



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

2 StR 91/09

vom
29. Juli 2009
in der Strafsache
gegen

1.

2.

3.

4.

5.

wegen gewerbs- und bandenmäßigen Betruges

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung der Beschwerdeführer und des Generalbundesanwalts - zu 2. auf dessen Anträge - am 29. Juli 2009 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revisionen der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Kassel vom 15. Juli 2008

a) dahingehend ergänzt, dass die Angeklagten im Übrigen freigesprochen werden; insoweit fallen die Kosten des Verfahrens und die notwendigen Auslagen der Angeklagten der Staatskasse zur Last,

b) in den Strafaussprüchen mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.

Im Umfang der Aufhebungen wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die verbleibenden Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

2. Die weitergehenden Revisionen werden als unbegründet verworfen.

Gründe:

1 Das Landgericht hat die Angeklagten jeweils wegen gewerbsmäßigen Bandenbetrugs in 132 tateinheitlich zusammentreffenden Fällen schuldig gesprochen. Es hat den Kaufmann D. unter Einbeziehung einer Freiheitsstra-

fe von einem Jahr aus einer früheren Verurteilung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sieben Jahren und drei Monaten verurteilt, gegen den Onkologen Dr. med. R. hat es eine Freiheitsstrafe von fünf Jahren und acht Monaten und gegen den Journalisten v. K. eine solche von drei Jahren verhängt. Hinsichtlich der Kaufleute D. C. (ein Jahr und acht Monate) und P. (ein Jahr und vier Monate) hat es auf Bewährungsstrafen erkannt.

2 Die Rechtsmittel der Angeklagten haben mit der Sachrüge in dem aus der Beschlussformel ersichtlichen Umfang Erfolg (§ 349 Abs. 4 StPO); im Übrigen sind sie unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

I.

3 1. Nach den Feststellungen des Landgerichts veräußerten die Angeklagten in der Zeit vom 01. Juni 2000 bis Ende Mai 2001 an Krebspatienten das aus Russland stammende und in Deutschland nicht zugelassene Präparat Galavit. Dieses bezogen sie zum Preis von 42,-- DM pro Ampulle von zwei internationalen Apotheken mittels Individualrezepten, die vom Angeklagten Dr. R. und in Einzelfällen von seiner Assistentin auf die jeweiligen Patienten ausgestellt worden waren. Von den Patienten, die sich überwiegend im Endstadium einer Krebserkrankung befanden und bei denen im Regelfall konventionelle Behandlungsmethoden nicht mehr durchgeführt werden konnten, verlangten die Angeklagten pro Behandlungseinheit, die die Verabreichung von 15 Ampullen umfasste, einen Preis von 16.800,-- DM. Nach Berechnung der Angeklagten setzte sich dieser Gesamtpreis zusammen aus Medikamentenkosten in Höhe von 9.000,-- DM, einem Apothekenzuschlag in Höhe von „ca. 2.700 Mark“, Mehrwertsteuer in Höhe von „rund 2.317 Mark“, sowie einem nicht näher bezifferten Anteil für ärztliche Nebenleistungen und sonstige Gebühren und Zuschläge. Hinzu kamen weitere Kosten für den mit der Behandlung regelmäßig

verbundenen stationären Aufenthalt in der Klinik Ca. in B. K. ,
die in dem Betrag von 16.800,-- DM nicht eingerechnet waren.

4 In einer Werbebroschüre, welche die Angeklagten u. a. über ein Call-Center vertrieben, behaupteten sie wahrheitswidrig, der Exportpreis des Medikaments betrage pro Ampulle 600,-- DM. Dabei suggerierten sie, dass das Präparat in Deutschland nicht unter dem von ihnen hierfür angesetzten Preis erhältlich sei. Die Differenz zu dem Verkaufspreis in Russland von 10 US-Dollar begründeten sie mit angeblichen Preisaufschlägen des Herstellers, der über die Exportkosten seine eigenen Entwicklungskosten finanzieren müsse. Im Rahmen der von ihm durchgeführten Informationsgespräche, an denen alle potentielle Patienten teilnahmen, ging der Angeklagte Dr. R. die Frage des hohen Preises offensiv an und wies wiederum auf die Forschungs- und Entwicklungskosten in Russland sowie die angeblich hohen Beschaffungskosten hin. Zudem suggerierte er den Zuhörern, dass Galavit anderweitig in Deutschland kaum zu bekommen sei, jedenfalls nicht zu einem geringeren Preis. Den Angeklagten war indes bekannt, dass jeder Arzt per Individualverordnung Galavit verschreiben konnte. Sie wussten auch, dass sich die Patienten damit das Medikament ebenfalls zum Preis von 42,-- DM pro Ampulle in einer internationalen Apotheke hätten beschaffen können.

5 In den Werbebroschüren wurde ferner behauptet, Galavit sei in Russland an Krebspatienten experimentell und klinisch getestet worden. Hierbei seien positive Effekte, wie eine deutliche Verringerung der Größe der Tumore und eine Verbesserung der Lebensqualität, nachgewiesen worden; eine nähere Differenzierung nach der Art der Krebserkrankung erfolgte nicht. Entsprechende Behauptungen über angeblich vorliegende Wirknachweise verbreiteten die Angeklagten zudem in Anzeigen im Internet und einem Beitrag für die SAT 1-Sendung „Akte 2000“, an dessen Erstellung der Angeklagte v. K. beteiligt

gewesen war. Daneben bezahlte der Angeklagte D. den Schauspieler De. dafür, in der Öffentlichkeit wahrheitswidrig zu behaupten, er habe an Prostatakrebs gelitten und sei davon in einer Moskauer Klinik mit Galavit geheilt worden. In diesem Zusammenhang wurden auch Fotoaufnahmen gefertigt und in der Presse veröffentlicht, die den Angeklagten Dr. R. bei einer Untersuchung des Schauspielers zeigten. Tatsächlich war De. nie an Prostatakrebs erkrankt gewesen. Nachdem in der Folgezeit in den Medien kritische Berichte und Stellungnahmen erschienen waren, wurde in die Werbebroschüren ein Hinweis aufgenommen, dass es sich bei Galavit um einen Immunmodulator und nicht um ein Krebsmittel handle. Es sei aber nachgewiesen, dass es die Nebenwirkungen von Strahlen- und Chemotherapie reduziere, die Makrophagen stimuliere und aktiviere sowie die Basalzellmembran moduliere. Im Rahmen der von ihm durchgeführten Informationsveranstaltungen und Einzelgespräche stellte der Angeklagte Dr. R. potentiellen Patienten daneben regelmäßig eine Verbesserung der Lebensqualität und Verlängerung der Überlebensdauer in Aussicht und suggerierte eine wissenschaftlich hinreichend erwiesene Wirksamkeit von Galavit.

6 Allen Angeklagten war bekannt, dass wissenschaftliche Nachweise für die behaupteten positiven Wirkungen von Galavit bei Krebserkrankungen nicht existierten. Zwar waren in Russland Studien zur Wirkweise von Galavit gefertigt worden. Diese waren jedoch nicht klinischer Art, besaßen für die Frage, ob eine Wirksamkeit bei allen Krebserkrankungen gegeben ist, keinerlei Aussagekraft und waren zudem sämtlich von nur schlechter Qualität.

7 2. Die Strafkammer sieht das betrügerische Verhalten der Angeklagten zum einen darin, dass sie vorsätzlich unwahre Behauptungen über das Vorhandensein eines wissenschaftlichen Wirknachweises von Galavit bei allen Krebsarten aufstellten, zum anderen in der mit falschen Tatsachen unterlegten

Preisgestaltung von 16.800,-- DM pro Behandlung. Den 132 Patienten, die sich zur Durchführung einer Galavitbehandlung entschlossen, sei deshalb ein Vermögensschaden in Höhe der jeweils gezahlten Beträge entstanden.

8 Hinsichtlich drei weiterer Patienten, die keine Geldzahlungen geleistet hatten, ist die Strafkammer von einem strafbefreienden Rücktritt ausgegangen, weil die Angeklagten durch die Nichtbeitreibung der Forderung die Tatvollendung im Sinne des § 24 Abs. 2 StGB verhindert hätten.

II.

9 1. Die Angeklagten waren freizusprechen, soweit das Landgericht in den Fällen der Patienten B. , W. und W. einen strafbefreienden Rücktritt vom Versuch angenommen hat. Nach der Anklage sollen sämtliche Taten in Tatmehrheit (§ 53 StGB) begangen worden sein. In einem solchen Fall hat, wenn sich eine oder mehrere Taten nicht nachweisen lassen, Teilfreispruch zu erfolgen, auch wenn das Gericht der Meinung ist, dass die nicht nachgewiesenen Taten bei einer Verurteilung in Tateinheit mit den Delikten stehen würden, deretwegen der Angeklagte verurteilt worden ist (Senatsbeschluss vom 28. März 2007 - 2 StR 102/07). Das Urteil war deshalb entsprechend zu ergänzen.

10 2. Im Übrigen hält die Überprüfung des Schuldspruchs anhand der Revisionsrechtfertigungen bezüglich aller Angeklagten im Ergebnis rechtlicher Nachprüfung stand.

11 a) Das betrügerische Verhalten aller Angeklagten liegt hier darin, dass sie die Patienten über die Grundlagen ihrer Preisgestaltung und den Apothekenabgabepreis von Galavit in Deutschland täuschten. Zwar liegt im Fordern eines bestimmten Preises nicht ohne Weiteres die Zusicherung, dass dieser

auch angemessen oder üblich ist (RGSt 42, 147, 150; BGHR StGB § 263 Abs. 1 Täuschung 6; Fischer StGB 56. Aufl. § 263 Rdn. 21 m.w.N.). Die Angeklagten haben jedoch durch ihre wahrheitswidrige Behauptung, der Exportpreis des Medikaments Galavit betrage 600,-- DM pro Ampulle, den Patienten vorge spiegelt, das Medikament sei in Deutschland nicht zu einem geringeren Preis erhältlich. Zwar hat das Landgericht auf der Grundlage seiner Bewertung der Taten als eine Tat im Rechtssinne nur pauschale Feststellungen zum jeweiligen Vorstellungsbild der einzelnen Geschädigten getroffen. Den Feststellungen kann in ihrer Gesamtheit aber noch hinreichend entnommen werden, dass über die Angaben in den versandten Informationsbroschüren hinaus jedenfalls im Rahmen der vom Angeklagten Dr. R. durchgeführten Informationsveranstaltungen und Einzelgespräche gegenüber jedem der 132 Geschädigten unwahre Behauptungen zur angeblichen Höhe des Importpreises für Galavit aufgestellt wurden. Dabei versteht es sich von selbst, dass die hierdurch getäuschten Patienten irrtumsbedingt davon abgesehen haben, das Medikament zu einem Bruchteil des Preises selbst über eine Apotheke zu beziehen.

12 b) Nicht tragfähig ist hingegen die Annahme des Landgerichts, der Betrugstatbestand sei in objektiver und subjektiver Hinsicht zudem wegen der Täuschungen über das Ausmaß und den Nachweis einer Wirksamkeit des Medikaments bei sämtlichen Krebsarten erfüllt.

13 Die Angeklagten haben, u.a. durch Einsatz des Schauspielers De. , teils ausdrücklich, teils konkludent behauptet, Galavit sei geeignet, eine Heilung oder zumindest Linderung bei allen Arten von Krebserkrankungen zu bewirken. Ob dies zutrifft, hat das Landgericht ausdrücklich offen gelassen, nachdem der hierzu gehörte Sachverständige die Frage der Wirksamkeit von Galavit bei Krebsindikationen nicht abschließend beantworten konnte. Als Anknüpfungspunkt für die Täuschungshandlung hat es vielmehr die wahrheitswidrige Be-

hauptung der Angeklagten herangezogen, es lägen wissenschaftliche Belege für den von ihnen behaupteten Wirkmechanismus des Medikaments vor. Ob jedoch die diesbezügliche Fehlvorstellung bei sämtlichen Getäuschten auch jeweils ursächlich war für die Entscheidung, eine Behandlung mit Galavit durchzuführen, hat die Strafkammer nicht überprüft. Entsprechender Feststellungen zum individuellen Vorstellungsbild und der Motivlage der einzelnen Geschädigten war das Landgericht nicht etwa deshalb enthoben, weil es - teilweise in rechtlich bedenklicher Weise - sämtliche Täuschungshandlungen als eine materiell-rechtliche Tat bewertet hat. Auch bei Serienstraftaten des Betrugs sind regelmäßig entsprechende individuelle Feststellungen erforderlich (BGH NSTZ 2004, 568, 569). Dass die Behauptungen der Angeklagten zum Grad der wissenschaftlichen Verlässlichkeit ihrer Angaben in allen Fällen kausal für die Vermögensverfügung der Getäuschten waren, versteht sich angesichts der Lage, in der sich die Interessenten befanden, nicht von selbst. Zutreffend weisen die Revisionen darauf hin, dass es sich überwiegend um austerapierte Krebspatienten handelte, die genötigt waren, nach „jedem Strohalm zugreifen“. Es liegt schon deshalb nicht fern, dass sich jedenfalls ein Teil der Patienten auch dann für eine Behandlung mit Galavit im Ca. entschieden hätte, wenn ihnen nicht eine nachgewiesene, sondern lediglich die - nach den Feststellungen der Strafkammer nicht ausschließbar gegebene - Möglichkeit einer entsprechenden Wirkung in Aussicht gestellt worden wäre. Dies gilt umso mehr, als das Landgericht an anderer Stelle im Urteil ausführt, dass die Entscheidung der Patienten für die Durchführung der Behandlung auf Grund „individuell unterschiedlich gelagerter Umstände“ erfolgte.

14

c) Die konkurrenzrechtliche Einordnung der Einzelaktivitäten der Angeklagten als jeweils eine Betrugstat im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB begegnet zwar teilweise rechtlichen Bedenken. Denn die organisatorische Einbindung des Täters in ein betrügerisches Geschäftskonzept ist für sich nicht ausreichend, die

Einzelakte der Tatserie rechtlich zu einer Tat, auch nicht im Sinne eines sog. „uneigentlichen Organisationsdelikts“ (hierzu: Senatsbeschluss vom 29. Juli 2009 - 2 StR 150/09), zusammenzufassen. Erbringt der Täter für alle oder einige Einzeltaten einen individuellen, nur diese fördernden Tatbeitrag, so sind ihm diese Taten grundsätzlich als tatmehrheitlich begangen zuzurechnen (BGHSt 49, 177, 182 f.). So liegt der Fall jedenfalls bei dem Angeklagten Dr. R. , der im Rahmen der Informationsveranstaltungen und Einzelgespräche individuelle Täuschungshandlungen vorgenommen hat. Der Senat kann aber ausschließen, dass die Angeklagten durch die Annahme einer tateinheitlichen Begehungsweise beschwert sind.

15 3. Die Strafaussprüche können jedoch keinen Bestand haben:

16 Zwar hat das Landgericht die jeweilige Strafhöhe nicht ausdrücklich damit begründet, dass die Angeklagten zwei schadensursächliche Täuschungshandlungen begangen haben. Der Senat kann dennoch nicht ausschließen, dass sich die rechtsfehlerhafte Annahme, der Betrugstatbestand sei auch im Hinblick auf die behaupteten Wirknachweise vollendet, auf die Höhe der erkannten Strafen ausgewirkt hat. Die Strafkammer hat sowohl die Ablehnung eines - hier allerdings nicht nahe liegenden - minder schweren Falls als auch die konkrete Bemessung der jeweiligen Strafen u. a. mit der Höhe des bewirkten Schadens begründet und dabei die von den Geschädigten gezahlten Beträge in voller Höhe herangezogen. Die Feststellungen belegen eine verfügungskausale Täuschung jedoch allein hinsichtlich des Bezugspreises des Medikaments. Für die Schadensberechnung ist deshalb lediglich auf den Unterschied zwischen dem für die Behandlung tatsächlich bezahlten und dem Betrag abzustellen, der angefallen wäre, wenn sich die Patienten das Medikament auf anderem Wege beschafft und zur Behandlung in das Ca. mitgebracht hät-

ten. Der Kostenanteil für die angefallenen ärztlichen Leistungen ist nicht als Schaden anzusetzen.

17 4. Soweit sich die weitergehenden Sachrügen und die Verfahrensrügen durch die Aufhebung der Strafaussprüche nicht erledigt haben, bleibt ihnen aus den Gründen der Antragsschriften des Generalbundesanwalts ein Erfolg versagt.

18 5. Der neue Tatrichter wird in die Urteilsformel hinsichtlich des Angeklagten D. die in der einzubeziehenden Entscheidung des Amtsgerichts München festgesetzte Bestimmung des Anrechnungsmaßstabes für die in Österreich erlittene Auslieferungshaft aufzunehmen haben (§§ 55 Abs. 2, 51 Abs. 4 Satz 2 StGB).

Rissing-van Saan

Rothfuß

Roggenbuck

Appl

Schmitt