

Februar 2017

12. Jahrg.

71732

Seite 1-84

ZfWVG

Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht
European Journal of Gambling Law

1

Norbert Krewer

1 „THINK BIG“ – Praktische Jurisprudenz im Jahr 4 des GlüStV 2012

Prof. Dr. Tilman Becker

2 Zur Weiterentwicklung der Glücksspielregulierung

Prof. Dr. Florian Heinze

13 Jahresrückblick: Das Recht des gewerblichen Geldgewinnspiels in den Jahren 2015 und 2016

Dr. Marc Philipp Weber und Alexander Baum

19 Vollzug des Glücksspielstaatsvertrags im Internet: Neue Entwicklungen in der niedersächsischen Rechtsprechung

Robert Schippel

25 Anforderungen an das Online-Spielerkonto unter Berücksichtigung des Glücksspielstaatsvertrages, des Geldwäschegesetzes und des Datenschutzrechts

31 Pferdewettenbezogene Vorschriften des Glücksspielstaatsvertrages sind verfassungskonform

VerfGH Bayern, Entsch. v. 23.11.2016 – Vf. 1-VII-15

58 Keine Strafbarkeit wegen Computerbetruges durch Ausnutzen eines Softwarefehlers von Geldspielautomaten

OLG Stuttgart, Ur. v. 12.5.2016 – 4 Ss 73/16

60 Anmerkung von Claus Hambach, LL.M., und Dr. Bernd Berberich

Ausnutzen von Softwarefehler straffrei? – der Gesetzgeber ist gefragt!

70 Keine Pflicht für Sportwettveranstalter zur Teilnahme am Duldungsverfahren in Hessen

VG Wiesbaden, Beschl. v. 9.11.2016 – 5 L 1609/16.WI

74 Gewinne aus Turnierpokerveranstaltungen und „Cash Games“ können steuerpflichtig sein

FG Münster, Ur. v. 18.7.2016 – 14 K 1370/12 E,G

80 Anmerkung von Dr. Stefan Bolay und Dr. Bernd Berberich

FG Münster: Poker ist ein Geschicklichkeitsspiel – auch für den Durchschnittsspieler

Herausgeber

Prof. Dr. Johannes Dietlein

Prof. Dr. Jörg Ennuschat

Prof. Dr. Ulrich Haltern, LL.M.

RA Dr. Manfred Hecker

Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M.

Schriftleiter

RiVG Dr. Felix B. Hüsken

gründe. Nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen blieb die Art der Kenntniserlangung vielmehr unklar. Zu dem hier maßgeblichen Zeitpunkt des Bespielens des Geldspielautomaten war die Kenntnis des Softwarefehlers auch nicht mehr auf einen begrenzten und bestimmten Personenkreis beschränkt, sondern aus allgemein zugänglichen Quellen erhältlich und daher offenkundig. Das Landgericht hat insoweit rechtsfehlerfrei festgestellt, dass sich die Information über diesen Softwarefehler über verschiedene Kanäle des Internets auch in Spielerkreisen verbreitete, weshalb bundesweit bis zum 14. Dezember 2014 an zahlreichen Glücksspielautomaten unter Ausnutzung dieses Fehlers von Spielern hohe Gewinne erzielt wurden. Der Zeuge S., dessen Angaben die Kammer als „in sich stimmig“ und „überzeugend“ eingeschätzt hat, bezifferte den hierdurch verursachten Gesamtschaden bundesweit mit etwa

3,5 Millionen Euro mit vermutlich noch höherer „Dunkelziffer“. Die Verbreitung des Softwarefehlers sei auch über (das Nachrichtenaustauschportal) WhatsApp erfolgt.

Eine Offenbarungspflicht des Angeklagten ergab sich schließlich auch nicht aus vertraglichen Beziehungen. Eine strafrechtlich relevante Aufklärungspflicht im Rahmen vertraglicher Beziehungen setzt voraus, dass besondere Umstände wie etwa ein besonderes Vertrauensverhältnis oder eine ständige Geschäftsbeziehung vorliegen, was hier nicht gegeben ist. Dem Spielen an einem Glücksspielautomaten liegt vielmehr ein anonymer Leistungsaustausch zugrunde.

c) Der Senat schließt aus, dass in einer neuen Hauptverhandlung Feststellungen getroffen werden können, die eine Strafbarkeit des Angeklagten begründen.

[...]

Anmerkung

Claus Hambach, LL.M., und Dr. Bernd Berberich, München*

Ausnutzen von Softwarefehler straffrei? – der Gesetzgeber ist gefragt!

Das OLG Stuttgart hat – wie bereits das KG Berlin in einem vergleichbaren Fall – eine Strafbarkeit beim Ausnutzen eines Programmfehlers eines Geldspielautomaten verneint. In beiden Fällen wurde bei der Prüfung des Computerbetrugs maßgeblich darauf abgestellt, dass der Spieler nicht „täuschungsäquivalent“ handle, wenn das von ihm eingesetzte Wissen aus allgemein zugänglichen Informationsquellen stammt. Dies wirft die Frage auf, ob es sachgerecht erscheint, das Vermögen der hiervon betroffenen Automaten-aufsteller insoweit quasi schutzlos zu stellen oder ob de lege ferenda ein eigener Straftatbestand eingeführt werden sollte, um unbillige Strafbarkeitslücken zu schließen.

I. Einführung

Der Gesetzgeber hat § 263a StGB eingeführt, um Strafbarkeitslücken zu schließen, die dann entstehen, wenn kein menschliches Gegenüber existiert, weil ein Datenverarbeitungssystem einen Menschen ersetzt. Denn dann scheidet eine Strafbarkeit wegen Betrugs gemäß § 263 StGB bereits mangels einer tauglichen Täuschungshandlung bzw. eines Irrtums aus.¹ Gerade angesichts der exponentiell zunehmenden Technisierung zahlreicher Abläufe im Geschäfts- und Zahlungsverkehr ist evident, dass die Auslegung von § 263a StGB dem Bestimmtheitsgebot genügen muss. Deshalb orientiert sich die Rechtsprechung maßgeblich an der Hilfsüberlegung, ob bei einem menschlichen Gegenüber ein Betrug einschlägig wäre. Indes bleibt hierbei teilweise unklar, nach welcher Maßgabe dies geschehen soll und ob

§ 263a StGB ausreichend ist, um hierbei betroffene Vermögensinteressen sachgerecht zu schützen.

Bevor die wesentlichen Argumentationslinien des OLG Stuttgart (vgl. III.) näher bewertet werden (vgl. IV.), erscheint es zur Charakterisierung der für § 263a StGB typischen Auslegungsprobleme angezeigt, zunächst den Fokus auf die Tathandlungen des § 263a StGB zu richten. Hierbei gilt der Anwendungsbereich der Varianten „unrichtige Gestaltung eines Programms“ (Variante 1) sowie die „Verwendung unrichtiger oder unvollständiger Daten“ (Variante 2) noch als relativ klar: Während Variante 1 vor allem die Fälle der sog. Programm-Manipulation erfasst, betrifft die Variante 2 die sog. Input- oder Eingabemanipulation.² Problematischer ist indes, wie die Varianten 3 und 4 zu interpretieren sind und in welchem Verhältnis diese zueinander stehen (vgl. II.).

II. Zur Abgrenzung von § 263a Abs. 1 Variante 3 und 4 StGB

Abgesehen von den relativ selten verwirklichten und dann kaum umstrittenen Tatmodalitäten der Variante 1 und 2 stehen in der Praxis regelmäßig die vom Wortlaut her deutlich weiter gefassten Varianten „unbefugte Verwendung

* Anmerkung zu OLG Stuttgart, Urt. v. 12.5.2016 – 4 Ss 73/16, ZfWG 2017, 58. Auf Seite III erfahren Sie mehr über die Autoren.

1 Fischer, StGB, 63. Aufl. 2016, § 263a Rn. 2.

2 Vgl. Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I, 15. Aufl. 2013, § 14 Rn. 7 und 8.

von Daten“ (Variante 3) sowie die „sonstige unbefugte Einwirkung auf den Ablauf“ (Variante 4) in Rede. Insbesondere aufgrund der Auffangfunktion der Variante 4 gestaltet sich die Abgrenzung dieser beiden Varianten häufig als sehr schwierig. Nach einer weiten Auffassung soll für eine „Verwendung von Daten“ im Sinne der Variante 3 jede Nutzung von Daten genügen.³ Nach anderer Auffassung setzt Variante 3 hingegen eine Eingabe von Daten in einen Datenverarbeitungsvorgang voraus.⁴ Hierbei werden unter „Daten“ nur kodierte Informationen verstanden. Genügen soll allerdings auch eine Kodierung erst im Moment der Eingabe (z. B. durch Betätigen einer Risikotaste bzw. Eingabe eines Geldbetrags in ein Datenverarbeitungssystem).⁵ Nach beiden Auffassungen erscheint indes eine trennscharfe Abgrenzung zu Variante 4 kaum möglich. In der Rechtsprechung wird deshalb regelmäßig entweder ohne nähere Begründung eine der beiden Varianten einfach zugrunde gelegt oder offen gelassen, welche der beiden Varianten verwirklicht ist, wenn jedenfalls Variante 4 eingreift.⁶

Vor diesem Hintergrund verwundert es zunächst nicht, dass auch das OLG Stuttgart nicht auf die dargelegte Abgrenzungsproblematik eingeht. Stattdessen stellt das Gericht lediglich fest, dass die Verwendung von Daten „auch bezogen auf die vierte Tatbestandsvariante des § 263a StGB“ unbefugt sei, wenn sie gegenüber einer natürlichen Person Täuschungscharakter hätte. Diese Feststellung überrascht indes dahingehend, dass in der hierbei zitierten Entscheidung der BGH allein § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB (also nicht die Variante 4) geprüft hatte und es nur bezüglich der Variante 3 der ständigen Rechtsprechung entspricht, dem betrugspezifischen Ansatz zu folgen, während bei Variante 4 der BGH in den wenigen von ihm entschiedenen Fällen eine eher subjektivierende Auslegung (nach der Interessenlage des Betroffenen) zugrunde legte.⁷

Der Streit um eine „betrugspezifische“ bzw. „subjektivierende Auslegung“ bei Variante 4 sollte sich indes kaum auswirken, wenn man – wie das OLG Stuttgart – in das betrugspezifische Verständnis das subjektive Vorstellungsbild sowie die Schutzwürdigkeit des Datenempfängers mit einfließen lässt. Eine solche „Adaption“ beider Ansätze verfolgt auch das KG Berlin⁸ in einem vergleichbaren Fall, indem es wie das OLG Stuttgart für die Variante 4 ebenfalls dem betrugspezifischen Ansatz folgt, aber hierbei klarstellt, dass auch nach der subjektivierenden Diktion des BGH kein anderes Auslegungsergebnis zur Folge hätte. Mithin kann von einem Trend der Obergerichte gesprochen werden, die Auslegung der Varianten 3 und 4 weitestgehend anzugleichen und eine Kombination aus betrugspezifischer und subjektivierender Auslegung zu betreiben. Offen bleibt hierbei indes, ob die Anwendungsbereiche beider Varianten sich nunmehr stets überschneiden oder doch ein eigener Anwendungsbereich für Variante 4 verbleibt.

III. Wesentliche Argumentationslinien des OLG Stuttgart

Entscheidend für die Bestätigung des Freispruchs seitens des OLG Stuttgart sind im Kern zwei Argumentationslinien: Erstens soll sich der Automatenaufsteller durch die Gestaltung des Programms davor schützen können, dass durch das mögliche Drücken bestimmter Tastenkombinationen nicht vorgesehene Gewinnmöglichkeiten entstehen. Es entspreche nicht der typischen Interessenlage und Risikover-

teilung, wenn der Spieler die Tasten nur so drücken dürfe, wie es dem Plan typischerweise entspricht. Zweitens könne der Spieler zwar auch durch den Einsatz von Sonderwissen regelwidrig spielen. Dies sei aber nur dann der Fall, wenn diesen eine (gedachte) Offenbarungspflicht treffe. In Anlehnung an die zur Offenkundigkeit eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses nach § 17 UWG entwickelten Grundsätze sei mithin die Art der Erlangung und der Verbreitungsgrad der Kenntnisse entscheidend.

IV. Bewertung

Sachgerecht erscheint es, die vorliegende Sachverhaltskonstellation mit einem einfachen „Offline-Fall“ zu vergleichen. Nach allgemeiner Meinung macht sich etwa nicht wegen Betrugs strafbar, wer beim Brötchenkauf zu viel Wechselgeld bewusst annimmt. Denn hierbei wird typischerweise ohne vorwerfbare täuschende Einwirkung ein bestehender Irrtum lediglich ausgenutzt.⁹ Der Entgegennahme des Wechselgelds wird nicht die konkludente Täuschung zugeschrieben, dass das Wechselgeld stimme.

Dieses Vergleichsbeispiel stellt indes infrage, ob diese Bewertung tatsächlich ohne weiteres auf das bewusste Ausnutzen eines Softwarefehlers übertragen werden kann. Denn aus Sicht eines Automatenaufstellers erscheint es fraglich, ob er mit der Automatenaufstellung das hierbei übernommene Risiko überhaupt einschätzen oder auch nur gewissenhaft überprüfen kann. Jedenfalls wenn er selbst nicht zeitgleich Automatenhersteller ist, wird ihm regelmäßig der erforderliche IT-Sachverstand fehlen. Zudem hat der Angeklagte nicht einfach Geld „angenommen“, sondern die Geldausgabe durch das simultane (nach dem geplanten Spielverlauf eigentlich sinnfreie) Betätigen des Punkteinsatzbuttons und der Geldrückgabetaaste erst maßgeblich produziert.

Das KG Berlin¹⁰ stellt indes darauf ab, dass der Aufsteller nicht sofort nach Kenntnisnahme von dem Softwarefehler Vorkehrungen ergriffen habe, um das Spielen zu unterbinden und zieht dies als Argument dafür heran, dass der Aufsteller nicht schutzwürdig sei. Diese zunächst einleuchtende Bewertung ist indes kritisch zu hinterfragen und lässt eine umfassende Interessenbewertung vermissen.

Denn es wird in der Tat organisatorisch nicht einfach sein, möglichst zeitgleich und flächendeckend entsprechende Vorkehrungen zu treffen, ohne dass gerade hierdurch (etwa mittels Warnungen gegenüber Gaststättenbetreibern, in deren Räumlichkeiten sich die Automaten befinden) sich die Kenntnis von dem Softwarefehler „erst richtig“ verbreitet und damit bei unzureichender Vorbereitung es erst zu massiven Schäden in wenigen Stunden kommt.

Es drängt sich der Verdacht auf, dass die Praxis wie bei der Sportwetten-Manipulation noch vor 10 Jahren etwas unbedarft ist und die Reichweite der Kriminalitätsrate in der Praxis möglicherweise verkennt. Die in jüngerer Zeit immer häufiger auftretenden Fälle legen es nahe, dass etwa seitens

3 So etwa BayObLG JR 1994, 289, 290 f.; *Hilgendorf*, JuS 1997, 131.

4 Vgl. *Rengier*, (Fn. 2), § 14 Rn. 10.

5 *Fischer* (Fn. 2), § 263a Rn. 3.

6 So etwa BGH, 10.11.1994 – 1 StR 157/94, Rn. 17 (juris).

7 Vgl. BGHSt 40, 331 ff. Dem unkritisch folgend OLG Braunschweig, 12.10.2007 – Ss 64/07, Rn. 12 (juris).

8 Vgl. KG Berlin, Urt. v. 8.12.2014 – (3) 161 Ss 216/13 (160/13).

9 Vgl. *Rengier*, (Fn. 2), § 14 Rn. 30a.

10 Vgl. KG Berlin, Urt. v. 8.12.2014 – (3) 161 Ss 216/13 (160/13).

IT-Experten bei der Programmierung von Spielprogrammen oder anderer Software bewusst Fehler „eingebaut“ werden, um diese – zunächst unerkannt – über einen längeren Zeitraum selbst oder durch Dritte ausnutzen zu können. Sollte sich im Einzelfall herausstellen, dass Hersteller und Aufsteller der Autoamten bzw. softwarebasierte Dienstleister die hierbei Geschädigten sind, erscheint es grob unbillig, deren Vermögensinteressen generell strafrechtlichen Schutz zu versagen, wenn der Softwarefehler allgemein bekannt wird und hierdurch erhebliche Schäden entstehen.¹¹

Diese Überlegungen verdeutlichen, dass

1. Spieler/Verbraucher, welche einen allgemein bekannt gewordenen Software-Fehler lediglich „ausnutzen“, jedenfalls in Anlehnung an die beim Betrugstatbestand bekannte Rechtsprechung zwar keinen Computerbetrug begehen, aber
2. auch in diesen Fällen das Vermögen der betroffenen Automatenaufsteller grundsätzlich schutzwürdig ist.

V. Fazit

De lege lata vermag die Entscheidung des OLG Stuttgart insbesondere auf Basis der betrugspezifischen Auslegung zu überzeugen. Indes wäre es wünschenswert gewesen, wenn das Gericht die Risikoverteilung nicht nur zwischen den konkreten Vertragsparteien, sondern insgesamt genauer betrachtet hätte. Zwar hätte dies wohl nichts am Ergebnis bei der Auslegung des Computerbetrugstatbestands geändert. Jedoch hätte dann das Gericht darlegen können, dass nicht nur im Automatenbereich, sondern insgesamt bei softwarebasierten Dienstleistungen insbesondere im Internet erhebliche Strafbarkeitslücken drohen.

Fallkonstellationen wie die vorliegende sind erste Vorboten und zeigen auf, dass erhebliche Vermögensschäden entstehen können, wenn über das Internet „Sonderwissen“ über Softwarefehler sich „wie ein Lauffeuer“ ungehindert verbreitet. Hier den Vermögensschutz der davon betroffenen Dienstleister generell zu versagen, erscheint nicht zeitgemäß. Es wäre zu begrüßen, wenn es nicht erst eines massiven Falls bedürfte, damit der Gesetzgeber sich dieser Schutzlücke annimmt und diese sachgerecht schließt. Ein entsprechender Sondertatbestand wäre im Vermögensstrafrecht (22. Abschnitt des StGB) zu verorten und könnte daran anknüpfen, dass eine Person mit Bereicherungsabsicht einen in den allgemein zugänglichen Informationsquellen bekannt gewordenen Softwarefehler bewusst ausnutzt und hierdurch einen Vermögensschaden verursacht.

Summary

In view of a specific interpretation in the context of fraud, it is convincing to assume that players/consumers are not subject to criminal liability on account of computer fraud if they merely exploit software errors that have become publicly known. However, it does not seem reasonable to refuse the affected software-based service providers protection of their interests in general in such cases. It would be desirable for the legislator to address this gap in protection, and to close it by introducing a corresponding specific offence against property (linked to the fact that the software error is consciously exploited).

Keine Amtshaftungsansprüche wegen Erlasses glücksspielrechtlicher Untersagungsverfügungen

OLG Düsseldorf, Urt. v. 31.8.2016 – I-18 U 217/07, 18 U 217/07

(LG Mönchengladbach, Urt. v. 4.12.2007 – 3 O 211/07)

BGB § 839 Abs. 1 Satz 1; GG Art. 34 Satz 1; OBG NRW § 39 Abs. 1 lit. b

Amtshaftungsansprüche wegen des Erlasses glücksspielrechtlicher Untersagungsverfügungen nach den Grundsätzen des unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruches scheiden aus, wenn die Bediensteten der handelnden Behörde zwar bei ex post-Betrachtung objektiv unionsrechtswidrig handelten, dieser Verstoß jedoch bis zum 31.12.2007 nicht hinreichend qualifiziert ist.

Aus der Unionsrechtswidrigkeit des seinerzeitigen, bis 31.12.2007 geltenden Sportwettmonopols allein folgt kein qualifizierter Verstoß wegen der Aufrechterhaltung des Monopols über den 28.03.2006 hinaus, weil das Bundesverfassungsgericht dem Bundes- und Landesgesetzgeber eine Übergangsfrist zur gesetzlichen Neuregelung bis zum 31.12.2007 eingeräumt hatte und auch die nordrhein-westfälischen Behörden die Maßgaben einhielten, die das Bundesverfassungsgericht zur Beseitigung der von ihm festgestellten Inkohärenz für die Interimszeit aufgestellt hatte.

Amtshaftungsansprüche gemäß § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB i. V. m. Art. 34 Satz 1 GG wegen der Anwendung unionsrechtswidrigen nationalen Rechts durch den Erlass glücksspielrechtlicher Untersagungsverfügungen bis zum 31.12.2007 sind mangels Verschulden nicht gegeben, weil das Bundesverfassungsgericht dem Bundes- und Landesgesetzgeber eine Übergangsfrist zur gesetzlichen Neuregelung bis zum 31.12.2007 eingeräumt hatte und auch die nordrhein-westfälischen Behörden die Maßgaben einhielten, die das Bundesverfassungsgericht zur Beseitigung der von ihm festgestellten Inkohärenz für die Interimszeit aufgestellt hatte.

Die Haftung für legislatives Unrecht und seinen verhältnismäßigen Vollzug wird von dem verschuldensunabhängigen Ersatzanspruch des § 39 Abs. 1 lit. b OBG NRW nicht erfasst. Dies gilt nicht nur für die Fälle des Verstoßes eines Gesetzes gegen nationales Verfassungsrecht, sondern gleichermaßen, wenn ein innerstaatliches Gesetz gegen Recht der Europäischen Union verstößt.

(Ls. d. Red.)

Aus den Gründen:

Die Parteien streiten über Amtshaftungsansprüche.

Die Klägerin eröffnete in einem bereits bestehenden Ladenlokal am 01.02.2006 eine Wettannahmestelle in der H [...] straße 2[...] in M [...], in der sie Sportwetten in Form der sog. O [...] -Wette an einen britischen privaten Wettanbieter mit Sitz in Gibraltar, die Fa. I [...] Ltd. vermittelte, die sie am 01.03.2006 aufgenommen hatte.

Am 11.04.2006 untersagte die Beklagte der Klägerin mit für sofort vollziehbar erklärter Ordnungsverfügung vom

¹¹ Instruktiv hierzu vgl. <https://www.casinoonline.de/nachrichten/automaten-betruger-ali-t-muss-fur-5-jahre-ins-gefängnis-3995/>.