

1. Sachverhalt¹

Händler A erwirbt 1.800 hochwertige Neuwagen vom Unternehmen B, das diese Fahrzeuge produziert. Wegen der großen Stückzahl und weil A sich verpflichtet, die Autos erst nach frühestens sechs Monaten weiterzuverkaufen, gewährt B einen besonders günstigen Rabatt. Er liegt um 5 % über dem Rabatt, den das Unternehmen ansonsten einräumt. Wie von vornherein geplant, verkauft A die Fahrzeuge ohne Einhaltung der Wartezeit weiter. Hätte B die Fahrzeuge nicht an A, sondern anderweitig verkauft, so hätte als Abnehmer dafür kein Großkunde gleicher Art zur Verfügung gestanden. Der Verkauf hätte über den Einzelhandel erfolgen müssen.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Man kann sich gut vorstellen, warum das Unternehmen B Strafanzeige gegen A wegen Betruges erstattet hat. Wer einen Rabatt, also einen Preisnachlass, gewährt, verfolgt damit geschäftliche Zwecke. Zur Erreichung dieser Zwecke wird die Rabattgewährung vielfach an Bedingungen geknüpft. Hier wollte B zum einen Lagerbestände abbauen und zum anderen verhindern, dass A mit den günstig erworbenen Fahrzeugen sofort auf den Markt kommt, was zum Absinken der Preise bei den laufenden Geschäften geführt hätte. Daher die

¹ Wiedergegeben werden nur die für die Problembehandlung wesentlichen Teile des Sachverhalts der Entscheidung.

Oktober 2004

Rabatt-Fall

Betrug / Rabatterschleichung / Eingehungsbetrug / Vermögensschaden / Erwerbssaussicht (Exspektanz) als Vermögenswert

§ 263 StGB

Leitsatz des Gerichts: Erschleicht sich der Käufer einer Ware einen Rabatt, liegt ein Betrug nur dann vor, wenn festgestellt werden kann, dass die Ware zu einem höheren Preis anderweitig ohne einen gleichzeitig höheren Kostenaufwand hätte verkauft werden können.

BGH, Beschl. vom 09. 06. 2004 - 5 StR 136/04; abgedruckt in NStZ 2004, 557.

Vereinbarung einer Wartefrist für den Weiterverkauf.

B sieht sich betrogen, weil A über seine Bereitschaft getäuscht hat, die Frist einzuhalten, und weil er den Rabatt nicht erhalten hätte, wenn B die wahre Sachlage gekannt hätte. Das Vorliegen eines Schadens scheint nicht weiter zweifelhaft zu sein. Muss B doch ein Defizit verbuchen, nämlich die Differenz zwischen der rabattgeminderten und der ungeminderten Einnahme.

So die geschäftliche Perspektive. Sie entspricht nicht der juristischen Perspektive. Aus dieser ergeben sich Zweifel am Vorliegen eines Vermögensschadens.

Doch prüfen wir der Reihe nach.² Außer Zweifel steht, dass die sonstigen Voraussetzungen des objektiven Betrugstatbestandes erfüllt sind. A hat über die (subjektive) Tatsache³ ge-

² Vgl. zum Aufbau einer Betrugsprüfung *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, 27. Aufl. 2004, Rn. 597.

³ Vgl. zur Eignung auch subjektiver Tatsachen als Gegenstand einer Täuschung *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht BT 1, 9. Aufl. 2003, § 41 Rn. 27 f.

täuscht, dass er von vornherein nicht willens war, die Wartefrist einzuhalten. Dadurch trat bei den Geschäftspartnern des Unternehmens B ein entsprechender Irrtum ein, der bereits durch den Vertragsschluss zu einer Vermögensverfügung führte.

Die Schadensproblematik⁴ kommt zum Vorschein, wenn beim Einstieg in die Prüfung des Merkmals des Vermögensschadens eine Differenzierung vorgenommen wird, die bei gegenseitigen Geschäften unbedingt erforderlich ist. Es ist danach zu fragen, ob das betrügerische Vorgehen die Herbeiführung des Vertrages oder dessen Erfüllung betraf. **Eingehungs- und Erfüllungsbetrug** unterscheiden sich deutlich in der Art der **Schadensberechnung**.

Beim Eingehungsbetrug sind die beiderseitigen Vertragspflichten zu vergleichen. Ein Vermögensschaden liegt vor, wenn das betrügerisch Versprochene gegenüber der Leistungsverpflichtung des Getäuschten weniger wert ist, so dass sich dessen Vermögen durch den Vertragsschluss verschlechtert hat.

Dagegen ist im Falle eines Erfüllungsbetruges, in dem ein Vertragspartner sich nach Vertragsschluss entschließt, vertragswidrig zu leisten und darüber zu täuschen, ein Wertvergleich zwischen der vertraglich geschuldeten und der tatsächlichen Leistung vorzunehmen.⁵

Auf unseren Fall trifft die Konstellation des Eingehungsbetruges zu. In den Blick zu nehmen ist also die Situation von B vor und nach dem Vertragsschluss im Hinblick darauf, ob das Unternehmen betrügerisch zum Abschluss eines „schlechten“ Geschäfts veranlasst wurde. Ob das Geschäft tatsächlich schlecht war und sich das Vermögen von B dadurch verringert hat, ist noch nicht abschließend damit beantwortet,

⁴ Vgl. zum Folgenden *Küper*, Strafrecht BT, 5. Aufl. 2002, S. 362 – 366.

⁵ Das bezieht sich auf den sog. echten Erfüllungsbetrug. Die speziellen Probleme des unechten Erfüllungsbetruges sind hier nicht von Belang; näher dazu *Küper* (Fn. 4), S. 366 f.

dass auf die rabattbedingte Mindereinnahme hingewiesen wird. Denn um eine Mindereinnahme handelt es sich nur, wenn die „Mehr“-Einnahme ohne weiteres möglich gewesen wäre.

Dasselbe in anderer Formulierung: B würde nur dann schlechter dastehen, wenn die 1.800 Fahrzeuge zum ungeminderten oder jedenfalls zu einem höheren als dem mit A vereinbarten Preis hätten verkauft werden können. Durch den Vertragsschluss mit A wäre B dann geschädigt, weil dieser dazu geführt hat, dass die anderweitige Erwerbssaussicht nicht realisiert wurde.

Damit verlagert sich die Prüfung in den Bereich der Hypothesen oder gar der Spekulationen. Und es zeigt sich, dass die Fälle der Rabatterschleichung einem größeren Problemfeld zuzuordnen sind, nämlich der Erfassung von **Erwerbssaussichten (Exspektanzen)** als Vermögensbestandteil.⁶ Hier gilt grundsätzlich: Nicht jede, sondern **nur die gesicherte Erwerbssaussicht** wird als Vermögen von § 263 StGB geschützt. Die Aussicht muss so weit konkretisiert sein, dass sie eine **reale Vermögensposition** darstellt, weil ihr die Verkehrsanschauung bereits jetzt einen wirtschaftlichen Wert zuerkennt.

Für die Fälle der Rabatterschleichung hat das folgende Konsequenzen.⁷ Der hypothetische anderweitige Verkauf ist in der Regel ein Verkauf am Markt. Unter den Bedingungen eines freien Marktes stellt es **eher eine Ausnahme** dar, dass eine bestimmte Erwerbssaussicht als gesichert gelten kann. Es müssen **stabile, wenn nicht gar starre Marktverhältnisse** herrschen. Sie sind im Wesentlichen dadurch gekennzeichnet, dass für das Produkt ein konstan-

⁶ Vgl. dazu *Tiedemann* in LK, 11. Aufl. § 263 Rn. 134 ff. (ausführlich) und *Lackner/Kühl*, StGB, 25. Aufl. 2004, § 263 Rn. 34 (zusammenfassend).

⁷ Vgl. zum Folgenden BGH MDR 1981, 100; BGH NStZ 1991, 488; *Tröndle/Fischer*, StGB, 52. Aufl. 2004, § 263 Rn. 57; *Hefendehl*, Vermögensgefährdung und Exspektanzen, 1994, S. 251 f.

ter Bedarf besteht und dass ein festes Preisgefüge vorhanden ist.

Feststellungen dazu setzen eine genaue Marktanalyse voraus. Dabei ist zu beachten, dass grundsätzlich der Markt jener Umsatzstufe zu betrachten ist, die im konkreten Fall betroffen ist (Groß-, Zwischen- oder Einzelhandel).

Diese Prüfungsleitlinien sind weitgehend anerkannt. Auf ihrer Grundlage ist der BGH in zwei vorangegangenen Entscheidungen zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangt.

Die erste Entscheidung⁸ betraf den Arzneimittelmkt. Der Angeklagte hatte vom Hersteller einen Rabatt von 50 % erhalten, weil er zugesagt hatte, die Ware zu exportieren. Abredewidrig hatte er, wie von vornherein beabsichtigt, die Ware im Inland verkauft. Der BGH erkannte hier auf Betrug, weil nach seiner Ansicht auf Grund einer starren, nämlich durch Preisbindung und konstanten Bedarf geprägten, Marktlage eine gesicherte Erwerbssausicht bestanden hatte.

Im zweiten Fall⁹ ging es um einen Rabatt für den Kauf von großen Mengen an Autoreifen, die ebenfalls angeblich exportiert, in Wahrheit aber auf dem Inlandsmarkt abgesetzt werden sollten. Hier verneinte der BGH einen Vermögensschaden. Da der Autoreifenmarkt zur Tatzeit übersättigt gewesen sei und ein harter Wettbewerb mit schwankenden Preisen geherrscht habe, sei nicht feststellbar, dass für die Herstellerfirma die gesicherte Aussicht bestanden habe, die Ware anderweitig zu einem höheren Preis zu verkaufen.

Im vorliegenden Fall war der Markt für neue, hochwertige Automobile zu beurteilen. Als Besonderheit kam hinzu, dass ein Vergleich unterschiedlicher Umsatzstufen vorgenommen werden musste, weil für einen anderweitigen Verkauf keine Großkunden, sondern nur Einzelkunden zur Verfügung standen.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Die Entscheidung führt die bisherige Rechtsprechungslinie fort und entwickelt eine Verfeinerung des Prüfungsmaßstabs.

Als Ausgangspunkt wird zunächst festgehalten: Die Erwerbssausicht müsse sich so „verdichtet“ haben, „dass ihr der Geschäftsverkehr deswegen bereits wirtschaftlichen Wert beimisst, weil sie mit Wahrscheinlichkeit einen Vermögenszuwachs erwarten lässt.“¹⁰

Der Umstand, dass die Fahrzeuge anderweitig nur in kleineren Mengen oder als Einzelstücke auf der nachgelagerten Umsatzstufe zu verkaufen gewesen wären, hat aus der Sicht des BGH zwei Konsequenzen. Zum einen müsse „eine Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, dass eine entsprechende Anzahl von Einzelkäufern tatsächlich die Autos zu einem höheren Preis abnehmen.“¹¹ Zum anderen müsse wegen des Prinzips der Gesamtsaldierung, das für die Bestimmung des Vermögensschadens maßgeblich sei,¹² „auch der zusätzliche Kostenaufwand mit berücksichtigt werden, der durch den Vertrieb in der nachgelagerten Handelsstufe entsteht (Inseratskosten, erhöhte Vorhaltekosten im Ladenlokal, Vertriebskosten)“.¹³ Das habe das Landgericht nicht bedacht, als es einen Vermögensschaden bejaht habe.

In einem solchen Fall, in dem das Tatgericht einen unzutreffenden Prüfungsmaßstab zugrunde gelegt hat, kommt es zumeist zu einer Zurückverweisung der Sache gem. § 354 Abs. 2 StPO. Davon sieht der BGH hier ab. Er hält die Sache für entscheidungsreif und entscheidet selbst nach § 354 Abs. 1 StPO.

Nach seiner Ansicht „ist nicht ersichtlich, wie ein neuer Tatrichter unter Berücksichtigung des Zweifelssatzes

⁸ BGH MDR 1981, 100.

⁹ BGH NSTz 1991, 488.

¹⁰ BGH NSTz 2004, 557, 558.

¹¹ BGH NSTz 2004, 557, 558.

¹² Unter Hinweis auf *Cramer* in Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. 2001, § 263 Rn. 99 f.

¹³ BGH NSTz 2004, 557, 558.

wird feststellen können, dass für die ... Fahrzeuge zusätzliche Kunden hätten gefunden werden können, die diese Autos auch zu dem für andere Kunden üblichen Preis abgenommen hätten. Der neue Tatrichter müsste sich dabei in einem völlig spekulativen Umfeld bewegen, weil diese ‚Kunden‘ in ihrer Individualität überhaupt nicht feststellbar sind und auch die Marktverhältnisse nicht ohne weiteres den Schluss zulassen, die Autos hätten anderweitig verkauft werden können.¹⁴ Der Markt für hochwertige Automobile sei wesentlich dadurch gekennzeichnet, dass der Kundenkreis begrenzt sei.

Fazit: „Eine nur annähernd sichere Prognose dahingehend, es hätten sich noch weitere Kunden finden lassen, die solche Autos zu den sonst üblichen Rabattkonditionen erworben hätten, wird sich deshalb nicht treffen lassen.“¹⁵ Das bedeutet: keine gesicherte Erwerbssausicht; und das bedeutet: kein Vermögensschaden; folglich: Freispruch.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Der Ausbildungswert der Entscheidung besteht darin, dass sie **Klarheit über das Betrugsmerkmal des Vermögensschadens** verschafft.

Ein Betrug liegt nicht schon dann vor, wenn das Opfer getäuscht wurde, wenn es sich dadurch geirrt hat, wenn es daraufhin eine Vermögensdisposition getroffen hat und wenn es danach bilanzieren muss, dass sein Vermögen geringer ist, als es sein könnte, wenn es den hingegebenen Vermögenswert anders verwendet hätte. § 263 StGB schützt das Opfer grundsätzlich nicht vor einer täuschungsbedingten Investition, die es möglicherweise anderweitig gewinnbringend hätte einsetzen können. Allein der reale Vermögensverlust, der objektiv zu bestimmen ist, erfüllt das Kriterium des Vermögensschadens. Eine entgangene Erwerbsschance ist nur

ausnahmsweise real, nämlich dann, wenn sie sich wirtschaftlich zu einem echten Vermögenswert verfestigt hat. Das heißt praktisch: Es muss eine Situation gegeben sein, in der das Opfer zu einer Fehlinvestition verleitet wurde und dadurch eine gesicherte Gewinnaussicht eingebüßt hat.

Die Entscheidung verschafft eine weitere ausbildungsrelevante Erkenntnis: Strafrichterinnen und Strafrichter benötigen **betriebswirtschaftliches Basiswissen**, um Fälle aus dem Bereich der Wirtschaft angemessen lösen zu können.¹⁶ Für die Lösung des Rabatt-Falles muss man z. B. mit der Unterscheidung von Handelsstufen vertraut sein und wissen, dass der Vertrieb auf der jeweils niedrigeren Stufe einen erhöhten Kostenaufwand verursacht.

Für die Praxis hat die Entscheidung ganz erhebliche Bedeutung, nachdem die gesetzlichen Restriktionen für Rabatte beseitigt worden sind und geradezu ein Rabatt-Boom herrscht. Allerdings sind für den Normalverbraucher die (angeblichen) Rabatte in der Regel bedingungslos. Anders sieht es im Handel aus, insbesondere im Bereich des Groß- und Zwischenhandels. Dieser muss sich darauf einstellen, dass § 263 StGB in aller Regel nicht davor schützt, dass an Bedingungen geknüpfte Rabatte erschwindelt werden. Schadensansprüche werden sich also kaum einmal aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 Abs. 1 StGB herleiten lassen. Es empfiehlt sich, der Erschleichung von Rabatten durch die Vereinbarung von Vertragsstrafen vorzubeugen.

5. Kritik

Die Entscheidung überzeugt. Sie hält konsequent an der bisherigen Linie der Rechtsprechung fest und macht zutreffend darauf aufmerksam, dass der Kostenaufwand in Rechnung zu stellen

¹⁴ BGH NSTz 2004, 557, 558.

¹⁵ BGH NSTz 2004, 557, 558.

¹⁶ Wie verschafft man sich dieses Wissen? Wir schlagen vor: V. Schultz, Basiswissen Betriebswirtschaft, 2003; Gabler Kompakt-Lexikon Wirtschaft, 8. Aufl. 2001.

ist, wenn der erwartete Gewinn eine niedrigere Umsatzstufe betrifft.

Bei der Erörterung wirtschaftlicher Zusammenhänge schießt die Entscheidung allerdings etwas über das Ziel hinaus. Näher erörtert wird noch der Umstand, dass durch die Geschäftspraktiken des A das Vertriebssystem des B Schaden genommen hat.¹⁷ Das mag zutreffen. Es liegt aber auf der Hand, dass dieser Umstand nicht betrugsrelevant ist, weil kein Zusammenhang mit der von A angestrebten Bereicherung besteht. Diese bezog sich vielmehr eindeutig auf die Rabattgewährung. Offenbar sollten hier betriebswirtschaftliche Lesefrüchte (eines Mitarbeiters?) geerntet werden.

(Dem Text liegt ein Entwurf von Nadja Bernhardt zugrunde.)

¹⁷ BGH NSTZ 2004, 557, 558.