

Bundesgerichtshof, Urt. v. 11.01.1989 – 2 StR 461/88

Amtlicher Leitsatz:

1. Die rechtliche Einordnung des "Hütchenspiels" als Geschicklichkeits- oder Glücksspiel hängt von den Verhältnissen ab, unter denen es gespielt wird.

Entscheidungsgründe:

. 1. Das Amtsgericht Frankfurt am Main hat den Angeklagten wegen unerlaubter Veranstaltung eines Glücksspiels verurteilt. Die vom Angeklagten eingelegte Berufung ist durch das Landgericht Frankfurt am Main verworfen worden. Das Berufungsgericht hat festgestellt:

Am 14. Juli 1985 veranstaltete der Angeklagte im frei zugänglichen Hof eines Bordells ein "Hütchenspiel". Er benutzte die Einschubfächer von drei Streichholzschachteln (als Hütchen) und eine kleine Kugel. Nachdem er über diese eines der "Hütchen" gestülpt hatte, schob er alle drei möglichst schnell mit beiden Händen hin und her. Dabei wechselte er das zum Verbergen der Kugel verwendete "Hütchen" öfter aus. Dem Gegenspieler oblag es, die Vorgänge so genau zu verfolgen, daß er dasjenige "Hütchen" anzugeben vermochte, unter dem die Kugel zuletzt lag. Als Einsatz hatte er einen bestimmten Geldbetrag zu leisten. Für den Fall, daß er das richtige "Hütchen" bezeichnet, stand ihm ein Gewinn in doppelter Höhe seines Einsatzes zu, im anderen Fall war sein Einsatz verloren. Der Angeklagte verfügt über ein solches Maß an Geschicklichkeit beim Austauschen und Bewegen der "Hütchen", daß ein durchschnittlicher Gegenspieler - auch bei angespannter Aufmerksamkeit - am Spielende nicht mehr weiß, unter welchem "Hütchen" sich die Kugel befindet. Es bleibt ihm nichts anderes übrig, als zu raten. Das Landgericht war daher - wie auch das Amtsgericht - zu dem Ergebnis gelangt, daß es sich bei dem vom Angeklagten veranstalteten Spiel um ein Glücksspiel handelt.

Gegen das Urteil des Berufungsgerichts hat der Angeklagte Revision eingelegt. Er rügt Verletzung sachlichen Rechts. Sein Verteidiger, der bereits im Ermittlungsverfahren sowie in den beiden Hauptverhandlungen für ihn aufgetreten war, hat eine schriftliche Vollmacht des Angeklagten erst zu den Akten gereicht, nachdem das Berufungsurteil ihm schon zugestellt worden war.

2. Das Oberlandesgericht Frankfurt am Main beabsichtigt, den Angeklagten freizusprechen. Es vertritt die Ansicht, ein "Hütchenspiel" sei stets ein Geschicklichkeitsspiel, da hier der Gewinn fast ausschließlich von den Fähigkeiten der konkurrierenden Spieler und nicht allein oder hauptsächlich vom Zufall abhängt. Denn es gehe darum, ob der eine Spieler "mit den Augen

schneller" sei "als der andere mit seinen Händen". Maßgeblich sei also, wer sich von beiden als der Geschicktere erweise. Erst wenn der Mitspieler eigentlich schon gegen den Spielhalter verloren habe, weil er infolge seiner schwächeren Fähigkeiten nicht mehr wisse, unter welchem "Hütchen" sich die Kugel befinde, sei er darauf angewiesen, dem Glück vertrauend eine der drei Schachteln durch Raten zu bestimmen. Daß ein Spieler in die Situation kommen könne, in der ihm allein noch Glück zu helfen vermöge, mache das Spiel nicht schon zum Zufallsspiel. Den Geschicklichkeitscharakter verliere ein Spiel selbst dann nicht, wenn der Spieler gegenüber seinem Gegner wegen dessen besonderen Fähigkeiten von vornherein chancenlos sei. Trete ein Durchschnittsspieler z.B. gegen den Schachweltmeister oder den Tennisweltranglistenersten an, so habe er ebenfalls keinerlei Aussicht auf den Gewinn des Spiels. Dennoch würden Schach und Tennis auch unter solchen Bedingungen als Geschicklichkeitsspiele angesehen. "Von diesen Überlegungen" ausgehend erscheine es zweifelhaft, ob das gleiche Spiel ein Glücksspiel sein könne, falls es von Unkundigen gespielt werde, dagegen ein Geschicklichkeitsspiel, sofern die Spieler Übung und Erfahrung besitzen. Der Charakter eines Spiels lasse sich nur einheitlich beurteilen. Zweifelhaft erscheine zudem, ob hierbei die Fähigkeiten eines "Durchschnittsspielers" zugrunde zu legen seien. Jeder Spieler werde versuchen, seine Chancen in einem Spiel, bei dem es zumindest auch auf die Geschicklichkeit ankomme, durch Einsatz von (wenn auch begrenzter) Geschicklichkeit, Übung und Erfahrung zu erhöhen.

An seiner Absicht, den Angeklagten freizusprechen, sieht sich das Oberlandesgericht durch das Urteil des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 17. Dezember 1970 - 1 Ss 255/70 - (Die Justiz 1971, 61) gehindert. Dieses Gericht hatte in der ihm vorliegenden Sache (gleichfalls ein "Hütchenspiel") ein Glücksspiel angenommen. In seinem Urteil heißt es, entscheidend sei die Art und Weise des Spiels im konkreten Fall. Nach der Rechtsprechung komme es auf den allgemeinen Charakter des Spiels an, den es bei den Verhältnissen, unter denen es gespielt werde, besitze und nach der Absicht des Veranstalters besitzen solle. Maßgeblich sei die Einrichtung des veranstalteten Spiels, so wie es tatsächlich gespielt werde (Hinweis auf RG JW 1933, 2147 Nr. 34 und BGHSt 2, 274, 276). Infolgedessen könne ein- und dasselbe Spiel bei der einen Veranstaltung ein Glücks-, bei der anderen ein Geschicklichkeitsspiel sein; innerhalb der gleichen Veranstaltung könne über den Charakter des Spiels jedoch nur einheitlich befunden werden (Hinweis u.a. auf BGHSt 2, 274, 277). Da es nach den Feststellungen dem durchschnittlich beobachtungsfähigen und aufmerksamen Mitspieler regelmäßig nicht möglich war, bei dem mit großer Fingerfertigkeit vorgenommenen blitzschnellen Hin- und Herschieben der drei "Hütchen" dasjenige im Auge zu behalten, unter dem sich das (in jenem Fall benutzte) Gummischwämmchen befunden habe, scheidet die Geschicklichkeit des Mitspielers als Gradmesser für die Wahrscheinlichkeit eines nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge zu erwartenden Erfolgs aus. Deshalb habe es sich um ein Glücksspiel gehandelt.

Wegen dieses, seiner beabsichtigten Entscheidung entgegenstehenden Urteils hat das Oberlandesgericht Frankfurt am Main die Sache gemäß § 121 Abs. 2 GVG dem Bundesgerichtshof zur Beantwortung folgender Rechtsfrage vorgelegt:

"Handelt es sich bei einem Spiel, bei dem ein Gegenstand mit einem von mehreren gleichartigen Behältnissen verdeckt wird, der Spieler die Behältnisse unter den Augen des Gegenspielers schnell verschiebt und eventuell auch den Gegenstand von einem Behältnis unter ein anderes gleiten läßt und sodann der Gegenspieler auf Grund seiner Beobachtung bestimmen muß, unter welchem Behältnis der Gegenstand nunmehr liegt, um ein Glücksspiel im Sinne des § 284 StGB?"

Der Generalbundesanwalt hat beantragt, die Sache an das Oberlandesgericht zurückzugeben. Er ist der Meinung, das vorlegende Gericht habe verkannt, daß der Bundesgerichtshof die Vorlegungsfrage bereits durch das in BGHSt 2, 275ff veröffentlichte Urteil entschieden habe. Da es von diesem Urteil aber nicht abweichen wolle, sondern sich nur gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Karlsruhe wende, sei die Vorlegung unzulässig.

II. A. Die Vorlegungsvoraussetzungen sind erfüllt.

1. Bedenken gegen die Zulässigkeit der Vorlegung können nicht daraus hergeleitet werden, daß der Verteidiger erst nach der Zustellung des Berufungsurteils eine schriftliche Vollmacht des Angeklagten zu den Akten gab. Der Senat läßt offen, ob der Verteidiger schon auf Grund seines Auftretens in den beiden Hauptverhandlungen in Gegenwart des Angeklagten als ermächtigt zur Empfangnahme der Zustellung des Berufungsurteils angesehen werden durfte. Selbst im Falle einer fehlerhaften Zustellung würde insoweit lediglich ein vorläufiges Hindernis bestehen, das jederzeit durch deren formgerechte Wiederholung behoben werden könnte (BGH NJW 1979, 936). Zwar wäre es dem Angeklagten unbenommen, bis zum Ablauf der Revisionsbegründungsfrist weitere Rügen zu erheben. Dies würde hier aber - unabhängig von der Art solchen zusätzlichen Vorbringens - nichts daran ändern, daß es aus der Sicht des vorlegenden Gerichts für die von ihm beabsichtigte Entscheidung auf die Klärung der Vorlegungsfrage ankommt.

2. Ebensowenig rechtfertigt die Tatsache, daß sich der vom Oberlandesgericht Karlsruhe entschiedene Fall und der beim Oberlandesgericht Frankfurt am Main anhängige geringfügig hinsichtlich der Gestaltung des Spiels unterscheiden (dort statt einer kleinen Kugel ein Schwämmchen und Beschränkung der Bewegung auf schnelles Hin- und Herschieben), die Verneinung der Vorlegungsvoraussetzungen. Diese kleinen Differenzen schließen die Identität der Rechtsfrage nicht aus.

3. Ferner liegt nicht der Fall vor, daß die Vorlegung deshalb unzulässig ist, weil das vorlegende Gericht, das von einer Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts abweichen will, verkannt hat, daß der Bundesgerichtshof die streitige Rechtsfrage bereits früher entschieden hat.

Anlaß dazu, eine solche Möglichkeit in Betracht zu ziehen, gibt der Standpunkt des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main, es erscheine "zweifelhaft", ob das gleiche Spiel ein Glücksspiel sein könne, wenn es von Unkundigen gespielt werde, aber ein Geschicklichkeitsspiel, sofern die Spieler Übung und Erfahrung besitzen würden. Ersichtlich versteht das Oberlandesgericht hier unter dem "gleichen" Spiel nicht den Spielvorgang in einem konkreten Fall, sondern allgemein Spiele der betreffenden Art. Eine solche Ansicht stimmt allerdings nicht mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs überein, daß es bei der Prüfung, ob ein Glücks- oder Geschicklichkeitsspiel anzunehmen ist, maßgeblich auf "die Spielverhältnisse" ankommt, "unter denen das Spiel eröffnet ist". Diese in dem bereits erwähnten Urteil BGHSt 2, 274ff verwendete Formulierung (aaO S. 276) ist aus Entscheidungen des Reichsgerichts übernommen, wie die Bezugnahme des Bundesgerichtshofs auf RGSt 41, 221; 41, 332; 43, 157; 62, 164 zeigt. In diesen Urteilen hat das Reichsgericht auf die "gegebenen Verhältnisse" abgestellt, "unter denen es (das Spiel) gespielt wird". Was damit gemeint ist, kommt besonders klar bei dem Hinweis des Reichsgerichts zum Ausdruck, daß das Spiel "nach seiner Gestaltung unter den Verhältnissen des Einzelfalles" beurteilt werden muß (RGSt 41, 331, 333).

Weiter sind auch die vom Oberlandesgericht geäußerten Zweifel an der Berechtigung der Auffassung, daß von den Fähigkeiten eines "Durchschnittsspielers" auszugehen sei, nicht mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vereinbar (BGHSt 2, 274, 276f).

Die Bedenken des Oberlandesgerichts in diesen beiden Punkten bildeten jedoch nicht den Grund für die Vorlegung der Rechtsfrage. Das folgt schon daraus, daß sich das Oberlandesgericht darauf beschränkt, jeweils nur Zweifel zu äußern ("erscheint es zweifelhaft"; "zweifelhaft ist es"). Bestimmend für die Anrufung des Bundesgerichtshofs war seine Meinung, daß jedem "Hütchenspiel" der Geschicklichkeitscharakter in einem solchen Maße eigen ist, daß keine Fälle denkbar sind, in denen wegen der Besonderheiten der konkreten Umstände doch das Zufallsmoment maßgeblich wäre. Daß dies der Grund für die Vorlegung sein soll, ist einmal der sehr allgemein gefaßten Vorlegungsfrage zu entnehmen. Sie betrifft nach ihrer Formulierung ganz generell jedes "Hütchenspiel" ohne Rücksicht auf die Gegebenheiten des Einzelfalles. Dem entspricht die Charakterisierung des Spiels in den Gründen des Vorlegungsbeschlusses. Sodann wäre aber auch unverständlich, daß sich das Oberlandesgericht Frankfurt am Main nur durch das Urteil des Oberlandesgerichts Karlsruhe an der beabsichtigten Entscheidung gehindert sieht, nicht auch durch das Urteil des Bundesgerichtshofs, das ihm durchaus bekannt war; denn es wird in dem Vorlegungsbeschluß wiederholt zitiert. Ausschlaggebend kann danach für das Oberlandesgericht Frankfurt am Main nur gewesen sein, daß das Urteil des Oberlandesgerichts

Karlsruhe - im Gegensatz zu dem des Bundesgerichtshofs - ebenfalls ein "Hütchenspiel" betrifft und dessen rechtliche Begründung einer generellen Einordnung dieses Spiels als Geschicklichkeitsspiel entgegensteht.

Danach ergeben sich auch insoweit keine Bedenken, die Zulässigkeitsvoraussetzungen für das Vorlegungsverfahren zu bejahen.

B. Die Vorlegungsfrage selbst entscheidet der Senat dahin, daß "Hütchenspiele" nicht allgemein - ohne Rücksicht auf die Modalitäten des Einzelfalls - als Geschicklichkeitsspiele eingestuft werden können.

Sie stellen keine Sonderart dar, bei der es auf die von der Rechtsprechung für die Unterscheidung zwischen Glücks- und Geschicklichkeitsspiel bestimmten Kriterien nicht ankommt. Anders als die Spielgattungen, an denen sich das Oberlandesgericht bei der Einordnung der "Hütchenspiele" orientiert hat, zählen diese nicht zur Gruppe derjenigen, die nach allgemeiner Auffassung schon wegen ihres besonderen Charakters von vornherein - unabhängig von den speziellen Umständen des konkreten Falles - als Glücksspiel ausscheiden. Eine solche generelle Klassifizierung würde auch nicht den typischen Variationsmöglichkeiten entsprechen, die beim "Hütchenspiel" bestehen. Die einzelnen Spielvorgänge können so ablaufen, daß an die Konzentrations- und Merkfähigkeit des Mitspielers erfüllbare Anforderungen gestellt werden. Das trifft zu, wenn die benutzten "Hütchen" relativ langsam bewegt werden, sei es, weil der "Spielmacher" dem Mitspieler bewußt eine erhöhte Gewinnchance bieten will, sei es, weil Form oder Größe der "Hütchen", vor allem aber sein eigener Geschicklichkeitsgrad ein schnelleres Bewegen verhindern. Umgekehrt ist ein über besondere Fingerfertigkeit verfügender Veranstalter in der Lage, die Schiebe- und Wechselakte derart schnell vorzunehmen, daß - jedenfalls ein durchschnittlicher - Mitspieler keine Gewinnaussichten hat. In solchen Fällen wirkt sich verstärkt die an sich schon bei jedem "Hütchenspiel" gegebene Unterschiedlichkeit bezüglich der gegenseitigen Spieleistungen aus. Während der "Veranstalter" die "Hütchen" lediglich mechanisch bewegt, ist der Gegner zur Anspannung mehrerer, vor allem geistiger Fähigkeiten gezwungen. Übersieht er nur einen einzelnen der zahlreichen Vorgänge oder beobachtet er sie sonst nicht genau oder merkt er sich nicht das "Hütchen", unter dem (jeweils) die Kugel verborgen ist, so bleibt ihm nichts anderes übrig, als zu raten. Die naheliegende Möglichkeit, in diese Situation zu kommen, nimmt mit der Schnelligkeit der Spielvorgänge zu. Auch ist zu berücksichtigen, daß es der "Spielmacher" in der Hand hat, die Dauer des Spiels zu bestimmen. Je länger er dessen Ende hinauszögert, desto ungünstiger wird die Position des Mitspielers. Diese Eigenarten des "Hütchenspiels" stehen seiner generellen Einordnung in die Kategorie der Geschicklichkeitsspiele entgegen. Denn solche Spiele setzen nach ständiger Rechtsprechung u.a. voraus, daß die Entscheidung über Gewinn und Verlust wesentlich von den Fähigkeiten sowie vom Grad der Aufmerksamkeit der Spieler abhängt.

Somit kommt es - entgegen der Auffassung des vorlegenden Gerichts - auf die bereits vom Reichsgericht aufgestellten und vom Bundesgerichtshof übernommenen Kriterien an: Bei der Prüfung, ob der Ausgang des Spiels hauptsächlich durch den Zufall bedingt ist oder ob er durch Fähigkeiten und Fertigkeiten beeinflusst werden kann, sind die Spielverhältnisse zugrundezulegen, unter denen das Spiel eröffnet ist und gewöhnlich betrieben wird, also die Fähigkeiten und Erfahrungen des Durchschnittsspielers und damit die sich aus ihnen in Anbetracht der Fertigkeiten des "Spielmachers" und der Beschaffenheit des Spielmaterials ergebenden Chancen (BGHSt 2, 274, 276 mit Hinweis auf zahlreiche Entscheidungen des Reichsgerichts). An dieser langjährigen Rechtsprechung hält der Senat fest.