

Schriften zum Strafrecht

Band 392

Der Glücksspielbegriff im Strafrecht

Von

Felix Johannes Osterland



Duncker & Humblot · Berlin

FELIX JOHANNES OSTERLAND

Der Glücksspielbegriff im Strafrecht

Schriften zum Strafrecht

Band 392

Der Glücksspielbegriff im Strafrecht

Von

Felix Johannes Osterland



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen
hat diese Arbeit im Jahre 2021 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

D21

Alle Rechte vorbehalten

© 2022 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde

Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach

Printed in Germany

ISSN 0558-9126

ISBN 978-3-428-18557-3 (Print)

ISBN 978-3-428-58557-1 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Herbst 2021 von der Juristischen Fakultät der Universität Tübingen als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis November 2021 berücksichtigt werden.

Danken möchte ich meiner Lebensgefährtin Solveig Helbig für den seelisch-moralischen Rückhalt während der Promotionszeit sowie für das Korrekturlesen nach Abschluss des Manuskripts. Ferner danke ich meinen Arbeitgebern, den Partnern in der Kanzlei „Kollegium Völker – Rechtsanwälte“ in Reutlingen, die mir während der Anfertigung der Dissertation „freie Hand“ bei der Gestaltung meiner Arbeitszeit ließen und – mit Blick auf die bereits betitelten Kollegen – ihre eigenen Promotionserfahrungen mit mir teilten. Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Bernd Heinrich, über dessen Bereitschaft und Interesse daran, mich bzw. meine Arbeit zu dem von mir gewünschten Thema im Bereich des Glücksspielstrafrechts überhaupt zu betreuen, ich mich sehr gefreut habe. Auch die Art und Weise der Betreuung – motivierend, fair und mit viel Empathie – empfand ich nicht als selbstverständlich. Insofern hatte ich bereits mit der Wahl des Betreuers meines Dissertationsprojektes „Glück“ gehabt.

Stuttgart, im Dezember 2021

Felix Osterland

Inhaltsverzeichnis

Einleitung und Gang der Arbeit	15
---	----

Teil 1

Das deutsche Glücksspielstrafrecht im Überblick	18
A. Historische Entwicklung	18
I. Die ersten städtischen und landesherrlichen Spielverbote	19
II. Die Hazardspiele aus Gewinnsucht ab dem 18. Jahrhundert	20
III. Das Preußische Allgemeine Landrecht	21
IV. Die Entwicklungen im 19. Jahrhundert	23
V. Die Entwicklungen im Deutschen Reich bis 1945	26
VI. Die Entwicklungen in Ost und West nach Ende des Zweiten Weltkrieges	29
VII. Die jüngsten Reformen	33
B. Das geltende Recht	34
I. Der Verbotstatbestand des § 284 StGB	35
II. Der Verbotstatbestand des § 285 StGB	42
III. Der Verbotstatbestand des § 287 StGB	43

Teil 2

Der Strafgrund der Glücksspieldelikte	45
A. Rechtsgüterschutz als Auslegungs- und Legitimationsgrundlage	45
B. Die Sozialschädlichkeit des Glücksspiels	48
I. Spielsucht als Krankheit	49
1. Begriff und nosologische Einordnung	50
2. Diagnostische Kriterien	53
3. Verbreitung in Deutschland	54
II. Ursachen von Spielsucht	57
1. Eigenschaften des Spielers	57
a) Spielertypen	57
b) Soziodemographische Merkmale	58
c) Persönlichkeitsstruktur und genetische Disposition	59
d) Komorbiditäten	60

2. Eigenschaften des sozialen Umfelds	61
3. Eigenschaften des Glücksspiels	62
a) Die monetäre Komponente	63
b) Strukturelle Suchtmerkmale	64
aa) Ereignisfrequenz	64
bb) Einsatz- und Gewinnstruktur	65
cc) Die Kontrollillusion	66
III. Folgen von Spielsucht	67
1. Individuelle Folgen	68
a) Verschuldung	68
b) Existenzgefährdung und emotionale Belastung	69
c) Familiäre Belastung	69
2. Soziale Folgen	70
a) Delinquenz	70
b) Soziale Kosten	70
IV. Gefährdungspotential nach Spielarten	71
1. Das Automatenspiel	72
2. Online-Glücksspiele	74
3. Lotterien	77
4. Exkurs: Social Gam(bl)ing	78
a) Simuliertes Glücksspiel	79
b) Mit Geldeinsatz: Pay2Play und Pay2Win	79
c) Mit Gewinnchance: eSports, Fantasy Sports und virtuelle Güter	80
d) Gefahrenkonvergenz	83
C. Das geschützte Rechtsgut	84
I. Mögliche Rechtsgüter	85
1. Staatliche Kontrolle	85
2. Sitte und Moral	86
3. Fiskalische Interessen	86
4. Gesundheit	88
a) Betroffenheit und Rechtsgutsqualität	88
b) Unzulässiger Paternalismus vs. staatliche Schutzpflicht	89
aa) Meinungsstand	89
bb) Eigene Position	90
c) Zwischenergebnis	94
5. Volksgesundheit	94
a) Ursprung und Inhalt	95
b) Zweck	96
c) Kritik und Stellungnahme	99
d) Zwischenergebnis	101
6. Vermögen	101
a) Allgemeines	101

b) Schutzrichtung	102
aa) Suchtbedingte Vermögensgefährdung	102
bb) Manipulationsbedingte Vermögensgefährdung	103
cc) Verhinderung vermögensrelevanter Begleit- und Folgedelikte	106
c) Zwischenergebnis	107
7. Ergebnis	107
II. Verhältnismäßiger Schutz	107
1. § 284 StGB	108
a) Geeignetheit im Lichte der verwaltungsakzessorischen Ausgestaltung	108
b) Erforderlichkeit und Angemessenheit	115
c) Zwischenergebnis	117
2. § 285 StGB	117
3. § 287 StGB und sonstige Spezialtatbestände	119
D. Ergebnis	120

Teil 3

Der strafrechtliche Glücksspielbegriff 121

A. Die konstituierenden Merkmale	122
I. Einsatz und Gewinnchance	122
1. Vermögensopfer	122
a) Ablehnende Stimmen	123
b) Stellungnahme	124
2. Geldwerte Gewinnchance	127
a) Beispiel: Lootboxen	127
aa) Rechtliche Bewertung	129
bb) Stellungnahme	129
b) Eigene Betrachtungen	132
3. Bagatellschwelle	133
a) Meinungsstand	134
b) Implikationen durch § 3 I GlüStV	136
aa) Verhältnis zwischen straf- und ordnungsrechtlichem Glücksspielbegriff	136
(1) Begriffsdivergenz	136
(2) Begriffsidentität	138
(3) Stellungnahme	139
bb) Auswirkungen auf das strafrechtliche Begriffsverständnis ..	143
c) Implikationen durch § 11 I MStV (§ 8a I RStV)	144
aa) Sachlicher Anwendungsbereich	145
bb) Verhältnis zu § 284 I StGB	147
d) Eigene Position	148

4. Unmittelbarer Zusammenhang	152
a) Beispiel: Kettenbriefaktion	153
aa) Entscheidung des BGH	153
bb) Stellungnahme	154
b) Beispiele: Super-Manager und Turnierpoker	155
aa) Entscheidungen des BVerwG	157
bb) Stellungnahme und eigene Position	158
5. Zwischenergebnisse	162
II. Zufall	164
1. Definition des Zufalls	164
2. Struktur der Prüfung überwiegender Zufallsabhängigkeit	167
a) Maßstab	168
aa) Gemischt spiel- und spielerbezogene Betrachtung	168
(1) Durchschnitt der konkreten Spielteilnehmer	169
(2) Durchschnitt aller potentiellen Spielteilnehmer	170
(3) Durchschnitt aller spielinteressierten Teilnehmer	171
bb) Rein spielbezogene Betrachtung	172
b) Ermittlung	173
3. Problem: Rechtsanwendung	174
a) Einphasige Spiele für Einzelpersonen	174
aa) Verhältnis von Geschicklichkeits- und Zufallstreffern	175
bb) Maß der Verbesserung der Zufallstrefferquote	177
cc) Verhältnis von Treffern und Nichttreffern	178
dd) Zwischenfazit	179
b) Agonale Mehrpersonenspiele	179
aa) Anpassung der Prüfungsmethode	180
bb) Beispiel: Poker	181
(1) Spielprinzip	182
(a) Zufallselemente	184
(b) Geschicklichkeitselemente	185
(2) Konkrete Ermittlungsansätze	186
(a) Feldversuch: Durchschnittsspieler vs. Zufallsspieler	186
(b) Kritische Wiederholungshäufigkeit (CRF-Wert)	188
cc) Zwischenfazit	190
4. Eigene Lösungsvorschläge	191
a) Abschaffung des „Überwiegenserfordernis“	191
b) Abschaffung des „Durchschnittsspielers“ als Prüfungsmaßstab	195
5. Zwischenergebnisse	195
B. Negativabgrenzungen	196
I. Die Abgrenzung zur Wette anhand des Kriteriums des „ernsthaften Meinungsstreits“	197
1. Meinungsstand	197

2. Stellungnahme	199
a) Zum „Wetten“ auf vergangene Ereignisse	199
b) Zum „Wetten“ auf zukünftige Ereignisse	201
c) Fazit	202
II. Die Abgrenzung nach dem „ernsthaften wirtschaftlichen Zweck“	203
1. Beispiel: Finanzinstrumente	204
a) Formen und Begrifflichkeiten	204
b) Möglicher Glücksspielcharakter	206
c) Wirtschaftliches Interesse vs. Spekulation	209
d) Stellungnahme	212
aa) Gefährdungspotential	212
bb) Wirtschaftliche Funktionen von Spekulation	215
cc) Fazit	217
2. Wirtschaftliches Interesse an der Veranstaltung „klassischer“ Glücksspiele	218
3. Zwischenergebnis	218
4. Alternative Einschränkungsansätze	219
a) Teleologische Reduktion	219
b) Die „Erlaubnislösung“	221
c) Lösung über das Merkmal der „Öffentlichkeit“	223
III. Ergebnisse	224

Teil 4

Zusammenfassung und Ausblick	226
A. Thesen	226
B. Reformvorschläge	233
Literaturverzeichnis	237
Stichwortverzeichnis	248

Einleitung und Gang der Arbeit

Das deutsche Glücksspielrecht ist eine interessante und konfliktbeladene Querschnittsmaterie, bestehend aus zivil-, verwaltungs- und strafrechtlichen Vorschriften. In Politik und Rechtswissenschaft wird seit jeher lebhaft darüber diskutiert, wie das Glücksspiel zu regulieren ist. Dabei ging es in jüngerer Zeit vor allem um die Frage, inwieweit die Regelungen des Glücksspielverwaltungsrechts, namentlich des sog. Glücksspielstaatsvertrages¹ bzw. der diesen ausführenden und ergänzenden Ländergesetze, mit Verfassungs- und Unionsrecht zu vereinbaren sind.

Die vorliegende Arbeit konzentriert sich dagegen auf das *Glücksspielstrafrecht*. Im Mittelpunkt der Untersuchung steht der in den §§ 284 f. StGB verwendete Begriff des Glücksspiels. Was genau unter „Glücksspiel“ im Sinne dieser Vorschriften zu verstehen ist, definiert das Strafrecht nicht. Dies deutet darauf hin, dass der Strafgesetzgeber von einer typischen, allgemein bekannten und daher nicht umschreibungsbedürftigen Erscheinung des täglichen Lebens ausgeht.² Das Verständnis vom strafrechtlichen Glücksspielbegriff wurde wesentlich durch das Reichsgericht³ geprägt und ist im Kern bis heute unverändert. Nach der in Rechtsprechung⁴ und Litera-

¹ Die bis zum 30.06.2021 geltende Fassung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland (kurz: Glücksspielstaatsvertrag bzw. GlüStV) v. 15.12.2011 (GlüStV 2012) trat nach dessen Ratifizierung in den jeweiligen Bundesländern (vgl. BW GBl. 2012, S. 385) am 01.07.2012 in Kraft und wurde danach durch den Dritten Glücksspieländerungsstaatsvertrag v. 18.04.2019 (3. GlüÄndStV; vgl. BW GBl. 2019, S. 470), in Kraft getreten am 01.01.2020, nur punktuell für den Sportwettbereich geändert; siehe hierzu näher BW LT-Drs. 16/6931. Die aktuelle Fassung – der Staatsvertrag zur Neuregulierung des Glücksspielwesens in Deutschland v. 29.10.2020 (GlüStV 2021; vgl. BW GBl. 2021, S. 120) – ist am 01.07.2021 in Kraft getreten und sieht grundlegende Neuerungen vor, insbesondere eine Erlaubnismöglichkeit für bis dato verbotene Online-Glücksspiele; zum Entwurf und dessen Begründung siehe BW LT-Drs. 16/8480 u. 16/9487.

² So BGH, Beschl. v. 29.09.1986 – 4 StR 148/86, BGHSt 34, 171 (175).

³ Siehe etwa RG, Urte. v. 28.02.1882 – Rep. 257/82, RGSt 6, 70 (74); RG, Urte. v. 03.04.1908 – IV 155/08, RGSt 41, 218; RG, Urte. v. 26.05.1908 – V 321/08, RGSt 41, 331; RG, Urte. v. 20.12.1909 – I 912/09, RGSt 43, 155.

⁴ Siehe die ständige Rechtsprechung des BGH zur Konkretisierung des strafrechtlichen Glücksspielbegriffs seit BGH, Urte. v. 18.04.1952 – 1 StR 739/51, BGHSt 2, 274; BGH, Beschl. v. 29.09.1986 – 4 StR 148/86, BGHSt 34, 171; BGH, Beschl. v. 11.01.1989 – 2 StR 461/88, BGHSt 36, 74; BGH, Urte. v. 28.11.2002 – 4 StR 260/02, NSTz 2003, 372; BGH, Urte. v. 08.08.2017 – 1 StR 519/16, ZfWG 2017, 502.

tur⁵ vorherrschenden Interpretation setzt sich der Glücksspielbegriff aus *drei konstituierenden Merkmalen* zusammen, die kumulativ vorliegen müssen: Danach handelt es sich beim Glücksspiel um ein Spiel, bei dem der Teilnehmer durch den *Einsatz* (1) eines (nicht unerheblichen) Vermögenswertes eine geldwerte *Gewinnchance* (2) erhält, wobei die Entscheidung über Gewinn oder Verlust allein oder zumindest überwiegend vom *Zufall* (3) abhängen muss. Liegen diese Grundeigenschaften vor, so soll die Annahme eines Glücksspiels dennoch ausscheiden, sofern die Vertragsparteien nicht in „Spielabsicht“ handeln, sondern einen „*ernsthaften Meinungsstreit*“ austragen oder „*ernsthafte wirtschaftliche Interessen*“ verfolgen.⁶

Die vorgenannte, traditionelle Konkretisierung des strafrechtlichen Glücksspielbegriffs und ihre Zweckmäßigkeit werden heute kaum noch hinterfragt, sondern als gegeben akzeptiert. *Ziel* der nachfolgenden Untersuchung ist es daher, dieses über 100 Jahre alte Begriffsverständnis auf den Prüfstand zu stellen. Als Richtschnur der Überprüfung und Grundlage für die eigenen Betrachtungen und Auslegungsvorschläge soll vor allem der *Strafgrund* der Glücksspieldelikte herangezogen werden. Als Vorfrage ist daher zu klären, welchem Zweck die §§ 284 ff. StGB dienen bzw. auf den Schutz welches konkreten Rechtsguts jene Vorschriften abzielen.

Im 1. Teil der Arbeit wird zunächst das gesamte deutsche Glücksspielstrafrecht im *Überblick* vorgestellt. Dabei ist auf die *historische Entwicklung*⁷ einzugehen, von den ersten städtischen bzw. landesherrlichen Spielverboten im 13. Jahrhundert bis hin zu den jüngsten Reformen der Strafvorschriften des Kern- und Nebenstrafrechts mit Glücksspielbezug. Dem folgt eine Darstellung des Regelungsgehalts der *geltenden Glücksspieltatbestände*⁸ des Kernstrafrechts (§§ 284 ff. StGB). Der 2. Teil beschäftigt sich sodann mit dem (umstrittenen) Strafgrund der Glücksspieldelikte. Als Ausgangspunkt bei der Suche nach dem *geschützten Rechtsgut*⁹ wird vorab näher untersucht, ob, in welchem Umfang und auf welcher Art und Weise das mit Strafe bedrohte Verhalten – also das Veranlassen ungenehmigter Glücksspiele bzw. die Beteiligung daran – zu einem *empirisch belegten Sozialschaden*¹⁰ bzw. zu einer realen Beeinträchtigung schützenswerter Interessen führen kann.

⁵ Siehe etwa *Benert/Reeckmann*, ZfWG 2013, 23 (24); *Fischer*, StGB, § 284, Rn. 3 ff.; *Gaede*, in: NK-StGB, § 284, Rn. 7; *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 284, Rn. 2; *Heine/Hecker*, in: Schönke/Schröder, § 284, Rn. 6 ff.; *Heinrich*, in: A/W/H/H, § 24, Rn. 39a; *Putzke*, in: Becker/Hilf/Nolte/Uwer, § 284 StGB, Rn. 6.

⁶ Siehe etwa *Gaede*, in: NK-StGB, § 284, Rn. 14; *Hohmann*, in: MüKo-StGB, § 284, Rn. 7, 14; *Hollering*, in: BeckOK-StGB, § 284, Rn. 9.

⁷ Siehe 1. Teil A.

⁸ Siehe 1. Teil B.

⁹ Siehe 2. Teil C.

¹⁰ Siehe 2. Teil B.

Diesem Vorgehen liegt die Erwägung zugrunde, dass Rechtsgüter nicht rein normativ bestimmt und sozusagen „erdacht“ werden können, sondern dass immer ein „empirisches Substrat“¹¹ bzw. ein „empirisch nachvollziehbarer Zusammenhang zwischen inkriminierter Handlung und Rechtsgutsverletzung“¹² vorhanden sein muss. In diesem Zusammenhang erfolgt auch eine Auseinandersetzung mit dem Phänomen „Glücksspielsucht“ – dem sog. pathologischen Spielverhalten –, da sich hieraus ggf. Ansatzpunkte für die Bestimmung des Rechtsguts der Glücksspieldelikte ergeben können. Dabei werden insbesondere die Einordnung von Glücksspielsucht als psychische Erkrankung, die neueren Erkenntnisse in der Suchtforschung zur Verbreitung, den Ursachen und Folgeschäden von krankhaftem Spielverhalten sowie das Gefährdungspotential einzelner Spielarten näher beleuchtet, wobei neben „klassischen“ Glücksspielen auch moderne Spielerscheinungen im Bereich des *Social Gaming* berücksichtigt werden.

Auf der Grundlage der im 2. Teil gewonnenen Erkenntnisse wird anschließend die Untersuchung des strafrechtlichen Glücksspielbegriffs im 3. Teil durchgeführt. Anhand von Beispielen werden zunächst die oben bereits erwähnten, begriffsbildenden Merkmale (Einsatz, Gewinnchance, Zufallsabhängigkeit des Spielausgangs)¹³ und im weiteren Verlauf die beiden Einschränkungen bzw. *Negativabgrenzungen* nach dem Vertragszweck (kein ernsthafter Meinungsstreit, keine ernsthaften wirtschaftlichen Interessen)¹⁴ näher in den Blick genommen. Die sich dabei stellenden Streit- und Abgrenzungsfragen sowie die immer wiederkehrenden Probleme, die mit der praktischen Anwendung der althergebrachten Glücksspieldefinition einhergehen, werden im Einzelnen aufgezeigt, diskutiert und sodann eigene Lösungs- bzw. Änderungsvorschläge angeboten – jeweils unter konsequenter Orientierung am Schutzzweck der Glücksspieldelikte. Auf diesem Weg werden auch außerstrafrechtliche Regelungen mit Glücksspielbezug, wie die *ordnungsrechtliche Legaldefinition des Glücksspiels in § 3 I GlüStV*¹⁵ sowie die Regelung für *Gewinnspiele in Rundfunk und Telemedien in § 11 MStV*¹⁶, ausführlich behandelt, um der Frage nachzugehen, in welchem Verhältnis jene Vorschriften zu § 284 StGB stehen und inwieweit sie Einfluss auf die Deutung des strafrechtlichen Glücksspielbegriffs haben könnten.

¹¹ Hassemer/Neumann, in: NK-StGB, Vor § 1, Rn. 66.

¹² Puschke, S. 253.

¹³ Siehe 3. Teil A.

¹⁴ Siehe 3. Teil B.

¹⁵ Siehe 3. Teil A. I. 3. b).

¹⁶ Siehe 3. Teil A. I. 3. c).