

April 2018

13. Jahrg.

71732

Seite 81-200

ZfWVG

Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht
European Journal of Gambling Law

2

- 81 *Prof. Dr. Julian Krüper*
Rechtsanwendungsungleichheit im Bundesstaat
- 82 *Prof. Dr. Thomas Dünchheim*
Schwarze Lotteriewetten – Ein synthetisches Glücksspielprodukt und dessen rechtliche Determinanten
- 89 *Prof. Dr. Jens M. Schmittmann*
Update: Besteuerung von Umsätzen und Gewinnen aus Glücks- und Geschicklichkeitsspielen 2017
- 100 *Prof. Dr. Dr. Franz W. Peren*
Zertifizierungen im Glücksspielwesen – ordnungspolitische Voraussetzungen
- 105 *Dr. Jens Kalke und Christian Schütze*
Evaluation des Sozialkonzeptes einer Lotteriegesellschaft: Methodik und ausgewählte Ergebnisse
- 108 *Johannes Güldner*
Das Glücksspielrecht Singapurs
- 114 *Michael Scheyhing*
Lootboxen in Videospiele als separates Glücksspiel
- 120 *Robert Schippel*
Virtual Sports in der Bewertung des Glücksspielstaatsvertrages
- 124 **Kein grenzüberschreitender Sachverhalt bei Ausübung von Grundfreiheiten zwischen UK und Gibraltar**
EuGH, Beschl. v. 12.10.2017 – C-192/16 – Stephen Fisher u. a.
- 128 **Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Vorliegens einer technischen Vorschrift i. S. d. RL 98/34/EG**
EuGH, Ur. v. 20.12.2017 – C-255/16 – Bent Falbert u. a.
- 132 **Zur Auslegung des allgemeinen Vertrauensschutzgrundsatzes für den Bereich der Online-Glücksspiele**
EuGH, Ur. v. 20.12.2017 – C-322/16 – Global Starnet Ltd
- 139 **Internetverbot für zwei Glücksspielarten bestätigt**
BVerwG, Ur. v. 26.10.2017 – 8 C 14.16
- 145 **Internetverbot für drei Glücksspielarten bestätigt**
BVerwG, Ur. v. 26.10.2017 – 8 C 18.16
- 153 *Anmerkung von Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M., und Dr. Bernd Berberich*
Willkürliche Verletzung des Grundrechts auf den gesetzlichen Tatsachenrichter durch das Bundesverwaltungsgericht bei Bestätigung des Internetverbots?
- Sonderbeilage 2/2018:**
Dokumentation des Lottoüber-Kreuz-Gesprächs „Steuerflucht als Geschäftsmodell – Illegales Glücksspiel untergräbt das Gemeinwohl“

Herausgeber

Prof. Dr. Johannes Dietlein

Prof. Dr. Jörg Ennuschat

Prof. Dr. Ulrich Haltern, LL.M.

RA Dr. Manfred Hecker

Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M.

Schriftleiter

RiVG Dr. Felix B. Hüsken

So bestätigt sich einstweilen, was sich seit dem Inkrafttreten des GlüStV und mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ahnen ließ: Die Mangelhaftigkeit der landesrechtlichen Konkretisierungen des GlüStV, vor allem die fehlenden Maßstäbe für die notwendigen Auswahlentscheidungen und die fehlende Vereinheitlichung der Übergangsregime, schwächen die Rechtfertigungskraft jener Gemeinwohlbelange, deren Verwirklichung die Länder über den GlüStV gerade anstreben. Diesem Mangel ist kaum mit vordergründiger Kosmetik ministerieller Vollzugserlasse, son-

dern nur durch angemessene Gesetzgebung beizukommen. Die Länder müssen daher, spätestens wenn Beratungen über einen neuen GlüStV beginnen, auch die Beseitigung der rechtsstaatlichen Defizite der Spielhallenregulierung auf die Agenda setzen.

Prof. Dr. Julian Krüper, Bochum*

* Auf Seite III erfahren Sie mehr über den Autor.

Aufsätze

Prof. Dr. Thomas Dünchheim, Düsseldorf*

Schwarze Lotteriewetten – Ein synthetisches Glücksspielprodukt und dessen rechtliche Determinanten

Die Enthüllungen der Süddeutschen Zeitung im Zusammenhang mit den sog. Paradise Papers und die umfassende Berichterstattung hierzu¹ schärfen in Deutschland den Fokus auf den Umgang mit Online-Glücksspielen. Vor diesem Hintergrund beleuchtet dieser Beitrag die wesentlichen rechtlichen Implikationen des Spielmodells „schwarzer Lotteriewetten“. Dabei wird aufgezeigt, welche Konsequenzen sich aus dem Postulat der Illegalität derartiger Wetten, die zuweilen unzutreffenderweise als sog. „Zweitlotterien“ bezeichnet werden, ergeben.

I. Einleitung

Oftmals finden sich zur Zulässigkeit von Online-Glücksspielen brave bis naive Bezeichnungen wie „regulatorische Grauzone“² oder „nicht reguliertes Glücksspiel“.³ Mit dieser unklaren Semantik gehen ein Mangel an Geschlossenheit unter den Bundesländern bei der dynamischen Anpassung zwingend erforderlicher Regularien sowie ein massives Vollzugsdefizit bei den zuständigen Aufsichtsbehörden einher. Dieses – für Deutsche so ungewohnte – Durcheinander wird gekrönt von juristischen Stellungnahmen und Fachgutachten, die den Eindruck erwecken, wegen der Ince-Entscheidung des EuGH vom 4.2.2016⁴ zum Sportwettbereich sei heute jedweder nationale, glücksspielrechtliche Erlaubnisvorbehalt wegen Unionsrechtswidrigkeit unbeachtlich.⁵ Schiebt man dieses nebulös-diffuse Geflecht beiseite, so eröffnet sich der Blick auf das Wesentliche: Steueroasen bieten nach deutschem Recht illegalen Online-Glücksspielanbietern unsanktioniert den erforderlichen Rückzugsraum, zahlreiche Banken übernehmen die Finanztransfers im globalisierten Dschungel und die nationalen Behörden sind nicht wehrhaft und effizient genug,

dagegenzuhalten. Dabei ermöglicht § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GlüStV bereits jetzt das Unterbinden von Zahlungsströmen bei illegalem Glücksspiel durch sog. „Payment Blocking“. Auf der aktuellen „White List“ der Glücksspielaufsichtsbehörden sind klar und eindeutig die in Deutschland zugelassenen Lotterieveranstalter und Lotterievermittler zu erkennen.⁶ Nicht zuletzt die Gründe des Urteils des BVerwG vom 26.10.2017 betonen die unions- und verfassungskonforme Möglichkeit, das Internetverbot für Glücksspiele durchzusetzen.⁷

II. Das Spielmodell „Schwarzer Lotteriewetten“

Bei den „schwarzen Lotteriewetten“ ermöglicht ein im EU-Ausland, etwa in Gibraltar oder auf Malta, ansässiger Anbieter Wettkunden, online auf den „Ausgang der Ziehung der Gewinnzahlen“, zum Beispiel „6 aus 49“, zu wetten. Eine ausländische Vermittlergesellschaft nimmt Tipps von den Wettkunden auf und vermittelt diese an eine ausländische Buchmacher-Veranstaltergesellschaft, wobei beide Gesellschaften in die gleiche Konzernstruktur eingebunden sind. Die Buchmacher-Veranstaltergesellschaft verfügt über eine Glücksspiellizenz des betreffenden EU-Mitglied-

* Auf Seite III erfahren Sie mehr über den Autor.

1 Statt vieler: http://www.sueddeutsche.de/thema/Paradise_Papers

2 *Feuerhake*, DSRITB 2016, 773, 775.

3 Jahresreport 2015 der Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder, S. 11 ff.

4 EuGH, 4.2.2016 – C-336/14, ZfWG 2016, 115 ff. – Ince; hierzu *Dietlein/Peters*, ZfWG 2016, 78 ff.

5 Vgl. in diesem Sinne etwa *Hambach/Berberich*, ZfWG 2016, 299, 301 ff.; *Koenig*, ZfWG 2017, 335, 338 ff.

6 White List der Glücksspielaufsichtsbehörden, verfügbar unter: https://innen.hessen.de/sites/default/files/media/hmdis/white_list_2016.pdf (zuletzt besucht am 9.3.2018).

7 BVerwG, 26.10.2017 – 8 C 18.16, ZfWG 2018, 145, Rn. 28.

staates. Die Vermittlergesellschaft handelt namens und im Auftrag der Wettkunden. Die Buchmacher-Veranstaltergesellschaft legt die jeweiligen Gewinnchancen fest und übermittelt im Gewinnfalle die Gewinne an die Vermittlergesellschaft zur Weiterleitung an die Wettkunden. Die Ziehung der Gewinnzahlen erfolgt ausschließlich durch den Veranstalter der Primärlotterie – hier bei „6 aus 49“ durch die Landeslotteriegesellschaften. Die Gewinnhöhe richtet sich nach den für die jeweilige Ziehung veröffentlichten Gewinnquoten des Primärveranstalters. Die Internetserver, mit deren Hilfe die Vermittlergesellschaft und die Buchmacher-Veranstaltergesellschaft ihr Angebot online zur Verfügung stellen, befinden sich im betreffenden EU-Ausland. Abgesichert werden die Gewinnklassen nicht durch die Einnahmen aus einem „Lottotalisator“,⁸ sondern – sozusagen synthetisch – durch Rückversicherungen („Contractual Trust Arrangements- CTA“) oder Finanzmarktprodukte.

Zwischen dem Veranstalter der Primärlotterie und dem Wettkunden entsteht bei diesem Spielmodell kein Vertragsverhältnis und damit auch kein Gewinnanspruch des Wettkunden gegenüber dem Primärlotterieveranstalter, sondern lediglich ein Anspruch des Wettkunden gegenüber dem im EU-Ausland ansässigen Anbieter der Wette. Der Spieler nimmt also bei Lichte betrachtet an keiner Lotterie teil, sondern an einer Wette mit einem Dritten über das Ergebnis einer Lotterieziehung. Es ist daher terminologisch unzutreffend, in diesem Kontext von einer „schwarzen Lotterie“ zu sprechen. Korrekt ist vielmehr der Begriff der „schwarzen Wette“.⁹ Da diese Art der Wette auf ein Ereignis, hier konkret den Ausgang einer von den Landeslotteriegesellschaften veranstalteten Lotterie, in Deutschland per se nicht genehmigungsfähig ist (unter III.), ist die Wette immer illegal i. S. d. § 4 Abs. 4 GlüStV und mithin „schwarz“.

Insgesamt wird das Marktsegment „Wetten auf die Ziehungsergebnisse von Lotterien“ gemäß des Jahresreports 2014 der Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder auf einen Spieleinsatz von ca. 400 Mio. € (Bruttospielertrag: 200 Mio. €) geschätzt.¹⁰ Der Jahresreport 2015 weist sogar einen Bruttospielertrag von 248 Mio. € aus.¹¹ Die „schwarze Lotteriewette“ verfügt damit über einen Marktanteil von 11 % im sog. „unregulierten“ Markt.¹² Demgegenüber belief sich der Spieleinsatz der Landeslotteriegesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks (DLTB) im Jahr 2015 auf über 7,3 Mrd. €, von denen Abgaben i. H. v. 40 % den Zwecken des Gemeinwohls zugeführt wurden.¹³ Die Spieleinsätze aus „schwarzen Lotteriewetten“ werden an Standorten wie Gibraltar hingegen mit einem Prozent auf den Spieleinsatz besteuert. Ihr Gemeinwohlbetrag im Inland beträgt damit 0 €, könnte bei ordnungsgemäßer, theoretisch unterstellter Zuführung aber ca. 160 Mio. € betragen.

III. Glücksspielrechtliche Bewertung der „schwarzen Lotteriewette“

Ausgangspunkt für die glücksspielrechtliche Bewertung der „schwarzen Lotteriewette“ ist § 4 Abs. 4 GlüStV. Danach ist das Veranstalten und Vermitteln öffentlicher Glücksspiele im Internet verboten. Ausnahmen von diesem Verbot gelten allein für (staatliche) Lotterien (§ 4 Abs. 5 GlüStV), Sportwetten (§ 10a Abs. 4 GlüStV) sowie Pferdewetten

(§ 27 Abs. 2 GlüStV). Für die genannten Glücksspielarten kann eine Erlaubnis bzw. Konzession für die Veranstaltung und Vermittlung im Internet erteilt werden, wenn in materieller Hinsicht die Voraussetzungen des § 4 Abs. 5 GlüStV erfüllt sind. Hierzu zählen im Einzelnen die Gewährleistung des Jugendschutzes¹⁴, die Einhaltung eines Höchsteinsatzes pro Monat¹⁵, die Verhinderung besonderer Suchtanreize durch schnelle Wiederholung¹⁶, die Entwicklung eines Sozialkonzepts, das an die besonderen Bedingungen des Internets angepasst ist¹⁷ und ein Trennungsgebot von Wetten und Lotterien auf derselben Internetdomain¹⁸. Dieses generelle Internetverbot für Glücksspiele mit Erlaubnisvorbehalt ist nach der jüngsten Rechtsprechung des BVerwG verhältnismäßig und somit verfassungskonform: Zudem verstößt es nach Auffassung des BVerwG auch nicht gegen vorrangiges Unionsrecht¹⁹. Eine Entscheidung des EuGH in dieser Frage liegt noch nicht vor.

Entscheidend für die rechtliche Bewertung der „schwarzen Lotteriewette“ ist damit in erster Linie die Frage, ob sie als Lotterie im Sinne des § 4 Abs. 5 GlüStV grundsätzlich genehmigungsfähig wäre, oder ob es sich bei dieser Spielform um eine gesetzlich nicht vorgesehene Wette handelt²⁰. Sollte es sich bei ihr um eine gesetzlich nicht vorgesehene Wette handeln, unterfiele sie dem Verbot des § 4 Abs. 4 GlüStV und wäre von vornherein nicht erlaubnisfähig.

1. „Schwarze Lotteriewette“ keine Lotterie gem. § 4 Abs. 5 GlüStV

Die „schwarze Lotteriewette“ stellt keine Lotterie gem. § 4 Abs. 5 GlüStV, sondern eine nicht genehmigungsfähige Wette dar. Nach der Legaldefinition in § 3 Abs. 3 Satz 1 GlüStV ist eine Lotterie „ein Glücksspiel [...], bei dem einer Mehrzahl von Personen die Möglichkeit eröffnet wird, nach einem bestimmten Plan gegen ein bestimmtes Entgelt die Chance auf einen Geldgewinn zu erlangen“. Das BVerwG stellte in seiner Entscheidung vom 25.2.2015 apodiktisch fest, es handele sich bei diesem Glücksspiel

„um Wetten von Spielteilnehmern auf den Ausgang der Ziehung von Gewinnzahlen der von Mitgliedern des Deutschen Lotto- und Totoblocks veranstalteten Lotterien ‚Lotto 6 aus 49‘, ‚Spiel 77‘, ‚Super 6‘, ‚Glücksspirale‘, ‚Keno‘ und ‚Plus 5‘, der von ihr und europäischen Partnerlotterien veranstalteten Lotterie ‚Euromillions‘, der von der spanischen Staatslotterie veranstalteten ‚Loteria de navidad‘ und der von europäischen Lotterien veranstalteten Lotterie ‚Eurojackpot‘“.²¹

8 Zum Wesen und zur Funktionsweise eines „Lottotalisators“ siehe unter III. 1.

9 Vgl. OVG Hamburg, 9.3.2017 – 4 Bs 241/16, Rn. 28 nach juris.

10 Jahresreport 2014 der Glücksspielaufsichtsbehörden, S. 10.

11 Jahresreport 2015 der Glücksspielaufsichtsbehörden, S. 13.

12 Jahresreport 2015 der Glücksspielaufsichtsbehörden, S. 14.

13 *Ute*, ZfWG 2018, Sonderbeilage 1, 7.

14 § 4 Abs. 5 Nr. 1 GlüStV.

15 § 4 Abs. 5 Nr. 2 GlüStV.

16 § 4 Abs. 5 Nr. 3 GlüStV.

17 § 4 Abs. 5 Nr. 4 GlüStV.

18 § 4 Abs. 5 Nr. 5 GlüStV.

19 BVerwG, 26.10.2017 – 8 C 18.16, ZfWG 2018, 145, Rn. 30.

20 Eine Einordnung als Sport- bzw. Pferdewette kommt eindeutig nicht in Betracht.

21 BVerwG, 25.2.2015 – 8 B 36.14, ZfWG 2015, 227, Rn. 1; 230, Rn. 23.

Es fehlt am Erfordernis des „bestimmten Plans“: Dieser muss alle wesentlichen Spielregeln enthalten. Dazu gehören der Ablauf des Spiels, die Bedingungen der Teilnahme, mögliche Gewinne und Verluste und die Höhe des Einsatzes.²² Dabei ist „bestimmt“ nicht nur als Adjektiv dahingehend zu verstehen, dass der erforderliche Plan inhaltlichen Anforderungen an die Regelungstiefe genügen muss.²³

Die bisher ergangene verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung lehnt das Vorliegen eines „bestimmten Plans“ bei schwarzen Lotteriewetten ab²⁴: So betont das VG Ansbach in seiner Entscheidung vom 9.3.2016, dieses Merkmal beinhalte vielmehr in dem hier zugrunde liegenden Kontext gerade auch ein „Element der Zurechnung des betreffenden Planes zu dessen Urheber im Sinne einer Widmung.“²⁵ Für die Einordnung als Lotterie komme es maßgeblich darauf an, dass der Spielablauf einem Plan folgt, der gerade auch von dem Veranstalter der Lotterie einseitig und selbstständig vorgegeben ist.²⁶ Ein Glücksspiel ist also nicht schon dann eine Lotterie, wenn ein hinreichend detaillierter Spielplan vorliegt. Eine Lotterie liegt vielmehr nur dann vor, wenn der Veranstalter den Spielplan einseitig und selbstständig aufgestellt hat.²⁷

Die „schwarze Lotteriewette“ hat keinen solchen einseitig und selbstständig aufgestellten Spielplan: So betont das OVG Hamburg in seiner Entscheidung vom 9.3.2017 richtigerweise:

„Bei Wetten auf den Ausgang von Lotterien handelt es sich um Glücksspiel i. S. d. § 3 Abs. 1 Satz 1 GlüStV [...], wobei die Angebote als Wetten und nicht als Lotterien zu qualifizieren sind, da der Spielplan nicht vom Veranstalter aufgestellt wird [...], sondern der Gewinn oder der Verlust vom Ausgang einer anderen Lotterie abhängt [...].“²⁸

Die Entscheidung über Gewinn und Verlust muss demzufolge ausschließlich und unmittelbar vom Ausgang des konkreten Glücksspielangebots abhängen. Die „schwarze Lotteriewette“ ist indessen bloß an die staatliche Lotterie angelehnt. So können die im Ausland ansässigen Wettanbieter ohne Änderung der Rechtsnatur der angebotenen „schwarzen Lotteriewette“ nicht eigenständig über die Veränderungen oder den Fortbestand des Spielplans entscheiden. In diesem Zusammenhang stellte das VG Saarland zutreffend fest, Zweitlotterien seien „Wetten auf fremde Zahlen“.²⁹ Ein solches „Trittbrettfahrermodell“³⁰ wird aber von § 3 Abs. 3 S. 1 GlüStV gerade nicht vorgesehen.

Ein Spielplan setzt sich aus verschiedenen Regeln zusammen, die für eine Vergnügungstätigkeit zum reinen Zeitvertreib aufgestellt werden. Bei einer Wette hingegen kommt es nicht auf das Befolgen eines solchen Plans an, sondern das „Rechthaben“ in einem – gespielten – Meinungsstreit.³¹ Dabei besteht eine einzige Regel: Derjenige der Recht behält, gewinnt. So hat die „schwarze Lotteriewette“ zum Inhalt, dass der Wettkunde bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen ihm und dem Buchmacher über den Ausgang des Spiels einer Primärlotterie Recht behält. Die Parteien einer „schwarzen Wette“ stehen somit außerhalb des Spielplans.

Lotterien erfordern überdies ihrem Wesen nach stets die Existenz eines Totalisators³² und die Absicherung der aus-

zuschüttenden Gewinne durch diesen. Der Totalisator zeichnet sich – im Gegensatz zu synthetischen Glücksspielangeboten – dadurch aus, dass die an die Spielteilnehmer auszuschüttenden Gewinne abhängig sind von der Gesamtsumme der von diesen geleisteten Spieleinsätze. Aus der Gesamtsumme werden die einzelnen Gewinnquoten errechnet. Es handelt sich um ein Prinzip zur Festlegung von Quoten auf der Grundlage der Einsätze aller Spielteilnehmer.³³ Der den Spielteilnehmern als Gewinn zufließende Betrag ist somit (nach Einbehalt der staatlichen Abgaben von 40 % und nach Einbehalt des Veranstalters von 10 %) stets ein Teil der Einsatzsumme. Nach dem Totalisatorprinzip tragen weder der Veranstalter noch der Spielteilnehmer ein wirtschaftliches (Ausfall-)Risiko, da die Spieler nicht gegen den Veranstalter spielen, sondern gegeneinander, und der auszuschüttende Gewinn niemals höher sein kann, als der im Totalisator konkret eingespielte Betrag abzüglich der staatlichen Abgaben und des Einbehalts. Dies ist bei der „schwarzen Lotteriewette“ anders: Die Gewinnausschüttungshöhe ist an die staatliche Lotterie angelehnt, und zwar unabhängig von den eingegangenen Spieleinsätzen. Der Fall des „Gewinns“ wird auf der Grundlage finanzmathematischer Wahrscheinlichkeitsberechnungen synthetisch durch sog. Contractual Trust Arrangements (CTAs) oder andere Finanzmarktprodukte abgesichert. Als synthetisches Glücksspielprodukt ist die „schwarze Lotteriewette“ daher nicht mit einer Totalisatorbasierten Primärlotterie vergleichbar. Sie ist folglich nicht gemäß § 4 Abs. 5 GlüStV erlaubnisfähig, nach der derzeitigen Rechtslage also materiell illegal.

Die von *Koenig* vertretene Mindermeinung, der Wortlaut des § 3 Abs. 3 S. 1 GlüStV sehe keinen „autonomen“ oder „selbst erstellten“ Plan vor,³⁴ liegt neben der Sache und vermag nicht zu überzeugen. Der Begriff des „Plans“ setzt stets einen geistig-schöpferischen, zumindest technisch generierten Kurationsakt voraus. Hieraus ergibt sich zwingend das Erfordernis einer eigenständigen, autonomen Erstellung – alles andere wäre allenfalls die „Kopie eines Planes“, in der Praxis u. U. angereichert durch textliche Erläuterungen. Auch das systematische Argument, § 9 Abs. 5 GlüStV dürfe nicht auf aktuell angebotene Lotterieangebo-

22 *Dietlein/Hüsken*, in: *Dietlein/Hecker/Ruttig* (Hrsg.), *Glücksspielrecht*, Kommentar, 2. Aufl. 2013, § 3 Rn. 11; *Nolte*, in: *Becker/Hilf/Nolte/Uwer*, *Glücksspielregulierung*, Kommentar, 2017, § 3 GlüStV Rn. 42; *Hambach, Brenner*, in: *Streinz/Liesching/Hambach* (Hrsg.), *Glücks- und Gewinnspielrecht in den Medien*, Kommentar, 2014, § 287 StGB Rn. 9.

23 VG Ansbach, 27.9.2016 – AN 15 S 16.00448, Rn. 29 nach juris.

24 Vgl. OVG Hamburg, 9.3.2017 – 4 Bs 241/16, Rn. 28 nach juris; VG Saarland, 2.2.2017 – 6 K 2012/14, Rn. 40 nach juris; VG Ansbach, 27.9.2016 – AN 15 S 16.00448, Rn. 29 nach juris; VG Hannover, 5.7.2016 – 10 B 1065/16, n.v., S. 9.

25 VG Ansbach, 27.9.2016 – AN 15 S 16.00448, Rn. 29 nach juris

26 *Ibid.*

27 Vgl. VG Saarland, 2.2.2017 – 6 K 2012/14, Rn. 40 nach juris; a.A.: *Koenig*, *ZfWG* 2017, 335.

28 Vgl. OVG Hamburg, 9.3.2017 – 4 Bs 241/16, Rn. 28 nach juris.

29 VG Saarland, 2.2.2017 – 6 K 2012/14, Rn. 42 nach juris.

30 VG Saarland, 2.2.2017 – 6 L 1544/14, Rn. 43 nach juris.

31 Vgl. *Nolte*, in: *Becker/Hilf/Nolte/Uwer* (Hrsg.) (Fn. 22), § 3 GlüStV Rn. 20.

32 Vgl. *Krehl*, in: *Leipziger Kommentar zum StGB*, 12. Aufl. 2008, § 287 Rn. 4.

33 *Diegmann/Hoffmann/Ohlmann*, *Praxishandbuch für das gesamte Spielrecht*, 2008, Rn. 20.

34 *Koenig*, *ZfWG* 2017, 335 f.

te beschränkt werden, sondern könne auch neue Angebote, wie „Zweitlotterien“, erfassen, verfängt nicht: Es handelt sich bei den „schwarzen Lotteriewetten“ nicht um ein neues Lotterierprodukt, sondern um ein neues „Wettprodukt“. Überdies regelt § 9 Abs. 5 GlüStV lediglich die Fachbeiratspflichtigkeit neuer Glücksspielangebote im aufsichtsbehördlichen Kontext. Hierin liegt kein ausreichendes Substrat für eine systematische Auslegung des Lotteriebegriffs des § 3 Abs. 3 Satz 1 GlüStV. Das von *Koenig* angeführte „wirtschaftlich-teleologische Argument“ – ließe man einen solchen Auslegungstopos neben dem Vierklang von Wortlaut, Systematik, Telos und Historie überhaupt zu³⁵ – wäre, wenn überhaupt, an die Bundesländer mit Blick auf künftige Ausgestaltungen des GlüStV zu adressieren, betrifft jedoch nicht die Frage, ob es sich *de lege lata* bei der „schwarzen Lotteriewette“ um eine Lotterie im Sinne des GlüStV handelt.

2. Keine Genehmigungsfähigkeit „schwarzer Lotteriewetten“ nach § 4 Abs. 4 und 5 GlüStV

Selbst bei einer – falschen – Subsumtion der „schwarzen Lotteriewette“ als Lotterie unter § 4 Abs. 5 GlüStV bliebe es bei dem grundsätzlichen Verbot des § 4 Abs. 4 GlüStV. Von verschiedenen Seiten wurde immer wieder argumentiert, § 4 Abs. 4 und 5 GlüStV seien aufgrund des staatlichen Monopols für Lotterien verfassungs- und unionsrechtswidrig und dürften daher nicht angewendet werden.³⁶ Mit den Worten des OVG Hamburg ist dem zu entgegen, dass „im Bereich der sog. ‚Zweitlotterien‘ keine staatliche Monopolstellung“³⁷ besteht und auch die Anforderungen an das Erlaubnisverfahren kein faktisches Monopol implizieren.

Das System eines generellen Internetverbots mit Erlaubnisvorbehalt ist – wie das BVerwG mit seiner Entscheidung vom 26.10.2017 bestätigt hat – verfassungs- und unionsrechtskonform.³⁸ Es verfolgt verfassungs- und unionsrechtlich legitime Gemeinwohlziele, insbesondere den Jugendschutz sowie die Bekämpfung der Spielsucht und der Begleitkriminalität, wie betrügerische Manipulationen und Geldwäsche.³⁹ Die teilweise Lockerung des Verbots für Lotterien und bestimmte Wettarten hat lediglich das Ziel, den Schwarzmarkt zu bekämpfen und die Spiellust in kontrollierte Bahnen zu lenken.⁴⁰ Diese – eng zu verstehenden – Ausnahmen ändern jedoch nichts an der Legitimität, ein generelles Internetverbot aufrecht zu erhalten. Ein Verstoß gegen das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG – insbesondere mit Blick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – liegt nicht vor.⁴¹ Zudem ist es auch mit der unionsrechtlich gewährleisteten Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 f. AEUV) vereinbar. Unter Bezugnahme auf die Urteile des EuGH in den Sachen „Markus Stoß“⁴² und „Carmen Media“,⁴³ verweist das BVerwG zu Recht auf die Kompetenz der Mitgliedstaaten, das nationale Schutzniveau in Bezug auf Glücksspiele unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes selbst zu bestimmen.⁴⁴ Dabei wird das Kohärenzgebot nicht verletzt, da keine „Gesamtkohärenz“ gefordert wird, sondern lediglich verhindert werden soll, dass die Wirksamkeit der Verbote in Bezug auf andere Glücksspielbereiche konterkariert werden.⁴⁵ Kurzum: Mit Blick auf „schwarze Lotteriewetten“ geht das Argument der Unanwendbarkeit von § 4 Abs. 4 und 5 GlüStV ins Leere.

Schließlich wären „schwarze Lotteriewetten“ im Fall einer Subsumtion unter § 4 Abs. 5 GlüStV nur dann erlaubnisfähig, wenn sie die dort genannten materiellen Voraussetzungen erfüllten.⁴⁶ Dies hat die Rechtsprechung bereits in zahlreichen Fällen verneint.⁴⁷ So befand der VGH München, das erstinstanzliche Gericht habe zu Recht die materielle Illegalität der in Frage stehenden „Zweitlotterien“ angenommen, da der Ausschluss minderjähriger Spieler nicht sichergestellt war und weder die monatliche Einsatzhöchstgrenze von 1.000 € noch die Beachtung des Verbots schneller Spielwiederholung gewährleistet waren.⁴⁸ In einem ähnlichen Fall stellte das VG Ansbach einen Verstoß gegen das „Totalverbot“ der Teilnahme minderjähriger Spieler fest, sodass schon aus diesem Grund eine Erlaubnis für eine „Zweitlotterie“ nicht erteilt werden könnte.⁴⁹ Auch das VG Saarland urteilte in einem ähnlich gelagerten Fall, dass eine Veranstalterin von Zweitlotterien in mehrfacher Hinsicht die Vorgaben des § 4 Abs. 5 GlüStV verletzte.⁵⁰ Das Ermessen der Aufsichtsbehörden sei in einem solchen Fall auf Null reduziert gewesen, sodass eine Erlaubnis nicht hätte erteilt werden können.⁵¹

3. Irrelevanz der Glücksspiellizenz aus dem EU-Ausland

Nur der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass eine Glücksspiellizenz aus dem EU-Ausland nicht genügt, um eine Abweichung von dem zuvor skizzierten Verbot der Veranstaltung und Vermittlung öffentlicher Glücksspiele im Internet zu legitimieren. So existieren im Unionsrecht keine spezifischen sekundärrechtlichen Regelungen zum Glücksspielwesen. Es fehlt nach wie vor an einer unionsrechtlichen Harmonisierung.⁵² Die Richtlinie Nr.2006/123/

35 Vgl. hierzu etwa *Grundmann*, *RabelsZ* 61 (1997), 423, 424; *Grechenig/Gelter*, *RabelsZ* 72 (2008), 523 ff.; *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip. Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts*, 3. Aufl. 2005; *Lieth*, *Die ökonomische Analyse des Rechts im Spiegelbild klassischer Argumentationsstrukturen des Rechts und seiner Methodenlehre*, 2007.

36 *Koenig*, *ZfWG* 2017, 335; *Berberich*, *ZfWG* 2018, 61.

37 OVG Hamburg, 9.3.2017 – 4 Bs 241/16, Rn. 41 nach juris.

38 BVerwG, 26.10.2017 – 8 C 18.16, *ZfWG* 2018, 145, Rn. 30.

39 *Ibid.* Rn. 31.

40 Vgl. LT Drs. BW 15/1570, S. 53.

41 BVerwG, 26.10.2017 – 8 C 18.16, *ZfWG* 2018, 145, Rn. 34.

42 EuGH, 8.9.2010 – C-316/07 – Markus Stoß.

43 EuGH, 8.9.2010 – C-46/08 – Carmen Media.

44 BVerwG, 26.10.2017 – 8 C 18.16, *ZfWG* 2018, 145, Rn. 39.

45 BVerwG, 26.10.2017 – 8 C 18.16, *ZfWG* 2018, 145, Rn. 41 f.

46 Diese rechtlichen Grenzen gelten unabhängig von der Frage, ob das staatliche Lotteriemonopol (§ 10 Abs. 2, 3 und 6 GlüStV i. V. m. Art. 1 Abs. 3 AGGlüStV) und das Verbot des Vermitteln und Veranstaltens von Glücksspielen im Internet (§ 4 Abs. 4 GlüStV) bzw. die Werbung dafür (§ 5 Abs. 3 GlüStV) unionsrechtswidrig sind. Denn selbst bei Unionsrechtswidrigkeit wären präventive Kontrollmechanismen zulässig. Die Erlaubnisvoraussetzungen des § 4 Abs. 5 GlüStV sind folglich monopolunabhängig, vgl. BVerwG, 25.2.2015 – 8 B 36.14, *ZfWG* 2015, 227 = Rn. 23 nach juris, VG Ansbach, 27.9.2016 – AN 15 S 16.00448, Rn. 30 ff. nach juris.

47 Bayerischer VGH, 2.3.2017 – 10 CS 16.2149, *ZfWG* 2017, 276, 279 = Rn. 11 nach juris; VG Ansbach, 27.9.2016 – AN 15 S 16.00448, Rn. 30 ff. nach juris.

48 Bayerischer VGH, 2.3.2017 – 10 CS 16.2149, Rn. 4, 9 f. nach juris.

49 VG Ansbach, 27.9.2016 – AN 15 S 16.00448, Rn. 36 nach juris.

50 VG Saarland, 2.2.2017 – 6 K 2012/14, Rn. 101 nach juris.

51 VG Saarland, 2.2.2017 – 6 K 2012/14, Rn. 103 nach juris.

52 Vgl. *Makswit*, *Die Auswirkungen des Föderalismus im Glücksspielrecht*, 2015, S. 92; *Hilf/Umbach*, in: *Becker/Hilf/Nolte/Uwer* (Hrsg.) (Fn. 22), S. 926; *Dietlein*, in: *Dietlein/Hecker/Ruttig* (Hrsg.) (Fn. 22), Einf. Rn. 28. Diese Feststellung treffend auch EuGH, 8.7.2010 – C-447/08 u. a., Rn. 37 nach juris – Sjöberg.

EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt („Dienstleistungsrichtlinie“) nimmt „Glücksspiele, die einen geldwerten Einsatz verlangen, einschließlich Lotterien, Glücksspiele in Casinos und Wetten“ sogar explizit aus ihrem Anwendungsbereich aus.⁵³ Begründet wird dies mit der „spezifischen Natur dieser Tätigkeiten, die von Seiten der Mitgliedstaaten Politikansätze zum Schutz der öffentlichen Ordnung und zum Schutz der Verbraucher bedingen“.⁵⁴ Auch der EuGH geht davon aus, dass die Regelung der Glücksspiele zu den Bereichen gehört, „in denen beträchtliche sittliche, religiöse und kulturelle Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten bestehen“.⁵⁵

Die fehlende unionsrechtliche Harmonisierung des Glücksspielrechts hat zur Folge, dass das Unionsrecht keine gegenseitige Anerkennung mitgliedstaatlicher Glücksspielerlaubnisse vorsieht bzw. auch nicht vorsehen kann.⁵⁶ Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH ist es vielmehr

„Sache der einzelnen Mitgliedstaaten, in diesen Bereichen im Einklang mit ihrer eigenen Wertordnung zu beurteilen, welche Erfordernisse sich aus dem Schutz der betroffenen Interessen ergeben“.⁵⁷

Ein Mitgliedstaat darf auch von solchen Unternehmen die Einholung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis fordern, die bereits nach dem Recht eines anderen EU-Mitgliedstaates konzessioniert sind.⁵⁸ Er muss sich nicht auf die Anerkennung oder Überwachung der betreffenden Tätigkeiten durch die Behörden anderer Mitgliedstaaten verweisen lassen.⁵⁹ Eine Verpflichtung zur gegenseitigen Anerkennung der von Mitgliedstaaten erteilten Glücksspielkonzessionen hat der EuGH in seiner Entscheidung in der Rechtssache „Markus Stoß“ ausdrücklich abgelehnt.⁶⁰ Im Ergebnis kann also ein Veranstalter von „schwarzen Lottowetten“ nicht argumentieren, er verfüge über eine Erlaubnis in einem anderen EU-Mitgliedstaat und diese müsse in Deutschland anerkannt werden.

IV. Die fünf Dimensionen des illegalen Glücksspiels

Gelangt man zu dem unzweideutigen Ergebnis, dass „schwarze Lotteriewetten“ formell wie materiell illegal sind, zieht dies – kaskadenartig – schwerwiegende rechtliche Konsequenzen und Gefahrenpotentiale für den Veranstalter in fünf Rechtsdimensionen nach sich, und zwar dem öffentlichen Recht, dem Strafrecht, dem Zivilrecht, dem Lauterkeitsrecht und dem Steuerrecht.

1. Öffentliches Recht

Der Ausgangspunkt für die öffentlich-rechtliche Dimension illegaler „schwarzer Lotteriewetten“ ist das Verbot, öffentliche Glücksspiele im Internet ohne Erlaubnis zu veranstalten oder zu vermitteln, § 4 Abs. 4 GlüStV. Stellt die zuständige Aufsichtsbehörde des jeweiligen Bundeslandes illegales Glücksspiel fest, kann sie gemäß § 9 Abs. 1 Satz 2 GlüStV „die erforderlichen Anordnungen im Einzelfall“ erlassen. Bei den „schwarzen Lotteriewetten“ handelt es sich zwar um Glücksspiel i. S. d. § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV,⁶¹ sie sind jedoch, wie dargestellt, nicht erlaubnisfähig. Somit ist ihre Veranstaltung auf in Deutschland abrufbaren Internetseiten verboten und die zuständigen Aufsichtsbehörden sind ermächtigt und im Sinne intendierten Ermessens im Regelfall

angehalten und verpflichtet, gemäß § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 GlüStV Untersagungsverfügungen zu erlassen. Selbst wenn man „schwarze Lotteriewetten“ unzutreffenderweise als Lotterien einstufen würde, änderte sich der Befund nicht: Das Spielangebot genügt *offensichtlich*⁶² nicht den übrigen materiellen Erlaubnisvoraussetzungen des § 4 Abs. 5 GlüStV, sodass in jedem Falle aufsichtsbehördliches Einschreiten geboten ist.⁶³

2. Strafrecht

Verbotenes Glücksspiel ist gemäß §§ 284–287 StGB strafbewehrt. Der Begriff des Glücksspiels wird im öffentlichen Recht und im Strafrecht einheitlich verwendet.⁶⁴ Unter das verbotene Glücksspiel i. S. d. § 284 StGB fallen sämtliche Formen des illegalen Glücksspiels und Wetten, mit Ausnahme von Lotterien, für die ein eigener Straftatbestand in § 287 StGB besteht.⁶⁵ Die Abgrenzung zwischen den beiden Tatbeständen ist insbesondere für die Beteiligung an illegalem Glücksspiel relevant: Während § 285 StGB die Beteiligung an unerlaubtem Glücksspiel i. S. d. § 284 StGB unter Strafe stellt, ist die Beteiligung an illegalen Lotterien nicht strafbewehrt.⁶⁶ Die Beteiligung erfasst die Teilnahme als Spieler, also die Möglichkeit, beim Glücksspiel zu gewinnen oder zu verlieren.⁶⁷ Ein Anbieter nicht erlaubnisfähiger und daher illegaler „schwarzer Lotteriewetten“ macht sich gemäß § 284 Abs. 1 StGB strafbar. Dabei gilt auch hier, dass eine nach dem Recht eines anderen EU-Mitgliedstaates erteilte Genehmigung irrelevant ist.⁶⁸ Der vorsätzlich handelnde Mitspieler⁶⁹ macht sich potentiell nach § 285 StGB strafbar. Er muss allerdings alle Umstände kennen, die das Spiel zu einem illegalen Glücksspiel machen.⁷⁰ Ein besonders scharfes Schwert der Strafverfolgungsbehörden liefert die Ermächtigung zur „Einziehung“ des Spiel-

53 Vgl. § 2 Abs. 2 Nr. h) der Dienstleistungsrichtlinie.

54 Vgl. Erwägungsgrund 25 der Dienstleistungsrichtlinie.

55 Vgl. EuGH, 8.9.2009 – C-42/07, Rn. 57 nach juris m. w. N. – Liga Portuguesa.

56 Vgl. Dietlein, in: Dietlein/Hecker/Ruttig (Hrsg.) (Fn. 22), Einf. Rn. 29; OVG Rheinland-Pfalz, 28.9.2006 – 6 B 10895/06, Rn. 11 nach juris m. w. N.

57 Vgl. EuGH, 8.9.2009 – C-42/07, Rn. 57 nach juris m. w. N. – Liga Portuguesa.

58 Vgl. Dietlein, in: Dietlein/Hecker/Ruttig (Hrsg.) (Fn. 22), Einf. Rn. 29.

59 Vgl. EuGH, 15.9.2011 – C-347/09, Rn. 96 nach juris – Dickinger & Ömer.

60 Vgl. EuGH, 8.9.2010 – C-316/07 u. a., Rn. 112 nach juris – Markus Stoß.

61 BVerwG, 25.2.2015 – 8 B 36.14, Rn. 23 nach juris.

62 Vgl. hierzu BVerwG, 16.5.2013 – 8 C 14.12, BVerwGE 146, 303, 322; 25.2.2015 – 8 B 36.14, ZfWG 2015, 227 = Rn. 13 nach juris; 26.10.2017 – 8 C 18.16, ZfWG 2018, 145, Rn. 29.

63 Vgl. OVG Hamburg, 9.3.2017 – 4 Bs 241/16, Rn. 38 nach juris.

64 Bolay/Pfütze, in: Streinz/Liesching/Hambach (Hrsg.) (Fn. 22), § 3 GlüStV Rn. 2 ff.

65 Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2014, § 284 Rn. 4; Hambach/Liesching, in: Streinz/Liesching/Hambach (Hrsg.) (Fn. 22), § 284 StGB Rn. 24 f.

66 Gaede, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), StGB Kommentar, 5. Aufl. 2017, § 285 Rn. 2; Hambach/Brenner, in: Streinz/Liesching/Hambach (Hrsg.) (Fn. 22), § 285 StGB Rn. 2; Hohmann, in: MüKo StGB, 2. Aufl. 2014, § 285 StGB Rn. 4.

67 Heger, in: Lackner/Kühl (Fn. 65), § 285 Rn. 1; Feilcke/Hollering, in: BeckOK StGB, 37. Ed. 1.2.2018, § 285 Rn. 4.

68 Gaede, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.) (Fn. 66), § 284 Rn. 22.

69 Vgl. Heine/Hecker, in: Schönke/Schröder StGB, 29. Aufl. 2014, § 285 Rn. 4; Hohmann, in: MüKo StGB (Fn. 66), § 285 StGB Rn. 12.

70 Fischer, StGB, 60. Aufl. 2013, § 286 Rn. 5; Putzke, in: Becker/Hilf/Nolte/Uwer (Hrsg.) (Fn. 22), § 285 StGB Rn. 6.

einsatzes: Nach § 286 Abs. 2 StGB dürfen bei Handlungen i. S. d. § 284 und 285 StGB „Spieleinrichtungen und das auf dem Spieltisch oder in der Bank vorgefundene Geld“ eingezogen werden. Hierbei gilt das Bruttoprinzip – die Einziehung umfasst die vollständigen Spieleinsätze ohne Berücksichtigung etwaiger Aufwendungen oder Ansprüche Dritter.⁷¹ Da sich der Wortlaut des § 286 Abs. 2 StGB explizit auf Spieleinrichtungen in einer Spielbank bezieht, liegt zwar eine Erstreckung dieses Sondertatbestandes auf „schwarze Lotteriewetten“ aufgrund des strafrechtlichen Analogieverbotes fern.⁷² Es greift indessen der allgemeine Einziehungstatbestand des § 74 StGB: Zwar ist beim Glücksspiel gewonnenes Geld kein Gegenstand, der durch die Tat hervorgebracht wurde (sog. *producta sceleris*),⁷³ jedoch ist das für das Glücksspiel bestimmte Geld als solches einziehungsfähig.⁷⁴

3. Zivilrecht

„Schwarze Lotteriewetten“ liegen Verträge über illegales Glücksspiel zwischen den Veranstaltern und den Wettkunden zugrunde, die gegen die gesetzlichen Verbote der § 4 Abs. 4 GlüStV und §§ 284, 285 StGB verstoßen. Sie sind daher gemäß § 134 Abs. 1 BGB nichtig.⁷⁵ Die Rückforderung rechtsgrundlos erbrachter Leistungen bemisst sich in solchen Fällen nach allgemeinem Bereicherungsrecht.⁷⁶ Zwar hat nach § 817 S. 1 BGB der Leistende ein Rückforderungsrecht, wenn nur der Empfänger der Leistung gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. Jedoch schließt § 817 S. 2 BGB die Rückforderung einer rechtsgrundlos erbrachten Leistung bei einem Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot aus, wenn auch dem Leistenden ein solcher Verstoß zur Last fällt.⁷⁷ Bei den „illegalen Lotteriewetten“ verstoßen im Regelfall beide Parteien gegen das gesetzliche Verbot illegalen Glücksspiels gem. § 4 Abs. 4 GlüStV. Insbesondere §§ 284, 285 StGB können in diesem Fall bewirken, dass die erbrachten Leistungen nicht zurückverlangt werden können.⁷⁸

4. Lauterkeitsrecht

Das Lauterkeitsrecht ermöglicht den staatlichen Lotteriegesellschaften als Wettbewerbern, die Veranstalter „schwarzer Lotteriewetten“ vor den Zivilgerichten wegen unlauteren Verhaltens anzugreifen. Nach § 3a UWG handelt unlauter, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwider handelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln, und der Verstoß geeignet ist, die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern spürbar zu beeinträchtigen. Die Vorschriften des Glücksspielrechts sind solche den Verbraucher schützenden, das Marktverhalten regulierenden Vorschriften.⁷⁹ So führt der BGH in seinem Urteil vom 28.9.2011 zum Internetverbot von Glücksspielen wörtlich aus:

„Dieses Verbot, das unmittelbar die Vertriebswege für Glücksspiele beschränkt, ist eine Marktverhaltensregelung [...]. Das Verbot des § 4 Abs. 4 GlüStV richtet sich auch nicht nur an die in § 10 GlüStV genannten Anbieter, mit denen die Länder ihre Aufgabe erfüllen, ein ausreichendes Glücksspielangebot sicherzustellen,

sondern an jeden Anbieter und Vermittler öffentlicher Glücksspiele im Sinne von § 2 GlüStV.“⁸⁰

Ein Verstoß gegen die Vorschriften des GlüStV ist in der Regel auch geeignet, spürbare Beeinträchtigungen für die Interessen von Verbrauchern oder Mitbewerbern hervorzurufen.⁸¹ Die bloße Eignung zur Beeinträchtigung reicht bereits aus – eine tatsächliche Beeinträchtigung muss nicht nachgewiesen werden.⁸² Dass zwischen den staatlichen Lotteriegesellschaften und den Veranstaltern „schwarzer Lotteriewetten“ ein konkretes Wettbewerbsverhältnis im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG besteht,⁸³ kann nicht ernsthaft in Frage gestellt werden. Im sog. Sportwettenfall, in dem die staatliche Lotteriegesellschaft des Landes Nordrhein-Westfalen gegen einen privaten Anbieter von Sportwetten mit Sitz in Gibraltar klagte, stellte der BGH in seinem Urteil vom 28.9.2011 diesbezüglich fest:

„Gleichartigkeit von Dienstleistungen setzt keine Gleichheit voraus. Für die Gleichartigkeit reicht es aus, dass beide Parteien entgeltlich Spiele anbieten, bei denen die Aussicht auf einen Gewinn jedenfalls maßgeblich vom Glück des Spielers abhängig ist.“⁸⁴

Die Rechtsfolgen unlauteren Handelns gem. § 3a UWG ergeben sich aus §§ 8–10 UWG.⁸⁵ Neben der Klage auf Unterlassung und der Beantragung einstweiligen Rechtsschutzes durch den angreifenden Wettbewerber können Verbände i. S. d. § 8 Abs. 3 Ziff. 2–4 UWG, z. B. die Wettbewerbszentrale, Verbraucherverbände und Industrie- und Handelskammern, Veranstalter „schwarzer Lotteriewetten“ gemäß

71 *Odenthal*, NStZ 2006, 14.

72 Vgl. *Hambach/Brenner*, in: Streinz/Liesching/Hambach (Hrsg.) (Fn. 22), 2014, § 287 Rn. 5.

73 *Eser*, in: Schönke/Schröder StGB (Fn. 69), § 74 Rn. 8.

74 *Fischer* (Fn. 69), § 74 Rn. 8.

75 Vgl. *Sprau*, in: Palandt, BGB, 76. Aufl. 2017, § 817 Rn. 9; *Habersack*, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2017, § 762 BGB Rn. 14; *Janoschek*, in: BeckOK BGB, 44. Ed. 1.11.2017, § 762 Rn. 17; *Vossler*, in: BeckOGK BGB, § 134 Rn. 219; a. A.: *Armbrüster*, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2015, § 134 Rn. 101.

76 *Stadler*, in: Jauernig, BGB, Kommentar, 16. Aufl. 2015, § 762 Rn. 10.

77 *Sprau*, in: Palandt (Fn. 75), § 817 Rn. 11; *Schwab*, in: MüKo BGB (Fn. 77), § 817 Rn. 1.

78 *Sprau*, in: Palandt (Fn. 75), § 762 Rn. 9; *Habersack*, in: MüKo BGB (Fn. 77), § 762 BGB Rn. 24; *Janoschek* in: BeckOK BGB (Fn. 74), § 762 Rn. 18; *Fitzmeyer/Rinderle*, CR 2003, 599, 605. § 762 BGB sieht ferner ausdrücklich vor, dass Glücksspiel und Wetten keine Verbindlichkeit begründen (Satz 1) und Leistungen aufgrund eines Spiels oder einer Wette nicht deshalb zurückgefordert werden können, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat (Satz 2). Eine Ausnahme hiervon besteht nur für staatlich genehmigte Lotterie- und Ausspielverträge gemäß § 763 BGB. Da die „schwarzen Lotteriewetten“ weder eine Lotterie i. S. d. § 763 BGB darstellen, noch genehmigungsfähig sind, käme von vornherein lediglich § 762 BGB in Betracht. Allerdings ist im Regelfall von der Nichtigkeit der „schwarzen Lotteriewette“, mit den soeben dargestellten Folgen, auszugehen. Insofern hat § 762 bei illegalem Glücksspiel keine praktische Bedeutung.

79 *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 36. Aufl. 2018, § 3a Rn. 1.245 f.; v. *Jagow*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG Kommentar, 4. Aufl. 2016, § 3a Rn. 93.

80 BGH, 28.9.2011 – IZR 93/10, GRUR 2012, 201, Rn. 24 f. – Poker im Internet.

81 *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 79), § 3a Rn. 1.245; s. auch: *Hettich*, in: Streinz/Liesching/Hambach (Hrsg.) (Fn. 22), § 4 UWG Rn. 47. Dass die „schwarzen Lotteriewetten“ auf dem Markt spürbare Folgen verursachen, dürfte bereits nach der Darstellung des Umsatzvolumens (unter Ziffer II) ersichtlich sein.

82 *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 79), § 3a Rn. 1.97.

83 Vgl. hierzu im Einzelnen BGH, 29.4.2010 – IZR 99/08, GRUR 2011, 82, Rn. 19; *Bähr*, in: MüKo Lauterkeitsrecht, 2. Aufl. 2014, § 2 UWG Rn. 233, *Sosnitza*, in: Ohly, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 7. Aufl. 2016, Rn. 58.

84 BGH, 28.9.2011 – IZR 93/10, Rn. 20 nach juris.

85 *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 79), § 8 Rn. 1.1.

§ 10 Abs. 1 UWG auf *Gewinnabschöpfung*, d. h. auf Herausgabe des Gewinns an den Bundeshaushalt in Anspruch nehmen.⁸⁶ Auch der Bundesverband der deutschen Glücksspielunternehmen e. V. (BDGU), der gemäß seiner Internetseite seine Mitglieder bei der Erfüllung ihres Auftrages, ein legales ausreichendes Glücksspielangebot in den Bundesländern sicherzustellen, unterstützte, ist ein solcher Verband i. S. d. § 8 Abs. 3 Ziff. 2 UWG.⁸⁷ Ziel des Handelns des BDGU ist u. a. die „Verhinderung des Ausweichens auf illegale Angebote“.

5. Steuerrecht

Die fünfte Dimension illegalen Glücksspiels bildet das Steuerrecht, d. h. die Frage, wie die Steuerbehörden die illegale Wette im Inland behandeln müssen. Dass das Angebot von „Wetten auf die Ziehungsergebnisse der staatlichen Lotteriegesellschaften über das Internet an in Deutschland ansässige Verbraucher“ gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG in Deutschland umsatzsteuerbar ist, liegt nach dem Vorausgesetzten auf der Hand: Die gewinnorientiert tätigen Wettanbieter sind Unternehmen i. S. d. § 2 Abs. 1 S. 1 UStG. Sie bieten eine Wette und damit eine sonstige Leistung i. S. d. § 3 Abs. 9 S. 1 UStG im Inland an. Bei Internetdienstleistungen ist gemäß § 3a Abs. 5 UStG der Leistungsort stets der Ort, an dem der Endverbraucher seinen Sitz, Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hat, also hier zweifelsohne Deutschland.

Die vorrangigen Steuertatbestände des RWLG sind nicht einschlägig, sodass gemäß § 4 Nr. 9 lit. b) Satz 1 UStG keine Umsatzsteuerbefreiung in Betracht kommt. Eine Lotterie i. S. d. § 17 Abs. 1 RWLG, der hinsichtlich des Lotteriebegriffs mit § 3 Abs. 3 Satz 1 GlüStV deckungsgleich ist, liegt nicht vor. Sie findet auch nicht „im Inland statt“, da dies aufgrund des Wortlautes und der Systematik des § 17 RWLG stets nur der Ort der Gewinnquotenermittlung und Gewinnidentifizierung sein kann. Ferner ist eine Sportwette i. S. d. § 17 Abs. 2 RWLG ebenso auszuschließen wie Lose oder Ausweise über Spieleinlagen gemäß §§ 21 Abs. 1 RWLG.

Es bleibt am Ende lediglich die Frage zu stellen, ob Bemessungsgrundlage der Umsatzsteuer der Spieleinsatz oder der Bruttospielertrag ist. Nach § 10 Abs. 1 S. 1 UStG ist Bemessungsgrundlage das „Entgelt“, mithin der vom Spieler aufgewandte Spieleinsatz, nicht der Bruttospielertrag. So spricht die Kurzinformation des Finanzministeriums Schleswig-Holstein vom 6. Dezember 2017 eine klare Sprache:

„Bei Umsätzen von Online Glücksspielanbietern, bei denen diese kein wirtschaftliches Spielrisiko tragen und nur für die Spieldurchführung verantwortlich sind [...] ist die umsatzsteuerliche Bemessungsgrundlage nach der vom Spieler zu leistenden Spielgebühr [scil: also dem Spieleinsatz] zu bemessen.“⁸⁸

V. Fazit

1. Schwarze Lotteriewetten basieren nicht auf einem autonomen Spielplan und stellen damit keine Lotterie dar. Sie sind somit formell wie materiell illegal.

2. Öffentlich-rechtlich sind „schwarze Lotteriewetten“ gemäß § 9 Abs. 1 S. 2, S. 3 Nr. 3 GlüStV von den Aufsichtsbehörden regelmäßig zu untersagen.
3. Strafrechtlich erfüllen Veranstalter „schwarzer Lotteriewetten“ den Straftatbestand des § 284 StGB sowie auch Wettkunden potentiell den Straftatbestand des § 285 StGB. Die Strafverfolgungsbehörden sind ermächtigt, die Spieleinsätze gemäß § 286 StGB nach dem Bruttoprinzip einzuziehen.
4. Zivilrechtlich haben Wettkunden keinen harten Anspruch auf Gewinnauskehrung.
5. Lauterkeitsrechtlich könnten staatliche Lotteriegesellschaften gemäß § 3a UWG das Spielangebot der „schwarze Lotteriewette“ angreifen und vor den Zivilgerichten auf Unterlassung klagen; gemäß § 10 UWG kann der BDGU die Gewinnabschöpfung zugunsten des Bundeshaushalts verlangen und gerichtlich durchsetzen.
6. Steuerrechtlich sind schwarze Wetten nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG steuerbare Umsätze, wobei Bemessungsgrundlage der Bruttospielertrag ist. Aufgrund des Vollzugsdefizits entgehen dem deutschen Fiskus jährlich ca. 76 Mio. € Umsatzsteuer und die Anbieter „schwarzer Lotteriewetten“ ersparen sich derzeit rund 39% staatlicher Abgaben.

Summary

“Lotto betting” is enjoying ever growing popularity. However, the current legal situation regarding lotto betting in Germany allows the conclusion that it is not permitted: Lotto bets are not based on an autonomous game plan and are therefore not a lottery. Thus, they are unlawful on procedural and substantive grounds. With regard to public law, lotto betting has to be forbidden by the supervisory authority in accordance with section 9 para. 1 sentence 2, sentence 3 no. 3 of the German Gambling Treaty (GlüStV). In respect of criminal law, lotto betting constitutes a criminal offence pursuant to sections 284, 285 of the German Criminal Code (StGB) and thus, prosecution authorities are able to collect the stake in accordance with the gross principle (pursuant to section 286 of the German Criminal Code). Concerning civil law, the gambler is not entitled to claim the winnings payment. Regarding fair trading law, competitors could attack lotto betting in accordance with section 3a of the German Fair Trade Practices Act (UWG). Competitors could also demand (and ultimately enforce) the skim profits in favour of the federal budget. Lastly, with respect to tax law, lotto bets are taxable revenues pursuant to section 1 para. 1 no. 1 of the German Turnover Tax Law (UStG).

86 Mitbewerber sind ausdrücklich vom Anwendungsbereich dieser Vorschrift ausgenommen, vgl. BT Drs. 15/1487, S. 24.

87 Vgl. zum Verbandsbegriff im Einzelnen: Micklitz, in: MüKo Lauterkeitsrecht (Fn. 83), § 10 UWG Rn. 64.

88 FM Schleswig-Holstein VI 3510-S 7200-680; USt-Kurzinformation Nr. 2017/07.