

April 2015

10. Jahrg.

71732

Seite 77-156

ZfWVG

Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht
European Journal of Gambling Law

2

Prof. Dr. Jörg Ennuschat

- 77 **Editorial: Rechtssichere Erteilung von Glücksspielkonzessionen – gar nicht so einfach ...**

Prof. Dr. Jörg Ennuschat

- 78 **Zur Vergabe von Spielbankenkonzessionen**

Prof. Dr. Chen-Jung Chan

- 84 **Regelungsdefizite oder Anwendungsprobleme?**

Prof. Dr. Jens M. Schmittmann

- 92 **Update: Besteuerung von Umsätzen und Gewinnen aus Glücks- und Geschicklichkeitsspielen 2013/2014**

Dr. Dario Buchholz und Dr. Markus Rübenstahl

- 97 **Der unvermeidbare Verbotsirrtum des Glücksspielveranstalters**

Dr. Urs Scherrer und Dr. Rafael Brägger

- 103 **Geldspielmarkt Schweiz: Eine Gesamtkodifikation im Fokus**

Martin Reeckmann

- 106 **Illegales Glücksspiel – Forschungs- und Handlungsbedarf**

Dr. Ingo Fiedler und Prof. Dr. Michael Adams

- 111 **Anmerkungen zur Goldmedia Studie**

Prof. Dr. Dr. Franz W. Peren

- 113 **International vergleichende Analyse des Glücksspielwesens zur nationalen Evaluierung des Ersten GlüÄndStV**

Johannes Güldner und Michael Schramm

- 118 **3. Symposium zum Glücksspielrecht 2015**

- 121 **Stellungnahme des Unabhängigen Landesentrums für Datenschutz Schleswig-Holstein (ULD) vom 16.1.2015**

- 147 **Online-Teilnahme an Black Jack eines in Deutschland nicht zugelassenen Glücksspielanbieters ist strafbar**
AG München, Urt. v. 26.9.2014 – 1115 Cs 254 Js 176411/13

Anmerkung von *Claus Hambach* und *Dr. Bernd Berberich*

- 150 **Strafbarkeit von Online-Glücksspiel nach aktueller Rechtslage**

Herausgeber

Prof. Dr. Johannes Dietlein

Prof. Dr. Jörg Ennuschat

Prof. Dr. Ulrich Haltern LL.M.

RA Dr. Manfred Hecker

Prof. Dr. Christian Koenig LL.M.

Schriftleiter

RiVG Dr. Felix B. Hüsken

Zudem war der Verfall in Höhe von 63.490,00 EUR gem. § 73 StGB anzuordnen. Die Ausführungen der Verteidigung in der Hauptverhandlung bezüglich einer Einziehung, gingen an der Sache vorbei.

Aufgrund der eigenen Einlassung des Angeklagten im [...] -Verfahren, steht fest, dass 63.490,00 EUR aus der unerlaubten Beteiligung an Glücksspielen herrühren. Demgemäß sind sie aus Anlass der Tat erfolgt und können nach § 73 StGB eingezogen werden. Nach herrschender Meinung gilt insoweit das „Bruttoprinzip“, d. h. die Einsätze sind vom Gewinn nicht abzuziehen. Vielmehr kann das gesamte aus dem Glücksspiel herrührende Geld für verfallen erklärt werden.

Die Vorschrift des § 73 StGB hat auch Sanktionscharakter. Aus diesem Grund ist dies zum einen bei der Strafzumessung zu berücksichtigen, zum anderen ist auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, wie er zum Beispiel in § 74b StGB Eingang ins Gesetz gefunden hat, zu berücksichtigen.

Aus diesem Grund erschien jedenfalls ein Verfall über den Gesamtbetrag von 201.500,00 EUR nicht mehr verhältnismäßig. Zudem befindet sich der Restbetrag auch nicht mehr im Vermögen des Angeklagten, so dass bereits nach § 73c Abs. 1 S. 2 StGB von einer Verfallserklärung abgesehen wurde. In Anbetracht der verhängten Geldstrafe erschien der Verfall in der ausgesprochenen Höhe gerade noch angemessen.

[...]

Anmerkung

Claus Hambach und Dr. Bernd Berberich, München*

Strafbarkeit von Online-Glücksspiel nach aktueller Rechtslage

Das AG München vertritt in einer jüngeren Entscheidung die Auffassung, dass sich eine Person strafbar macht, wenn sie über einen Internetanbieter, der in Deutschland keine Erlaubnis hat, „Black Jack“ spielt. Zu untersuchen ist, ob diese These einer gründlichen rechtlichen Prüfung standhalten kann. Nach eingehender Analyse der Entscheidung erfolgt eine eigenständige rechtliche Bewertung bezüglich der möglichen Strafbarkeit gemäß den §§ 284, 285, 287 StGB auf Basis der aktuellen Rechtslage.

I. Einführung

Das juristische Chaos rund um die Frage der Legalität von Online-Glücksspielen wächst stetig weiter.¹ Dies betrifft vor allem die Frage, ob die aktuelle staatliche Regulierung in öffentlich-rechtlicher Hinsicht mit Verfassungs- bzw. Unionsrecht in Einklang steht. Höchstrichterlich geklärt ist, dass das staatliche Monopol für die Veranstaltung von Sportwetten sowohl nach dem Lotteriestaatsvertrag, als auch nach dem GlüStV a. F. verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht standhalten konnte.² Überdies ließ auch die Rechtsprechung des EuGH Bedenken aufkommen, ob die rigide Regulierung von Glücksspielen in Deutschland mit dem Unionsrecht in Einklang steht.³ Erst jüngst hat eine Stellungnahme der europäischen Kommission im Rahmen eines Vorlageverfahrens aus Deutschland erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit der aktuellen Regulierungslage mit Unionsrecht aufkommen lassen.⁴ Vor diesem Hintergrund lässt sich erklären, dass sowohl Ermittlungsbehörden wie auch Strafgerichte gerade bei Online-Angeboten mit einer Lizenz aus dem EU-Ausland sehr zurückhaltend agieren.⁵ Diese Zurückhaltung dauerte bis vor kurzem auch unter dem Regime des aktuellen GlüStV fort. So hatte etwa das AG Kempten bezogen auf die binnengrenzüberschreitende

Vermittlung von Sportwetten bereits einen Anfangsverdacht bezüglich § 284 StGB verneint.⁶

Umso überraschender kam es daher, dass nunmehr das AG München – soweit ersichtlich erstmalig bei einem Fall mit Online-Bezug – mit Urteil vom 26.9.2014 die Strafbarkeit eines Online-Spielers gemäß § 285 StGB feststellte und hierbei insbesondere einer Lizenz aus Gibraltar keinerlei Legitimationswirkung beimaß. Dies wirft die Frage auf, ob dieses Urteil als ein Vorbote für eine „Trendwende“ interpretiert werden kann. Im Folgenden wird zunächst die Entscheidung des AG München analysiert (vgl. II.). Sodann erfolgt eine rechtliche Kurz-Bewertung bezüglich einer möglichen Strafbarkeit der im EU-Ausland lizenzierten Anbieter nach aktueller Rechtslage (vgl. III.) sowie hieran anschließend bezüglich teilnehmender Spieler (vgl. IV.). Der Beitrag schließt mit einer Zusammenfassung der Ergebnisse (vgl. V.).

* Anmerkungen zu AG München, Urt. v. 26.9.2014 – 1115 Cs 254 Js 176411/13 –, ZfWG 2015, 147. Auf Seite III erfahren Sie mehr über die Autoren.

1 Vgl. W. Hambach, abrufbar unter <http://www.isa-guide.de/isa-law/articles/122317.html>.

2 Vgl. u. a. BVerfG, 28.6.2006 – 1 BvR 1054/01; BGH, 18.11.2010 – I ZR 168/07. Zusammenfassend für die Rechtslage von 2008 bis 2011 vgl. Marberth-Kubicki/Hambach/Berberich, K&R 2012, 27 ff.

3 Vgl. u. a. EuGH, 8.9.2010 – C-46/08 – Carmen Media.

4 Vgl. Stellungnahme der Europäischen Kommission vom 6.11.2014 in der Rechtssache C-336/14 – Ince.

5 Vgl. etwa das freisprechende Urteil des LG Berlin, 7.9.2011 – (571) 281/61 Js2031/10 Ns (81/11) sowie die Ablehnung einer Eröffnung des Hauptverfahrens AG Bayreuth, 26.1.2010 – 9 Ds 214 Js 14306/07 jug.

6 Vgl. AG Kempten, 28.4.2014 – 2 Gs 937/14.

II. Analyse der Entscheidung des AG München vom 26.9.2014⁷

Das AG München sprach den Angeklagten der Beteiligung am unerlaubten Glücksspiel gemäß § 285 StGB schuldig.⁸ Der Tatvorwurf bezog sich auf einen Zeitraum im Jahr 2011. Da der Angeklagte Rechtsmittel einlegte, ist die Entscheidung bisher nicht rechtskräftig. Das Urteil leidet an erheblichen Mängeln, so dass davon auszugehen ist, dass es keinen Bestand haben wird.

1. Fehlende Anwendbarkeit deutschen Strafrechts

Nach den Feststellungen des AG München lässt es sich nicht ermitteln, wann und wie oft der Angeklagte an dem Spielbetrieb in Gibraltar teilnahm. Festgestellt werden allein durch einen Finanzdienstleister des Internetanbieters getätigte Einzahlungen im Zeitraum vom 1.3.2011 bis zum 31.12.2011 sowie Auszahlungen an den Angeklagten im Zeitraum vom 13.7.2011 bis 26.8.2011.⁹ Ausweislich der Urteilsgründe stützt das AG München hierauf seine „Vermutung“, dass der Angeklagte in einer nicht genau bestimmten Anzahl von Fällen, jedoch mindestens einmal, bei dem Internetanbieter das Glücksspiel „Black Jack“ gespielt habe.

Auf Basis der zitierten Feststellungen lässt sich richtigerweise schon die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts nicht begründen. Diese beurteilt sich nach den §§ 3-9 StGB. Allein in Betracht kommt eine Anwendbarkeit deutschen Strafrechts aufgrund des sog. Territorialitätsprinzips. Demnach müsste die vorgeworfene Straftat im Inland begangen worden sein, § 3 StGB. Bezogen auf den hier in Rede stehenden Strafvorwurf einer Beteiligung an öffentlichem Glücksspiel (§ 285 StGB) kommt die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts nur dann in Betracht, wenn festgestellt werden könnte, dass der Angeklagte sich zum Zeitpunkt der Spielteilnahme in Deutschland befand.

Dies lässt sich jedoch gerade nicht dem festgestellten Sachverhalt entnehmen. Insbesondere sagt der Zeitpunkt der Zahlungseingänge bzw. -ausgänge weder etwas über die Häufigkeit der möglichen Beteiligungen am Glücksspiel¹⁰ noch den Ort der Spielteilnahme aus. Das AG München „vermutet“ gleichwohl, dass – jedenfalls einmal – der Angeklagte von seinem Wohnsitz aus Online gespielt habe.

Bei den §§ 3-9 StGB handelt es sich um materielles Recht.¹¹ Demzufolge gelten insoweit die allgemeinen Regeln, insbesondere der Grundsatz „in dubio pro reo“ (vgl. Art. 6 Abs. 2 EMRK). Für den Fall, dass das Gericht nicht eine volle Überzeugung von den entscheidungserheblichen Tatsachen gewinnen kann, schreibt der Zweifelsatz vor, dass die dem Angeklagten jeweils günstigste Rechtsfolge anzunehmen ist.¹² Demzufolge ist davon auszugehen, dass sich der Angeklagte im Zweifel zum Zeitpunkt der Spielteilnahme im Ausland befunden hat. Eine Anwendbarkeit deutschen Strafrechts lässt sich damit nicht feststellen. Dies begründet ein Prozesshindernis, so dass das Verfahren hätte eingestellt werden müssen.¹³

2. Fehlerhafte richterliche Überzeugungsbildung hinsichtlich des Tatvorsatzes

Überdies unterlaufen dem AG München erhebliche Rechtsfehler bei der Überzeugungsbildung hinsichtlich des Vorliegens eines Tatvorsatzes beim Angeklagten. Zunächst stellt das Gericht darauf ab, dass nach den Nutzungsbedin-

gungen des Internet-Anbieters – jedenfalls im Jahr 2014 – darauf hingewiesen werde, dass Internet-Glücksspiele in einigen Ländern unter Umständen verboten sind und der Spieler dazu aufgefordert werde, die für ihn geltenden Gesetze zu prüfen.¹⁴ Es sei mit Sicherheit davon auszugehen, dass diese im Jahr 2011 nicht anders lauteten, u. a. weil die Rechtslage 2011 ähnlich unübersichtlich gewesen sei wie 2014, und damit ein entsprechender Hinweis dringend geboten war. Schließlich sei es gerichtsbekannt, dass unter dem Schlagwort „Glücksspiel im Internet“ bei der Suchmaschine „Google“ die ersten vier Beiträge sich mit der Strafbarkeit von Glücksspielen im Internet beschäftigten, wobei erwähnt würde, dass zumindest unter förmlicher Betrachtung die Teilnahme an Internetcasinos strafbar sei. Damit werde durch einfachste Recherche im Internet deutlich die Strafbarkeit des Handelns vor Augen geführt. Dies belege in klassischer Weise einen bedingten Vorsatz.

Diese Form der Überzeugungsbildung erscheint grob fehlerhaft. Das Gericht argumentiert widersprüchlich, wenn es einerseits feststellt, die Rechtslage sei im Jahr 2011 ähnlich unübersichtlich gewesen wie 2014, dann aber feststellt, dass durch „einfachste Recherche im Internet“ die Strafbarkeit des Handelns deutlich vor Augen geführt werde. Führt man eine entsprechende Suche über „Google“ durch, wie vom Gericht dargestellt, lässt sich überdies nur eines feststellen: Die Rechtslage ist äußerst komplex, nicht zu sagen chaotisch. Wie das Gericht dazu kommt, die Strafbarkeit werde hierdurch „deutlich vor Augen geführt“, erscheint nicht nachvollziehbar.

Überdies berücksichtigt das Gericht mit keinem Wort den Umstand, dass Online-Glücksspiele trotz fehlender deutscher Lizenzen allgegenwärtig sind, sei es im Internet, im Fernsehen, den sozialen Plattformen oder den Printmedien. Nur beispielhaft sei darauf verwiesen, dass private Sportwettenanbieter im Jahre 2014 ca. 226 Millionen Euro an Wettsteuern in Deutschland gezahlt haben. Daraus errechnet sich ein Jahresumsatz von 4,5 Milliarden Euro, allein für Sportwetten in Deutschland.¹⁵ Dies legt aus Sicht eines verständigen Betrachters den Schluss nahe, dass der Staat nicht gegen private Anbieter oder Vermittler von Glücksspielen einschreitet, auch wenn die Angebote nicht in Deutschland lizenziert sind.¹⁶

Etwas anderes lässt sich auch nicht aus den vom Gericht zitierten Nutzungsbedingungen des Anbieters schließen. Zum einen erscheint es rein spekulativ, ob wirklich im Jahr 2011 bereits Nutzungsbedingungen mit gleichem Inhalt ab-

7 AG München, 26.9.2014 – 1115 Cs 254 Js 176411/13, ZfWG 2015, 147.

8 Der Angeklagte wurde zu einer Geldstrafe von 70 Tagessätzen zu je 30 € verurteilt. Zugleich wurde ein Betrag in Höhe von 63.490 € für verfallen erklärt.

9 Vgl. Pressemitteilung des AG München v. 2.1.2015 – abrufbar unter <http://www.justiz.bayern.de/gericht/ag/m/presse/archiv2015/04629/index.php>.

10 So auch überzeugend das AG Bayreuth, 26.1.2010 – 9 Ds 214 Js 14306/07 jug.

11 Vgl. Fischer, StGB, 62. Aufl. 2015, Vor §§ 3-7 Rn. 1; BGHSt 20, 25.

12 Vgl. Fischer (Fn. 11), § 261 Rn. 26.

13 Vgl. Fischer (Fn. 11), Vor §§ 3-7 Rn. 1.

14 Vgl. AG München, 26.9.2014 – Az. 1115 Cs 254 Js 176411/13 Rn. 22, ZfWG 2015, 147.

15 Vgl. <http://www.presseportal.de/pm/113729/2939060/rekordsteuererinnahmen-aus-sportwetten>.

16 Zu den Vollzugsdefiziten beim Vorgehen gegen private Glücksspielanbieter vgl. etwa VG Ansbach, 28.1.2014 – AN 4 K 12.01017 Rn. 24 sowie OVG Münster – 13.11.2014 – 13 B 827/14, Rn. 27, ZfWG 2015, 52.

rufbar waren. Nur weil Nutzungsbedingungen mit dem zitierten Inhalt auch im Jahr 2011 gegebenenfalls Sinn gemacht hätten, heißt nicht, dass dies auch wirklich so war, zumal damit Nutzer abgeschreckt werden könnten. Zum anderen macht der Hinweis lediglich klar, dass sich die Rechtslage als sehr schwierig erweisen kann. All dies lässt gerade nicht den sicheren Schluss zu, dass der Angeklagte seine (mögliche) Strafbarkeit billigend in Kauf nahm.

Hinsichtlich des Vortrags der Verteidigung, Boris Becker, der FC Bayern und weitere Prominente würden richtiggehend Werbung für Glücksspiel im Internet betreiben, so dass der Angeklagte nicht von der Strafbarkeit eines solchen Verhaltens ausgehen müsse, hält das AG München entgegen, dies sei im Endeffekt unbehelflich, da es sich dabei ausschließlich um sogenannte Sportwetten handele und auch einem juristischen Laien der Unterschied zwischen einer Sportwette und einem Glücksspiel wie Poker oder Black Jack bekannt sei.

Diese Einschätzung des Gerichts ist schlichtweg falsch. Etwa Boris Becker, aber auch andere Prominente, haben im benannten Zeitraum nachweislich für Online-Poker geworben.¹⁷ Das Gericht setzt explizit „Poker“ und „Black Jack“ gleich, so dass auf dieser Basis dem Gericht die Ausführungen der Verteidigung eigentlich hätten einleuchten müssen, wenn es nicht von falschen Tatsachen ausgegangen wäre. Überdies bleibt im Dunkeln, was das Gericht damit meint, wenn es ausführt, auch einem juristischen Laien sei der Unterschied zwischen einer Sportwette und einem Glücksspiel wie Poker oder Black Jack bekannt. Denn tatsächlich verhält es sich so, dass zum Tatzeitpunkt (im Jahr 2011) die gesetzliche Regulierung der genannten Glücksspielarten völlig identisch war, mithin der Gesetzgeber diese Glücksspielarten gerade gleich reguliert wissen wollte.¹⁸

Vor diesem Hintergrund erscheint es somit absolut glaubhaft, wenn der Angeklagte sich darauf beruft, dass er zum Tatzeitpunkt davon ausgegangen sei, dass die Teilnahme an Online-Glücksspielen wie Poker oder Black Jack nicht strafbar sein könne, wenn dafür völlig ungehindert bekannte deutsche Prominente Werbung betreiben können.

Die Schlüssigkeit dieser Folgerung wird belegt durch eine Entscheidung des AG Bayreuth aus dem Jahr 2010. Das Gericht kam in einem vergleichbaren Fall zu dem Ergebnis, dass der Vorsatz des Angeschuldigten nicht bejaht werden könne, sondern ein vorsatzausschließender Tatbestandsirrtum gemäß § 16 Abs. 1 StGB anzunehmen sei.¹⁹ Das AG Bayreuth hielt die Teilnahme an öffentlich angebotenen Internetspokerrunden keineswegs vergleichbar mit der Beteiligung an einem Glücksspiel im Hinterzimmer eines dubiosen Lokals, bei der sich kein Spieler ernsthaft darauf berufen könnte, er habe gedacht, der Gastwirt habe eine entsprechende Konzession. Das AG Bayreuth führt dazu wörtlich weiter aus: „Dies umso mehr, weil auch Prominente wie Boris Becker für Internetspoker werben [...]“. Diese Beweiswürdigung erscheint schlüssig, nicht aber die schon von falschen Tatsachen ausgehende und in sich widersprüchliche Beweiswürdigung des AG München. Eine Anwendbarkeit deutschen Strafrechts unterstellt, müsste demzufolge jedenfalls von einem vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum des Angeklagten ausgegangen werden.

3. Defizitäre Bewertung der Rechtslage

Schließlich genügen dem AG München weniger als zwei Seiten, um die vom Gericht selbst als „unübersichtlich“

bezeichnete Rechtslage zu bewerten und anhand der Zitierung weniger Gerichtsentscheidungen zu begründen, dass sowohl § 285 StGB als auch die zugrunde liegende öffentlich-rechtliche Regulierungslage mit Unionsrecht in Einklang stehe. Dies wird nicht einmal im Ansatz der Komplexität der Rechtslage gerecht, wie ein nur kurzer Blick in die einschlägige Kommentarliteratur bestätigt.²⁰

4. Zwischenergebnis

Die nicht rechtskräftige Entscheidung des AG München vom 26.9.2014 leidet an erheblichen Rechtsfehlern. Richtigerweise wäre schon die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts zu verneinen gewesen. Jedenfalls hätte bei sachgerechter Beweiswürdigung ein entsprechender Tatvorsatz des Angeklagten verneint werden müssen. Überdies krankt die Entscheidung an einer unzureichenden Auseinandersetzung mit der äußerst komplexen Rechtslage und vermag auch insoweit nicht zu überzeugen.

III. Strafbarkeit von im EU-Ausland lizenzierten Anbietern nach aktueller Rechtslage

Jenseits der Fehlerhaftigkeit der Entscheidung des AG München stellt sich die Frage, ob nach aktueller Rechtslage private Anbieter von Online-Glücksspielen auf Basis einer EU-Erlaubnis bzw. einer gleichzustellenden Lizenz (wie etwa aus Gibraltar)²¹ sich gemäß den §§ 284, 287 StGB strafbar machen.

1. Anwendbarkeit deutschen Strafrechts

Zunächst müsste für im Ausland ansässige Anbieter deutsches Strafrecht anwendbar sein. Mangels Einschlägigkeit einer der Sondertatbestände (vgl. §§ 4–7 StGB) beurteilt sich die Frage danach, ob gemäß §§ 3, 9 StGB die Taten – eine materielle Strafbarkeit unterstellt – im Inland begangen worden sind. Dies wird für sog. Distanzdelikte, bei denen eine im Ausland vorgenommene Handlung durch Datenübertragung (mittels Internet) im Inland verfügbar gemacht wird, äußerst kontrovers diskutiert.²² Beachtenswert ist, dass sich der BGH nunmehr erstmalig bezogen auf abstrakte Gefährdungsdelikte diesbezüglich positioniert hat.²³ Die wichtigsten Aussagen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Ein abstraktes Gefährdungsdelikt umschreibt keinen zum Tatbestand gehörenden Erfolg, so dass eine Inlandstat nicht über § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB begründet werden kann.
- Der Handlungsort wird bei aktivem Tun (allein) durch den Aufenthaltsort des Täters bestimmt.

17 Dies lässt sich durch einfache Recherche über „Google“ belegen, wenn man etwa „Boris Becker“ und „Poker“ eingibt.

18 Für alle galt insbesondere das absolute Internetverbot gemäß § 4 Abs. 4 GlüStV unterschiedslos.

19 Vgl. AG Bayreuth, 26.1.2010 – 9 Ds 214 Js 14306/07 jug.

20 Vgl. nur Heine/Hecker, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 284 Rn. 3, 23 ff. m. w. N.

21 Bezogen auf Gibraltar ist seit dem Urteil des EuGH v. 8.9.2010 – C-46/08 – Carmen Media – klargestellt, dass insoweit der Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit eröffnet ist.

22 Vgl. Ambos, in: Münchener Kommentar, StGB, 2. Auflage, § 9 Rn. 26 ff.; Eser, in: Schönke/Schröder (Fn. 20), § 9 Rn. 7 ff.

23 Vgl. BGH, 19.8.2014 – 3 StR 88/14. Konkret ging es um den Tatbestand § 86a StGB. Hierbei handelt es sich wie bei den §§ 284, 287 StGB um ein abstraktes Gefährdungsdelikt, so dass die Erkenntnisse des BGH hierzu übertragbar sind.

- Auf den Abruf von bereit gestellten Inhalten in Deutschland durch Dritte kann nicht abgestellt werden. Insoweit handelt es sich um eine bloße Wirkung der tatbestandlichen Handlung.

Für im Ausland ansässige Anbieter von Online-Glücksspielen, die auch in Deutschland abrufbar sind, bedeutet dies folgendes: Nur wenn sich die verantwortlichen Personen zum Zeitpunkt des Einstellens von (möglicherweise) rechtswidrigen Glücksspielangeboten in das Internet in Deutschland aufgehalten haben, kommt eine Strafbarkeit gemäß den §§ 284, 287 StGB in Betracht. In allen anderen Fällen ist unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts zu verneinen.

2. Legalisierungswirkung einer EU-Lizenz

Eine Anwendbarkeit deutschen Strafrechts unterstellt wäre weiter zu untersuchen, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen einer EU-Lizenz gegebenenfalls eine Legalisierungswirkung in Deutschland zukommen kann. Zwar besteht nach der Rechtsprechung des EuGH keine grundsätzliche Verpflichtung zur gegenseitigen Anerkennung mitgliedstaatlicher Erlaubnisse.²⁴ Jedoch ist fraglich, ob diese Bewertung auch aus strafrechtlicher Perspektive sachgerecht erscheint.²⁵ Insoweit überwiegen in der Literatur differenzierende Betrachtungsweisen. Etwa nach dem Ansatz von Heine/Hecker sind Erlaubnisse von EU-Mitgliedstaaten nicht unbesehen, sondern nur dann zu akzeptieren, wenn sie den wesentlichen (unionsrechtskonformen) Kontrollstandards des Inlandes entsprechen. An einer solchen „funktionalen Äquivalenz“ fehle es, wenn die behördliche Kontrolle des ausländischen Sitzstaates keine hinreichende Garantie für den Schutz der Verbraucher vor den spezifischen Gefahren (wie Manipulationsrisiken) biete.²⁶

Eine solche (begrenzte) Anerkennung von EU-Lizenzen unter Berücksichtigung der ultima-ratio-Funktion des Strafrechts erscheint dogmatisch überzeugend: nämlich dann, wenn wesentliche Gefahren des Glücksspiels in ähnliche Weise gebannt sind wie bei einem deutschen Genehmigungsverfahren, entfällt richtigerweise der Strafgrund der §§ 284, 287 StGB. Mag es auch verwaltungsrechtlich Gründe dafür geben, das Genehmigungsverfahren nicht aus der (nationalen) Hand geben zu wollen, so erscheint es im Kernstrafrecht des StGB doch bedenklich, eine kriminalstrafrechtliche Sanktion allein an das Fehlen einer inländischen Genehmigung zu knüpfen, wenn eine Lizenz

- aus einem anderen Mitgliedstaat der EU (nicht von irgendwo her)
- aus einem zumindest in den wichtigsten Grundzügen vergleichbaren (und nicht nur pro forma durchgeführten) Genehmigungsverfahren
- mit einem nicht evident den inhaltlichen Zielen des Glücksspielrechts zuwiderlaufenden Inhalt vorliegt.

Für eine solche Betrachtungsweise spricht, dass die Beschäftigung mit „Glücksspiel“ nach heutigen Maßstäben nicht als „unmoralisch“ bzw. „sozialschädlich“ bewertet werden kann. Zudem gilt es als allgemein anerkannt, dass die Beschäftigung mit „Glücksspiel“ einem natürlichen Spieltrieb in der Bevölkerung entspringt.²⁷ Überdies erscheint es nicht mehr zeitgerecht bzw. verfassungsrechtlich höchst bedenklich, einen Strafvorwurf nach dem Kernstrafrecht mit bloßem „Verwaltungsungehorsam“ begründen zu wollen.²⁸

3. Dimension einer möglichen verfassungs- bzw. unionsrechtskonformen Auslegung des Merkmals „ohne behördliche Erlaubnis“

Unabhängig von dem vorbenannten Punkt stellt sich die Frage, ob beim Vorliegen einer EU-Lizenz das Fehlen einer deutschen Erlaubnis dann nicht strafbarkeitsbegründend wirken kann, wenn die verwaltungsrechtlichen Erlaubnisvorschriften, auf welche die §§ 284, 287 StGB Bezug nehmen, in Widerspruch zu den verfassungs- bzw. unionsrechtlichen Vorgaben stehen.²⁹ Für eine solche „Rückwirkung“ auf die strafrechtliche Bewertung sprach sich jüngst das AG Kempten aus: Das Gericht verneint schon den Anfangsverdacht für die Annahme eines Verstoßes gegen § 284 Abs. 1 StGB, da diese Vorschrift für den vorliegenden Sachverhalt wegen Verstoßes gegen Gemeinschaftsrecht gar nicht anwendbar sei.³⁰

Erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit der öffentlich-rechtlichen Regulierungslage veranlassten zudem das AG Sonthofen klärungsbedürftige Fragen dem EuGH vorzulegen.³¹ Die Stellungnahme der Europäischen Kommission hierzu lässt erhebliche Zweifel aufkommen, ob die aktuelle Regulierungslage unter dem Regime des GlüStV mit Unionsrecht wirklich vereinbar ist.³²

Insbesondere folgende vier Punkte lassen erhebliche Bedenken an der Vereinbarkeit des aktuellen GlüStV mit Verfassungs- bzw. Unionsrecht aufkommen:

a) Ungeeignete Schutzmaßnahmen gegen besonders suchtgefährliches Automatenspiel

Es fehlen – wie schon unter dem Regime des GlüStV a. F. – wirksame Maßnahmen zur Eingrenzung des als besonders suchtgefährlich eingestuften Automatenspiels.³³ Auch aktuelle Untersuchungen belegen, dass Suchtprobleme nicht effektiv bekämpft werden.³⁴

b) Beibehaltung der staatlichen Monopolstellung im Lotteriebereich bei gleichzeitiger Teil-Liberalisierung im Sportwettenbereich

Die Länder haben den Sportwettenbereich einer Teil-Liberalisierung zugeführt, während an der staatlichen Monopolstellung im Lotteriebereich festgehalten wird. Letzteres dürfte sich jedoch weder mit dem Ziel der Bekämpfung von Suchtgefahren noch mit dem Ziel der Vermeidung einer erhöhten Manipulationsgefahr begründen lassen.

Überdies werden die Grenzen zulässiger Werbung, insbesondere seitens der Landeslotteriegesellschaften als Organe des Staates, aber auch seitens der privaten, staatlich

24 Vgl. EuGH, 15.11.2011 – C – 347/09 Dickinger und Ömer; EuGH, 12.7.2012 – C-176/11.

25 Kritisch etwa Fischer (Fn. 11), § 284 Rn. 2a.

26 Vgl. Heine/Hecker, in: Schönke/Schröder (Fn. 20), § 284 Rn. 30.

27 Vgl. nur § 1 Nr. 2 GlüStV.

28 Vgl. Hecker/Heine, in: Schönke/Schröder (Fn. 20), § 284 Rn. 5.

29 In diese Richtung BGH, 16.8.2007 – 4 StR 62/07, Rn. 2; OLG München, NJW 2006, 3588 (3591); OLG Hamburg, ZfWG 2008, 295 (Rn. 27), nachdem das BVerfG mit Ur. v. 28.3.2006 (1 BvR 1054/01) die staatliche Monopolstellung im Sportwettenbereich für verfassungswidrig erklärt hatte.

30 Vgl. AG Kempten, 28.4.2014 – 2 Gs 937/14.

31 Vgl. AG Sonthofen, 7.5.2014 – 1 Ds 400 Js 17155/11 – Ince.

32 Vgl. Stellungnahme der Europäischen Kommission v. 6.11.2014 in der Rechtssache C-336/14 – Ince.

33 Vgl. Berberich, in: Streinz/Liesching/Hambach, Glücks- und Gewinnspielrecht in den Medien, 1. Aufl. 2014, § 33c GewO Rn. 2 ff.

34 Vgl. hierzu den Ergebnisbericht der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung zum Glücksspielverhalten in Deutschland 2013, abrufbar unter <http://www.vdai.de/spielverhalten/BZgA-2014.pdf>.

lizenzieren Lotterievermittler, systematisch missachtet. Hierzu zählen die „spielanreizende“ sowie allgegenwärtige Jackpot-Werbung ebenso wie unzulässiges Sponsoring sowie eine ständig voranschreitende Vertriebswegerweiterung wie zuletzt das Zur-Verfügung-Stellen einer eigenen „Lotto-App“.³⁵

c) Absolute Geltung des Internetverbots für Poker- und Casinospiele

Anders als noch nach dem GlüStV a.F. gilt das Internetverbot nicht mehr absolut. Nunmehr bestehen Befreiungsvorbehalte für die Bereiche Lotterien, Sportwetten und Pferdewetten. Das Festhalten am Internetverbot für Poker- und Casinospiele erweist sich, insbesondere angesichts der nachgewiesenen fehlenden Praxistauglichkeit in den vergangenen Jahren sowie in einer Gesamtschau mit den verfassungs- wie unionsrechtlich zu fordernden, aber vom Gesetzgeber nicht erfüllten Darlegungspflichten als nicht legitimierbar.³⁶

d) Festlegung einer Höchstzahl von Konzessionen für Sportwetten

Die Annahme, aufgrund der Begrenzung der Anbieterzahl könne das Gefahrenpotential bezüglich des Glücksspielangebots als solchem begrenzt werden, ist nicht haltbar. Sowohl die Europäische Kommission als auch die deutsche Monopolkommission haben sich zu Recht dahingehend geäußert, dass nicht erkennbar sei, wie die Beschränkung der Gesamtzahl der Lizenzen in Deutschland dazu geeignet sein soll, die genannten Ziele zu erreichen. Erst recht lasse sich hierdurch keine Verringerung der Spielfrequenz des einzelnen Spielers erreichen. Besonders augenscheinlich wird die fehlende Schlüssigkeit der Festlegung einer Höchstzahl von Konzessionen im Bereich der Regulierung des Vertriebswegs Internet: Denn im Internet sind die Angebote nur einen „Mausklick“ voneinander entfernt, so dass der Wettbewerb als dementsprechend intensiv einzustufen ist.³⁷

4. Zwischenergebnis

Deutsches Strafrecht ist schon nicht anwendbar, solange die Personen, welche für im EU-Ausland lizenzierte Angebote verantwortlich sind, sich zum Zeitpunkt des Einstellens der Inhalte in das Internet nicht in Deutschland aufhalten. Jedenfalls beim Vorliegen einer EU-Lizenz dürfte regelmäßig aus strafrechtlicher Perspektive eine Legalisierungswirkung in Deutschland anzunehmen sein. Schließlich kann das Fehlen einer deutschen Erlaubnis jedenfalls nicht dann strafbarkeitsbegründend wirken, wenn die verwaltungsrechtlichen Erlaubnisvorschriften, auf welche §§ 284, 287 StGB Bezug nehmen, in Widerspruch zu den verfassungs- bzw. unionsrechtlichen Vorgaben stehen.

IV. Strafbarkeit der Spielteilnahme nach aktueller Rechtslage

Nur wenn der Nachweis geführt werden kann, dass sich Spielteilnehmer zum Zeitpunkt der Spielteilnahme in Deutschland befunden haben, wäre deutsches Strafrecht überhaupt anwendbar (vgl. § 9 Abs. 2 StGB). Aber auch in diesen Fällen käme eine Strafbarkeit gemäß § 285 StGB nur in Betracht, wenn bezüglich des konkreten Angebots, an welchem teilgenommen wird, die Strafbarkeitsvoraussetzungen gemäß § 284, 287 StGB zu bejahen wären.³⁸ Überdies erscheint bereits die Legitimation des Tatbestands,

selbst wenn man als geschütztes Rechtsgut auch öffentliche Interessen ansieht, als sehr fraglich.³⁹

V. Zusammenfassung

Die Entscheidung des AG München erweist sich bei genauerer Betrachtung als nicht haltbar. Richtigerweise hätte schon die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts verneint werden müssen. Jedenfalls liegt es nahe, einen entsprechenden Tatvorsatz des Angeklagten zu verneinen. Auch bezüglich der Strafbarkeit der im EU-Ausland lizenzierten Anbieter scheidet regelmäßig die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts aus. Überdies bestehen erhebliche Bedenken, strafrechtlich das Fehlen einer deutschen Erlaubnis vorwerfen zu können. Dies wirkt sich auf die Strafbarkeit der Spielteilnehmer dahingehend aus, dass diese „erst Recht“ fernliegend erscheint.

Summary

The District Court (Amtsgericht) of Munich in its recent judgment held that players who play „Black Jack“ with unlicensed online providers render themselves liable to criminal prosecution. The author analyses this decision and evaluates the possibility of criminal punishment under Sections 284, 285 and 287 of the German Criminal Code (StGB) according to the current legal situation.

The judgment by the District Court of Munich of 26.9.2014, which has not become final and binding yet, is afflicted with considerable legal errors. Correctly, the application of German criminal law should have been denied. In any case, had the evidence been assessed appropriately, the respective intention of the offender should have been also denied. Moreover, the judgment lacks sufficient discussion on the extremely complex legal situation, and is anything but convincing.

35 Vgl. W. Hambach/Brenner, in: Streinz/Liesching/Hambach (Fn. 33), § 10 GlüStV Rn. 35 ff.

36 Ausführlich hierzu aus verfassungsrechtlicher Perspektive Liesching/Berberich, in: Streinz/Liesching/Hambach (Fn. 33), Art. 12 GG Rn. 80 ff.

37 Vgl. hierzu ausführlich Bolay/Pfütze, in: Streinz/Liesching/Hambach (Fn. 33), § 10a GlüStV Rn. 191 ff. m. w. N.

38 Zur diesbezüglichen Akzessorität des § 285 StGB zu §§ 284, 287 StGB vgl. W. Hambach/Brenner, in: Streinz/Liesching/Hambach (Fn. 33), § 285 StGB Rn. 8, 9.

39 Vgl. Fischer (Fn. 11), § 285 Rn. 1. Konsequenz wäre, dass angesichts der staatlichen Vollzugsdefizite täglich Tausende von Menschen sich nach § 285 StGB strafbar machen würden.