



# 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 § 154 Abs. 2, § 154a Abs. 2, § 349 Abs. 2 und 4, § 354 Abs. 1a StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten A. gegen das Urteil des Landgerichts Essen vom 16. März 2015 wird
  - a) das Verfahren auf Antrag des Generalbundesanwalts nach § 154 Abs. 2 StPO eingestellt, soweit der Angeklagte in den Fällen 30/31 und 32/33 verurteilt worden ist; im Umfang der Einstellung trägt die Staatskasse die Kosten des Verfahrens und die notwendigen Auslagen des Angeklagten;
  - b) die Strafverfolgung in den Fällen 24/25, 26/27 und 28/29 mit Zustimmung des Generalbundesanwalts auf den Vorwurf des Betrugs beschränkt;
  - c) das vorbezeichnete Urteil in den Strafaussprüchen zu den Fällen 24/25, 26/27 und 28/29 dahingehend geändert, dass die Einzelstrafen auf jeweils sechs Monate Freiheitsstrafe herabgesetzt werden.
2. Die weiter gehende Revision wird verworfen.
3. Der Angeklagte hat die verbleibenden Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

Gründe:

1           Das Landgericht hat den Angeklagten A.           wegen Betrugs in 18 Fällen, davon in vier Fällen in Tateinheit mit Untreue, sowie wegen versuchten Betrugs zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren verurteilt und ihn im Übrigen freigesprochen. Seine auf mehrere Verfahrensrügen und die ausgeführte Sachrüge gestützte Revision hat den aus der Urteilsformel ersichtlichen Teilerfolg. Im Übrigen ist sie unbegründet.

I.

2           Das Landgericht hat im Wesentlichen die folgenden Feststellungen und Wertungen getroffen:

3           1. Der Angeklagte beriet seit den 1970er Jahren Unternehmen und private Sammler beim Kauf von Kunstwerken und privaten Sammlungen. Seine Geschäftstätigkeit betrieb er mit der in D.           ansässigen A.           GmbH (im Folgenden: A. GmbH), deren alleiniger Geschäftsführer er war und deren Geschicke er allein lenkte.

4           Im November 2007 lernte er den           Unternehmer           Al.           kennen, der über ein umfangreiches Privatvermögen verfügte. Im Laufe der Zeit entwickelte sich zwischen ihm und dem Angeklagten eine enge Freundschaft. Nachdem           Al.           dem Angeklagten mitgeteilt hatte, dass er einen Geldbetrag im Millionenbereich in Kunstwerke anlegen wolle, zugleich aber befürchte beim Kauf von Kunstwerken übervorteilt zu werden, vereinbarten beide spätestens im Januar 2009 mündlich sinngemäß Folgendes:

- 5            Der Angeklagte sollte nach hochrangigen Kunstwerken für die Eheleute Al.        Ausschau halten. Beim Kauf der Kunstwerke sollten die Eheleute Al.        im Hintergrund bleiben und gegenüber dem Verkäufer oder dem Kunsthändler nicht in Erscheinung treten. Der Angeklagte würde den Kaufpreis für die von den Eheleuten Al.        ausgewählten Kunstwerke möglichst günstig verhandeln. Sobald Al.        dem ausgehandelten Preis verbindlich zugestimmt hatte, sollte A.        das jeweilige Kunstwerk im Namen der A.        GmbH erwerben und anschließend an Al.        zu dem günstig verhandelten Einkaufspreis „weiterreichen“. Der Verdienst der A.        GmbH sollte allein in einer Provision von 5 % des Netto-Einkaufspreises bestehen. Auslagen für Versicherung, Transport und Installation waren gesondert zu berechnen.
- 6            In der Zeit von April 2009 bis zum 10. Januar 2011 wurde der Angeklagte für Al.        auf der Grundlage dieser Vereinbarung tätig. In acht Fällen nannte er dabei Al.        nicht die tatsächlich mit den Verkäufern ausgehandelten, sondern deutlich höhere Einkaufspreise. Nachdem sich Al.        zum Kauf entschlossen hatte, kaufte der Angeklagte die Kunstwerke im Namen der A.        GmbH zu dem tatsächlich ausgehandelten Preis an und gab sie an Al.        weiter. Die Abrechnung nahm er jeweils auf der Grundlage der vorgespiegelten (überhöhten) Einkaufspreise vor, wobei er auch seine Provision und die Umsatzsteuer aus dem vermeintlichen Einkaufspreis errechnete. In fünf Fällen unterlegte der Angeklagte seine Abrechnung mit manipulierten Fotokopien der der A.        GmbH gestellten Rechnungen der Verkäufer. In der irrigen Annahme, ihm werde der tatsächlich an die Verkäufer gezahlte Einkaufspreis weiterberechnet und auch die Provision sei hieraus berechnet worden, glich Al.        die von dem Angeklagten im Namen der A.        GmbH gestellten Rechnungen jeweils aus. Die Differenzen zwischen dem vorgespiegelten und dem tatsächlich gezahlten Einkaufspreis

betragen 874.299,07 Euro (Fall 3/4), 1.931.000 Euro (Fall 6), 247.186,29 Euro (Fall 7), 33.084,11 Euro (Fall 8), 921.964,38 Euro (Fall 9), 200.000 Euro (Fall 10), 275.131 Euro (Fall 11) und 179.392,52 Euro (Fall 12).

7 Im September 2010 entwickelte Al. den Wunsch, Oldtimer zu besitzen und eine entsprechende Sammlung aufzubauen. Im Sommer 2011 trafen der Angeklagte und Al. hierzu eine mündliche Vereinbarung, die inhaltlich mit der Vereinbarung über den Erwerb von Kunstwerken nahezu identisch war. Abweichungen ergaben sich lediglich insoweit, dass die Oldtimer von A. im Namen der S. AG erworben und die Provision 3 % des Netto-Einkaufspreises betragen sollte. In der Zeit von Juli 2011 bis August 2012 wurde der Angeklagte in sechs Fällen im Namen der S. AG für Al. tätig und handelte für zum Verkauf stehende hochwertige Oldtimer Preise aus. Anschließend gab er gegenüber Al. wahrheitswidrig höhere Einkaufspreise an und rechnete nach dem erfolgten Ankauf und der Weitergabe der Oldtimer im Namen der S.

AG, auf deren Konten er alleinigen Zugriff hatte, auf der Grundlage der vorgespiegelten höheren Einkaufspreise ab. Al. überwies daraufhin den geforderten Betrag. Hätte er den tatsächlichen Einkaufspreis gekannt, hätte er nur diesen und die entsprechend geringere Provision gezahlt. Die Differenzen zwischen dem vorgespiegelten und dem tatsächlich gezahlten Einkaufspreis betragen 1.500.000 Euro (Fall 15), 2.862.440,85 Euro (Fall 16), 1.406.000 Euro (Fall 17), 30.000 Euro (Fall 18), 3.350.318,08 Euro (Fall 19/20) und 4.000.000 Euro (Fall 21/22).

8 2. Im Jahr 2012 kam der Angeklagte in Kontakt zu dem Unternehmer Bö., der sich für Schreibkunst interessierte und hierzu eine Sammlung von Kunstwerken aufbauen wollte. Nachdem Bö.

dem Angeklagten mitgeteilt hatte, dass er hierzu 1,5 Millionen Euro investieren wolle, kamen beide mündlich überein, dass die von dem Angeklagten zusammen mit der Be. Bank im Juli 2011 gegründete Be. GmbH (im Folgenden: B. GmbH), für die der Angeklagte als Geschäftsführer tätig war und die sich mit der Vermittlung von Kunstwerken (auch Ankauf im eigenen Namen für Rechnung der Mandanten) befasste, aber keinen eigenen Kunsthandel betrieb, 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 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.

9

In der Zeit von September 2012 bis Mai 2013 wurde der Angeklagte auf der Grundlage dieser Vereinbarung für Bö. tätig. Dabei hielt sich der Angeklagte in drei Fällen nicht an die getroffene Vereinbarung, sondern nannte Bö. statt des tatsächlich ausgehandelten günstigen Einkaufspreises einen deutlich höheren Preis. Sobald Bö. im Vertrauen auf die Richtigkeit der Angaben des Angeklagten sein Einverständnis mit dem Erwerb des jeweiligen Kunstwerks gegeben hatte, führte der Angeklagte das Geschäft aus und berechnete Bö. schriftlich den genannten

höheren Kaufpreis zuzüglich der hieraus errechneten fünfprozentigen Provision.

Bö. überwies den geforderten Betrag auf ein Konto der B. GmbH. Von dort aus wurde der überhöhte Kaufpreis an die von dem Angeklagten beherrschte A. GmbH weitergeleitet, die der Angeklagte als Zwischenerwerber eingeschaltet hatte. Die Differenzen zwischen dem vorgespiegelten und dem tatsächlich gezahlten Einkaufspreis betragen 260.000 Euro (Fall 24/25), 635.000 Euro (Fall 26/27) und 250.000 Euro (Fall 28/29).

10            3. Das Landgericht hat zur Verurteilung wegen Betrugs ausgeführt, der Angeklagte habe in allen Fällen „verschleiert“, dass er entgegen der vertraglichen Rahmenvereinbarung (Geschäftsbesorgungsvertrag) nicht den von ihm verhandelten Preis 1:1 weitergereicht habe. Diese Täuschung sei von ihm durch das Übersenden der Rechnungen (teilweise mit manipulierten Einkaufsrechnungen) aufrechterhalten worden. Die täuschungsbedingte Vermögensverfügung habe in dem Einverständnis Al. s und Bö. s gelegen, über die vertragsgemäß zu berechnenden Beträge hinaus den nicht erkennbaren Aufschlag zu bezahlen und die überhöhte Provision nebst Umsatzsteuer zu akzeptieren. Der erlittene Vermögensschaden liege daher in der Differenz zwischen dem tatsächlich von dem Angeklagten erzielten Kaufpreis und dem von Al. und Bö. gezahlten Kaufpreis zuzüglich der anteiligen Provision und der Umsatzsteuer. In den Erwerbzusagen hätten noch keine täuschungsbedingten Vermögensverfügungen gelegen, denn sie wären auch bei der Nennung der tatsächlichen (geringeren) Einkaufspreise abgegeben worden.

II.

11            Der Senat hat das Verfahren nach § 154 Abs. 2 StPO aus prozessökonomischen Gründen vorläufig eingestellt, soweit der Angeklagte in den Fällen 30/31 und 32/33 der Urteilsgründe wegen Betrugs in Tateinheit mit Untreue (Fälle 30/31) und versuchten Betrugs (Fälle 32/33) verurteilt worden ist. In den Fällen 24/25, 26/27 und 28/29 hat der Senat die Strafverfolgung mit Zustimmung des Generalbundesanwalts nach § 154a Abs. 2 StPO auf den Vorwurf des Betrugs beschränkt. Dadurch ist in diesen Fällen die tateinheitliche Verurteilung wegen Untreue gemäß § 266 StGB zum Nachteil der B. GmbH in Wegfall gekommen.

III.

12            In den verbleibenden Fällen hält die Verurteilung des Angeklagten wegen Betrugs gemäß § 263 Abs. 1 StGB rechtlicher Überprüfung stand.

13            1. Die von dem Angeklagten erhobenen Verfahrensrügen greifen aus den in der Antragsschrift des Generalbundesanwalts vom 23. September 2015 genannten Gründen nicht durch.

14            2. Zur Sachrüge merkt der Senat Folgendes an: Bei der Bestimmung des Betrugsschadens hat die Strafkammer zu Recht auf die Differenz zwischen dem von dem Angeklagten an die jeweiligen Verkäufer tatsächlich gezahlten Kaufpreis und dem ihm aufgrund der unrichtigen Abrechnungen von Al. und Bö. erstatteten höheren Kaufpreis nebst anteiliger Umsatzsteuer und anteiliger Provision abgestellt.

15 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, Urteil vom 8. Oktober 2014 – 1 StR 359/13, BGHSt 60, 1, 9 f. Rn. 31; 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).

16 b) Nach diesen Maßstäben hat das Landgericht den Schaden zutreffend bestimmt. Anders als die Revision meint, kommt es auf die Frage, ob die

Kunstwerke und Oldtimer auch die von den Getäuschten gezahlten „Kaufpreise“ wert waren, nicht an. Durch die falschen Angaben zu den angefallenen Kaufpreisen in den einzelnen Rechnungen täuschte der Angeklagte seinen Auftraggebern Al. und Bö. vor, Zahlungen in dieser Höhe seien für die auftragsgemäße Beschaffung der Kunstwerke und Oldtimer jeweils erforderlich gewesen und von ihm auch tatsächlich erbracht worden. Gegenstand der Täuschung war hier somit nicht der Wert der jeweiligen Kaufgegenstände, sondern der Umfang der Aufwendungen, die bei der Erfüllung des zuvor erteilten Kaufauftrages angefallen sind und deren vollständiger Ersatz aufgrund der Rahmenvereinbarung in Verbindung mit den erteilten Kaufaufträgen geschuldet war. Durch die im Vertrauen auf die Richtigkeit der Abrechnung erbrachten Zahlungen haben Al. und Bö. in Höhe des Differenzbetrages Leistungen erbracht, auf die der Angeklagte keinen Anspruch hatte. Gleiches gilt für die aus diesen Beträgen errechnete und deshalb insoweit überhöhte Provision und die Umsatzsteuer. Dadurch haben Al. und Bö. einen entsprechenden Vermögensschaden erlitten.

- 17 Der Umstand, dass bereits der Erteilung der Kaufaufträge eine Täuschung des Angeklagten vorausging, ändert daran nichts. Dabei kann es dahinstehen, ob es bereits – wie das Landgericht meint – an einem Ursachenzusammenhang zwischen der Täuschung und der Auftragserteilung fehlt (vgl. BGH, Urteil vom 24. Februar 1959 – 5 StR 618/58, BGHSt 13, 13, 14 f.). Denn durch die Weisung zum Ankauf wurde für die getäuschten Auftraggeber lediglich die Verpflichtung begründet, die in Ausführung des Auftrages tatsächlich entstehenden Aufwendungen vollständig zu ersetzen (vgl. §§ 670, 675 BGB). Die maßgebliche Täuschung durch den Angeklagten erfolgte erst bei der Abrechnung des Auftrages (vgl. § 666 BGB) und damit in der Erfüllungsphase.

Dass der Angeklagte bereits bei der Annahme der Kaufaufträge dieses Vorgehen geplant hatte, ändert daran nichts (vgl. BGH, Urteil vom 21. Dezember 1983 – 2 StR 566/83, BGHSt 32, 211, 214).

IV.

18 Da die Strafkammer in den Fällen 24/25, 26/27 und 28/29 die gleichzeitige Verwirklichung des Untreuetatbestandes jeweils straferschwerend gewertet hat, konnten die Einzelstrafen nach der Verfolgungsbeschränkung gemäß § 154a Abs. 2 StPO nicht in der ursprünglichen Höhe bestehen bleiben. Der Senat hat deshalb in diesen Fällen die Einzelstrafen in Anwendung des § 354 Abs. 1a StPO jeweils auf die nach § 263 Abs. 3 StGB mögliche Mindeststrafe von sechs Monaten Freiheitsstrafe herabgesetzt.

19 Trotz des durch die Teileinstellung nach § 154 Abs. 2 StPO bedingten Wegfalls der in den Fällen 30/31 und 32/33 verhängten Einzelstrafen und der Herabsetzung der Einzelstrafen in den Fällen 24/25, 26/27 und 28/29 auf jeweils sechs Monate Freiheitsstrafe kann die Gesamtstrafe bestehen bleiben. Denn der Senat kann ausschließen, dass die Strafkammer bei den verbleibenden Einzelstrafen von vier Jahren und sechs Monaten Freiheitsstrafe (Fall 21/22), vier Jahren Freiheitsstrafe (Fall 19/20), drei Jahren und neun Monaten Freiheitsstrafe (Fall 16), zweimal drei Jahren Freiheitsstrafe (Fälle 6 und 17), zwei Jahren und zehn Monaten Freiheitsstrafe (Fall 15), zweimal zwei Jahren Freiheitsstrafe (Fälle 3/4 und 9), ein Jahr und drei Monaten Freiheitsstrafe (Fall 11), zweimal einem Jahr Freiheitsstrafe (Fälle 7 und 10), elf Monaten Freiheitsstrafe (Fall 12), neun Monaten Freiheitsstrafe (Fall 18) und viermal sechs

Monaten Freiheitsstrafe (Fälle 8, 24/25, 26/27 und 28/29) auf eine niedrigere Gesamtstrafe erkannt hätte.

Sost-Scheible

Franke

Mutzbauer

Bender

Quentin