

5 Abgrenzung Glücksspiel/Unterhaltungsspiel

StGB § 284

1. Das Wesen eines Glücksspiels im Sinne von § 284 I StGB besteht darin, dass die Entscheidung über Gewinn und Verlust nach den Vertragsbedingungen nicht wesentlich von den Fähigkeiten, den Kenntnissen und der Aufmerksamkeit der Spieler abhängt, sondern allein oder hauptsächlich vom Zufall.

2. Um Glücksspiel im Sinne des § 284 StGB annehmen zu können, bedarf es zudem eines nicht unerheblichen Einsatzes eines Vermögenswertes. Ob ein Einsatz als nicht ganz unbeträchtlich einzuordnen ist, bestimmt sich jedenfalls bei jedermann offen stehenden Glücksspielen nach den gesellschaftlichen Anschauungen. Derzeit dürfte ein möglicher Verlust von mehr als 10 € in der Stunde auf ein Glücksspiel hindeuten. (Ls d. Schriftltg.)

BGH, Urt. v. 8.8.2017 – 1 StR 519/16 (LG Chemnitz)

Zum Sachverhalt: Der Angekl. war Geschäftsführer der N GmbH, die in mehreren Städten Spielotheken betrieb und in Gaststätten Automaten aufstellte. Zwischen dem 1.1.2006 und dem 2.2.2008 waren in den Spielotheken 73 Unterhaltungsspielgeräte in Betrieb, die Gewinnmöglichkeiten vorsahen und mit am Tresen zu erwerbenden sogenannten Token, einer Art Spielmünze, vom Kunden bedient wurden. Diese Gewinne wurden entweder bis zur Barauszahlung als aufaddierte Punkte auf internen Konten gespeichert „und/oder“ durch Auszahlung von Token oder von 5-DM-Münzen realisiert. Zumindest den Stammspielern wurden diese Token oder 5-DM-Münzen vom Personal der Spielotheken in Euro umgetauscht. Diese ihm bekannte Verfahrensweise duldete der Angekl. Ihm war gleichfalls bekannt, dass die Automaten wegen Verstoßes gegen § 13 der Spielverordnung seit dem 1.1.2006 nicht mehr genehmigungsfähig waren und er deswegen von der Stadt L zur Entfernung dieser Geräte aus den Spielotheken aufgefordert worden war. Durch den Betrieb dieser Geräte im Tatzeitraum sicherte sich der Angekl. eine nicht unerhebliche Einnahmequelle zur Finanzierung seines Lebensunterhaltes, was er billigend in Kauf nahm.

Für die Veranlagungszeiträume 2001 bis 2007 gab der Angekl. bewusst falsche Steuererklärungen ab. Darin waren seine Umsätze aus dem Spielautomatenbetrieb nur unvollständig erfasst und erklärt. Hierzu hatte er zuvor die Auslesung der Automaten manipuliert, nicht alle Automaten ausgelesen und nicht alle Ausleseergebnisse in die Aufstellung der Erlöse übernommen, die er den Steuererklärungen zugrunde legte. Für das Jahr 2001 war hiervon die Einkommensteuererklärung

erfasst, für das Jahr 2002 waren die Einkommen- und Körperschaftsteuererklärung sowie für die Jahre 2003 bis 2007 die Einkommen-, Umsatz- und Körperschaftsteuererklärungen erfasst. Infolge dieser falschen Angaben wurde vom Finanzamt die jeweilige Steuer zu niedrig festgesetzt, was vom Angekl. beabsichtigt war. Zwar kannte er die genauen Beträge seiner Gewinne nicht, er rechnete aber mit einem verkürzten jährlichen Steuerbetrag von mehr als 50.000 €. Für die Veranlagungszeiträume 2001 bis 2007 errechnete das LG eine Verkürzung von Steuern in der Höhe von insgesamt 922.181 €.

Grundlage dieser Berechnung war eine Schätzung der tatsächlich erzielten Einkünfte des Angekl. aus Geldspiel- und Unterhaltungsautomaten. Diese Schätzung ist auf einen monatlichen Durchschnittsumsatz für das Unternehmen des Angekl. und einen Schätzzuschlag gestützt. Dieser beläuft sich auf 800 € monatlich für Geldspielgeräte und 400 € monatlich für Unterhaltungsautomaten. Für das Jahr 2001 ist eine Zuschätzung für 80 Automaten, für 2002 für 90 Automaten, für 2003 und 2004 für je 100 Automaten, für 2005 und 2006 für je 120 Automaten und für 2007 für 145 Automaten erfolgt.

Der Angekl. hat eingeräumt, um die Unzulässigkeit der betriebenen Spielautomaten gewusst und dennoch deren Betrieb geduldet zu haben.

Er hat weiter eingeräumt, für die Veranlagungszeiträume 2001 bis 2007 geringere Einnahmen als tatsächlich erzielt in den Steuererklärungen angegeben zu haben.

Das LG hat den Angekl. wegen gewerbsmäßiger unerlaubter Veranstaltung eines Glücksspiels in 73 Fällen in Tateinheit mit Steuerhinterziehung in sieben Fällen, „jeweils im besonders schweren Fall“ zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und einer Gesamtgeldstrafe von 340 Tagessätzen zu je 15 Euro verurteilt. Die Vollstreckung der Freiheitsstrafe hat es zur Bewährung ausgesetzt und von dieser Strafe vier Monate und von der Gesamtgeldstrafe 40 Tagessätze für vollstreckt erklärt. Hiergegen wendet sich der Angekl. mit seiner auf die nicht ausgeführte Sachrüge gestützten Revision. Die StA erhebt eine Verfahrensrüge und beanstandet die Verletzung sachlichen Rechts. Beide Rechtsmittel haben teilweise Erfolg.

Aus den Gründen: II. Die Revision des Angekl.

1. Der Schuldspruch wegen gewerbsmäßiger unerlaubter Veranstaltung eines Glücksspiels in 73 Fällen kann keinen Bestand haben.

Zwar ist angesichts der ausreichend belegten Feststellung, dass die Gewinnspielautomaten nicht zulassungsfähig waren, der Anwendungsbereich des § 284 StGB eröffnet (vgl. Graf/Jäger/Wittig/Bär Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl., § 284 StGB Rn. 31; Erbs/Kohlhaas/Ambts GewO, Stand: Juli 2015, § 33 c Rn. 10; LK-StGB/Krehl 12. Aufl., § 284 Rn. 22; jew. auch zur Abgrenzung zum Anwendungsbereich der §§ 33 c ff., § 144 Abs. 1, § 148 Nr. 1 GewO). Es ist aber nicht hinreichend belegt, dass es sich bei den Automaten um Glücksspielgeräte im Sinne des § 284 Abs. 1 StGB handelt.

a) Das Wesen eines solchen Glücksspiels besteht nach allgemeiner Auffassung darin, dass die Entscheidung über Gewinn und Verlust nach den Vertragsbedingungen nicht wesentlich von den Fähigkeiten, den Kenntnissen und der Aufmerksamkeit der Spieler abhängt, sondern allein oder hauptsächlich vom Zufall (BGH Urt. v. 28.11.2002 – 4 StR 260/02, JR 2003, 342; Beschl. v. 11.1.1989 – 2 StR 461/88, BGHSt 36, 74, 80; Urt. v. 18.4.1952 – 1 StR 739/51, BGHSt 2, 274, 276). Ob dies auf die vom Angekl. betriebenen Spielautomaten zutrifft, wird durch die Feststellungen nicht belegt. Denn die Funktionsweise der Automaten wird nicht beschrieben, weswegen offen bleibt, ob es sich nicht um Automaten handelt, bei denen die Entscheidung über Gewinn und Verlust wesentlich von den Fähigkeiten sowie vom Grad der Aufmerksamkeit der Spieler abhängt. Allein die hierzu mitgeteilten Namen der Automaten wie z. B. „Video-star“ oder „Hellraiser“ geben hierzu keine Auskunft.

b) Um Glücksspiel im Sinne des § 284 StGB annehmen zu können, bedarf es zudem eines nicht unerheblichen Einsatzes eines Vermögenswertes (BGH Beschl. v. 29.9.1986 – 4 StR 148/86, BGHSt 34, 171, 176 f. mwN; BayObLG Urt. v. 12.12.2002 – 5 St RR 296/2002, JR 2003, 386, 387; Beck-OK StGB/Feilcke/Hollering 34. Edition, § 284 Rn. 11; SSW-StGB/Rosenau 3. Aufl., § 284 Rn. 6; Wohlers JR 2003, 388). Einsatz ist jede Vermögensleistung, die in der Hoffnung auf Gewinn und mit dem Risiko des Verlustes an den Gegenspieler oder Veranstalter erbracht wird, wobei es sich wegen der notwendigen Abgrenzung zum bloßen Unterhaltungsspiel um einen Einsatz handeln muss, der nicht ganz unbeträchtlich ist (BGH aaO; Fischer StGB, 64. Aufl., § 284 Rn. 5; Wohlers aaO; NK-StGB/Gaede 5. Aufl., § 284 Rn. 13). Auch das Vorliegen dieses Erfordernisses wird durch die Feststellungen nicht belegt. Mit welchen Einsätzen gespielt wird und wie lange es ohne Erzielung eines Gewinns dauert, diesen Einsatz zu verspielen, teilt das Urteil nicht mit. Es kann aber nicht beurteilt werden, ob es sich um einen nicht ganz unbeträchtlichen Einsatz handelt. Damit bleibt offen, ob es sich überhaupt um ein dem § 284 StGB unterfallendes Glücksspiel und nicht nur um ein Unterhaltungsspiel handelt.

Ob ein Einsatz als nicht ganz unbeträchtlich einzuordnen ist, bestimmt sich jedenfalls bei jedermann offen stehenden Glücksspielen nach den gesellschaftlichen Anschauungen (RG Urt. v. 28.5.1889 – Rep. 1039/89, RGSt 19, 253 f.; OLG Köln Urt. v. 19.2.1957 – Ss 417/56, NJW 1957, 721; LK-StGB/Krebl 12. Aufl., § 284 Rn. 12; NK-StGB/Gaede 5. Aufl., § 284 Rn. 13; vgl. auch BGH Urt. v. 28.9.2011 – I ZR 93/10, GRUR 2012, 201, 206). Dabei kann das Kriterium des erforderlichen Aufwands für eine anderweitige unterhaltende Veranstaltung zur Orientierung herangezogen werden (MüKoStGB/Hohmann 2. Aufl., § 284 Rn. 11; NK-StGB/Gaede aaO; SSW-StGB/Rosenau StGB, 3. Aufl., § 284 Rn. 6; Schönke/Schröder/Heine/Hecker StGB, 29. Aufl., § 284 Rn. 8). Danach dürfte derzeit ein möglicher Verlust von mehr als 10 € in der Stunde auf ein Glücksspiel hindeuten. Ob bei dem vorliegenden Fall der Glücksspielcharakter anzunehmen sein wird, hängt aber auch davon ab, ob einerseits der Gewinnzweck im Vordergrund stand und andererseits der Angekl. und seine Angestellten jeweils von vornherein einen Anspruch auf Barumtausch der erspielten Token einräumten oder ob dies auf eine nachträgliche Anfrage des betreffenden Spielers aus Kulanzgründen erfolgte (vgl. hierzu RG Urt. v. 2.6.1930 – III 289/30, RGSt 64, 219, 220; BayObLG Urt. v. 12.12.2002 – 5 St RR 296/2002, JR 2003, 386, 387 mAnm Wohlers JR 2003, 388).

c) Der Senat hebt das Urteil insoweit mit den Feststellungen auf, um dem zuständigen Tatgericht in sich geschlossene neue Feststellungen zu ermöglichen.

d) Sollte sich das nunmehr zuständige Tatgericht vom Vorliegen eines Glücksspiels im Sinne des § 284 StGB überzeugen, so wird es bei der Prüfung des Qualifikationsmerkmals der Gewerbsmäßigkeit nach § 284 Abs. 3 Nr. 1 StGB darauf abzustellen haben, ob der Täter sich durch die wiederholte Tatbegehung eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle von einigem Umfang und einiger Dauer verschaffen will. Dies beurteilt sich nach seinen ursprünglichen Planungen sowie seinem tatsächlichen, strafrechtlich relevanten Verhalten über den gesamten ihm jeweils anzulastenden Tatzeitraum (st. Rspr.; s. nur BGH Urt. v. 17.6.2004 – 3 StR 344/03, BGHSt 49, 177, 181).

Für die konkurrenzrechtliche Beurteilung wird es in den Blick zu nehmen haben, dass dem gleichzeitigen Betreiben

von 73 dieser Spielautomaten mit einem gleichartigen Spielsystem auch ein einheitlicher Entschluss – gegebenenfalls bezogen auf die verschiedenen Spielstätten – zugrunde liegen kann, so dass insoweit Tateinheit bestünde (vgl. MüKoStGB/Hohmann 2. Aufl., § 284 Rn. 34).

2. Der Schuldspruch wegen Steuerhinterziehung in sieben Fällen wird von den Feststellungen getragen. Jedoch ist der Schuldumfang rechtsfehlerhaft bestimmt, was zur Aufhebung des Strafausspruchs und den zugrundeliegenden Feststellungen wegen dieser Taten führt. Beim Straftatbestand der Steuerhinterziehung lässt es den Schuldspruch grundsätzlich unberührt, wenn lediglich der Verkürzungsumfang, etwa durch eine fehlerhafte Schätzung, unrichtig bestimmt ist, die Verwirklichung des Tatbestandes aber sicher von den Feststellungen getragen wird (vgl. BGH Beschl. v. 20.12.2016 – 1 StR 505/16, StraFo 2017, 254; Urt. v. 22.5.2012 – 1 StR 103/12, Rn. 28, NZWiSt 2012, 299). Dies ist hier der Fall. Das LG hat u. a. auf der Grundlage des Geständnisses des Angekl., in den Steuerklärungen für die Veranlagungszeiträume 2001 bis 2007 jeweils nicht alle Umsätze aus dem Spielautomatenbetrieb angegeben zu haben, rechtsfehlerfrei festgestellt, dass eine Steuerverkürzung eingetreten ist.

Die Bestimmung des Umfangs dieser Steuerverkürzung ist rechtsfehlerhaft. Die vom LG gewählte Schätzung und die mitgeteilten Berechnungsgrundlagen setzen das Revisionsgericht nicht in den Stand, nachvollziehen zu können, wie sich die Schätzungsergebnisse und der jeweils festgestellte Verkürzungserfolg ergeben.

a) Zwar durfte das LG die Besteuerungsgrundlagen schätzen. Im Steuerstrafverfahren ist die Schätzung von Besteuerungsgrundlagen zulässig, wenn feststeht, dass der Steuerpflichtige einen Besteuerungstatbestand erfüllt hat, die tatsächlichen Besteuerungsgrundlagen aber ungewiss sind (st. Rspr.; vgl. nur BGH Beschl. v. 20.12.2016 – 1 StR 505/16, StraFo 2017, 254; v. 6.4.2016 – 1 StR 523/15, NStZ 2016, 728 und v. 29.1.2014 – 1 StR 561/13, wistra 2014, 276). Das ist hier der Fall. Eine konkrete Berechnung war ausgeschlossen, weil der Angekl. schon die Aufstellung der Umsätze („MAS-Dateien“, „Querblätter“) manipuliert und die ohnehin nicht alle Umsätze erfassenden Auslesestreifen der Automaten nicht vollständig aufgehoben hat.

b) Die Darstellung der gewählten Schätzungsmethode ist jedoch rechtsfehlerhaft. Das LG legt zwar noch nachvollziehbar dar, weshalb es von einem monatlichen Umsatz von 800 € für Geldspielgeräte und von 400 € für Unterhaltungsspielgeräte ausgegangen ist. Es fehlen jedoch jegliche Erklärungen für die weiteren Faktoren der Berechnung, insbesondere für die Anzahl der Automaten. So erschließt sich nicht, warum 2001 eine Zuschätzung für 80 Automaten, 2002 eine solche für 90 Automaten, 2003 und 2004 für jeweils 100 Automaten, 2005 und 2006 für jeweils 120 Automaten und 2007 von 145 Automaten erfolgte. Auch ist nicht dargelegt, wie viele von diesen Automaten als Geldspielgeräte mit einem jeweils höheren monatlichen Umsatz angesetzt worden sind. Es ist auch nicht ersichtlich, wieso das LG bei gleichbleibenden geschätzten monatlichen Umsätzen pro Gerät für das Jahr 2005 ausgehend von 120 Automaten 240.000 € als Zuschätzung errechnet und 2006 für dieselbe Anzahl von Automaten 250.000 €. Für das Jahr 2002 errechnet es ausgehend von 90 Automaten eine Zuschätzung von 240.000 €; auf diese Summe kommt es auch für die Jahre 2003 und 2004, geht aber dort von 100 Automaten aus. Genauere Darlegungen zur Anzahl der hinzugeschätzten Automaten wären auch deswegen erforderlich, um nachvollziehen zu

können, ob sich dies auf eine ausreichende Tatsachengrundlage stützt.

Des Weiteren erschließt sich nicht, inwieweit die errechneten Zuschätzungen bei den verschiedenen Steuerarten Berücksichtigung gefunden haben. Eine einheitliche Verfahrensweise lässt sich der Aufstellung der errechneten Verkürzungsbeträge nicht entnehmen. Diese Aufstellung ermöglicht auch nicht durchgängig, wie erforderlich (vgl. nur *BGH* Beschl. v. 24.5.2017 – 1 StR 176/17), dass für jede Steuerart und jeden Steuerabschnitt gesondert die Berechnung der verkürzten Steuern im Einzelnen nachvollzogen werden kann.

c) Das neu zuständige Tatgericht wird bei der Prüfung, ob ein Regelbeispiel eines besonders schweren Falls nach § 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 AO vorliegt, Folgendes zu beachten haben: Soweit die Taten vor dem 1.1.2008 begangen wurden, findet § 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 AO in der bis zum 31.12.2007 geltenden Fassung Anwendung. Das Regelbeispiel ist in diesem Fall nur dann erfüllt, wenn der Täter zudem aus grobem Eigennutz gehandelt hat, was das *LG* auch nicht verkannt hat. Grober Eigennutz ist anzunehmen, wenn der Täter sein Verhalten von dem Streben nach Vorteil in besonders anstößigem Maße hat leiten lassen. Dabei muss das Gewinnstreben des Täters das bei jedem Steuerstraftäter vorhandene Gewinnstreben deutlich übersteigen (vgl. *BGH* Beschl. v. 30.6.2016 – 1 StR 99/16, NStZ 2017, 100 mwN). Erforderlich ist eine vom Tatgericht vorzunehmende Gesamtbetrachtung sämtlicher Tatumstände, namentlich der vom Täter gezogenen Vorteile, der Art, Häufigkeit und Intensität der Tatbegehung und des Verwendungszwecks der erlangten Vorteile. Diese Umstände müssen im Zusammenhang gesehen und daraufhin überprüft werden, ob sie den Schluss auf groben Eigennutz des Täters rechtfertigen (*BGH* aaO; *Klein/Jäger* AO, 13. Aufl., § 370 Rn. 283). Der Verweis darauf, dass dem Angekl. die hinterzogenen Beträge zu Gute gekommen sind, genügt dem nicht.

III. Die Revision der StA

2. Die auf die Verletzung des § 46 StGB gestützte Sachrüge hat Erfolg und führt zur Aufhebung des Gesamtstrafenauspruchs und des Ausspruchs über die Kompensation für die überlange Verfahrensdauer.

b) Der *Senat* besorgt, dass sich das *LG* bei der Gesamtstrafenbildung von rechtsfehlerhaften Gesichtspunkten hat leiten lassen.

Ob beim Zusammentreffen einer Freiheitsstrafe mit Einzelgeldstrafen eine Gesamtfreiheitsstrafe gebildet wird oder eine Geldstrafe oder Gesamtgeldstrafe selbständig neben der Freiheitsstrafe ausgesprochen wird, liegt im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts (vgl. *BGH* Beschl. v. 3.12.2007 – 5 StR 504/07, NStZ 2009, 27; Urt. v. 17.1.1989 – 1 StR 730/88, BGHR StGB § 53 Abs. 2 Einbeziehung 1). Dabei hat es unter Berücksichtigung der allgemeinen Strafzumessungserwägungen zu prüfen, ob eher eine längere Gesamtfreiheitsstrafe oder eine kürzere Freiheitsstrafe neben einer Geldstrafe den Strafzwecken entspricht (vgl. *BGH* Beschl. v. 17.12.2014 – 4 StR 486/14, NStZ 2015, 334 und v. 11.6.2002 – 1 StR 142/02, NStZ-RR 2002, 264). Aus Wortlaut und Systematik des § 53 Abs. 2 StGB ergibt sich, dass die selbständige Verhängung einer Geldstrafe neben einer Freiheitsstrafe die Ausnahme bildet (*BGH* Beschl. v. 11.6.2002 – 1 StR 142/02, NStZ-RR 2002, 264); sie bedarf daher – anders als der Regelfall der Gesamtstrafenbildung (vgl. *BGH* Beschl. v. 7.10.2010 – 1 StR 484/10, wistra 2011, 19) – regelmäßig besonderer Begründung (vgl. *Fischer* StGB, 64. Aufl., § 53 Rn. 5 mwN).

Diesen Begründungsanforderungen wird das *LG* nicht gerecht. Es stellt formelhaft allein darauf ab, den Angekl. auch am Vermögen strafen zu wollen. Vor dem Hintergrund der dargestellten wirtschaftlichen Verhältnisse – der Angekl. ist auf 450 €-Basis bei seiner Ehefrau angestellt – erschließt sich diese Erwägung für sich genommen nicht. Sie lässt vielmehr besorgen, dass das *LG* sich nicht an den strafzumessungsrelevanten Umständen nach § 46 StGB ausgerichtet hat, sondern sich allein von dem Bestreben hat leiten lassen, die Gesamtfreiheitsstrafe in jedem Fall noch zur Bewährung aussetzen zu können; das aber wäre rechtlich zu beanstanden (*BGH* Urt. v. 17.3.2009 – 1 StR 627/08, NJW 2009, 1979, 1984; v. 19.12.2000 – 5 StR 490/00, BGHR StGB, § 53 Abs. 2 Nichteinbeziehung 3 und vom 17.9.1980 – 2 StR 355/80, BGHSt 29, 319, 321).

Praxiskommentar von RA Dr. Bernd Berberich, München

I. Die Entscheidung würde thematisch durchaus mehrere Anmerkungen rechtfertigen. Neben den hier näher erörterten Glücksspielstrafrechtlichen Aspekten setzt sich der *Senat* mit steuerstrafrechtlichen Fragen auseinander, insbesondere zur Darstellung der gewählten Schätzungsmethode und deren Anwendung. Im Rahmen der seitens der Staatsanwaltschaft erhobenen Sachrüge arbeitet das Gericht heraus, dass die selbständige Verhängung einer Geldstrafe neben einer Freiheitsstrafe nach Wortlaut und Systematik des § 53 Abs. 2 StGB die Ausnahme bildet und insoweit besondere Begründungsanforderungen bestehen, welche die Vorinstanz vorliegend verletzt hat. Aus Raumgründen und weil die Anforderungen des § 284 StGB die Strafjustiz eher selten beschäftigen, gerade deshalb aber die Gefahr droht, dass sich insoweit rechtserhebliche Fehler einschleichen, konzentriert sich die nachfolgende Darstellung auf die Glücksspielstrafrechtlichen Bezüge.

II. Die Entscheidung macht deutlich, wie viele Facetten der Begriff „Glücksspiel“ in sich trägt. Eine präzise Auseinandersetzung ist unumgänglich. Dies gilt umso mehr, als in der heutigen Zeit anerkannt ist, dass es bei der strafrechtlichen Sanktionierung unerlaubten Glücksspiels lediglich darum geht, den natürlichen Spieltrieb in geordnete Bahnen zu lenken und als geschütztes Rechtsgut nicht mehr auf den Schutz der öffentlichen Sittlichkeit und Moral abgestellt werden kann (vgl. *SSW-StGB/Rosenau* 3. Aufl. 2016, § 284 Rn. 2).

III. Angesichts des Umstandes, dass die Gewinnspielautomaten zum Tatzeitpunkt nicht mehr zulassungsfähig waren, wird zunächst festgestellt, dass der Anwendungsbereich von § 284 StGB eröffnet ist. Enger am Tatbestand, aber im Ergebnis gleichbedeutend, hätte auch festgestellt werden können, dass eine wirksame behördliche Erlaubnis bei den betreffenden Spielautomaten nicht (mehr) vorlag, mithin das Merkmal „ohne behördliche Erlaubnis“ als erfüllt anzusehen ist. Hinsichtlich dieses negativen Tatbestandsmerkmals ist strittig, wie weit die Verwaltungsakzessorietät des § 284 StGB reicht, nämlich ob insoweit allein die formale Wirksamkeit der Erlaubnis entscheidend ist (*SSW-StGB/Rosenau* § 284 Rn. 16) oder (jedenfalls auch) die materielle Rechtslage hierbei sachgerechte Berücksichtigung finden muss (*W.Hambach/Liesching* in: *Streinz/Liesching/Hambach*, Glücks- und Gewinnspielrecht in den Medien, § 284 Rn. 79). Für letzteres streitet, dass nicht bloßer Verwaltungsungehorsam mit Strafe behaftet sein sollte und sich dies im Übrigen kaum verfassungsrechtlich tragfähig begründen ließe. Indes kann dieser Streit hier dahinstehen, da der Ge-

setzgeber in § 33c Abs. 1 S. 2 GewO ausdrücklich geregelt hat, dass die gewerberechtliche Erlaubnis nur zur Aufstellung von Spielgeräten berechtigt, deren Bauart von der Physikalisch-Technischen Bundesanstalt zugelassen ist. Fällt eine solche Zulassung nachträglich weg, hat dies zur Folge, dass die vormals zulässigen Spielautomaten nicht länger von der Erlaubnis nach § 33c GewO erfasst werden. Diese gewerberechtliche Implikation führt wiederum aufgrund der Verwaltungsakzessorietät des § 284 StGB dazu, dass dann von einer Veranstaltung „ohne behördliche Erlaubnis“ auszugehen ist.

IV. Hinsichtlich des in den Details schillernden Glücksspielbegriffs musste nicht näher spezifiziert werden, nach welcher Maßgabe Glücks- und Geschicklichkeitsspiele voneinander abzugrenzen sind, wenn sowohl Zufalls- als auch Geschicklichkeitselemente bei den Spielen relevant werden (sog. „gemischte Spiele; z.B. Poker). In solchen Fällen genügt gerade nicht der Hinweis, dass ein Glücksspiel vorliegt, wenn die Entscheidung über Gewinn und Verlust allein oder hauptsächlich vom Zufall abhängt. Vielmehr wird dann u.a. relevant, auf welchen Spielerkreis hierbei abzustellen ist. Durchgesetzt hat sich insoweit, auf die Fähigkeiten und Erfahrungen eines „Durchschnittspielers“ abzustellen. Zur Beantwortung dieser immer noch schwierigen, weiter zu präzisierenden revisiblen Rechtsfrage wird regelmäßig ein Sachverständigengutachten erforderlich sein. Da die Funktionsweise der Automaten von der Vorinstanz gar nicht näher beschrieben worden war, erwies sich schon aus diesem Grund die Entscheidung aufgrund mangelhafter Urteilsdarstellung als rechtsfehlerhaft.

V. Ergänzend führt der *Senat* weiter aus, dass ein Glücksspiel im Sinne von § 284 Abs. 1 StGB (in Abgrenzung zu einem bloßen Unterhaltungsspiel) nur dann angenommen werden kann, wenn ein nicht unerheblicher Einsatz eines Vermögenswertes zu leisten ist. Zu Recht wird moniert, dass auch hierzu hinreichende Feststellungen seitens der Vorinstanz fehlen. Sehr zu begrüßen ist, dass gleichwohl die Gelegenheit genutzt wird, die erforderliche Einsatzhöhe etwas näher zu präzisieren. Als anerkannt darf hierbei gelten, dass die Erheblichkeitsgrenze bei öffentlichen Glücksspielen nach generellen Maßstäben und nicht nach individuellen Verhältnissen zu bemessen ist (SSW-StGB/*Rosenau* § 284 Rn. 6). Ab welcher Einsatzhöhe die Annahme eines Glücksspiels sachgerecht erscheint, kann als bisher in der Rspr. nicht abschließend geklärt gelten. Als unerheblich wurden etwa beurteilt: 5 DM (*BayObLG GA* 1956, 385 (386)); der Stundenlohn eines Arbeiters (*OLG Köln NJW* 1957, 721); die zulässigen Verlustgrenzen nach der GewO (*AG Wiesbaden GewArch* 2005, 485; derzeit 60 € für neu zugelassene Spielgeräte). Auch vorliegend wird eine endgültige Positionierung vermieden, aber die relevante Einsatzhöhe doch recht präzise dahingehend spezifiziert, dass „derzeit ein möglicher Verlust von mehr als 10 € in der Stunde auf ein Glücksspiel hindeuten“ dürfte. Aufgrund der Ultima Ratio des Strafrechts sowie der nicht unumstrittenen strafrechtlichen Legitimation von § 284 StGB dürfte es angezeigt sein, jedenfalls nicht unter dieser Wertgrenze von einem erheblichen Einsatz auszugehen.

VI. Bezogen auf den konkreten Einzelfall weist der *Senat* schließlich noch darauf hin, dass für die Bejahung des Glücksspielcharakters zusätzlich der Gewinnzweck im Vordergrund stehen muss. Damit müsste im vorliegenden Fall im Voraus vereinbart worden sein, dass ein entsprechender Anspruch auf Barumtausch der Token bzw. der 5-DM-Münzen bestand und ein solcher bei Stammkunden nicht bloß aus Kulanz geschah. Dieser Zusammenhang zwischen Ein-

satz und Gewinnchance leuchtet unmittelbar ein. Auch insoweit hatte die Vorinstanz indes keine hinreichenden Feststellungen getroffen. Anzumerken ist in diesem Kontext, dass zwischen Einsatz und der Gewinn-/Verlustmöglichkeit ein notwendiger Zusammenhang in der Weise bestehen muss, dass keine weiteren Umstände für die Realisierung der Gewinn-/Verlustmöglichkeiten hinzutreten müssen. So entschied das *BVerwG*, dass bei einem Fußballmanagerspiel („Fantasy-League-Spiel“) dann der erforderliche Zusammenhang zwischen Zahlung des Entgelts und der Gewinnchance fehlt, wenn nicht die bloße Zahlung eines Einsatzes eine Gewinnchance zur Folge hat, sondern erst das sich daran anschließende Spielverhalten des jeweiligen Spielteilnehmers (*BVerwG* Urt. v. 16.10.2013 – 8 C 21/12; vgl. hierzu Anm. von *Bolay ZfWG* 2014, 90 ff.). Angesichts der von der Vorinstanz getroffenen Feststellungen, dass Gewinne entweder als aufaddierte Punkte auf internen Konten gespeichert wurden und/oder durch Auszahlung von Token bzw. 5-DM-Münzen realisiert wurden, könnte auch dieser spezifische Unmittelbarkeitszusammenhang zwischen Einsatz und Gewinnchance bei der weiteren Sachverhaltsaufklärung gegebenenfalls zu berücksichtigen sein. ■