



AMTSGERICHT ERLANGEN

IM NAMEN DES VOLKES

BESCHLUSS

Aktenzeichen: 1 Ds 905 Js 148029/06

Entscheidung vom 28. September 2007

1. Die Eröffnung des Hauptverfahrens wird abgelehnt.
2. Die Kosten des Verfahrens und die notwendigen Auslagen des Angeschuldigten trägt die Staatskasse

Gründe:

Dem Angeschuldigten lag zur Last in der Zeit vom 12.9.2006 bis 23.10.2006 ohne Erlaubnis in Erlangen die Vermittlung von Sportwetten "tipico" betrieben zu haben, wobei die in Malta ansässige Firma tipico Ltd. (lediglich) über eine maltesische Erlaubnis zur Vermittlung von Sportwetten verfügte, strafbar als unerlaubtes Veranstellen eines Glückspiels nach § 284 StGB.

Die Eröffnung des Hauptverfahrens war gemäß § 203 StPO abzulehnen, weil bei vorläufiger Tatbewertung eine Verurteilung aus rechtlichen Gründen nicht zu erwarten ist.

Das OLG Hamburg hat in seinem Beschluss vom 5.7.2007, Az. 1 Ws 61/07, zu einem entsprechenden Fall (Konzession der Firma in Österreich) wie folgt ausgeführt (zitiert nach Juris):

Es kann unentschieden bleiben, ob die den Angeschuldigten zur Last gelegte Annahme und Vermittlung von Sportwetten an einen in Österreich konzessionierten Buchmacher objektiv strafbar ist. Eine strafrechtliche Sanktion für den hier angeklagten Zeitraum, Mai bis Oktober 2006, verstößt jedenfalls gegen Verfassungsrecht. Eine Bestrafung wäre rechtsstaatswidrig, weil die verfassungsrechtlichen Grundlagen für eine strafrechtliche Sanktion entfallen sind. Derzeit würde ein bloßer Verwaltungsungehorsam bestraft, obwohl die derzeitige verwaltungsrechtliche Rechtsgrundlage, das Staatslotteriegesetz bzw. der Staatsvertrag zum Lotteriewesen (vgl. Art. 5 des Gesetzes zum Staatsvertrag zum Lotteriewesen v. 27.04.2004, HmbGVBl. 2004, S.223), und die tatsächliche Ausgestaltung des staatlichen Wettmonopols vom Bundesverfassungsgericht als grundgesetzwidrig erklärt worden sind.

Das Bundesverfassungsgericht hat zwar bestimmt, dass während der Übergangszeit bis zu einer gesetzlichen Neuregelung, spätestens bis zum 31. Dezember 2007, die bisherige Rechtslage mit der Maßgabe anwendbar bleibe, dass der Staat unverzüglich ein Mindestmaß an Konsistenz zwischen dem Ziel der Begrenzung der Wettleidenschaft und der Bekämpfung der Wertsucht einerseits und der tatsächlichen Ausübung seines Monopols andererseits herzustellen habe. Die von dem Bundesverfassungsgericht angeordnete Fortgeltung des Staatslotteriegesetzes gilt jedoch ausdrücklich nur für das Ordnungsrecht. Im Hinblick auf den rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers ist für eine Übergangszeit eine an sich verfassungswidrige Rechtslage hinzunehmen. Dies führt aber nicht dazu, dass diese während der

Übergangszeit als verfassungsgemäß anzusehen wäre, sie bleibt vielmehr in ihrer gegenwärtigen gesetzlichen Form verfassungswidrig. Ein Verstoß gegen eine verfassungswidrige, aber übergangsweise hinzunehmende Freiheitsbeschränkung kann nicht als kriminelles Unrecht geahndet werden. Eine solche Fortgeltensanordnung stellt für das Strafrecht keine tragfähige Grundlage dar.

Die Rechtfertigung für die Fortgeltensanordnung liegt darin, den Übergang von der verfassungswidrigen zur verfassungsgemäßen Gesetzeslage zu sichern. Vor diesem Hintergrund ist es sachgerecht, während der Übergangszeit die Veranstaltung und Vermittlung von privaten Sportwetten ordnungsrechtlich und wettbewerbsrechtlich zu untersagen. Dieses legitime gesellschaftspolitische Ziel kann eine strafrechtliche Sanktion hingegen nicht rechtfertigen. Für den grundrechtsintensiven Bereich des Strafrechts bleibt im Vordergrund, dass die derzeitige (verwaltungsrechtliche) Gesetzeslage vom Bundesverfassungsgericht für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt worden ist (...). Das Staatslotteriegesezt, der Lotteriestaatsvertrag, das staatliche Sportwettmonopol und der Ausschluss privater Wettunternehmen an der Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten verstoßen weiterhin gegen das Grundgesetz. Daraus folgt, dass die Verhängung einer strafrechtlichen Sanktion verfassungsrechtlich solange ausgeschlossen bleibt, bis der Gesetzgeber ein verfassungsgemäßes Gesetz erlassen hat, nach dem entweder das staatliche Sportwettmonopol verfassungsrechtlich gerechtfertigt oder die Veranstaltung von Sportwetten generell ? also auch für den Staat ? verboten ist.

In strafrechtlicher Hinsicht ist es daher unerheblich, ob die Bundesländer mit der Umsetzung der vom Bundesverfassungsgericht vorgegebenen Maßnahmen bereits begonnen oder sie sogar bereits vollständig erfüllt haben (vgl. dazu OVG Hamburg, Beschluss v. 01.06.2007 ? 1 Bs 107/07). Eine Bestrafung nach § 284 StGB ist erst dann möglich, wenn der Gesetzgeber ? wie vom Bundesverfassungsgericht verlangt ? das staatliche Sportwettmonopol auf eine verfassungsgemäße gesetzliche Grundlage gestellt hat (...).

Ohne eine solche verfassungsgemäße gesetzliche Grundlage, die erforderlich ist, um den Eingriff in das Grundrecht des Art. 12 Abs.1 GG zu rechtfertigen, kommt eine Bestrafung nach § 284 StGB nicht in Betracht. Das Strafrecht kann nicht zur Durchsetzung eines staatlichen Wettmonopols herangezogen werden, das gegen Verfassungsrecht verstößt. Der Staat verhält sich willkürlich, wenn er die Erteilung einer Erlaubnis unter Berufung auf ein mit der Verfassung unvereinbares Gesetz (Staatslotteriegesezt bzw. Lotteriestaatsvertrag) versagt und gleichzeitig denjenigen bestraft, der ohne diese behördliche Erlaubnis einen grundrechtlich geschützten Beruf ausübt.

2. Auch das Gemeinschaftsrecht verbietet es, die den Angeschuldigten vorgeworfenen Taten strafrechtlich zu ahnden.

Nach der Anklageschrift sollen die Angeschuldigten Sportwetten angenommen und an einen in Österreich konzessionierten Buchmacher vermittelt haben. Insoweit stehen einer Verurteilung aufgrund der derzeitigen gesetzlichen Grundlage (Staatslotteriegesezt bzw. Lotteriestaatsvertrag) auch die Niederlassungsfreiheit und der freie Dienstleistungsverkehr nach Art. 43, 49 EGV entgegen.

a. Der Europäische Gerichtshof hatte sich bereits mehrfach mit der Frage zu beschäftigen, ob und unter welchen Voraussetzungen ein strafbewehrtes staatliches Wettmonopol mit den Grundfreiheiten des EG-Vertrages vereinbar ist (Urteil vom 06.03.2007 ? "Placanica", NJW 2007, 1515; Urteil v. 06.11.2003 ? "Gambelli", NJW 2004, 139; Urteil v. 21.10.1999, C-67/98, - "Zenatti"; zitiert nach juris).

Für das Strafrecht seien zwar grundsätzlich die Mitgliedsstaaten zuständig, jedoch setze das Gemeinschaftsrecht dieser Zuständigkeit Schranken. Das Strafrecht dürfe nämlich nicht die durch das Gemeinschaftsrecht garantierten Grundfreiheiten beschränken. Ein Mitgliedsstaat dürfe keine strafrechtlichen Sanktionen wegen einer nicht erfüllten Verwaltungsformalität verhängen, wenn er die Erfüllung dieser Formalität unter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht abgelehnt oder vereitelt habe (Urteil v 06.03.2007? Placanica, NJW 2007, 1515, 1519 m.w.Nachw.).

Das Staatslotteriesgesetz und der Lotteriestaatsvertrag, die die Vermittlung und Veranstaltung von Lotterien und Wetten ausschließlich dem Staat vorbehalten, sodass eine gewerbliche Veranstaltung von Wetten auch durch private ausländische Wettunternehmen sowie die Vermittlung von Wetten, die nicht von den jeweiligen Bundesländern veranstaltet werden, ausgeschlossen sind, stellen eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs gemäß Art. 43 und 49 EGV dar.

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs können derartige Beschränkungen der Grundfreiheiten aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein. Dazu zählten unter anderem der Verbraucherschutz und die Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu überhöhten Ausgaben für das Spielen sowie die Verhütung von Störungen der sozialen Ordnung im Allgemeinen. Die durch die jeweilige nationale Regelung auferlegten Beschränkungen der Art. 43 und 49 EGV müssten tatsächlich geeignet sein, die Verwirklichung des von dem fraglichen Mitgliedsstaat geltend gemachten Ziels oder der von ihm geltend gemachten Ziele zu gewährleisten. Die Beschränkungen dürften nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels oder dieser Ziele erforderlich sei. Dabei sei es Sache der nationalen Gerichte, zu ermitteln und zu prüfen, ob die jeweilige nationale Regelung angesichts ihrer konkreten Anwendungsmodalitäten tatsächlich den Zielen Rechnung trage, die sie rechtfertigen könnten, und ob die mit ihr auferlegten Beschränkungen nicht außer Verhältnis zu diesen Zielen stünden.

Im Hinblick auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 ist davon auszugehen, dass das Staatslotteriesgesetz nicht nur mit Art. 12 Abs.1 GG unvereinbar ist, sondern auch gegen Art. 43 und 49 EGV verstößt. Denn die durch das Staatslotteriesgesetz erfolgte Beschränkung der Dienst- und Niederlassungsfreiheit ist weder aus zwingenden Gründen der Allgemeinheit gerechtfertigt noch geeignet, die Verwirklichung der mit ihm verfolgten Ziele zu gewährleisten (so auch OLG München, NJW 2006, 3588).

Auch in europarechtlicher Hinsicht fehlen strukturelle Vorgaben, die dafür sorgen, dass fiskalische Interessen hinter den anerkannten Zielen der aktiven Suchtbekämpfung und Begrenzung der Wettleidenschaft zurücktreten. Die Anforderungen des deutschen Verfassungsrechts laufen insoweit parallel zu den vom Europäischen Gerichtshof zum Gemeinschaftsrecht formulierten Vorgaben. Nach dessen Rechtsprechung ist die Unterbindung der Vermittlung in andere Mitgliedsstaaten mit dem Gemeinschaftsrecht nur dann vereinbar, wenn ein Staatsmonopol wirklich dem Ziel dient, die Gelegenheit zum Spiel zu vermindern. Die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts entsprechen damit den Vorgaben des Grundgesetzes (BVerfG, Urteil vom 28.03.2006, NJW 2006, 1261, 1267).

Daraus folgt, dass das Staatslotteriesgesetz und der in Hamburg unmittelbar als Gesetz geltende Lotteriestaatsvertrag auch in europarechtlicher Hinsicht keine tragfähige Grundlage sind, um das staatliche Wettmonopol zu rechtfertigen. Ob auch insoweit eine Fortgeltung während einer Übergangszeit in Betracht kommt, ist hier unerheblich. Denn eine solche Fortgeltung vermag zwar eine ordnungsrechtliche Reaktion zu rechtfertigen, nicht jedoch eine strafrechtliche Sanktion. Eine strafrechtliche Sanktion darf aufgrund einer mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbaren Vorschrift wegen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts gegenüber dem nationalen Recht nicht verhängt werden (OLG München, NJW 2006, 3588, das unter Hinweis auf die Rechtssache "Sagulo" (EuGHE 1977, 14951 von einer "Neutralisierung des Straftatbestandes" spricht).

Somit stehen auch Art. 43 und 49 EGV der Verhängung einer strafrechtlichen Sanktion wegen einer Sportwettenvermittlung oder -veranstaltung, die "ohne behördliche Erlaubnis" durchgeführt worden ist, entgegen, wenn der "Täter" sich diese Erlaubnis nicht beschaffen konnte, weil der betreffende Mitgliedsstaat es unter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht abgelehnt hatte, sie ihm zu erteilen (vgl. EuGH, NJW 2007, 1515 "Placanica").

3. Bis zu einer gesetzlichen verfassungsgemäßen Neuregelung des Sportwettmonopols ist nach der Auffassung des Senats die Verhängung einer strafrechtlichen Sanktion nach § 284 StGB zwar ausgeschlossen. Daraus folgt jedoch wie bereits das Landgericht überzeugend dargelegt hat - nicht, dass das Verfahren ausgesetzt und gemäß Art. 100 Abs.1 GG zur konkreten Normenkontrolle dem Bundesverfassungsgericht vorzulegen ist. Nach der Auffassung des Senats ist die Strafvorschrift des § 284 StGB nicht verfassungswidrig. Derzeit ist allein eine strafrechtliche Ahndung des hier in Frage stehenden

Verhaltens ausgeschlossen. Im Übrigen hat das Bundesverfassungsgericht die Entscheidung über die strafrechtliche Anwendbarkeit der Norm auf unerlaubte Sportwetten während der Übergangszeit ausdrücklich den Strafgerichten überantwortet

Das erkennende Gericht schließt sich diesen Ausführungen an. Hinzu kommt folgendes:

Der Bundesgerichtshof hat in einem Urteil vom 16.8.2007, Az. 4 StR 62/07, erklärt, "dass eine Strafbarkeit zumindest in den Altfällen zu verneinen ist" (Rdnr. 23, zitiert nach Juris) und ausgeführt:

Denn zumindest in den Altfällen "d.h. im Zeitraum vor dem Sportwettenurteil des Bundesverfassungsgerichts" verbot der Staat unter Androhung von Kriminalstrafe, was er selbst betrieb, ohne rechtlich und organisatorisch sichergestellt zu haben, dass er sich nicht tatsächlich mit den von ihm für das Verbot geltend gemachten Zielen in Widerspruch setzte. (Rdnr. 22 aaO).

Nach Auffassung des erkennenden Gerichts hat sich an letzterem noch nichts Entscheidendes geändert. Insbesondere macht die staatliche Lotterieverwaltung, entgegen dem Verbot durch das Bundesverfassungsgericht, das ausgeführt hat.

Daher sind bis zu einer Neuregelung die Erweiterung des Angebots staatlicher Wettveranstaltung sowie eine Werbung, die über sachliche Informationen zur Art und Weise der Wettmöglichkeit hinausgehend gezielt zum Wetten auffordert, untersagt (Urteil vom 28.3.2006, Az. 1 BvR 1054/01, Rdnr. 160, zitiert nach Juris) - augenscheinlich weiter Werbung, die gezielt zum Wetten auffordert.

So findet sich auf der Internetseite von Lotto (www.lotterie-online.eu), die Anzeige "Heute Millionär werden. Von Mo-Sa täglich bis 1 Mio. EUR gewinnen. Keno spielen!" Und nach Auffassung des Gerichts kann auch die auf der gleichen Seite zu findende Aufforderung: "Diesmal kein Glück gehabt? Dann gleich hier online einen neuen Lottoschein abgeben!" schwerlich als bloße sachliche Information angesehen werden.

Der "Lotto Normalschein" bietet die Möglichkeit auch Spiel 77 oder Super 6 zu spielen, in der Weise an, dass das jeweilige "Ja"-Feld fett umrandet und mit einem hinweisenden Pfeil versehen ist. während das "Nein"-Feld ohne Pfeil und mit dünner Umrandung auskommen muss. Diese Ausgestaltung des Wettscheins und insbesondere der Pfeil hat offensichtlich keine andere Funktion als eben gezielt zum Wetten aufzufordern.

Bedenklich sind auch die Werbung mit Millionenbeträgen im sog. "Jackpot", die sowohl im Internet ("Tipp24", von Lotto Bayern über einen Link zu erreichen) als auch vor vielen Annahmestellen angegeben sind. Hierzu hat das VG Stuttgart (Beschluss vom 24.7.2007, Az. 4 K 4435/06, Rdnr. 32, zitiert nach Juris) ausgeführt:

An einer systematischen und kohärenten Begrenzungs politik fehlt es auch deshalb, weil das staatliche Monopol in der Bundesrepublik bis heute in erheblichem Umfang werbend auftritt Dies betrifft in besonderer Weise die Ausspielungen im Zusammenhang mit dem sog. "Jackpot", bei denen in einer zum Mitspielen geradezu aufreizenden Art und Weise werbend in die Öffentlichkeit gegangen wird. Wenn nämlich im Internetauftritt sowie an den Annahmestellen laufend die aktuellen, häufig erheblichen Bestände (teilweise mit zweistelligen Millionenbeträgen) des Jackpots veröffentlicht werden, so wird beim Publikum die - wenig realistische - Vorstellung vermittelt, den "Jackpot" selbst knacken zu können, womit ein zusätzlicher Anreiz geschaffen wird, (auch mit möglichst vielen Losen) an der Ausspielung teilzunehmen.

Dem ist nach Auffassung des erkennenden Gerichts mit der Maßgabe beizupflichten, dass der Angabe des Jackpots nur dann der Wert einer sachlichen Information beizumessen wäre, wenn "wie nicht" in vergleichbarer Weise angegeben würde, wie hoch die Gesamtausschüttung im Verhältnis zu den Gesamteinsätzen ist (Gewinnausschüttungsquote), da nur diese Information es dem Kunden ermöglichen würde zu beurteilen, wie hoch der Erwartungswert seines Spieles ist und er nur so eine rationale Entscheidung treffen könnte.

Nach all dem kann eine Strafbarkeit des Angeklagten Verhalten nicht angenommen werden.

Unterschrift