.2021 – 2 BvR 2023/20, 2 BvR 2041/20 = BeckRS 2021, 12702.

³⁹ BGH, Beschl. v. 30.1.2024 – 5 StR 228/23, Rn. 18.

⁴⁰ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09 = BVerfGE 126, 170 (198).

⁴¹ Weitere Argumente bleibt die Kammer freilich schuldig, worauf *Kessler/Gierok*, MedR 2022, 21 (23), zutreffend hinweisen.

⁴² BVerfG (2. Kammer des *Zweiten Senats*), Beschl. v. 5.5.2021 – 2 BvR 2023/20, 2 BvR 2041/20, Rn. 17 = BeckRS 2021, 12702.

⁴³ Zutreffend *Kessler/Gierok*, MedR 2022, 21 (23); *Warntjen*, A&R 2021, 215 (216); ähnlich auch *Dann*, medstra 2021, 376 (379); a.A. aber *Böse*, ZJS 2015, 239 (241 f.).

bb) Vermögensbegriff/Entgrenzungsverbot

Zum anderen wird der Vermögensbegriff entgrenzt. Auch insoweit verweist der *Senat* als Rechtfertigung auf die Kammerentscheidung des BVerfG.⁴⁴ Durch deren Lesart wird aber die wirtschaftliche Komponente des Vermögensbegriffs aufgegeben, wenn ausgeführt wird, dass der Umstand, dass „für die wirtschaftliche Bewertung eines Zahlungsvorganges auch die sozial- und zivilrechtlichen Rahmenbedingungen maßgeblich“ seien, lediglich widerspiegeln, „dass erst die Anerkennung einer Forderung durch die Rechtsordnung dieser in einem Rechtsstaat wirtschaftlichen Wert verleiht“.⁴⁵ Damit verkennt sie freilich die Senatsrechtsprechung des BVerfG, wonach „[n]ormative Gesichtspunkte [zwar] bei der Bewertung von Schäden eine Rolle spielen“ können, „die wirtschaftliche Betrachtung allerdings nicht überlagern oder verdrängen“ dürfen.⁴⁶ Bezogen auf die Untreue könne selbst die „Verwendung des anvertrauten Vermögens zu verbotenen Zwecken nicht per se als nachteilsbegründend angesehen werden; vielmehr bleibt es auch in solchen Fällen erforderlich, zu prüfen, ob das verbotene Geschäft – wirtschaftlich betrachtet – nachteilhaft war.“⁴⁷

cc) Rechtsgutsvertauschung

Schließlich wird der von § 263 StGB beabsichtigte Rechtsgüterschutz missachtet. Zumindest bei diesem Tatbestand geht es ausschließlich um den Schutz des Vermögens. Wenn der *Senat* selbst ins Feld führt, dass die Vorlage wahrheits- und ordnungsgemäßer Rechnungen auch dazu dient, „um Schwarzarbeit, Steuerhinterziehung, Lohndumping, illegale Beschäftigung oder eine andere, den öffentlichen Interessen zuwiderlaufende Mittelverwendung auszuschließen“,⁴⁸ wird die Rechtsgutsvertauschung⁴⁹ offensichtlich. So berechtigt diese Anliegen sind, so wenig sind sie durch § 263 StGB strafrechtlich geschützt. Der Tatbestand darf nicht künstlich umgedeutet werden, um diese (Sekundär-)Ziele zu verfolgen, indem der Erreichung des primären Subventionszwecks formalistisch der wirtschaftliche Wert abgesprochen wird.⁵⁰

⁴⁴ BGH, Beschl. v. 30.1.2024 – 5 StR 228/23, Rn. 18.

⁴⁵ BVerfG (2. Kammer des *Zweiten Senats*), Beschl. v. 5.5.2021 – 2 BvR 2023/20, 2 BvR 2041/20, Rn. 18 = BeckRS 2021, 12702.

⁴⁶ BVerfG, Beschl. v. 7.12.2011 – 2 BvR 2500/09, 1857/10 = BVerfGE 130, 1 (48).

⁴⁷ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09 = BVerfGE 126, 170 (212).

⁴⁸ BGH, Beschl. v. 30.1.2024 – 5 StR 228/23, Rn. 16.

⁴⁹ So bspw. *Braun*, ZJS 2014, 35 (40); *Brockhaus*, ZMGR 2014, 22 (26); *Freitag*, Ärztlicher und zahnärztlicher Abrechnungsbetrug im deutschen Gesundheitswesen, 2009, S. 137 f.; *Saliger/Tsambikakis*, MedR 2013, 284 (286); *H. Schneider*, in: *Wienke/Janke/Kramer* (Hrsg.), *Der Arzt im Wirtschaftsstrafrecht*, 2011, S. 57 (66); *Volk*, NJW 2000, 3385 (3388); *M. Wagner*, *Strafrechtliche Aspekte des Einsatzes von Placebos in der Medizin*, 2012, S. 79 ff.; *ders.*, *Die Akzessorietät des Wirtschaftsstrafrechts*, 2016, Rn. 758 ff.; jeweils m.w.N.; a.A. dagegen *Böse*, ZJS 2015, 239 (243 f.).

⁵⁰ Deutlich auch *Schmitz*, NZWiSt 2024, 306 (308, 309).

3. Abrechnung des Gutscheins

Scheidet nach dem bisher Gesagten eine Strafbarkeit nach den §§ 263, 264 StGB im Rahmen des Bewilligungsverfahrens aus, so stellt sich die Frage nach einer Strafbarkeit durch die Abrechnung des Gutscheins.

a) Subventionsbetrug, § 264 StGB

Zweifelhaft ist bereits, ob der Anwendungsbereich des Subventionsbetrugs insoweit eröffnet ist. Das hängt davon ab, ob die Abrechnung noch zum Subventionsverfahren gehört oder nicht. Der Begriff ist nicht legaldefiniert, weshalb die zeitlichen Grenzen unklar bleiben. Auch lassen sich verwaltungsrechtliche Grundsätze nicht übertragen, weshalb der Begriff strafrechtsautonom auszulegen ist.⁵¹ Mit Blick auf die Regelung zur tätigen Reue in § 264 Abs. 6 StGB wird man daher davon ausgehen müssen, dass das Subventionsverfahren (spätestens) abgeschlossen ist, wenn die Subvention „gewährt“ wurde. Dies war im entscheidungserheblichen Fall das Zurverfügungstellen des Gutscheins; die nachträgliche Prüfung der Verwendung fällt bspw. nicht mehr unter den Begriff des Subventionsverfahrens⁵². Eine Strafbarkeit wegen Subventionsbetrugs scheidet daher aus.

b) Betrug, § 263 StGB

In Betracht kam vielmehr ein Betrug gem. § 263 Abs. 1 StGB durch den Geschäftsführer der G-GmbH im Rahmen der Abrechnung des Gutscheins. Die Subvention (in Gestalt des Gutscheins) wurde dem geförderten Unternehmen zutreffend gewährt und der Gutschein hat gegenüber der G-GmbH zur Hälfte den Anspruch auf das Entgelt für die durchgeführte Förderungsberatung erlöschen lassen. Es stellt sich nun die Frage, ob die G-GmbH den Gutschein beim Ministerium einlösen durfte. Dies richtet sich nach dem wirksam geschlossenen Rahmenvertrag als zertifiziertes Beratungsunternehmen. Ergab sich hieraus, dass eine Abrechnung nur dann zulässig ist, wenn das Beratungsunternehmen keine kompensierenden Zahlungen an das zu beratende Unternehmen geleistet hat, so liegt in der Aufforderung zur Abrechnung des Gutscheins eine explizite oder zumindest konkludente Täuschung, die sicherlich zu einem spiegelbildlichen Irrtum bei den Mitarbeitern des Ministeriums geführt haben wird. In der Auszahlung liegt eine Vermögensverfügung zulasten des Bundes.

Der Vermögensschaden entspricht in dieser Konstellation konstruktiv demjenigen beim echten Erfüllungsbetrug und die erforderliche Saldierung ist daher streng vertragsakzesso-

risch vorzunehmen.⁵³ War in den Vertragsbedingungen vereinbart, dass ein Einlösen nur dann möglich sein soll, wenn der Eigenanteil vom beratenen Unternehmen (wirtschaftlich) selbst getragen wurde, liegt hierin eine beachtliche Leistungsbedingung für das Ministerium. Täuscht das Beratungsunternehmen über das Vorliegen dieser Bedingung, liegt in der Zahlung eine Leistung ohne Rechtsgrundlage, die nicht durch Erlöschen des Anspruchs kompensiert wird.

VI. Zusammenfassung

Der Entscheidung ist nicht zuzustimmen. Eine Verurteilung des Angeklagten hätte allenfalls wegen Betruges, nicht aber wegen Subventionsbetrugs erfolgen dürfen. Die nichttragenden Überlegungen des *Senats* überzeugen nicht, sondern weisen vielmehr das Potenzial für eine weitere Entgrenzung der Strafbarkeit nach den §§ 263, 266 StGB auf.⁵⁴ Es bleibt zu hoffen, dass die anderen Strafsenate des BGH bzw. – spätestens – der *Große Senat für Strafsachen* dieser fragwürdigen Tendenz der Rechtsprechung des 5. Strafsenats Einhalt gebieten.

⁵¹ Zutreffend *Tiedemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 264 Rn. 93.

⁵² So auch bspw. *Ceffinato*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 264 Rn. 76; *Gaede*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 264 Rn. 29; *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 264 Rn. 49; jeweils m.w.N.

⁵³ Vgl. nur etwa *Saliger*, in: Matt/Renzikowski (Fn. 52), § 263 Rn. 243 m.w.N.

⁵⁴ Mahnend auch *Schmitz*, NZWiSt 2024, 306.