



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

2 StR 398/19

vom
19. Mai 2020
in der Strafsache
gegen

wegen Betruges u.a.

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und des Beschwerdeführers am 19. Mai 2020 gemäß § 349 Abs. 2 und 4, § 357 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Wiesbaden vom 15. März 2018,
 - a) soweit es ihn betrifft,
 - aa) im Schuldspruch in den Fällen II. 1 und II. 2 der Urteilsgründe dahin geändert, dass der Angeklagte insoweit des Betrugs in zwei tateinheitlichen Fällen in Tateinheit mit Urkundenfälschung schuldig ist,
 - bb) in den Aussprüchen über die Einzelstrafen in den vorbezeichneten Fällen mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben,
 - b) ferner, soweit es ihn und den nicht revidierenden Mitangeklagten Z. betrifft, mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben
 - aa) im Fall II. 3 der Urteilsgründe,
 - bb) in den Aussprüchen über die Einzelstrafen in den Fällen II. 4 bis II. 6 der Urteilsgründe, sowie
 - cc) im Gesamtstrafenausspruch.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

2. Die weitergehende Revision des Angeklagten wird verworfen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten B. wegen Betrugs in drei Fällen, davon in einem Fall in Tateinheit mit Urkundenfälschung, sowie wegen versuchten Betrugs in drei Fällen, davon in einem Fall in Tateinheit mit Urkundenfälschung, bei Einstellung einiger Anklagevorwürfe und unter Freisprechung im Übrigen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren, den (nicht revidierenden) Mitangeklagten Z. wegen der genannten Delikte zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und acht Monaten verurteilt. Im Übrigen hat es zwei sichergestellte Gemälde eingezogen und Anordnungen zur Einziehung des Wertes von Taterträgen getroffen. Die Revision des Angeklagten B. hat unter teilweiser Erstreckung auf den nicht revidierenden Mitangeklagten in dem aus der Beschlussformel ersichtlichen Umfang Erfolg; im Übrigen ist sie offensichtlich unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO).

I.

- 2 Die Verfahrensrügen haben aus den Gründen der Antragschrift des Generalbundesanwalts keinen Erfolg.

II.

3 Die Verurteilung des Angeklagten B. in den Fällen II. 1 und 2 der Urteilsgründe wegen Betrugs und Betrugs in Tateinheit mit Urkundenfälschung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Annahme zweier tatmehrheitlicher Fälle begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

4 1. a) Nach den Feststellungen des Landgerichts betrieben die Angeklagten B. und Z. gemeinsam eine Galerie in W., in der laufend dem Z. gehörende Gemälde aus der Epoche der Russischen Avantgarde verkauft wurden. Nach Verbringung der Bilder nach W. wurden diese regelmäßig zunächst naturwissenschaftlich in einem bei K. gelegenen Labor untersucht. Das von dem Sachverständigen Dr. J. geleitete und auf eine chemische Materialanalyse von Kunst- und Kulturgut spezialisierte Labor erstellte für den Fall, dass die Entstehung des Bildes mit Blick auf die bei den Bildern vorgefundenen Materialien zum angenommenen Entstehungszeitpunkt nicht ausgeschlossen war, einen schriftlichen Bericht, in dem er eine Beschreibung des Bildes und die Untersuchungsmethoden und -ergebnisse aufnahm sowie auch Lichtbilder von Probenanschnitten beifügte. Das Gutachten wurde den Angeklagten zeitnah nach der Untersuchung zur Verfügung gestellt. Soweit eine Entstehung des Werkes zum genannten Zeitpunkt ausgeschlossen war, vermerkte das Labor dies intern in einem Vermerk „kein Bericht – Fälschung“ und teilte dies lediglich telefonisch mit. Ein schriftliches Negativgutachten gab es insoweit nicht.

5 Neben einem naturwissenschaftlichen Gutachten holten die Angeklagten auch gutachterliche Stellungnahmen kunsthistorischer Experten ein, die überwiegend Mitglieder in der „I. “ wa-

ren, eine auch auf Initiative der Angeklagten gegründete gemeinnützige Organisation.

6 Nach Erstellung der kunsthistorischen Expertisen wurden in der Galerie der Angeklagten Exposés zu den jeweiligen Bildern verfasst, in die neben den „technischen“ Daten und den vorhandenen Expertisen auch Angaben zur Provenienz des Bildes aufgenommen wurden. Dabei handelt es sich um eine Dokumentation zur Herkunft des Bildes, mithin die Eigentums- und Besitzhistorie des Werkes. Sie dient dem Beleg der Echtheit des Werkes; sie ist gegebenenfalls geeignet, Zweifel an der Echtheit des Werkes zu zerstreuen. Die Provenienz eines Bildes stellt nach den Feststellungen des Landgerichts einen wertbildenden und -steigernden Faktor dar, insbesondere auch bei Gemälden der Russischen Avantgarde, weil es bei diesen Werken nicht sehr viele gibt, bei denen tatsächlich lückenlos der Weg vom Künstler bis zum heutigen Eigentümer dokumentiert ist.

7 Beide Angeklagten wussten um die Problematik von Provenienzen. Da der Angeklagte Z. die Werke unbesehen erworben hatte und ihm nähere Angaben zu früheren Vorbesitzern bzw. Aufbewahrungsorten fehlten, erfand der Angeklagte B. mit Billigung des Angeklagten Z. zu den einzelnen Bildern Provenienzen. Dass die Werke dem Angeklagten Z. gehörten und er sie seit den 1990er Jahren aus der UdSSR bzw. der ehemaligen Sowjetunion importiert hatte, wurde potentiellen Käufern gegenüber verschwiegen. Mit frei erfundenen Provenienzen sollte die Authentizität der jeweiligen Werke untermauert werden. Sie sollten nach der Vorstellung der Angeklagten bei den interessierten Kunden die Vorstellung verstärken, es handele sich bei den angebotenen Bildern um ein Original, mithin zum Wert des als Original zu betrachtenden Werkes beitragen.

8 b) Im Herbst/Winter des Jahres 2008 entdeckte der Zeuge Dr. S. im Schaufenster der Galerie in W. zwei ihn interessierende Bilder: das Werk „Aquarell zu Konstruktion“, das im Jahr 1919 von Alexander Rodchenko gemalt worden sein soll, sowie das Bild „Entwurf zu Farbdynamiken“, das 1917/1918 von Alexandra Exter angefertigt worden sein soll. Der Zeuge erhielt zu beiden Werken Exposés, die Hinweise auf ihre durch Kunstsachverständige bestätigte Authentizität enthielten und in die (frei erfundene) Provenienzen aufgenommen waren. Auf Nachfrage wurde dem Zeugen die Echtheit der Werke bestätigt. Tatsächlich handelte es sich bei beiden Gemälden um Fälschungen. Dies war den Angeklagten jedenfalls hinsichtlich des „Rodchenko-Werks“ auch bewusst, weil die ihnen bekannte naturwissenschaftliche Begutachtung ergeben hatte, dass es sich um eine „Fälschung“ handelte. Das „Exter-Werk“ hatten die Angeklagten nicht naturwissenschaftlich untersuchen lassen; tatsächlich handelte es sich auch bei diesem Werk – was den Angeklagten aber nicht bekannt war – um eine Fälschung, weil das Papier, auf dem es angefertigt wurde, im vermeintlichen Entstehungszeitraum nicht zur Verfügung stand.

9 Der Zeuge besprach im Folgenden mit dem Angeklagten B. die Vertragsmodalitäten und erwarb schließlich in der Annahme, dass es sich um echte Werke handele, das „Rodchenko-Werk“ am 18. Dezember 2008 zu einem Kaufpreis von 43.000 € und das „Exter-Werk“ am 9. Januar 2009 zu einem Kaufpreis von 29.000 €.

10 2. a) Das Landgericht ist hinsichtlich der Veräußerung des „Exter-Werks“ von einem vollendeten Betrug und hinsichtlich des „Rodchenko-Werks“ tatmehrheitlich von einem weiteren vollendeten Betrug in Tateinheit mit Urkundenfälschung ausgegangen. Dies hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

- 11 Zwar ist weder die Annahme eines vollendeten Betrugs durch vorsätzliche Täuschung über die Echtheit des „Rodchenko-Werks“ bzw. über die Provenienz beider Bilder (als wertbildende Faktoren) noch eine Urkundenfälschung durch das Gebrauchen einer unechten Urkunde (in Form eines signierten Gemäldes) rechtlich zu beanstanden. Es bestehen aber durchgreifende rechtliche Bedenken, insoweit von zwei selbständigen Taten auszugehen. Nach den Feststellungen des Landgerichts besprach der Angeklagte B. mit dem Zeugen Dr. S. die Vertragsmodalitäten hinsichtlich beider Werke; dabei war Grundlage dieser insoweit zeitgleich geführten Verhandlungen der von dem Angeklagten schon durch die falschen Provenienzen erzeugte und in den Vertragsgesprächen weiter verfestigte Eindruck echter Gemälde, die Grundlage für den späteren Kaufentschluss des Zeugen war. Insoweit liegt hier hinsichtlich der sich über den gesamten Erwerbsvorgang erstreckenden Täuschung des Käufers eine Teilidentität von Ausführungshandlungen durch den Angeklagten vor, die beide Betrugstaten zur Tateinheit verbindet.
- 12 b) Der Schuldspruch ist daher insoweit zu berichtigen, als der Angeklagte des Betrugs in zwei tateinheitlichen Fällen in Tateinheit mit Urkundenfälschung schuldig ist. Dies führt zur Aufhebung der Strafaussprüche zu den Fällen II. 1 und 2 der Urteilsgründe.
- 13 c) Die Schuldspruchänderung und die Aufhebung der Strafaussprüche sind auf den nicht revidierenden Mitangeklagten Z. nicht zu erstrecken (§ 357 StPO).
- 14 Sind an mehreren Taten – wie hier – mehrere Personen beteiligt, ist die Frage, ob die einzelnen Taten tateinheitlich oder tatmehrheitlich zusammentreffen, bei jedem Beteiligten gesondert zu entscheiden. Leistet ein Mittäter für alle oder einige Einzeltaten einen individuellen, nur je diese fördernden Tatbeitrag, so

sind ihm diese Taten – soweit keine natürliche Handlungseinheit vorliegt – als tatmehrheitlich begangen zuzurechnen. Fehlt es an einer solchen individuellen Tatförderung, erbringt der Täter aber im Vorfeld oder während des Laufs der Deliktsserie Tatbeiträge, durch die alle oder mehrere Einzeltaten seiner Tatgenossen gleichzeitig gefördert werden, sind ihm die gleichzeitig geförderten einzelnen Straftaten als tateinheitlich begangen zuzurechnen, da sie in seiner Person durch den einheitlichen Tatbeitrag zu einer Handlung im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB verknüpft werden. Ohne Bedeutung ist dabei, ob die Mittäter die einzelnen Delikte tatmehrheitlich begangen haben (st. Rspr.; vgl. Senat, Beschluss vom 2. Mai 2017 – 2 StR 575/16).

- 15 Nach diesen Maßstäben ist die Annahme zweier tatmehrheitlicher Taten hinsichtlich des Mitangeklagten Z. nicht zu beanstanden. Er hat durch die Beschaffung und Lieferung des jeweiligen Kunstwerks im Vorfeld der späteren Betrugshandlungen einen jeweils konkret auf die jeweilige betrügerische Veräußerung jedes Kunstwerks bezogenen Tatbeitrag erbracht. Anhaltspunkte dafür, dass die Überlassung der Kunstwerke durch eine einheitliche Handlung erfolgt ist, lassen sich den Urteilsgründen nicht entnehmen, ebenso wenig eine spätere Beteiligung an den Taten, die sich auf die einzelnen Betrugstaten gleichermaßen fördernd ausgewirkt hätte.

III.

- 16 Die Verurteilung wegen versuchten Betrugs in Tateinheit mit Urkundenfälschung im Fall II. 3 der Urteilsgründe begegnet ebenfalls durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

- 17 1. Entgegen der Ansicht des Landgerichts hat der Angeklagte sich nicht durch Gebrauchmachen einer unechten Urkunde nach § 267 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, indem er das vermeintlich von dem Künstler El Lissitzky stammende Gemälde als Original in eine Ausstellung zum Zwecke des Verkaufs einliefern ließ. Zwar hat das Landgericht festgestellt, dass es sich insoweit nicht um ein Original, sondern um eine Fälschung handelt. Dass es damit aber auch eine unechte Urkunde im Sinne des § 267 Abs. 1 StGB wäre, lässt sich den Urteilsfeststellungen nicht entnehmen. Anders als im Fall II. 2 der Urteilsgründe, für den festgestellt ist, dass das Werk signiert ist, fehlt es an einer entsprechenden Feststellung im Fall II. 3 der Urteilsgründe. Vielmehr spricht das Landgericht insoweit nur von einem dem Künstler El Lissitzky „zugeschriebenen“, nicht aber von einem unterschriebenen oder signierten Werk. Fehlt es aber an einer Signierung eines Werkes, hat dieses nicht die Qualität einer strafrechtlichen Urkunde. Diese erlangt das Kunstwerk erst mit seiner Signierung (vgl. RGSt 34, 53, 54; ferner: Löffler, NJW 1993, 1421, 1423).
- 18 2. a) Die Aufhebung wegen tateinheitlich begangener Urkundenfälschung erfasst den an sich rechtsfehlerfrei festgestellten versuchten Betrug und entzieht auch dem Strafausspruch seine Grundlage. Der Aufhebung von Feststellungen bedarf es nicht. Es handelt sich – bezogen auf die Annahme, es handele sich um eine unechte Urkunde – um eine fehlerhafte rechtliche Wertung, die von den bisherigen Feststellungen nicht getragen wird. Der neue Tatrichter ist nicht gehindert, neue Feststellungen, insbesondere zur Urkundenqualität des Kunstwerks zu treffen, die mit den bisherigen Feststellungen aber in Einklang stehen müssen.
- 19 b) Die Aufhebung ist auf den nichtrevidierenden Mitangeklagten Z. zu erstrecken (§ 357 StPO).

IV.

20 Die Verurteilung wegen versuchten Betruges (in den Fällen II. 4 und 5 der Urteilsgründe) sowie wegen vollendeten Betrugs (im Fall II. 6 der Urteilsgründe) hält rechtlicher Nachprüfung stand. Hingegen begegnen die Strafaussprüche in den genannten Fällen durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

21 1. In den Fällen II. 4 und 5 der Urteilsgründe hat das Landgericht ohne Rechtsfehler einen versuchten Betrug angenommen, indem die Angeklagten über die Provenienz als wertbildenden bzw. -steigernden Faktor der jeweiligen Kunstwerke täuschten, diese Täuschungen letztlich aber nicht in einen Ankauf der Werke durch interessierte Kunden mündeten, wobei die Verkaufsgespräche in beiden Fällen bereits weit fortgeschritten waren. Im Fall II. 6 der Urteilsgründe ist die Strafkammer rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass mit der Täuschung des Zeugen L. über die erfundene Provenienz und dem auch dadurch bedingten Ankauf des Gemäldes als Wertanlage für seine Firma ein vollendeter Betrug gegeben ist.

22 2. Hingegen leidet der Strafausspruch in den jeweiligen Fällen an durchgreifenden Mängeln.

23 a) Das Landgericht ist beim vollendeten Betrug im Fall II. 6 der Urteilsgründe davon ausgegangen, dass dem Opfer durch das betrügerische Vorgehen der Angeklagten ein Vermögensnachteil in Gestalt des gezahlten Kaufpreises entstanden ist. In den Versuchsfällen hat die Strafkammer angenommen, dass bei den jeweiligen Betrugsopfern „mit Blick auf die Werthaltigkeit und die nicht sichere Herkunft des Werkes bei dem Käufer eine schadensgleiche Vermögensgefährdung (in Gestalt des geforderten Kaufpreises) eintreten“ würde. Zu Lasten des Angeklagten hat sie dementsprechend die „jeweiligen (Gefährdungs-)Schäden“ berücksichtigt. Dies erweist sich als rechtsfehlerhaft.

24

b) Das Landgericht hat bei der Bestimmung des Schadens i.S.v. § 263 Abs. 1 StGB einen unzutreffenden rechtlichen Maßstab angelegt, indem es bei der Schadensermittlung einen Schaden in Höhe des vollständigen Kaufpreises angenommen hat. Ein Vermögensschaden im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB tritt ein, wenn die Vermögensverfügung des Getäuschten bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise unmittelbar zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwerts des Vermögens des Verfügenden führt (Prinzip der Gesamtsaldierung; vgl. etwa BGHSt 53, 199, 201 mwN). Maßgeblich ist bei Austauschverhältnissen aufgrund gegenseitiger Verträge, ob der objektive Wert hinter dem Wert dessen zurückbleibt, was die aufgrund der Täuschung verfügende Person als eigene Leistung aufwendet (Senat, NStZ 2012, 629; s. dazu auch Fischer, § 263 Rn. 119). Das Landgericht hätte deshalb bei der Bestimmung des Schadens nicht ohne Weiteres als Wert der erhaltenen bzw. angebotenen Kunstwerke – anders als etwa im Fall II. 2 der Urteilsgründe, in dem es sich um ein gefälschtes Werk gehandelt hat, das im Kunstmarkt ohne bezifferbaren Wert ist – einen Betrag in Höhe des Kaufpreises annehmen dürfen, sondern hätte sich mit der Frage auseinander setzen müssen, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe einem von dem jeweiligen Künstler gefertigten Originalwerk, für das (lediglich) eine gefälschte Provenienz vorgelegt wird, ein Wert zukommt. Dabei liegt es nach der rechtlich nicht zu beanstandenden Feststellung des Landgerichts, es handele sich bei zutreffenden, lückenlosen Provenienzen um einen wertbildenden und -steigernden Faktor bei der Bestimmung des Werts eines Kunstwerks, zwar auf der Hand, dass das Fehlen einer Provenienz oder auch die Vorlage einer falschen zu einer Reduzierung seines objektiven Wertes führt. In soweit ist auch auf Grundlage der getroffenen Feststellungen die Annahme eines Schadens an sich rechtlich nicht zu beanstanden, wenn man wie hier mangels gegenteiliger Anhaltspunkte davon ausgeht, dass der Kaufpreis auch den objektiven Wert des Werks (mit lückenloser, zutreffender Provenienz) widerspiegelt.

Doch folgt daraus nicht – wie offenbar das Landgericht annimmt – die völlige Wertlosigkeit eines Kunstwerks, gegen dessen Entstehen zum angegebenen Entstehungszeitpunkt nach sachverständiger Begutachtung Bedenken aus naturwissenschaftlicher Sicht nicht bestehen und für dessen Schaffung durch den entsprechenden Künstler kunsthistorische Expertisen sprechen. In einem solchen Fall (aber auch dann, wenn zwar Zweifel an der Authentizität eines Werks bestehen, aber letztlich nicht feststellbar ist, dass es sich um eine Fälschung handelt, und deshalb zu Gunsten des Angeklagten von einem Originalwerk auszugehen ist) wird auch das ohne oder mit falscher Provenienz verschaffte Kunstwerk einen Wert aufweisen, der – bleibt er auch hinter dem gezahlten Kaufpreis zurück – zu einem Schaden, allerdings nur in Höhe der Differenz zwischen Kaufpreis und ermitteltem Wert des Kunstwerks, führt. Da jegliche Erwägungen zum Wert der Originalwerke fehlen, bedarf die Sache insoweit, zweckmäßigerweise unter Heranziehung eines Sachverständigen, neuer Verhandlung und Entscheidung.

- 25 3. Die Entscheidung ist auch insoweit auf den nicht revidierenden Mitangeklagten Z. zu erstrecken (§ 357 StPO).

V.

26 Die Aufhebung der Strafaussprüche in den Fällen II. 1 und 2 sowie II. 4-6 der Urteilsgründe entzieht dem Gesamtstrafenausspruch die Grundlage. Dies gilt auch hinsichtlich des Mitangeklagten Z. .

Franke

Krehl

Eschelbach

Zeng

Meyberg

Vorinstanz:

Wiesbaden, LG, 15.03.2018 - 4423 Js 39160/12 1 KLS