

Landgericht Frankfurt, Beschl. v. 29. 12.1992 – 5/6 Qs 48/92

Zum Sachverhalt:

Mit Anklage der StA Frankfurt a. M. vom 25. 5. 1992 wird dem Angeschuldigten vorgeworfen, am 2. 5. 1991 gemeinsam mit anderen als sogenannter "Hütchenspieler" unbekannte Passanten zum Mitspielen animiert zu haben. Entsprechend einem vorher gefaßten gemeinsamen Tatentschluß habe der gesondert verfolgte B als Spielmacher fungiert. Dazu habe er am Boden vor dem Eingang einer "Peep-Show" im Bahnhofsviertel gehockt und mit drei Innenteilen von Streichholzschachteln eine Kugel verschoben. Dem Angeschuldigten und zwei weiteren Tätern habe es obliegen, vorbeigehende Passanten zum Mitspielen zu animieren. Hierzu habe jeder von ihnen einen Geldbetrag gesetzt und scheinbar gegen den Spielmacher gespielt. Das Geld sei mehrfach ausgewechselt worden. Bei diesen "Animierspielen" habe der Spielmacher die Spielzüge sehr langsam ausgeführt. Nachdem ein Passant zum Mitspielen gewonnen worden sei, habe der Spielmacher eine so hohe Verschiebegeschwindigkeit gewählt, daß selbst ein geübtes Auge nicht mehr habe erkennen können, wo sich die Kugel befand. Der Angeschuldigte war wegen der Ausübung des "Hütchenspiels" ohne Reisegewerbekarte zwischen 1987 und 1990 bereits 7 mal mit Geldbuße belegt worden. Die Anklage qualifiziert das Verhalten des Angeschuldigten vom 2. 5. 1991 als unerlaubte Veranstaltung eines öffentlichen Glücksspiels in Tateinheit mit beharrlichem Ausüben eines Reisegewerbes ohne Reisegewerbekarte. Das AG Frankfurt a. M. hat die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt. Es hat die Auffassung vertreten, daß sich weder nachweisen lassen werde, daß das "Hütchenspiel" im vorliegenden Fall als unerlaubtes Glücksspiel gespielt worden sei, noch daß es als Geschicklichkeitsspiel, für das eine Reisegewerbekarte erforderlich gewesen wäre, gespielt worden ist. Das AG hat auf die Kriterien verwiesen, die nach BGHSt 36, BGHSt Jahr 36 Seite 74 ff. = NJW 1989, NJW Jahr 1989 Seite 919 zu Abgrenzung, ob das "Hütchenspiel" als Glücksspiel oder Geschicklichkeitsspiel zu qualifizieren sei, heranzuziehen sind und (im Anschluß an eine Äußerung des Rechtsamtes der Stadt Frankfurt) die Auffassung vertreten, daß sich eine derartig differenzierte Prüfung in aller Regel in der Praxis nicht durchführen lasse. Entsprechend dem Grundsatz "in dubio pro reo" könne der Angeschuldigte deshalb weder gem. § STGB § 284 StGB noch gem. § GEWO § 148 GewO verurteilt werden.

Die - fristgerechte - sofortige Beschwerde der StA gegen diesen Beschluß hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

II. ... 1. a) Die Kammer folgt der Rechtsprechung des BGH, BGHSt 36, BGHSt Jahr 36 Seite 74 ff. = NJW 1989, NJW Jahr 1989 Seite 919, daß "Hütchenspiele" nicht allgemein - ohne Rücksicht auf die Modalitäten des Einzelfalls - als Geschicklichkeitsspiel oder als Glücksspiel eingestuft werden können. Sie vermag jedoch nicht die Auffassung des AG zu teilen, derzufolge es regelmäßig nicht möglich sein soll, im nachhinein, bei schweigendem Angeschuldigten, festzustellen, ob ein Geschicklichkeitsspiel oder ein Glücksspiel gespielt wurde. Es ist wie folgt zu unterscheiden:

aa) langsame Spielweise: "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"; (vgl. - auch zu den Einzelheiten - BGHSt 36, BGHSt Jahr 36 Seite 74 ff. = NJW 1989, NJW Jahr 1989 Seite 919). Dann liegt ein Geschicklichkeitsspiel vor, gegen § STGB § 284 StGB wird nicht verstoßen, der Veranstalter eines solchen Geschicklichkeitsspiels bedarf jedoch ggfs. einer Erlaubnis nach dem Gewerberecht (Reisegewerbekarte).

bb) schnelle bzw. langandauernde Spielweise: "Häufig ist der über besondere Fingerfertigkeit verfügende Veranstalter in der Lage, die Schiebe- und Wechselakte derart schnell vorzunehmen, daß jedenfalls ein durchschnittlicher Mitspieler keine Gewinnaussichten hat"; (BGHSt 36, BGHSt Jahr 36 Seite 74 = NJW 1989, NJW Jahr 1989 Seite 919). Macht er von dieser Fertigkeit Gebrauch, liegt ein unerlaubtes Glücksspiel i. S. des § STGB § 284 StGB vor.

Die Abgrenzung zwischen aa) und bb) ist in der Praxis durchaus möglich. Denn es wird entgegen der Auffassung des AG regelmäßig nicht nötig sein, die Fertigkeiten des Spielmachers zu überprüfen, unbeachtlich ist auch, ob der Spieler, der seinen Einsatz beim in Rede stehenden "Hütchenspiel" verloren hat, durchschnittliche oder überdurchschnittliche Geschicklichkeit beim Beobachten der Spielvorgänge hatte.

Der BGH stellt nämlich gerade nicht darauf, über welche Fähigkeiten der konkret geschädigte Spieler verfügt, sondern überzeugend auf die Fähigkeiten des Durchschnittsspielers ab. Beobachtet ein mit den Modalitäten des "Hütchenspiels" vertrauter, erfahrener Polizeibeamter einige Zeit lang, wie das "Hütchenspiel" von den Beteiligten gespielt wird, so wird er in der Regel in der Lage sein, festzustellen, ob der Veranstalter so langsam spielt, daß ein Durchschnittsspieler die realistische Chance hat, durch konzentrierte Beobachtung die Lage der Kugel nach Abschluß der Verschiebevorgänge zutreffend anzugeben, oder ob so schnell und so lange verschoben und gewechselt wurde, daß ein Durchschnittsspieler nur raten kann.

Die Zeugen PHK C und POM D dürften - dem bisherigen Ergebnis der Ermittlungen zufolge - solche erfahrenen Zeugen sein.

Die im Frankfurter Bahnhofsviertel tätigen Polizeibeamten verfügen über lange Erfahrung mit "Hütchenspielen" und den bei deren Einordnung zu beachtenden Rechtsfragen. Die Zeugen haben dem Vermerk des Sachbearbeiters zufolge besonders darauf geachtet, wie schnell das Spiel im vorliegenden Fall gespielt wurde. Es ist deshalb - auch ohne daß Vernehmungsniederschriften der Zeugen vorliegen - hinreichend wahrscheinlich, daß sie tatsächlich differenzierte Beobachtungen gemacht haben und in der mündlichen Verhandlung wiedergeben können.

cc) Wechsel von langsamer zu schneller Spielweise: In der Praxis ist jedoch offenbar eine dritte Variante des "Hütchenspiels" die Regel: Der Veranstalter spielt zunächst mit in seine Absicht eingeweihten sogenannten "Anreißern". Solange sich kein zahlungswilliges Opfer findet, wird langsam gespielt und gegenüber den Umstehenden der zutreffende Eindruck erweckt, daß ein durchschnittlicher Beobachter bei hoher Konzentration die Lage der Kugel zutreffend angeben kann (Geschicklichkeitsspiel). Erst wenn sich ein Opfer gefunden und dieses genügend Geld gesetzt hat, wird die Spielgeschwindigkeit - möglichst unauffällig - so stark erhöht, daß nicht länger ein Geschicklichkeitsspiel, sondern allenfalls ein Glücksspiel vorliegt. Ein solches Vorgehen ist als Betrug zu werten: Dem Opfer wird vorgespiegelt, es nehme an einem langsam gespielten "Hütchenspiel" (also einem Geschicklichkeitsspiel) teil; nachdem es seinen Einsatz aus der Hand gegeben hat, wird jedoch, wie beabsichtigt, so schnell gespielt, daß das Spiel allenfalls noch als Glücksspiel einzuordnen ist.

In vielen Fällen mögen noch weitere, schwer nachweisbare Manipulationen hinzukommen, die Kugel mag, auch für geübte Augen unmerklich, von der Spielfläche genommen werden. Aber auch wenn dergleichen nicht nachweisbar ist, bleibt ein strafbarer Betrug, der darin zu sehen ist, daß dem Opfer ein Geschicklichkeitsspiel angeboten wird, der Veranstalter jedoch von Anfang an die Absicht hat, allenfalls ein Glücksspiel (wenn nicht gar ein betrügerisches Glücksspiel) zu spielen. Das Opfer, das sein Geld bei dem unerwarteten Glücksspiel verliert, erleidet einen Vermögensschaden, denn es hat sein Geld im Vertrauen auf die bei dem ihm zunächst vorgegaukelten Geschicklichkeitsspiel wesentlich größere Gewinnchance aus der Hand gegeben; (vgl., im Ergebnis ebenso, Sack, NJW 1992, NJW Jahr 1992 Seite 250 f. m. w. Nachw.).

b) Die Anwendung dieser Grundsätze gebietet im vorliegenden Fall die Eröffnung des Hauptverfahrens wegen versuchten Betruges: Die Zeugen haben den Wechsel von langsamer zu schneller Spielweise dem Vermerk zufolge dezidiert geschildert. Aufgrund ihrer Bekundungen ist es hinreichend wahrscheinlich, daß die Täter bewußt und gewollt mittäterschaftlich zusammengewirkt haben, um das Opfer durch Täuschung zum Einsatz zu bewegen. Da das Opfer nicht ermittelt werden konnte, wird sich freilich nicht sicher ausschließen lassen, daß der Geschädigte sich nicht hat täuschen lassen, sondern daß er mitgespielt hat, ohne sonderlich auf die Spielgeschwindigkeit und seine Chancen zu achten oder obwohl ihm klar war, daß er sich allenfalls an einem Glücksspiel mit schlechten Gewinnaussichten beteiligte. Da aufgrund des

bezeugten Geschehensablaufs aber hinreichend wahrscheinlich ist, daß die Täter ihr Opfer jedenfalls täuschen wollten, besteht hinreichender Tatverdacht wegen zumindest versuchten Betruges.

2. a) Ob sich der Veranstalter in einem solchen Fall (oben cc) außerdem auch des unerlaubten Glücksspiels strafbar macht, ist bislang höchstrichterlich noch nicht entschieden. BGHSt 36, BGHSt Jahr 36 Seite 74 = NJW 1989, NJW Jahr 1989 Seite 919 stellt für die Einordnung als Glücks- oder Geschicklichkeitsspiel in Anlehnung an BGHSt 2, BGHSt Jahr 2 Seite 274 ff. = NJW 1952, NJW Jahr 1952 Seite 673 und die Rechtsprechung des RG auf die Spielverhältnisse ab, unter denen "das Spiel eröffnet ist und gewöhnlich betrieben wird" (BGHSt 36, BGHSt Jahr 36 Seite 74 = NJW 1989, NJW Jahr 1989 Seite 919). Die in der Praxis vermutlich häufige Konstellation cc) des "Hütchenspiels" zeichnet sich jedoch gerade dadurch aus, daß das Spiel den potentiellen Opfern gegenüber anders eröffnet als anschließend gewöhnlich betrieben wird. Während im Publikum um einen Mitspieler geworben wird und zunächst nur eingeweihte "Anreißer" Geldbeträge setzen, wird der Eindruck erweckt, man wolle ein Geschicklichkeitsspiel veranstalten; erst nachdem das Opfer gezahlt hat, wird das Spiel betrügerisch zum Glücksspiel umfunktioniert.

Die Kammer ist der Auffassung, daß für § STGB § 284 StGB grundsätzlich darauf abzustellen ist, unter welchen Bedingungen das Spiel "eröffnet", d. h. dem Publikum angeboten wird. Ein Geschicklichkeitsspiel wird nicht dadurch zum verbotenen Glücksspiel im Sinne des § STGB § 284 StGB, daß der Veranstalter Manipulationen vornimmt, die zur Folge haben, daß nicht mehr die Geschicklichkeit, sondern nur noch das Glück entscheiden. Solche Fälle sind vielmehr ausschließlich als Betrug zu behandeln. § STGB § 284 StGB greift nur dort ein, wo vor einem Spiel zu schützen ist, das so, wie es zu spielen vorgegeben wird, als Glücksspiel einzuordnen ist. (Wer Kimme und Korn an den Luftgewehren seiner Schießbude verbiegt, um weniger Gewinne auskehren zu müssen, eröffnet kein unerlaubtes Glücksspiel i. S. des § STGB § 284 StGB, sondern begeht ausschließlich (versuchten) Betrug.)

Diese Auslegung entspricht auch der Rechtsprechung des RG RGSt, 61, 15; 62, 163 (165), auf die sich auch BGHSt 36, BGHSt Jahr 36 Seite 74 ff. = NJW 1989, NJW Jahr 1989 Seite 919 beruft; denn das RG stellt (unbeschadet des § BGB § 762 BGB) überzeugend auf die "Vertragsbedingungen" ab, unter denen das Spiel angeboten wird: Es komme darauf an, ob nach dem gemachten oder in Aussicht genommenen Vertragsangebot, das ausdrücklich oder durch schlüssige Handlung gemacht werde, die Entscheidung vom Zufall abhängen solle. Ein heimlicher Vorbehalt sei unbeachtlich.

b) In Anwendung dieser Grundsätze fehlt es vorliegend am hinreichenden Tatverdacht des unerlaubten Glücksspiels. Nach dem, was dem Opfer vor seinem Einsatz als Spiel angeboten wurde, hingen die Chancen wesentlich von seiner Merkfähigkeit ab. Etwas anderes würde nur

dann gelten, wenn der hinreichende Verdacht bestünde, daß der Spielmacher über längere Zeit auch sehr schnell gespielt hat, dabei weitere Passanten zugegen waren und die Täter die Absicht hatten, nun auch andere Passanten nicht aufgrund langsamen Spieles, sondern obwohl schnell gespielt wurde, zur Teilnahme zu motivieren. Dafür gibt es vorliegend keine ausreichenden Anhaltspunkte. Auf die fehlende Veranstaltereienschaft des Angeschuldigten kommt es deshalb für § STGB § 284 StGB schon nicht mehr an.

3. Die Kammer verneint hinreichenden Tatverdacht aber auch hinsichtlich des Verstoßes gegen die Gewerbeordnung. Denn der Angeschuldigte ist der Anklage zufolge nur als sog. "Anreißer" tätig geworden. Der Vorwurf, beharrlich ein Geschicklichkeitsspiel ohne die erforderliche Reisegewerbeerlaubnis betrieben zu haben, kann nur dem "Veranstalter" des Spieles gemacht werden; vgl. §§ GEWO § 33d, GEWO § 60a GEWO § 60A Absatz II 2 GewO. Das ist hier der Spielmacher; wer diesem als "Anreißer" hilft, kommt zwar als Mittäter des versuchten Betruges in Betracht, er wird dadurch jedoch nicht zum "Veranstalter" im Sinne der Gewerbeordnung. Denn Veranstalter ist nur derjenige, der den Vertragsschluß anbietet (grundsätzlich: auf eigene Rechnung) und der sich um eine Erlaubnis hätte bemühen müssen; (vgl. BayObLG, NJW 1979, NJW Jahr 1979 Seite 2258; RGSt 61, RGST Jahr 61 Seite 15 und Dreher-Tröndle, § BGB § 284 Rdnr. 11). Auch wenn man jeden, der "Erfolg und Risiko des Spieles (mit-) trägt", als Veranstalter ansehen wollte (in Anlehnung an Marcks, in: Landmann-Rohmer, GewO, § LANDMANN-ROHMER § 33d Anm. 6, der freilich zusätzliche Einschränkungen vornimmt), läßt sich vorliegend hinreichender Tatverdacht nicht bejahen. Denn auch für die Gewerbeordnung ist anerkannt, daß der unselbständige Gehilfe des gewerbetreibenden "Unternehmers" keiner Reisegewerbekarte bedarf; (vgl. Marcks, in: Landmann-Rohmer, § LANDMANN-ROHMER § 60a Rdnr. 4). Es wird sich nicht widerlegen lassen, daß der Angeschuldigte nur als ein solcher Gehilfe des Spielers tätig war.

Beihilfe zum Verstoß gegen § GEWO § 148 GewO scheidet vorliegend schon deshalb aus, weil unklar ist, ob der Spielmacher K "beharrlich" gegen die Gewerbeordnung verstoßen hat.

III. Es bestand kein Anlaß, gem. § STPO § 210 STPO § 210 Absatz III StPO an eine andere Abteilung des AG zu verweisen.