

7. 1. Ist eine in Mittäterschaft mit einem im Sinne von § 51 St.G.B.'s Willensunfreien begangene strafbare Handlung denkbar?

2. Betrug bei Erfüllung des Vertrages, wenn es sich bei dessen Eingehung um eine bedingte Forderung handelte.

3. Setzt der Tatbestand des Betruges grundsätzlich und unter allen Umständen einen Eingriff in das „rechtlich geschützte“ Vermögen voraus? Was ist unter „rechtlich geschütztem“ Vermögen zu verstehen?

4. Sind Leistungen auf Grund nicht klag-, wohl aber erfüllbarer Forderungen (z. B. aus Spielverträgen) als im Rechtsinne unmögliche Leistungen aufzufassen? Können Forderungen aus Spielverträgen, selbst wenn sie im Rechtswege nicht durchführbar sind, dennoch einen Vermögenswert haben?

5. Wann kann ein Preisegeln als ein reines Geschicklichkeitsspiel, d. h. als ein solches angesehen werden, bei dem die Entscheidung nicht durch den Zufall, sondern vorwiegend durch Geschicklichkeit der Spieler herbeigeführt wird?

6. Umfaßt das Wort „Spiel“ in § 762 B.G.B.'s nicht bloß die Glücks-, sondern auch die (reinen) Geschicklichkeitsspiele, so daß auch durch diese eine Verbindlichkeit nicht begründet wird?

7. Unter welchen Voraussetzungen kann eine Verurteilung wegen Vergehens gegen § 267 St.G.B.'s, die wegen einer „in Mittäterschaft“ mit einem Willensunfreien vorgenommenen Handlung ausgesprochen wurde, unter dem Gesichtspunkte eines in Alleintäterschaft begangenen Vergehens gegen § 270 St.G.B.'s aufrecht erhalten werden?

St.G.B. §§ 263. 267. 270. 47. 51.

B.G.B. §§ 104 Nr. 2. 105. 762.

V. Straffenat. Ur. v. 7. Dezember 1906 g. O. V 473/06.

I. Landgericht Münster.

Gründe:

I.

1. Der Angeklagte M. hatte im Juni 1904 zu St. bei dem dortigen Gastwirte, dem Angeklagten G., ein Preisegeln veranstaltet, an dem sich jeder beteiligen konnte, und das vorher durch Aushängen von Plakaten bekannt gemacht worden war. Danach sollte das Preis-

Regeln fünf Tage dauern und es sollten — abgesehen von Tagespreisen — am Schlusse Geldpreise von je 100, 40, 25, 10 und 5 *M* zur Verteilung kommen; jeder Teilnehmer sollte gegen einen Einsatz von 40 *ƒ* je einen, zusammen also fünf Würfe, auf je eine der in den Plakaten zur Anschauung gebrachten fünf Regelfstellungen tun; jeder durfte seinen Einsatz und damit die fünf Würfe beliebig oft wiederholen. Bei der Preisverteilung nach Beendigung des Regeln sollte derjenige den ersten Preis erhalten, der mit fünf Würfeln zusammen die höchste Anzahl von Regeln ungeworfen hätte; Personen, welche die gleiche Anzahl Holz erzielten, sollten den betreffenden Preis zu gleichen Teilen unter sich verteilen.

An dem Preisregeln beteiligten sich viele Personen, durchweg fundige und geschickte Regler. Von allen warfen der Zeuge D. und der Angeklagte G. mit je 26 Holz in fünf Würfeln die höchste Zahl. D. wollte daher die ihm danach zukommende Hälfte des ersten Preises mit 50 *M* von M. einziehen; er erhielt aber nur die Hälfte des zweiten und des dritten Preises (— es scheint mithin sowohl von D., als von G. auch der zweitbeste Wurf getan worden zu sein —) mit zusammen 32,50 *M* von M. ausgezahlt, und G. erklärte ihm, während der Mittagspause sei ein Mehger, Kaspar Meyer, aus Münster dagewesen, habe mitgegelt, 28 Holz geworfen, damit den ersten Preis gewonnen, ihn ausgezahlt erhalten und sich dann wieder entfernt. Diese Angaben wurden dem D. von M. bestätigt. D. hielt sie anfänglich für richtig, wurde aber später mißtrauisch und erstattete bei dem Amtmann zu No. gegen M. wegen Betrugs Anzeige.

Als G. nun von dem Amtmann als Zeuge vernommen wurde, hielt er seine dem D. gemachten Mitteilungen aufrecht und fügte hinzu, er besitze eine von dem Kaspar Meyer über den Empfang der 100 *M* ausgestellte Quittung, die er vorlegen werde. Kurz darauf hat G. denn auch ein Schriftstück mit dem Datum „No. 7./8. 1904“ an das Amt daselbst gelangen lassen, inhaltlich dessen ein R. Meyer „zur Zeit als Kopfschächter in Münster, jetzt auf Wanderschaft“ dem G. „nebst“ dem M. bescheinigt, daß er den ersten Preis, 100 *M*, erhalten habe. Diese Urkunde war so zustande gekommen, daß M. nach der ersten Abhörung des G. mit einem diesem angeblich unbekanntem Manne in G.'s Wohnung kam, dem G. sagte, der Mann werde die Quittung des Kaspar Meyer schreiben, um deren Her-

stellung ihn G. „wohl vorher nochmals ersucht hatte“, und dann dem Manne die Quittung einschließlich der Unterschrift diktierte, worauf er sie selbst noch mit „P. M., Gelsenkirchen“ vollzog.

2. Vorstehende Feststellungen sind in dem angefochtenen Urteil getroffen. Auf Grund der Vorerörterungen waren M. und G. angeklagt worden

„durch zwei selbständige Handlungen

1. zu No. im Juni 1904 in der Absicht, sich bzw. dem M. allein einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen der bei dem daselbst veranstalteten Preisregeln als Gewinner hervorgegangenen Teilnehmer, insbesondere des D., dadurch um den ihnen zukommenden Preis beschädigt zu haben, daß sie in ihnen durch Vorpiegelung der falschen Tatsache, ein Kaspar Meyer habe mit 28 Holz sich den ersten Preis erregelt, einen Irrtum erregten,
2. zu No. am 7. August 1904 in rechtswidriger Absicht von einer Quittung, einer Privaturkunde, welche zum Beweise von Rechten von Erheblichkeit ist, wissend, daß sie falsch war, zum Zwecke einer Täuschung Gebrauch gemacht zu haben, und zwar in der ferneren Absicht, sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen. . . .

Bergehen gegen §§ 263. 267. 268. 270. 49 St.G.B.'s.

Der Eröffnungsbeschluß hatte sich dem unter Anziehung noch des § 74 St.G.B.'s wörtlich angeschlossen.

Auf Grund der Ergebnisse der Hauptverhandlung ist indessen M., weil er zur Zeit der Begehung der ihm zur Last gelegten Straftaten möglicherweise in einem Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit sich befunden habe, durch die seine freie Willensbestimmung ausgeschlossen gewesen sei, freigesprochen, G. dagegen wegen eines in Gemeinschaft mit M. zum Nachteil des D. begangenen Betruges (Bergehen gegen §§ 263. 47 St.G.B.'s) mit einer Geldstrafe von 600 *M* und wegen Urkundenfälschung mit 14 Tagen Gefängnis bestraft worden, in letzterer Richtung unter der Feststellung, daß die Angeklagten M. und G., gemeinschaftlich handelnd, zu No. im Jahre 1904 in rechtswidriger Absicht eine Quittung, eine

Privaturkunde, welche zum Beweise von Rechten und Rechtsverhältnissen von Erheblichkeit ist, fälschlich angefertigt und von ihr zum Zwecke einer Täuschung Gebrauch gemacht haben (§§ 267, 47 St.G.B.'s).

In der Hauptverhandlung ist ein Hinweis gemäß § 264 Abs. 1 St.P.O. ausweislich des Protokolles nicht erfolgt.

Die Revision des Angeklagten G., die Aufhebung des gegen ihn gerichteten Urteils und seine Freisprechung herbeiführen soll, rügt Verletzung von Vorschriften materiell-rechtlichen Inhalts, insbesondere der §§ 263, 267 St.G.B.'s, betont, daß § 267 nicht habe angewendet werden dürfen, daß vielmehr höchstens, wie in der Anklage und im Eröffnungsbeschluß angenommen worden, § 270 St.G.B.'s einschläge, und macht weiter geltend, daß M., da er geisteskrank gewesen, gültige Verträge nicht habe abschließen können, sowie daß jedenfalls, da D. seine Forderung an M. doch noch jetzt verfolgen könne, und nicht feststehe, daß sie gegenwärtig uneinbringlich sei, ein vollendeter Betrug nicht ausreichend festgestellt sei.

## II.

Soweit das Rechtsmittel sich gegen die Beurteilung des G. wegen Betruges richtet, war ihm der Erfolg nicht zu versagen, da insoweit die angefochtene Entscheidung allerdings eine Reihe von Rechtsirrtümern erkennen läßt.

1. Der Vorderrichter hat den Angeklagten M. auf Grund von § 51 St.G.B.'s freigesprochen, aber nicht etwa festgestellt, daß M. zur Zeit der Begehung der Tat sich in einem Zustande krankhafter Störung der Geisteskräfte befand, durch welche seine freie Willensbestimmung ausgeschlossen war, sondern sich mit der Annahme begnügt, daß M. sich möglicherweise in einem derartigen Zustande befunden habe. Das war zur Freisprechung des M. zwar ausreichend,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Straff. Bd. 21 S. 131, nicht aber ist dabei vom ersten Richter erwogen worden, daß jene Annahme und die darauf gestützte Freisprechung des M. auch auf die Beurteilung der Tat des G. von Einfluß sein mußten. G. soll in Mittäterschaft mit M. gehandelt haben; das setzt zunächst voraus, daß auch M. die Tat begangen hat. Davon kann aber bei einem durch Geisteskrankheit der freien Willensbestimmung Beraubten nicht die Rede sein; denn ein solcher kann weder eine strafbare, noch überhaupt eine Handlung im Sinne des Strafrechts begehen; die

Worte des § 51 „Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden“, sind, wie das Reichsgericht schon ausgesprochen hat,

vgl. Entsch. v. o. Bd. 11 S. 56 flg., Bd. 21 S. 14, nicht dahin auszulegen, daß zwar eine Handlung im Rechtsinne, aber nicht eine strafbare Handlung vorhanden sei, sondern sie haben an dieser Stelle des Gesetzbuches die Bedeutung, daß nach der Auffassung des Strafrechts keine Handlung vorhanden ist.

Infolgedessen hat das Reichsgericht wiederholt anerkannt, daß eine strafbare Beihilfe zu der strafrechtlich nicht vorhandenen Tat eines nach § 51 St.G.B.'s Unzurechnungsfähigen nicht denkbar sei, weil das Tun des letzteren für das Strafrecht auf derselben Linie steht, wie das Tun irgend eines anderen vernunftlosen Geschöpfes, eine rechtlich strafbare Beihilfe aber nur zu einer rechtlich ebenfalls erheblichen Handlung möglich ist, daß sie dagegen, wo eine solche fehlt, wegen ihrer unselbständigen, akzessorischen Natur als Beihilfe auch dann nicht geahndet werden kann, wenn dem das Tun des Geisteskranken Unterstützenden dessen Zustand bekannt war.

Vgl. die angezogenen Entsch. Bd. 11 S. 56, Bd. 21 S. 14.

Denn der rechtliche Grund der Straflosigkeit der Unterstützungshandlung in ihrer Eigenschaft als Beihilfe wird durch den objektiven Mangel einer Haupttat gegeben. Wohl aber ist es möglich, daß der Unterstützende, der den Zustand des Geisteskranken kannte, ihn zwar als sein Werkzeug benutzen will, nicht aber mit dem Vorsatze handelt, das Delikt eines anderen zu unterstützen; dann wäre er aber nicht mit dem Dolus eines Gehilfen, sondern vielmehr mit dem eines Urhebers tätig gewesen. Wenn er dagegen den Zustand des Geisteskranken nicht kennt, so ist es möglich, daß auch von Urheberschaft bei ihm nicht gesprochen werden darf, weil er weder die Haupttat selbst ausführt, noch mit dem Vorsatze handelt, sie als seine Tat zu begehen, sondern nur die Tat des anderen befördern will.

Es besteht kein Bedenken, die gleichen Grundsätze auch dann anzuwenden, wenn die Anstiftung zu der „Tat“ eines Unzurechnungsfähigen in Frage steht. Bei der (abgesehen von dem Falle des § 49a St.G.B.'s) ebenfalls unselbständigen, akzessorischen Natur der Anstiftung kann auch diese ohne das Vorhandensein einer rechtlich wirksamen Haupttat nach § 48 St.G.B.'s nicht bestraft werden. Zu einem ähnlichen Ergebnisse muß man nicht minder bei der

Mittäterschaft (§ 47 St.G.B.'s) kommen; sie fällt mit der Beihilfe (§ 49 St.G.B.'s) und der Anstiftung (§ 48), wie schon aus der Überschrift des dritten Abschnittes zu entnehmen ist, unter den allgemeineren Begriff der „Teilnahme“ an strafbaren Handlungen. Die Voraussetzung für die Annahme einer Mittäterschaft, daß der Vorfaß des einen Mittäters auch darauf gerichtet sein muß, mit seinem Tun zugleich die Straftat des anderen Mittäters zur Vollendung zu bringen, ist, wenn bei dem letzteren dessen Tat als für das Strafrecht nicht vorhanden angesehen werden muß, ausgeschlossen. Eine in Mittäterschaft mit einem Geisteskranken begangene strafbare Handlung gibt es daher nicht (daß für die Fälle des § 55 St.G.B.'s nicht das gleiche gilt, hat das Reichsgericht des öfteren ausgeführt, vgl. die oben angezogenen Entsch. Bd. 11 S. 56 und Bd. 19 S. 192).

Bereits aus diesem Grunde konnte die Verurteilung des Angeklagten G. wegen in Mittäterschaft verübten Betruges nicht aufrecht erhalten werden; insoweit reichen die tatsächlichen Feststellungen des Vorderrichters auch nicht dazu aus, einen von G. in Alleintäterschaft verübten Betrug zu begründen.

2. Bei dieser Verurteilung kann es ferner deshalb nicht belassen werden, weil infolge der Freisprechung des M. wegen „möglicherweise“ vorhandener Unzurechnungsfähigkeit nicht mehr für erwiesen gelten kann, es sei M. beim Abschluß der Spielverträge geschäftsfähig — § 104 Nr. 2 B.G.B.'s — gewesen, und daß somit schon darum die für den Bestand des Urteils wesentliche Annahme, die mit M. geschlossenen Verträge seien gültig gewesen, zu beanstanden ist. Denn befand sich M., was nach den Ausführungen des ersten Richters möglich ist, zu der kritischen Zeit in der Tat in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Geistesstörung, so waren seine Willenserklärungen und damit auch die von ihm eingegangenen Verträge nichtig (§ 105 B.G.B.'s). Es entstand aus ihnen für die anderen Vertragsschließenden keinerlei Anspruch gegen M., namentlich nicht die Forderung des D. auf den ersten Gewinn, ja es hätte sogar das von M. etwa Geleistete jederzeit wieder zurückgefordert werden können. Das Recht, an dessen Verfolgung D. durch den gegen ihn verübten Betrug verhindert sein soll, hätte dann von vornherein überhaupt nicht bestanden.

3. Damit sind die gegen die Verurteilung des G. aus § 263

St.G.B.'s zu erhebenden Bedenken noch nicht erschöpft. Das Landgericht hat den von ihm für erwiesen angesehenen Betrug so konstruiert:

„Mit Rücksicht auf den in D. erregten Irrtum verweigerten die Angeklagten bewußt rechtswidrig demselben die Auszahlung des ihm vereinbarungsgemäß nach den Regeln des Preisregels zuzustehenden halben ersten Preises im Betrage von 50 M. und hielten ihn davon ab, diesen Anspruch gegen M., der damals aus den Einsätzen der Kegler reichliche Geldmittel zur Hand hatte und die Mittel zur Auszahlung des dem D. zustehenden Preises besaß, rechtzeitig, eventuell im Wege der Klage oder einstweiligen Verfügung, geltend zu machen. Durch diese Verweigerung der Auszahlung der 50 M., bzw. durch diese Verhinderung des ihm in dieser Höhe zustehenden Anspruchs, wirkten die Angeklagten objektiv nachteilig auf D.'s Vermögen ein, da sie ihm den Preis vorenthielten und ihn an einer Verbesserung seiner Vermögenslage um den Betrag von 50 M. bewußt rechtswidrig hinderten.“

Das Landgericht nimmt danach, obwohl einige spätere Wendungen des Urteils nach dieser Richtung wieder Zweifel erwecken könnten, dem ganzen Zusammenhange der Gründe nach nicht an, daß die Angeklagten von Anfang an die Absicht gehabt haben, den ersten Preis nicht auszuzahlen, und es erblickt den Betrug auch nicht etwa darin, daß die Teilnehmer durch die niemals vorhanden gewesene, aber vorgespiegelte Absicht der Angeklagten, die Preise auszuzahlen, zur Beteiligung am Regeln und zur Zahlung der Einsätze, d. h. zur Eingehung der Spielverträge, veranlaßt worden seien. Der Vorderrichter erachtet vielmehr erkennbar nur einen Betrug bei Erfüllung des Vertrages in dem bei der Entscheidung der Vereinigten Strafsenate, Entsch. Bd. 16 S. 1 flg. auf S. 10 flg. erörterten Sinne für gegeben, bei dem es auf den Wert des vom Getäuschten vor der Täuschung erworbenen Vertragsrechts gegenüber dem Werte derjenigen Leistung ankommt, welche der Täuschende gibt und der Getäuschte infolge des in ihm erregten Irrtums als Vertragserfüllung annimmt, so daß der Getäuschte geschädigt sein kann, ungeachtet seine eigene Leistung durch den Wert der tatsächlich erfolgten, nicht vertragsmäßigen Gegenleistung gedeckt ist. Das trifft aber auch im vorliegenden Falle zu, wennschon es sich für den einzelnen Kegler

bei Eingehung des Vertrages nur um eine bedingte Forderung handelte, deren Entstehung ungewiß war: sie entstand nämlich erst dann, wenn er die nach den Spielregeln für die Erlangung eines Preises nötige Anzahl Regel warf. Sobald das aber geschehen war, hatte er die Bedingung erfüllt und nunmehr einen Anspruch (— ob einen im Rechtswege verfolgbaren, wird später zu untersuchen sein —) auf den ihm nach dem Spielplan zukommenden Preis.

Bis hierher kann man mithin der Konstruktion des Vorderrichters beipflichten. Irrig ist dagegen schon seine Berechnung des dem D. zugefügten Vermögensschadens, den er mit der vollen Hälfte des ersten Preises d. h. mit 50 *M* ansetzt. Er übersieht, daß — wie aus dem sonstigen Inhalte des Urteils hervorgeht — D. zusammen mit dem Angeklagten G. den ersten und den zweiten Preis gewonnen, jeder von ihnen demnach 70 *M* zu fordern hatte, daß dem D. dagegen tatsächlich statt dessen die Hälfte des zweiten und des dritten Preises mit 32,50 *M* ausgezahlt worden ist; D. ist somit nur um den Unterschied zwischen 70 *M* und 32,50 *M* d. h. um 37,50 *M* geschädigt.

Dabei wird aber unterstellt und ist auch vom ersten Richter unterstellt worden, daß der Anspruch des D. auf Auszahlung der 70 *M* zur Zeit der Täuschung wirklich auch seinen vollen Wert hatte. Das Landgericht bejaht dies unter Hinweis auf das reichsgerichtliche Urteil vom 20. März 1903, Entsch. w. o. Bd. 36 S. 205, aber nur deshalb, weil der Anspruch als einem reinen Geschicklichkeitsspiele entstammend nicht unter § 762 B.G.B.'s falle und daher klagbar, andererseits aber M. damals wohl zahlungsfähig, jedoch nicht zahlungswillig gewesen sei.

Demzufolge scheint das Landgericht davon auszugehen, daß die Forderung des D., wenn sie nicht klagbar gewesen sein sollte, keinen Vermögenswert dargestellt haben würde. Das würde aber in dieser Allgemeinheit unrichtig und auch mit jenem reichsgerichtlichen Urteile nicht vereinbar sein.

Wohl ist in einer Reihe von Entscheidungen des Reichsgerichts, vgl. Bd. 19 S. 186, Bd. 21 S. 161, Bd. 24 S. 408, Bd. 27 S. 300, Bd. 28 S. 386, Bd. 36 S. 343, ausgesprochen worden, daß grundsätzlich der Tatbestand des Betruges einen Eingriff in das rechtlich geschützte Vermögen des anderen

voraussetze und deshalb insbesondere da versage, wo der Getäuschte zu der tatsächlich sein Vermögen mindernden Auswendung durch die Vorspiegelung einer Gegenleistung bestimmt wurde, die eine unethische oder unerlaubte Handlung ausmachen würde, und daß derjenige, welcher sich eine im Recht nicht geschützte Gegenleistung versprechen lasse, als ein solcher behandelt werden müsse, der sein Vermögen in dem Bewußtsein mindert, daß eine Gegenleistung im Rechtsinne unmöglich war, also ohne jede Rücksicht auf Gegenleistung. Diese, die Möglichkeit der Annahme eines Betruges in solchen Fällen leugnende, Auffassung ist in der Literatur nicht ohne Anfechtung geblieben, und vom Reichsgericht selbst später insofern eingeschränkt worden, als die Möglichkeit wenigstens eines versuchten Betruges für derartige Sachlagen zugegeben wurde.

Vgl. Entsch. w. o. Bd. 38 S. 423 mit Goldammer's Archiv Bd. 46 S. 330.

Für den hier in Betracht kommenden Tatbestand sind aber jene Entscheidungen des Reichsgerichts ohnehin nicht von maßgebender Bedeutung; sie beziehen sich, wie der Wortlaut gerade des in Bd. 36 S. 343 abgedruckten Urteils erkennen läßt, auf solche Gegenleistungen, die, weil ihnen ein Verbot des Rechtes oder der Sittlichkeit entgegensteht, im Rechtsinne unmöglich sind. Das trifft aber bei Forderungen aus erlaubten Spielverträgen keineswegs zu; sie sind freilich — wie noch darzulegen sein wird — nicht klagbar, wohl aber erfüllbar, und eine Rückforderung des freiwillig Geleisteten findet bei ihnen nicht statt; es handelt sich also hier bei ihnen schlechterdings nicht um Leistungen, die im Rechtsinne unmöglich sind. Auch das ist übrigens vom Reichsgericht bereits mehrmals zum Ausdruck gebracht worden.

Vgl. die angeführten Entsch. Bd. 36 S. 205 (wodurch die Entsch. desselben Senats Bd. 28 S. 401 überholt ist), ferner Goldammer's Archiv Bd. 46 S. 216 und das (nicht abgedruckte) Urteil des III. Senats Rep. 1385/99.

Derartige Forderungen aus Spielverträgen können mithin, selbst wenn sie im Rechtswege nicht durchführbar sein sollten, dennoch einen Vermögenswert haben; das trifft nicht nur dann zu, wenn der Schuldner zahlungswillig, sondern unter Umständen selbst dann, wenn er dies, wie hier das Landgericht in bezug auf beide An-

geklagte feststellt, nicht war. Denn es läßt sich nicht so ohne weiteres von der Hand weisen, daß der Anspruch des D. gegen M. — inwiefern ein solcher des D. gegen G. entstanden sein sollte, ist nirgends ersichtlich — doch, z. B. dann einen gewissen Wert hatte, wenn sich jemand fand, der in der Hoffnung darauf, M. werde mit Rücksicht auf seinen Ruf und auf den Ertrag ähnlicher, künftig von ihm zu veranstaltender Preisregeln schließlich doch noch zur Zahlung sich bequemen, dem D. die Forderung gegen M. abkaufte.

Würde etwas derartiges in der künftigen Hauptverhandlung vor dem Landgericht erwiesen werden, so erscheint es keineswegs als ausgeschlossen, daß ein vollendeter, nach Befinden wenigstens ein versuchter Betrug gegen G. festgestellt wird, letzteres nämlich dann, wenn dargetan werden könnte, daß G. der Forderung des D. an M. — möge sie nun objektiv einen Vermögenswert gehabt haben oder nicht — doch subjektiv einen solchen beigemessen hätte. Aus welchem Grunde der Forderung objektiv der Vermögenswert abgesprochen werden müßte, sei es bereits deshalb, weil sie nicht klagbar, sei es weil sie überhaupt in keiner Weise realisierbar war, würde dabei für die Annahme eines versuchten Betruges ohne Bedeutung sein. Erforderlich wäre dafür nur, daß sich in der Vorstellung des G. das als die Vermögensbeschädigung in Betracht kommende Aufhören des etwaigen Wertes der Spielforderung als eine ursächliche Folge der falschen Vorspiegelungen und der darauf beruhenden Irrtumserregung darstellte. In allen diesen — in erster Linie tatsächlicher Feststellung bedürftenden — Punkten fehlt es jedoch bisher an den nötigen Unterlagen völlig.

4. Eine weitere, nur unter der gleichen Voraussetzung in Betracht kommende wesentliche Stütze wird dem angefochtenen Urteile aber dadurch entzogen, daß sich keine Annahme, das von M. veranstaltete Preisregeln sei ein reines Geschicklichkeitsspiel, deshalb dem § 762 B.G.B.'s nicht unterworfen und daher klagbar gewesen, gleichfalls als rechtsirrtümlich erweist.

Zwar sind die Darlegungen des Vorderrichters, daß es sich bei dem in Rede stehenden Preisregeln um ein sog. reines Geschicklichkeitsspiel gehandelt habe, nicht zu bemängeln. Er folgert dies daraus, daß nach den im Plane vorgeschriebenen, zum Teil große Schwierigkeiten bietenden Regelstellungen, auf die zu werfen war,

nur geübte Spieler eine Aussicht auf Erfolg gehabt, daß sich tatsächlich deshalb auch nur kundige und gewandte Regler beteiligt hätten, unerfahrene und ungeschickte aber mit Rücksicht auf die harten Bedingungen und die Höhe des Einsatzes ferngeblieben seien. Er geht davon aus, daß bei einem Preisregeln auf meist so schwierige Stellungen die Möglichkeit, daß der Erfolg dabei überwiegend vom Zufalle abhängt, ganz ausgeschaltet sei, daß vielmehr bei einem derartigen Regeln der Einfluß auf den Erfolg, den dem Spieler seine Geschicklichkeit gewähre, als sehr erheblich bezeichnet werden müsse, und daß daran auch durch die Tatsache nichts geändert werde, daß nach dem Spielplane ein jeder Teilnehmer gegen jedesmalige Neuerlegung des Einsatzes die Reihe von fünf Würfeln beliebig oft habe wiederholen dürfen.

Alles das steht, soweit es auf rechtlichem Gebiete liegt, mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts im Einklange.

Vgl. die Entsch. des R.G.'s Bd. 25 S. 192, in Goldammer's Archiv Bd. 50 S. 281 und das (nicht veröffentlichte) Urteil des III. Straffenats Rep. 1058/97.

Es ist jedoch hierbei nicht außer acht zu lassen, daß die in diesen Entscheidungen ausgesprochenen Grundsätze zunächst nur innerhalb der Grenzen des Strafrechts Anspruch auf Geltung erheben können und wollen. Sie befassen sich mit der Frage, ob die Anwendung der Vorschriften des Strafgesetzbuches über Glücksspiele, d. h. Spiele, bei denen die Entscheidung über Gewinn oder Verlust allein oder doch vorwiegend vom Zufalle abhängt, bei solchen Spielen ausgeschlossen ist, deren Ausgang vorwiegend durch die Geschicklichkeit der Spieler herbeigeführt wird, und bejahen das mit Recht.

Damit ist aber noch keineswegs gesagt, daß solche reine Geschicklichkeitsspiele, weil sie nicht zu den strafrechtlich verbotenen gehören, bereits darum, wie der Vorderrichter annimmt, eine zivilrechtlich klagbare Forderung erzeugen. Es ist dies vielmehr vom Standpunkte des gegenwärtig geltenden bürgerlichen Rechts aus zu verneinen.

5. Das Bürgerliche Gesetzbuch bestimmt in § 762:

„Durch Spiel und Wette wird eine Verbindlichkeit nicht begründet. Das auf Grund des Spiels oder der Wette Geleristete kann nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat.“

Auf diese Vorschrift allein hat sich auch das Landgericht berufen, und es ist ihm zuzugeben, daß nur sie in Betracht zu ziehen war. Es liegt offensichtlich weder ein Lotterie- noch ein Auspiel-Vertrag vor, die übrigens ja beide Unterarten des Spielvertrages sind; ein Lotterievertrag nicht, weil keine Verlosung in Frage steht, ein Auspielvertrag nicht, weil um Geld und nicht um andere bewegliche oder unbewegliche Sachen gespielt worden ist. Selbst wenn man aber in dem Preisregeln einen dieser unter § 763 B.G.B.'s fallenden Verträge erblicken wollte, so würde aus ihnen hier dennoch um deswillen keine Verbindlichkeit hergeleitet werden können, weil — wie anzunehmen ist — es an der erforderlichen staatlichen Genehmigung gefehlt hat.

Vgl. den Königlich preussischen Erlaß vom 2. November 1868 (U.S. S. 991), und die Verfügung des Ministeriums des Innern vom 14. November 1868 Ziff. 2 (abgedruckt bei Grotensend, Erlasse Bd. 1 S. 398).

Ebenso wenig läßt sich das hier zu beurteilende Rechtsverhältnis zwischen dem Veranstalter des Spieles und den Teilnehmern daran etwa unter den Begriff der Auslobung (§ 657 B.G.B.'s) bringen, schon darum nicht, weil hier die zur Beteiligung am Spiele zuzulassenden Teilnehmer zuvor dem Veranstalter einen Einsatz zu entrichten hatten, sonach ein zweiseitiger Vertrag vorliegt, während die Auslobung ein einseitiges d. h. ein im Wege einer einseitigen Erklärung ein vollgültiges Rechtsverhältnis begründendes Rechtsgeschäft ist.

Wenn mithin lediglich die oben wörtlich wiedergegebene Vorschrift des § 762 B.G.B.'s als entscheidend hier in Frage kommt, so wird dessen Auslegung in erster Linie davon abhängen, was darin von dem Gesetzgeber unter dem Ausdruck „Spiel“ verstanden worden ist. Die Antwort hierauf muß, da weder im Gesetze selbst, noch in den Vorarbeiten dazu eine Definition des Begriffes „Spiel“ gegeben worden ist, im Wege der Auslegung gefunden werden.

a) Geht man zuvörderst auf den gewöhnlichen Sprachgebrauch zurück, so bezeichnet dieser als „Spiel“ im allgemeinsten Sinne eine Tätigkeit, die man nicht um eines Ergebnisses oder eines praktischen Zweckes willen, sondern zum Zeitvertreib, zur Unterhaltung, zum Vergnügen übt, oder es wird auch so ausgedrückt, daß das

Spiel eine Tätigkeit sei, die weder ethische noch wirtschaftliche Zwecke verfolge. In diesen äußersten Rahmen des Begriffes reihen sich ein z. B. alle Kinderspiele und die bloßen Unterhaltungsspiele. Für das Recht gewinnen diese und andere Spiele erst dann Bedeutung wenn um Vermögenswerte, insbesondere um Geld, gespielt wird. Hier beginnt der auch dem Volksmunde gebräuchliche Begriff des Gewinn-, des Geldspiels, bei dem der Reiz des Gewinnes die Freude an der Spieltätigkeit erhöht und schließlich überwiegt. Bei den Spielen, die körperlicher oder geistiger Übung gewidmet sind, und bei denen die Entscheidung vorwiegend auf der größeren Tüchtigkeit oder Übung des Spielers beruht, den Geschicklichkeitsspielen, tritt jener Charakter, selbst wenn dabei Gewinne zu erzielen sind, doch mehr zurück, wogegen im Volke bei Gewinnspielen, wo die Entscheidung ganz oder zum größten Teile vom Zufalle abhängig ist, von Glücksspielen geredet wird. Man wird mithin die Glücksspiele ebenso wie die Geschicklichkeitsspiele, wenn es sich bei ihnen um Vermögenswerte handelt, beide als Unterarten der Gewinn- oder Geldspiele und damit überhaupt als nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch von dem Begriffe „Spiel“ mit umfaßt ansehen müssen; es wird kaum einem Laien in den Sinn kommen, ein Preisregeln der von dem Angeklagten W. veranstalteten Art anders, denn als ein Spiel, zu bezeichnen.

b) Dieser Auffassung des Volkes und dem allgemeinen Sprachgebrauch entspricht nun vollständig die Entwicklung der rechtlichen Behandlung der Gewinn- und Geldspiele, wie sie sich in Deutschland bis zur Gegenwart vollzogen hat.

(— Dies wird hinsichtlich des älteren deutschen Rechts mit dem Bemerkten näher ausgeführt, daß es für das älteste deutsche Recht bis zum 13. Jahrhundert an Rechtsquellen über das Spiel vollständig fehlt. —)

Nach der im ganzen überwiegenden Anschauung blieb die Klagbarkeit von Forderungen aus Spiel nicht nur — Sachsen-  
spiegel I 6 § 2 — gegen den Erben des Verlierers, sondern auch gegen diesen selbst ausgeschlossen (vgl. z. B. das Magdeburger Stadtrecht von 1261 Art. 51, Sächs. Weichbild Art. 100 § 2), ebensowenig aber war eine Zurückforderung des durch den Verlierer freiwillig Geleisteten zulässig. Alle diese Bestimmungen scheinen

sich jedoch nur auf das Würfel(Doppel)spiel zu beziehen; es steht nicht einmal fest, ob damals schon reine Geschicklichkeitsspiele um Geld gespielt wurden.

Mit dieser, nicht für das ganze Reich, aber doch für den größeren Teil desselben anzunehmenden deutschen Rechtsauffassung stand nun diejenige des römischen Rechtes, dessen Rezeption im 13. Jahrhundert begann, aber erst im 16. beendet war, in schroffem Gegensatz.

Nach den Digesten XI, 5 de aleatoribus war das Spiel um Geld zufolge eines Senatskonsults verboten, mit Ausnahme von sechs, der körperlichen Übung und der Ausbildung für den Krieg dienenden Spielen, quod virtutis causa fiat (l. 2 § 1 h. t.). Bei solchen Spielen durfte auch gewettet werden, was bei anderen Spielen unzulässig war (l. 3 h. t.); im übrigen aber waren die Wetten erlaubt (l. 17 § 5 Dig. 19, 5). Außerdem war das Ausspielen von Nahrungsmitteln im Familienkreise gestattet (l. 4 Dig. h. t.). Ob neben diesen die Unklagbarkeit fast aller Spiele festsetzenden Bestimmungen des Zivilrechts noch strafrechtliche Verbote herrschten, steht nicht fest.

Der Titel XI. 5 der Digesten ist glossiert und unzweifelhaft rezipiert. Nicht das gleiche gilt von der l. 1 Cod. de aleatoribus et alearum lusu 3, 43, die früher als c. 14 des folgenden Titels aufgeführt wurde und ebenso wie die übrigen griechischen Konstitutionen des Titels 43 nicht glossiert ist. Durch sie wurde das Spiel um Geld und selbst das Zusehen dabei verboten, die Klagbarkeit des Spielgewinnes ausgeschlossen und sogar die Rückforderung des Geleisteten nicht nur dem Verlierenden, sondern auch dessen Erben, eintretendenfalls sogar an deren Stelle öffentlichen Behörden binnen 50 Jahren gestattet; hiervon waren nur 5 griechisch bezeichnete und ihrer Art nach zweifelhafte Spiele ausgenommen, die indes offenbar der körperlichen Übung dienten; auch diese durften aber selbst von Reichen nur um einen solidus gespielt werden.

Immerhin ist diese Kodexstelle lange Zeit für glossiert und damit für rezipiert gehalten worden, bis sich um die Mitte des 18. Jahrhunderts mit der Bildung der Regel quidquid (— quos textus —) non agnoscit glossa, non agnoscit curia die Überzeugung von dem Gegenteil durchgerungen hatte.

Nach Beginn der Rezeption war man nun bestrebt, die Vorschriften des römischen Rechts, so wie man dieses damals auffaßte, mit der bisherigen deutschen Anschauung in Einklang zu bringen, da besonders das ausgedehnte zivilrechtliche Verbot der Spiele und die Beschränkung der Höhe des zu verspielenden Betrages auf einen solidus als zu weitgehend erschienen.

So suchte man unter die von Justinian zugelassenen fünf Ausnahmen von dem Verbot, von denen man übrigens nichts näheres wußte, zunächst alle der körperlichen Ausbildung dienenden Spiele, sodann aber, indem man auf die Worte des Senatskonsults quod virtutis causa fiat zurückgriff und diese ausdehnend auslegte, auch solche Spiele zu bringen, die zur Übung oder zur Erholung des Geistes bestimmt waren. Auf diese Weise entstand allmählich die in einigen Ländern, z. B. im Codex Maximilianus Bavaricus, gesetzlich anerkannte Unterscheidung zwischen Glücks-, Kunst- und gemischten, d. h. sowohl vom Glück wie von der Geschicklichkeit abhängigen, Spielen, wobei man im allgemeinen die Glücksspiele für unklagbar, die übrigen aber, wenn sie um mäßige Beträge gespielt wurden, für klagbar erklärte. Diese Beträge waren in einzelnen Statuten genau bestimmt, und zwar nach dem Stande der Spieler; später ließ man vielfach das richterliche Ermessen entscheiden. So waren die Vorschriften über die zivilrechtlichen Wirkungen des Spiels in Deutschland bis in das 19. Jahrhundert hinein im einzelnen außerordentlich verschieden, so daß man auch auf diesem Gebiete des gemeinen Rechts von einer Unsicherheit und Zersplitterung sprechen kann. Dazu kam, daß infolge der seit dem 14. Jahrhundert einsetzenden bedenklichen Vermehrung der Spielleidenschaft, die Obrigkeiten sich in immer steigendem Maße veranlaßt sahen, dem Spiele auch mit polizeilichen und strafrechtlichen Verböten entgegenzutreten, die dem justinianischen Rechte (mit einigen unzweifelhaft nicht rezipierten Ausnahmen) unbekannt gewesen waren. (— Folgt noch nähere Ausführung. —) Im großen und ganzen kann man jedoch für die Zeit, zu der mit den Vorarbeiten zu unserem Bürgerlichen Gesetzbuch begonnen wurde, das Ergebnis der Entwicklung auf dem Gebiete des gemeinen Rechts dahin zusammenfassen: Eine kleine Minderheit von Rechtsgelehrten behauptet die unveränderte Geltung des alten römischen Rechts, wenigstens des Digestenrechts, und vertritt

die Ansicht, daß, da die in dem letzteren erlaubten Spiele heutzutage nicht mehr gespielt würden, nunmehr alle Spiele zivilrechtlich verboten, die Forderungen daraus sonach unklagbar, und die Rückforderung des Geleisteten zulässig sei; auf diesem Standpunkte stehen auch einige ältere Entscheidungen des Ober-Appellationsgerichts Celle (Seuffert's Archiv Bd. 1 Nr. 345, Bd. 9 Nr. 289, Bd. 13 Nr. 94).

Die überwiegende Mehrzahl aber hält die Bestimmungen des römischen Rechts durch die deutsche Gewohnheit für beseitigt, und daher alle Spiele, die zur „ehrlichen Ergötzlichkeit“ und zur Kurzweil, also nicht vorwiegend aus Gewinnsucht betrieben werden, für erlaubt, für unerlaubt aber lediglich die der Gewinnsucht dienenden und auf sie berechneten Glücksspiele. Trotzdem wird fast überall (mit nur einer Ausnahme) in der Wissenschaft und der Praxis des gemeinen Rechts auch für die erlaubten Spiele (insbesondere die Geschicklichkeitsspiele wie Regeln, Billard) die Klagbarkeit verneint, d. h. es hat auch im Bereiche des gemeinen Rechts die deutschrechtliche Auffassung obgesiegt.

Vgl. hierzu das Urteil des Oberlandesgerichts Rostock in Seuffert's Archiv Bd. 50 Nr. 164 vom 8. Juni 1894 und vor allem die Entscheidung des I. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 24. April 1897, Entsch. in Zivilf. Bd. 39 S. 163 (164).

c) Weniger zweifelhaft als die des gemeinen Rechts ist die Stellung, welche die im 18. und im 19. Jahrhundert entstandenen Modifikationen zu der Klagbarkeit des Spiels einnehmen.

a. Am nächsten steht dem alten römischen Rechte der Code civil, er weicht aber in bezug auf die Wette von ihm ab. — Es werden nun die an alte französische Ordonnanzen sich anlehenden Bestimmungen der Artt. 1965—1967 Code civil wörtlich wiedergegeben. —

Schon hier findet sich also die Gleichstellung von Spiel und Wette. Weiter ist bemerkenswert, daß die französische Praxis der nur Beispiele aufzählenden Fassung des Art. 1966 ungeachtet streng an der Beschränkung auf die dort einzeln bezeichneten Spiele festhielt und die Klagbarkeit daher nicht nur dem Schachspiele, sondern z. B. auch dem Billard versagte.

β. Das preußische Allgemeine Landrecht schloß die gerichtliche Klage wegen Spielschulden ebenfalls ganz aus (I. 11 § 577), und stimmte auch darin mit dem Code civil überein, daß jemand das, was er in erlaubten Spielen verloren und wirklich bezahlt habe, nicht zurückfordern könne (§ 578 a. a. D.). Das im verbotenen Spiel Bezahlte konnte zwar grundsätzlich zurückverlangt werden, unterlag aber nach I. 16 §§ 205—212 der Einziehung durch den Fiskus. Als unerlaubt, d. h. als strafrechtlich verboten, galten nur die Hazardspiele, aber auch diese allein dann, „sobald aus der Beschaffenheit der spielenden Personen, des Einsatzes und der übrigen Umstände erhellt, daß selbige aus Gewinnsucht gespielt worden“ (A.L.R. II. 20 § 1298); in § 1299 werden dann einige in der Regel als Hazardspiele anzusehende Spiele aufgeführt, unter denen sich kein Geschicklichkeitspiel befindet, und an anderer Stelle, § 1300 a. a. D., werden Strafen für den Bankhalter und die Teilnehmer bestimmt. Das Wetten beim Spiel, auch beim erlaubten, wurde dem verbotenen Hazardspiele gleichgeachtet (§ 1302 a. a. D.); im übrigen ließ jedoch das Allgemeine Landrecht bei Wetten eine Klage auf Bezahlung zu, vorausgesetzt indessen, daß die Wette sogleich bar gesetzt und entweder gerichtlich oder in die Verwahrung eines Dritten niedergelegt worden (§ 579 A.L.R. I. 11).

Mit Recht sah die Praxis in diesen Bestimmungen die deutschrechtlichen Anschauungen wiedergegeben.

γ. Ähnlich war der Standpunkt des Österreichischen Gesetzbuches vom 1. Januar 1812. — Wie mit Rücksicht auf die §§ 1271, 1272 und 1432 näher dargelegt wird. —

δ. Das sächsische Bürgerliche Gesetzbuch von 1863 wich davon nicht sehr ab. — Dies wird in eingehender Weise begründet. Hierbei sind auch das Mandat wegen der Hazard- und anderer hohen Spiele v. vom 20. Dezember 1766 und das Gesetz vom 11. April 1864, das Hazardspiel v. betreffend, in Betracht gezogen. —

d) Für die Vorgeschichte des § 762 des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs sind sodann nicht ohne Wert die Entwürfe zu Gesetzen über das bürgerliche Recht sowie derjenige eines für die deutschen

Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über die Schuldverhältnisse, deren Inkrafttreten nachmals an der Veränderung der politischen Verhältnisse gescheitert ist.

1. Hierher gehören zunächst die Bestrebungen zur Neugestaltung des preussischen Landrechts. Anlässlich der „Gesetzesrevision“ (Bensum XIV) wurde es bei der Bestimmung der §§ 577 flg. A.L.R. I. 11 belassen, nur daß statt „erlaubten“ gesetzt wurde „nicht verbotenen“ Spielen. Dabei wurde anerkannt, daß die in solchen Spielen entstandenen Verbindlichkeiten zwar nicht obligationes civiliter reprobatae, aber auch nicht comprobatae, sondern obligationes naturales efficaces im Sinne des § 86 Einl. zum A.L.R. seien.

2. — Es folgen nun in Ziff. 2 bis 4 Erörterungen hinsichtlich des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Großherzogtum Hessen von 1853 (4. Abteilung Artt. 555—561, vgl. die Motive S. 216, 217), des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern von 1861 (Artt. 762—767 und 769) unter Hervorhebung einer den Spielvertrag betreffenden besonders beachtenswerten Stelle aus den Motiven (S. 233) zu diesem Entwurfe, ferner Ausführungen zu den Artt. 862 und 863 des Dresdener Entwurfs. In Ziff. 5 wird auch das zwischen diesem Entwurfe und dem ersten Entwurfe zum deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche stehende, von dem letzteren Gesetze vielfach benutzte Schweizerische Obligationenrecht vom 14. Juni 1881 (Art. 512) in Berücksichtigung gezogen. —

e) Überblickt man die Entwicklung, welche die Frage nach dem Vorstehenden im Laufe der Jahrhunderte in der Rechtswissenschaft und in der Gesetzgebung genommen hat, so läßt sich nicht bezweifeln, daß im allgemeinen der deutschrechtliche Gedanke, wonach kein Spiel, möge es nun ein Glücks-, ein Kunst- oder ein gemischtes Spiel sein, eine Klage auf den Spielgewinn erzeugen, niemals aber auch der freiwillig bezahlte Spielverlust im Rechtswege zurückverlangt werden könne, zuletzt durchweg die Oberhand gewonnen hatte. Es muß daher von vornherein als höchst unwahrscheinlich bezeichnet werden, daß die Verfasser des ersten Entwurfs zum deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch dieser Entwicklung hätten entgegnet wollen; sicher ist dagegen, daß sie, wenn sie etwas derartiges trotzdem be-

absichtigt hätten, dem im Entwurfe selbst oder doch wenigstens in den Motiven einen klaren und unzweideutigen Ausdruck gegeben haben würden. Aber davon ist nirgends etwas erkennbar. Der im Texte des Entwurfs gewählte allgemeine, nach dem Sprachgebrauche des Volkes — wie oben nachgewiesen — die Glücks- und die Geschicklichkeitsspiele in sich schließende Ausdruck spricht vielmehr ganz offensichtlich gegen eine solche Annahme. Daß eine Begriffsbestimmung des Spiel- und Wettvertrages im Entwurfe nicht gegeben, sondern der Wissenschaft überlassen worden ist, stimmt überein mit dem gleichen Verfahren des Allgemeinen Landrechts, des sächsischen Gesetzbuchs, des Code civil und des schweizerischen Obligationenrechts; sie war, nachdem die Hauptquelle der bisherigen Streitigkeiten, die ungleiche Behandlung von Spiel und Wette, auch im Entwurf verschlossen war, nicht mehr erforderlich, und es mag auch die obenerwähnte Erinnerung bei den Beratungen des Dresdener Entwurfs zu der Weglassung einen Anstoß gegeben haben. Die Motive ihrerseits sprechen zudem deutlich aus, daß der Entwurf insoweit der gegenwärtig vorherrschenden, auch in den modernen Modifikationen im wesentlichen zur Anerkennung gelangten Rechtsauffassung folge. In der Anm. 2 auf S. 643. 644 Bd. II der Motive wird darauf hingewiesen, es sei bestritten, ob die Sätze des römischen Rechts, wonach nur gewisse Spielverträge erlaubt, diese voll rechtlich wirksam, die anderen Spielverträge aber nichtig seien, für das gemeine Recht noch anerkannt werden könnten, und hinzugefügt, daß auch der Code civil, der im übrigen dasselbe Prinzip aufstelle wie der Entwurf, gewisse erlaubte Spiele (von der Unklagbarkeit) ausschiede. Diese für das geltende gemeine Recht zweifelhafte, im Code civil feststehende Ausnahme von der Unklagbarkeit wollten die Verfasser des Entwurfs mithin nicht aufnehmen. Sie wollten überhaupt die ganze als unbrauchbar erkannte und in den Motiven zum bayerischen und in der Beratung des Dresdener Entwurfs so treffend verurteilte Unterscheidung zwischen Glücks-, Kunst- und gemischten Spielen aufgeben, und sie bringen das dadurch zum klaren Ausdruck, daß sie am Schlusse derselben Anmerkung sagen: Dasselbe Prinzip, wie der Entwurf, befolgten auch der Bayerische und der Dresdener Entwurf. Damit steht im vollen Einklange, daß die Motive an einer anderen Stelle erklären, es könne, — ab-

gesehen von strafrechtlichen Verböten —, der Spiel- und Wettvertrag nicht schlechtlin deshalb für nichtig erklärt werden, weil er gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoße: „Er erscheint vielmehr, sofern nicht besondere Umstände hinzutreten, in gewissem Maße rechtsverbindlich, soweit ihn das Gesetz nicht besonders reprobirt. Gemäß der schon bezeichneten Rechtsauffassung der Gegenwart ist diese Reprobation dahin auszusprechen und zu beschränken, daß die Rückforderung des Geleisteten ausgeschlossen wird. Der Ausschluß der Rückforderung empfiehlt sich auch deshalb, weil Prozesse über Spiel- und Wettschulden, gleichviel ob die Leistung erfolgt ist oder nicht, überhaupt nicht zuzulassen sind“ (Motive a. a. D. S. 644).

f) Über den Standpunkt des Entwurfes und der Motive ist hiernach kein Zweifel möglich. Daß dieser Standpunkt im weiteren Laufe des Zustandekommens des Gesetzes — dessen § 762 Abs. 1 bekanntlich mit dem § 664 Abs. 1 des Entw. sachlich völlig übereinstimmt und nur an Stelle der Worte „Schuldverhältnis zwischen den Vertragsschließenden“ das Wort „Verbindlichkeit“ gesetzt hat — wieder verlassen worden wäre, ist nirgends und namentlich auch aus den Protokollen der zweiten Kommission nicht zu entnehmen. Aus den letzteren ergibt sich nur so viel, daß sich in der Kommission über den gesetzgeberischen Grund für die Nichtberücksichtigung des Spieles im Bürgerlichen Gesetzbuche zwei Meinungen gegenüberstanden: nach der einen darf das Gesetz das Spiel wegen der damit möglicherweise verbundenen wirtschaftlichen und sittlichen Gefahren nicht durch gerichtliche Hilfe fördern (vgl. oben die Motive zum bayerischen Entw.), nach der anderen beruht die Unklagbarkeit des Spieles darauf, daß das Spiel und die daraus sich ergebenden Beziehungen der Spieler dem Gebiete der Sitte, nicht dem des Rechts angehören. Zu einer Stellungnahme der Kommission gegenüber diesen beiden Ansichten ist es nicht gekommen; jedenfalls ist aber weder die Kommission, noch etwa der Bundesrat oder der Reichstag der hier beschäftigten Aufassung des Entwurfes und der Motive von der Bedeutung des Begriffes „Spiel“ irgendwo entgegengetreten (Protokolle II S. 794 flg.).

g) Endlich spricht neben der bisher dargelegten Entstehungsgeschichte des § 762 B.G.B.'s auch folgendes dafür, daß dort der Begriff „Spiel“ im allgemeinen Sinne und nicht etwa bloß als

gleichbedeutend mit der im Strafgesetzbuch vorkommenden Bezeichnung „Glücksspiel“ gebraucht ist. In den von den Motiven des Entwurfes angezogenen Entscheidungen der Strafsenate des Reichsgerichts über den Spiel- und Wettvertrag, — vgl. Entsch. in Straff. Bd. 6. S. 172, 174, 421, Bd. 7 S. 24 — wird das Glücksspiel mit klaren Worten als eine Unterart des Spieles bezeichnet. Nicht minder mußte den Verfassern des Entwurfes bekannt sein, daß der Ausdruck „Spiel“ in § 210 der Konkursordnung ält. Fassung (der jetzt, dem § 762 B.G.B.'s entsprechend, in § 240 R.D. n. F. durch die Worte „Spiel und Wette“ ersetzt ist) von der Praxis nicht etwa bloß auf das Glückss- oder das Hazardspiel im engeren Sinne beschränkt, sondern auf alle Spiele, auch auf Geschicklichkeitsspiele, ausgedehnt wurde, sofern nur damit ein unverhältnismäßiger Aufwand verbunden gewesen war.

Nach alledem kann das Wort „Spiel“ in § 762 B.G.B.'s in der Tat nicht anders als allgemein d. h. dahin verstanden werden, daß es insbesondere auch reine Geschicklichkeitsspiele (z. B. das hier besprochene Preisregeln, nach Befinden aber auch Billard u. selbst Schach) in sich schließt, und die Klagbarkeit auch solcher Spiele ist mithin nach dem jetzt geltenden Rechte ausgeschlossen.

Das Landgericht befand sich demnach, als es das Gegenteil annahm, in einem Rechtsirrtum und aus § 263 St.G.B.'s konnte die von ihm ausgesprochene Verurteilung des G. wegen Betrugs nicht bestehen bleiben.

### III.

Anders verhält es sich mit der Bestrafung wegen Urkundenfälschung. Soweit diese auf die Annahme der Wittäterschaft mit M. gegründet ist, stehen ihr freilich dieselben Bedenken entgegen, wie sie oben bei II 1 entwickelt worden sind. Auch ist der Tatbestand des § 267 St.G.B.'s, wegen dessen G. verurteilt ist, nicht genügend festgestellt; es fehlt insbesondere an dem Nachweise, daß er die Urkunde fälschlich angefertigt habe oder habe anfertigen lassen. Wohl aber sind nach dem angefochtenen Urteile sämtliche Tatbestandsmerkmale des § 270 St.G.B.'s gegen G. nachgewiesen. Er wußte, daß die Urkunde vom 7. August 1904 falsch war, und er machte von ihr trotzdem zur Täuschung des die Untersuchung gegen M. leitenden Amtmanns Gebrauch. Das reicht für die Anwendung des § 270 St.G.B.'s

aus; es mag aber noch hervorgehoben werden, daß die Klaglosigkeit des vom ersten Richter als klagbar vorausgesetzten Anspruchs aus dem Kegelspiel die Beweiserheblichkeit der Urkunde nicht beeinträchtigt. Denn das Schriftstück war, seine Echtheit vorausgesetzt, geeignet, nachzuweisen, daß W. seine — klaglose — Spielschuld an Kaspar Meyer durch Zahlung rechtswirksam getilgt habe. Es liegen also die sämtlichen Erfordernisse für die Verurteilung wegen eines in Alleintäterschaft begangenen Vergehens gegen § 270 St.G.B.'s vor; § 270 ist in dem Eröffnungsbeschlusse ausdrücklich angezogen. Daß daneben — offenbar infolge eines Schreibfehlers — statt § 47 St.G.B.'s der § 49 St.G.B.'s zitiert wird, ist, auch wenn man unterstellt, daß § 47 gemeint sein sollte, dennoch einflußlos, da eine Beschwerde aus § 264 St.P.D. nicht erhoben worden ist. Daß das Landgericht, wenn es selbst schon den Angeklagten G. aus § 270 St.G.B.'s als Alleintäter verurteilt hätte, ihn zu einer niedrigeren Strafe verurteilt haben würde, als bei seiner wegen Mittäterschaft aus § 267 St.G.B.'s erfolgten Verurteilung, ist nicht anzunehmen. Auch in dieser Richtung fehlt es vielmehr an einem Grund, das Urteil hinsichtlich Urkundenfälschung aufzuheben.

Danach war allenthalben so, wie gesehen, zu erkennen.