



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

I ZR 79/22

vom

8. November 2023

in dem Rechtsstreit

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 8. November 2023 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Koch, die Richterin Dr. Schwonke, den Richter Feddersen, die Richterinnen Pohl und Dr. Schmaltz

einstimmig beschlossen:

Der Antrag der Beklagten auf Aussetzung des Verfahrens wird abgelehnt.

Die Revision gegen das Urteil des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 28. April 2022 wird gemäß § 552a Satz 1 ZPO zurückgewiesen.

Die Beklagten haben die Kosten der Revision und die außergerichtlichen Kosten des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens zu tragen.

Der Streitwert für die Revision wird auf 1 Mio. € festgesetzt.

Gründe:

- 1 I. Der Senat hat im Hinweisbeschluss vom 26. Januar 2023 (BGH, Beschluss vom 26. Januar 2023 - I ZR 79/22, ZfWG 2023, 262) den Streitstand dargestellt und im Einzelnen dargelegt, dass die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision im Sinne von § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO nicht vorliegen und die Revision der Beklagten keine Aussicht auf Erfolg hat (§ 552a Satz 1 ZPO). Darauf wird Bezug genommen.
- 2 II. Die fristgemäß beim Senat eingegangene Stellungnahme der Beklagten gibt keinen Anlass, von der Zurückweisung der Revision im Beschlusswege abzusehen.

- 3 1. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor. Die vom Berufungsgericht als Frage von grundsätzlicher Bedeutung angesehene Rechtsfrage, ob die Neuregelung des Glücksspielwesens durch den Glücksspielstaatsvertrag 2021 eine Neubewertung der verfassungs- und unionsrechtlichen Kohärenz gebietet, ist nicht entscheidungserheblich. Fehlt es an der Entscheidungserheblichkeit, kommt eine Zulassung der Revision nicht in Betracht (vgl. BGH, ZfWG 2023, 262 [juris Rn. 18] mwN).
- 4 2. Die Bestätigung der Verurteilungen wegen unlauterer vergleichender Werbung sowie wegen unlauterer Nachahmung (Tenor des Landgerichts zu den Ziffern I 1 d, II 1 und III 1 a) hat das Berufungsgericht jeweils auch auf die Gefahr einer Verwechslung zwischen den Produkten der Parteien beziehungsweise auch auf eine vermeidbare Herkunftstäuschung gestützt; auf die Frage, ob die Regelungen im Glücksspielstaatsvertrag 2021 verfassungs- und unionsrechtskonform sind, kommt es deshalb insoweit schon nicht entscheidungserheblich an (vgl. BGH, ZfWG 2023, 262 [juris Rn. 20 f.]). Dagegen wendet sich die Revision in ihrer Stellungnahme zum Hinweisbeschluss nicht.
- 5 3. Aber auch soweit das Berufungsgericht seine Entscheidung allein auf einen Verstoß gegen die Marktverhaltensregelungen der § 4 Abs. 4, § 5 Abs. 5 GlüStV 2012 und § 4 Abs. 4, § 5 Abs. 7 GlüStV 2021 gestützt hat (Tenor des Landgerichts zu Ziffer I 1 a, I 1 b aa und I 1 b bb), ist die vom Berufungsgericht als grundsätzlich angesehene Rechtsfrage nicht entscheidungserheblich. Der Senat hält auch unter Berücksichtigung der Ausführungen in der Stellungnahme der Revision sowie in dem von ihr vorgelegten Privatgutachten daran fest, dass unabhängig von der Frage einer Unionsrechtswidrigkeit der Neuregelung im Glücksspielstaatsvertrag zum Verbot von Online-Zweitlotterien das Verhalten der Beklagten unter Geltung des Glücksspielstaatsvertrags 2021 jedenfalls deshalb unlauter ist, weil sie die Online-Zweitlotterien ohne Erlaubnis gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 und 2 GlüStV 2021 angeboten haben.

6 a) Die Revision wendet sich in ihrer Stellungnahme insbesondere gegen die Formulierung in Randnummer 22 des Hinweisbeschlusses des Senats, die Beklagten hätten sich um eine Erlaubnis der von ihnen angebotenen Glücksspiele bemühen müssen. Diese Formulierung sei unbestimmt, habe keine Rechtsgrundlage im nationalen Recht und finde keine Stütze in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union.

7 Bei dieser Argumentation lässt die Revision den letzten Satz der vorgeannten Randnummer unberücksichtigt, wonach das Verhalten der Beklagten unter der Geltung des Glücksspielstaatsvertrags 2021 jedenfalls unlauter ist, weil sie die Online-Zweitlotterien ohne Erlaubnis gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 und 2 GlüStV 2021 angeboten haben. Maßgeblich kommt es mithin nicht auf ein "Bemühen" um eine Erlaubnis an, sondern allein auf die - unstreitig - fehlende (nationale) Erlaubnis. Solange diese Erlaubnis nicht vorliegt, ist das Verhalten formell illegal.

8 Damit kommt es nicht darauf an, ob der neue Vortrag der Revision, die Beklagten hätten sich vielfach um eine Erlaubnis "bemüht", in der Revisionsinstanz zu berücksichtigen wäre.

9 b) Mit ihrem Vortrag zu einer Übertragbarkeit der Ausführungen des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Rechtssache "Ince" (Urteil vom 4. Februar 2016 - C-336/14, GRUR Int. 2016, 365) dringt die Revision ebenfalls nicht durch. Der Senat hat bereits im Hinweisbeschluss ausgeführt, dass es im Verfahren "Ince" um die Folgen der Feststellung der Unionsrechtswidrigkeit des deutschen Sportwettmonopols und die danach durchzuführenden "fiktiven Verwaltungsverfahren" ohne hinreichende rechtliche Grundlagen ging (vgl. BGH, ZfWG 2023, 262 [juris Rn. 27 bis 29]). Damit ist der Streitfall nicht vergleichbar. Weder ist die Unionsrechtswidrigkeit des Verbots von Online-Zweitwetten festgestellt noch sind die Beklagten auf ein "fiktives Verwaltungsverfahren" verwiesen. Vielmehr haben sie die Möglichkeit, ein Erlaubnisverfahren durchzuführen; diese

Möglichkeit haben sie nach ihrem neuen Vortrag - wenngleich bislang erfolglos - auch genutzt.

- 10 c) Entgegen der Auffassung der Revision gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass das unter dem Glücksspielstaatsvertrag 2021 eröffnete Erlaubnisverfahren den Vorgaben des Unionsrechts widerspricht.
- 11 aa) Ein System der vorherigen behördlichen Genehmigung für das Angebot von Glücksspielen ist grundsätzlich zulässig. Nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union muss ein solches System aber auf objektiven, nichtdiskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruhen, damit der Ermessensausübung durch die nationalen Behörden hinreichende Grenzen gesetzt werden. Zudem muss jedem, der von einer auf einem solchen Eingriff beruhenden einschränkenden Maßnahme betroffen ist, der Rechtsweg offenstehen (vgl. zum Beispiel EuGH, Urteil vom 3. Juni 2010 - C-203/08, Slg 2010, I-4695 [juris Rn. 50] = ZfWG 2010, 250 - Sporting Exchange).
- 12 bb) Die von der Revision mit ihrer Stellungnahme in Bezug genommenen, von den Beklagten nach ihrem eigenen Vortrag im Juni 2022 eingeleiteten behördlichen Verfahren belegen bereits, dass ihnen ein Erlaubnisverfahren offensteht. Ein solches Verfahren gewährleistet, dass die zuständigen Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte den Sachverhalt ermitteln und (zumindest inzident) prüfen, ob die ihrer Entscheidung zugrundeliegenden Rechtsnormen mit den Vorgaben des höherrangigen Rechts vereinbar sind. Das Verwaltungsverfahren dient auch dazu, Fragen der Unionsrechtskonformität der glücksspielrechtlichen Regelungen über die Genehmigungsfähigkeit einzelner Spielformen auszutragen.
- 13 cc) Im Streitfall geht es nicht um ein erst nach Feststellung der Unionsrechtswidrigkeit eines staatlichen Monopols für Private eröffnetes (fiktives) Erlaubnisverfahren (vgl. dazu zum Beispiel BVerwG, ZfWG 2016, 433 [juris

Rn. 28]). Ein staatliches Monopol steht im Streitfall nicht in Rede; dieses besteht unter dem Glücksspielstaatsvertrag 2021 nur noch für Lotterien (vgl. Brüning/Thomsen, NVwZ 2021, 11, 14) und betrifft die Veranstaltung von Erstziehungen, nicht aber - wie hier - die Veranstaltung einer Wette auf diese Erstziehung (vgl. OVG Saarlouis, ZfWG 2019, 362 [juris Rn. 29 f.]). Ein Erlaubnisverfahren für Private ist damit im Glücksspielstaatsvertrag 2021 bereits angelegt.

14 dd) Es ist auch im Übrigen nicht ersichtlich, dass das unter dem Glücksspielstaatsvertrag 2021 eingerichtete System eines präventiven Verbots mit Erlaubnisvorbehalt nicht auf objektiven, nichtdiskriminierenden Kriterien beruht und der Ermessensausübung durch die nationalen Behörden keine Grenzen setzt (vgl. EuGH, ZfWG 2010, 250 [juris Rn. 50] - Sporting Exchange).

15 d) Ein Erlaubnisverfahren ist auch dann zumutbar, wenn es für einzelne Handlungen starre Verbote gibt, weil es dem Antragsteller und der zuständigen Behörde die Möglichkeit bietet, etwaige Hindernisse für die Erteilung einer Erlaubnis durch eine andere Gestaltung beziehungsweise die Erteilung von Auflagen oder sonstigen Nebenbestimmungen zu überwinden. Auch die Unionsrechtswidrigkeit des starren Verbots kann im Erlaubnisverfahren vorgebracht werden. Wird die Erlaubnis verweigert, steht dem Antragsteller der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten offen (vgl. BGH, ZfWG 2023, 262 [juris Rn. 25]).

16 e) Sinn und Zweck des Erlaubnisvorbehalts liegen leer, wenn in einem zivil- (oder straf-)rechtlichen Verfahren, in dem es um die Durchsetzung der Rechtsfolgen formal illegalen Verhaltens geht, nicht allein das Vorliegen einer Erlaubnis, sondern die materiell-rechtlichen Erlaubnisvoraussetzungen und deren Unionsrechtskonformität zu prüfen wären. Die Unlauterkeit nach § 3a UWG knüpft in Fällen wie dem Vorliegenden an das Fehlen der in einem behördlichen Verfahren zu erteilenden Erlaubnis als solcher an und nicht daran, ob die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer Erlaubnis vorliegen und mit höher-rangigem Recht vereinbar sind (zur verwaltungsakzessorischen Strafvorschrift

des § 284 Abs. 1 StGB vgl. BGH, Urteil vom 27. Februar 2020 - 3 StR 327/19, NJW 2020, 2282 [juris Rn. 15 bis 17]).

- 17 f) Wären von den Zivil- oder Strafgerichten die einschlägigen Erlaubnisvoraussetzungen auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht zu prüfen, käme es zudem zu einer Verschiebung der gesetzlichen Prüfungs- und Entscheidungszuständigkeiten von den (spezialisierten) Verwaltungsbehörden und -gerichten auf Zivil- oder Strafgerichte.
- 18 Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass eine etwaige Unionsrechtswidrigkeit des Verbots von Online-Zweitlotterien nicht dazu führte, dass die Beklagten einen Anspruch auf eine Erlaubnis nach § 4 Abs. 1 Satz 1 und 2 GlüStV 2021 hätten, weil ihr Angebot dann ohne weiteres als materiell rechtmäßig und mithin wettbewerbskonform einzuordnen wäre. Eine Unionsrechtswidrigkeit führt nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union allein dazu, dass die unionsrechtswidrige Vorschrift unionsrechtskonform auszugestalten wäre, nicht aber dazu, dass die Veranstaltung und Vermittlung der betroffenen Glücksspiele voraussetzungslos genehmigt werden müsste (vgl. EuGH, Urteil vom 24. Januar 2013 - C-186/11 und C-209/11, GRUR 2013, 524 [juris Rn. 46 f.] - Stanleybet International u.a.; EuGH, GRUR Int. 2016, 365 [juris Rn. 54 f.] - Ince; BGH, ZfWG 2023, 262 [juris Rn. 24]). Die übrigen Voraussetzungen für die Erteilung einer Erlaubnis, wie sie beispielsweise in § 4 Abs. 5 GlüStV 2021 normiert sind, wären in einem solchen Fall mithin ebenfalls von den Zivil- oder Strafgerichten zu prüfen, was zu einer weiteren Verschiebung der gesetzlichen Prüfungs- und Entscheidungszuständigkeiten führte.
- 19 III. Eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 Abs. 3 AEUV ist nicht veranlasst (vgl. EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982 - C-283/81, Slg. 1982, 3415 [juris Rn. 21] = NJW 1983, 1257 - Cilfit u.a.; Urteil vom 1. Oktober 2015 - C-452/14, GRUR Int. 2015, 1152 [juris Rn. 43] - Doc Generici; Urteil vom 6. Oktober 2021 - C-561/19, NJW 2021, 3303 [juris Rn. 32 f.]

- Consorzio Italian Management und Catania Multiservizi). Die Folgen einer möglichen Unionsrechtswidrigkeit von Regelungen im Bereich des Glücksspiels und die Anforderungen an ein System der vorherigen behördlichen Genehmigung für das Angebot von Glücksspielen sind in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union hinreichend geklärt (vgl. zum Beispiel EuGH, GRUR 2013, 524 [juris Rn. 46 f.] - Stanleybet International u.a; GRUR Int. 2016, 365 [juris Rn. 54 f.] - Ince).

20 IV. Der Antrag der Beklagten, das Verfahren bis zur Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union in dem Vorabentscheidungsersuchen des Civil Court Malta (Rechtssache C-440/23) in entsprechender Anwendung von § 148 ZPO auszusetzen, hat keinen Erfolg. Da die Frage, ob die Regelungen im Glücksspielstaatsvertrag 2021 verfassungs- und unionsrechtskonform sind, nicht entscheidungserheblich ist, bedarf es keiner Aussetzung des Verfahrens.

21 1. Die von der Revision in Bezug genommenen Vorlagefragen Nr. 4 bis Nr. 7 des Civil Court Malta zu Art. 56 AEUV in einem Verfahren über die Rückforderung verlorener Online-Glücksspieleinsätze bei unerlaubtem Online-Glücksspiel stellen in erster Linie die Kohärenz der Regelungen des Glücksspielstaatsvertrags 2021 in Frage. Sie betreffen damit die im Streitfall nicht entscheidungserhebliche Frage der materiell-rechtlichen Vereinbarkeit der Neuregelungen des Glücksspielstaatsvertrags 2021 mit dem Unionsrecht.

22 2. Zur Vorlagefrage Nr. 4 des Civil Court of Malta weisen die Kläger zudem zutreffend darauf hin, dass diese eine nationale Regelung betrifft, die es Verbrauchern untersagt, bestimmte Wetten zu platzieren. § 4 Abs. 1 Satz 1 GlüStV 2021 stellt dagegen einen Erlaubnisvorbehalt für den Anbieter von Online-Zweitlotterien auf, enthält aber kein Verbot für Teilnehmerinnen und Teilnehmer an diesem Glücksspiel.

23 3. Soweit der Civil Court Malta die Rechtswidrigkeit der Rechtsgeschäfte wegen des Fehlens einer Erlaubnis im Mitgliedsstaat des Verbrauchers und den staatsvertraglichen Ausschluss einer solchen Erlaubnis für private (Zweit-)Lottoerien thematisiert (Fragen 5 und 6), zielen auch diese Fragen auf die Kohärenz der deutschen Regelungen.

24 V. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Koch

Schwonke

Feddersen

Pohl

Schmaltz

Vorinstanzen:

LG Düsseldorf, Entscheidung vom 13.05.2020 - 34 O 44/19 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 28.04.2022 - I-20 U 227/20 -