

## Entscheidungsbesprechung

### Betrügerische Täuschung durch falsche Abrechnung

1. Verdrängung von § 263 StGB durch §§ 352, 353 StGB.
2. Ein Irrtum im Sinne des § 263 StGB liegt schon dann vor, wenn der Anspruchsverpflichtete tatsächlich davon ausgeht, eine Abrechnung sei ordnungsgemäß vollzogen worden, auch wenn er deren Grundlagen nicht kennt. (Amtliche Leitsätze)

StGB §§ 263 Abs. 1, 352, 353

BGH, Beschl. v. 9.6.2009 – 5 StR 394/08 (LG Berlin)<sup>1</sup>

#### I. Hintergrund

Ende 2002 kam heraus, dass die Mehrzahl der Berliner Grundeigentümer (und dadurch mittelbar über die Mietnebenkosten auch nahezu jeder Mieter in Berlin) für die Jahre 1999-2002 zu hohe Straßenreinigungsentgelte an die Berliner Straßenreinigungsbetriebe (BSR), eine Anstalt des öffentlichen Rechts, entrichtet hatte. Verantwortlich dafür war – zunächst – ein Versehen. Die Straßenreinigungsentgelte errechnen sich nach dem Berliner Straßenreinigungsgesetz (StrReinG)<sup>2</sup>, indem die für die Stadt Berlin ermittelten Gesamtreinigungskosten zu 75% je nach Straßen- und Reinigungsklasse auf einen bestimmten Betrag pro Quadratmeter Grundstücksgröße der Anlieger umgelegt werden (§ 7 Abs. 1 und 3 StrReinG).<sup>3</sup> In die umzulegenden Gesamtreinigungskosten dürfen allerdings keine Kosten einbezogen werden, die auf die Reinigung von Straßen ohne Anlieger entfallen, da diese von der Stadt Berlin alleine zu tragen sind (§ 7 Abs. 6 StrReinG). Genau das aber war in der Abrechnungsperiode 1999/2000 versehentlich geschehen.

Nachdem die Fehlberechnung innerhalb der BSR erkannt worden war, wollte die interne Projektgruppe der BSR, welche die Entgeltermittlung für die folgende Abrechnungsperiode 2001/2002 vorzunehmen hatte, den Fehler korrigieren.

<sup>1</sup> Auszugsweise veröffentlicht in NJW 2009, 2090 (m. Anm. Bittmann); NSTZ 2009, 506; ferner abrufbar unter [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de); Besprechungsaufsatz von Sieweke, wistra 2009, 340. Zur Folgeentscheidung des Senats in Sachen BSR (BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08) Rotsch, ZJS 2009, 712.

<sup>2</sup> Straßenreinigungsgesetz (StrReinG) vom 19.12.1978, derzeit gültig i.d.F. vom 2.10.2003 (GVBl. Nr. 36 vom 11.10.2003).

<sup>3</sup> Beispielsweise kostet die Straßenreinigung die Anlieger der Bismarckallee, eine Innenstandrandlage nahe des westlichen Endes des Kurfürstendamms (eingestuft in Reinigungsklasse A 4 [nach der 15. VO zur Änderung der VO über die Straßenreinigungsverzeichnisse und die Einteilung in Reinigungsklassen vom 19.9.2007, GVBl. Nr. 25 vom 13.10.2007]), heute 3,2 Cent pro Quadratmeter im Quartal (Tarife der BSR [ABl. Nr. 58 vom 30.12.2008, S. 2807]), was bei einem Grundstück von 600 m<sup>2</sup> eine jährliche Gebührenlast von 76,80 € ergäbe.

Das aber untersagte ihr der seinerzeitige BSR-Finanzvorstand, der Angeklagte Dr. Arnold G. Ihm lag daran, Planungsrisiken durch das zusätzliche Finanzpolster abzufedern, gegenüber dem Land eine Effizienzsteigerung der BSR vorzuspiegeln und zudem sein eigenes Versagen bei der Entstehung der Fehlberechnung zu vertuschen. So gerieten auch die neuen Entgeltsätze überhöht. Sie wurden auf Betreiben von G. durch die nichtsahnende Senatsverwaltung genehmigt und sodann von der ebenso nichtsahnenden Sachbearbeiterebene bei der BSR in überhöhte Entgeltrechnungen für die einzelnen Grundstückseigentümer umgesetzt, was in der Abrechnungsperiode 2001/2002 zu weiteren Schäden von immerhin 23 Mio. € führte.<sup>4</sup> Nach Aufdeckung des Skandals wurde G. am 4.12.2002 fristlos entlassen<sup>5</sup> und die Strafkammer des LG Berlin<sup>6</sup> verurteilte ihn im folgenden Strafverfahren wegen eines Betruges in mittelbarer Täterschaft hinsichtlich der Entgelterhebungen der Jahre 2001/2002 zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten.<sup>7</sup>

#### II. Die Entscheidung

Den Schuldspruch der Strafkammer hat der BGH in seiner Entscheidung bestätigt, die Strafhöhe allerdings moniert und insoweit das Urteil zu einer neuen Straffestsetzung aufgehoben und an das LG zurückverwiesen. Die gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO als Beschluss ergangene Entscheidung des BGH hatte sich dabei mit einigen nicht ganz alltäglichen Fragestellungen zu befassen, angefangen von der in mehrerlei Hinsicht konstruierbaren Täuschungshandlung beim Betrug über die mittelbare Täterschaft des Angeklagten und Konkurrenzprobleme im Verhältnis zu den §§ 352, 353 StGB bis hin zur Strafzumessung.

##### 1. Prozessuales Präludium – Richterausschluss gemäß § 22 StPO als Tatverletzte?

Im Vorfeld tat sich zudem eine kuriose prozessuale Besonderheit auf, weil drei Richter des zur Entscheidung berufenen (Leipziger) 5. Strafsenates des BGH zur Tatzeit in Berlin zur Miete gewohnt hatten. Es stellte sich somit die Frage, ob sie nicht gemäß § 22 Nr. 1 StPO als Verletzte der Tat von der Ausübung des Richteramtes ausgeschlossen waren, da sie über ihre Mietnebenkosten ihren Vermietern die überhöhten Straßenreinigungsentgelte zu erstatten und somit ebenfalls finanzielle Verluste erlitten hatten. Der BGH sah in einem gesonderten Beschluss vom 24.3.2009<sup>8</sup> hierin allerdings kein Hindernis. Eine solche Erstattungspflicht führe zu keiner

<sup>4</sup> Insgesamt nahm die BSR in den Jahren 1999-2002 auf Grund der Fehlberechnung rund 60 Mio. € an Entgelten zu viel ein.

<sup>5</sup> Berliner Zeitung vom 5.12.2002.

<sup>6</sup> LG Berlin, Urteil der Wirtschaftsstrafkammer vom 3.3.2008 – (514) 3 Wi Js 1361/02 KLs (9/04), über JURIS abrufbar.

<sup>7</sup> Drei Monate der Strafe gelten wegen rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung bereits als vollstreckt. Dieser Aspekt der Entscheidung wird hier nicht besprochen, zumal er vom BGH nicht beanstandet wurde.

<sup>8</sup> BGH NSTZ 2009, 342; Besprechung von Volkmer, NSTZ 2009, 371.

unmittelbaren Tatfolge, sondern stelle nur eine vermittelte Schädigung dar, weshalb die fraglichen Richter auch nicht als Verletzte der Tat gelten könnten. Lediglich einen von ihnen sah der BGH dennoch als ausgeschlossen an, allerdings gemäß § 22 Nr. 3 StPO, weil er mit einem unmittelbar Verletzten verwandt war – sein Bruder besaß seinerzeit Grundeigentum in Berlin. Diese Differenzierung mutet auf den ersten Blick seltsam an, stellt man zusätzlich in Rechnung, dass die im Einzelfall geringen und erst in der Masse immensen Überzahlungen den Grundeigentümern schon Anfang 2003 durch Verrechnung mit der damals fälligen Quartalszahlung erstattet worden waren.<sup>9</sup> Ob und in welcher Form die einzelnen Vermieter die erhaltene Erstattung an ihre Mieter weitergeleitet haben, steht auf einem anderen Blatt; es darf jedenfalls vermutet werden, dass im Falle eines zwischenzeitlichen Mieterwechsels durch die Mehrzahl der Vermieter überhaupt keine Erstattung erfolgte. Die materielle Betroffenheit des zur Miete wohnenden Richters mag von daher eine sehr viel höhere sein als diejenige des nur mit einem Eigentümer verwandten Richters. Die generalisierende Regelung des § 22 Nrn. 1-3 StPO erscheint freilich unumgänglich und sie zieht im Regelfall durchaus zutreffende Grenzen zwischen Richtern, die unbefangen zu urteilen in der Lage sind, und solchen, bei denen eine gewisse Nähe zu Beschuldigten oder Verletzten besteht, die dies jedenfalls nicht mehr uneingeschränkt garantiert. Das schließt nicht aus, in ungewöhnlicheren Konstellationen entgegen der Regelung von § 22 StPO auch völlig unbefangene (wie vermutlich den hier ausgeschlossenen Richter) oder auf der anderen Seite nicht von der Vorschrift ausgeschlossene und dennoch materiell betroffene und damit im Zweifel befangene Richter zu finden. Man stelle sich nur vor, die Nichte eines Richters wäre vergewaltigt worden! Er wäre wegen des fernerer Verwandtschaftsgrades nicht gemäß § 22 Nr. 3 StPO ausgeschlossen. Indes kann hier die – gewöhnliche – Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit gemäß § 24 StPO helfen, während man sich für den umgekehrten Fall des in der Sache eigentlich nicht erforderlichen Ausschlusses mit der notwendig unvollkommenen abstrakten Regelung des § 22 StPO abzufinden hat. Die von *Volkmer* angedachte Relativierung, die auf eine Nichtanwendung der Vorschrift hinausläuft, wenn der Richter nur einer von vielen – und zudem geringfügig – Geschädigten ist,<sup>10</sup> kann man nicht gutheißen; ohne Not<sup>11</sup> gäbe sie die im Hinblick auf Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG gebotene Klarheit der gesetzlichen Regelung auf.

## 2. Betrug gegenüber den Anliegern?

In materiell-rechtlicher Hinsicht ließe sich ein Betrug des Angeklagten an zwei Stellen des Ablaufes konstruieren: Einmal gegenüber der Senatsverwaltung durch das Verschweigen der Falschberechnung mit der Folge der Festset-

zung überhöhter Entgeltsätze (dazu sogleich 0.), zum anderen, wie es das LG getan hat, gegenüber den Anliegern. Sie könnten über die Richtigkeit der Entgelthöhe getäuscht worden sein und hätten dann irrtumsbedingt selbstschädigend zu Gunsten der BSR verfügt. In dieser Variante handelt es sich um einen Fall mittelbarer Täterschaft des Angeklagten, denn die eigentlich agierenden Sachbearbeiter der BSR, welche die zahlreichen Bescheide über die konkrete Entgeltspflicht (ggf. per Datenverarbeitung) zu erstellen hatten, wussten nicht, dass sie falsche Zahlen benutzten (den Kreis der Informierten hatte der Angeklagte so klein als möglich gehalten), und handelten daher vorsatzlos. Sie fungierten als (weisungsabhängige) Werkzeuge des sie kraft überlegenen Wissens und Willens beherrschenden Angeklagten. „Seine Position als Organ innerhalb der BSR und sein besonderes Wissen darum, wie die Tarife zustande gekommen sind, verschafften ihm die notwendige Tatherrschaft“, so der BGH wörtlich.<sup>12</sup> Dass der *Senat* im Falle der mittelbaren Täterschaft den Begriff der Tatherrschaft – trotz aller Vorbehalte gegen ihn im Rahmen der Mittäterschaft – benutzt, ist übrigens keineswegs ungewöhnlich, sondern hier schon Tradition.<sup>13</sup>

Trotz der Vielzahl der mittelbar bewirkten Täuschungshandlungen und entsprechenden Vermögensverfügungen wurde der Angeklagte nur wegen einer einzigen Betrugstat verurteilt. Denn er selbst agierte ein einziges Mal, indem er die Genehmigung der Entgelte durch die Senatsverwaltung bewirkte und sie damit zur Grundlage des gesamten weiteren, gleichsam automatisch ablaufenden Geschehens der Entgeltforderung machte. Sein Handeln, das den Anknüpfungspunkt für die strafrechtliche Beurteilung bildet, erschöpfte sich folglich in einem einzigen Steuerungsakt, weshalb der Angeklagte – unabhängig von den Wirkungen seines Verhaltens – auch nur einmal „betrogen“ haben kann.

Einen Schwerpunkt widmet die Entscheidung zu Recht der Frage, ob die Anlieger durch die Zusendung der überhöhten Entgeltrechnungen überhaupt getäuscht wurden. Der BGH sieht hierin eine konkludente Täuschung, die Tarife seien „unter Beachtung der für die Tarifbestimmung geltenden Rechtsvorschriften ermittelt und sie [beruhten] mithin auch auf einer zutreffenden Bemessungsgrundlage“. <sup>14</sup> Denn der Rechtsverkehr erwarte bei Geltendmachung eines Anspruchs eine wahrheitsgemäße Darstellung der für die Beurteilung des Anspruchs wesentlichen Tatsachen, die der Adressat seinerseits nicht ohne Weiteres überprüfen könne.<sup>15</sup> Der BGH wendet damit die gängige Definition zum konkludenten Erklärungsinhalt an. Sie sieht das als miterklärt an, was der Erklärungsempfänger an Informationen nach der allgemeinen Verkehrsauffassung unter Berücksichtigung der

<sup>9</sup> Berliner Zeitung vom 10.5.2003.

<sup>10</sup> *Volkmer*, NSTZ 2009, 372 f.

<sup>11</sup> Denn reine Utopie dürfte es sein, dass sich eines Tages einmal ein Fall ergeben könnte, in welchem sich gar kein nicht ausgeschlossener Richter mehr finden lasse, wie es *Volkmer*, NSTZ 2009, 372, in den Raum stellt.

<sup>12</sup> BGH, Beschl. v. 9.6.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 18.

<sup>13</sup> Vgl. BGHSt 35, 347 (353); 40, 218 (236); 45, 270 (296); 48, 77 (90); *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 172.

<sup>14</sup> BGH, Beschl. v. 9.6.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 16; zustimmend *Sieweke*, wistra 2009, 342.

<sup>15</sup> BGH, Beschl. v. 9.6.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 16.

Risikoverteilung des jeweiligen Geschäftstyps als wesentlich für seine Entscheidung erwarten darf.<sup>16</sup>

Unberücksichtigt lässt der BGH indes eine Besonderheit des Geschehens, das sich von gewöhnlichen Rechnungslegungen (etwa des Arztes gegenüber der kassenärztlichen Vereinigung<sup>17</sup>) darin unterscheidet, zweistufig zu verlaufen. Denn die Entgeltrechnungen setzten nicht – gewissermaßen aus heiterem Himmel – irgendwelche Beträge fest. Vielmehr berechneten sie das Quartalsentgelt anhand Grundstücksgröße, Reinigungsklasse und Quartalstarif, wobei auf der Rückseite des Anschreibens auf die entsprechenden Rechtsgrundlagen, auch zur Tariffhöhe, verwiesen wurde.<sup>18</sup>

Diese Berechnungen erfolgten – für sich betrachtet – vollständig korrekt; lediglich der zu Grunde gelegte Quartalstarif war unzutreffend berechnet worden. Das allerdings war längst zuvor auf der Grundlage von § 7 StrReinG geschehen. Das dabei einzuhaltende Verfahren richtet sich heute nach den §§ 16 f., 22 Berliner Betriebe-Gesetz<sup>19</sup> mit ihren relativ detaillierten Regelungen, während zur Tatzeit lediglich die Genehmigungspflicht der Entgelte nach § 18 Abs. 2 des Berliner Betriebe-Gesetz a.F.<sup>20</sup> festgelegt war. Nähere Einzelheiten sind zudem Ziff. 1.2 der im Berliner Amtsblatt veröffentlichten<sup>21</sup> (und auf der Website der BSR zu findenden<sup>22</sup>) Leistungsbedingungen der BSR zu entnehmen. Die festgesetzten und von der Senatsverwaltung genehmigten Tarife werden ihrerseits im Amtsblatt publiziert<sup>23</sup> und sind ebenso online einsehbar.<sup>24</sup>

Verfahren und Allgemeingültigkeit der Tariffestsetzung lassen nun zweifeln, ob man ihre Richtigkeit noch zum Kommunikationsinhalt zwischen BSR-Sachbearbeiter und Rechnungsempfänger zählen darf. Zum einen waren die Tarife längst bekanntgemacht worden; es läge jedenfalls nahe, die konkludente Behauptung, richtig gerechnet zu haben, erst einmal als Erklärungsgegenstand der *Tarifveröffentlichung*

anzusehen. Wenn sie dann auch noch in jedem einzelnen Rechnungslegungsakt enthalten sein sollte, setzte dies eine entsprechende Erwartung des Verkehrskreises voraus. Man darf aber zweifeln, ob tatsächlich im Regelfall eine solche Erwartung gehegt wurde. Es liegt näher, dass Rechnungsempfänger die einmal festgesetzten Tarife ebenso als gesetzt hinnehmen wie etwa einen gemeindlichen Mietspiegel, mit welchem ihnen gegenüber eine Mieterhöhung begründet wird. Dabei spielt sicherlich auch der äußerlich rechtsnormähnliche Charakter der Tarife eine Rolle. Sie betreffen nicht nur den jeweiligen Erklärungsempfänger (insoweit anders als der betrügerische Kassenarzt, der seine individuellen Leistungen vortäuscht), sondern werden nach dem Wissen des Empfängers gegenüber seinen zahlreichen Schicksalsgenossen in gleicher Weise verwendet.

Nun geht es zwar bei den meisten der üblicherweise als konkludent bezeichneten Erklärungsinhalte (wie die Miterklärung der Zahlungswilligkeit und -fähigkeit bei der Warenbestellung) um Fiktionen und so ließe sich selbstverständlich auch für die Entgelteinforderung eine Miterklärung richtiger Berechnungsgrundlagen fingieren. Im Unterschied zu ihnen *könnten* aber die bislang bekannten Fälle konkludenter Täuschungsinhalte wenigstens zum Erklärungsinhalt werden, weil der Erklärungsempfänger nachfragen könnte („Können Sie denn auch pünktlich bezahlen“) und dann eine informierte (wenn vielleicht auch erlogene) Antwort erwarten dürfte. Würde dagegen der mit einer Entgeltrechnung konfrontierte Anlieger nachfragen („Ist der Tarif denn korrekt?“), könnte er von seinem Gegenüber allenfalls die Entgegnung erwarten, dass es sich um den von Experten kalkulierten, genehmigten und veröffentlichten Tarif handle, den alle zahlen müssten. Der Umstand richtiger Tariffestsetzung zählt von daher realistischweise nicht mehr zu dem, was der Empfänger noch als Erläuterung im Rahmen der Rechnungszusendung erwarten dürfte. Wollte man sie in dieser Situation dennoch als konkludent miterklärten Umstand jeder einzelnen Entgeltabrechnung ansehen, fingierte man deshalb im Grunde zweimal: Zum einen, *dass* eine solche Erklärung (die ja tatsächlich fehlt), als gegeben gelten soll, zum anderen, dass sie im Rahmen der konkreten Kommunikationsbeziehung überhaupt gegeben werden *könnte* (was nicht der Fall ist). Diese Bedenken lassen sich auch nicht mit dem Hinweis auf die mittelbare Täterschaft des Angeklagten entkräften; erklärt wird dennoch seitens der rechnungsausstellenden Sachbearbeiter und nur, was man *ihnen* an Erklärungsinhalt zuschreiben kann, ist der strafrechtlichen Bewertung zugänglich.

### 3. Betrug gegenüber der Senatsverwaltung

Eine Notwendigkeit, sich auf einen derart weit reichenden Erklärungsinhalt einzulassen, bestand zudem gar nicht, da ein Betrug bereits anlässlich der Tariffestsetzung vorliegt. Der Senat erwägt diese Alternative zwar und hält sie sogar für vorrangig gegenüber den einzelnen Rechnungsstellungen, die ggf. mitbestrafte Nachtaten seien. Er geht ihr aber nicht nach, weil der Angeklagte demgegenüber durch den erfolgten

<sup>16</sup> Vgl. *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 263 Rn. 14/15; *Lackner*, in: Jescheck/Ruß/Willms (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 10. Aufl. 1988, § 263 Rn. 28 ff.; *Hoyer*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 119. Lieferung, Stand: September 2009, § 263 Rn. 42 ff.; *Heghmanns*, Strafrecht für alle Semester – Besonderer Teil, 2009, Rn. 1200.

<sup>17</sup> BGHR § 263 Abs. 1 StGB Täuschung 9, 11 und 12 (Täuschungen über Vornahme und Indikation der Behandlung sowie Angemessenheit der Honorarforderung).

<sup>18</sup> LG Berlin, Urt. v. 3.3.2008 – (514) 3 Wi Js 1361/02 KLS (9/04), Rn. 42.

<sup>19</sup> Berliner Betriebe-Gesetz vom 14.7.2006, GVBl. S. 827.

<sup>20</sup> Berliner Betriebe-Gesetz vom 9.7.1993, GVBl. S. 319.

<sup>21</sup> Derzeitige Fassung siehe ABl. Nr. 58 vom 30.12.2008, S. 2797.

<sup>22</sup> [http://www.bsr.de/bsr/download/aktuelle\\_Leistungsbedingungen.pdf](http://www.bsr.de/bsr/download/aktuelle_Leistungsbedingungen.pdf) (1.10.2009).

<sup>23</sup> Derzeitige Fassung ABl. Nr. 58 vom 30.12.2008, S. 2807.

<sup>24</sup> [http://www.bsr.de/bsr/download/aktuelle\\_Tarife.pdf](http://www.bsr.de/bsr/download/aktuelle_Tarife.pdf) (1.10.2009).

Schuldpruch nicht beschwert sei.<sup>25</sup> Ganz so einfach liegen die Dinge aber wohl nicht. Wenn nämlich die abgeurteilte Tat der Konsumtion als mitbestrafte Nachtat unterfiele, so hätte der Angeklagte wegen ihr schlicht nicht verurteilt werden dürfen. Eine Ausnahme lässt die Rspr. nur zu, wenn eine Verurteilung der Vortat nicht mehr möglich ist, gleich aus welchem Grunde<sup>26</sup> (z.B. wegen eingetretener Verjährung oder nicht rücknehmbarer Verfahrenseinstellung). Dass der Angeklagte wegen der Vortat nur nicht bestraft wird (weil etwa Staatsanwaltschaft oder Strafkammer sie nicht als strafbar erkannt hatten), eröffnet jedenfalls nicht die Strafbarkeit der Nachtat, solange die Bestrafung der Vortat noch nachgeholt werden kann. Und der Umstand, dass der BGH nicht auf deren Verjährung hinweist, lässt immerhin erahnen, dass sie noch verfolgbar wäre, wenngleich die Frage ohne Einblick in die Verfahrensakten nicht abschließend beantwortet werden kann.

Wenn eine Betrugsvortat gegenüber der Senatsverwaltung noch verfolgt werden könnte, so bedürfte insoweit vor allem das Merkmal des (Dritt-)Vermögensschadens näherer Betrachtung. Getäuscht hatte der Angeklagte durch die Vorlage falsch berechneter Tarife; eine im irrigen Glauben an die Richtigkeit der Rechnung veranlasste Vermögensverfügung kann man in der Genehmigung der Tarife sehen, sofern sich dadurch unmittelbar<sup>27</sup> die Vermögenslage zu Lasten der Senatsverwaltung oder ihrem „Lager“<sup>28</sup> zuzurechnender Dritter verschob. In diesem Zusammenhang weist der Senat auf die Besonderheit hin, dass die BSR auf Grund ihrer Stellung gegenüber den Anliegern zu einseitiger Leistungsbestimmung gemäß § 315 BGB berechtigt war.<sup>29</sup> Wegen der Ermächtigung, die Höhe der seitens der Anlieger zu erbringenden Leistung zu bestimmen, kann man die – an sich auf der Gegenseite stehende – Senatsverwaltung in der Tat dem Lager der Anlieger zurechnen.<sup>30</sup>

Zur Frage des Eintritts eines (Gefährdungs-)Schadens befinden sich die Senate des BGH zurzeit in einer Auseinandersetzung. Sie findet zwar vorwiegend im subjektiven Tatbestand statt, nimmt ihren Ursprung aber in der wenig präzisen

Bestimmbarkeit eines Schadens im Vorfeld der vom Täter angestrebten (oder auch nur in Kauf genommenen) endgültigen Vermögensverschiebung.<sup>31</sup> Wenn man – ohne auf den Streit an dieser Stelle näher eingehen zu wollen – der zutreffenden Linie des I. Senats folgt, wonach eine Gefährdung dann Schadensqualität erreicht, wenn schon sie allein nach wirtschaftlichen Maßstäben zu einer geringeren Bewertung des Vermögens führt,<sup>32</sup> so müsste bereits die Tarifgenehmigung durch die Senatsverwaltung zu einer Reduzierung des Anliegervermögens führen. Eine solche Vermögensreduzierung aber ließe sich durchaus begründen: Auf den Verkehrswert eines Grundstückes nimmt stets Einfluss, welche Lasten auf ihm ruhen. Mit der Genehmigung der Entgelttarife wird der Immobilienmarkt die betreffende Straßenreinigungslast bei der Wertbestimmung des Grundstücks in Rechnung stellen, und zwar ohne zu fragen, ob diese Entgelte auch richtig errechnet wurden. Eine Fehlberechnung gilt gemeinhin als äußerst unwahrscheinlich und jedenfalls als kaum erweisbar, weshalb jede Bewertung unter wirtschaftlichen Aspekten zunächst einmal davon ausgehen muss, der Anlieger werde der Tariffestsetzung entsprechend zu zahlen haben.

Liegt demzufolge (schon) ein Betrug gegenüber der Senatsverwaltung zum Nachteil der Anlieger vor, so träte ihm gegenüber der ohnehin zweifelbehaftete Betrug gegenüber den Anliegern als mitbestrafte Nachtat zurück und die gesamte Konstruktion von Strafkammer und Senat bräche in sich zusammen.

#### 4. Konkurrenz zu den §§ 352, 353 StGB

Vergleichsweise breiten Raum widmet der Senat einem fraglichen Spezialitätsvorrang der §§ 352, 353 StGB, die er zwar nicht als verwirklicht ansieht,<sup>33</sup> deren Sperrwirkung aber offenbar seitens der Revision geltend gemacht worden war.

Die Abgabenüberhebung (§ 353 Abs. 1 StGB<sup>34</sup>) verlangt nicht nur die wissentlich unrechtmäßige Erhebung von Abgaben, sondern zugleich deren Nichtabführung an die öffentlichen Kassen. Demgegenüber hatte der Angeklagte die überhöhten Entgelte sehr wohl in die Kasse der BSR fließen lassen, womit der zweite Unrechtsteil des Tatbestandes fehlt. Da es sich um einen Tatbestand mit eigenständigem Unrechtsgehalt handelt, der zudem gegenüber den §§ 263, 266 StGB eine erhöhte Mindeststrafe aufweist, handelt es sich mitnichten um eine Privilegierungsvorschrift,<sup>35</sup> die selbst im Falle ihres Nichtvorliegens einer Betrugsbestrafung entgegenste-

<sup>25</sup> BGH, Beschl. v. 9.6.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 19.

<sup>26</sup> BGHSt 38, 366 (399); zustimmend Roxin (Fn. 13), § 33 Rn. 237 ff. Im Schrifttum werden z.T. weitergehende Positionen vertreten, etwa dass die Verjährung der Vortat auch die Strafbarkeit der unverjährten Nachtat hindere, vgl. *Stree/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 16), vor § 52 Rn. 136; *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 736.

<sup>27</sup> Zu diesem Erfordernis Perron (Fn. 16), § 263 Rn. 61 f.; BGHSt 14, 171; *Heghmanns* (Fn. 16), Rn. 1236 ff.

<sup>28</sup> Zur herrschenden „Lagertheorie“ und ihren Alternativen *Heghmanns* (Fn. 16), Rn. 1241 ff.; *Perron* (Fn. 16), § 263 Rn. 66; BGHSt 18, 221 (223 f.).

<sup>29</sup> BGH, Beschl. v. 9.6.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 19.

<sup>30</sup> Selbst die sog. „Ermächtigungstheorie“ käme deshalb zur Annahme des für ein Auseinanderfallen von Verfügendem und Geschädigtem notwendigen Näheverhältnis, vgl. *Schünemann*, GA 1969, 46 (53); *Schünemann/Roxin*, JuS 1969, 372 (375); *Hoyer* (Fn. 16), § 263 Rn. 144 ff.

<sup>31</sup> Zu den Einzelheiten vgl. die ausführliche Darstellung von *Brüning*, ZJS 2009, 300 ff.

<sup>32</sup> Zuletzt BGH NJW 2009, 2390 (2391); vgl. ferner *Heghmanns* (Fn. 16), Rn. 1259.

<sup>33</sup> BGH, Beschl. v. 9.6.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 10-13.

<sup>34</sup> Die Leistungskürzung (§ 353 Abs. 2 StGB) betrifft die Auszahlung staatlicher Leistungen an den Bürger und ist deshalb nicht einschlägig.

<sup>35</sup> Zugunsten des BGH, der explizit anderes sagt (Beschl. v. 9.6.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 13: „Die Privilegierungstatbestände der §§ 352, 353 [...]“, siehe ferner das unter II. 0. wiedergegebene Zitat), mag man ein Versehen bei der Entscheidungsabfassung annehmen.

hen könnte (wie etwa § 113 StGB, dessen Nichtvorliegen zugleich das Grunddelikt des § 240 StGB sperrt).

Etwas anders liegt es bei der Gebührenüberhebung nach § 352 StGB. Für sie genügt zwar die wesentlich überhöhte Erhebung einer Gebühr oder Vergütung. Jedoch muss es sich um Vergütungen handeln, die der Amtsträger zu *seinem* Vorteil (und nicht der BSR) zu erheben hatte. Eine solche Konstellation findet man beispielsweise beim Notar, der Gebühren für seine Amtshandlungen zu Gunsten seiner (und nicht irgendeiner behördlichen) Kasse in Rechnung stellt. Der BGH erwägt noch die Möglichkeit, die Erhebung zum eigenen Vorteil als (fehlendes) persönliches Merkmal dem Angeklagten über § 14 Abs. 1 StGB zuzurechnen, lehnt dies aber weniger aus dogmatischen denn aus ergebnisorientierten, kriminalpolitischen Erwägungen ab.<sup>36</sup> Hintergrund ist der Umstand, dass es sich bei § 352 StGB um eine Privilegierungsvorschrift handelt, die dem Amtsträger für ein Verhalten, welches andernfalls als Betrug mit bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe zu ahnden wäre, nur maximal ein Jahr Freiheitsstrafe androht.<sup>37</sup> Warum ausgerechnet der Amtsträger gegenüber dem „normalen“ Betrüger privilegiert sein sollte, ist in der Tat heute kaum noch zu rechtfertigen, wenn das Handeln in amtlicher Eigenschaft andernorts regelmäßig als Qualifikations- oder Strafschärfungsgrund auftaucht (§§ 240 Abs. 4 Nr. 3, 258a, 263 Abs. 3 Nr. 4 StGB).<sup>38</sup> Gleichwohl befremden derartige, vom BGH angestellte Erwägungen bei der Auslegung bzw. Anwendung einer Bestimmung wie § 14 Abs. 1 StGB. Möglicherweise wollte der *Senat* aber einem anderen Gedanken folgen und hat nur versäumt, sich hinreichend klar auszudrücken. Die Funktion von § 14 Abs. 1 StGB ist es, besondere persönliche Eigenschaften, die ein Straftatbestand verlangt und welche dem Täter fehlen, von einem von ihm vertretenen Verband, der die fraglichen Eigenschaften aufweist, fiktiv auf den Täter zu übertragen. Wenn beispielsweise eine GmbH überschuldet ist, so kann ihr Geschäftsführer nach § 283 StGB bestraft werden, obschon er persönlich das Tatbestandsmerkmal „bei Überschuldung“ nicht erfüllt, weil § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB erlaubt, so zu tun, als sei die Überschuldung der GmbH seine eigene. Das fragliche, beim Angeklagten fehlende Tätermerkmal in § 352 StGB wäre die Befugnis, „Vergütungen zu seinem Vorteil zu erheben“. Allerdings darf diese Befugnis nicht isoliert betrachtet werden, weil sie für sich genommen kein besonderes persönliches Merkmal *aller* Täter darstellt. Vielmehr gelangt sie nur für solche Tätergruppen zur Anwendung, die ihrerseits bereits durch ein anderes persönliches Merkmal, nämlich die Amtsträgerschaft, charakterisiert sind. Es handelt sich also um ein Merkmal zur Beschreibung der Untergruppe

einer Untergruppe der Bevölkerung. Würde man nun alleine das eine Kriterium über § 14 Abs. 1 StGB ersetzen, ohne gleichzeitig das andere Merkmal zu berücksichtigen, so entstünde die kuriose Situation, dass das Merkmal der Amtsträgerschaft seine Selektionsfunktion verlöre. Das mag man sich an einem fiktiven Beispiel vor Augen führen: Nehmen wir einmal an, ein Tatbestand bestrafe „ausländische stahlproduzierende Unternehmer“, die ungenehmigt Waren einführen. Der australische Geschäftsführer einer (deutschen) stahlproduzierenden GmbH lässt diese nun ungenehmigt derartige Waren importieren. Da er selbst das Merkmal „ausländisch“ erfüllt, könnte man auf die Idee verfallen, nur die ihm fehlende Unternehmereigenschaft der GmbH („stahlproduzierender Unternehmer“) über § 14 Abs. 1 StGB zuzurechnen. Damit hätte er den Tatbestand in seiner Person verwirklicht – und man läge komplett falsch, denn besagter Tatbestand will schließlich nicht jedes Stahlunternehmen erreichen, sondern nur ausländische, und hier handelte ein deutsches Unternehmen. Es wäre also erforderlich, dass der fragliche Verband von mehreren kumulativ wirkenden Komponenten persönlicher Merkmale („stahlproduzierendes Unternehmen“ und „ausländisch“) alle zugleich erfüllt, bevor man daran gehen kann, seinen real handelnden Organen Fehlendes über § 14 Abs. 1 StGB zuzuschreiben. Wendet man diese Erkenntnis nun auf die BSR an, so ist festzustellen, dass dieser Verband zwar „Vergütungen [...] zu seinem Vorteil zu erheben hat“, aber nicht Amtsträger ist (vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB). Übertrüge man deshalb allein das Merkmal der Vergütungserhebungsbefugnis auf den Angeklagten (weil dieser schon Amtsträger ist), so weitete man den Anwendungsbereich von § 352 StGB ebenso planwidrig aus, wie bei der Norm in dem fiktiven Stahlproduktionsbeispiel. Denn § 352 StGB ist auf Amtsträger zugeschnitten, die wegen des besonderen Anreizes handeln, sich *persönlich* zu bereichern. Dieser starke Anreiz fehlt dem, der stattdessen nur „seine“ Behörde bereichern will. Im Ergebnis liegt der *Senat* daher richtig, wenn er § 352 StGB verneint; nur seine Begründung bleibt missverständlich.

Mit dieser Erkenntnis fällt es nun auch leichter, eine Sperrwirkung von § 352 StGB abzulehnen. Während der *Senat* hierzu erneut recht starke Worte bemühen muss („Die Pönalisierung einer täuschungsbedingten Schädigung [...] entfällt nicht deshalb, weil für Sonderformen des Betruges überkommene Privilegierungstatbestände zugunsten einzelner Berufsgruppen fortbestehen“<sup>39</sup>), kann man schlicht darauf verweisen, dass das Verhalten des Angeklagten sich von vorneherein gar nicht im Anwendungsfeld des § 352 StGB bewegte, weil er nicht zu den betroffenen Täterkreisen zählt und folglich auch die Privilegierungswirkung nicht für sich in Anspruch nehmen kann.

##### 5. Strafzumessung

Zur Aufhebung des Strafausspruches führt der *Senat* zwei angebliche Defizite des landgerichtlichen Urteils an, die freilich ein wenig konstruiert anmuten.

<sup>36</sup> BGH, Beschl. v. 9.6.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 11.

<sup>37</sup> BGHSt 2, 35 (36).

<sup>38</sup> Kritisch auch *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 9. Aufl. 2005, § 81 Rn. 8; *Cramer/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 16), § 352 Rn. 2; *Rolf Keller*, JR 1989, 77 f.; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 56. Aufl. 2009, § 352 Rn. 2; BGH NJW 2006, 3219 (3221).

<sup>39</sup> BGH, Beschl. v. 9.6.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 11.

Zum einen soll die Strafkammer den hohen Schaden von 23 Mio. € strafscharfend gewertet, dabei aber nicht berücksichtigt haben, dass nach gewöhnlichem Lauf der Dinge der eingetretene Schaden bei den folgenden Abrechnungsperioden wieder ausgeglichen worden wäre. Denn die erzielten Mehreinnahmen hätten in die nächsten Aufwandskalkulationen einfließen und so zu einer Senkung der Quartalarstarife führen müssen.<sup>40</sup> Der Schaden konnte daher nur als ein solcher auf Zeit, als ein vorübergehender Liquiditätsverlust (bzw. -zuwachs bei der BSR) eintreten. Das spräche in der Tat für die Notwendigkeit, die Strafe noch weiter zu mildern, stünden nicht zwei Argumente dagegen: Einerseits hätte sich der fragliche Zeitraum des Liquiditätsentzuges nicht nur über ein paar Wochen oder Monate, sondern vermutlich über mehrere Jahre erstreckt, womit er unter wirtschaftlichem Aspekt nahe an einen Dauerschaden heranrückt. Andererseits – und viel gravierender – wiegt, dass die Strafkammer den tatsächlich erfolgten Schadensausgleich Anfang 2003<sup>41</sup> bereits strafmildernd gewertet hatte.<sup>42</sup> Welchen revisionsrechtlich rückbaren Einfluss darüber hinaus der Umstand eines im Tatverlauf angelegten, viel später eintretenden Schadensrückflusses auf die Strafzumessung haben sollte, erschließt sich ohne Weiteres nicht. Je länger sich der Schadensausgleich hinzog, desto unvollkommener würde er zudem ausfallen. Denn wegen der unausweichlichen Fluktuationen im Kreis der Grundeigentümer kämen mit zunehmender Zeitdauer immer weniger der ursprünglich Geschädigten und an ihrer Stelle ihre – nicht geschädigten – Rechtsnachfolger in den Genuss niedriger Beiträge.

Geradezu widersprüchlich mutet der zweite Vorwurf des *Senats* gegenüber der Strafkammer an: Sie hätte davon auszugehen gehabt, „dass im Bereich des Betrugs im Rahmen uneigentlicher Gebührenüberhebungen der Blick auf die hier nicht erfüllten, aber angesichts des verlangten materiellen Eigennutzes verwerflicheres Handeln voraussetzende[n] Privilegierungstatbestände der §§ 352, 353 StGB<sup>43</sup> für sich eine mildernde Berücksichtigung nahe legt.“<sup>44</sup> Der *Senat* fordert damit eine systemkonsistente Einordnung der Tat schwere in das Spektrum der Bewertungen, die das StGB für vergleichbares Verhalten bietet. Wenn ein noch unrechtsbelastenderes Verhalten als das des Angeklagten privilegiert werde, so dürfe dieser nicht benachteiligt werden, weil er „nur“ betrogen habe. Das ist an sich ein richtiger Gedanke, der sich freilich nicht mit der § 352 StGB zuvor attestierten „rechtspolitischen Fragwürdigkeit“<sup>45</sup> verträgt. Hält man, wie es der *Senat* offenkundig tut, § 352 StGB für ein schlechtes Gesetz, so ändert das zwar nichts daran, dass der an das Ge-

setz gebundene Richter es anzuwenden hat. Wenn ein solcher Tatbestand aber wie hier gar nicht anwendbar ist, so ist es jedenfalls nicht zwingend geboten, seine Existenz im Rahmen systematischer Erwägungen bei der Auslegung einer anderen Norm zu berücksichtigen. Das zu tun hieße, der Systematik im Rahmen des Kanons der Auslegungsmethoden ausnahmslosen Vorrang einzuräumen. Das aber ist jedenfalls dort nicht geboten, wo eine Norm wie § 352 StGB ihrerseits eine ansonsten ausgewogene Systematik des Gesetzes durch ihre unangemessen milde Rechtsfolge aus dem Gleichgewicht bringt.

Außerdem ist zu berücksichtigen, dass an sich ein besonders schwerer Fall gemäß § 263 Abs. 3 Nrn. 2 und 4 StGB vorläge. Schon dessen Anwendung hatte die Strafkammer angesichts der Tatfolgen für den Angeklagten und des überwiegend ausgeglichenen Schadens im Rahmen einer Gesamtwürdigung ausgeschlossen.<sup>46</sup> Unerfindlich bleibt, aus welchen Gründen der *Senat* meint, ausgerechnet diesen Angeklagten darüber hinaus noch weiter schonen zu müssen. Immerhin war erst vor kurzem die Entscheidung ergangen, ab einem Steuerhinterziehungsschaden in (einfacher) Millionenhöhe die Verhängung einer aussetzungsfähigen Strafe i.d.R. auszuschließen.<sup>47</sup> Eine Freiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten (immerhin wegen Betruges) bei einer Schadenshöhe von 23 Mio. € erscheint vor diesem Hintergrund selbst in Ansehung der beträchtlichen Strafmilderungsgründe nicht als so unangemessen, dass man den tatrichterlichen Strafzumessungsspielraum als überschritten ansehen und mit zudem schwachen Argumenten revisionsgerichtlich einschreiten müsste.

### III. Gesamtbewertung

Die Entscheidung ist wegen der Vielzahl der von ihr angesprochenen Probleme und wegen ihres zeitgeschichtlich nicht unbedeutenden Hintergrundes lesenswert, zumal man an ihr die Fähigkeit zur kritischen Betrachtung vordergründig schlüssig erscheinender Argumentationen erproben und schulen kann. Ein „scharfes Schwert gegen etliche, bisher lediglich als unerträglich empfundene manipulierte Abrechnungen“<sup>48</sup> wird das Urteil hoffentlich nicht werden. Dazu fordert es an zu vielen Stellen Widerspruch heraus. Und wenn das LG Berlin sich – wohl unnötig – ein weiteres Mal mit der Strafzumessungsentscheidung herumzuschlagen hat, so stellt selbst das konkrete Ergebnis kaum zufrieden.

*Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster*

<sup>40</sup> BGH, Beschl. v. 9.6.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 24 f.

<sup>41</sup> Siehe oben unter II. 0.

<sup>42</sup> BGH, Beschl. v. 9.6.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 25.

<sup>43</sup> Welche Bedeutung der Hinweis des *Senats* auf § 353 StGB in diesem Kontext hat, ist angesichts des Umstandes, dass dieser Tatbestand gar keine Privilegierung bietet, nicht zu erkennen.

<sup>44</sup> BGH, Beschl. v. 9.6.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 26.

<sup>45</sup> BGH, Beschl. v. 9.6.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 11, dazu oben unter II. 0.

<sup>46</sup> LG Berlin, Urt. v. 3.3.2008 – (514) 3 Wi Js 1361/02 KLS (9/04), Rn. 251-257.

<sup>47</sup> BGHSt 53, 71 (86).

<sup>48</sup> *Bittmann*, NJW 2009, 2903.