

Wetten und Betrug – Zur konkludenten Täuschung

Anmerkungen zur Entscheidung BGH 5 StR 181/06 v. 15. Dezember 2006, HRRS Nr. 2007 Nr. 1 – „Hoyzer“-Fall.

Von Dr. **Michael Kubiciel**, Universität Regensburg

Im Dezember hat der BGH den Schlusspunkt unter die Aufarbeitung des größten Fußballskandals der letzten drei Jahrzehnte gesetzt. Der BGH hat bestätigt, dass sich diejenigen wegen Betruges strafbar machen, die mittels bestochener Schiedsrichter und Fußballspieler ihr Wettisiko minimieren.¹ Das ohnehin schon große Interesse der Öffentlichkeit an diesem Fall war noch dadurch gesteigert worden, dass die Generalbundesanwaltschaft auf Freispruch der Angeklagten plädiert hatte. Wie die Verteidigung war die Generalbundesanwaltschaft der Auf-

fassung, dass von einer konkludenten Täuschung bei der Abgabe einer Wette, die sich auf ein noch zu manipulierendes Fußballspiel bezieht, keine Rede sein könne. Als judizielle Grundlage dieser Rechtsauffassung wurde der vom BGH entschiedene „Spätwetten“-Fall herangezogen, in welchem ein Wettender den Ausgang eines Pferderennens öffentlichen Informationsquellen entnommen hatte, bevor er seinen Wettschein abgab. Der BGH hatte damals die Annahme, der Wettende erkläre konkludent nicht über solches Sonderwissen zu verfügen, als „willkürliche Konstruktion“ zurückgewiesen.² Im „Hoyzer“-Fall setzt sich der 5. Senat von dieser Rechtsprechung ab. Vielmehr entnimmt er dem Angebot auf Abschluss eines Sportwettenvertrages die konkludente Erklärung, der in Bezug genommene Vertragsgegenstand werde nicht vorsätzlich zum eigenen Vorteil manipuliert. Damit schließt er sich einem anderen höchstrichterlichen Urteil an, in welchem der BGH demjenigen eine konkludente Täuschung attestierte, der einen Wettschein abgab, nachdem er die Jockeys des wettgegenständlichen Rennens bestochen hatte.³

¹ BGH 5 StR 181/06 v. 15. Dezember 2006, HRRS 2007, 3; siehe, insbesondere zur Frage des Vermögensschadens *Gaede* HRRS 2007, 16 ff.

² BGHSt 16, 120, 121, mit dem Argument, die Unkenntnis vom Ausgang sei selbstverständlich und werde daher nicht in jedem Wettvertrag zugesichert. Anders noch RGSt 62, 415, 416.

³ BGHSt 29, 165, 168; präzisierend *Klimke* JZ 1980, 581 f.

Nicht nur phänomenologisch liegt es nahe, den „Hoyzer“-Fall dem „Jockey“-Fall zuzuordnen. Vielmehr weist der Fall der Berliner Wettbande auch das entscheidende Element auf, welches den „Jockey“-Fall vom „Spätwetter“-Fall trennt: Der Wettende hatte mit seinen Manipulationsabreden das Informationsungleichgewicht selbst herbeigeführt, während sich der Spätwetter aus allgemein zugänglichen Quellen informiert, also lediglich die mangelnde Aufmerksamkeit des Wettanbieters ausgenutzt hatte. Dieser Unterschied wird im „Hoyzer“-Fall vom BGH ausdrücklich erwähnt.⁴ Bedauerlicherweise verdunkelt die vom BGH bemühte Terminologie dieses der Sache nach entscheidende Kriterium.

I. Der BGH beginnt seine Begründung auf dogmatisch sicherem Terrain, wenn er betont, in Rechtsprechung und Literatur sei die Möglichkeit einer Täuschung durch konkludentes Verhalten allgemein anerkannt. Ein Erklärungswert ließe sich nämlich nicht nur dem entnehmen, was ausdrücklich erklärt werde, sondern auch aus den „Gesamtumständen der konkreten Situation“ ableiten. Relevant sei insofern der dem Erklärenden bekannte Empfängerhorizont, der von den „ersichtlichen Erwartungen der Beteiligten“ bestimmt werde.

Anders als dies gelegentlich in der höchstrichterlichen Rechtsprechung anklingt,⁵ erfasst der Begriff der „ersichtlichen Erwartungen“ nicht nur tatsächlich feststellbare Vorstellungen. Vielmehr hebt der BGH die Bewertung auf ein normatives Niveau, indem er betont, tatsächliche Erwartungen würden ganz wesentlich durch die „Anschauungen der jeweiligen Verkehrskreise“ geprägt.⁶ Indessen stellt dies nur klar, dass nicht (ausschließlich) konkrete, sondern (auch) generelle Erwartungen zur Auslegung des Täuschungsbegriffes herangezogen werden sollen. Damit steht der BGH freilich vor dem Dilemma, dass im massenhaften Geschäfts- und Rechtsverkehr allgemein Redlichkeit erwartet werden muss, da dieser anderenfalls gar nicht bewältigt werden könnte.⁷ Der BGH betont zwar, dass die allgemeine Erwartung von Redlichkeit nicht strafrechtlich geschützt werde.⁸ Doch wird damit der ausfüllungsbedürftige Begriff „Verkehrsanschauung“ noch nicht hinreichend konkretisiert. Für den Komplex des Wettbetruges lässt sich jedenfalls ohne weiteres eine dahingehende Verkehrserwartung behaupten, der Wettende habe vom Ausgang des Rennens keine Kenntnis. Enttäusche der Wettende diese Erwartung, mache er sich des Betruges strafbar. Ganz in diesem Sinne geht denn auch eine Vielzahl von Stimmen

in der Literatur davon aus, der „Spätwetter“-Fall sei vom BGH falsch entschieden worden.⁹ Die „Hoyzer“-Entscheidung hält indessen an der einst eingeschlagenen Rechtsprechungslinie fest: Ausdrücklich wird betont, das Wissensplus sei dort allgemein zugänglichen Informationsquellen entsprungen. Dieser entscheidende Unterschied zum „Jockey“- und „Hoyzer“-Fall findet freilich, wie gesehen, in den vom BGH herangezogenen Prämissen keinen Halt. Darin spiegelt sich ein Grundproblem: Bei den Verkehrserwartungen handelt es sich um eine Leerformel, die ohne weitere – normativierende – Zwischenschritte nicht zwischen relevanten und irrelevanten Verkehrserwartungen zu unterscheiden vermag.¹⁰

Auf der Suche nach einem zusätzlichen Referenzpunkt geht der BGH, im Einklang mit prominenten Vertretern der Lehre,¹¹ noch einen normativierenden Schritt weiter: Auch die in dem spezifischen Kommunikationszusammenhang einschlägigen rechtlichen Normen prägen die tatsächlichen Erwartungen der Verkehrskreise. Daher sei für die Auslegung „rechtsgeschäftlich bedeutsamen Verhaltens“ auch der „rechtliche Rahmen“ und die „typische Pflichten- und Risikoverteilung zwischen den Partnern“ bedeutsam.¹² In jüngerer Vergangenheit hatte der BGH des Öfteren bei der Auslegung des Täuschungsmerkmals auf den außerstrafrechtlichen Regelungsrahmen Bezug genommen.¹³ Auch im Fall der Sportwette scheint der BGH die Spezifika des Vertragstyps genauer in den Blick nehmen zu wollen. Bei einer Sportwette, einer Unterform des wesentlich vom Zufall bestimmten Glücksspiels, sei Gegenstand des Vertrages das „in der Zukunft stattfindende und von den Sportwetteteilnehmern nicht beeinflussbare Sportrisiko“. In der Tat wird bei einem Glücksspiel vertraglicher Inhalt, dass beide Parteien das Entstehen eines Auszahlungsanspruches aus der Gewinnquote vom Ausgang des Spieles abhängig machen, der in weitem Maße vom Zufall abhängt.¹⁴ Da Vertragspartner aber einander nicht vollständige Information schulden,¹⁵ und der BGH klargestellt hat, dass die allgemeine Erwartung von Redlichkeit nicht mittels § 263 StGB geschützt werde, müssen Wettvertragspartner nicht für jede Minimierung des Zufalls haften.¹⁶ Auch die erwähnten einschlä-

⁴ Siehe neben der „Hoyzer“-Entscheidung auch BGHSt 29, 165, 167.

⁵ RGSt 65, 106, 107; BGHSt 3, 69, 71; vgl. auch BGH NJW 1995, 539, 540.

⁶ So auch BGHSt 47, 1, 3; BGHR § 263 Abs. 1 Täuschung 22; ebenso die hL MüKo-Hefendehl StGB, Bd. 4, 2006; § 263 Rn. 88; S/S-Cramer/Perron StGB, 27. Aufl., § 263 Rn. 14/15; Lackner/Kühl StGB, 25. Aufl., § 263 Rn. 7; Tröndle/Fischer StGB, § 263 Rn. 12; LK-Tiedemann StGB, 11. Aufl., § 263 Rn. 22.

⁷ Diese Gefahr sieht auch Weber in: Pfister, Rechtsprobleme der Sportwette, 1989, S. 39, 57.

⁸ Siehe auch BayObLG NJW 1994, 1078, 1079; Schild ZfWG 2006, 213, 215. AA: Bockelmann NJW 1961, 1934, 1935.

⁹ Bockelmann NJW 1961, 1934, 1935; Mittebach JR 1961, 506, 507; Ordemann MDR 1962, 623, 624, der indes den Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Irrtum verneint; Otto GK Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 7. Aufl., S. 234; Wersdörfer JZ 1962, 451.

¹⁰ Vgl. Hassemer JuS 1980, 684, 685.

¹¹ LK-Tiedemann § 263 Rn. 30; S/S-Cramer/Perron § 263 Rn. 14/15; MüKo-Hefendehl § 263 Rn. 88.

¹² In diese Richtung bereits LK-Lackner StGB, 10. Auflage, § 263 Rn. 29. Dem BGH insoweit zust. auch Gaede HRRS 2007, 16 f.

¹³ BGHSt 47, 83, 87; siehe auch BGHSt 46, 196, 199; BGHR § 263 Abs. 1 Täuschung 22.

¹⁴ Bamberger/Roth-Janoschek BGB, 2003, § 762 Rn. 20; Erman-Terlau BGB, Bd. 1, 11. Aufl., § 762 Rn. 2; Prütting/Wegen/Weinreich-Brödermann, BGB, 2006, § 762 Rn. 12.

¹⁵ Kindhäuser ZStW 103 (1991), 398, 403; deutlich weiter: Pérez Manzano Bausteine des Europäischen Wirtschaftsstrafrechts, Madrid Symposium für Klaus Tiedemann, S. 217 f.

¹⁶ Diesen Umstand vernachlässigen diejenigen, welche die Betrugsstrafbarkeit im Fall der Spätwette wegen des Fehlens

gigen Entscheidungen des BGH zum Komplex Wettbetrug verdeutlichen, dass in der Sache zwischen relevanten und irrelevanten Minimierungen des Wettzufalls unterschieden wird.¹⁷ Wer öffentlich zugängliches Sonderwissen einsetzt, darf das Wissensdefizit des Wettanbieters ausnutzen, wer das Spiel manipuliert hat nicht. Diese Abgrenzung lässt sich indessen nicht aus der zivilrechtlichen Pflichtenverteilung nachzeichnen. Zudem darf man die Leistungskraft des Zivilrechts nicht überschätzen: In der Praxis wird das Bestehen nebenvertraglicher Aufklärungspflichten nämlich je im Einzelfall anhand einer vagen, ebenfalls an der Verkehrsanschauung¹⁸ orientierten Formel bestimmt.¹⁹ Die Literatur begnügt sich mit dem Zusammenstellen von Entscheidungstopoi²⁰ und dem Hinweis, es seien „Einzelfallentscheidungen“ zu treffen.²¹ Metakriterien, die bei der Bestimmung von Aufklärungspflicht helfen sollen, liegen jedenfalls im Dunkel.²² Es kann daher nicht überraschen, dass die Frage, ob und wann Sonderwissen des Wettenden eine Aufklärungspflicht nach sich zieht, im Zivilrecht ebenso umstritten ist wie im Strafrecht.²³ Bezeichnenderweise verweisen manche zivilrechtlichen Kommentatoren zur Begründung, wann und weshalb ein Wettender Sonderwissen offenbaren müsse, auf die einschlägigen Entscheidungen der Strafsenate des BGH.²⁴ So dreht man sich im Kreis.

Der BGH entscheidet den Fall der Berliner Wettbetrüger denn auch nicht mittels der typischen Pflichten- und Risikoverteilung des Wettvertrages. Vielmehr abstrahiert er von dessen Spezifika und formuliert eine weit reichende Regel: Die Erwartung, der Vertragspartner habe keine

der vertragstypischen Unsicherheit generell bejahen, siehe S/S-Cramer/Perron § 263 Rn. 16e; MK-Hefendehl § 263 Rn. 113; Lackner/Kühl § 263 Rn. 9; LK-Tiedemann § 263 Rn. 31; Valerius SpuRt 2005, 90, 92; anders aber Gaede HRRS 2007, 16, 17.

¹⁷ Vgl. auch SK-Hoyer § 263 Rn. 43.

¹⁸ BGH NJW 1991, 1223, 1224; NJW 1992, 1222; NJW 1996, 1339, 1340 jeweils mwN.

¹⁹ Siehe nur BGH NJW 2001, 2021; NJW 2003, 1811, 1812, wonach aufklärungspflichtig alle Umstände seien, die für den Vertragsschluss erkennbar von wesentlicher Bedeutung sind und deren Mitteilung nach Treu und Glauben verlangt werden können.

²⁰ G. Roth in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 2a, 4. Aufl., § 241 Rn. 131 ff.; Staudinger-Olzen, 2005, § 241 Rn. 446 ff.

²¹ G. Roth (Fn. 20), § 241 Rn. 124.

²² Siehe G. Roth (Fn. 20) § 241 Rn. 124; Staudinger-Olzen, § 241 Rn. 446, die auf den Gedanken der Fairness hinweisen. Der Fairnessbegriff kann indessen sowohl durch den Gedanken der Eigenverantwortlichkeit als auch den der Waffengleichheit ausgefüllt werden. Wenn gar beide nebeneinander genannt werden (Olzen, aaO), werden systematisch abgesicherte und fallübergreifend gültige Aussage kaum mehr möglich.

²³ Brödermann (Fn. 14), § 762 Rn. 24; Seibert in: RGRK, Band 2, 4. Teil, 12. Auflage, § 762 Rn. 10; Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band 2, 1896, S. 646; schwächer Habersack in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 5, 4. Aufl., 2004, § 762 Rn. 30. AA: Engel in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 13. Aufl., § 762 Rn. 27.

²⁴ Habersack in: Münchener Kommentar zum BGB, § 762 Rn. 20, insbes. Fn. 78; Seibert in: RGRK, § 762 Rn. 10.

vorsätzliche sittenwidrige Manipulation des Vertragsgegenstandes vorgenommen, sei unverzichtbare Grundlage jeden Geschäftsverkehrs. Bei einem Wettvertrag erkläre demzufolge jeder der Beteiligten konkludent, „dass das wettgegenständliche Risiko nicht durch eine von ihm veranlasste, dem Vertragspartner unbekannt Manipulation des Sportereignisses zu seinen Gunsten verändert wird.“ Mit dem Abstellen auf die generelle Erwartung von Manipulationsfreiheit fällt der BGH indessen wieder hinter die Erkenntnis zurück, dass es eines Zwischenschritts bedarf, um relevante von irrelevanten Erwartungen zu trennen. Anders gewendet: Weshalb die Manipulation des Wettgegenstandes relevant, allgemein zugängliches Wissen über den Ausgang eines Pferderennens aber irrelevant ist, zeichnet weder generelle Verkehrserwartungen noch spezifische zivilrechtliche Pflichten nach. Damit hat es der BGH versäumt, ein tragfähiges Kriterium zu benennen, das – in den Worten des BGH – die zulässige Annahme einer konkludenten Täuschung von einer willkürlichen Konstruktion trennt. Angesichts des Umstandes, dass das Wesen der konkludenten Täuschung Normativität ist,²⁵ stellt dies mehr als eine bloß lässliche Sünde dar.

II. Die Entscheidungsbegründung ist umso bedauerlicher, als die Verwendung der gängigen Terminologie den Umstand verdeckt, dass der BGH nicht nur im Ergebnis richtig entschieden hat. Vielmehr hat der BGH der Sache nach die einschlägigen Fälle auch anhand eines Kriteriums abgegrenzt, welches verallgemeinerbar ist, jedenfalls aber die Wettbetrugsentscheidungen konsistent zu erklären vermag: das Kriterium der Zuständigkeit für Informationsdefizite. Statt also auf die Leerformel der Verkehrserwartungen zu rekurrieren, hätte der BGH auch ausdrücklich danach fragen können, ob die kognitive Unterlegenheit des Opfers dem Täter zugerechnet werden kann.²⁶ Dies ist der Fall, wenn dem Erklärenden seine kognitive Überlegenheit nicht zusteht,²⁷ er mithin ein Recht des Opfers auf Aufklärung verletzt.²⁸ Eine Folgenverantwortung für eine defizitäre Informationsausstattung des Geschäftspartners entsteht insbesondere dann, wenn der Täter sich selbstwidersprüchlich verhält,²⁹ indem er insgeheim die identitätsbestimmenden Minimalbedingungen einer Interaktion nicht gelten lässt.³⁰ Auf die Wettfälle übertragen: Wettende müssen die typische Unsicherheit respektieren.³¹ Mit Manipulationsabsprachen wird in diese Unsicherheit eingegriffen, so dass der Täter die Folgenverantwortung für das Wissensdefizit des Wettanbieters trägt. In dem Bruch einer – durch die Manipulation begründeten – Aufklärungspflicht bei der

²⁵ Treffend Walter Betrugsstrafrecht in Frankreich und Deutschland, 1999, S. 47.

²⁶ Pawlik StV 2003, 297.

²⁷ Kindhäuser ZStW 103 (1991), 398, 402; Pawlik Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 104.

²⁸ Pawlik (Fn. 27), S. 107; Kindhäuser ZStW 103 (1991), 398, 402; ders. Festschrift f. Bemann, S. 339, 354.

²⁹ Pawlik (Fn. 27), S. 162; ähnlich NK-Kindhäuser StGB, Bd. 2, 2. Aufl., § 263 Rn. 110; Kindhäuser/Nikolaus JuS 2006, 193, 195.

³⁰ Pawlik (Fn. 27), S. 168 f.

³¹ Kindhäuser ZStW 103 (1991), 398, 403; Pawlik (Fn. 27), S. 148.

Abgabe des Wertscheines liegt dann eine konkludente Täuschung.³² Mit diesem zurechnungsorientierten Ansatz lassen sich auch andere Fälle von Wissensvorsprüngen konsistenter erklären als mit der Formel der Verkehrserwartungen: Hat der Wettende nur zufällig Kenntnis von fremden Manipulationsabsichten, so haben andere die vertragstypische Ungewissheit verletzt. Diese anderen trifft die Zuständigkeit für die Abwendung vermögensschädigender Dispositionen durch den Wettanbieter. Mit seinem zufälligen Mehrwissen bewegt sich der Wettende zwar außerhalb der identitätswesentlichen Merkmale einer Wette, er kann den Wettanbieter aber darauf verweisen, dass eine primäre Zuständigkeit zur Aufklärung andernorts begründet ist.³³ Auch die zutreffende Entscheidung des „Spätwetten“-Falles findet mit einem normativ-zuständigkeitsorientierten Ansatz eine zwanglose Begründung. Die Zuständigkeit des Erklärenden für das Wissensdefizit setzt voraus, dass der Erklärungsempfänger aus seiner grundsätzlich ihm zugewiesenen Verantwortung entlassen werden kann, sich selbst das notwendige Orientierungswissen zu verschaffen.³⁴ Im Fall der „Spätwette“ hat der Wettanbieter selbst dafür Sorge zu tragen, dass er nur Wetten für Spiele annimmt, deren Ergebnis nicht allgemein zugänglichen Quellen entnommen werden kann. Die Annahme kurzfristiger Wetten ist mithin, in gängiger Terminologie eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung.³⁵ Verwirklicht sich die Gefahr, kann der Vermögensschaden nicht dem aufmerksamen Wettenden zugerechnet werden.³⁶ Ebenso wenig begründet Insiderwissen – etwa ein belauschtes Gespräch des

Trainers – eine Aufklärungspflicht.³⁷ Das „Durchsickern“ solcher Informationen ist das typische Geschäftsrisiko eines Wettanbieters, der seine Wettquoten an das Spiel und das Verhalten Dritter knüpft.

Schließlich entschärft diese normativierende Auslegung auch den Streit über die Abgrenzung von konkludenter Täuschung und Täuschung durch Unterlassen.³⁸ Kern dieses Streites ist der Einwand, mit der Annahme einer konkludenten Täuschung werde systemwidrig die Straffreiheit umgangen, die daraus resultiere, dass eine Täuschung durch Unterlassen mangels Garantenstellung aus Ingerenz nicht strafbar sei.³⁹ Der hier vorgestellte Vorschlag stellt nicht auf eine Ingerenzpflicht ab. Vielmehr verletzt der Täter eine Aufklärungspflicht, die sich aus seinem tätigen Eingriff in die vertragstypische Unsicherheit speist. Dann freilich spielt es dogmatisch keine entscheidende Rolle mehr, ob man die Verletzung dieser Aufklärungspflicht in dem Unterlassen der Aufklärung oder in der konkludenten Erklärung erblickt, der zufolge die vertragstypische Unsicherheit respektiert worden sei.

Der BGH hat mithin in der Sache richtig entschieden. Dass er es versäumt hat, die seiner Rechtsprechungslinie zugrunde liegende Erwägung deutlich auszusprechen, ist bedauerlich: Nicht nur Sportfunktionäre, auch Strafrechtler freuen sich über eindeutige Botschaften.

³² Eine Notwendigkeit, bereits in solchen Manipulationen die tatbestandliche Täuschungshandlung zu sehen, wie dies *Weber* (Fn. 7, S. 39, 59) vorschlägt, besteht daher nicht.

³³ Offengelassen von BGHSt 29, 165, 168.

³⁴ *Pawlik* (Fn. 27), S. 168 f.

³⁵ In diese Richtung auch *Vogel* Gedächtnisschrift f. Keller, S. 313, 323 f.

³⁶ AA: NK-*Kindhäuser* § 263 Rn. 133.

³⁷ Im Ergebnis wie hier *Kutzner* JZ 2006, 712, 716; *Weber* in: *Pfister*, Rechtsprobleme der Sportwette, 1989, S. 39, 54 f.; AA: *Valerius* SpuRt 2005, 90, 92.

³⁸ *Pawlik* Festschr. f. Lampe, S. 689, 694 ff.; siehe auch S/S-*Cramer/Perron* § 263 Rn. 14/15.

³⁹ So *Schild* ZfWG 2006, 213, 216 f.; *Schlösser* NStZ 2006, 425, 426 f.; vorsichtiger *Fasten/Oppermann* JA 2006, 69, 71.