



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 42/19

Verkündet am:
7. November 2019
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Sportwetten in Gaststätten

SpielV § 3 Abs. 1 Satz 1; GlüStV § 21 Abs. 2

- a) Sportwett-Terminals sind keine Geldspielgeräte im Sinne von § 3 Abs. 1 Satz 1 SpielV.
- b) Die Vorschrift des § 21 Abs. 2 GlüStV ist nicht entsprechend auf die Vermittlung von Sportwetten in Gaststätten anzuwenden.

BGH, Urteil vom 7. November 2019 - I ZR 42/19 - OLG München
LG Kempten

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. November 2019 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Koch, die Richter Prof. Dr. Kirchhoff, Dr. Löffler, die Richterinnen Dr. Schwonke und Pohl

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des Oberlandesgerichts München - 6. Zivilsenat - vom 31. Januar 2019 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Beklagte betreibt in K. eine gewerberechtlich angemeldete Schank- und Speisewirtschaft unter der Bezeichnung "S. Café", in der sich drei Geldspielautomaten und neun Sportwett-Terminals befinden. Der Kläger bringt vor, diese seien innerhalb derselben Räumlichkeiten der Gaststätte aufgestellt oder angebracht.

- 2 Der Kläger beanstandet dies als Wettbewerbsverstoß, weil die gleichzeitige Aufstellung von Geldspielgeräten und Sportwett-Terminals innerhalb derselben Räumlichkeiten einer Gaststätte nach § 21 Abs. 2 des Staatsvertrags zum Glückspielwesen in Deutschland vom 15. Dezember 2011 (GlüStV) verboten sei und es sich bei dieser Bestimmung um eine Marktverhaltensregelung im Sinne von § 3a UWG handele.

3 Nach erfolgloser Abmahnung hat der Kläger zuletzt beantragt,

die Beklagte unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu verurteilen, es zu unterlassen, innerhalb derselben Räumlichkeiten gleichzeitig sowohl Geldspielgeräte als auch Wettautomaten aufzustellen und/oder aufgestellt zu haben und/oder zu betreiben und/oder dies durch Dritte zuzulassen, wenn dies geschieht wie am 12. Mai 2017 zwischen 10.30 Uhr und 11.00 Uhr.

4 Ferner begehrt er den Ersatz von Abmahnkosten in Höhe von 1.242,84 €, weitere 5 € für die Einholung einer Gewerbeauskunft sowie 111,71 € für Aufwendungen zur Beauftragung eines Privatdetektivs, jeweils zuzüglich Zinsen.

5 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die dagegen gerichtete Berufung des Klägers hatte keinen Erfolg. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger seine zuletzt gestellten Anträge weiter.

Entscheidungsgründe:

6 I. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Kläger habe gegen die Beklagte keinen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch wegen Rechtsbruchs nach § 8 Abs. 1 Satz 1, § 3a UWG. Die Beklagte habe nicht gegen § 3 Abs.1 der Verordnung über Spielgeräte und andere Spiele mit Gewinnmöglichkeit vom 27. Januar 2016 (Spielverordnung; im Folgenden: SpielV) verstoßen. Diese Vorschrift begrenze zwar die Zahl der Geld- oder Warenspielgeräte in Schank- und Speisewirtschaften auf drei, enthalte jedoch keine Regelung für das Aufstellen von Sportwett-Terminals. Auch ein Verstoß gegen § 21 Abs. 2 GlüStV liege nicht vor. Der Betrieb der Beklagten werde vom Wortlaut dieser Vorschrift nicht erfasst, weil sie nur die Vermittlung von Sportwetten in Gebäuden oder Gebäudekomplexen verbiete, in denen sich eine Spielhalle oder eine

Spielbank befinde, während eine Gaststätte nur dann unter den Begriff der Spielhalle nach § 3 Abs. 7 GlüStV falle, wenn sie ausschließlich oder überwiegend der Aufstellung von Spielgeräten oder Wettautomaten diene. Dafür habe der Kläger keinen Nachweis erbracht. Eine analoge Anwendung des § 21 Abs. 2 GlüStV auf Gaststätten, so dass ein allgemeines Trennungsgebot zwischen Geldspielgeräten und Wettautomaten anzunehmen sei, das auch für Gaststätten gelte, sei nicht möglich. Eine Unvollständigkeit der Regelung des § 21 Abs. 2 GlüStV sei nicht erkennbar. Die Zielvorgaben des § 1 GlüStV könnten für eine Analogie nicht herangezogen werden, weil ihnen keine Marktverhaltensregelung im Sinne von § 3a UWG zu entnehmen sei, denn ihnen fehle ein eindeutiger Regelungsgehalt im Einzelfall.

7 II. Die Revision des Klägers hat keinen Erfolg. Der Beklagte hat gegen keine als Marktverhaltensregelung in Betracht kommende glücksspielrechtliche Vorschrift verstoßen.

8 1. Das bayerische Landesrecht enthält - anders als etwa das baden-württembergische Landesrecht (vgl. § 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 LGlüG BW) - kein ausdrückliches Verbot von Wettvermittlungsstellen in Gaststätten, in denen Geldspielgeräte aufgestellt sind.

9 2. Die Beklagte hat nicht gegen Regelungen der Spielverordnung über das Aufstellen von Geldspielgeräten verstoßen.

10 a) Im Streitfall sind die auf § 33f Abs. 1 und § 60a Abs. 2 Satz 4 GewO beruhenden Bestimmungen der bundesrechtlichen Spielverordnung über die Aufstellung von Geldspielgeräten (§§ 1 bis 3a SpielV) anwendbar. Durch Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG in der seit dem 1. September 2006 geltenden Fassung ist zwar das Recht der Gaststätten und der Spielhallen aus dem Katalog der konkurrierenden Gesetzgebung herausgenommen worden. Diese Rechtsgebiete liegen nun in der Gesetzgebungszuständigkeit der Länder. Nach Art. 125a Abs.

1 GG gilt aber Recht, das als Bundesrecht erlassen worden ist, wegen der Änderung des Art. 74 Abs. 1 GG aber nicht mehr als Bundesrecht erlassen werden könnte, als Bundesrecht fort, wenn es nicht durch Landesrecht ersetzt worden ist. Soweit der bayerische Landesgesetzgeber danach die Möglichkeit zu einer landesrechtlichen Regelung der in §§ 1 bis 3a SpielV geregelten Aufstellung von Geldspielgeräten in Gaststätten und Spielhallen hatte, hat er von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht. Er hat in dem das Erlaubnisverfahren für Spielhallen regelnden Art. 9 Abs. 2 Satz 2 des Ausführungsgesetzes zum Glücksspielstaatsvertrag lediglich darauf verwiesen, dass sich die Anzahl der Spielgeräte, die in einer Spielhalle aufgestellt werden dürfen, nach § 3 Abs. 2 der SpielV bestimmt.

11 b) Die Beklagte hat nicht gegen § 1 SpielV verstoßen. Diese Bestimmung regelt, an welchen Orten Geldspielgeräte aufgestellt werden dürfen.

12 aa) Ein Geldspielgerät darf nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 SpielV in Räumen von Schank- oder Speisewirtschaften aufgestellt werden, in denen Getränke oder zubereitete Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht werden. Diese Voraussetzungen sind im Streitfall erfüllt. Bei dem S. Café der Beklagten handelt es sich nach den Feststellungen des Berufungsgerichts um eine solche Schank- und Speisewirtschaft.

13 bb) Ein Geldspielgerät darf nach § 1 Abs. 2 Nr. 3 SpielV nicht in Schank- oder Speisewirtschaften aufgestellt werden, die sich auf Sportplätzen, in Sporthallen, Tanzschulen, Badeanstalten, Sport- oder Jugendheimen oder Jugendherbergen befinden, oder in anderen Schank- oder Speisewirtschaften, die ihrer Art nach oder tatsächlich vorwiegend von Kindern oder Jugendlichen besucht werden. Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, dass es sich bei der Gaststätte der Beklagten um eine solche Schank- oder Speisewirtschaft handelt.

- 14 cc) Nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 SpielVO dürfen Geldspielgeräte in Wettannahmestellen der konzessionierten Buchmacher nach § 2 des Rennwett- und Lotterieggesetzes (RennwLottG) aufgestellt werden, es sei denn, in der Wettannahmestelle werden Sportwetten vermittelt.
- 15 (1) Dieser Regelung ist zu entnehmen, dass Geldspielgeräte nicht in Wettannahmestellen der konzessionierten Buchmacher nach § 2 des Rennwett- und Lotterieggesetzes (RennwLottG) aufgestellt werden dürfen, wenn in der Wettannahmestelle Sportwetten vermittelt werden. Gegen dieses Verbot hat die Beklagte nicht verstoßen.
- 16 Ein Buchmacher nach § 2 RennwLottG ist nach der in dieser Bestimmung gegebenen Legaldefinition, wer gewerbsmäßig Wetten bei öffentlichen Leistungsprüfungen für Pferde abschließen oder vermitteln will; er ist ein konzessionierter Buchmacher, wie sich gleichfalls aus § 2 RennwLottG ergibt, wenn ihm die Erlaubnis der nach Landesrecht zuständigen Behörde erteilt wurde. Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, dass es sich bei der Beklagten um einen konzessionierten Buchmacher nach § 2 RennwLottG handelt; die Revision zeigt insoweit auch keinen vom Berufungsgericht übergangenen Sachvortrag auf.
- 17 (2) Dieser Regelung ist nicht zu entnehmen, dass Geldspielgeräte nicht in Schank- oder Speisewirtschaften aufgestellt werden dürfen, wenn in der Schank- oder Speisewirtschaft Sportwetten vermittelt werden.
- 18 Die für das Aufstellen von Geldspielgeräten nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 SpielVO bestehenden Beschränkungen in Wettannahmestellen konzessionierter Buchmacher bestehen nicht für die anderen Betriebe, in denen nach § 1 Abs. 1 SpielV Geldspielgeräte aufgestellt werden dürfen und insbesondere nicht für Schank- oder Speisewirtschaften im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 SpielV. Der Umstand, dass die Beklagte in ihrer Gaststätte Sportwett-Terminals aufgestellt

hat, ändert daher nichts daran, dass es ihr grundsätzlich nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 SpielV gestattet ist, dort Geldspielgeräte aufzustellen.

19 c) Die Beklagte hat auch nicht gegen § 3 SpielV verstoßen. Diese Bestimmung regelt, wie viele Geräte höchstens aufgestellt werden dürfen.

20 aa) Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 SpielV dürfen in Schankwirtschaften, Speisewirtschaften, Beherbergungsbetrieben und Wettannahmestellen konzessionierter Buchmacher nach § 2 des Rennwett- und Lotterieggesetzes höchstens drei Geld- oder Warenspielgeräte aufgestellt werden.

21 bb) In der von der Beklagten betriebenen Gaststätte "S. Café" befinden sich drei Geldspielautomaten und neun Sportwett-Terminals. Dies könnte unter zwei Gesichtspunkten gegen § 3 Abs.1 Satz 1 SpielV verstoßen haben. Zum einen dann, wenn es sich auch bei Sportwett-Terminals um Geldspielgeräte handeln würde, weil dann die in § 3 Abs.1 Satz 1 SpielV angeordnete Höchstanzahl von drei Geld- oder Warenspielgeräten überschritten wäre. Zum anderen dann, wenn es sich bei Sportwett-Terminals zwar nicht um Geldspielgeräte handeln würde, § 3 Abs. 1 Satz 1 SpielV aber dahin zu verstehen wäre, dass in den genannten Betrieben höchstens drei Geld- oder Warenspielgeräte und keine anderen Spielgeräte mit Gewinnmöglichkeit wie Sportwett-Terminals aufgestellt werden dürfen. Danach scheidet ein Verstoß gegen § 3 Abs. 1 Satz 1 SpielV aus.

22 (1) Bei Sportwett-Terminals handelt es sich nicht um Geldspielgeräte.

23 Nach der auch für § 3 Abs. 1 Satz 1 SpielV maßgeblichen Definition in § 1 Abs. 1 SpielV handelt es sich bei einem Geldspielgerät um ein Spielgerät, bei dem der Gewinn in Geld besteht. Zwar ermöglichen auch Sportwett-Terminals ein Spiel um Geld, weil der mögliche Gewinn in Geld besteht. Sportwett-Terminals sind aber keine Spielgeräte im Sinne dieser Bestimmungen. Dazu

zählen nur Geräte, die mit einer den Spielausgang beeinflussenden technischen Vorrichtung ausgestattet sind (Dietlein/Hüsken in Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 2. Aufl., § 1 SpielV Rn. 1; Brüning/Bloch in Becker/Hilf/Nolte/Uwer, Glücksspielregulierung, SpielV Rn. 14; Marcks in Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung, 81. EL, § 1 SpielV Rn. 2; aA LG Hamburg, Urteil vom 26. September 2017 - 416 HKO 103/17, Seite 5 f.). Die Bestimmungen in §§ 1 bis 3a SpielV über die Aufstellung von Spielgeräten beruhen auf der Ermächtigung des § 33f Abs. 1 Nr. 1 GewO, zur Durchführung von § 33c GewO durch Rechtsverordnung die Aufstellung von Spielgeräten zu begrenzen. Der Begriff des Spielgeräts in § 1 und § 3 SpielV muss deshalb mit demjenigen in § 33c GewO übereinstimmen. § 33c GewO erfasst, wie sich aus Abs. 1 Satz 1 dieser Regelung ergibt, allein Spielgeräte, die mit einer den Spielausgang beeinflussenden technischen Vorrichtung ausgestattet sind. Sportwett-Terminals werden von diesem Begriff nicht erfasst. Sie verfügen über keine den Ausgang der Wette beeinflussende Vorrichtung. Vielmehr entscheidet über Gewinn und Verlust der Wette allein das vom Wettgerät unbeeinflusste Sportereignis.

24 (2) § 3 Abs. 1 Satz 1 SpielV ist nicht dahin zu verstehen, dass in den genannten Betrieben höchstens drei Geld- oder Warenspielgeräte und keine anderen Spielgeräte mit Gewinnmöglichkeit wie Sportwett-Terminals aufgestellt werden dürfen.

25 Auch dies folgt daraus, dass die Reichweite der hier in Rede stehenden Bestimmungen der Spielverordnung über die Aufstellung von Spielgeräten durch die Ermächtigungsgrundlage der Gewerbeordnung begrenzt wird. Diese Ermächtigungsgrundlage erfasst allein Spielgeräte mit Gewinnmöglichkeit, die mit einer den Spielausgang beeinflussenden technischen Vorrichtung ausgestattet sind.

26 3. Die Beklagte hat auch nicht gegen § 21 Abs. 2 GlüStV verstoßen.

- 27 a) Gemäß § 21 Abs. 2 GlüStV dürfen in einem Gebäude oder Gebäudekomplex, in dem sich eine Spielhalle oder eine Spielbank befindet, Sportwetten nicht vermittelt werden. Eine Spielhalle ist gemäß § 3 Abs. 7 GlüStV ein Unternehmen oder Teil eines Unternehmens, das ausschließlich oder überwiegend der Aufstellung von Spielgeräten, der Veranstaltung anderer Spiele im Sinne des § 33d Abs. 1 Satz 1 GewO oder der gewerbsmäßigen Aufstellung von Unterhaltungsspielen ohne Gewinnmöglichkeit dient.
- 28 b) Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, die Beklagte betreibe in dem S. Café eine Gaststätte und keine Spielhalle im Sinne von § 21 Abs. 2 in Verbindung mit § 3 Abs. 7 GlüStV, so dass eine unmittelbare Anwendung des § 21 Abs. 2 GlüStV auf ihren Betrieb und damit ein Verstoß gegen diese Regelung ausscheide.
- 29 aa) Der hinsichtlich des behaupteten Wettbewerbsverstoßes darlegungs- und beweisbelastete Kläger hat zum Umfang des Gaststättenbetriebs der Beklagten nicht vorgetragen. Er hat nach den Feststellungen des Berufungsgerichts weder spezifiziert vorgetragen noch nachgewiesen, dass die Gaststätte der Beklagten ausschließlich oder überwiegend der Aufstellung von Spielgeräten oder Wettautomaten dient.
- 30 bb) Im Übrigen sind in der Gaststätte der Beklagten keine Unterhaltungsspiele ohne Gewinnmöglichkeit aufgestellt. Bei den drei in der Gaststätte aufgestellten Geldspielautomaten handelt es sich zwar um Spielgeräte im Sinne von § 33c Abs. 1 Satz 1 GewO, weil sie mit einer den Spielausgang beeinflussenden technischen Vorrichtung ausgestattet sind und die Möglichkeit eines Gewinns bieten. Die in der Gaststätte aufgestellten neun Sportwett-Terminals erfüllen diese Voraussetzung aber nicht (vgl. Rn. 23). Sie sind auch keine "anderen Spiele" gemäß § 33d Abs. 1 Satz 1 GewO, sondern Glücksspiele im Sinne des § 284 StGB (BGH, Urteil vom 14. März 2002 - I ZR 279/99, GRUR 2002,

636 [juris Rn. 18] = WRP 2002, 688; BVerwGE 126, 149 Rn. 43 bis 45). Auf diese Glücksspiele findet § 33d Abs. 1 Satz 1 GewO nach § 33h Nr. 3 GewO keine Anwendung (vgl. Ennuschat in Tettinger/Wank/Ennuschat, Gewerbeordnung, 8. Aufl., § 33d Rn. 3; Marcks in Landmann/Rohmer Gewerbeordnung aaO § 33d Rn. 3; BeckOK.GewO/Pielow, 47. Ed. [Stand 1. Juni 2019], § 33d GewO Rn. 5 aE). Sportwetten sind Glücksspiele, weil es sich um Wetten auf den ungewissen Ausgang eines zukünftigen Ereignisses handelt (vgl. § 3 Abs. 1 GlüStV). Der Begriff "andere Spiele" erfasst demgegenüber in erster Linie Geschicklichkeitsspiele, bei denen die Geschicklichkeit des Spielers und nicht die technische Ausstattung des Geräts den Spielausgang überwiegend beeinflusst, und darüber hinaus bestimmte Glücksspiele wie traditionelle Auslosungen und Ausspielungen um geringwertige Sachgewinne etwa auf Volksfesten oder Jahrmärkten (vgl. Marcks in Landmann/Rohmer Gewerbeordnung aaO § 33d Rn. 3; BeckOK.GewO/Pielow aaO § 33d GewO Rn. 5; Ennuschat in Tettinger/Wank/

Ennuschat, Gewerbeordnung aaO § 33d Rn. 6). Mag die Abgrenzung dabei im Einzelfall schwierig sein, so ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Bundesverwaltungsgerichts indes nicht zweifelhaft, dass Sportwetten die Merkmale eines "anderen Spiels" nicht erfüllen.

31 4. Schließlich hat es das Berufungsgericht zu Recht abgelehnt, die Vorschrift des § 21 Abs. 2 GlüStV entsprechend auf den Betrieb der Beklagten anzuwenden.

32 a) Die analoge Anwendung einer Vorschrift setzt erstens eine planwidrige Regelungslücke und zweitens eine vergleichbare Interessenlage voraus (st. Rspr.; BGH, Urteil vom 4. August 2010 - XII ZR 118/08, NJW 2010, 387 Rn. 11; Urteil vom 16. April 2015 - I ZR 69/11, GRUR 2015, 1101 Rn. 29 = WRP 2015, 1361 - Elektronische Leseplätze II; Urteil vom 13. März 2018 - II ZR 158/16, WM 2018, 858 Rn. 31).

- 33 aa) Eine planwidrige Regelungslücke liegt nicht schon dann vor, wenn es für eine bestimmte Fallgestaltung keine gesetzliche Regelung gibt, und zwar auch dann nicht, wenn diese unregelte Fallgestaltung einer anderen Fallgestaltung ähnelt, für die eine Regelung besteht. Vielmehr muss eine planwidrige Unvollständigkeit der gesetzlichen Regelung anzunehmen sein (vgl. BGH, Urteil vom 4. Mai 1988 - VIII ZR 196/87, NJW 1988, 2109, 2110 [juris Rn. 14]; Urteil vom 14. Dezember 2006 - IX ZR 92/05, NJW 2007, 992, 993 [juris Rn. 15]; Palandt/Grüneberg, 78. Aufl., Einleitung vor § 1 BGB Rn. 55). Ob eine planwidrige Lücke gegeben ist, ist vom Standpunkt der gesetzlichen Regelung aus zu beurteilen, also anhand der Regelungsabsicht des Gesetzgebers (vgl. Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Seite 194 f.). Eine lediglich aus richterlicher oder rechtspolitischer Sicht nicht oder nicht vollständig gelungene Regelung erweist sich deshalb nicht als in dem Sinne planwidrig, dass eine Schließung der Regelungslücke im Wege der Analogie gerechtfertigt wäre (vgl. BGH, Urteil vom 4. Dezember 2014 - III ZR 61/14, NJW 2015, 1176 Rn. 12).
- 34 bb) Das Merkmal der vergleichbaren Interessenlage erfordert die Annahme, dass der Gesetzgeber bei einer Interessenabwägung nach den Grundsätzen, von denen er sich bei Erlass der herangezogenen Normen hat leiten lassen, zum gleichen Abwägungsergebnis gekommen wäre. Auch nach diesem Merkmal muss sich die Lückenfüllung im Zuge der Analogie innerhalb des Rahmens bewegen, den der Gesetzgeber mit seiner Regelungsabsicht gezogen hat (vgl. BGH, NJW 2015, 1176 Rn. 9).
- 35 b) Nach diesen Maßstäben ist eine entsprechende Anwendung der unmittelbar für Spielhallen und Spielbanken geltenden Regelung des § 21 Abs. 2 GlüStV auf Schank- und Speisewirtschaften nicht möglich (aA OVG Bautzen, ZfWG 2018, 276; VGH München, HGZ 2018, 263). Es bestehen keine hinreichenden Anhaltspunkte für die Annahme, es widerspreche der Regelungsab-

sicht des Gesetzgebers, die Vermittlung von Sportwetten zwar in Spielhallen und Spielbanken, nicht aber in Schank- und Speisewirtschaften zu verbieten.

36 aa) Die Systematik des Gesetzes lässt keine Anhaltspunkte für eine planwidrige Regelungslücke erkennen. Die Begriffe der Spielhalle und der Spielbank erfassen eine Kategorie glücksspielrechtlicher Betriebe, die sich klar von der Kategorie der Schank- oder Speisewirtschaft unterscheidet.

37 (1) So bestimmt § 2 GlüStV einen je unterschiedlichen Anwendungsbereich für die einzelnen Normen des Glücksspielstaatsvertrags für Spielbanken (§ 2 Abs. 2 GlüStV), Spielhallen (§ 2 Abs. 3 GlüStV) und Gaststätten wie Schank- und Speisewirtschaften (§ 2 Abs. 4 GlüStV). Für Spielbanken enthält § 20 GlüStV weitere spezielle Regelungen. Ebenso sehen die §§ 24 bis 26 GlüStV besondere Regelungen für den Betrieb von Spielhallen vor. Insbesondere bedarf der Betrieb einer Spielhalle gemäß § 24 Abs. 1 GlüStV einer Erlaubnis, die nach § 24 Abs. 2 GlüStV zu versagen ist, wenn Einrichtung und Betrieb der Spielhalle den in § 1 GlüStV verankerten Regelungszielen zuwiderlaufen.

38 (2) Die Spielverordnung unterscheidet ebenfalls zwischen Schank- und Speisewirtschaften (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 3, § 2 Nr. 1, § 3 Abs. 1 SpielV) und Spielhallen (§ 1 Abs. 1 Nr. 2, § 2 Nr. 2, § 3 Abs. 2 SpielV).

39 (3) Das Glücksspielrecht grenzt dabei nicht nur terminologisch Spielhallen und Spielbanken einerseits und Gaststätten andererseits deutlich ab. Vielmehr bestehen auch inhaltlich unterschiedliche Regelungen für diese beiden Gruppen von Betrieben. So darf in Spielhallen zwar eine weitaus größere Anzahl von Geld- und Warenspielgeräten aufgestellt werden als in Gaststätten, der Betrieb einer Spielhalle bedarf aber förmlicher Erlaubnis und unterliegt näheren Anforderungen an seine Ausgestaltung. Während beim Betrieb einer Spielhalle der

Schwerpunkt der angebotenen Dienstleistungen auf dem Spielbetrieb liegt, ist es in einer Gaststätte das Anbieten von Speisen und Getränken.

40 (4) Sollte diese klare Unterscheidung der Kategorien glücksspielrechtlicher Betriebe für die Anwendung des § 21 Abs. 2 GlüStV im Ergebnis bedeutungslos sein, indem diese Vorschrift über ihren Wortlaut hinaus auch auf Gaststätten angewendet wird, bedürfte es eines deutlichen Anhaltspunkts, der sich dem Wortlaut und der Systematik der glücksspielrechtlichen Vorschriften nicht entnehmen lässt. Im Gegenteil hat der Gesetzgeber ausdrücklich nur einen Teil der Vorschriften des Glücksspielstaatsvertrags für auf Gaststätten anwendbar erklärt und davon § 21 Abs. 2 GlüStV gerade ausgenommen.

41 (5) Es spricht ferner dagegen, das Gebot der räumlichen Trennung zwischen Geldspielgeräten und der Vermittlung von Sportwetten auf Gaststätten auszudehnen, dass dieses Trennungsgebot zwar außerhalb des § 21 Abs. 2 GlüStV in § 1 Abs. 1 Nr. 3 SpielV auf Wettannahmestellen konzessionierter Buchmacher erweitert wird, aber eben nicht auf Gaststätten. Die fehlende Erstreckung des Trennungsgebots auf Gaststätten erscheint danach nicht als planwidrige Regelungslücke, sondern als gesetzgeberische Auswahlentscheidung.

42 bb) Die Gesetzgebungsmaterialien geben ebenfalls keinen Anlass anzunehmen, es bestehe eine planwidrige Regelungslücke im Hinblick auf das Verbot der räumlichen Verbindung von Geldspielgeräten und der Vermittlung von Sportwetten in Gaststätten.

43 (1) Die Gesetzesbegründung zu § 21 Abs. 2 GlüStV beschränkt sich auf den Hinweis, das Verbot der Vermittlung von Sportwetten in Spielhallen und Spielbanken diene der Vermeidung einer übermäßigen Ausnutzung des Spieltriebs und sei eine Maßnahme der Spielsuchtprävention (Begründung zum Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland vom 15. Dezember 2011,

Bayerischer Landtag Drucks. 16/11995, Seite 30). Daraus ergibt sich nicht, dass es die Spielsuchtprävention geböte, auch in Gaststätten die Vermittlung von Sportwetten zu verbieten oder dass es die Spielsuchtprävention generell erforderte, eine räumliche Nähe von Geldspielgeräten zur Vermittlung von Sportwetten in allen Kategorien glücksspielrechtlicher Betriebe zu verbieten.

44 (2) Ohne Erfolg verweist die Revision darauf, nach den Gesetzgebungsmaterialien gälten für Gaststätten und Wettannahmestellen der Buchmacher die gleichen Erwägungen wie für Spielhallen. In der von der Revision herangezogenen Passage der Gesetzesbegründung (Bayerischer Landtag Drucks. 16/11995, Seite 20, re. Sp.) wird die Bedeutung der durch die Föderalismusreform geschaffenen Gesetzgebungskompetenz der Länder für das Recht der Spielhallen gewürdigt und ausgeführt, dass auf Grundlage dieser Kompetenz der Länder eine deutliche Verbesserung der Regulierung der Spielhallen erreicht und ein besserer Spieler- und Jugendschutz gewährleistet werden könne, und dass diese Erwägungen, also die Verbesserung der notwendigen Regulierung und des Spieler- und Jugendschutzes, auch für Gaststätten und Wettannahmestellen der Buchmacher gälten. Damit ist alleine belegt, dass der (Landes-)Gesetzgeber gewillt ist, seine Gesetzgebungskompetenz zur Regulierung und zum Spieler- und Jugendschutz unabhängig von der Art des Betriebs zu nutzen, in dem Glückspiel angeboten wird. Daraus folgt aber nicht, dass der Gesetzgeber dieselben Maßnahmen in allen Arten von Betrieben anordnen wollte und damit die in der Gesetzessystematik angelegte Differenzierung nach der Art der Betriebe bedeutungslos sein sollte.

45 (3) Schließlich ergibt sich auch aus den von der Revision in Bezug genommenen Gesetzgebungsmaterialien zur Spielverordnung kein Hinweis auf einen gesetzgeberischen Willen für ein generell geltendes Trennungsgebot. Die Änderung der Spielverordnung, durch die in §§ 1, 2 und 3 SpielV nach den Wörtern "der konzessionierten Buchmacher" jeweils die Wörter "nach § 2 Abs. 1

des Rennwett- und Lotteriegengesetzes" eingefügt wurden, ist damit begründet worden, dass nach dem geänderten Glücksspielstaatsvertrag auch private Sportwettveranstalter Konzessionen erhalten, jedoch in ihren Wettannahmestellen keine Geld- und Warenspielgeräte aufstellen dürfen sollten (Begründung zur Sechsten Verordnung zur Änderung der Spielverordnung, BR-Drucks. 437/13, Seite 17 oben). Dem lässt sich nur entnehmen, dass innerhalb der Kategorie der Buchmacher eine Unterscheidung vorgenommen werden sollte zwischen solchen Wettanbietern mit einer Erlaubnis nach dem Rennwett- und Lotteriegengesetz einerseits und privaten Anbietern von Sportwetten andererseits. Es lässt sich aber kein Anhaltspunkt dafür erkennen, dass die Aufstellung von Geldspielgeräten generell ausgeschlossen werden sollte, sofern in denselben Räumlichkeiten Sportwetten vermittelt werden, wie etwa bei der gleichzeitigen Aufstellung von Sportwetten-Terminals in Gaststätten.

46 (4) Lassen danach auch die Gesetzgebungsmaterialien eine Unterscheidung zwischen den verschiedenen Kategorien von Betrieben erkennen, ergibt sich auch hieraus, dass es im Willen des Gesetzgebers lag, unterschiedliche Arten von Betrieben bei der glücksspielrechtlichen Regelung zum Aufstellen von Geldspielgeräten unterschiedlich zu behandeln.

47 cc) Anders als die Revision meint, geben auch die in § 1 GlüStV formulierten Regelungsziele des Staatsvertrages keine Veranlassung, den Anwendungsbereich des § 21 Abs. 2 GlüStV in analoger Anwendung auf Gaststätten auszudehnen (aA OVG Bautzen, ZfWG 2018, 276, 279 [juris Rn. 18]). Nach § 1 GlüStV gehören zu den insgesamt fünf gleichrangigen Zielen des Glücksspielstaatsvertrags die Verhinderung von Glücksspielsucht und Wettsucht sowie die Schaffung der Voraussetzungen für eine wirksame Suchtbekämpfung (§ 1 Nr. 1 GlüStV) und die Gewährleistung des Jugend- und Spielerschutzes (§ 1 Nr. 3 GlüStV). Diesen beiden Zielen könnte zwar durch eine Ausdehnung des Trennungsgebots des § 21 Abs. 2 GlüStV auf Gaststätten gedient sein, zumal nach

vom Gesetzgeber herangezogenen Statistiken aus dem Jahr 2009 von insgesamt 212.000 in der Bundesrepublik aufgestellten Geldspielgeräten rund 86.000, also etwa zwei Fünftel, in Gaststätten aufgestellt waren (vgl. Bayerischer Landtag Drucks. 16/11995, Seite 30, re. Sp.). Andererseits weist die Revisionserwiderung zutreffend darauf hin, dass die Suchtprävention schon wegen des nicht vergleichbaren Umfelds in Gaststätten und Spielhallen unterschiedliche Maßnahmen erfordert. Die Gefahr, Gerätespieler zusätzlich der Sportwette zuzuführen, ist in einer Spielhalle, die in der Regel zum Spielen aufgesucht wird, größer als in einer Gaststätte, die - auch wenn sich dort Spielgeräte befinden - in der Regel zum Verzehr von Speisen und Getränken besucht wird (vgl. BVerfGE 145, 20 Rn. 175; BVerwG, NVwZ-RR 1991, 403, 404 [juris Rn. 5]; OLG Frankfurt am Main, ZfWG 2019, 403, 407 [juris Rn. 23] und GRUR-RR 2019, 438, 440 [juris Rn. 43]).

48 Jedenfalls rechtfertigt die bloße Annahme, dass gesetzgeberische Ziele durch eine Anwendung bestimmter Vorschriften über ihren Wortlaut hinaus besser erreicht werden könnten, nach dem oben Rn. 33 dargelegten Maßstab nicht die Annahme einer planwidrigen, im Wege der Analogie zu schließenden Lücke. Der Gesetzgeber hat sich nicht nur ausdrücklich zu einer Differenzierung der Kategorien von Betrieben entschlossen, sondern er hat an diese Differenzierung zugleich eine Begrenzung des Trennungsgebots geknüpft. Dass damit die in § 1 GlüStV allgemein formulierten Ziele womöglich nicht in der bestmöglichen Weise erreicht werden, ist lediglich ein rechtspolitischer Befund, der keine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes belegt.

49 III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Koch

Kirchhoff

Löffler

Schwonke

Pohl

Vorinstanzen:

LG Kempten, Entscheidung vom 08.03.2018 - 1 HKO 1639/17 -

OLG München, Entscheidung vom 31.01.2019 - 6 U 990/18 -