

Univ.-Prof. Dr. iur. Christian Koenig, Bonn, und RA Dr. Nik Sarafi, Frankfurt am Main*

Des Pudels Kern der Entscheidungen von BGH, LG Bonn und LG Erfurt – der Ball ist beim EuGH!

*Im Rahmen der Spielerklagen in Deutschland stellt sich die Frage, ob im Falle eines normativ oder in der administrativen Anwendung unionsrechtswidrigen Glücksspielstaatsvertrages der Erlaubnisvorbehalt als Verbotssetzungsbasis gemäß § 134 BGB herangezogen werden kann oder wegen des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts nicht belastet werden darf. Während das LG Bonn im November 2023 eine Spielerklage abwies, ohne dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen, geht der BGH in seinem Hinweisbeschluss vom März 2024 davon aus, dass trotz unionsrechtswidrigem Erlaubnisverfahren die Erlaubnisvorbehaltssnormen des Glücksspielstaatsvertrags nach wie vor wirksame Verbotsnormen darstellen und einem Anbieter entgegengehalten werden können. Demgegenüber hat das LG Erfurt in einem Beschluss vom Mai 2024 dargelegt, dass eine Vorlage an den EuGH zur Vorabentscheidung dringend angezeigt sei. Bei allen Unterschieden *ratione materiae* (Sportwetten, Online-Casino bzw. virtuelle Automatenspiele) und *ratione temporis* (GlüStV 2012 bzw. 2021) liegt den Entscheidungen von BGH, LG Bonn und LG Erfurt die – von den Gerichten leider unterbelichtete – gleichwohl transzendierende Kernfrage zugrunde, ob das Unionsrecht die mitgliedstaatliche Kategorienwahl des Schutzniveaus (Grundsatz des Erlaubnisvorbehaltes) auch dann zu respektieren hat, wenn die einzelnen das Erlaubnisverfahren kodifizierenden, aber unionsrechtswidrigen Regeln selbst durch den Anwendungsvorrang des Unionsrechts suspendiert werden müssen.*

I. Die Kontroversen um die Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielstaatsvertrags – ein Evergreen

Der EuGH hat in der Placanica-Entscheidung klargestellt, dass die „sittlichen, religiösen oder kulturellen Besonderheiten und die sittlich und finanziell schädlichen Folgen für den Einzelnen wie für die Gesellschaft, die mit Spielen und Wetten einhergehen, ein ausreichendes Ermessen der staatlichen Stellen rechtfertigen“¹ können, die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) auf dem Gebiet des Glücksspiels zu beschränken. Gemäß Art. 1 Abs. 5 lit. d) der E-Commerce-Richtlinie² gilt das dort festgelegte Herkunftslandprinzip nicht für den Bereich des Glücksspiels. Online-Glücksspielanbieter können sich daher nicht auf die in ihrem Herkunftsland erteilte Erlaubnis berufen. Den Mitgliedstaaten steht es frei, die Regulierungsziele im Glücksspielwesen auf einem national bestimmten Schutzniveau festzulegen.³ Diese den Mitgliedstaaten vorbehaltene Schutzniveaufestlegung reicht von einem Totalverbot über ein staatliches Monopol bis hin zu einem Erlaubnisvorbehaltssystem oder einer vollständigen Liberalisierung der Glücksspielmärkte. Gleichzeitig betont der EuGH, dass die von den Mitgliedstaaten vorgeschriebenen nationalen Beschränkungen „den sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergebenden Anforderungen hinsichtlich ihrer Verhältnismäßigkeit genügen“⁴ müssen. In der Ince-Rechtsprechung hat der EuGH klargestellt, dass sofern ein Mitgliedstaat das Glücksspiel

unter einen Erlaubnisvorbehalt stellt, er „die Grundregeln der Verträge, insbesondere Art. 56 AEUV, den Gleichbehandlungsgrundsatz, das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und das daraus folgende Transparenzgebot beachten“ müsse. Immer dann, wenn Glücksspiel nur nach erteilter Erlaubnis veranstaltet werden darf (Erlaubnisvorbehalt), ist der Mitgliedstaat verpflichtet, zu gewährleisten, dass die Erlaubniserteilung „auf objektiven und nicht diskriminierenden Kriterien“ beruht, „die im Voraus bekannt sind“.⁵ Dies sei nötig, „damit dem Ermessen der nationalen Behörden Grenzen gesetzt werden, die seine missbräuchliche Ausübung verhindern“.⁶ Verstößt ein Mitgliedstaat gegen diese unionsrechtlichen Regeln, darf die fehlende Erlaubnis „nicht zum Anlass für die Verhängung einer Sanktion“⁷ gegen den Anbieter gemacht werden. In seinem Ince-Urteil hat der EuGH in Folge der Feststellungen in der Vorlage des AG Sonthofen zur Vorabentscheidung ausgeführt, dass das Erlaubnisverfahren für Sportwetten im GlüStV 2012 intransparent und somit unionsrechtswidrig war und betont, dass ein Mitgliedsstaat daher „keine strafrechtlichen Sanktionen wegen einer nicht erfüllten Verwaltungsformalität verhängen darf, wenn er die Erfüllung dieser Formalität unter Verstoß gegen das Unionsrecht abgelehnt oder vereitelt hat“.⁸ Von einer „strafrechtlichen Sanktion“ – statt jedweder Sanktionen – war in dem Ince-Urteil deshalb die Rede, weil ein deutsches Strafgericht, das AG Sonthofen, dem EuGH die Sache vorlegte.

Die Frage, ob ein Erlaubnisverfahren normativ unionsrechtswidrig ausgestaltet ist oder administrativ unionsrechtswidrig durchgeführt wird, ist von großer praktischer Bedeutung. Einerseits zeigt die Polizeiliche Kriminalstatistik, dass im Jahr 2023 gegenüber dem Jahr 2022 eine Steigerung von 183,78 % an glücksspielstrafrechtlichen Verstößen festgestellt wurde.⁹ Alle diese Verfahren müssten bei Unionsrechtswidrigkeit der jeweils einschlägigen Bestimmungen des GlüStV 2021 eingestellt oder mit einem Freispruch beendet werden. Andererseits hat die Frage auch große Bedeutung für die unzähligen zivilrechtlichen „Spie-

* Auf Seite III erfahren Sie mehr über die Autoren.

1 EuGH, Urte. v. 6.3.2007 – C-338/04 – Placanica u. a., Rn. 47 = ZfWG 2007, 125.

2 Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), ABl. 2000 L 178, 1.

3 EuGH, Urte. v. 8.8.2009 – C-42/07 – Liga Portuguesa und Bwin International, Rn. 48 = ZfWG 2009, 304.

4 EuGH, Urte. v. 8.8.2009 – C-42/07 – Liga Portuguesa und Bwin International, Rn. 48 = ZfWG 2009, 304.

5 EuGH, Urte. v. 4.2.2016 – C-336/14, Rn. 55 – Ince = ZfWG 2016, 115.

6 EuGH, Urte. v. 4.2.2016 – C-336/14, Rn. 55 – Ince = ZfWG 2016, 115.

7 EuGH, Urte. v. 6.3.2007 – C 338/04 – Placanica u. a., Rn. 63 = ZfWG 2007, 125.

8 EuGH, Urte. v. 4.2.2016 – C-336/14 – Ince, Rn. 48 = ZfWG 2016, 115.

9 https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/Statistiken/Lagebilder/PolizeilicheKriminalstatistik/PKS2023/PKStabellen/Zeitreihen/zeitreihe_node.html (zuletzt abgerufen am 22.5.2024), T01 Grundtabelle – Fälle ab 1987 (V1.0).

lerklagen“¹⁰, die darauf gerichtet sind, von Glücksspielanbietern die verlorenen Spieleinsätze zurückzufordern. In diesem Zusammenhang hat das LG Bonn im November 2023 – ohne dem EuGH vorzulegen (!) – die Klage eines Spielers zurückgewiesen und entschieden, dass wegen des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts die einschlägigen unionsrechtswidrigen Verbotsnormen des GlüStV 2021 „keine Anwendung finden“.¹¹ Der BGH hingegen hat in einem Hinweisbeschluss vom 22.3.2024 betreffend einen unter den GlüStV 2012 fallenden Rechtsstreit festgestellt, dass die fehlende Erlaubnis den Anbietern sehr wohl entgegengehalten werden könne und keine Vorlage an den EuGH zur Vorabentscheidung angezeigt sei.¹² Dagegen hat das LG Erfurt in seinem Beschluss vom 2.5.2024 dargelegt, dass eine EuGH-Vorlage der für den konkret zur Entscheidung anstehenden glücksspielrechtlichen Sachverhalt klärungsbedürftigen unionsrechtlichen Fragestellungen – auch wegen drei nicht einheitlichen Beschlüssen des BGH¹³ – immer dringlicher werde.¹⁴

II. Die Entscheidung des LG Bonn: Evidente Unionsrechtswidrigkeit

Das LG Bonn hat die Klage eines Spielers auf Rückerstattung seiner verlorenen Spieleinsätze abgewiesen.¹⁵ Das Urteil ist aus zwei Gründen bemerkenswert: Einerseits hält das Landgericht die Unionsrechtswidrigkeit der Erlaubnisvorbehalte der §§ 4 ff. GlüStV 2021 für so offensichtlich, dass es noch nicht einmal eine Vorlage von entscheidungserheblichen Auslegungsfragen zur Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV an den EuGH für notwendig erachtet hat. Bemerkenswert ist das Urteil andererseits, weil das Gericht die Ince-Rechtsprechung des EuGH so deutet, dass bei einem unionsrechtswidrig ausgestalteten bzw. durchgeführten Erlaubnisverfahren die Erlaubnisvorbehaltsnormen gar nicht zur Anwendung gelangten und daher nicht als Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB herangezogen werden dürften, mithin keine zivilrechtliche Nichtigkeit des Spielvertrags anzunehmen sei.

1. Zur Unionsrechtswidrigkeit der §§ 4 ff. GlüStV 2021

Das Landgericht stellt fest, dass die §§ 4 ff. GlüStV 2021 zwar nicht ungeeignet erscheinen, die Ziele des GlüStV zu erreichen. Allerdings würden sie „keine diskriminierungsfreie Vergabe von Lizenzen gegenüber Mitbewerbern aus dem EU-Ausland“¹⁶ gewährleisten und diesen den Zugang zum deutschen Markt unverhältnismäßig erschweren.

a) Gesellschaftsrechtliche Benachteiligung

In § 4a Abs. 1 Nr. 1 lit. d) GlüStV 2021 ist vorgeschrieben, dass weder der Antragsteller noch ein mit ihm verbundenes Unternehmen unerlaubte Glücksspiele veranstalten oder vermitteln dürfe. Der Anbieter könne daher faktisch nur dann legal in Deutschland Online-Glücksspiel anbieten, wenn er alle seine Angebote nach deutschem Recht entsprechend ausgestalte. Er könne daher kein internationales Angebot bereitstellen, das auch nach dem Recht anderer Staaten legal wäre. Diese deutsche Vorschrift sei für Unternehmen aus dem EU-Ausland kaum umzusetzen und führe zur Versagung der begehrten Erlaubnis; jedenfalls sei die freie Dienstleistungserbringung unzumutbar erschwert.¹⁷

b) Erfordernis einer inländischen Buchführung

Nach § 4a Abs. 1 Nr. 3 lit. d) GlüStV 2021 wird die Erlaubnis für Sportwetten, Online-Poker und virtuelle Automatenspiele daran gekoppelt, dass der Anbieter eine inländische Buchführung für alle Spiel- und Zahlungsvergänge in Deutschland einrichtet. Das Landgericht stellt hierzu fest, dass die Dienstleistungsfreiheit es garantiere, dass jeder mitgliedstaatliche Anbieter innerhalb der Union seine Dienstleistungen grenzüberschreitend erbringen dürfe, ohne eine Zweigniederlassung errichten zu müssen. Damit sei das Erfordernis, seine Buchführung nach Deutschland zu verlegen, unionsrechtlich nicht vereinbar.¹⁸

c) Quasi-Monopol und quantitative Beschränkung der Online-Casinos

Gemäß § 22 c Abs. 1 GlüStV 2021 können die Länder entweder ein Monopol für Online-Casinospiele etablieren oder eine limitierte Anzahl an Konzessionen an Private ausgeben. Hier sieht das Landgericht einen Verstoß gegen die Rechtsprechung des EuGH, wonach ein Glücksspielmonopol nur rechtmäßig ist, wenn es mit einer kohärenten und systematischen Bekämpfung von mit dem Glücksspiel einhergehenden Gefahren – soweit der Mitgliedsstaat dieses Ziel anführt – einhergeht.¹⁹ Vor diesem Hintergrund erklärt das Gericht die Einschränkung aus § 22 c GlüStV 2021 für unionsrechtswidrig, denn diese erlaube den Ländern, über die Zulassung von Online-Casinospielen selbst zu entscheiden, was im Widerspruch dazu stünde, dass es angelegliche Gefahren gebe, die ein Monopol rechtfertigen würden. Durch die quantitative Begrenzung der Konzessionen eröffne sich außerdem die Möglichkeit, dass ein Bundesland (wie Bayern) ein staatliches Monopol für Online-Casinos schaffe und Anbieter aus dem EU-Ausland völlig ausgrenze. Eine quantitative Begrenzung von Konzessionen führe zu einer erheblichen Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit, wofür keine nachvollziehbare Rechtfertigung vorläge. Überdies fehle es an einer Rechtfertigung für die Differenzierung zwischen Online-Casinospielen, Poker, virtuellen Automatenspielen und Sportwetten. Das Gericht stellt insoweit fest, dass, wenn es um den Schutz der Jugend, vor Spielsucht und Folgekriminalität gehe, Online-Casinos nicht gefährlicher als virtuelles Automatenpiel seien. Einen protektionistischen Erklärungsansatz für diese aber nach unionsrechtlichen Kohärenzmaßstäben nicht nachvollziehbare Ungleichstellung sieht das Gericht darin, dass mit § 22 c GlüStV 2021 genau jener Teilbereich des Glücksspiels limitiert werde, der in Deutschland noch teilweise durch die Länder oder Gesellschaften mit staatlicher Beteiligung betrieben werde (Spielbanken). Gegenüber diesen keine wirtschaftliche Konkurrenz zuzulassen, sei mit den

10 Sarafi, Spielerklagen im Kontext der Schwarzarbeit-Rechtsprechung des BGH = ZfWG 2022, 149.

11 LG Bonn, Ur. v. 2.11.2023 – 20 O 11/23.

12 BGH, Beschl. v. 22.3.2024 – I ZR 88/23 = ZfWG 2024, 224.

13 BGH, Beschl. v. 8.11.2023 – I ZR 79/22 sowie Beschl. v. 22.3.2024 – I ZR 88/23 = ZfWG 2024, 224 – keine Vorlage; Beschl. v. 10.1.2024 – I ZR 53/23 – Aussetzung ohne Begründung bis zur Entscheidung des EuGH in der Rechtssache C-440/23.

14 LG Erfurt, Beschl. v. 2.5.2024 – 8 O 392/23, unter Bezugnahme auf die Vorlage des Prim'Awla tal-Qorti Civil (Malta), Rs. C-440/23.

15 LG Bonn, Ur. v. 2.11.2023 – 20 O 11/23, S. 13 ff.

16 LG Bonn, Ur. v. 2.11.2023 – 20 O 11/23, S. 17.

17 LG Bonn, Ur. v. 2.11.2023 – 20 O 11/23, S. 17.

18 LG Bonn, Ur. v. 2.11.2023 – 20 O 11/23, S. 17 f.

19 EuGH, Ur. v. 6.11.2003 – C-243/01, Rn. 67 – Gambelli; EuGH, Ur. v. 8.9.2010 – C-409/06, Rn. 69 – Winner Wetten = ZfWG 2010, 407.

europäischen Grundfreiheiten und dem daraus folgenden Verbot, Anbieter aus anderen Mitgliedsstaaten zu diskriminieren, nicht in Einklang zu bringen. Das Gericht deutet darauf hin, dass nach der Rechtsprechung des EuGH nur zwingende (nichtwirtschaftliche) Gründe des Allgemeininteresses ausnahmsweise eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit erlauben, wozu aber fiskalische Interessen „mit dem Ziel [...], die Staatseinnahmen zu erhöhen“²⁰ nicht zählen.²¹

d) Unionsrechtswidrigkeit wegen willkürlicher Diskriminierung EU-ausländischer Anbieter durch die GGL

aa) Reihenfolge der Erlaubniserteilungen

Trotz des zeitgleichen Eingangs diverser Erlaubnisangebote vergab die GGL die erste Erlaubnis für virtuelles Automatenenspiel an ein Unternehmen der deutschen Marktführergruppe. In der Folgezeit wurden zehn der 13 ersten Erlaubnisse an Unternehmen dieser Gruppe (bzw. mit diesen offiziell kooperierende EU-Anbieter) vergeben.²²

bb) Verzögerte Erlaubniserteilungen („de facto Totalverbot“)

Die Erlaubnisvergabe begann erst im April 2022, obgleich der GlüStV 2021 bereits ab dem 1.7.2021 galt, was mangels Verwaltungshandelns de facto zu einem Totalverbot führte. Zum Zeitpunkt des Urteils war nicht eine einzige Konzession für Online-Casinospiele vergeben. Durch das „Nicht-Tätigwerden der zuständigen Behörde“ liege faktisch ein staatliches Monopol für Online-Casinos vor, das in einem System mit Erlaubnisvorbehalt nicht gerechtfertigt sei.²³ Unabhängig von der Unionsrechtswidrigkeit der maßgeblichen Verfahrensregeln des GlüStV dürfte allein die verspätete Bearbeitung eines Erlaubnisanspruchs eines Anbieters aus einem anderen Mitgliedsstaat einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit darstellen, wenn die Säumnis der zuständigen Behörde dazu führte, dass § 134 BGB angewandt, der Anbieter zur Rückzahlung verpflichtet und das Untätigbleiben der Behörde dem Anbieter angelastet werde.

cc) Intransparente Erlaubniserteilung im weiteren Sinne

Das Landgericht sieht zudem eine intransparente Entscheidungsfindung der GGL, denn diese sei nicht nachvollziehbar und es könne nicht überprüft werden, ob das Erlaubniserteilungsverfahren unparteiisch geführt werde.²⁴

2. Nichtanwendbarkeit von unionsrechtswidrigen Verbotsgesetzen

Das Landgericht hat aus dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts abgeleitet, dass der Verstoß gegen ein Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB nicht herangezogen werden dürfe, wenn die Verbotsgesetze unionsrechtswidrig wären. Die Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 AEUV gelte dann unbeschränkt, denn sie könne durch unionsrechtswidrige Glücksspielgesetze nicht wirksam beschränkt werden.²⁵

3. Würdigung der Entscheidung des LG Bonn

Zwar vermag das Argument des LG Bonn zur Unionsrechtswidrigkeit des § 4a Abs. 1 Nr. 1 lit. d) GlüStV 2021 nicht zu überzeugen, da durch digitaltechnische Maßnahmen sichergestellt werden kann, dass außerhalb Deutschlands andere – nicht für den deutschen Markt be-

stimmte, der jeweiligen ausländischen Rechtsordnung entsprechende – Glücksspielangebote verfügbar sind. Vielmehr überzeugen insbesondere die Feststellungen, dass die Glücksspielbehörde kein willkürfreies Erlaubnisverfahren durchführt. Bis heute bleibt einerseits unklar, warum das deutsche Unternehmen mit erheblichem Zeitabstand vor den später zugelassenen (unabhängigen) Anbietern aus anderen Mitgliedsstaaten trotz deren zeitgleicher Antragstellung die ersten Erlaubnisse für virtuelle Automaten Spiele erhielt. Jedenfalls hätte die Glücksspielbehörde administrative Schwierigkeiten etwa hinsichtlich erbrachter Nachweise und vorgelegter Urkunden aus anderen Mitgliedsstaaten zur Vermeidung von Wettbewerbsnachteilen in Sinne der Dienstleistungsfreiheit bei der Antragsbearbeitung proaktiv berücksichtigen müssen. Andererseits ist es ebenso unklar, weshalb bestimmte Akteure, die in der Vergangenheit unerlaubtes Glücksspiel angeboten haben und gegen die die Glücksspielbehörde vorgegangen ist, plötzlich eine Erlaubnis erhielten,²⁶ während anderen diese verweigert wurde.²⁷ Auch legt das LG Bonn den Finger auf die regulatorische Wunde, indem es herausarbeitet, dass eine klare Begründung dafür fehlt, warum Online-Casinospiele als gefährlicher eingestuft werden als virtuelle Automaten Spiele: Denn wenn Online-Casinospiele tatsächlich als riskanter angesehen werden, fehlt eine klare Begründung, warum sie nicht einem strikten staatlichen Monopol unterliegen, sondern je nach Ermessen des jeweiligen Bundeslandes entweder in einem staatlichen Monopol angeboten werden oder ein Konzessionsverfahren unter Beteiligung von privaten Anbietern eröffnet wird. Im Ergebnis überzeugt die Konsequenz in den Urteilsgründen, dass bei einem unionsrechtswidrigen Erlaubnisverfahren jedenfalls wegen des Verbots der Diskriminierung EU-ausländischer Anbieter das Anbieten von Glücksspielen auch nicht als zivilrechtlicher Verstoß gegen eine Verbotsnorm i. S. d. § 134 BGB sanktioniert werden darf. Wenn ein Glücksspielerlaubnissystem und die einzelnen Erlaubnisverfahren nicht auf objektiven, transparenten und nichtdiskriminierenden Kriterien beruhen, die dem Ermessen der nationalen Behörden Grenzen setzen, darf der Anbieter wegen der missbräuchlichen Ausübung des Ermessens der Behörde weder strafrechtlich noch verwaltungsrechtlich oder zivilrechtlich sanktioniert werden.

Die Urteilsgründe des LG Bonn gehen leider nicht auf die – durch den Hinweisbeschluss des BGH vom 22.3.2024 aufgeworfene – Kernfrage zur unionsrechtlichen Belastbarkeit des vom Mitgliedstaat im Grundsatz gewählten Schutzniveaus einer Erlaubnispflicht („Ob“ eines Erlaubnisvorbehaltes) ein, wenn das „Wie“ des Erlaubnisverfahrens unionsrechtswidrig ausgestaltet oder durchgeführt wird. Genauer gesagt stellt sich die Frage, ob das Unionsrecht die mitgliedstaatliche Kategorienwahl des Schutzniveaus (Grundsatz des Erlaubnisvorbehaltes) auch dann zu

20 EuGH, Urt. v. 6.3.2007 – C-338/04, C-359/04 und C-360/04, Rn. 54 – Placanica u. a. = ZfWG 2007, 125.

21 LG Bonn, Urt. v. 2.11.2023 – 20 O 11/23, S. 18 ff.

22 LG Bonn, Urt. v. 2.11.2023 – 20 O 11/23, S. 20.

23 LG Bonn, Urt. v. 2.11.2023 – 20 O 11/23, S. 20.

24 LG Bonn, Urt. v. 2.11.2023 – 20 O 11/23, S. 20 f.

25 LG Bonn, Urt. v. 2.11.2023 – 20 O 11/23, S. 15 f.

26 <https://www.presseportal.de/pm/174006/5743935> (zuletzt abgerufen am 22.5.2024).

27 <https://www.gluecksspiel-behoerde.de/de/news/295-ggl-geht-gegen-illegalen-gluecksspielanbieter-red-rhino-vor> (zuletzt abgerufen am 22.5.2024).

respektieren hat, wenn die einzelnen das Erlaubnisverfahren kodifizierenden Regeln selbst durch den Anwendungsvorrang des Unionsrechts suspendiert werden müssen.

III. Der Hinweisbeschluss des BGH

Am 22.3.2024 hat der BGH einen Hinweisbeschluss in einem dem GlüStV 2012 unterliegenden Rechtsstreit einer Spielerklage erlassen, dessen leider auch höchstrichterlich unterbelichteten Grundsatzprämissen sich auf die Rechtslage nach dem GlüStV 2021 übertragen ließen: Der BGH betont, dass auch bei Berücksichtigung der Ince-Rechtsprechung des EuGH die fehlende Erlaubnis dem Anbieter entgegengehalten werden könne, wenn ein intransparentes und somit unionsrechtswidriges Erlaubnisverfahren durchgeführt worden sei. Das Anbieten von Glücksspiel ohne deutsche Erlaubnis dürfe dann zwar nicht straf- oder verwaltungsrechtlich sanktioniert werden, sei aber aufgrund des Verstoßes gegen den Erlaubnisvorbehalt mit der Nichtigkeitsfolge nach § 134 BGB für den Spielervertrag illegal.

1. Die unausgesprochene Prämisse: Mitgliedsstaatlich gewähltes Schutzniveau des Erlaubnisvorbehaltsprinzips gelte trotz Anwendungsvorrangs des Unionsrechts gegenüber unionsrechtswidrigen Verfahrensregeln

Der Hinweisbeschluss des BGH erregte besondere Aufmerksamkeit, da er explizit auf die Rechtsprechung des EuGH zum Anwendungsvorrang des Unionsrechts Bezug nimmt und dennoch zu dem Schluss gelangt, dass der Erlaubnisvorbehalt dem Sportwettenanbieter weiterhin entgegengehalten werden dürfe. Der BGH geht davon aus, dass der Anwendungsvorrang des Unionsrechts nicht gebiete, dass die Dienstleistungsfreiheit wieder unbeschränkt gelte und ohne Erlaubnis Glücksspiel veranstaltet werden dürfe, sondern – ohne es explizit so zu benennen – dass das vom Mitgliedstaat eingerichtete Schutzniveau weiterhin Gültigkeit beanspruche. Sofern eine Erlaubnispflicht besteht, bedeute dies, dass „das Absehen von verwaltungs- und strafrechtlichen Maßnahmen [...] nicht zu einer Legalisierung des Angebots [führe], die allein durch eine behördliche Genehmigung bewirkt werden könnte“.²⁸ Danach führe ein unionsrechtswidriges Erlaubnisverfahren lediglich dazu, dass der Anbieter straf- und verwaltungsrechtlich nicht sanktioniert werden dürfe, dies aber nichts daran ändere, dass dennoch eine Erlaubnis für das Veranstalten von Glücksspielen notwendig sei. Ohne es so ausdrücklich zu benennen, will der BGH damit das vom Mitgliedsstaat gewählte Schutzniveau nicht durch unionsrechtswidrig ausgestaltete oder angewandte einzelne Erlaubnisverfahrensregeln suspendiert sehen. Der BGH trennt damit zwischen der den Mitgliedsstaaten verbliebenen Bestimmungssouveränität über das Schutzniveau einerseits und den Folgen eines Verstoßes durch unionsrechtswidrig ausgestaltete oder angewandte Verfahrensregeln andererseits. Die mitgliedstaatliche Schutzniveausouveränität (Erlaubnisvorbehalt) soll auch im Falle unverhältnismäßiger (inkohärenter) oder intransparenter Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit durch Verfahrensregeln unangetastet bleiben. Der BGH verweist hierzu auf die Rechtsprechung des EuGH, nach der es „Sache jedes Mitgliedstaats [ist], zu beurteilen, ob es im Zusammenhang mit den von ihm verfolgten legi-

timen Zielen erforderlich ist, Tätigkeiten, die die Veranstaltung von Glücksspielen betreffen, vollständig oder teilweise zu verbieten, oder ob es genügt, sie zu beschränken und zu diesem Zweck mehr oder weniger strenge Kontrollformen vorzusehen, wobei die Notwendigkeit und die Verhältnismäßigkeit der erlassenen Maßnahmen allein im Hinblick auf die verfolgten Ziele und das von den betreffenden nationalen Stellen angestrebte Schutzniveau zu beurteilen [ist]“.²⁹

Hat der Mitgliedstaat ein ihm nach Unionsrecht reserviertes Schutzniveau festgelegt, das für das Anbieten von Glücksspielen einen Erlaubnisvorbehalt etabliert, dann will der BGH dieses Schutzniveau trotz seiner unionsrechtswidrigen regulatorischen Ausgestaltung bzw. Anwendung durch die zivilrechtliche Nichtigkeitsanktion nach § 134 BGB verteidigt wissen.

2. Sanktionen

Der BGH erkennt an, dass aus dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts folge, dass bei einem intransparent durchgeführten Erlaubnisverfahren gegenüber einem Glücksspielanbieter dessen unerlaubte Tätigkeit „weder verwaltungsrechtlich untersagt noch strafrechtlich sanktioniert werden“ dürfe.³⁰ Eine zivilrechtliche Sanktion hingegen sei nur dann nicht geboten, „wenn es ausreicht, dem gesetzlichen Verbot durch verwaltungs- oder strafrechtliche Maßnahmen Nachdruck zu verleihen“.³¹ Da aber „durch verwaltungs- und strafrechtliche Maßnahmen dem gesetzlichen Verbot kein hinreichender Nachdruck verliehen werden [kann]“, wenn „unerlaubte Glücksspiele im Internet überwiegend aus dem Ausland angeboten [werden]“, leiste nur die zivilrechtliche Nichtigkeitsfolge nach § 134 BGB „einen erheblichen Beitrag dazu, unerlaubte Glücksspiele zurückzudrängen und so die Ziele des Glücksspielstaatsvertrags zu erreichen. Unter Geltung eines Verbots mit Erlaubnisvorbehalt – wie bei Sportwetten – schafft diese Rechtsfolge zudem einen Anreiz für Anbieter, das Konzessionserteilungsverfahren zu durchlaufen.“³²

3. Würdigung des Hinweisbeschlusses

Der Begründungsansatz des BGH, dass die zivilrechtliche Nichtigkeitsanktion nach § 134 BGB trotz einer unionsrechtswidrigen regulatorischen Ausgestaltung bzw. Anwendung des Erlaubnisvorbehalts greifen könne, wäre allenfalls auf der höchstrichterlich allerdings kaum herausgearbeiteten Prämisse nachvollziehbar, dass dem Mitgliedstaat sein ihm nach Unionsrecht reserviertes Schutzniveau gleichwohl erhalten bliebe. Dass der BGH auf das mitgliedstaatliche Schutzniveaureservat abzustellen versucht, wird durch seine unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BVerwG betonte Feststellung klar, wonach „das Fehlen einer Erlaubnis eine Untersagung von Sportwetten nicht begründen [kann], wenn das Erlaubnisverfahren nicht transparent und diskriminierungsfrei ausgestaltet ist und des-

28 BGH, Beschl. v. 22.3.2024 – I ZR 88/23, Rn. 47 = ZfWG 2024, 224, 229.

29 EuGH, Urt. v. 22.6.2017 – C-49/16, Rn. 37 – Unibet = ZfWG 2017, 388.

30 BGH, Beschl. v. 22.3.2024 – I ZR 88/23, Rn. 45 = ZfWG 2024, 224, 229.

31 BGH, Beschl. v. 22.3.2024 – I ZR 88/23, Rn. 46 m. w. N. = ZfWG 2024, 224, 229.

32 BGH, Beschl. v. 22.3.2024 – I ZR 88/23, Rn. 35 = ZfWG 2024, 224, 227.

halb faktisch ein staatliches Sportwettenmonopol fortbesteht (vgl. BVerwGE 155, 261 [juris Rn. 27 f.]). Dies entbindet die Anbieter indes nicht davon, einen (Erst-)Antrag auf Erteilung einer Konzession zu stellen, wenn dies ohne Weiteres möglich gewesen wäre (vgl. BVerwGE 160, 193 [juris Rn. 46 f.]³³).

Damit will der BGH die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch die zivilrechtliche Vertragsnichtigkeitsfolge nach § 134 BGB allein aus dem vom Mitgliedstaat bestimmten Schutzniveau rechtfertigen, um zwingende Gründe des Allgemeininteresses zu schützen. Die einzelnen Gesetze zur Ausgestaltung dieses Schutzniveaus dienen erst – getrennt davon und in einem nachgelagerten Schritt – zur Konkretisierung und Umsetzung dieser vorgelagerten Grundentscheidung. Selbst wenn Ausgestaltung und Umsetzung unionsrechtswidrig erfolgten, bleibe das dem Mitgliedstaat unionsrechtlich garantierte Schutzniveau und dessen mit den innerstaatlichen Rechtsinstituten verfolgte Verteidigung unberührt.

Diese strikte Trennungsthese widerspricht der Ince-Rechtsprechung des EuGH, auf die sich auch das BVerwG³⁴ bezieht. Obwohl dem Ince-Urteil lediglich eine strafgerichtliche Vorlage des AG Sonthofen zur Vorabentscheidung zugrunde liegt, spricht sich der EuGH für ein weitgefasstes unionsrechtliches Sanktionsverbot aus. Zunächst erinnert der Gerichtshof daran, „dass aufgrund des Vorrangs des unmittelbar geltenden Unionsrechts eine nationale Regelung über ein staatliches Sportwettenmonopol, die nach den Feststellungen eines nationalen Gerichts Beschränkungen mit sich bringt, die mit dem freien Dienstleistungsverkehr unvereinbar sind, weil sie nicht dazu beitragen, die Wetttätigkeiten in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen, nicht für eine Übergangszeit weiter angewandt werden darf (vgl. Urteile Winner Wetten, C-409/06, EU:C:2010:503, Rn. 69, sowie Stanleybet International u. a., C-186/11 und C-209/11, EU:C:2013:33, Rn. 38)“³⁵. Das bedeutet aber auch, dass sich der Mitgliedstaat nicht auf sein Schutzniveau berufen darf, um sich selbst einen Reparatur-Übergangszeitraum einzuräumen, in dem er seine unionsrechtswidrigen Ausgestaltungs- und Umsetzungsregeln unionsrechtskonform umbaut. Damit verbietet es der EuGH dem Mitgliedstaat, sein festgelegtes Schutzniveau – gleichermaßen de jure oder de facto – unter praktischer Aufrechterhaltung eines unionsrechtswidrigen Regelungszustandes weiter zu verfolgen.

Hat der Mitgliedstaat einen Erlaubnisvorbehalt etabliert und damit sein Schutzniveau festgelegt, verlangt der EuGH zudem kategorisch, dass „die Einführung eines Systems der vorherigen behördlichen Genehmigung für das Angebot bestimmter Arten von Glücksspielen in diesem Mitgliedstaat auf objektiven und nicht diskriminierenden Kriterien beruhen [muss], die im Voraus bekannt sind, damit dem Ermessen der nationalen Behörden Grenzen gesetzt werden, die seine missbräuchliche Ausübung verhindern (vgl. Urteile Carmen Media Group, C-46/08, EU:C:2010:505, Rn. 90, sowie Stanleybet International u. a., C-186/11 und C-209/11, EU:C:2013:33, Rn. 47)“³⁶. Dies gelte besonders für ein sog. fiktives Verfahren, also wenn die kodifizierten Erlaubniserteilungsregeln selbst unanwendbar bleiben müssen, da sie nicht von objektiven, diskriminierungsfreien und im Voraus bekannten Kriterien geleitet sind.³⁷ Auch ein solches fiktives Erlaub-

nisverfahren müsse von den zuständigen Behörden einheitlich und einheitlich angewendet werden, so dass private Wirtschaftsteilnehmer ihre Rechte und Pflichten aus Art. 56 AEUV erkennen können, mithin das betreffende System nicht gegen den Grundsatz der Rechtssicherheit verstößt.³⁸

Dieses unionsrichterlich gleichermaßen an nationale Behörden wie Gerichte adressierte Pflichtenbuch verbietet es im Falle eines unionsrechtswidrigen Regelungszustandes, in ihren praktischen Beschränkungseffekten den verwaltungs- und strafrechtlichen Sanktionen äquivalente Rechtsfolgen anzuwenden, auch wenn diese – wie es der BGH für die zivilrechtliche Nichtigkeitsfolge nach § 134 BGB formuliert – „einen erheblichen Beitrag dazu [leisten], unerlaubte Glücksspiele zurückzudrängen und so die Ziele des Glücksspielstaatsvertrags zu erreichen.“³⁹ Mit diesem wirksamen sanktionsäquivalenten „Beitrag“ nach § 134 BGB zielt der BGH doch gerade auf die Durchtrennung der wirtschaftlichen Lebensader der von der Vertragsnichtigkeits- und Kondiktionsfolge betroffenen Glücksspielanbieter aus anderen Mitgliedsstaaten, wenn insbesondere aufgrund der Jurisdiktionsproblematik „durch verwaltungs- und strafrechtliche Maßnahmen dem gesetzlichen Verbot kein hinreichender Nachdruck verliehen werden [kann]“.⁴⁰ Damit stützt der BGH seinen Hinweisbeschluss auf die sogar im Vergleich zu verwaltungs- und strafrechtlichen Folgen praktisch höheren Sanktionseffekte aus zivilgerichtlichen Verurteilungen zur Rückzahlung der Spieleinsätze nach § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB wegen der Vertragsnichtigkeit. Wie dieser Hinweisbeschluss mit dem von der ständigen Rechtsprechung des EuGH in den Rechtssachen von Placanica⁴¹ bis Ince⁴² entwickelten, weitgefassten Sanktions- und Vollzugsverbot für unionsrechtswidrige Gesetzeslagen vereinbar sein soll, bleibt unergründlich. Auch haben die Unionsrichter kein absolutes mitgliedstaatliches Schutzniveaureservat unabhängig von einer unionsrechtskonformen Ausgestaltung und Umsetzung anerkannt.

Angesichts dieser – zurückhaltend formuliert – offenen unionsrechtlichen Grundsatzfragen bleibt jedenfalls unverstänlich, warum am Ende des Hinweisbeschlusses darauf hingewiesen wird, dass „eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 Abs. 3 AEUV nicht veranlasst sein [dürfte]“, da „die Folgen einer möglichen Unionsrechtswidrigkeit von Regelungen im Bereich des Glücksspiels und die Anforderungen an ein System der vorherigen behördlichen Genehmigung für das Angebot von Glücksspielen [...] in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union hinreichend geklärt“⁴³ seien.

33 BGH, Beschl. v. 22.3.2024 – I ZR 88/23, Rn. 42 m. w. N. = ZfWG 2024, 224, 228.

34 BVerwG, Ur. v. 15.6.2016 – 8 C 5.15 = ZfWG 2016, 433.

35 EuGH, Ur. v. 4.2.2016 – C-336/14, Rn. 53 – Ince = ZfWG 2016, 115.

36 EuGH, Ur. v. 4.2.2016 – C-336/14, Rn. 55 – Ince = ZfWG 2016, 115.

37 EuGH, Ur. v. 4.2.2016 – C-336/14, Rn. 56 – Ince = ZfWG 2016, 115.

38 EuGH, Ur. v. 4.2.2016 – C-336/14, Rn. 58, 59 – Ince = ZfWG 2016, 115.

39 BGH, Beschl. v. 22.3.2024 – I ZR 88/23, Rn. 35 = ZfWG 2024, 224, 227.

40 BGH, Beschl. v. 22.3.2024 – I ZR 88/23, Rn. 35 = ZfWG 2024, 224, 227.

41 EuGH, Ur. v. 6.3.2007 – C-338/04, C-359/04 und C-360/04 – Placanica u. a. = ZfWG 2007, 125.

42 EuGH, Ur. v. 4.2.2016 – C-336/14 – Ince = ZfWG 2016, 115.

43 BGH, Beschl. v. 22.3.2024 – I ZR 88/23, Rn. 58 = ZfWG 2024, 230.

IV. Fazit: Vom LG Erfurt gespielter Vorlagepass nach Luxemburg!

Zwar ist dem BGH insofern noch zu folgen, dass die Unanwendbarkeit von Sanktionen wegen unionsrechtswidriger Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit nicht etwa spiegelbildlich die Legalisierung des Angebots bedeutet. Nicht nachvollziehbar erscheint aber, dass das vom Mitgliedstaat festgelegte Schutzniveau eines Systems mit Erlaubnisvorbehalt, dessen Verfahrensregeln unionsrechtswidrig ausgestaltet oder durchgeführt werden, Vertragsnichtigkeits- und Kondiktionsfolgen gegen Glücksspielanbieter aus anderen Mitgliedsstaaten erlauben soll, die im Vergleich zu verwaltungs- und strafrechtlichen Folgen sogar praktisch wirtschaftlich einschneidendere Sanktionseffekte aus zivilgerichtlichen Verurteilungen zur Rückzahlung der Spieleinsätze zu entfalten vermögen.

Zu begrüßen ist, dass das LG Erfurt mit seinem Vorlagebeschluss vom 2.5.2024 den Ball an den EuGH gespielt hat. Hoffentlich beantworten die Unionsrichter die alle einzelnen Auslegungsfragen – von den Gerichten bisher unterbelichtete – transzendierende Kernfrage klar und deutlich, ob das Unionsrecht die mitgliedstaatliche Schutzniveaufestlegung auf einen Erlaubnisvorbehalt auch dann zu respektieren hat, wenn die einzelnen das Erlaubnisverfahren kodifizierenden und angewandten, aber unionsrechtswidrigen Regeln selbst durch den Anwendungsvorrang des Unionsrechts suspendiert werden müssen.

Summary

The crucial question remains to be answered by the EU Court of Justice whether and how national implementation measures of restrictions of the freedom to provide services under article 56 TFEU that violate EU law, and which are therefore inapplicable, do (not) affect the Member States' fundamental decision on the level of protection (notably a reservation of authorization) in non-harmonized sectors such as gambling, i.e. a domaine réservé guaranteed to Member States likewise under EU law.

Even if the German Federal Court of Justice (BGH) correctly states that the inapplicability of single licensing rules and their corresponding penalties due to contraventions against EU law is not equivalent to the legalization of the gambling offer without a German permit, the BGH is mistaken in limiting the inapplicability of these sanctions to criminal and administrative law only. Rightly, a provider should not be subject to any legal sanctions, including the invalidity of contracts under civil law, if an opaque, intransparent or discriminatory licensing procedure is conducted. In such cases, offering gambling by a provider from another Member State without a German permit must not lead to the invalidity of the gambling contract under section 134 of the German Civil Code (BGB) in conjunction with article 6 para. 1 of the Rome-I-Regulation.

Univ.-Prof. Dr. Dr. Markus Thiel, Münster*

Sperr-, Limit- und Aktivitätsdateien nach dem GlüStV 2021

Zielsetzung, Funktionsweise und rechtliche Einordnung

Der GlüStV 2021 enthält verschiedene Regelungen zu Dateien, die als Teil seines Gesamtkonzepts zur Bekämpfung der Spielsucht und zum Spielerschutz der Regulierung des Zugangs zum öffentlichen Glücksspiel, der „Deckelung“ der Höhe der monatlichen Einzahlungen bei Online-Glücksspielangeboten und der Verhinderung eines unerwünschten „Parallelspiels“ dienen. Der Beitrag gibt einen Überblick über Rechtsgrundlagen und Funktionsweise der Sperr-, Limit- und Aktivitätsdateien und ordnet sie (verfassungs-)rechtlich ein.

I. Einleitung

Der Staatsvertrag zur Neuregulierung des Glücksspielwesens in Deutschland – Glücksspielstaatsvertrag 2021 – vom 29. Oktober 2020 (GlüStV 2021, im Folgenden: GlüStV) hat einige neue Instrumente zur technischen Unterstützung der Online-Glücksspielregulierung eingeführt. Dazu gehören die (erheblich modifizierte) Sperrdatei („Spielersperrsystem“, §§ 8–8d, 23 GlüStV), die Limitdatei (§ 6c GlüStV) und die Aktivitätsdatei (§ 6h GlüStV) als anbieterübergreifende Einrichtungen zur Verhinderung der Spielteilnahme gesperrter Spieler*innen, der Überschreitung eines festgelegten monatlichen Einzahlungslimits in Bezug auf Glücks-

spiele im Internet sowie des parallelen Online-Glücksspiels bei mehreren Erlaubnisinhabern, also Anbietern. Dieses Dateien-„Trio“ zielt auf eine intensiviertere Regulierung und Kontrolle im Interesse des Jugend- und Spielerschutzes und der Suchtprävention¹ ab und ist damit in das Konzept des Staatsvertrags eingebunden.² Der GlüStV enthält die wesentlichen Bestimmungen über die Dateien; in den Glücksspielgesetzen der Länder zu seiner Ausführung finden sich allenfalls ergänzende Regelungen.

II. Sperrdatei

Die Sperrdatei bietet ein zentrales, bundesweites, spielform- und anbieterübergreifendes „Spielersperrsystem“ zur gezielten Teilnahmeverhinderung am öffentlichen

* Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Autor am 20.9.2023 im Rahmen der Bochumer Gespräche zu Glücksspiel und Gesellschaft gehalten hat. Das Vortragskonzept wurde beibehalten; die Ausführungen wurden um einen Fußnotenapparat ergänzt. Auf Seite III erfahren Sie mehr über den Autor.

1 Grundlegend zu rechtlichen Aspekten der Spielsucht *Diegmann*, ZRP 2007, 126 ff.

2 *Schwanke/Wierzejewski*, ZfWG 2023, 150, 151; eingehend *Pagenkopf*, NJW 2021, 2152 ff.; s. auch *Brüning/Thomsen*, NVwZ 2021, 11 ff.; *Reeckmann*, ZfWG 2020, 345 ff.