

Entscheidungsbesprechung

Zum Ausstellen gefälschter Kunstwerke und dem Verkauf echter Bilder unter erfundener Provenienz

1. Für einen Vermögensschaden bei gegenseitigen Verträgen ist maßgeblich, ob der objektive Wert hinter dem Wert dessen zurückbleibt, was die aufgrund der Täuschung verfügende Person als eigene Leistung aufwendet. Bei einem Kunstwerk mit gefälschter Provenienz ist der Schaden danach zu bestimmen, ob und ggf. inwieweit dem Kunstwerk trotz gefälschter Provenienz ein Vermögenswert zukommt.

2. Ein Gemälde erlangt eine Urkundenqualität erst mit seiner Signierung. Es reicht nicht aus, dass es lediglich einem bestimmten Künstler „zuschrieben“ wird.

3. Sind an mehreren Taten mehrere Personen beteiligt, ist die Frage, ob die einzelnen Taten tateinheitlich oder tateinheitlich zusammentreffen, bei jedem Beteiligten gesondert zu entscheiden.

(Leitsätze der Verf.)

StGB §§ 52, 53, 263, 267

StPO § 357

BGH, Beschl. v. 19.5.2020 – 2 StR 398/19¹

I. Einleitung

Egal ob *Wolfgang Beltracchi*, *Han van Meegeren* oder *Tom Keating*: Enthüllungen über gewiefte Kunstfälscher, die in großem Umfang stilsicher die bekanntesten Künstler der Kunstgeschichte fälschen konnten, erschüttern immer wieder die Kunstwelt. Gleichwohl wird ihnen oftmals unverhohlenen Sympathie entgegengebracht. Auch wenn die Schadenfreude, dass millionenschwere Kunstsammler und renommierte Kunstexperten an der Nase herumgeführt wurden, durchaus nachvollziehbar erscheinen mag, fügt ein derartig „kreatives“ Verhalten den betroffenen Käufern Schäden in Millionenhöhe zu und schadet auch den Künstlern, deren Bilder unter dem Generalverdacht stehen, gefälscht zu sein.²

Der vorliegenden Entscheidung liegt einer der größten Prozesse gegen Kunstfälscher aller Zeiten zugrunde³: Nach

¹ Die Entscheidung ist veröffentlicht in BeckRS 2020, 28772; wistra 2021, 67; NStZ-RR 2020, 373 und abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=2e791949ef32fd0eb72c629c64c05911&nr=111639&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf> (14.7.2021).

² Ausführlich zur rechtlichen Beurteilung von Kunstfälschungen *Löffels*, NJW 1993, 1421; *Sandmann*, Die Strafbarkeit der Kunstfälschung, 2004. Eine Übungsklausur dazu bieten *Dobrosz/Onimus*, ZJS 2016, 689.

³ So wurde an 150 Tagen verhandelt und allein die Verfahrenskosten beliefen sich auf 955.000 €, https://www.wiesbadener-kurier.de/lokales/wiesbaden/nachrichten-wiesbaden/kunstfaelscher-prozess-in-wiesbaden-verfahrenskosten-und-einzug-von-vermogen-als-strafe_18509028

Ermittlungen, an denen hunderte Personen aus mehreren Ländern beteiligt waren, wurden im Jahr 2013 in einem Lager in Wiesbaden 1.700 Kunstwerke (insbesondere aus der Russischen Avantgarde) beschlagnahmt, deren Wert sich – ihre Echtheit unterstellt – auf eine dreiviertel Milliarde Euro belaufen würde.⁴

II. Sachverhalt

T und M betreiben gemeinsam eine Galerie, in der dem M gehörende Gemälde verkauft werden, die dieser zuvor selbst angekauft hatte. Zu den Bildern werden Exposés verfasst, die neben den „technischen“ Daten auch Angaben zur Provenienz⁵, also Informationen zur Herkunft des Bildes und dessen Eigentums- und Besitzhistorie, enthalten.

Der erste Tatkomplex betrifft zwei gefälschte Bilder der Künstler *Rodchenko* und *Exter*, wobei T und M nur bzgl. des ersteren Werkes um den Fälschungscharakter wissen. Da jedoch zu beiden Werken eine Provenienz fehlt, erfindet der T mit Billigung des M Provenienzen, um die Authentizität der Bilder zu steigern. Im Folgenden interessiert sich K für die Gemälde. Ihm werden die Exposés mit den gefälschten Provenienzen ausgehändigt und auf Nachfrage die Echtheit der Werke bestätigt. T führt im Folgenden die Vertragsverhandlungen und verkauft die Kunstwerke im Dezember 2008 bzw. Januar 2009 für 43.000 € bzw. 29.000 € an K.

In einem weiteren Fall führen T und M weit fortgeschrittene Verhandlungen über zwei andere, echte Bilder, die von ihnen mit erfundenen Provenienzen ausgestattet wurden. Letztlich führen die Verhandlungen aber nicht zum Ankauf der Bilder.

Schließlich stellen T und M ein gefälschtes Bild des Künstlers *El Lissitzky* zum Zwecke des Verkaufs aus. Dieses Bild enthielt keine Signatur, sondern wurde dem Künstler nur aufgrund sonstiger Umstände zugeschrieben.

III. Einführung in die Problematik

Der vorliegende Fall liefert ein anschauliches Beispiel, um den Betrug sowie die Urkundenfälschung zu wiederholen. Schwierigkeiten ergeben sich ferner für die Anwendung der Konkurrenzen.

1. Zum Betrug gem. § 263 StGB

Der Betrug gem. § 263 Abs. 1 StGB ist dadurch gekennzeichnet, dass ein gutgläubiges Opfer aufgrund eines vom

(14.7.2021).

⁴ <https://www.sueddeutsche.de/kultur/kunstfaelscher-prozess-bilder-vor-gericht-1.3908751> (14.7.2021).

⁵ Von lat. „provenire“: herkommen, entstehen. Die Provenienz dient zum einen als Beleg der Echtheit eines Werkes und gibt zum anderen Auskunft darüber, ob ggf. Restitutionsansprüche bestehen oder dieses zumindest mit einem immateriellen Makel behaftet ist, etwa weil das Bild vom NS-Staat beschlagnahmt oder von seinem Eigentümer verfolgungsbedingt veräußert wurde. Außerdem kann die bloße frühere Zugehörigkeit zu einer berühmten Kunstsammlung wertsteigernd wirken.

Täter hervorgerufenen Irrtums über sein Vermögen verfügt und sich dadurch einen Vermögensschaden zufügt. Daraus ergibt sich folgendes Prüfungsschema:

| | |
|------|----------------------------------------------------------------------------|
| I. | Tatbestand |
| 1. | Objektiver Tatbestand |
| a) | Täuschung |
| b) | Irrtum |
| c) | Vermögensverfügung |
| d) | Vermögensschaden |
| 2. | Subjektiver Tatbestand |
| a) | Vorsatz |
| b) | Bereicherungsabsicht |
| c) | Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung und Vorsatz diesbezüglich |
| II. | Rechtswidrigkeit |
| III. | Schuld |

Gegenstand des vorliegenden Beschlusses ist insbesondere die Frage, ob die Voraussetzungen eines Vermögensschadens erfüllt sind. Dieser ist nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung durch einen Vergleich zwischen dem Vermögenswert vor und nach der Vermögensverfügung zu ermitteln. Ein Schaden liegt vor, wenn die durch die Vermögensverfügung eingetretene Vermögensminderung nicht unmittelbar durch einen Vermögenszuwachs kompensiert wird.⁶ Die Schadensberechnung erfolgt demnach grundsätzlich nach einer objektiven, marktorientierten und damit wirtschaftlichen Methode.

Bei der Frage, ob und wenn ja in welcher Höhe eine Person einen Vermögensschaden erlitten hat, die Kunstfälschern auf den Leim gegangen ist, sind mit Blick auf den vorliegenden Beschluss zwei Gesichtspunkte der Schadensbestimmung von Interesse. Zunächst stellt sich die Frage, ob der Käufer, der ein gefälschtes Werk oder ein echtes Werk aber mit gefälschter Provenienz erlangt hat, eine für ihn vollkommen wertlose Sache erhalten hat. Dann läge ein Fall des sog. individuellen Schadenseinschlags⁷ vor. Lehnt man dies ab, dann stellt sich die Frage, wie man den Wert einer solchen Sache bestimmen kann. Dies ist vor allem dann problematisch, wenn sich aufgrund fehlender Vergleichsgeschäfte kein objektiver Marktwert – etwa für Kunstobjekte – ermitteln lässt. In diesen Fällen greift der BGH auf die sog. intersubjektive Wertfestsetzung zurück, bei der zur Schadensberechnung ausschließlich auf die Preisabrede zwischen Täter und Geschädigtem abgestellt wird.

Grundsätzlich ist der Vermögensschaden nach wirtschaftlichen Maßstäben zu bestimmen und muss der Höhe nach beziffert werden, um dem Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG zu genügen.⁸ Normative Gesichtspunkte dürfen – auf der Grundlage der Rechtsprechung des BVerfG – bei der Feststellung des Vermögensschadens die wirtschaftlichen

Überlegungen nicht verdrängen.⁹ Demnach soll grundsätzlich eine objektiv-marktorientierte Berechnungsweise im Vordergrund stehen und nur nachrangig auf die individuellen Gegebenheiten des Getäuschten abzustellen sein.

Nun könnte man bei dem Erwerb von gefälschten Werken oder solchen mit gefälschter Provenienz annehmen, dass diese deswegen völlig wertlos seien, weil der Käufer diese nicht oder nicht in vollem Umfang für den von ihm vertraglich vorausgesetzten Zweck oder in anderer zumutbarer Weise verwenden kann. In diesen Fällen würden die wirtschaftlichen Gesichtspunkte von normativen Aspekten auf der Grundlage der Rechtsfigur des individuellen Schadenseinschlags überlagert. Die Verfehlung des vertraglich vorausgesetzten Zwecks stellt dabei die wichtigste und am häufigsten vorkommende Fallgruppe innerhalb der unter diesem Oberbegriff diskutierten Konstellationen dar.¹⁰

Im Jahr 2014 hat der 5. Strafsenat des BGH aber klargestellt, dass die objektive Schadensermittlung im Wege des Saldierungsprinzips Vorrang vor der Schadensfeststellung im Wege des individuellen Schadenseinschlags habe. Nur soweit sich nach einer Gesamtsaldierung „kein Negativsaldo ergibt, [...] ist] in einem zweiten Schritt zu prüfen [...], ob im Hinblick auf eine weitgehende Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit gleichwohl unter dem Aspekt des persönlichen Schadenseinschlags ein Vermögensnachteil anzunehmen ist“¹¹.

Hingegen sah sich der 3. Strafsenat nicht veranlasst, seine Normativierungstendenzen einhegen zu müssen und hatte im Jahr 2018 einen Vorrang der objektiven Schadensermittlung gegenüber dem persönlichen Schadenseinschlag verneint.¹² Im Rahmen der Gesamtsaldierung sei „auch der subjektive Wert des Erlangten für den Verletzten zu berücksichtigen“. Wenn „nach dem Urteil eines objektiven Dritten eine (möglicherweise objektiv werthaltige) Gegenleistung des Täuschenden bei normativer Betrachtung unter Berücksichtigung der individuellen und wirtschaftlichen Bedürfnisse und Verhältnisse des Geschädigten sowie der von ihm verfolgten Zwecke subjektiv wertlos [sei]“, so begründe dies einen Vermögensschaden.¹³

Dogmatisch interessant ist dabei die Frage, ob die Bestimmung der Schadenshöhe im Tatbestand zu verorten ist und damit den Schuldspruch erfasst oder ob die Frage die Strafzumessungsebene betrifft und insoweit (lediglich) den Strafausspruch erfasst. Damit ist die Frage nach der dogmatischen Verankerung des Bezifferungsgebotes aufgeworfen.¹⁴

⁹ BVerfG NJW 2010, 3209 (3215).

¹⁰ In den anderen Konstellationen wird das Opfer durch die eingegangene Verpflichtung zu vermögensschädigenden (Folge-)Maßnahmen veranlasst oder kann infolge der Verpflichtung nicht mehr über die Mittel verfügen, die für eine seinen persönlichen Verhältnissen angemessene Wirtschafts- oder Lebensführung unerlässlich sind.

¹¹ BGH NSTZ 2014, 518 (519).

¹² BGH, Beschl. v. 12.6.2018 – 3 StR 171/17, siehe dazu Brüning, ZJS 2019, 143.

¹³ BGH, Beschl. v. 12.6.2018 – 3 StR 171/17.

¹⁴ Dazu Brüning, ZJS 2016, 781 (784).

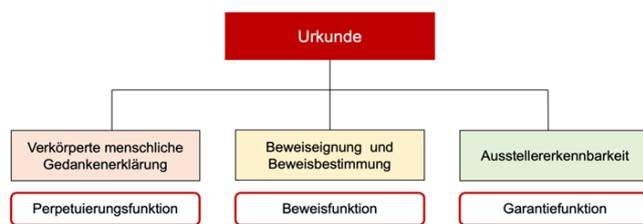
⁶ BGH NJW 2016, 2434 (2435).

⁷ Zu den Voraussetzungen siehe Brüning, ZJS 2019, 143 (144 f.).

⁸ BVerfG NJW 2010, 3209 (3215); BVerfG NJW 2012, 907.

2. Zur Urkundenfälschung gem. § 267 StGB

Außerdem streift die Entscheidung Aspekte der Urkunden-delikte. Hinsichtlich des Ausstellens der Bilder kommt eine Strafbarkeit wegen Gebrauchs einer unechten Urkunde gem. § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB in Betracht. Dafür muss das ausgestellte Gemälde eine unechte Urkunde sein. Eine Urkunde ist eine verkörperte Gedankenerklärung, die allgemein oder für Eingeweihte verständlich ist, zum Beweis einer rechtlich erheblichen Tatsache geeignet und bestimmt ist und einen Aussteller erkennen lässt.¹⁵ Eine unechte Urkunde liegt vor, wenn die Urkunde über die Identität des Ausstellers täuscht, d.h. wahrer und scheinbarer Aussteller auseinanderfallen (sog. Geistigkeitstheorie).¹⁶



Auf den ersten Blick erscheint es kontraintuitiv, dass ein Gemälde eine Urkunde (im strafrechtlichen Sinne) sein soll. Im Kunstwerk werden die Eindrücke des Künstlers und der Schaffensprozess durch eine bestimmte Formensprache offenbar. Jedenfalls einem unsignierten Werk scheint sich keine (rechtserhebliche) Gedankenerklärung und kein Aussteller entnehmen zu lassen. Dies könnte sich durch die Signatur ändern. Eine Signatur stellt ein sog. Beweiszeichen¹⁷ dar. Mit dieser von der Rechtsprechung¹⁸ eingeführten Begrifflichkeit wird zum Ausdruck gebracht, dass unter den Urkundenbegriff nicht nur in Schriftform verkörperte, aus sich selbst heraus verständliche Erklärungen sowie klassische Schriftstücke fallen¹⁹, sondern auch sonstige nichtschriftliche Angaben, Abkürzungen und Symbole, denen ein rechtserheblicher Inhalt zukommt.²⁰ Erforderlich ist lediglich, dass die Erklä-

rung dauerhaft optisch-visuell wahrnehmbar und in einem körperlichen Gegenstand fixiert ist.²¹ Es kommt demgemäß weniger auf die Art und Weise der Erklärung, sondern vielmehr auf die Frage an, ob im Rechtsverkehr dem Zeichen oder Symbol (nach Gesetz, Herkommen oder Vereinbarung) ein Beweiswert zukommt oder es nur als Kennzeichen der Unterscheidung oder Ordnung dient (sog. Kennzeichen).²²

Auch wenn die dogmatische Einordnung des Begriffs „Beweiszeichen“ nicht immer einheitlich gehandhabt wird, so besteht in der Sache doch überwiegend Einigkeit bezüglich der grundsätzlichen Anerkennung der Beweiszeichen und der Notwendigkeit der „Abgrenzung“ von Kennzeichen.²³ In der Fallbearbeitung bietet es sich an, zunächst festzustellen und kurz zu begründen, dass auch Abkürzungen, Symbole und sonstige Zeichen taugliche Gedankenerklärungen sein können. Sodann ist die Beweiseignung und -bestimmung genau herauszuarbeiten, in Abgrenzung zu bloßen Kennzeichnungs-, Unterscheidungs- oder Sicherungszwecken.

3. Konkurrenzen

Weiterhin eröffnet der Fall Gelegenheit, die Konkurrenzen zu wiederholen. Konkurrenzen haben eine doppelte Aufgabe: Sie bestimmen zunächst, wie viele Straftaten begangen wurden und legen damit den Schuldspruch im Urteilstenor fest. Ferner bilden sie die Grundlage für die Strafzumessung und wirken sich damit auf die Strafzumessung aus. Betrachtet man die Vorschriften der §§ 52 ff. StGB, ist es für die Strafzumessung entscheidend, ob der Täter die Straftatbestände durch eine oder durch mehrere Handlungen begangen hat. Je nach dem, liegt Tateinheit oder Tatmehrheit vor. Liegt ein Fall der Tateinheit nach § 52 StGB vor, so ist dies für den Täter bei der Strafzumessung günstiger. Nach dessen Abs. 1 ist nur eine Strafe zu bilden, die nach Abs. 2 dem schwersten Delikt zu entnehmen ist. Liegt dagegen Tatmehrheit vor, ist gem. §§ 53, 54 StGB eine Gesamtstrafe zu bilden. In diesem Fall wird zunächst für jeden verwirklichten Straftatbestand eine Einzelstrafe gebildet. Aus diesen Einzelstrafen wird dann in einem zweiten Schritt eine sog. Gesamtstrafe i.S.d. § 54 StGB gebildet. Diese Gesamtstrafe muss höher sein als die höchste Einzelstrafe, die Gesamtstrafe darf aber die Summe aller Einzelstrafen nicht erreichen.

Um festzustellen, ob Tateinheit nach § 52 StGB oder Tatmehrheit nach § 53 StGB vorliegt, nimmt man zunächst § 52 StGB in den Blick, der lautet: Verletzt dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze oder dasselbe Strafgesetz mehrmals, so

Ostendorf/Brüning, Strafprozessrecht, 4. Aufl. 2021, § 16 Rn. 36.

²¹ *Freund* (Fn. 19), Rn. 97a.

²² *Satzger*, Jura 2012, 106 (107); vgl. auch die Beispielsammlung bei *Heine/Schuster*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 267 Rn. 23 f.

²³ So wird dieses Problem teilweise i.R.d. Perpetuierungsfunktion (so etwa *Heger*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 267 Rn. 9), teilweise i.R.d. Beweisfunktion (so *Satzger*, Jura 2012, 106 [110]) oder auch in einem gesonderten Punkt aufgeführt (so *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 22. Aufl. 2021, § 32 Rn. 21).

¹⁵ Allgemein zum Urkundenbegriff *Satzger*, Jura 2012, 106.

¹⁶ *Weidemann*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, 50. Ed., Stand: 1.5.2021, § 267 Rn. 21.

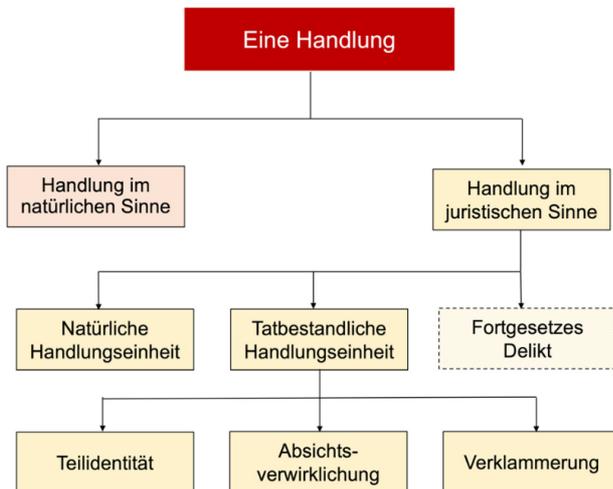
¹⁷ Ausführlich *Sandmann* (Fn. 2), S. 30 ff.

¹⁸ BGHSt 2, 370; 5, 151; 9, 235; 16, 94; 18, 66; 45, 197.

¹⁹ So aber das ältere Schrifttum, *Binding*, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. 2, 2. Aufl. 1904, S. 169 ff.; *Maurach/Schröder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 7. Aufl. 1991, S. 137; *Schmidhäuser*, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 1983, Kap. 14 Rn. 10. Dagegen spricht jedoch, dass der Rechtsverkehr auf wortvertretende Abkürzungen und Bezeichnung angewiesen ist und ihnen das gleiche Vertrauen entgegenbringt, vgl. *Freund*, Urkundenstrafaten, 2. Aufl. 2010, Rn. 91.

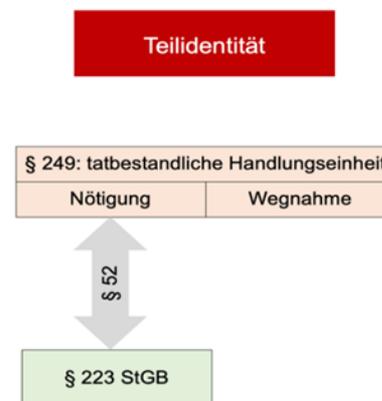
²⁰ Anders der prozessuale Urkundenbegriff, nach dem nur Schriftstücke mit verlesbaren Inhalt Urkunden darstellen, vgl.

wird nur auf eine Strafe erkannt. Damit stellt sich die Frage, was unter „dieselbe Handlung“ zu verstehen ist. Man unterscheidet zwischen einer Handlung im natürlichen Sinn und Handlungen im juristischen Sinn, wie sich aus folgendem Schaubild ergibt:



Eine Handlung im natürlichen Sinne liegt vor, wenn ein Willensentschluss eine Körperbewegung hervorgerufen hat und durch diese Körperbewegung dann mehrere Gesetze verletzt wurden, etwa wenn ein Schuss einen Menschen verletzt und gleichzeitig eine Sache zerstört. Etwas komplizierter ist die Frage, wann eine Handlung im juristischen Sinne gegeben ist. Hier muss man unterscheiden zwischen einer natürlichen Handlungseinheit, einer tatbestandlichen Handlungseinheit und dem fortgesetzten Delikt, wobei es Letzteres nicht mehr gibt. Alles in diesem Bereich ist hochumstritten. Für den hier vorliegenden Fall ist die tatbestandliche Handlungseinheit näher zu betrachten. Darunter werden die Problemkreise Teilidentität, Absichtsvirklichung und Verklammerung gefasst, wobei für die hier zu besprechende Entscheidung nur die sog. Teilidentität von Relevanz ist. Tateinheit kraft Teilidentität der Ausführungshandlungen liegt vor, wenn die Ausführungshandlung in einem für beide Tatbestandsverwirklichungen notwendigen Teil zumindest teilweise identisch ist und so dazu beiträgt, den Tatbestand des einen und des anderen Strafgesetzes zu erfüllen. Schlägt der Täter etwa sein Opfer nieder, um diesem eine Sache zu entwenden, so erfüllt der Schlag sowohl das Tatbestandsmerkmal der körperlichen Misshandlung i.S.d. § 223 Abs. 1 StGB als auch das Tatbestandsmerkmal „Gewalt gegen eine Person“ i.S.d. § 249 Abs. 1 StGB. Der Raub gem. § 249 Abs. 1 StGB besteht wiederum aus zwei Teilakten, und zwar der qualifizierten Nötigung und der Wegnahme. Zwischen beiden Teilhandlungen besteht eine sog. tatbestandliche Handlungseinheit. Wenn die Handlung eines Teilaktes gleichzeitig einen weiteren Straftatbestand erfüllt, so wie in unserem Beispiel die Gewaltanwendung i.S.d. Raubes den Tatbestand der Körperverletzung erfüllt, dann ist es ausreichend, wenn eine von beiden Ausführungshandlungen des Raubes mit der Ausführungshandlung der Körperverletzung identisch ist, um Tateinheit nach § 52 StGB zu begrün-

den. Die Ausführungshandlung der Körperverletzung ist dann gleichsam teilidentisch mit den (zwei) Ausführungshandlungen des Raubes.



Mit Blick auf den vorliegenden Fall, der verschiedene Umsatzgeschäfte erfasst, ist zu erwähnen, dass der BGH die Rechtsfigur der Teilidentität auf Betäubungsmitteldelikte anwendet und verschiedene Umsatzgeschäfte zu einer einheitlichen Handlung i.S.d. § 52 StGB zusammenfasst, wenn sich etwa die Ausführungshandlungen einzelner Umsatzgeschäfte z.B. durch die gleiche Transportfahrt überschneiden.²⁴

Sind mehrere Personen als Mittäter an einer Tat beteiligt, so ist das Konkurrenzverhältnis bei jedem Beteiligten gesondert anhand seiner individuellen Tatbeiträge zu prüfen und zu entscheiden. Maßgeblich ist dabei der Umfang des erbrachten Tatbeitrags. Irrelevant ist, ob die anderen Mittäter die einzelnen Delikte tatmehrheitlich begangen haben.²⁵

IV. Die Entscheidung

Der BGH hebt das Urteil des Landgerichts Wiesbaden teilweise auf und verweist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurück.

1. Betrug gem. § 263 StGB

Hinsichtlich des Verkaufs des *Exter*- sowie des *Rodchenko*-Werks bestätigt der 2. Strafsenat des BGH zunächst die Verurteilung wegen vollendeten Betruges. Die Täuschungshandlung, d.h. das intellektuelle Einwirken auf das Vorstellungsbild eines anderen mit dem Ziel der Irreführung über Tatsachen²⁶, besteht hier im Aushändigen der Exposés, die die gefälschten Provenienzen enthalten sowie im ersten Tatkomplex zusätzlich im Bestätigen der Echtheit der Gemälde.

²⁴ BGH NJW 2018, 2905 (2906 f.).

²⁵ So die st. Rspr., vgl. etwa BGH BeckRS 2012, 2533; BGH NStZ 2013, 641; BGH BeckRS 2021, 4730.

²⁶ So die h.M., vgl. nur BGHSt 47, 1 (3); *Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 22), § 263 Rn. 6; zur Gegenmeinung, die den Täuschungsbegriff rein objektiv als „Kundgabe existierender Tatsachen als nichtexistierend oder umgekehrt“ definiert, siehe *Bock*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 2018, S. 262.

Dabei stellt die Provenienz eine den Bildern unmittelbar anhaftende wertbildende Tatsache dar, wie der BGH ausführte: „[Die Provenienz] dient dem Beleg der Echtheit des Werkes; sie ist ggf. geeignet, Zweifel an der Echtheit des Werkes zu zerstreuen. Die Provenienz eines Bildes stellt [...] 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.“²⁷

Mit Blick auf den Vermögensschaden rügt der BGH allerdings den Strafausspruch, weil das Landgericht bei der Schadensermittlung einen unzutreffenden rechtlichen Maßstab angelegt habe, mit der Folge, dass für die Strafzumessung ein zu hoher Schadensumfang zugrunde gelegt wurde. Damit verankert der BGH das Bezifferungsverbot dogmatisch auf der Strafzumessungsebene.

Ein Vermögensschaden liege vor, „wenn die Vermögensverfügung des Getäuschten bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise unmittelbar zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwerts des Vermögens des Verfügenden [geführt hat] (Prinzip der Gesamtsaldierung [...]). 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“.²⁸

Im Rahmen der Schadensberechnung differenziert der BGH zwischen gefälschten und nicht gefälschten Werken. Im Falle eines gefälschten Bildes meint das Gericht, dass derartige Kunstwerke auf dem Kunstmarkt ohne Wert seien und legt den Wert damit auf „0“ fest. Sodann beziffert der BGH den Schaden „in Höhe des vollständigen Kaufpreises“.²⁹

Anders soll es sich nach Ansicht des BGH aber bei (maßgeblich) echten Kunstwerken verhalten, bei denen nur die Provenienz gefälscht worden sei. Der BGH moniert an den Feststellungen der Vorinstanz, dass dieses „bei der Bestimmung des Schadens nicht ohne Weiteres als Wert der erhaltenen bzw. angebotenen Kunstwerke [...] einen Betrag in Höhe des Kaufpreises [hätte] annehmen dürfen, sondern sich mit der Frage [hätte] auseinandersetzen 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.“

Da die Provenienz einen wertbildenden und -steigernden Faktor darstelle, läge es „zwar auf der Hand, dass das Fehlen einer Provenienz oder auch die Vorlage einer falschen zu einer Reduzierung seines objektiven Wertes [führe]“. Doch folge daraus nicht die völlige Wertlosigkeit eines Kunstwerks, das (höchst)wahrscheinlich nicht gefälscht oder dessen Echtheit jedenfalls in dubio pro reo nicht ausgeschlossen werden könne. „In einem solchen Fall 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 Diffe-

renz zwischen Kaufpreis und ermitteltem Wert des Kunstwerks, führt.“

2. Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB

Mit Blick auf die Strafbarkeit wegen Urkundenfälschung bestätigt der BGH die h.M. und stellt kurz und knapp fest, dass einem unsignierten Werk keine Urkundenqualität zukomme, sondern diese erst mit seiner Signierung erlange.³⁰

3. Konkurrenzen

Der BGH widerspricht sodann aber den konkurrenzrechtlichen Ausführungen des Landgerichts. Da nur T Revision eingelegt hatte, kam es zunächst nur darauf an, ob die Feststellung der Tatsacheninstanz, dass zwischen den beiden Betrugstaten hinsichtlich der Werke von *Rodchenko* und *Exner* Tateinheit bestehe, einer rechtlichen Überprüfung standhielt. Hierzu stellt der BGH fest, dass T mit K „die Vertragsmodalitäten hinsichtlich beider Werke [besprach] und Grundlage dieser insoweit zeitgleich geführten Verhandlungen der von [T] schon durch die falschen Provenienzen erzeugte und in den Vertragsgesprächen weiter verfestigte Eindruck echter Gemälde, die Grundlage für den späteren Kaufentschluss des [K] war. Insoweit liegt hier hinsichtlich der sich über den gesamten Erwerbsvorgang erstreckenden Täuschung des [K] eine Teilidentität von Ausführungshandlungen durch den [T] vor, die beide Betrugstaten zur Tateinheit verbindet.“

Nachdem der BGH festgestellt hatte, dass entgegen der Vorinstanz von tateinheitlich verwirklichten Tatbeständen auszugehen war, stand er vor der Frage, ob diese Feststellung auf den nicht revidierenden Angeklagten M zu erstrecken sei. Dazu ordnet § 357 StPO aus Gerechtigkeitsgründe an, dass auch gegenüber dem Nichtrevidenten das Urteil (rechtskraftdurchbrechend) aufzuheben ist, wenn das Revisionsgericht zugunsten eines anderen Angeklagten das Urteil wegen einer Gesetzesverletzung aufgehoben hatte. Auf den ersten Blick könnte man daher meinen, dass der BGH auch den Schuld ausspruch bezüglich M hätte aufheben müssen. Allerdings gilt § 357 StPO nur, wenn insoweit ein gleichgelagerter Sachverhalt vorliegt, denen die gleichen materiell-rechtlichen Erwägungen zugrunde liegen. Dies lehnt der BGH indes ab: „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 Einzelstaten einen individuellen, nur je diese fördernden Tatbeitrag, so sind ihm diese Taten [...] als tatmehrheitlich begangen zuzurechnen. Fehlt es an einer solchen individuellen Tatförderung, erbringt der Täter aber im Vorfeld [...] Tatbeiträge, durch die alle [...] Einzelstaten seiner Tatgenossen gleichzeitig gefördert werden, sind ihm diese [...] Straftaten als tateinheitlich begangen zuzurechnen, da sie in seiner Person durch den einheitlichen Tatbeitrag zu einer Handlung i.S.d. § 52 Abs. 1 StGB verknüpft werden. Ohne Bedeutung

²⁷ BGH, Beschl. v. 19.5.2020 – 2 StR 398/19, Rn. 6.

²⁸ BGH, Beschl. v. 19.5.2020 – 2 StR 398/19, Rn. 24.

²⁹ BGH, Beschl. v. 19.5.2020 – 2 StR 398/19, Rn. 24.

³⁰ BGH, Beschl. v. 19.5.2020 – 2 StR 398/19, Rn. 17. So auch schon RGSt 34, 53; 56, 357; 76, 28; OLG Frankfurt NJW 1970, 673; anders *Sandmann* (Fn. 2), S. 34 ff.

ist dabei, ob die Mittäter die einzelnen Delikte tatmehrheitlich begangen haben.

Nach diesen Maßstäben ist die Annahme zweier tatmehrheitlicher Taten hinsichtlich [M] nicht zu beanstanden. [M] 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 Betrugs-taten gleichermaßen fördernd ausgewirkt hätte.³¹

V. Bewertung der Entscheidung

Die vorliegende Entscheidung verdient mit Blick auf den Betrug sowie die Urkundenfälschung Zustimmung. Die Überlegungen zum Konkurrenzverhältnis sind dagegen differenzierter zu betrachten.

1. Betrug gem. § 263 Abs. 1 StGB: Vorrang der rein wirtschaftlichen Berechnungsmethode

Zu Recht geht der BGH im vorliegenden Fall von einem vollendeten bzw. versuchten Betrug aus. Bei den (potenziellen) Käufern entstand eine Fehlvorstellung, die zumindest im ersten Tatkomplex zu einem Kaufvertragsabschluss und der Zahlung des Kaufpreises führte, d.h. einer Handlung, die sich unmittelbar vermögensmindernd ausgewirkt hat. Im zweiten Tatkomplex liegt hingegen nur ein versuchter Betrug vor, da es zu keinem Vertragsschluss kam. Gleichwohl war die Versuchsschwelle überschritten, da die Angeklagten alle ihrerseits erforderlichen (Tat-)Handlungen erbracht hatten, eine unmittelbare Rechtsgutsgefährdung bestand und es ein bloßer Zufall war, dass kein Vermögensschaden eintrat.

Zutreffend geht der BGH ferner in beiden Tatkomplexen davon aus, dass ein Vermögensschaden vorliegt, bzw. im Falle des versuchten Betruges Tatentschluss bzgl. des Tatbestandsmerkmals Vermögensschaden anzunehmen ist. Während das Landgericht bei der Schadensfeststellung und vor allem bei der Bestimmung der Schadenshöhe nicht zwischen dem gefälschten Bild und dem (echten) Bild mit gefälschter Provenienz differenzieren wollte, nimmt der BGH zutreffend eine solche Differenzierung vor und hält lediglich das gefälschte Bild für vollkommen wertlos. Die Bilder können nur dann mit einem Wert von „0“ in die Bewertung eingestellt werden, wenn ihnen entweder gar kein wirtschaftlicher Wert mehr zukommt oder aber, wenn sie mit Hilfe von normativen Kriterien – wie etwa der Rechtsfigur des individuellen Schadenseinschlags – für vollkommen unbrauchbar erklärt würden.

Letztlich geht es um die Frage, in welchem Umfang wirtschaftliche Gesichtspunkte bei der Schadensfeststellung von normativen Kriterien überlagert werden dürfen, wobei der BGH die Frage gar nicht offen angesprochen hat. Wenn man es genau nimmt, ist eine ganz strikte Unterscheidung zwischen rein wirtschaftlichen und rein normativen Bewertungs-

kriterien aber gar nicht möglich.³² Vermögen schafft vor allem Handlungspotenziale, da niemand Vermögen um seiner selbst willen akkumuliert. Stattdessen werden Verträge aus bestimmten Zwecken und Motiven abgeschlossen. Die Werthaftigkeit einer Vermögensposition hängt damit von der Person des Vermögensträgers ab.³³ Kann der Leistungsempfänger den Leistungsgegenstand nicht effektiv einsetzen, weil dieser für seine individuellen Verhältnisse objektiv unbrauchbar ist, wird dadurch dessen wirtschaftliches Handlungspotenzial geschwächt. Dies gilt aber nur dann, wenn er den Gegenstand nicht oder jedenfalls nicht zum „Einkaufspreis“ wieder veräußern kann.³⁴ Ein Schaden ist also immer dann ausgeschlossen, wenn ein für den Vermögensträger nutzloser Gegenstand einen realisierbaren Geldwert erzielen kann.³⁵ Denn in diesem Fall ist das wirtschaftliche Handlungspotenzial nicht geschwächt. Dies entspricht im Ergebnis auch der Rechtsprechung des 5. Strafsenates.

Das Landgericht hatte offenbar – in Anlehnung an den 3. Strafsenat – darauf verzichtet, vorrangig im Wege einer objektiven Schadensbestimmung den Marktpreis für ein echtes Gemälde mit gefälschter Provenienz zu ermitteln, sondern einen individuellen Schadenseinschlag wegen persönlicher Zweckverfehlung angenommen.³⁶ Dies ermöglichte es der Tatsacheninstanz, einen Schaden in Höhe des gesamten gezahlten Kaufpreises anzunehmen. Diese Annahme des Landgerichts, Werke mit gefälschter Provenienz für wertlos zu erklären, erscheint aber bereits auf der Grundlage der Rechtsfigur des persönlichen Schadenseinschlags für fragwürdig. Denn es ist völlig unklar, ob die Leistung aus Sicht eines objektiven Dritten in der Lage des Getäuschten tatsächlich unbrauchbar war und damit ein aliud gegenüber der eigentlich vereinbarten Soll-Situation darstellte. Die vom BGH implizit ausgesprochene Absage an ein weites Verständnis des persönlichen Schadenseinschlags und das Bekenntnis zum Vorrang der rein objektiven Schadensermittlung sind daher zu begrüßen und entsprechen den Vorgaben des BVerfG, dass bei der Schadensfeststellung wirtschaftliche Erwägungen nicht von normativen Gesichtspunkten überlagert werden dürfen. Primärer Maßstab muss eine Berechnung anhand wirtschaftlicher Kennzahlen sein. Je mehr die Schadensfeststellung von normativen Erwägungen getragen wird, desto höher ist die Gefahr, dass nicht mehr das Vermögen das geschützte Rechtsgut darstellt, sondern die Dispositionsfreiheit und das wirtschaftliche Selbstbestimmungsrecht des Getäuschten. Es ist nicht Aufgabe des Strafrechts, jeden unliebsamen und ungewollten Leistungsaustausch zu pönalisieren, mag dieser auch durch eine Täuschung zustande gekommen sein. Der Betrugs-

³¹ BGH, Beschl. v. 19.5.2020 – 2 StR 398/19, Rn. 14 f.

³² Hefendehl, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 263 Rn. 406; Kasiske, NZWiSt 2016, 302 (306); Kindhäuser/Nikolaus, JuS 2006, 293 (296); vgl. zum Ganzen bereits Brüning, ZJS 2019, 143 (146).

³³ Ceffinato, NZWiSt 2015, 90 (94).

³⁴ BGH NStZ-RR 2001, 41.

³⁵ Hefendehl (Fn. 32), § 263 Rn. 812.

³⁶ BGH, Beschl. v. 12.6.2018 – 3 StR 171/17, siehe dazu Brüning, ZJS 2019, 143.

tatbestand ist kein „Superrecht“ gegen Lug und Trug im Kontext einer Vertragsverhandlung und -durchführung.

Zu erwähnen ist aber, dass der 2. Strafsenat in der vorliegenden Entscheidung diese Grundsätze letztlich nicht für die gefälschten Bilder angewendet hat, sondern ohne jede sachliche Prüfung davon ausgegangen ist, dass ein gefälschtes Werk auf dem legalen Markt gar keinen realisierbaren Gegenwert erzielen wird.

Dem neuen Tatgericht, an das die Sache zurückverwiesen wurde, wird damit die Aufgabe zukommen, dem vom BVerfG postulierten Bezifferungsgebot nachzukommen und eine konkrete Schadenshöhe anzugeben.³⁷ Dabei wird ein Schaden (nur) bestehen, wenn sich bei den Kunstwerken keine Provenienz ermitteln lässt oder die tatsächliche Provenienz zu einem geringeren Verkehrswert führt, etwa weil das Gemälde nicht wie behauptet aus einer berühmten Sammlung stammt. Lässt sich dagegen eine andere Provenienz ermitteln, die den Wert der Bilder gegenüber der erfundenen Provenienz nicht sinken lässt, so läge kein Vermögensschaden vor.

Begrüßenswert ist schließlich, dass nach Ansicht des BGH das Bezifferungsgebot und damit die konkrete Höhe des Vermögensschadens nicht den Tatbestand betrifft, sondern erst auf der Strafzumessungsebene verortet werden muss.³⁸ Das BVerfG hatte sich nicht festgelegt, ob sich das Bezifferungserfordernis aus dem materiellen Recht ergibt, oder eine prozessuale Anforderung darstellt. Für Letzteres spricht, dass der tatbestandliche Prüfungspunkt „Vermögensschaden“ nur die Feststellung verlangt, dass überhaupt eine nicht kompensierte Vermögensminderung vorliegt. Die konkrete Höhe des Vermögensschadens ist allerdings für die auf der Strafzumessungsebene festzustellende Schuld des Täters relevant, weil Grundlage der Strafzumessung nach § 46 Abs. 1 S. 1 StGB die Schuld des Täters ist, die wiederum beim Betrug von der Höhe des angerichteten Schadens abhängt. Steht daher fest, dass ein Schaden eingetreten ist, aber die genaue Berechnung fehlerhaft erfolgt ist, ist in diesen Fällen nur die Strafzumessung davon betroffen, sodass nur der Strafausspruch, nicht aber der Schuldspruch aufzuheben ist.³⁹

2. Urkundenfälschung gem. § 267 StGB

Auch die in der vorliegenden Entscheidung angeführten Erwägungen zum Urkundenbegriff sind überzeugend.

Selbst wenn das Bild wegen seines markanten Stils scheinbar unverwechselbar einem bestimmten Künstler zugeordnet werden kann und der Künstler mit dem Werk eine bestimmte Auffassung zu bestimmten Themenstellungen zum Ausdruck bringt, kommt einem solchen künstlerischen Statement weder eine Beweiseignung oder -bestimmung zu, noch ist eine Ausstellererkennbarkeit gegeben.⁴⁰ Völlig zu Recht betont der BGH daher, dass es nicht ausreicht, wenn ein Bild einem bestimmten Künstler bloß „zugeschrieben“ werde, nicht aber unterschrieben oder signiert wurde.⁴¹

Erst durch die Signatur wird das Bild einem bestimmten Künstler zugeordnet. Der Künstler bringt zum Ausdruck, dass er es für vollendet und verkehrsfäh hält, dass er es als seine Schöpfung gegenüber der Öffentlichkeit anerkennen und vertreten will und es zu seinem Œuvre gehört.⁴² Die Signatur kann als Echtheits- und Urheberschaftserklärung verstanden werden, durch die offenkundig gemacht wird, dass dieses Kunstwerk von diesem Künstler in dieser Art und Weise entstanden ist.⁴³ Damit verkörpert das signierte Kunstwerk eine rechtlich erhebliche Gedankenerklärung und lässt ihren Aussteller erkennen.

Auch das Rechtsgut des § 267 StGB, die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs mit Urkunden, spricht dafür, signierte Kunstwerke unter den Urkundenbegriff zu subsumieren.⁴⁴ Wenn sich offenbart, dass auf dem Kunstmarkt eine nicht unerhebliche Anzahl von Fälschungen eines bestimmten Künstlers im Umlauf sind, nimmt das Vertrauen in die Authentizität aller vorhandenen Kunstwerke des Künstlers ab. Das Interesse von Museen, Kunstsammlern und der kunstinteressierten Öffentlichkeit an Bildern und Ausstellungen des Künstlers nimmt ab, weil ein nicht ausräumarbarer Fälschungsverdacht erhalten bleibt.

Daher ist es konsequent und richtig, dass der BGH in der vorliegenden Entscheidung – anders als die Tatsacheninstanz – mit Blick auf die Urkundenqualität hinsichtlich der Werke differenziert: Bezüglich des Bildes ohne Signatur scheidet eine Strafbarkeit aus. In Bezug auf die signierten Bilder handelt es sich dagegen um unechte Urkunden, die die Angeklagten auch „gebrauchten“ i.S.d. § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB, denn durch das öffentliche Ausstellen in der Galerie hatte jedermann die Möglichkeit⁴⁵, die Bilder wahrzunehmen.⁴⁶

Auf die Unterscheidung zwischen Kenn- und Beweiszeichen geht der BGH dagegen nicht ein. Dies ist nicht verwunderlich, ist doch eine klare und vorhersehbare Abgrenzung zwischen Kenn- und Beweiszeichen bislang mangels trennscharfer Abgrenzungskriterien nicht zufriedenstellend gelungen.⁴⁷ Stattdessen scheint die Einteilung eher abstrakt anhand des vorhandenen Rechtsgefühls und einer Idealvorstellung von Beweis- und Kennzeichen zu erfolgen.⁴⁸ Insbesondere wird

⁴² RGSt 34, 53.

⁴³ RGSt 34, 53; *Löffler*, NJW 1993, 1421; a.A. *Weismann*, ZStW 11 (1891), 1 (24) unter Verweis auf Werkstattbilder älterer Meister, die von Schülern gemalt und vom namensgebenden Werkstattinhaber signiert wurden.

⁴⁴ So auch *Dobrosz/Onimus*, ZJS 2016, 689 (691).

⁴⁵ Eine *tatsächliche* Kenntnisnahme durch eine konkrete Person ist nicht erforderlich.

⁴⁶ Die Gebrauchsvariante ermöglicht demnach insbesondere die Bestrafung von Galeristen und Kunsthändlern, die bewusst gefälschte Gemälde ausstellen.

⁴⁷ Zur Kritik *Heine/Schuster* (Fn. 22), § 267 Rn. 22.

⁴⁸ In der Literatur wurden verschiedene Abgrenzungsansätze vorgeschlagen, die sich nicht an den abstrakten Begriffskategorien „Beweis- und Kennzeichen“ orientieren. Nach *Erb*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 32), § 267 Rn. 78 soll es darauf ankommen, ob sich aus der Urkunde unmittelbar rechtserhebliche Erklärungen ergeben oder der Erklärung nur mittelbar als

³⁷ Vgl. dazu *Brüning*, ZJS 2016, 781.

³⁸ Vgl. dazu *Brüning*, ZJS 2016, 781 (785).

³⁹ BGH NStZ 2014, 458.

⁴⁰ *Löffler*, NJW 1993, 1421 (1423).

⁴¹ BGH, Beschl. v. 19.5.2020 – 2 StR 398/19, Rn. 17.

moniert, dass Künstlersignaturen anders behandelt würden als andere Herstellerzeichen.⁴⁹ Die Schwierigkeit der Abgrenzung mag auch daran liegen, dass Herstellerzeichen mehrere Funktionen zugleich erfüllen. So dienen diese der Unterscheidung von anderen, gleich aussehenden Gegenständen anderer Hersteller, bezwecken dadurch aber gleichzeitig, die Eigentums- oder Besitzverhältnisse zu dokumentieren. Schließlich ist der Hersteller oftmals nicht nur unerheblich an den damit einhergehenden Werbezwecken interessiert. Die Abgrenzung danach, was primär bezweckt ist und was bloßer Reflex ist, erscheint schwierig und für den Rechtsanwender kaum vorhersehbar. Für die Fallbearbeitung bedeutet dies aber, dass nur sauber unter die Funktionsmerkmale der Urkunde zu subsumieren ist und in der Regel jedes Ergebnis vertretbar ist.

3. Konkurrenzen

Die konkurrenzrechtlichen Ausführungen entsprechen der Grundlinie des BGH, der bei einer Teilidentität von Ausführungshandlungen Tateinheit gem. § 52 Abs. 1 StGB annimmt.⁵⁰ T hatte während der zeitgleich geführten Verkaufsgespräche hinsichtlich der Werke von *Rodchenko* und *Exter* die jeweils erforderlichen Täuschungshandlungen erbracht. Insoweit liegt eine Identität der Ausführungshandlungen vor. Zwar wird der Angeklagte schon denklösig erst über das eine und dann über das andere Bild gesprochen haben müssen. Aber die Täuschungshandlungen werden sich in einem einheitlichen Gesprächsverlauf ereignet haben, bei dem sich viele Aspekte auf beide Bilder und damit auf beide „Umsatzgeschäfte“ bezogen haben werden.

Ferner bestätigt der BGH seine Rechtsprechung zur Reichweite des konkurrenzrechtlichen Handlungsbegriffs bei mehreren Tatbeteiligten⁵¹ und stellt klar, dass für jeden Beteiligten dessen Handlungen und damit auch das Vorliegen von Tateinheit und Tatmehrheit individuell festgestellt werden müssen. Bei einer mittäterschaftlich handelnden Person muss sorgfältig geprüft werden, ob diese eine Handlung vornimmt, die alle Taten gleichermaßen und insgesamt fördert oder ob diese mehrere Handlungen vornimmt, die isoliert nur die jeweiligen Einzelaten fördern. Paradebeispiel mag der Bandenchef sein, der alle Vorbereitungshandlungen übernimmt und den Tatplan erstellt, sodass die Mittäter diesen mehrfach hintereinander in gleicher Weise umsetzen können. Gleiches gilt auch, wenn ein mittelbarer Täter auf den Tatmittler so einwirkt, dass dieser im Folgenden mehrere Taten begeht.⁵²

Indiz ein Beweiswert zukomme. Nach *Satzger*, Jura 2012, 106 (110) und *Heine/Schuster* (Fn. 22), § 267 Rn. 27 soll entscheidend sein, ob der Erklärung nur eine Abwehrfunktion zukomme oder ihr selbst eine nicht nur unerhebliche originäre Funktion im Beweisverkehr beigemessen werde.

⁴⁹ *Sandmann* (Fn. 2), S. 34 ff.

⁵⁰ Vgl. dazu vor allem die Entscheidung des *Großen Senats für Strafsachen*, BGH NJW 2018, 2905.

⁵¹ BGH NStZ-RR 2018, 42; BGH NStZ-RR 2019, 239.

⁵² BGHSt 40, 218 (238); BGH NStZ 1994, 34; BGH NJW 2004, 380.

In gleicher Weise ist auch für den Teilnehmer zu verfahren, sodass insoweit die Akzessorietät durchbrochen sein kann.⁵³

Berücksichtigt man, dass es bei der Mittäterschaft – anders als bei der mittelbaren Täterschaft – um die wechselseitige Zurechnung geht und die einzelnen Tatbeiträge als solche zugerechnet werden, dann stellt sich jedoch zumindest die Frage, aus welchem Grund das Prinzip dieser wechselseitigen Zurechnung bei der Beurteilung der konkurrenzrechtlichen Verhältnisse im Rahmen der Mittäterschaft durchbrochen wird. Letztlich werden die Mittäter dann auf der Ebene der Konkurrenzen gerade nicht mehr so behandelt, als hätten sie alle Tatbeiträge selbst begangen.

VI. Fazit und Ausblick

Die Entscheidung gibt Anlass, bekannte Probleme aus den besonders klausur- und examensrelevanten Tatbeständen des Betrugs und der Urkundenfälschung zu wiederholen und zu vertiefen. Dabei zeigt sich einmal mehr, dass sich bei methodengerechter Auslegung und sauberem Subsumieren die problematischen Punkte von selbst ergeben. Zudem zwingt die Entscheidung die Studierenden dazu, sich noch einmal mit dem unbeliebten Themengebiet der Konkurrenzen auseinanderzusetzen, das gerade im mündlichen Prüfungsgespräch Gelegenheit bietet, materiellrechtliche Fragestellungen mit prozessualen Aspekten zu verbinden.

In einer Klausur ließen sich die Probleme mit Blick auf die Urkundenfälschung um eine Irrtumskonstellation erweitern. Denn gerade bei Beweiszeichen mag es den juristischen Laien verwundern, dass diese unter den Urkundenbegriff fallen, sodass die Vorsatzprüfung grundsätzlich einer sorgfältigen Untersuchung bedarf. Da der Urkundenbegriff ein rechtlich-normativ aufgeladenes Tatbestandsmerkmal ist und nicht einen unmittelbar sinnlich wahrnehmbaren Gegenstand der realen Welt betrifft, bedarf es einer Subsumtionsleistung durch den Täter. Der Täter muss nicht nur die tatsächlichen Umstände kennen, aus denen sich die Urkundeneigenschaft ergibt, sondern muss zumindest nach laienhafter Vorstellung auch den wesentlichen rechtlich-sozialen Sinngehalt des Tatbestandsmerkmals „Urkunde“ erkennen. Andernfalls fehlt dem Täter die Kenntnis über einen Umstand, „der zum gesetzlichen Tatbestand gehört“ (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB). Ein solcher Irrtum über das normative Tatbestandsmerkmal „Urkunde“ betrifft den Grenzbereich zwischen Tatsachen- und Rechtsirrtum. Wenn die h.M. dabei täterfreundlich Irrtümer über rechtliche Fragen großzügig dem Anwendungsbereich des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB zuschlägt, so beruht das auf der Erwägung, dass der Täter grundsätzlich im Einklang mit der Rechtsordnung handeln will und die Verbotsnorm anerkennt, ihm aber bei der Subsumtion bzw. rechtlichen Wertung ein Fehler unterläuft. Demnach müsste T und M nachgewiesen werden, dass ihnen die Bedeutung der Künstlersignatur als Echtheits- und Urheberschaftsgarantie bekannt gewesen ist. Sie müssten erkannt haben, dass der Rechtsverkehr der Signatur in Verbindung mit dem Gemälde die Bedeutung bei-

⁵³ BGH NStZ 1994, 34; BGH NStZ-RR 2004, 146; anders noch RGSt 70, 26; BGHSt 1, 21.

misst, dauerhaft als Beweis für die Urheberschaft des Signierenden zu dienen.

Prof. Dr. Janique Brüning, Henning Heidemann, Kiel