



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

4 StR 317/15

vom  
28. April 2016  
in der Strafsache  
gegen

wegen Betrugs u.a.

Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und des Beschwerdeführers am 28. April 2016 gemäß § 349 Abs. 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten Dr. H.  
wird das Urteil des Landgerichts Essen vom 16. März 2015 mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben, soweit der Angeklagte verurteilt worden ist.
2. 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.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten unter Freisprechung im Übrigen wegen Betrugs in Tateinheit mit Untreue (Fall 30/31) und wegen versuchten Betrugs (Fall 32/33) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und drei Monaten verurteilt und deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt. Die gegen die Verurteilung gerichtete Revision des Angeklagten hat mit der Sachrüge Erfolg. Auf die erhobenen Verfahrensrügen kommt es daher nicht mehr an.

I.

2 Das Landgericht hat zu den Fällen 30/31 und 32/33 im Wesentlichen die folgenden Feststellungen und Wertungen getroffen:

3 1. Der Angeklagte Dr. H. und der Mitangeklagte A. waren einzelvertretungsberechtigte Geschäftsführer der Be. GmbH (im Folgenden: B. GmbH), die ihre Mandanten beim Erwerb einzelner Kunstwerke und beim Aufbau ganzer Sammlungen beraten, den Kauf von Kunstwerken vermitteln und erforderlichenfalls Kunstwerke im eigenen Namen, jedoch auf Rechnung der Mandanten ankaufen sollte. Ihre Einnahmen sollte die B. GmbH ausschließlich durch Beratungshonorare und Provisionen für vermittelte Kunstgeschäfte erzielen. Im Jahr 2012 kam der Mitangeklagte A. in Kontakt zu dem Unternehmer Bö., der sich für Schreibkunst interessierte und hierzu eine Sammlung von Kunstwerken aufbauen wollte. Nachdem Bö. dem Mitangeklagten A. mitgeteilt hatte, dass er hierzu 1,5 Millionen Euro investieren wolle, kamen beide zunächst mündlich überein, dass die B. GmbH für Bö. tätig wird. Ausgehandelte Einkaufspreise sollten 1:1 an Bö. weiterberechnet werden. Der Verdienst der B. GmbH sollte in einer fünfprozentigen Provision liegen. Weitere Leistungen sollten separat abgerechnet werden. Am 6. November 2012 wurde zwischen der B. GmbH, diesmal vertreten durch den Angeklagten Dr. H., und Bö. auch ein entsprechender schriftlicher Vertrag geschlossen. Darin wurde unter anderem vereinbart, dass die B. GmbH Bö. beim Ankauf von Kunstobjekten („auf Wunsch auch treuhänderisch“) betreut und unterstützt. Unter dem Punkt „Vergütungsstruktur für Dienstleistungen“ wurde unter anderem eine Ankaufgebühr (bei einem geplanten Ankaufsbudget von ca. 1.500.000 Euro p.a. und

einem Gesamtvolumen von ca. 15 Millionen Euro über 10 Jahre) von 5 % festgesetzt. In der Zeit von Juni 2012 bis Februar 2013 kaufte der Mitangeklagte A. im Auftrag von B. in drei Fällen Kunstwerke an. Dabei wurden auf Veranlassung des Mitangeklagten A. gegenüber B. überhöhte Einkaufspreise genannt und von der B. GmbH auf deren Grundlage abgerechnet.

4 Im Januar oder Februar 2013 machte der Mitangeklagte A. B. auf ein Gemälde ( ) aufmerksam, das am 13. Februar 2013 beim Auktionshaus S. in L. zur Versteigerung anstand. Der Mitangeklagte A. riet B. von einem mitbieten ab, weil er die Möglichkeit eines günstigen Erwerbs im Nachverkauf sah. Sollte der Erwerb im Nachverkauf gelingen, werde man das Bild B. anbieten. Falls B. es dann nicht erwerben wolle, werde es „in den Bestand“ genommen. B. war mit diesem Vorgehen einverstanden. Nachdem es dem Mitangeklagten A. gelungen war, das Bild im Nachverkauf im Namen der von ihm beherrschten A. GmbH (im Folgenden: A. GmbH) für 146.300 Britische Pfund zu erwerben, zeigte er es im März 2013 auf der Messe in M. . Einen Käufer vermochte er nicht zu finden. Daraufhin wies der Mitangeklagte A. den für die B. GmbH als freier Mitarbeiter tätigen Kunsthistoriker Dr. K. an, B. das Gemälde wie ursprünglich beabsichtigt anzubieten. Dr. K. fuhr daraufhin am 3. Mai 2013 mit dem Gemälde zu B. . Entsprechend den Vorgaben des Mitangeklagten A. gab er an, dass das Gemälde für 200.000 Britische Pfund angekauft worden sei. Im Glauben, das Werk zu dem günstig vom Mitangeklagten A. verhandelten Nachverkaufs-Preis zu erwerben, war B. mit dem Ankauf einverstanden. In der Folge

berechnete die A. GmbH der B. GmbH 200.000 Britische Pfund zuzüglich 7 % Umsatzsteuer. Die B. GmbH stellte Bö. auf Anweisung des Angeklagten Dr. H., dem alle tatsächlichen Umstände des Ankaufs bekannt waren, am 7. Mai 2013 214.000 Britische Pfund und ein Beratungshonorar in Höhe von 5 % aus 200.000 Britischen Pfund zuzüglich Umsatzsteuer (insgesamt 11.900 Britische Pfund) in Rechnung. Bö. leistete die geforderten Zahlungen.

5 Das Landgericht ist davon ausgegangen, dass Bö. in Höhe des Differenzbetrages zwischen dem tatsächlich von der A. GmbH gezahlten Ankaufspreis und den abgerechneten Preisen zuzüglich des anteilig hierauf entfallenden Beratungshonorars und der darauf entfallenden Umsatzsteuer geschädigt sei.

6 2. Am 15. Mai 2013 traf sich der Angeklagte Dr. H. in Begleitung eines Mitarbeiters der Be. Bank, des Zeugen An., mit den Eheleuten Bu. Die Eheleute Bu. waren an einem Erwerb von Kunstwerken interessiert und durch An. auf das Angebot der B. GmbH aufmerksam gemacht worden. Der Angeklagte Dr. H. empfahl unter anderem das Gemälde „La.“ von Ba. zum Kauf. Eine endgültige Kaufentscheidung wurde nicht getroffen. Am 17. Mai 2013 sandte der Angeklagte Dr. H. ein Schreiben an die Eheleute Bu. in dem er das Gemälde vorstellte. Weiter heißt es: „Wir konnten den Preis entsprechend verhandeln und dieses besondere Werk für 875.000 Euro anbieten“. Tatsächlich hatte sich der Angeklagte Dr. H. mit dem dringend Geld benötigenden Voreigentümer des Bildes bereits am 7. Mai 2013 auf einen Kaufpreis von 200.000 Euro geeinigt. Entweder bei dem Gespräch am 15. Mai 2013 oder mit diesem

Schreiben erhielten die Eheleute Bu. von dem Angeklagten Dr. H. ein „Leistungsverzeichnis“ der B. GmbH, das deren Geschäftsmodell widerspiegelte. Genannt waren: „Kunstberatung“ und „Kunsttransaktion (Ankauf)“ – Professionelle Betreuung und Unterstützung beim Ankauf (auf Wunsch auch treuhänderisch). Als Honorar waren Prozentbeträge auf den Gesamtpreis aller Ankäufe pro Jahr benannt. Mit dem Schreiben vom 17. Mai 2013 wollte der Angeklagte Dr. H. den Eheleuten Bu. suggerieren, die B. GmbH habe nunmehr für die „La.“ einen Einkaufspreis von 875.000 Euro verhandelt, der in dieser Höhe 1:1 an sie weitergereicht werde. Dadurch wollten der Angeklagte Dr. H. und der Mitangeklagte A., mit dem dieses Vorgehen abgesprochen war, „eine unrechtmäßige Marge“ erzielen. Trotz der wahrheitswidrigen Angaben des Angeklagten Dr. H. bildete sich bei den Eheleuten Bu. keine Fehlvorstellung. Das Geschäftsmodell der B. GmbH war ihnen nicht deutlich geworden. Auch hielten sie es für möglich, dass zwischen dem Einkaufspreis der B. GmbH und dem ihnen berechneten Verkaufspreis eine gewisse Handelsspanne liegen könnte, wenn auch nicht in Höhe von 675.000 Euro. Zu einem Geschäftsabschluss kam es nicht.

## II.

7 Die Verurteilung des Angeklagten Dr. H. wegen Betrugs in Tateinheit mit Untreue im Fall 30/31 und wegen versuchten Betrugs im Fall 32/33 begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

8 1. Im Fall 30/31 belegen die Feststellungen nicht, dass der durch wahrheitswidrige Angaben bewirkte Ankauf des Bildes bei dem Getäuschten zu

einem Vermögensschaden geführt hat und deshalb ein vollendeter Betrug gemäß § 263 Abs. 1 StGB vorliegt.

- 9 a) Beim Betrug tritt ein Vermögensschaden ein, wenn die Vermögensverfügung des Getäuschten bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise unmittelbar zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des Gesamtwerts seines Vermögens führt (Prinzip der Gesamtsaldierung; st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 2. Februar 2016 – 1 StR 435/15, Rn. 20, NStZ 2016, 283, 284; Beschluss vom 16. Juni 2014 – 4 StR 21/14, Rn. 24, NStZ 2014, 640; jeweils mwN). Welche Vermögenspositionen im Einzelnen in diese Gesamtsaldierung einzustellen sind, bestimmt sich auch danach, auf welches unmittelbar vermögensmindernde Verhalten des im Irrtum befindlichen Täuschungsopfers (Vermögensverfügung) abgestellt wird (vgl. BGH, Urteil vom 2. Februar 2016 – 1 StR 435/15, Rn. 20, NStZ 2016, 283, 284; Urteil vom 8. Oktober 2014 – 1 StR 359/13, BGHSt 60, 1, 9 f. Rn. 31 mwN). Beim Betrug durch Abschluss eines Vertrages ergibt ein Vergleich der Vermögenslage vor und nach dem Vertragsabschluss, ob ein Vermögensschaden eingetreten ist. Dabei sind die beiderseitigen Vertragsverpflichtungen zu vergleichen (Eingehungsbetrug; st. Rspr.; vgl. BGH, Beschluss vom 24. März 2015 – 4 StR 463/14, Rn. 3 zitiert nach juris, Beschluss vom 18. Juli 1961 – 1 StR 606/60, BGHSt 16, 220, 221; jeweils mwN). Wird im Rahmen eines bereits bestehenden Vertragsverhältnisses über den Umfang einer nach dem Vertrag zu erbringenden Leistung getäuscht und wird daraufhin von dem Getäuschten in vermeintlicher Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtungen eine Leistung erbracht, auf die der Täuschende nach dem Vertragsinhalt keinen Anspruch hatte, so erleidet der Getäuschte in dieser Höhe einen Vermögensschaden (Erfüllungsbetrug; vgl. BGH, Urteil vom 21. Dezember 1983 – 2 StR 566/83, BGHSt 32, 211, 213).

10            b) Daran gemessen begegnet die Schadensbestimmung des Landgerichts durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Der Differenz zwischen dem von dem Mitangeklagten A.            an das Auktionshaus S.            im Nachverkauf bezahlten Kaufpreis und dem            Bö.            berechneten „Einkaufspreis“ kommt für die Schadensberechnung nur dann die ihr von der Strafkammer beigemessene maßgebende Bedeutung zu, wenn die B. GmbH aufgrund der bestehenden vertraglichen Beziehungen zu            Bö.            verpflichtet war, das Gemälde weiterzugeben und ihrerseits nur einen Anspruch auf Erstattung des tatsächlich gezahlten Kaufpreises zuzüglich der daraus zu berechnenden Provision hatte. Nur in diesem Fall hätten der die Rechnung stellende Angeklagte und der Mitangeklagte A.            im Rahmen eines bereits bestehenden Vertragsverhältnisses über den Umfang einer nach dem Vertrag zu erbringenden Leistung getäuscht, sodass von einem Erfüllungsbetrug auszugehen wäre. Dies aber wird durch die Feststellungen nicht belegt. Der Ankauf des Bildes bei S.            durch den Mitangeklagten A.            erfolgte ersichtlich nicht im Auftrag von            Bö.            . Vielmehr sollte es ihm erst danach „angeboten“ und bei fehlendem Interesse „in den Bestand“ genommen werden. Tatsächlich versuchte der Mitangeklagte A.            zunächst auch, das Bild auf der Messe            in M.            anderweitig zu verkaufen. Erst nachdem dies ohne Erfolg geblieben war, wurde das Bild            Bö.            von Dr.            K.            im Namen der B. GmbH angeboten.

11            Soweit die Strafkammer in der Beweiswürdigung ausgeführt hat, sie sei davon überzeugt, dass der Erwerb des Gemäldes „objektiv“ unter die allgemeine schriftliche Vereinbarung mit            Bö.            fiel (UA 90), fehlt es dafür mit Blick auf die getroffenen Feststellungen an einer belastbaren Tatensachengrundlage (vgl. BGH, Beschluss vom 25. September 2012 – 5 StR 372/12, NStZ-RR 2012, 381, 382). Die in der Beweiswürdigung als Beleg herangezoge-



ne Einlassung des Zeugen Bö. , wonach er seit dem ersten Hinweis auf das Bild ein konstantes Interesse daran gehabt und sich lediglich eine endgültige Entscheidung über den Erwerb vorbehalten habe, lässt einen für ihn erfolgten treuhänderischen Ankauf nach Maßgabe der Vereinbarung vom 6. November 2012 nicht erkennen.

12 Die Verurteilung wegen Betrugs kann keinen Bestand haben, da das Urteil keine Feststellungen zum Marktwert des Gemäldes im Zeitpunkt des Ankaufs durch Bö. enthält und deshalb nicht beurteilt werden kann, ob dem Käufer ein Schaden im oben dargestellten Sinn entstanden ist. Dies zieht auch die Aufhebung der tateinheitlichen Verurteilung wegen Untreue nach sich.

13 2. Die Verurteilung wegen versuchten Betrugs im Fall 32/33 kann nicht bestehen bleiben, weil die Feststellungen nicht ergeben, inwieweit der Tatentschluss des Angeklagten Dr. H. auf die Verursachung eines Schadens bei den Eheleuten Bu. gerichtet war.

14 a) Der Tatbestand eines versuchten Delikts verlangt in subjektiver Hinsicht (Tatentschluss) das Vorliegen einer vorsatzgleichen Vorstellung, die sich auf alle Umstände des äußeren Tatbestandes bezieht (BGH, Urteil vom 10. September 2015 – 4 StR 151/15, Rn. 13, NJW 2015, 3732). Die Annahme eines versuchten Betrugs setzt daher die Feststellung voraus, dass der Täter von Umständen ausgegangen ist, die im Falle ihres Vorliegens die Annahme

eines nach den oben dargestellten Grundsätzen zu bestimmenden Vermögensschadens bei dem Getäuschten rechtfertigen würden.

- 15           b) Hieran fehlt es. Ob und inwieweit der Angeklagte Dr. H. davon ausgegangen ist, dass die Eheleute Bu. im Fall eines Ankaufs des Bildes „La.“ einen Vermögensschaden erleiden würden, lässt sich den Feststellungen nicht entnehmen. Soweit das Landgericht darauf abhebt, dass der Angeklagte Dr. H. und der Mitangeklagte A. mit ihrem Vorgehen „eine unrechtmäßige Marge“ erzielen wollten, bleibt unklar, welche nicht durch Zuwachs ausgeglichene Minderung des Gesamtwerts ihres Vermögens von den Eheleuten Bu. nach der Vorstellung des Angeklagten bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise hinzunehmen gewesen wäre, wenn sie sich aufgrund der ihnen gegenüber gemachten falschen Angaben zum Kauf entschlossen hätten. Dass das Bild den Preis von 875.000 Euro nach den Vorstellungen des Angeklagten nicht wert war, ergibt sich hier – trotz des bereits erfolgten Ankaufs für 200.000 Euro – nicht von selbst. Denn der Verkauf durch den Voreigentümer Ka. erfolgte nach den Feststellungen aus Geldnot, sodass es sich insoweit nicht um den Marktpreis gehandelt haben muss. Auch lässt sich den Feststellungen nicht entnehmen, dass der Angeklagte von einem zu den Eheleuten Bu. bestehenden Vertragsverhältnis ausgegangen ist, aufgrund dessen die B. GmbH gehalten

war, das bereits vor dem Beratungsgespräch mit den Eheleuten Bu. am  
15. Mai 2013 angekaufte Bild zum Einkaufspreis weiterzureichen.

Sost-Scheible

Franke

Mutzbauer

Bender

Quentin