|  |  |
| --- | --- |
| Jahn: Strafrecht BT: (Wett‑)Betrug | JuS 2014, 658 |

**Strafrecht BT: (Wett‑)Betrug**

**Voraussetzungen einer Täuschung durch schlüssiges Verhalten beim Wetten auf vermeintlich manipulierte Sportereignisse**

StGB §§ 263 I, II, 22

Erhält der Wettende einen Tipp, dass ein Spiel manipuliert sei, und hält er diese Information nicht für sicher, aber für möglich, und wettet daraufhin entsprechend, ohne den Betreiber des Wettbüros über diese Umstände aufzuklären, fehlt es bei Unaufklärbarkeit einer tatsächlichen Spielmanipulation für einen Betrugsversuch gegenüber dem Wettanbieter am Täuschungsvorsatz. (Ls. d. Bearb.)

**BGH** *,* Beschl. *v.* 11.3.2014 *–* 4 StR 479/13 *=* **NStZ 2014, 317 (s.u.)**

Prof. Dr. Matthias Jahn:

**Zum Sachverhalt**

Vor dem Spiel der österreichischen Bundesliga zwischen dem SV K. und dem SK R. am 23.9.2009 bekam der Angekl. *A* in dem von ihm betriebenen Café einen Tipp: Spieler des SV K. hätten zugesagt, durch unsportliche Spielzurückhaltung auf eine Niederlage des eigenen Vereins mit mindestens zwei Toren Unterschied hinzuwirken. *A* stufte diesen Tipp zwar nicht als sicher ein, hielt jedoch eine Manipulation für möglich. Er wettete sodann beim Buchmacher *D* im Rahmen von Kombinationswetten mit zwei Wettscheinen auf einen Sieg des SK R. Den Umstand, dass er mit einer Manipulation rechnete, hielt er vor den Mitarbeitern der Wettbörse geheim. Weil die Begegnung mit einem 0:1-Sieg des SK R. endete, gewann *A* einen höheren Geldbetrag. Es konnte im Strafverfahren nicht geklärt werden, ob das Spiel tatsächlich manipuliert war. Das *LG* hat *A* wegen versuchten Betrugs und einer weiteren Tat zu einer Gesamtfreiheitsstrafe verurteilt. Hiergegen wandte er sich mit seiner Revision.

**Einführung in die Probleme**

Die strafrechtliche Thematik der Sportwettenfälle dürften die meisten Leserinnen und Leser unweigerlich mit dem Namen des ehemaligen deutschen Fußballschiedsrichters *Hoyzer* verbinden, auch wenn er selbst nicht die Zentralgestalt des Geschehens war. Er war einer der Beteiligten des Bundesliga-Wettskandals, mit dem sich der *5. Senat* 2006 in einer grundlegenden Entscheidung1 unter dem Blickwinkel der Betrugsstrafbarkeit (§ 263 StGB) zu beschäftigen hatte. Die Wetten platzierte seinerzeit der spätere Hauptangekl. *Ante S.*, nachdem er die betreffenden Spiele durch Bestechungsleistungen an Spieler und Schiedsrichter (darunter *Hoyzer*) zu seinen Gunsten beeinflusst hatte. Den Umstand der Manipulation verschwieg er naturgemäß bei Abschluss der Wettverträge.

1. Nach der BGH-Rechtsprechung begeht der Täter in derartigen Fällen einen Betrug iSv § 263 I StGB zum Nachteil des Wettanbieters. Rechtlich problematisch ist dabei neben der Frage des Eintritts eines Schadens2 insbesondere schon das Vorliegen einer tatbestandsmäßigen Täuschung. Hierunter ist das – ausdrückliche oder schlüssige – unwahre Behaupten von Umständen zu verstehen, die tatsächlich nicht gegeben sind.3 Der *BGH* geht davon aus, dass dem Angebot auf Abschluss der Wette nach der Verkehrssitte eine stillschweigende Erklärung dahingehend entnommen werden kann, der Täter habe die Geschäftsgrundlage der Wette nicht durch rechtswidrige Manipulation verändert. Der Gegenstand des Wettvertrags sei das konkrete, von den Vertragspartnern nicht beeinflussbare Sportereignis; hierauf nähmen die Parteien bei Abschluss der Wette Bezug.4 Es wirkt noch immer arg gekünstelt, dass derjenige, der einen Wettvertrag abschließt, damit trotz der typischen Pflichten- und Risikoverteilung beim Geschäftstyp „Wette“ nach der Verkehrsanschauung *in jedem Fall* konkludent erklären soll, er habe außerdem die zu Grunde liegende Begegnung nicht manipuliert.5 Die gegenteilige Sichtweise muss aber realistischerweise als mittlerweile in der Rechtsprechung gefestigt bezeichnet werden.

2. Die vorliegend vom *4. Senat* zu entscheidende Konstellation spielt zwar auch im Bereich der Fußballwetten. Anders als im Hoyzer-Fall folgte der an der etwaigen Manipulation unbeteiligte *A* allerdings nur einer Art Geheimtipp, dessen Richtigkeit er nicht recht einschätzen konnte. Die Frage, ob gleichwohl von einem Täuschungsvorsatz auszugehen ist, steht im Mittelpunkt der Ausführungen. *In dubio pro reo* musste dabei davon ausgegangen werden, dass der Tipp falsch und das Spiel tatsächlich nicht manipuliert war. Daher kam nur ein untauglicher Versuch des Betrugs in Betracht.

**Prüfungsaufbau zu §§ 263 I, II, 22 StGB**

* I.Vorprüfung
	+ 1.Keine Vollendung
	+ 2.Strafbarkeit des Versuchs: § 263 II StGB

659

* 
* 

Jahn: Strafrecht BT: (Wett‑)Betrug(JuS 2014, 658)

* II.Tatentschluss
	+ 1.Täuschungsvorsatz (Problem des Falls)
	+ 2.Vorsatz bzgl. täuschungsbedingten Irrtums
	+ 3.Vorsatz bzgl. irrtumsbedingter Vermögensverfügung
	+ 4.Vorsatz bzgl. (dadurch unmittelbaren) Vermögensschadens
	+ 5.Absicht der Eigen- oder Drittbereicherung
	+ 6.Vorsatz bzgl. Stoffgleichheit und Rechtswidrigkeit der Bereicherung
* III.Unmittelbares Ansetzen (§ 22 StGB)
* IV.Rechtswidrigkeit
* V.Schuld
* VI.(Ggf.) Rücktritt (§ 24 StGB)

**Darstellung und Analyse**

Der *BGH* hebt das Urteil des *LG* zu Recht auf, soweit *A* wegen versuchten Betrugs (§§ 263 I, II, 22 StGB) schuldig gesprochen worden ist.6 Die Verurteilung begegne durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

1. *A* habe der Vorsatz gefehlt, die Wettbüromitarbeiter zu täuschen. Maßgeblich zu berücksichtigen sei dabei, dass – anders als in den in der Problemeinführung dargestellten Wettbetrugskonstellationen – nicht festgestellt werden konnte, ob das Spiel überhaupt beeinflusst war und dass *A* selbst an etwaigen Manipulation jedenfalls nicht beteiligt war:

„Ihm war lediglich von unbekannter Seite ein ‚Tipp‘ im ‚Café …‘, in dem ein an Fußball- und sonstigen Sportwetten interessiertes Publikum verkehrte, zugetragen worden. Er ging bei seinem Wettverhalten nicht von einer mit Sicherheit zutreffenden Information aus. Das Verhalten des *A* ist daher lediglich als der Versuch einer straflosen Ausnutzung eines – wirklichen oder vermeintlichen – Informationsvorsprungs zu bewerten. Dies ist kein Eingriff in das Wettereignis selbst, in dessen Geschäftsgrundlage; vielmehr gehört die Nutzung solcher Informationsvorsprünge zum allgemeinen und daher straflosen Geschäftsrisiko bei Wetten. Der *A* akzeptierte bei seinem Vorgehen die für Wetten typische Unsicherheit und überschritt nicht die identitätswesentlichen Merkmale einer Wette.“

Die Ausnutzung von unsicherem Insider-Sonderwissen ist also bei der Wette straflos. Das ist zB beim Handel mit Wertpapieren nach hM anders.7 Zur Abgrenzung von einer weiteren denkbaren Fallgestaltung heißt es weiter:

„Wie es sich verhält, wenn der Wettende die sichere Information erhält, dass das Spiel manipuliert ist, bedarf hier keiner Entscheidung.“

Der *Senat* lässt es damit ausdrücklich dahinstehen, ob zumindest im Fall sicheren Wissens um die Manipulation durch Dritte eine Täuschung (bzw. ein dahingehender Vorsatz) bejaht werden kann. Anzumerken ist, dass man auch dann noch mit den Worten des *4. Senats* argumentieren könnte, „die Nutzung solcher Informationsvorsprünge (gehöre) zum allgemeinen und daher straflosen Geschäftsrisiko bei Wetten“. Dagegen ließe sich allerdings anführen, es fehle bei sicherem Wissen um eine Verschiebung „die für Wetten typische Unsicherheit“. Jedenfalls wäre für das Vorliegen einer Täuschung die Annahme einer stillschweigenden Erklärung dahingehend nötig, dass der Täter keinen sicheren Wissensvorsprung in Bezug auf eine Manipulation hat.8 Dies erscheint freilich noch etwas weiter hergeholt als die vom *BGH*9 vertretene Annahme des Erklärungsinhalts, dass der Täter nicht selbst manipuliert hat. Zudem entstünden Probleme in Grenzfällen, etwa solchen, in denen der Wettende seine Information – was milieubedingt eher nahe liegen kann – zwar nicht für hundertprozentig sicher, aber doch für sehr wahrscheinlich (und nicht nur für „möglich“) hält.

2. Der *BGH* stellt zuletzt noch mit einem Satz – ganz zutreffend – klar, dass sich *A* mangels Garantenstellung (§ 13 I StGB) auch nicht wegen versuchten Betrugs durch Unterlassen strafbar gemacht habe. Eine Offenbarungspflicht ergibt sich weder aus dem Wettvertrag noch aus Treu und Glauben oder Ingerenz.10

**Folgen für Ausbildung, Prüfung und Praxis**

Die Entscheidung des *BGH* beinhaltet eine Weiterentwicklung der in der Hoyzer-Entscheidung aufgestellten höchstrichterlichen Grundsätze. Sie verdient, ungeachtet der fortbestehenden Grundsatzkritik an der Normativierung des betrugsstrafrechtlichen Täuschungsbegriffs, auf Basis der BGH-Leitsätze für sich genommen Zustimmung.11 Die Option, in einem *obiter dictum* zu der Konstellation Stellung zu nehmen, in der der Wettende die aus seiner Sicht *sichere* Information erhält, dass das Spiel manipuliert ist, hat der *BGH* nicht genutzt. Das (aller‑)letzte Wort zu den Wettbetrugsfällen ist also noch nicht gesprochen. Nicht zuletzt deshalb ist ihre Prüfungsrelevanz als hoch einzustufen.

*Zur Einführung:* *Rengier*, BT I, 16. Aufl. 2014, § 13 Rn. 4 ff.; *Wessels/Hillenkamp*, BT II, 36. Aufl. 2013, Rn. 489 ff.; *Christian Becker*, Konkludente Täuschung beim Betrug, JuS 2014, 307.

*Zur Vertiefung:* *Jahn/Maier*, Der Fall Hoyzer – Grenzen der Normativierung des Betrugstatbestandes, JuS 2007, 215; *Schlösser*, Vom Quotenschaden über den Erfüllungsschaden zum Dispositionsschutz beim Wettbetrug – Zur verfassungswidrigen Neuorientierung der höchstrichterl. Rechtsprechung in Folge d. Entsch. des BVerfG zum Vermögensschaden, NStZ 2013, 629.

*Zur Übung: Schulz/Slowinski*, Übungsklausur StrafR – Der Fall Hoyzer, Jura 2010, 706; *Heissler/Marzahn*, Übungsfall: Der Platzverweis, ZJS 2008, 638; *Kudlich*, BT I – Prüfe dein Wissen, 3. Aufl. 2013, Fall 94 a.

1 *BGHSt* 51, 165 = NJW 2007, 782 mAnm *Feinendegen*; dazu *Jahn/Maier*, JuS 2007, 215; s. auch die Entsch. der Vorinstanz: *LG Berlin*, BeckRS 2006, 05289 = JuS 2006, 567 (*Jahn*). Zum strafrechtl. Ertrag der Hoyzer-Debatte zusf. *Jahn* in *Vieweg*, Facetten d. SportR, 2008, 73 ff.

2 Zusf. zum – verfassungsrechtl. noch nicht abschl. begutachteten – sog. Quotenschaden *Fischer*, StGB, 61. Aufl. 2014, § 263 Rn. 132 f.; s. auch *OLG Stuttgart*, BeckRS 2011, 27427 = JuS 2012, 181 (*Jahn*), zur Schadensberechnung bei gedopter Teilnahme am sportl. Wettkampf.

3 *Fischer* (o. Fn. 2), § 263 Rn. 18, 21. Umstr. ist dabei, ob das Bewusstsein v. der Unrichtigkeit d. Behauptung schon Teil d. Täuschungsbegriffs ist o. ob – richtigerweise – diese Frage erst im subj. Tatbestand („Täuschungsvorsatz“) zu verorten ist; vgl. nochmals *Fischer* (o. Fn. 2), § 263 Rn. 14 mwN.

4 S. zum Ganzen neben Tz. 6 der hier bespr. Entsch. noch *BGHSt* 29, 165 (167 f.) = NJW 1980, 793 – Pferdewettenfall; *BGHSt* 51, 165 (169, 171 f.) = NJW 2007, 782 mAnm *Feinendegen*; *BGHSt* 58, 102, (106 f.) = NJW 2013, 883 mAnm *Schiemann* = JuS 2013, 656 (*Hecker*); *BGH*, NJW 2013, 1017 (1018) (zu § 263 a StGB); ferner *LG Berlin*, BeckRS 2006, 05289 = JuS 2006, 567 (*Jahn*); aus der Lit. *Radtke*, Jura 2007, 445 (450); *Gaede*, HRRS 2007, 16; *Kubiciel*, HRRS 2007, 68 (69 ff.); *Krack*, ZIS 2007, 103 (105); *Saliger/Rönnau/KirchHeim*, NStZ 2007, 361 (362 ff.); *Kutzner*, JZ 2006, 712 (713 ff.); *Rengier*, BT I, 16. Aufl. 2014, § 13 Rn. 12; *Wessels/Hillenkamp*, BT II, 36. Aufl. 2013, Rn. 500; *Satzger* in *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, StGB, 2. Aufl. 2014, § 263 Rn. 39; *Tiedemann* in LK-StGB, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 31; *Cramer/Perron* in *Schönke/Schröder*, StGB, 29. Aufl. 2014, § 263 Rn. 16 e; MüKo-StGB/*Hefendehl*, 2. Aufl. 2014, § 263 Rn. 133; *Lackner/Kühl*, StGB, 28. Aufl. 2014, § 263 Rn. 9; *Kindhäuser* in NK-StGB, 4. Aufl. 2013, § 263 Rn. 133; *Fischer* (o. Fn. 2), § 263 Rn. 30 ff.

5 So schon *Jahn*, JuS 2006, 567 (568); *Jahn/Maier*, JuS 2007, 215 (217 f.); krit. etwa auch *Schlösser*, NStZ 2005, 423 (425 f.); *Trüg/Habetha*, JZ 2007, 878 (882 f.); diff. *Friedrich-Christian Schroeder,* JZ 2011, 187 (192); *Schäfers*, ZfWG 2008, 236 (238 f.).

6 Da nach Auffassung des *Senats* in einer neuen tatrichterl. Hauptverhandlung keine weitergehenden Feststellungen zu erwarten sind, hat er *A* selbst aus Rechtsgründen freigesprochen (§ 354 I StPO).

7 Auch Gerüchte sollen nach hM Insiderinformationen iSd §§ 14, 38 WpHG sein; das aber ist zw. (so auch *Hilgendorf* in *Park*, KapitalmarktstrafR, 3. Aufl. 2013, § 13 Rn. 87 f.).

8 Gg. eine solche Auslegung d. Wettangebots tendierend – allerdings ausdr. nur im Hinbl. auf die Nichtoffenbarung v. Informationen aus *allg. zugänglichen* Quellen – *BGHSt* 51, 165 (172 f.) = NJW 2007, 782 mAnm *Feinendegen*, unter Bezugnahme auf *BGHSt* 16, 120 = NJW 1961, 1934 – Spätwettenfall; vgl. etwa auch *Saliger/Rönnau/KirchHeim*, NStZ 2007, 361 (364); *Kubiciel*, HRRS 2007, 68 (71); *Jahn/Maier*, JuS 2007, 215 (217 f.); für die Annahme einer derartigen konkludenten Erklärung etwa *Krack*, ZIS 2007, 103 (105); *Kutzner*, JZ 2006, 712 (715 f.); *Kindhäuser* in NK-StGB (o. Fn. 4), § 263 Rn. 133; wohl auch *Tiedemann* in LK-StGB (o. Fn. 4), § 263 Rn. 31.

9 Nachw. o. Fn. 4.

10 Vgl. *BGHSt* 16, 120 (122) = NJW 1961, 1934; *Jahn*, JuS 2006, 567 (568); *Jahn/Maier*, JuS 2007, 215 (217); *Schlösser*, NStZ 2005, 423 (426 f.).

11 Zust. auch *Sieber*, FD-StrafR 2014, 357452.

|  |  |
| --- | --- |
| **Titel** | **Fundstelle** |
| **BGH: Informationsvorsprung bei Sportwette** | **NStZ 2014, 317** |

**Informationsvorsprung bei Sportwette**

StGB § 263

Das bloße Ausnutzen einer vagen Information über die Manipulation des Ausgangs eines Fußballspieles bei Abschluss eines hierauf bezogenen Wettvertrages unter Verschweigen dieses Informationsvorsprungs gegenüber dem Wettanbieter vermag eine Strafbarkeit wegen Betruges nicht zu begründen. Vielmehr realisiert sich in einem solchen Fall lediglich das allgemeine Geschäftsrisiko bei Wetten. (Ls d. Schriftltg.)

BGH, Beschl. v. 11.3.2014 − 4 StR 479/13 (LG Bochum)Gründe:

**Zum Sachverhalt:**

Nach den Feststellungen zu Fall II.2 der Urteilsgründe erhielt der Angekl. vor dem Spiel der österreichischen Bundesliga zwischen *SV K.* und *SK R*. , das am Abend des 23.9.2009 in *K*. stattfand, in dem von ihm betriebenen Cafe von unbekannter Seite einen „Tipp“. Danach hätten Spieler der Heimmannschaft zugesagt, durch unsportliche Spielzurückhaltung auf eine Niederlage des eigenen Vereins mit mindestens 2 Toren Unterschied hinzuwirken. Ob die Begegnung tatsächlich manipuliert war, konnte das *LG* nicht feststellen. Der Angekl. stufte den „Tipp“ zwar nicht als sicher ein, allerdings hielt er eine Manipulation für möglich. Er wettete bei einem auf Gibraltar registrierten Buchmacher im Rahmen von Kombinationswetten mit zwei Wettscheinen auf einen Sieg von *SK R*. Den Umstand, dass er mit einer Manipulation rechnete, hielt er vor den Mitarbeitern der Wettbörse geheim. Da das Spiel mit einem 0:1 – Auswärtssieg von *SK R.* endete, gewann der Angekl. einen höheren Geldbetrag.

Das *LG* hat den Angekl. wegen versuchten Betrugs und Beihilfe zum Betrug zu der Gesamtfreiheitsstrafe von 10 Monaten verurteilt sowie eine Feststellung nach § 111 i II StPO getroffen. Hiergegen wendet sich der Angekl. mit seiner – nach Gewährung von Wiedereinsetzung zur Anbringung formgerechter Verfahrensrügen – auf die Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützten Revision. Das Rechtsmittel erzielte mit der Sachrüge einen Teilerfolg.

**Aus den Gründen:**

*3*2. Die Verurteilung des Angekl. wegen versuchten Betrugs begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

*4*a) Das *LG* hat sich hierzu in der rechtlichen Würdigung wie folgt verhalten:

„Wetten auf zum eigenen Vorteil manipulierte Fußballspiele erfüllen zumindest insoweit, als Wettgewinne ausgezahlt werden, den Tatbestand des Betruges zum Nachteil des Wettanbieters, § 263 I StGB (*BGH* NStZ 2013, 234). Dem zum eigenen Vorteil manipulierten Spiel steht der Fall, dass der Wettspieler sein Insiderwissen über eine Manipulation Dritter ausnutzt, gleich. … Die Wetten des Angekl. auf das nur vermeintlich manipulierte Spiel zwischen *SV K*.und *SK R.* (Fall 2) sind als – untauglicher – Betrugsversuch zu werten (§ 263 I und II, §§ 22, 23 I StGB).“

*5*b) Entgegen der Auffassung des *LG* tragen seine Feststellungen nicht die Verurteilung des Angekl. wegen versuchten Betrugs. Denn der Angekl. hat nicht nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung dieses Tatbestands unmit

318

* 
* 

BGH: Informationsvorsprung bei Sportwette(NStZ 2014, 317)

telbar angesetzt (§§ 22, 23 I, § 263 I und II StGB). Ihm fehlte der Vorsatz, die Mitarbeiter des Wettbüros zu täuschen.

*6*aa) Der *BGH* hat bereits wiederholt entschieden, dass ein Wettteilnehmer, der den Gegenstand des Wettvertrags zu seinen Gunsten beeinflusst, einen Betrug begeht, wenn er diesen Umstand bei Abschluss des Vertrags verschweigt: Dem Vertragsangebot könne die stillschweigende Erklärung entnommen werden, der Wetter selbst habe die Geschäftsgrundlage der Wette nicht durch eine rechtswidrige Manipulation verändert; in dem Verschweigen der Manipulation liege eine Täuschung durch schlüssiges Handeln (*BGH*, Urt. v. 19.12.1979 – 3 StR 313/79, *BGHSt* 29, 165, 167 f.; v. 15.12.2006 – 5 StR 181/06, *BGHSt* 51, 165, 169, 171 f.; v. 20.12.2012 – 4 StR 55/12, *BGHSt* 58, 102, 106 f.; v. 20.12.2012 – 4 StR 125/12, wistra 2013, 186, 187; Beschl. v. 20.12.2012 – 4 StR 580/11, *BGHR* StGB § 263 a Anwendungsbereich 3). Diese Auslegung beruht auf einer Bewertung des konkret zu beurteilenden Geschäftstyps und der dabei typischen Pflichten- und Risikoverteilung zwischen den Partnern (vgl. *BGH*, Beschl. v. 6.9.2001 – 5 StR 318/01, *BGHR* StGB § 263 Abs. 1 Täuschung 22). Bei der Sportwette, einer Unterform des wesentlich durch Zufall bestimmten Glücksspiels (vgl. *BGH*, Urt. v. 28.11.2002 – 4 StR 260/02, *BGHR* StGB § 284 Abs. 1 Glücksspiel 4; *Hofmann/ Mosbacher*, NStZ 2006, 249, 251 mwN), ist Gegenstand des Vertrags das in der Zukunft stattfindende und von den Sportwettenteilnehmern nicht beeinflussbare (vgl. *Henssler*, Risiko als Vertragsgegenstand, 1994, S. 471) Sportereignis. Auf diesen Vertragsgegenstand nimmt jede der Parteien bei Abgabe und Annahme des Wettscheins Bezug (BGH, Urt. v. 19.12.1979 und v. 15.12.2006, jew. aaO).

*7*bb) So liegt der Fall hier jedoch nicht: Das *LG* hat nicht festzustellen vermocht, ob das Spiel überhaupt manipuliert worden war. Der Angekl. hatte jedenfalls an einer etwaigen Beeinflussung des Spielergebnisses nicht mitgewirkt. Ihm war lediglich von unbekannter Seite ein „Tipp“ im Cafe in dem ein an Fußball- und sonstigen Sportwetten interessiertes Publikum verkehrte, zugetragen worden. Er ging bei seinem Wettverhalten nicht von einer mit Sicherheit zutreffenden Information aus. Das Verhalten des Angekl. ist daher lediglich als der Versuch einer straflosen Ausnutzung eines – wirklichen oder vermeintlichen – Informationsvorsprungs zu bewerten. Dies ist kein Eingriff in das Wettereignis selbst, in dessen Geschäftsgrundlage; vielmehr gehört die Nutzung solcher Informationsvorsprünge zum allgemeinen und daher straflosen Geschäftsrisiko bei Wetten (*Saliger/Rönnau/Kirch-Heim*, NStZ 2007, 361, 364; *Radtke*, Jura 2007, 445, 450 f.). Der Angekl. akzeptierte bei seinem Vorgehen die für Wetten typische Unsicherheit und überschritt nicht die identitätswesentlichen Merkmale einer Wette (*Kubiciel*, HRRS 2007, 68, 70 f.; a. A. *Krack*, ZIS 2007, 103, 105). Wie es sich verhält, wenn der Wettende die sichere Information erhält, dass das Spiel manipuliert ist, bedarf hier keiner Entscheidung.

*8*Dieser Begründung steht das Urteil des 5. Strafsenats v. 15.12.2006 (5 StR 181/06, *BGHSt* 51, 165, 172) nicht entgegen. In dieser Entscheidung hat der *BGH* die straffreie Nutzung von Informationsvorsprüngen nicht auf solche aus allgemein zugänglichen Quellen beschränkt (missverständlich insoweit *Saliger/Rönnau/Kirch-Heim*, NStZ 2007, 361, 364)…

*10*3. Da in einer neuen tatrichterlichen Hauptverhandlung keine weiter gehenden Feststellungen zu erwarten sind, hat der Senat den Angekl. aus Rechtsgründen freigesprochen und die auf den in Fall II. 2 der Urteilsgründe erzielten Erlös gestützte Feststellung nach § 111 i II StPO entfallen lassen (§ 354 I StPO)…

**Zum „Fall Hoyzer“ (BGHSt 51, 165 = NJW 2007, 782):**

|  |  |
| --- | --- |
| **Bosch,**  | **JA 2007, 389** |

**Sportwettenbetrug**

**Bestimmung des Erklärungsinhalts bei konkludenten Täuschungen und Schadensfeststellung bei Sportwettenbetrug**

§ 263 StGB

1.Dem Angebot auf Abschluss eines Sportwettenvertrages ist in aller Regel die konkludente Erklärung zu entnehmen, dass der in Bezug genommene Vertragsgegenstand nicht vorsätzlich zum eigenen Vorteil manipuliert ist.

2.Bei Sportwetten mit festen Quoten (sog. Oddset-Wetten) kann ein Vermögensschaden bereits darin liegen, dass durch eine Manipulation des für die Wette maßgebenden Sportereignisses das Wettrisiko erheblich zu Lasten des Wettanbieters verschoben wurde. Die zwischen vorgegebener und nach Manipulation an sich anzunehmender Quote bestehende Quotendifferenz begründet auch unabhängig von dem tatsächlichen Ausgang des Sportereignisses einen Vermögensschaden. (Leitsatz des Bearbeiters).

BGH, Urteil vom 15.12.2006 – 5 StR 181/06 (LG Berlin)

Professor Dr. Nikolaus Bosch, Bayreuth

**A.Sachverhalt**

S platzierte bei der deutschen Klassenlotterie Berlin (DKLB) Einsätze auf Sportwetten (Oddset) mit festen Gewinnquoten, bei denen der Wettende das Ergebnis verschiedener Sportveranstaltungen, vornehmlich von Fußballspielen, vorhersagen muss. Die Quote wird vor Abschluss der Wette durch den Wettanbieter nach dessen Einschätzung der jeweiligen Gewinnchancen unter Berücksichtigung seines Einbehalts festgesetzt. Nachdem S hohe Wettverluste erlitten hatte, entschloss er sich, seine Gewinnchancen durch Einflussnahme auf das Spielgeschehen mittels Bestechung von Spielern und Schiedsrichtern zu erhöhen. Unter Mithilfe seiner Brüder gelang es dem S, die Schiedsrichter H und M sowie einige Fußballspieler gegen Zahlung oder das Versprechen erheblicher Geldbeträge dazu zu bringen, durch falsche Schiedsrichterentscheidungen oder unsportliche Zurückhaltung den Ausgang der Spiele zu manipulieren. Die Manipulation wurde bei den Mitarbeitern des Wettbüros, bei denen S die Wette platzierte, nicht offen gelegt, da er ansonsten von der Wette ausgeschlossen worden wäre. Die Manipulation führte nur in vier der angeklagten zehn Fälle zu dem erhofften Ausgang und damit zu Gewinnen zwischen 300.000 und 870.000 €, während S in den übrigen Fällen seinen Einsatz verlor. Insgesamt entstand den Wettanbietern nach Abzug der Einsätze von den Gewinnen ein Vermögensschaden in Höhe von knapp 2 Mio. €.

**B.Problem**

In dem als »Fall *Hoyzer*« innerhalb kürzester Zeit zu einem modernen Strafrechtsklassiker avancierten »Bundesliga-Wettskandal« konnte der BGH zu Zweifelsfragen der Betrugauslegung Stellung nehmen, hat dabei aber kein strafrechtsdogmatisches Neuland betreten.

*I.* Ein Betrug des S zu Lasten des Wettanbieters bei zuvor angestrebter Manipulation des wettgegenständlichen Spiels kann nur angenommen werden, wenn die Angestellten des Wettanbieters durch ein täuschendes Verhalten des S zu einer vermögensschädigenden Verfügung veranlasst worden sind.1 Da S bei Abschluss des Wettvertrages keine ausdrückliche Erklärung über die zukünftige Manipulationsfreiheit des Wettgegenstandes abgegeben hat, müsste die Abgabe des Wettscheins konkludent auf einen täuschenden Erklärungswert schließen lassen. Generell geht es um die Frage, welche Falschbehauptungen angesichts unterschiedlicher Vertragstypen und -risiken Betrugsrelevanz besitzen und inwieweit ein Vertragspartner einen u.U. vertragswidrig herbeigeführten Kenntnisvorsprung ausnutzen darf oder sein überlegenes Wissen dem anderen mitteilen muss.2

*1.* Die Unterscheidung zwischen bloßer Geschäftstüchtigkeit und betrügerischer Übervorteilung hängt nach h.M. entscheidend von der maßgebenden Täuschungsmodalität ab. Im Betrugstatbestand wird zwischen ausdrücklichen und konkludenten sowie Täuschungen durch Unterlassen unterschieden, wobei die Anforderungen an das tatbestandliche Verhalten in der genannten Reihenfolge zunehmen sollen. Bei einer ausdrücklichen Täuschung genügt es, wenn durch eine Tatsachenbehauptung eine entsprechende Fehlvorstellung erzeugt werden soll, ohne dass eine normative Korrektur dahingehend erfolgen würde, dass die Behauptung zumindest geeignet sein muss, bei einem Durchschnittsadressaten einen Irrtum hervorzurufen. So hatte der BGH auch kein Problem, einen Betrug zu Lasten von Käufern eines Haarmittels anzunehmen, das das Haar innerhalb weniger Stunden verdoppeln sollte oder einer Schlankheitspille, bei der man reichlich essen müsse, damit die »ungeheure Fettabschmelzkraft« ausgeglichen werde.3

*2.* Anders wird dies hingegen bei konkludenten Täuschungen gehandhabt, bei denen letztlich nicht anders als im Wege einer normativ wertenden Betrachtung bestimmt werden kann, welche Tatsachen nach der Verkehrsauffassung stillschweigend miterklärt werden. Ob man dies nun als faktischen oder normativen Täuschungsbegriff tituliert, als miterklärt werden jeweils die Tatsachen unterstellt, für die der Erklärende in Abhängigkeit von dem jeweils getätigten Geschäft das Irrtums- und Informationsrisiko zu tragen hat. So enthält etwa die Abbuchung einer Fehlüberweisung nicht die Erklärung, dass ein entsprechendes Guthaben zu Recht besteht4, die Annahme von Wechselgeld kommuniziert nicht, dass es sich um den geschuldeten Restbetrag handelt und die Forderung eines bestimmten Kaufpreises enthält nur dann die Erklärung, dass es sich um den üblichen Preis handelt, wenn feste Listen oder Taxpreise existieren.5 Im Grunde genommen ist damit die Bestimmung des Gegenstandes einer konkludenten Täuschung weitgehend der Täuschung durch Unterlassen angenähert, obwohl bei letzterer immer betont wird, dass die dafür erforderliche Aufklärungspflicht nicht großzügig – etwa aus § 242 BGB – abgeleitet werden dürfe.6 Deutlich wird dies auch daran, dass sich viele Fälle der Täuschung durch Unterlassen als konkludente Täuschung bei Vertragsschluss interpretieren lassen, sofern bereits zu diesem Zeitpunkt eine Täuschungsabsicht bestand.7

390

* 
* 

Bosch: Sportwettenbetrug(JA 2007, 389)

*II.* Eng verwoben mit der Bestimmung des Täuschungsgegenstandes stellt sich in einem zweiten Schritt die Frage, welcher Vermögensschaden schon beim Abschluss des Wettvertrages eingetreten sein könnte. Entgegen einer durch das Ausgangsgericht geäußerten Rechtsauffassung muss zu dessen Bestimmung nicht auf die abzulehnende Konstruktion einer Vermögensgefährdung zurückgegriffen werden, vielmehr kann auch die Vereitelung von bloßen Gewinnchancen (sog. Vermögensexpektanzen) einen unmittelbaren Vermögensschaden begründen, wenn diese bereits hinreichend konkretisiert sind. So vereitelt etwa der Veranstalter einer Lotterie die Gewinnerwartung eines Loskäufers, wenn er das Los für den Hauptgewinn aus der Lostrommel nimmt, um den Hauptgewinn bei einer erneuten Verlosung verwenden zu können. Dabei ist unerheblich, dass der Käufer ohnehin nur mit einer vermutlich geringen Chance auf den Hauptgewinn rechnet, auch diese Chance verkörpert einen wirtschaftlichen Wert, der bei einer Manipulation endgültig vereitelt wird.

**C.Lösung des BGH**

*I.* Der BGH stellt in Einklang mit seiner Entscheidung im »Pferdewetten«-Fall8 fest, dass dem Vertragsangebot auf Abschluss eines Wettvertrages die stillschweigende Erklärung entnommen werden kann, der Wettende selbst habe die Geschäftsgrundlage der Wette nicht durch eine rechtswidrige Manipulation verändert.

Er hebt zunächst zu Recht hervor, dass die jeweils vertragsgegenständlichen allgemeinen Geschäftsbedingungen für die Bestimmung des konkludenten Erklärungswertes unbeachtlich sind, da die Manipulation des Wettereignisses in gravierender Weise vertragliche Nebenpflichten verletzt und infolgedessen auch unabhängig von der konkreten Vertragsausgestaltung keine Bindung des Wettanbieters an den Wettvertrag besteht.9 Anders wird dies zu Recht in den Fällen der Fehlbuchung gehandhabt, da sich in diesen Fällen erst aus den AGB die vertragstypische Risikoverteilung ableiten lässt.

Ob der Täter nach der Verkehrsauffassung eine unwahre Tatsache miterklärt, wird nach Auffassung des Senats wesentlich durch den dem Erklärenden bekannten Empfängerhorizont und die ersichtlichen Erwartungen der Beteiligten bestimmt. Dabei sind sowohl faktische als auch normative Gesichtspunkte zu berücksichtigen, d.h. der Kommunikationsinhalt ist anhand der konkreten Situation und des jeweiligen Geschäftsyps und der dabei bestehenden typischen Pflichten- und Risikoverteilung zu ermitteln. Auch dass etwas nicht geschehen sei (sog. »Negativtatsache«), könne insbesondere in den Fällen einer vorsätzlichen Manipulation des Vertragsgegenstandes konkludent erklärt werden, wobei sich hier die Erklärung der Manipulationsfreiheit natürlich nur auf eine beabsichtigte, aber bereits hinreichend konkret ins Werk gesetzte Manipulation des Spielgeschehens beziehen kann. Der BGH müsste es aber wohl auch genügen lassen, wenn der Wettende noch keinen konkreten Einfluss (etwa durch Zahlungen an Beteiligte) genommen hat, da nach h.A. auch über innere Tatsachen, hier die fehlende Manipulationsabsicht, getäuscht werden kann.10

In Abgrenzung zu einer zu weit führenden allgemeinen Treupflicht hebt der BGH hervor,

»die allgemeine Erwartung, der andere werde sich redlich verhalten, reicht für die Annahme entsprechender konkludenter Erklärungen nicht aus (…) die Erwartung, dass keine vorsätzliche sittenwidrige Manipulation des Vertragsgegenstandes durch einen Vertragspartner in Rede steht, (sei aber) unverzichtbare Grundlage jeden Geschäftsverkehrs und deshalb zugleich miterklärter Inhalt entsprechender rechtsgeschäftlicher Erklärungen. (…)«

Beim Abschluss einer Sportwette kann dem BGH ohne weiteres zugestimmt werden, wenn er annimmt, jeder Beteiligte erkläre konkludent, er habe das wettgegenständliche Risiko nicht durch eine geheim gehaltene Manipulation des Sportereignisses zu seinen Gunsten verändert. Bei jedem Vertragtyp eine unbeschränkte Zusicherung der Manipulationsfreiheit annehmen zu wollen, dürfte aber nur zu einer Verschiebung des Problemkreises führen, da dann zu klären ist, wann eine nach Vertragsgegenstand erhebliche Manipulation anzunehmen ist. Beispielsweise mag man auch die im Gebrauchtwagenhandel typische Aufbereitung des Vertragsgegenstandes (Aufpolieren des Lackes, Farbauffrischung der Polster etc.) als Manipulation ansehen, wenn dadurch der Eindruck eines gut gepflegten Garagenwagens erweckt werden soll. Letztlich muss der allgemeine Gebrauchzustand bei fehlender ausdrücklicher Zusicherung dennoch überwiegend dem Risikobereich des Käufers zugerechnet werden.

Erfreulich klar ist hingegen wieder die Abgrenzung des Senats zum sog. Spätwetten-Fall11, der im Schrifttum irrtümlich in eine Reihe mit den Manipulationsfällen gestellt wurde. Kennt der Wettende im Gegensatz zum Wettanbieter bereits den Ausgang eines Sportereignisses, so nutzt er lediglich sein überlegenes, aber allgemein zugängliches Wissen, ohne auf den Vertragsgegenstand selbst eingewirkt zu haben. Der Senat lässt dies zwar offen, aber die Annahme einer Informationspflicht würde insoweit zur Konstruktion einer unbestimmten allgemeinen Treuepflicht führen.

*II.* Täuscht der Täter über die Manipulation seiner Gewinnchancen, dann muss auch der Schaden bei dem hier gegenständlichen Eingehungsbetrug entsprechend bestimmt werden. Der BGH erliegt zutreffend nicht der Versuchung, auf einen nicht zu beziffernden Gefährdungsschadens auszuweichen12, sondern stellt fest:

»Bei Sportwetten mit festen Quoten (sog. Oddset-Wetten) stellt die auf Grund eines bestimmten Risikos ermittelte Quote gleichsam den »Verkaufspreis« der Wettchance dar. Für den jeweiligen Einsatz hätte S bei realistischer Einschätzung des Wettrisikos unter Berücksichtigung der verabredeten Manipulation nur die Chance auf einen erheblich geringeren Gewinn erkaufen können. Diese »Quotendifferenz« stellt bereits bei jedem Wettvertragsabschluss einen nicht unerheblichen Vermögensschaden dar.«

Da sich der Täuschende eine höhere Gewinnchance verschafft, als sie ihm der Wettanbieter bei richtiger Risikoeinschätzung verkaufen würde, ist mit diesem Quotenschaden ein endgültiger Vermögensverlust eingetreten, unabhängig davon, ob die Mani

391

* 
* 

Bosch: Sportwettenbetrug(JA 2007, 389)

pulation gelingt und der Wettende tatsächlich einen Gewinn erzielt. Der »endgültige Schaden« bei Gewinnauszahlung ist lediglich eine bei der Strafzumessung zu berücksichtigende Schadensvertiefung.

**D.Bewertung**

*I.* Dem BGH wird zu Unrecht im Zusammenhang mit der Bestimmung der vertragstypischen Risikoverteilung ein einzelfallgeprägter Normativismus vorgeworfen.13 Die im Schrifttum angemahnte Rückkehr zu einem ontologischen Täuschungsbegriff, der auf die vermeintlich sachlogischen Strukturen des Täuschungsbegriffs Rücksicht nimmt,14 entpuppt sich bei näherem Hinsehen als naturrechtlich geprägter Gefühlsdezisionismus. Da der Täuschungsbegriff gerade bei schlüssigen Täuschungen nur normativ bestimmt werden kann, hat der BGH völlig Recht, wenn er je nach Vertragstyp im konkreten Einzelfall prüft, für welche Risiken die jeweilige Vertragpartei informationsverschaffungspflichtig ist. Dass damit zugleich die Grenze zwischen schlüssiger Täuschung und Täuschung durch Unterlassen verschwimmt, liegt – hier ausnahmsweise tatsächlich – in der Natur der Sache, da es in beiden Fällen um den Schutz berechtigter Erwartungen bei vertraglichen Verpflichtungen geht. Wenn dem BGH etwas vorzuwerfen ist, dann schon eher der Umstand, dass von ihm ansonsten auch der sorgloseste und leichtsinnigste Vertragspartner ohne normative Korrektur (etwa im Rahmen der objektiven Zurechung über das Kriterium der Selbstgefährdung) geschützt wird.

Der Vorwurf, dass in vielen Fällen die Transformation der schlüssigen in eine ausdrückliche Täuschung befremdlich wirkt,15 liegt hingegen neben der Sache. So wirkt etwa auch die Erklärung des Lotterieveranstalters, er habe das Hauptlos nicht entfernt, oder des Verkäufers, er habe den Unfallwagen nicht zur Täuschung angestrichen, künstlich und wird beim Adressaten nur Verwunderung auslösen. Dies dürfte in vielen Fällen geradezu charakteristisch für schlüssige Täuschungen sein, weil sie Fragen betreffen, die eben gerade als selbstverständlich zu Grunde gelegt werden. Auch im umgekehrten Fall könnte eine normative Bestimmung des Täuschungsbegriffs in Frage kommen, etwa wenn der Lotterieverkäufer ausdrücklich darauf hinweist, er habe den Hauptgewinn herausgenommen, er aber zugleich weiß, dass die Käufer dieser fremd anmutenden Behauptung keinen Glauben schenken.16

*II.* Wie bereits dargelegt, können auch die Ausführungen zur Schadensfeststellung überzeugen. Wenn hier im Schrifttum eine unzulässige Vorverlagerung des Schadenseintritts gemutmaßt wird, weil auch in den Fällen, in denen die Manipulation nicht gelang, ein vollendeter Betrug angenommen wurde,17 so ist dies sachlich unzutreffend, da der BGH lediglich die Konsequenzen einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise beim Erwerb von Vermögensexpektanzen gezogen hat. Hier wird nicht etwa ein Rücktritt oder eine Versuchsstrafbarkeit ausgeschlossen, vielmehr handelt es sich bei Misslingen der Manipulation de facto um eine irrelevante Schadenswiedergutmachung (*reparatio damni*).

Dem BGH mag allenfalls vorzuwerfen sein, dass er bei Gelingen der Manipulation quasi automatisch eine Schadensvertiefung annehmen will, denn gerade diese ist bei festen Gewinnquoten zweifelhaft. Im Idealfall müsste es dem Wettveranstalter völlig gleichgültig sein, wer letztlich gewinnt, da die Quoten vorher so berechnet sind, dass ihm – egal welche Mannschaft gewinnt – immer die anvisierte Gewinnmarge verbleibt. Ein Schaden kann ihm bei Auszahlung im Ergebnis nur dann entstehen, wenn er die Gewinnquote falsch berechnet hat (dann realisiert sich der Schaden bereits bei Vertragsschluss) oder wirtschaftlich betrachtet deshalb in Frage kommen, weil der Manipulierende ohne Manipulation keinen entsprechend hohen Betrag gesetzt hätte, der dann mit der Gewinnquote abgegolten werden muss.18

1 Zu anderen Betrugskonstellationen, etwa des Betruges durch H wegen Annahme des Geldes für eine manipulierte Schiedsrichterleistung, vgl. *Schlösser* NStZ 2005, 423 (424 ff.); *v. Komorowski* SpuRt 2005, 181 ff.; zur Haftung des DFB und einem deshalb u.U. durch H verursachten Vermögensschaden vgl. *Eufe* SpuRt 2006, 12 ff.; *Schwab* NJW 2005, 938 ff.; zur strafrechtlichen Bewertung des ersten Bundesligaskandals vgl. u.a. BGH NJW 1975, 1234 f.; *Triffterer* NJW 1975, 612 ff.

2 Vgl. bereits *Samson* JA 1978, 469 (472).

3 Vgl. BGHSt 34, 199 (200); die Grenze zu einem nur von § 4 UWG erfassten Werturteil mögen fließend sein (vgl. *Joecks*, Studienkommentar StGB, 6. Aufl. 2005, § 263 Rn. 25), hier war aber unzweifelhaft ein dem Beweis zugänglicher Tatsachenkern enthalten.

4 Vgl. BGH NJW 2001, 453 unter Aufgabe der Unterscheidung von Fehlbuchung und Fehlüberweisung.

5 Vgl. SK-StGB/Hoyer § 263 StGB Rn. 31.

6 Vgl. nur *Wessels/Hillenkamp* Strafrecht BT 1, 29. Aufl. 2006, Rn. 505 f.

7 Vgl. etwa das Beispiel bei *Joecks* (Fn. 3) § 263 Rn. 41: Wer ein Fahrzeug mit gravierendem Unfallschaden verkauft, ohne auf diesen hinzuweisen, »verschweigt nicht, sondern täuscht konkludent das Fehlen dieses Umstandes vor. Der Rechtsverkehr versteht das Schweigen so.«

8 Vgl. BGHSt 29, 167; vgl. erg. auch BayObLG wistra 1993, 306.

9 Nach Presseberichten wurde hingegen u.a. von der Bundesanwaltschaft die (willkürliche) Differenzierung für maßgebend erachtet, ob in den AGB oder vertraglich eine entsprechende Risikoverteilung bzw. Erklärung hinsichtlich der Manipulationsfreiheit ausdrücklich vorgesehen ist.

10 Dadurch umgeht die h.L. die selbst auferlegte Grenze, dass über künftige Tatsachen mangels Beweisbarkeit in aller Regel nicht getäuscht werden kann.

11 Vgl. zu diesem BGHSt 16, 120; im Schrifttum wird hingegen der Spätwetten-Fall in einem Atemzug mit den Manipulationsfällen genannt (vgl. nur *Hartmann/Niehaus* JA 2006, 432 [433]: »subtile Differenz«) oder gar eine Vorlage zum Großen Senat nur deshalb für nicht erforderlich gehalten, weil es sich um eine senatseigene Entscheidung gehandelt habe (vgl. *Jahn/Maier* JuS 2007, 215 [217] mit Fn. 14), obwohl sich die Gemeinsamkeiten letztlich darin erschöpfen, dass es sich in beiden Fällen um Wettkonstellationen gehandelt hat. Natürlich kann mit *Otto* Grundkurs Strafrecht, BT, 7. Aufl. 2005, § 51 Rn. 16 auch übergreifend darauf abgestellt werden, dass der Wettende immer erkläre, er gehe das typische Wettrisiko ein, nur darf dadurch der grundlegende Unterschied zum Spätwette-Fall nicht verdeckt werden.

12 Eine schadensgleiche Vermögensgefährdung haben im Schrifttum hingegen u.a. *Fasten/Oppermann* JA 2006, 69 (72); *Hartmann/Niehaus* JA 2006, 432 (434) angenommen; *Jahn/Maier* JuS 2007, 215 (218) gehen gänzlich unverständlich davon aus, der 5. Senat des BGH sei wie das LG Berlin von einer konkreten schadensgleichen Vermögensgefährdung ausgegangen, obwohl der BGH die Konstruktion des LG Berlin und die Annahme eines Gefährdungsschadens ausdrücklich als zu unbestimmt ablehnte.

13 Vgl. nur *Hartmann/Niehaus* JA 2006, 432 (433).

14 Vgl. hierzu die Kritik von *Jahn/Maier* JuS 2007, 215 ff.

15 So *Jahn/Maier* JuS 2007, 215 (216).

16 Dies natürlich nur dann, wenn man die problematische konkludente Täuschung durch Behauptung wahrer Tatsachen anerkennt, vgl. dazu u.a. BGH NStZ 1997, 186; BGHSt 47, 1.

17 Vgl. *Jahn/Maier* JuS 2007, 215 (218 f.).

18 Vergleichbar will etwa *Kutzner* JZ 2006, 712 (717) auf die Differenz zwischen normalem Wettverhalten und tatsächlich ausgeschütteter Gewinnsumme abstellen.