

Übungsfall: Der Platzverweis

Von Rechtsreferendarin **Marie Heissler**, Regierungsrat z.A. **Thomas Marzahn**, Augsburg*

Sachverhalt

A.S. beschäftigt sich seit vielen Jahren intensiv mit Sportwetten. Hauptsächlich wettet er bei Oddset auf den Ausgang von Fußballspielen. Nachdem er hohe Spielverluste erlitten hat, will er seine Gewinnchance durch Einflussnahme auf das Spielgeschehen mittels Bezahlung von Geldern an Spieler und Schiedsrichter erhöhen.

In der Folge trifft er sich mit dem Fußballschiedsrichter R.H. und verabredet mit diesem, dass R.H. den Ausgang von bestimmten Spielen, auf die A.S. wetten will, durch falsche Schiedsrichterentscheidungen nach den Wünschen des A.S. manipulieren soll. A.S. verspricht R.H. für seine Bereitschaft, das Pokalspiel zwischen P und H zu manipulieren, 50.000 Euro.

A.S. gibt, nachdem er mit R.H. diese Manipulation verabredet hat, im Wettbüro einen Wettschein für eine Wette mit festen Gewinnquoten ab.

1. Variante: Trotz der Bereitschaft des R.H. zur Manipulation konnte er keinen Einfluss auf das Spielgeschehen nehmen; A.S. verliert seine Wette.

2. Variante: X belauscht am Nachbartisch in einer Kneipe die Abrede zwischen A.S. und R.H. Er wettet auf das entsprechende Spiel und gewinnt aufgrund der erfolgreichen Spielmanipulation durch R.H.

Strafbarkeit der Beteiligten?

1. Variante

A. Strafbarkeit des A.S.¹

I. Betrug nach § 263 Abs. 1 StGB

Durch den Abschluss des Vertrags im Wettbüro könnte A.S. sich wegen Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB (zum Nachteil von Oddset zu eigenen Gunsten) strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Dazu müsste A.S. durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt und hierdurch das Vermögen eines anderen beschädigt haben.

* Die Verf. waren zum Zeitpunkt der Erstellung des Falles wissenschaftliche Mitarbeiter an der Professur für Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Völkerstrafrecht der Universität Augsburg (Prof. Dr. Thomas Rotsch). Die Autoren danken Herrn Prof. Rotsch für seine kritischen Anregungen.

¹ Obwohl der Fall als „Hoyzer-Fall“ in die Schlagzeilen geraten ist, darf nicht übersehen werden, dass im Vordergrund des Geschehens die Tathandlungen des A.S. stehen, da er derjenige ist, der im Wettbüro aktiv wurde.

a) Täuschung über Tatsachen

A.S. müsste falsche Tatsachen vorgespiegelt oder wahre Tatsachen entstellt oder unterdrückt haben.

aa) Er müsste also über Tatsachen getäuscht haben.² Dazu ist erforderlich, dass der Täuschende – nach h.M. durch intellektuelle kommunikative Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen³ – über Tatsachen eine Fehlvorstellung erregt. Tatsachen sind äußere oder innere Vorgänge der Gegenwart oder Vergangenheit, die dem Beweis zugänglich sind.⁴

bb) Eine derartige Täuschung kann ausdrücklich, konkludent oder durch Unterlassen begangen werden.⁵ Ausdrücklich hat A.S. nicht getäuscht, weil er im Wettbüro keine Äußerungen über die „Manipulationsfreiheit“ seiner Wette⁶ getätigt hat. A.S. könnte aber konkludent⁷ getäuscht haben.⁸ Konkludent

² Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 55. Aufl. 2008, § 263 Rn. 5.

³ Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 29. Aufl. 2006, Rn. 498; Fischer (Fn. 2), § 263 Rn. 10; Cramer/Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 263 Rn. 37; Tiedemann, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 2003, § 263 Rn. 23; Kindhäuser, in: ders./Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2005, § 263 Rn. 98 m.w.N.; a.A. Mitsch, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 2. Aufl. 2002, § 7 Rn. 52; Arzt, in: ders./Weber, Strafrecht, Besonderer Teil, 2000, § 20 Rn. 46.

⁴ Küper, Strafrecht, Besonderer Teil, 6. Aufl. 2005, S. 277 ff.; Kindhäuser, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 3. Aufl. 2006, § 263 Rn. 7, 52 ff.; Schlösser, NSTz 2005, 423 (424).

⁵ Kindhäuser (Fn. 4), § 263 Rn. 3 ff.

⁶ Im Originalfall setzte A.S. nur Kombinationswetten, die noch vom Ausgang anderer Spiele abhängig waren. Für die Fallbearbeitung soll jedoch zur Vereinfachung von Einzelspielen ausgegangen werden.

⁷ In diesem Punkt weist der Fall Ähnlichkeiten zum sog. „Spätwettenfall“ (BGHSt 16, 120) sowie zum „Rennquintettfall“ (BGHSt 29, 165) auf. Dabei entschied der BGH zur Frage, was jeweils konkludent erklärt werde, unterschiedlich. Im ersten Fall hielt er die Erklärung eines Wettkunden, er kenne den Ausgang eines Pferderennens nicht, obwohl ihm der Rennausgang tatsächlich bereits bekannt war, für eine „willkürliche Konstruktion“. In letzterem Fall hatte der Täter Jockeys bestochen und so veranlasst, dass diese ihre Pferde langsam reiten. Hier nahm der BGH an, der Täter erkläre bei Abschluss der Pferdewette konkludent, er selbst habe keine Manipulationen vorgenommen. Die Entscheidungen liegen insoweit richtig, als der BGH erkannt hat, dass in einem normativ-funktionalen Straftatsystem wesentlich für die Annahme einer Täuschung ist, ob vom Täter ein Risiko gesetzt wurde, das sich dann im Erfolg realisiert hat. Bei einer Manipulation des Wettgegenstands („Rennquintettfall“) ist dies anzunehmen. Nutzt der Täter allerdings nur ein allgemeines

dent täuscht der Täter dann, wenn er die Unwahrheit durch sein Verhalten schlüssig miterklärt,⁹ d.h. wenn dem Verhalten des Täters nach der Verkehrsschauung ein entsprechender Erklärungswert beigemessen wird.¹⁰

cc) Fraglich ist, auf welche Bezugstatsache sich die Täuschung vorliegend bezieht.¹¹

(1) In Betracht kommt zunächst die Manipulation des Spiels durch R.H. Dies ist jedoch keine Tatsache im Sinne

Risiko aus („Spätwettenfall“), ist sein Verhalten strafrechtlich nicht relevant.

⁸ Vorab zum besseren Verständnis der folgenden Ausführungen zunächst eine kurze Übersicht über die unterschiedlichen Täuschungsbegriffe:

a) Der faktische Täuschungsbegriff: Danach liegt eine konkludente Täuschung dann vor, wenn der rechtsgeschäftliche Verkehr das Gesamtverhalten des Täters als Erklärung eines bestimmten Bedeutungsinhaltes versteht, obwohl es insoweit an einer ausdrücklichen Erklärung fehlt (*Cramer*, in: *Schönke/Schröder* [Fn. 3], § 263 Rn. 14 ff. m.w.N.). Entscheidend für die Feststellung des Erklärungsinhalts ist danach der verobjektivierte Empfängerhorizont. Kritisiert wird diese Ansicht, weil sie einen faktischen Erklärungswert annimmt, der auf einer Fiktion beruht. Folge davon wäre eine widersprüchliche Kasuistik.

b) Der normative Täuschungsbegriff setzt als erste (faktische) Voraussetzung die Verursachung eines Irrtums auf beliebige Weise voraus. Zweite (normative) Voraussetzung ist die Pflicht zur Vermeidung des Irrtums (*Lackner*, in: *Jeschek* [Hrsg.], *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 10. Aufl. 1988, § 263 Rn. 28 ff.; *Pawlik*, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, S. 99 f.), wonach sich auch die Verteilung des Irrtumsrisikos bestimmt. Kritik erfährt diese Ansicht, weil das Strafrecht bei einzelnen Vertragstypen eine bestimmte Verteilung des Irrtumsrisikos nicht bereits vorfindet. Eine derartige vorstrafrechtliche Regelung kann aber nicht einfach in das Strafrecht übernommen werden, ohne dass damit doch wieder eine Entscheidung darüber getroffen wird, wie die Verteilung des Irrtumsrisikos erfolgen soll, was also strafrechtlich schützenswert ist und was nicht.

c) Der subjektive Täuschungsbegriff: Danach muss die Erklärung subjektiv zur Irrtumserregung bestimmt gewesen sein; in diesem Fall trägt der Erklärende das strafrechtliche Irrtumsrisiko (BGHSt 47, 1 [5]; *Otto*, *Grundkurs Strafrecht, Besonderer Teil*, 7. Aufl. 2005, § 51 Rn. 15). Bislang ist von dieser Ansicht jedoch nur die Fallgruppe der „selbst dementierenden Erklärung“ (Angebotsschreiben mit Kleingedrucktem) erfasst. Außerdem läuft das Tatbestandsmerkmal der Täuschung leer, da dieses nach h.A. ja bereits eine Subjektivierung in diesem Sinne enthält.

⁹ *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 3), Rn. 498.

¹⁰ *Cramer* (Fn. 8), § 263 Rn. 14.

¹¹ Hier ist besonderes Augenmerk auf die zeitliche Abfolge der Geschehnisse zu richten: am Anfang der Chronologie steht die Abrede zwischen A.S. und R.H.; danach folgt der Abschluss des Wettvertrages zwischen A.S. und dem Wettanbieter, zuletzt das „Verpfeifen“ des Spieles durch R.H. (die eigentliche Manipulation).

des Betrugstatbestandes, da es sich bei der tatsächlichen, von R.H. ja erst noch vorzunehmenden, Spielmanipulation um ein in der Zukunft liegendes Ereignis handelt. Darüber konnte also A.S. nicht im Sinne des Tatbestandes täuschen.¹²

(2) Ein weiterer Ansatzpunkt für die Täuschung ist die Manipulationsabrede von A.S. und R.H. Diese Abrede hat zeitlich vor dem Geschehen im Wettbüro stattgefunden und kann damit Bezugstatsache für die Täuschung sein. Hier ist dem Angebot des A.S. auf Abschluss des „Wett“vertrags¹³ der schlüssige Erklärungsinhalt zu entnehmen, dass sich die Teilnehmer des Spiels einer aktiven Manipulation des Spielgegenstandes enthalten,¹⁴ bzw. dahingehende Manipulationsabreden nicht stattgefunden haben. Die Freiheit von Manipulationen ist als Geschäftsgrundlage des Spielvertrags anzusehen und stellt daher gleichsam ein spezifisches Essentialium des Spielvertrags dar. Daher wird auch der Einschränkung, dass sich die Erklärung auf eine Grundlage des konkreten Geschäfts beziehen müsse,¹⁵ Genüge getan. Denn gerade die Tatsache, dass die Zufälligkeiten des Spielvertrags nicht durch Manipulationen beeinflusst werden, ist das den Vertragstyp charakterisierende Element.¹⁶ Durch das Angebot auf Abschluss des Spielvertrages hat A.S. folglich konkludent miterklärt, dass auch keine derartigen Manipulationsabreden getroffen wurden.

(3) Daneben könnte A.S. auch über die innere Tatsache seiner Kenntnis der Manipulationsabrede getäuscht haben. Insoweit ist anerkannt, dass auch über innere Tatsachen getäuscht werden kann.¹⁷ Hier käme daher eine Täuschung entweder über die Kenntnis von der Manipulationsabrede oder über die Bereitschaft zur Manipulation in Betracht.¹⁸ Ob eine Täuschung über innere Tatsachen vorliegt, kann aber letztlich offen bleiben, da zumindest auch über eine äußere Tatsache getäuscht wurde.

dd) Fraglich ist jedoch, ob mit dieser Ansicht nicht eine unzulässige „Übernormativierung“ des Täuschungsbegriffs einhergeht, was dem gesetzgeberischen Willen zuwiderliefe.

¹² So auch zutreffend *Schlösser*, *NSZ* 2005, 423 (425); *Schild*, *ZfWG* 2007, 10 (11).

¹³ Der Vertrag ist zivilrechtlich allerdings als Spiel nach § 762 BGB zu beurteilen, vgl. *Sprau*, in: *Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch*, 67. Aufl. 2008, §§ 762 Rn. 2, 763 Rn. 4; *Engel*, in: *Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch*, 14. Aufl. 2002, § 762 Rn. 6; *Kutzner*, *JZ* 2006, 712 (715). Denn Spiel und Wette unterscheiden sich nach ihrem Vertragszweck: während der Gewinn beim Glücksspiel von einem zufälligen Ereignis abhängt dient die Wette dazu, den Ausgang eines Meinungsstreits zu sanktionieren oder zu belohnen, vgl. *Habersack*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 4. Aufl. 2004, § 762 Rn. 7.

¹⁴ So auch *Gaede*, *HRRS* 2007, 18.

¹⁵ *Tiedemann* (Fn. 3), § 263 Rn. 31; *Gaede*, *HRRS* 2007, 18 (19): „Geschäftsgrundlage“, die mit dem Verschieben des Wetttrisikos geändert wird, vgl. *Kutzner*, *JZ* 2006, 712 (716).

¹⁶ *Krack*, *ZIS* 2007, 103 (105).

¹⁷ *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 3), Rn. 494.

¹⁸ Dies entspricht den *Zechpreller-Fällen*, z.B. in *BGH GA* 1972, 299; *Tiedemann* (Fn. 3), § 263 Rn. 9 ff., 38 f.

Denn der Gesetzgeber habe sich durch die Wahl des Begriffes „Tatsachen“ dafür entschieden, dass bei dessen Auslegung auch faktische Gegebenheiten heranzuziehen seien.¹⁹ Würde man hingegen, wie der BGH, mit dem bloßen Verweis auf ein „Minimum an Redlichkeit“ arbeiten, ließe sich die Frage, welche Tatsache im Einzelfall noch schlüssig miterklärt wird, kaum beantworten.²⁰ Eine an rein normativen Gesichtspunkten ausgerichtete Auslegung sei insbesondere deshalb bedenklich, weil so der Anwendungsbereich der Täuschung durch Unterlassen – die immerhin noch die Aufklärungspflicht des § 13 StGB als Korrektiv kenne – weiter eingeschränkt werde.²¹ Bei einer bloß normativen Betrachtungsweise würde der konkrete Empfängerhorizont durch eine Fiktion von Erklärungen ersetzt,²² ein Zustand, der mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG nicht vereinbar sei.²³

Maßgeblich kommt es daher auf einen durch die Verkehrsauffassung objektivierten Empfängerhorizont an. Danach sei aber im vorliegenden Fall gerade keine konkludente Täuschung vollzogen worden, denn bei einem „Alltagsgeschäft ohne personales Gepräge“ wie dem Abschluss eines Spielvertrages erkläre sich der Vertragsschließende nicht über eine eventuelle Nichtmanipulation.²⁴ Eine derartige Annahme sei bloße Konstruktion, sodass ein objektivierbarer Erklärungsgehalt nicht feststellbar sei.²⁵

Diese Ansicht übersieht, dass die Frage, was jeweils durch schlüssiges Verhalten erklärt wird, immer auch einen Rückgriff auf normative Kriterien voraussetzt.²⁶ Das Wesen der konkludenten Täuschung liegt nämlich gerade darin, dass innerhalb bestimmter Verkehrskreise auf dem Vorwissen der Opfer basierende Assoziationen bestehen, die sich „zu Hypothesen verdichtet“ haben, also nicht nur eine schlichte Hoffnung des Opfers darstellen.²⁷ Maßgeblich zur Bestimmung des Erklärungsinhalts ist daher zum einen, wie die Verkehrsauffassung das Verhalten versteht, zum anderen wie sie dies bei objektiver Beurteilung verstehen darf.²⁸ Denn bereits die Bestimmung einer Verkehrsauffassung ist wegen des

Rückgriffs auf allgemeine Verständnismöglichkeiten von Worten und Bedeutungen ein normativer Vorgang, abgesehen davon, dass häufig bzgl. eines bestimmten Punktes eine tatsächliche Verkehrsauffassung gar nicht besteht.²⁹ Die Ansicht, die hier von einer „Übernormativierung“ ausgeht, ist daher abzulehnen.

Mithin hat A.S. konkludent³⁰ über eine Tatsache getäuscht.³¹

b) Irrtum

Kausal durch diese Täuschung müsste A.S. einen Irrtum erregt haben. Unter einem Irrtum ist ein Widerspruch zwischen Vorstellung und Wirklichkeit zu verstehen.³² Dabei muss der Getäuschte nicht in jedem Fall eine positive Vorstellung über die Tatsache haben, ausreichend ist, dass er die Vorstellung hat, hinsichtlich des konkreten Geschäfts sei alles in Ordnung.³³ Ein solches sog. sachgedankliches Mitbewusstsein ist insbesondere bei Massengeschäften in Bezug auf selbstverständliche Verhaltensweisen gegeben.³⁴ Daher umfasst dieses

²⁹ Tiedemann (Fn. 3), § 263 Rn. 30.

³⁰ Daher ist auf die Frage, ob eine Täuschung durch Unterlassen, § 13 StGB, vorliegt, nicht mehr einzugehen. Anders Schlösser, NStZ 2005, 423 (426 ff.), der das Unterlassen als Anknüpfungspunkt wählt. Dabei ist insbesondere die Frage der Garantstellung zu problematisieren, die nach Schlösser mangels besonderen Vertrauensverhältnisses nicht aus der vertraglichen Beziehung der Vertragsparteien resultiert. Aber auch eine Garantstellung aus Ingerenz kommt nicht in Betracht, weil ein pflichtwidriges Vorverhalten bestehend in der Abrede späterer Manipulationen nicht dem Schutz des betroffenen Rechtsguts diene. Damit wäre das Verhalten von A.S nicht strafbar.

³¹ Krack, ZIS 2007, 103 (105); Hefendehl, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 263 Rn. 113; Radtke, Jura 2007, 445 (450); Kutzner, JZ 2006, 712 (715 f.); so auch BGH NJW 2007, 582 (584 f.): hiernach ist miterklärter Inhalt einer rechtsgeschäftlichen Erklärung, dass der in Bezug genommene Vertragsgegenstand nicht vorsätzlich zum eigenen Vorteil manipuliert wird. Dabei handelt es sich um einen derart bedeutenden Erklärungsinhalt, dass der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit auf einem aktiven Tun – in Abgrenzung zur Täuschung durch Unterlassen – liegt, vgl. auch Kubiciel, HRRS 2007, 68 (71). Allerdings stellt der BGH fälschlicherweise auf die zukünftige Manipulation ab; denkbar wäre es aber, auf die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestehende innere Bereitschaft zur Täuschung (s.o.) abzustellen. A.A. Trüg/Habetha, JZ 2007, 878: keine betrugsrelevante Täuschungshandlung; ebenso Schild, ZfWG 2007, 10 (12).

³² Fischer (Fn. 2), § 263 Rn. 33; Wessels/Hillenkamp (Fn. 3), Rn. 508.

³³ BGHSt 24, 289; Fischer (Fn. 2), § 263 Rn. 35.

³⁴ Man könnte an dieser Stelle allerdings annehmen, dass sich ein derartiges Bewusstsein gerade deshalb nicht bilden würde, weil es bisher zu derartigen Manipulationen noch nicht gekommen ist, diese so also auch nicht vorstellbar gewesen seien. Allerdings bezieht sich das sachgedankliche Mitbe-

¹⁹ Jahn/Maier, JuS 2007, 215 (218); nach anderer Ansicht besteht ein Unterschied zwischen normativem und faktischem Täuschungsbegriff überhaupt nicht, vgl. Radtke, Jura 2007, 445 (450) m.w.N.

²⁰ Hohmann, NJ 2007, 132 (133).

²¹ Jahn/Maier, JuS 2007, 215 (217). Dies wird von Gaede, HRRS 2007, 18 (18 f.) bestritten, der argumentiert, dass nicht eine Beschränkung der rechtlichen Kommunikation gefordert werden könne, um für den Betrug durch Unterlassen einen breiteren Anwendungsbereich zu erhalten.

²² Trüg/Habetha, JZ 2007, 878 (880), was sich im Bereich des Irrtums als „Fiktion des Verstandenen“ fortsetzen würde (881).

²³ Hohmann, NJ 2007, 132 (133).

²⁴ Dazu Jahn/Maier, JuS 2007, 215 (218).

²⁵ Schild, ZfWG 2007, 10 (12).

²⁶ So auch Krack, ZIS 2007, 103 (106); Engländer, JR 2007, 471 (478).

²⁷ Krack, ZIS 2007, 103 (107).

²⁸ Wessels/Hillenkamp (Fn. 3), Rn. 498.

auch das Bewusstsein über die nicht stattgefundene Manipulationsabrede bzgl. des Ausgangs bei einem Spielvertrag.³⁵ Damit handelt der Vertreter von Oddset, der im Wettbüro den Vertragsschluss abwickelt, in dem Bewusstsein, A.S. würde als „gewöhnlicher“ Wetter an dem Spiel teilnehmen und eine Manipulationsabrede nicht vorgenommen haben. Somit fallen Vorstellung und Wirklichkeit auseinander. Durch die Täuschung wurde also ein Irrtum erregt.³⁶

c) Vermögensverfügung

Kausal auf diesem Irrtum beruhend müsste der Vertreter von Oddset eine Vermögensverfügung vorgenommen haben.³⁷ Vermögensverfügung ist jedes tatsächliche Tun, Dulden oder Unterlassen des Getäuschten, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt.³⁸ Als Verfügung kommt hier die Annahme des Angebots auf Abschluss des Spielvertrags durch den Wettbürobetreiber in Betracht. Dieser Vertragsschluss lässt Pflichten entstehen, wie einen Anspruch des Vertragspartners auf die Übereignung des Loses und die Einräumung der Gewinnmöglichkeit.³⁹ Das Entstehen solcher Pflichten ist eine Vermögensminderung, so dass in dem Vertragsschluss eine Vermögensverfügung liegen könnte.

Um den Charakter des Betrugs als Selbstschädigungsdelikt aufrechtzuerhalten, muss jedoch Personenidentität zwischen Getäuschten, Verfügendem und Geschädigtem gegeben sein. Problematisch ist vorliegend allerdings, dass zwar

wusstsein auch dann auf eine „Selbstverständlichkeit“ des Vertrags, vgl. *Krack*, ZIS 2007, 103 (106).

³⁵ Zum Ganzen *Cramer* (Fn. 8), § 263 Rn. 16e. An dieser Stelle setzt sich die obige Kritik von *Jahn/Maier* fort. Nach ihnen überträgt sich die Problematik der „Übernormativierung“ des Täuschungsbegriffs auch auf den Irrtum. Kommt es im Rahmen des Irrtums nämlich nurmehr auf normative Fehlvorstellungen an, würden davon auch zu Unrecht diejenigen Fälle umfasst, in denen sich der Getäuschte gerade keine Gedanken macht (JuS 2007, 215 [218]).

³⁶ Eben dieses Ergebnis wird von denjenigen kritisiert, die bereits bei der Frage der konkludenten Täuschung die zu weitgehende Normativierung des Erklärungsinhalts ablehnen, so etwa *Schild*, ZfWG 2007, 10 (12).

³⁷ Obwohl der gesetzliche Tatbestand das Merkmal der Vermögensverfügung nicht enthält, ist allgemein anerkannt, dass der Betrug als Selbstschädigungsdelikt eine solche voraussetzt, vgl. nur *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 3), Rn. 514 ff. m.w.N.

³⁸ *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 3), Rn. 514.

³⁹ *Engel* (Fn. 13), Vorbem. zu §§ 762 ff.; *Janoschek*, in: *Bamberger/Roth* (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar*, § 763 Rn. 6. Durch den Abschluss des Spielvertrags (§§ 762, 763 [analog für staatliche Sportwetten, BGH ZIP 1998, 2006] BGB) wurde auf Seiten des Wettanbieters die (bedingte) Verpflichtung zur Auszahlung des Gewinns nach feststehender Quote begründet (*Janoschek* a.a.O., § 763 Rn. 6). Dies entspricht auch der Auffassung des BGH (BGH 5 StR 181/06 Rn. 31), der davon spricht, dass der Austausch von Einsatz und Wettschein lediglich zu der Eingehung der vertraglichen Pflichten hinzukommt. Jedenfalls die Einräumung des Anspruches stellt eine Vermögensverfügung dar.

Getäuschter und Verfügender identisch sind (der vertragsschließende Wettbürobetreiber), ein möglicher Schaden sich jedoch nur beim Wettanbieter Oddset realisieren kann. Eine Strafbarkeit kommt somit allenfalls unter dem Gesichtspunkt des sog. „Dreiecksbetrugs“ in Betracht.

Um in dieser Fallgruppe einen Betrug annehmen zu können – und nicht etwa einen Diebstahl in mittelbarer Täterschaft – ist eine Nähebeziehung zwischen Verfügendem und Geschädigtem erforderlich. Wie diese Nähebeziehung beschaffen sein muss, ist allerdings umstritten. Dieser Streit bedarf hier jedoch keiner Entscheidung. Denn selbst nach der Ansicht, die die höchsten Anforderungen an die Nähebeziehung stellt („Befugnistheorie“), ist eine solche zu bejahen, da dem Verfügenden eine entsprechende Befugnis zur Handlung für den Geschädigten zusteht, hier auf Grund einer zivilrechtlichen Ermächtigung.⁴⁰ Oddset setzt den Wettbürobetreiber gerade als Vertreter für derartige Vertragsschlüsse ein.

d) Vermögensschaden

Ob ein Vermögensschaden vorliegt, bemisst sich anhand einer Gesamtbetrachtung der Vermögenslage vor und nach der Verfügung, insbesondere, wenn durch die Verfügung Verbindlichkeiten entstehen, ohne dass die Minderung durch einen unmittelbaren Vermögenszuwachs gänzlich kompensiert wird, sog. Prinzip der Gesamtsaldierung.⁴¹

Daher ist die Vermögenslage vor und nach Vertragsschluss zu untersuchen. Durch den Vertragsschluss geht der Wettbetreiber die Verpflichtung ein, den Wetteinsatz um die angebotene Quote vervielfacht, bedingt auf den Gewinnfall, auszuzahlen. Dies ist die eigentliche Hauptpflicht des Spielvertrages. Als Gegenleistung dafür wird der Spieleinsatz erbracht. Das Ausstellen einer Spielquittung (einer Inhaberschuldverschreibung, § 793 BGB) ist dagegen nur Nebenpflicht.

⁴⁰ *Mitsch* (Fn. 3), § 7 Rn. 74; *Samson/Günther*, in: *Rudolphi* u.a. (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7. Aufl., 60. Lieferung, Stand: Februar 2004, § 263 Rn. 94a. Nach einer anderen Ansicht genügt es bereits, wenn der Verfügende dem geschädigten Vermögen insoweit näher steht als der Täter, als dass er bereits vor der Täuschung tatsächlich über das Vermögen verfügen kann (vgl. etwa BGHSt 18, 221 [223 f.]; BGH NSTZ 1997, 32 [33]; *Fischer* [Fn. 2], § 263 Rn. 49). Nach dieser Ansicht besteht eine ausreichende Nähebeziehung zwischen Oddset und dem Wettbürobetreiber, da letzterer faktisch die Möglichkeit hat, Verpflichtungen für Oddset einzugehen. Nach wiederum anderer Ansicht muss der Verfügende dem „Lager“ des Geschädigten als Beschützer oder Gehilfe normativ zuzuordnen sein (s. *Cramer* [Fn. 8], § 263 Rn. 66; *Mitsch* [Fn. 3], § 7 Rn. 74). Auch diese Ansicht kommt zur Bejahung der Nähebeziehung, da der Wettbürobetreiber auf Seiten von Oddset angesiedelt ist.

⁴¹ *Cramer* (Fn. 8), § 263 Rn. 99; *Wessels/Hettinger*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 1, 30. Aufl. 2006, Rn. 538; *Fischer* (Fn. 2), § 263 Rn. 71.

aa) Erfüllungsschaden

Nach einer Ansicht soll ein vollendeter Erfüllungsbetrug vorliegen. Dies wird damit begründet, dass der Wettanbieter bereits mit dem Gewähren der Wettchance und der Aushändigung der Spielquittung seine Leistung erbringt.⁴² Diese Pflicht zur Ausstellung des Spielscheins wurde zwar erfüllt, ist jedoch unabhängig von dem eigentlichen Anspruch, der darin verbrieft ist, zu betrachten. Eigentliche Hauptpflicht ist, wie oben dargestellt, die Einräumung einer Gewinnmöglichkeit⁴³ und die Auszahlung des Gewinns bei Bedingungseintritt. Dieser Anspruch kann aber nur durch die Auszahlung selbst erfüllt werden, denn nur diese ist die geschuldete (Haupt-)Leistung i.S.d. § 362 BGB. Mithin kommt ein Erfüllungsbetrug durch Ausstellen des Spielscheins nicht in Betracht.

Eine weitere Ansicht in der Literatur nimmt einen Vermögensschaden nach noch strengeren Kriterien erst dann an, wenn der Täter die Wette gewinnt, nachdem die Manipulationen – nach den Grundsätzen der objektiven Zurechnung – sich zu Gunsten des Täters im Spielverlauf niedergeschlagen haben.⁴⁴ Diese Ansicht verkennt jedoch den betrügerischen Charakter, der bereits dem Vertragsschluss unter Täuschung über die geplante Manipulation innewohnt.

bb) Gefährdungsschaden

Es könnte aber anderweitig bereits durch den Vertragsschluss ein Schaden begründet worden sein.

Nach der Rechtsprechung des BGH ist ein Vermögensschaden (Vermögensnachteil) nicht nur eine bereits eingetretene Vermögensminderung, vielmehr kann ein Schaden unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten auch bereits in einer Vermögensgefährdung liegen.⁴⁵ Diese Gefährdung muss dabei freilich hinreichend konkret sein, also nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise bereits eine Verschlechterung der gegenwärtigen Vermögenslage bedeuten.⁴⁶ Diese Voraussetzung

wird meist dahin präzisiert, dass verlangt wird, die Gefahr des endgültigen Verlustes eines Vermögensbestandteils müsse so groß sein, dass sie schon jetzt eine Minderung des Gesamtvermögens zur Folge habe.⁴⁷ Dies sei der Fall, wenn der Betroffene ernstlich mit wirtschaftlichen Nachteilen zu rechnen habe. Es lässt sich dann von einem Gefährdungsschaden sprechen.

Ein solcher Schaden liegt in der Kategorie des Eingehungsbetrugs dann vor, wenn sich bei einem Vergleich der gegenseitigen Leistungsverpflichtungen ergibt, dass das Versprochene gegenüber der Leistung des Getäuschten minderwertig ist.⁴⁸

Die Leistung des Spielenden besteht in der Hingabe des Spieleinsatzes. Auf der Gegenseite verpflichtet sich der Anbieter, den Vertragspartner am Spiel zu einer vorher festgelegten Gewinnquote teilnehmen zu lassen und für eine spätere Gewinnverteilung zu sorgen.⁴⁹

Diese Gewinnquote berechnet sich aus feststehenden sowie variablen Faktoren. Feststehende Faktoren sind genehmigungsrechtliche Vorgaben, Vertriebskosten, sowie die Lotteriesteuer. Zu den variablen Faktoren zählen wirtschaftliche Belange des Spielanbieters, das zu erwartende Tippverhalten sowie sportliche Voraussetzungen der an dem einzelnen Spiel beteiligten Mannschaften.⁵⁰

(1) Gewinnsumme

Das LG Berlin hat ursprünglich auf den gesamt zu erzielenden Wettgewinn abgestellt und damit die Annahme einer „schadensgleichen Vermögensgefährdung“ begründet.⁵¹ Der Schaden liegt danach allein in der drohenden Auszahlung des Gewinns, nicht jedoch wird auf die unter Wert eingeräumte, erhöhte Gewinnchance abgestellt.⁵² Diese Ansicht wird zu Recht abgelehnt, da in Bezug auf den insgesamt möglichen Wettgewinn keine hinreichende Konkretheit der Vermögensgefährdung vorliegt.⁵³

⁴² *Krack*, ZIS 2007, 103 (110), insoweit folgend *Radtke*, Jura 2007, 445 (451); *Engländer*, JR 2007, 471 (479).

⁴³ Dahingehend ist das Stadium der Vertragsbeziehungen im Wettbüro mit der Konstellation eines gewöhnlichen Kaufvertrags zu vergleichen: Bei Vertragsschluss entstehen zwar – wie hier – Ansprüche, allein die Einräumung des Anspruchs begründet aber noch keine Erfüllung. Dies muss auch gelten, wenn der Anspruch unter einer Bedingung eingeräumt wird. So würde sich auch im Gewinnfall der Wettende nicht damit begnügen, dass er die Spielquittung erhält und eine verbrieft Gewinnchance eingeräumt bekommt, sondern selbstverständlich auf Auszahlung bestehen.

⁴⁴ *Saliger/Rönnau/Kirch-Heim*, NStZ 2007, 361 (368).

⁴⁵ Der BGH bezeichnet dies als schadensgleiche Vermögensgefährdung. Diese Terminologie ist allerdings ungenau (*Rotsch*, ZStW 117 [2005], 577 [584 f.]; *ders.*, ZIS 2008, 1 [3]; *Fischer* [Fn. 2] § 263 Rn. 94), weil die Gefährdung unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten der Vermögensschaden ist.

⁴⁶ BGH NJW 2007, 782 (786), unter Verweis auf BGHSt 34, 394; BGH NStZ 2004, 264; BGHSt 21, 112; *Rotsch*, ZIS 2008, 1 (3 f.); *Wessels/Hettinger* (Fn. 42), Rn. 571.

⁴⁷ *Küper* (Fn. 4), S. 361 ff.; *Fischer* (Fn. 2), § 263 Rn. 95; BGH wistra 1995, 223.

⁴⁸ *Cramer* (Fn. 8), § 263 Rn. 128; dazu ebenfalls *Krack*, ZIS 2007, 103 (109), dem folgend *Radtke*, Jura 2007, 445 (451), die allerdings im vorliegenden Fall die Einordnung zur Kategorie des Eingehungsbetrugs auf Grund ihrer Annahme der stattgefundenen Leistungserbringung ablehnen.

⁴⁹ *Sprau* (Fn. 13), § 763 Rn. 2 ff.; *Laukemann*, in: jurisPK-BGB, § 763 Rn. 7, 31.

⁵⁰ Selbstauskunft von Oddset. Dies verkennen *Saliger/Rönnau/Kirch-Heim*, NStZ 2007, 361 (367), wenn sie davon ausgehen, dass der Spielausgang für den Wettanbieter irrelevant ist. Zumindes wenn ein ungewöhnlich hoher Einsatz auf ein „unwahrscheinliches“ Spiel gesetzt wird, verschiebt sich das Risiko zu Lasten des Anbieters.

⁵¹ LG Berlin BeckRS 2006, 05289; ebenso *Hartmann/Niehaus*, JA 2006, 432 (434).

⁵² Treffend *Krack*, ZIS 2007, 103 (110).

⁵³ BGH NJW 2007, 782 (786), zustimmend *Engländer*, JR 2007, 471 (471); *Saliger/Rönnau/Kirch-Heim*, NStZ 2007, 361 (364). In Richtung der Schadensbegründung des LG Berlin geht auch die Ansicht von *Kutzner*, JZ 2006, 712

(2) Quotenschaden

Der BGH stellt für die Annahme des Schadens richtigerweise nicht auf die tatsächliche Auszahlung ab, sondern auf einen Schaden, der bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses entsteht.⁵⁴ Der Schaden ergibt sich nach Ansicht des BGH aus der „Quotendifferenz“ zwischen bezahltem Wetteinsatz und der eingeräumten – durch Manipulation verschobenen – Gewinnchance.⁵⁵ Dabei wird allerdings fälschlicherweise (s. sogleich) davon ausgegangen, dass die Quote der Verkaufspreis der Wettchance sei.⁵⁶ Die Quotendifferenz soll bereits bei Vertragsschluss einen nicht unerheblichen Vermögensschaden darstellen, der der schadensgleichen Vermögensgefährdung ähnelt.⁵⁷ Der Quotenschaden ist damit wohl eine eigenständige Schadenskategorie für Fallkonstellationen, in denen das Rechtsgeschäft von zufälligen Ereignissen abhängig gemacht wird.⁵⁸ Kritisiert wird an der Annahme des Quotenschadens, dass der BGH einen endgültigen Schaden bei Auszahlung annimmt, bestehend aus der Differenz zwischen Auszahlungssumme und gezahltem Wetteinsatz,⁵⁹ der allerdings nicht mehr in der Quotendifferenz liegt und damit der falsche Bezugspunkt ist.⁶⁰ Ein weiterer Vorwurf liegt darin, dass die Schadensfeststellung scheitern muss, da eine objektive Wertbestimmung der verschobenen Gewinnchance nicht zu ermitteln ist.⁶¹

(717), der den Schaden bei der tatsächlich auszuschüttenden Gesamtgewinnssumme – im Unterschied zur ohne Manipulation prognostizierten Gesamtgewinnssumme – ansiedeln möchten. Nach *Kutzner*, JZ 2006, 712 (717) soll dementsprechend eine schadensbegründende Gefährdung erst vorliegen, wenn das Spiel mit einem Ergebnis im Sinne des Manipulierenden beendet wurde. Das Abstellen auf die Gesamtauszahlung scheidet jedoch bereits an der Stoffgleichheit, BGH NJW 2007, 782 (786). Anders, aber im Ergebnis ebenfalls ablehnend *Krack*, ZIS 2007, 103 (111).

⁵⁴ Wegen des daraus folgenden frühen Vollendungszeitpunkts kritisch *Jahn/Maier*, JuS 2007, 215 (219).

⁵⁵ BGH NJW 2007, 782 (785 Rn. 32).

⁵⁶ BGH NJW 2007, 782 (785 Rn. 32).

⁵⁷ BGH NJW 2007, 782 (785), worin *Gaede*, HRRS 2007, 18 (19 f.) die Ablehnung der schadensgleichen Vermögensgefährdung unter Annahme einer dritten Form des Schadens sieht; in diese Richtung auch *Reinhart*, Spurt 2007, 52 (54). Dieses Verständnis widerlegt *Krack*, ZIS 2007, 103 (111) jedoch, indem er die Ablehnung des BGH zutreffend nur auf die Schadensbegründung des LG Berlin bezieht.

⁵⁸ So *Radtke*, Jura 2007, 445 (451).

⁵⁹ BGH NJW 2007, 782 (786 Rn. 34).

⁶⁰ *Engländer*, JR 2007, 471 (479); ebenso *Saliger/Rönnau/Kirch-Heim*, NStZ 2007, 361 (367), die für diese Vertiefung als „weiterfressenden“ Schaden eine neuerliche Vermögensverfügung fordern.

⁶¹ *Saliger/Rönnau/Kirch-Heim*, NStZ 2007, 361 (366), die zusätzlich in Frage stellen, ob die Manipulation zu einem Vermögensverlust beim Wettanbieter führt und nicht nur zur Vereitelung einer Vermögensmehrung.

(3) Klassischer Gefährdungsschaden

Die Ansicht des BGH stellt zwar richtig die Abläufe beim Vertragsschluss dar, zieht jedoch mit der Annahme des Quotenschadens die falschen Schlüsse.

Gekauft wird nämlich nicht diese „Quote“, sondern die Teilnahme an dem Spiel, verbunden mit dem bedingten Anspruch auf Auszahlung des mit der vorher feststehenden Quote multiplizierten Einsatzes.⁶² Vertragsgegenstand ist damit nicht die Quote selbst, vielmehr stellt diese den entscheidenden wertbildenden Faktor auf Seiten von Oddset dar. Der „Wettende“ „kauft“ sich in das Glücksspiel ein, d.h. er erwirbt den oben erläuterten bedingten Anspruch auf Auszahlung. Diese erkaufte Teilnahme am Spiel bildet einen wirtschaftlichen Wert. Bleibt die Geschäftsgrundlage ohne Manipulation, ist der wirtschaftliche Wert in Beziehung zum erbrachten Einsatz „ausgeglichen“, da beide Vertragsparteien in diesem Fall ein ausgeglichenes wirtschaftliches Risiko tragen. Ist die Geschäftsgrundlage zu Lasten eines Vertragsteils manipuliert, liegt eine Vertragsparität in diesem Zusammenhang nicht mehr vor. Dass Oddset dennoch die Spielteilnahme zu der festgelegten Quote einräumt, begründet einen Schaden. Ohne Manipulation wird die von Oddset berechnete Gewinnwahrscheinlichkeit – neben anderen Faktoren, s.o. – zur Bestimmung der Multiplikationsquote einberechnet. Oddset bietet die Spielteilnahme nur unter der Annahme an, dass auf diese feste Größe, als Grundlage der Quotenberechnung, kein Außenstehender Einfluss nimmt. Durch die vorherige Absprache wurden jedoch die Berechnungsgrundlagen der Quote zu Lasten von Oddset manipuliert. Dies ergibt sich daraus, dass Oddset die sportlichen Voraussetzungen unter Berücksichtigung des allein vorhersehbaren regelkonformen Spielgeschehens einbezieht. Diese aus den sportlichen Voraussetzungen berechnete Spielausgangswahrscheinlichkeit hat sich durch die Manipulationsabrede verschoben. Damit stimmt die tatsächliche Ausgangswahrscheinlichkeit nicht mehr mit der von Oddset festgelegten Quote überein. Mithin entsprechen sich Leistung und Gegenleistung nicht mehr, da Oddset weiterhin unbewusst einen zu „günstigen“ Multiplikationsfaktor anbietet. Damit ist – da sich versprochene Leistung und Gegenleistung nicht entsprechen – im Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Wettbüro das Vermögen des Wettanbieters gefährdet.

Voraussetzung für die Annahme eines Eingehungsbetrugs ist jedoch, dass diese Gefährdung hinreichend konkret ist. Ein Gefährdungsschaden kann nur dann bejaht werden, wenn die eine Gefährdung begründenden Tatsachen feststehen, nicht aber schon dann, wenn sie nur wahrscheinlich oder gar möglicherweise vorliegen.⁶³ Die bereits feststehenden Tatsachen sind die Manipulationsabrede sowie der entstandene bedingte Anspruch. Allerdings ist die Gefährdung erst dann hinreichend konkret, wenn die Gefährdung der Vermögenswerte nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise bereits eine Verschlechterung der gegenwärtigen Vermögenslage bedeutet.⁶⁴

⁶² Zu den zivilrechtlichen Ausführungen s.o. Fn. 13.

⁶³ *Cramer* (Fn. 8), § 263 Rn. 143.

⁶⁴ *Cramer* (Fn. 8), § 263 Rn. 143.

Nach einer Ansicht kann bei der bloß verabredeten Manipulation zum Zeitpunkt der Tatbegehung im Wettbüro allerdings noch nicht von einer derartigen Verschlechterung gesprochen werden, da noch zu viele Unwägbarkeiten im Geschehen liegen und daher allenfalls eine abstrakte Gefährdung vorliegt.⁶⁵ So ist weder sicher, ob sich die Gelegenheit zu Manipulationen bieten wird, noch, ob diese erfolgreich sein und Einfluss auf das Spielgeschehen haben werden.

Dem ist zu widersprechen. Bereits mit Vertragsschluss liegt eine hinreichend konkrete Vermögensgefährdung vor, weil allein auf den späteren Bedingungseintritt nicht abgestellt werden darf. Dies ergibt sich daraus, dass bereits mit dem Abschluss des Vertrages ein vertragliches Austauschverhältnis begründet wurde, welches die Parteien bindend zur späteren Erbringung der Leistung verpflichtet. Aus der Tatsache, dass die Leistungspflicht des Wettanbieters unter einer Bedingung steht, kann jedoch nicht entnommen werden, dass die Ansprüche noch nicht hinreichend konkret bestehen, da diese Bedingung gerade auf beiden Seiten den Charakter des Vertrages prägt. Denn das Risiko des Spielvertrages besteht für beide Parteien gerade darin, dass die vertraglichen Leistungen erbracht werden müssen, wenn die Bedingung eintritt. Das bedeutet gleichzeitig, dass der Wettanbieter die Gewinnschuld im Gewinnfall auszahlen muss, unabhängig davon, ob die Wahrscheinlichkeit des Gewinneintritts von ihm als hoch oder als niedrig bewertet wird.⁶⁶

Damit liegt bereits im Vertragsschluss ein konkreter Gefährdungsschaden begründet. Ein Vermögensschaden im Sinne des Betrugstatbestandes ist gegeben.

2. Subjektiver Tatbestand

A.S. handelte mit dem Willen zur Verwirklichung des Tatbestandes in Kenntnis seiner objektiven Voraussetzungen, also vorsätzlich.

Ferner hätte er mit Bereicherungsabsicht handeln müssen.

⁶⁵ Z.B. *Hohmann*, NJ 2007, 132.

⁶⁶ Dies soll an einem Beispielsfall erläutert werden: Für den Boxkampf A gegen B liegt die Wahrscheinlichkeit, dass A gewinnt, bei 1000 zu 1. Würde nun die Konkretheit der Vermögensgefährdung alleine davon abhängen, wie wahrscheinlich der Bedingungseintritt ist, führte dies dazu, dass im Falle einer Manipulation zu Gunsten von A ein Schaden beim Wettanbieter bestünde, da die Wahrscheinlichkeit des Eintritts nicht mehr von wesentlichen „Unwägbarkeiten“ im Geschehen abhängt. Eine Gefährdung für das Vermögen des Wettanbieters wäre nach der Ansicht, die auf die Wahrscheinlichkeit des Bedingungseintritts im zukünftigen Geschehen abstellt, im Fall der Wette auf A hinreichend konkret. Würde hingegen eine Manipulation und eine Wette zu Gunsten des B vorgenommen werden, würde ein Vermögensschaden mangels Konkretheit ausscheiden, da der oben genannten Ansicht die Gefährdung nicht konkret genug wäre. Die strafrechtliche Bewertung dieses Geschehens darf jedoch nicht allein davon abhängig gemacht werden, ob die Wette zu Gunsten des Favoriten oder des Außenseiters manipuliert und platziert wird.

Unter Bereicherungsabsicht versteht man die Absicht (im technischen Sinne als *dolus directus* 1. Grades), sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen. Der Vermögensvorteil ist dabei jede günstigere Gestaltung der Vermögenslage als stoffgleiches Gegenstück zum Vermögensschaden des Geschädigten.⁶⁷ Vorliegend wollte A.S. gerade den Spielvertrag mit Verschiebung der Gewinnchance zu seinen Gunsten abschließen, so dass er sich um die erhöhte Wahrscheinlichkeit des Eintritts des Gewinnfalls bereichern wollte. Diese Verschiebung war stoffgleich zum Schaden beim Wettanbieter.

Der Vorteil muss auch rechtswidrig gewesen sein. Dies ist der Fall, da A.S. zum Zeitpunkt der Tathandlung keinen Anspruch auf Einräumung des Vermögensvorteils hatte. Das wusste A.S. auch.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

A.S. handelte rechtswidrig und schuldhaft.

II. Ergebnis

A.S. hat sich wegen Betruges nach § 263 Abs. 1 StGB (zu Lasten von Oddset zu eigenen Gunsten) strafbar gemacht.

B) Strafbarkeit des R.H.

I. Betrug in Mittäterschaft, §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB

Indem R.H. das Verpfeifen des Spiels zusagte, könnte er sich wegen Betruges in Mittäterschaft nach §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand des § 263 Abs. 1 StGB wurde durch A.S. im Wettbüro erfüllt (s.o.).

2. Subjektiver Tatbestand

Da R.H. um das Geschehen im Wettbüro wusste, handelte er vorsätzlich.

3. Täterschaft

Fraglich ist aber, ob R.H. gemeinschaftlich mit A.S., also als Mittäter i.S.v. § 25 Abs. 2 StGB gehandelt hat.⁶⁸ Das ist hier deshalb problematisch, da R.H. nicht bei der Ausführung im Wettbüro anwesend war, mithin selbst keine Täuschungshandlung gegenüber Oddset vorgenommen hat. Sein Tatbeitrag besteht vielmehr allein darin, A.S. die Manipulation des Spiels zuzusagen. Problematisch ist jedoch, ob R.H. durch diese im Vorbereitungsstadium erbrachte Handlung mittäter-schaftlich haftet.

Dazu müsste R.H. der Vertragsschluss und damit die Täuschung des A.S. gem. § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden können. Voraussetzung für eine mittäter-schaftliche Tatbegehung ist das Vorliegen eines gemeinsamen Tatentschlusses

⁶⁷ *Cramer* (Fn. 8), § 263 Rn. 166 f.

⁶⁸ Zum Prüfungsaufbau vgl. *Rotsch*, Die Klausur im Ersten Staatsexamen, 2003, S. 304.

(gemeinsamer Tatplan) sowie eine gemeinschaftliche Tatbestandsverwirklichung (gemeinsame Tatausführung).⁶⁹

Eine Abgrenzung der Mittäterschaft zur Teilnahme erfolgt nach herrschender Lehre danach, ob der jeweilige Beteiligte „funktionelle Tatherrschaft“ innehat, also einen so wesentlichen Beitrag zu Tatbestandsverwirklichung leistet, dass die Tat auch als sein Werk angesehen werden kann und er als Zentralgestalt des Geschehens erscheint.⁷⁰

Nach Ansicht der Rechtsprechung hat die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme vorwiegend nach dem Willen des Beteiligten zu erfolgen. Handelt dieser mit Täterwillen, so ist er als Täter zu bestrafen. Die Feststellung des Vorliegens von Täterwillen wird allerdings zusätzlich anhand objektiver Kriterien bestimmt („normative Kombinationstheorie“); als Kriterien werden dabei der Grad des eigenen Interesses am Erfolg der Tat, der Umfang der Tatbeteiligung, die objektive Tatherrschaft und der Wille zur Tatherrschaft herangezogen.⁷¹

Gegen die Annahme einer Mittäterschaft des R.H. spricht, dass er am Geschehen im Wettbüro völlig unbeteiligt ist und deshalb keinen Einfluss darauf hatte, auf welche Spiele mit welchen Summen gewettet werden sollte. Außerdem sollte er mit einem fest vereinbarten Betrag entlohnt werden, so dass seine Entlohnung also nicht vom Gelingen der Manipulation abhängig war.⁷² Daneben steuerte A.S. das gesamte Wettgeschehen alleine und setzte R.H. nicht umfassend über seine Pläne in Kenntnis, weshalb R.H. nur einen geringen organisatorischen Einfluss auf das Tatgeschehen hatte.⁷³

Allerdings basiert das Handeln des A.S. dennoch wesentlich auf der vorherigen Absprache. Denn nur die verbindliche Zusage zur Manipulation der Spiele führt zu einer Verschiebung der Gewinnquoten und macht die spätere Wette von A.S. erst wirtschaftlich interessant. Das weitere Vorgehen von A.S. ist also ohne die getroffene Abrede nicht durchführbar, sodass R.H. zwangsnotwendig einen bedeutenden Tatbeitrag leistet. Ohne die Abrede ist außerdem eine tatbestandliche Verwirklichung des Betrugs nicht denkbar, da ohne Abrede der alleinige Bezugsgegenstand der Täuschung entfiel. Auch ein eigenes wesentliches Tatinteresse des R.H. besteht. Denn die dauerhafte „Zusammenarbeit“ von A.S. und R.H. bedeutet für R.H. einen finanziellen Profit in Höhe von 50.000 €.

Demnach hatte R.H. Tatherrschaft sowie Täterwillen. Eine Zurechnung der von A.S. vorgenommenen Täuschungshandlung über § 25 Abs. 2 StGB findet daher statt.

Vorliegend ist allerdings problematisch, dass R.H. die Abrede in einem Zeitpunkt trifft, in dem die Haupttat noch nicht das Versuchsstadium erreicht hat. Nach einer Ansicht in der Literatur ist allerdings zur Begründung von Mittäterschaft zwingend erforderlich, dass eine wesentliche Mitwirkung im Ausführungsstadium stattfindet.⁷⁴ Danach könnte R.H. kein Mittäter sein.

Anders sehen dies jedoch der BGH⁷⁵ und weite Teile der Literatur⁷⁶. Demnach soll es maßgeblich darauf ankommen, ob sich der Beitrag im Vorbereitungsstadium als Plus der mitgestaltenden Deliktsplanung gegenüber dem Minus bei der konkreten Tatausführung darstelle.⁷⁷ Aufgrund der soeben dargelegten Aspekte ist das für die Manipulationszusage von R.H. zu bejahen.⁷⁸

2. Ergebnis

R.H. hat sich nach §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.⁷⁹

⁶⁹ Roxin, in: Jähne/Laufhütte/Odersky (Fn. 3), § 25 Rn. 181 ff. m.w.N.

⁷⁰ Z.B. BGHSt 11, 268; NSTz 1999, 609.

⁷¹ Vgl. Cramer/Heine, in: Schönke/Schröder (Fn. 3), § 25 Rn. 66 m.w.N.

⁷² Wessels/Beulke (Fn. 70), Rn. 528.

⁷³ Für eine umfassende Streitdarstellung vgl. Rotsch (Fn. 69), S. 305 ff.

⁷⁴ Hält man den Tatbeitrag des R.H. hingegen nicht für so wesentlich, um eine Mittäterschaft zu begründen, käme eine Bestrafung von R.H. wegen Beihilfe zum Betrug gem. §§ 263 Abs. 1, 27 StGB in Betracht. Dazu müsste die Abrede des R.H. ein Hilfeleisten darstellen. Ein Hilfeleisten liegt dann vor, wenn der Gehilfe die Tatbestandsverwirklichung ermöglicht, erleichtert, intensiviert oder absichert (Kindhäuser [Fn. 4], § 27 Rn. 5). Dieser Beitrag kann unstreitig auch im Vorbereitungsstadium geleistet werden (ebenda, § 27 Rn. 19). Durch seine Zusage, die Manipulationen zu versuchen, hat R.H. dem A.S. erst ermöglicht, im Wettbüro über die Existenz einer Manipulationsabrede zu täuschen. Damit liegt bereits in dieser Zusage eine psychische Beihilfe zum Betrug, denn durch die Manipulationsabrede wurde von R.H. ein Tatbeitrag geleistet, der den Haupttäter A.S. bei der Tatausführung insofern unterstützt, als dadurch ein dem Wetteinsatz entsprechender positiver Spielausgang um einiges wahrscheinlicher wird. Dies stellt eine genügende Erhöhung der Sicherheit hinsichtlich des Gelingens der Haupttat dar. Dadurch wurde der Tatentschluss bei A.S. wesentlich bestärkt (vgl. Kühl [Fn. 72], § 20 Rn. 225). Da R.H. dahingehend sowohl vorsätzlich als auch rechtswidrig und schuldhaft handelt, ist eine Gehilfenstrafbarkeit zu bejahen. Diese Lösung favorisiert auch der BGH. Schild, ZfWG 2007, 10 (13) hält dieses Ergebnis allerdings für „nicht tragfähig begründet“. Wie oben bei der Täterschaft gilt auch für eine mögliche sukzessive Beihilfe durch anschließendes Verpfeifen des Spiels, dass diese im Konkurrenzweege zurücktreten würde.

⁶⁹ Wessels/Beulke, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 36. Aufl. 2006, Rn. 526.

⁷⁰ Grundlegend Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 188 ff.; Wessels/Beulke (Fn. 70), Rn. 512 ff., 524 ff.; Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2005, § 20 Rn. 98 ff.

⁷¹ BGHSt 37, 289 (291); BGH NSTz 2006, 94.

⁷² Im Originalsachverhalt liegt die Annahme von Mittäterschaft noch ferner, da A.S. nur auf Kombinationswetten setzte und R.H. auf die kombinierten Spiele überhaupt keinen Einfluss nehmen konnte.

⁷³ Schlösser, NSTz 2005, 423 (429).

II. Betrug in Mittäterschaft, §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB

Indem R.H. das Spiel verpfißt, könnte er sich eines Betruges in Mittäterschaft strafbar gemacht haben. Zwar liegt auch in diesem Verhalten – unabhängig von der Frage der Möglichkeit sukzessiver Beteiligung⁸⁰ – ein wesentlicher Tatbeitrag, der zu einer täterschaftlichen Stellung des R.H. beim Betrugsgeschehen führen könnte. Jedoch würde dieser durch das vorherige strafbare Verhalten des R.H. im Konkurrenzwege verdrängt werden.

Gesamtergebnis Variante 1:

A.S. hat sich wegen Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. R.H. ist strafbar wegen Betruges in Mittäterschaft gem. §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB.

Variante 2

X könnte sich wegen Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er eine Wette auf das Spiel platzierte.

1. Objektiver Tatbestand

X könnte konkludent (s.o.) über Tatsachen getäuscht haben. Fraglich ist, ob dafür bereits die Kenntnis über eine Manipulationsabrede, an der er selbst nicht beteiligt war, genügt.

a) Dies ist nach einer Ansicht ausreichend zur Annahme einer Täuschung.⁸¹ Das folge aus der Zuweisung der Risikosphären zwischen Wettanbieter und Wettendem. Danach trägt der Wettanbieter dasjenige Risiko, das sich aus der Wahrscheinlichkeit des Spielausgangs ergibt. Daran ändert sich auch nichts, wenn der Wettende über Sonderwissen verfügt, das dem Risikobereich des Wettanbieters entstammt (Verletzung von Spielern etc.). Solches darf er zu seinen Gunsten einsetzen. Dieses Sonderwissen umfasst allerdings nicht ein „Sonderwissen hinsichtlich unlauterer Einflussnahme auf den Spielausgang“.⁸² Im Ergebnis steht damit der Abschluss eines Wettvertrages nach aktiver Manipulationsabrede dem Abschluss eines Wettvertrages nach Kenntniserlangung einer derartigen Abrede Dritter gleich – es liegt damit eine konkludente Täuschung vor.

b) Allerdings muss nach anderer Ansicht konkludentes Verhalten im normativ-funktionalen Straftatsystem am Maßstab von Risikosetzung und Risikorealisation gemessen werden. Danach ist ein Täuschungserfolg dem Täter nur dann zu rechnenbar, wenn der Täter sowohl für Risikosetzung als auch Risikorealisation zuständig geworden ist.⁸³

Bei der bloßen Kenntniserlangung von der Abrede Dritter hat dagegen der Wettende selbst kein Risiko im Hinblick auf die Risikoverschiebung in der Sphäre des Wettanbieters gesetzt. Diese Konstellation entspricht damit eher der Spätwet-

tenentscheidung des BGH⁸⁴ und ist daher nicht der Fallgruppe der konkludenten Täuschung zu subsumieren.

2. Ergebnis:

X hat sich daher nicht wegen Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

⁸⁰ Die Tat ist bereits im Wettbüro vollendet, s.o.

⁸¹ *Krack*, ZIS 2007, 103 (105).

⁸² *Krack*, ZIS 2007, 103 (106).

⁸³ *Rotsch*, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, 2009, passim.

⁸⁴ BGHSt 16, 120.