

Grundfragen des Glücksspielrechts

Von Wiss. Mitarbeiter **Robin Anstötz**, Wiss. Mitarbeiter **Tobias Lüder**, Wiss. Mitarbeiter **Florian Tautz**, Bochum*

Das Glücksspielrecht ist eine echte Querschnittsmaterie.¹ Es ist nicht geschlossen kodifiziert, sondern ergibt sich aus einer Zusammenschau zahlreicher, teilweise komplex miteinander verflochtener landes- und bundesrechtlicher Vorschriften. Die wirtschaftliche und soziale Tragweite des Glücksspielsektors ist enorm. Der deutsche Glücksspielmarkt umfasste laut Jahresreport der Glücksspielaufsichtsbehörden 2020 gemessen am Bruttospielertrag ein Gesamtvolumen von rund 11,68 Milliarden Euro.² In sozialer Hinsicht sind insbesondere die Gefahren einer bestehenden oder drohenden Spielsucht und damit des pathologischen und problematischen Spielverhaltens zu beachten. In Deutschland weisen etwa 430.000 Menschen ein problematisches oder pathologisches Glücksspielverhalten auf;³ zugleich spielen viele Millionen Menschen auch in Deutschland Glücksspiele, ohne ein Suchtproblem zu entwickeln. Die rechtliche Ordnung des Glücksspiels gestaltet sich daher als Drahtseilakt zwischen individueller Selbstbestimmung, verfassungsrechtlich gebotenem Spielerschutz und staatlichem Paternalismus und ist in besonderer Weise von sehr divergierenden Auffassungen über die Wünschbarkeit und Regelungsbedürftigkeit des Phänomens Glücksspiel geprägt. Es verwundert daher nicht, dass das Glücksspielrecht sich mittlerweile zu „einem veritablen Rechtsschutzriesen entwickelt“⁴ hat.

Der folgende Beitrag gibt einen Überblick über Grundsatzfragen und aktuelle Probleme des Glücksspielrechts und soll anregen, sich intensiver mit dem Glücksspielrecht zu beschäftigen. Durch den Querschnittscharakter des Rechtsgebiets ergeben sich einerseits Anknüpfungspunkte zum Pflichtfachstoff des Verfassungs- und Verwaltungsrechts, andererseits ist der Gegenstand für Studierende in wirtschaftsrechtlichen Schwerpunktbereichen von Interesse.

I. Gesetzgebungskompetenz im Glücksspielrecht

Fall: Der Bundestag überlegt, ein umfassendes Glücksspielgesetz auf den Weg zu bringen. Steht dem Bund hierfür die notwendige Gesetzgebungskompetenz zu?

* Die Autoren sind Wiss. Mitarbeiter am drittmittelgeförderten Institut für Glücksspiel und Gesellschaft (GLÜG) der Ruhr-Universität Bochum und Doktoranden bei Prof. Dr. Julian Krüper und Prof. Dr. Sebastian Unger.

¹ Blach/Walisko, ZfWG 2022, 145 (145); Ennuschat, in: Ennuschat/Wank/Winkler (Hrsg.), Gewerbeordnung, Kommentar, 9. Aufl. 2020, § 33h Rn. 5.

² Jahresreport 2020 der Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder, S. 6, abrufbar unter https://innen.hessen.de/sites/innen.hessen.de/files/2021-12/jahresreport_2020.pdf (27.9.2022).

³ BZgA, Pressemitteilung v. 24.6.2021, abrufbar unter <https://bit.ly/3BH1CYx> (27.9.2022).

⁴ Krüper, Die Verwaltung 54 (2021), 37 (37).

Gegenwärtig setzt sich das Glücksspielrecht in Deutschland aus einer Vielzahl bundes- und landesrechtlicher Regelungen zusammen. Dem Landesrecht unterliegen insbesondere die Spielbanken, Lotterien, die Spielhallen, Sportwetten und die Online-Glücksspielformen. Zentrale landesrechtliche Rechtsquelle sind dabei der Glücksspielstaatsvertrag (GlüStV) und seine jeweiligen Ausführungsgesetze. Bundesgesetzlich geregelt ist hingegen das Glücksspielstrafrecht sowie das gewerbliche Automatenspiel (§§ 33c ff. GewO). Darüber hinaus vereinigt das Rennwett- und Lotteriegesez (RennwLottG) zwei unterschiedliche Regelungsgegenstände: zum einen gewerbrechtliche und steuerrechtliche Regelungen für Pferdewetten, zum anderen Steuervorschriften für Lotterien, Ausspielungen, Sportwetten, virtuelle Automatenspiele und Online-Poker. Fraglich ist, ob dem Bund ein Zugriffsrecht auf die bisher von den Ländern geregelten Spielformen zusteht. Von entscheidender Bedeutung für die Beantwortung dieser Frage ist, ob das Glücksspielrecht insgesamt als Recht der Wirtschaft im Sinne des Titels der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG anzusehen ist.⁵ Gestützt auf ein Urteil des BVerfG aus dem Jahre 1970⁶ wird das Glücksspielrecht traditionell als Recht zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (oder auch Gefahrenabwehrrecht) klassifiziert, welches zur ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz der Länder gehöre. Konkret ging es in dem Urteil um den Betrieb einer Spielbank. Dieser befasse sich nicht „mit der Erzeugung, Herstellung oder Verteilung von Gütern des wirtschaftlichen Bedarfs“⁷. Die Zulassung von Spielbanken könne vielmehr nur so verstanden werden, dass „durch sie die natürliche Spielleidenschaft vor strafbarer Ausbeutung geschützt werden soll“⁸. Allein der Umstand, dass glücksspielrechtliche Vorschriften der Gefahrenabwehr dienen, führt jedoch noch nicht dazu, dass die Normen in die gleichnamige ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder fallen. Denn: Ein Antagonismus von Gewerberecht, als Teil des Rechts der Wirtschaft in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, und Gefahrenabwehrrecht besteht nicht.⁹ Das Gewerbe recht war vielmehr schon immer in erster Linie Gefahrenabwehrrecht, welches Instrumente zur Prävention der von einzelnen Gewerbebezügen ausgehenden Gefahren vorsieht. Erst wenn gefahrenabwehrrechtliche Regelungen sich nicht mehr vornehmlich an Akteure der Wirtschaft, sondern an die Allgemeinheit wenden, ist von einer ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz der Länder für das „allgemeine Ge-

⁵ Zum Streit vgl. Janich, Verfassungsrechtliche Aspekte des Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrags, 2015, S. 23 ff.; Makswit, Auswirkungen des Föderalismus im Glücksspielrecht, 2015, S. 206 ff.

⁶ BVerfGE 28, 119 (128 f.).

⁷ BVerfGE 28, 119 (148).

⁸ BVerfGE 28, 119 (148).

⁹ Schröder, Genehmigungsverwaltungsrecht, 2016, S. 208.

fahrenabwehrrecht“ auszugehen.¹⁰ Zudem lässt sich seit der Föderalismusreform 2006 aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG selbst schließen, dass der Betrieb eines Glücksspielunternehmens als eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne der Kompetenzvorschrift angesehen werden kann. Das Recht der Spielhallen wurde nämlich als ein Teilbereich des Rechts der Wirtschaft ausdrücklich aus dem Gesetzgebungstitel ausgeschlossen. Es erschließt sich nicht, warum nur der Betrieb einer Spielhalle als Wirtschaft angesehen werden sollte, die anderen Glücksspielformen jedoch nicht. Hierdurch ist jedoch zugleich die Grenze eines bundesgesetzlichen Glücksspielrechts angezeigt. Im Bereich des Spielhallenrechts ist eine bundesgesetzliche Regelung – ohne Verfassungsänderung – kompetenzrechtlich nicht möglich.¹¹ Für eine bundesgesetzliche Regelung der übrigen Glücksspielbereiche müssten zusätzlich noch die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG erfüllt sein. Hiernach müsste eine bundeseinheitliche Regelung zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder zur Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit erforderlich sein. Dass eine solche Erforderlichkeit besteht, machen die Länder selbst deutlich: aktiv durch das gemeinsame Regelungsvorgehen und die Einrichtung einer gemeinsamen Behörde; passiv dadurch, dass dieses gemeinsame Vorgehen politisch wie rechtlich nur sehr unvollkommen gelingt.¹² Abseits des Spielhallenrechts könnte der Bund demzufolge kompetenziell ein Glücksspielgesetz erlassen.¹³

II. Staatsvertrag als Handlungsform

Fall: Der nordrhein-westfälische Ministerpräsident X unterzeichnet mit den anderen 15 Ministerpräsidenten der Länder den Staatsvertrag zur Neuregulierung des Glücksspielwesens in Deutschland (GlüStV 2021). Eine Zustimmung des Landesparlaments hat er nicht eingeholt. Auf der Grundlage des GlüStV 2021 möchte die zuständige

Landesbehörde dem Y den Betrieb seiner Spielhalle untersagen, weil diese den im Staatsvertrag vorgesehenen Anforderungen an die Ausgestaltung (§ 26 Abs. 1 GlüStV 2021) nicht entspricht. Ist ihr das Einschreiten rechtlich möglich?

Die Länder der Bundesrepublik Deutschland sind souveräne Staaten. Deshalb können sie vertragliche Vereinbarungen mit dem Bund, aber auch mit den anderen Ländern schließen. Gängiges Instrument einer solchen vertraglichen interföderalen Kooperation ist der Staatsvertrag.¹⁴ Eine bisher nicht abschließend geklärte Definitionsfrage betrifft den Gegenstand eines solchen Staatsvertrags. Einige gehen davon aus, dass Staatsverträge qua Definition zu ihrer Erfüllung die Durchführung eines landeseigenen Gesetzgebungsverfahrens mit dem vertraglich vereinbarten Inhalt verlangen und fordern dementsprechend, dass Vertragsinhalt nur eine dem Gesetzesvorbehalt unterfallende Materie sein kann.¹⁵ Andere wiederum lehnen eine solche definitorische Einschränkung des Vertragsgegenstands ab und erachten es als Alleinstellungsmerkmal des Staatsvertrags, dass dem Gesetzesvorbehalt unterfallende Materien nur durch ihn Gegenstand einer vertraglichen Vereinbarung werden können, andere Materien jedoch sowohl Gegenstand eines Staatsvertrags als auch eines Verwaltungsabkommens sein können. Ein Abkommen gilt danach – unabhängig von seinem Inhalt – deshalb als Staatsvertrag, weil es den Staat als geschlossene Herrschaftseinheit mit seinen gesamten Herrschaftsbefugnissen verpflichtet.¹⁶ Jedenfalls dann, wenn der Vertragsgegenstand auch durch untergesetzliche Rechtsnormen (insbesondere Rechtsverordnung) oder Verwaltungsvorschriften allein von der Exekutive geregelt werden kann, bedarf es daher keines Staatsvertrags.¹⁷ Staatsverträge ermöglichen den Parteien demnach, einen dem Gesetzesvorbehalt unterliegenden Regelungsgegenstand einheitlich, das heißt länderübergreifend, zu regeln. Ihr Abschluss und ihre normative Transformation verlaufen dabei in mehreren Schritten:

Zunächst muss der zwischen den Vertragsverhandlungspartnern sondierte politische Wille in einem Vertrag in Form eines Gesetzesentwurfs festgehalten und dieser durch die zuständigen Landesregierungsvertreter abgeschlossen werden, wobei die Landesverfassungen zum Teil eine frühzeitige Unterrichtung der Parlamente vorsehen.¹⁸ Wegen seiner Ver-

¹⁰ Für den Bereich der Sportwetten stellte das BVerfGE 115, 276 (304 f.) mittlerweile klar: „Eine Neuregelung kommt dabei grundsätzlich sowohl durch den Bundes- als auch den Landesgesetzgeber in Betracht. Insoweit kann auch der Bund, gestützt auf den Gesetzgebungstitel für das Recht der Wirtschaft nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, unter den Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG, tätig werden. Eine Kompetenz des Bundes scheidet nicht an den ordnungsrechtlichen Aspekten der Regelungsmaterie“.

¹¹ Wie der Spielhallenbegriff auszulegen ist, war zunächst umstritten, vgl. BVerfGE 145, 20 (58); ausführlich hierzu und zur Unterscheidung zwischen normativ-rezeptiver und faktisch-deskriptiver Kompetenzzuweisung Peters, ZfWG Sonderbeilage 3/2017, 2.

¹² Zusammenfassung der möglichen Argumente bei der Prüfung der Erforderlichkeit bei Klemm, Die bundeseinheitliche Glücksspielbehörde, S. 209 ff.; auch Krüper, ZfWG 2015, 294 (297).

¹³ Zumindest im Bereich des Online-Glücksspiels scheint eine Regulierung durch den Bund – angesichts des Umstands, dass das Internet keine Landesgrenzen kennt – auch angezeigt.

¹⁴ Siehe dazu nur das Verzeichnis der in der Zeit von 1949 bis zum 31.12.1960 zwischen den deutschen Bundesländern abgeschlossenen Staatsverträge und Verwaltungsabkommen bei Schneider, VVDStRL 19 (1961), 1 (34 ff.).

¹⁵ So beispielsweise Bortnikov, JuS 2017, 27 (27); Schladebach, VerwArch 2007, 238 (243 f.) m.w.N.

¹⁶ So beispielweise Schneider, VVDStRL 19 (1961), 1 (9). Beide Definitionen sind mehr eine Frage des Zwecks und ihres beliebigen Zuschnitts als verfassungsrechtliche Vorgabe.

¹⁷ Rudolf, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 6, 3. Aufl. 2008, § 141 Rn. 59.

¹⁸ Siehe Art. 50 Abs. 1 S. 3 Verf BE; Art. 89b Abs. 1 Nr. 2 Verf RP; Art. 62 Abs. 1 S. 1 Verf LSA; Art. 28 Abs. 1 S. 1 Verf SH; Art. 67 Abs. 4 Verf TH.

tretungsmacht nach außen obliegt der Abschluss eines Staatsvertrags in der Regel dem Ministerpräsidenten beziehungsweise den regierenden Bürgermeistern in den Stadtstaaten. Der von der Exekutive vorgenommene Abschluss des Staatsvertrags allein bewirkt jedoch ohne Parlamentsbeteiligung noch keine Bindung gegenüber dem Land. Könnte die Exekutive das Land durch einen Staatsvertrag ohne Beteiligung der Parlamente binden und zur Gesetzgebung verpflichten, würde das Parlament aus seinem ihm originär obliegenden Recht zur Gesetzgebung durch die Exekutive verdrängt. Die Landesverfassungen – mit Ausnahme der Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen – sehen deshalb ausdrücklich vor, dass die durch die Exekutive geschlossenen Staatsverträge zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung des Parlaments bedürfen.¹⁹ Durch die Zustimmung – insofern würde ein einfacher Parlamentsbeschluss für die Sicherung der parlamentarischen Mitwirkungsrechte in jedem Fall ausreichen²⁰ – wird der Staatsvertrag wirksam. Der Zustimmung kommt jedoch noch eine weitere Funktion zu (sog. Doppelfunktion der Zustimmung).²¹

Nach herrschender Meinung in Literatur und Rechtsprechung wird der Staatsvertrag, beziehungsweise dessen Inhalt, durch die exekutive Abschlusserklärung noch nicht zum Gesetz. Gesetzesrang wird ihm erst zuteil, wenn er vom Parlament zu einem solchen transformiert wurde.²² Aus Gründen der Formstrenge rechtsetzender Tätigkeit kann dies nur durch ein den demokratischen und rechtsstaatlichen Anforderungen genügenden Transformationsakt geschehen.²³ Einzelne Landesverfassungen sehen deshalb ausdrücklich die Notwendigkeit der Zustimmung in Gesetzesform vor.²⁴

In der Praxis fallen sowohl der Zustimmungsbeschluss zum Abschluss des Staatsvertrags als auch der Beschluss des Transformationsgesetzes in einem Akt zusammen. Beide unterliegen dabei als Akte der öffentlichen Gewalt der Bin-

dung an die Verfassung. Den Ländern bleibt es dabei aber unbenommen, für den Beschluss des Transformationsgesetzes in ihrer Verfassung ein besonderes, die grundlegenden demokratischen und rechtsstaatlichen Anforderungen wahrendes Verfahren vorzusehen,²⁵ wie dies beispielsweise in Bayern der Fall ist.²⁶ Wichtig ist nur, dass aus dem Zustimmungsverfahren ein Gesetz hervorgeht, sei es nun im ordentlichen oder einem diesem im Wesentlichen entsprechenden besonderen Gesetzgebungsverfahren, welches mit der Zustimmung zum Staatsvertrag durchgeführt wird.

Für die aufgeworfene Fragestellung bedeutet dies, dass die zuständige Landesbehörde dem Y den Betrieb der Spielhalle nicht untersagen kann. Der GlüStV 2021 wurde laut Sachverhalt bisher nur unter den Ministerpräsidenten der Länder vereinbart. Sowohl die Zustimmung durch das Parlament als auch die Transformation im Wege des Zustimmungsverfahrens blieb bisher aus. Die an die Ausgestaltung von Spielhallen in § 26 Abs. 1 GlüStV 2021 gestellten Anforderungen und die für entsprechende Verstöße einschlägige Ermächtigungsgrundlage des § 9 Abs. 1 S. 2, S. 3 Nr. 3 GlüStV 2021 sind somit mangels Transformation noch kein wirksames Gesetzesrecht und können folglich weder verbindliche Ge- oder Verbote für die Bürger noch eingriffstaugliche Ermächtigungsgrundlagen für die Behörden begründen. Ein Einschreiten der Behörde ist daher in Ermangelung einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage aus rechtlichen Gründen nicht möglich.

III. Gemeinsame Glücksspielbehörde der Länder

Fall: Die Gemeinsame Glücksspielbehörde der Länder (GGL) soll bundesweit als gemeinsam von den Ländern getragene Anstalt des öffentlichen Rechts (AöR) insbesondere für die Überwachung der Glücksspielangebote im Internet zuständig sein. Verstößt eine solche Gemeinschaftseinrichtung gegen das Bundesstaats- oder das Demokratieprinzip?

Angesichts der bestehenden Vollzugsprobleme im Glücksspielrecht sieht der GlüStV 2021 erstmals eine bundeseinheitliche Aufsichtsbehörde in Form einer Anstalt des öffentlichen Rechts (AöR) vor. Organe der Anstalt sind nach § 27g GlüStV 2021 der Verwaltungsrat und der Vorstand. Gem. § 27h Abs. 1 S. 1 GlüStV 2021 besteht der Verwaltungsrat aus jeweils einer Vertreterin oder einem Vertreter eines jeden Trä-

¹⁹ Siehe Art. 72 Abs. 2 BayVerf; Art. 50 Abs. 1 S. 4 Verf BE; Art. 91 Abs. 2 BbgVerf; Art. 43 S. 3 Verf Hmb; Art. 103 Abs. 2 Verf HE; Art. 47 Abs. 2 Verf M-V; Art. 35 Abs. 2 NdsVerf; Art. 66 S. 2 LVerf NRW; Art. 101 S. 1 Verf RP; Art. 95 Abs. 2 SVerf; Art. 65 Abs. 2 SächsVerf; Art. 69 Abs. 2 Verf LSA; Art. 37 Abs. 2 S. 2 Verf SH; Art. 77 Abs. 2 Verf TH. Das parlamentarische Zustimmungserfordernis gilt aus demokratisch-rechtsstaatlichen Gründen auch, wenn Landesverfassungen dies nicht ausdrücklich vorschreiben, vgl. BVerfGE 4, 250 (276); *Schneider*, VVDStRL 19 (1961), 1 (9, 23).

²⁰ Anders *Huber/Röll*, ZfWG 2018, 9 (11), die ein parlamentarisches Zustimmungsgesetz für notwendig erachten.

²¹ *Vedder*, Intraföderale Staatsverträge, 1996, S. 172.

²² Siehe BVerfGE 90, 60 (85 f.); *Giese*, Staatsverträge und Verwaltungsabkommen der Deutschen Bundesländer untereinander sowie zwischen Bund und Ländern, 1961, S. 118 f.; *Schneider*, VVDStRL 19 (1961), 1 (14); *Gundel*, DöV 2017, 15 (16); *Vedder* (Fn. 21), S. 330 ff.

²³ Siehe auch *Huber/Röll*, ZfWG 2018, 9 (10 f.); *Knothe*, ZRP 2010, 181 (181, 183).

²⁴ Art. 47 Abs. 2 Verf M-V; Art. 101 S. 1 Verf RP; Art. 95 SVerf.

²⁵ Vgl. BVerfGE 90, 60 (85).

²⁶ Art. 72 Abs. 2 BayVerf soll nach der Rspr. des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG NJW 1966, 1282 [1283]; BVerwG NVwZ 1986, 830 [830]) und des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes (BayVerfGH NVwZ 1986, 290 [291]) nicht bloß die Notwendigkeit eines einfachen Parlamentsbeschlusses normieren. Vielmehr handle es sich dabei um „ein besonderes Verfahren der materiellen Gesetzgebung [...], das gleichrangig neben dem in der Verfassung geregelten Verfahren zum Erlaß förmlicher Gesetze steht.“ (BayVerfGH NVwZ 1986, 290 [291]).

gerlandes.²⁷ Der Vorstand, gesetzlicher Vertreter und Leiter der Anstalt, besteht aus mindestens zwei vom Verwaltungsrat bestellten Mitgliedern. Nach §§ 27e und 27f GlüStV 2021 ist die Anstalt als Erlaubnis- und Aufsichtsbehörde für länderübergreifendes Glücksspiel tätig.

Die Konstruktion der GGL stößt in einem demokratischen Bundesstaat auf verfassungsrechtliche Bedenken.²⁸ Ein generelles Verbot länderübergreifender Kooperationen lässt sich dem Grundgesetz allerdings nicht entnehmen. Die Schaffung gemeinsamer Einrichtungen der Länder auch in Form einer AöR sind gängige Staatspraxis.²⁹ Gegen solche gemeinschaftliche Einrichtungen der Länder wird nicht selten eingewendet, dass hierdurch eine grundgesetzlich nicht vorgesehene „Dritte Ebene“³⁰ entstehe.³¹ Die Anstalt bleibt jedoch eine Landesanstalt, die Landesverwaltungsaufgaben auf Grund von Landesrecht wahrnimmt. Eine „Dritte Ebene“ entsteht (formal) also nicht. Da die Länder ausschließlich einen eingrenzbaaren (wenn auch nicht kleinen) Teil ihrer Exekutivaufgaben im Bereich des Glücksspielrechts auf die gemeinsame Anstalt übertragen, kann auch nicht von einer gegen das Bundesstaatsprinzip verstoßenden „Selbstpreisgabe“³² gesprochen werden. Nach überzeugender Ansicht verstößt daher die GGL nicht gegen das Bundesstaatsprinzip.³³

²⁷ Siehe hierzu und zum Folgenden die Erläuterungen zum GlüStV 2021, NRW LT-Drs. 17/11683, S. 197 ff.

²⁸ Schon das Glücksspielkollegium nach dem GlüStV 2012 sah sich erheblicher verfassungsrechtlicher Kritik ausgesetzt. Der HessVGH ZfWG 2015, 478 hielt das Glücksspielkollegium für verfassungswidrig; so auch *Degenhart*, Rechtsfragen des länder einheitlichen Verfahrens nach dem Entwurf eines Ersten Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland, Rechtsgutachten 2011, S. 15 ff.; *Kirchhof*, Das Glücksspielkollegium – eine verfassungswidrige Kooperation zwischen den Ländern, Rechtsgutachten 2016, S. 37 ff.; Als gänzlich verfassungskonform erachtend OVG Hamburg, Urt. v. 22.6.2017 – 4 Bf 160/14, Rn. 146 ff. (juris); VG Gelsenkirchen, Urt. v. 17.5.2016 – 19 K 3334/14, Rn. 67 (juris); OVG RhlPF ZfWG 2016, 153; VG Düsseldorf, Urt. v. 21.6.2016 – 3 K 5661/14, Rn. 141 (juris); so auch *Dietlein*, ZfWG Sonderbeilage 4/2015, 1 (10 ff.); Übersicht zum Meinungsstand bei *Krüper*, Die Verwaltung 54 (2021), 37 (66).

²⁹ Übersicht bei *Nutzhorn*, Die gemeinsame Trägerschaft von Einrichtungen durch mehrere Länder, 2012, S. 281 ff.

³⁰ Ausführlich zur „Dritten Ebene“ *Bethge*, ZfWG 2016, 386 (387); *Degenhart*, Rechtsfragen des länder einheitlichen Verfahrens nach dem Entwurf eines Ersten Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland, Rechtsgutachten 2011, S. 17 f.

³¹ Die GGL gilt nach § 27a Abs. 1 S. 2 GlüStV – im Wege einer Fiktion als eine Einrichtung des Landes Sachsen-Anhalt Träger der Anstalt sind hingegen alle Länder, § 27c GlüStV 2021.

³² *Dietlein*, ZfWG Sonderbeilage 4/2015, 1 (12).

³³ Deutlich engere bundesstaatliche Grenzen zieht *Nettesheim*, in: Huber/Brenner/Möstl (Hrsg.), Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag, 2004, S. 363 (372): „Die grundsätzliche eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung ist

Schwerwiegender erscheinen hingegen die demokratischen Bedenken.³⁴ Nach dem Demokratieprinzip aus Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 und Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG bedarf alles amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter der demokratischen Legitimation.³⁵ Da es sich bei der GGL um eine aus der unmittelbaren Staatsverwaltung ausgegliederten Verwaltungseinheit und somit um einen Teil der mittelbaren Staatsverwaltung handelt, kommt der Aufsicht zur Erreichung einer hinreichenden demokratischen Legitimation eine besondere Bedeutung zu. Der Verwaltungsrat entscheidet mit der Mehrheit der Stimmen seiner Mitglieder. Ein einzelnes Land kann demzufolge überstimmt werden. In diesem Fall erstrecken sich die Rechts- und Fachaufsicht des entsprechenden Landes nicht auf die GGL als Kollektiv. Auch die gesetzlich festgeschriebenen Regelungen zur Rechts- und Fachaufsicht in § 27f GlüStV 2021 führen nicht zu einer ausreichenden Weisungskette zu den jeweiligen Landesregierungen. Zum einen ist zunächst ausschließlich Sachsen-Anhalt für die Rechts- und Fachaufsicht verantwortlich. Andere Länder können allenfalls Prüfbitten aussprechen.³⁶ Zum anderen besteht eine fachaufsichtliche Kontrolle ohnehin nur, wenn der Verwaltungsrat keine bindenden Entscheidungsrichtlinien oder Weisungen für den Vorstand beschlossen hat. Die Ausübung der Fachaufsicht ist demzufolge subsidiär zu den Entscheidungen des Verwaltungsrates. Ein ausreichendes Legitimationsniveau wird im Ergebnis nicht erreicht.³⁷ Dieses Legitimationsdefizit wird auch nicht dadurch aufgewogen, dass es sich lediglich um einen administrativen Vollzug handelt und der Verwaltungsrat keine Entscheidungen von erheblichem politischen Gewicht zu treffen hat.³⁸ Vielmehr ist zu bemerken, dass die Behörde bindende Entscheidungen in grundrechtssensiblen Bereichen trifft und ihr hierbei ein nicht unerheblicher Entscheidungsspielraum, sowohl auf Tatbestands- als auch auf Rechtsfolgenseite, zusteht. Auch ein Vergleich zum ZDF

nicht lediglich ein Privileg der Glieder, sondern auch Pflicht. [...] Die Kooperation zwischen den Gliedern stößt insofern vor dem Hintergrund des föderalen Prinzips auf Schranken. Eine Aufgabenabwälzung oder die Einräumung von Mitspracherechten ist nur dort zulässig, wo sie sich durch Gründe hinreichenden Gewichts, die ihrerseits vor dem föderalen Prinzip Bestand haben, rechtfertigen.“

³⁴ Diese Bedenken siehe schon bei *Unger*, ZfWG 2021, 1; für demokratisch unproblematisch hält die Einrichtung hingegen *Dittmann*, ZfWG 2020, 302.

³⁵ Eine hoheitliche Entscheidung ist in personeller Hinsicht legitimiert, wenn sich die Bestellung desjenigen, der sie trifft, durch eine ununterbrochene Legitimationskette auf das Staatsvolk zurückführen lässt. Die sachlich-inhaltliche Legitimation wird durch die Bindung an das Gesetz und an Aufträge und Weisungen der Regierung vermittelt.

³⁶ *Unger*, ZfWG 2021, 1.

³⁷ Zutreffend daher *Unger*, ZfWG 2021, 1: „Wie sollen die Wählerin und der Wähler ihre Landesregierung für eine Glücksspielpolitik zur Verantwortung ziehen, auf die diese im Ernstfall keinen durchgreifenden Einfluss mehr hat?“

³⁸ So aber Erläuterungen zum GlüStV 2021, NRW LT-Drs. 17/11683, S. 200.

oder anderen Landesmedienanstalten, bei denen ebenfalls beschränkte Aufsichtsregelungen bestehen, überzeugt nicht, da diese nicht im Bereich der Eingriffsverwaltung, sondern zur Sicherung der Rundfunkfreiheit tätig sind und daher im weitestgehend staatsfreien Raum agieren.³⁹ Nach überzeugender Ansicht verstößt die GGL gegen das Demokratieprinzip.⁴⁰

IV. Grundrechtliche Aspekte der Glücksspielregulierung

Fall: Im Bundesland B ist der Betrieb von Spielbanken staatlich monopolisiert. A erkennt darin einen Eingriff in seine grundrechtlich geschützte Berufsfreiheit.

Art. 12 Abs. 1 GG schützt die Freiheit der Berufswahl und Berufsausübung. Als grundrechtsberechtigte natürliche Person kann sich A auf diese berufen, wenn der Betrieb einer Spielbank einen Beruf i.S.d. Art. 12 Abs. 1 GG, also eine planmäßige und auf Dauer angelegte Tätigkeit zur Schaffung oder Erhaltung einer Lebensgrundlage, darstellt.⁴¹ Die Betätigung als Spielbankunternehmer dient der Erzielung von Gewinnen, die zur Schaffung und Erhaltung der Lebensgrundlage verwendet werden können, und ist auf gewisse Dauer ausgerichtet.⁴² Nicht von Belang ist dabei, ob sie gesetzlich verboten oder staatlich monopolisiert ist. Andernfalls würde einfachrechtlich über den grundrechtlichen Schutzbereich entschieden werden können.⁴³

Der mit dem staatlichen Monopol einhergehende Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit – genau: eine objektive Berufszulassungsregelung – kann gerechtfertigt werden. Eingriffe dieser Art müssen als solche der höchsten Stufe im Sinne der Drei-Stufen-Theorie der Abwehr nachweisbarer

³⁹ Vgl. statt vieler *Rauchhaus*, *Rundfunk und Staat*, 2014; Zur Unvergleichbarkeit des Glücksspielkollegiums mit den Rundfunkanstalten, *Kirchhof* (Fn. 28), S. 16 f.

⁴⁰ So auch Institut für Glücksspiel und Gesellschaft, *Anhörung des Landtags NRW zum Glücksspielstaatsvertrag 2021*, S. 3 ff., abrufbar unter <https://bit.ly/3Cz1dIC> (27.9.2022).

⁴¹ Vgl. BVerfGE 97, 228 (252).

⁴² Vgl. für den Fall des für Private geöffneten Marktes auch BVerfGE 102, 197 (213 f.). Zwar äußerte sich das BVerfG im früheren Spielbankenbeschluss 1970 (BVerfGE 28, 119 [148]; siehe hierzu den hiesigen Abschnitt zu den Kompetenzen) dahingehend, dass es sich bei dem Spielbankenbetrieb nicht um eine wirtschaftliche Tätigkeit handle. Allerdings stellte das Gericht in dem jüngeren Beschluss (BVerfGE 102, 197 [213 f.]) klar, dass es hiermit nur eine kompetenzielle Einordnung vorgenommen habe, welche keine Auswirkung auf die grundrechtliche Bewertung habe, ausführlich hierzu *Sodan*, *NJW* 2003, 257 (259 f.).

⁴³ „Staatliche Monopole sind, da hier kein Grundrechtsträger zur Ausübung der beruflichen Tätigkeit befugt ist, als generelle Berufsverbote zu qualifizieren und nur ausnahmsweise der Rechtfertigung zugänglich.“, so *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, *Grundgesetz, Kommentar*, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 12 Rn. 137 ff.; anders wohl noch BVerfGE 102, 197 (213): „[...] solange die Tätigkeit nicht gesetzlich verboten ist [...]“.

oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überaus wichtiges Gemeinschaftsgut dienen.⁴⁴ In einzelnen Entscheidungen hat das Bundesverfassungsgericht allerdings zu erkennen gegeben, dass diese allgemeinen grundrechtsdogmatischen Grundsätze für den Bereich des Glücksspiels nicht zur Anwendung kommen. So erklärte das Bundesverfassungsgericht in seinem Spielbankenbeschluss aus dem Jahr 2000, dass es sich beim Betrieb einer Spielbank um eine an sich unerwünschte Tätigkeit handle, deren atypische Besonderheiten auch die Grundrechtsprüfung beeinflussen würden.⁴⁵ Ausreichend – aber auch notwendig – sei daher, dass mit der eingreifenden Maßnahme lediglich wichtige Gemeinwohlbelange verfolgt werden. Genießt die Tätigkeit von Glücksspielanbietern in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts daher einen a priori abgeschwächten Grundrechtsschutz? Dieser Eindruck verfestigt sich mit dem Spielhallenbeschluss des Bundesverfassungsgerichts, in welchem es Spielhallen als Gewerbebetriebe qualifizierte, die von vornherein einen besonderen sozialen Bezug aufweisen würden, da auch bei Beachtung aller gesetzlichen Vorschriften die Möglichkeit bestehe, dass spielsüchtige und spielsuchtgefährdete Spieler Spielhallen aufsuchen.⁴⁶ Eine Begründung dieser „Sonderdogmatik“⁴⁷ bleibt das Gericht insbesondere vor dem Hintergrund des rechtsstaatlichen Verteilungsprinzips⁴⁸ schuldig.⁴⁹

Ebenfalls von Bedeutung für die verfassungsrechtliche Beurteilung des Glücksspielrechts ist der allgemeine Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG. Nach diesem sind Ungleichbehandlungen nicht grundsätzlich unzulässig, bedürfen zu ihrer Rechtfertigung nach der Willkürformel aber eines sachlichen Grundes. Für die Feststellung einer verfassungsrechtlich relevanten Ungleichbehandlung müssen die Vergleichspaare unter einen gemeinsamen Oberbegriff subsumiert werden können. Dabei ist den Unterschieden der bereits oben beleuchteten Spielformen Rechnung zu tragen. Aus diesem Grund kann beispielsweise keine Ungleichbehandlung des Automatenspiels in Spielhallen gegenüber dem Automatenspiel in Spielbanken (sogenanntes Kleines Spiel) festgestellt

⁴⁴ St. Rspr. seit BVerfGE 7, 377 (408).

⁴⁵ BVerfGE 102, 197 (214 f.).

⁴⁶ BVerfGE 145, 20 (95). Seinen Ursprung hat der dort genannte besondere soziale Bezug in der Eigentumsfreiheit aus Art. 14 GG, wo er die Reichweite der gesetzgeberischen Befugnis zu Inhalts- und Schrankenbestimmungen bestimmt, vgl. st. Rspr. BVerfGE 143, 246 (325) m.w.N.

⁴⁷ Dazu *Hartmann*, in: Krüper (Hrsg.), *Strukturfragen der Glücksspielregulierung*, 2019, S. 21.

⁴⁸ Nach dem rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip ist die Freiheit des Einzelnen prinzipiell unbegrenzt, während die Befugnis des Staates zu Eingriffen in diese Sphäre prinzipiell begrenzt ist. Zurück geht dieses – nicht überholte Prinzip – auf *Schmitt*, *Verfassungslehre*, 11. Aufl. 2017, S. 126 f.; siehe auch *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 2, 3. Aufl. 2004, § 15 Rn. 174 ff.

⁴⁹ Kritisch auch *Krüper*, *GewArch* 2017, 349 (349); *Sauer*, *ZfWG Sonderbeilage* 2/2017, 18 (19).

werden.⁵⁰

Auf Seiten der Spieler sind neben der allgemeinen Handlungs- und Vertragsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG – die angesichts des lückenlosen Grundrechtsschutzes⁵¹ auch das Recht zum Spielen von Glücksspielen umfasst – ebenfalls die Grundrechte in ihrer Ausprägung als Schutzpflichten zugunsten der Gesundheit pathologischer Glücksspieler aus Art. 2 Abs. 2 GG zu beachten.⁵² Es obliegt den unmittelbar demokratisch legitimierten Gesetzgebern, den Konflikt zwischen Anbieter- und Spielerinteressen im Wege praktischer Konkordanz zu lösen, wobei sie dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unterliegen.

V. Unionsrechtliche Aspekte der Glücksspielregulierung

Fall: Im Bundesland B sind die Veranstaltung und der Eigenvertrieb von Online-Casinospielen staatlich monopolisiert. Andere Angebote sind nicht erlaubnisfähig. Gegenüber dem auf Malta ansässigen Glücksspielanbieter A hat die zuständige Glücksspielaufsichtsbehörde eine Untersagungsverfügung erlassen. Diese verlangt, dass er die Veranstaltung und den Eigenvertrieb seines Online-Casinospiels in Deutschland einstellt. Der Anbieter trägt vor, wegen seiner maltesischen Glücksspiellizenz benötige er keine deutsche Erlaubnis. Außerdem sei es widersprüchlich, wenn das Bundesland B sein staatliches Monopol mit dem Ziel der Vermeidung und Bekämpfung von Spielsucht begründe, gleichwohl in einer über das hierfür Erforderliche hinausgehenden Art und Weise werbe und somit zur Spielteilnahme anrege.

Das deutsche Glücksspielrecht sieht sich in seinen Regulierungsfragen auch unionsrechtlichen Einflüssen ausgesetzt. Mangels Vollharmonisierung des Glücksspielrechts ist jeder Mitgliedstaat bei der Regelung des Glücksspiels frei⁵³ und (lediglich) zur Beachtung des primären Unionsrechts verpflichtet.

Von besonderer Bedeutung für die mitgliedstaatliche Glücksspielregulierung sind die unionsrechtlichen Grundfreiheiten, insbesondere die Niederlassungs- (Art. 49 AEUV) und Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV). Auf die Niederlassungsfreiheit können sich beispielsweise diejenigen Glücksspielanbieter berufen, die diese Tätigkeit auf Dauer und selbständig an einem festen Standort in einem anderen Mitgliedstaat anbieten (z.B. Spielhallenbetreiber und Betreiber von Wettvermittlungsstellen).⁵⁴ Wegen der im Vergleich zum ter-

restrischen Glücksspiel steigenden Häufigkeit der Teilnahme am Online-Glücksspiel⁵⁵ und der dabei bestehenden Entbehrlichkeit einer Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat, kommt der Dienstleistungsfreiheit allerdings praktisch höhere Bedeutung zu. Sie schützt selbstständige Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden (Art. 57 Abs. 1 AEUV), zeitlich begrenzt sind und eine Grenze überschreiten (Art. 56 Abs. 1, Art. 57 Abs. 3 AEUV).⁵⁶ Nach dieser Definition sind auch solche Tätigkeiten, die Nutzern gegen Entgelt die Teilnahme an Geld- und Glücksspielen ermöglichen, Dienstleistungen i.S.v. Art. 57 Abs. 1 AEUV.⁵⁷ Weil Glücksspiele auch über einen Produktbezug verfügen können (z.B. Lotterielose und Wertscheine), muss die Warenverkehrsfreiheit von der Dienstleistungsfreiheit abgegrenzt werden. Die Abgrenzung richtet sich in einem solchen Fall eines beidseitigen Produktbezuges nach dem Schwerpunkt der in Rede stehenden Tätigkeit.⁵⁸ Weil es beim Glücksspiel aber regelmäßig um die Vermittlung der Gewinnchance und damit um eine Leistung und nicht ein Produkt, geht, steht der Bezug zur Dienstleistungsfreiheit im Vordergrund.⁵⁹

Die glücksspielrechtlichen Beschränkungen der Dienst- und Niederlassungsfreiheit, wie beispielsweise ein Erlaubnisvorbehalt, ein Werbeverbot oder eine Monopolisierung einer Spielform beim Staat, können gerechtfertigt werden. Neben den geschriebenen Rechtfertigungstatbeständen (Art. 52 AEUV, gegebenenfalls i.V.m. Art. 62 AEUV) ermöglicht der EuGH eine Rechtfertigung auch dann, wenn nicht unmittelbar diskriminierende Maßnahmen einem zwingenden Erfordernis des Allgemeinwohls dienen.⁶⁰ Daneben müssen sie auch geeignet und erforderlich sein. Als ein solches Erfordernis des Allgemeinwohls anerkennt der EuGH den Schutz der Bevölkerung vor dem dem Glücksspiel innewohnenden Gefahrenpotenzial und dem Risiko, dass dieses in Ausnutzung der Spieleidenschaft zur persönlichen Bereicherung missbräuch-

EuGH, Urt. v. 8.9.2010 – C-316/07 (Markus Stoß), Rn. 60.

⁵⁵ Bis auf den Bereich der Lotterien ist bei der Frage nach dem Zugangsweg zum Glücksspiel der Anteilswert für das Online-Setting der Glücksspielformen stets höher als für das terrestrische Glücksspiel, siehe *Buth/Meyer/Kalke*, Glücksspielteilnahme und glücksspielbezogene Probleme in der Bevölkerung, Ergebnisse des Glücksspiel-Survey 2021, 2022, S. 29, abrufbar unter <https://bit.ly/3DEj2q3> (27.9.2022).

⁵⁶ Vgl. *Haltern/Stein*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, 2017, AEUV Art. 57 Rn. 25; *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 75. Lfg., Stand: Mai 2022, AEUV Art. 56, Art. 57 Rn. 49.

⁵⁷ Siehe EuGH, Urt. v. 24.3.1994 – C-275/92 (Schindler), Rn. 25; EuGH, Urt. v. 21.10.1999 – C-67/98 (Zenatti), Rn. 24.

⁵⁸ Vgl. *Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 56), AEUV Art. 34 Rn. 43, 45.

⁵⁹ Siehe EuGH, Urt. v. 24.3.1994 – C-275/92 (Schindler), Rn. 21 ff.; EuGH, Urt. v. 11.9.2003 – C-6/01 (Anomar), Rn. 55 f.

⁶⁰ St. Rspr. seit EuGH, Urt. v. 20.2.1979 – 120/78 (Cassis de Dijon), Rn. 8.

⁵⁰ BVerfGE 145, 20 (87).

⁵¹ Vgl. abweichende Meinung des Richters *Grimm*, BVerfGE 80, 137 (164).

⁵² Vgl. zur grundrechtlichen Schutzpflicht *Hartmann/Barczak*, ZfWG 2020, Heft 2 Sonderbeilage, 8 (10, 12).

⁵³ Der EuGH spricht hier von unterschiedlichen „sittlichen, religiösen oder kulturellen Erwägungen, die in allen Mitgliedstaaten zu Lotterien ebenso wie zu den anderen Glücksspielen angestellt werden“, EuGH, Urt. v. 24.3.1994 – C-275/92 (Schindler), Rn. 60.

⁵⁴ EuGH, Urt. v. 6.11.2003 – C-243/01 (Gambelli), Rn. 46;

lich veranstaltet wird.⁶¹

Zum zentralen Dreh- und Angelpunkt der Rechtfertigung grundfreiheitlicher Beschränkungen ist die Forderung nach Kohärenz avanciert, welche der EuGH in die Prüfung der Geeignetheit beschränkender Maßnahmen integriert.⁶² Dass ein nationaler Gesetzgeber die bezeichneten Erfordernisse des Allgemeinwohls für seine Glücksspielregulierung ins Feld führt, ist danach lediglich notwendige, nicht aber hinreichende Bedingung.⁶³ Die Regelung muss auch kohärent, das heißt stimmig und widerspruchsfrei, sein. Für nationalstaatliche Maßnahmen der Glücksspielregulierung bedeutet dies, dass Beschränkungen zum Schutz der genannten Allgemeinwohlerfordernisse auch geeignet sein müssen, zur Erreichung der mit ihr verfolgten Zwecke in tatsächlicher, systematischer und kohärenter Weise beizutragen.⁶⁴ Insbesondere dann, wenn der Staat innerhalb eines Glücksspielsektors als einziger Anbieter auftritt (sogenanntes Staatsmonopol), verlangt das Kohärenzgebot, dass das Monopol durch eine gegenläufige Politik nicht in einer solchen Weise konterkariert wird, die seine Eignung zur Erreichung seiner Ziele aufhebt. Je nachdem, ob für die Kohärenzprüfung nur die Politik des Mitgliedstaates innerhalb desselben Glücksspielsektors (bspw. Sportwetten) oder stattdessen die Politik innerhalb des gesamten Glücksspielbereichs in den Blick genommen wird, differenziert man zwischen sogenannter vertikaler beziehungsweise innerer (Binnen-)Kohärenz und sogenannter horizontaler beziehungsweise äußerer (Gesamt-)Kohärenz.⁶⁵ Mit dem Gebot vertikaler Kohärenz ist insoweit unvereinbar, wenn ein staatliches Glücksspielmonopol mit dem Ziel der Vermeidung übermäßiger Ausgaben für das Glücksspiel und der Spielsuchtbekämpfung gerechtfertigt wird, aber gleichzeitig für das eigene Glücksspiel in einem solchen Umfang geworben wird, der über das für die Kanalisierung erforderliche Maß hinaus-

geht, und das Monopol deshalb darauf abzielt, den Spieltrieb der Verbraucher zu fördern und die Einnahmen zu maximieren.⁶⁶ Gegen das Gebot horizontaler Kohärenz wird hingegen erst verstoßen, wenn abseits des der Vermeidung übermäßigen Spielens dienenden staatlich monopolisierten Glücksspielsektors zur Teilnahme an solchen Glücksspielen mit gleichem oder stärkerem Suchtpotenzial durch die dortige Glücksspielpolitik ermuntert wird, anstatt auch dort die Spielgelegenheiten zu verringern; hat dies zur Folge, dass das dem Monopol zugrundeliegende Ziel nicht mehr wirksam verfolgt werden kann, ist von einer horizontalen Inkohärenz auszugehen.⁶⁷ Auch die Politik des Bundesstaates innerhalb eines anderen Glücksspielsektors ist geeignet, die Kohärenz der Landesglücksspielpolitik zu beseitigen. Mitgliedstaatliche Besonderheiten der internen Rechtsordnung wie beispielsweise föderale Strukturen taugen nach der Rechtsprechung des EuGH nicht dazu, die Nichteinhaltung unionsrechtlicher Verpflichtungen zu rechtfertigen.⁶⁸ Bund und Länder müssen die Ausübung ihrer jeweiligen Zuständigkeiten aus diesem Grund koordinieren.⁶⁹

Solange die mitgliedstaatliche Beschränkung in Form von Monopolen oder präventiven Erlaubnisvorbehalten diskriminierungsfrei und verhältnismäßig ausgestaltet ist, besteht angesichts des gesetzgeberischen Wertungsspielraums hinsichtlich des von ihm errichteten Schutzsystems und der Ermangelung einer Harmonisierung des Glücksspiels auf Gemeinschaftsebene keine Pflicht zur gegenseitigen Anerkennung einer in einem anderen Mitgliedstaat erteilten Erlaubnis.⁷⁰

Für den hiesigen Fall bedeutet dies, dass A sich gegenüber den deutschen Behörden nicht auf seine maltesische Glücksspiellizenz berufen kann. Will er in Deutschland Online-Casinospiele veranstalten und vermitteln, bedarf er einer deutschen Erlaubnis. Im Bundesland B wird er eine solche angesichts des staatlichen Online-Casinospielmonopols nicht erhalten können. Das nationale Gericht, vor welchem A eine Erlaubnis erstreiten möchte, muss sich deshalb mit der Frage befassen, ob das Monopol unionsrechtskonform ausgestaltet und durchgeführt wird, insbesondere ob die Anforderungen des Kohärenzgebots beachtet werden. Dafür ist ausschlaggebend, ob die gesamte Glücksspielpolitik des Landes B und auch des Bundes der Erreichung der Ziele des Monopols nicht entgegenstehen.

VI. Was versteht der Gesetzgeber unter Glücksspiel?

Fall: A ist Entwickler und Anbieter eines App-basierenden Online-Games, in welchem der Spieler die Möglich-

⁶¹ Ausführlich zur Rspr. des EuGH *Ennuschat/Güldner*, in: Gebhardt/Korte (Hrsg.), Glücksspiel, 2. Aufl. 2018, § 12 Rn. 64 ff.

⁶² EuGH, Urt. v. 6.11.2003 – C-243/01 (Gambelli), Rn. 67; EuGH, Urt. v. 8.9.2010 – C-316/07 (Markus Stoß), Rn. 88.

⁶³ EuGH, Urt. v. 8.9.2010 – C-316/07 (Markus Stoß), Rn. 88. Siehe auch *Hartmann*, EuZW 2014, 814 (815).

⁶⁴ EuGH, Urt. v. 6.11.2003 – C-243/01 (Gambelli), Rn. 67; EuGH, Urt. v. 8.9.2010 – C-46/08 (Carmen Media), Rn. 55, 65; EuGH, Urt. v. 8.9.2010 – C-316/07 (Markus Stoß), Rn. 88; BVerwG ZfWG 2018, 138 (143 f.). Die Kohärenzprüfung ist insoweit eine Missbrauchs- und Motivkontrolle, vgl. *Jarass*, NVwZ 2018, 1665 (1668); *Reichert*, ZfWG 2021, 14 (16). Die Mitgliedstaaten müssen die legitimen Ziele ihrer Regulierung tatsächlich verfolgen und nicht bloß scheinheilig vorgeben, EuGH, Urt. v. 21.10.1999 – C-67/98 (Zenatti), Rn. 36 f.; EuGH, Urt. v. 8.9.2010 – C-46/08 (Carmen Media), Rn. 65.

⁶⁵ Zu den Begriffen siehe *Hartmann*, EuZW 2014, 814 (815 f.); *Jarass*, NVwZ 2018, 1665 (1668). Das Bundesverwaltungsgericht schuf die sog. Intersektorale Kohärenz, welche es als „Mittelweg“ zwischen Teil- und Gesamtkohärenz bezeichnet, siehe BVerwG NVwZ-RR 2014, 181 (188 Rn. 55). Kritisch dazu *Hartmann*, EuZW 2014, 814 (816 ff.).

⁶⁶ EuGH, Urt. v. 8.9.2010 – C-316/07 (Markus Stoß), Rn. 107 iv) 1. Spiegelstrich.

⁶⁷ Vgl. EuGH, Urt. v. 8.9.2010 – C-46/08 (Carmen Media), Rn. 68.

⁶⁸ Vgl. EuGH, Urt. v. 13.9.2001 – C-417/99 (Kommission/Spanien), Rn. 37.

⁶⁹ EuGH, Urt. v. 8.9.2010 – C-46/08 (Carmen Media), Rn. 69.

⁷⁰ EuGH, Urt. v. 8.9.2010 – C-316/07 (Markus Stoß), Rn. 110 ff.; EuGH, Urt. v. 8.9.2009 – C-42/07 (Liga Portuguesa), Rn. 57 f.

keit sogenannter In-App-Käufe hat, bei denen er durch die Zahlung einer bestimmten Geldsumme einen feststehenden Betrag der Spielwährung erhält. Diese kann er wiederum einsetzen, um an einer einem alten Spielautomaten ähnelnden Maschine zu drehen (Spin). Im Falle eines Gewinns erlangt der Spieler sogenannte Skills und Items für das Online-Game. Kann die zuständige Glücksspielaufsichtsbehörde dem A die Vermarktung des Online-Games in seiner aktuellen Ausgestaltung untersagen?

Für die Frage nach der Anordnungsbefugnis der zuständigen Glücksspielaufsichtsbehörde ist entscheidend, was die einschlägige Ermächtigungsgrundlage unter dem Begriff des Glücksspiels versteht. Die Glücksspielaufsichtsbehörde ist gem. § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 GlüStV 2021⁷¹ befugt, die Veranstaltung, Durchführung und Vermittlung unerlaubter Glücksspiele zu untersagen. Sie kann deshalb nur dann gegen A einschreiten, wenn es sich bei seinem Online-Game oder Elementen davon um Glücksspiel im Sinne der Norm handelt. Der Begriff des Glücksspiels begegnet dem Rechtsanwender sowohl in § 284 StGB als auch im GlüStV. Dort wird er in § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV 2021 legaldefiniert. Danach liegt ein Glücksspiel vor, wenn im Rahmen eines Spiels für den Erwerb einer Gewinnchance ein Entgelt verlangt wird und die Entscheidung über den Gewinn ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt. Trotz dieser Legaldefinition verbleiben offene Fragen des Glücksspielbegriffs, von denen einige im Folgenden aufzuzeigen sind.

Mit dem Merkmal des *Entgelts für den Erwerb einer Gewinnchance* ist zunächst klargestellt, dass ein Glücksspiel dann nicht vorliegt, wenn a) trotz Entgelt keine Gewinnchance erworben wird oder b) dem Erwerb der Gewinnchance keine Gegenleistung gegenübersteht.⁷² Entsprechend dem strafrechtlichen Begriffsverständnis, welches statt eines Entgelts einen Einsatz verlangt, muss zwischen dem Einsatz respektive Entgelt und der Gewinnchance ein sachlicher Zusammenhang bestehen, durch den die Gewinnchance unmittelbar aus dem Entgelt erwächst.⁷³ Sofern die Gewinnchance mit der Leistung

noch nicht entstanden und von weiteren, dazwischentretenenden wesentlichen Umständen abhängig ist (so beispielsweise bei einer Teilnahmegebühr zwecks ausschließlicher Unkostendeckung eines Poker-Turniers⁷⁴), handelt es sich dabei nicht um ein Entgelt für Glücksspiel. Das gilt auch bei solchen Gewinnchancen, welche lediglich mittelbare Folge einer geldwerten Leistung sind (beispielsweise der Erhalt von Gewinnlosen ab einem bestimmten Einkaufswert⁷⁵). Um eine Gewinnchance handelt es sich dabei nur, wenn mit dem erbrachten Entgelt die Aussicht auf einen geldwerten Vorteil erwächst. Besteht von Beginn an nicht die Wahrscheinlichkeit, das gezahlte Entgelt durch den wirtschaftlichen Wert des Gewinns zumindest auszugleichen, liegt keine Gewinnchance vor.

Prägendes Merkmal des Glücksspiels ist die vollständige oder überwiegende *Zufallsabhängigkeit* der Entscheidung über den Gewinn, das heißt von unberechenbaren und dem Einfluss des Spielers entzogenen Kausalitäten.⁷⁶ Spiele, die hingegen vom Können und Geschick des Teilnehmers abhängen, sind keine Glücks-, sondern Geschicklichkeitsspiele. Abzustellen ist dafür nach herrschender Meinung auf den Durchschnittsspieler.⁷⁷ Nicht immer unterliegt der Ausgang eines Spiels nur dem Zufall oder dem Geschick des Spielers. Häufig kumulieren beide Elemente in einem Spiel. Es kommt dann darauf an, welche Ursachenkette (die zufällige oder die durch Geschick beeinflussbare) den Ausgang des Spiels vornehmlich beeinflusst.⁷⁸

Sofern der Spielautomat im vorliegenden Fall von einem zufallsbasierten Algorithmus gesteuert wird, ist der Ausgang eines Spins für niemanden vorhersehbar und beeinflussbar. Das Zufallselement ist erfüllt. Zweifel bestehen jedoch an der Entgeltlichkeit. Schließlich setzt der Spieler nur Spielwährung und kein echtes Geld. Der bloße Erwerb der Währung mit echtem Geld stellt ebenfalls noch kein Glücksspiel dar, weil der Spieler hieraus noch keine unmittelbare Gewinnchance erlangt. Sollte die Spielwährung hingegen einen messbaren wirtschaftlichen Wert aufweisen, stellt auch die Leistung dieser für den Spin ein Entgelt dar. Ob das der Fall ist, hängt vom konkreten Spiel und der Veräußerbarkeit der Währung beziehungsweise des Accounts ab. Aber selbst, wenn davon auszugehen wäre, stünde noch immer die Frage nach der Gewinnchance im Raum. Einen wirtschaftlichen Zuwachs könnte der Spieler im Falle eines Gewinns nur dann erlangen, wenn die zu gewinnenden Skills und Items einen wirtschaft-

⁷¹ Zur Transformation des Staatsvertrags in Landesrecht siehe bereits Frage II.

⁷² Dann kann es sich aber um sog. simuliertes Glücksspiel handeln, siehe dazu die nichtssagenden Erläuterungen zum GlüStV 2021, LT-NRW Drs. 17/11683, S. 107. Weiterführend dazu *Liesching*, ZfWG 2020, 313 (313 ff.); vgl. auch *Lüder/Tautz*, Coin Master – Was tun mit simuliertem Glücksspiel?, abrufbar unter <https://bit.ly/3AwNFdP> (27.9.2022).

⁷³ BGH NJW 1987, 851 (852); BVerwG NJW 2014, 229 (230). Umstritten ist hingegen, ob die für den strafrechtlichen Begriff anerkannte Voraussetzung eines „nicht ganz unbedeutend[en]“ Einsatzes (BGH NJW 1987, 851 [852]) auch auf das Entgeltkriterium des ordnungsrechtlichen Glücksspielbegriffs Anwendung findet. Dafür *Bolay/Pfütze*, in: *Streinz/Liesching/Hambach* (Hrsg.), Glücks- und Gewinnspielrecht in den Medien, 2014, GlüStV § 3 Rn. 8 m.w.N. Dagegen *Benert/Reeckmann*, ZfWG 2013, 23 (24 ff.); *Dietlein*, in: *Dietlein/Ruttig* (Hrsg.), Glücksspielrecht, 3. Aufl. 2022, § 3 Rn. 11.

⁷⁴ Dazu BVerwG NJW 2014, 229 (230).

⁷⁵ Vgl. VG München ZfWG 2014, 344 (346).

⁷⁶ Zum Begriff siehe BGHSt 2, 139 (140); BVerwG, Urt. v. 28.9.1982 – 1 C 139/80, Rn. 24; *Cropp*, ZfWG 2016, 412 (414); *Will*, in: *Dünchheim* (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum GlücksspielR, 2022, § 3 Rn. 14.

⁷⁷ Vgl. BGH ZfWG 2012, 75; BVerwG NJW 2014, 229 (230); VG Karlsruhe ZfWG 2015, 257 (260 f.); *Bewersdorff*, ZfWG 2017, 228 (229); *Cropp*, ZfWG 2016, 412 (414 f.); *Liesching*, ZfWG 2014, 180 (181). A.A. *Lauterstetter*, JR 2012, 507 (508). Siehe auch *Dickersbach*, WiVerw 1985, 23 (35), der nur auf das Durchschnittskönnen der spielinteressierten Bevölkerung abstellen will.

⁷⁸ *Bewersdorff*, ZfWG 2017, 228 (229).

lichen Wert hätten. Auch hierfür sind die Marktgegebenheiten und Spielbedingungen entscheidend. Sollte dem nicht so sein, liegt kein echtes, sondern lediglich simuliertes Glücksspiel vor.⁷⁹ Suchtwissenschaftler weisen dabei auf die Gefahren dieser Spielart hin, insbesondere wegen ihrer attraktiven Gestaltung für Kinder und Jugendliche.⁸⁰ Der GlüStV 2021 ist auf diese jedoch nicht anwendbar.⁸¹ Für die Beantwortung der Frage, ob die Glücksspielaufsichtsbehörde dem A die Vermarktung seines Online-Games in der aktuellen Ausgestaltung untersagen kann, kommt es somit entscheidend darauf an, ob sowohl der Spielwährung als auch den potenziellen Gewinnen ein wirtschaftlich relevanter Wert zukommt.

VII. Spielformen im Glücksspielrecht

Viele verschiedene Spielgestaltungen können unter den soeben dargestellten Glücksspielbegriff subsumiert werden. Im Folgenden soll ein kurzer Überblick über die gesetzlichen Definitionen der klassischen Spielformen gegeben und dabei auf einige problematische Aspekte eingegangen werden.

1. Lotterien/Ausspielungen

Lotterien werden in § 3 Abs. 3 S. 1 GlüStV 2021 als Glücksspiele, bei denen einer Mehrzahl von Personen die Möglichkeit eröffnet wird, nach einem bestimmten Plan gegen ein bestimmtes Entgelt die Chance auf einen Geldgewinn zu erlangen, legaldefiniert. Wenn stattdessen Sachen oder andere geldwerte Vorteile gewonnen werden können, handelt es sich nach S. 2 um eine Ausspielung.

Viel diskutiert ist die Einordnung von sogenannten Zweitlotterien oder auch schwarzen Lotteriewetten.⁸² Darunter versteht man nach § 22 Abs. 3 Verordnung zur Durchführung des RennwLottG Veranstaltungen, bei denen der Veranstalter keine eigene Verlosung von Gewinnen vornimmt, sondern der Eintritt eines Gewinns oder Verlustes des Teilnehmers vom Ausgang einer anderen Lotterie, der Erstlotterie, abhängt. Nach herrschender Meinung fehlt es bei den Zweitlotterien an einem eigenen bestimmten Spielplan. Daher sind Zweitlotterien überwiegend als nicht erlaubnisfähige Wette zu qualifizieren.⁸³ In den Erläuterungen zum GlüStV 2021 ist nunmehr ausdrücklich festgeschrieben, dass Zweitlotterien keine Lotterien und auch sonst nicht erlaubnisfähig sind, sodass die Streitfrage nunmehr als endgültig geklärt betrachtet werden dürfte.⁸⁴

⁷⁹ Die Abgrenzung des echten vom simulierten Glücksspielgerät gegenwärtig insbesondere am Beispiel von FIFA Ultimate Teams in den Fokus kritischer Auseinandersetzungen.

⁸⁰ Siehe dazu *Hayer u.a.*, Kindheit und Entwicklung 28 (2019), 123 (124 f., 127 ff.); *Meyer u.a.*, Zeitschrift für Gesundheitspsychologie 23 (2015), 153 (164 ff.) und passim; *Meyer*, ZfWG 2015, 409 (409 f.).

⁸¹ LT-NRW Drs. 17/11683, S. 107.

⁸² *Palm/Gaibler*, ZfWG 2019, 330.

⁸³ BVerwG ZfWG 2015, 227 (227, 230); OVG Saarlouis BeckRS 2019, 7439 Rn. 23; OLG Köln BeckRS 2019, 24908 Rn. 34; *Dünchheim*, ZfWG 2018, 82 (83).

⁸⁴ LT NRW Drs. 17/11683, S. 92; aus unionsrechtlicher Per-

2. Wetten/Sportwetten/Totalisatorwetten

Für Wetten weist § 3 Abs. 1 S. 3 GlüStV 2021 klarstellenden Charakter auf.⁸⁵ Danach werden Wetten auch als Glücksspiele begriffen, wenn sie nicht gemäß der Legaldefinition für Glücksspiel ganz oder überwiegend vom Zufall abhängen.⁸⁶ Sportwetten sind Wetten, die anders als die sogenannten Totalisatorwetten zu festen Quoten angeboten werden. Eine Festquotenwette zeichnet sich dadurch aus, dass die Gewinnhöhe im Falle des Gewinnens von vornherein festgelegt ist und nicht durch die Faktoren: Anzahl der Teilnehmer, Höhe der Wetteinnahmen und Trefferquote, bestimmt wird.⁸⁷ Gewettet wird auf einen zukünftigen Vorgang während eines Sportereignisses, auf das Ergebnis eines Sportereignisses oder auf das Ergebnis von Abschnitten von Sportereignissen, § 3 Abs. 1 S. 4 GlüStV 2021. Ein Sportereignis ist nach § 3 Abs. 1 S. 6 GlüStV 2021 ein sportlicher Wettkampf zwischen Menschen nach definierten Regeln. Nicht legaldefiniert wird hingegen der Sportbegriff, sodass es bisher ungeklärt ist, ob es sich bei Wetten auf eSport um Sportwetten handelt.⁸⁸

3. Spielhallen

Gem. § 3 Abs. 9 GlüStV 2021 handelt es sich bei einer Spielhalle um ein Unternehmen (oder Unternehmensteil), das (oder der) ausschließlich oder überwiegend der Aufstellung von Spielgeräten i.S.d. § 33c Abs. 1 S. 1 oder der Veranstaltung anderer Spiele i.S.d. § 33d Abs. 1 S. 1 GewO dient. Nach § 25 Abs. 1 GlüStV 2021 ist zwischen Spielhallen ein Mindestabstand einzuhalten (Verbot der Mehrfachkonzession). Die konkreten Abstände regeln die Länder in den Ausführungsbestimmungen zum GlüStV 2021 selbst. Zudem gilt gem. § 25 Abs. 2 GlüStV 2021 ein sogenanntes Verbundverbot, nach welchem eine Spielhalle nicht mit einer weiteren Spielhalle in einem baulichen Verbund stehen darf.⁸⁹ Der verfassungsrechtliche Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes verlangt eine normative Reglementierung von etwaig notwendigen Auswahlentscheidungen zwischen mehreren Spielhallen hinsichtlich der Auswahlkriterien und des Verfahrens.

spektive kritisch hierzu *Gärtner*, ZfWG 2022, 136 (137 ff.).

⁸⁵ Lange Zeit war umstritten, ob es sich bei Sportwetten um Glücksspiel handelt. So kam das AG Karlsruhe-Durlach (GewArch 2001, 134) zu dem Ergebnis, dass nicht der Zufall, sondern vielmehr die körperliche und geistige Fähigkeit über Gewinn und Verlust entscheide, hiergegen aber überzeugend *Glöckner/Towfigh*, JZ 65 (2010), 1027.

⁸⁶ *Will* (Fn. 76), § 3 Rn. 19.

⁸⁷ VGH Kassel NVwZ 2005, 99 (101).

⁸⁸ Die Erläuterungen zum GlüStV 2021 überlassen die Beantwortung dieser Frage ausdrücklich der Behörde, siehe LT NRW Drs. 17/11683, S. 107. Siehe zum Streitstand *Schulz/Lüder*, Quo vadis Sportwette?, abrufbar unter <https://bit.ly/3dl8dyA> (27.9.2022);

Brüggemann, ZfWG 2020, 204 (206 f.). Die Diskussion, ob eSport Sport ist, wird auch in anderen Bereichen geführt, vgl. bspw. *Pusch*, npoR 2019, 53.

⁸⁹ § 29 Abs. 4 GlüStV 2021 ermöglicht es den Ländern, Ausnahmen vom Verbundverbot zu normieren.

Ob die bestehenden gesetzlichen Regelungen dem genügen, bleibt fraglich.⁹⁰

4. Spielbanken

Die Anzahl der Spielbanken in den Ländern ist begrenzt, § 20 GlüStV 2021 in Verbindung mit dem jeweiligen Umsetzungsgesetz. Bei dem Spielangebot in Spielbanken differenziert man zwischen dem „Großen Spiel“ (Tischspiel, Roulette, Black Jack, Baccara, Poker⁹¹) und dem „Kleinen Spiel“ (Automatenspiel).⁹² Die unter anderem den Spielumfang begrenzenden Vorgaben aus §§ 33c–33g GewO und die dazu gehörende SpielV finden nach § 33h Nr. 1 GewO auf die Zulassung und den Betrieb von Spielbanken keine Anwendung, weshalb davon ausgegangen wird, dass das Spielangebot für sich betrachtet ein höheres Suchtpotential aufweist als in Spielhallen.⁹³ Um einer größeren Gefährdung der Bevölkerung entgegenzuwirken, wird die zahlenmäßige Verfügbarkeit der Spielbanken beschränkt.⁹⁴ Festzuhalten bleibt, dass sich Spielhallen und Spielbanken nicht nur hinsichtlich des Glücksspielangebots, sondern auch bezüglich der gesetzgeberischen Grundentscheidung anwendbarer Gesetze⁹⁵ deutlich voneinander unterscheiden.

5. Virtuelle Automatenspiele, Online-Poker, Online-Casinospiele

Virtuelle Automatenspiele sind im Internet angebotene Nachbildungen sogenannter terrestrischer Automatenspiele, die in Spielhallen oder Spielbanken gespielt werden können. Online-Casinospiele sind virtuelle Nachbildungen von Bankhalterspielen⁹⁶ und Live-Übertragungen eines terrestrisch durchgeführten Bankhalterspiels mit Teilnahmemöglichkeit über das Internet. Online-Poker ist jede Variante des Pokerspiels ohne Bankhalter, bei dem verschiedene natürliche Personen im Internet an einem virtuellen Tisch gegeneinander spielen, § 3 Abs. 1a GlüStV 2021. Diese drei Spielformen sind erst mit

dem neuen GlüStV 2021 legalisiert worden. Anders als für virtuelle Automatenspiele und Online-Poker nach § 4c Abs. 1 S. 1 GlüStV 2021 werden für Online-Casinospiele keine Erlaubnisse für das gesamte Bundesgebiet vergeben. Vielmehr ist die Ausgestaltung den Ländern überlassen, die zudem nach § 22c Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GlüStV 2021 das Angebot auch selbst bereitstellen können. Es findet eine Anlehnung an das terrestrische Spielbankenregime statt, sodass der Zahl nach maximal nur so viele Konzessionen erteilt werden dürfen, wie es in dem jeweiligen Land auch für Spielbanken möglich ist, § 22c Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GlüStV 2021.

VIII. Instrumente und Handlungsformen der Glücksspielregulierung

Fall: T möchte in einem zu eröffnenden Wettbüro Sportwetten anbieten. Er erfüllt alle Erlaubnisvoraussetzungen. Die zuständige Behörde B möchte ihm keine Glücksspielerlaubnis ausstellen. Der Markt sei laut B gesättigt.

Der Staatsvertrag ist ein Instrument gubernativen und legislativen Handelns (nicht nur) im Glücksspielrecht. Daneben muss zwischen Handlungsformen der Exekutive und solchen Instrumenten, die der private Glücksspielanbieter zum Zwecke des Spielerschutzes zu verwirklichen verpflichtet ist, unterschieden werden. Unter Handlungsformen der Verwaltung versteht man den Verwaltungsakt, den öffentlich-rechtlichen Vertrag, den Realakt, die Rechtsverordnung und die Satzung, Pläne und privatrechtliches Handeln der Verwaltung.⁹⁷

Gem. § 4 Abs. 1 S. 1 GlüStV 2021 bedarf die Vermittlung oder Veranstaltung eines Glücksspiels einer Erlaubnis der zuständigen Behörde des jeweiligen Landes. Durch diese Erlaubnis wird also ein Verhalten erlaubt, welches ansonsten nach § 284 Abs. 1 StGB unter Strafe steht.⁹⁸ Die §§ 4 ff. GlüStV enthalten zunächst allgemeine Voraussetzungen für die Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis. Besondere, die jeweilige Glücksspielform betreffende Voraussetzungen, werden im dritten bis fünften Abschnitt des GlüStV kodifiziert. Auffällig ist, dass das Glücksspielverwaltungsrecht eine Vielzahl von Regelungsmodellen kennt. Sie reichen vom einfachen Erlaubnisvorbehalt über das Konzessionsmodell und das Staatsmonopol bis hin zum Totalverbot.⁹⁹ § 9 Abs. 1 GlüStV 2021 enthält Ermächtigungsgrundlagen für die Glücksspielaufsicht, eine allgemeine in S. 2 und spezielle in S. 3.¹⁰⁰

Wichtige Spielerschutzinstrumente sind beispielsweise die Limitdatei für Glücksspiele im Internet, § 6c GlüStV 2021; die Datei zur Vermeidung des anbieterübergreifenden paral-

⁹⁰ Vgl. dazu die Entscheidung des BVerfG GewArch, 2017, 339 und insb. die Anm. von *Krüper*; das mittlerweile ausreichende Vorhandensein von Kriterien bejahend: *Bringmann*, in: *Dünchheim* (Fn. 76), § 25 Nr. 21.

⁹¹ Im Einkommenssteuerrecht wird Poker hingegen situationsabhängig nicht als Glücksspiel qualifiziert, z.B. BFH DStRE 2013, 198.

⁹² *Dietlein* (Fn. 73), § 20 Rn. 2.

⁹³ *Dünchheim*, in: *Dünchheim* (Fn. 76), § 20 Rn. 7; *Gebhardt/Gohrke*, in: *Gebhardt/Korte* (Fn. 61), § 20 Rn. 2.

⁹⁴ LT NRW Drs. 17/11683, S. 96; inwieweit die Verringerung der Verfügbarkeit zu einem geringeren Suchtpotenzial beiträgt, ist umstritten, vgl. *Becker*, *Verfügbarkeit und Sucht beim Automatenspiel*, 2016.

⁹⁵ Vgl. *Gebhardt/Gohrke* (Fn. 93), § 20 Rn. 2; vgl. zur Diskussion bzgl. des Suchtpotenzials von Glücksspiel in Spielbanken und Spielhallen auch *Reeckmann/Benert*, WRP 2011, 538 (540).

⁹⁶ Ein Bankhalter ist ein „Spilleiter [...], der die Bank [...] hält und allein gegen einen oder mehrere Spieler spielt.“, LT NRW Drs. 17/11683, S. 97.

⁹⁷ *Sodan/Ziekow*, *Grundkurs Öffentliches Recht*, 9. Aufl. 2020, § 73 Rn. 1.

⁹⁸ Diesen Zusammenhang zwischen Straf- und Verwaltungsrecht nennt man „Verwaltungsaktsakzessorietät“, *Postel*, in: *Dietlein/Ruttig* (Rn. 73), GlüStV § 4 Rn. 15.

⁹⁹ Vgl. dazu *Ennuschat* (Fn. 1), § 33h Rn. 13.

¹⁰⁰ *Dünchheim* (Fn. 93), § 9 Rn. 10. Ausführlich zur Ungeeignetheit von § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 5 GlüStV (sog. IP-Blocking), *Anstötz/Tautz*, *ZdW* 2022, S. 173.

lenen Spiels im Internet, § 6h Abs. 2 GlüStV; das Spielsuchfrüherkennungssystem, § 6i Abs. 1 GlüStV 2021 und das zentrale Spielersperrsystem, §§ 8 Abs. 1, 23 GlüStV 2021.¹⁰¹ Während nach § 6i Abs. 1 S. 1 GlüStV 2021 die Veranstalter von Online-Casinospielen, Online-Poker und virtuellen Automaten spielen das Früherkennungssystem einzusetzen haben, werden die übrigen genannten Instrumente nach § 27f Abs. 4 Nrn. 1–3 GlüStV 2021 von der gemeinsamen Glücksspielbehörde betrieben.

Bei der Glücksspielerlaubnis handelt es sich um einen begünstigenden Verwaltungsakt.¹⁰² Wenn die Tatbestandsvoraussetzungen zur Erteilung vorliegen, fragt sich, ob der Behörde in der Rechtsfolge ein Ermessen eingeräumt wird, oder ob sie eine gebundene Entscheidung zu treffen hat.¹⁰³ Der GlüStV 2012 enthielt in § 4 Abs. 2 S. 3 noch folgenden Passus: „Auf die Erteilung der Erlaubnis besteht kein Rechtsanspruch.“ Danach konnte keine gebundene Entscheidung angenommen werden, sodass man davon ausging, dass es sich um ein repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt handelte.¹⁰⁴ Dieser Passus wurde gestrichen. Dies deutet darauf hin, dass im Zuge der Glücksspielliberalisierung auch dahingehend eine Lockerung vorgenommen werden sollte. Der Staatsvertrag enthält nunmehr „keine Aussage mehr dazu, ob ein Rechts[an]spruch [sic!] auf die Erteilung einer Erlaubnis besteht oder nicht“¹⁰⁵. Die Erläuterungen zum GlüStV 2021 verweisen allein auf die konkreten Bestimmungen zu der begehrten Erlaubnis und die allgemeinen Regeln des Rechtsstaats, ohne klarzustellen, dass in Zukunft bei Vorliegen der Voraussetzungen ein Anspruch auf Erlaubniserteilung besteht.¹⁰⁶ Die besseren Gründe sprechen aber dafür, einen solchen Anspruch anzunehmen: Auf der einen Seite sind die Erlaubnisvoraussetzungen – wenn auch unter Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe – recht detailliert ausformuliert und beziehen die Ziele des GlüStV nach § 1 mit ein, sodass bei Vorliegen der Voraussetzungen eine Versagung kaum mehr auf ein Ermessen gestützt werden kann. Auf der anderen Seite sprechen auch der Liberalisierungsgedanke hinter dem neuen Staatsvertrag und die Grundrechte der Anbieter

für eine gebundene Entscheidung.¹⁰⁷ Der Fall ist demnach dahingehend zu lösen, dass dem T eine Erlaubnis auszustellen ist.

IX. Glücksspielstrafrecht

Fall: Der Glücksspielanbieter Y bietet Glücksspiel in Deutschland an, ohne eine deutsche Erlaubnis zu haben. Y wurde wegen unerlaubter Veranstaltung eines Glücksspiels nach § 284 StGB verurteilt und hält diese Norm für verfassungswidrig. Er behauptet, es fehle ein taugliches Rechtsgut.

Auch das StGB enthält glücksspielrechtliche Vorschriften. Während § 284 StGB die unerlaubte Veranstaltung eines Glücksspiels unter Strafe stellt, ist gem. § 285 StGB auch die Beteiligung des Spielers an einem solchen strafbar. Bereits die Frage nach dem durch § 284 StGB geschützten Rechtsgut wird in der Literatur breit diskutiert. Die Lehre vom Rechtsgüterschutz und die Frage nach dem richtigen Begriff sind umstritten.¹⁰⁸ Wenn der Gesetzgeber kein entsprechendes Rechtsgut benennen könne, ist die Strafnorm nach der Lehre vom Rechtsgüterschutz verfassungswidrig.¹⁰⁹ Das BVerfG hat sich mit der Entscheidung über den Geschwisterbeischlaf davon abgewendet, die Grundrechtsbeschränkungen stattdessen am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz geprüft und dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber die Befugnis zuerkannt, die Strafzwecke und die zu schützenden Güter festzulegen.¹¹⁰ Dennoch halten viele Stimmen in der Literatur an diesem Konzept fest.¹¹¹

Aber welches Rechtsgut schützt § 284 StGB? Die mittlerweile wohl herrschende Meinung geht davon aus, dass die Strafnorm nicht dem Schutz der öffentlichen Sittlichkeit und Moral diene.¹¹² Dazu wird bereits deren Qualität als Rechts-

¹⁰¹ Auf der Ministerpräsidenten-Konferenz im Oktober 2021 wurde allerdings ein Staatsvertrag zur Änderung des GlüStV 2021 beschlossen. Die Ratifizierung ist zum Zeitpunkt der Ausarbeitung des Beitrags noch nicht in allen Ländern erfolgt. Die Zuständigkeit für die Führung der Sperrdatei soll danach bei der zuständigen Behörde des Landes Hessen verbleiben und nicht auf die gemeinsame Glücksspielbehörde übergehen, vgl. Erläuterungen zum Staatsvertrag zur Änderung des GlüStV 2021, Saar LT Drs. 16/1929, S. 2.

¹⁰² *Bringmann* (Fn. 90), § 4 Rn. 21.

¹⁰³ Bei einer gebundenen Entscheidung kommt der Verwaltung kein Entscheidungsspielraum zu, *Sodan/Ziekow* (Fn. 97), § 68 Rn. 3.

¹⁰⁴ *Postel*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 2. Aufl. 2013, § 4 Rn. 51, der auch weiterhin von einer solchen Konstruktion ausgeht, *Postel* (Fn. 98), GlüStV § 4 Rn. 22.

¹⁰⁵ LT NRW Drs. 17/11683, S. 110.

¹⁰⁶ LT NRW Drs. 17/11683, S. 110.

¹⁰⁷ Vgl. *Helmes/L. S. Otto*, in: Hamacher/Krings/Otto (Hrsg.), Glücksspielrecht, 2022, GlüStV § 4 Rn. 4; a.A.: *Postel* (Fn. 104), § 4 Rn. 22.

¹⁰⁸ Sich dafür aussprechend: *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 1, der aber der Skepsis ggü. der Leistungsfähigkeit des Begriffs die Begründetheit nicht absprechen will, § 2 Rn. 3 und eine „Unschärfe“ erkennt, § 2 Rn. 93; in den Rn. 103–119h aber auch zahlreiche Gegenstimmen aufführt.

¹⁰⁹ *Roxin/Greco* (Fn. 108), § 2 Rn. 94.

¹¹⁰ BVerfGE 120, 224 (242).

¹¹¹ *Roxin/Greco* (Fn. 108), § 2 Rn. 1, § 2 Rn. 93; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 51. Aufl. 2021, § 1 Rn. 5, 9; *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paefgen (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, Vorb. zu §§ 13 ff. Rn. 19; *Hassemer/Neumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paefgen (a.a.O.), Vorb. zu § 1 Rn. 109 m.w.N.; in der Tendenz auch *Freund*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, Vorb. zu § 13 Rn. 40, 45.

¹¹² *Gaede*, in: Kindhäuser/Neumann/Paefgen (Fn. 111), § 284 Rn. 3; *Heine/Hecker*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 284 Rn. 3; *Hohmann/Schreiner*,

gut abgelehnt.¹¹³ Darüber hinaus fehle ein empirischer Nachweis für die Notwendigkeit des Schutzes von Moral in Bezug auf das Glücksspiel.¹¹⁴ Das BVerfG ließ in der bereits aufgeführten Entscheidung offen, ob Strafnormen, die allein dem Schutz von Moralvorstellungen dienen, verfassungswidrig sind.¹¹⁵ Auch bei Anerkennung von Moral als Schutzzweck einer Strafnorm liefe es dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zuwider, allein zum Schutz der Moral das schärfste Schwert einzusetzen, um ein Verhalten zu pönalisieren, welches bei behördlicher Erlaubnis keinem Strafvorwurf ausgesetzt wäre.¹¹⁶

Gegen die Annahme des Gesundheitsschutzes als Rechtsgut wird das Prinzip der Selbstverantwortlichkeit ins Feld geführt.¹¹⁷ Der Spieler gefährde sich durch die Teilnahme am Glücksspiel selbst, sodass etwaige Gesundheitsschäden dem Veranstalter nicht zurechenbar seien.¹¹⁸ Während die Rechtsgüterlehre die Autonomie und Selbstbestimmung des Einzelnen als leitende Idee verfolgt,¹¹⁹ spricht sich das BVerfG nicht eindeutig gegen paternalistische Regelungen aus.¹²⁰

Auch die Prävention von Beschaffungs-, Begleit-, und Folgekriminalität wird nur in Grenzen oder gar nicht anerkannt; wenn schon die beim Spieler auftretenden Probleme nicht dem Anbieter zugerechnet werden könnten, gelinge dies auch nicht bei diesen Phänomenen.¹²¹ Die Heranziehung von Belastungen der Familienmitglieder wird als Umgehung des *Paternalismusvorwurfs* verstanden.¹²² Zwar sei das Allgemeininteresse, nicht die sozialen Folgekosten tragen zu müssen, grundsätzlich ein taugliches Rechtsgut. Allerdings wird eine hinreichende „epidemieartige[n] Ausbreitung“¹²³ verneint, sodass die Pönalisierung letztlich nicht gerechtfertigt sei.¹²⁴ Fiskalische Interessen des Staates genügen mit Blick auf Art. 12 Abs. 1 GG und die Grundfreiheiten nicht als Strafgründe.¹²⁵ Während die Ziele des bloßen Vermögensschutzes und des Gesundheitsschutzes als paternalistische Bevormundung verstanden werden,¹²⁶ erkennen viele Stimmen den

in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 4. Aufl. 2020, § 284 Rn. 1.

¹¹³ Vgl. z.B. Freund (Fn. 111), Vorb. zu § 13 Rn. 40.

¹¹⁴ Gaede (Fn. 112), § 284 Rn. 3; Hohmann/Schreiner (Fn. 112), § 284 Rn. 1.

¹¹⁵ BVerfGE 120, 224 (248).

¹¹⁶ Zur Strafe als „ultima ratio der Sozialpolitik“ Roxin/Greco (Fn. 108), § 2 Rn. 97.

¹¹⁷ Gaede (Fn. 112), § 284 Rn. 3.

¹¹⁸ Laustetter, Grenzen des Glücksspielstrafrechts, 2011, S. 43 f.

¹¹⁹ Roxin/Greco (Fn. 108), § 2 Rn. 8 f.

¹²⁰ Dagegen eher: BVerfGE 58, 208 (225 ff.); 59, 275 (279); 128, 282 (308); anders aber BVerfG NJW 1999, 3399 (3401 f.); BVerfG NJW 2012, 1062 (1063 Rn. 21).

¹²¹ Laustetter (Fn. 118), S. 43 ff.; anders scheinbar Heine/Hecker (Fn. 112), § 284 Rn. 4.

¹²² Laustetter (Fn. 118), S. 73; ähnlich auch Gaede (Fn. 112), § 284 Rn. 5, dort auch zum folgenden Text.

¹²³ Gaede (Fn. 112), § 284 Rn. 5.

¹²⁴ Laustetter (Fn. 118), S. 77.

¹²⁵ Gaede (Fn. 112), § 284 Rn. 3.

¹²⁶ Gaede (Fn. 112), § 284 Rn. 4; Heine/Hecker (Fn. 112),

Schutz vor Manipulation, beziehungsweise vor Vermögensverlusten infolge von manipuliertem Spiel, als Rechtsgut an.¹²⁷ Diese Annahme lässt sich gut damit begründen, dass die Veranstaltung von Glücksspiel nicht generell verboten wird, sondern lediglich diejenige ohne behördliche Erlaubnis.¹²⁸

Es lässt sich damit festhalten, dass je nach vertretener Auffassung § 284 StGB ein taugliches Rechtsgut schützt oder eben nicht. Ein vergleichbares Schutzgut sucht man bei § 285 StGB vergeblich, weshalb einige diesen für verfassungswidrig halten.¹²⁹

Abseits dieser verfassungsrechtlichen Fragen ist es insbesondere im Bereich des Online-Glücksspiels schon allein problematisch, ob das deutsche Glücksspielstrafrecht zur Anwendung kommt. Zwar sind die Glücksspielangebote in Deutschland abrufbar, jedoch veranstalten die Anbieter das Glücksspiel in der Regel aus dem Ausland heraus. Nach wohl herrschender Auffassung ist § 284 Abs. 1 StGB ein Tätigkeitsdelikt in Form eines *reinen abstrakten Gefährdungsdelikts*. Es fehle daher regelmäßig an einem Erfolgsort i.S.d. § 9 Abs. 1 StGB im Inland und somit an einer deutschen Strafbarkeit.¹³⁰ Außerdem von Relevanz ist in diesem Zusammenhang die Frage, ob eine Glücksspiellizenz aus dem europäischen Ausland die Strafbarkeit aus § 284 StGB ausschließt. Angesichts der obigen Ausführung zum Unionsrecht lässt sich dies allerdings mit guten Gründen verneinen.¹³¹ Ferner kommt es im Glücksspielverwaltungsrecht häufig zu sogenannten behördlichen Duldungen. Auch hier stellt sich die Frage, wie sich eine solche Duldung auf die Strafbarkeit auswirkt. Angesichts des Grundsatzes der Einheit der Rechtsordnung spricht vieles dafür, (nur) beim Vorliegen einer *aktiven Duldung* auch die Strafbarkeit auszuschließen.¹³²

X. Rückforderungsansprüche

Fall: S leidet unter einer diagnostizierten pathologischen Glücksspielsucht. Im Jahr 2019 hat er – von seinem Wohnsitz in Bochum – in dem auf Malta lizenzierten Online-Casino C 10.000 € verspielt. Rechtsdienstleister W teilt S mit, dass er sein Geld zurückverlangen kann. Hat S Ansprüche gegen C?

§ 284 Rn. 5; Laustetter (Fn. 118), S. 73.

¹²⁷ Gaede (Fn. 112), § 284 Rn. 3, 5, der aber die Legitimität der Norm dennoch infrage stellt; Heine/Hecker (Fn. 112), § 284 Rn. 5; Hoyer, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 284 Rn. 8; Laustetter (Fn. 118), S. 81.

¹²⁸ Vgl. Laustetter (Fn. 118), S. 78 ff. m.w.N.

¹²⁹ Siehe dazu Duesberg/Buchholz, NZWiSt 2015, 16 (16 f.); Wietz/Matt, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 285 Rn. 1.

¹³⁰ Statt vieler Kudlich/Berberich, NStZ 2019, 633 m.w.N.; für eSportwetten Kubiciel, ZfWG 2021, 123 (126 f.).

¹³¹ So auch Hohmann/Schreiner (Fn. 112), § 284 Rn. 24; a.A. Barton/Gercke/Janssen, wistra 2004, 321.

¹³² Vgl. Lüder/Walisko, ZfWG 2021, 23 (31), die für einen Ausschluss der Strafbarkeit auf Tatbestandsebene plädieren.

Obwohl es sich beim Glücksspiel (Erwerb einer Gewinnchance) um einen genuin zivilrechtlichen Vorgang handelt, fristete das Glücksspielzivilrecht lange Zeit ein Schattendasein.¹³³ Dabei lassen sich glücksspielrechtliche Vorschriften auch im BGB finden: Bei der Rechtsfolge des § 762 BGB handelt es sich um eine sogenannte Naturalobligation¹³⁴ (oder auch unvollkommene Verbindlichkeit). Bei einer solchen besteht ein Vertrag, aus dem zwar kein Anspruch auf Zahlung des Wett- oder Spieleinsatzes resultiert, der aber dennoch einer Kondiktion des aufgrund eines Vertrags Geleisteten entgegensteht. Die praktische Bedeutung des § 762 BGB ist indes gering. Auf Verträge zwischen einem Spieler und einem mit einer staatlichen Erlaubnis ausgestatteten Glücksspielanbieter ist § 763 S. 1 BGB unabhängig von der Glücksspielreform analog anwendbar.¹³⁵ Wenn also eine Genehmigung nach dem GlüStV vorliegt, dann hat der Anbieter im Falle eines Vertragsschlusses einen Anspruch auf Zahlung des Einsatzes, den der Spieler auch nicht bereicherungsrechtlich zurückfordern kann. Der Spieler hingegen hat einen Anspruch auf Teilnahme an dem Glücksspiel und im Falle des Gewinns einen Auszahlungsanspruch gegen den Anbieter. Handelt es sich hingegen um illegales – also nicht von einer deutschen Erlaubnis gedecktes – Glücksspiel, verstößt der Vertrag gegen das Verbotsgesetz des § 4 Abs. 1 S. 2 GlüStV.¹³⁶ Dieser Verstoß führt nach § 134 BGB zur Nichtigkeit des Vertrags. Eine solche Konstellation beschäftigte in letzter Zeit vermehrt die Zivilgerichte. Das Anbieten von Online-Glücksspiel war – mit wenigen Ausnahmen – bis zum 1.7.2021 in Deutschland nach § 4 Abs. 4, 5 GlüStV a.F. verboten. Mangels Vollharmonisierung des Glücksspielrechts führen im europäischen Ausland erteilte Erlaubnisse nicht dazu, dass es sich bei den Angeboten um im Bundesgebiet legales Glücksspiel handelt.¹³⁷ Aus diesem Nichtigkeitsverdict folgt im Grundsatz, dass wechselseitige Kondiktionsansprüche zwischen den Parteien bestehen, soweit nicht § 817 S. 2 BGB als rechtshindernde Einwendung entgegensteht. Der Spieler erfüllt seinerseits – soweit die subjektiven Voraussetzungen vorliegen – den Straftatbestand des § 285 StGB, welcher gleichfalls ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB darstellt. Grundsätzlich würde § 817 S. 2 BGB also einen Anspruch ausschließen.¹³⁸ Die wohl herrschende Rechtsprechung geht hingegen davon aus, dass § 817 S. 2 BGB stets teleologisch zu reduzieren sei, weil die Kondiktionsperre ansonsten dem Schutzzweck der Nichtigkeitsanktion zuwiderlaufe.¹³⁹

¹³³ Peters, in: Gebhardt/Korte (Fn. 61), § 15 Rn. 1.

¹³⁴ Zum Begriff vgl. Schulze, Die Naturalobligation, 2008.

¹³⁵ Habersack, in: Säcker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 763 Rn. 7.

¹³⁶ Hendricks/Lüder, VuR 2020, 333 (334 f.).

¹³⁷ EuGH, Urt. v. 8.9.2010 – C-46/08 (Carmen Media); EuGH, Urt. v. 8.9.2010 – C-316/07 (Markus Stoß); so auch BVerwG ZfWG 2015, 227 (230); Ennuschat, ZfWG 2020, 2 (4).

¹³⁸ Eine ähnliche Konstellation liegt auch bei den sog. Schwarzarbeiterfällen vor, zur Vergleichbarkeit vgl. Sarafi, ZfWG 2022, 149.

¹³⁹ So statt vieler LG Gießen VuR 2021, 231; a.A. LG Mün-

Mit anderen Worten: Würden die Verluste der Spieler kondiktionsfest bei den Anbietern als Gewinne verbleiben, werde ein Anreiz dafür gesetzt, das illegale Angebot weiter aufrechtzuerhalten, weil es rein wirtschaftlich gewinnbringend für die Unternehmen ist.¹⁴⁰ Zu beachten ist aber auch: Legt man der Betrachtung einen umfassend informierten und abwägend entscheidenden Spieler zugrunde, würde eine Reduktion der Kondiktionsperre dazu führen, dass der Anreiz zur Teilnahme am Glücksspiel verstärkt wird, weil nahezu jegliches Verlustrisiko wegfallen würde (Freibriefargument).¹⁴¹ Richtig dürfte es daher sein, eine teleologische Reduktion nur vorzunehmen, wenn der Spieler spielsüchtig ist und daher nur noch beschränkt rational entscheiden kann.¹⁴² Im Fall dürfte der Anspruch folglich bestehen.

Es steht zu erwarten, dass sich auch der BGH in nächster Zeit mit den Rückforderungsansprüchen zu beschäftigen hat. Da in diesen Konstellationen Problemfelder aus dem allgemeinen Teil und Grundlagen des Bereicherungsrechts abgefragt werden können, ist die Klausurrelevanz als hoch einzu-
stufen.¹⁴³

chen I, Urt. v. 13.4.2021 – 8 O 16058/20.

¹⁴⁰ So auch Rock, ZfWG 2022, 118; Cocron/Michaelsen, ZfWG 2022, 211.

¹⁴¹ Das Argument stammt vom LG München I, Urt. v. 28.2.2018 – 27 O 11716/17, Rn. 27, bestätigt durch OLG München, Hinw. Beschl. v. 6.2.2019 – 19 U 793/18, betreffend die Diskussion über Rückzahlungsansprüche gegen Zahlungsdienstleister (siehe Fn. 143); im Überblick dazu und zu Einwendungen dagegen Hendricks/Lüder, VuR 2021, 333 (336 f.).

¹⁴² Hendricks/Lüder, VuR 2020, 333, (337); umfassend und mit a.A. zur ganzen Thematik: Kemper, Verbotenes Online-Glücksspiel und verbotene Zahlungen, 2022.

¹⁴³ Da die Durchsetzung eventuell bestehender Ansprüche gegen die Online-Glücksspielanbieter indes regelmäßig daran scheitert, dass die Anbieter in Malta und Gibraltar ihren Sitz haben und sie sich daher der deutschen Vollstreckung entziehen, hatte sich zunächst ein anderer Ansatz entwickelt: Die Spieler versuchten, ihre verlorenen Einsätze von den in die Transaktion eingeschalteten Zahlungsdienstleistern zurückzuerlangen. Indes scheint dieser Weg – gegen eine einzelne Entscheidung des LG Ulm (ZfWG 2020, 171) – nunmehr durch mehrere, insofern einmütige OLG-Entscheidungen verschlossen, umfassend zu dieser Konstellation Hendricks/Lüder, ZfWG 2020, 216; für Zahlungsauslösedienste Hendricks/Lüder, ZfWG 2020, 294.