

## E n t s c h e i d u n g s a n m e r k u n g

### Irrtumsrelevantes Vorstellungsbild des Erwerbers gefälschter Arzneimittel beim versuchten Betrug

**Bei einer Verurteilung wegen Betruges bzw. versuchten Betruges hat der Tatrichter bei der Beweiswürdigung seine Erwägungen zum irrtumsrelevanten Vorstellungsbild des Erwerbers in die Erörterungen zum Tatentschluss des Angeklagten einzubeziehen.  
(Leitsatz des Verf.)**

StGB §§ 263, 22, 23

BGH, Beschl. v. 14.3.2016 – 5 StR 516/15<sup>1</sup>

#### I. Einleitung

Der Entscheidung des 5. Strafsenats liegt ein spektakulärer Fall zum illegalen Online-Handel mit gefälschten Arzneimitteln zu Grunde. In weniger als drei Jahren erwirtschaftete die Tätergruppierung ca. 21 Mio. €. Das konnte gelingen, weil die Gewinnspannen bei gefälschten Arzneimitteln, insbesondere bei sog. Lifestyle Medikamenten, insbesondere Potenzmitteln, mittlerweile höher sind, als bei Kokain. Zum Vergleich: Die Rohstoffkosten für ein Kilogramm Kokain betragen ca. 1.000 €. Demgegenüber wird ein Kilogramm Sildenafil, der Wirkstoff für Viagra, für ca. 50 € gehandelt und für den Erwerb muss man auch nicht Kanäle im Darknet bemühen. Bei Kokain können pro Kilogramm ca. 65.000 € erwirtschaftet werden. Bei Viagra liegen die Einnahmen bei ca. 90.000 € pro Kilogramm und – Kokain wird in Gramm konsumiert, während der Wirkstoff in Potenzmitteln im Milligrammbereich liegt.<sup>2</sup> Bedenkt man den geringen Verfolgungsdruck im Bereich der Arzneimittelkriminalität, die niedrige Kontrolldichte sowie die sehr schwierige Rechtslage im Arzneimittelstrafrecht, so überrascht es nicht, wenn illegale Versandapotheken wie Pilze aus dem Boden schießen und mit immer ausgefeilteren Methoden und Shopdesign der Verbraucher zum Konsum animiert, aber auch über die Echtheit der Produkte oder die Legalität des Vertriebs getäuscht werden soll. Damit ist auch das Thema der Entscheidung angesprochen: der Nachweis der subjektiven Tatseite beim versuchten Betrug im Zusammenhang mit dem illegalen Vertrieb von gefälschten Arzneimitteln.

#### II. Sachverhalt

Nach den Feststellungen des Landgerichts vertrieben die Angeklagten und weitere gesondert Verfolgte gefälschte Arz-

neimittel, insbesondere Potenzmittel gegen erektile Dysfunktion, im Internet. Es handelte sich um Fälschungen von marken- und patentrechtlich geschützten Arzneimitteln, die auch zur Tatzeit verschreibungs- und apothekenpflichtig waren. Darüber hinaus vertrieben sie wegen ihrer Gefährlichkeit in der Bundesrepublik Deutschland nicht zugelassene Schlankheitsmittel über Internetportale. Der Angeklagte M gehörte zu den „Köpfen des Unternehmens“, während die übrigen Angeklagten als sog. Webmaster die betreffenden Internetseiten bewarben und dafür erhebliche Provisionen erhielten. Der Vertrieb der illegalen Arzneimittel war wirtschaftlich äußerst erfolgreich; im angeklagten Zeitraum von Juni 2008 bis März 2011 erzielten die Betreiber der Internetseiten Einnahmen von rund 21 Mio. €. Die Feststellungen im landgerichtlichen Urteil spiegeln den hohen Organisationsgrad und die große Flexibilität der Gruppierung sowie das arbeitsteilige Zusammenwirken und ausgeprägte Gewinnstreben aller Angeklagten wider.

#### III. Die Entscheidung

Das Landgericht Potsdam hat die Angeklagten wegen jeweils Tateinheitlich begangener Straftaten gegen das Arzneimittel- und das Markengesetz, in weiterer Tateinheit mit versuchtem – im Falle des Angeklagten M bandenmäßigem – Betrug, zu Freiheitsstrafen verurteilt. Zwar waren die Angeklagten auch wegen der Bildung einer kriminellen Vereinigung – dem Delikt, das organisierte Kriminalität als solche erfasst – angeklagt. Das Landgericht verurteilte die Angeklagten jedoch nicht, sondern bezog sich in seiner Entscheidung auf die unionsrechtswidrige und völkerrechtswidrige Interpretation des 3. Strafsenats des Bundesgerichtshofes aus der „Kameradschaft Sturm 34-Entscheidung“<sup>3</sup>. Danach würde „die Übertragung der Definition einer kriminellen Vereinigung in Art. 1 des Rahmenbeschlusses vom 24.10.2008 in das nationale Recht [...] zu einem unauflösbaren Widerspruch zu wesentlichen Grundgedanken des Systems der Strafbarkeit mehrerer zusammenwirkender Personen führen, auf dem das deutsche materielle Strafrecht beruht“<sup>4</sup>. Deshalb sei „eine ‚europarechtsfreundliche‘ Modifikation des bisherigen Begriffs der kriminellen Vereinigung durch die Rechtsprechung nicht möglich“<sup>5</sup>. Dass der 3. Strafsenat mit seiner Interpretation daneben lag, wurde inzwischen mehrfach nachgewiesen.<sup>6</sup> Inzwischen hat auch der Gesetzgeber auf Druck der EU Kommission, die ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland eingeleitet hatte, reagiert und einen Gesetzentwurf zur Neufassung des § 129 StGB vorgelegt.<sup>7</sup> Vor dem Hintergrund dieses Gesetzentwurfs hätte das Tatgericht die Personen auch wegen Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung verurteilen können.

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist veröffentlicht in wistra 2016, 232 (redaktioneller Leitsatz und Gründe) und abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2016-3-14&nr=74298&pos=2&anz=8> (18.5.2017).

<sup>2</sup> Vgl. zu den Gewinnspannen Sinn, in: Zoche/Kaufmann/Arnold (Hrsg.), Grenzenlose Sicherheit?, Gesellschaftliche Dimensionen der Sicherheitsforschung, 2016, S. 197 (208 f.).

<sup>3</sup> BGHSt 54, 216.

<sup>4</sup> BGHSt 54, 216 (223).

<sup>5</sup> BGHSt 54, 216 (224).

<sup>6</sup> Pintaske, Das Palermo-Übereinkommen und sein Einfluss auf das deutsche Strafrecht, 2014, S. 172 ff.; Sinn, Organisierte Kriminalität 3.0, 2016, S. 35 ff.

<sup>7</sup> BT-Drs. 18/11275.

Der 5. Strafsenat hat die Strafverfolgung gem. § 154a StPO hinsichtlich der Angeklagten M und R auf den Vorwurf des vorsätzlichen Inverkehrbringens gefälschter Arzneimittel in Tateinheit mit vorsätzlichem Inverkehrbringen bedenklicher Arzneimittel, mit vorsätzlichem Handeltreiben mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln außerhalb von Apotheken und mit vorsätzlicher Benutzung einer Marke und eines Zeichens ohne Zustimmung des Inhabers sowie hinsichtlich des Angeklagten M in weiterer Tateinheit mit vorsätzlicher Einfuhr von Arzneimitteln ohne Erlaubnis und hinsichtlich des Angeklagten R in weiterer Tateinheit mit Beihilfe zur vorsätzlichen Einfuhr von Arzneimitteln ohne Erlaubnis beschränkt.

Damit hat der 5. Strafsenat erreicht, dass unter den Fall ein Schlussstrich gezogen werden und trotz der Mängel bei der Beweiswürdigung hinsichtlich des versuchten Betruges eine Neuauflage des Falles verhindert werden kann. Diese wäre, so der 5. Strafsenat im Anschluss an die Stellungnahme des Generalbundesanwaltes, möglich gewesen, weil das landgerichtliche Urteil in seiner Würdigung des versuchten Betruges nicht stimmig sei.

#### IV. Würdigung

##### 1. Irrtumserregung bezüglich der Originalität der Ware

Im Kontext der Entscheidung ist die Würdigung des Tatgerichts zum Betrug von Bedeutung. Grundsätzlich kann der Vertrieb gefälschter Arzneimittel ein vollendeter Betrug sein. Das setzt auf objektiver Tatseite voraus, dass die Kunden der Online-Shops täuschungsbedingt einem Irrtum erlegen sind und diese daraufhin eine Vermögensverfügung vorgenommen haben, die zu einem entsprechenden Vermögensschaden geführt hat. Das ist alles so weit unproblematisch, solange der Kunde zwar an der Wahrheit der Aussagen über die Originalität der Produkte zweifelt, aber die Möglichkeit der Unwahrheit für geringer hält.<sup>8</sup> Noch weitgehender hält der 3. Strafsenat Zweifel für irrelevant, solange das Opfer die Wahrheit der behaupteten Tatsache für möglich hält. Daraus folgt nach herrschender Ansicht<sup>9</sup> jedenfalls, dass auch der unvorsichtige und leichtgläubige Verbraucher geschützt ist, solange ihm der Wahrheitsgehalt der behaupteten Tatsache nicht gleichgültig ist. Es „lassen Leichtgläubigkeit des Opfers oder Erkennbarkeit einer auf die Herbeiführung eines Irrtums gerichteten Täuschungshandlung weder aus Rechtsgründen die Täuschungsabsicht entfallen [...] noch schließen sie eine irrtumsbedingte Fehlvorstellung aus“<sup>10</sup>, konstatierte der 2. Strafsenat in seiner viel beachteten Entscheidung zu Abo-Fallen im Internet im Jahr 2014. Vor diesem Hintergrund hatte das Landgericht im Ausgangsverfahren eine Verurteilung der Angeklagten wegen

vollendeten Betrugs verneint und dies damit begründet, dass den Käufern sehr wohl bewusst gewesen sei und sie damit gerechnet hätten, dass ihnen keine Originalware verkauft werde.<sup>11</sup> Es fehle an einem Irrtum der Kunden. Diese Schlussfolgerung konnte das Landgericht einerseits daraus ziehen, dass es Zeugen vernommen hat, andererseits wollte es den fehlenden Irrtum auf Seiten der Kunden aus einer „lebensnahen Betrachtungsweise“ ableiten. Bereits der Generalbundesanwalt hält die landgerichtliche These für fragwürdig und auch der 5. Strafsenat schließt sich den Zweifeln zu Recht an. Denn die Seiten der illegalen sog. Online-Apotheken werden häufig sehr aufwendig und subtil gestaltet, dass Zweifel beim Verbraucher gerade überwunden werden sollen.<sup>12</sup> Hinzu kommt, dass der Verbraucher die äußerst komplexen rechtlichen Regularien im Zusammenhang mit dem Versand von Arzneimitteln nicht kennt. Werden dann noch Phantasiesiegel verwendet, die Vertrauen schaffen sollen, FAQ eingestellt, die eine rezeptfreie Abgabe suggerieren sollen und Sicherungsmechanismen wie das EU-Internetversandhandels-Logo<sup>13</sup> gefälscht, so werden gerade die für eine Abwägung zwischen Wahrheit und Unwahrheit der Behauptung wirkenden Entscheidungshilfen eingesetzt, um die Opfer zu einem selbstschädigenden Verhalten zu motivieren. Selbstverständlich ist das alles Tatfrage, aber was an der Betrachtung des Komplexes „Internetversandhandel von Arzneimitteln“ durch das Landgericht „lebensnah“ sein soll, bleibt völlig im Dunkeln. Damit setzt das Landgericht seinen Eindruck von der Täuschungseignung an die Stelle der Wahrnehmung der Opfer. Der Eindruck des Tatgerichts von den Internetseiten war, dass offensichtlich sein musste, dass hier nur gefälschte Produkte angeboten werden. Dementsprechend lehnt es auch einen Irrtum ab.

##### 2. Doppelrelevanz des irrtumsrelevanten Vorstellungsbildes

Bei der Frage, ob die Angeklagten den Tatentschluss zur Begehung eines versuchten Betrugs gefasst hätten, hat das Landgericht, wie der 5. Strafsenat auf der Grundlage der Stellungnahme des Generalbundesanwaltes richtig hervorhebt, die Doppelrelevanz des irrtumsbedingten Vorstellungsbildes verkannt. Denn selbst wenn man die These des Landgerichts für richtig hält, dass die Verbraucher sich über die Originalität der Produkte nicht geirrt hätten, weil durch die „inszenierte Bewerbung der Pharmaprodukte nach lebensnaher Betrachtung niemand über deren Echtheit getäuscht

<sup>11</sup> Vgl. die Würdigung der Feststellungen im Beschl. des BGH.

<sup>12</sup> Sinn (Fn. 2), S. 212.

<sup>13</sup> Mit der Fälschungsrichtlinie 2011/62/EU wurde Art. 85c in die Richtlinie 2001/83/EWG eingefügt. Er betrifft den Versandhandel mit Arzneimitteln über das Internet. Zum Zwecke des Verbraucherschutzes ist die Einführung eines gemeinsamen (europäischen) Versandhandelslogos vorgesehen. Die Verwendung des Logos auf einer Internetseite eines Versandhändlers zeigt, dass dieser nach seinen jeweiligen nationalen Rechtsvorschriften zum Versandhandel mit Arzneimitteln, die zur Anwendung bei Menschen bestimmt sind, über das Internet berechtigt ist.

<sup>8</sup> Vgl. BGHSt 24, 257 (260); BGH, Urt. v. 5.12.2002 – 3 StR 161/02 = NStZ 2003, 313; Cramer-Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 263 Rn. 38 ff.

<sup>9</sup> Vgl. Hefendehl, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 263 Rn. 258 m.w.N.

<sup>10</sup> BGH NJW 2014, 2595 (2596).

werden konnte“, dürfen doch gerade diese Tatsachen bei der Frage, ob die Angeklagten den Tatentschluss für eine Täuschung gefasst hatten, nicht unberücksichtigt bleiben. Die doppelte Relevanz der offensichtlichen Ungeeignetheit der Internetseiten einen Irrtum hervorzurufen, wirkt sich insoweit günstig für die Angeklagten aus, dass ihnen dann nicht ohne Weiteres unterstellt werden kann, dass sie davon ausgegangen sind, mit den Internetseiten die Verbraucher über die Echtheit der Produkte zu täuschen. Die Doppelrelevanz des irrumsbedingten Vorstellungsbildes zeigt sehr eindringlich den Zusammenhang zwischen den Tatmerkmalen Täuschung und Irrtum, wie dies zuletzt der 3. *Strafsenat* im Jahr 2015 noch einmal hervorgehoben hat:<sup>14</sup> „Ebenso wie sich der für das Tatbestandsmerkmal der Täuschung maßgebliche Empfängerhorizont regelmäßig in dem Vorstellungsbild auf Seiten der Empfänger widerspiegelt, ist umgekehrt das ermittelte tatsächliche Vorstellungsbild der Täuschungsadressaten nicht nur für die Feststellung des Irrtums von Bedeutung, sondern kann Einfluss auf die Beweiswürdigung hinsichtlich des Tatentschlusses bzw. Vorsatzes haben.“<sup>15</sup> Wenn also die Kunden der Online-Shops aufgrund der Gestaltung der Seite nur den Eindruck gewinnen konnten, dass ihnen gefälschte Ware verkauft wird, dann kann den Angeklagten auch kein Tatentschluss nachgewiesen werden, sie würden gerade durch die Gestaltung der Seite die Kunden täuschen wollen.

### 3. Täuschung über Gesundheitsrisiken?

Während es bisher allein darum ging, ob die Kunden über die Originalität der Ware getäuscht wurden, kann im Kontext der vertriebenen gefälschten Arzneimittel und insbesondere der in Deutschland nicht zugelassenen Schlankheitspräparate auch daran gedacht werden, ob die Verbraucher über entsprechende Gesundheitsrisiken getäuscht wurden. Der 5. *Strafsenat* spricht die „nicht fernliegende irrumsrelevante Täuschung über das Bestehen zum Teil erheblicher mit der Einnahme der gefälschten Medikamente verbundener Gesundheitsrisiken“<sup>16</sup> nur kurz an. Dabei dürfte die Strafbarkeit wegen Betruges jedenfalls bezüglich der Schlankheitspräparate auf der Hand liegen. Eine „lebensnahe Betrachtungsweise“ wie bei der Frage eines Irrtums hinsichtlich erhaltener Originalware liegt noch weiter außer Reichweite, da der Verbraucher wohl kaum ein nachweisbar lebensgefährliches Präparat und deshalb in Deutschland nicht erhältliches Arzneimittel „sehenden Auges“ erwirbt und konsumiert. Eine allgemeine Kenntnis von der Lebensgefahr, die von diesem Produkt ausgeht, dürfte nicht anzunehmen sein. Jedenfalls das zu erhellen, wäre auch im Rahmen der Beweisaufnahme zu klären gewesen. Aufgrund der Beschränkung der Strafverfolgung gem. § 154a StPO hat der 5. *Strafsenat* die Tür für eine Neuauflage des Verfahrens zugeschlagen. Die Strafbarkeit wegen vollendeten Betruges bleibt also unaufgeklärt und im Strafmaß letztendlich unberücksichtigt.

<sup>14</sup> BGH NStZ 2015, 296 (298).

<sup>15</sup> BGH NStZ 2015, 296 (298); vgl. anders *Trüg*, HRRS 2015, 106 (114).

<sup>16</sup> Konkret waren Todesfälle im Zusammenhang mit der Einnahme des Wirkstoffes Sibutramin bekannt geworden.

### 4. Beschränkung der Verfolgung gem. § 154a StPO

Die Fehler in der Beweiswürdigung hätten den 5. *Strafsenat* zur Teilaufhebung und Zurückverweisung der Sache bewegen können, so wie es der Generalbundesanwalt auch beantragt hatte. Allerdings wollte der *Senat* wohl keine aufwendige Neuauflage des Falles und beschränkte die Verfolgung derart, dass der Betrugsvorwurf nicht mehr verfolgt wird. Voraussetzung einer Verfolgungsbeschränkung gem. § 154a StPO ist, dass es sich um abtrennbare Teile einer Tat oder einzelne von mehreren Gesetzesverletzungen handelt, die durch dieselbe Tat begangen worden sind. Die den Angeklagten vorgeworfenen betrugsrelevanten Verhaltensweisen erfüllen zwar diese Voraussetzungen, allerdings ist die Verfolgungsbeschränkung an die weitere Voraussetzung geknüpft, dass die abtrennbaren Tatteile oder einzelnen Gesetzesverletzungen bei der Sanktionierung nicht beträchtlich ins Gewicht fallen. Das Gesetz enthält keinen konkreten Maßstab für die Gewichtung. Die Grenze der Beträchtlichkeit wird jedoch dann überschritten sein, wenn die Strafe durch die Anwendung des § 154a StPO bis auf die Hälfte schrumpft.<sup>17</sup> In dem hier vorliegenden Fall dürfte ein Sanktionsvergleich ohne Weiteres ergeben, dass diese Grenze auch bei der Prognose einer Verurteilung wegen vollendeten Betruges nicht überschritten ist, weshalb im Ergebnis eine Verfolgungsbeschränkung durch den 5. *Strafsenat* aus rechtlicher Sicht keiner Kritik begegnet.

### V. Zusammenfassung

Der hier besprochene Fall zeigt, dass sich organisiert kriminelle Strukturen auch im Bereich des Markenrechts sowie des Arzneimittelrechts breit gemacht haben. Niedriger Verfolgungsdruck, niedrige Strafen und ein geringes Entdeckungsrisiko sowie die hohen Gewinnspannen bei Arzneimitteln sind Faktoren, die diese Entwicklung begünstigen. Aufgrund einer (noch) geltenden Interpretation der kriminellen Vereinigung werden diese Strukturen rechtlich aber nicht abgebildet.

*Prof. Dr. Arndt Sinn, Osnabrück*

<sup>17</sup> Vgl. *Weßlau/Deiters*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, GVG und EMRK, Bd. 3, 5. Aufl. 2016, § 154 Rn. 16.