

MEMORANDUM

To: Lottoland
From: Hambach & Hambach
Date: 15. Juni 2020
Subject: **Kurzbewertung der strafrechtlichen Situation gem. §§ 284, 285 StGB - Zweitlotterien**

A. Fragestellung

Aufgrund von Beschwerden über E-Mails, welche das Angebot des Betreibers der Webseite von „Lottoland“ bewarben, wurde der Sachverhalt anhand der CSA-Kriterien übergeprüft und der Inhalt der werbenden E-Mails als rechtswidrig befunden. Als Begründung wird angeführt, dass das Veranstalten sog. Zweitlotterien strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen könnte (§§ 284, 285 StGB). Ein Bewerben eines solchen Angebots könne daher als Anstiftung und/oder Beihilfe bewertet werden, gegebenenfalls auch als Aufforderung zu Straftaten (vgl. § 111 StGB). Zu untersuchen ist, ob dies einer sachlichen Prüfung Stand hält.

B. Kurzbewertung der strafrechtlichen Situation gem. §§ 284, 285 StGB - Zweitlotterien

Einer Strafbarkeit gem. §§ 284, 285 StGB hinsichtlich des Angebots sog. Online-Zweitlotterien steht vorliegend der Vorrang des Unionsrechts, hier der Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 56 AEUV, entgegen. Das allgemeine Internetverbot stellt nach jüngeren Erkenntnissen und Entwicklungen eine unionsrechtswidrige Zugangssperre dar (vgl. I.). Das Fehlen einer deutschen Erlaubnis kann daher auch unter Berücksichtigung der jüngeren BGH-Rechtsprechung strafrechtlich nicht vorgeworfen werden (vgl. II.). Folglich kommt auch keine Aufforderung zu Straftaten gem. § 111 StGB in Betracht.

I. Unionsrechtswidrige Zugangssperre durch allgemeines Internetverbot, § 4 Abs. 4 GlüStV

Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) sowie der nationalen Rechtsprechung kommt eine Strafbarkeit gem. § 284 StGB dann nicht in Betracht, wenn die Nichterteilung einer deutschen Erlaubnis auf einer europarechtswidrigen Vorschrift beruht (vgl. EuGH [Placanica], C-338/04; [Dickinger u.a.], C-347/09; [Costa u.a.], C-6/64; [Ince], C-336/14). Jüngere Erkenntnisse bzw. Entwicklungen belegen, dass das allgemeine Internetverbot gem. § 4 Abs. 4 GlüStV

nicht mit den unionsrechtlichen Anforderungen in Einklang steht. Dies führt zur Unanwendbarkeit der unionsrechtswidrigen Vorschrift mit der Folge, dass keine Veranstaltung unerlaubter Glücksspiele gem. §§ 284, 285 StGB angenommen werden kann. Dies beruht auf folgenden Erwägungen:

1. Marktöffnung besser geeignet als allgemeines Verbot – Wertung des GlüStV 2021

Die Ministerpräsidenten haben sich am 12. März 2020 auf eine Marktöffnung für bislang verbotene Online-Glücksspiele ab 1. Juli 2021 mittels des Entwurfs des Staatsvertrags zur Neuregulierung des Glücksspielwesens in Deutschland („GlüNeuRStV“) geeinigt. Dem liegt die Einsicht zugrunde, dass das bisherige Verbotssystem den bestehenden Spieltrieb nicht hinreichend in geordnete und überwachte Bahnen lenken konnte. Die Marktöffnung stellt insoweit eine weniger eingriffsintensive Maßnahme dar, welche hiernach besser geeignet ist, die Ziele des Glücksspielstaatsvertrags (v.a. Jugend- und Spielerschutz) zu gewährleisten. Nach diesen – politisch nach außen kommunizierten – Erkenntnissen ist der weitere Vollzug eines nicht erforderlichen Verbots nach unionsrechtlichen Maßstäben nicht zu rechtfertigen. Denn es entspricht der Rechtsprechung des EuGH, dass aufgrund des Vorrangs des unmittelbar geltenden Unionsrechts eine unionsrechtswidrige Verbotserstellung auch nicht für eine Übergangszeit weiter angewandt werden darf (EuGH [Winner Wetten], Urteil vom 08.09.2010 – C-409/06).

2. Aktuelle Evaluierungsergebnisse belegen gerade keine Suchgefahr von Zweitlotterien

Die empirische Kanalisierungsdaten- und Erkenntnislage zum regulierten Glücksspielsektor in Deutschland ist aufgrund mangelhafter Evaluierungssystematik äußerst defizitär (ausführlich hierzu *Becker/Häusler/Spitze*, ZfWG 2020, 102 ff.). Aktuelle Evaluierungsergebnisse belegen, dass gerade das terrestrische Automatenspiel besonders suchgefährlich ist. Zweitlotterien werden hingegen überhaupt nicht als suchrelevant erfasst, vgl. etwa die Zusammenfassung von *Gerhard Meyer* im Jahrbuch Sucht 2020 (S. 141-142):

„In den Beratungsstellen bilden Spieler/-innen an Geldspielautomaten nach wie vor mit Abstand die größte Gruppe. Das Spiel an den Geräten in Spielhallen und Gaststätten nannten 70,0 % bzw. 7,6 % als Hauptspielform, gefolgt von terrestrischen Sportwetten mit 4,7 % (Online-Sportwetten: 4,3 %; Online-Automatenspielen: 4,2 %; Online-Casinospiele, ohne Poker: 2,0 %; Online-Poker 1,7 %).“

Online-Zweitlotterien werden in der empirischen Erhebung nicht als „suchrelevant“ aufgeführt. Das allgemeine Verbot von Zweitlotterien aufgrund besonderer Suchtgefahren ist damit empirisch widerlegt und damit nicht mehr haltbar.

3. Vollzugsaussetzung des Verbots bei Online-Casino- und Online-Automatenspielen

Im Hinblick auf die anstehende Marktöffnung ab 1. Juli 2021 setzen erste Gerichte vollzugsrechtliche Streitverfahren hinsichtlich des Internetverbots angesichts der bevorstehenden Marktöffnung aus und

ordnen das Ruhen des Verfahrens an (vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 09.04.2020 – VGH 6 S 7/19). Dies betrifft Online-Casino- und Online-Automatenspiele. Wenn Spielformen, die immerhin eine gewisse Suchtaffinität aufweisen, von den zuständigen Behörden geduldet werden, muss dies erst recht für nicht suchgefährliche Zweitlotterien gelten.

4. Auch Online-Sportwetten werden ohne deutsche Erlaubnis geduldet

Auch Online-Sportwetten werden aktuell ohne inländische Erlaubnis geduldet. Das insoweit stattfindende Konzessionsverfahren wurde durch das VG Darmstadt aufgrund eines intransparenten und nicht diskriminierungsfreien Verfahrens gestoppt (vgl. VG Darmstadt, Beschluss vom 01.04.2020 – 3 L 446/20.DA). Entsprechend kann nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH angesichts dieses Verstoßes gegen das Transparenzgebot das Fehlen einer nationalen Erlaubnis strafrechtlich nicht vorgeworfen werden (vgl. u.a. EuGH [Gambelli], C-243/01; [Placanica], C-338/04; [Markus Stoß u.a.], C-316/07). Damit lässt sich feststellen, dass in einer Gesamtschau das allgemeine Internetverbot gem. § 4 Abs. 4 GlüStV nicht kohärent ist und in systematischer Weise nicht geeignet, die in § 1 GlüStV genannten Gemeinwohlziele zu verwirklichen.

5. Urteil des BVerwG vom 26. Oktober 2017 (Az. 8 C 18.16)

Dem steht auch nicht das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 26. Oktober 2017 (Az. 8 C 18.16) entgegen, in welchem das BVerwG das Internetverbot noch bestätigt hatte. Denn nach der Rechtsprechung des EuGH sind die tatsächlichen Risiko- und Gefahrenlagen auf Basis einer aussagekräftigen Datenerhebung und Datenauswertung fortlaufend zu ermitteln und folgerichtig zu evaluieren (u.a. EuGH, Urteil vom 30.06.2016 – C-464/15). Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahr 2017 ist im Hinblick auf die regulatorische Neubewertung und die jüngeren Risikoanalysen (s.o.) unionsrechtlich nicht mehr belastbar.

II. Urteil des BGH vom 27. Februar 2020 (Az. 3 StR 327/19)

Anlässlich eines spielhallenrechtlichen Sachverhalts hat sich der BGH in einem jüngst veröffentlichten Urteil mit dem Verhältnis von verwaltungsrechtlichem Erlaubniserfordernis nach dem aktuellen Glücksspielstaatsvertrag und einer möglichen Strafbarkeit bei fehlender Erlaubnis gem. § 284 Abs. 1 StGB auseinandergesetzt (Az. 3 StR 327/19). Hiernach stehen europarechtliche Vorgaben einer Strafbarkeit dann nicht entgegen, wenn – wie es für den Betrieb von terrestrischen Spielhallen der Fall ist – eine Erlaubnis erteilt werden kann und das Erlaubnisverfahren den unionsrechtlichen Anforderungen standhält.

Gleichzeitig hat der BGH aber auch in diesem Urteil bestätigt, dass in anderen Fällen nach dem Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts keine strafrechtliche Sanktion für ein Verhalten verhängt werden kann, wenn der Betroffenen verwaltungsrechtliche Anforderungen nicht genügt hat, die ihrerseits gegen Unionsrecht verstoßen (a.a.O., Rn. 34; juris). Anders als bezüglich Spielhallen besteht für sog. Online-Zweitlotterien (wie bei Online-Casino-, Online-Pokerspielen und Online-Sportwetten)

angesichts des Internet-Verbots gem. § 4 Abs. 4 GlüStV überhaupt keine Erlaubnismöglichkeit, obwohl jüngere Erkenntnisse bzw. Entwicklungen belegen, dass das allgemeine Internetverbot gem. § 4 Abs. 4 GlüStV nicht mit den unionsrechtlichen Anforderungen in Einklang steht (s.o.). Damit besteht derzeit überhaupt keine Möglichkeit, in einem gesetzlich geregelten und transparenten Erlaubnisverfahren um eine Erlaubnis zu ersuchen.

Nach diesen Maßstäben kann bei einem inkohärenten Allgemeinverbot wie dem Internetverbot gem. § 4 Abs. 4 GlüStV das Fehlen einer deutschen Erlaubnis strafrechtlich nicht gemäß §§ 284, 285 StGB zum Vorwurf gemacht werden, soweit sich der Anbieter auf die Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 56 AEUV berufen kann.

C. Fazit

Vorliegend liegt ein grenzüberschreitender Sachverhalt vor, Lottoland bietet vom EU-Ausland aus Online-Zweitlotterien an und verfügt hierfür über eine wirksame EU-Lizenz. Damit kann sich Lottoland unmittelbar auf die Dienstleistungsfreiheit berufen. Aufgrund des Vorrangs des Unionsrechts kann keine strafrechtliche Sanktion gem. §§ 284, 285 StGB verhängt werden, so dass beim Versenden von E-Mails als Werbemittel auch nicht von einer Aufforderung zu Straftaten gem. § 111 StGB gesprochen werden kann.

Hambach & Hambach