

**58. 1. Zum Begriff des versteckten Einsatzes beim Spielvertrage.
2. Wann liegt eine Gratisauspielung vor?**

III. Straffenat. Urtr. v. 23. Februar 1931 gegen Th. III 1094/30.

I. Schöffengericht Kiel.

II. Landgericht daselbst.

Der Angeklagte — Inhaber eines Kaufhauses — veröffentlichte eine Anzeige des Inhalts, daß das Publikum während einer Woche täglich während einer bestimmten halben Stunde in seinem Geschäft umsonst kaufen könne. Diese halbe Stunde war für diese Woche im voraus festgelegt; sie wurde aber erst nachher bekannt gegeben. Die Kunden, die während dieser halben Stunde gekauft hatten, erhielten einen Gutschein, der in Höhe des Betrages ihres Einkaufs zum unentgeltlichen Bezuge weiterer Waren im Geschäft des Angeklagten berechnete.

Die Preise der Waren sind für die Dauer der Veranstaltung nicht erhöht worden, sondern blieben dieselben wie früher; sie bewegten sich „in durchaus mittleren Grenzen“ und lagen vereinzelt „noch unter dem Durchschnitt“, verglichen mit den Preisen anderer Kaufhäuser. Die Unkosten der Veranstaltung wurden dadurch ausgeglichen, daß die bei Aufstellung des Jahreswirtschaftsplanes von vornherein für Reklame ausgeworfenen Beträge insoweit gekürzt und die Reklame für den übrigen Teil des Rechnungsjahres entsprechend eingeschränkt wurde.

Das Landgericht hat den Angeklagten freigesprochen, da eine Gratisauspielung vorliege. Das Urteil ist aufgehoben worden aus folgenden

Gründen:

Wesentlicher Bestandteil des Tatbestandes des § 286 StGB. ist der Spielvertrag. Zu seinen Voraussetzungen gehört, daß der Teilnehmer der Auspielung die Beteiligung an ihr bewußt durch einen Einsatz erkaufte. Da der Einsatz zum Inhalt des Spielvertrags gehört, so muß sein Vorhandensein nicht nur dem Veranstalter, sondern auch dem Spielteilnehmer bekannt sein. Er braucht zwar nicht ausdrücklich als Einsatz bezeichnet zu sein, kann vielmehr „versteckt“ ausbedungen werden. Immerhin muß der Spielteilnehmer

sich dessen bewußt sein, daß er mit dem Vertragschlusse einen Vermögenswert für die Beteiligung an den Gewinnaussichten opfert, mag er ihn auch nicht gegenständlich und ziffernmäßig genau zu bezeichnen vermögen. Wird der Spielvertrag — wie das vielfach zu geschehen pflegt, und wie es auch im vorliegenden Falle in Betracht kommt — mit einem anderen an sich nicht vom Zufall abhängigen Geschäft, z. B. einem Warenkauf, verkoppelt, so kann der Einsatz sich im Warenpreis verbergen. Nach dem Gesagten muß aber auch solchenfalls der angebliche Warenpreis nicht nur objektiv zu einem Bruchteil sich dem Vertragsfinne nach nicht auf die Ware beziehen, vielmehr den Gegenwert für die Spielbeteiligung darstellen, sondern auch subjektiv muß über diese Tatsache unter den Vertragsparteien Einverständnis bestehen. Fehlt es daran, so kann Betrug oder unlauterer Wettbewerb in Frage kommen, nicht aber Spielvertrag.

Die Auspielung im Sinne des § 286 StGB. ist hiernach begrifflich eine entgeltliche. Der Sinn und Zweck des Gesetzes ist, die wirtschaftliche Ausbeutung der natürlichen Spielleidenschaft des Publikums unter obrigkeitliche Kontrolle und Zügelung zu nehmen. Von solcher Ausbeutung könnte dort keine Rede sein, wo der Spielteilnehmer seine Beteiligung am Spiele ohne wirtschaftliches Opfer seinerseits erlangt, also dafür kein Entgelt (Einsatz) zu entrichten braucht. Das ist der Fall bei der sog. Gratisauspielung. Sie könnte begrifflich auch im Falle der Verkoppelung mit Warenkauf vorliegen, nämlich dann, wenn der Käufer nach dem Spielvertrage in dem Warenpreis kein Entgelt für die Beteiligung an der Auspielung zu entrichten hätte. Denn rein gedanklich betrachtet, stellt das Geld den Maßstab für den Wert der Wirtschaftsgüter dar; bei dieser Betrachtungsweise ließe sich mithin für jeden zur Befriedigung menschlicher Bedürfnisse dienenden Gegenstand ein bestimmter allgemein gültiger Geldwert setzen. Der Käufer, der ihn als Entgelt für den Gegenstand entrichtete, würde kein wirtschaftliches Opfer bringen, in seinem Vermögen keine Einbuße erleiden. Erhielte er darüber hinaus noch eine Gewinnmöglichkeit, so erwürbe er diese „gratis“. Daran vermöchte auch der Umstand nichts zu ändern, daß der Käufer keinen Bedarf an der zu erwerbenden Ware hatte, oder daß der Auspieler, obwohl er an dem Verkaufe nichts verdiente, ein mittelbares Interesse — etwa Kundenwerbung für die Zukunft —

verfolgte. Denn das Tatbestandsmerkmal des „Einfages“ hat objektive Bedeutung.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß der Gesichtspunkt der Revision, im vorliegenden Falle sei die Entrichtung des Einfages um deswillen zu bejahen, weil die Spielteilnehmer veranlaßt worden seien, über Bedarf eine Fülle von Waren käuflich zu erwerben, rechtlich nicht zutrifft. Wenn die Revision mit dieser Auffassung etwa auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Frage der Vermögensbeschädigung im § 263 StGB. abzielen sollte, so würde sie dabei den entscheidenden Unterschied verkennen. Dort ist allerdings anerkannt worden, daß eine Vermögensbeschädigung des Käufers ohne Rücksicht auf den objektiven Wert der Kaufsache vorliegen könne, wenn diese entgegen dem Inhalte des Vertrages für ihn nicht brauchbar oder verwertbar sei. Im vorliegenden Falle kommt jedoch eine Irreführung der Spielteilnehmer über die von ihnen zu erwerbenden Waren überhaupt nicht in Frage. Wer ohne augenblicklichen Bedarf einen größeren Posten vollwertiger Ware unter ihrem Werte erwürbe, würde darum objektiv noch keine Vermögenseinbuße erlitten und den Vertragsgegner noch nicht bereichern haben.

Andererseits erhellt indessen aus den bisherigen Erörterungen, daß das Merkmal des „Einfages“ bei einer mit Warenkauf verkoppelten Auspielung nicht schon deshalb verneint werden kann, weil der Veranstalter der Auspielung den Preis seiner Waren — durch deren Ankauf die Spielbeteiligung erworben werden sollte — nicht um der Auspielung willen erhöht habe, oder weil dieser Preis nicht über, vielleicht sogar unter dem Preise gleichartiger Waren in anderen Geschäften gelegen habe. Dieser Gesichtspunkt der Strafkammer beruht auf einer Verkennung des Begriffs „Gratisauspielung“. Für ihn kommt es — wie dargelegt — auf das objektive Merkmal des Werts der beiderseitigen Leistungen, also der Ware und ihres Entgelts, an, nicht auf das subjektive der Preisbemessung. Der Wert einer Ware kann sich auf ihrem Wege vom Erzeuger zum Verbraucher ändern, insbesondere durch Bearbeitung, Aufmachung, Heranschaffung an die Stelle des Verbrauchs erhöhen, und kann insoweit in den Gestehungskosten zum Ausdruck kommen. Begriffsnotwendig ist dies nicht, wie die Preistreiberei und der Kettenhandel der Kriegs- und Nachkriegszeit gezeigt haben. Im allgemeinen aber wird der letzte Verkäufer in der Kette einen Preis festsetzen, der in seinen Gestehungskosten

und einem Gewinnüberschuß für ihn besteht. Den so gebildeten Endpreis mit dem objektiven Werte gleichzusetzen, wäre willkürlich. Beide können sich decken, brauchen es aber nicht. Der Kaufmann will an seiner Ware einen Verdienst haben, und schlägt deshalb einen — regelmäßig feststehenden — Bruchteil auf die allgemeinen und die besonderen Gestehungskosten auf. Sein Preis kann dabei über, aber auch unter dem objektiven Werte der Ware liegen, je nachdem er diese besonders teuer oder ungewöhnlich günstig eingekauft hat. Wer in einer Zwangsversteigerung einen Posten edelsten Weines zum Preise minderen Tischweines erwarb und ihn mit dem üblichen Gewinnausschlag veräußert, würde trotz dieses Zwischenverdienstes seinen Abnehmern einen höheren Wert liefern als sie zahlen. In solchem Falle könnte füglich der Preis nicht zugleich einen Einfluß für die mit dem Verkaufe verbundene Auspielung enthalten. Umgekehrt würde dies der Fall sein, wenn eine weit über Wert bezahlte Ware zum Einkaufspreis, also unter Verzicht auf den Zwischenverdienst, oder gar unter dem Einkaufspreis in der hier geschehenen Weise abgesetzt würde. Immerhin darf man davon ausgehen, daß die Gestehungskosten des Kaufmanns regelmäßig nicht unter dem objektiven Werte liegen, den die Ware auf dieser Verteilungsstufe darstellt, und daß daher der Verkaufspreis des Kaufmanns, der noch einen persönlichen Gewinn darüber hinaus für sich erzielen will, insofern ganz oder zum Teil über dem objektiven Wert der Ware liegt, da regelmäßig alles, was deren Wert von der Stelle ihrer Erzeugung an bis zu ihrem jetzigen Zustand und Standort erhöht hat, bereits in den Gestehungskosten seinen Ausdruck finden wird.

Daß nun der Kaufmann in diesem Sinne regelmäßig für seine Ware über deren objektiven Wert hinaus noch einen Zwischenverdienst für sich beansprucht, ist weder rechtlich noch wirtschaftlich zu beanstanden, und dessen ist sich auch der Käufer bewußt. Dieser weiß, daß er im Kaufpreise dem Kaufmann einen persönlichen Gewinn gewährt. Er weiß daher auch, daß ihm, falls der Kaufmann der Ware noch eine sog. „Zugabe“ beifügt, damit kein Geschenk gemacht wird, sondern daß er in jenem den objektiven Wert der Ware übersteigenden Teil des Kaufpreises zugleich den Gegenwert für die Zugabe entrichtet. Bedeutungslos ist hierbei, ob der Kaufmann bisher Ware gleicher Art und Güte zu demselben Preise, jedoch ohne Zugabe verkauft hat, sowie ob andere Geschäfte dies tun oder sogar einen noch

höheren Preis fordern. Es braucht hier nur auf das Beispiel der heute üblichen Rabattmarken hingewiesen zu werden, die in derselben Stadt von einigen Geschäften gewährt werden, von anderen nicht, die aber verständigerweise niemand als „Gratisleistung“ des Kaufmanns ansehen wird.

Weiterhin bildet es bei der Zugabe keinen Unterschied für deren Entgeltlichkeit, ob sie jedem Käufer gewährt, oder ob sie nur an einige durch eine vom Zufall abhängig gemachte Entscheidung — also im Wege der Auspielung — verteilt, oder ob endlich als Zugabe jedem Käufer die Beteiligung an solcher Auspielung geboten wird. In allen diesen Fällen zahlt der Käufer regelmäßig in dem Kaufpreise neben dem Preise der Ware noch einen Preis für die Zugabe. Im Falle der Auspielung aber liegt in dieser besonderen Art der Zugabe, nämlich in der Snausichtstellung einer Beteiligung an diesem Glücksspiel, die vom Gesetz bekämpfte Verlockung des Publikums, seiner Spielleidenschaft freien Lauf zu lassen, sofern nämlich diese Beteiligung, wie es nach dem Gesagten regelmäßig zutrifft, — d. h. von ganz eigenartigen Ausnahmefällen, die besonderen Nachweises bedürfen würden, abgesehen — nicht „gratis“, sondern gegen Bezahlung, also gegen Erlegung eines „Einsatzes“, angeboten oder gewährt wird. Daß dies im vorliegenden Falle nicht zuträfe, wird durch die Feststellungen des Landgerichts nicht erwiesen.

Das Urteil ist daher in Übereinstimmung mit dem Antrage des Oberreichsanwalts aufzuheben. Hierzu ist noch auf folgendes hinzuweisen. Der Oberreichsanwalt hatte das Tatbestandsmerkmal des Einsatzes im Sinne des § 286 StGB. hier um deswillen für gegeben erachtet, weil der Angeklagte nach seinem eigenen Geständnis die „Unkosten“ der Auspielung damit gedeckt habe, daß er seine sonstige Geschäftsklame entsprechend eingeschränkt, also an ihr gespart habe; folglich habe er die Waren, deren Verkaufspreis doch normalerweise schon vorher unter Berücksichtigung der ursprünglich in Aussicht genommenen vollen Klamekosten berechnet worden sei, zu diesem Preise auch in der Auspielungswoche verkauft, obwohl die Klamekosten nicht die volle Höhe erreicht hätten, die Ware also entsprechend im Preise um etwas hätte herabgesetzt werden müssen.

Die Folge dieser Erwägung wäre, daß die Schuldfrage verneint werden müßte, wenn der Angeklagte entweder seine Klamekosten nicht eingeschränkt oder diese Einschränkung wenigstens dem Gerichte

gegenüber verschwiegen hätte, daß nach dem angefochtenen Urteile nur durch ihn selbst davon Kenntnis erhalten hat. Demgegenüber ist indessen darauf hinzuweisen, daß die Reklamekosten nur Gestehungskosten der Ware wie andere derartige Unkosten sind, sowie daß ihre, wie aller sonstigen Gestehungskosten Höhe zwar rein tatsächlich ein Beweiszeichen dafür sein kann, ob der Kaufmann am Umsatz der Ware noch einen Gewinnüberschuß erzielt [wie der Senat bereits in RWSt. Bd. 64 S. 1 ausgesprochen hat], daß aber die Frage, ob er über oder unter dem objektiven Wert, also in diesem Sinne mit oder ohne Gewinn, veräußert, grundsätzlich davon nicht berührt wird. Bei der Erörterung, ob in einem Kaufpreis ein versteckter Einsatz verborgen sei, kommt es entscheidend allein darauf an, ob mit der Veräußerung über den objektiven Wert der Ware hinaus ein Gewinn erzielt und beabsichtigt wird, nicht aber darauf, ob der Kaufmann vom wirtschaftlichen Standpunkte aus verpflichtet sein würde, sich mit Gewinn in bestimmter Höhe zu begnügen und also seinen Verkaufspreis dementsprechend um mehr oder weniger herabzusetzen. Wie teuer er seine Ware anbieten soll, liegt — verkehrrechtlich betrachtet — in seinem Belieben, das seine natürlichen Grenzen in dem wirtschaftlichen Gesetze von Angebot und Nachfrage findet. Er ist an sich nicht verpflichtet, seinen Gewinn zu beschränken oder gar ohne Gewinn zu verkaufen, ebenso wie es dem freien Belieben der Kundschaft anheim gegeben ist, ob sie ihm oder einem anderen diesen Gewinn zufließen lassen will. Sucht er aber, um diesen Gewinn sich zufließen zu lassen, das Publikum durch den Anreiz der Spielleidenschaft an sich heranzulocken, indem er das Recht zur Spielbeteiligung von dem Abschluß ihm gewinnbringender Warenkäufe abhängig macht, so stellt der von ihm geforderte Verdienst das Entgelt zugleich für die Verschaffung der Ware wie für die Verschaffung des Rechts zur Beteiligung an der Auspielung dar. Der Kunde, der unter solchen Umständen kauft, leistet also — sofern er dies, was sich regelmäßig von selbst verstehen wird, erkennt — in dem Warenkaufpreis bewußt seinen „versteckten“ Spieleinsatz. Wie groß der vom Kaufmanne solchenfalls erstrebte Umsatzverdienst bei dem einzelnen Kaufgegenstand ist, und wie er sich im einzelnen errechnet, ist hierbei ebenso rechtlich bedeutungslos wie die Frage, in welcher Weise dieser Gewinn sich auf den Warenkauf und auf die Zulassung zur Auspielung verteilt. Denn dabei handelt es sich um innere Berechnungen des Unter-

nehmens, die nicht Gegenstand des Spielvertrags werden, und den Käufer nicht berühren. Dieser weiß und will nur, daß er für die Gewährung eines ihm nicht im einzelnen bekannten Gewinnausschlags über den wirklichen Wert der Ware hinaus mit deren Erwerb zugleich das Recht zum Mitspielen erwirbt, daß er also auch für den Erwerb dieses Rechtes etwas zu zahlen, d. h. einen Einsatz zu erlegen hat. In diesem Einverständnis beider Teile, daß für den Kaufmann bei dem im Rahmen des Unternehmens abzuschließenden einzelnen Warenverkäufen ein Gewinn herauskomme, liegt das dem Spielvertrag wesentliche Merkmal der Einsatzleistung. Nur wo sich nachweisen ließe, daß der Mitspieler in der Ware mindestens einen objektiven Wert — in dem oben erörterten Sinne — von der Höhe des zu zahlenden Kaufpreises erhielt, würde es tatsächlich an dem Vorhandensein eines Einsatzes fehlen und deshalb höchstens die irrtümliche Annahme einer entgeltlichen, in Wirklichkeit aber als Gratisauspielung zu bewertenden Auspielung vorliegen. Für die Anwendung des § 286 wäre dann kein Raum.