

Dezember 2019

14. Jahrg.

71732

Seite 417-544

ZfWVG

Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht
European Journal of Gambling Law

6

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

- Prof. Dr. Christian Koenig*
417 „Ein Staat – zwei Systeme“ überfordert nicht den Föderalismus, sondern rechts- und ordnungspolitische Schablonen!
- Prof. Dr. Thomas Dünchheim*
418 Unions- und verfassungsrechtliche Vereinbarkeit eines Lotterieveranstaltungsmonopols im Gefüge einer kohärenten Glücksspielregulierung
- Prof. Dr. Jan-Philipp Rock*
427 Aktuelle Rechtsprechung zum Glücksspielrecht
- Dr. Jörg Bewersdorff*
442 Nochmals: Der durch Spielsucht generierte Umsatzanteil
- Dr. Lennart Brüggemann*
449 Gleichartigkeit zwischen Wettbürosteuer und Sportwettensteuer?
- Fred Steinmetz und Dr. Ingo Fiedler*
456 Konzept eines staatlichen Blockchain-basierten Systems zur transparenten Zahlungsabwicklung bei Onlineglücksspielen
- Dr. Wulf Hambach und Dr. Bernd Berberich*
463 Eckpfeiler für Neuordnung des Internet-Glücksspiels auf Basis der EU-Kommission
- Dr. Nik Sarafi*
469 Die Kriminalisierung des Glücksspiels durch die §§ 284 ff. StGB unter strafverfassungsrechtlichen Gesichtspunkten
- 474 Erfolgreiche Nichtzulassungsbeschwerde betreffend die Ersetzung des § 33 i GewO durch Landesrecht
BVerwG, Beschl. v. 20.6.2019 – 8 B 41.18
- 475 Rechtsnachfolge bei einer durch Bescheid konkretisierten Untersagung der Sportwettvermittlung
VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 4.7.2019 – 6 S 1269/18
- 479 Kriterien für die Untersagung der Sportwettvermittlung in Sachsen-Anhalt
OVG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 9.7.2019 – 3 L 79/16
- 492 Rechtmäßige Untersagung des Angebots von Online-Glücksspielen in Baden-Württemberg
VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 11.7.2019 – 6 S 2759/18
- 498 Rechtmäßige Untersagung bestimmter Formen von Sportwetten
OVG Sachsen, Beschl. v. 19.7.2019 – 6 B 172/18
- 501 Kein Fortbetrieb einer Wettvermittlungsstelle wegen Verstoßes gegen geltendes Mindestabstandsgebot zu weiterer Wettvermittlungsstelle
OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 6.8.2019 – 6 B 10860/19
- 503 Auswahlverfahren für Bestandsspielhallen in NRW genügt dem unionsrechtlichen Transparenzgebot
OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 16.8.2019 – 4 B 659/18
- Sonderbeilage 2/2019:
„LOTTO trifft Gemeinwohl“
- Sonderbeilage 3/2019:
Die aktuelle Entwicklung der Prävalenzen marktrelevanter Glücks- und Gewinnspielformen in Deutschland

institutions of the legality of a given gambling provider. In combination with a state-run payment gateway that must be used for all gambling transactions, the system forms the basis for efficient interaction across state and federal authorities. Consequently, attempts at money laundering are

more easily detected, while player protection is improved. Most importantly, the system allows a clear distinction between licensed and unlicensed operators, the blocking of transactions to and from the latter, and thus effective enforcement against unregulated gambling.

Dr. Wulf Hambach und Dr. Bernd Berberich, München*

Eckpfeiler für Neuordnung des Internet-Glücksspiels auf Basis der EU-Kommission

Die Zeit tickt von der Uhr, spätestens im Februar 2020 sollten die Bundesländer einen neuen Glücksspielstaatsvertrag bei der EU-Kommission notifiziert haben, damit dieser rechtzeitig zum 1.7.2021 in Kraft treten kann. In diesem Zusammenhang könnte den Bemerkungen der Kommission hinsichtlich des notifizierten 3. GlüÄndStV, welcher zum 1.1.2020 in Kraft treten soll, eine entscheidende Bedeutung zukommen. Die Kommission mahnt insbesondere eine fortlaufende Erhebung und Auswertung empirischer Daten an. Entscheidend ist nämlich, ob die gesetzlichen Ziele auch wirklich in der Praxis erreicht werden. Um dies zu gewährleisten, sollten die Länder das Internetglücksspiel neu regulieren.

I. Einführung

Die Europäische Kommission hat im Rahmen der Notifizierung des „Dritten Staatsvertrags zur Änderung des Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland“¹ gegenüber den Bundesländern kritisch Stellung bezogen (vgl. II.).² Der von der Kommission festgestellte permanente Verstoß gegen die unionsrechtlichen Nachweispflichten könnte hinsichtlich der aktuellen Regulierungslage zur Unanwendbarkeit des Internetverbots gem. § 4 Abs. 4 GlüStV führen (vgl. III.). Vor diesem Hintergrund dürfte kein Weg daran vorbeigehen, das Internet-Glücksspiel in Deutschland für die Zeit ab 1.7.2021 umfassend neu zu ordnen. Hierbei sollten die Länder erstens berücksichtigen, dass der Regulierungsrahmen so flexibel ausgestaltet ist, dass die zuständige Behörde auf zukünftige Erkenntnisse und Entwicklungen sachgerecht reagieren kann. Zweitens ist es gerade nicht rechtlich erforderlich, Standards wie Sperrzeiten und Abstandsgebote bei terrestrischen Spielhallen auf Online-Casinoangebote im Internet zu übertragen. Im Gegenteil würden solche Maßnahmen gerade dazu führen, dass im internationalen Vergleich kein wirtschaftlich tragfähiges Angebot möglich wäre. Die Folge wäre, dass die Online-Regulierung in Deutschland auf ein Neues wegen faktischer Ineffizienz keine geeigneten Maßnahmen bereithalten würde. Insoweit hat die Kommission bereits mit Beschluss vom 2.9.2011 gegenüber Dänemark zum Ausdruck gebracht, dass die globale Konkurrenzsituation beim Vertriebsweg Internet eine unterschiedliche Behandlung gegenüber dem terrestrischen Glücksspiel rechtfertigen kann. Maßgeblich ist für die Kommission, ob die Regulierung des Vertriebswegs Internet in der Praxis funktioniert oder nicht.

Nur wenn eine nationale Regulierung sich im internationalen Umfeld behaupten kann und zu einer effektiven Kanalisierung auf in Deutschland lizenzierte Angebote führt, können die Verbraucherinteressen in Deutschland gewahrt werden (vgl. IV.). Sollte dies auch über den 1.7.2021 hinaus in Deutschland nicht gelingen, dürfte ernsthaft ein Vertragsverletzungsverfahren gegenüber Deutschland drohen.

II. Wesentlicher Inhalt des Schreibens der Kommission (2019/187/D)

Die Kommission sah sich nach Prüfung des Entwurfs des 3. GlüÄndStV zu kritischen Bemerkungen grundlegender Natur veranlasst:

1. Aufhebung der Begrenzung der Zahl der Konzessionen

Die Kommission begrüßt zunächst, dass die Höchstzahl von 20 Sportwetten-Konzessionen gestrichen wurde. Jedoch weist die Kommission darauf hin, dass sich nun auch die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen geändert haben. Konkret bestehe erstens eine kürzere Dauer der Experimentierphase von nur 18 Monaten (statt zuvor vorgesehenen sieben Jahren). Zweitens sei von einer potentiell höheren Anzahl von Konzessionsinhabern auszugehen. Die Kommission gibt deshalb zu bedenken, dass aufgrund dieser geänderten Umstände sich die Anreize für einen Wechsel vom unregulierten in den regulierten Bereich verringern könnten.

2. Neue Zeitplanung der Experimentierphase für Sportwetten

Die Kommission greift in ihrer Stellungnahme konkret die Erläuterungen der Länder zum 3. GlüÄndStV auf, welche besagen, dass „[die] Erteilung von Konzessionen an Veranstalter von Sportwetten [...] rechtlich [...] nunmehr für die gesamte Geltungsdauer des Glücksspielstaatsvertrags bis zum 3.6.2021 [möglich ist].“ Hierdurch entstehe der Eindruck, dass der ursprüngliche Zeitraum von sieben auf neun Jahre ausgedehnt werde. Die Kommission macht jedoch deutlich, dass nach ihrer Auffassung die Experimen-

* Auf Seite III erfahren Sie mehr über die Autoren.

1 Im Folgenden: „3. GlüÄndStV“.

2 Vgl. hierzu die Pressemitteilungen *Ashelm*, Polit-Posse um Öffnung des Glücksspielmarktes, 17.9.2019 (FAZ); *Wilmroth*, Blauer Brief aus Brüssel, 25.8.2019 (SZ); *Hambach/Berberich*, Blauer Brief der EU setzt die Länder unter Druck, 28.8.2019 (LTO).

tierphase noch gar nicht begonnen hat. Die Zuteilung von Sportwetten-Konzessionen gem. § 10 a Abs. 2 GlüStV sei bisher weder geschehen noch vor dem geplanten Inkrafttreten des 3. GlüÄndStV zu erwarten. Dies habe zur Folge, dass durch den 3. GlüÄndStV die Dauer der Experimentierphase von sieben Jahren auf maximal 18 Monate erheblich verkürzt werde.

3. Verhältnis des 3. GlüÄndStV zu § 32 GlüStV

Die Kommission befasst sich sodann mit der Vorschrift § 32 GlüStV („Evaluierung“), welche durch den 3. GlüÄndStV nicht geändert wird. Hiernach sind die Auswirkungen des GlüStV, insbesondere der §§ 4a bis 4e, 9, 9a und 10a GlüStV, auf die Entwicklung und Ausbreitung von unerlaubten Glücksspielen in Schwarzmärkten zu evaluieren. Ein zusammenfassender Bericht ist fünf Jahre nach Inkrafttreten des GlüStV (sprich: am 1.7.2017) vorzulegen. Die Kommission stellt insoweit fest, dass sich die genannten Bestimmungen mit den geplanten Änderungen überschneiden. Die Evaluierungspflicht gem. § 32 GlüStV decke ausdrücklich auch die geplanten Änderungen in §§ 4a, 4b, 9a und 10a GlüStV ab. Da die in § 10 a Abs. 1 GlüStV vorgesehene Experimentierphase jedoch noch gar nicht begonnen habe, bittet die Kommission die Länder um Erläuterung, wie die Evaluierungspflicht gem. § 32 GlüStV umgesetzt werden soll.

4. Verhältnis der Notifizierung zum 3. GlüÄndStV zu den vorherigen Notifizierungen des aktuellen GlüStV

Sodann befasst sich die Kommission mit dem Verhältnis der Notifizierung des 3. GlüÄndStV zu den vorherigen Notifizierungen des aktuellen GlüStV. Insoweit hält die Kommission ausdrücklich an ihrer bisherigen ausführlichen Stellungnahme und ihren Bemerkungen zum aktuellen GlüStV fest, insbesondere was die Reaktion der Kommission mit Schreiben vom 2.3.2012 anbelangt.

a) Zur Begrenzung des Online-Glücksspiels im Sportwettenbereich

In dem erwähnten Schreiben vom 2.3.2012 nimmt die Kommission zunächst Bezug auf ihre ausführliche Stellungnahme vom 18.7.2011.³ In dieser hatte die Kommission angemerkt, dass in einer Gesamtschau der strengen Bedingungen für die Erteilung von Sportwetten-Konzessionen diese es sehr schwierig erscheinen ließen, ein wirtschaftlich tragfähiges und in der Folge stabiles und attraktives Onlineangebot für Sportwetten bereitzustellen. Vor diesem Hintergrund begrüßte die Kommission die von den Ländern mittels Schreiben vom 7.12.2011 vorgenommenen Änderungen des Vertragsentwurfs zum GlüStV. Indes wurde gleichwohl daran erinnert, dass die Geeignetheit und Verhältnismäßigkeit der getroffenen Maßnahmen ordnungsgemäß nachzuweisen sind.

b) Zur Veranstaltung und Vermittlung von Casinospielen und Poker im Internet

Nachdem die Kommission in ihrer Stellungnahme vom 18.7.2011 die zunächst notifizierte Anforderung, dass nur traditionelle Spielbanken in Deutschland Online-Casinospiele anbieten dürften, in Frage gestellt hatte, wurde die betreffende Vorschrift von den Ländern gelöscht und überhaupt keine Angebote von Online-Casinospielen bzw. Online-Pokerspielen gestattet. Die Länder rechtfertigten die

Etablierung eines generellen Verbots folgendermaßen: „Angesichts der Tatsache, dass derartige Spiele leicht manipulierbar sind und ein beträchtliches Suchtpotential aufweisen und mit Blick auf die Tatsache, dass die Gefahr besteht, dass sie für Geldwäscheaktivitäten eingesetzt werden, scheint es nicht vertretbar zu sein, das Internet als Vertriebskanal zu erschließen.“ Insoweit wies die Kommission jedoch darauf hin, dass „keinerlei Daten vorgelegt wurden, um den Nachweis betreffend das tatsächliche Vorhandensein der ermittelten Gefährdungen zu erbringen. In diesem Zusammenhang möchten die Dienststellen der Kommission erneut darauf hinweisen, dass die Geeignetheit und Verhältnismäßigkeit der betroffenen Maßnahmen in hinreichender Art und Weise nachzuweisen ist.“ Außerdem legte die Kommission konkret dar, in welcher Hinsicht zu prüfen ist, ob ein derartiger Nachweis hinreichend erbracht wurde. Es müsse konkret untersucht werden,

- ob einerseits kriminelle und betrügerische Aktivitäten im Zusammenhang mit dem Glücksspiel und andererseits die Spielsucht in Deutschland bedeutende Probleme darstellen und
- ob das Verbot bestimmter Arten von Glücksspielen oder von Online-Glücksspielen geeignet ist, diesen Problemen abzuwehren.⁴

Abschließend stellte die Kommission nochmals fest, dass keine Informationen zur Verfügung gestellt wurden, welche es ermöglicht hätten, die Verhältnismäßigkeit des Internetverbots zu bewerten.

III. Unionsrechtliche Bewertung bezüglich der Anwendbarkeit des Internetverbots (§ 4 Abs. 4 GlüStV)

Es ist augenfällig, dass die Kommission in ihren Schreiben seit 2011 immer wieder darauf hinweist, dass „keinerlei Daten vorgelegt wurden, um den Nachweis betreffend das tatsächliche Vorhandensein der ermittelten Gefährdungen zu erbringen“. Auch wenn die seitens der Kommission zitierte Nachweispflicht der ständigen Rechtsprechung des EuGH entspricht (vgl. 1.), wird diese seit nunmehr 8 Jahren seitens der Länder systematisch ignoriert (vgl. 2.). Mittlerweile verfügbare Daten von dritter Seite belegen gerade nicht das Vorliegen der vorgeblich bestehenden besonderen Gefahren bestimmter Online-Glücksspiele (vgl. 3.). Das Bundesverwaltungsgericht⁵ hat im Jahr 2017 gleichwohl die inhaltliche Reichweite der unionsrechtlichen Nachweispflicht wie bisher die Länder sehr eng interpretiert (vgl. 4.). Geht man in der Diktion der Kommission davon aus, dass die Länder seit 2012 fortlaufend die unionsrechtlichen Nachweispflichten systematisch verletzen, stellt sich die Frage, welche Rechtsfolgen dies insbesondere für die Anwendbarkeit des Internetverbots gem. § 4 Abs. 4 GlüStV hat (vgl. 5.).

1. EuGH: Nachweispflicht liegt bei den Mitgliedstaaten

Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des EuGH, dass als Grundlage einer sachgerechten Kohärenzprüfung die

³ Vgl. ZfWG 2011, 325 ff.

⁴ Hierbei rekurriert die Kommission explizit auf die ständige Rechtsprechung des EuGH, siehe Rechtssache EuGH, 8.9.2010 – C-316/07, Stoß u. a., Rn. 71.

⁵ Im Folgenden: „BVerwG“.

staatlichen Behörden dem Gericht alle tatsächlichen Umstände darzulegen haben, auf dessen Basis das Gericht die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in die Dienstleistungsfreiheit überprüfen kann.⁶ Nach dieser Rechtsprechung des EuGH ist es zwar grundsätzlich Sache der Mitgliedstaaten, das nationale Schutzniveau in Bezug auf Glücksspiele selbst zu bestimmen. Der mitgliedstaatliche Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum wird hierbei jedoch durch prozedurale Darlegungs- und Nachweisanforderungen umrissen. Insbesondere müssen restriktive, in die Dienstleistungsfreiheit eingreifende Regelungen auch tatsächlich dem Anliegen entsprechen, die Gelegenheit zum Spiel zu verringern.⁷

Diese Rechtsprechung des EuGH betont das dynamisch zu verstehende Gebot, die tatsächlichen Gefährdungs- und Risikolagen sowie die darauf abgestimmten Regulierungsoptionen fortlaufend zu ermitteln sowie zu beurteilen. Hintergrund dieser Rechtsprechung ist folgender Gedanke: Nur auf Basis einer tatsachenbasierten Evaluierung kann das zur Entscheidung berufene nationale Gericht bewerten, ob die Grundannahmen des Gesetzgebers auch in der Praxis Bestätigung finden. Den nationalen Gerichten kommt insoweit eine entscheidende Rolle zu. Ihnen obliegt es, das von einem Mitgliedstaat festgelegte Schutzniveau auf seine Kohärenz hin zu überprüfen, nämlich ob die vorgesehenen Maßnahmen (hier: das Internetverbot) tatsächlich geeignet und verhältnismäßig ist, die angestrebten Ziele zu erreichen. Wenn nun aber überhaupt keine tragfähigen Daten hierzu ermittelt und den Gerichten vorgelegt werden, läuft die gerichtliche Kohärenzprüfung faktisch leer.

2. Permanenter Verstoß gegen Nachweispflichten seitens der Länder

Die Kommission stellt mit dem aktuellen Schreiben klar, dass nach ihrer Auffassung die Länder als Adressat der Nachweispflichten die ständige Rechtsprechung des EuGH im Hinblick auf die bestehenden Nachweispflichten ignorieren bzw. fehlinterpretieren. Die Kommission nimmt darauf Bezug, dass bereits im Jahr 2012 „keinerlei Daten vorgelegt wurden, um den Nachweis betreffend das tatsächliche Vorhandensein der ermittelten Gefährdungen zu erbringen“. Durch diesen ausdrücklichen Verweis auf das Schreiben vom 2.3.2012 erstreckt sich diese Kritik nunmehr auf die Zeitspanne von 2012 bis heute.

Entsprechend aussagekräftige Daten wurden von den Ländern bisher weder erhoben noch bewertet. Exemplarisch für diese Verweigerungshaltung steht der Jahresreport 2016 der Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder (endgültige Fassung: 2.3.2018).⁸ Es handelt sich bei diesem Report um eine rein ökonomische Betrachtung des regulierten bzw. nicht regulierten Glücksspielmarktes. Es ist augenscheinlich, dass Daten allein zum Umfang der verschiedenen Marktsegmente keinerlei Aussagekraft hinsichtlich der Kohärenzprüfung haben. Auch der Evaluationsbericht der obersten Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder nach § 32 GlüStV vom 12.5.2017⁹ enthält keine entsprechenden aussagekräftigen Daten. Dort wird vielmehr angemerkt, dass bei einer Öffnung des Internets für Casino- und Pokerspiele die Kohärenz der bestehenden Beschränkungen im gewerblichen Automatenpiel (Mindestabstandsregel, Trennungsgebot) und der Spielbanken (Monopol oder Konzessionssystem) in Frage stünde.¹⁰ Je-

doch wird unmittelbar im Anschluss folgendes festgestellt: „Ob und welche Maßnahmen dazu beitragen können, die Ziele des Glücksspielstaatsvertrags bei Öffnung des Internets für Casino- und Pokerspiele zu erreichen, ist aufgrund empirisch gesicherter Daten zu untersuchen. [...] Es fehlen jedoch dazu bislang empirisch gesicherte Informationen.“ Damit erkennen die Länder im Grundsatz die unionrechtlichen Nachweispflichten an und gehen selbst davon aus, dass hinsichtlich des Gefährdungspotentials von Online-Casinospielen im Jahr 2017 keine empirisch gesicherten Informationen hierzu vorlagen.

3. Verfügbare Daten belegen keine besondere Gefährlichkeit des Internet-Glücksspiels

Anhand der ökonomischen Darstellung im Report der Glücksspielaufsichten der Länder aus dem Jahr 2016 lässt sich mittelbar das Verhältnis von reguliertem und nicht reguliertem Internetglücksspiel ermitteln. Für das Jahr 2016 stehen circa 85 % der Bruttospielerträge im nicht regulierten Online-Markt lediglich 15 % im regulierten Markt gegenüber. Dies deckt sich mit den Ergebnissen des Handelsblatt Research Institute.¹¹ Diese Zahlen veranschaulichen, dass der prohibitive Ansatz mit einer weitreichenden Online-Verbotspolitik sich über einen Zeitraum von nunmehr 8 Jahren als ungeeignet und nicht durchsetzbar erwiesen hat. Die Idee, spielinteressierte Personen auf wenige erlaubte Online-Glücksspielarten (vgl. § 4 Abs. 5 GlüStV) kanalisieren zu können, hat sich als unzutreffend erwiesen. Zusätzlich belegt der „Endbericht des Landes Hessen zur Evaluierung des Glücksspielstaatsvertrags“, dass die Grundannahme, Online-Spielformen seien besonders gefährlich, empirisch nicht belastbar ist.¹²

Schließlich gründet das Internetverbot auf der gesetzgeberischen Annahme, dass interessierte Spielteilnehmer gezwungen werden sollen, Spielhallen und Spielbanken, also terrestrische Angebote aufzusuchen, wie das BVerwG festgestellt hat:¹³ „Im Übrigen ist das modifizierte Internetverbot weiterhin geeignet, die Zwecke des Glücksspielstaatsvertrages zu erreichen, indem es den Spieler zwingt, die ihm unterfallenden Glücksspielangebote real aufzusuchen und so die spielsuchtfördernde Online-Spielvariante zu vermeiden.“ Die angestrebte Kanalisierung zu stationären Spielangeboten erfolgt nach dem Evaluierungsbericht Hessen jedoch evident in die falsche Richtung. Terrestrische Spielhallen, Gaststätten und Spielbanken werden von Spielsüchtigen bevorzugt aufgesucht und gelten als besonders suchtgefährdend.

6 EuGH, 15.9.2011 – C-347/09, Dickinger & Ömer, Rn. 54; vgl. auch EuGH, 12.6.2014 – C-156/13, Digibet und Albers, Rn. 40; EuGH, 8.9.2010, verb. Rs. C-316/07, C-409/07, C-410/07 und C-358/08, C-359/08, C-360/08, Markus Stoß u. a., 2010 I-08069, Rn. 71, 88, 97 f.

7 Die ständige Rechtsprechung prägnant zusammenfassend vgl. EuGH, 3.6.2016 – C-464/15, Admiral Casinos, Rn. 32–36.

8 Abrufbar unter https://innen.hessen.de/sites/default/files/media/hmdis/jahresreport_2016_0.pdf.

9 Abrufbar unter https://www.im.nrw/sites/default/files/media/document/file/gs_Evaluationsbericht%202017.pdf.

10 https://www.im.nrw/sites/default/files/media/document/file/gs_Evaluationsbericht%202017.pdf, Seite 33.

11 Die Digitalisierung des Glücksspiels, Oktober 2017 online abrufbar unter http://research.handelsblatt.com/assets/uploads/Gl%C3%BCcksspiel%20Studie2_20171024.pdf.

12 Abrufbar unter https://innen.hessen.de/sites/default/files/media/evaluationsbericht_des_landes_hessen_zum_gluecksspielstaatsvertrag.pdf, vgl. Seite 38.

13 BVerwG, Urteil vom 26.10.2017 – 8 C 18/16, Rn. 34 a. E.

Banz/Becker kommen in ihrer aktuellen Untersuchung zur Glücksspielsucht in Deutschland unter Auswertung der Ergebnisse der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung („BZgA“) ebenfalls zu dem Ergebnis, dass das gewerbliche Automatenspiel mit weitem Abstand das höchste Suchtgefährdungspotential aufweist.¹⁴ Es erscheint zudem unsachgerecht, Spielinteressierten dazu zwingen zu wollen, Orte aufzusuchen, in denen sie unmittelbar mit Spielsüchtigen in Kontakt geraten und mit deren Spielverhalten konfrontiert werden. Auch die für das Internetverbot relevante gesetzgeberische Annahme, dass ein linearer Zusammenhang zwischen der Verfügbarkeit eines Glücksspiels und dem Ausmaß der Suchtprävalenz bestehe, konnte in empirischen Studien nicht belegt werden.¹⁵

In diesem Kontext hilfreich ist der Blick in andere Länder, welche Online-Glücksspiele erlaubt haben. In keinem der untersuchten Länder hat sich die Spielsuchtprävalenz durch Einführung von Online-Glücksspielen auf einem wahrnehmbar höheren Niveau eingependelt.¹⁶ Auch nach Öffnung des Internetglücksspiels in Schleswig-Holstein ließ sich keine spielfördernde Auswirkung der veränderten rechtlichen Rahmenbedingungen in Schleswig-Holstein auf das Glücksspielverhalten in der Bevölkerung ableiten.¹⁷ Zudem wird häufig unterschätzt, dass das Internet gute Möglichkeiten bereithält, den Spielerschutz möglicherweise sogar effektiver als im terrestrischen Bereich auszugestalten (z. B. Anschluss an Safe-Server; spielformübergreifende Sperrdatei; Einführung eines Limit-Systems).¹⁸

4. Nationale Gerichte verkennen Reichweite der Nachweispflichten

Nicht nur die Länder, sondern auch die Gerichte verkennen – einer Entscheidung des BVerwG aus dem Jahr 2017 folgend – die Reichweite der (unter III. 1.) dargelegten unionsrechtlichen Nachweispflichten. Ausgelöst wurde diese Entwicklung durch ein Urteil des BVerwG vom 26.10.2017 (Az. 8 C 18.16), mit welchem das Gericht das Internetverbot gem. § 4 Abs. 4 GlüStV als mit Unionsrecht vereinbar erklärte. Dies geschah, ohne dass durch die Vorinstanz hierzu Tatsachenfeststellungen erhoben worden wären, anhand derer das BVerwG als reine Rechtsinstanz eine Kohärenzprüfung im Sinne der Rechtsprechung des EuGH hätte durchführen können.¹⁹

Zwar hat das BVerwG zunächst den unionsrechtlichen Prüfmaßstab in verkürzter Form in seinen Urteilsgründen erwähnt, dann aber nicht einmal im Ansatz auch nur Umstände, Informationen bzw. Daten zur aktuellen Regulierungslage im Online-Bereich dargelegt bzw. bewertet. Ohne die erforderliche, aber unterlassene Rückverweisung an die Vorinstanz als Tatsacheninstanz konnte das BVerwG überhaupt keine Umstände heranziehen, anhand derer sich das Gericht auch nur im Ansatz hätte vergewissern können, ob die gesetzgeberischen Grundannahmen der Länder bei Begründung des GlüStV 2012 dem unionsrechtlichen Kohärenzmaßstab genügen und auch im Jahr 2017 standhalten. Wenn nun aber das Revisionsgericht überhaupt keine Tatsachengrundlagen, welche von der Vorinstanz umfassend aufzubereiten gewesen wären, in die gebotene, aber unterbliebene Kohärenzprüfung mit einbezieht, sondern stattdessen lediglich wiederholend die gesetzgeberischen Grundannahmen zitiert, verkennt das Gericht die unionsrechtliche Rechtsschutzfunktion des Kohärenzprinzips. Im

Ergebnis läuft diese seitens des BVerwG praktizierte faktische Vorenthaltung einer sachlichen Kohärenzprüfung darauf hinaus, dass der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers nichts entgegengesetzt wird. Mangels eines effektiven Rechtsschutzes läuft damit der Anwendungsvorrang des Unionsrechts in Bezug auf das Internetverbot gem. § 4 Abs. 4 GlüStV faktisch leer.

5. Rechtsfolgen bezüglich eines Verstoßes gegen unionsrechtliche Nachweispflichten

Geht man entsprechend der Kritik der Kommission davon aus, dass die Länder bezüglich des Internetverbots gem. § 4 Abs. 4 GlüStV seit dem Jahr 2012 permanent die unionsrechtlichen Nachweispflichten verletzen, stellt sich die Frage, welche Rechtsfolgen hieraus abzuleiten sind. Wenn die Länder als die unionsrechtlich Verpflichteten keine hinreichend belastbaren Daten erheben bzw. bewerten, können sie auch nicht die Umstände darlegen, anhand derer sich die nationalen Gerichte vergewissern könnten, ob die gesetzlichen Maßnahmen (hier: das Internetverbot gem. § 4 Abs. 4 GlüStV) den sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergebenden Anforderungen genügen. Hieraus folgt, dass die unionsrechtlichen Grundfreiheiten seit Jahren weitreichenden Eingriffen unterliegen, ohne dass die nationalen Gerichte überhaupt überprüfen könnten, ob erstens die vorgeblichen besonderen Gefahren tatsächlich bestehen und zweitens, ob die ergriffenen Maßnahmen auch geeignet sind, den Gefahren effektiv zu begegnen.

Wie schon im Jahr 2012 scheinen auch nun die Länder versucht zu sein, die Rüge aus Brüssel schlicht zu ignorieren.²⁰ Dies könnte sich jedoch als Bumerang erweisen. Denn es entspricht der ständigen Rechtsprechung des EuGH, dass im Falle eines Konflikts zwischen dem Unionsrecht und einer mitgliedstaatlichen Praxis der sog. Anwendungsvorrang zugunsten des EU-Rechts durchgreift.²¹ Allen deutschen Behörden obliegt es deshalb, diesen Anwendungsvorrang in die Praxis umzusetzen. Ansonsten droht die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens seitens der Kommission.

a) Instanzgerichte

Die Instanzgerichte unterliegen grundsätzlich keiner Verpflichtung zur Vorlage an den EuGH gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV, d.h. die Gerichte können aus der europarechtlichen Perspektive den Anwendungsvorrang auch auf der Grundlage einer eigenen Auslegung des EU-Rechts selbst vornehmen. Nachdem nunmehr die Kommission in ihrer Stellung-

¹⁴ Banz/Becker, ZfWG 2019, 212, 218.

¹⁵ So auch die Feststellung im Evaluationsbericht der obersten Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder nach § 32 GlüStV vom 12.5.2017, Seite 25 f.

¹⁶ Vgl. Lischer, Sonderbeilage 4/2018, 2 (17).

¹⁷ Vgl. Hanewinkel/Clemens/Walther/Morgenstern, 2015, SUCHT 61 (1), 19 ff.

¹⁸ Hierauf hatte die Europäische Kommission basierend auf dem Input von Addiction and Lifestyles in Contemporary Europe Reframing Addictions Project (ALI-CE-RAP), einem internationalen Forschungsprojekt von 200 führenden Suchtwissenschaftlern aus 25 EU-Mitgliedstaaten, bereits im August 2011 hingewiesen, vgl. Lischer, ZfWG Sonderbeilage 4/2018, 2, 3.

¹⁹ Vgl. hierzu die Anmerkung Koenig/Berberich, ZfWG 2018, 153 ff.

²⁰ Vgl. die Antwort der Landesregierung NRW auf die Kleine Anfrage 3000 vom 2.9.2019, Drucksache 17/7654.

²¹ Ausführlich hierzu vgl. Streinz/Michl, in: Streinz/Liesching/Hambach, Glücks- und Gewinnspielrecht in den Medien, 1. Aufl. 2014, Art. 34 ff. AEUV, Rn. 137 ff.

nahme zum 3. GlüÄndStV deutlich gemacht hat, dass sie von einem permanenten Verstoß gegen die Rechtsprechung des EuGH ausgeht, haben die Instanzgerichte in Anerkennung dieser Kritik nunmehr zwei Optionen: Entweder wird der Rechtsprechung des EuGH Vorrang eingeräumt mit der Folge, dass derzeit das Internetverbot für nicht anwendbar erklärt wird; oder es verbleiben insoweit Restzweifel, ob die Kommission oder das BVerwG die Reichweite der unionsrechtlichen Nachweispflichten sachgerecht beurteilt. Für diesen Fall wäre es angezeigt, im Sinne der Verfahrensökonomie eine Vorlage der entscheidungserheblichen Rechtsfragen an den EuGH gem. Art. 267 Abs. 2 AEUV zu betreiben.

b) BVerwG

Sollte die Frage nach der inhaltlichen Reichweite der unionsrechtlichen Nachweispflichten durch das BVerwG neu zu beurteilen sein, ergeben sich für das Gericht folgende Optionen:

(1.) Das BVerwG erkennt die Kritik der Kommission an und erklärt die unionsrechtlichen Nachweispflichten – in Abkehr von der eigenen Rechtsprechung aus dem Jahr 2017 – als in Deutschland verletzt. Konsequenterweise müsste dann auch das Internetverbot gem. § 4 Abs. 4 GlüStV für unanwendbar erklärt werden.

(2.) Das BVerwG hat Zweifel, ob die Kritik der Kommission tatsächlich im Einklang steht zur ständigen Rechtsprechung des EuGH. Für diesen Fall ist das BVerwG verpflichtet, ein Vorabentscheidungsverfahren beim EuGH gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV einzuleiten.

(3.) Das BVerwG meint, dass die Kritik der Kommission inhaltlich verfehlt sei und verweigert eine Vorlage gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV an den EuGH. Für diesen Fall ist eine Verfassungsbeschwerde beim Bundesverfassungsgericht statthaft mit der Rüge der Verletzung des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG).²² Das BVerfG hätte dann die Möglichkeit, das BVerwG zu einer Vorlage an den EuGH zu verpflichten, damit eine einheitliche Auslegung des Unionsrechts gewährleistet ist.

c) Glücksspielbehörden

Bis zu dem Zeitpunkt einer Klärung hinsichtlich der inhaltlichen Reichweite der unionsrechtlichen Nachweispflichten empfiehlt es sich, dass die Glücksspielbehörden keine nachteiligen Vollzugsmaßnahmen hinsichtlich des Internetverbots gem. § 4 Abs. 4 GlüStV ergreifen. Andernfalls drohen Amtshaftungsansprüche gegenüber den Ländern. Der EuGH stützt die unionsrechtliche Staatshaftung auf den allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts, nach dem die Mitgliedstaaten zum Ersatz der Schäden verpflichtet sind, die dem einzelnen Unionsbürger durch ihnen zuzurechnende Verstöße gegen das Unionsrecht entstehen.²³ Danach erkennt das Unionsrecht einen Entschädigungsanspruch an, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind:²⁴ Die verletzte Rechtsnorm bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen. Der Verstoß gegen das Unionsrecht ist hinreichend qualifiziert. Zwischen dem Verstoß gegen die dem Staat obliegende Verpflichtung und dem den geschädigten Personen entstandenen Schaden besteht ein unmittelbarer Kausalzusammenhang.

Indem die Länder bisher keine aussagekräftige Nachweise erbracht haben, anhand derer die nationalen Gerichte überprüfen könnten, ob das Internetverbot einen verhältnismä-

Bigen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 56 AEUV darstellt, wird die Dienstleistungsfreiheit mangels einer effektiven Rechtskontrolle verletzt. Die Dienstleistungsfreiheit vermittelt als Grundfreiheit auch ein subjektives Recht, auf welches sich alle Unionsbürger berufen können.²⁵ Nach der kritischen Stellungnahme seitens der Kommission unter Verweis auf die ständige Rechtsprechung des EuGH dürfte seit diesem Zeitpunkt auch ein hinreichend qualifizierter Verstoß gegen das Unionsrecht vorliegen. Eine zeitnahe Klärung hinsichtlich der Reichweite der unionsrechtlichen Nachweispflichten erscheint deshalb dringend erforderlich, wenn Amtshaftungsansprüche der betroffenen Wirtschaftsteilnehmer vermieden werden sollen.

IV. Eckpfeiler für Neuordnung der Internet-Glücksspielregulierung

Aufgrund der in Deutschland seit Jahren äußerst geringen Kanalisierungsrate von 10 bis maximal 15 Prozent hinsichtlich des Internetglücksspiels hat sich die bisherige Verbotspolitik als untauglich erwiesen. Zudem fehlen empirische Nachweise, welche eine Beibehaltung der Verbotspolitik plausibel belegen könnten. Deshalb dürfte für die Zeit ab dem 1.7.2021 nach Ablauf des aktuellen GlüStV kein Weg daran vorbeigehen, das Internet-Glücksspiel umfassend neu zu ordnen. Tut Deutschland dies nicht wie von der Kommission angemahnt, dürfte die ernste Gefahr bestehen, dass die Kommission Deutschland wegen Verstoß gegen EU-Recht vor dem EuGH verklagt. Insoweit kann das Schreiben zur Notifizierung des 3. GlüÄndStV als Warnschuss interpretiert werden.

Dass die Kommission auch im Glücksspielbereich durchaus Ernst machen kann, musste zuletzt Schweden erfahren. Nachdem die Kommission den Mitgliedstaat Schweden im November 2013 aufgefordert hatte, seine nationalen Vorschriften in den Bereichen Online-Wett- und Online-Pokerdienste mit dem EU-Recht in Einklang zu bringen,²⁶ hielt die Kommission die Reaktion Schwedens auf diese Aufforderungen nicht für zufriedenstellend. Im Oktober 2014 leitete die Kommission zwei getrennte Vertragsverletzungsverfahren ein.²⁷

Für eine Neuordnung der Internet-Glücksspielregulierung dürften v. a. zwei Erwägungen der Kommission von fundamentaler Bedeutung sein: Erstens ist stetig zu evaluieren, ob die ergriffenen Maßnahmen wirklich geeignet sind, die gesetzgeberischen Ziele zu erreichen. Hieraus folgt, dass bei nachträglich festgestellter Untauglichkeit der nationale Gesetzgeber gehalten ist, hierauf zu reagieren. Aufgrund des Umstandes, dass der Vertriebsweg Internet einer ungeheuer schnelllebigen, dynamischen Fortentwicklung unterliegt, sollten deshalb auch die gesetzlichen Rahmenbedingungen entsprechend dynamisch ausgestaltet sein. Eine dezidierte gesetzliche Formulierung zu etablierender Schutz- und Regulierungsmaßnahmen dürfte sich als zu wenig anpas-

22 Vgl. BVerfG, 6.10.2017 – 2 BvR 987/16.

23 EuGH, NJW 1996, 1267, Rn. 17 und 31 – Brasserie du Pêcheur/Factortame III; EuGH, NJW 1992, 165, Rn. 31 ff. – Francovich).

24 OLG München, 18.2.2016 – 1 U 2599/15; vgl. zusammenfassend die Urteile EuGH, NJW 1999, 3181 – Rechberger, Greindl u. a., EuGH, NJW 2001, 3401 – Haim II.

25 Vgl. *Streinz/Michl*, in: *Streinz/Liesching/Hambach*, Glücks- und Gewinnspielrecht in den Medien, 1. Aufl. 2014, Art. 34 ff. AEUV, Rn. 42.

26 Vgl. IP 13/1101.

27 Vgl. https://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1150_de.htm.

sungsfähig erweisen. Dieses Dilemma kann der Gesetzgeber lösen, indem er selbst nur die aus seiner Sicht wesentlichen Parameter formuliert, die Feinjustierung aber der zuständigen und kompetenten Behörde in der praktischen Anwendung überlässt.²⁸ Eine entsprechende Verfahrensweise sollte Deutschland nicht zuletzt deshalb verfolgen, weil die Gesetzgebungskompetenz (noch) bei den Bundesländern liegt. Dies erhöht den internen Abstimmungsbedarf um ein Vielfaches und erschwert damit eine zügige Anpassung des Vertragswerks, sollte dies erforderlich werden, zumal diese Anpassung erneut bei der Kommission zu notifizieren wäre.

Zweitens mahnt die Kommission in zahlreichen Verfahren immer wieder an, dass der gewählte Regulierungsrahmen in der Praxis funktionieren muss, um die vorgegebenen Ziele zu realisieren. Nur wenn dies der Fall ist, erweisen sich entsprechende Eingriffe in die Grundfreiheiten als gerechtfertigt. Dies kann es erforderlich machen, voneinander abweichende Regelungen für Online-Produkte einerseits und herkömmliche Angebote im terrestrischen Bereich andererseits vorzusehen, auch wenn es sich im Übrigen um vergleichbare Spieltypen handelt. Folgerichtig hat die Kommission mit Beschluss vom 2.9.2011 die von Dänemark geplante Maßnahme, Online-Casinospiele deutlich geringer zu besteuern als herkömmliche Spielbanken, als gerechtfertigt angesehen.²⁹ Die dänischen Behörden sahen dies als erforderlich an, weil sonst im internationalen Umfeld des Vertriebswegs Internet nicht mit einer hinreichenden Kanalisierung des bestehenden Spieltriebs auf in Dänemark lizenzierte Anbieter gerechnet werden konnte. Dem ist die Kommission gefolgt, auch wenn sie im Ergebnis Online-Casinos und herkömmliche Spielbanken als einen Markt betrachtete. Ausschlaggebend hierfür ist die Anerkennung der globalen Konkurrenzsituation auf dem Vertriebsweg Internet: „Die über das Internet bereitgestellten Online-Glücksspiele haben den Sektor entscheidend verändert, es wurde ein globaler Markt geschaffen, für den physische Grenzen keine Rolle mehr spielen. In diesem Zusammenhang und in Anknüpfung an das Grünbuch 2011 weist die Kommission auch auf die Notwendigkeit einer Kontrolle des Online-Glücksspielsektors hin, um die möglichen schädlichen Folgen von Online-Glücksspielen für Verbraucher zu verhindern. [...] Um diese Gruppen potenzieller Spieler schützen zu können, müssen die Mitgliedstaaten in der Lage sein, den Online-Glücksspielsektor unter anderem durch die Vorgabe von Altersgrenzen oder Zulassungsbedingungen zu überwachen, die Zahlungsabwicklungssysteme zu kontrollieren und Marketing und Werbung für Online-Glücksspiele zu begrenzen.“³⁰

Entscheidend ist damit nicht, ob das stationäre Spielangebot und das Online-Spielangebot jeweils einen eigenen Produktmarkt darstellen oder einen Gesamtmarkt innerhalb eines Regimes. Ausschlaggebend ist vielmehr, dass die jeweils ergriffenen Maßnahmen wirklich geeignet sind, die gesetzten Ziele zu erreichen. Nur dann kann insgesamt von einer effektiven Glücksspielregulierung die Rede sein. Für den globalen Vertriebsweg Internet heißt das: Die gesetzlichen Vorgaben müssen einen Rahmen schaffen, der es gewährleistet, dass dieser im internationalen Vergleich eine effektive Kanalisierung ermöglicht. Sollte dies auch über den 1.7.2021 hinaus in Deutschland nicht gelingen, dürfte ernsthaft ein Vertragsverletzungsverfahren gegenüber Deutschland drohen.

Die dargelegte Auffassung der Kommission steht auch im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH. Etwa in der Rechtssache Zeturf hat der EuGH festgestellt, dass je nach Grad an Austauschbarkeit der verschiedenen Vertriebskanäle aus Sicht des Verbrauchers eine Gesamtbeurteilung angezeigt sein kann.³¹ Für die Frage der Verhältnismäßigkeit einzelner Regulierungsmaßnahmen hat der EuGH jedoch stets auf die Besonderheiten des Anbietens von Glücksspielen über das Internet hingewiesen.³² Für den Vertriebsweg Internet bedeutet dies, dass die Ziele eines neuen Gesetzes nur dann erreicht werden können, wenn es gelingt, den in Deutschland bestehenden Spieltrieb auf in Deutschland lizenzierte Angebote zu kanalisieren. Für den globalen Vertriebsweg Internet setzt dies zwingend voraus, dass die gesetzlichen Rahmenbedingungen es den Anbietern ermöglicht, ein wirtschaftlich tragfähiges und in der Folge stabiles und attraktives Onlineangebot zu etablieren. Im Rahmen der erforderlichen Gesamtbetrachtung erscheint die Regulierung des gesamten Glücksspielbereichs somit dann als stimmig, wenn in jedem Teilbereich die ergriffenen Maßnahmen geeignet sind, die vorgegebenen Ziele zu erreichen. Es darf deshalb dem Gesetzgeber nicht darum gehen, ungleiche Regulierungsbereiche zwanghaft anzugleichen; vielmehr müssen insgesamt die ergriffenen Maßnahmen auf den verschiedenen Ebenen eine effektive Kanalisierung gewährleisten.

Diese übergeordnete Sichtweise entspricht auch der Rechtsprechung des BVerwG. Hiernach darf der Gesetzgeber beispielsweise die Anforderungen an das Spiel an gewerblich zugelassenen Spielautomaten in Spielhallen und das Spiel an Automaten in Spielbanken (sog. kleines Spiel) trotz der Ähnlichkeit beider Glücksspielformen jeweils gesondert regeln.³³ Deshalb rechtfertigt die weitaus größere Verfügbarkeit des Automatenspiels eine höhere Gefahreinschätzung für Spielhallen. Der Gesetzgeber sollte demnach auch im Vergleich herkömmlicher Spielhallen und Online-Casinospiele die unterschiedliche Kontrollierbarkeit der jeweiligen Vertriebswege klar herausarbeiten und damit nach dem Vorbild Dänemarks begründen, dass eine Gleichbehandlung nicht zielführend sein kann. Am Ende werden nämlich die Grundannahmen des nationalen Gesetzgebers sowie die Erfolgsquote bei der Kanalisierungsrate darüber entscheiden, ob die Glücksspielregulierung in Deutschland ab 1.7.2021 den Anforderungen des EU-Rechts gerecht wird.

Summary

The remarks of the EU Commission concerning the third Treaty amending the Inter-State Treaty on Gambling suggest that Germany has permanently violated its obligation pursuant to EU law to provide evidence of the alleged threats posed by online gambling that are claimed by the German legislator to justify the general internet ban. For the current

28 So beispielweise in Dänemark.

29 Az. 2012/140/EU, abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1572444603060&turi=CELEX:32012D0140>.

30 Az. 2012/140/EU, abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1572444603060&turi=CELEX:32012D0140>, Rn. 121.

31 EuGH, 3.6.2011 – C-212/08, Rn. 76.

32 Vgl. beispielhaft EuGH, 8.9.2010 – C-46/08 – Carmen Media Group, Rn. 101–102.

33 Vgl. BVerwG, 16.12.2016 – 8 C 8.16, Rn. 77 ff.

regulatory situation, this likely leads to the inapplicability of section 4 (4) Inter-State Treaty on Gambling. With regard to the new regulation of the gambling sector due to take effect on 1 July 2021, there is no alternative but to compre-

hensively restructure internet gambling. If Germany does not do this in accordance with the Commission's instructions, there is a serious risk that the Commission will open infringement proceedings against Germany.

RA Dr. Nik Sarafı, Frankfurt a. M.*

Die Kriminalisierung des Glücksspiels durch die §§ 284 ff. StGB unter strafverfassungsrechtlichen Gesichtspunkten

Mit den §§ 284–287 StGB ist nahezu jeder Umgang mit dem Glücksspiel unter Strafandrohung verboten. Diese Verbote sind heftig umstritten, wenn es um ihre Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht geht. Dass die Kriminalisierung des Glücksspiels auch gegen nationale verfassungsrechtliche und strafrechtliche Prinzipien verstößt und in seiner gegenwärtigen Form nicht aufrechterhalten werden kann, zeigt der nachfolgende Beitrag.

I. Ausgangslage

Das Veranstalten und Vermitteln von Glücksspielen ohne behördliche Genehmigung und die Teilnahme an solchen Glücksspielen stehen nach geltendem deutschem Recht unter Strafe, §§ 284 Abs. 1, 285 StGB. Dieses Verbot stellt für Glücksspielbetreiber auf unionsrechtlicher Ebene einen Eingriff in die Niederlassungsfreiheit aus Art. 49 AEUV und in die Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 AEUV und auf nationaler Ebene einen Eingriff in die Berufsfreiheit aus Art. 12 GG dar. Für Spieler bedeutet das Verbot einen Eingriff in die Allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG. Die Modalitäten und Einzelheiten, ob und wie eine behördliche Erlaubnis erteilt werden kann, bestimmt der Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland („Glücksspielstaatsvertrag“). Das Veranstalten und Vermitteln öffentlicher Glücksspiele im Internet ist gemäß § 4 Abs. 4 GlüStV per se nicht erlaubnisfähig. Das „Online-Glücksspiel“ steht damit unter einem Totalverbot. Das Bundesverwaltungsgericht hat, ohne die Sache dem Europäischen Gerichtshof vorzulegen, in einer Entscheidung aus dem Jahr 2017 die Vereinbarkeit dieses Internetverbots mit dem nationalen Verfassungsrecht und dem Unionsrecht erklärt.¹ Dieses Urteil ist heftig kritisiert worden.²

Der Aufsatz geht zunächst der allgemeinen Frage nach, welche Eigenschaften ein Verhalten (Verhaltenstypus) aufweisen muss, damit die Legitimation des Staates bejaht werden kann, dieses Verhalten mit Strafgesetzen zu kriminalisieren und zu verbieten. Mit den herausgearbeiteten Grundsätzen und Standards werden wesentliche Bestimmungen des heute geltenden deutschen „Glücksspielsstrafrechts“ kontrastiert und anschließend am Maßstab der herausgearbeiteten Standards bewertet. Eine wesentliche Frage wird sein, weshalb im Zeitalter der Digitalisierung und des Internets ein derart strenges Totalverbot für das Veranstalten von Glücksspielen im Internet aufrechterhalten wird und weshalb der Staat sich selbst das Monopol für das Veranstalten von Glücksspielen zuschreibt. Das Ergebnis

führt zu der Frage nach der Notwendigkeit entkriminalisierender gesetzgeberischer Maßnahmen.

II. Das Strafrecht und die Legitimation zum staatlichen Strafen

Das in Art. 103 Abs. 2 GG und § 1 StGB kodifizierte Gesetzlichkeitsprinzip („nulla poena sine lege“ – „keine Strafen ohne Gesetz“) ist Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips.³ Das Gesetzlichkeitsprinzip soll die Bürger in einem Rechtsstaat vor willkürlicher Bestrafung bewahren.⁴ Daraus folgt allerdings nur, dass der Staat eine Handlung nur dann bestrafen darf, wenn die Handlung schon zum Tatzeitpunkt unter Strafe stand. Nach welchen Regeln der Staat Strafgesetze erlassen und Handlungen verbieten darf, ist dem Gesetzlichkeitsprinzip nicht zu entnehmen.⁵ Fest steht, dass eine Handlung strafwürdig sein muss, um sie mit dem Strafrecht zu unterbinden. Strafwürdigkeit hat einen doppelten Charakter:⁶ Unter Strafwürdigkeit im engeren Sinne ist ein Verhalten zu verstehen, das gegen eine Norm verstößt und den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllt. Etwas ist strafwürdig, weil es verboten ist. Strafwürdigkeit im weiten Sinne hingegen beschreibt ein Verhalten, das allein aufgrund seines Charakters – also aufgrund seiner materiellen, inhaltlichen Qualität und unabhängig dessen, ob das Verhalten sich unter einen Straftatbestand subsumieren lässt – unerwünscht ist und auch nur mit dem Strafrecht unterbunden werden kann. Nachfolgend wird der Frage nachgegangen, ob die mit §§ 284 ff. StGB verbotenen Handlungen strafwürdig im weiten Sinne sind und losgelöst von der strafrechtlichen Tatbestandsmäßigkeit eine derartige Qualität besitzen, dass sie in einer Gesellschaft nicht geduldet werden können und mit dem Strafrecht unterbunden werden müssen.

1. Staatliches Strafen – Legitimation und Zweck des Strafrechts im weiteren Sinne

Der Staat und die Legitimation des staatlichen Strafans als solche lassen sich vereinfacht auf einer Staatstheorie be-

* Auf Seite III erfahren Sie mehr über den Autor.

1 BVerwG, 26.10.2017 – 8 C 18.16 = ZfWG 2018, 145.

2 Bspw. Wittig/Hagenbruch, EuZW 2018, 631; Kubiciel, NVwZ 2018, 841.

3 Statt aller Katz, in: Staatsrecht, 18. Aufl. 2010, Rn. 211.

4 Hassemer/Kargl, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), StGB, 5. Aufl. 2017, § 1 Rn. 9; Fischer, in: StGB, 64. Aufl. 2017, § 1 Rn. 1.

5 Vgl. Paralleldarstellung Hassemer/Neumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), StGB, Vorbemerkungen zu § 1 Rn. 108 ff.

6 Vgl. Paralleldarstellung Hassemer/Neumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), StGB, Vorbemerkungen zu § 1 Rn. 49 ff.