

## Betrieb von Geldautomaten in einer Spielhalle

### Orientierungssatz

1. Der Spielhallenbetreiber erbringt die Zahlungsdienste in seiner Spielhalle nicht im Rahmen einer Haupttätigkeit, sondern allenfalls als Nebengeschäft zur Aufstellung von Spielgeräten mit Gewinnmöglichkeit i. S. v. § 33c Abs. 1 GewO bzw. als Nebengeschäft zum Betrieb der Spielhalle als solcher. [\(Rn.51\)](#)
2. Bei Spielhallenbetreibern, die einen EC-Cash-Terminal betreiben, handelt es sich nicht um „Zahlungsinstitute“ i. S. v. 1 Abs. 1 Nr. 5 ZAG. Aus diesem Grund scheidet eine Erlaubnispflicht i. S. v. § 8 Abs. 1 ZAG aus. [\(Rn.52\)](#)
3. Kein Zahlungsdienst einer Spielhalle liegt vor, wenn sie Barauszahlungen ermöglicht und ansonsten weder einen Rahmenvertrag mit dem Karteninhaber geschlossen hat noch sonstige Zahlungsdienstleistungen erbringt. [\(Rn.75\)](#)

### Fundstellen

ZfWG 2015, 286-291 (red. Leitsatz und Gründe)

### Tenor

Der Angeklagte wird

freigesprochen.

Die Staatskasse trägt die Kosten des Verfahrens, die notwendigen Auslagen des Angeklagten und die notwendigen Auslagen der Verfahrensbeteiligten.

Die Staatskasse ist verpflichtet, den Angeklagten für den etwaigen Schaden, den er durch die Durchsuchung seiner Geschäfts- und Nebenräume am 31.01.2013 erlitten hat, zu entschädigen.

### Gründe

#### I.

- 1 Über die Person des Angeklagten ist außer den im Rubrum enthaltenen Personalien wenig bekannt geworden, da er in der Hauptverhandlung keine Angaben gemacht hat.
- 2 Er ist Geschäftsführer der....
- 3 Das Bundeszentralregister weist für den Angeklagten keine Eintragungen auf.

#### II.

- 4 Dem Angeklagten wird in der Anklage vom 20.09.2013 zur Last gelegt, sich in zwei rechtlich selbstständigen Handlungen (Taten 1 und 3) jeweils fahrlässig ohne Erlaubnis nach § 8 Abs. 1 S. 1 Zahlungsdienstenaufsichtsgesetz (ZAG) Zahlungsdienste erbracht, sowie in zwei weiteren rechtlich selbstständigen Handlungen (Taten 2 und 4) jeweils vorsätzlich ohne Erlaubnis nach § 8 Abs. 1 S. 1 ZAG Zahlungsdienste erbracht zu haben, hiervon in zwei Fällen (Taten 1 und 2) als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person handelnd.
- 5 Ihm wird von der Staatsanwaltschaft folgender Sachverhalt zur Last gelegt:
- 6 (Taten 1 und 2)
- 7 Der Angeklagte ist alleiniger Geschäftsführer der ...GmbH mit Sitz in N. Diese betreibt in W... und in N... je eine Spielhalle, in der sie jeweils einen Geldautomaten unterhielt. Den Geldautomaten in W... betrieb der Angeklagte seit November 2009, den Geldautomaten in der Spielhalle in N... seit März 2010. Den Betrieb beider Geldautomaten stellte er im Dezember 2012 ein.

- 8 Die R... GmbH war zu keinem Zeitpunkt im Besitz einer Erlaubnis der Bundesanstalt für  
Finanzdienstleistungsaufsicht gemäß § 8 Abs. 1 S. 1 ZAG.
- 9 Der Angeklagte handelte bei der Aufstellung, Einrichtung und dem Betrieb des Geldautomaten in der  
Absicht, den Umsatz und damit auch den Gewinn der R... GmbH dauerhaft zu steigern.
- 10 Tat 1:
- 11 Bis April 2011 betrieb der Angeklagte die Geldautomaten der R...GmbH in W... und N... aufgrund eines  
einheitlichen Willensentschlusses. Die Automaten wurden hierbei durch die Mitarbeiter der R... GmbH  
mit Bargeld bestückt. Das in die Automaten eingebaute Cash-Terminal stellte durch Einführung der  
GiroCard des Nutzers, die Eingabe der PIN und die Auswahl eines Bargeldausgabebetrags eine  
Verbindung zwischen dem Geldwechselergerät und dem Konto des Nutzers her und gab den  
gewünschten Betrag aus. Der abgehobene Betrag wurde dem Konto des Nutzers belastet und dem  
Geschäftskonto der R...GmbH gutgeschrieben.
- 12 Die Automaten wurden während ihres Betriebs im Zeitraum von November 2009 bis April 2011  
insgesamt 14.649 Mal in Anspruch genommen, wobei die Nutzer insgesamt 796.800 € abhoben. Dieser  
Betrag wurde der R...GmbH anschließend zulasten der Konten der Nutzer auf das Geschäftskonto  
erstattet.
- 13 Bis zu diesem Zeitpunkt hatte der Angeklagte keine Kenntnis vom Erfordernis einer Erlaubnis der  
Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht für den Betrieb der Geldautomaten. Er hätte diese  
Kenntnis aber bei Anwendung der ihm möglichen und zumutbaren Sorgfalt erkennen können und  
müssen, kümmerte sich aber bei der Inbetriebnahme der Geldautomaten bewusst nicht um die  
rechtlichen Voraussetzungen hierfür.
- 14 Tat 2:
- 15 Im April 2011 erhielt der Angeklagte positive Kenntnis davon, dass die R...GmbH für den Betrieb von  
Geldautomaten eine Erlaubnis der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht benötigt. Ihm war  
bekannt, dass sie über diese Erlaubnis nicht verfügt. Gleichwohl entschloss er sich, den Kunden die  
Geldautomaten weiterhin ohne eine solche Erlaubnis zur Verfügung zu stellen.
- 16 In der Zeit von Mai 2011 bis Dezember 2012 hoben die Nutzer in insgesamt 19.704  
Abhebungsvorgängen insgesamt 1.096.290 € ab. Dieser Gesamtbetrag wurde über das ECCash-  
Terminal auf das Geschäftskonto der R... GmbH erstattet.
- 17 (Taten 3 und 4)
- 18 Der Angeklagte betreibt in N... außerdem die Spielhalle ..., hier in der Rechtsform des  
Einzelunternehmers. Auch er persönlich war zu keinem Zeitpunkt im Besitz einer Erlaubnis der BaFin  
zum Betrieb des Auszahlungsgeschäfts. Gleichwohl stellte er den Kunden seiner Spielhalle ab  
November 2009 einen Geldautomaten in der Absicht zur Verfügung, hierdurch den Umsatz und damit  
auch seinen Gewinn dauerhaft zu steigern.
- 19 Tat 3:
- 20 Während des Betriebs auch des Geldautomaten in seiner Spielhalle war dem Angeklagten nicht  
bekannt, dass er hierfür eine Erlaubnis der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht benötigt.  
Dies hätte er aber nach seinen subjektiven Kenntnissen und Fähigkeiten erkennen können und müssen,  
kümmerte sich jedoch aufgrund nicht um die gesetzlichen Anforderungen für den Betrieb eines solchen  
Geldautomaten. Die Kunden der Spielhalle des Angeklagten hoben im Zeitraum von November 2009  
bis April 2011 in insgesamt 9.100 Fällen Bargeld in Höhe von insgesamt 446.250 € ab, welches auf das  
Geschäftskonto des Angeklagten erstattet wurde.
- 21 Tat 4:
- 22 Ab April 2011 wusste der Angeklagte vom Erfordernis einer Erlaubnis der Bundesanstalt für  
Finanzdienstleistungsaufsicht. Dass er selbst über eine solche Erlaubnis nicht verfügt, war ihm  
ebenfalls bekannt. Gleichwohl entschloss er sich bewusst und gewollt dafür, den Geldautomaten den  
Kunden seiner Spielhalle ab Mai 2011 weiter zur Verfügung zu stellen. Die Kunden des Angeklagten  
entnahmen dem Automaten in der Zeit von Mai 2011 bis Dezember 2012 in insgesamt 9.233  
Abhebungsvorgängen insgesamt 507.800 €, die im Anschluss auf das Geschäftskonto des Angeklagten

erstattet wurden.

### III.

- 23 Der Angeklagte war insgesamt aus rechtlichen Gründen freizusprechen.
- 24 Zunächst ist festzuhalten, dass zur Überzeugung des Gerichts aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme, insbesondere den glaubhaften Angaben der Zeugen sowie den in der Hauptverhandlung verlesenen und in Augenschein genommenen Urkunden und Lichtbildern, feststeht, dass in den oben genannten Spielhallen im angeklagten Tatzeitraum EC-Cash-Terminals auf die oben in Ziffer II. dargestellte Weise ohne Erlaubnis der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht betrieben und zumindest die in Ziffer II. unter den Taten 2 und 4 aufgeführten Bargeldbeträge abgehoben wurden.
- 25 Das Betreiben der EC-Cash-Terminals im betreffenden Zeitraum wurde insbesondere durch die glaubhaften Angaben der Zeugen K..., Bar..., B... und PHK J... bestätigt.
- 26 Die Zeugin S... von der BaFin hat glaubhaft bekundet, dass eine Erlaubnis für das Betreiben der Terminals weder beantragt noch erteilt wurde.
- 27 Aufgrund der in der Hauptverhandlung verlesenen und in Augenschein genommenen Urkunden steht zur Überzeugung des Gerichts auch fest, dass zumindest die in Ziffer II. unter den Taten 2 und 4 aufgeführten Bargeldbeträge abgehoben wurden.
- 28 Taten 1 und 3:
- 29 Bezüglich der Taten 1 und 3 der Anklage war der Angeklagte -wie auch von der Staatsanwaltschaft beantragt- aus rechtlichen Gründen freizusprechen.
- 30 Aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme, insbesondere den glaubhaften Angaben des Zeugen R... B... und den diesbezüglich in der Hauptverhandlung verlesenen und in Augenschein genommenen Urkunden, steht zur Überzeugung des Gerichts fest, dass schon vor dem Stichtag 25.12.2007 EC-Terminals vom Angeklagten bzw. der Verfallsbeteiligten in dem Spielhallen in W..., N...und N... mittels des so genannten PIN-Verfahrens betrieben wurden. Somit liegen die Voraussetzungen der Übergangsvorschrift des § 35 Abs. 3 ZAG vor, so dass die EC-Terminals -falls überhaupt insgesamt eine Erlaubnis erforderlich ist (hierzu siehe unten)- bis zum 30. April 2011 ohne Erlaubnis betrieben werden durften und somit diesbezüglich eine Strafbarkeit ausscheidet.
- 31 Der Zeuge R... B..., welcher Betriebsleiter der vorgenannten Spielhallen ist, hat auch glaubhaft bekundet, dass die EC-Terminals nur mittels des PIN-Verfahrens betrieben wurden, was auch durch die in der Hauptverhandlung verlesenen und in Augenschein genommenen Urkunden bestätigt wurde, so dass auch vor dem 25. Dezember 2007 keine Erlaubnis nach § 32 Abs. 1 des Kreditwesengesetzes erforderlich war, da beim PIN-Verfahren kein Kreditausfallrisiko besteht.
- 32 Taten 2 und 4:
- 33 Auch diesbezüglich war der Angeklagte aus rechtlichen Gründen freizusprechen.
- 34 Es liegt schon der objektive Straftatbestand des § 31 Abs. 1 Nr. 2 ZAG nicht vor.
- 35 Nach § 31 Abs. 1 Nr. 2 ZAG macht sich strafbar, wer ohne Erlaubnis nach § 8 Abs. 1 S. 1 Zahlungsdienste erbringt. Nach § 8 Abs. 1 S. 1 ZAG bedarf der schriftlichen Erlaubnis der Bundesanstalt wer im Inland gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, Zahlungsdienste als Zahlungsinstitut erbringen will.
- 36 Nach § 1 Abs. 1 Nr. 5 ZAG sind Zahlungsdienstleister Unternehmen, die gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, Zahlungsdienste erbringen, ohne unter die Nummern 1-4 zu fallen (Zahlungsinstitute).
- 37 Der Spielhallenbetreiber muss folglich durch die Erbringung des beschriebenen Auszahlungsgeschäfts in seinen Spielhallen als „Zahlungsinstitut“ i. S. v. § 8 Abs. 1 ZAG zu qualifizieren sein.
- 38 Zahlungsdienstleister sind laut § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 ZAG Kreditinstitute, E-Geld-Institute, der Bund, die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände sowie die Träger der bundes- oder landesmittelbaren

Verwaltung, die Europäische Zentralbank, die Deutsche Bundesbank sowie andere Zentralbanken in der Europäischen Union oder den anderen Staaten des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum, wenn sie nicht in ihrer Eigenschaft als Währungsbehörde oder andere Behörde handeln.

- 39 Erkennbar kommt vorliegend also allenfalls die Qualifikation eines Spielhallenbetreibers bzw. einer Spielhallenbetreibergesellschaft als Zahlungsinstitut i. S. v. § 1 Abs. 1 Nr. 5 ZAG in Betracht.
- 40 Maßgeblich ist mithin, ob der Spielhallenbetreiber gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, Zahlungsdienste erbringt.
- 41 Fraglich ist, ob insoweit eine „Gewerbsmäßigkeit“ i. S. d. Norm vorliegt. Das ZAG definiert den Begriff der „Gewerbsmäßigkeit“ nicht.
- 42 Da es sich nicht um eine originär gewerberechtliche Norm handelt, sondern um eine solche, die -wie die Erwägungsgründe der zugrundeliegenden Europäischen Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.11.2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt (Zahlungsdiensterichtlinie - ZDRL) zeigen- den Zugang zum Markt der Zahlungsdienste erleichtern, Verbraucherschutz realisieren und Harmonisierung schaffen will, ist es jedenfalls nicht selbstverständlich, dass der vom Bundesverwaltungsgericht mit Blick auf die Gewerbeordnung (GewO) geprägte Begriff der Gewerbsmäßigkeit dem richtigen Verständnis von § 1 Abs. 1 Nr. 5 ZAG zugrunde zu legen ist, denn die Regelungen zur Umsetzung der Richtlinie dürfen weder strenger sein, noch hinter dem von der Richtlinie vorgegebenen Regelungsniveau zurückbleiben. Der Gesetzgeber bezweckte mit dem Erlass des Zahlungsdienstenaufsichtsgesetzes Vollharmonisierung und hat damit die der umzusetzenden Richtlinie zugrundeliegenden Erwägungsgründe in seinen Willen übernommen.
- 43 Vollharmonisierung bedeutet, dass die nationalen Vorschriften weder strengere Vorgaben vorsehen, noch durch großzügige Regelungen von den Vorgaben der Richtlinien abweichen dürfen, sofern nicht einer der in Art. 86 Abs. 1 der Zahlungsdiensterichtlinie vorgesehenen Tatbestände verwirklicht ist. Beim Vollharmonisierungsgebot handelt es sich mithin um ein Gebot, das den nationalen Gesetzgeber bindet und bei Umsetzungsdefiziten ein Vertragsverletzungsverfahren oder Staatshaftungsansprüche zur Folge haben kann.
- 44 Damit ist 1 Abs. 1 Nr. 5 ZAG als der Vollharmonisierung dienendes nationales Recht europarechtskonform im Lichte der zugrundeliegenden Zahlungsdienste-Richtlinie auszulegen.
- 45 Art. 288 AEUV statuiert ein Umsetzungsgebot. Dieses Umsetzungsgebot sowie der Grundsatz der Gemeinschaftstreue bilden die Rechtsgrundlage für die richtlinienkonforme Auslegung. Beide Grundsätze gebieten es, unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums des nationalen Rechts, dieses soweit wie möglich am Wortlaut und dem vor allem in den Erwägungsgründen zum Ausdruck gekommenen Zweck der jeweils zugrunde liegenden Richtlinie auszulegen, um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen.
- 46 So betont der EuGH zur erwägungsgrundkonformen Auslegung:
- 47 „Insoweit folgt nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs aus den Erfordernissen sowohl der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts als auch des Gleichheitssatzes, dass die Begriffe einer Vorschrift des Unionsrechts, die für die Ermittlung ihres Sinnes und ihrer Bedeutung nicht auf das Recht der Mitgliedstaaten verweist, i.d.R. in der gesamten Europäischen Union eine autonome und einheitliche Auslegung erhalten müssen, die unter Berücksichtigung des Kontextes der Vorschrift und des mit der fraglichen Regelung verfolgten Ziels gefunden werden muss (vgl. u. a. EuGH, Urt. v. 18.01.1984 - Rs C - 327/82, Slg. 1984, 107 - Ekro; EuGH, Urt. v. 19.09.2000 - Rs. C - 287/98, Slg. 2000, 1- 6917 = NVwZ 2001, 421 - Linster; EuGH, Urt. v. 02.04.2009 Rs C - 523/07, Sig. 2009, 1 - 2805 = NJW 2009, 1868 - A).
- 48 Nach dieser Rechtsprechung ist (ein) Begriff (...), der in einer Bestimmung einer Richtlinie enthalten ist, die keinen Verweis auf die nationalen Rechte enthält, als autonomer Begriff des Unionsrechts anzusehen und im gesamten Gebiet der Union einheitlich auszulegen (...). Dieses Ergebnis wird durch das Ziel bestätigt, das die Regelung verfolgt, in die sich der Begriff (...) einfügt.“
- 49 Der EuGH verdeutlicht mithin in dieser Entscheidung beispielhaft, dass die in den Erwägungsgründen zum Ausdruck kommenden Ziele maßgeblich für das richtige Verständnis des nationalen Rechts bei

richtlinienkonformer Auslegung sind.

- 50 Legt man jedoch § 1 Abs. 1 Nr. 5 ZAG richtlinienkonform aus, so sind die Erwägungsgründe der Zahlungsdienste-Richtlinie für das richtige Verständnis des nationalen Rechts von überragender Bedeutung. Ausweislich des 6. Erwägungsgrundes soll der Anwendungsbereich der Zahlungsdienste-Richtlinie „auf Zahlungsdienstleister beschränkt werden, deren Haupttätigkeit darin besteht, für Zahlungsdienstnutzer Zahlungsdienste zu erbringen“.
- 51 Der Spielhallenbetreiber erbringt die Zahlungsdienste in seiner Spielhalle jedoch erkennbar nicht im Rahmen einer Haupttätigkeit, sondern allenfalls als Nebengeschäft zur Aufstellung von Spielgeräten mit Gewinnmöglichkeit i. S. v. § 33c Abs. 1 GewO bzw. als Nebengeschäft zum Betrieb der Spielhalle als solcher.
- 52 Wenn aber nach dem 6. Erwägungsgrund der Richtlinie der Anwendungsbereich auf Zahlungsdienstleister beschränkt ist, deren Haupttätigkeit darin besteht, für Zahlungsdienstnutzer Zahlungsdienste zu erbringen, folgt im Umkehrschluss daraus, dass sich der Anwendungsbereich dieser Richtlinie auf solche Gewerbetreibenden nicht erstreckt, die eine solche Tätigkeit nur als Nebentätigkeit erbringen. Wenn sich also die Richtlinie nicht auf solche Zahlungsdiensteanbieter bezieht (was unmittelbar aus dem 6. Erwägungsgrund folgt), die Zahlungsdienste nur als Nebentätigkeit anbieten, so führt dies im Zusammenhang mit der gesetzgeberischen Absicht und Pflicht zur Vollharmonisierung einhergehend mit einer weit überwiegenden wortlautgetreuen Übernahme des Richtlinien textes in nationales Recht dazu, dass bei Anwendung eines richtlinienkonformen Verständnisses des ZAG solche Nebentätigkeiten der Zahlungsdienstleistung dem Anwendungsbereich der Richtlinie nicht unterfallen, da bei der von der Richtlinie vorgegebenen Vollharmonisierung keine strengeren - über ihre Regelungsvorgaben hinausgehenden - Normen geschaffen werden dürfen. Daher handelt es sich bei Spielhallenbetreibern, die ein EC-Cash-Terminal betreiben, nicht um „Zahlungsinstitute“ i. S. v. 1 Abs.1 Nr. 5 ZAG. Aus diesem Grund scheidet eine Erlaubnispflicht i. S. v. § 8 Abs. 1 ZAG bei richtiger Berücksichtigung der europarechtlichen Vorgaben aus.
- 53 Es kommt unter Berücksichtigung dieses Verständnisses daher auch nicht weiter darauf an, ob der Betrieb eines EC-Cash-Geräts einen „in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb“ (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 5 ZAG) erfordert. Wenn in erwägungsgrundkonformer Auslegung das Auszahlungsnebengeschäft schon nicht erfasst ist, findet das ZAG nicht plötzlich deshalb wieder Anwendung, weil der Betrieb des EC-Cash-Terminals einen in kaufmännischer Weise eingerichteten **Geschäftsbetrieb erfordert**.
- 54 Überdies setzt der Betrieb eines EC-Cash-Terminals ohnehin schon keinen „in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb“ voraus. Ob ein solcher Geschäftsbetrieb vorliegt, ist nach einer Gesamtbetrachtung zu entscheiden. Sind Art und Weise der Geschäftstätigkeit einfach und wird mit dem zu betrachtenden Geschäft (hier: dem Betrieb des Auszahlungsgeschäfts als solchem) kein nennenswerter Umsatz erzielt, so scheidet die Annahme der Notwendigkeit eines „in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebs“ aus. Dass daneben der zugleich erfolgende Betrieb einer Spielhalle einen „in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb“ erfordert, ist für die Beurteilung des Bargeldauszahlungsgeschäfts ohne Relevanz.
- 55 Dieses aus richtlinienkonformer Auslegung gewonnene und hier vertretene Ergebnis wird auch durch eine gesetzessystematische Auslegung des ZAG gestützt.
- 56 Betrachtet man die in § 1 Abs. 1 ZAG enthaltene Aufzählung verschiedener Zahlungsdienstleister, nämlich - verkürzt -
- 57 - Kreditinstitute,  
- E-Geld-Institute,  
- Bund/Länder/Gemeinden und  
- die Europäische Zentralbank, die Deutsche Bundesbank usw.,
- 58 so lässt sich das richtige Verständnis des Begriffs „Zahlungsinstitut“ (das als Nr. 5 der vorangestellten Aufzählung sonstiger Zahlungsdienstleister in § 1 Nr. 1 bis Nr. 4 nachfolgt) nur im Kontext dieser Regelungen gewinnen. Bei den in Nrn. 1, 2, 3 und 4 genannten Institutionen bzw. Körperschaften handelt es sich um solche, die als Hauptzweck die Erbringung von Zahlungsdienstleistungen zum Gegenstand haben. Dies betrifft völlig eindeutig Kreditinstitute, E-Geld-Institute, die Europäische

Zentralbank oder die Deutsche Bundesbank. Da aber in § 1 Nr. 1, Nr. 2, Nr. 3 und Nr. 4 jeweils Institutionen bzw. Körperschaften aufgezählt sind, bei denen das Geschäft der Erbringung von Zahlungsdienstleistungen Hauptgeschäft ist, muss dies auch bei der Ermittlung des richtigen Verständnisses des Begriffs des Zahlungsinstituts in der nachfolgenden Nr. 5 Berücksichtigung finden. Diese gesetzessystematische Erwägung stützt daher das aus richtlinienkonformer Auslegung gewonnene Ergebnis, wonach bei der Erbringung von Zahlungsdienstleistungen als bloßer Nebenzweck zum sonstigen Geschäftszweck die Qualifikation eines Unternehmens als Zahlungsinstitut i. S. v. § 1 Nr. 1 Abs. 5 ZAG ausscheiden muss. Jedenfalls lässt sich aus § 1 Nr. 1 bis Nr. 4 ZAG nicht herleiten, dass - anders als bei den in diesen Nummern aufgezählten Institutionen und Körperschaften - gerade bei § 1 Abs. 1 Nr. 5 die Erbringung von Zahlungsdienstleistungen als Nebenzweck zur Qualifikation als Zahlungsinstitut genügen soll. Damit ist jedoch insgesamt eine Spielhalle nicht als Zahlungsinstitut i. S. v. § 1 Nr. 5 ZAG zu qualifizieren, so dass gleichsam eine aus § 8 Abs. 1 ZAG folgende Erlaubnispflicht ebenso ausscheidet wie eine sich daran anknüpfende Strafbarkeit i. S. v. § 31 ZAG.

- 59 Bei den Spielhallen des Angeklagten bzw. der Verfallsbeteiligten war die Bargeldauszahlung dem übrigen Geschäftsbetrieb vollständig untergeordnet. Die Einrichtung eines entsprechenden Geschäftsbetriebes war diesbezüglich jedenfalls nicht erforderlich.
- 60 Die Dienstleistung der Bargeldauszahlung wurde nicht gewerbsmäßig erbracht. Die vom Gesetz verlangte Gewerbsmäßigkeit muss sich -wie bereits oben dargelegt- gerade auf die maßgeblichen Zahlungsdienste beziehen, um die Eigenschaft als Zahlungsinstitut bejahen zu können. Hierfür sprechen sowohl Wortlaut als auch Grammatik des § 1 Abs. 1 Nr. 5 ZAG. Auch wäre die Einbeziehung sämtlicher Betriebe, deren Tätigkeit die untergeordnete Erbringung von Zahlungsdiensten mit sich bringt, aufgrund der Strafbewehrtheit des § 31 Abs. 1 Nr. 2 ZAG mit Blick auf Art. 103 Abs. 2 Grundgesetz zu unbestimmt.
- 61 Nach der Gesetzessystematik richtet sich das ZAG -wie bereits oben dargelegt- an Unternehmen, deren Zweck auf das Geldgeschäft gerichtet ist. Dies ergibt sich bereits aus der Gesetzesbegründung zum ZAG. Erlaubnispflichtig sollten hiernach ausschließlich Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute im Sinne des KWG sein. Der Betrieb einer Spielhalle erfüllt diese Voraussetzungen jedoch gerade nicht.
- 62 Auch eine erforderliche richtlinienkonforme Auslegung des § 1 Abs. 1 Nr. 5 ZAG kommt -wie bereits oben dargelegt- zu keinem anderen Ergebnis. Der Verfasser der ZDRL hat in Erwägungsgrund 6 empfohlen, Zahlungsdienste von Unternehmen, deren Hauptzweck ein anderer ist als die Erbringung von Zahlungsdiensten, auszunehmen. Bestimmte Bereiche sollten jedoch aus diesem rechtlichen Rahmen ausgeklammert bleiben. So sollte seine Anwendung auf Zahlungsdienstleister beschränkt werden, deren Haupttätigkeit darin besteht, für Zahlungsdienstnutzer Zahlungsdienste zu erbringen. Ebenso wenig sollte er für Dienste gelten, bei denen ausschließlich Banknoten und Münzen vom Zahler an den Zahlungsempfänger transferiert oder transportiert werden oder der Transfer mit Hilfe eines Schecks in Papierform, eines Wechsels in Papierform, eines Schuldscheins oder anderen Instruments, eines Gutscheins in Papierform oder einer Karte, die auf einen Dienstleister oder eine andere Partei gezogen sind, erfolgt und die Bereitstellung eines Geldbetrags an einen Zahlungsempfänger vorsieht (Quelle: Amtsblatt der Europäischen Union v. 05.12.2007, L 319, 1 ff. (Rn. 6)).
- 63 Daran hat sich der deutsche Gesetzgeber gehalten, welcher eine Umsetzung im Sinne einer "Vollharmonisierung" anstrebte. Letztlich spricht auch der Sinn und Zweck der Erlaubnispflicht (Umsetzung europarechtlicher Vorgaben, Solvenzprüfung von Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten) gegen eine Einbeziehung „normaler“ Gewerbebetriebe. Die nach § 8 Abs. 3 ZAG erforderlichen Angaben für die Erlaubniserteilung, die Versagungsgründe des § 9 Nr. 4 und 5 ZAG sowie die in § 8 Abs. 2 ZAG gesetzlich geregelten Rechtsfolgen (insbesondere die Konzentrationswirkung nach § 8 Abs. 2 Nr. 3 ZAG) ergeben bei Einbeziehung sonstiger Gewerbebetriebe keinen Sinn.
- 64 Das Kerngeschäft bleibt hier das Betreiben der Spielhalle und das Aufstellen von Spielgeräten mit Gewinnmöglichkeit. Das Bereitstellen des EC-Cash-Terminals war ein Service der Spielhalle für ihre Kunden, für den sie Miete und Gebühren bezahlt hat. Der einsetzende Gewinn besteht darin, dass mehr gespielt werden kann, weil der Kunde im Laden verbleibt und weiter und leicht und sofort an Geld kommt, er ist daher nur mittelbare Folge der Auszahlung. Das Betreiben des Terminals als solchen erhöht den kaufmännischen Aufwand nicht, auch wenn hohe Beträge ausgezahlt werden (vgl. hierzu AG Tiergarten, Urteil vom 20.11.2014, Az. (330 Cs) 244 Js 1141/13 (159/14)).
- 65 Selbst wenn man zu der Auffassung gelangt, dass es sich bei Spielhallen um Zahlungsinstitute im

Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 5 ZAG handelt, liegen keine Zahlungsdienste vor, da hier die Voraussetzungen der Ausnahmegvorschrift des § 1 Abs. 10 Nr. 14 ZAG greifen.

- 66 Es handelt sich hier um Dienste von Dienstleistern -zu denen sicherlich Spielhallen gehören-, die offensichtlich keinen Rahmenvertrag mit den Kunden geschlossen haben.
- 67 Des Weiteren handelt es sich auch um multifunktionale Bankautomaten. Die hier eingesetzten Geldwechsler mit EC-Terminals sind multifunktionale Bankautomaten (siehe hierzu insbesondere Weiß in wistra 7/2014, Seite 252/253).
- 68 In den Spielhallen des Angeklagten bzw. der Verfallsbeteiligten wurden auch offensichtlich keine anderen Zahlungsdienste erbracht.
- 69 Fraglich ist hier allenfalls das Merkmal „für einen oder mehrere Kartenemittenten“.
- 70 Mit der Regelung in § 1 Abs. 10 Nr. 14 ZAG wurde eine Ausnahme von der Erlaubnispflicht nach Abs. 2 Nr. 1 für solche Aufsteller von Geldausgabeautomaten statuiert, die keinen Zahlungsdiensterahmenvertrag mit den Kunden geschlossen haben und keine weiteren Zahlungsdienste anbieten. Die entsprechende Vorgabe findet sich in Art. 3 lit. o der Europäischen Richtlinie.
- 71 Eine vertragliche Beziehung über Zahlungsdienste besteht insoweit lediglich zwischen Karteninhaber und dessen kartenausgebendem Kreditinstitut. Das Kreditinstitut des Karteninhabers fällt insoweit unzweifelhaft in den Anwendungsbereich des ZAG. Im Verhältnis zwischen Netzbetreiber und Händler wird wiederum kein Zahlungsdienst erbracht, da das Clearing unmittelbar zwischen kartenausgebendem Kreditinstitut und Spielhallenbetreiber erfolgt. Die zugrundeliegende Transaktion im Rahmen des Electronic-Cash-System ist bereits als Zahlungsdienst im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 2 Buchstabe c) ZAG erfasst, wodurch der Karteninhaber und seine Vermögenswerte im ausreichenden Maße durch die anwendbaren Vorschriften des ZAG geschützt wird. Dies erfolgt im Verhältnis zwischen Karteninhaber und kartenausgebendem Kreditinstitut, das erlaubnispflichtige Zahlungsdienste erbringt und dies nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 ZAG aufgrund der Erlaubnis als Kreditinstitut auch darf. Darüber hinaus wird der Spielhallenbetreiber mittels der Händlerbedingungen der Deutschen Kreditwirtschaft an die Vorgaben der kartenausgebenden Kreditinstitute gebunden.
- 72 Für eine zusätzliche zahlungsdienstrechtliche Einbeziehung der Spielhalle als Mieterin eines EC-Terminals besteht insoweit also auch kein schützenswertes Interesse.
- 73 Bei einem Widerspruch zwischen einer EU-richtlinienkonformen Auslegung und den Erläuterungen der Gesetzesbegründung hat -wie bereits oben dargelegt- die EU-richtlinienkonforme Auslegung aufgrund des Vorrangs des Europarechts zwingend Vorrang. Das gilt vor allem auch vor dem Hintergrund, dass es sich bei der ZDRL um eine vollharmonisierte Richtlinie handelt. Der ausdrückliche Regelungsinhalt in Art. 3 Buchstabe o) der ZDRL, der wörtlich in § 1 Abs. 10 Nr. 14 ZAG übernommen worden ist, kann im Rahmen einer deutschen Gesetzesbegründung nicht in einer der europäischen ZDRL zuwider laufenden Art und Weise eingeschränkt werden.
- 74 Im Rahmen einer richtlinienkonformen Auslegung des Tatbestandes liegt demnach immer dann kein Auszahlungsgeschäft vor, wenn der Mieter des EC-Terminals keinen Rahmenvertrag über Zahlungskonten mit dem Kunden geschlossen hat, da dies im Rahmen der Ausnahmeregelung in Art. 3 Buchstabe o) ZDRL und § 1 Abs. 10 Nr. 14 ZAG ausdrücklich vorgesehen ist. Eine andere Auslegung würde im Übrigen den Bestimmungen in Art. 3 Buchstabe o) ZDRL und in § 1 Abs. 10 Nr. 14 ZAG einen eigenständigen Regelungsgehalt absprechen.
- 75 Nach alledem liegt folglich kein Zahlungsdienst der Spielhalle vor, wenn sie Barauszahlungen ermöglicht und ansonsten weder einen Rahmenvertrag mit dem Karteninhaber geschlossen hat noch sonstige Zahlungsdienstleistungen erbringt. Im vorliegenden Fall gibt die Spielhalle den Karteninhabern mit Hilfe des EC-Terminals ausschließlich die Möglichkeit, sich per EC-Karte Bargeld von ihren Girokonten auszahlen zu lassen.
- 76 Eine Bargeldauszahlung im Rahmen des Electronic-Cash-Systems der Deutschen Kreditwirtschaft, die vor Auszahlung an den Kunden auf Grundlage einer PIN-Prüfung von dem garantierenden Kreditinstitut autorisiert wurde, begründet zwischen Geldautomatenbetreiber und dem Karteninhaber für den Auszahlungsvorgang ausschließlich ein rein tatsächliches Leistungsverhältnis und keine schuldrechtliche Rechtsbeziehung.

77 Nach alledem war der Angeklagte insgesamt aus rechtlichen Gründen freizusprechen.

IV.

78 Da folglich keine rechtswidrige Tat nach § 73 StGB vorliegt, kommt die Anordnung eines Verfalls bzw. Verfalls von Wertersatz nicht in Betracht.

79 Folglich kann die Frage, ob hier sämtliche Umsätze nach dem sogenannten Bruttoprinzip für verfallen zu erklären sind, offen bleiben, wobei jedoch beim Gericht erhebliche Zweifel bestehen, ob die Umsätze in diesem Sinne „unmittelbar aus der Tat erlangt“ wurden ("Spiegelbild des Verbots").

V.

80 Die Kostenentscheidung ergibt sich hinsichtlich des Angeklagten aus § 467 Abs. 1 StPO und hinsichtlich der Verfallsbeteiligten aus § 472b Abs. 3 StPO.

VI.

81 Da die Geschäfts- und Nebenräume des Angeklagten am 31.01.2013 durchsucht wurden, mithin also der Angeklagte eine Strafverfolgungsmaßnahme erlitten hat, war von Amts wegen die Verpflichtung der Staatskasse, den Angeklagten für einen etwaigen aus der Durchsuchung erlittenen Schaden zu entschädigen, auszusprechen (§ 2 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 4 StrEG).

82 Ausschluss- und Versagungsgründe nach § 5 bzw. § 6 StrEG sind nicht ersichtlich.