

Oktober 2016

11. Jahrg.

71732

Seite 285-384

ZfWVG

Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht
European Journal of Gambling Law

5

Robert Dübbers

285 „Not just another service“ – Der Brexit und das Glücksspiel

Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M. (LSE), und Anja Jäger

286 EU-rechtskonforme Optionen zur Neuordnung der Regulierung der (digitalen) Glücksspielwirtschaft in Deutschland

Dr. Erik Duesberg und Dr. Markus Rübenstahl

292 Geldwäsche im Glücksspielsektor – Zur Strafbarkeit des Glücksspielveranstalters gemäß § 261 StGB

Claus Hambach, LL.M., und Dr. Bernd Berberich

299 Glücksspielstrafrecht – unionsrechtskonforme Auslegung der §§ 284–287 StGB

PD Dr. Franz Hofmann, LL.M.

304 Private Enforcement im Wett- und Glücksspielrecht

Bastian Philipp Kläner

310 Zu aktuellen Rechtsfragen des Trennungsgebotes nach § 21 Abs. 2 GlüStV

Robert Schippel

315 Das deutsche Online-Glücksspielrecht nach dem GlüStV 2012

Sven Buth und Dr. Jens Kalke

322 Lotterie-Sparen – Ergebnisse der Evaluation eines Internetsozialkonzeptes

Dr. Manfred Hecker

327 Gewinnspartotterien im Spiegel der Evaluationspflicht nach § 4 Abs. 5 Nr. 4 GlüStV

329 Anforderungen der unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung im Bereich des Glücksspielrechts

EuGH, Urt. v. 30.6.2016 – C-464/15 – Admiral Casinos & Entertainment AG

332 Anmerkung von *Norbert Krewer*

Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch

Sonderbeilage 3/2016

Symposium Glücksspiel 2016 der Forschungsstelle Glücksspiel an der Universität Hohenheim – Tagungsdokumentation

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

tätsinteressen ausländischer Tatortstaaten, Individualrechten und der Tatsache Rechnung zu tragen, dass eine Verfolgung eines im Ausland befindlichen Täters vor allem im Falle einer Rechtshilfeverweigerung aussichtslos ist.

4. Ergebnis

Festzuhalten ist nach alledem, dass der Geltungsbereich des § 261 Abs. 1 Var. 3 und 4 (i. V. m. Abs. 5) StGB sowie des § 261 Abs. 2 (i. V. m. Abs. 5) StGB eröffnet ist, wenn Glücksspielveranstalter in Deutschland über inkriminierte Gelder verfügen. In den praktisch vor allem im Online-Glücksspielsektor häufiger auftretenden Fällen, in denen Glücksspielveranstalter im Ausland agieren, kommt hingegen nach richtiger Auffassung nur eine Anwendbarkeit des Verurteilungs- und Gefährdungstatbestandes (§ 261 Abs. 1 Var. 3, 4, ggf. i. V. m. Abs. 5 StGB) in Betracht. Die deutschen Strafverfolgungsbehörden könnten allerdings vor dem Hintergrund der „Phishing“-Entscheidung des BGH⁶⁰ auch den Isolierungstatbestand (§ 261 Abs. 2, ggf. i. V. m. Abs. 5 StGB) verwirklichende Offshore-Konstellationen der deutschen Jurisdiktion unterwerfen.

VI. Fazit

Das Risiko einer Geldwäschestrafbarkeit hält sich u.E. in Grenzen, wenn Glücksspielveranstalter über ihnen zugewiesene Spielergelder verfügen, deren inkriminierte Herkunft ihnen nicht positiv bekannt ist. Nimmt der Veranstalter Vermögensverfügungen im Ausland vor, steht einer in diesen Fällen in Betracht zu ziehenden Bestrafung wegen leichtfertiger Geldwäsche im Falle des § 261 Abs. 2 i. V. m. Abs. 5 StGB regelmäßig die fehlende Anwendbarkeit deutschen Strafrechts entgegen. Nach § 261 Abs. 1 Var. 3 und 4 i. V. m. Abs. 5 StGB kann hingegen prinzipiell auch in Offshore-Fällen bestraft werden. Regelmäßig scheidet eine Geldwäschestrafbarkeit aber am Erfordernis einer leichtfer-

tigen Verkennung der inkriminierten Herkunft des Geldes, wenn Internetglücksspielveranstalter die – verfassungs- und unionsrechtskonform restriktiv anzuwendenden – Verhaltensanforderungen der §§ 9, 9a-d GwG einhalten. Auch im Falle einer Zuwiderhandlung gegen geldwäschegesetzliche Verhaltensanforderungen kann Glücksspielveranstalter selbst bei offenkundigen Anhaltspunkten für eine inkriminierte Herkunft der Gelder u.E. zumindest dann kein Leichtfertigkeitvorwurf gemacht werden, wenn sie geeignete Nachforschungen treffen, die eine inkriminierte Herkunft des Geldes nicht erkennen lassen, ohne dass diese Maßnahmen u.E. dem Niveau der §§ 9 ff. GwG auch nur annähernd entsprechen müssten.

Summary

Gambling operators are increasingly confronted with criminal money laundering accusations. Criminal liability requirements are largely unclear. This article concludes that gambling operators who do not know about the illegal origin of player funds are basically not guilty of a money laundering offence regulated in § 261 Strafgesetzbuch. Internet gambling operators regularly do not grossly negligently disregard the illegal origin of player funds (see § 261 subsection 5 Strafgesetzbuch) if they observe money laundering legal behavior requirements of §§ 9, 9a-d Geldwäschegesetz. In case of obvious indications that funds proceed from an unlawful act named in § 261 subsection 1 Strafgesetzbuch, gambling operators have to carry out appropriate investigations. If these investigations do not indicate a discredited origin of the funds, operators do not act with gross negligence even if they infringe requirements of the Geldwäschegesetz.

60 BGH, NStZ-RR 2013, 253.

Claus Hambach, LL.M., und Dr. Bernd Berberich, München*

Glücksspielstrafrecht – unionsrechtskonforme Auslegung der §§ 284–287 StGB

In rechtstatsächlicher Hinsicht hat die Bedeutung der §§ 284–287 StGB in den letzten 10 Jahren stetig abgenommen. Grund hierfür dürfte sein, dass bezüglich der Anwendbarkeit der Vorschriften des aktuellen Glücksspieländerungsstaatsvertrags (im Folgenden: „GlüStV“) erhebliche Bedenken bestehen und die §§ 284–287 StGB wiederum aufgrund des negativen Tatbestandsmerkmals „ohne behördliche Erlaubnis“ von den verwaltungsrechtlichen Vorgaben abhängig sind. Das Unionsrecht wirkt sich somit nicht nur auf die Anwendbarkeit der Regulierungsvorschriften aus, sondern erfasst aufgrund der Verwaltungsakzessorietät der §§ 284–287 StGB auch deren Geltungsanspruch. Eine entsprechend unionsrechtskonforme Auslegung der Strafvorschriften erscheint angezeigt. Die hierbei auftretenden komplexen Rechtsfragen betreffen in besonderem Maße

die Ermittlungsbehörden, welche einerseits bei Vorliegen eines Anfangsverdachts verpflichtet sind, Ermittlungen aufzunehmen (Legalitätsprinzip), andererseits aber unmittelbar an die Primärordnung des Unionsrechts gebunden sind.

I. Einführung und Schutzzweck der §§ 284–287 StGB

Die staatliche Reglementierung des Glücksspiels hat eine lange Tradition, deren Wurzeln bis in das Römische Recht zurückreichen.¹ Im deutschen Rechtskreis wurden erstmals im 13. Jahrhundert Strafanordnungen entwickelt.² Den vorläufigen Endpunkt stellen die §§ 284–287 StGB dar, die im

* Auf Seite III erfahren Sie mehr über die Autoren.

1 Vgl. Seelig, Glücksspielstrafrecht, 1923, 7 ff.

2 Vgl. den Nürnberger Ratsbeschluss aus dem Jahre 1286.

Wesentlichen noch mit der durch Gesetz vom 23.12.1919 eingeführten Fassung übereinstimmen.³ Im Kern macht sich hiernach strafbar, wer ein Glücksspiel, eine Lotterie oder eine Ausspielung ohne behördliche Erlaubnis öffentlich veranstaltet, §§ 284, 287 StGB. Gemäß § 285 StGB ist auch die Beteiligung an unerlaubtem Glücksspiel (nicht: an einer Lotterie oder Ausspielung) strafbar. Durch das 6. Strafrechtsreformgesetz vom 26.1.1998 kamen die Regelungen in §§ 284 Abs. 4, 287 Abs. 2 StGB hinzu, sodass auch die Werbung für öffentliche Glücksspiele, Lotterien und Ausspielungen strafbar ist.⁴

Der Schutzzweck dieser Strafvorschriften ist umstritten. Genannt werden u. a. die öffentliche Ordnung, der Schutz der Allgemeinheit vor negativen Folgen, das Vermögen der Spieler bzw. die staatliche Kontrolle und Zügelung der natürlichen Spielleidenschaft der Bevölkerung, die Gewährleistung eines ordnungsgemäßen Spielablaufs sowie die Abschöpfung der Gewinne für gemeinnützige Zwecke.⁵ Angesichts der Kriminalisierung (nur) des nicht konzessionierten Spielbetriebs dürfte jedenfalls nicht die Verwerflichkeit der Veranstaltung von bzw. der Teilnahme an Glücksspielen Kern des Unrechtsvorwurfs sein, sondern das Handeln „ohne behördliche Erlaubnis“.⁶ Wenn im Wesentlichen das Fehlen der erforderlichen Erlaubnis Strafgrund ist, erscheint es angezeigt, bereits für die Schutzbereichsbestimmung den öffentlich-rechtlichen Regulierungszweck (vgl. § 1 GlüStV) mit in den Blick zu nehmen. Das Verwaltungsrecht stellt insoweit die Primärordnung dar, die den Pflichtenkreis inhaltlich umreißt, während das Strafrecht sekundär als Sanktionsordnung hinzutritt.⁷ Entsprechend flexibel stellen sich die §§ 284–287 StGB hinsichtlich ihres konkreten Schutzzwecks dar. Derzeit dienen die Vorschriften (als zusätzliches Mittel) zur Absicherung der in § 1 GlüStV aufgelisteten Ziele, also insbesondere der wirksamen Bekämpfung der Spielsucht, der Lenkung des natürlichen Spielbetriebs der Bevölkerung in geordnete und überwachte Bahnen durch ein begrenztes Glücksspielangebot, der Realisierung von Jugend- und Spielerschutz sowie der Abwehr möglicher Folge- und Begleitkriminalität.

Diese (entsprechend flexibel interpretierte Form der) Verwaltungsakzessorität kann jedoch nicht rein formaler Natur sein. Es überzeugt nicht, allein auf das schlichte Fehlen einer Erlaubnis abzustellen, da sonst im Ergebnis bloßer „Verwaltungsungehorsam“ mit Strafe behaftet wäre.⁸ Die §§ 284–287 StGB können daher nur dann entsprechend ihres Schutzzwecks (i. S. einer zusätzlichen Absicherung der in § 1 GlüStV formulierten Ziele) Geltungsanspruch erheben, wenn die öffentlich-rechtlich vorgegebenen Ziele auch im Einklang mit den verfassungs- sowie unionsrechtlichen Vorgaben⁹ stehen und tatsächlich entsprechend verfolgt werden. Sollte etwa die aktuelle Regulierungssituation verfassungs- bzw. unionsrechtswidrig sein, erscheint ein „Durchschlagen“ auf die §§ 284–287 StGB angezeigt. Denn Schutzzweck der §§ 284–287 StGB kann nicht sein, etwa die Einhaltung eines unionsrechtswidrigen Erlaubnisverfahrens strafrechtlich abzusichern.

Diese inhaltlich komplexe „Abhängigkeit“ der §§ 284–287 StGB von der Bewertung der verwaltungsrechtlichen Regulierungssituation hat jüngst der EuGH in der Rechtssache INCE¹⁰ eindrucksvoll herausgearbeitet.¹¹ Danach kann bei einer rechtswidrigen staatlichen Monopolstellung das Fehlen einer deutschen Erlaubnis strafrechtlich nicht geahndet werden. Art. 56 AEUV steht einer solchen Ahndung selbst dann entgegen, wenn der Anbieter theoretisch eine Erlaub-

nis erhalten kann, die Kenntnis von dem Verfahren zur Erteilung einer solchen Erlaubnis aber nicht sichergestellt ist. Die vom EuGH entwickelten Voraussetzungen für ein unionsrechtskonformes Konzessionsverfahren (insbesondere die Voraussetzung objektiver, nicht diskriminierender und im Voraus bekannter Erlaubnisvoraussetzungen) wendet er somit gleichermaßen für ein „definitionsgemäß nicht kodifiziertes“,¹² fiktives Erlaubnisverfahren an, welches erforderlich wird, wenn die aktuelle Gesetzeslage gegen Unionsrecht verstößt. Nur durch eine unionsrechtskonforme Etablierung eines solchen Verfahrens bis zu einer gesetzlichen Neufassung kann die Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 56 AEUV effektiv gewahrt werden, wenn sich eine freiheitsbeschränkende Regulierungslage als unionsrechtswidrig erweist. Das Verdikt der Unionsrechtswidrigkeit eines aktuellen Regulierungszustandes erfasst somit konsequenterweise auch die insoweit verwaltungsakzessorischen Strafvorschriften, so dass diese (bis zur Schaffung einer unionsrechtskonformen Regulierungslage) aufgrund des Geltungsvorrangs von Unionsrecht nicht anwendbar sind.

II. Rechtstatsächliche Situation

In rechtstatsächlicher Hinsicht hat die Bedeutung der §§ 284–287 StGB in den letzten 10 Jahren stetig abgenommen: Nachdem das BVerfG die Verfassungswidrigkeit der staatlichen Monopolstellung im Sportwettenbereich unter dem Regime des Lotteriestaatsvertrags (dem Vorläufer des GlüStV a. F.) festgestellt hatte, wurde von den Strafgerichten sowohl für die Rechtslage vor dieser Entscheidung (sog. „Altfälle“) als auch für die Übergangszeit bis zum Inkrafttreten des GlüStV a. F. (mit Wirkung zum 1.1.2008) eine Strafbarkeit nach diesen Vorschriften verneint.¹³ Während der Geltungszeit des GlüStV a. F. (vom 1.1.2008 bis zum 30.6.2012) gab es nur einige wenige strafgerichtliche Entscheidungen, die aber eine einheitliche Linie vermissen lassen. Häufig wurde weniger die Rechtmäßigkeit der Regulierungssituation thematisiert als vielmehr die Frage, ob ein (etwaiger) Verbotsirrtum vermeidbar oder unvermeidbar ist.¹⁴

³ Vgl. RGBl. I 2145.

⁴ Vgl. BR-Drucks. 13/8587, 67 f. Weitere Strafvorschriften, welche diese Regelungen (wie z. B. §§ 5–7 RWG) flankieren, bleiben vorliegend ebenso wie die zahlreichen Bußgeldvorschriften in den Ausführungsgesetzen der Länder (vgl. *Mansdörfer*, ZfWG 2016, 94, 95) außer Betracht.

⁵ Vgl. *W. Hambach/Liesching*, in: Streinz/Liesching/Hambach, Glücks- und Gewinnspielrecht in den Medien, 2014, § 284 StGB Rn. 3 ff.

⁶ Vgl. hierzu *Voßkuhle/Bumke*, Rechtsfragen der Sportwette, Berlin 2002, 16, 39. Es überzeugt demnach, diesen Terminus als negatives Tatbestandsmerkmal einzuordnen und nicht etwa als einen besonderen Rechtfertigungsgrund, so z. B. auch *Lackner/Kühl*, Strafrecht, 28. Auflage 2014, § 284 StGB, Rn. 12.

⁷ Vgl. dazu *Frisch*, Verwaltungsakzessorität und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht, 1993, 7 ff.

⁸ So auch LG Berlin, Beschl. v. 19.1.2012 – 526 Qs 8/11, Rn. 12.

⁹ Zu den Begrifflichkeiten „Konsistenz“ und „Kohärenz“ in diesem Kontext vgl. *Liesching/Berberich*, in: Streinz/Liesching/Hambach (Fn. 5), Art. 12 GG, Rn. 57 ff.

¹⁰ EuGH, Urte. v. 4.2.2016 – C-336/14 = ZfWG 2016, 115 ff. mit Anm. von *Kudlich/Berberich*, ZfWG 2016, 126 ff.

¹¹ Vgl. hierzu auch *Dietlein/Peters*, ZfWG 2016, 78 ff.

¹² Vgl. EuGH, Urte. v. 4.2.2016 – C-336/14 = ZfWG 2016, 115, 122 = juris Rn. 57.

¹³ BGH, 16.8.2007 – 4 StR 62/07, ZfWG 2007, 361 = juris Rn. 22; OLG München, 26.9.2006 – 5 St RR 115/05, NJW 2006, 3588, 3591; OLG Hamburg, 5.7.2007 – 1 Ws 61/07 = juris Rn. 27.

¹⁴ Vgl. hierzu *Buchholz/Rübensthal*, ZfWG 2015, 97 ff.

Seit Inkrafttreten des aktuellen GlüStV (mit Wirkung zum 1.7.2012) haben die Organe der Strafrechtspflege – soweit ersichtlich – fast gänzlich die Existenz der §§ 284–287 StGB (insbesondere im Online-Bereich) in ihrer Praxis ausgeblendet.¹⁵ Hintergrund hierfür dürfte sein, dass die Bundesländer weder unter dem Regime des Lotteriestaatsvertrags noch des GlüStV a. F. eine verfassungs- bzw. unionsrechtskonforme Regulierungslage geschaffen hatten und auch gegenüber dem aktuellen GlüStV von Anfang an erhebliche Bedenken geäußert wurden.¹⁶ Mittlerweile haben sich insbesondere folgende Kritikpunkte herauskristallisiert: Der Hessische Verwaltungsgerichtshof hat dargelegt, dass das Glücksspielkollegium eine unzulässige „dritte“ Ebene darstellt und nicht hinreichend demokratisch legitimiert ist.¹⁷ Fraglich bleibt, ob angesichts umfassender Werbung seitens der staatlich beherrschten Lotteriegesellschaften überhaupt eine hinreichende Legitimationsbasis für die staatliche Monopolstellung im Lotteriebereich besteht.¹⁸ Erheblichen Bedenken ist auch das Internetverbot für Casino- und Pokerspiele ausgesetzt. Weder hat sich dieses bisher in der Praxis bewährt,¹⁹ noch ist der Gesetzgeber seinen Darlegungspflichten nachgekommen, wieso gleichzeitig bei Sportwetten (trotz ähnlicher Suchtgefahren) eine Öffnung dieses Vertriebswegs sinnvoll sein soll.²⁰ Mittlerweile bezweifeln auch Obergerichte wie der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, ob das Internetverbot gem. § 4 Abs. 4 GlüStV tatsächlich einem Anbieter von Casinospielen entgegengehalten werden kann.²¹

Vor allem aber darf die nach dem GlüStV anvisierte „Teil-liberalisierung“ des Bereichs der Sportwetten (vgl. § 10a GlüStV) als gescheitert betrachtet werden, nachdem das Verwaltungsgericht Wiesbaden mit Beschluss vom 18.9.2014 die Lizenzvergabe gestoppt hatte²² und diese Entscheidung vom Hessischen Verwaltungsgerichtshof mit Beschluss vom 16.10.2015 bestätigt wurde.²³ Das Verwaltungsgericht Wiesbaden hat mit Urteil vom 15.4.2016 das zuständige Ministerium in unionsrechtskonformer Auslegung sogar dazu verpflichtet, einem zuvor abgelehnten Bewerber eine für sieben Jahre gültige Sportwettenkonzession zu erteilen.²⁴ Die Politik hat mittlerweile auf diese Entwicklungen reagiert und diskutiert verschiedene Reformvorschläge.²⁵ Fraglich ist, ob dies die Europäische Kommission daran hindern wird, ein förmliches Vertragsverletzungsverfahren (Art. 258 AEUV) gegen Deutschland im Anschluss an das am 29.6.2015 von ihr initiierte Pilotverfahren²⁶ einzuleiten.

III. Fragen zur Anwendbarkeit der §§ 284–287 StGB in der Praxis

Es darf als eine Reaktion auf die seit über 10 Jahren bestehende unklare, um nicht zu sagen chaotische Rechtslage gewertet werden, dass jedenfalls seit Inkrafttretens des aktuellen GlüStV die Ermittlungsbehörden die Existenz der §§ 284–287 StGB insbesondere hinsichtlich des (allgegenwärtigen) Online-Marktes fast vollständig ausgeblendet haben. Dies wirft die Frage auf, ob damit nicht eine Art „faktische Inkohärenz“ hinsichtlich der §§ 284–287 StGB zu konstatieren ist oder ob es vielmehr gar konsequent ist, in Beachtung von Unionsrecht die §§ 284–287 StGB derzeit nicht anzuwenden. Daran anknüpfend stellt sich zudem die praktisch bedeutsame Frage, ob es ungeachtet dieser allgemeinen Praxis gleichwohl rechtens wäre, in vereinzelten

Fällen die §§ 284–287 StGB etwa gegenüber im EU-Ausland lizenzierten Online-Anbietern²⁷ anzuwenden.

1. Das Legalitätsprinzip aus dem Blickwinkel des Unionsrechts

Entsprechend des in § 152 Abs. 2 StPO verankerten Legalitätsprinzips ist die Staatsanwaltschaft verpflichtet, wegen aller verfolgbaren Straftaten einzuschreiten, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte bestehen. Das Legalitätsprinzip bedeutet damit von Gesetzes wegen Verfolgungszwang gegen jeden Verdächtigen.²⁸ Daraus folgt im Grundsatz, dass die Frage nach dem „Ob“ der Aufnahme von Ermittlungen nicht unter die Prämisse der pflichtgemäßen Ermessensausübung fällt bzw. im Rahmen eines Beurteilungsspielraums steht.²⁹ Die insoweit von Art. 3 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich garantierte „Anwendungsgleichheit“ wird somit weitgehend durch das Legalitätsprinzip garantiert.³⁰ Ein nahezu flächendeckendes „Nichteinschreiten“ könnte somit gegen das Legalitätsprinzip verstoßen. Da dieses gebietet, gegen *jeden* Verdächtigen vorzugehen, wäre es hiermit unvereinbar, nur in vereinzelten Fällen einzuschreiten. Für den im Einzelfall Betroffenen könnte es indes unmöglich sein, diese „Anwendungsgleichheit“ tatsächlich auch durchzusetzen. Denn fraglich ist, ob das Unterlassen des Einschreitens gegenüber zahlreichen vergleichbar Verdächtigen den tatsächlich Betroffenen in *seinen* Grundrechten verletzt. Nach der Diktion des Bun-

15 Eine (wenig überzeugende) Ausnahme stellt AG München, Urt. v. 26.9.2014 – 1115 Cs 254 Js 176411/13 dar, vgl. ZfWG 2015, 147 ff. mit kritischer Anmerkung von C. Hambach/Berberich, ZfWG 2015, 150 ff. Das Urteil des AG München wurde mit Urteil vom 28.7.2016 durch das LG München I aufgehoben und das Verfahren mangels feststellbarer Anwendbarkeit deutschen Strafrechts gem. § 260 III StPO eingestellt.

16 Vgl. Reaktion der Kommission zur Notifizierung 2011/0188/D v. 20.3.2012, SG (2012) D/50777, 3 f.

17 Vgl. Hessischer VGH, Beschl. v. 16.10.2015 – 8 B 1028/15 = ZfWG 2015, 478 ff. Instrukтив hierzu Kirchhof, ZfWG 2015, 301 ff.

18 Speziell zur strafrechtlichen Bewertung von Online-Zweitlotterien vgl. Kudlich/Berberich, ZfWG 2016, 7 ff.

19 Die Bruttospielerträge lagen für Online-Casino und Online-Pokerspiele im Jahr 2014 zusammen bei 881,2 Mio. Euro, so die Europäische Kommission, vgl. EU-PILOT vom 29.6.2015 – 7625/15/GROW, 8.

20 Zu den gesetzgeberischen Darlegungspflichten vgl. EuGH, Urt. v. 15.9.2011 – C-347/09, ZfWG 2011, 403 ff. Ausführlich hierzu vgl. Bolay/Pfütze, in: Streinz/Liesching/Hambach (Fn. 5), § 10a GlüStV Rn. 50 ff.

21 Vgl. VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 8.9.2015 – 6 S 1426/14 = juris Rn. 34 = ZfWG 2016, 50 ff.

22 Vgl. u. a. VG Wiesbaden, Beschl. v. 18.9.2014 – 5 L 1453/14.WI = ZfWG 2015, 478 ff.

23 Vgl. Hessischer VGH, Beschl. v. 16.10.2015 – 8 B 1028/15 = ZfWG 2015, 478 ff. mit Anm. von Krewer, ZfWG 2015, 485 ff.

24 Vgl. VG Wiesbaden, Urt. v. 15.4.2016 – 5 K 1431/14.WI. = ZfWG 2016, 277.

25 Derzeit aus Bayern, Nordrhein-Westfalen und Hessen. Insbesondere Hessen spricht sich für eine zeitgemäße Regulierung des Glücksspiels in Deutschland aus, vgl. Presseinformation des Hess. Ministeriums des Inneren und für Sport vom 8.10.2015, Nr. 201.

26 Vgl. EU-Pilotverfahren 7625/15/GROW. Darin beanstandet die Kommission das Fehlen der Gesamtschlüssigkeit. Insbesondere wirft die Kommission den deutschen Ländern vor, dass sie ohne Erhebung und Auswertung von belastbarem Datenmaterial zu den jeweiligen Suchtpotentialen sowie den Manipulations- und Geldwäschegefahren gravierende Rechtsfolgeunterscheidungen zwischen den verschiedenen Glücksspielarten getroffen haben.

27 Zur Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen eine EU-Lizenz einer Strafbarkeit entgegenstehen könnte, vgl. W. Hambach/Liesching, in: Streinz/Liesching/Hambach (Fn. 5), § 284 StGB Rn. 94.

28 Vgl. BVerfG NStZ 1982, 430.

29 Vgl. Kindhäuser, Strafprozessrecht, 4. Aufl. 2016, Rn. 18.

30 Vgl. Dreier, Grundgesetz Kommentar Band I, 2. Auflage 2004, Art. 3 GG, Rn. 90.

desverfassungsgerichts in einem Beschluss vom 23.7.1982 „kann [der Betroffene] weder aus dem Gleichheitssatz noch aus Art. 2 GG verlangen, dass die Staatsanwaltschaft strafverfolgend auch gegen andere vorgeht oder dass sie Ermittlungen gegen ihn unterlässt, weil oder solange sie nicht zugleich auch gegen andere Personen in objektiv gleicher oder ähnlicher Verdachtslage vorgeht.“³¹ Indes ist zu beachten, dass es bei dem soeben zitierten Beschluss in dem zugrunde liegenden Sachverhalt um die Aufklärung einer Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung gem. § 222 StGB ging, also eines Straftatbestands, bei dem eine mögliche Unanwendbarkeit aufgrund von Unionsrechtswidrigkeit nicht im Ansatz in Rede stand. Anders verhält es sich – wie dargelegt – bei den §§ 284–287 StGB: Hier sprechen zahlreiche Argumente dafür, dass die öffentlich-rechtliche Regulierungslage, deren Absicherung die §§ 284–287 StGB dienen (s. o.), nicht mit Verfassungs- bzw. Unionsrecht vereinbar sind. Aufgrund der unmittelbaren Bindungswirkung aller staatlicher Stellen an die Primärordnung des Unionsrechts dürfen dann aber, wie der Europäische Gerichtshof in der Rechtssache INCE bestätigt hat, die entgegenstehenden Vorschriften auch nicht übergangsweise angewendet werden.³² Hinsichtlich der konkreten Konsequenzen hat der Gerichtshof ausdrücklich daran erinnert, dass ein Mitgliedstaat auch keine *strafrechtlichen* Sanktionen verhängen darf. Dieses Verbot leitet der Gerichtshof u. a. aus dem in Art. 4 Abs. 3 EUV vorgesehenen Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit ab. Die Pflicht, bei Unionsrechtswidrigkeit keinerlei freiheitsbeschränkende Maßnahmen zu treffen, obliegt *allen* Stellen, auch den *Strafverfolgungsbehörden*, des betroffenen Mitgliedstaates.³³

Bezieht man diese unionsrechtlichen Überlegungen vorliegend mit ein, verletzen die Ermittlungsbehörden in Deutschland aktuell *nicht* das Legalitätsprinzip: Halten diese die aktuelle Regulierungslage für unionsrechtswidrig, besteht aus rechtlichen Gründen bereits kein Anfangsverdacht, welcher aber erforderlich wäre, um ein Ermittlungsverfahren zu eröffnen. Dieses Ergebnis erscheint möglicherweise im ersten Moment befremdlich, da so an sich auch kein die Rechtslage aufklärendes Urteil ergehen kann. Jedoch ist zum einen zu beachten, dass eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof gem. Art. 267 AEUV für die Staatsanwaltschaft a priori nicht besteht, also sie für ihr unmittelbares Handeln selbst die Primärordnung auszulegen hat. Zum anderen wäre es sehr befremdlich, wenn die Staatsanwaltschaft ein Ermittlungsverfahren mit freiheitsbeschränkenden Maßnahmen betreiben müsste, obwohl sie selbst dieses für (wahrscheinlich) unionsrechtswidrig hält. Würde die Staatsanwaltschaft gleichwohl so vorgehen, um eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof nach Anklageerhebung bei Gericht zu ermöglichen, wären – im Falle, dass sich im Nachhinein die Rechtslage tatsächlich als unionsrechtswidrig erweist – bis zu diesem Zeitpunkt die Freiheitsrechte des Betroffenen unwiderruflich verletzt.³⁴ Dies erscheint im Hinblick auf den Anwendungsvorrang des Unionsrechts nicht hinnehmbar, insbesondere wenn man die verwaltungsakzessorische Natur der §§ 284–287 StGB berücksichtigt. Denn originär steht nicht die Unionsrechtswidrigkeit der §§ 284–287 StGB in Rede, sondern die der verwaltungsrechtlichen Vorschriften, deren Ziele die §§ 284–287 StGB strafrechtlich absichern sollen. Dann aber erscheint es auch sachgemäß, wenn bei höchst unsicherer (verwaltungsrechtlicher) Rechtslage die Ermitt-

lungsbehörden zuwarten, bis in den zahlreichen verwaltungsgerichtlichen Verfahren die relevanten unionsrechtlichen (Vor-)Rechtsfragen einer Klärung zugeführt wurden. Eine solche verfahrenstechnische Lösung scheint bei unionsrechtskonformer Auslegung der §§ 284–287 StGB geboten.³⁵

2. Annahme eines Anfangsverdachts – „Willkürkontrolle“

Fraglich bleibt, wie es zu bewerten ist, wenn eine Staatsanwaltschaft sich gleichwohl in seltenen Fällen auf den Standpunkt stellen sollte, es bestehe (trotz bzw. wegen der unklaren Rechtslage) ein „Anfangsverdacht“, sich dementsprechend zur Sachverhaltsaufklärung veranlasst fühlt und intensive Ermittlungsmaßnahmen anordnet bzw. ausführt. Auf den ersten Blick scheint dies kaum angreifbar, wenn sich die Staatsanwaltschaft auf den Standpunkt stellt, es bestünden *nur* „unionsrechtliche Zweifel“. Deshalb müsse jedenfalls ein Anfangsverdacht bejaht werden, zumal der von der Ermittlungsmaßnahme vereinzelt Betroffene nicht in *seinen* Grundrechten verletzt sei. Aber auch hier dürfte man bei genauerer Betrachtungsweise zu einem anderen Ergebnis gelangen, insbesondere wenn man die unionsrechtlichen Vorgaben, etwa des Kohärenzgebots, mit berücksichtigt.

a) Kohärenzgebot

Das Kohärenzgebot wurde vom Europäischen Gerichtshof insbesondere anhand von Fällen aus dem Bereich des Glücksspielrechts entwickelt. Hintergrund ist, dass es in keinem anderen wichtigen Wirtschaftszweig so eklatant an einer sekundärrechtlichen Harmonisierung der wichtigsten Regulierungsstandards mangelt und mithin der Gerichtshof aus dem Primärrecht Vorgaben entwickeln musste, damit die Grundfreiheiten hinreichend geschützt sind.³⁶ Als Prüfkriterien entwickelte der Europäische Gerichtshof zum einen eine Art „Ehrlichkeitsprüfung“, also ob der Mitgliedstaat die vorgebrachten Ziele auch wirklich verfolgt und nicht tatsächlich fiskalische Interessen im Vordergrund stehen.³⁷ Zudem betonte der Europäische Gerichtshof zunehmend die gleichheitsrechtliche Komponente des Kohärenzgebots, wonach vergleichbare Fälle nicht ungleich behandelt werden dürfen, da sonst die eigentliche Zielerreichung konterkariert wird.³⁸ Die insoweit formulierten Anforderungen ermöglichen eine gerichtliche „Schlüssigkeitskontrolle“ und beugen einer Missbrauchsgefahr seitens der Legislative bzw. Exekutive vor. Das Kohärenzprinzip formuliert mithin Anforderungen an den Gestaltungsauftrag und sub-

31 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 23.7.1982 – 2 BvR 8/82.

32 Vgl. EuGH, Urt. v. 4.2.2016 – C-336/14 = juris Rn. 52 und 53 = ZfWG 2016, 115, 121.

33 EuGH, Urt. v. 4.2.2016 – C-336/14 = juris Rn. 64 = ZfWG 2016, 115, 122.

34 Neben den unmittelbar freiheitsbeschränkenden Ermittlungsmaßnahmen kann insbesondere im Wirtschaftsleben allein die Anhängigkeit eines Strafverfahrens erhebliche (mittelbare) Nachteile mit sich bringen.

35 Sollte sich diese Erkenntnis erst nach Eröffnung eines Ermittlungsverfahrens bei der Staatsanwaltschaft durchsetzen, könnte etwa eine (vorläufige) Einstellung des Ermittlungsverfahrens gem. § 154d StPO angezeigt sein.

36 Vgl. *Michl*, ZfWG 2016, 110, 110.

37 Vgl. EuGH, Urt. v. 28.7.2011 – C-71/10 und C-77/10 = juris Rn. 59 = ZfWG 2012, 105 ff.

38 Vertiefend hierzu *Streinz/Michl*, in: *Streinz/Liesching/Hambach* (Fn. 5), Art. 34 ff. AEUV, Rn. 71 ff.

stituiert damit zwingende Rechtfertigungsanforderungen, die (v.a. historisch bedingt) aufgrund einer weitgehenden Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers im Glücksspielbereich bestehen.

b) Verfassungsrechtliches Gebot einer einheitlichen Verwaltungspraxis

Parallel zur Fortentwicklung des Kohärenzgedankens seitens des Europäischen Gerichtshofs scheint auch bei der verwaltungsgerichtlichen Judikatur die Kontrolldichte stetig zuzunehmen und zwar nicht nur bei Überprüfung der gesetzgeberischen Wertentscheidungen, sondern auch bei der Umsetzung im praktischen Vollzug. So betonte etwa der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg anlässlich des Erlasses einer glücksspielrechtlichen Untersagungsverfügung das Gebot, eine einheitliche Verwaltungspraxis an den Tag zu legen: Im Lichte der Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 12 Abs. 1 GG sei das beklagte Land gehalten, in gleichgelagerten Fällen ebenfalls einzuschreiten. Soweit es anlassbezogen einschreite und sich auf die Regelung von Einzelfällen beschränke, müsse es hierfür sachliche Gründe geben. Da der Gerichtshof solche nicht erkennen konnte, stellte er einen entsprechenden Ermessensfehler fest und beurteilte die ergangene Untersagungsverfügung als rechtswidrig.³⁹ Aus ähnlichen Gründen bewertete auch das Verwaltungsgericht Darmstadt den Erlass einer Untersagungsverfügung für voraussichtlich rechtswidrig und beanstandete, dass der Verwaltungsvorgang die Annahme zulasse, dass die Untersagungsverfügung „auf Zuruf“ konkurrierender staatlicher Lottogesellschaften, nicht jedoch aufgrund eines geplanten, koordinierten und eventuell abgestuften Vorgehens gegen alle Anbieter durchgeführt worden sei.⁴⁰

c) „Willkürkontrolle“

Überträgt man die soeben dargestellten Anforderungen, die sich auch unter den Begriff einer effektiven „Willkürkontrolle“ fassen lassen, auf die Frage der Annahme eines Anfangsverdachts nur in ausgewählten Einzelfällen,⁴¹ erweisen sich die darauf beruhenden Ermittlungsmaßnahmen (Justizverwaltungsakte) als ebenfalls rechtswidrig, solange keine sachlichen Gründe für das konkret punktuelle Einschreiten ersichtlich sind. Zwar wird für die Frage, ob ein Anfangsverdacht anzunehmen ist, der Staatsanwaltschaft teilweise ein gewisser Beurteilungsspielraum eingeräumt.⁴² Indes erweist sich hier die entsprechende Kontrolldichte seitens der Gerichte deutlich geringer als bei der Ausübung pflichtgemäßen Ermessens (auf Rechtsfolgenseite). Gleichwohl gibt es aber Grenzen, bei deren Überschreiten rechtswidriges Handeln festzustellen ist. Die dargelegte „Willkürkontrolle“ scheint insoweit geeignet, einer rechtsmissbräuchlichen Ausnutzung des gesetzlich eingeräumten Beurteilungsspielraums effektiv vorzubeugen.⁴³

In räumlicher Hinsicht dürfte bei dieser „Willkürkontrolle“ danach zu differenzieren sein, um welche Glücksspielart es sich beim (strafrechtlichen) Einschreiten handelt. Ginge es beispielsweise um die Vermittlung von Online-Sportwetten, ist zu beachten, dass diese (wie die überwiegende Anzahl von Glücksspielarten) verwaltungsrechtlich auf Länderebene reguliert werden. Dementsprechend müsste als Vergleichsmaßstab für einen koordinierten Vollzug nicht nur verwaltungsrechtlich, sondern auch bezogen auf die Anwendbarkeit der verwaltungsakzessorischen §§ 284–287 StGB auf die Praxis im jeweiligen Bundesland abgestellt werden. Eine entsprechende Abstimmung der Staatsanwaltschaften innerhalb der Bundesländer ließe sich zudem

organisatorisch – jedenfalls in Form der Dienstaufsicht, vgl. § 147 GVG – umsetzen.

IV. Fazit und Ausblick

Die erheblichen unionsrechtlichen Bedenken gegen den aktuellen GlüStV haben bei der Frage der Anwendbarkeit der verwaltungsakzessorischen §§ 284–287 StGB Berücksichtigung zu finden. Aus dem Blickwinkel des Unionsrechts verstößt es deshalb nicht gegen das Legalitätsprinzip, wenn die Ermittlungsbehörden seit Inkrafttreten des aktuellen GlüStV (insbesondere im Online-Bereich) die §§ 284–287 StGB weitgehend ausgeblendet haben. Vielmehr gebietet dies eine unionsrechtskonforme Auslegung der verwaltungsakzessorischen §§ 284–287 StGB. Wenn ungeachtet dieser allgemeinen Praxis eine Staatsanwaltschaft gleichwohl in einem vereinzelt Fall freiheitsbeschränkende Ermittlungsmaßnahmen durchführen sollte, dürfte dies bei Fehlen eines sachlichen Grundes hierfür einer sowohl unionsrechtlich wie verfassungsrechtlich angezeigten „Willkürkontrolle“ nicht standhalten.

Die mit der Realisierung des materiellen Strafanspruchs der §§ 284–287 StGB verbundenen erheblichen rechtlichen Schwierigkeiten rücken allgemeine Fragen ins Licht, nämlich ob diese Strafvorschriften überhaupt erforderlich bzw. zeitgemäß sind oder nicht besser de lege ferenda ersatzlos gestrichen werden sollten.⁴⁴ Stattdessen würden dann die zahlreichen Bußgeldvorschriften in den Ausführungsgesetzen der Länder greifen. Bei zeitgemäßer Betrachtung dürfte dies völlig ausreichend sein und würde zudem der „Ultima Ratio“ des strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes gerecht.

Summary

Currently, significant concerns exist regarding compliance of the GlüStV with EU law. This has consequences for the criminal law provisions in sections 284 to 287 of the StGB which are strictly tied to the administrative law regulations, and which therefore must be interpreted in accordance with EU law. Under aspects of EU law, it is therefore not a violation of the legality principle that the investigating authorities have blanked out sections 284 to 287 of the StGB since the current GlüStV came into force (in particular for online activities). Should, in spite of this general practice, a public prosecutor nevertheless decide to carry out freedom-restricting investigative activities in an individual case, this will, except if reasonable justifying grounds exist, probably not withstand the “arbitrariness check” required under EU and under constitutional law.

39 Vgl. VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 8.9.2015 – 6 S 1426/14 = juris Rn. 37 ff. = ZfWG 2016, 50 ff.

40 Vgl. VG Darmstadt, Beschl. v. 13.5.2015 – 3 L 1807/14.DA = ZfWG 2016, 76 ff.

41 Etwa wenn ein Strafantrag von prominenter Stelle gestellt wurde.

42 Vgl. Schmitt in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, 57. Auflage 2014, § 152 StPO, Rn. 4.

43 Dogmatisch kann diese Form der „Willkürkontrolle“ über den Grundsatz des fairen Verfahrens (Art. 6 Abs. 1 EMRK) eingeordnet werden: So kann nach BGH, Beschluss vom 12.1.2005 – 5 StR 191/04 (vgl. JR, 2005, 300 mit Anmerkung Lesch) die missbräuchliche Ausnutzung des den Ermittlungsbehörden zustehenden Beurteilungsspielraums einen (in der Revision auf Verfahrensrüge zu beachtenden) Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens begründen.

44 Kritisch etwa Fischer, Strafgesetzbuch, 63. Auflage 2016, § 284 StGB Rn. 2a: „Überzeugende Begründungen für die Kriminalisierung (nur) des unkonzessionierten Spielbetriebs sind trotz der gewiss gut gemeinten Absichts- und Zielbeschreibungen nicht leicht erkennbar.“