

6. Ist das f. g. Wetten am Totalisator ein Glücksspiel im Sinne des §. 285 St.G.B.'s?

Vgl. Bd. 6 Nr. 64. 138.

II. Straffenat. Ur. v. 7. Juli 1882 g. O. u. Gen. Rep. 1482/82.

I. Landgericht II Berlin.

Aus den Gründen:

Im Jahre 1878 trat in B. unter dem Namen „Berliner Traberklub“ eine Gesellschaft zusammen, welche statutengemäß die Förderung

der Pferdezuucht in Deutschland bezweckt und zur Erreichung dieses Zweckes alljährlich auf ihrem bei W. gelegenen Terrain Wettrennen veranstaltet. Bei diesen Rennen ist der f. g. Totalisator eingeführt, welcher dem Publikum Gelegenheit giebt, Einsätze auf den Sieg des einen oder des anderen der an dem Rennen beteiligten Pferde zu machen. Es geschieht dies in folgender Weise:

In einem zu diesem Zwecke hergerichteten Gebäude sind mehrere Stellen dem Publikum kenntlich gemacht, an welchen unter Aufsicht des Klubvorstandes Einsätze auf die am Rennen beteiligten Pferde angenommen werden, und dem Sehenden ein mit der Nummer des Rennens, des Pferdes und der Höhe des Einsatzes versehenes, auf den Inhaber lautendes und vom Kassierer abgestempeltes Billet ausgehändigt wird. Es werden nur Einsätze von je 3, 5, 10, 20 und 50 *M* zugelassen, und sind zur schnelleren Abfertigung des Publikums für jede Billetart besondere Annahmestellen errichtet. An jeder der Billetverkaufsstellen befindet sich eine mechanische Vorrichtung, eine in quadratische Felder geteilte Tafel, an welcher man jederzeit ersehen kann, wie viele Einsätze auf jedes einzelne der laufenden Pferde, und wie viele Einsätze auf sämtliche Pferde gemacht sind. Beim Beginn des Rennens wird der Totalisator an sämtlichen Annahmestellen gleichzeitig geschlossen. Beim Schlusse des Rennens wird der Sieger bekannt gemacht, und gegen Rückgabe der betr. Billets der Gewinn ausgezahlt. Die Höhe des letzteren wird in der Weise berechnet, daß nach Abzug von 6% Tantième für die Klubkasse der überschießende Rest der Einsätze unter diejenigen verteilt wird, welche auf das siegende Pferd gesetzt haben, und zwar so, daß der auf jede der 5 Billetarten entfallende Betrag besonders berechnet wird. Die etwaigen Mark-Bruchteile werden zu Gunsten der Gesellschaftskasse niedergeschlagen, wodurch sich der Gewinn der letzteren auf mindestens 10% steigert.

Der erste Richter nimmt an, es sei in dem Betriebe des Totalisators ein der Lotterie ähnliches Spiel zu erblicken. Als Kontrahenten auf der einen Seite seien diejenigen anzusehen, welche auf das im Rennen als Sieger hervorgehende Pferd Einsätze gemacht, auf der anderen Seite diejenigen, welche auf die übrigen Pferde gesetzt haben. Der Vorstand des Rennklubs kontrahiere nicht mit dem einzelnen, da er bei dem Geschäft nie ein Risiko habe und einen Einsatz nicht mache. Dies Spiel sei aber auch ein Glücksspiel, und zwar, wie die Höhe

der Einzel- und der Gesamteinsätze ergebe, ein Glücksspiel nicht im Sinne des §. 360 Nr. 14, sondern des §. (284) 285 St.G.B.'s. Denn wenn auch das Resultat des Wettrennens zum Teil von der Tüchtigkeit und Leistungsfähigkeit des betr. Pferdes und von der Geschicklichkeit seines Führers abhängt, so könnten die bei dem Totalisator Einsetzenden ihre Kenntnis oder Ansicht in dieser Beziehung doch nur bei der Abmessung ihrer Einsätze verwerten, im übrigen aber, da sie selbst keine Spur von Thätigkeit zeigten, einen Einfluß auf den Ausfall ihres Spieles nicht ausüben, sondern müßten diesen Ausfall lediglich dem Zufall überlassen.

Die Beschwerdeführer greifen diese Ausführung als rechtsirrtümlich an. Nach ihrer Meinung liegt in dem Betriebe des Totalisators kein Glücksspiel, sondern eine Vermittlung kombinierter Wetten. Der Zufall könne ebensogut eine wirkliche Wette entscheiden, und gerade der vom ersten Richter hervorgehobene Umstand — die Abwesenheit jeder Thätigkeit des Setzenden zum Zwecke der Herbeiführung des gewünschten Erfolges — schließe den Begriff des Spieles aus, weil gerade das Umgekehrte zum Begriffe des Spieles gehöre. Weshalb die Setzenden ihre Kenntnis oder Einsicht in die Tüchtigkeit und Leistungsfähigkeit von Pferd und Reiter nur bei der Abmessung ihrer Einsätze verwerten könnten, nicht aber auch bei der Auswahl der Pferde, auf welche sie setzen wollen, sei nicht zu erkennen. Man wette auf den Sieg eines bestimmten Pferdes und müsse sehr unverständig sein, nicht auf dasjenige zu wetten, welches man für das beste sachkundig erachte. Die Bemerkung, daß das Verfahren bei dem Totalisator dem bei der Lotterie ähnlich sei, bestätige nur, daß der Totalisatorbetrieb keine Lotterie sei.

Auch die örtliche Staatsanwaltschaft erachtet in ihrer Gegenerklärung die Gründe des ersten Urteiles zum Teil für rechtsirrtümlich. Nach den Grundsätzen des Obligationsrechtes könne ein Vertrag zwischen den einzelnen Setzenden nicht konstruirt werden, teils wegen der völligen Unbestimmtheit der Kontrahenten, teils weil der eine Teil der Kontrahenten dem anderen Teil gegenüber keine Verpflichtung übernehme. Bei den eigentümlichen Gewinnchancen, welche das Spielen am Totalisator biete, sei das gleichzeitige Setzen auf mehrere Pferde zur Regel geworden, nach der Auffassung der Strafkammer müßte dann der Käufer zweier verschiedener Billets mit sich selbst in ein

Vertragsverhältnis treten. Da dies juristisch unmöglich sei, so könne nur davon ausgegangen werden, daß bei den am Totalisator abgeschlossenen Verträgen als Kontrahenten die Totalisatorverwaltung einerseits und die einzelnen Setzer andererseits sich gegenüber stehen. Dies entspreche auch der Auffassung der Beteiligten und der historischen Entwicklung. Das Bedenken der Strafkammer gegen diese Konstruktion, welches sie aus der Einseitigkeit des Risiko's entnehme, sei unbegründet. Denn derjenige, der auf das Pferd A setze, mache den Einsatz mit der Abrede, daß er denselben verloren haben wolle, falls das Pferd A unterliege, während die Totalisatorverwaltung unter der entgegengesetzten Bedingung einen Gewinn auszuzahlen verspreche. Schließlich wendet sich die Staatsanwaltschaft auch gegen die Ausführungen der Revisionschrift, indem sie geltend macht, daß der Begriff des Spieles nicht notwendig eine eigene auf die Entscheidung einwirkende Tätigkeit der Parteien erfordere.

Der Staatsanwaltschaft ist darin beizutreten, daß die Auffassung der Beschwerdeführer, es liege in dem Betriebe des Totalisators kein Glücksspiel, sondern eine Vermittlung kombinierter Wetten, unhaltbar ist, daß vielmehr der Ansicht des ersten Richters, es sei dieser Betrieb ein Glücksspiel, wenngleich die dafür gegebene rechtliche Begründung zum Teil unrichtig ist, im Resultat beigegeben werden muß.

So viel auch im übrigen in der Wissenschaft über die Begriffe Wette und Spiel und die unterscheidenden Merkmale beider Vertragsarten gestritten wird, so herrscht doch über den Begriff der Wette insofern nahezu Einstimmigkeit, als die Wette als ein Vertrag bezeichnet wird, nach welchem sich die Parteien im Falle einer Meinungsverschiedenheit im Interesse der Bewährung ihrer Ansichten zu einer bestimmten Leistung verpflichten, welche derjenige verwirkt haben soll, dessen Behauptung sich als unrichtig erweist.

Wären Wette und Spiel eine erschöpfende Einteilung eines bestimmten Gattungsbegriffes, so würde die relative Übereinstimmung der Ansichten über den Begriff „Wette“ sich der Natur der Sache nach auch auf den Begriff „Spiel“ übertragen, da alsdann unter Spiel alle diejenigen Verträge zu verstehen wären, welche nicht die charakteristischen Merkmale der Wette, wohl aber alle gemeinschaftlichen Merkmale des Gattungsbegriffes in sich vereinigen. Nur die Frage könnte dann etwa Gegenstand des Streites werden, ob ein Spielvertrag in der Form eines

Wettvertrages abgeschlossen werden könne. An einem derartigen Gattungsbegriff, der nur diese beiden Spezies Wette und Spiel umfaßt, fehlt es aber. Daraus, daß ein bestimmter Vertrag keine Wette ist, folgt daher noch nicht, daß derselbe ein Spielvertrag und insbesondere ein Glücksspiel ist, während umgekehrt selbstverständlich, wenn ein bestimmter Vertrag eine Wette ist, derselbe kein Spielvertrag sein kann. Den Ausgangspunkt für die Frage, ob der Betrieb beim Totalisator als eine Wette oder als ein Spiel aufzufassen sei, wird die Untersuchung bilden müssen, welche Personen sich als Kontrahenten gegenüber stehen. Abweichend vom ersten Richter, welcher die einzelnen Teilnehmer am Sezen als Kontrahenten und den Klubvorstand lediglich als Vermittler zwischen den auf die verschiedenen Pferde Sezenden auffaßt, vertritt die örtliche Staatsanwaltschaft die Ansicht, daß ein Vertrag zwischen denjenigen Personen, welche auf die einzelnen Pferde sezen, überhaupt nicht zustande käme, vielmehr nur ein Vertrag zwischen den einzelnen Sezenden auf der einen Seite und dem den Totalisatorbetrieb leitenden Klubvorstande auf der anderen Seite. Der Ansicht der Staatsanwaltschaft war beizupflichten. Abgesehen von anderen rechtlichen Bedenken, welche sich aus der vom ersten Richter angenommenen Konstruktion ergeben, der völligen Unbestimmtheit der sich gegenüberstehenden Personen, der Möglichkeit eines Rücktrittsrechtes für diejenigen, welche einen Einsatz gemacht haben, so lange nur auf ein Pferd gesetzt ist, sowie der Befugnis, gleichzeitig auf mehrere Pferde sezen zu können, spricht entscheidend gegen diese Konstruktion, daß ein Anspruch derjenigen, welche auf das siegreiche Pferd gesetzt haben, gegen diejenigen, welche Einsätze auf die übrigen Pferde gemacht haben, sich nicht begründen läßt. Der Wille des Sezenden geht offenbar nicht dahin, sich den übrigen Sezenden, welche ihm völlig unbekannt, und deren Rechte und Pflichten an den Besitz des auf den Inhaber lautenden Billets geknüpft sind, zu verpflichten oder diesen Personen gegenüber Rechte zu erwerben. Würde die Verwaltung des Totalisators denjenigen, welche auf das siegende Pferd gesetzt haben, die Auszahlung der Gewinne verweigern, so würde, die Klagbarkeit des Anspruchs unterstellt, die Klage nicht wider die übrigen Sezer gerichtet werden können, sie könnte vielmehr nur gegen die Verwaltung des Totalisators erhoben werden, und zwar gestützt auf das zwischen der Verwaltung und den Klägern durch den Einsatz begründete Vertragsverhältnis.

Bei dieser Sachlage aber kann von einem Wettvertrage schon deshalb nicht die Rede sein, weil es an dem oben hervorgehobenen Kriterium eines Meinungsstreites zwischen denjenigen, welche allein in einem Vertragsverhältnisse stehen, der den Einsatz auf jedes Pferd annehmenden Verwaltung des Totalisators einerseits und den Setzenden andererseits, völlig fehlt, die etwa vorhandene Meinungsverschiedenheit zwischen den einzelnen Setzenden aber nicht in Betracht kommen kann, weil zwischen ihnen ein Vertrag nicht begründet ist.

Mit Recht hat vielmehr, wenngleich von einer nicht zutreffenden Grundlage aus, der erste Richter den Betrieb beim Totalisator als ein Spiel, und zwar als ein Glücksspiel charakterisiert. Es ergibt sich dies aus dem Begriffe des Glücksspieles und dem Inhalte des Vertrages, wie er vom ersten Richter näher dargelegt ist.

Es ist bereits in dem Urteile des dritten Straffenates des Reichsgerichts vom 29. April 1882 (Entsch. in Straff. Bd. 6 S. 172) und des zweiten Straffenates vom 30. Juni 1882 gegen B.¹ ausgeführt worden, daß es verfehlt sei, wenn man im Gegensatze zur Wette das entscheidende Merkmal des Spieles darin finden wolle, daß hier beide Kontrahenten, oder doch wenigstens einer von ihnen, zur Herbeiführung des die Entscheidung bedingenden Erfolges, nach gewissen vorher festgesetzten Regeln selbstthätig mitgewirkt haben müssen. Diese Definition ist zu eng, wenn sie die Glücksspiele, als eine Art der Spielverträge, mit umfassen soll. Denn bei der Mannigfaltigkeit der Formen, in welche das Glücksspiel eingekleidet wird, würde eine ganze Reihe von Verträgen, über deren Charakter als Glücksspiele verständigerweise ein Zweifel nicht bestehen kann, nicht unter diese Begriffsbestimmung fallen. Muß man daher jene Definition als unrichtig bezeichnen, so bleibt nichts übrig, als das Spiel als einen Vertrag zu definieren, kraft dessen die Parteien, sei es zum Zweck der Unterhaltung, sei es aus Lust am Wagen, sei es aus Gewinnsucht, unter einer Bedingung, deren Eintritt oder Nichteintritt entweder von einer von den Parteien vorgenommenen Thätigkeit oder von anderen, zufälligen Umständen abhängt, sich der Möglichkeit eines Verlustes unterwerfen, um für den entgegengesetzten Fall eine Leistung des Gegners zu erlangen. Für das Glücksspiel tritt dabei das besondere Merkmal hinzu, daß die Ent-

¹ Val. Bd. 6 S. 421.

scheidung, d. h. der Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung, von welcher Gewinn oder Verlust abhängt, dem Zufall, sei es ausschließlich oder doch wesentlich überlassen bleiben muß, und daß der Gegenstand des Spieles einen Vermögenswert habe. Gleichgültig ist dagegen, ob der Eintritt der Bedingung durch die Thätigkeit der Parteien herbeigeführt wird, oder nicht.

Geht man hiervon aus, so erscheint der Betrieb des Totalisators selbst dann als ein Glücksspiel, wenn man nicht einen Vertrag zwischen den auf die verschiedenen Pferde Setzenden, sondern zwischen der Verwaltung des Totalisators und den einzelnen Setzenden annimmt. Denn die vom ersten Richter festgestellten Thatsachen ergeben zweifellos, daß die Setzenden den Gewinn und Verlust von Vermögenswerten von dem Ausfall des Rennens abhängig machen wollen, daß sie lediglich setzen, um einen Gewinn zu machen, und daß der Ausfall des Rennens, wenngleich zum Teil bedingt durch die Tüchtigkeit und Leistungsfähigkeit der Pferde und ihrer Führer, für die Spieler wesentlich vom Zufalle abhängt, da die Parteien auf das Eintreffen oder Nicht Eintreffen der entscheidenden Thatsachen keinen Einfluß haben, und die dabei seitens einzelner vielleicht stattfindenden Berechnungen aller Sicherheit entbehren.

Daß vom ersten Richter aufgeworfene Bedenken, daß bei der hier angenommenen Konstruktion des Rechtsverhältnisses ein Risiko auf Seiten der Verwaltung des Totalisators nicht vorliege, steht der Annahme eines Spielvertrages nicht entgegen. Dem einzelnen Setzer gegenüber hängt Gewinn und Verlust der Totalisator-Verwaltung von dem Ausfalle des Rennens ab, da dieser darüber entscheidet, ob der Einsatz von der Verwaltung eingezogen oder mit dem darauf fallenden Gewinne an den Setzer herausgegeben werden muß. Wichtig ist zwar, daß die Totalisator-Verwaltung nur mit fremden Mitteln spielt, daß sie den Gewinn, welchen sie von dem verlierenden Setzer einzieht, zur Auszahlung der gewinnenden Setzer verwendet, bzw. den Verlust an den gewinnenden Setzer durch den Gewinn von den verlierenden deckt, und daß sie, da ihr Verlust nach dem Spielplan unter allen Umständen niedriger ist, als ihr Gewinn, ein Risiko bei dem entrierten Glücksspiel nicht hat. Für den rechtlichen Charakter desselben ist dieser Umstand nicht von Belang. Auch derjenige würde offenbar als Bankhalter bei einem Glücksspiele, also als Teilnehmer an demselben anzu-

sehen sein, der die Bank zwar mit fremden Mitteln, aber in eigenem Namen in der Weise legt, daß Gewinn und Verlust nur diejenigen trifft, welche die Mittel zu dem Spiele hergegeben haben.

Daß aus Gewinnsucht gespielt wird, ist kein wesentliches Erfordernis eines Glücksspieles, insofern nur um Vermögenswerte gespielt wird. Daß das Risiko desjenigen, welcher ein Glücksspiel veranstaltet, dadurch ausgeschlossen wird, daß die Gewinne des einen Spielers durch die Verluste anderer, welche sich am Spiele durch Einsätze beteiligen, unter allen Umständen gedeckt werden, ist übrigens eine Erscheinung, welche sich vielfach bei Glücksspielen findet. In diese Kategorie gehören z. B. gewisse Arten der Lottereien und Auspielungen, welche sowohl nach dem Sprachgebrauche des täglichen Lebens, als auch nach ihrer rechtlichen Natur unter den Begriff der Glücksspiele im obigen Sinne fallen.

Könnte hiernach ohne Rechtsirrtum der Betrieb des Totalisators als ein Glücksspiel erachtet werden, so erscheint auch die Anwendung des §. 285 St.G.B.'s gegen die Angeklagten als gerechtfertigt, da nach der thatsächlichen Annahme des ersten Richters die Angeklagten als Vorstand des Klubs dies Glücksspiel gestattet haben, und der Thatbestand des §. 285 St.G.B.'s dadurch nicht ausgeschlossen wird, daß sich der Inhaber des öffentlichen Versammlungsortes selbst an dem Glücksspiele beteiligt. Auch die weitere Feststellung, daß das auf dem Rennplatze erbaute Gebäude, in welchem die Billetverkaufsstellen errichtet waren, als ein öffentlicher Versammlungsort anzusehen sei, läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen, da der erste Richter in thatsächlicher Beziehung annimmt, es sei dies Gebäude dem Publikum in einer nicht individuell begrenzten Weise zum Spiel zugänglich gewesen.

Rechtsirrtümlich ist es allerdings, daß der erste Richter dies Spiel zwar für ein Glücksspiel im Sinne des §. 285 St.G.B.'s, nicht aber im Sinne des §. 360 Nr. 14 a. a. D. erachtet. Denn für die Annahme, daß der Begriff des Glücksspieles in den allegierten Strafbestimmungen ein verschiedener sei, liegt kein genügender Grund vor. Dieser Rechtsirrtum gereicht aber den Angeklagten nicht zur Beschwerde, da derselbe lediglich dahin geführt hat, die Angeklagten nicht auf Grund des §. 285, nicht auch des §. 360 Nr. 14 zu verurteilen.