

R- § 263 z.N. der Käufer , indem er Alg-Butter als scheinbare Domänenbutter anbot und diese einen höheren Preis als sonst für Alg-Butter zahlten.

Indem R durch Umformen und Einpressen des Domänenzeichens den Eindruck erweckte, es handele sich um Butter von der Domäne täuschte er über die Herkunft der Butter. Da die Käufer die wahre Herkunft infolge dieser Handlungen nicht mehr erkennen konnten, erweckte er bei den Käufern lag einen entsprechender Irrtum. [Normalfallannahme].

Indem die Käufer die Butter wählten, nahmen sie eine „invitatio ad offerendum“ seitens R an, und boten den Kauf von Domänenbutter an. Es kommt daher ein Kaufvertrag über Domänenbutter zustande. Im Abschluss dieses Vertrages liegt eine Vermögensverfügung, weil die Käufer ihr Vermögen mit einer Kaufpreisforderung belasten.

Allerdings ist ein Vermögensschaden durch diese Verfügung nicht eingetreten. Die Käufer waren bereit, den höheren Preis für die Domänenbutter zu zahlen – und das ist unter dem Gesichtspunkt der Privatautonomie entscheidend und nicht die Frage, wie viel die Butter und ein darauf sich beziehender Verschaffungsanspruch objektiv wert ist.

Ein Eingehungsbetrug scheidet aus.

Fraglich ist also, ob ein Erfüllungsbetrug gegeben ist.

Hierbei ist auf die Zahlung des Kaufpreises abzustellen als relevanter Verfügung. Da mit der Zahlung die gleich hohe Kaufpreisforderung untergeht, ist insoweit ein Vermögensschaden nicht zu erkennen.

Der Vermögensschaden kann nur in einer Differenz des Wertes der Forderung auf Verschaffung von Domänenbutter im Verhältnis zur gelieferten Butter liegen. Um eine derartige Differenz berechnen zu können, bedarf es eines Bewertungsmaßstabes.

Dabei liegt ein Vermögensschaden nicht unmittelbar darin, das ein „Aliud“ geliefert wird. Hat sich etwa ein Verkäufer zur Lieferung eines „echten Matisse“ verpflichtet und liefert statt dessen ein „echten Picasso“, so ist unabhängig davon, wie sehr der Käufer Picasso verabscheut, ein Vermögensschaden nur dann gegeben, wenn der Picasso weniger wert ist als der Matisse.

Alle Bemühungen einen „objektiven Wert“ jenseits des Marktes, jenseits von Angebot und Nachfrage zu bestimmen, sind gescheitert. Der Marktpreis ist ein Durchschnittswert aus den vielen individuellen Kaufverträgen, d.h. ein statistischer Wert, um den herum die individuellen

Abschlüsse variieren. Insofern die Käufer ihre Abschlüsse wohl informiert (oder jedenfalls durch den Verkäufer nicht desinformiert) und aus freien Stücken tätigen, ist ihre individuelle Bewertung relevant. Wer zum HL statt zum Aldi geht und dieselbe Ware dort um einen 5 % höheren Preis kauft kann gegenüber dem HL „Betrug“ nicht nur deswegen nicht rufen, weil der HL nicht getäuscht hat, sondern weil gar kein Vermögensschaden vorliegt.

Verkauft etwa der Konkurrent des R die Alg-Butter zum selben Preis wie R die Domänenbutter, so schließt dies einen Vermögensschaden bei den Käufern des R nicht aus und umgekehrt ist ein Vermögensschaden nicht dadurch gegeben, dass R die Butter teurer als sein Konkurrent verkauft. Daraus folgt, dass der Wert der Gegenforderung und der Wert der gelieferten Butter zu saldieren sind – die Schwierigkeit ist nur, den Wert der gelieferten Butter zu bestimmen.

Wir haben die Käufer bis jetzt als eine einheitliche Gruppe angesehen. Aber man kann sich vorstellen, dass die Käufer unterschiedlich sind und unterschiedlich beurteilen, ob sie etwas verloren haben. Wenn dies der Fall ist, ist die weitere Frage, ob sie etwas Vermögenswertes verloren haben.

Unter den Käufern finden sich die folgenden Typen:[Das Folgende dient der Illustration, ist für die Falllösung nicht direkt und noch weniger unbedingt erforderlich, sondern nur hilfreich]

K1: „Wenn ich etwas anderes als D-Butter esse, vergeht mir der Appetit. Als ich gehört habe, dass ich tatsächlich Alg-Butter gegessen habe, ist es mir gleich schlecht geworden“ (der GÄUBIGE).

K2: „So eine Sauerei von R“ – zur Seite: „Aber zukünftig werde ich die billigere Alg-Butter kaufen“. (der EMPÖRTE)

K3: „Ich möchte mit der Domänenbutter immer Eindruck bei meinen Gästen schinden – und wie stehe ich jetzt da“ – ins Off: „Keiner der Gäste hat es bemerkt, ich habe auch keinen Unterschied wahrgenommen, eigentlich eine gute Idee von R, ich hätte mich mit ihm zusammen tun sollen“.(der CLEVERE)

K4: „Zukünftig kann ich mir den Aufpreis für die Domänenbutter ja sparen, sie ist in der Wirklichkeit nicht besser – eigentlich war es eine gute Lektion, ich habe dazu gelernt“. (der INFORMATIONSHUNGRIGE)

In einem „Doppelblindversuch“¹ kann keiner der Käufer die Alg- von der Domänenbutter unterscheiden. Neben Alg- und Domänenbutter wird noch eine dritte, qualitativ minderwertige angeboten. In der ersten Runde schmecken alle den Unterschied. In einer Runde wird diese Butter in Form und mit Prüfsiegel der Domäne angeboten. Der GLÄUBIGE behauptet dabei, diese schmecke besser als die (wirkliche) Domänen- und die Alg-Butter. Die anderen hingegen erkennen auch in dieser Runde den Unterschied..

Hilfreich für die weitere Überlegung ist es auch, sich klar zu machen, dass der Betrug ein sog. „kupiirtes Erfolgsdelikt“ ist, der beendete Betrug also nicht nur eine Entreicherung des Vermögensinhabers, sondern eine korrespondierende Bereicherung des Betrügers oder eines Drittbegünstigten verlangt. Es handelt sich also um ein „Nullsummen-Spiel“, bei dem der eine verliert, was der andere (oder die anderen) gewinnt/en.

Fragen wir dementsprechen, was durch die Täuschung des R in den messbaren Vermögensströmen zwischen allen Beteiligten geschieht.

Die Käufer verlieren an Geld das, was sie auch verloren hätten, wenn es sich um echte Domänenbutter gehandelt hätte.

Ein Kalkulation der Beteiligten könnte etwa wie folgt aussehen:

¹ Bei einem Doppelblindversuch wissen weder die Versuchspersonen, dh. hier die Kunden, noch derjenige, der den Versuch mit ihnen durchführt, welches der jeweils angebotenen Butter Domänen- oder Alg-Butter ist.

	Domäne	Alg-Molkerei
Herstellungskosten	1,5	1,5
Kosten für Markenetablierung und Sicherung	0,2	0,05
Preis (Großhandel) = Einkaufspreis R	2,3	2
Gewinn/Stück (Molkereien)	0,6	0,45
Gewinn/Stück (R)	0,1	0,1
Verkaufspreis	2,4	2,1
Kosten der "Umfirmierung"		0,05
VP		2,4
Gewinn		0,35
100 Stück scheinbare Domänenbutter		
Umsatz	-230	200
Gewinn (Molkerei)	-60	45
Gewinn (R)		25
Umsatzunabhängige Marketingkosten	-16	

Die Alg-Molkerei erhöht ihren Umsatz und damit auch den entsprechenden üblichen Gewinn. Nehmen wir der Einfachheit halber an, es seien 100 Stück mehr Alg-Butter verkauft worden und der Gewinn pro Stück betrage 45 Cent, so ist die Alg-Molkerei um 45 Euro bereichert. Die Domäne erleidet einen Umsatzverlust und entsprechend erzielt sie einen niedrigeren Gewinn. Nimmt man an, ihr Gewinn betrage 60 Cent pro Stück, so erleidet sie einen Verlust von 60 Euro. R erhöht seine Gewinnspanne auf die so verkaufte Butter, nehmen wir an um 25 Cent pro Stück, so hat er einen Gewinn von 25 Euro.

Da die Ausgaben der Käufer ($100 \cdot 2,4 = 240$ Euro) konstant sind, ergeben sich also Bereicherungen bei der Alg-Molkerei und bei R.

Der zusätzliche Gewinn des R bleibt konstant, selbst wenn sich die Zusammensetzung der Käuferschar (die Anteile von K1 – K4) ändern.

Um saldieren zu können, müssen wir die Schäden der Käufer in Euro und Cent umsetzen. Nehmen wir an, der GÄUBIGE, dem es infolge der Erkenntnis, das er Alg-Butter gegessen hat, schlecht wird, einen Schaden von 50 Cent Euro erleidet, der empörte, der zukünftig Alg-Butter kaufen wird, seine Empörung mit 20 Cent Schaden beziffert, der CLEVERE, der seine

Gäste beeindrucken will einen Schaden von 10 Cent, während der Informationsgewinner einen Gewinn von 10 Cent ansetzt.

Es ist schnell klar, dass der höhere Gewinn des R mit etwaigen Gewinnen oder Schäden dieser Art auf Seiten der Käufer in keinem systematischen Zusammenhang steht. Selbst wenn man also die Übelkeit des GÄUBIGEN, den Gewinn des INFORMATIONSHUNGRIGEN, das „Nervengeld“ des EMPÖRTEN und den milden Verlust des CLEVEREN in Geldwert ausdrückt – was schon eine problematische Operation ist - , hängt es von der Zusammensetzung der Käufer ab, welchen Schaden er anrichtet, sind es 100 % Gläubige, so entsteht ein Schaden von 50 Euro, sind es hingegen 100 % „Informationsgewinner“ so stiftet er einen Nutzen von 10 Euro. Alle Werte dazwischen sind möglich, ohne das R überhaupt etwas davon wüsste oder darauf Einfluss nehmen würde. [Ganz abgesehen davon, die subjektiven Beeinträchtigungen oder Vorteile „in Geld“ umzusetzen – ein breiter Spielraum für Richter und der Vorhersehbarkeit von Entscheidungen – Rechtssicherheit – nicht eben zuträglich]

Bleibt die Überlegung, dass Domänenbutter am Markt durchschnittlich einen höheren Preis erzielt und damit mehr Wert ist.

Allerdings können Marktpreise nur dann als Annäherungen an den „objektiven Wert“ angesehen werden, wenn die Käufer wohl informiert sind. Die Etablierung von Marken zielt nun genau darauf ab, zu versprechen, dass Markenware eine bessere Qualität hat oder die Käufer mit „Zusatzversprechen“ (Prestigegewinn usw.) an die Marke zu binden. Die Käufer sind durch das „Branding“ und die damit verbundenen Werbeaktionen typischerweise gerade nicht mehr „nüchtern“ und objektiv.

Entscheidend für die Bewertung der Butter kann daher nur die chemische und sensorische Qualität sein. Da, wie vorausgesetzt, sich insoweit keine Unterschiede ergeben, ist die tatsächlich gelieferte Butter gegenüber der geschuldeten nicht „mangelhaft“.

Ein Vermögensschaden der Käufer besteht daher nicht. Die Schwelle zur Strafbarkeit im Rahmen des § 263 ist nicht überschritten.

Fraglich ist aber, ob sich R eines Betruges gegenüber den Käufern zum Nachteil der Domäne schuldig gemacht hat.

Bezüglich Täuschung und Irrtum ergeben sich hier keine Unterschiede.

Fraglich könnte nur sein, ob die Käufer über das Vermögen der Domäne verfügen. Für den Dreiecksbetrug ist erforderlich, dass Irrender und Verfügender identisch sind, eine Identität zwischen Verfügendem und Vermögensinhaber ist hingegen nicht erforderlich. Jedoch stehen die Käufer „nicht im Lager der Domäne“, erst recht haben sie keine rechtliche Befugnis, über Domänenvermögen zu verfügen.

Dementsprechend scheidet ein Betrug auch insoweit aus.

Weiterhin kommt ein Betrug des R gegenüber der Domäne zum Nachteil der Domäne in Betracht.

Es ist jedoch davon auszugehen, dass R bei der Domäne Butter gekauft hat und bezahlt. Selbst wenn er sie im Kommission genommen hat, ist nicht ersichtlich, dass er dann die tatsächlich verkaufte Butter bei der Domäne nicht richtig abgerechnet hätte – eine Täuschungshandlung ist also gegenüber der Domäne nicht erkennbar, so dass auch insoweit ein Betrug ausscheidet.