

# Aufsätze

Univ.-Prof. Dr. iur. Christian Koenig und Krisztina Mezey, Bonn\*

## EU-rechtliche Einordnung des BGH-Urteils zur Strafbarkeit eines Spielhallenbetreibers nach § 284 StGB im Hinblick auf Online-Casinoangebote

*In seinem Revisionsurteil vom 27.2.2020 stellt der 3. Strafsenat des BGH klar, dass das Veranstellen von Glücksspielen ohne behördliche Erlaubnis nach § 284 StGB auch dann strafbar ist, wenn die Veranstaltung materiell-rechtlich genehmigt werden könnte. Der Beitrag untersucht die strenge Erlaubnisakzessorietät nach § 284 StGB im Hinblick auf Online-Casinoangebote betreffende Sachverhalte mit grenzüberschreitendem Bezug auf der Grundlage des nach § 4 Abs. 1 S. 1 i. V. m. Abs. 4 GlüStV noch geltenden repressiven Verbotes internetbasierter Glücksspielangebote aus anderen Mitgliedstaaten anhand des Unionsrechts. Im Anschluss erfolgt ein kurzer Ausblick auf den künftigen Rechtsstatus nach § 22 c GlüStV 2021.*

### I. Das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 27.2.2020

In seinem Revisionsurteil vom 27.2.2020 (Az. 3 StR 327/19)<sup>1</sup> verwirft der BGH den Freispruch des Angeklagten vom Vorwurf der unerlaubten Veranstaltung eines Glücksspiels nach § 284 StGB.

Nach den Feststellungen des BGH machte sich der Angeklagte nach § 284 Abs. 1 StGB strafbar, indem er im Tatzeitraum für die Einziehungsbeteiligte handelnd eine Spielhalle betrieb, in der an Geldspielautomaten gespielt werden konnte, ohne dass hierfür die erforderliche behördliche Erlaubnis vorlag. Der BGH arbeitet dezidiert heraus, dass nicht die materiell-rechtliche Genehmigungsfähigkeit des Verhaltens, sondern die Beachtung des Erlaubnisvorbehaltes als strafrechtliches Schutzgut des § 284 Abs. 1 StGB – hier verfahrensgegenständlich insbesondere zur Durchsetzung und Kontrolle des Abstandsgebots für Spielhallen (§ 25 Abs. 1 GlüStV) – maßgeblich ist. Ungeachtet der materiellen Rechtmäßigkeit der Versagung einer Genehmigung im konkreten behördlichen Verfahren ist das Tatbestandsmerkmal „ohne Erlaubnis“ immer erfüllt, wenn der Handelnde über eine solche tatsächlich nicht verfügt. Selbst wenn das Ermessen der Behörde bei der Genehmigungserteilung auf Null reduziert wäre und damit ein Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis bestünde, wäre der Betroffene nicht befugt, die erlaubnisbedürftige Handlung eigenmächtig vorzunehmen. Die Strafbarkeit nach § 284 Abs. 1 StGB entfällt daher nur, wenn die Genehmigung durch einen wirksamen Verwaltungsakt erteilt wurde.

Ergänzend stellt der BGH klar, dass auch ein möglicher Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG infolge einer potentiell rechtswidrigen Erlaubnisversagung die Strafbarkeit des Angeklagten nach § 284 Abs. 1

StGB unberührt lässt. Zwar kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein unverhältnismäßiger Eingriff in das Grundrecht des Täters auf freie Berufsausübung trotz Tatbestandserfüllung die Nichtanwendbarkeit des § 284 Abs. 1 StGB begründen.<sup>2</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat diese Rechtsprechung bestätigt und in mehreren Beschlüssen, die der BGH in Rn. 26 seines Urteils zitiert, „eine Strafbarkeit von Sportwettenunternehmern verneint, die ohne die nach der verfassungswidrigen Gesetzeslage ohnehin nicht zu erlangende Erlaubnis Sportwetten veranstaltet hatten.“<sup>3</sup> Bereits mit Urteil vom 28.3.2006<sup>4</sup> entschied das Bundesverfassungsgericht in Bezug auf die Regelungen zur Umsetzung des damals geltenden Staatsvertrages im Freistaat Bayern, dass das staatliche Sportwettenmonopol – indem es nicht konsequent am Ziel der Bekämpfung von Suchtgefahren ausgerichtet war – gegen den die Berufsfreiheit gewährleistenden Art. 12 Abs. 1 GG verstieß und damit verfassungswidrig war. Doch sei diese Rechtsprechung nach Auffassung des BGH nicht auf den vorliegenden Fall des erlaubnislosen Spielhallenbetriebes übertragbar, zumal das Bundesverfassungsgericht zwischenzeitlich die Erlaubnisregeln des Glücksspielregimes der Länder, auf die § 284 Abs. 1 StGB durch den strafrechtlichen Erlaubnisvorbehalt (dynamisch) verweist, als mit dem Grundgesetz vereinbar angesehen habe.<sup>5</sup> In den Rn. 27 ff. seines Urteils arbeitet der BGH heraus, dass sich die durch den GlüStV und die ausführenden Ländergesetze geschaffene geltende Gesetzeslage bei sachgerechter Umsetzung der verfassungsrechtlichen Vorgaben in entscheidungserheblicher Weise von dem alten, seitens des Bundesverfassungsgerichts damals verworfenen Rechtszustand unterscheidet.

Zusammenfassend gelangt der BGH zu dem Ergebnis, dass der Angeklagte, indem er für die Einziehungsbeteiligte eine Spielhalle betrieb, einen gesetzlichen Erlaubnisvorbehalt missachtete, der verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei. Allein das Handeln ohne die vom Gesetz geforderte Genehmigung begründet – auf der Grundlage eines verfassungsmäßigen Erlaubnisvorbehaltes – unabhängig von der

\* Der Beitrag beruht auf einem Rechtsgutachten. Auf Seite III erfahren Sie mehr über die Autoren.

1 BGH, Ur. v. 27.2.2020 – 3 StR 327/19, ZFWG 2020, 352.

2 BGH, Ur. v. 16.8.2007 – 4 StR 62/07, NJW 2007, 3078 ff. zu dem – verfassungswidrigen – staatlichen Sportwettenmonopol nach dem bayerischen Lotteriesgesetz.

3 Vgl. BVerfG, Kammerbeschl. v. 29.6.2009 – 2 BvR 1499/05, NVwZ-RR 2009, 785, 786.

4 BVerfGE 115, 276 ff.

5 BVerfGE 145, 20 ff.



materiell-rechtlichen Rechtmäßigkeit einer Versagung im Einzelfall eine Strafbarkeit nach § 284 Abs. 1 StGB. Dabei hat der BGH in seinem Urteil erkannt, dass in der Grundlage eines mit höherrangigem Recht vereinbaren Erlaubnisvorbehaltes der entscheidende Unterschied gegenüber der Fallkonstellation liegt, die dem Urteil des EuGH vom 4.2.2016 in der Rechtssache *Ince* zugrunde lag. Im Fall *Ince*<sup>6</sup> traf die Erlaubnispflicht auf ein tatsächlich fortbestehendes staatliches Sportwettenmonopol, das einige deutsche Verwaltungsgerichte für rechtswidrig befunden haben. In Bezug auf einen mit dem Unionsrecht unvereinbaren, insbesondere das Transparenzgebot verletzenden Erlaubnisvorbehalt legt der EuGH Art. 56 AEUV dahingehend aus, dass die Dienstleistungsfreiheit die Strafverfolgungsbehörden eines Mitgliedstaats jedenfalls daran hindert, die ohne Erlaubnis erfolgte Vermittlung von Sportwetten durch einen privaten Wirtschaftsteilnehmer zu ahnden.<sup>7</sup> Demgegenüber werde das Auswahlverfahren zur Durchsetzung des Abstandsgebots für Spielhallen nach §§ 24, 25 Abs. 1 GlüStV in dem vom BGH entschiedenen Fall auch den unionsrechtlichen Anforderungen gerecht.

## II. Unionsrechtliche Verhältnismäßigkeit der Erlaubnisakzessorietät nach § 284 Abs. 1 StGB in der vom BGH entschiedenen Strafsache

§ 284 Abs. 1 StGB ist erlaubnisakzessorisch ausgestaltet, indem die Tatbestandserfüllung an das Fehlen einer behördlichen Erlaubnis anknüpft. Dabei handelt es sich um eine auf einen konkreten Verwaltungsakt, nämlich die Erlaubnis, nicht um eine auf das Verwaltungsverfahren über die Genehmigungserteilung bezogene Akzessorietät.

Wegen des Anwendungsvorrangs des (primären) Unionsrechts stehen die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit einer mitgliedstaatlichen Strafvorschrift entgegen, welche die Nichteinhaltung verwaltungsrechtlicher Anforderungen sanktioniert, die ihrerseits gegen das Unionsrecht verstoßen.<sup>8</sup> Die Mitgliedstaaten können allerdings die Grundfreiheiten aus Art. 49 und 56 AEUV aufgrund zwingender Gründe des Allgemeininteresses zulässigerweise beschränken.<sup>9</sup> In diesem Zusammenhang hat der Europäische Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung die Besonderheiten des – bisher einer EU-Rechtsangleichung entzogenen – Glücksspielmarktes anerkannt und den mitgliedstaatlichen Stellen ein ausreichendes Ermessen zuerkannt, mit welcher Intensität und Kontrolldichte sie Beschränkungen im Glücksspielmarkt einführen. Den Mitgliedstaaten kommt die Beurteilungsprärogative zu, ob es im Rahmen des angestrebten Ziels notwendig ist, Tätigkeiten im Spielbereich vollständig oder teilweise zu verbieten oder nur einzuschränken und dazu mehr oder weniger strenge Kontrollformen, insbesondere Erlaubnisvorbehalte, vorzusehen.<sup>10</sup>

Der EuGH hat anerkannt, dass eine begrenzte Erlaubnis von Spielen den Vorteil bietet, den Spielbetrieb in kontrollierte Bahnen zu lenken und die Gefahren eines auf Betrug und andere Straftaten ausgerichteten Spielbetriebs auszuschalten.<sup>11</sup> Nach dieser Rechtsprechung steht es einem Mitgliedstaat deshalb grundsätzlich frei, eine Erlaubnisregelung mit dem Ziel zu schaffen, die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern, und dabei auch Beschränkungen in Bezug auf die Zahl der zugelassenen Veranstalter vorzusehen.<sup>12</sup>

Der im Urteil des BGH vom 27.2.2020 verfahrensgegenständliche Erlaubnisvorbehalt zur Durchsetzung und Kontrolle der Abstandsregelungen für Spielhallen (§§ 24, 25 Abs. 1 GlüStV) begegnet den von gewerblichen Automaten spielen ausgehenden besonders hohen Suchtgefahren.<sup>13</sup> Schutzfunktion ist die Gewährleistung einer vollumfassenden materiellen und vorbeugenden behördlichen Kontroll- und Aufsichtsdichte. Indem das präventive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt die Durchführung eines materiellen Prüfverfahrens strafbewehrt erzwingt, gewährleistet es wirksam den vorbeugenden Rechtsgüterschutz. Der Beachtung des Erlaubnisvorbehaltes als strafrechtliches Schutzgut wird dabei über die Erlaubnisakzessorietät des § 284 Abs. 1 StGB ein besonderer Nachdruck verliehen, um den Spieler- und Jugendschutz vor den Gefahren der Spielsucht und des Betruges sowie anderer Straftaten effektiv zu gewährleisten. Damit ist der Urteilsbegründung des BGH zu den notwendigen Einschränkungen der Spielhallenbetriebe zuzustimmen. Im Hinblick auf Spielhallenbetriebe entspricht die strenge Erlaubnisakzessorietät nach § 284 Abs. 1 StGB den unionsrechtlichen Anforderungen an Beschränkungen der Grundfreiheiten im Rahmen der mitgliedstaatlichen Beurteilungs- und Ermessensprärogative, da sie in „kohärenter und systematischer Weise“ geeignet ist, die Gemeinwohlziele zu verwirklichen, und nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung dieser Ziele erforderlich ist.

## III. Ansatzpunkte der Kritik an dem Urteil des Bundesgerichtshofs im Hinblick auf Fälle mit grenzüberschreitendem Bezug

Nach den Feststellungen des BGH genügt das im behördlichen Ermessen liegende Erlaubnisverfahren nach den §§ 24, 25 GlüStV, das insbesondere der Durchsetzung des Abstandsgebots dient, dem unionsrechtlichen Transparenzgebot. Der mit der fehlenden ausdrücklichen Regelung des Auswahlverfahrens einhergehende weite Ermessensspielraum der zuständigen Behörde sei angesichts der vielschichtigen Interessenlagen und örtlichen Besonderheiten

6 EuGH, Ur. v. 4.2.2016 – C-336/14 – *Ince*.

7 EuGH, Ur. v. 4.2.2016 – C-336/14 – *Ince*, Ziffern 1 und 3 des Urteils tenors. Vgl. die Urteilsanmerkung von *Kudlich/Berberich*, ZfWG 2016, 126 ff.

8 EuGH, Ur. v. 6.3.2007 – C-338/04, Rn. 68 f., 71, ZfWG 2007, 125 – *Placanica*; EuGH, Ur. v. 8.9.2010 – C-316/07, C-409/07, C-410/07 und C-358/08, C-359/08, C-360/08, Rn. 71, 88, 97 f., ZfWG 2010, 332 – *Markus Stoß u. a.*; EuGH, Ur. v. 15.9.2011 – C-347/09, Rn. 43, ZfWG 2011, 403 – *Dickinger & Ömer*; EuGH, Ur. v. 16.2.2012 – C-72/10, Rn. 43, 83 – *Costa*.

9 EuGH, Rs. 33/74, Slg. 1974, S.1299, Rn.10 ff. – *van Binsbergen* (= P Nr. 213); EuGH, verb. Rs. 110/78 u. 111/78, Slg. 1979, S. 35, Rn. 28 – *van Wesemael*; EuGH, Rs. 279/80, Slg. 1981, S. 3305, Rn. 18 – *Webb*; EuGH, Rs. C-288/89, Slg. 1991, S. I-4007, Rn. 23 – *Gouda*.

10 EuGH, Ur. v. 24.3.1994 – C-275/92 – *Schindler*; EuGH, Ur. v. 21.9.1999 – C-124/97 – *Läärä*; EuGH, Ur. v. 21.10.1999 – C-67/98 – *Zenatti*.

11 EuGH, Ur. v. 21.9.1999 – C-124/97, Rn. 37 – *Läärä*; EuGH, Ur. v. 21.10.1999 – C-67/98, Rn. 35 – *Zenatti*.

12 EuGH, Ur. v. 6.3.2007, verb. Rs. C-338/04, C-359/04 und C-360/04, Rn. 53, ZfWG 2007, 125 – *Placanica*; EuGH, Ur. v. 8.9.2010 – C-46/08, Rn. 55, 84, ZfWG 2010, 344 – *Carmen Media Group Ltd*. Auch ein Abstandsgebot, das diesen Zielen dient, kann zulässig sein, vgl. EuGH, Ur. v. 16.2.2012 – C-72/10, Rn. 58, 65 – *Costa*.

13 *Ruttig*, Bitte Abstand halten! Abstandsregelungen für Spielhallen, ZfWG 2017, Seite 221 ff. Bereits das BVerfG hatte in seiner ODDSET-Entscheidung vom 28.3.2006 betont, dass die meisten Spieler mit problematischem oder pathologischem Spielverhalten an Automaten spielten, BVerfGE 115, 276 ff. (Rn. 100).



hinnehmbar. Der Behörde würden ausreichende und für alle Bewerber erkennbare Entscheidungsparameter an die Hand gegeben, um die Kontrolle der Auswahlentscheidung auf eine möglicherweise willkürliche Handhabung sicherzustellen.

Demgegenüber stellt die Rechtsprechung des Gerichtshofs im Vergleich zu den Ausführungen des BGH höhere unionsrechtliche Anforderungen an die Gestaltung des Erlaubnisverfahrens, insbesondere an die Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Transparenzgebotes, welches verbotene – insbesondere weniger offene oder verschleierte – Diskriminierungen im Erteilungsverfahren aufzudecken und damit auch präventiv vor solchen zu schützen vermag. Begründet werden diese erhöhten Anforderungen damit, dass bereits der Erlaubnisvorbehalt für Tätigkeiten im Glücksspielbereich eine zu rechtfertigende Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs darstellt. Die unionsrechtliche Verhältnismäßigkeit der Beschränkung lässt sich nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs dabei nur durch ein transparent und diskriminierungsfrei gestaltetes Erlaubniserteilungsverfahren herstellen, welches auf „objektiven und nicht diskriminierenden Kriterien [beruht], die im Voraus bekannt sind, damit dem Ermessen der nationalen Behörden Grenzen gesetzt werden, die seine missbräuchliche Ausübung verhindern.“<sup>14</sup>

Diesen unionsrechtlichen Anforderungen des Gerichtshofs an die Gestaltung des Erlaubnisverfahrens unter Wahrung der Gleichbehandlung und der Transparenz vermögen die Ausführungen des BGH zum behördlichen Ermessen im Erlaubnisverfahren nach den §§ 24, 25 GlüStV nicht zu genügen. Der BGH übersieht, dass die nach §§ 24 Abs. 3, 25 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 GlüStV den Ländern obliegende nähere Ausgestaltung des Erlaubnisverfahrens für den Spielhallenbetrieb gerade in einer Situation des Bewerberüberhangs keine hinreichend objektiven und nichtdiskriminierenden Erlaubniserteilungskriterien erkennen lässt, die – selbst unter Zuerkennung eines weiten gesetzgeberischen Gestaltungsspielraumes – zumindest so hinreichend bestimmt normativ eingerahmt werden, dass dem Ermessen der zuständigen Auswahlbehörden effektive Grenzen gesetzt werden. Jedenfalls entspricht der Hinweis des BGH darauf, dass das Transparenzgebot nicht dadurch verletzt werde, dass die zuständigen Behörden nach der Verwaltungspraxis ihres Landes ein Losverfahren durchführen, kaum den unionsrechtlichen Anforderungen des Gerichtshofs, selbst wenn das Verfahren alle Bewerber gleichermaßen betreffe und daher keine Gefahr willkürlicher Entscheidungen berge. Denn ein Losverfahren vermag – gemessen an den Geboten der Gleichbehandlung und der Transparenz – keinen für die Bewerber ex ante erkennbaren sachlichen Allokationsgrund im Sinne der Kanalisierungsziele des GlüStV (§ 1 Nr. 2) zur wirksamen Suchtbekämpfung (§ 1 Nr. 1) sowie zur Gewährleistung von Jugend- und Spielerschutz (§ 1 Nr. 3) zu begründen. Vielmehr müssen gerade in einer Situation des Bewerberüberhangs ausreichend objektive und – gemessen an den Regulierungszielen des GlüStV – sachliche Erlaubniserteilungskriterien legislativ eingerahmt werden, um einen Qualifikationswettbewerb um die überlegenen Sicherheitskonzepte der Bewerber zu ermöglichen. Mit einem Losverfahren entzieht sich die Auswahlbehörde einer von – für die Bewerber vorab erkennbaren – sachlichen Erlaubniserteilungskriterien gelei-

teten Ermessensausübung (unionsrechtliche Ermessensunterschreitung).

Selbst wenn ein Verzicht auf eine explizite gesetzgeberische Vorabfestlegung der sachlichen Erlaubniserteilungskriterien unionsrechtlich noch hinnehmbar wäre, so darf der Mitgliedstaat nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs jedenfalls nicht von seiner legislativen Pflicht entbunden werden, dem Ermessen seiner Behörden durch ausreichend klare, im Voraus bestimmte und bekannte gesetzliche Leitplanken des Auswahlverfahrens Grenzen zu setzen.

Die Nichteinhaltung des Transparenzgebotes in Fällen mit (potentiell) grenzüberschreitendem Bezug begründet einen Verstoß gegen das Unionsrecht. Aus dem Anwendungsvorrang folgt dann die Unanwendbarkeit des betroffenen mitgliedstaatlichen Erlaubnisvorbehaltes und der dann auch unionsrechtlich nicht mehr gerechtfertigten Erlaubnisakzessorietät des Straftatbestandes der erlaubnislosen Veranstaltung eines Glücksspiels (§ 284 Abs. 1 StGB). Die nationalen Gerichte und Behörden müssen das unionsrechtswidrige nationale Recht von sich aus, d.h. unabhängig von einer etwaigen Vorlage an den EuGH oder ein Verfassungsgericht, unangewendet lassen, bis der nationale Gesetzgeber seinem aus der Unanwendbarkeit erwachsenden Regelungsauftrag nachkommt und die Unionsrechtmäßigkeit des geltenden nationalen Rechts herstellt.

#### IV. Rechtliche Folgen aus dem BGH-Urteil für Onlinecasino-Veranstaltungen?

Das Revisionsurteil des BGH vom 27.2.2020 zur Strafbarkeit wegen eines unerlaubten Spielhallenbetriebes nach § 284 StGB entfaltet aufgrund seiner prozessual begrenzten Rechtskraft keine Bindungswirkung nach § 358 Abs. 1 StPO für Sachverhalte, die Online-Casinoangebote betreffen. Aber auch abgesehen von der fehlenden Bindungswirkung vermögen die in dem Urteil des BGH getroffenen rechtlichen Feststellungen zur Strafbarkeit eines erlaubnislosen Spielhallenbetriebes nach § 284 StGB eher entlastende als belastende Einflüsse auf die strafrechtliche Beurteilung des Angebots von Glücksspielen im Internet, insbesondere von Online-Casinospielen, durch von in anderen Mitgliedstaaten ansässige und dort zugelassene Anbieter zu entfalten.

##### 1. Unterscheidungsmerkmale im Hinblick auf Online-Casinoangebote betreffende Sachverhalte

###### a) Unterschiede in der Anknüpfung hinsichtlich der Anwendbarkeit deutschen Strafrechts

Ein wesentlicher Unterschied zwischen dem vom BGH judizierten inländischen Sachverhalt des erlaubnislosen Spielhallenbetriebes nach § 284 StGB und den von in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Dienstleistern erbrachten Angeboten von Online-Casinospielen besteht bereits in der Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts. Aufgrund des in § 3 i. V. m. § 9 Abs. 1 StGB verankerten Territorialitätsprinzips lehnt der BGH in seiner jüngeren Rechtsprechung die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts jedenfalls auf rein abstrakte Gefährungsdelikte wie nach § 261 StGB (Geldwäsche) oder wie hier nach § 284 StGB ab,

14 EuGH, Ur. v. 4.2.2016 – C-336/14, Rn. 55 ff. – Ince.



wenn die Tathandlung allein im Ausland stattfindet.<sup>15</sup> Wird die Online-Casinoveranstaltung von einem ausländischen Server aus angeboten, fehlt es an einem inländischen Handlungsort im Sinne von § 9 Abs. 1 Var. 1 StGB. Da § 284 StGB als abstraktes Gefährdungsdelikt keinen lokalisierbaren Erfolg als Tatbestandsvoraussetzung aufweist, ist auch eine Anknüpfung an den Erfolgsort nach § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB nicht möglich. § 284 StGB kann daher allenfalls über den Auslandstaten einbeziehenden § 7 StGB zur Anwendung gelangen; in der Regel scheidet die Anwendbarkeit dann allerdings schon an der vorausgesetzten Tatorstrafbarkeit. Darüber hinaus setzt eine Anwendbarkeit deutschen Strafrechts über § 7 Abs. 1 StGB voraus, dass sich die Tat gegen „einen bestimmten oder jedenfalls bestimmbar einzelnen deutschen Staatsangehörigen [richtet], der durch die Auslandstat in seinen individuellen Rechten verletzt ist“,<sup>16</sup> was im Rahmen eines abstrakten Gefährdungsdelikts wie hier nach § 284 StGB regelmäßig kaum mit der vom BGH vorausgesetzten Bestimmtheit oder zumindest Bestimmbarkeit festgestellt werden kann.<sup>17</sup> Für Online-Casinospiele, die von in anderen Mitgliedstaaten ansässigen und dort auch zugelassenen Anbietern veranstaltet werden, gilt daher in der Regel schon das deutsche Strafrecht nicht.

#### b) Der Unterschied im grenzüberschreitenden Bezug

Während das Urteil des BGH vom 27.2.2020 einen rein inländischen Sachverhalt des erlaubnislosen Spielhallenbetriebes betrifft, weisen Online-Glücksspielangebote von in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Anbietern stets einen tatsächlichen grenzüberschreitenden Bezug auf.<sup>18</sup> Im Gegensatz zu inländischen Sachverhalten, die lediglich an den deutschen Grundrechten zu messenden Erlaubnisvorbehalten unterfallen, ist das Online-Verbot (§ 4 Abs. 4 GlüStV) im Zusammenwirken mit dem durch dieses Verbot unüberwindbaren Erlaubnisvorbehalt (§ 4 Abs. 1 S. 1 GlüStV) wegen des grenzüberschreitenden Bezuges darüber hinaus den unionsrechtlichen Rechtfertigungsmaßstäben der „*zwingenden Erfordernisse des Allgemeinwohls*“ zur Beschränkung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit unterworfen.<sup>19</sup>

#### c) Unterschiede in der Belastbarkeit des Erlaubnisvorbehaltes

Im Gegensatz zu dem Erlaubnisverfahren für den Spielhallenbetrieb nach den §§ 24, 25 GlüStV gilt für internetbasierte Glücksspielangebote aus anderen Mitgliedstaaten aufgrund des gesetzgebungstechnischen Zusammenwirkens des Online-Verbotes (§ 4 Abs. 4 GlüStV) mit dem durch dieses Verbot für Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten unüberwindbaren „Erlaubnisvorbehalt“ (§ 4 Abs. 1 S. 1 GlüStV) ein repressives Verbot *ohne* jede Befreiungsmöglichkeit. Damit besteht ein ganz wesentlicher Unterschied zwischen dem vom BGH judizierten inländischen Sachverhalt des erlaubnislosen – aber erlaubnisfähigen – Spielhallenbetriebes und dem Fehlen einer deutschen – gegenwärtig rechtlich gar nicht möglichen – Erlaubniserteilung an in anderen Mitgliedstaaten ansässige und dort zugelassene Online-Casinoanbieter.

#### 2. Unverhältnismäßige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch das repressive Verbot internetbasierter Glücksspielangebote aus anderen Mitgliedstaaten (§ 4 Abs. 1 S. 1 i. V. m. Abs. 4 GlüStV)

Nach den unionsrechtlichen Transparenzmaßstäben muss schon die gesetzestechnische Normkonstruktion des Zusammenwirkens des Online-Verbotes (§ 4 Abs. 4 GlüStV) mit dem durch dieses Verbot für private Anbieter aber unüberwindbaren Erlaubnisvorbehalt (§ 4 Abs. 1 S. 1 GlüStV) einerseits und der Befreiung des staatlichen Online-Eigenvertriebes von Lotterien und Sportwetten nach § 4 Abs. 5 GlüStV andererseits unter dem gemeinsamen Dach des „Erlaubnisvorbehaltes“ nach § 4 Abs. 1 S. 1 GlüStV kritisch hinterfragt werden. Denn die irreführende Formulierung des „Erlaubnisvorbehaltes“ in § 4 Abs. 1 S. 1 GlüStV verschweigt insoweit die Totalbeschränkung der Dienstleistungsfreiheit, als dieser „Erlaubnisvorbehalt“ für (potentielle) Online-Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten als repressives Verbot *ohne* Befreiungsmöglichkeit rechtlich unüberwindbar ist. Tatsächlich werden internetbasierte Glücksspielangebote aus anderen Mitgliedstaaten gerade aufgrund des Online-Verbotes nach § 4 Abs. 4 GlüStV kategorisch von dem Erlaubnisregime nach § 4 Abs. 1 bis Abs. 5 GlüStV ausgeschlossen. Diese Zusammenhänge muss der Gesetzgeber aber nach dem – auch für die mitgliedstaatliche Gesetzgebungstechnik geltenden – Transparenzgebot für Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit bereits im Wortlaut des Schrankengesetzes formal klar und deutlich kodifizieren.

Das Online-Verbot ist weder mit den in der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs aufgestellten unionsrechtlichen (materiellen) Verhältnismäßigkeits- und Kohärenzmaßstäben vereinbar, wonach Art. 56 AEUV „einer nationalen Regelung entgegensteht, sofern diese Regelung nicht tatsächlich dem Anliegen entspricht, in kohärenter und systematischer Weise die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern oder die mit Spielen verbundene Kriminalität zu bekämpfen“,<sup>20</sup> noch genügt es den strengen (prozeduralen) Nachweisanforderungen, die der Gerichtshof u. a. in den Rechtssachen „Online Games“ und „Dickinger & Ömer“ an die mitgliedstaatlichen Gerichte adressiert hat. Demnach müssen die nationalen Gerichte nach dem Unionsrecht „eine Gesamtwürdigung der Umstände, unter denen eine restriktive Regelung erlassen worden ist und durchgeführt wird, auf der Grundlage der Beweise vornehmen, die die zuständigen Behörden des Mitgliedstaats vorgelegt haben, um das Vorliegen von Zielen, mit denen sich eine Beschränkung einer vom AEU-Vertrag gewährleisteten Grundfreiheit rechtfertigen lässt, und deren Verhältnismäßigkeit darzutun.“<sup>21</sup> Dabei hat der Mitgliedstaat, der sich auf ein Ziel berufen möchte, mit dem sich eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen lässt, dem Gericht, das über diese Frage zu entscheiden hat, „alle Umstände darzulegen, anhand deren dieses

15 BGH, NStZ-RR 2013, 253; BGH, NJW 2018, 2742, 2743; BGH, NStZ 2015, 81, 82.

16 BGH, NJW 2018, 2742, 2743.

17 Ausführlich zu dem Ganzen Kudlich/Berberich, NStZ 2019, 633.

18 EuGH, Urt. v. 6.11.2003 – C-243/01, Slg. 2003, S. I-13076 – Gambelli.

19 BVerwG, NVwZ 2018, 895 Rn. 35; dazu: Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 11. Auflage 2018, Rn. 1030.

20 Ständige Rechtsprechung, vgl. nur EuGH, Urt. v. 30.6.2016 – C-464/15, Rn. 33, ZfWG 2016, 329 – Admiral Casinos & Entertainment AG.

21 EuGH, Urt. v. 14.6.2017 – C-685/15, Rn. 65, ZfWG 2017, 382 – Online Games.



Gericht sich vergewissern kann, dass die Maßnahme tatsächlich den sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergebenden Anforderungen genügt.<sup>22</sup>

Selbst wenn es nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs im nichtharmonisierten Bereich wie der Regulierung des Glücksspiels grundsätzlich Sache der Mitgliedstaaten bleibt, das nationale Schutzniveau selbst zu bestimmen,<sup>23</sup> wird der Beurteilungs- und Schutzgestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten gleichwohl durch die aufgeführten Nachweisanforderungen begrenzt. Die Mitgliedstaaten und ihre Gerichte haben sich zu vergewissern, dass restriktive, in die Dienstleistungsfreiheit eingreifende Regelungen auch tatsächlich dem Anliegen entsprechen, die Gelegenheit zum Spiel „in geordnete und überwachte Bahnen“ zu kanalisieren und zwar in kohärenter und systematischer Weise.<sup>24</sup>

Das Online-Verbot nach § 4 Abs. 4 GlüStV hat sich in seiner praktischen Anwendung offensichtlich als ungeeignet erwiesen, den bestehenden Spieltrieb in der Bevölkerung gemäß § 1 Nr. 2 GlüStV in geordnete und überwachte Bahnen zu lenken. Alle aktuellen und in der jüngeren Vergangenheit erhobenen Daten und deren wissenschaftliche Bewertungen, wie zuletzt im Jahrbuch Sucht 2020, belegen, dass gerade das erlaubnisfähige terrestrische Automatenspiel besonders suchtgefährlich und im Vergleich zu den nicht-erlaubnisfähigen Online-Casinospielen eine viel größere Gefährdungsquelle ist. Die bisher aufgrund des geltenden GlüStV bewirkte Kanalisierung zu stationären Spielangeboten erfolgt damit nach allen wissenschaftlich fundierten Evaluierungsberichten in die vollkommen falsche Richtung. Gerade terrestrische Spielhallen, Gaststätten und Spielbanken werden offenbar exponiert von Spielsüchtigen aufgesucht. Damit werden bisher nicht suchtkranke Spielerinteressierte regulatorisch veranlasst, Orte aufzusuchen, in denen sie unmittelbar mit Spielsüchtigen sowie deren Spielverhalten in Kontakt geraten. Diese gesetzgeberisch fehlleitende Kanalisierungsrichtung begründet die Gefahr, dass durch den Kontakt mit Spielsüchtigen in Spielhallen, Spielbanken und Gaststätten deren problematisches Spielverhalten adaptiert wird.<sup>25</sup>

Aufgrund des manifesten Kanalisierungsversagens ist das Online-Verbot nach § 4 Abs. 4 GlüStV vor dem Hintergrund deutscher wie internationaler wissenschaftlicher Studien unionsrechtlich nicht haltbar und wegen der Unverhältnismäßigkeit der damit einhergehenden inkohärenten Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit unanwendbar. Denn das Online-Verbot verfehlt die Ziele des GlüStV, insbesondere eine wirksame Suchtbekämpfung (§ 1 Nr. 1) sowie die Gewährleistung von Jugend- und Spielerschutz (§ 1 Nr. 3), und damit die unionsrechtlichen Anforderungen an eine verhältnismäßige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit aufgrund zwingender Gründe des Allgemeininteresses.

### 3. Das Urteil des BVerwG vom 26.10.2017 – 8 C 18.16

Soweit das BVerwG in seinem Urteil vom 26.10.2017<sup>26</sup> das Verbot, Poker- und Casinospiele im Internet zu veranstalten und zu vermitteln, noch als mit dem Unionsrecht vereinbar eingeordnet hat, sind seine Ausführungen vor dem Hintergrund des manifesten regulatorischen Kanalisierungsversagens, der in der Rechtsprechung des Gerichtshofs betonten mitgliedstaatlichen Gewährleistungspflicht unionsrechtskonformer Übergangsphasen und der mitgliedstaatlichen

Aktualisierungspflicht bei der Kohärenzbeurteilung als überholt und damit als nicht belastbar einzuordnen. Die Rechtskraft des Revisionsurteils des BVerwG bezieht sich ratione temporis et inter partes auf einen historischen Streitgegenstand, welcher bereits aufgrund des Zeitlaufs im Instanzenzug angesichts der rasanten Entwicklungen auf den Online-Glücksspielmärkten, insbesondere in negativer Hinsicht wegen der weiter stark zunehmenden Nutzermigration in die Schwarzmärkte, und nun in regulatorisch positiver Hinsicht wegen der bevorstehenden Marktöffnung für Online-Glücksspiele durch den neuen Staatsvertrag zur Neuregulierung des Glücksspielwesens in Deutschland (GlüStV 2021)<sup>27</sup> nicht mehr aktuell ist.

### V. Der künftige Rechtsstatus unter § 22 c GlüStV 2021

Nach dem GlüStV 2021, den die Regierungschefinnen und -chefs der Länder auf ihrer Ministerpräsidentenkonferenz (MPK) am 12.3.2020 als Entwurf beschlossen haben, soll mit dessen Inkrafttreten am 1.7.2021 eine Marktöffnung für Online-Glücksspiele, insbesondere für das „Große Spiel“ nach § 22 c Abs. 1 GlüStV 2021, erfolgen. An anderer Stelle ist bereits ausführlich dargelegt worden, dass die Bestimmungen des § 22 c Abs. 1 GlüStV 2021 zur Konzessionierung des „Großen Spiels“ im dualen Modell – Wahlmöglichkeit der Länder zwischen einer Monopoleinrichtung (Nr. 1) und einer Kontingentierung nach Maßgabe der Anzahl erteilbarer Konzessionen für stationäre Spielbanken (Nr. 2) – jeweils einzeln und in den regulatorischen Kumulierungswirkungen mit den weiteren Vorgaben des GlüStV 2021 die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV verletzen.<sup>28</sup> Denn dieses duale Modell missachtet die in ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs aufgestellten unionsrechtlichen Kohärenzmaßstäbe zur Rechtfertigung mitgliedstaatlicher Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit, indem es nicht verhältnismäßig und systematisch an den Zielen des § 1 GlüStV 2021 ausgerichtet und damit ungeeignet ist, diese tatsächlich zu erreichen.

Einerseits können die Länder für die „Unerlässlichkeit“<sup>29</sup> des Ausschlusses jeglichen Wettbewerbs um den Markt

22 EuGH, Urt. v. 15.9.2011 – C-347/09, Rn. 54, ZfWG 2011, 403 – Dickinger & Ömer; vgl. auch EuGH, Urt. v. 12.6.2014 – C-156/13, Rn. 40, ZfWG 2014, 193 – Digibet und Albers; EuGH, Urt. v. 8.9.2010, verb. Rs. C-316/07, C-409/07, C-410/07 und C-358/08, C-359/08, C-360/08, Rn. 71, 88, 97 f., ZfWG 2010, 332 – Markus Stoß u. a.

23 Vgl. EuGH, Urt. v. 8.9.2010 – C-316/07, C-409/07, C-410/07 und C-358/08, C-359/08, C-360/08, Rn. 71, 88, 97 f., ZfWG 2010, 332 – Markus Stoß u. a.; EuGH, Urt. v. 8.9.2010 – C-46/08, Rn. 55, 84, ZfWG 2010, 344 – Carmen Media Group Ltd. Zum Sinngehalt der Begrifflichkeiten Konsistenz und Kohärenz vgl. auch Liesching/Berberich, in: Streinz/Liesching/Hambach, Glücks- und Gewinnspielrecht in den Medien, 1. Auflage 2014, Art. 12 GG, Rn. 57 ff.

24 EuGH, Urt. v. 15.9.2011 – C-347/09, Rn. 56, ZfWG 2011, 403 – Dickinger & Ömer.

25 Vgl. hierzu insbesondere den Jahresreport 2016 der Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder, [https://innen.hessen.de/sites/default/files/media/hmdis/jahresreport\\_2016\\_0.pdf](https://innen.hessen.de/sites/default/files/media/hmdis/jahresreport_2016_0.pdf), endgültige Fassung vom 20.3.2018, Seite 8 ff.

26 BVerwG, Urt. v. 26.10.2017, ZfWG 2018, 145.

27 Der hier zugrunde gelegte Stand des Entwurfs des GlüStV 2021 ist die Fassung vom 18.5.2020, dem Datum der Notifizierung bei der Kommission.

28 Koenig, Geht der neue Glücksspielstaatsvertrag 2021 regulatorisch wirklich online?, K&R 2020, 578.

29 EuGH, Urt. v. 28.2.2018 – C-3/17, Rn. 42, ZfWG 2018, 253 – Sporting Odds: „Speziell erfordert die Zulässigkeit einer Einschränkung [...] den Nachweis, dass diese Einschränkung eine unerlässliche Voraussetzung für die Erreichung des verfolgten Ziels ist.“



nach § 22 c Abs. 1 Nr. 1 GlüStV 2021 jedenfalls keine zwingenden Rechtfertigungsgründe des Allgemeinwohls anführen. Insbesondere vermögen diesem an rechtliche Monopole anzulegenden Rechtfertigungsmaßstab die in den amtlichen Erläuterungen zum notifizierten Entwurf des GlüStV 2021 aufgeführten Erwägungen nicht zu genügen. Andererseits werden im Rahmen der Regelungsoption der streng kontingentierten Konzessionierung nach Maßgabe der Anzahl erteilbarer Konzessionen für stationäre Spielbanken nach § 22 c Abs. 1 Nr. 2 GlüStV 2021 die Regulierungsziele entgegen den unionsrechtlichen Kohärenzanforderungen angesichts des ubiquitären Auftretens und der Omnipräsenz von Online-Angeboten auf den relevanten Märkten konterkariert.

Erweisen sich die den Ländern in § 22 c Abs. 1 GlüStV 2021 eingeräumten Regelungsalternativen, nämlich sowohl das gesetzlich abgesicherte öffentliche Monopol (Nr. 1) als auch die zahlenmäßige Anknüpfung des Konzessionsvorbehaltes an die stationäre Konzessionskontingentierung (Nr. 2), gemessen an den Regulierungszielen als unverhältnismäßige Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV, so dürften auch künftig Online-Casinoanbieter aus anderen Mitgliedstaaten nicht nach § 284 StGB strafrechtlich verfolgt werden. Denn auch dann darf sich der strafrechtliche Vorwurf des Fehlens einer deutschen Erlaubnis nicht auf den mit Art. 56 AEUV unvereinbaren Konzessionsvorbehalt (§ 22 c Abs. 1 GlüStV 2021) stützen.

## VI. Fazit

Aus den im Revisionsurteil des BGH vom 27.2.2020 getroffenen rechtlichen Feststellungen zur Strafbarkeit eines erlaubnislosen Spielhallenbetriebes nach § 284 StGB ergeben sich eher entlastende als belastende höchstrichterliche Rechtsprechungsmaßgaben für die strafrechtliche Beurteilung des Angebots von Glücksspielen im Internet, insbesondere von Online-Casinospielen, durch von in anderen Mitgliedstaaten ansässige und dort zugelassene Anbieter. Selbst unter der – nach neuerer Rechtsprechung des BGH kaum tragfähigen – Hypothese der Anwendbarkeit deutschen Strafrechts dürften Online-Casinoanbieter aus anderen Mitgliedstaaten nach dem Urteil des EuGH in der Rechtssache *Ince* nicht nach § 284 StGB verfolgt werden, da sich der strafrechtliche Vorwurf des Fehlens einer deutschen Erlaubnis nicht auf den mit Art. 56 AEUV unvereinbaren – nach § 4 Abs. 1 S. 1 i. V. m. Abs. 4 GlüStV unionsrechtswidrig überwindbaren – Erlaubnisvorbehalt stützen darf.

## Summary

*The article examines the German Federal Court's appeal ruling of 27 February 2020 on the criminal liability of an arcade operator for organizing illicit gaming without the permission of an authority pursuant to Section 284 of the German Criminal Code and draws the conclusion that the legal findings are rather relieving than burdensome as regards the assessment of online casino games organised by providers established and licensed in other Member States.*