

Strafrechtliche Risiken von Wetten auf eSport-Wettbewerbe

Michael Kubiciel

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Kubiciel, Michael. 2021. "Strafrechtliche Risiken von Wetten auf eSport-Wettbewerbe." Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht (ZfWG) 2021 (2): 123-28. <https://www.ruw.de/suche/zfwg/Strafrechtlic-Risik-vo-Wett-au-eSpo-Wettbewer-56f65eb1f0f52362b7b31f004c970f28>.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:

Deutsches Urheberrecht

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/>



Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Kubiciel, Augsburg*

Strafrechtliche Risiken von Wetten auf eSport-Wettbewerbe

Wetten auf e-Sport-Wettbewerbe sind ein noch recht junges Phänomen, das zahlreiche ungeklärte Rechtsfragen aufwirft. Der Beitrag geht der Frage nach, ob solche Wetten künftig lizenzierungsfähig sind, und zeigt strafrechtliche Risiken nicht-lizenzierter Angebote.

I. Wetten auf eSport: gekommen, um zu bleiben

Als die Fußball-Bundesligen und die meisten anderen Ligen der Welt von Mitte März bis Mitte Mai 2020 ihren Spielbetrieb in Folge der COVID-19-Pandemie einstellten, als die Fußball-Europameisterschaft und die Olympischen Sommerspiele um ein Jahr verschoben und eine Vielzahl von Wettbewerben im Tennis, der Leichtathletik und im Motorsport abgesagt wurden, erlitten nicht nur Sportler, Vereine, Verbände und Ausrichter erhebliche wirtschaftliche Schäden.¹ Betroffen war auch eine Vielzahl von Branchen im Umfeld des professionellen Sports. Dazu zählen nicht zuletzt die Anbieter von Sportwetten, die mit den Sportereignissen die Bezugsgegenstände ihrer Wetten und damit einen großen Teil ihres Umsatzes verloren. Infolgedessen suchten Buchmacher und Sportwettanbieter – wie andere Branchen – nach Alternativen, um den Umsatzeinbruch abzufedern. Fündig wurden sie u. a. im eSport, dessen Wettbewerbe virtuell ausgerichtet werden können und den daher die Pandemie, von großen Publikumsevents abgesehen, nicht existentiell trifft.

Ogleich der Fußball in den meisten Stadien wieder rollt, Tennis gespielt und Formel-1-Rennen gefahren werden, hält der Trend zu eSport-Wetten an. Inzwischen offerieren namhafte Unternehmen über Internetplattformen auch in Deutschland Wetten auf eSport-Wettbewerbe. Diese Wett-

form hat nicht mehr nur die Rolle eines Lückenfüllers bzw. funktionalen Äquivalents klassischer Sportwetten, sondern schickt sich an, zu einem eigenständigen Bereich des Glücksspielmarktes zu werden. Das liegt vor allem daran, dass sich der eSport selbst zu einem altersgruppenübergreifenden und weltumspannenden Massenphänomen entwickelt. In Gesellschaften, deren Medien sich digitalisieren, für die das sog. Home-Entertainment wichtiger wird als klassische Formen der Geselligkeit und deren Mitglieder sich über soziale Medien und auf Plattformen austauschen, ist der eSport ein besonders attraktives Freizeitangebot. Hier kann der *homo ludens* eine besondere Form der Zerstreuung finden, da ihm der digitale Wettkampf Möglichkeiten eröffnet, die ihm in der realen Welt verschlossen sind. Weil der eSport mehrere gesellschaftliche Großentwicklungen zusammenführt und den Menschen in seiner Eigenschaft als „spielenden Menschen“ auf besondere Weise anspricht, hat er sich inzwischen als Freizeitunterhaltung fest etabliert und wird weiter an Bedeutung wachsen.² Parallel dazu erfreut sich der Bereich des digitalen Spitzensports wachsender Aufmerksamkeit – und zwar nicht so sehr durch Live-Großereignisse in Stadien und Hallen oder mittels klassischer Medien (Fernsehen, Radio, Presse), sondern vor allem mit Hilfe von sozialen Medien und Plattformen, über die die Ereignisse weltweit gestreamt werden. All dies schlägt sich auch in einer dynamischen Entwick-

* Auf Seite III erfahren Sie mehr über den Autor.

1 Für eine auf den Profi-Fußball bezogene Auswertung siehe Statista, Corona und die Bundesliga, Dossier, Mai 2020, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/studie/id/72326/dokument/corona-und-die-bundesliga> (zuletzt abgerufen am 9.11.2020).

2 Dazu bereits Kubiciel, in: Maties (Hrsg.), eSport-Recht, 2020, S. 87 f.; ders., ZRP 2019, 200 f.

lung der Umsätze nieder: Wurden 2017 noch weltweit 550 Millionen EUR umgesetzt, waren es 2019 schon 823 Millionen; im Jahr 2023 werden es mehr als 1,3 Milliarden sein.³ Mit der Bedeutung des eSports werden auch Angebot und Nachfrage nach Wetten auf eSport-Ereignisse zunehmen und zwar nicht nur mittelfristig, sondern bereits kurzfristig, lässt sich doch nicht absehen, wann die Anbieter klassischer Sportwetten wieder auf einer der „Vor-Corona-Zeit“ vergleichbaren Geschäftsgrundlage werden operieren können. Damit rücken rechtliche Fragen in den Vordergrund, die bislang nur selten gestellt und nur ansatzweise beantwortet worden sind.⁴ In strafrechtlicher Hinsicht begegnen allen, die Wetten auf eSport-Wettbewerbe anbieten, diese abschließen oder für sie werben, teils sehr weitreichende Risiken. Ein Blick in das Strafgesetzbuch verdeutlicht das Spektrum: § 284 Abs. 1 StGB verbietet die Veranstaltung von unerlaubten Glücksspielen, unter Einschluss von Wetten,⁵ § 284 Abs. 4 StGB pönalisiert die Werbung für unerlaubtes Glücksspiel und § 285 StGB kriminalisiert die Beteiligung an einem solchen Glücksspiel, d.h. bereits den Abschluss einer unerlaubten Wette.⁶ § 265 c StGB wendet sich gegen den Wettbetrug, § 265 d StGB gegen die Manipulation von „berufssportlichen“ Wettbewerben.

Führt man diese Einzelfragen systematisch zusammen, so lassen sich zwei Themenkreise bilden: Der erste umfasst sämtliche Aspekte, die auf die grundlegende Frage zulaufen, ob Wetten auf eSport-Ereignisse als *unerlaubtes* Glücksspiel einzustufen sind bzw. unter welchen Voraussetzungen sie straflos veranstaltet, beworben und abgeschlossen werden dürfen. Daneben tritt der zweite Fragenkomplex, der sämtliche Strafbarkeitsrisiken im Umfeld von Wetten bündelt, namentlich solche, die das Spiel als Bezugspunkt der Wette und damit primär die Spieler und deren Vereine bzw. „Clans“, mittelbar aber auch Wettunternehmen, betreffen können. Dieser Beitrag behandelt die grundlegenden Fragen des ersten Themenkomplexes. Für Strafbarkeitsrisiken, die im Zusammenhang mit der Manipulation des bewetteten eSport-Ereignisses zusammenhängen, sei auf frühere Beiträge verwiesen.⁷

II. Strafbarkeitsrisiken im Zusammenhang mit der Veranstaltung von eSport-Wetten

1. Die Bedeutung des Regulierungsrahmens

In Deutschland ist – wie in vielen anderen Ländern – die Veranstaltung von und die Teilnahme an allen Formen des Glücksspiels verboten, solange die Behörden diese nicht erlaubt haben. Die §§ 284, 285 StGB unterscheiden dabei nicht zwischen den Formen des Glücksspiels (Wette, Kartenspiel etc.) oder den Bezugspunkten einer Wette. Ob eine Wette auf ein Sportereignis, einen eSport-Wettbewerb oder ein sonstiges Ereignis abgeschlossen wird, ist strafrechtlich unbeachtlich; entscheidend ist allein die Existenz einer behördlichen Erlaubnis. Die wesentlichen Differenzierungen werden daher nicht vom Strafrecht, sondern vom Verwaltungsrecht getroffen. Dabei sind zwei Ebenen zu unterscheiden: Auf der ersten, grundlegenden Ebene regelt der Glücksspielstaatsvertrag, ob das in Rede stehende Glücksspiel *grundsätzlich* erlaubnisfähig ist oder nicht (2.). Auf der zweiten Ebene entscheiden Behörden über die Erteilung einer *konkreten* Erlaubnis zugunsten des Angebots eines

Veranstalters im Wege eines Verwaltungsakts (3.). Zwar nehmen die §§ 284 f. StGB unmittelbar nur auf die Erlaubnis Bezug, sind also nach h.M. verwaltungsaktakzessorisch.⁸ Dennoch ist nach hiesiger Ansicht auch die erste Ebene für die strafrechtliche Bewertung relevant, weil die Ausgestaltung des Glücksspielstaatsvertrages bei der verfassungs- und unionsrechtlichen Beurteilung von Eingriffen in die Dienstleistungsfreiheit ausländischer Anbieter zu berücksichtigen ist (4.).⁹

2. E-Sport und Glücksspielstaatsvertrag

Während die Behörden in einigen US-Bundesstaaten, auf der Isle of Man oder Malta bereits Lizenzen für Wetten auf eSport ausgestellt haben, gibt es dazu in Deutschland keine vergleichbare Verwaltungspraxis. Dies liegt vor allem an der eher schleppend-nachholenden anstatt proaktiv-gestaltenden Glücksspielregulierung in Deutschland. So wurde in den letzten Jahren um die Lizenzierung klassischer Sportwetten, die sog. Experimentierklausel des § 10 a GlüStV 2011 sowie um Online-Casinos gerungen – glücksspielrechtliche Fragen also, die in anderen Staaten seit vielen Jahren geklärt sind. Für einen Blick auf neuere Entwicklungen fehlte dabei offenkundig die Zeit und das (politische) Interesse.

Der Staatsvertrag zur Neuregulierung des Glücksspielwesens in Deutschland (GlüStV 2021), der im kommenden Jahr in Kraft treten soll, entwickelt zwar den Regulierungsrahmen für Sportwetten weiter, trifft aber keine explizite Regelung in Bezug auf die Erlaubniserteilung für eSport-Wetten.¹⁰ Immerhin deutet die Begründung des GlüStV 2021 die Möglichkeit einer Lizenzierung an. Dort heißt es, dass der Begriff des Sports „staatsvertraglich nicht definiert“ werde und „der Auslegung zugänglich“ sei. Dies trage dem Umstand Rechnung, „dass sich das Verständnis darüber, welche Tätigkeiten als Sport anerkannt werden, in einem regelmäßigen Wandel befindet und sich auch während der Laufzeit dieses Staatsvertrages ändern kann.“ Der Staatsvertrag enthalte deshalb „weder ein generelles Verbot noch eine ausdrückliche Erlaubnis für Wetten auf E-Sport-Ereignisse.“ Vielmehr sei von der Behörde im Rahmen des Erlaubnisverfahrens für Wetten nach § 21 Absatz 5 zu prüfen, „ob es sich bei dem jeweils zu bewettenden Ereignis um Sport handelt, wobei die Behörde sich hierbei fachlich von einem Sportbeirat beraten lassen kann und betroffene Verbände (z. B. Verbände, in denen die Beteiligten des zu be-

3 Zu diesen Statistiken vgl. Tenzer, Statistiken zum Thema eSports, 29.4.2020, abrufbar unter: <https://de.statista.com/themen/3993/esports> (zuletzt abgerufen am 9.11.2020).

4 Überblick über Strafbarkeitsrisiken im Zusammenhang mit eSport Kubiciel (Fn. 2), S. 96 ff. Speziell zur Erfassung des eSports durch die §§ 265 c f. siehe Bittmann/Nuzinger/Rübenstahl/Großmann, in: BeckOK-StGB, 47. Ed. 1.8.2020, § 265 c Rn. 52.1 ff.; Kubiciel, ZRP 2019, 200, 202 f.; Ruppert, NZWiSt 2020, 5, 7 ff.; Schörner, HRRS 2017, 407, 408 f.

5 Bär, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 284 StGB Rn. 18.

6 Wietz/Matt, in: Renzikowski/Matt, StGB, 3. Aufl. 2020, § 285 Rn. 3.

7 Nachweise oben Fn. 2. Zu den §§ 265 c, 265 d ferner Kubiciel, SpuRt 2017, 188 ff.; ders., in: Hoven/Kubiciel (Hrsg.), Korruption im Sport, 2018, S. 61 ff.; Tsambikakis, in: Hoven/Kubiciel (Hrsg.), Korruption im Sport, 2018, S. 37 ff.

8 Umfassend dazu Saliger/Tsambikakis, Neutralisiertes Strafrecht, 2018, S. 16 ff., die selbst von einer Verwaltungsrechtsakzessorietät ausgehen (S. 22).

9 Vgl. auch Saliger/Tsambikakis (Fn. 8), S. 21 f.

10 Kritisch Brüggemann, ZfWG 2020, 204, 210, Diener, Causa Sport 2020, 285, 290.

wettenden Ereignisses organisiert sind) angehört werden können.“¹¹

Damit wird den Behörden die Prüfung auferlegt, ob die von der Wette in Bezug genommenen eSport-Ereignisse einen Sportcharakter haben. Entscheidende Bedeutung wird aber der Einschätzung der „Verbände, in denen die Beteiligten des zu bewettenden Ereignisses organisiert sind“, zukommen müssen. Da nämlich der GlüStV 2021 keine Kriterien für die Entscheidung benennt, wann ein Ereignis zum „Sport“ gehört, können Glücksspielbehörden nicht eigenständig rechtliche Kriterien bilden, die sich aus dem Bezugsrahmen ihres Handelns – dem GlüStV 2021 – gerade nicht ableiten lassen. Vielmehr müssen sie der Einschätzung der betroffenen Verkehrskreise ausschlaggebende Bedeutung beimessen. Der Verband, in dem sich die am zu bewettenden Ereignis (des eSports) Beteiligten organisiert haben, ist der „eSport-Bund Deutschland e. V. (ESBD)“.¹² Dieser hat auf seiner Mitgliederversammlung im Oktober 2018 folgende Definition verabschiedet: „eSport ist der unmittelbare Wettkampf zwischen menschlichen Spieler/innen unter Nutzung von geeigneten Video- und Computerspielen an verschiedenen Geräten und auf digitalen Plattformen unter festgelegten Regeln. Der Vergleich der sportlichen Leistung im eSport bestimmt sich aus dem Zusammenwirken einer zielgerichteten Bedienung der Eingabegeräte in direkter Reaktion auf den dargestellten Spielablauf bei gleichzeitiger taktischer Beherrschung des übergreifenden Spielgeschehens. Bezugsobjekt der sportlichen Tätigkeit sind Videospiele, die in ihrem Aufbau und ihrer Wirkungsweise den Anforderungen an die sportliche Leistungsermittlung genügen, den Spielerfolg nicht überwiegend dem Zufall überlassen und einen reproduzierbaren Spielrahmen zum Vergleich der Leistung zwischen den Spieler/innen bieten.“¹³ In körperlicher Hinsicht zeichnen sich eSport-Wettkämpfe dadurch aus, dass sie eine außerordentlich hohe Präzision bei der koordinierten Bedienung des Eingabegerätes in einer meist hohen Frequenz voraussetzen. Damit entstehen Bewegungsabläufe, die deutlich über die üblichen und alltäglichen Tastatur- oder Controller-Bewegungen hinausgehen. Wetten auf Ereignisse, die diesen Kriterien entsprechen, sind damit grundsätzlich als erlaubnisfähige Sportwetten anzusehen. Für eine Einbeziehung von Wetten auf digitale Formen des Sports spricht auch eine an den Zielen des § 1 GlüStV orientierte, teleologische Interpretation: Denn wenn der natürliche Spieltrieb der Bevölkerung in geordnete und überwachte Bahnen gelenkt und der Jugend- und Spielerschutz gewährleistet werden soll, ist es sinnvoll, eSport-Wettanbietern einen Lizenzierungsweg aufzuzeigen, der die Erreichung dieser Ziele ermöglicht.

Kurzum: Da der GlüStV keine Kriterien enthält, die die Bewertung von eSport-Ereignissen kategorisch ausschließen und die beteiligten Verkehrskreise digitale Formen des Sports unter bestimmten Voraussetzungen als Sport anerkennen, ist es nur folgerichtig, die von § 1 GlüStV benannten Ziele im Wege des Lizenzierungsverfahrens zu verfolgen anstatt mit einem inkohärenten und weder sport- noch glücksspielrechtlich begründbaren Verbot. Mit dieser – auf den GlüStV bezogenen – Interpretation ist zugleich klar gestellt, dass die glücksspielrechtliche Einstufung von Wetten auf eSport-Ereignisse als „Sportwetten“ im Sinne des § 21 GlüStV keine präjudizielle Bedeutung für andere Rechtsbereiche hat. Anders gwendet: Ob der eSport (bzw.

einige seiner Ausprägungen) als „Sport“ anzusehen ist, hat jede Rechtsmaterie nach den ihr eigenen Regelungszusammenhängen, Zielsetzungen und Funktionslogiken zu entscheiden. In Bezug auf das Glücksspielrecht spricht teleologisch viel dafür, Wettbewerbe des eSports als bewettbare Sportereignisse anzusehen.

Falls die Glücksspielbehörden (zumindest einige) eSport-Wettkämpfe als Sportereignisse behandeln sollten, sind darauf bezogene Wetten jedoch noch nicht ohne weiteres lizenzierungsfähig. Vielmehr müssen im Erlaubnisverfahren die weiteren Voraussetzungen des § 21 Abs. 1a GlüStV 2021 geprüft werden. Einigen von ihnen kommt gerade für den eSport besondere Bedeutung zu. So sind Sportwetten auf Sportereignisse, an denen ausschließlich oder überwiegend Minderjährige beteiligt sind, unzulässig, es sei denn, es handelt sich um national oder international bedeutsame sportliche Großereignisse. Unzulässig sind ferner Sportwetten, die in erheblichem Maße anfällig für Manipulationen sind oder die die Integrität des sportlichen Wettbewerbs gefährden; dies betrifft insbesondere Geschehnisse, die ein Teilnehmer eines Sportereignisses selbst willkürlich herbeiführen kann. Beide Kriterien sind in einem Erlaubnisverfahren sorgfältig zu prüfen, gegebenenfalls unter Hinzuziehung von Expertinnen und Experten, die zur Manipulationsanfälligkeit bzw. den Vorkehrungen der Veranstalter und Verbände zur Sicherung der Integrität des Wettkampfes Stellung nehmen können.

3. Erlaubniserteilung und strafrechtliche Bewertung

Für die Strafbarkeit von eSport-Wetten ist die künftige Lizenzierungspraxis von großer Bedeutung. Wichtig ist es dabei, zwei Szenarien zu unterscheiden, da beide nach hiesiger Auffassung verschiedenartige Rechtsfragen aufwerfen. Im ersten Szenario eröffnen die Glücksspielbehörden zwar grundsätzlich die Möglichkeit der Lizenzierung, jedoch verweigern sie einem konkreten Anbieter bzw. einem konkreten Angebot die Erlaubniserteilung; diese Konstellation ähnelt dem Spielhallen-Urteil des 3. Strafsenats des BGH. Im zweiten Szenario halten die Glücksspielbehörden an einem Totalverbot fest, indem sie eSport-Wetten *generell* nicht für erlaubnisfähig halten. Dieses Szenario ähnelt den Sportwetten-Entscheidungen, die vor rund zehn Jahren ergangen sind, und bergen ähnliche Rechtsfragen wie gegenwärtig die Veranstaltung von Online-Casinos.

a) Handeln ohne Erlaubnis trotz existierenden Erlaubnisverfahrens

Der vielbeachteten Entscheidung des 3. Strafsenats vom 27.2.2020 liegt die Versagung einer Erlaubnis für den Betrieb einer Spielhalle zugrunde. Die Erteilung einer solchen Erlaubnis war glücksspielrechtlich zwar möglich, diese war aber dem Beschuldigten nach Durchführung des dafür vorgesehenen Verwaltungsverfahrens versagt worden. Beson-

¹¹ Siehe Entwurf eines Staatsvertrages zur Neuregulierung des Glücksspielwesens in Deutschland (Glücksspielstaatsvertrag – GlüStV 2021), Landtag von Baden-Württemberg, Drs. 16/8480, S. 50.

¹² Keine ausschlaggebende Bedeutung kommt hingegen der Einschätzung des Deutschen Olympischen Sportbundes (DOSB) zu, da dieser (*bislang*) gerade keine Verbände, Vereine oder andere am eSport Beteiligte organisatorisch umfasst.

¹³ Nachweis auf der Homepage des ESBD, abrufbar unter: <https://esportbund.de/esport/was-ist-esport/> (zuletzt abgerufen am 11.11.2020). – Umfassend zum Begriff des eSports auch *Maties*, in: ders. (Fn. 2), S. 19 ff.

ders pikant ist an der Entscheidung, dass die Versagung der Erlaubnis rechtswidrig war und den Angeklagten in seinen Grundrechten verletzte. Dennoch hielt der Senat daran fest, dass der Spielhallenbetreiber ohne Erlaubnis und damit strafatbestandsmäßig gehandelt hatte. Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit sei allein „das Unterlaufen des – rechts-gutsbezogenen – behördlichen Verfahrens“, dem eine eigenständige Bedeutung zukomme.¹⁴ Der Erlaubnisvorbehalt diene „regelmäßig dazu, Gefahren, die von einem bestimmten, nicht unbedingt per se gefährlichen Verhalten ausgehen, im Rahmen einer behördlichen Prüfung zu kontrollieren und ihrer Verwirklichung vorzubeugen.“¹⁵ An anderer Stelle heißt es, dass das gesetzlich vorgesehene Genehmigungsverfahren unterschiedliche Interessen in Einklang bringen solle.¹⁶ Mehrfach betont der 3. Strafsenat, dass die Durchführung des Verfahrens kein Selbstzweck sei,¹⁷ da nicht das Verfahren selbst geschützt werde, sondern das Verfahren dazu diene, Gefahren zu identifizieren und bestimmte Schutzziele mit anderen Interessen abzuwägen. Legt man dieses Urteil zugrunde, birgt das Veranstalten von nicht erlaubten eSportwetten, deren Bewerbung und die Teilnahme daran erhebliche Strafbarkeitsrisiken, wenn eine Lizenzierung in Deutschland grundsätzlich möglich ist, dem Veranstalter aber die Erlaubnis mit Blick auf die glücksspielrechtlichen Regulierungsziele verwehrt worden ist.

Werden dennoch Wetten auf eSport-Ereignisse angeboten, wäre dies aber nur strafbar, wenn deutsches Strafrecht überhaupt Anwendung fände. Daran kann in Fällen gezweifelt werden, in denen die Wetten über im Ausland befindliche Internetplattformen offeriert werden. Denn dann käme es für die Begründung deutscher Jurisdiktion darauf an, ob im Inland ein zum Tatbestand gehörender Erfolg eingetreten ist oder im Inland tatbestandlich gehandelt worden ist (§ 9 Abs. 1 StGB). Wird im Inland keine Handlung vorgenommen, die zum tatbestandlichen Veranstalten gehört, kommt es darauf an, ob im Inland ein Erfolg eintritt, was wiederum voraussetzt, dass § 284 StGB einen von der Tathandlung zu trennenden Erfolg beinhaltet.

Dies ist nicht der Fall. Denn nach ganz herrschender Auffassung stellt § 284 Abs. 1 StGB ein Tätigkeitsdelikt in Form eines („reinen“) abstrakten Gefährdungsdelikts dar.¹⁸ Lediglich Hohmann geht – auf Basis eines (von ihm selbst vertretenen) personalen Rechtsgutsbegriffs¹⁹ – davon aus, dass es sich um ein Erfolgsdelikt handle, wobei der Verletzungserfolg in der „Enttäuschung des [...] Vertrauens in die Gewährleistung einer manipulationsfreien Spielchance“ liegen soll.²⁰ Das ist jedoch in mehrfacher Hinsicht unzutreffend. Zum einen dienen § 284 StGB und der GlüStV nicht nur, ja nicht einmal vorrangig der Vermeidung von Manipulationen. Sie verfolgen vielmehr mehrere, auf komplexe Weise miteinander verbundene Ziele (vgl. nur § 1 S. 1 GlüStV). Daher lässt sich das Vertrauen in eine manipulationsfreie Spielchance nicht als (personales) Rechtsgut des § 284 ausweisen und auf dieser Grundlage ein Verletzungserfolg konstruieren. Zum zweiten kann in tatsächlicher Hinsicht nicht davon ausgegangen werden, dass Nutzer, Bürger oder die Behörden in jedem Glücksspielangebot ohne nationale Lizenz eine manipulierte Spielchance erblicken; besonders fernliegend ist diese Annahme bei Angeboten, die in einem EU-Mitgliedsstaat lizenziert und auf Manipulationsfreiheit überwacht werden. Drittens wird die gesetzgeberische Unterscheidung zwischen Tätigkeits- und

Erfolgssdelikten in systematisch unzulässiger Weise unterlaufen, wenn einem Gefährdungsdelikts als Rechtsgut ein – bloß behauptetes – personales „Vertrauen“ unterlegt wird. Gerade § 9 StGB setzt, so wie andere Normen auch, die Unterscheidung zwischen einem Erfolgsdelikt auf der einen und Tätigkeits- bzw. Gefährdungsdelikten auf der anderen Seite voraus. Aus diesen Gründen kann das abstrakte Gefährdungsdelikts des § 284 StGB nicht in ein Erfolgsdelikt umgedeutet werden.

Als abstraktes Gefährdungsdelikts kriminalisiert § 284 StGB das Veranstalten von Glücksspielen ohne Erlaubnis, umschreibt aber „keinen zum Tatbestand gehörenden Erfolg, so dass eine Inlandstat über § 9 Abs. 1 Var. 3 und 4 StGB nicht begründet werden kann.“²¹ Für die Annahme deutscher Jurisdiktion reiche es, so der BGH, nicht aus, dass der Ort, an dem die hervorgerufene abstrakte Gefahr in eine konkrete umschlägt, im Inland liege; dies sei kein zum Tatbestand gehörender Erfolg im Sinne des § 9 Abs. 1 StGB.²² Erforderlich für die Annahme eines Erfolgsortes wäre „vielmehr eine von der tatbestandsmäßigen Handlung räumlich und/oder zeitlich abtrennbare Außenweltveränderung“.²³ Diese – zuletzt im Jahr 2018 bestätigte²⁴ – Rechtsprechung des BGH zu § 9 StGB überzeugt, da sie der gesetzssystematischen Unterscheidung zwischen Tätigkeits- und Erfolgsdelikten sowie zwischen Handlungs- und Erfolgsort Rechnung trägt.²⁵ Darüber hinaus fundiert sie, dass die fein zisierte und völkerrechtlich fundierte Systematik der §§ 3–9 StGB dadurch gesprengt wird, dass das Territorialitäts- bzw. Ubiquitätsprinzip (§§ 3, 9 StGB) *contra legem* zu einem Weltrechtsprinzip umgedeutet wird;²⁶ letzteres hat in § 6 StGB seinen ausschließlichen Ort.

Zusammengefasst bedeutet dies, dass das Veranstalten von nicht erlaubten eSport-Wetten zwar in dieser Fallgruppe strafatbestandsmäßig sein kann, das deutsche Strafrecht aber bei internetbasierten Angeboten mangels Handlungs-

14 BGH, 27.2.2020 – 3 StR 327/19, Rn. 17 (sowie 16, 18, 21). ZfWG 2020, 352.

15 BGH, 27.2.2020 – 3 StR 327/19, Rn. 16, ZfWG 2020, 352.

16 BGH, 27.2.2020 – 3 StR 327/19, Rn. 21, ZfWG 2020, 352.

17 BGH, 27.2.2020 – 3 StR 327/19, Rn. 16, 18, 21, ZfWG 2020, 352.

18 Zur gHM siehe nur Heine/Hecker, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 284 Rn. 5; NK-StGB/Gaede, 5. Aufl. 2017, § 284 Rn. 5; Greco/Roger, in: Leitner/Rosenau (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2017, § 284 StGB Rn. 7.

19 Zur Kritik an dieser Position Kubiciel, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts, 2013, S. 67 ff., sowie mit Blick auf verwaltungsakzessorische Straftatbestände S. 263 f.

20 MK-StGB/Hohmann, 3. Aufl. 2019, § 284 Rn. 2.

21 BGH NSTZ 2017, 146, 147. Ebenso BGH NSTZ 2015, 81, 82. – So auch die h.L., siehe dazu NK-StGB/Böse, 5. Aufl. 2017, § 9 Rn. 11; Eser/Weißer, in: Schönke/Schröder (Fn. 17), § 9 Rn. 6a; Lackner/Kühl/Heger, StGB, 29. Aufl. 2018, § 9 Rn. 2. – A.A. für § 284 StGB noch Bär, in: Graf/Jäger/Wittig (Fn. 5), § 284 StGB Rn. 4. Allerdings wird die dort behauptete „Auswirkung im Inland“ weder spezifiziert noch begründet, weshalb eine diffuse Auswirkung dasselbe ist wie ein „zum Tatbestand gehörender Erfolg“ im Sinne des § 9 Abs. 1 StGB. Zudem setzt sich der Autor nicht mit der in der nachfolgenden Fn. genannten Rspr. auseinander.

22 BGH NSTZ 2017, 146, 147. Ebenso BGH NSTZ 2015, 81, 82.

23 BGH NSTZ 2017, 146, 147; so schon BGH NSTZ 2015, 81, 82.

24 Siehe BGH NSTZ 2018, 2742, 2743: „§ 261 II Nr. 1 und Nr. 2 StGB weisen als abstraktes Gefährdungsdelikts keinen inländischen Erfolgsort iSv § 9 I Var. 3 StGB auf.“

25 NK-StGB/Böse, § 9 Rn. 11.

26 Siehe auch Kudlich/Berberich, NSTZ 2019, 633, 638, die zutreffend meinen, dass jede andere Auslegung zu einer weder verfassungsrechtlich noch völkerrechtlich legitimierbaren und auch praktisch nicht durchsetzbaren globalen Ausdehnung des deutschen Strafanspruchs führe.

und Erfolgsort im Inland in der Regel keine Anwendung findet.

b) Totalverbot

Sollten die deutschen Glücksspielbehörden – ungeachtet der unter II. 2. unterbreiteten Erwägungen – die Lizenzierungsverfahren nicht für eSport-Wetten öffnen, lässt sich das Unrecht nicht, wie im Spielhallen-Urteil, aus dem „Unterlaufen“ eines – in Wahrheit gar nicht existierenden – Verfahrens ableiten. Vielmehr entspräche die Sach- und Rechtslage dann jener Konstellation, von der sich der 3. Strafsenat in seiner Entscheidung vom Februar 2020 ausdrücklich abgrenzt: der Fall, in dem „ein auf präventive Kontrolle gerichtetes Genehmigungsverfahren [...] von vornherein nicht vorgesehen“ war und somit das Glücksspielangebot „auch bei Unbedenklichkeit ohne die Möglichkeit einer Erlaubniserteilung unter Androhung von Strafe“ verboten ist.²⁷ Umfassend diskutiert und ausprozesiert worden ist diese Fallkonstellation vor rund zehn Jahren anhand klassischer Sportwetten, deren Veranstaltung zu jener Zeit in Deutschland untersagt war.

In diesen Verfahren hat die Rechtsprechung an solche Totalverbote ohne Erlaubnisvorbehalt strenge Anforderungen gestellt. Auf dieser Grundlage haben das BVerfG und der BGH in Konstellationen, in denen ausländischen Glücksspielanbietern ein Lizenzierungsverfahren ungerechtfertigterweise vorenthalten worden ist, die Strafbarkeit mehrfach verneint.²⁸ Die dahinterstehende Überlegung lautet, dass sich der Staat willkürlich verhielte, „wenn er einerseits die Erteilung einer Erlaubnis für die Veranstaltung von Glücksspielen unter Berufung auf eine den (verfassungs- und unionrechtlichen) Anforderungen nicht entsprechende Regelung versagt und andererseits [...] denjenigen bestraft, der ohne diese behördliche Erlaubnis einen grundrechtlich geschützten Beruf ausübt.“ Daraus folgt: „Ohne eine verfassungs- und europarechtskonforme gesetzliche Grundlage für die nationale Beschränkung des Glücksspiels kommt eine Bestrafung nach § 284 StGB nicht in Betracht.“²⁹

Das BVerfG hat wiederholt bestätigt, dass die Frage der Strafbarkeit nach § 284 StGB nicht losgelöst von der verfassungsrechtlichen Beurteilung der Verbotsnorm zu beantworten ist.³⁰ Deshalb ist nach der „Sportwetten“-Entscheidung des 4. Strafsenats ein Anbieter von Glücksspielen straffrei geblieben, obwohl dieser nicht den Verwaltungsweg beschritten hat, um eine behördliche Erlaubnis i. S. von § 284 StGB zu beantragen. § 284 finde keine Anwendung, wenn dem Anbieter von Glücksspiel die Erlangung einer Erlaubnis unmöglich war, „weil ein auf präventive Kontrolle gerichtetes Genehmigungsverfahren [...] von vornherein nicht vorgesehen war, die dortige Regelung die private Vermittlung von Sportwetten vielmehr auch bei Unbedenklichkeit ohne die Möglichkeit einer Erlaubniserteilung unter Androhung von Kriminalstrafe verbot [...]“.³¹ Auch der 3. Strafsenat erkennt dies in seinem „Spielhallen“-Urteil an. Straffreiheit habe der Angeklagte in der früheren „Sportwetten“-Entscheidung erlangt, „weil er gegen ein verfassungswidriges Gesetz verstieß, das ihm das zur Aburteilung stehende Tun nicht nur untersagte, sondern auch keine Möglichkeit einräumte, sich nach Durchführung eines Genehmigungsverfahrens rechtmäßig zu verhalten.“³²

Folglich kommt es darauf an, ob ein – unter dem Regime des GlüStV 2021 ggfs. fortdauerndes – generelles Verbot von eSport-Wetten verfassungskonform wäre oder nicht.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass ein solches ausnahmsloses Verbot tief in Grundrechte eingreift: Es stellt nicht nur eine einfache Berufsausübungsregelung dar, sondern eine objektive Berufswahlregelung bzw. eine derart gravierende Ausübungsregel, die eine Ausübung des Berufs – Veranstalter von eSport-Wetten – unmöglich macht. An solche Regelungen sind nach der Rechtsprechung des BVerfG verschärfte Rechtfertigungsanforderungen zu stellen.³³ Dass die Glücksspielbehörden eine ausnahmslose Versagung der Erlaubniserteilung für eSport-Wetten so begründen können, dass sie den Rechtfertigungsanforderungen gerecht werden, scheint so gut wie ausgeschlossen: Denn eine Wette auf eSport-Ereignisse begründet keine anderen (und schon gar nicht größere) glücksspielspezifische Gefahren als Wetten auf klassische Sportwettbewerbe. Anders gewendet: Die Glücksspielregulierung darf – in den Grenzen des Verfassungs- und Unionrechts – zwar verschiedene Glücksspielformen unterschiedlich behandeln. Sie kann aber nicht innerhalb derselben Glücksspielform – der Sportwette – Differenzierungen anhand des zu bewettenden Sportereignisses vornehmen. Das Glücksspielrecht bietet dafür ebenso wenig Anlass wie das Sportrecht.

Eine zusätzliche rechtliche Dimension erhielt eine solche Ungleichbehandlung, wenn der Anbieter von eSport-Wetten über eine Lizenz eines Mitgliedsstaates der Europäischen Union verfügte. In diesem Fall griffe das strafbewehrte (deutsche) Verbot in die von Art. 56 AEUV gewährleistete Dienstleistungsfreiheit³⁴ sowie die unternehmerische Freiheit des Art. 16 GrCh ein.³⁵ Folglich käme es darauf an, ob sich dieser Eingriff in einer Weise rechtfertigen lässt, die den Standards des Unionsrechts entspricht. Sollte das nicht der Fall sein, verstieße die strafrechtliche Sanktionierung der Veranstaltung von Glücksspiel gegen das Unionsrecht.³⁶ Für ein Totalverbot von Wetten auf eSport-Ereignisse lassen sich indes keine empirisch belegbaren Gründe anführen, die vor der Rspr. des EuGH Bestand haben könnten.³⁷ Denn der EuGH hat die Nachweispflicht, der Mitgliedsstaaten genügen müssen, in den letzten Jahren erheblich verschärft. Sowohl das Bestehen der Gefahr als auch die Verhältnismäßigkeit einer der Gefahrverwirklichung vorbeugenden Regelung müssen anhand von statistischen Daten und wissenschaftlichen Untersuchungen bewiesen werden.³⁸ Der EuGH räumt den Mitgliedsstaaten diesbezüglich keinen Einschätzungs- und Wertungsspielraum ein, sondern verlangt eine objektive Prüfung anhand von empirischen Erhebungen, statistischen Daten und anderen objektiv nachvollziehbaren Untersuchungsergebnis-

27 BGH, 27.2.2020 – 3 StR 327/19, Rn. 25, ZfWG 2020, 352.

28 Siehe zuletzt BVerfG, 2 BvR 1499/05, Rn. 32 f. = NSTZ-RR 2009, 785, 786; BGH, 4 StR 62/07, NJW 2007, 3078, 3079 ff.

29 So Bär, in: Graf/Jäger/Wittig (Fn. 5), § 284 Rn. 32. Unter Verweis auf OLG Hamburg, ZfWG 2008, 295; OLG Bamberg, BeckRS 2011, 18198.

30 BVerfG, 1 BvR 1054/01, BVerfGE 115, 276 ff., Rn. 129 ff. = GRUR 2006, 688, 693; BVerfG, 2 BvR 1496/05, BVerfGK 15, 330; Rn. 28 ff.

31 Dazu und zum Folgenden BGH NJW 2007, 3078, 3079.

32 BGH 3 StR 327/19, Rn. 30.

33 Siehe nur BVerfGE 68, 155, 170 f. Siehe auch Birkenbach, ZfWG Sonderheft 2/2017, 11, 15; Schenke, ZfWG Sonderheft 3/4 2015, 170, 177.

34 Umfassend dazu Kubiciel, EuZW 2017, 494 ff.; ders., NVwZ 2018, 841 ff.

35 Zur Verhältnismäßigkeit von strafbewehrten Eingriffen in Grundrechte Eser/Kubiciel, in: Meyer/Hölscheid (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 49 Rn. 5, 38 ff.

36 EuGH ECLI:EU:C:2007:133, Rn. 68, 72, NJW 2007, 1515, 1519.

37 Vgl. zu den Anforderungen EuGH ECLI:EU:C:2016:776, Rn. 35 ff.

38 Dazu und zum Folgenden Drexel, EuZW 2019, 533 ff. (insbes. S. 539); Kubiciel, EuZW 2017, 494 ff.

sen. Zu begründen wäre also, dass Wetten auf eSport-Ereignisse eine besondere Gefährlichkeit innewohnt, die Wetten auf Sportereignisse fehlt. Zudem wäre darzulegen, dass ein Verbot solcher Wetten Spieler effektiver schützt als ein Lizenzierungsverfahren.³⁹ Diesen unionsrechtlichen Darlegungs- und Nachweisanforderungen könnten deutsche Behörden nicht genügen. Wetten auf digitale Formen von Sportwettkämpfen ausnahmslos zu untersagen, während (internetgestützte) Wetten auf andere Sportarten erlaubt werden, wäre unverhältnismäßig und inkohärent.

Ungeachtet dessen stellt sich auch in solchen Fallkonstellationen die Frage, ob deutsches Strafrecht überhaupt Anwendung findet; im Regelfall dürfte diese Frage aus den oben unter II. 3 a) genannten Gründen zu verneinen sein.

III. Fazit

Wetten auf eSport-Ereignisse haben sich in den letzten Monaten und Jahren einen beachtlichen Anteil am Glücksspielmarkt erobert. Die Ausdehnung dieser Form des Glücksspiels wird mit dem generellen Siegeszug des eSports weiter (und deutlich schneller) voranschreiten. Damit rücken auch strafrechtliche Fragen in den Vordergrund, die bislang noch kaum gestellt worden sind. Neben der Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen Spezialtatbestände wie § 265 c StGB (Wettbetrug) oder § 265 d StGB (Manipulation von berufssportlichen Ereignissen) auf den eSport Anwendung finden, stehen Anbieter (und Spieler) von eSport-Wetten vor dem grundsätzlichen Problem, ob das Anbieten (und Anneh-

men) von solchen Wetten strafrechtliche Risiken bereitet. Dasselbe gilt für Personen oder Institutionen, die für eSport-Wetten werben. Entscheidend dafür ist, ob die deutschen Glücksspielbehörden künftig solche Formen der Sportwetten erlauben werden. Nach hiesiger Auffassung sprechen gute Gründe dafür, zumindest für einige eSport-Ereignisse Wettlizenzen zu erteilen. Werden Wetten auf eSport ohne (deutsche) Erlaubnis angeboten, sind zwei Fallgruppen zu unterscheiden, die je eigene Rechtsprobleme bergen. Beiden gemeinsam ist die Frage, ob das deutsche Strafrecht auf im Internet angebotene eSport-Wetten überhaupt Anwendung findet. Dies ist im Regelfall zu verneinen.

Summary

Betting on eSports events has captured a considerable share of the gambling market in recent months and years. The expansion of this form of gambling will continue (with faster speed) with the general expansion of eSports. The article analyzes the related legal issues and criminal law risks and explains, why licenses for betting on at least some forms of eSports can be granted on the basis of the (new) German gambling law.

³⁹ Zur regulatorischen Überlegenheit einer solchen „qualitativen Regulierung“ zuletzt Hartmann/Barczak, ZfWG 2019, 8, 12 f.; dies, ZfWG 2020, 8 ff.