

Karsten Gaede

Abstrakt-generelle Duldungen im europäisierten Glücksspielstrafrecht

Zur Strafbarkeit/Straflosigkeit der Veranstaltung und
Bewerbung virtueller Automaten Spiele gemäß § 284 StGB
im Kontext des Glücksspielstaatsvertrages 2021



Nomos

Baden-Badener Beiträge zum Glücksspielrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Jörg Ennuschat

Prof. Dr. Karsten Gaede

Prof. Dr. Bernd J. Hartmann, LL.M.

Band 1

Karsten Gaede

Abstrakt-generelle Duldungen im europäisierten Glücksspielstrafrecht

Zur Strafbarkeit/Straflosigkeit der Veranstaltung und
Bewerbung virtueller Automatenspiele gemäß § 284 StGB
im Kontext des Glücksspielstaatsvertrages 2021



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-8150-8 (Print)

ISBN 978-3-7489-2579-8 (ePDF)

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Schrift ist aus der Bearbeitung der Neuauflage der Kommentierung hervorgegangen, die der Verfasser für die 6. Auflage des Nomos-Kommentares zum StGB zu den §§ 284 ff. StGB vorgelegt hat. Vor dem Hintergrund einer frühzeitigen Anfrage aus der Praxis, die nicht mit einem laufenden Strafverfahren in Verbindung stand, wurde offenbar, dass die aktuellen Entwicklungen neue Fragestellungen zum deutschen Recht aufwerfen und unionsrechtlich geprägte Problemlagen in neuem Licht erscheinen lassen. Das wissenschaftliche Schrifttum hat diese für die Praxis neuen oder veränderten Fragestellungen bisher nicht oder nicht eingehend beantworten können. Sie machen nach Ansicht des Verfassers eine monographische Ausarbeitung erforderlich, welche die Möglichkeiten selbst des Großkommentars schlicht sprengt.

Für die Aufnahme in die neu gegründete Reihe Baden-Badener Beiträge zum Glücksspielstrafrecht danke ich den Kollegen Jörg Ennuschat und Bernd J. Hartmann sowie dem Nomos Verlag herzlich. Für die vorzügliche und vorbildgebende Betreuung danke ich insbesondere Anke Maria Tröltzsch, Katharina König und Professor Dr. Johannes Rux.

An meinem Hamburger Lehrstuhl haben sich Marc-Philipp Bittner, Frederike Berghaus, Anna Einhaus, Jessica Krüger, John Heidemann, Julius Gottschalk und Mats Leverenz um den Abschluss der Publikation sehr verdient gemacht. Für die Korrekturen bedanke ich mich herzlich. Fehler bleiben allein solche des Autors!

Internetquellen wurden jeweils letztmals am 23. März aufgerufen.

Hamburg, im April 2021

Karsten Gaede

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	11
I. Jüngere Entwicklungen des Glücksspielrechts	12
II. Resultierende Fragestellungen und Gang der Darstellung	14
B. Ausgangslage: europäisiertes deutsches Glücksspielstrafrecht	17
I. Strafbarkeit des Glücksspiels	17
1. Strafbare Veranstaltung eines Glücksspiels	17
a) Nach der Norm unerlaubtes Glücksspiel	20
b) Tathandlungen in Deutschland	22
c) Subjektive Anforderungen	25
2. Strafbare Werbung für Glücksspiele	26
II. Akzessorietät der Ausgestaltung	27
1. (Formelle) Verwaltungsaktsakzessorietät	29
2. (Materielle) Verwaltungsrechtsakzessorietät	31
a) Verwaltungsrechtlich begründeter Erlaubnisvorbehalt	31
b) Verstöße gegen das Verfassungsrecht	33
III. Neutralisierung durch das Unionsrecht	35
1. Rechtliche Ausgangslage	35
2. Beispiel der Sportwetten	36
C. Strafbarkeit unter Geltung des Glücksspielstaatsvertrags 2012	39
I. Mangelnde Erlaubnisfähigkeit und mögliche Tatverwirklichung	39
1. Regelung im Glücksspielstaatsvertrag 2012	39
2. Mögliche Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale	40
II. Unmittelbare Vorwirkung des Glücksspielstaatsvertrags 2021	43
III. Strafbarkeit trotz nationaler Vollzugssperre	44
1. Umlaufbeschluss und Leitlinien	45
a) Inhalt	45
b) Anwendungsfälle	48
2. Interpretation als umfassende formelle Erlaubnis	49

Inhaltsverzeichnis

3.	Interpretation als abstrakt-generelle aktive Duldung	50
a)	Maßstäbe der strafrechtlichen Duldung	51
b)	Subsumtion: Duldung durch Vollzugssperre	55
(1)	Duldender Charakter der staatlichen Verlautbarungen	56
(2)	Annahme eines (im Übrigen) formell rechtmäßigen Verwaltungsakts	59
(3)	Ergebnis	64
c)	Anwendbarkeit auf eine abstrakt-generelle Duldung	64
(1)	Verwaltungsrechtliche Überzeugungskraft:	65
(2)	Strafrechtliche Überzeugungskraft	66
(3)	Bedeutung für das konkrete Übergangsregime	68
d)	Vereinbarkeit mit dem geltenden Verwaltungsrecht	69
(1)	Widerspruch zur Vollzugsverpflichtung	69
(2)	Mangelnde Bestätigung durch die Landesparlamente	75
(3)	Ergebnis	79
e)	Bestätigung durch den Schutzzweck der Strafnorm	79
(1)	Sinn und Zweck der Norm	79
(2)	Widersprüche der Rechtsordnung	82
(3)	Zwischenergebnis	83
4.	Ergebnis und Hinweis auf Folgefragen	83
IV.	Unionsrechtliche Zulässigkeit des Internetverbots	84
1.	Eröffnung des Schutzbereichs der Dienstleistungsfreiheit	84
a)	Grenzüberschreitender Sachverhalt	85
b)	Abgrenzung von der Niederlassungsfreiheit	90
2.	Rechtfertigung vorliegender Eingriffe	95
a)	Standpunkt der deutschen Gerichte	96
b)	Anwendung der Rechtfertigungsmaßstäbe des Unionsrechts	100
(1)	Substantiierung der prinzipiellen Gefahrsteigerung durch Onlinespiel	101
(2)	Eignung und Erforderlichkeit des Internetverbots	107
(3)	Rechtfertigung bezüglich virtueller Automaten Spiele	112
(4)	Rechtfertigung hinsichtlich der teilregulierten Übergangsphase	116
3.	Zwischenergebnis: Folgerungen für § 284 StGB	118
4.	Hinweis: Beachtung des Rechtsprechungsmonopols des EuGH	119
a)	Maßstäbe	119
b)	Subsumtion	121
5.	Hinweis: naheliegende verfassungsrechtliche Hinterfragung	122

V. Werbung für virtuelle Automatenspiele	122
1. Bedeutung der nationalen Vollzugssperre	123
2. Bedeutung des Unionsrechts	127
VI. Ergebnis	129
D. Strafbarkeit unter Geltung des Glücksspielstaatsvertrags 2021	130
I. Erlaubnisfähigkeit und mögliche Tatverwirklichung	130
1. Regelung im Glücksspielstaatsvertrag 2021	130
2. Mögliche Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale	135
II. Strafbarkeit trotz nationaler Vollzugssperre	136
1. Sinngemäße Fortgeltung des Beschlusses	137
2. Interpretation als umfassende formelle Erlaubnis	137
3. Interpretation als allgemeine aktive Duldung	138
a) Fortgeltung der bisherigen Darlegungen	139
b) Bekräftigung mit dem Glücksspielstaatsvertrag 2021	139
4. Ergebnis	142
III. Unionsrechtliche Zulässigkeit eines faktischen Internetverbots	142
1. Mangelnde Vollziehbarkeit des Erlaubnisvorbehalts	142
2. Unionsrechtliche Bewertung	144
a) Maßstäbe der Rechtsprechung des EuGH	145
b) Unionsrechtswidrigkeit der Bestrafung	150
(1) Anwendbarkeit	150
(2) Inkohärenz und Intransparenz	151
(3) Kontrollüberlegung – Prämierung der Eigenmächtigkeit?	152
c) Maßgeblicher Zeitpunkt	154
d) Umsetzung der Maßstäbe über das Übergangsregime	155
3. Ergebnis	156
IV. Werbung für virtuelle Automatenspiele	157
V. Ergebnis	159
E. Zusammenfassung der Hauptergebnisse	161
Literatur	163

