

# Betrug durch Wettmanipulationen

## Das Urteil des BGH zum Schiedsrichterskandal

Von Prof. Dr. Ralf Krack, Universität Kiel

### I. Einleitung

Die konkludente Täuschung beim Betrug ist herkömmlich eine Fragestellung, die außerhalb der strafrechtlichen Fachwelt nicht wahrgenommen wird. So sind es unter den strafrechtlichen Revisionsentscheidungen des Bundesgerichtshofs diejenigen zu anderen Themen, die öffentlich wahrgenommen werden. Vermögensdelikte interessieren allenfalls dann, wenn es wie im Mannesmannprozess um Wirtschaftsstraftaten mit hohen Schadenssummen und bekannten Angeklagten geht. Eine Entscheidung zu den Tiefen der Betrugsdogmatik konnte man sich dagegen im Fokus der Öffentlichkeit kaum vorstellen. So denkt bei Melkmaschinen und Zellwollhosen nur der Strafrechtler an den Betrugstatbestand.

Es bedurfte schon besonderer Zutaten, um einen Fall zur konkludenten Täuschung beim Betrug in das Scheinwerferlicht der Öffentlichkeit zu bringen: Das Thema Fußball war für sich schon von besonderem Interesse, zumal im Jahr der Weltmeisterschaft im eigenen Land. Hinzu kommt, dass die besondere Vorliebe für Fußball dazu führt, dass viele Fußballfans sich durch die Spielmanipulationen ebenfalls betrogen fühlen, da ihr Glaube an die Redlichkeit der Schiedsrichter enttäuscht wurde. Seine besondere Würze erhielt das Revisionsverfahren durch den auf Freispruch gerichteten Antrag der Generalbundesanwaltschaft. Die öffentliche Berichterstattung ist mit den Beiträgen über das Revisionsurteil abgeschlossen. Allenfalls eine kurz vor dem Wetterbericht gesendete fünfsekündige Aufnahme, die uns Herrn Hoyzer mit Reisetasche vor dem Tor der Justizvollzugsanstalt beim Haftantritt zeigt, wird an diesen Fall erinnern.

Um welche strafrechtlichen Rechtsfragen es bei diesem Verfahren ging, wurde der Öffentlichkeit nicht vermittelt. Das mag einerseits daran liegen, dass Journalisten den Inhalt nicht vermitteln wollten – zugegebenermaßen wäre „Entscheidung im Fall Hoyzer – Bundesrichter bejahen konkludente Täuschung“ für eine Tageszeitung keine verkaufsfördernde Überschrift. Andererseits lässt sich die Fragestellung der konkludenten Täuschung vielleicht an Nichtjuristen kaum vermitteln – darin mag man ein erstes kleines Indiz gegen die Annahme einer konkludenten Täuschung in diesem Fall sehen.

Nachfolgend soll es um die Frage gehen, ob das vom Bundesgerichtshof gefundene Urteil im Ergebnis und in der Begründung zu überzeugen vermag. Obwohl der Strafrechtsfall in der Öffentlichkeit fest mit dem Namen Hoyzer verbunden ist, soll es – wie auch in der Urteilsbegründung des BGH – in allererster Linie um die Betrugsstrafbarkeit des Wettkunden<sup>1</sup> gehen. Die Bestrafung des Schiedsrichters als

Gehilfe wirft jedenfalls dann keine eigenen Probleme auf, wenn man den Schaden wie hier bestimmt.

Man durfte gespannt sein, wie der Bundesgerichtshof sich entscheidet, zumal hinsichtlich der konkludenten Täuschung zwei konträre Entscheidungen vorausgegangen waren: Im Spätwettenfall<sup>2</sup> hatte der 5. Strafsenat 1961 zu entscheiden, ob ein Wettkunde, der den Ausgang des wettgegenständlichen Pferderennens bereits kennt, konkludent erklärt, ihm sei der Ausgang des Rennens noch unbekannt. Damals wurde eine solche Erklärung als „willkürliche Konstruktion“ abgelehnt. Im Rennquittettfall<sup>3</sup> hingegen, der 1979 zur Entscheidung durch den 3. Strafsenat anstand, wurde eine konkludente Täuschung angenommen. Hier hatte der Täter Jockeys dahingehend bestochen, ihre Pferde im Rennen langsam zu reiten. Der Senat ging davon aus, dass der Täter bei Abschluss der Pferdewetten konkludent erklärte, er selbst habe in die Geschäftsgrundlage der Wette nicht durch rechtswidrige Manipulation eingegriffen.

### II. Täuschung und Irrtum

Der Schwerpunkt der Ausführungen des *Senats* liegt im Bereich der Täuschung. Es geht um die Analyse der Kommunikation zwischen dem Täter und den Mitarbeitern der Wettannahmestellen. Da eine ausdrückliche Täuschung ausscheidet, richtet sich das Augenmerk auf die Frage, ob ein Wettkunde bei Vertragsschluss<sup>4</sup> konkludent erklärt, er habe die Schiedsrichter, die für die wettgegenständlichen Spiele eingeteilt worden sind, nicht zu seinen Gunsten bestochen. Ferner stellt sich die Frage, ob die Mitarbeiter des Wettbüros sich überhaupt die für einen Irrtum i.S.d. § 263 nötigen Gedanken gemacht haben.

#### 1. Allgemeines zur konkludenten Täuschung

Außerhalb einiger unumstrittener Fallgruppen ist die konkludente Täuschung eine schwer handhabbare Rechtsfigur, die dem Bestimmtheitserfordernis des Art. 103 Abs. 2 GG kaum gerecht wird. Wenn man Drittsemestern den Betrugstatbestand nahe zu bringen versucht und erklärt, was man bei welcher Gelegenheit konkludent erklärt, erfährt man deutliche Verwunderung. Dass man bei der Buchung von Hotelleistungen Erklärungen zu seiner Zahlungsfähigkeit abgibt, nicht dagegen bei der Inanspruchnahme eben dieser Leistungen, erscheint den meisten vertretbar. Dass man diese Differenzierung aus dem Gesetzestext ableiten kann, leuchtet dagegen kaum ein.

---

tar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, 4. Aufl. 2004, § 762 Rn. 7.

<sup>2</sup> BGHSt 16, 120.

<sup>3</sup> BGHSt 29, 165.

<sup>4</sup> Es geht um die Frage, welche konkludente Erklärungen im Rahmen des Vertragsschlusses abgegeben werden, nicht dagegen um konkludente Erklärungen durch einen Realakt (Platzieren einer Wette), wie *Kutzner* (JZ 2006, 712 f.) meint.

---

<sup>1</sup> Hier und im Folgenden ist der Alltagssprache folgend von Wette, Wettanbieter und Wettkunde die Rede, obwohl es zivilrechtlich nicht um Wette, sondern um Spiel geht. Zur Differenzierung von Wette und Spiel siehe z.B. *Habersack*, in: *Rebmann/Säcker/Rixecker* (Hrsg.), *Münchener Kommen-*

Die weitgehende Annahme konkludenter Täuschungen ist jedenfalls außerhalb anerkannter Fallgruppen bedenklich. Insbesondere besteht die massive Gefahr, auf dem Weg über die konkludente Täuschung das für eine Täuschung durch Unterlassen bestehende Erfordernis einer Garantenpflicht zu umgehen.<sup>5</sup> Mit ein wenig Phantasie lässt sich in jedes Verhalten eine Erklärung hineininterpretieren. So liegt die in der Spätwettenentscheidung vorgenommene Behauptung, es handle sich bei der angeblichen Erklärung der Wettpartner, den Ausgang des Pferderennens noch nicht zu kennen, um „eine willkürliche Konstruktion“, keineswegs fern. Auch gegen die vorliegende Entscheidung zum Schiedsrichterskandal wurde bereits ähnlich argumentiert: *Jahn* und *Maier* gehen (insoweit zutreffend) davon aus, es führe zu besonderer Verwunderung und Irritation, wenn ein Kunde bei Abgabe des Wertscheins ausdrücklich erkläre, er habe das Spiel nicht manipuliert. Das indiziere, dass sich die Annahme einer konkludenten Täuschung „von den tatsächlichen Gegebenheiten allzu weit entferne“.<sup>6</sup> Diese Überlegung halte ich jedoch für verfehlt, da sie wohl gegen jede konkludente Erklärung vorgebracht werden kann. Wenn der Restaurantgast bei der Bestellung erklärt, er könne und wolle das Bestellte auch bezahlen, wird er ebenso „Verwunderung und Irritation“ auslösen, wie wenn er beim Bezahlen erklärt, er habe die Geldscheine nicht gefälscht und wisse auch von keiner Fälschung. Gerade weil es bei der konkludenten Täuschung über eine Tatsache um mitgeteilte Selbstverständlichkeiten geht, ist eine entsprechende ausdrückliche Tatsachenerklärung sehr unüblich.<sup>7</sup>

Die Fälle, in denen eine konkludente Täuschung in Betracht kommt, lassen sich in zwei Gruppen einteilen. Die erste Gruppe bilden diejenigen Fälle, in denen das Täuschungsmerkmal unabhängig vom Irrtumsmerkmal problematisch ist. Als Beispielsfall mögen die auf Traueranzeigen bezogenen rechnungsähnlichen Insertionsofferten dienen.<sup>8</sup> Hier liegt unproblematisch eine Fehlvorstellung vor. Das Opfer geht irrtümlich davon aus, es habe eine Rechnung für die in der Tageszeitung erschienene Traueranzeige erhalten. Die in der Überweisung liegende Vermögensverfügung erfolgt irrtumsbedingt unfrei. Die einzige Frage, die sich stellt, ist die nach der Täuschung. Entspringt der Irrtum allein der Verantwortungssphäre des Opfers (also keine Täuschung) oder geht es um eine Tatsache (auch) aus der Verantwortungssphäre des Täters, so dass sich die Irrtumserregung als dessen Werk darstellt (also Täuschung)?<sup>9</sup>

Bei der zweiten Gruppe von Fällen sind dagegen Täuschung und Irrtum gleichermaßen problematisch: Ein klassisches Beispiel ist die Vorlage eines Sparbuchs durch den

Nichtberechtigten. Vor dem Hintergrund der befreienden Wirkung des § 808 Abs. 1 BGB sowie der Einschränkung, die diese Norm in Fällen grob fahrlässigen Verkennens der fehlenden Berechtigung erfährt, sind sowohl Irrtum als auch Täuschung umstritten.<sup>10</sup> Zum einen ist fraglich, ob der Bankangestellte sich trotz § 808 Abs. 1 BGB Gedanken darüber macht, ob eine Berechtigung aus dem Sparbuch vorliegt. Zum anderen ist aus dem gleichen Grund schwierig zu beantworten, ob der Täter konkludent etwas über seine Berechtigung erklärt oder ob diese Tatsache nicht Gegenstand der Kommunikation ist. Das heißt jedoch nicht, dass es sich hierbei um getrennt voneinander zu beantwortende Fragen handelt. Vielmehr ist – jedenfalls wenn man Irrtumskonstellationen außer Betracht lässt – davon auszugehen, dass entweder beide Tatbestandsmerkmale erfüllt sind oder aber die Betrugsstrafbarkeit an beiden Merkmalen scheitert.

Der vorliegende Fall zum Schiedsrichterskandal gehört ebenso wie die Spätwetten- und die Rennquintettentscheidung in die zweite Fallgruppe. Einerseits ist unklar, ob die Wettbüromitarbeiter sich überhaupt Gedanken über eine mögliche Manipulation der Spiele machen. Andererseits geht es darum, ob der Wettkunde eine konkludente Erklärung zu dieser Tatsache abgibt.

## 2. Die Lösung des BGH

Der 5. Senat hat sich – in Fortführung der Rennquintettentscheidung des 3. Senats – für eine konkludente Täuschung seitens des Wettkunden ausgesprochen. Der „Wetter“ erkläre, die „Geschäftsgrundlage der Wette nicht durch eine rechtswidrige Manipulation verändert“ zu haben.<sup>11</sup> Der Bedeutungsgehalt des Gesamtverhaltens ergebe sich aus dem Empfängerhorizont des Erklärungsempfängers sowie aus dessen „ersichtlichen Erwartungen“.<sup>12</sup> Der Erklärungswert sei durch Auslegung zu bestimmen. Dabei spiele die Pflichten- und Risikoverteilung zwischen den Parteien eine wichtige Rolle. Im Regelfall könne aus den allgemein verbreiteten Erwartungen auf den tatsächlichen Inhalt konkludenter Kommunikation geschlossen werden.<sup>13</sup> Nach diesen allgemeinen Ausführungen stellt der Senat für den konkreten Fall in erster Linie auf die rechtliche Bewertung der Schiedsrichterbeeinflussung ab. Hier ist von „erheblichen vorsätzlichen Manipulationen des Vertragsgegenstandes“<sup>14</sup> sowie von einer „vorsätzlichen sittenwidrigen“<sup>15</sup> und einer „verwerflichen Manipulation des Vertragsgegenstandes“<sup>16</sup> die Rede.

<sup>5</sup> So z.B. auch *Kutzner*, JZ 2006, 712 (713); *Maaß*, GA 1984, 264 (267).

<sup>6</sup> *Jahn/Maier*, JuS 2007, 215 (216).

<sup>7</sup> Treffend *Kindhäuser*, in: *Kindhäuser/NeumannPaeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, 2. Aufl. 2005, § 263 Rn. 133: Die Überflüssigkeit des zu Erklärenden ist für die Konkludenz konstitutiv.

<sup>8</sup> Dazu BGHSt 47, 1.

<sup>9</sup> Siehe zu dieser Problematik neben der Entscheidung des BGH z.B. *Rose*, wistra 2002, 13; *Krack*, JZ 2002, 613.

<sup>10</sup> Siehe z.B. *Hefendehl*, in: *Hefendehl/Hohmann* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 4, 2006, § 263 Rn. 108, 213 f.; *Cramer/Perron*, in: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch*, 27. Aufl. 2006, § 263 Rn. 16b, 48.

<sup>11</sup> BGH NStZ 2007, 151 (152 Rn. 5).

<sup>12</sup> BGH NStZ 2007, 151 (153 Rn. 8).

<sup>13</sup> BGH NStZ 2007, 151 (153 Rn. 9).

<sup>14</sup> BGH NStZ 2007, 151 (153 Rn. 10).

<sup>15</sup> BGH NStZ 2007, 151 (153 Rn. 10).

<sup>16</sup> BGH NStZ 2007, 151 (153 Rn. 13).

### 3. Kritische Würdigung und eigene Lösung

Aus meiner Sicht liegt der BGH mit der Annahme einer konkludenten Täuschung im Ergebnis richtig. Die Begründung vermag jedoch nur teilweise zu überzeugen.

#### a) Erklärungsgegenstand: Vorsätzliche Manipulation oder Sonderwissen

Erklärungsgegenstand soll nach Ansicht des Gerichts die eigene Beteiligung an der Manipulation des Wettgegenstandes sein. Dabei wird wie gesehen auf die Absichtlichkeit und Sittenwidrigkeit der Einflussnahme auf die Schiedsrichterentscheidungen abgestellt.

Meines Erachtens ist der Erklärungsgegenstand der konkludenten Täuschung damit zu eng gewählt. Nicht nur die eigene Mitwirkung an der Manipulation des Spielausgangs ist Gegenstand der Kommunikation zwischen dem Wettkunden und dem (vertretenen) Wettanbieter, sondern darüber hinaus allgemeiner die Kenntnis von der Manipulation. Auch wenn der Wettkunde nicht selbst an der Manipulation mitwirkt, sondern nur von einer Manipulation durch Dritte weiß, täuscht er konkludent über eine relevante Tatsache. Ob eine konkludente Täuschung vorliegt oder nicht, hängt – so auch der BGH – von der für die Geschäftsart typischen Verteilung der Risikosphären ab. Diese Risikoverteilung und die aus ihr folgende Pflichtenverteilung betrifft die Frage, ob eine Vertragspartei ihr überlegenes Wissen der Gegenseite zu offenbaren hat. So geht man beispielsweise davon aus, dass der professionelle Gebrauchtwagenhändler durch das Anbieten eines Fahrzeugs konkludent erklärt, es handele sich nicht um ein Unfallfahrzeug.<sup>17</sup> Während die Beschaffenheit der Kaufsache grundsätzlich in den Bereich des Orientierungsrisikos des Käufers einzuordnen ist, führen die überlegenen Fachkenntnisse des Gebrauchtwagenhändlers dazu, dass er verpflichtet ist, den Käufer auf Schäden aufmerksam zu machen.

Hier wie auch in anderen Bereichen hängt die Zuweisung in die Risikosphären nicht davon ab, ob eine der Vertragsparteien vorsätzlich, absichtlich oder sittenwidrig selbst Einfluss auf die relevante Tatsache genommen hat: Der Mangel am Gebrauchtwagen fällt in die Risikosphäre des Händlers; es kommt nicht darauf an, ob er ihn selbst herbeigeführt oder zumindest selbst zu verbergen versucht hat. Wer seine Zahlungsverpflichtung durch Falschgeld zu begleichen versucht, begeht einen Betrug, da er konkludent erklärt, es handele sich um echte Geldscheine. Das gilt unabhängig davon, ob der Täter die Scheine gefälscht hat oder zuvor selbst Opfer einer Bezahlung mit Falschgeld geworden ist.

Das Gleiche muss für die Fälle der Wettmanipulation gelten. Auch hier hat die Zuweisung in die Risikosphären unabhängig von der eigenen Einflussnahme auf die potentiell erklärungsgegenständliche Tatsache zu erfolgen. Grundsätzlich trägt der Wettanbieter das Risiko für die Faktoren, aus denen sich die Wahrscheinlichkeit des Spielausgangs ergibt. Wenn es etwa um die Verletzungen von Spielern, Neueinkäufe oder die Beschaffenheit des Platzes geht, muss der Veranstalter sich bis zur Festsetzung der Gewinnquote selbst orien-

tieren und trägt auch anschließend noch das Risiko. Falls z.B. der Schiedsrichter durch Fehlentscheidungen zum Sieg des Außenseiters beiträgt, für den es eine hohe Quote gibt, geht es um das typische Risiko einer Wette, das im Bereich eines Oddsetsystems (feste Gewinnquoten) der Anbieter trägt. Wenn der Wettkunde hier aufgrund seiner besonderen Fachkenntnis über einen Wissensvorsprung verfügt, darf er diesen für sich ausnutzen. Er erklärt bei Abschluss der Wette nicht konkludent, über kein Sonderwissen zu verfügen. So ist auch das Sonderwissen bezüglich der vorsätzlichen Manipulation durch den Schiedsrichter einheitlich zu behandeln und nicht davon abhängig zu machen, ob der Wettkunde an der Manipulation beteiligt ist.

Gegenstand der konkludenten Täuschung ist also in Abweichung von der Ansicht des BGH nicht die Mitwirkung an der geplanten Manipulation des Spiels durch den Schiedsrichter, sondern die Kenntnis von dieser Manipulation.

#### b) Sonderwissen von der Manipulation als Abweichung von der Geschäftsgrundlage

Der BGH stellt zu Beginn seiner Begründung für eine konkludente Täuschung zutreffend darauf ab, dass die Manipulation der wettgegenständlichen Spiele durch den Schiedsrichter die Geschäftsgrundlage des Vertrages betrifft. Wenn zwei Parteien einen Vertrag schließen, erklären sie einander konkludent, dass diejenigen Tatsachen zutreffen, die die Geschäftsgrundlage des Vertrags ausmachen und somit den Vertragstyp charakterisieren.<sup>18</sup> Ein klassisches Beispiel, das in der jüngeren Rechtsprechung des BGH<sup>19</sup> bestätigt wurde, ist die konkludente Täuschung im Bereich von Submissionsabsprachen: Da das Ausbleiben von unlauteren Absprachen eine zentrale Grundregel („tragende Säule“<sup>20</sup>) für Ausschreibungsverfahren darstellt, geht mit dem Einreichen eines Angebots die konkludente Erklärung einher, dass das Angebot nicht auf einer solchen Absprache beruht.<sup>21</sup>

Entsprechend verhält es sich im Bereich der Sportwetten mit dem Ausschalten des Zufalls. Geschäftsgrundlage derartiger Verträge ist, dass nur die für eine redliche sportliche Auseinandersetzung typischen Faktoren auf den Spielausgang einwirken. Als Beispiele seien einerseits die von den Sportlern beeinflussbaren Faktoren wie die individuelle Stärke der eingesetzten Spieler, das taktische Konzept der Trainer sowie die Unterstützung durch die Zuschauer genannt. Andererseits gibt es eine erhebliche Anzahl an Faktoren, die dem Zufall zuzuordnen sind wie das Wetter, die Beschaffenheit des Platzes, auftretende Verletzungen sowie Wahrnehmungs- oder Bewertungsfehler seitens des Schiedsrichterteams. Wettan-

<sup>17</sup> *Landscheidt/Segbers*, NZV 1991, 289 (293).

<sup>18</sup> *Lackner*, in: Jescheck/Ruß/Willms (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 10. Aufl. 1988, § 263 Rn. 28, 43; *Cramer/Perron* (Fn. 10), § 263 Rn. 166; *Hefendehl* (Fn. 10), § 263 Rn. 113; *Kindhäuser*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 3. Aufl. 2006, § 263 Rn. 80.

<sup>19</sup> BGHSt 47, 83 (87).

<sup>20</sup> BGHSt 47, 83 (87).

<sup>21</sup> BGHSt 47, 83 (87); *Grützner*, Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen, 2003, S. 165 f.; *Satzger*, Der Submissionsbetrug, 1994, S. 60.

bieter und Wettkunde erklären einander konkludent, nicht über Sonderwissen hinsichtlich unlauterer Einflussnahme auf den Spielausgang zu verfügen. Wer beispielsweise von beabsichtigten vorsätzlichen Manipulationen durch den Schiedsrichter Kenntnis hat, begeht durch Abgabe seiner auf den Vertragsschluss gerichteten Willenserklärung eine konkludente Täuschung.

*c) Spielmanipulationen als Gegenstand der Opfervorstellung*

Diese Zusammenschau von Wettmanipulations- und Submissionsbetrugsfällen lenkt den Blick jedoch auf den Irrtum als einen Gesichtspunkt, der der Annahme eines Betrugs entgegenstehen könnte: Während im Bereich des Ausschreibungswesens Absprachen zwischen Bietern an der Tagesordnung sind, so dass diese Thematik fast zwangsläufig Gegenstand der Opfervorstellung ist, kommen vorsätzliche Manipulationen des Spielausgangs durch Schiedsrichter – jedenfalls in der Wahrnehmung bis zur Aufdeckung dieses Skandals – gar nicht oder nur sehr selten vor. Daher drängt sich die Frage auf, ob das Ausbleiben derartiger Manipulationen bei den Mitarbeitern der Wettannahmestellen überhaupt Gegenstand der Vorstellung geworden ist. Weshalb sollte diese Thematik Vorstellungsgegenstand bei den Angestellten im Wettbüro sein, wenn niemand ernsthaft mit einer solchen Manipulation von höherklassigen Fußballspielen gerechnet hat?

Sicherlich gelangt der Gesichtspunkt der Spielmanipulation nicht in das aktuelle Bewusstsein des Angestellten. Zu klären ist allein, ob dieser Aspekt vom „sachgedanklichen Mitbewusstsein“ erfasst wird und einen Gegenstand des „ständigen Begleitwissens“ bildet.<sup>22</sup> Diese zum festen Bestandteil der Lehre vom Irrtum beim Betrug gehörenden, auch aus der Vorsatzlehre bekannten Begriffe weisen sicherlich ähnlich unscharfe Konturen auf wie der Begriff der konkludenten Täuschung und die ihn ausfüllenden Abgrenzungskriterien. Die Gefahr der übermäßigen Ausdehnung des Betrugstatbestands besteht auch aufgrund dieser Weite des Irrtumsmerkmals. Die anerkannte Figur des sachgedanklichen Mitbewusstseins liegt wie die konkludente Täuschung so nahe an einer Fiktion<sup>23</sup>, dass man sich allzu leicht auf sie berufen kann und sich im Einzelfall kaum Argumente gegen die Annahme eines Irrtums finden lassen.

Dennoch müssen auch diejenigen Fälle, in denen es bei der irrumsgegenständlichen Tatsache um eine Selbstverständlichkeit geht, in den Anwendungsbereich des § 263 aufgenommen werden. Wenn man schon in solchen Bereichen, in denen Betrugsfälle an der Tagesordnung sind, von einem Irrtum ausgeht, muss das unter dem Gesichtspunkt des Opferschutzes erst recht für die hier vorliegende seltene Betrugskonstellation gelten: Obwohl beispielsweise bei Ausschreibungen im Baubereich unlautere Absprachen so häufig vorkommen, dass der zuständige Mitarbeiter der ausschreibenden Stelle ernsthaft mit einer Täuschung rechnen muss,

wird üblicherweise ein Irrtum angenommen.<sup>24</sup> Dann bedarf derjenige, der Opfer einer selten begangenen – jedenfalls zum Tatzeitpunkt als selten geltenden – Manipulation wie der Schiedsrichterbestechung wird, erst recht des strafrechtlichen Schutzes durch den Betrugstatbestand. Als Kontrollüberlegung sei wiederum auf den Betrug durch Zahlung von Falschgeld hingewiesen: Wer sich beispielsweise im Ladengeschäft Wechselgeld auszahlen lässt, beschäftigt sich in seinem aktiven Bewusstsein nicht mit der Frage, ob die Geldscheine und -stücke echt sind. Dennoch liegt ein Irrtum vor. Wenn man durch Vorspiegeln einer falschen Anzahl von Geldscheinen einen Betrug begehen kann, muss das erst recht gelten, wenn es darum geht, ob es sich überhaupt um echte Scheine handelt.

An einer relevanten Fehlvorstellung fehlt es in derartigen Konstellationen nur dann, wenn das Opfer die zum Schaden führende Disposition über sein Vermögen völlig von der relevanten Tatsache abkoppelt. So verhält es sich etwa aufgrund von Arbeitsteilung, wenn ein Mitarbeiter der Buchhaltung einen Rechnungsbetrag anweist, aber sich keine Gedanken mehr über das Bestehen der Forderung macht, weil diese Entscheidung ein Mitarbeiter der technischen Abteilung getroffen hat.<sup>25</sup> Ein weiteres Beispiel ist die Auszahlung von Geldbeträgen durch Bankmitarbeiter im Falle einer Fehlbuchung. Hier macht sich der Bankmitarbeiter keine Gedanken über eine materielle Berechtigung an dem auf dem Konto gutgeschrieben Betrag, da die Bank sämtliche Überweisungs- und Auszahlungsentscheidungen allein an die formelle Berechtigung in Gestalt der Kontogutschrift knüpft.<sup>26</sup> Eine solche Abkoppelung liegt hier jedoch nicht vor. Die erstinstanzliche Beweisaufnahme hat ergeben, dass die Mitarbeiter in den Wettbüros sich durchaus für Tatsachen interessieren, die die Thematik der möglichen Manipulation der wettgegenständlichen Fußballspiele betreffen („dass er Oliver Kahn keinen Spielschein abgenommen hätte, mit dem dieser auf das Unterliegen des FC Bayern München gesetzt hätte“).<sup>27</sup>

*d) Normativierung von Täuschungs- und Irrtumsbegriff*

Die vom Bundesgerichtshof stammende Begründung für die Annahme von konkludenter Täuschung und Irrtum weist ebenso wie die hier angestellten Überlegungen diese beiden Merkmale als normativ geprägte Tatbestandsmerkmale aus. So verwundert es nicht, dass in einem kritischen Besprechungsaufsatz von einer Übernormativierung die Rede ist, der mit einer Rückkehr zu einem stärker ontologisch ausge-

<sup>22</sup> Perron/Cramer (Fn. 10), § 263 Rn. 39; Hefendehl (Fn. 10), § 263 Rn. 201.

<sup>23</sup> Lackner (Fn. 18) spricht hinsichtlich der konkludenten Täuschung von einer Unterstellung.

<sup>24</sup> Z.B. Satzger (Fn. 21), S. 63. Auf der Basis viktimodogmatischer Beschränkungen des Betrugstatbestands (siehe z.B. die Nachweise bei Hoyer, in: Rudolphi/Wolter [Hrsg.], Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, 67. Lieferung, Stand: Februar 2007, § 263 Rn. 4 f., 22, 68 ff.) lässt sich freilich über dieses Ergebnis streiten.

<sup>25</sup> BGHR StGB § 263 Abs. 1 Irrtum 9.

<sup>26</sup> Zum Fehlen eines Irrtums in den Fehlbuchungsfällen siehe Krack, JR 2002, 25 f. Der Bundesgerichtshof (BGHSt 46, 196 [197 ff.]) stellt hier mit zweifelhafter Begründung auf das Fehlen einer konkludenten Täuschung ab.

<sup>27</sup> LG Berlin BeckRS 2006, 05289 (ohne Seitenzählung).

richteten Täuschungsbegriff zu begegnen sei.<sup>28</sup> Dieser Frage nach einer zu starken Normativierung von Täuschungs- und Irrtumsmerkmal soll nachfolgend unter zwei Gesichtspunkten nachgegangen werden:

*aa) Normativer contra ontologischer Täuschungsbegriff – ein Scheinstreit*

Ein Täuschungs- und Irrtumsbegriff, der weniger normativ geprägt ist als der vom BGH und hier verwendete, wird bei genauem Hinsehen von niemandem vertreten. Der angebliche Meinungsstreit zwischen einer normativen und einer faktischen Bestimmung der konkludenten Täuschung<sup>29</sup> erweist sich als Scheinstreit: Nach der normativen Methode soll eine konkludente Täuschung dann vorliegen, wenn der Täter durch sein Verhalten eine Aufklärungspflicht verletzt.<sup>30</sup> Die Gegenansicht will mittels der Verkehrsanschauung den konkreten Sinngehalt bestimmen, den das Opfer dem Täterverhalten beimessen darf.<sup>31</sup> Beiden Ansichten liegen identische Maßstäbe zugrunde. Auch die normative Ansicht stellt – wie ihre Gegenansicht – auf die Verkehrsanschauung ab. Wie anders als durch die Verkehrsanschauung soll sich der Erklärungswert eines auslegungsbedürftigen Verhaltens ermitteln lassen?<sup>32</sup> Was soll an der Frage, wie man ein Verhalten verstehen darf, faktisch sein?<sup>33</sup> Auch die normativ geprägte Verkehrsanschauung kommt nicht ohne das primär der normativen Ansicht zugeschriebene Kriterium der Risiko- und Pflichtenverteilung aus.<sup>34</sup> Eine erhebliche praktische Bedeutung wird dem scheinbaren Meinungsstreit von einem Teil des Schrifttums nicht zugemessen. Im Schrifttum wird zum Teil davon ausgegangen, dass er sich nicht<sup>35</sup> oder in der Regel nicht<sup>36</sup> auswirkt; die Auswirkungen des Meinungsstreits seien gering<sup>37</sup>.

Dass man bei der Bestimmung einer konkludenten Täuschung nicht ohne normative Wertung auskommt, zeigt sich bei einem Blick auf den Mechanismus einer konkludenten Täuschung:<sup>38</sup> Aufgrund des Gesamtverhaltens des Täters kommt es zu einer auf Tatsachen bezogenen Assoziation des Opfers, die eine Fehlvorstellung, also einen Irrtum ausmacht.

Im klassischen Beispielsfall der Bestellung eines Hotelzimmers assoziiert der Hotelier irrig, dass der Gast bereit und in der Lage ist, die Hotelrechnung zu begleichen. Derartige Assoziationen beruhen auf dem Vorwissen des Opfers, dessen Erfahrungen sich zu Hypothesen verdichtet haben. Eine konkludente Täuschung liegt (nur) dann vor, wenn die der Assoziation zu Grunde liegende Hypothese keine bloße Hoffnung des Opfers, sondern eine im spezifischen Kommunikationsbereich verbindliche Norm darstellt. Nur dann ist die Fehlvorstellung des Opfers das auf kommunikativem Weg herbeigeführte Werk des Täters.

Auch der von *Jahn* und *Maier* vorgenommene Versuch, die Normativierung des Täuschungsbegriffs zurückzunehmen, führt nicht weiter. Danach soll die Existenz einer konkludenten Täuschung von einem „verhandlungspräsenten Gegenstand als überprüfbares Substrat der Erklärung“ abhängen. Gewinnchancen bei einer Wette als „zufallsabhängige Fiktionen“ schieden als Gegenstand einer konkludenten Täuschung aus, während mit Schwamm befallene Wände sowie verborgene fehlerhafte Bretter als „Objekte der Seinswelt“ im Falle ihrer Manipulation Grundlage einer konkludenten Täuschung sein könnten.<sup>39</sup> Das vermag aus verschiedenen Gründen nicht zu überzeugen. Erstens sind Gewinnchancen bei einer Sportwette keine Fiktionen. Trotz der starken Abhängigkeit vom Zufall geht es um konkrete Chancen. Wenn dies anders wäre, würden die Wettanbieter für alle Spiele die gleichen Wettquoten festsetzen, unabhängig davon, ob beispielsweise im DFB-Pokal ein Erstligist auf einen Tabellenachbarn oder auf einen viertklassigen Amateurverein trifft. Zweitens würde eine ernst genommene Beschränkung auf „verhandlungspräsente Gegenstände“ als Objekte der Seinswelt zu einer radikalen Veränderung der Betrugsdogmatik führen. Innere Tatsachen wie etwa die Zahlungsbereitschaft könnten nicht mehr Gegenstand einer konkludenten Täuschung sein. Betrügereien etwa im Bereich des Handels mit Optionen könnten nicht mehr durch § 263 StGB erfasst werden, da es sich bei Optionen nicht um „Objekte der Seinswelt“ handelt. Drittens vermag auch eine Beschränkung auf reale Gegenstände nicht den darüber hinaus erforderlichen, von *Jahn* und *Maier* nicht genannten normativen Maßstab zu ersetzen, der für jede Bestimmung einer konkludenten Täuschung erforderlich ist: Wenn beispielsweise ein Verkäufer ein Gemälde zu einem bestimmten Preis anbietet, geht es zweifellos um einen realen Gegenstand. Die Frage, ob er dadurch konkludent erklärt hat, das Bild sei diesen Preis auch wert, ist damit aber noch nicht entschieden. Hier muss ein normativer Maßstab herangezogen werden, der sich anerkanntermaßen im Orientierungsrisiko findet: Der Käufer muss sich über den Wert der Kaufsache informieren; das Orientierungsrisiko liegt diesbezüglich grundsätzlich allein bei ihm. Daher stellt das Benennen des Verkaufspreises grundsätzlich keine konkludente Erklärung über den Wert der Sache dar.<sup>40</sup> Daran werden auch diejenigen festhalten wollen, die sich gegen eine Übernormativierung des Täuschungsbegriffs wenden.

<sup>28</sup> *Jahn/Maier*, JuS 2007, 215 (217).

<sup>29</sup> Zu diesem Meinungsstreit beispielsweise Tröndle/*Fischer*, Strafgesetzbuch, 54. Aufl. 2007, § 263 Rn. 12a; *Hefendehl* (Fn. 10), § 263 Rn. 86; *Schlösser*, NStZ 2005, 423 (426); *Kutzner*, JZ 2006, 712 (713 ff.).

<sup>30</sup> *Seelmann*, NJW 1980, 2545 (2546 f.); *Tiedemann*, in: Jähne/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. Aufl. 2005, § 263 Rn. 29.

<sup>31</sup> *Triffterer*, JuS 1971, 181 (182); *Cramer/Perron* (Fn. 10), § 263 Rn. 14/15; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 8. Aufl. 2006, § 13 Rn. 5.

<sup>32</sup> Siehe *Krack*, List als Straftatbestandsmerkmal, 1994, S. 90, Rn. 304.

<sup>33</sup> So aber *Kutzner*, JZ 2006, 712 (713 f.).

<sup>34</sup> So auch *Fischer* (Fn. 29), § 263 Rn. 12a.

<sup>35</sup> *Maaß*, GA 1984, 264 (267).

<sup>36</sup> *Lackner* (Fn. 18), § 263 Rn. 30.

<sup>37</sup> *Cramer/Perron* (Fn. 10), § 263 Rn 14/15.

<sup>38</sup> Zum Nachfolgenden ausführlicher *Krack* (Fn. 32), S. 87 ff.

<sup>39</sup> *Jahn/Maier*, JuS 2007, 215 (218).

<sup>40</sup> *Cramer/Perron* (Fn. 10), § 263 Rn. 17c, 31b.

*bb) Normativer Irrtumsbegriff und Beweisfragen*

Ebenso wie die Täuschung ist auch der Irrtum ein stark normativ geprägtes Tatbestandsmerkmal. Das wird im Schrifttum teilweise anders gesehen. So geht beispielsweise *Hefendehl* davon aus, bei der Feststellung des Irrtums ginge es im Wesentlichen um eine Tatfrage. Es gebe nur zwei Möglichkeiten: Entweder es liege kein Irrtum vor, weil das Opfer die Täuschung durchschaue, oder aber es sei ein Irrtum gegeben. Beides sei eine Frage des Faktischen und habe keine normativen Gründe.<sup>41</sup> Das trifft jedoch – jedenfalls in denjenigen Fällen der konkludenten Täuschung, in denen wie hier auch das Irrtumsmerkmal problematisch ist – nicht zu. Ebenso wie es eine Wertungsfrage darstellt, ob man eine Erklärung des Wettkunden hinsichtlich der Schiedsrichtermanipulation und damit eine konkludente Täuschung annimmt, ist es ein normatives Problem, ob sich der Mitarbeiter des Wettbüros über diese Tatsache überhaupt Gedanken macht. Die Besonderheit liegt allein darin, dass diese beiden Fragen einheitlich zu beantworten sind, da eine Kommunikation über diese Tatsache (konkludente Täuschung) nicht unabhängig davon beurteilt werden kann, ob die Empfängerseite sich Gedanken zu dieser Tatsache macht (Irrtum). Dieser Zusammenhang wird deutlich, wenn man eine Fallprüfung nicht mit der Täuschung, sondern mit dem Irrtumsmerkmal beginnt. Dann sind diejenigen Überlegungen, die man ansonsten bei der Täuschung anstellt, beim Irrtumsmerkmal vorzunehmen, was hier beispielhaft an der Konstellation der Fehlbuchung aufgezeigt werden soll: Gelangt man in den Fällen, in denen ein Kontoinhaber einen versehentlich gutgeschriebenen Betrag am Bankschalter abhebt, zu dem Ergebnis, dass der Bankangestellte sich grundsätzlich keine Gedanken über die materielle Deckung macht, so liegt kein relevanter Irrtum vor. Dann ist aber aus den gleichen Gründen auch eine konkludente Täuschung abzulehnen, da sich der Erklärungsinhalt am Empfängerhorizont bemisst. Umgekehrt würde die Annahme, es liege ein Irrtum in Gestalt des sachgedanklichen Mitbewusstseins über die materielle Deckung vor, auch zur Annahme einer konkludenten Täuschung führen. Mit anderen Worten: Das Irrtumsmerkmal ist ebenso wie das Täuschungsmerkmal stark normativ geprägt, hängt aber hinsichtlich der hier interessierenden Problematik von derselben normativen Wertung ab.<sup>42</sup>

Mit dieser unumgänglichen Normativierung des Irrtumsmerkmals geht ein Beweisproblem einher. Wie schon beschrieben weist die Konstruktion eines Irrtums über das „sachgedankliche Mitbewusstsein“ und das „ständige Begleitwissen“ ebenso wie die Annahme einer konkludenten Täuschung eine gewisse Nähe zu einer Fiktion auf. Da ein Angestellter eines Wettbüros redlicherweise kaum bezeugen kann, welche Gedanken er sich im Einzelfall gemacht hat, sondern allenfalls, von welchen Annahmen er generell ausgeht, folgt auch hinsichtlich der Beweisaufnahme die Annahme eines Irrtums zwangsläufig aus der konkludenten Täuschung. Von der in Rechtsprechung und Schrifttum ver-

tretenen Forderung, der Tatrichter habe sich im Einzelfall von der Fehlvorstellung des Opfers zu überzeugen und dürfe sie nicht unterstellen,<sup>43</sup> bleibt daher nicht viel übrig. Zu dieser Problematik, dass es sich schon zum Tatzeitpunkt um eine Fehlvorstellung außerhalb des aktuellen Bewusstseins handelt, tritt häufig die Massenhaftigkeit dieser Fälle hinzu. Wer im Wettbüro Sportwetten annimmt oder im Restaurant Bestellungen entgegennimmt, wird dies so häufig tun, dass eine spätere Erinnerung an den Einzelfall regelmäßig ausscheidet. Das gilt insbesondere für Vertragsschlüsse durch Mitarbeiter im Callcenter, da die Erinnerung an den einzelnen Kunden mangels optischer Wahrnehmung zusätzlich deutlich erschwert ist.

In diesen Fällen stets einen Irrtum des Opfers anzunehmen, ist ein unerfreuliches Ergebnis. Denn es gibt unbestreitbar Fälle, in denen der Verfügende z.B. aufgrund seiner allgemeinen Arbeitseinstellung oder aufgrund aktueller persönlicher Probleme nicht alle verfügbaren Tatsachen bedenkt, obwohl es ihm aufgegeben ist. So wird der Angestellte im Wettbüro beispielsweise in Einzelfällen seinen Prüfpflichten nicht nachkommen, wenn er aufgrund persönlicher Umstände abgelenkt ist oder wenn sich seine Aufmerksamkeit nach einer Kündigung nicht mehr auf die Interessen seines Arbeitgebers richtet. Diese Beweissituation ist in gewisser Weise vergleichbar mit der vor Gericht nicht selten anzutreffenden Zeugenaussage des Polizisten, es werde sich so verhalten haben, wie er es nach der Tatbegehung protokolliert habe. Auch hier erscheint es als notwendiges Übel, dem Polizisten zu trauen und den möglichen, aber unwahrscheinlichen Fall einer fehlerhaften Erstellung des Protokolls außer Betracht zu lassen, wenn es keine konkreten Anhaltspunkte gibt, die die allgemeinen Zweifel zu stützen vermögen.

Aus gutem Grund hat der Bundesgerichtshof für die Irrtumsfeststellung entschieden, dass sich im Bereich der in Unternehmen durchgeführten standardmäßigen, massenhaften Tatsachenprüfung die Beweisaufnahme nicht auf die konkrete Erinnerung des einzelnen Mitarbeiters erstrecken muss. Es soll stattdessen ausreichen, wenn das Gericht sich – z.B. durch Befragung des Abteilungsleiters – von den üblichen Arbeitsabläufen überzeugt.<sup>44</sup> Man wird nicht umhinkommen, sich mit einer solchen eher schematischen, kaum auf den Einzelfall abstellenden Beweisaufnahme zu begnügen. Wer mit dieser Lösung nicht einverstanden ist, gelangt immerhin noch zur Strafbarkeit wegen versuchten Betrugs, da der Täter es zumindest für möglich hält, dass das Opfer einer Fehlvorstellung unterliegt.

*e) Mögliche Folgen einer den Betrug ablehnenden Ansicht*

Dem BGH jedenfalls im Ergebnis folgend werden hier also eine konkludente Täuschung durch den Wettkunden sowie ein Irrtum seitens der Mitarbeiter in den Wettbüros angenommen. Als letztes Argument soll noch aufgezeigt werden, welche negativen Folgen die gegenteilige, eine Betrugsstraf-

<sup>41</sup> *Hefendehl* (Fn. 10), § 263 Rn. 17.

<sup>42</sup> Insoweit ist *Hefendehl* zuzustimmen, wenn er meint, die normative Betrachtungsweise sei beim Merkmal des Irrtums verbraucht ([Fn. 10], § 263 Rn. 17).

<sup>43</sup> BGHR § 263 Abs.1 Irrtum 9; *Cramer/Perron* (Fn. 10), § 263 Rn. 33.

<sup>44</sup> BGH NJW 2003, 1198 (1199 f.).

barkeit mangels konkludenter Täuschung ablehnende Ansicht hätte:

Es stünde zu befürchten, dass in vielen Bereichen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen um Klauseln erweitert würden, die den strafrechtlichen Schutz sicherstellen sollen. So hat der betroffene Wettanbieter Oddset nach Entdeckung des Schiedsrichterskandals seine Geschäftsbedingungen angepasst. Es wurde eine Klausel aufgenommen, wonach der Spielteilnehmer mit Abgabe des Scheins erklärt, „vom Ausgang des jeweiligen Wettereignisses keine Kenntnis zu haben“.<sup>45</sup> Der Vertreter der Generalbundesanwaltschaft, der in der Revisionshauptverhandlung Freispruch beantragt hat, ging davon aus, dass zwar im konkreten Fall keine konkludente Täuschung vorlag, sich dieses aber durch eine Änderung der AGB des Wettanbieters ändern ließe. Es müsse lediglich eine Klausel aufgenommen werden, durch die der Wettkunde sich verpflichte, keine Manipulation zu begehen.<sup>46</sup> Eine derartige Lösung über die Ausgestaltung der AGB halte ich aus drei Gründen für verfehlt. Erstens würde dieser Weg zum strafrechtlichen Schutz durch § 263 StGB nur denjenigen zur Verfügung stehen, die AGB verwenden können. Die Einschränkung der Figur der konkludenten Täuschung mit der Begründung, über Selbstverständlichkeiten würde nicht kommuniziert, ließe sich für Unternehmer über die AGB wieder zurücknehmen, während z.B. Privatpersonen ungeschützt wären. Zweitens erscheint es sinnlos, in die zu meist ohnehin schon überfrachteten Geschäftsbedingungen (weitere) Klauseln aufzunehmen, die zivilrechtlich keine Wirkungen entfalten. Dass der Wettkunde jedenfalls keine Spiele manipulieren (lassen) darf, ist vertragliche Nebenpflicht und bedarf daher keiner Regelung. Und drittens dürfte eine solche Klausel anders als behauptet gar nicht die erhoffte Wirkung haben. Wenn die konkludente Täuschung davon abhängen soll, dass eine entsprechende Klausel verwendet wird, hat der Täter lediglich dann Täuschungsvorsatz, wenn er die Klausel auch kennt. Nur welcher Täter kennt schon die AGB und wie will man ihm – falls er sie doch kennen sollte – diese Kenntnis nachweisen?

Da die AGB also nicht oder allenfalls teilweise weiterhelfen, wären andere Ausweichstrategien zu befürchten. Wenn man in allen Fällen, in denen es um eine Erklärung über eine Selbstverständlichkeit geht, eine konkludente Täuschung ablehnt, hätten viele Unternehmer nur folgende Wahl: Entweder verzichtet man auf den strafrechtlichen Schutz durch § 263 StGB, oder man verlangt vom Kunden peinliche Erklärungen oder Vorkasse. Vordruckte Hotelanmeldeformulare, auf denen die Erklärung enthalten ist, man sei willens und in der Lage, die Rechnung auch zu begleichen, sind noch ein harmloses Szenario. Restaurants oder Friseursalons, in denen der Kunde Vorkasse leisten muss oder gefragt wird, ob er die Rechnung auch bezahlen wolle, sind ebenso eine schwer

erträgliche Vorstellung wie Wettbüros, in denen jeder Kunde eine ganze Reihe von Erklärungen abgeben muss. Im ersten Fall kommt es zu einer Störung des Verhältnisses zwischen den Vertragsparteien, im zweiten Fall geht es angesichts des Massengeschäfts außerdem um einen zu hohen Aufwand. Aus meiner Sicht sollte man in derartigen Konstellationen dem Unternehmer weder den strafrechtlichen Schutz vor Betrügereien nehmen noch ihm zumuten, sich seinen Kunden gegenüber derart verhalten zu müssen.

Im Ergebnis liegt der 5. Senat also mit seiner Annahme von konkludenter Täuschung und Irrtum, durch die er die Entscheidung des 3. Senats zum Rennquintettfall fortführt, richtig. Die Begründung für die konkludente Täuschung stellt jedoch zu sehr auf die eigene Manipulation der Spiele statt auf das Sonderwissen des Täters ab.

### III. Vermögensschaden

Neben dem Komplex aus konkludenter Täuschung und Irrtum ist auch die Annahme eines Vermögensschadens umstritten. Auch hierzu äußert sich der BGH relativ ausführlich. Bevor insbesondere die Schadensbegründung des BGH kritisch beleuchtet wird, soll zunächst kurz die hier vertretene Sichtweise dargelegt werden.

#### 1. Eigener Ansatz

Der Vermögensschaden folgt unabhängig von einer Gewinnauszahlung daraus, dass der Wettanbieter mit Abschluss des Wettvertrags dem Täter eine Gewinnchance einräumt, die aufgrund der Bestechung des Schiedsrichters deutlich erhöht ist, aber als Gegenleistung nur einen Wetteinsatz erhält, der an der vom Anbieter irrtumsbedingt ohne Schiedsrichter-Manipulation und daher zu niedrig kalkulierten Gewinnchance orientiert ist. Andersherum betrachtet: Wenn man davon ausgeht, dass bei nicht manipulierten Spielen die Gewinnchance des Kunden und der vom Anbieter verlangte Wetteinsatz in einem ausgewogenen Verhältnis stehen, führt die Manipulation zu einer Erhöhung der Gewinnchance des Kunden, so dass der Anbieter die Gewinnaussicht unter Wert verkauft. Dabei kommt man m.E. ohne die in Rechtsprechung und Schrifttum herangezogene Konstruktion eines Eingehungsbetrugs bzw. einer schadensgleichen Vermögensgefährdung aus.

Die Kategorie des Eingehungsbetrugs ist nur für diejenigen Fälle relevant, in denen das Betrugsopfer seine vertraglich vereinbarte Leistung noch nicht erbracht hat.<sup>47</sup> Wenn der irrtumsbedingt Verfügende dagegen bereits geleistet hat, kommt es auf das Vorliegen eines Eingehungsbetrugs nicht mehr an. Ob der Vertragserfüllung durch das Opfer eine Phase vorangegangen ist, in der sich ein (vollendeter) Betrug als Eingehungsbetrag konstruieren ließe, spielt dann keine Rolle. Die nicht immer einfach zu beantwortende Frage, ob die umstrittenen Voraussetzungen eines Eingehungsbetrugs vorliegen, stellt sich dann nicht.<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> § 5 (4) der Teilnahmebedingungen der Deutschen Klassenlotterie Berlin für die Sportwette ODDSET Kombi-Wette, Stand 16.05.2006.

<sup>46</sup> Wiedergegeben zum Beispiel in Focus online, Beitrag vom 28.11.2006: [http://www.focus.de/sport/fussball/wettskandal\\_nid\\_40109.html](http://www.focus.de/sport/fussball/wettskandal_nid_40109.html).

<sup>47</sup> Hefendehl (Fn. 10), Rn. 483.

<sup>48</sup> Aus diesem Grund rät man ja den Studierenden, vom Eingehungsbetrag die Finger zu lassen, wenn es auf dessen Vor-

Vor diesem Hintergrund liegt hier auch in denjenigen Fällen, in denen es nicht zu einer Gewinnauszahlung gekommen ist, wohl kein bloßer Eingehungsbetrag vor. Denn eine Erfüllung durch den Wettanbieter liegt beim vorliegenden Vertragstypus nicht erst in der Auszahlung des erzielten Wettgewinns, sondern bereits im Gewähren der Wettchance, die durch Aushändigung der Spielquittung manifest wird. Die Tatsache, dass es für die Gewinnauszahlung allein auf die Spielquittung ankommt (ohne Quittung besteht für den Kunden kein Auszahlungsanspruch<sup>49</sup>; der Veranstalter wird bei Zahlung gegen Quittung frei<sup>50</sup>) ist zumindest ein starkes Indiz dafür, dass es sich beim Innehaben der Quittung um ein verselbstständigtes Recht handelt. (Auch) Auf dessen Einräumung ist der Wettvertrag gerichtet. Der Wettkunde hat gegenüber dem Anbieter zwei Ansprüche: Erstens einen Anspruch auf Aushändigung der Spielquittung, die seine Gewinnchance verbrieft, und zweitens einen durch den Eintritt des Gewinnfalls aufschiebend bedingten Anspruch auf Auszahlung der Gewinnsumme. Eine ähnliche Stufung von Ansprüchen – man könnte von einer verselbständigten Zwischen- oder Teilerfüllung sprechen – kennen wir beispielsweise vom Handel mit Aktienoptionsscheinen. Aus Gründen der Anschaulichkeit sei ein wegen der Barzahlung praxisfernes Beispiel gewählt: Wenn im Falle des außerbörslichen Handels mit einer Kaufoption zwischen Emittent und Käufer letzterer mit Falschgeld zahlt, liegt schon ab der Übereignung des Optionsscheins ein Erfüllungsbetrag vor. Zwar tritt der endgültige Vermögensverlust letztendlich erst dann ein, wenn der Emittent nach Eintritt des Verfallstermins dem Käufer die Differenz zwischen Kurswert und Basispreis auszahlt. Aber schon ab Übereignung des Optionsscheins liegt nicht nur die für den Eingehungsbetrag typische, aus dem Ungleichgewicht der bloßen vertraglichen Verpflichtungen resultierende Schadenssituation vor. Stattdessen hat der Emittent dem Kunden durch die Übereignung des Papiers eine selbstständige Vermögensposition eingeräumt, wie es für die Konstellation des Erfüllungsbetrags typisch ist.

Aus dem gleichen Grund liegt nicht lediglich eine schadensgleiche Vermögensgefährdung, sondern eine effektive Vermögensminderung vor. Das Vermögen des Wettanbieters ist nicht nur durch die (durch einen bestimmten Spielausgang) bedingte Verpflichtung, die Gewinnsumme auszuzahlen, gefährdet, sondern durch die Aushändigung der Spielquittung effektiv gemindert.

### 2. Der Ansatz des LG Berlin

Das LG Berlin hat seine Begründung eines Schadens zweigeteilt. In den Fällen, in denen der Täter erfolgreich gewettet hat, stützt es den Schaden auf die Auszahlung der Gewinnsumme, die der Täter nicht habe beanspruchen können, da dem Wettanbieter jedenfalls ein Anfechtungsrecht zustän-

---

aussetzungen nicht ankommt, da das Betrugsoffer seinerseits bereits erfüllt hat. *Gaede* (HRRS 2007, 18 [20]) dagegen stellt darauf ab, ob Täter und Opfer noch nicht geleistet haben. Das ist m.E. verfehlt.

<sup>49</sup> § 17 (1) bis (3) der Teilnahmebedingungen (Fn. 45).

<sup>50</sup> § 17 (7) bis (8) der Teilnahmebedingungen (Fn. 45).

de.<sup>51</sup> In den übrigen Fällen, in denen kein Wettgewinn ausgezahlt wurde, nimmt das LG einen Schaden aufgrund einer erheblichen Gefährdung des Vermögens an, da sich das Wettisiko zu Lasten des Anbieters hin zu einer Quote verschoben habe, zu der man diese Wette vernünftigerweise nicht anbieten würde.<sup>52</sup> In diesem letzten Punkt scheint das LG Berlin also mit dem hier vertretenen Ansatz übereinzustimmen, den Vermögensschaden darin zu sehen, dass dem Täter aufgrund der Manipulation eine erhöhte Gewinnchance eingeräumt wird, ohne dass die Gegenleistung, also der Wetteinsatz, dieser Verschiebung der Gewinnaussichten angepasst wurde. Wenn man sich jedoch die konkrete Bestimmung des Vermögensschadens in den einzelnen Wettfällen anschaut, bietet sich ein anderes Bild: Das LG nimmt einen Schaden in Gestalt der Vermögensgefährdung in der Höhe der möglichen Gewinnausschüttung (abzüglich des Wetteinsatzes) an. Demnach sieht das LG den Schaden also in der drohenden Auszahlung der Gewinnsumme, nicht dagegen allein in der unter Wert entgoltenen Einräumung einer erhöhten Gewinnchance. Diese Verschiebung der Gewinnchance wird also nur als Grund dafür angesehen, überhaupt von einem Schaden ausgehen zu können.

### 3. Der Ansatz des BGH

Der BGH stellt im Vergleich zum LG Berlin deutlich ausführlichere Überlegungen zum Schadensbegriff an, die m.E. nur teilweise zutreffen:

Zunächst steuert der BGH direkt auf einen Eingehungsbetrag zu und will diesbezüglich eine „Anpassung an die Besonderheiten der Sportwetten“ vornehmen<sup>53</sup>. Er leitet den Schaden aus der „Quotendifferenz“ ab, also aus der durch die Spielmanipulation bedingten Verschiebung der Wettchance.<sup>54</sup> Diese Quotendifferenz entspricht – wenn sie auch im Zusammenhang eines Eingehungsbetrags entwickelt wird – der hier vertretenen Position, wonach ein Schaden deshalb entsteht, weil die Spielmanipulation den Wert der Wettchance derart erhöht, dass er den Wetteinsatz übersteigt. Der BGH führt kurz aus, der Quotenschaden müsse nicht beziffert werden.<sup>55</sup> Tatsache ist, dass der Schaden nur schwer beziffert werden kann. Sowohl der Minuend als auch der Subtrahend, aus deren Subtraktion sich die Quotendifferenz ergibt, lassen sich allenfalls grob schätzen: Noch vergleichsweise einfach lässt sich die Wahrscheinlichkeit des Spielausgangs für den unmanipulierten Spielverlauf prognostizieren. Denn solche Überlegungen liegen der Kalkulation des Wettanbieters und den Überlegungen des Wettkunden bei jeder Fußballwette zu Grunde. Diesbezüglich lassen sich gewisse Erfahrungswerte finden. Anders verhält es sich mit der Prognose des Ausgangs manipulierter Spiele. Aus der Gesamtschau der verfahrensgegenständlichen Fälle lässt sich entnehmen, dass die Manipulationsversuche relativ häufig nicht erfolgreich waren. Erfahrungswerte, von welchen Faktoren eine erfolgreiche Manipu-

---

<sup>51</sup> LG Berlin BeckRS 2006, 05289 (ohne Seitenzählung).

<sup>52</sup> LG Berlin BeckRS 2006, 05289 (ohne Seitenzählung).

<sup>53</sup> BGH NSTZ 2007, 151 (154 Rz. 19).

<sup>54</sup> BGH NSTZ 2007, 151 (154 Rz. 20).

<sup>55</sup> BGH NSTZ 2007, 151 (154 Rz. 21).

lation durch den Schiedsrichter abhängt, dürfte es jedoch nicht geben. Es bleibt also das Ergebnis, dass sich der Schaden kaum bestimmen lässt, was angesichts der Relevanz der Schadenshöhe für das Regelbeispiel des § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 1. Alt. sowie der allgemeinen Strafzumessung unbefriedigend ist.

Mit seinen Ausführungen zum Eingehungsbetrug ist der BGH im Schrifttum missverstanden worden. Dieses Missverständnis ergibt sich aus folgender Passage der Urteilsbegründung: „Die Quotendifferenz stellt bereits [...] einen [...] Vermögensschaden dar. Dieser ähnelt infolge des für Wetten typischen Zusammenhangs zwischen Wettchance und realisiertem Wettisiko der vom Landgericht angenommenen schadensgleichen Vermögensgefährdung (gegen deren Annahme indes Bedenken bestehen).“<sup>56</sup> Daraus hat *Gaede* geschlossen, dass der BGH zwar einen Eingehungsbetrug annimmt, jedoch eine schadensgleiche Vermögensgefährdung ablehnt. Stattdessen ginge der BGH von einer Lage aus, die der schadensgleichen Vermögensgefährdung ähnele.<sup>57</sup> Das wäre in der Tat überraschend, da man den Eingehungsbetrug als wichtige Fallgruppe der schadensgleichen Vermögensgefährdung ansieht; ferner wäre wohl mit der Kreation einer dritten Schadensart wenig gewonnen. Aus meiner Sicht trifft diese Interpretation der Urteilsbegründung jedoch nicht zu: Der *Senat* spricht sich für den vorliegenden Fall nicht allgemein gegen eine schadensgleiche Vermögensgefährdung aus, sondern lediglich gegen die „vom Landgericht angenommene schadensgleiche Vermögensgefährdung“, die aber immerhin der vom *Senat* zur Schadensbegründung herangezogenen „Quotendifferenz“ „ähnelt“. Nachfolgend geht es in der Urteilsbegründung dann auch um die (Widerlegung der) Schadensbegründung durch das LG Berlin.

In denjenigen Fällen, in denen es zur Auszahlung von Wettgewinnen kam, soll der Schaden in der Differenz zwischen Wettgewinn und Wetteinsatz liegen.<sup>58</sup> Das erscheint jedoch sehr zweifelhaft, da diese schlichte Rechnung außer Betracht lässt, dass für den Wettanbieter auch ohne Manipulation der Spiele ein Verlustrisiko bestanden hätte.<sup>59</sup> Wenn der Täter beispielsweise in hundert Fällen erfolgreich manipuliert hätte, wäre er ohne Manipulation sicher nicht in allen hundert Fällen ohne Wetterfolg geblieben. Die Kausalität zwischen Irrtum und Auszahlung des Wettgewinns lässt sich also für die einzelnen Spiele nicht feststellen. Man kann dem Täter nur nachweisen, dass er über die Gewinnchancen erfolgreich getäuscht hat. Mit anderen Worten: Ohne Zweifel resultiert der Gewinn aus der eingeräumten Gewinnchance. Es lässt sich aber nicht feststellen, dass der Gewinn aus der dissimulierten Erhöhung der Gewinnchance folgt und nicht aus der auch ohne Manipulation ohnehin bestehenden Chance. Daher kann der Schaden nur – wie hier angenommen – in der irrumsbedingten Einräumung manipulationsbedingt erhöhter Gewinnchancen liegen, die in ihrem Wert den Wett-

einsatz übersteigen. Aus dem gleichen Grunde verfehlt ist daher auch die Aussage des *Senats*, der Quotenschaden stelle „das notwendige Durchgangsstadium und damit einen erheblichen Teil des beabsichtigten endgültigen Schadens bei dem Wettanbieter“<sup>60</sup> dar. Denn der erzielte Gewinn des Täters beruht nicht allein auf der Quotendifferenz, sondern auf der gesamten Gewinnchance.

Sodann führt der BGH aus, der Schaden liege nicht – wie im Schrifttum vertreten – in der Differenz aus ausgezahlter Gewinnsumme und dem Betrag, den der Täter mit den gleichen Wetten ohne die Manipulation hätte erzielen können. Denn diese Vermögenseinbuße stehe nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der beabsichtigten Vermögensmehrung, so dass es an der Stoffgleichheit fehle. Entscheidend sei allein die Auszahlung des Wettgewinns, auf den der Täter manipulationsbedingt keinen Anspruch habe. Gerade auf diese Bereicherung sei seine Absicht gerichtet.<sup>61</sup> Diese schon auf den ersten Blick ein wenig gekünstelt wirkende Differenzierung nach dem Gegenstand der Bereicherungsabsicht erweist sich auch bei genauerem Hinsehen als verfehlt: Wenn man den Schaden mit *Kutzner* und *Schild* in dieser Differenz sieht<sup>62</sup> – dazu sogleich – liegt die Stoffgleichheit mit der erstrebten Bereicherung vor. Denn erstens ist diese Differenz ein Teilbetrag des vom BGH zuvor selbst angenommenen Schadens, so dass der Einwand fehlender Stoffgleichheit auch für die vom BGH favorisierte Schadensbestimmung gelten müsste. Zweitens ist die Stoffgleichheit unproblematisch gegeben: Wenn der Schaden nur in der Differenz liegt, die sich aus der Manipulation ergibt, liegt auch die rechtswidrige Bereicherung, die der Täter erstrebt, allein in dieser Differenz. Denn wie gesehen hätte der Täter eine geringere Gewinnchance auch ohne Manipulation gehabt, so dass diesbezüglich eine eventuelle Bereicherung nicht rechtswidrig gewesen wäre.

Letztlich scheidet die von *Kutzner* und *Schild* vertretene Ansicht aus einem anderen Grund: Zwar erscheint es vor dem Hintergrund des nach Abschluss des Wettvertrags anzunehmenden Schadens in Gestalt der Quotendifferenz konsequent, nach Auszahlung des Gewinns einen Schaden in Gestalt der Gewinndifferenz anzunehmen. Die manipulationsbedingte Differenz in der Gewinnchance hätte sich dann nach der Gewinnauszahlung in der Differenz zwischen erzieltem und sonst erzielbarem Gewinn fortgesetzt. Insgesamt, auf viele Wetten betrachtet, trifft diese Sichtweise sicherlich zu. Jedoch geht es für jede einzelne Wette nur um eine Ja-Nein-Entscheidung. Der Wettkunde hätte die Wette auch ohne Manipulation gewonnen oder nicht (was sich freilich nicht feststellen lässt). Eine Differenz zwischen der Gewinnsumme mit und ohne Manipulation lässt sich daher für das einzelne Spiel nicht feststellen. Man muss vielmehr in dubio pro reo davon ausgehen, dass es auch ohne Manipulation zum Gewinn gekommen wäre. Jedenfalls bei der hier vorliegenden geringen Zahl von vier gewonnenen Wetten muss man in

<sup>56</sup> BGH NStZ 2007, 151 (154 Rn. 20).

<sup>57</sup> *Gaede*, HRRS 2007, 18 (19 f.). So hatte ich den BGH beim ersten Lesen auch verstanden.

<sup>58</sup> BGH NStZ 2007, 151 (154 Rn. 22).

<sup>59</sup> So auch *Kutzner*, JZ 2006, 712 (717).

<sup>60</sup> BGH NStZ 2007, 151 (154 Rn. 22).

<sup>61</sup> BGH NStZ 2007, 151 (154 Rn. 23).

<sup>62</sup> *Kutzner*, JZ 2006, 712 (717); *Schild*, ZfWG 2006, 213 (219).

dubio pro reo davon ausgehen, dass der Täter alle gewonnenen Wetten auch auf redlichem Weg für sich entschieden hätte. Man kann darüber nachdenken, ob bei einer hohen Zahl gewonnener Wetten der sichere Rückschluss auf wenige manipulationsbedingte Gewinne möglich ist. Dazu besteht freilich – auch auf der Basis der BGH-Ansicht – kein Grund, da sich der Schaden auf anderem Weg einfacher und für alle Wetten begründen lässt.

Nach kurzen Ausführungen zur Kausalität zwischen Schaden und Irrtum<sup>63</sup> geht der *Senat* dazu über, die Schadensfeststellung des LG Berlin zu kritisieren.<sup>64</sup> Insbesondere wendet er sich gegen die Annahme des LG, es liege bereits nach Abschluss der Wettverträge eine schadensgleiche Vermögensgefährdung in Höhe der Differenz zwischen möglichem Wettgewinn und Wetteinsatz vor. Der *Senat* geht davon aus, dass eine Gefährdung, die über den vom BGH von Vertragsschluss bis Gewinnauszahlung angenommenen Quotenschaden hinausgeht, nicht vorliegt, da keine hinreichend konkrete Gefahr des Vermögensverlustes gegeben sei. Das folge daraus, dass trotz der Manipulationen ein Wetterfolg nicht überwiegend wahrscheinlich sei, da der Erfolg von zukünftigen Ereignissen abhängt, die sich der Einflussnahme des Täters entzögen.<sup>65</sup>

Auf Grundlage der hier vertretenen Ansicht liegt der BGH im Ergebnis richtig. Denn wenn im Falle der Gewinnauszahlung die Differenz aus Wettgewinn und Wetteinsatz nicht den durch den Irrtum verursachten Schaden darstellt, kann das Drohen der Gewinnauszahlung keine relevante Vermögensgefährdung sein. Auf der Grundlage der BGH-Ansicht, wonach die Gewinnauszahlung (abzüglich Wetteinsatz) den Schaden ausmacht, überrascht diese Kritik an den Ausführungen des LG Berlin. Denn die Tatsache, dass der Eintritt des Wettgewinns von Faktoren abhängt, die außerhalb der Einflussosphäre des Täters liegen, steht ansonsten der Annahme einer schadensgleichen Vermögensgefährdung nicht entgegen. Als Beispiel diene der Lieferantenbetrug: Wenn der Täter bei einer Warenbestellung (zutreffend) davon ausgeht, die Ware später möglicherweise nicht bezahlen zu können,<sup>66</sup> scheitert der Eingehungsbetrug nicht daran, dass der Täter selbst auf die Erhaltung seiner Zahlungsfähigkeit keinen maßgeblichen Einfluss hat. Am Lieferantenbetrug zeigt sich auch, dass eine hinreichend konkrete Vermögensgefährdung eher nicht davon abhängt, dass die Realisierung der Gefahr wahrscheinlicher ist als das Ausbleiben eines endgültigen Schadens. Hier sollten stattdessen Faktoren wie das Überschreiten des branchenüblichen Zahlungsrisikos<sup>67</sup> relevant sein.

Insgesamt betrachtet hat sich also erwiesen, dass der BGH mit seiner Schadensbestimmung richtig liegt, soweit es um den Vermögensschaden zwischen Vertragsschluss im Wettbüro und möglicher Gewinnauszahlung geht. Hier resultiert der Schaden aus der dissimulierten Verschiebung der Gewinnchancen durch die Manipulation der Spiele („Quotendifferenz“, „Quotenschaden“). Die Annahme, dass die Auszahlung der Summe zu einem weitergehenden Schaden in Höhe der Differenz aus Gewinnauszahlung und Wetteinsatz führt, trifft dagegen nicht zu. Es handelt sich bei diesem Betrag nicht um einen auf der Irrtumserregung beruhenden Vermögensschaden.

#### IV. Resümee

Nach der hier vertretenen Ansicht liegt der 5. *Senat* mit der Annahme eines Betrugs im Ergebnis richtig. Die Begründung trifft dagegen sowohl für die konkludente Täuschung als auch für den Vermögensschaden nur teilweise zu. Man wird sehen müssen, wie der BGH in den zahlreichen Stellungnahmen, die jetzt über ihn und uns hereinbrechen, abschneiden wird. Eines scheint sicher: Die Konstellation der Wettbetrügereien wird eine der vielen Fallgruppen bleiben, in denen man sich über das Vorliegen einer konkludenten Täuschung streitet. Auch zur Schadensberechnung in diesen Fällen steht nicht zu erwarten, dass sich die große Mehrheit der Begründung des hier betrachteten Urteils anschließen wird.

---

<sup>63</sup> BGH NStZ 2007, 151 (154 f. Rn. 24).

<sup>64</sup> BGH NStZ 2007, 151 (155 Rn. 25 ff.).

<sup>65</sup> BGH NStZ 2007, 151 (155 Rn. 26 f.).

<sup>66</sup> Zum Lieferantenbetrug wegen zweifelhafter Zahlungsfähigkeit siehe z.B. *Nack*, in: Müller-Gugenberger/Bieneck, (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2006, § 48.

<sup>67</sup> Siehe z.B. *Köhler*, in: Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 2. Auflage 2004, § 7 Rn. 231.