

## Aufsätze und Kurzbeiträge

### Internationales Strafrecht

---

Rechtsanwältin Dr. Daphne Petry, LL.M., Köln

# Strafbarkeit der Veranstaltung einer Zweitlotterie

Zweitlotterien ermöglichen spielinteressierten Personen, online auf den Ausgang der Ziehung der Gewinnzahlen der „Primär“-Lotterien zu wetten. Die Veranstaltungsgesellschaften haben ihren Sitz meist in einem anderen EU-Land, von wo die Zweitlotterie mit einer entsprechenden Lizenz abgewickelt wird. Lediglich die Teilnahmemöglichkeit besteht auch von Deutschland aus.

Das Veranstalten von Glücksspielen bzw. Lotterien ist in Deutschland ohne entsprechende behördliche Erlaubnis grundsätzlich strafbar. Unabhängig von der Frage, ob es sich bei einer Zweitlotterie um ein Glücksspiel im Sinne von § 284 StGB oder um eine Lotterie im Sinne von § 287 StGB handelt, hängt eine Strafbarkeit maßgeblich davon ab, ob auf den konkreten Sachverhalt überhaupt das deutsche Strafrecht anwendbar ist (Ziff. I) und wie sich eine mögliche Unions- und/oder Verfassungswidrigkeit des Lotterieveranstaltungsmonopols auf das Tatbestandsmerkmal „ohne behördliche Erlaubnis“ auswirkt (Ziff. II).

## I. Anwendbarkeit deutschen Strafrechts

Ausgangspunkt für die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts ist das in § 3 StGB geregelte Territorialitätsprinzip, wonach das deutsche Strafrecht grundsätzlich für alle im Inland begangenen Straftaten Anwendung findet, unabhängig von der Nationalität des Täters oder des Opfers. Es geht somit um die Frage, wo die Straftat begangen wurde. Der Begehungsort wird durch § 9 StGB bestimmt.

Nach dem in § 9 StGB verankerten Ubiquitätsprinzip liegt der Begehungsort nicht nur im Inland, wenn der Täter in Deutschland gehandelt hat (§ 9 Abs. 1 Alt. 1 StGB), sondern auch dann, wenn der zum Tatbestand gehörende Erfolg in Deutschland eingetreten ist (§ 9 Abs. 1 Alt. 3 StGB). Es wird folglich sowohl auf den Handlungsort als auch auf den Erfolgsort abgestellt.

Hat der Veranstalter seinen Sitz im Ausland und befindet sich auch der Server, über welchen die Zweitlotterie abgewickelt wird, im Ausland, liegt der Handlungsort hinsichtlich des Veranstaltens im Ausland, auch wenn die Primärlotterie selbst im Inland stattfindet. Anknüpfungspunkt muss die Handlung des Täters sein, der selbst nur Einfluss auf die Zweitlotterie hat. Dass die Handlung durch das Internet auch in anderen Ländern Wirkung entfaltet, ändert nichts am Handlungsort, weil die Wirkung nicht Teil der Handlung ist. So hat auch der Bundesgerichtshof entschieden, dass ein Handlungsort nicht überall dort gegeben ist, wo die durch mediale Übertragung transportierte Handlung ihre Wirkung entfaltet, weil der „Radius der Wahrnehmbarkeit einer Handlung [...] nicht Teil ihrer selbst“ ist.<sup>1</sup> Der Handlungsort wird deshalb bei aktivem Tun durch den Aufenthaltsort des Täters bestimmt.<sup>2</sup> Daraus folgt, dass der Handlungsort grundsätzlich im Ausland liegen wird, wenn der Sitz des Veranstalters sowie der Server im Ausland sind. Der Handlungsort führt somit nicht zu einer Inlandstat.

Das deutsche Strafrecht könnte jedoch Anwendung finden, wenn ein inländischer Erfolgsort nach § 9 Abs. 1 Alt. 3 StGB vorliegt. Ob und in welcher Form die §§ 284, 287 StGB einen Erfolgsort enthalten, ist umstritten. Grund hierfür ist, dass es sich bei §§ 284 Abs. 1, 287 Abs. 1 StGB nach h.M. um sog. abstrakte Gefährdungsdelikte handelt,<sup>3</sup> sodass die Tatbestands-

<sup>1</sup> BGH NStZ 2015, 81, 82.

<sup>2</sup> MK/Ambos, 3. Aufl. 2017, § 9 Rn. 8 m.w.N.

<sup>3</sup> Schönke/Schröder-Heine/Hecker, 30. Aufl. 2019, § 284 Rn. 5; SK-StGB/Hoyer, 9. Aufl. 2017, § 284 Rn. 9; a.A. MK/Hohmann, § 284 Rn. 2.

verwirklichung lediglich die Vornahme der in der Vorschrift umschriebenen Handlung erfordert, nämlich das Veranstalten oder Halten eines Glücksspiels bzw. das Bereitstellen von Einrichtungen hierfür. Der Tatbestand setzt darüber hinaus keinen Erfolg voraus, sodass sich – wie bei anderen abstrakten Gefährdungsdelikten – die Frage stellt, ob die §§ 284 Abs. 1, 287 Abs. 1 StGB überhaupt einen Erfolgsort im Sinne von § 9 StGB aufweisen können.

## 1. Ansichten in der Literatur zu §§ 284 Abs. 1, 287 Abs. 1 StGB

Nach einer Ansicht in der Literatur weisen die §§ 284 Abs. 1, 287 Abs. 1 StGB einen Taterfolg auf, sodass eine Anwendbarkeit auch bei Handlungen im Ausland in Betracht kommt. Einen Taterfolg gebe es nicht nur bei Erfolgsdelikten, die Frage nach dem Erfolgsort im Sinne des § 9 Abs. 1 Alt. 3 StGB müsse normspezifisch am Schutzzweck der jeweiligen Strafvorschrift ausgerichtet werden. Der Taterfolg der tatbestandsspezifischen Handlung der §§ 284 Abs. 1, 287 Abs. 1 StGB sei deshalb die Beteiligungsmöglichkeit im Inland, selbst wenn sich die Website im Ausland befindet.<sup>4</sup> Diese Ansicht kann sich auch auf § 3 Abs. 4 GlüStV berufen, wonach ein Glücksspiel dort veranstaltet und vermittelt wird, wo dem Spieler die Möglichkeit zur Teilnahme eröffnet wird. Taterfolg bzw. Tathandlungserfolg ist danach die Eröffnung der Beteiligungsmöglichkeit und diese tritt im Inland ein, auch wenn sie aus dem Ausland von einer im Ausland eingerichteten Webseite eröffnet wird.

Teilweise wird einschränkend verlangt, dass ein „Inlandsbezug“ feststellbar sein muss, etwa dadurch, dass das Angebot auf der Webseite in deutscher Sprache abgefasst ist oder sich in andere Weise auch an deutsche Teilnehmer richtet.<sup>5</sup> Ein weiterer Inlandsbezug würde hinsichtlich der Zweitlotterie in der Bezugnahme auf die Lotterien des Deutschen Lotto- und Totoblocks als Primärlotterie liegen.

Eine differenzierende Ansicht geht nur dann von einer Anwendung des deutschen Strafrechts aus, wenn im Wege der sog. „Push-Technologie“ das Online-Angebot vom Ausland aus, d.h. aktiv in deutsche Computersysteme übermittelt wird.<sup>6</sup>

Nach anderer Ansicht gibt es für §§ 284 Abs. 1, 287 Abs. 1 StGB keinen Erfolgsort im Inland, wenn der Veranstalter im Ausland handelt, da es sich um ein abstraktes Gefährungsdelikt handelt, das keinen Erfolgsort im Sinne von § 9 StGB aufweise.<sup>7</sup> Es sei zu berücksichtigen, dass auch die Rahmenbedingungen für das Abhalten der Zweitlotterie im Ausland geschaffen werden. Hinsichtlich der Teilnahmemöglichkeit als Taterfolg könne nicht ohne Weiteres auf § 3 Abs. 4 GlüStV verwiesen werden, da auch hier die Teilnahmemöglichkeit gerade im Ausland und lediglich auch im Inland bestehe.<sup>8</sup>

## 2. Höchstrichterliche Rechtsprechung

Höchstrichterliche Rechtsprechung zu der Frage, ob § 284 Abs. 1 StGB als rein abstraktes Gefährungsdelikt einen Erfolgsort im Sinne von § 9 Abs. 1 Alt. 3 StGB aufweist, gibt es nicht. Es gibt jedoch höchstrichterliche Rechtsprechung zu anderen abstrakten Gefährungsdelikten, die vergleichsweise herangezogen werden kann.

Bislang hatte der Bundesgerichtshof die Auffassung vertreten, dass es bei abstrakt-konkreten Gefährungsdelikten, bei denen die Tat ihre abstrakte Gefährlichkeit mit Blick auf das geschützte Rechtsgut im konkreten Fall entfalten muss, maßgeblich auf den Ort der Eignung zur konkreten Gefährdung ankomme (Fall *Toeben*)<sup>9</sup>:

„Bei abstrakt-konkreten Gefährungsdelikten ist ein Erfolg i.S.d. StGB dort eingetreten, wo die konkrete Tat ihre Gefährlichkeit im Hinblick auf das im Tatbestand umschriebene Rechtsgut entfalten kann.“

In diesem Fall ging es um eine Strafbarkeit wegen Volksverhetzung nach § 130 StGB. Bei der Volksverhetzung sei deutsches Strafrecht anwendbar, wenn die Eignung zur Friedensstörung in Deutschland erfolge.<sup>10</sup> Hinsichtlich des völkerrechtlich legitimierenden Anknüpfungspunkts verwies der Bundesgerichtshof auf die deutsche Geschichte, aus der sich eine hinreichende Eignung zur Friedensstörung und damit eine konkrete Gefährdungseignung

<sup>4</sup> NK/Gaede, 5. Aufl. 2017, § 284 Rn. 18; MK/Hohmann, § 284 Rn. 35; OLG Köln MMR 2006, 230.

<sup>5</sup> Vgl. Schönke/Schröder-Heine/Hencker, § 284 Rn. 35; LK/Krehl, 12. Aufl. 2008, § 284 Rn. 20a.

<sup>6</sup> Vgl. Sieber NJW 1999, 2065 ff.

<sup>7</sup> Barton/Gercke/Janssen wistra 2004, 321, 326; Kudlich/Berberich ZFWG 2016, 7, 9.

<sup>8</sup> Vgl. Kudlich/Berberich ZFWG 2016, 7, 9.

<sup>9</sup> BGHSt 46, 212 ff.

<sup>10</sup> BGHSt 46, 212, 218.

ergebe.<sup>11</sup> Der Bundesgerichtshof ließ aber ausdrücklich offen, ob ein Erfolgsort auch bei rein abstrakten Gefährdungsdelikten wie den §§ 284, 287 StGB anzunehmen ist:

„Soweit von einer verbreiteten Meinung die Auffassung vertreten wird, abstrakte Gefährdungsdelikte könnten keinen Erfolgsort i.S.d. § 9 StGB haben (...), wird nicht immer hinreichend zwischen rein abstrakten und abstrakt-konkreten Gefährdungsdelikten differenziert.“

Hinsichtlich eines anderen rein abstrakten Gefährdungsdelikts, dem Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen gemäß § 86a StGB, hat der Bundesgerichtshof im Jahr 2014 entschieden, dass dieses Delikt keinen zum Tatbestand gehörenden Erfolg umschreibe, so dass eine Inlandstat über § 9 StGB nicht begründet werden könne.<sup>12</sup> Dies galt, obwohl das Kennzeichen auf einer Website verwendet wurde, die in Deutschland abgerufen werden konnte. Der Bundesgerichtshof wies ausdrücklich darauf hin, dass „jedenfalls an dem Ort, an dem die hervorgerufene abstrakte Gefahr in eine konkrete umgeschlagen ist oder gar nur umschlagen kann, kein zum Tatbestand gehörender Erfolg eingetreten ist“. Der Begriff des Erfolges i.S.v. § 9 Abs. 1 Alt. 3 StGB erfordere „eine von der tatbestandsmäßigen Handlung räumliche und/oder zeitlich abtrennbare Außenweltsveränderung“.

Noch weiter geht eine Entscheidung des dritten Senats des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 2016<sup>13</sup>, in der sich der dritte Senat ausdrücklich von der im Fall *Toebe*n (s.o.) geäußerten Rechtsauffassung distanziert und einen zum Tatbestand gehörenden Erfolg beim abstrakt-konkreten Gefährdungsdelikte des § 130 StGB ablehnt. Zur Begründung wiederholt der dritte Senat seine bereits der Entscheidung aus dem Jahre 2014 zu entnehmenden Argumente, wonach der Ort des nur potentiellen Umschlagens einer abstrakten Gefahr kein Erfolgsort sei und der Schutzzweck einer Norm nicht mit einem Erfolg gleichgesetzt werden könne, an dem es auch bei einem auf ausländischem Boden begangenen abstrakt-konkreten Gefährdungsdelikte gerade fehle:

„Unabhängig von der Frage, ob die Regelung nicht nur auf Erfolgsdelikte im Sinne der allgemeinen Deliktslehre abstellt, ist jedenfalls an dem Ort, an dem (...) die hervorgerufene abstrakte Gefahr in eine konkrete lediglich umschlagen kann, kein zum Tatbestand gehörender Erfolg eingetreten (...). Erforderlich wäre insoweit vielmehr eine von der tatbestandsmäßigen Handlung räumlich und/oder zeitlich abtrennbare Außenweltsveränderung (...), zu der es in den Fällen einer bloß potentiellen Gefahr indes gerade nicht kommen muss; eine solche ist mithin kein Tatbestandsmerkmal und kein zum Tatbestand gehörender Erfolg.“<sup>14</sup>

### 3. Bewertung

Ähnlich wie § 130 StGB weist auch § 284 Abs. 1 StGB als abstraktes Gefährdungsdelikte schon nach seinem Wortlaut keinen zum Tatbestand gehörenden Erfolg aus. Sämtliche Handlungen, die die abstrakte Gefahr begründen, wie das Einstellen der Inhalte auf den Server bzw. die Website und das Schaffen der Rahmenbedingung für die Teilnahme an der Zweitlotterie werden im Ausland geschaffen.<sup>15</sup> Der Umstand, dass diese Handlungen auch Wirkung in Deutschland entfalten, indem von Deutschland aus online an der Zweitlotterie teilgenommen werden kann, weil die Inhalte der Internetseite im Inland abrufbar sind, ist nicht ausreichend, um einen weiteren Handlungsort oder einen Erfolgsort im Sinne von § 9 Abs. 1 StGB zu begründen.<sup>16</sup> Abstrakten Gefährdungsdelikten ist gerade immanent, dass es zu keiner räumlich oder zeitlich abtrennbaren Außenweltsveränderung kommt, sondern die bloß potenzielle Gefahr ausreicht. Die Teilnahmemöglichkeit ist kein zum Tatbestand gehörender (Tat-)Erfolg.

Die fehlenden Anknüpfungspunkte für das deutsche Strafrecht auf ausländische Veranstalter scheint auch der Gesetzgeber gesehen zu haben, weshalb er mit dem 6. StrG in § 284 Abs. 4 und § 287 Abs. 2 StGB eine Strafbarkeit für das Werben einfügte und dies u.a. damit begründete, dass sich die Vorschrift gerade auch gegen die illegale Glücksspielwerbung ausländischer Anbieter gegenüber dem inländischen Publikum richte und der ausländische

<sup>11</sup> BGHSt 46, 224.

<sup>12</sup> BGH NSTZ 2015, 81, 82.

<sup>13</sup> BGH NSTZ 2017, 146 f.

<sup>14</sup> BGH NSTZ 2017, 146, 147.

<sup>15</sup> Vgl. auch *Kudlich/Berberich* ZfWG 2016, 7, 9.

<sup>16</sup> Vgl. hierzu BGH NSTZ 2015, 81, 82; BGH NSTZ 2017, 146, 147.

Veranstalter die für seine Strafbarkeit in Deutschland erforderlichen Voraussetzungen der §§ 3, 9 StGB nicht erfülle.<sup>17</sup>

Liegt sowohl der Sitz des Veranstalters als auch der Server selbst im (EU-)Ausland, fehlt es nach der vorliegend vertretenen Ansicht bereits an der Anwendbarkeit deutschen Strafrechts. Der Handlungsort liegt im Ausland. Dass die Inhalte der Internetseite in Deutschland abrufbar sind, ist nicht ausreichend, um einen Erfolgsort i.S.v. § 9 StGB zu konstruieren, weil §§ 284 Abs. 1, 287 Abs. 1 StGB als abstrakte Gefährdungsdelikte keinen zum Tatbestand gehörenden Erfolg ausweisen. Nur ergänzend sei hier angemerkt, dass diese Ansicht auch rechtspolitisch vorzugswürdig ist, weil eine Anwendbarkeit deutschen Strafrechts zu einer uferlosen Ausweitung deutscher Strafgewalt und einer damit einhergehenden, nicht realisierbaren Ermittlungspflicht deutscher Ermittlungsbehörden führen würde.

Eine Anwendbarkeit deutschen Strafrechts nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB auf Auslandstaten ist ausgeschlossen, selbst wenn es sich bei denjenigen, die Glückspielinhalte auf einem ausländischen Server einstellen bzw. einstellen lassen, um deutsche Staatsangehörige handelt. Denn Voraussetzung hierfür wäre, dass das Verhalten auch am Tatort mit Strafe bedroht ist. Dies ist aber gerade nicht der Fall, sofern das Glücksspiel mit einer gültigen Lizenz des jeweiligen Landes veranstaltet wird.

#### 4. Anwendbarkeit deutschen Strafrechts auf Werbeaktivitäten?

Nachdem eine Anwendbarkeit deutschen Strafrechts auf das Veranstalten abgelehnt wurde, wenn der Veranstalter seinen Sitz im Ausland hat und dort handelt, stellt sich die Frage, ob das deutsche Strafrecht auf Werbeaktivitäten für Zweitlotterien Anwendung findet. Wie bereits oben ausgeführt, war dies zumindest die Intention des Gesetzgebers bei der Einführung der Strafbarkeit für das Werben in §§ 284 Abs. 4, 287 Abs. 2 StGB.

Eine Definition des Tatbestandsmerkmals „Werben“ i.S.d. § 284 Abs. 4 StGB konnte in der Rechtsprechung der Strafgerichte nicht gefunden werden. Im Schrifttum finden sich diverse Definitionsansätze. Je nach Autor bedeutet „werben“ ein planmäßiges Vorgehen mit dem für den Durchschnittsadressaten erkennbaren Ziel, andere für ein illegales Glücksspiel zu gewinnen.<sup>18</sup> Andere verstehen darunter jede Aktivität, die darauf abzielt, einen anderen zur Beteiligung am Spiel zu bewegen.<sup>19</sup> Wegen des ansonsten sehr geringen Anwendungsbereichs wird das Werben auch von *Gaede* weit verstanden, jede Form des Ankündigens und Anpreisens genügen, ein kommentarloser Link im Internet soll jedoch nicht genügen.<sup>20</sup>

Hinsichtlich der Anwendbarkeit deutschen Strafrechts auf das Werben lässt sich in der Rechtsprechung und in der Kommentarliteratur nur wenig finden. Oftmals wird ohne Begründung darauf verwiesen, dass die Spielbeteiligung vom Inland aus möglich sein und die Werbung im Inland erfolgen muss.<sup>21</sup> Da es sich bei § 284 Abs. 4 StGB um ein unechtes Unternehmensdelikt handelt und das Werben somit keinen Erfolg verlangt, kommt es bei der Frage nach der Anwendbarkeit deutschen Strafrechts entscheidend darauf an, ob sich der Handlungsort i.S.v. § 9 Abs. 1 Var. 1 StGB in Deutschland befindet. Allein auf den Standort des Servers abzustellen, von dem die Werbung aus geschaltet wird, ist nach der hier vertretenen Ansicht nicht ausreichend.<sup>22</sup> Der Handlungsort wird beim aktiven Tun durch den Aufenthaltsort des Täters bestimmt.<sup>23</sup> Erforderlich für eine Anwendbarkeit deutschen Strafrechts ist somit, dass die Werbeanzeigen von Deutschland aus geschaltet werden.

#### 5. Zwischenergebnis

Nach der hier vertretenen Ansicht bedarf es für die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts ein Handeln und damit einen Aufenthaltsort des potenziellen Täters in Deutschland. Dass eine Teilnahmemöglichkeit in Deutschland besteht oder sich der Server, von dem die Werbung ausgeschaltet wird, im Inland befindet, reicht für sich genommen nicht für eine An-

<sup>17</sup> Vgl. BT-Drucks. 13/8587 S. 67 f., 13/9064 S. 21.

<sup>18</sup> Schönke/Schröder-Heine/Hecker, 30. Aufl. 2019, § 284 Rn. 34.

<sup>19</sup> SK-StGB-Hoyer, 9. Aufl. 2017, § 284 Rn. 37; BeckOK StGB-Hollering, 42. Ed. 1.5.2019, StGB § 284 Rn. 47, 48.

<sup>20</sup> Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Gaede, StGB, 5. Auflage 2017, § 284 Rn. 25; so auch LG Deggendorf, MMR 2005, 124, 125.

<sup>21</sup> Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Gaede, StGB, 5. Auflage 2017, § 284 Rn. 25 m.w.N.; SK-StGB-Hoyer, 9. Aufl. 2017, § 284 Rn. 37.

<sup>22</sup> So aber Schönke/Schröder-Eser/Weißer, 30. Aufl. 2019, StGB § 9 Rn. 7d.

<sup>23</sup> Vgl. BGH NStZ 2015, 81, 83.

wendbarkeit deutschen Strafrechts und damit für eine Strafbarkeit nach §§ 284 Abs. 1, 4, 287 Abs. 1, 2 aus.

Aufgrund der höchst umstrittenen Thematik der Anwendbarkeit deutschen Strafrechts bei der Begehung von abstrakten Gefährdungsdelikten über das Internet, insbesondere bei eindeutigem Inlandsbezug, soll anschließend noch der Frage nachgegangen werden, ob eine Zweitlotterie – unabhängig von der Anwendbarkeit deutschen Strafrechts – überhaupt „ohne Erlaubnis“ im Sinne von § 284 Abs. 1 StGB veranstaltet würde.

## II. Ohne behördliche Erlaubnis?

Die Antwort auf die Frage, ob vorliegend die Zweitlotterie „ohne behördliche Erlaubnis“ veranstaltet wird, hängt entscheidend davon ab, wie das Merkmal „ohne behördliche Erlaubnis“ zu verstehen ist. Unstreitig ist, dass dieses Merkmal ein negatives Tatbestandsmerkmal bezeichnet und § 284 StGB mit Anbindung an dieses Merkmal verwaltungsakzessorisch ist.<sup>24</sup>

### 1. Verwaltungsaktakzessorietät oder Verwaltungsrechtsakzessorietät?

Streitig ist jedoch, wie die Verwaltungsaktakzessorietät näher zu interpretieren ist: als Verwaltungsaktakzessorietät oder als Verwaltungsrechtsakzessorietät.

Eine Ansicht versteht § 284 StGB als verwaltungsaktakzessorische Strafvorschrift, wonach der Straftatbestand ohne Weiteres verwirklicht ist, wenn der Veranstalter über keine Erlaubnis der zuständigen deutschen Behörde verfügt. § 284 bezeichne ein repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt mit der Folge, dass die Genehmigungsfähigkeit des in Frage stehenden Verhaltens irrelevant ist.<sup>25</sup> Diese Ansicht hat die weitere Konsequenz, dass eine (mögliche) Verfassungswidrigkeit des einschlägigen Glücksspielrechts unbeachtlich sei, weil sie auf § 284 StGB nicht durchschlagen könne.<sup>26</sup> Selbst die (hypothetische) Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielrechts soll nach einem Teil der Anhänger dieser Ansicht die Anwendung des § 284 StGB nicht sperren.<sup>27</sup>

Für die andere Ansicht ist § 284 StGB dagegen eine verwaltungsrechtsakzessorische Strafvorschrift und somit nicht nur von einer behördlichen Erlaubnis abhängig, sondern von dem in Bezug genommenen verwaltungsrechtlichen Glücksspielrecht insgesamt. Die Strafbarkeit nach § 284 StGB setzt somit voraus, dass eine verwaltungsrechtliche Norm eine Erlaubnispflicht in rechtmäßiger Weise begründet.<sup>28</sup>

Diese Ansicht kann sich auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesverfassungsgerichts stützen. Ausgang ist das Urteil des Europäischen Gerichtshofs in Sachen *Placanica*<sup>29</sup>, wonach

„[d]as Strafrecht (...) nicht durch das Gemeinschaftsrecht garantierte Grundfreiheiten beschränken [darf] (...) Außerdem [darf] ein Mitgliedsstaat keine strafrechtlichen Sanktionen wegen einer nicht erfüllten Verwaltungsformalität verhängen, wenn er die Erfüllung dieser Formalität unter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht abgelehnt oder vereitelt hat.“

Das Bundesverfassungsgericht formuliert diese Konsequenz unmissverständlich in seinem Beschluss vom 15.4.2009<sup>30</sup> wie folgt:

„Die seinerzeitige Verfassungswidrigkeit des strafbewehrten Ausschlusses privater Wettunternehmer von der gewerblichen Veranstaltung von Sportwetten führt nach ganz überwiegender Auffassung einschließlich der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dazu, dass für die hier maßgebliche Zeit vor Erlass des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 kein staatlicher Strafanspruch gegen private Vermittler von Oddset-Sportwetten besteht.“

<sup>24</sup> Vgl. nur MK/Hohmann, § 284 StGB Rn. 17 f. m.w.N.

<sup>25</sup> BGH (Z) NJW 2002, 2175, 2176; BVerwG NJW 2001, 2648, 2649; VGH München BeckRS 2017, 105391; Schönlke/Schröder-Heine/Hecker, § 284 Rn. 23; Beck-OK/Hollering, § 284 Rn. 24; Mosbacher NJW 2006, 3529, 3530 ff.; Beckemper/Janz ZIS 2008, 31, 37 f.; Hecker/Schmitt ZfWG 2006, 59, 63 ff.

<sup>26</sup> Mosbacher NJW 2006, 3529, 3530 ff.; Beckemper/Janz ZIS 2008, 31, 37 f.

<sup>27</sup> So ausdrücklich Hecker/Schmitt ZfWG 2006, 59, 65.

<sup>28</sup> BGH NJW 2007, 3078, 3081; BVerfG NJW 2006, 1261.

<sup>29</sup> EuGH NJW 2007, 1515, 1519.

<sup>30</sup> BVerfG BeckRS 2009, 34070, unter Ziff. 2 Buchst. bb.

Dieser Rechtsprechung hat sich auch der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs für den Bereich Sportwetten unter Berufung auf das Sportwettenurteil des Bundesverfassungsgerichts und die Urteile des Europäischen Gerichtshofs zu den Fällen Gambelli und Placanica angeschlossen und festgestellt<sup>31</sup>,

„[d]ass die Frage der Strafbarkeit nicht losgelöst von der verfassungsrechtlichen Beurteilung der landesrechtlichen Gesamtregelung des Sportwettenrechts zu beantworten ist, folgt aus der verwaltungsakzessorischen Natur des § 284 StGB (...). Davon ausgehend, ist deshalb derjenige Anbieter von Sportwetten, der in der Vergangenheit (...) nicht zunächst den Verwaltungsrechtsweg beschritten hat, um eine behördliche Erlaubnis i.S. von § 284 StGB zu beantragen (...), nicht nach dieser Strafvorschrift strafbar, wenn die fehlende Erlaubnis auf einem Rechtszustand beruht, der seinerseits die Rechte des Betreibers von Glücksspielen in verfassungswidriger Weise verletzt.“

Entsprechend wird diese Ansicht auch nahezu einhellig von der Strafrechtsprechung, von Teilen der Verwaltungsjudikatur und von Teilen des strafrechtlichen Schrifttums vertreten.<sup>32</sup>

## 2. Stellungnahme

Auch wenn der Wortlaut „ohne behördliche Erlaubnis“ für die erste Ansicht sprechen könnte, genauso wie die Verwaltungsaktakzessorietät anderer Strafrechtsnormen (z.B. §§ 327 Abs.1, 328 Abs.1 StGB), spricht vor allem das durch § 284 StGB geschützte Rechtsgut für die Verwaltungsrechtsakzessorietät. Denn das Rechtsgut des § 284 StGB ist nicht rein formeller Natur; es wird nicht lediglich formeller Verwaltungsungehorsam kriminalisiert. Dies müsste jedoch von den Anhängern der Verwaltungsaktakzessorietät konsequenterweise vertreten werden.<sup>33</sup> Die Norm hat vielmehr (auch) materielle Schutzzwecke, u.a. die Verhinderung einer übermäßigen Anregung der Nachfrage nach Glücksspielen, die Gewährleistung eines ordnungsgemäßen Spielablaufs durch staatliche Kontrolle sowie die Verhinderung der Ausnutzung des natürlichen Spieltriebs.<sup>34</sup> Mit diesen Schutzzwecken stimmt § 284 StGB weitgehend mit denen des Glücksspielverwaltungsrechts überein. Die Strafvorschriften sind Teil der Gesamtregelungen zum Glücksspielrecht und können nicht unabhängig von der Legitimität des verwaltungsrechtlichen Glücksspielrechts betrachtet werden. Straftatbestände können nur Handlungen sein, die legitimes Verwaltungsrecht verletzen.

In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass die aufgeführten Fundstellen für Vertreter einer Verwaltungsaktakzessorietät fast ausschließlich aus der Zeit vor der vorab genannten höchstrichterlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, des Bundesverfassungsgerichts sowie des Europäischen Gerichtshofs stammen. Dies gilt insbesondere für die oben zitierte (zivilrechtliche bzw. verwaltungsrechtliche) Rechtsprechung, die noch davon ausgeht, dass § 284 StGB unabhängig von der Legitimität des Verwaltungsrechts gemeinschaftsrechtlich unbedenklich ist.<sup>35</sup> Unberücksichtigt bleibt hier – da zeitlich vorgelagert – vor allem die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in Sachen Ince, in der der Europäische Gerichtshof erst kürzlich für einen deutschen Sachverhalt festhielt, dass die Dienstleistungsfreiheit den deutschen Behörden sowohl nach der alten Rechtslage als auch nach der neuen Rechtslage verbietet, private Veranstalter deshalb zu bestrafen, weil sie ohne eine deutsche Erlaubnis Sportwetten anbieten.<sup>36</sup>

Aber auch in der Literatur lassen sich seit der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung kaum noch Anhänger der Verwaltungsaktakzessorietät finden. *Heine/Hecker* halten zwar weiter an der Verwaltungsaktakzessorietät fest, verneinen jedoch die Anwendbarkeit des § 284 StGB. § 284 StGB sei wegen des Anwendungsvorranges des primären Unionsrechts auf grenzüberschreitende Sachverhalte nicht anwendbar, soweit eine unionsrechtskonforme Ausgestaltung des staatlichen Glücksspielmonopols fehlt.<sup>37</sup> Auch *Hollering* stützen sich weiter auf die formelle Wirksamkeit einer Genehmigung und halten die Entscheidungen, § 284

<sup>31</sup> BGH NJW 2007, 3078, 3081.

<sup>32</sup> OLG München NJW 2008, 3151, 3152 ff.; OLG Frankfurt, NStZ-RR 2008, 372 ff.; *Fischer, StGB*, 66. Aufl. 2019, § 284 StGB Rn. 14 ff.; *NK/Gaede*, § 284 Rn. 21; *MK/Hohmann*, § 284 Rn. 22; *Kudlich/Berberich ZfWG* 2016, 127 f.; aus der Verwaltungsjudikatur bspw. VGH Kassel BeckRS 2004, 21079; VG Hamburg BeckRS 2011, 51330.

<sup>33</sup> Vgl. hierzu auch *Saliger/Tsambikakis*, *Neutralisiertes Strafrecht*, S. 19.

<sup>34</sup> Vgl. BT-Drucks. 13/8587, S. 67.

<sup>35</sup> Vgl. BGH (Z) NJW 2002, 2175, 2176; NJW 2004, 2158, 2169; VGH Kassel NWWZ 2005, 99, 103.

<sup>36</sup> EuGH, GRUR Int. 2016, 365, 371.

<sup>37</sup> *Schönke/Schröder-Heine/Hecker* § 284 Rn. 2.

StGB auf Sachverhalte, in denen die Glücksspielrechtlichen Vorschriften verfassungswidrig sind, nicht anzuwenden, lediglich für zweifelhaft.<sup>38</sup>

Insgesamt wird man festhalten können, dass aufgrund der verwaltungsrechtsakzessorischen Deutung des § 284 StGB durch den 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs, das Bundesverfassungsgericht sowie den Europäischen Gerichtshof, der Streit zwischen Verwaltungsaktakzessorietät und Verwaltungsrechtsakzessorietät in der Praxis (richtigerweise) zugunsten der Verwaltungsrechtsakzessorietät als geklärt angesehen werden kann.

### 3. Folge der Verwaltungsrechtsakzessorietät

Die Einsicht in die Verwaltungsrechtsakzessorietät der § 284 und § 287 StGB markiert eine zentrale Weichenstellung, indem die Unionsrechts- und/oder Verfassungswidrigkeit des Glücksspielverwaltungsrechts zur Unanwendbarkeit der §§ 284, 287 StGB führt, d.h. unmittelbar auf die (fehlende) Tatbestandsmäßigkeit durchschlägt. Die Strafgerichte sprechen hier unter Bezugnahme auf die Wissenschaft teilweise von einer Neutralisierung des § 284 StGB, solange das in Bezug genommene Glücksspielrecht unvereinbar ist. So heißt es in einer Entscheidung des Oberlandesgerichts München aus dem Jahr 2006<sup>39</sup>:

„Aus dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts gegenüber dem nationalen Recht folgt eine Neutralisierung deutscher Straftatbestände für alle Fälle, in denen der Straftatbestand in Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht steht. Neutralisierung bedeutet in diesem Zusammenhang, dass der deutsche Straftatbestand im konkreten Fall nicht angewendet werden darf. Voraussetzung für das Eingreifen einer Neutralisierung ist, dass dem deutschen Straftatbestand eine unmittelbar anwendbare Vorschrift des Gemeinschaftsrechts entgegensteht (...). Da jedes unmittelbar anwendbare Gemeinschaftsrecht die Kollision mit nationalem Strafrecht bewirken kann, können auch die europäischen Grundfreiheiten wie gerade die Dienstleistungsfreiheit nationale Strafnormen neutralisieren.“

Gleiches gilt im Ergebnis für eine (mögliche) Verfassungswidrigkeit. Zutreffend wird erkannt, dass das Strafrecht nicht zur Durchsetzung eines staatlichen Wettmonopols herangezogen werden kann, dass gegen Verfassungsrecht verstößt.<sup>40</sup>

### 4. Unanwendbarkeit des § 284 StGB wegen Unionsrechts- und/oder Verfassungswidrigkeit des staatlichen Lotterieveranstaltungsmonopols?

Entscheidend für die Anwendbarkeit des § 284 StGB ist folglich, ob das Lotterieveranstaltungsmonopol in seiner derzeitigen Ausgestaltung unions- und/oder verfassungswidrig ist.

Maßstäbe für die Unionsrechtskonformität des staatlichen Monopols ergeben sich aus dem Gambelli-Urteil des Europäischen Gerichtshofes, wonach der Eingriff in die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit aus zwingenden Gründen der Allgemeinheit wie Verbraucherschutz, Bekämpfung von Spielsucht und Betrugsverbeugung gerechtfertigt sein kann. Der Eingriff muss zur Verwirklichung dieser Ziele geeignet, aber auch erforderlich sein und darf auf keinen Fall diskriminierend sein. Die Beschränkungen müssen „kohärent und systematisch zur Begrenzung der Wetttätigkeiten beitragen“<sup>41</sup>, was nach einer sektorübergreifenden Gesamtkohärenz zu beurteilen ist.<sup>42</sup>

Als inkohärent und unsystematisch sieht der Europäische Gerichtshof ein Monopol insbesondere dann an, wenn der Monopolinhaber anreizende Werbung betreibt, die über das erforderliche Maß hinausgeht, indem die Werbung aktiv zur Teilnahme stimuliert, gleichzeitig aber andere Arten von Glücksspielen von privaten Veranstaltern auf Grundlage einer Erlaubnis angeboten werden dürfen, die ein höheres Suchtpotenzial aufweisen, und die zuständigen Behörden eine Politik der Angebotserweiterung betreiben oder dulden, um insbesondere die aus diesen Tätigkeiten fließenden Einnahmen zu maximieren.<sup>43</sup>

In Anbetracht dieser Maßstäbe ergeben sich hinsichtlich der Unionsrechtskonformität des deutschen Lotterieveranstaltungsmonopols erhebliche Zweifel. Insbesondere die Werbepraxis der Länder werden den vom europäischen Gerichtshof aufgestellten Maßstäben

<sup>38</sup> Beck-OK/Hollering § 284 Rn. 26.

<sup>39</sup> OLG München NJW 2006, 3588, 3591.

<sup>40</sup> OLG Hamburg BeckRS 2007, 12554, S. 13; OLG München NJW 2008, 3151, 3153.

<sup>41</sup> EuGH NJW 2004, 139, 140.

<sup>42</sup> Vgl. EuGH EuZW 2011, 674, 679.

<sup>43</sup> Vgl. EuGH NVwZ, 2010, 1409; vgl. auch EuGH GRUR Int. 2017, 768.

nicht gerecht. Die Werbeaktivitäten „beschränken sich nicht auf die Information und Aufklärung, um Spiellust wirksam in rechtmäßigen Bahnen zu lenken, sondern sind darauf gerichtet, auch bis dahin Unentschlossene zum Spiel anzuregen“<sup>44</sup>. Auch das Verwaltungsgericht München sieht in der Werbepaxis einen systematischen Verstoß, der zur Unionsrechtswidrigkeit des Lotteriemonopols führt.<sup>45</sup>

Für eine Unionsrechtswidrigkeit des Lotteriemonopols spricht weiter, dass die Lotterie im Allgemeinen und die Zweitlotterie im Besonderen im Vergleich zu anderen Glücksspielen kein besonderes Suchtpotenzial aufweist und die Zweitlotterie auch kein besonderes Manipulationsrisiko in sich birgt. In der Begründung zum Glücksspielstaatsvertrag wurde durch die Länder zu Lotterien ausgeführt, dass diese für pathologische und suchtgefährdende Spieler dem Kleinen und Großen Spiel in Spielbanken, den Sportwetten oder dem Spiel am Geldspielautomaten vergleichbar attraktiv sind.<sup>46</sup> Auch ein im Auftrag des Deutschen Lotto- und Totoblocks erstelltes Gesundheitswissenschaftliches Gutachten weist darauf hin, dass Lotto 6 aus 49 zwar die in der Bevölkerung am weitesten verbreitete Glücksspielform ist, aber lediglich bei etwa 2 - 3 % der Spielteilnehmer ein problematisches oder pathologisches Spielverhalten feststellbar ist.<sup>47</sup> Hintergrund hierfür sei vor allem die niedrige Ereignisfrequenz.<sup>48</sup>

Wenn aber keine relevanten Suchtgefahren bestehen bzw. die Suchtgefahren im Vergleich zu anderen Glücksspielformen, die von privaten Veranstaltern auf Grundlage einer Erlaubnis angeboten werden dürfen, geringer sind, kann auch ein Monopol nicht verhältnismäßig sein. Dabei ist hinsichtlich der Zweitlotterie vor allem zu berücksichtigen, dass sich diese an der staatlich kontrollierten Primärlotterie orientiert und somit kaum gefährlicher als die Primärlotterie sein dürfte, da sie auch keine höhere Frequenz aufweist.

Eine Gefährlichkeit lässt sich auch nicht daraus herleiten, dass eine Teilnahme nur online möglich ist. Neuere Studien zeigen, dass der Vertriebskanal Internet zwar – so wie viele anderen Tätigkeiten auch – mit Risiken verbunden ist. Diese Risiken gehen jedoch nicht über diejenigen von vergleichbaren stationären Glücksspielangeboten hinaus und können in einem regulierten Markt mit gezielten Spielerschutzmaßnahmen reduziert werden. Hinsichtlich Betrugsrisiken ist die regulatorische Überwachung im Internet sogar einfacher zu bewerkstelligen, da jede Transaktion dokumentiert wird und von Aufsichtsbehörden eingesehen werden kann.<sup>49</sup>

Demnach bestehen zumindest ernsthafte Zweifel an der Unionrechtskonformität des Lotteriemonopols in der derzeitigen Ausgestaltung. Diese ernsthafte Zweifel reichen aus, um von einer strafrechtlichen Anwendungssperre der §§ 284, 287 StGB auszugehen. Nur erkennbare Rechtsklarheit ermöglicht normgerechtes Verhalten.<sup>50</sup> Die Rechtsunsicherheit führt zu einer Anwendungssperre.<sup>51</sup>

Lediglich ergänzend sei deshalb angemerkt, dass eine Erlaubnis aus einem EU Mitgliedstaat zwar nach h.M. keine legalisierende Wirkung hat.<sup>52</sup> Auch der Europäische Gerichtshof hat auf der Grundlage des derzeitigen Stands des Gemeinschaftsrechts eine Verpflichtung der Mitgliedsstaaten der EU zur gegenseitigen Anerkennung von Erlaubnissen verneint (Urteil „Markus Stoß“).<sup>53</sup> Trotzdem ist gerade bei zweifelhafter Unionsrechtskonformität des Monopols und unter Berücksichtigung des ultima-ratio-Gedankens des Strafrechts zu berücksichtigen, dass die Veranstalter nicht ohne jegliche behördliche Kontrolle handeln wollen und mögliche Gefahren durch die Kontrolle des anderen Mitgliedsstaats gebannt sein könnten.

<sup>44</sup>VGH Kassel GRUR-Prax 2017, 387.

<sup>45</sup>Vgl. VG München BeckRS 2017, 131087.

<sup>46</sup>Vgl. Erläuterungen zum GlüStV, Bay LT-Drucks. 16/11995, S. 18.

<sup>47</sup>Meyer, Gesundheitswissenschaftliches Gutachten im Auftrag des Deutschen Lotto- und Totoblocks (DTLB), 2016, S. 34.

<sup>48</sup>Meyer, Gesundheitswissenschaftliches Gutachten im Auftrag des Deutschen Lotto- und Totoblocks (DTLB), 2016, S. 5.

<sup>49</sup>Vgl. hierzu die neuste Studie von Suzanne Lischer: „Das Gefährdungspotenzial von Internet-Glücksspielen und Möglichkeiten des Spielerschutzes“, ZfWG 2018, 2.

<sup>50</sup>Vgl. OLG München NJW 2006, 3588, 3591; OLG Frankfurt NStZ-RR 2008, 372, 373 unter Bezugnahme auf das Sportwettenuurteil des BVerfG.

<sup>51</sup>Vgl. Saliger/Tsambikakis, Neutralisiertes Strafrecht, S. 40 ff.

<sup>52</sup>Vgl. etwa BGH (Z) NJW 2004, 2160; NJW 2002, 2176; Fischer, § 284 Rn. 15a m.w.N.

<sup>53</sup>Vgl. EuGH, Urt. v. 08.09.2010 - Rs. C-316/07.



### III. Zusammenfassung

Es hat sich gezeigt, dass bereits gute Argumente gegen die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts auf Sachverhalte, in denen die Zweitlotterie im EU-Ausland mit Lizenz des entsprechenden Mitgliedstaates veranstaltet wird, sprechen. Bei den einschlägigen Straftatbeständen handelt es sich um abstrakte Gefährungsdelikte, sodass es für die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts entscheidend darauf ankommt, wo der (mögliche) Täter handelt. Befindet sich sowohl der Sitz des Veranstalters als auch der Server im EU-Ausland, werden auch der oder die Verantwortliche(n) dort handeln. Es liegt eine Auslandstat vor. Eine mögliche Strafbarkeit wegen Werbens kommt nur dann in Betracht, wenn die Werbeanzeigen von Deutschland aus geschaltet werden.

Aufgrund des oftmals vorliegenden eindeutigen Inlandsbezugs der Zweitlotterie durch die Bezugnahme auf die Lotterien des Deutschen Lotto- und Totoblocks als Primärlotterie sowie die Abfassung des Internetauftritts in deutscher Sprache, kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts unter Kreierung eines Erfolgsorts im Inland bejaht wird. Eine mögliche Strafbarkeit wird dann maßgeblich von der Union- und/oder Verfassungswidrigkeit des staatlichen Lotterieveranstaltungsmonopols abhängen. Dabei führt die Unionsrechtswidrigkeit nach h.M. zu einer Anwendungssperre. Die Unionsrechtswidrigkeit des Lotterieveranstaltungsmonopols wurde bisher jedoch noch nicht vom Europäischen Gerichtshof festgestellt. Bis dahin bestehen „lediglich“ erhebliche Zweifel an der Unionsrechtskonformität, die nach der hier vertretenen Auffassung aber bereits zu einer strafrechtlichen Anwendungssperre der §§ 284 ff. StGB führen.