

Michael Funck

Täuschungsbedingter Betrugsschaden

– bei Abschluss eines in Manipulations- oder Täuschungsabsicht abgeschlossenen Vertrags mit bedingtem Leistungsanspruch



Nomos

Schriftenreihe zum deutschen, europäischen und internationalen Wirtschaftsstrafrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Uwe Hellmann, Universität Potsdam
Jun.-Prof. Dr. Elisa Hoven, Universität zu Köln
Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Kubiciel, Universität Augsburg
Prof. Dr. Christian Schröder,
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

Band 36

Michael Funck

Täuschungsbedingter Betrugsschaden

– bei Abschluss eines in Manipulations- oder Täuschungsabsicht
abgeschlossenen Vertrags mit bedingtem Leistungsanspruch



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Bayreuth, Univ., Diss., 2017

ISBN 978-3-8487-4795-5 (Print)

ISBN 978-3-8452-8948-9 (ePDF)

1. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

*Meiner Ehefrau,
meinen Eltern und meinen Geschwistern*

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester August 2016 von der Universität Bayreuth als Dissertation angenommen. Im Wesentlichen entstand die Arbeit während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Strafrechtslehrstuhl meines Doktorvaters Prof. Dr. Nikolaus Bosch in der Zeit von Mai 2011 bis September 2013, wurde jedoch aufgrund der folgenden beruflichen Inanspruchnahme meiner Person als Staatsanwalt sowie meines Doktorvaters erst im August 2016 fertiggestellt. Hierbei wurde Schrifttum und Rechtsprechung bis Juli 2016 berücksichtigt. Für die Veröffentlichung der Arbeit wurden die Zitierungen im Falle zwischenzeitlich erschienener neuerer Auflagen der zitierten Werke aktualisiert, formale Fehler (wie Interpunktionsfehler) berichtigt sowie weitere neue Quellen, Gerichtsurteile und Rechtsänderungen bis Oktober 2017 eingearbeitet.

Besonderer Dank gilt Prof. Dr. Nikolaus Bosch für die erste Anregung sowie die Betreuung der vorliegenden Arbeit. Er ließ mir (trotz einer vollen Mitarbeiterstelle an seinem Lehrstuhl) zeitlich, aber auch inhaltlich alle Freiheiten bei der Fertigung dieser Arbeit, nahm sich jedoch gleichzeitig immer mit großer Begeisterung Zeit für fachliche (aber auch viele nette, private) Gespräche, die für diese Arbeit sehr fruchtbar waren. Ich werde die Tätigkeit an seinem Lehrstuhl sowie die Zusammenarbeit (und die außeruniversitären Aktivitäten) mit den weiteren Mitarbeitern der Universität immer in bester Erinnerung behalten. Frau Prof. Dr. Nestler danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Ein besonderer Dank gilt – neben meinen Eltern, die mich und meine Ausbildung stets großzügig förderten – meiner Frau Judith, die mich in der Endphase im Rahmen der Doppelbelastung von Promotion und staatsanwaltschaftlicher Tätigkeit im Alltag stark entlastete und somit die Fertigstellung dieser Arbeit erst möglich machte. Gleiches gilt für meinen Schwiegervater, ohne den die Realisierung unseres Hausbaus während dieser Zeit nicht möglich gewesen wäre.

Bayreuth, den 9.11.2017

Michael Funck

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	23
Einleitung	27
Kapitel 1: Die einzelnen Verträge mit bedingtem Leistungsanspruch	32
I. Vertrag mit zufallsbedingtem Anspruch	33
1. Die Sportwette	36
a) Rechtliche Grundlagen der Sportwette	36
b) Arten der Sportwette	41
aa) Das TOTO	41
bb) Die ODDSET-Wette	42
c) Ablauf des Vertragsschlusses im Rahmen der Sportwetten	44
d) Manipulations- oder Täuschungsabsichten	46
aa) Absicht, das anspruchsbedingende Ereignis zu beeinflussen	46
bb) Absicht, über anspruchsbedingendes Ereignis zu täuschen	48
2. Der Versicherungsvertrag	49
a) Rechtliche Grundlagen und Arten des Versicherungsvertrags	49
b) Motive der Vertragsparteien für Abschluss eines Versicherungsvertrags	50
c) Gegenseitigkeitsverhältnis	51
aa) Geldleistungstheorie	52
bb) Gefahrtragungstheorie	52
cc) Stellungnahme	52
d) Manipulations- oder Täuschungsabsichten	54
II. Vertrag mit leistungsbedingtem Anspruch	56
1. Anspruchsbedingung ist durch den Anspruchsinhaber beeinflussbar	57
a) Erfolgsabhängiger Anstellungsvertrag eines Mannschaftssportlers	58
b) Erfolgsabhängiger Sponsoringvertrag eines Einzelsportlers	61

c)	Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses mögliche Manipulationsabsichten	64
aa)	Absicht, das anspruchsbedingende Ereignis zu beeinflussen	64
bb)	Absicht, über das anspruchsbedingende Ereignis zu täuschen	64
2.	Anspruchsbedingung ist durch Anspruchsgegner beeinflussbar	65
a)	Fallbeispiel: Indirekte Beteiligung an einer Fondsgesellschaft	66
b)	Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses mögliche Manipulationsabsichten	68
aa)	Absicht, über anspruchsbedingendes Ereignis zu täuschen	69
bb)	Absicht, das anspruchsbedingende Ereignis zu beeinflussen	70
III.	Optionsverträge	71
1.	„Unbeschränkte Optionen“	72
a)	Zivilrechtliche Einordnung des Optionsgeschäfts	74
b)	wirtschaftliche Motive und Folgen von Wertpapieroptionsgeschäften	76
aa)	Sicherungs- und Risikominderungsfunktion („Hedging“)	76
bb)	Das Spekulationsmotiv	77
c)	Fallbeispiel: Scalping im Rahmen von OTC- (Wertpapier-)Optionen	78
aa)	OTC-Optionen	78
bb)	Manipulations- und Täuschungsabsichten	80
cc)	Abgrenzung zu anderen Fällen des Eingehungsbetrugs	84
2.	„Beschränkte Optionen“	86
a)	Fallbeispiel schuldrechtliches Vorkaufsrecht	86
b)	Manipulations- und Täuschungsabsichten	88
aa)	Absicht, über anspruchsbedingendes Ereignis zu täuschen	88
bb)	Absicht, den Eintritt des äußeren Ereignisses zu beeinflussen	89

Kapitel 2: Täuschung durch aktives Tun	93
I. Tatsache als Gegenstand der Täuschung	94
1. Herrschende Definition der Sachenaussage	94
a) Das Kriterium der Beweisbarkeit und der Beweisgerichtetheit	96
b) Der Zeitbezug der Tatsache	101
2. Aus Wahrheitsanspruch abgeleiteter Tatsachenbegriff	103
II. Mögliche Täuschungsgegenstände	109
1. Äußere Tatsachen	110
a) Aussagen über selbst beeinflussbare zukünftige Ereignisse	110
b) Aussage über Antezedenzbedingungen und Gesetzmäßigkeiten	112
c) Werthaltigkeit des bedingten Anspruchs als Tatsache	113
d) Aussage über Chancen oder Risiken (Wahrscheinlichkeitsaussage)	115
aa) Zukunftsbezug der Wahrscheinlichkeitsaussage	116
bb) Beweisbarkeit der Wahrscheinlichkeitsaussage	117
cc) Aussagen über Chancen innerhalb eines Risikogeschäfts	120
e) Täuschung über Eigenart des Geschäfts	121
f) Zum Zwecke der späteren Manipulation bereits verwirklichte Handlungen	124
g) Vorbereitungshandlungen und Chancen als äußere Tatsachen	124
2. Innere Tatsachen	125
a) Rechtsprechung und herrschende Meinung	125
b) Verfassungsrechtliche Bedenken	126
c) Fehlender Objektivitätsanspruch	128
d) Absichten und Kenntnisse als betrugsrelevante innere Tatsachen	129
III. Begriff der Täuschung	130
1. Täuschung als Tathandlung des Betrugs	131
2. Genauer Inhalt des Täuschungsbegriffs	133
a) Täuschung als Verhalten mit unrichtigem Erklärungswert	134
b) Manipulation des Bezugsobjekts der Vorstellung als Täuschung	135
c) Täuschung als Enttäuschung kommunikativen Vertrauens	138

IV. Ausdrückliche Täuschung	141
1. Generelle Begriffsbestimmung der ausdrücklichen Täuschung	141
2. Allgemeine Geschäftsbedingungen	143
3. Verträge mit zufallsbedingtem Anspruch	144
a) Ausdrückliche Täuschung bei Sportwettverträgen	144
b) Ausdrückliche Täuschung bei Versicherungsverträgen	146
4. Verträge mit vom Anspruchsinhaber beeinflussbaren Ansprüchen	149
a) Anstellungsvertrag eines Mannschaftssportlers	149
b) Sponsoringvertrag eines Einzelsportlers	152
5. Verträge mit vom Anspruchsgegner beeinflussbaren Ansprüchen	153
6. Optionsverträge	154
7. Fehlendes Motiv für Zusicherung der Redlichkeit der Absichten	154
V. Konkludente Täuschung	155
1. Sog. „Faktische Betrachtungsweise“ der Rechtsprechung	156
2. Normative Auslegungen	160
3. Vermittelnde Ansichten	165
4. faktisch-normative Betrachtungsweise	167
a) Irreführender Erklärungswert als konstitutives Merkmal	168
b) Bestimmung des objektivierten Empfängerhorizonts	170
VI. Konkludente Täuschung bei Verträgen mit zufallsbedingtem Anspruch	173
1. Konkludente Täuschung im Fall der Sportwette	173
a) Rechtsprechung	174
aa) Spätwettenfall des RG	175
bb) Spätwettenfall des BGH	175
cc) Rennquintettentscheidung	177
dd) „Fall Hoyzer“	177
ee) „Sapina-Fall“	181
ff) Andere Gerichtsentscheidungen im Bereich des (Glücks-)Spiels	183
gg) Gemeinsame Leitlinien der Gerichtsentscheidungen	186

b) Strafrechtliches Schrifttum	189
aa) Bestimmung des Erklärungsinhalts anhand der Risikoverteilung	189
aaa) Erklärung über Nichtmanipulation der Geschäftsgrundlage	189
bbb) Konkludente Erklärung nur über Vertragspflichten	196
bb) Bestimmung des Erklärungsinhalts anhand faktischer Umstände	197
c) Faktisch-normative Betrachtung	201
aa) Fehlende Manipulationsabsicht als vertragliche Nebenpflicht?	203
bb) Vertragliche Risikoverteilung	207
cc) Grundlagen des Rechtsgeschäfts	209
dd) Gesamtbetrachtung	211
2. Konkludente Täuschung im Fall des Versicherungsvertrags	211
a) Vertragsabschluss bei zweistufigem Tatplan	212
aa) „Al-Quaida-Fall“	212
bb) Kritik am BGH-Urteil	216
cc) Ermittlung des Erklärungswerts des Verhaltens bei Vertragsschlusses	217
aaa) Verletzung einer schuldrechtlichen Nebenpflicht	218
bbb) Minimum an Redlichkeit	225
ccc) Verhältnis zwischen Eingehungs- und Erfüllungsbetrug	226
ddd) faktische Umstände	227
eee) Erklärungswert des Vertragsschlusses	227
b) Vertragsabschluss bei dreistufigem Tatplan	228
aa) Rechtsprechung: „Brandversicherungsfall“ des RG	228
bb) Ermittlung des Erklärungswerts des Verhaltens bei Vertragsschluss	229
c) Erklärungswert des Versicherungsvertragsabschlusses	231
VII. Konkludente Täuschung bei vom Anspruchsinhaber beeinflussbaren Ansprüchen	232
1. Anstellungsvertrag eines Mannschaftssportlers	232
a) Erklärungswert bestimmter vertraglicher Gestaltungen	233
b) Gesetzliche Risikoverteilung	234
c) Entgegenstehende faktische Umstände	237

d) Erklärungswert des Abschlusses eines Arbeitsvertrags im Profisport	238
2. Sponsoringvertrag eines Einzelsportlers	238
a) Erklärungswert anhand normativer Auslegungskriterien	239
b) Faktische Umstände	241
3. Erklärungswert des Profisportlers bei Vertragsschluss	242
VIII. Konkludente Täuschung bei vom Anspruchsgegner beeinflussbaren Ansprüchen	242
1. Täuschung über die Art der Anlageform	243
2. Täuschung über Gewinnchance	245
a) Geschäftstypische Risikoverteilung	246
b) Tatsächliche Umstände des Einzelfalls	247
3. Täuschung über Erfüllungswille	248
4. Täuschungsgegenstände bei täuschendem Anspruchsgegner	249
IX. Konkludente Täuschung bei Optionsverträgen	249
1. „Unbeschränkte Optionen“	249
a) Täuschung über Erfüllungswille	249
b) Täuschung über vorhandenen Manipulationswillen	250
c) Täuschung über Nichtvornahme von Vorbereitungshandlungen	252
d) Täuschung über Abweichungen vom vertragstypischen Risiko	253
2. „Beschränkte Optionen“	254
a) Erklärungsinhalt bei Vertragsabschluss in Umgehungsabsicht	254
b) Erklärungsinhalt bei Vertragsabschluss in Erschleichungsabsicht	255
3. Täuschungsgegenstände bei Optionsverträgen	257
X. Aktive Täuschung bei Verträgen mit bedingten Ansprüchen	257
Kapitel 3: Täuschung durch Unterlassen	261
I. Generelle Begriffsbestimmung der Täuschung durch Unterlassen	261
1. Garantienstellung	262
2. Entsprechungsklausel	265
a) Leerformel-Theorie	265
b) Gesamtbewertungslehre	266

c) Handlungsmodalitätenäquivalenz	267
aa) Verstoß gegen Aufklärungspflichten als Handlungsunwert	268
bb) Falscher Erklärungswert als Handlungsunwert	270
cc) Nichtverhinderung des Irrtums als Handlungsäquivalenz	270
dd) Transformation aller unrechtskonstituierenden Merkmale	271
II. Täuschung durch Unterlassen in den betrachteten Einzelfällen	274
1. Täuschung durch Unterlassen bei Verträgen mit zufallsbedingtem Anspruch	274
a) Täuschung durch Unterlassen im Rahmen der Sportwette	274
aa) Garantenstellung	275
bb) Entsprechungsklausel	278
b) Täuschung durch Unterlassen im Rahmen des Versicherungsvertrags	278
aa) Garantenstellung	278
aaa) Garantenstellung aus Ingerenz	279
bbb) Verletzung eines besonderen Vertrauensverhältnisses	280
bb) Entsprechungsklausel	281
2. Täuschung durch Unterlassen bei Verträgen mit leistungsbedingtem Anspruch	281
3. Täuschung durch Unterlassen bei den Optionsverträgen	281
a) Garantenpflicht	282
aa) Ingerenz	282
bb) Besonderes Vertrauensverhältnis	282
b) Entsprechungsklausel	283
4. Keine Vermittlung einer Tatsachengrundlage	283
Kapitel 4: Vermögensschaden	284
I. Begriff des Vermögensschadens	284
1. Juristischer Vermögensbegriff	285
2. Wirtschaftlicher Vermögensbegriff	286
a) Rein wirtschaftlicher Vermögensbegriff	286
b) Juristisch-wirtschaftlicher Vermögensbegriff	286
3. Personaler Vermögensbegriff	287
4. Individuell-objektiver Schadensbegriff	292

II. Mögliche Zeitpunkte des Schadenseintritts	293
1. Schaden bei Vertragsschluss („Eingehungsbetrag“)	294
2. Eintritt eines endgültigen Schadens infolge späteren Leistungsaustauschs	294
a) Abwicklungsbetrag (echter Erfüllungsbetrag)	295
b) „Unechter Erfüllungsbetrag“ und „abgewickelter Eingehungsbetrag“	296
aa) „unechter Erfüllungsbetrag“	296
bb) „Abgewickelter Eingehungsbetrag“	298
cc) Erfüllungsbetrag, der auf einem Eingehungsbetrag folgt	300
III. Schadensbestimmung beim Eingehungsbetrag	302
1. Die schadensgleiche Vermögensgefährdung	303
a) Einheitliche Rechtsprechung bis 2007	303
b) Kritik an der Figur der „schadensgleichen Vermögensverfügung“	304
aa) Begriffliche Kritik	304
bb) Inhaltliche Kritik	306
c) Kriterien zur Sicherstellung der Vermögensrelevanz einer Gefährdung	308
aa) Hinreichender Gefährdungsgrad	309
bb) Herrschaftsmodelle/ Modell der Vermeidemacht	310
cc) Zeitliche Nähe und Unmittelbarkeit des Schadenseintritts	313
dd) Feststehen der Gefährdungstatsachen	314
ee) Subjektive Einschränkungen des 2. Senats	314
ff) Generelle Kritik an normativen Ansätzen	317
d) Ansätze einer wirtschaftlich-juristischen Schadensbestimmung	318
aa) Zivilrechtsakzessorische Ansicht Cramers	318
bb) Bereicherungsrechtliche Lösung	319
2. Gefahrbedingter Schaden als quantifizierter Geldwert	320
a) Die „Abschaffung“ des „Gefährdungsschadens“ durch den 1. Strafsenat	321
aa) Grundsatzentscheidungen des 1. Strafsenats	321
bb) Kritik an Inkonsequenz bei Schadensfeststellung	323
b) Bezifferung als verfassungsrechtlich gebotene Pflicht	326

c)	Genauer Inhalt der Bezifferungspflicht	330
aa)	Bilanzrecht als verfassungsrechtlich gebotener Wertmaßstab?	330
bb)	Anforderungen an Schätzungen und Mindestschaden	331
cc)	Ausnahme: Evidenzfälle	332
3.	Kritik an den Entscheidungen des BVerfG sowie der Bezifferungspflicht	333
a)	Kritik an Prüfungskompetenz und „methodengerechter Auslegung“	334
aa)	Methodengerechte Auslegung als verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab	334
bb)	Bezifferungspflicht als zwingendes Ergebnis einer methodengerechten Auslegung	337
b)	Systematische Kritik	340
aa)	Gleichstellung von endgültigem Schaden und Gefährdung?	340
bb)	Zweckverschiedenheit der Vermögensermittlungsmodelle	341
cc)	Berücksichtigung der Besonderheit des Gefährdungsschadens	342
dd)	Strafbarkeitserweiterung?	342
c)	praktische Kritik	345
4.	Folgen für die strafrechtliche Schadensfeststellung	348
a)	Bindung hinsichtlich Bezifferungspflicht	348
b)	Umsetzung durch den BGH?	349
aa)	Umgehung durch normativierten Schadensbegriff	349
bb)	Fehlende Konkretisierung	352
5.	Methoden zur Berechnung der Schadenshöhe	353
a)	Grundarten der Bestimmung von Vermögenswerten	353
aa)	Bewertung zum Marktpreis	354
bb)	Bewertung zu (fortgeschriebenen) Anschaffungskosten	356
cc)	Bewertung zum Barwert	356
dd)	Erwartungswert	357
ee)	Bewertung zum Teilwert	359
b)	Die Handelsbilanz nach HGB	360
aa)	Vorsichts- und Imparitätsprinzip	361
(1)	Vorsichtsprinzip	361
(2)	Imparitätsprinzip	362

bb) Bilanzansatz und Wertberichtigungen	362
(1) Bewertung zu Anschaffungskosten	363
(2) Niederstwertprinzip bei außerplanmäßigen Abschreibungen	363
(3) Rückstellungen	364
cc) Fazit	366
c) IFRS und Steuerbilanz	368
aa) Steuerbilanz	369
bb) IFRS	370
(1) Bewertung und Wertberichtigungen von Vermögensgegenständen	370
(2) Bilanzierung von Forderungen	372
(3) Bilanzierung von Forderungen aus schwebenden Geschäften	373
cc) Überschuldungsbilanz und Substanzwert	376
6. Wirtschaftliche Schadensermittlung	379
IV. Verträge mit zufallsbedingtem Anspruch	380
1. Sportwette	381
a) Schadensgleiche Vermögensgefährdung	381
b) Quotenschaden	383
c) Kritik an Quotenschaden	384
d) Sapina-Entscheidungen des BGH zur Sportwette	386
aa) Praktische Umsetzbarkeit der Schadensermittlung?	387
bb) Schaden aufgrund persönlichen Schadenseinschlags?	391
cc) Fehlender Eingehungsschaden, wenn weitere Täuschung notwendig?	391
dd) Kompensation des bezifferbaren Quotenschadens	393
aaa) Fester Gewinnanteil (TOTO-Spiel)	394
bbb) Variable Gewinnanteile bei unveränderlichen Quoten	396
ccc) Variable Gewinnanteile bei sich ständig anpassenden Quoten	398
e) Schadensvertiefung bei Auszahlung?	399
aa) Grundsätzlich	399
bb) Schadenshöhe	401
aaa) Automatische Auszahlung	401
bbb) Täuschungsbedingte Auszahlung der Wettsumme	402

cc)	Zurechenbarkeit bei fehlender Ursächlichkeit der Manipulation	403
aaa)	Automatische Auszahlung	404
bbb)	Auszahlung des Wettgewinns gegen Vorlage des Wettscheins	405
dd)	Kompensation des Schadens	406
f)	Schaden bei unbedingtem Entstehen des Gewinnanspruchs	407
g)	Vermögensschaden bei der Sportwette	409
2.	Versicherungsvertrag	413
a)	Der „Prämien Schaden“ der Rechtsprechung	414
aa)	Brandversicherungsfall	415
bb)	Unfallversicherungsfall	417
cc)	Der Al-Quaida-Fall	419
aaa)	Urteil des BGH	420
bbb)	Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts	424
b)	Kein Eingegangsschaden beim Versicherungsvertrag?	427
c)	Kein Eingegangsschaden bei automatischer Nichtigkeitsfolge?	430
d)	Kein Eingegangsschaden bei mehraktigem Tatplan?	432
aa)	Systematische Erwägungen	433
bb)	Unrechtsschwerpunkt	435
cc)	Vergleich zu Zug-um-Zug-Fällen	435
dd)	Konkrete Gefährdung?	436
aaa)	Vergleichbare Gerichtsurteile	437
bbb)	Unmittelbares Ansetzen im Hinblick auf Endschaden?	438
ee)	Zwischenergebnis	443
e)	Bezifferbarkeit des Schadens?	443
aa)	Konkrete Schadensberechnung	443
bb)	Schaden aufgrund persönlichen Schadenseinschlags	446
cc)	Die Bedeutung bilanzieller Erwägungen	446
dd)	Typische Fälle eines bezifferbaren Eingegangsschadens	448
aaa)	Überversicherung	448
bbb)	Mehrfachversicherung	449
f)	Schadensvertiefung bei Auszahlung der Versicherungssumme?	452
g)	Vermögensschaden beim Versicherungsvertrag	452

3. Vermögensschaden bei Verträgen mit zufallsbedingten Ansprüchen	453
V. Verträge mit leistungsbedingtem Anspruch	454
1. Vom Anspruchsinhaber beeinflussbarer Anspruch	454
a) Anstellungsvertrag des dopingwilligen Sportlers	455
aa) Sportler ist bei Vertragsschluss bereits gedopt	455
aaa) Wertermittlung der Entlohnungsansprüche	457
(i) Wertermittlung hinsichtlich Fixanteil	457
(ii) Wertermittlung hinsichtlich des erfolgsabhängigen Anteils	458
bbb) Wertermittlung des Anspruchs auf Sportlerleistung	459
(i) Methode 1: Prognostische Wertermittlung	459
(ii) Methode 2: Ermittlung des Marktwerts	462
ccc) Eingehungsschaden bei Anstellungskörperschaft	465
bb) Sportler hat erst Dopingabsicht	465
aaa) Wertermittlung der Entlohnungsansprüche	466
bbb) Wertermittlung des Anspruchs auf Sportlerleistung	466
ccc) Fehlender Eingehungsschaden bei Anstellungskörperschaft	467
b) Sponsoringvertrag	468
aa) Sportler ist bereits bei Abschluss des Sponsoringvertrags gedopt	469
aaa) Wertermittlung der Entlohnungsansprüche	469
(i) Wertermittlung hinsichtlich Fixanteil	470
(ii) Wertermittlung hinsichtlich des erfolgsabhängigen Anteils	470
bbb) Wertermittlung des Anspruchs auf Erbringung der Werbeleistung	470
(i) Methode 1: Prognostische Wertermittlung	470
(ii) Methode 2: Ermittlung des Marktwerts	472
ccc) Fehlender Eingehungsschaden bei Sponsors	475
bb) Sportler hat erst Dopingabsicht	476
c) Eingehungsschaden bei von Anspruchsinhaber beeinflussbarem Anspruch	477
2. Vom Anspruchsgegner beeinflussbarer Anspruch	478
a) Wert des Einlageanspruchs gem. § 230 HGB	479

b) Wert der bedingten Auseinandersetzungs- und Gewinnansprüche	479
aa) „Aliud“-Rechtsprechung bei Kapitalanlagen	479
bb) Das Primat der wirtschaftlichen Betrachtungsweise	482
cc) Wirtschaftliche Ermittlung	486
aaa) Überschuldung bei Vertragsschluss	488
bbb) Überschuldung nach Vertragsschluss	488
c) Abgewickelter Eingehungsbetrug	490
d) Kein Ausschluss der Betrugsstrafbarkeit aus systematischen Gründen?	490
e) Schadensberechnung bei vom Anspruchsgegner beeinflussten Ansprüchen	491
3. Eingehungsschaden bei Verträgen mit leistungsbedingtem Anspruch	493
VI. Optionsverträge	493
1. Unbeschränkte Optionen	494
a) Vermögensschaden im Zeitpunkt des Vertragsschlusses	496
aa) Marktwert des Optionswerts	496
bb) Prognostische Wertermittlung	497
cc) Normativ modifizierte Schadensfeststellung	499
b) Vermögensschaden infolge eingetretener Kursverluste	501
c) Berechnung des Vermögensschadens beim Scalping	502
2. Beschränkte Optionen (schuldrechtliches Vorkaufsrecht)	503
a) Wirtschaftliche Ermittlung des Schadens nach Eintritt des Vorkauffalls	504
aa) Schaden aufgrund Täuschung über Vorkaufsfall	504
bb) Schaden bei Verschleierung des Vorkaufsfalls durch Umgehungen	505
b) Objektiv-individuelle Ermittlung des späteren Schadens	506
c) Schaden im Zeitpunkt des Vorkaufvertragsschlusses	508
3. Eingehungsschaden bei Optionsverträgen	509
Kapitel 5: Zusammenfassung	511
I. Täuschung bei Abschluss von Verträgen mit bedingtem Leistungsanspruch	512
II. Schaden bei Abschluss von Verträgen mit bedingtem Leistungsanspruch	515
1. Verträge mit zufallsbedingtem Anspruch	517

Inhaltsverzeichnis

2. Verträge mit leistungsbedingtem Anspruch	518
3. Optionsverträge	520
III. Fazit	520
Literaturverzeichnis	523

Abkürzungsverzeichnis

Das folgende Verzeichnis umfasst nur die nicht allgemein bekannten und nicht aus dem Zusammenhang erschließbaren Abkürzungen. Die Bedeutung der gebräuchlichen Abkürzungen ergibt sich aus *Duden*, Die deutsche Rechtschreibung, 27. Aufl. 2017 und *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 2015.

AfP	Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht
AG	Aktengesetz
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BayObLG	Bayerisches Oberlandesgericht
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BKA	Bundeskriminalamt
BörsG	Börsengesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BT	Besonderer Teil
CaS	Causa Sport
DB	Der Betrieb
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
ErfK	Erfurter Kommentar
EMIR	European Market Infrastructure Regulation
FIFA	Fédération Internationale de Football Association
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GDV	Gesamtverband der deutschen Versicherungswirtschaft e.V
GesellR	Gesellschaftsrecht
GewArch	Das Gewerbearchiv
GG	Grundgesetz
GlüStV	Glückspielstaatsvertrag
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GS	Gedenkschrift

Abkürzungsverzeichnis

Handkomm	Handkommentar
Hdb	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
HRRS	HRR-Strafrecht
HWSt	Handbuch Wirtschaftsstrafrecht
IAS	International Accounting Standards
IFRS	International Financial Reporting Standards
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
JURA	Juristische Ausbildung
JZ	Juristenzeitung
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KK	Karlsruher Kommentar
LK	Leipziger Kommentar
MaKonV	Marktkonkretisierungsverordnung
MAR	Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des europäischen Parlaments und des Rates über Insider-Geschäfte und Marktmanipulationen (Marktmissbrauchsverordnung)
MDR	Monatsschrift des Deutschen Rechts
MedR	Medizinrecht
MK	Münchener Kommentar
MMR	MultiMedia und Recht
MSchrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
NJ	Neue Justiz – Zeitschrift für Rechtsentwicklung und Rechtsprechung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZWiSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OTC	Over-The-Counter
PKS	Polizeiliche Kriminalstatistik
RDA	Recht der Arbeit – Zeitschrift für die Wissenschaft und Praxis des gesamten Arbeitsrechts
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RennwLottG	Rennwett- und Lotteriegesetz
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
RuS	Recht und Schaden
SK	Systematischer Kommentar
SpuRt	Zeitschrift für Sport und Recht

S/S/W	Satzger/Schmitt/Widmaier, Strafgesetzbuch: StGB, Kommentar
Sch/Sch/	Schönke/Schröder
StGB	Strafgesetzbuch
StraFo	Strafverteidiger Forum
StPO	Strafprozessordnung
StV	Strafverteidiger
UCI	Union Cycliste Internationale
VersR	Versicherungsrecht
VuR	Verbraucher und Recht – Zeitschrift für Wirtschafts- und Verbraucherrecht
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
Wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WM	Wirtschafts-Mitteilungen – Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZfWG	Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZVersWiss	Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft

Einleitung

Am 14.8.2009 entschied der 3. Senat des BGH im sog. „Al-Quaida-Fall“, dass der Abschluss eines Versicherungsvertrags in der Absicht der Begehung eines späteren Erfüllungsbetrugs durch Vortäuschung des Versicherungsfalls, einen vollendeten Eingehungsbetrag darstellt.¹ Die als Vorbereitungshandlungen zu einer Betrugshandlung in der Erfüllungsphase nicht strafbaren Handlungen des Täters, werden somit als eigenständige Betrugstat in der Eingehungsphase gewertet, wobei das einzige Handlungsunrecht des Täters darin besteht, die andere Vertragspartei nicht über die Absicht der Begehung zukünftiger Straftaten aufzuklären. Bei der Abgrenzung zwischen Eingehungsbetrag und strafloser Vorbereitung eines Erfüllungsbetrugs stellt sich hierbei insbesondere die Frage, inwieweit der bei Vertragsschluss über seine Absichten schweigende Täter über eine in die Zukunft gerichtete Manipulations- oder Täuschungsabsicht täuscht und inwieweit die hieraus entstehende Gefährdung bereits einen vermögensschädigenden Charakter besitzt. Für die Annahme eines Vermögensschadens bedarf es bereits aus verfassungsrechtlichen Gründen zumindest der Bezifferung eines Mindestschadens, was es auch im Rahmen des Eingehungsbetrugs erforderlich macht, den aus einer Vermögensgefährdung resultierenden aktuellen Minderwert einer Gefährdung zu bestimmen.²

Besonders problematisch erscheint dies bei einem unredlichen Vertragspartner im Rahmen der Fallgruppe der „Risikogeschäfte“, worunter Rechtsgeschäfte zu verstehen sind, die „unter Unsicherheit erfolgen und das erhöhte Risiko eines Verlustes schaffen“,³ da bei diesen sowohl der Wert der vertraglichen Leistungen als auch die Auswirkung einer vertrags-

1 BGH, Urteil v. 14.8.2009; BGHSt 54, S. 69 ff = NJW 2009, S. 3448 ff.; später einschränkend: BVerfG, NJW 2012, S. 907 (915 ff.).

2 BVerfG, NJW 2012, S. 907 (916); zuvor bereits für den Nachteilsbegriff bei der Untreue: BVerfG, NJW 2010, S. 3209 (3215).

3 Addick, HRRS 2008, S. 460; ähnlich: *Waßmer*, Untreue bei Risikogeschäften, S. 10; *Hillenkamp*, NStZ 1981, S. 161 (165). Im Unterschied zu anderen Rechtsgeschäften, die letztlich auch immer einem gewissen Risiko, insbesondere dem Risiko der mangelnden Leistungsfähigkeit oder Erfüllungsbereitschaft der anderen Vertragspartei, ausgesetzt sind (vgl. u.a. *Dierlamm* in MK, StGB, § 266 Rn. 228; *Hefendehl*, Vermögensgefährdung, S. 204.), sind sich bei einem Risikogeschäft beide Vertrags-

externen Gefährdung eines vertraglichen Anspruchs schwierig zu bewerten sind. Dies gilt insbesondere für Verträge, bei denen eine Vertragspartei durch Vertragsschluss keinen unbedingten Anspruch auf eine Leistung, sondern nur eine Chance auf eine bestimmte Leistung in Form eines durch ein ungewisses Ereignis bedingten Leistungsanspruchs erhält (Vertrag mit bedingtem Leistungsanspruch). Besitzt eine Vertragspartei im Rahmen eines solchen Vertragsschlusses die Absicht, die vertragsgegenständliche Chance (durch eine zukünftige Manipulation oder Täuschung) zu ihren Gunsten in vertragswidriger Weise zu beeinflussen, so setzt die Bezifferung des durch den Vertragsschluss entstandenen Vermögensschadens (Eingehungsschadens) die Ermittlung voraus, um welchen Wert das Vermögen einer Vertragspartei dadurch geschädigt ist, dass die andere Vertragspartei durch Manipulation den Eintritt des zukünftigen ungewissen Ereignisses verhindern oder fördern will oder den Eintritt oder Nichteintritt des Ereignisses vortäuschen will. Hierbei stellt sich nicht nur das Problem einer strafrechtlich geforderten Bezifferung des Ungewissen, was schon sprachlich paradox erscheint, sondern auch der Beurteilung der Frage, inwieweit Manipulations- und Täuschungsabsichten die dem Vertrag zugrunde liegenden Chancen bereits unmittelbar in vermögensrelevanter Weise beeinflussen.

Dass die Bezifferung eines Eingehungsschadens insbesondere bei Verträgen, die einen bedingten Leistungsanspruch zum Vertragsgegenstand haben, besondere Probleme aufwirft, wird auch dadurch offenbar, dass der BGH im ersten Jahrzehnt des neuen Jahrtausend in zwei Fällen, in denen eine Vertragspartei der andere Vertragspartei im Rahmen des Abschlusses eines Vertrags mit bedingtem Leistungsanspruch ihre in die Zukunft gerichtete Manipulationsabsicht (so im Fall der Sportwette: „Hoyzer-Fall“)⁴ oder Täuschungsabsicht (so im Fall des Versicherungsvertrags: „Al-Quai-

parteien des besonderen, spezifischen Risikos, das die allgemeinen Risiken jedes Vertragsschlusses übersteigt, bewusst. Das erhöhte Risiko wird in diesen Fällen dem Vertrag zumindest als wesentliche Vertragsgrundlage zugrunde gelegt oder sogar selbst Vertragsbestandteil. (Ein ausführlicher Überblick zu alternativen Definitionen des Begriffs des „Risikogeschäfts“ in der Strafrechtswissenschaft findet sich bei: *Ibold*, Unternehmerische Entscheidungen als pflichtwidrige Untreuehandlung, S. 41 ff.).

- 4 BGHSt 51, S. 165 ff.= NJW 2007, S. 782 ff. Im genannten Fall hatte der BGH über einen Betrug im Rahmen des Abschlusses eines Sportwettvertrags zu entscheiden. Hierbei hatte der Wettende bei Vertragsschluss seine Absicht verschwiegen, dass er das vertragsgegenständliche, in der Zukunft liegende, Fußballspiel mittels einer

da-Fall“)⁵ verschwieg, jeweils einen Eingehungsschaden ohne Bezifferung der Schadenshöhe bejahte und eine Bezifferung für entbehrlich erklärte.⁶

Nachdem das BVerfG im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde im „Al-Quaida-Fall“ feststellte, dass eine derartige bezifferungslose Schadensfeststellung eine verfassungswidrige Auslegung des Tatbestandsmerkmal der „Vermögensschadens“ darstellt,⁷ widmet sich diese Arbeit der Frage, ob und inwieweit in den vorgenannten Fällen zukünftig ein Eingehungsschaden angenommen werden kann und welche Bewertungsmethoden ggf. bei der Bestimmung des Schadens anzuwenden sind.

Logisch und deshalb auch thematisch vorgelagert wird die Frage behandelt werden, ob der Täter, der bei Vertragsschluss seine Manipulations- oder Täuschungsabsicht verschweigt, überhaupt in betrugsrelevanter Weise täuscht. Zunächst stellt sich die Frage eines tauglichen Täuschungsgegenstands, da die künftige Manipulation oder Täuschung als zukünftiges Ereignis nach der herrschenden Tatsachendefinition keine taugliche Täuschungstatsache darstellt und innere Absichten hinsichtlich ihrer Tatsachenqualität zumindest gewissen Beschränkungen unterliegen. Des Weiteren muss auch hinterfragt werden, woraus sich ein solcher Erklärungswert ergeben und welches konkrete Verhalten des Täters als Anknüpfungspunkt des Tatvorwurfs dienen soll. Letztlich werden Inhalt und Reichweite des Täuschungs- und des Vermögensschadensbegriffs auch unmittelbare Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen Eingehungsbetrug und Erfüllungsbetrug haben. In diesem „*Spannungsfeld zwischen Eingehungs- und Erfüllungsbetrug*“⁸ besteht einerseits die Gefahr, dass bei einem zu restriktiven Verständnis des Eingehungsbetrugs kriminologisch unerwünschte Strafbarkeitslücken entstehen könnten – insbesondere wenn der beabsichtigte Erfüllungsbetrug später nicht zur Ausführung kommt und das manipulati-

Einwirkung auf einige Spielteilnehmer (v.a. Schiedsrichter und Spieler), zu seinen Gunsten beeinflussen wollte.

- 5 BGHSt 54, S. 69 ff. = NJW 2009, S. 3448 ff. Im besagten Fall ging es um die Betrugsstrafbarkeit durch Abschluss eines Risikolebensversicherungsvertrags in der Absicht, die Versicherungssumme zu einem späteren Zeitpunkt durch Vortäuschung des Versicherungsfalls (Tod des Versicherungsnehmers) zu erlangen.
- 6 „Hoyzer-Fall“: BGH, NJW 2007, S. 782 (786); „Al-Quaida-Fall“: BGH, NJW 2009, S. 3448 (3464 f.).
- 7 BVerfG, NJW 2012, S. 907 (916) (Al-Quaida-Fall); zuvor bereits für den Nachteilbegriff bei der Untreue: BVerfG, NJW 2010, S. 3209 (3215).
- 8 *Thielmann*, StraFo 2010, S. 412.

ve Verhalten selbst keinen Straftatbestand erfüllt.⁹ Andererseits besteht bei einem zu weiten Anwendungsbereich des Eingehungsbetrugs die Gefahr einer verfassungswidrigen Vorverlagerung der Betrugsstrafbarkeit ins Vorbereitungsstadium,¹⁰ wobei im Falle der Anknüpfung des Unrechtsvorwurfs an unredliche Täterabsichten der Vorwurf eines reinen Gesinnungsstrafrechts im Raum steht.

Die Untersuchung der Frage, ob bereits durch den Abschluss eines Vertrags mit bedingtem Leistungsanspruch durch eine manipulations- oder täuschungswillige Vertragspartei ein täuschungsbedingter Schaden im Rahmen des Betrugstatbestands entstehen kann, wird in fünf Kapitel untergliedert werden.

In Kapitel 1 werden die in der Praxis anzutreffenden Verträge mit bedingtem Leistungsanspruch zum Zwecke der Systematisierung in drei Fallgruppen untergliedert, die ihrerseits teils in weitere Untergruppen unterteilt werden. Zur Veranschaulichung wird im Hinblick auf jede gebildete Fallgruppe ein Fallbeispiel gebildet, dessen zivilrechtlichen Grundlagen insoweit dargestellt werden, als sie später für die strafrechtliche Beurteilung von Bedeutung sind.

In Kapitel 2 und Kapitel 3 wird anhand der unterschiedlichen Fallgruppen erörtert, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen im Rahmen des Vertragsschlusses bei Verträgen mit bedingtem Leistungsanspruch eine aktive Täuschung (Kap. 2) oder eine Täuschung durch Unterlassen (Kap.3) durch den manipulations- oder täuschungswilligen Täter vorliegt, wobei zu Beginn des zweiten Kapitels zunächst ein besonderes Augenmerk darauf gerichtet wird, was im Rahmen von Risikogeschäften überhaupt Gegenstand einer möglichen Täuschung (sog. Täuschungstatsache) sein kann.

Abschließend befasst sich Kapitel 4 – insbesondere im Hinblick auf die neueren Rechtssprechungstendenzen des BGH und des BVerfG – mit der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen bereits ein Vertragsschluss in unredlicher Absicht in adäquater Weise zu einem Vermögensschaden führen kann. Hierbei wird auch auf die generelle Frage eingegangen wer-

9 So erfüllte bspw. die Manipulation eines sportlichen Wettbewerbs bzw. das Treffen von entsprechenden Absprachen vor In-Kraft-Treten der neuen strafrechtlichen Tatbestände des „Sportwettbetrugs“ (§ 265c StGB) sowie der „*Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben*“ (§ 265d StGB) am 19.4.2017 per se keinen Straftatbestand, vgl. *Triffterer*, NJW 1975, S. 612.

10 So z.B: *Thielmann*, StraFo 2010, S. 412.