

# Beschluss Az. 2 BvR 174/05\*

BVerfG

29. Juni 2009

## Tenor

- 1 Der Beschluss des Landgerichts Memmingen vom 16. Dezember 2004 - 2 Qs 214/04 - und der Beschluss des Amtsgerichts Memmingen vom 2. November 2004 - 3 Gs 928/04 - verletzen den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht aus Artikel 13 Absatz 1 des Grundgesetzes.
- 2 Die Beschlüsse werden aufgehoben. Die Sache wird an das Landgericht Memmingen zur Entscheidung über die Kosten zurückverwiesen.
- 3 Im Übrigen wird die Verfassungsbeschwerde zurückgewiesen. Der Freistaat Bayern hat dem Beschwerdeführer die notwendigen Auslagen für das Verfassungsbeschwerdeverfahren zur Hälfte zu erstatten.

## Gründe

- 4 Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen die Anordnung der Durchsuchung von Wohn- und Geschäftsräumen wegen des Verdachts der unerlaubten Veranstaltung von Glücksspielen gemäß § 284 StGB (Oddset-Sportwetten) in der Zeit vor Erlass des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 (BVerfGE 115, 276) und gegen die Sicherstellung von Beweismaterial.
- 5 I.
- 6 Der Beschwerdeführer ist türkischer Staatsangehöriger. Er vermittelte vom 2. September 2004 bis zum 12. November 2004 von Geschäftsräumen im Freistaat Bayern aus über das Internet Oddset-Sportwetten an einen österreichischen Wettanbieter. Dieser verfügte über eine österreichische Erlaubnis, durch den gewerbmäßigen Abschluss von Wetten die Tätigkeit als Buchmacher auszuüben.

---

\*<http://openjur.de/u/628602.html> (= openJur 2013, 25852)

- 7 Der Beschwerdeführer hatte keine behördliche Erlaubnis für seine Tätigkeit. Das deutsche Recht sah keinen Erlaubnistatbestand für die Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten durch Privatpersonen vor. Bei den vermittelten Wetten handelte es sich nicht um Wetten bei öffentlichen Leistungsprüfungen für Pferde, deren Abschluss und Vermittlung nach dem als Bundesrecht fortgeltenden und vom Bundesgesetzgeber mehrfach geänderten Rennwett- und Lotteriegesetz vom 8.April 1922 (RGBl I S.335, 393) erlaubt werden konnten. Die Länder gestatteten die Veranstaltung von Wetten nur durch den Staat oder von ihm beherrschte Unternehmen in Privatrechtsform. Gemäß Art.2 des Gesetzes über die vom Freistaat Bayern veranstalteten Lotterien und Wetten (Staatslotteriegesetz) vom 29.April 1999 (BayGVBl S.226) veranstaltete der Freistaat Bayern Glücksspiele in Form von Lotterien und Wetten (Abs.1) einschließlich von Zusatzspielen (Abs.2), deren Art, Form und Umfang vom Staatsministerium der Finanzen bestimmt wurden (Abs.3) und die von der Staatlichen Lotterieverwaltung als einer staatlichen Einrichtung ohne eigene Rechtspersönlichkeit im Geschäftsbereich dieses Ministeriums durchgeführt wurden (Abs.4). Nach Absatz5 konnte die Staatliche Lotterieverwaltung mit Zustimmung des Ministeriums die Durchführung von Glücksspielen auf eine juristische Person des Privatrechts übertragen, soweit der Freistaat Bayern deren alleiniger Gesellschafter war und die juristische Person der Kontrolle des Ministeriums unterlag.
- 8 Der Beschwerdeführer meldete seine Tätigkeit am 23.September 2004 bei der Stadt Memmingen als Gewerbe an. Diese erstattete Strafanzeige, nachdem bei einer Besichtigung der Geschäftsräume ein Ordner mit Listen von Sportereignissen, auf die Oddset-Wetten abgeschlossen werden konnten, und Boxen mit gedruckten Wettscheinen aufgefunden worden waren.
- 9 Mit Beschluss vom 2.November 2004 ordnete das Amtsgericht Memmingen die Durchsuchung der Wohn- und Geschäftsräume des Beschwerdeführers nach Gegenständen an, die im Zusammenhang mit der unerlaubten Veranstaltung von Glücksspielen, insbesondere Sportwetten, stehen“. Zugleich ordnete es deren Beschlagnahme an. Aufgrund der bisherigen Ermittlungen bestehe der Verdacht, dass der Beschwerdeführer in seinen Geschäftsräumen unerlaubte Glücksspiele im Sinne von §284 StGB, insbesondere Sportwetten, in Kenntnis der Strafbarkeit veranstalte. Es sei zu vermuten, dass die Durchsuchung zur Auffindung der genannten Gegenstände führen werde, die als Beweismittel von Bedeutung sein könnten. Die Beschlagnahme stehe in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere der Tat und zur Stärke des Tatverdachts und sei für die Ermittlungen notwendig.
- 10 Bei der am 12.November 2004 vollzogenen Durchsuchung wurden Geschäftsunterlagen, der Kassenbestand, die PC-Anlage und der Laptop des Beschwerdeführers sichergestellt.
- 11 Der Beschwerdeführer erhob Beschwerde gegen den Durchsuchungsbeschluss und die bereits erfolgte Beschlagnahme“ und regte die Herausgabe der sichergestell-

ten Gegenstände an. Es fehle an einem Anfangsverdacht gemäß §284 StGB. Sportwetten seien keine Glücksspiele, sondern auf Wissen basierende Geschicklichkeitsspiele. Er habe die Sportwetten nicht veranstaltet, sondern vermittelt. Die Vermittlung und Veranstaltung von Glücksspielen seien nicht gleichzustellen. Vielmehr sei die Vermittlung eine straflose Vorbereitungshandlung. Er habe auch keine Spieleinrichtungen bereit gestellt, sondern nur solche Einrichtungen, die es den Spielern ermöglichen, die von anderen bereit gehaltenen Spieleinrichtungen zu erreichen. Er habe nicht ohne Erlaubnis gehandelt. §284 StGB sei gemeinschaftsrechtskonform dahingehend auszulegen, dass die Konzession des österreichischen Wettanbieters eine Erlaubnis im Sinne von §284 StGB sei. Andernfalls werde die Dienstleistungsfreiheit des österreichischen Wettanbieters verletzt. Lege man die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften zugrunde, sei die Vermittlung von Sportwetten sogar ohne behördliche Erlaubnis zulässig. Danach seien Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit nur aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls zulässig. Sie müssten Störungen der sozialen Ordnung vorbeugen, den vorhandenen Spieltrieb der Bevölkerung vor Ausbeutung schützen und daher die Spielmöglichkeiten einschränken. Das Sportwettenmonopol des Freistaats Bayern diene jedoch keinen zwingenden Gründen des Allgemeinwohls, sondern vorrangig fiskalischen Interessen. Die Verbraucher würden systematisch dazu ermuntert, an den staatlich veranstalteten Sportwetten teilzunehmen, um die Landeseinnahmen zu steigern. Gegebenenfalls sei ein Vorabentscheidungsverfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften einzuleiten. Darüber hinaus verstoße die strafrechtliche Verfolgung gegen Art.12 und Art.3 Abs.1 GG. Dem Freistaat Bayern fehle die Gesetzgebungskompetenz für die Errichtung eines staatlichen Sportwettenmonopols, welches ein der ausschließlichen Bundeskompetenz unterliegendes Finanzmonopol (Art.105 Abs.1 GG) sei. Das staatliche Sportwettenmonopol verletze ihn in seiner Berufsausübung, die im Sinne einer objektiven Zulassungsschranke verhindert werde. Die ungleiche Behandlung von Pferdewetten, für deren Veranstaltung und Vermittlung nach dem Rennwett- und Lotteriegesetz eine Erlaubnis erteilt werden könne, und sonstigen Sportwetten verstoße gegen den allgemeinen Gleichheitssatz. Er habe nicht vorsätzlich gehandelt. Vielmehr habe er davon ausgehen dürfen, dass die Erlaubnis des österreichischen Wettanbieters auch in Deutschland gelte. Zumindest habe er wegen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums ohne Schuld gehandelt. Denn die Vermittlung von Sportwetten in das europäische Ausland finde im gesamten Bundesgebiet statt. Jedenfalls seien die Durchsuchungsanordnung und die Beschlagnahme“ nicht erforderlich gewesen, weil er seine Tätigkeit nie bestritten, sondern angezeigt habe.

- 12 Das Landgericht Memmingen verwarf die Beschwerde mit Beschluss vom 16. Dezember 2004. Oddset-Sportwetten seien Glücksspiele im Sinne des §284 StGB. Wer Sportwetten an einen Veranstalter mit Sitz im Ausland vermittele, könne nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs Veranstalter und damit Mittäter sein. Jedenfalls liege im Regelfall ein Bereitstellen von Einrichtungen (§284 Abs.1 Alt.3 StGB) vor. In Betracht komme auch eine Einordnung als Werbung für ein unerlaubtes Glücksspiel (§284 Abs.4 StGB). Der Beschwerdeführer habe

ohne Erlaubnis gehandelt, weil im Freistaat Bayern nur Oddset-Wetten der Staatlichen Lotterieverwaltung erlaubt seien. Die private Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten sei uneingeschränkt verboten. Unerheblich sei, ob dem Veranstalter von einer ausländischen Behörde die Durchführung von Sportwetten genehmigt worden sei. Dem stehe die gemeinschaftsrechtliche Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit nicht entgegen. Nach der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften im Verfahren Gambelli“ bleibe es Sache der zuständigen nationalen Gerichte, ein Verbot privater Sportwetten in europarechtlicher Hinsicht zu prüfen. Das Bundesverwaltungsgericht habe das Verbot privater Sportwetten im Freistaat Bayern nach den Kriterien der Gambelli-Entscheidung“ geprüft und als gerechtfertigt angesehen (BVerwGE 114, 92).

- 13 Der Beschwerdeführer erhob am 28. Januar 2005 Verfassungsbeschwerde und beantragte, ihm im Wege einer einstweiligen Anordnung die beschlagnahmten“ Gegenstände herauszugeben.
- 14 Einer zuvor vom Beschwerdeführer eingelegten Gegenvorstellung gab das Landgericht Memmingen mit Beschluss vom 21. Februar 2005 keine Folge.
- 15 Mit Beschluss vom 12. April 2005 lehnte das Bundesverfassungsgericht den Erlass einer einstweiligen Anordnung ab. Der Antrag sei derzeit unzulässig. Er beziehe sich auf die vorläufige Sicherstellung von Gegenständen. Insoweit sei der fachgerichtliche Rechtsweg nicht erschöpft. Es liege noch keine Beschlagnahme vor. Die allgemein gehaltene Beschlagnahmegerstattung im Beschluss des Amtsgerichts Memmingen vom 2. November 2004 sei lediglich eine Richtlinie für die Durchsuchung. Eine der Verfassungsbeschwerde vorrangige fachgerichtliche Entscheidung über die Bestätigung der Beschlagnahme oder über die Herausgabe der bislang lediglich vorläufig sichergestellten Beweismittel habe der Beschwerdeführer, dessen Beschwerde gegen die Beschlagnahme“ als Antrag nach §98 Abs.2 Satz2 StPO hätte umgedeutet werden müssen, noch nicht herbeigeführt.
- 16 Unter dem 20. April 2005 beantragte der Beschwerdeführer beim Amtsgericht Memmingen eine gerichtliche Entscheidung gemäß §98 Abs.2 Satz2 StPO, die bereits infolge seiner Beschwerde vom 13. November 2004 erforderlich gewesen sei, sowie die Herausgabe der vorläufig sichergestellten Beweismittel. Eine gerichtliche Entscheidung über den Antrag hat der Beschwerdeführer nicht vorgelegt.
- 17 Das Ermittlungsverfahren wurde am 4. August 2005 zunächst gemäß §154d StPO analog vorläufig eingestellt. Die sichergestellten Gegenstände wurden dem Beschwerdeführer am 16. August 2005 zurückgegeben. Nach Erlass des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 (BVerfGE 115, 276) wurde das Ermittlungsverfahren am 19. Mai 2006 gemäß §153 Abs.2 StPO eingestellt. Der Beschwerdeführer verfolgt seine Verfassungsbeschwerde weiter.
- 18 II.

- 19 Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung seiner Grundrechte aus Art.2 Abs.1, Art.3 Abs.1, Art.13 Abs.1, Art.14, Art.19 Abs.4 und Art.103 Abs.2 GG.
- 20 1. §§284ff. StGB seien verfassungswidrig.
- 21 a) Ein legitimes Schutzgut sei nicht feststellbar; es werde bloßes Verwaltungsrecht pönalisiert. Zu den grundrechtlich geschützten Freiheiten gehöre es, eigenes Vermögen zu gefährden. Die Strafbewehrung sei zum Schutz der Verbraucher nicht erforderlich; ausreichend seien das Lauterkeitsrecht und das Verbraucherschutzrecht. Allein die Absicherung des staatlichen Monopols, welchem das Strafrecht dem Anschein nach diene, könne den damit verbundenen Grundrechtseingriff nicht rechtfertigen.
- 22 b) Die vom Bundesverfassungsgericht mit Urteil vom 28.März 2006 (BVerfGE 115, 276) festgestellte Verfassungswidrigkeit der landesrechtlichen Vorschriften, die das staatliche Sportwettenmonopol in Bayern begründeten, erstrecke sich auch auf die Strafvorschrift des §284 StGB. Die Strafnorm diene dazu, das staatliche Monopol abzusichern. Eine Bestrafung liefe darauf hinaus, dass ein Täter für seinen Ungehorsam gegenüber einer verfassungswidrigen Norm bestraft würde.
- 23 2. Die Durchsetzung des verfassungswidrigen staatlichen Sportwettenmonopols im Wege der Durchsuchung verstoße gegen Art.13 Abs.1 GG. Die Durchsuchungsanordnung sei auch unverhältnismäßig, weil er stets eingeräumt habe, Sportwetten zu vermitteln.
- 24 3. Die Gleichstellung der in §284 StGB nicht genannten Vermittlung von Sportwetten mit den dort genannten Handlungsalternativen verstoße gegen das strafrechtliche Analogieverbot.
- 25 4. Art.19 Abs.4 GG sei verletzt, weil die angefochtenen Beschlüsse sich nicht hinreichend mit den schwierigen verfassungs- und europarechtlichen Fragen hinsichtlich der Vermittlung von Sportwetten auseinandergesetzt hätten.
- 26 III.
- 27 1. Das Bayerische Staatsministerium der Justiz hält die Verfassungsbeschwerde für unzulässig und unbegründet.
- 28 Soweit sich der Beschwerdeführer gegen die Beschlagnahme von Gegenständen richte, habe er den Rechtsweg nicht erschöpft. Eine gerichtliche Entscheidung gemäß §98 Abs.2 Satz2 StPO sei bislang nicht ergangen. Zudem sei der Beschwerdeführer nicht mehr rechtsschutzbedürftig, weil ihm die sichergestellten Gegenstände zurückgegeben worden seien. Am Rechtsschutzbedürfnis fehle es auch, soweit sich die Verfassungsbeschwerde gegen die Durchsuchungsanordnung richte. Denn das Ermittlungsverfahren sei eingestellt worden und eine

Wiederholung drohe in Anbetracht der inzwischen gefestigten Rechtsprechung zur Strafflosigkeit der Vermittlung von Sportwetten in der Zeit vor Erlass des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 28.März 2006 nicht.

- 29 Eine Verletzung von Grundrechten des Beschwerdeführers liege nicht vor. §284 StGB sei verfassungsgemäß. Der Gesetzgeber habe eine Einschätzungsprärogative, inwieweit er ein Handeln für strafbar erachte. Diese sei mit der Strafabwehrung der Veranstaltung von Glücksspielen ohne behördliche Erlaubnis nicht überschritten worden. Die Fachgerichte seien in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise vom Anfangsverdacht einer Straftat gemäß §284 StGB ausgegangen. Die Annahme des Anfangsverdachts einer Straftat sei in Anbetracht des seinerzeitigen Meinungsstreits über die Strafbarkeit der Vermittlung von Sportwetten nicht willkürlich gewesen. Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 27.April 2005 (BVerfGK 5, 196), mit dem erstmals höchstrichterliche Bedenken hinsichtlich einer Strafbarkeit privater Sportwettenvermittler nach §284 StGB geäußert worden seien, sei erst nach Erlass der angefochtenen Beschlüsse ergangen. Die angegriffenen Beschlüsse seien auch verhältnismäßig. Gleich geeignete, mildere Mittel zur Bestätigung des Tatverdachts hätten nicht zur Verfügung gestanden. Die einzig denkbare Alternative, keine Strafverfolgungsmaßnahmen zu ergreifen, wäre mit dem Legalitätsprinzip nicht vereinbar gewesen.
- 30 2. Dem Bundesverfassungsgericht haben die Ermittlungsakten vorgelegen.
- 31 IV.
- 32 Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen, soweit sie sich gegen die vermeintliche Beschlagnahme der bei der Durchsuchung nur vorläufig sichergestellten Gegenstände richtet. Insoweit ist die Verfassungsbeschwerde unzulässig, weil der Rechtsweg nicht erschöpft wurde (§90 Abs.2 Satz1 BVerfGG). Es fehlt an einer mit der Verfassungsbeschwerde angreifbaren gerichtlichen Beschlagnahme. Wegen der allgemein gehaltenen Beschlagnahmegerstattung im Beschluss des Amtsgerichts Memmingen vom 2.November 2004 ist diesbezüglich lediglich von einer Richtlinie für die Durchsuchung auszugehen. Insoweit wird auf die Gründe des Eilbeschlusses vom 12.April 2005 Bezug genommen. Der Beschwerdeführer hat auch nach Erlass dieses Beschlusses nicht dargetan, eine der Verfassungsbeschwerde vorrangige fachgerichtliche Entscheidung über die Bestätigung der Beschlagnahme herbeigeführt zu haben.
- 33 V.
- 34 Im Übrigen nimmt die Kammer die Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung an, weil dies zur Durchsetzung der Grundrechte des Beschwerdeführers angezeigt ist (§93a Abs.2 Buchstabe b BVerfGG), und gibt ihr statt. Zu dieser Entscheidung ist die Kammer berufen, weil die maßgeblichen verfassungsrechtlichen Fragen durch das Bundesverfassungsgericht bereits entschieden sind und die Verfas-

sungsbeschwerde insoweit zulässig und offensichtlich begründet ist (§93c Abs.1 BVerfGG).

- 35 1. Die Verfassungsbeschwerde ist insoweit zulässig. Obwohl sich die Durchsuchungsanordnung mit ihrem Vollzug erledigt hat und das Ermittlungsverfahren gegen den Beschwerdeführer eingestellt worden ist, besteht das Rechtsschutzinteresse an einer Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Durchsuchungsanordnung fort. Bei der Durchsuchung von Geschäftsräumen handelt es sich um einen tiefgreifenden Grundrechtseingriff. Hierunter fallen vornehmlich solche, die schon das Grundgesetz - wie im Falle von Art.13 Abs.2 GG - unter Richtervorbehalt gestellt hat (vgl. BVerfGE 96, 27 <40>; 104, 220 <233>; 117, 244 <269>).
- 36 2. Die angegriffenen Beschlüsse verletzen den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht aus Art.13 Abs.1 GG.
- 37 a) Art.13 Abs.1 GG garantiert die Unverletzlichkeit der Wohnung. Auch beruflich genutzte Räume werden durch das Grundrecht geschützt (vgl. BVerfGE 32, 54 <68ff.>; 42, 212 <219>; 97, 228 <265>). In diese grundrechtlich geschützte Lebenssphäre greift eine Durchsuchung schwerwiegend ein (vgl. BVerfGE 51, 97 <107>; 96, 27 <40>; 103, 142 <150f.>). Voraussetzung für die Rechtfertigung dieses schwerwiegenden Eingriffs ist, dass der Verdacht einer strafbaren Handlung vorliegt; es muss mindestens möglich sein, dass der Verdächtige durch das Verhalten, das ihm vorgeworfen wird, eine nach materiellem Strafrecht strafbare Tat begangen hat (vgl. BVerfGE 20, 162 <185>) und dass deshalb gegen ihn ein Strafverfahren durchgeführt werden kann (vgl. Müller, in: KMR, §102 Rn.4 2008>; Nack, in: Karlsruher Kommentar, 6.Aufl. 2008, §102 Rn.1; Schäfer, in: Löwe-Rosenberg, StPO und GVG, 25.Aufl. 2004, §102 Rn.8). Eine ins Einzelne gehende Nachprüfung des von den Fachgerichten angenommenen Verdachts einer Straftat ist nicht Sache des Bundesverfassungsgerichts. Es kann nur eingreifen, wenn die Auslegung und Anwendung der einfachrechtlichen Bestimmungen über die prozessualen Voraussetzungen des Verdachts (§152 Abs.2, §160 Abs.1 StPO) als Anlass für die strafprozessuale Zwangsmaßnahme und die strafrechtliche Bewertung der Verdachtsgründe objektiv willkürlich sind oder Fehler erkennen lassen, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung der Grundrechte des Beschwerdeführers beruhen (vgl. BVerfG, Beschluss der 3.Kammer des Zweiten Senats vom 24.März 2003 - 2 BvR 180/03 -, NStZ 2004, S.160; Beschluss der 3.Kammer des Zweiten Senats vom 23.Januar 2004 - 2 BvR 766/03-, NStZ-RR 2004, S.143 <143f.>). Diese Voraussetzungen liegen vor, wenn die von den Fachgerichten dem Anfangsverdacht zugrunde gelegte Strafvorschrift wegen eines Verstoßes gegen Grundrechte nicht angewendet werden durfte.
- 38 b) Nach diesen Vorgaben verletzen die angegriffenen Beschlüsse den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht aus Art.13 Abs.1 GG. Die Fachgerichte haben einen Anfangsverdacht gemäß §284 StGB bejaht, obwohl die Strafvorschrift im Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Beschlüsse wegen eines Grundrechtsver-

stoßes nicht anwendbar war.

- 39 aa) Über den Einwand des Beschwerdeführers, §284 StGB sei seinerzeit auf die Vermittlung von Sportwetten an einen lizenzierten Wettanbieter in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union wegen Verstoßes gegen das europäische Gemeinschaftsrecht nicht anwendbar gewesen (vgl. Hess. VGH, Beschluss vom 9. Februar 2004 - 11 TG 3060/03 -, GewArch 2004, S.153 <154>; AG Heidenheim, Urteil vom 19. August 2004 - 3 Ds 42 Js 5187/03 -, SpuRt 2005, S.81 <81f.>; LG Hamburg, Beschluss vom 12. November 2004 - 629 Qs 56/04 -, NStZ-RR 2005, S.44; LG Baden-Baden, Beschluss vom 2. Dezember 2004 - 2 Qs 157/04 -, SpuRt 2005, S.80; LG Köln, Beschluss vom 14. Juli 2005 - 105 Qs 80/05 -, juris; VG Köln, Beschluss vom 11. August 2006 - 6 L 736/06 -, juris; VG Arnsberg, Beschluss vom 22. August 2006 - 1 L 633/06 -, juris; OLG München, Urteil vom 26. September 2006 - 5 St RR 115/05 -, NJW 2006, S.3588 <3591>; Lesch, GewArch 2003, S.321 <324>; Hoeller/Bodemann, NJW 2004, S.122 <125>; Lesch, wistra 2005, S.241 <246>; Arendts, ZfWG 2007, S.79 <82>; a.A.: BVerwG, Urteil vom 28. März 2001 - 6 C 2/01 -, NJW 2001, S.2648 <2650f.>; BGH, Urteil vom 14. März 2002 - I ZR 279/99 -, NJW 2002, S.2175 <2176>; BGH, Urteil vom 1. April 2004 - I ZR 317/01 -, NJW 2004, S.2158 <2160>; offen gelassen: BGH, Urteil vom 16. August 2007 - 4 StR 62/07 -, NJW 2007, S.3078 <3079>), ist nicht zu entscheiden. Das Bundesverfassungsgericht ist zur Entscheidung der Frage, ob eine innerstaatliche Norm des einfachen Rechts mit einer vorrangigen Bestimmung des europäischen Gemeinschaftsrechts unvereinbar und daher nicht anwendbar ist, nicht zuständig; eine Entscheidung über diese Normenkollision ist der umfassenden Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der zuständigen Gerichte überlassen (vgl. BVerfGE 31, 145 <174f.>; 82, 159 <191>; 115, 276 <299f.>).
- 40 bb) Im Zeitpunkt des Erlasses des Durchsuchungsbeschlusses und der ihn bestätigenden Entscheidung des Landgerichts war §284 StGB auf den vorliegenden Sachverhalt indes von Verfassungs wegen nicht anwendbar.
- 41 Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil vom 28. März 2006 entschieden, dass das im Zeitpunkt der hier angegriffenen Maßnahmen im Freistaat Bayern bestehende staatliche Wettmonopol angesichts des mit ihm einhergehenden Ausschlusses gewerblicher Wettveranstaltung durch private Wettunternehmer in seiner damaligen gesetzlichen und tatsächlichen Ausgestaltung einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Berufsfreiheit darstellte. Denn der - strafbewehrte - Ausschluss gewerblicher Wettangebote durch private Wettunternehmen ist den an entsprechender beruflicher Tätigkeit interessierten Bürgern nur dann zumutbar, wenn das Wettmonopol nicht nur nach den zu seiner Rechtfertigung angeführten Zielen, sondern auch in seiner konkreten Ausgestaltung der Vermeidung und Abwehr von Spielsucht und problematischem Spielverhalten dient (vgl. BVerfGE 115, 276 <303, 309f.>). Dies war in Bayern jedenfalls in der Zeit vor dem 28. März 2006 nicht der Fall (vgl. BVerfGE 115, 276 <309ff.>). Die staatliche Veranstaltung der Sportwette ODDSET verfolgte vielmehr erkennbar

auch fiskalische Zwecke. Das tatsächliche Erscheinungsbild entsprach dem der wirtschaftlich effektiven Vermarktung einer grundsätzlich unbedenklichen Freizeitbeschäftigung. Dem entsprach eine breit angelegte Werbung, in der das Wetten als sozialadäquate, wenn nicht sogar positiv bewertete Unterhaltung dargestellt wurde (vgl. BVerfGE 115, 276 <313ff.>). Die Unverhältnismäßigkeit des staatlichen Sportwettenmonopols in Bayern erfasste auch den Ausschluss der Vermittlung anderer als der vom Freistaat Bayern veranstalteten Wetten, deren Anbieten in Bayern nach der im Urteil vom 28.März 2006 zugrunde gelegten fachgerichtlichen Auslegung ebenfalls als verboten angesehen wurde (vgl. BVerfGE 115, 276 <300>). Denn auch der Ausschluss der Vermittlung anderer als vom Freistaat Bayern veranstalteter - vor allem also gewerblich veranstalteter - Wetten lässt sich am Maßstab des Art.12 Abs.1 GG nur rechtfertigen, wenn das Monopol rechtlich und faktisch insbesondere am - legitimen - Ziel der Suchtbekämpfung und Begrenzung der Wettleidenschaft ausgerichtet ist (vgl. BVerfGE 115, 276 <303, 316>), woran es seinerzeit fehlte.

- 42 Das Bundesverfassungsgericht hat bereits geklärt, dass sich in Anbetracht der verfassungswidrigen Rechtslage jedenfalls für die Zeit vor dem 28.März 2006 eine allein auf §284 StGB gestützte ordnungsrechtliche Untersagungsverfügung nicht als rechtmäßig erweisen kann (vgl. BVerfG, Beschluss der 2.Kammer des Ersten Senats vom 22.November 2007 - 1 BvR 2218/06 -, NVwZ 2008, S.301 <303>).
- 43 Gleiches gilt für eine auf §284 StGB gestützte Durchsuchungsanordnung. Die seinerzeitige Verfassungswidrigkeit des strafbewehrten Ausschlusses privater Wettunternehmer von der gewerblichen Veranstaltung von Sportwetten führt nach ganz überwiegender Auffassung einschließlich der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dazu, dass für die hier maßgebliche Zeit vor Erlass des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 28.März 2006 kein staatlicher Strafanspruch gegen private Vermittler von Oddset-Sportwetten besteht (vgl. OLG München, Urteil vom 26.September 2006 - 5 St RR 115/05 -, NJW 2006, S.3588 <3589>; Hans. OLG Hamburg, Beschluss vom 5.Juli 2007 - 1 Ws 61/07 -, ZfWG 2007, S.295 <299>; BGH, Urteil vom 16.August 2007 - 4 StR 62/07 -, NJW 2007, S.3078 <3079ff.>; BGH, Urteil vom 14.Februar 2008 - I ZR 207/05 -, ZfWG 2008, S.115 <118>; Krehl, in: LK-StGB, 12.Aufl. 2008, §284 Rn.6a; Arendts, ZfWG 2007, S.457 <458>; Kretschmer, ZfWG 2006, S.52 <58>; Hecker/Schmitt, ZfWG 2007, S.364 <366>; Siara, ZfWG 2007, S.1 <5>; Paster, jurisPR-StrafE 3/2008 Anm.3; a.A. Meyer, JR 2004, S.447 <452>; Bethge, ZfWG 2007, S.169 <179>; Mosbacher, NJW 2006, S.3529 <3533>; Beckemper/Janz, ZIS 2008, S.31 <37ff.>).
- 44 Das Entfallen des staatlichen Strafanspruchs ist von Verfassungs wegen geboten. Eine Strafbewehrung der Vermittlung von Sportwetten in der hier maßgeblichen Zeit vor Erlass des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 28.März 2006 würde infolge der seinerzeitigen Verfassungswidrigkeit des strafbewehrten Ausschlusses privater Wettunternehmer von der gewerblichen Veranstaltung von

Sportwetten einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Berufsfreiheit (Art.12 Abs.1 GG) der deutschen beziehungsweise in die allgemeine Handlungsfreiheit (Art.2 Abs.1 GG) der ausländischen privaten Sportwettenvermittler - so auch in die allgemeine Handlungsfreiheit des Beschwerdeführers - darstellen. Jedenfalls die Anwendung von §284 StGB ist insoweit mit der Verfassung unvereinbar.

- 45 3. Da die angegriffenen Beschlüsse bereits gegen Art.13 Abs.1 GG verstoßen, kann dahinstehen, ob weitere Grundrechte oder grundrechtsähnliche Rechte verletzt wurden.
- 46 V.
- 47 Die Entscheidung über die Aufhebung und Zurückverweisung beruht auf §95 Abs.2 BVerfGG, die Entscheidung über die Auslagenerstattung auf §34a Abs.2, Abs.3 BVerfGG.