

# Aufsätze

Univ.-Prof. Dr. iur. Christian Koenig, Bonn\*

## Kanalisierungswidrige Opt-in-Verweigerung zahlreicher Länder bei der Online-Casinoregulierung (§ 22 c Abs. 1 GlüStV 2021) – „Großes Spiel“ mit fatalen Rechtsfolgen für das staatsvertragliche Regulierungsregime?

*Die Hälfte aller Bundesländer hat noch keine landesrechtliche Umsetzung des § 22 c Abs. 1 GlüStV 2021 geschaffen, so dass das Fehlen einer landesgesetzlichen Grundlage für die Veranstaltung von Online-Casinospielen in ihrem Hoheitsgebiet fast fünf Jahre nach dem Inkrafttreten des GlüStV 2021 einem Totalverbot gleichkommt. Angesichts der Kernbedeutung einer kanalisierungsgerechten Regulierung von Online-Casinospielen (§ 1 S. 1 Nr. 2 GlüStV 2021) für die gesamte staatsvertragliche Kohärenzstatik und darauf aufbauend der Erfüllung des Sicherstellungsauftrags, ein ausreichendes Angebot regulatorisch auch tatsächlich bereitzustellen (§ 10 Abs. 1 S. 1 GlüStV 2021), geht die Abhandlung zum einen den möglichen Rechtsfolgen der Opt-in-Verweigerung für das gesamte staatsvertragliche Regulierungsregime nach ... clausula rebus sic stantibus? Zum anderen werden die aufgrund der Opt-in-Verweigerung verursachten Kohärenzbrüche und ihre Rechtsfolgen für die Überwachungspraxis skizziert, etwa hinsichtlich des nach § 22 a Abs. 11 GlüStV 2021 virtuelle Automatenspiele treffenden Bezeichnungsverbotes für die Verwendung der Begriffe „Casino“ oder „Casinospiele“.*

### I. Rechtsrahmen und tatsächliche Ausgangslage

Die den Ländern von § 22 c Abs. 1 GlüStV 2021 eingeräumte Wahlmöglichkeit zwischen einer staatlichen/staatlich beherrschten Monopoleinrichtung (Abs. 1 S. 1 Nr. 1 – Monopolmodell) und einer Kontingentierung nach Maßgabe der Anzahl rechtlich erteilbarer (nicht tatsächlich erteilter) Konzessionen für stationäre Spielbanken (Abs. 1 S. 1 Nr. 2 – Konzessionsmodell) soll nach den amtlichen Erläuterungen zum GlüStV 2021 den unterschiedlichen Regulierungsmodellen der Länder im Bereich der Spielbanken Rechnung tragen. Dadurch soll eine individuell für das jeweilige Land angepasste Übernahme der in den Spielbanken der Länder jeweils angewandten Spielmechaniken der Tischspiele auf die verwandten Online-Casinospiele ermöglicht werden. Hiernach soll „eine in jedem Land individuell kohärente Gesamtregulierung“ unterstützt werden, insbesondere im Hinblick auf den engen Zusammenhang zwischen Spielbankregulierung und Online-Casinoregulierung und den vergleichbaren Sucht- und Manipulationsgefahren bei der Live-Übertragung eines terrestrisch tatsächlich durchge-

\* Der Beitrag beruht auf einem Rechtsgutachten. Der Autor dankt Frau Lina Schäfer für ihre Recherche- und Korrekturarbeiten. Auf Seite III erfahren Sie mehr über den Autor.

fürten Bankhalterspiels.<sup>1</sup> Dabei erfasst § 22 c GlüStV 2021 nur solche Online-Casinospiele, die ausschließlich als virtuelle Nachbildungen von Bankhalterspielen und Live-Übertragungen eines terrestrisch durchgeführten Bankhalterspiels mit Teilnahmemöglichkeit über das Internet (§ 3 Abs. 1a S. 1 GlüStV 2021) angeboten werden (insbesondere Tischspiele wie Roulette, Black Jack, Baccara sowie Poker-Varianten, bei denen der Veranstalter selbst mitspielt und daher ein zufallsbedingtes Risiko trägt). Dagegen sind andere Online-Spielvarianten, denen diese Merkmale der Bankhalterspiele fehlen, auch nicht nach § 22 c GlüStV 2021 als Online-Casinospiele erlaubnisfähig.

Während Baden-Württemberg<sup>2</sup>, Bayern<sup>3</sup>, Brandenburg<sup>4</sup>, Hessen<sup>5</sup>, Sachsen<sup>6</sup> und Thüringen<sup>7</sup> für eine staatliche/staatlich beherrschte Monopoleinrichtung (§ 22 c Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GlüStV 2021) optiert und einen entsprechenden landesgesetzlichen Rechtsrahmen – jeweils mit recht unterschiedlichen Ausgestaltungen – für Online-Casinospiele kodifiziert haben, setzen Nordrhein-Westfalen<sup>8</sup> und Schleswig-Holstein<sup>9</sup> das Konzessionsmodell (§ 22 c Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GlüStV 2021) landesgesetzlich um. Zu den heterogenen landesgesetzlichen Gestaltungen der § 22 c-Opt-in-Umsetzung wird an andere Stelle verwiesen.<sup>10</sup> Doch auch in den Opt-in-Ländern scheint die Regulierungswirklichkeit stark hinterherzuhinken, wenn die amtliche Whitelist der Gemeinsamen Glücksspielbehörde der Länder (Stand: 16.2.2026)<sup>11</sup> nur zwei Länder mit einer tatsächlich auf die dort genannten Anbieter aktiv angewandten Online-Casino-Regulierung ausweist (Bayern und Schleswig-Holstein).

1 Erläuterungen zum Glücksspielstaatsvertrag 2021, S. 109; abrufbar unter [https://mi.sachsen-anhalt.de/fileadmin/Bibliothek/Politik\\_und\\_Verwaltung/MI/MI/3.\\_Themen/Gluecksspiel/2010\\_29\\_Gluecksspielstaatsvertrag\\_2021\\_endgueltig\\_Erlaeuterungen.pdf](https://mi.sachsen-anhalt.de/fileadmin/Bibliothek/Politik_und_Verwaltung/MI/MI/3._Themen/Gluecksspiel/2010_29_Gluecksspielstaatsvertrag_2021_endgueltig_Erlaeuterungen.pdf) (zuletzt abgerufen am 5.1.2026).

2 § 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 des Landesglücksspielgesetzes Baden-Württemberg vom 20.11.2012, welches durch Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Landesglücksspielgesetzes Baden-Württemberg vom 25.2.2025 geändert wurde.

3 § 1 Abs. 3 S. 1 des Bayerischen Gesetzes zur Ausführung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland vom 20.12.2007, welches durch § 1 des Bayerischen Gesetzes zur Änderung des Gesetzes zur Ausführung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland und des Spielbankgesetzes vom 22.4.2022 geändert wurde.

4 § 3 Abs. 1 des Gesetzes über die Zulassung öffentlicher Spielbanken im Land Brandenburg vom 18.12.2007, welches durch Art. 3 des Gesetzes zur Umsetzung des Glücksspielstaatsvertrages 2021 im Land Brandenburg vom 23.6.2021 geändert wurde.

5 § 1 Abs. 2 des Hessischen Gesetzes über Spielbanken und Online-Casinospiele vom 15.11.2007, welches durch Art. 2 des Gesetzes zur Änderung glücksspielrechtlicher und anderer Vorschriften in Hessen vom 17.11.2022 geändert wurde.

6 § 1 Abs. 1 des Gesetzes über Spielbanken und Online-Casinospiele im Freistaat Sachsen vom 26.6.2009, welches durch Art. 2 des Sächsischen Gesetzes zur Anpassung landesrechtlicher Vorschriften an den Glücksspielstaatsvertrag 2021 vom 2.3.2023 geändert wurde.

7 § 1 des Thüringer Gesetzes über Spielbank und Online-Casino in der Fassung der Bekanntmachung vom 15.4.2004, welches durch Art. 1 des Fünften Gesetzes zur Änderung des Thüringer Spielbankgesetzes vom 18.3.2022 geändert wurde.

8 § 1 des Gesetzes über die Zulassung von Online-Casinospielen im Land Nordrhein-Westfalen vom 23.2.2022.

9 § 17 des Gesetzes des Landes Schleswig-Holstein zur Ausführung des Staatsvertrages zur Neuregulierung des Glücksspielwesens in Deutschland vom 2.2.2022.

10 *Bringmann/Cesar, ISA-GUIDE* vom 6.6.2024; abrufbar unter <https://www.isa-guide.de/isa-law/articles/283962.html> (zuletzt abgerufen am 5.1.2026); *Hertwig, ZfWG* 2022, 229 ff.

11 Abrufbar unter <https://www.gluecksspiel-behoerde.de/de/fuer-spielende/uebersicht-erlaubter-anbieter-whitelist> (zuletzt abgerufen am 20.2.2026).

Zu den Bundesländern, die sich einem Opt-in und damit einem Rechtsrahmen für besonders nachfragestarke Online-Casinospiele auf landesgesetzlicher Grundlage zur Erfüllung der Regulierungsziele (§ 1 GlüStV 2021), insbesondere des Kanalisierungsauftrags, bislang verweigert haben, zählen Berlin, Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Saarland und Sachsen-Anhalt. Selbst wenn vereinzelt in diesen Ländern zaghafte Opt-in-Initiativen diskutiert wurden oder, wie in Rheinland-Pfalz, ein Gesetzentwurf aus dem Jahr 2021 „steckengeblieben“ ist<sup>12</sup>, ändert dies nichts an der Folge, dass fast fünf Jahre nach dem Inkrafttreten des GlüStV 2021 am 1.7.2021 in dem Hoheitsgebiet dieser Länder der Rechtszustand eines Totalverbotes und im gesamten Bundesgebiet eine Regulierungszersplitterung herrscht.

Selbst wenn das unionsrechtliche Gebot der Achtung föderaler mitgliedstaatlicher Identitäten (Art. 4 Abs. 2 EUV) unterschiedliche Regulierungsansätze der Länder grundsätzlich ermöglicht, werden die vom unionsrechtlichen Kohärenzgebote ebenfalls primärrechtlich gezogenen Grenzen dort überschritten, wo eine regulatorische Splitterlandschaft die föderal bedingten Beschränkungsdisparitäten angesichts von der Netzwirklichkeit induzierten Fehlkanalisierungsfolgen ad absurdum führt und damit den Verhältnismäßigkeitsgebote nicht mehr genügt.<sup>13</sup> Die unionsprimärrechtliche Garantie der mitgliedstaatlichen Föderalstrukturen vermag nicht etwa unverhältnismäßige Kohärenzbrüche freizuzeichnen. Vielmehr ist im Wege der praktischen Konkordanz zwischen der Garantie mitgliedstaatlicher Föderalstrukturen und dem Kohärenzgebote ein praktisch wirksamer Ausgleich herzustellen. Ausgangspunkt hierfür ist nach der Rechtsprechung des EuGH die Betrachtung der *tatsächlichen*<sup>14</sup> Umstände und Wirkungen im Hinblick auf die gebotene Kanalisierung in „geordnete und überwachte Bahnen“. Dabei erweist sich die in § 22 c Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GlüStV 2021 vorgeschriebene Akzessoritätsverknüpfung mit der von Land zu Land divergierenden Anzahl erteilbarer stationärer Spielbankkonzessionen und den damit einhergehenden unterschiedlichen räumlichen Einzugsbereichen der Spielbanken in den Ländern insoweit als besonders problematisch, als aufgrund dieses normativ festgefügten Regulierungsansatzes dem ubiquitären und omnipräsenten Vertriebsmedium Internet a priori ungeeignete geographische und stationäre Grenzen gesetzt werden, die einer Online-Kanalisierungswirkung gar nicht zugänglich sind.

Diesen medial bedingten Kohärenzbrüchen soll aber hier nicht weiter nachgegangen werden, da sie an einem erfolgten Opt-in ansetzen, während es im Folgenden um die Rechtsfolgen des Regulierungsausfalls durch eine Opt-in-Verweigerung geht. Wenn das Online-Casinospiel nicht von ungefähr synonym auch als „Großes Spiel“ bezeichnet wird, was – potenziert über ubiquitäres telekonnetives Computing in Allgegenwärtigkeit mobiler Endgeräte – die regulatorische Kernbedeutung dieses Online-Marktsegmentes für die Erfüllung der staatsvertraglichen Regulierungsziele, insbesondere des Kanalisierungsauftrags, unter-

<sup>12</sup> LT-RP-Drs. 18/134, S. 15.

<sup>13</sup> EuGH, Urt. v. 8.9.2010 – C-46/08, ZfWG 2010, 344, Rn. 64 – Carmen Media.

<sup>14</sup> EuGH, Urt. v. 30.4.2014 – C-390/12, ZfWG 2014, 292, 297, Rn. 50 – Pfleger u. a.; EuGH, Urt. v. 15.9.2011 – C-347/09, ZfWG 2011, 403, 409, Rn. 54 – Dickinger und Ömer.

streicht, drängen sich jedenfalls Fragen nach den Rechtsfolgen des Regulierungsausfalls der Hälfte aller Bundesländer für das gesamte staatsvertragliche Regulierungsregime auf.

## II. Kein Entschließungsermessen der Länder – nur Optierungs- und Auswahlermessen (§ 22 c Abs. 1 S. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 GlüStV 2021)

Wenn § 22 c Abs. 1 GlüStV 2021 den Ländern bei der Konzessionierung von Online-Casinospielen eine Wahlmöglichkeit im dualen Modell zwischen einer staatlichen/staatlich beherrschten Monopoleinrichtung (Abs. 1 S. 1 Nr. 1) und einer Kontingentierung nach Maßgabe der Anzahl erteilbarer Konzessionen für stationäre Spielbanken (Abs. 1 S. 1 Nr. 2) bietet, so beschränkt sich das (Optierungs-) Ermessen auf ein Auswahlermessen (Nr. 1 oder Nr. 2), gewährt aber kein Entschließungsermessen<sup>15</sup>, ob Online-Casinospiele reguliert werden oder in dem Hoheitsgebiet des jeweiligen Landes im Rechtszustand eines Totalverbotes verharren sollen. Denn ein solches Entschließungsermessen der Länder mit der Möglichkeit, im Totalverbot zu verharren, würde den übergeordneten staatsvertraglichen Kanalisierungsauftrag konterkarieren, also den insbesondere von außerhalb Europas angebotenen überbordenden illegalen Online-Casinospielen kein wirkungsäquivalentes legales Angebot i. S. v. § 1 S. 1 Nr. 2 GlüStV 2021 entgegensetzen. Ein Entschließungsermessen im Rahmen von § 22 c Abs. 1 GlüStV 2021 ist daher ausgeschlossen, da es den Ländern verwehrt ist, eine das Kanalisierungskonzept nach § 1 S. 1 Nr. 2 GlüStV 2021 konterkarierende Prohibitions- oder Reduktionsstrategie zu verfolgen. Während der GlüStV 2008 die Begrenzung des Spielangebotes noch als eigenständigen, neben dem Kanalisierungsziel stehenden Gesetzeszweck benannte, wurde dieser Ansatz mit den nachfolgenden Glücksspielstaatsverträgen (ab dem GlüStV 2012) explizit aufgegeben. Ausweislich der amtlichen Erläuterungen bereits zum GlüStV 2012 und noch fokussierter zum GlüStV 2021 lenkten die Länder in die Befunde der Evaluierungsberichte zur Ausbreitung von unerlaubten Online-Glücksspielen in Schwarzmärkten ein, wonach sich der prohibitive Ansatz (§ 1 Nr. 2 GlüStV 2008) als kontraproduktiv erwiesen hatte, da dieser vor allem ein rasantes Anwachsen des Schwarzmarktes bewirkt.

## III. Die regulatorisch-staatsvertragliche Geschäftsgrundlage

Die Länder sind gehalten, bei der Umsetzung des dualen Optierungsmodells nach § 22 c Abs. 1 GlüStV 2021 die dezidierte Abkehr vom prohibitiven Ansatz und die kanalisierungsgerechte Aktivierung eines genehmigten legalen Online-Casinoangebotes als hinreichend attraktive Alternative zu den illegalen Angeboten auch tatsächlich zu vollziehen. Gleich zu Beginn betonen die amtlichen Erläuterungen zum GlüStV 2021 im allgemeinen Teil unter der Überschrift „Ziele und wesentliche Inhalte dieses Staatsvertrages“, dass mit Blick auf die Netzwirklichkeit „eine Kanalisierung in Richtung erlaubter Spielformen bislang nur eingeschränkt funktioniert und es zur besseren Erreichung

<sup>15</sup> *Dietlein*, in: *Dietlein/Ruttig, Glücksspielrecht*, 3. Aufl. 2022, § 22 c Rn. 2; *Hertwig, ZfWG* 2022, 229, 230.

der Ziele des Staatsvertrages geboten ist, das erlaubte Angebot in seiner inhaltlichen Ausgestaltung maßvoll zu erweitern. Um die Ziele dieses Staatsvertrages künftig besser zu erreichen, sollen daher auch Erlaubnisse für die Veranstaltung von Online-Casinospielen, virtuellen Automaten-spielen und Online-Poker erteilt werden, welche ein inhaltlich begrenztes Angebot dieser Spielformen ermöglichen. Hierdurch soll spielwilligen Personen, deren Nachfrage sich nicht in weniger gefährliche Spielformen kanalisieren lässt, eine weniger gefährliche Alternative zum bisherigen Schwarzmarkt geboten werden, in der Schutzmaßnahmen gegen Spielsucht, gegen Manipulationen und andere betrügerische Aktivitäten vorgeschrieben sind und tatsächlich durchgeführt werden, so dass ein kontrolliertes Spiel in geordneten Bahnen ermöglicht wird.“<sup>16</sup>

Die exponierten Bezugnahmen auf das Online-Casinospiel im allgemeinen Teil münden auf Seite 7 der Erläuterungen in der Formulierung eines Sicherstellungsauftrages an die Länder für diese Spielform, „jeweils für ihr Hoheitsgebiet innerhalb des von diesem Staatsvertrag gesetzten Rahmens eine in sich systemgerechte, kohärente Regulierung des Glücksspielmarktes sicherzustellen.“<sup>17</sup> Die ordnungsrechtliche Aufgabe der Länder, „zur Erreichung der Ziele des § 1 [...] ein ausreichendes Glücksspielangebot sicherzustellen“, wurde konsequent in § 10 Abs. 1 S. 1 GlüStV 2021 kodifiziert.

Der Sicherstellungsauftrag an die Länder für die Online-Casinoregulierung im Kohärenzbezug auf den gesamten (Online-) Glücksspielmarkt unterliegt einem in den amtlichen Erläuterungen nicht thematisierten Substitutions-treiber, der die Fragmentierung der Online-Regulierung im GlüStV 2021 zum einen ganz grundsätzlich in Frage stellt. Zum anderen rückt die nachfrageseitige Substituierbarkeit zwischen verschiedenen Online-Glücksspielformen den Regulierungsausfall der Hälfte aller Bundesländer in ein besonders grelles Licht, so dass sich die staatsvertragliche Geschäftsgrundlagenfrage umso eindringlicher stellt: Anders als auf terrestrischen Glücksspielmärkten, wo etwa die Europäische Kommission seit dem Zusammenschlussfall Accor/Colony/Desseigne-Barrière/JV von einem eigenständigen sachlich relevanten Markt für die Glücksspiele in Spielbanken<sup>18</sup> mangels anderweitiger nachfrageseitiger Substituierbarkeit nach dem Bedarfsmarktkonzept<sup>19</sup> ausgeht, werden nutzerseitige Substitutionsbewegungen zwischen verschiedenen Online-Glücksspielformen, insbesondere zwischen virtuellen Automaten-spielen und Online-Casinospielen, die nur wenige Klicks voneinander entfernt sind, maßgeblich auch durch angebotsseitige Bewegungen in den Return To Player-Quoten (RTP) ausgelöst. Online-Märkte weisen nämlich eine besonders hohe, die nachfrageseitige Substituierbarkeit durch digitalisierte Preis- und Konditionenvergleichbarkeit auslösende Kreuzpreiselastizität auf (SSNIP-Test – Small but Significant and Nontransitory Increase in Price-Test<sup>20</sup>).

16 Erläuterungen zum Glücksspielstaatsvertrag 2021, S. 4 f.

17 Erläuterungen zum Glücksspielstaatsvertrag 2021, S. 7.

18 EU-Kommission, Entscheidung v. 4.6.2004, COMP/M.3373 – Accor/Colony/DesseigneBarrière/JV, Rn. 21.

19 Vgl. für Lotterien Bundeskartellamt, Beschlüsse v. 23.8.2006 – B 10-927 13-Kc-148/05, Rn. 190 und vom 29.11.2007 – B6-158-07, Rn. 109, 113, 115.

20 Der SSNIP-Test stellt nach der Bekanntmachung der Europäischen Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne

Der Regulierungsausfall durch Opt-in-Verweigerung der Hälfte aller Bundesländer, also die Verweigerung eines quantitativ und qualitativ ausreichenden Angebots, fördert nur noch weiter die Substitutionsmigration in (tatsächlich, vermeintlich oder subtil betrügerisch) RTP-attraktive, aber hochgefährliche Schwarzmärkte. Diese Substitutionsmigration wirkt nicht nur zulasten der in der anderen Länderhälfte zugelassenen, aber stark wettbewerbsreduzierten Online-Casinospiele, vielmehr durch nachfrageseitig aktivierte Anziehungskräfte (Netzwerkeffekte) der nur wenige Klicks benachbarten Schwarzmarktpfade auch zulasten der – im Vergleich zu Online-Casino – verhältnismäßig liberal regulierten virtuellen Automaten Spiele. Damit wird nicht nur die aufgrund der Fragmentierung in Erlaubnis- (für Sportwetten, Online-Poker und virtuelle Automaten Spiele nach § 4a), Monopol- (§ 22 c Abs. 1 S. 1 Nr. 1) und kontingentierende Konzessionsvorbehalte (§ 22 c Abs. 1 S. 1 Nr. 2) ohnehin fragile Statik der Online-Regulierung des GlüStV 2021 untergraben. Vielmehr wird die staatsvertragliche „Bedingung, dass die Dinge so eintreten“ (hier: das im gegenseitigen Vertrauen begründete Erwartungsgefüge, dass alle Bundesländer die für einen einigermaßen kohärenten Vollzug des GlüStV 2021 entscheidenden Opt-in-Regulierungsmaßnahmen auch tatsächlich umsetzen) – *clausula rebus sic stantibus* – herausgefordert.

Wenn § 1 S. 2 GlüStV 2021 den Ländern aufgibt, „differenzierte Maßnahmen für die einzelnen Glücksspielformen vor[zu]sehen, um deren spezifischen Sucht-, Betrugs-, Manipulations- und Kriminalitätsgefährdungspotentialen Rechnung zu tragen“, also um die Staatsvertragsziele überhaupt erreichen zu können, so wird als grundlegende Festlegung der konditionierten Umstände (Opt-in als *rebus sic stantibus*) im Sinne der *clausula* vorausgesetzt, dass die einzelnen Glücksspielformen – vor allem die für den Kanalisierungserfolg zentralen, da besonders kritischen Online-Formate – auch tatsächlich in regulierter, mithin legaler Form angeboten werden.<sup>21</sup>

Vor dem Hintergrund, dass das § 22 c-Opt-in als einer der zentralen Bausteine der Online-Regulierung des GlüStV 2021 das mühsam erreichte Kompromissergebnis im auf Einstimmigkeit ausgerichteten Verhandlungsprozess der Konferenz der Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder (Ministerpräsidentenkonferenz – MPK) bildet, in der jedes Land ein nur um den Preis eines gewissen qualitativen Regulierungsverzichts überwindbares Vetorecht hat, bedeutet die einstimmige Einigung auf § 22 c GlüStV 2021 nicht weniger als die Einigung auf die – die staatsvertragliche Geschäftsgrundlage bildende – Fundamentalposition, dass auch alle Länder, selbst wenn sie unterschiedliche Auffassungen zum „Wie“ vertreten, das Opt-in unbedingt aktivieren. Dies gilt umso mehr, als die staatsvertragliche Justierung des kleinsten gemeinsamen Nenners in § 22 c GlüStV 2021 angesichts der wenigen

des Wettbewerbsrechts, *ABl. Nr. C 372 v. 9.12.1997, 5 ff.*, Rn. 17, darauf ab, „ob die Kunden als Reaktion auf eine angenommene kleine, bleibende Erhöhung der relativen Preise (im Bereich zwischen 5 und 10 %) für die betreffenden Produkte und Gebiete auf leicht verfügbare Substitute ausweichen würden. Ist die Substitution so groß, dass durch den damit einhergehenden Absatzrückgang eine Preiserhöhung nicht mehr einträglich wäre, so werden in den sachlich und räumlich relevanten Markt so lange weitere Produkte und Gebiete einbezogen, bis kleine, dauerhafte Erhöhungen der relativen Preise einen Gewinn einbrächten“.

21 Hertwig, *ZfWG* 2022, 229, 230.

gemeinsamen Regelungszuständigkeiten der MPK zugleich auch nur wenige politische Koppeloptionen („Deals“) zwischen ganz verschiedenen Regelungsmaterien ermöglicht (z. B. mit rundfunkrechtlichen Kompromisslösungen).<sup>22</sup>

#### IV. Wegfall der staatsvertraglichen Geschäftsgrundlage unter dem Nachdruck des unionsrechtlichen Kohärenzgebotes?

Nun stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die ein Opt-in verweigernden Länder den Wegfall der staatsvertraglichen Geschäftsgrundlage unter dem Nachdruck des unionsrechtlichen Kohärenzgebotes riskieren.

##### 1. Anwendbarkeit der *clausula rebus sic stantibus* auf Staatsverträge

Nach der Rechtsprechung ist die *clausula rebus sic stantibus* im Sinne der Verlässlichkeit föderaler Kooperationen nur unter engen Ausnahmeveraussetzungen auf Staatsverträge der Bundesländer als – in den Grundsätzen des bundesfreundlichen Verhaltens und von Treu und Glauben sowie dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) verankerter – allgemeiner Rechtsgrundsatz grundsätzlich anwendbar. Dem folgt auch die Literatur.<sup>23</sup>

###### a) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Das BVerfG qualifiziert die *clausula rebus sic stantibus* im Staatsvertragsrecht als ungeschriebenen Bestandteil des Bundesverfassungsrechts<sup>24</sup> und verzichtet insofern auf eine (analoge) Anwendung des Völkervertragsrechts (Art. 62 WVRK<sup>25</sup>). Gleichwohl orientiert sich das Bundesverfassungsrecht bei der Ausgestaltung und Anwendung dieses Grundsatzes an den im Völkerrecht entwickelten Lösungsansätzen.<sup>26</sup>

In der Entscheidung Coburg<sup>27</sup> und anderen Folgeentscheidungen<sup>28</sup> betonte das BVerfG als Ausgangsprimat die hohe Bindungswirkung von Staatsverträgen im Lichte der besonderen Bedeutung der Vertragstreue im Bundesstaat. Als verfassungsrechtliche Ausnahme vom Grundsatz *pacta sunt servanda* begrenzt die *clausula rebus sic stantibus* diese Bindung insoweit, als auch unbeschränkt und vorbehaltlos eingegangene staatsvertragliche Verpflichtungen unter ihrem Vorbehalt stehen.<sup>29</sup> Ihr Anwendungsbereich ist jedoch eng begrenzt: „Nur wenn sich die Verhältnisse, die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestanden haben, mittlerweile grundlegend geändert haben und angesichts dieser Veränderung das Festhalten am Vertrag oder an einer Einzelvereinbarung innerhalb des Vertrags für den Verpflichteten unzumutbar geworden ist, ist Raum für seine Anwendung.“<sup>30</sup> Nach diesem Grundsatz setzt die Anwendung der *clausula* eine die Vertragsstatik grundlegend infrage stel-

22 Becker/Häusler/Spitze, ZfWG 2020, 102, 115.

23 Vgl. nur den Überblick bei Fiedler, Verwaltungsarchiv 67 (1976), 125 ff.

24 BVerfG, Urt. v. 30.1.1973 – 2 BvH 1/72 – BVerfGE 34, 216, 231 – Coburg.

25 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (WVRK) vom 23.5.1969, BGBl. 1985 II, 927 ff.

26 Gundel, GewArch 2023, 398, 400.

27 BVerfG, Urt. v. 30.1.1973 – 2 BvH 1/72 – BVerfGE 34, 216 – Coburg.

28 Vgl. nur BVerfG, Urt. v. 22.9.1976 – 2 BvH 1/74 – BVerfGE 42, 345 – Bad Pyrmont.

29 BVerfG, Urt. v. 30.1.1973 – 2 BvH 1/72 – BVerfGE 34, 216, 230 ff. – Coburg.

lende und unvorhersehbare Äquivalenzstörung voraus, die den betroffenen Vertragspartner unzumutbar belastet. „Weiche Gründe“ wie bloße politische Zweckmäßigkeitserwägungen oder finanzielle Mehrbelastungen genügen hierfür nicht.

Als primäre Rechtsfolge führt der Eintritt der *clausula* nicht zum Wegfall der vertraglichen Bindung. Vielmehr begründet sie zunächst die Pflicht der Vertragsparteien, auf eine Anpassung des Vertrages an die veränderten Verhältnisse hinzuwirken. Erst wenn eine inhaltliche Anpassung des Vertrages nicht möglich ist, kommt als *ultima ratio* ein angemessener finanzieller Ausgleich in Betracht. Dieser stellt weder Schadensersatz noch eine Entschädigung dar, sondern dient der Wahrung des Äquivalenzinteresses von Leistung und Gegenleistung unter den veränderten Umständen.<sup>31</sup>

#### *b) Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts*

Das BVerwG bestätigt die vom BVerfG entwickelte verfassungsrechtliche Einordnung der *clausula* als ungeschriebenen Grundsatz des Bundesverfassungsrechts.<sup>32</sup> Zugleich konkretisiert es in seiner Rechtsprechung zu Rundfunkstaatsverträgen – in Anlehnung an die Schließung von in Staatsverträgen enthaltenen Regelungslücken im Wege ergänzender Vertragsauslegung – die Rechtsfolge des Eingreifens dieser Ausnahme: Aufgabe der Gerichte sei es, „rechtsanwendend und nicht rechtssetzend zu bestimmen, was der unter der *clausula rebus sic stantibus* stehende Vertrag [...] vorgesehen haben würde, wenn die Parteien die Veränderung der Verhältnisse bei ihrer Vereinbarung vorhergesehen und berücksichtigt hätten.“<sup>33</sup>

## 2. Anwendung der *clausula* auf die Regulierungsverweigerung

Die Anwendungsvoraussetzungen der *clausula*,

1. wesentliche nicht vorhersehbare Änderung der dem Vertrag zugrunde gelegten Verhältnisse,
2. Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag und
3. keine automatische Vertragsaufhebung, sondern Vorrang der Vertragsanpassung,

sind hoch gezont. Fraglich ist, ob die dargelegten Kohärenzbrüche, welche die Hälfte aller Bundesländer aufgrund ihrer kanalisierungswidrigen Regulierungsverweigerung verursacht haben, diese Anwendungsschwellen überschreiten.

Die erste Voraussetzung einer wesentlichen nicht vorhersehbaren Änderung der zugrunde gelegten Verhältnisse kann angesichts der durch die Opt-in-Verweigerung nachträglich verursachten Verwerfungen in der Kohärenzstatik der Online-Regulierung des GlüStV 2021 als erfüllt angesehen werden. Dem als ein staatsvertragliches Kernregulierungssegment im gegenseitigen Vertrauen auf ein allseitiges Opt-in mit § 22 c Abs. 1 GlüStV 2021 mühsam erarbeiteten Kompromiss sollte nach dem gemeinsamen und ganz wesentlichen Verständnis beim Abschluss des GlüStV 2021 eine Schlüsselfunktion für die Erfüllung der staatsvertraglichen Regulierungsziele, insbesondere des Kanalisierungs-

30 BVerfG, Urt. v. 30.1.1973 – 2 BvH 1/72 – BVerfGE 34, 216, 232 – Coburg.

31 BVerfG, Urt. v. 22.9.1976 – 2 BvH 1/74 – BVerfGE 42, 345, 363 – Bad Pyrmont.

32 BVerwG, Urt. v. 9.7.1976 – VII A 1/76 – BVerwGE 50, 137, 145 ff.

33 BVerwG, Urt. v. 28.5.1980 – 7 A 2/79 – BVerwGE 60, 162, 190.

auftrags, zum kohärenten Vollzug des GlüStV 2021 zukommen. Die Verweigerung eines quantitativ und qualitativ ausreichenden legalen Angebots an Online-Casinospielen fördert die Substitutionsmigration in hochgefährliche Schwarzmärkte, da entgegen diesem Kanalisierungsverständnis aller Länder nunmehr die reduzierten (auf die Opt-in-Länder beschränkten) legalen Angebote verstärkt den Anziehungskräften, insbesondere höheren Netzwerkeffekten, von Schwarzmarktangeboten unterliegen. Damit wird die ohnehin fragil konstruierte Online-Regulierung des GlüStV 2021 grundlegend untergraben.

Hinsichtlich der zweiten Anwendungsvoraussetzung scheint indes eine Berufung auf die Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag seitens der Opt-in-Länder unwahrscheinlich. Dennoch könnte dieses vordergründige Anwendungshindernis unter dem Nachdruck des unionsrechtlichen Kohärenzgebotes überwunden werden.

Zum unionsrechtlich omnipräsenten, gleichwohl in seinen präzisen Konturen nach wie vor diskutierten (intra-sektoralen/sectorübergreifenden) Kohärenzgebot gibt es reichhaltige Darlegungen in Rechtsprechung und Literatur<sup>34</sup>, die hier aus Platzgründen nicht wiedergegeben werden. Die Essenz dieses Gebotes hat Generalanwalt Mengozzi in seinen Schlussanträgen zu den Rechtssachen Markus Stoß u. a. als einen „hypocrisy test“ auf den Punkt gebracht.<sup>35</sup> Danach ist es einem Mitgliedstaat – hier der Gesamtheit der Bundesländer – verwehrt, scheinheilig einen grob inkohärenten und systemwidrigen Zustand unter dem Deckmantel der „Rettung“ des GlüStV 2021 und seinen Regulierungszielen aufrechtzuerhalten, um in Wahrheit überwiegend fiskalische Staatsinteressen zu verfolgen. Angesichts der verursachten offensichtlichen Kohärenzbrüche besteht zumindest der sich aufdrängende Verdacht, dass ein Monoporentenschutz (einschließlich des Abgabenaufkommens) der staatlichen/staatlich beherrschten bzw. konzessionierten stationären Spielbanken vor Online-Wettbewerb in den Opt-in-verweigernden Ländern gedeckt werden soll.

Um einen solchen Fall zu überprüfen, verbindet der Gerichtshof die materielle Kohärenzkontrolle prozessual mit hohen mitgliedstaatlichen Nachweispflichten, „alle Umstände darzulegen, anhand deren dieses Gericht sich vergewissern kann, dass die Maßnahme tatsächlich den sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergebenden Anforderungen genügt“<sup>36</sup>. Die Beweislast trifft bei jeder Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit nach ständiger Rechtsprechung den Mitgliedsstaat.<sup>37</sup> Dabei versteht der Gerichtshof mitgliedstaatliche Nachweispflichten und Beweislast dynamisch. Nachweise der rechtfertigenden Sachlage sind *ratione temporis* nicht nur für das Erlassdatum der Beschränkungsregelung zu erbringen. Vielmehr erstreckt sich die mitgliedstaatliche Beweislast auf die nachfolgenden Entwicklungen, also darauf, ob diese gemessen an der Regelung fortlaufend dem Rechtfertigungsanliegen tatsächlich entsprechen.<sup>38</sup>

34 Vgl. nur Reichert, ZfWG 2021, 14 ff.

35 GA Mengozzi, Schlussantrag in der Rs. C-316/07 v. 4.3.2010 (Markus Stoß), Rn. 50.

36 EuGH, Urt. v. 30.4.2014 – C-390/12, ZfWG 2014, 292, 297, Rn. 50 – Pflieger u. a. mit weiteren Bezugnahmen auf die ständige Rechtsprechung, wie u. a. EuGH, Urt. v. 15.9.2011 – C-347/09, ZfWG 2011, 403, 409, Rn. 54 – Dickinger und Ömer.

37 EuGH, Urt. v. 14.6.2017 – C-685/15, ZfWG 2017, 382, 388, Rn. 50 – Online Games; EuGH, Urt. v. 30.4.2014 – C-390/12, ZfWG 2014, 292, 297, Rn. 52 – Pflieger u. a.

Angewandt auf die hiesigen Entwicklungen nach Inkrafttreten des GlüStV 2021 müssen sich die Opt-in-verweigernden Länder fragen lassen und plausibel nachweisen, was sie veranlasst hat, vertragsbrüchig in ihrem Hoheitsgebiet im Rechtszustand eines Totalverbotes für Online-Casinospiele zu verharren. War es die nachträgliche Erkenntnis eines mit § 22 c GlüStV 2021 kodifizierten schweren regulatorischen Fehlers? Dann aber wäre es aufrichtig und konsequent, den GlüStV 2021 zu kündigen (§ 35 Abs. 4) und auf Neuverhandlungen der Online-Regulierung zu drängen. Würde ein nationales Gericht in Anwendung der vom Gerichtshof aufgestellten mitgliedstaatlichen Nachweispflichten die in freier richterlicher Beweiswürdigung gebotene Gesamtbewertung aller Umstände vornehmen, so liegt die plausibelste Erklärung für das vertragsbrüchige „Durchwursteln“ der Opt-in-verweigernden Länder im Zustand eines Totalverbotes in ihren Hoheitsgebieten denklogisch in der Verfolgung fiskalischer Staatsinteressen, nämlich dem Monopolrentenschutz der staatlichen/staatlich beherrschten bzw. konzessionierten stationären Spielbanken vor Online-Wettbewerb und der Erhaltung des Spielbanken-Abgabenaufkommens. Andere Erklärungen sind rational nicht erkennbar und daher auch einem mitgliedstaatlichen Nachweis höchstwahrscheinlich nicht zugänglich.

Bleibt der gegenteilige mitgliedstaatliche Nachweis aus, kann ein dann als hypokritisch – in der gediegenen Gerichtssprache als „inkohärent“ – zu wertendes *venire contra factum proprium* gegen den fundamentalen staatsvertraglichen Einigungskern und seinen wahrhaft zu verfolgenden Regulierungszielen nur zum Kollaps der Kohärenzstatik der Online-Regulierung des GlüStV 2021, mithin zur unionsrechtlichen Unanwendbarkeit ebendieses Regulierungsregimes führen. Kraft unbedingten Anwendungsvorrangs des Unionsrechts tritt der Wegfall der staatsvertraglichen Geschäftsgrundlage selbst dann ein, wenn sich die Opt-in-Länder nicht auf die Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag berufen.

Die dritte Anwendungsvoraussetzung der *clausula* (Vorrang der Vertragsanpassung) ist unionsrechtskonform dahingehend auszulegen, dass der GlüStV 2021 zumindest so lange unanwendbar bleibt, als nicht alle Länder ein Opt-in vollzogen und in einem kohärenten landesgesetzlichen Rechtsrahmen umgesetzt sowie aufsichtsrechtlich aktiviert haben.

Nach allem zeigt sich hier der Webfehler im Zehnten Abschnitt des GlüStV 2021 (Übergangs- und Schlussbestimmungen), insbesondere beim Mechanismus seines Inkrafttretens bzw. seinen Beendigungsgründen (§ 35 Abs. 1 bzw. Abs. 4 bis 9). Indem diese Regelungen von dem Opt-in als staatsvertraglicher Kerneinigung vollständig entkoppelt worden sind, ist den Opt-in-verweigernden Ländern ein „Durchwursteln“ im Zustand eines Totalverbotes in ihren Hoheitsgebieten und eine Regulierungszersplitterung im Bundesgebiet erst ermöglicht worden.

## V. Rechtsfolgen für die Überwachungspraxis

Die aufgrund der Opt-in-Verweigerung verursachten Kohärenzbrüche bedingen unabhängig von einem Wegfall der staatsvertraglichen Geschäftsgrundlage jedenfalls Rechts-

38 EuGH, Urt. v. 30.6.2016 – C-464/15, ZfWG 2016, 329, 331, Rn. 35 f. – Admiral Casinos.

folgen für die Überwachungspraxis. Dies soll hier anhand des nach § 22 a Abs. 11 GlüStV 2021 virtuelle Automaten-spiele treffenden Bezeichnungsverbotes für die Verwendung der Begriffe „Casino“ oder „Casinospiele“ kurz skizziert werden. Dieses Bezeichnungsverbot soll das länderhoheitlich zu regulierende duale Zulassungsmodell nach § 22 c Abs. 1 GlüStV 2021 vor Online-Substitutionswettbewerb schützen.<sup>39</sup> Das Verbot soll die Abgrenzbarkeit der regulatorisch fragmentierten Online-Spielformen sichern, irriige Erwartungen („Casino-Charakter“) vermeiden und zusätzliche Spielanreize durch die Assoziation mit dem „Casinospiel“ unterbinden. Das Bezeichnungsverbot nach § 22 a Abs. 11 GlüStV 2021 kann ohne ein allseitiges Opt-in (§ 22 c Abs. 1 GlüStV 2021) isoliert nicht anwendbar sein, weil der akzessorisch kohärente Schutzgegenstand fehlt. Das Verbot schafft ein bundesweites inkohärentes und systemwidriges Schutzreservat für etwas, das „Große Spiel“, was es in seinem Gesamtgeltungsbereich gar nicht gibt.

An Verstöße gegen dieses Bezeichnungsverbot dürfen folglich auch keine Aufsichtsmaßnahmen wie Untersagungen (§ 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 GlüStV 2021), Erlaubnisversagungen wegen Unzuverlässigkeit etwa für virtuelle Automaten-spiele (im Rahmen der erweiterten Zuverlässigkeitsprüfung nach § 4a Abs. 1 Nr. 1 lit. d) GlüStV 2021) oder Payment-Blocking-Verfügungen (§ 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV 2021) anknüpfen. Denn dies ist mit dem von der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs in den Rechtssachen von *Placanica*<sup>40</sup> bis *Ince*<sup>41</sup> angeordneten, weitgefassten Sanktions- und Vollzugsverbot für unionsrechtswidrige Gesetzeslagen unvereinbar.

## Summary

*The paper shows that the refusal of numerous German Federal States to opt-in to online casino regulation (Sec. 22 c (1) of the Interstate Treaty on Gambling – GlüStV – 2021) has fatal legal consequences for the entire regulatory regime under the Interstate Treaty. Almost five years after the entry into force of the GlüStV 2021, half of all Federal States still have no state law implementation of Sec. 22 c (1) GlüStV, meaning that the lack of a state legal basis for the organization of online casino games in their territory amounts to a total ban. This violates the requirement to channel online casino games to legal and supervised offers (Sec. 1 sentence 1 no. 2 GlüStV 2021), as well as the regulatory task of the Federal States based on this requirement to ensure a sufficient supply of regulated online casino games in order to achieve the regulatory objectives of the Interstate Treaty (Sec. 10 (1) sentence 1 GlüStV 2021).*

*Firstly, in view of the core importance of channeling-appropriate regulation for online casino games, the question of a possible cessation of the Interstate Treaty basis (clausula rebus sic stantibus) as a result of the opt-in refusal is examined, with emphasis on the EU law coherence requirement. Secondly, the disproportionate inconsistencies caused by the refusal to opt-in and their legal consequences for administrative supervisory practice are briefly outlined, for example with regard to enforcement of the prohibition on*

39 Erläuterungen zum Glücksspielstaatsvertrag 2021, S. 7 ff.

40 EuGH, Urt. v. 6.3.2007 – C-338/04, C-359/04 und C-360/04, Rn. 69 – *Placanica* u. a.

41 EuGH, Urt. v. 4.2.2016 – C-336/14, Rn. 63 – *Ince*.

*the use of the terms „casino“ or „casino games“ for virtual slot machine games (Sec. 22 a (11) GlüStV 2021).*