

**Übung im Öffentlichen Recht für Fortgeschrittene**  
**Besprechungsfall am 18.1.2007**

Der Fallfrage nach ist die Anordnung auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen.

## **A. Einfachgesetzliche Rechtmäßigkeit**

Um rechtmäßig zu sein, müsste die Anordnung zunächst mit deutschem nationalem Recht vereinbar sein. Dazu müsste es auf einer einfachgesetzlichen Rechtsgrundlage beruhen.

### **I. § 15 II 1 iVm 33c I 1 GewO**

Eine geeignete Rechtsgrundlage könnte jedoch in § 15 II 1 in Verbindung mit § 33c I 1 GewO liegen. Dazu müssten zunächst die Voraussetzungen des § 33c I 1 GewO vorliegen.

#### **1. Formelle Voraussetzungen**

Mit dem Bezirksamt Friedrichshain-Kreuzberg handelte die gemäß § 155 II GewO iVm § 2 IV 1 ASOG iVm Nr. 21 lit. d Alt. 2 ZustKatOrd Bln sachlich und örtlich zuständige Behörde. Mängel hinsichtlich des Verfahrens oder der Form der Anordnung sind nicht ersichtlich.

#### **2. Materielle Voraussetzungen**

##### **a) Anwendbarkeit GewO**

Die Anwendbarkeit der Gewerbeordnung als erste Voraussetzung einer auf ihre Vorschriften gestützten Anordnung ist im vorliegenden Fall unproblematisch gegeben.

##### **b) Spielgerät iSd § 33c I 1 GewO ?**

Weiterhin müssten die Rechner erlaubnispflichtige Spielgeräte im Sinne des § 33c I 1 GewO darstellen. Das Spiel ist ein bereits dem Kleinkind innewohnender Hang zur ziellosen Funkti-

onsausübung<sup>1</sup>. Die in dem Internet-Café könnten daher insofern als Spielgeräte bezeichnet werden, als sie zur ziellosen Funktionsausübung zumindest auch, wenn auch nicht ausschließlich, geeignet sind. Hinsichtlich der materiellen Voraussetzungen des § 33c I 1 GewO kann diese Frage jedoch dahinstehen, da die Vorschrift schon dem Wortlaut nach allein solche Geräte erfasst, bei denen Gewinn- oder Verlustchancen von der technischen Beschaffenheit des Gerätes abhängen. Bei jeglicher Verwendung der Rechner als Spielgeräte hängen etwaige Gewinn- oder Verlustchancen jedoch nicht von deren technischer Beschaffenheit ab, mithin scheidet § 15 II 1 in Verbindung mit 33c I 1 GewO als Rechtsgrundlage für die Anordnung aus.

## II. § 15 II 1 iVm 33d I 1 GewO

Die Anordnung ließe sich jedoch möglicherweise auf § 15 II 1 In Verbindung mit § 33d I 1 GewO stützen. Es ist jedoch fraglich, ob B mit der Einrichtung des Links ein erlaubnispflichtiges Gewinnspiel im Sinne des § 33d I 1 GewO veranstaltet hat.

Dazu müsste das Wettsystem ein „anderes Spiel“ im Sinne des § 33d I 1 GewO darstellen. Ein „anderes Spiel“ im Sinne des § 33d I 1 GewO kann, um Anknüpfungspunkt für eine Anordnung nach § 15 II 1 GewO sein zu können, im Hinblick auf § 33h Nr. 3 in Verbindung mit § 284, nur ein Geschicklichkeitsspiel sein<sup>2</sup>. Also müsste das Wettsystem ein Geschicklichkeitsspiel darstellen. Ein Geschicklichkeitsspiel liegt vor, wenn die Entscheidung über Gewinn oder Verlust des Spieles nach den Spielbedingungen wesentlich von den geistigen und körperlichen Fähigkeiten, den Kenntnissen, der Übung und der Aufmerksamkeit des Spielers abhängt. Kein Geschicklichkeitsspiel liegt dagegen vor, wenn die Entscheidung über Gewinn oder Verlust ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängt. Zufallsabhängig ist ein Spiel, wenn der dem Spielergebnis zugrunde liegende Kausalverlauf nicht im Voraus erkennbar und berechenbar ist<sup>3</sup>. Zum Teil wird vertreten, dass Wetten auf Sportereignisse wegen der möglichen Erhöhung der Gewinnchancen durch besonderen Sachverstand des Teilnehmers Geschicklichkeitsspiele seien<sup>4</sup>. Nach ganz herrschender Meinung liegt jedoch ein zufallsab-

---

<sup>1</sup> LK-v.Bubnoff vor § 284 Rn 3.

<sup>2</sup> Marcks in: Landmann/Rohmer, Art. 33d Rn 3; Marcks in: Robinski, Gewerberecht S. 142 Rn 77.

<sup>3</sup> Edelmann in: Friauf, GewO § 33d S. 3.

<sup>4</sup> LG Bochum, NStZ-RR 2002, 170 m. Anm. Odenthal NStZ 02, 482; angedeutet, im Ergebnis jedoch offengelassen bei Lesch, GewArch 03, 321 mwN.; weitere Nachweise in Fn 10 bei Hübsch, GewArch 04, 313.

hängiges Spiel vor<sup>5</sup>, da bei der Beurteilung des Durchschnittsspielers nach dem Grundsatz der einheitlichen Betrachtungsweise auf den Personenkreis abzustellen ist, für den das Spiel eröffnet und gewöhnlich betrieben wird<sup>6</sup>. Zudem besteht der Anreiz zu Wetten auf Sportereignisse gerade auf der Unvorhersehbarkeit des Resultats. Auch lädt das Spielsystem in besonderem Maße dazu ein, Wetteinsätze auf “Außenseiter” zu setzen, um so höhere Gewinnquoten zu erzielen<sup>7</sup>. Dadurch wird wiederum der Zufallsfaktor aufgewertet. Daher scheidet § 33d I 1 GewO wegen der Zufallsabhängigkeit des Wettsystems aus.

### **III. § 15 II 1 iVm 33i I 1 GewO**

Eine taugliche Rechtsgrundlage könnte jedoch mit § 15 II 1 in Verbindung mit 33i I 1 GewO vorliegen.

#### **1. Formelle Voraussetzungen**

Wie bereits gesehen, ist die Anordnung formell ordnungsgemäß ergangen.

#### **2. Materielle Voraussetzungen**

##### **a) Spielhalle oder spielhallenähnliches Unternehmen**

Im Rahmen der materiellen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen müsste das Internet-Café eine Spielhalle oder ein Unternehmen mit spielhallenähnlichem Charakter sein. Eine Spielhalle oder ein spielhallenähnliches Unternehmen ist ein selbständiger Betrieb mit unbeschränktem Benutzerkreis, dessen Schwerpunkt in dem Bereitstellen von Spielgeräten liegt, und der so eine “typische Spielhallenatmosphäre”<sup>8</sup> schafft. Daher vermischt sich das Merkmal des spielhallenähnlichen Charakters hier mit dem Merkmal der überwiegenden Aufstellung von Spielgeräten<sup>9</sup>. Telos des § 33i I 1 GewO ist die Kontrolle von Spielhallen, damit diese nicht aufgrund des zunehmenden Spieltriebs bei der Jugend zu Sammelpunkten Halbwüchsiger wer-

---

<sup>5</sup> BVerwGE 114, 92ff.; BGHSt, DVBl 03, 669f.; VGH BaWü, GewArch 2004, 161; BayObLG, GewArch 04, 205f.; OLG Hamm, GewArch 04, 208 (209); OLG Hamm, MMR 02, 551; OLG Nürnberg, SpuRt 01, 156 (158); VG Stade, GewArch 04, 206; LK-v. Bubnoff § 284 Rn 5; Hübsch, GewArch 04, 313 (314) mit umfassenden Nachweisen in Fn 22.

<sup>6</sup> BGHSt, DVBl 03, 669f.; OLG Hamm, GewArch 04, 208 (209); siehe auch LK-v. Bubnoff § 284 Rn 9; so schon BGHSt 2, 274 (276f.).

<sup>7</sup> BGHSt, DVBl 03, 669 (670).

<sup>8</sup> Hierzu siehe Edelmann in: Friauf, GewO § 33i S. 4.

<sup>9</sup> Ebenfalls ohne Unterscheidung OVG Berlin, GewArch 04, 385f.; Nds. OVG, GewArch 04, 125f.; OVG Berlin, CR 03, 138.

den<sup>10</sup>. Um dies zu verhindern bedarf es zum einen verschiedener einrichtungsbezogener Voraussetzungen sowie der personenbezogenen besonderen Zuverlässigkeit des Betreibers, schon damit er Jugendliche gar nicht erst einlässt (siehe § 6 I JuSchG).

#### **aa. Internet-Café schon an sich spielhallenähnliches Unternehmen ?**

Um ein spielhallenähnliches Unternehmen darzustellen, müsste dem Café ein spielhallenähnlicher Charakter zukommen. Dies wird vor allem anhand einer spielhallentypischen Atmosphäre ermittelt (spielhallentypisches „Fluidum“)<sup>11</sup>. Gegen die Annahme einer typischen Spielhallenatmosphäre in jedem Internet-Café spricht zunächst, dass ohne die Aufstellung herkömmlicher Spielgeräte sowohl das Erscheinungsbild aufmerksamkeitsfesselnd blinkender Lichter, als auch die für herkömmliche Spielhallen charakteristische Geräuschkulisse piepender und klingelnder Spielgeräte entfällt. Auch bezahlt der Besucher eines Internet-Cafés für die Nutzungszeit eines Rechners, nicht für eine bestimmte Anzahl von Spielen<sup>12</sup>. Daher kann jedenfalls prima facie nicht von einer vergleichbaren Atmosphäre gesprochen werden.

Fraglich ist, ob die Spielmöglichkeiten an den aufgestellten Rechnern eine andere Beurteilung rechtfertigen. Da die Rechner grundsätzlich auch zielloser Funktionsausübung, d.h. des Spielens zugänglich sind, ist eine Qualifikation der Rechner als Unterhaltungsspiele nicht von vornherein abwegig. Der Computer ist grundsätzlich ein multifunktionales Gerät, das unter anderem auch zum Spielen genutzt werden kann. Diese Spielmöglichkeiten hat die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zum Anlass genommen, die Anwendung des § 33i I 1 GewO auf Internet-Cafés nach und nach auszuweiten. Zunächst wurden solche Internet-Cafés als Spielhallen qualifiziert, die schon äußerlich und durch ihre Ausstattung und Inneneinrichtung eine schwerpunktmäßige Ausrichtung auf Computerspiele erkennen ließen ( durch vernetzte Rechner, zum Teil gar ohne Internet-Zugang, Kopfhörer („Headsets“) und durch abgedunkelte Räume)<sup>13</sup>. In der Folgezeit wurde der Begriff der Spielhalle ausgedehnt auf Internet-Cafés, in denen, unabhängig von ihrer sonstigen Einrichtung, Spiele auf den Rechnern installiert sind<sup>14</sup>. Auf die tatsächliche – überwiegende oder nicht überwiegende – Nutzung kam es dabei schon nicht mehr an<sup>15</sup>. Ihren Schlusspunkt fand diese Ausweitung in der Qualifikation schon

---

<sup>10</sup> Vgl. Marcks in Rohmer/Landmann, GewO, vor § 33i Rn 1.

<sup>11</sup> BayOLG GewArch 1990, 354; Assfalg, NVwZ 1991, 728f.; OVG NW, GewArch 1995, 124 (125); Kempen, NVwZ 00, 1115 (1121); Grüter, CR 03, 281 (282) mwN.

<sup>12</sup> S. Lober, MMR 02, 730 (731).

<sup>13</sup> VG Berlin, GewArch 02, 427f.; bestätigt durch OVG Berlin, GewArch 03, 118f.

<sup>14</sup> OVG Berlin, CR 03, 138; zustimmend: Liesching/Knupfer, MMR 03, 439 (440f.).

<sup>15</sup> Vgl. OVG Berlin, GewArch 04, 385ff.; Nds. OVG GewArch 04, 125f.; OVG Berlin, CR 03, 138; OVG Berlin, CR 03, 281.

solcher Internet-Cafés als Spielhallen, in denen die Spielmöglichkeiten nicht durch technische Vorkehrungen beseitigt oder zumindest eingeschränkt waren<sup>16</sup>. Auch nach dem Inhalt der Spiele – beispielsweise jugendgefährdend oder nicht - wird nicht unterschieden. Dieser Ansicht ist jedoch entgegenzuhalten, dass der Erlaubnisvorbehalt des § 33i I 1 GewO von der gezielten Aufstellung von Spielgeräten zur Nutzbarmachung des Spieltriebes zu gewerblichen Zwecken ausgeht. Die genannte Ansicht verlangt dagegen ohne jede Voraussetzung die gezielte Vereitelung von Spielmöglichkeiten durch den Betreiber zur Verhinderung eines spielhallenähnlichen Charakters. Damit setzt sie einen spielhallenähnlichen Charakter a priori voraus und auferlegt dem Betreiber die Begründung einer Ausnahme. Dies stellt für Internet-Cafés die Systematik des § 33i I 1 GewO gleichsam auf den Kopf. Zwar ist nicht auszuschließen, dass ein Teil des Publikums in Internet-Cafés vorwiegend an den Spielmöglichkeiten des Internets interessiert ist, so dass im Einzelfall Ansätze einer Spielhallenatmosphäre nicht auszuschließen sind; der Schwerpunkt eines Internet-Cafés liegt jedoch nach wie vor in der bloßen technischen Bereitstellung von Zugangsmöglichkeiten zum Internet. Auch sind die Folgen einer derart undifferenzierten Ausdehnung des Begriffes der Spielhalle zu bedenken. Einerseits unterfällt damit der gewerbliche Betrieb eines Internet-Cafés dem Erlaubnisvorbehalt des § 33i I 1 GewO. Andererseits wird damit auch der nicht-gewerbliche Betrieb von Internet-Cafés beschränkt, wenn nicht gar vereitelt. So dürften gemäß § 6 I JuSchG Kinder und Jugendliche Internet-Cafés schon nicht betreten, so diese nur öffentlich sind. Dies gälte auch für nicht gewerblich betriebene Internet-Cafés, beispielsweise in Kulturzentren<sup>17</sup>. Deren Attraktivität für Kinder und Jugendliche beruht jedoch oftmals auf Spielmöglichkeiten, selbst wenn die Spiele auf solchen Rechnern völlig harmlos sind – vergleichbar mit einem Spielenachmittag mit Brettspielen<sup>18</sup>. Daher kann der pauschalen Qualifikation von Internet-Cafés als Unternehmen mit spielhallenähnlichem Charakter in einer überdies systemwidrigen Auslegung des § 33i I 1 GewO nicht gefolgt werden. Für eine besondere Innenausstattung des Internet-Cafés oder der Installation von Spielen auf den Rechnern bietet der Sachverhalt hingegen keine Anhaltspunkte. Daher kann das Internet-Café des B nicht schon an sich als spielhallenähnliches Unternehmen betrachtet werden.

---

<sup>16</sup> So OVG Berlin in GewArch 04, 385ff.; ebenso Nds. OVG GewArch 04, 125f.; angedeutet schon in OVG Berlin, CR 03, 138 mit kritischer Anmerkung Grüter (S. 281ff.); Grüter verkennt jedoch, dass die von ihm als Ausnahme zu § 6 JuSchG (nF) angesehene Vorschrift des § 13 JuSchG keine Erlaubnis- oder Ausnahmenvorschrift darstellt, sondern im Gegenteil einschränkende Voraussetzungen für das Spielen an Bildschirmspielgeräten unabhängig von dem Ort ihrer Aufstellung verlangt, siehe OVG Berlin, GewArch 04, 385 (387).

<sup>17</sup> Liesching, JMS-Report 03, 6 (9); Liesching/Knupfer, MMR 03, 439 (443).

<sup>18</sup> Liesching, JMS-Report 03, 6 (9).

## **bb. Aufgrund Links zu Wettsystem ?**

Obleich, wie gesehen, ein Internet-Café nicht per se dem Leitbild der Spielhalle entspricht, könnte in diesem konkreten Fall das Internet-Café des B die Schwelle zu einem spielhallenähnlichen Unternehmen durch die Einrichtung des Links auf der Startseite seiner Rechner überschreiten. Dazu müsste zunächst das Wettsystem ein Unterhaltungsspiel im Sinne des § 33i I 1 GewO sein. Sodann müsste der Link auf der Startseite der Rechner in dem Café eine derart enge Verbindung zu dem Wettspiel herstellen, dass dieses sich tatsächlich auf den Charakter des Cafés auswirkt.

### **(1) Unterhaltungsspiel iSd § 33i I 1 GewO**

Zunächst müsste das Wettsystem an sich ein Unterhaltungsspiel im Sinne des § 33i I 1 GewO darstellen. Wie bereits gesehen, setzt die Teilnahme an dem Wettsystem einen geldwerten Einsatz voraus. Auch sind Gewinn und Verlust im Wesentlichen zufallsbedingt. Auch steht das Wettsystem, wie für Unterhaltungsspiele in einer Spielhalle typisch, trotz seiner Bezeichnung als "Klub" jedem offen, der den Wetteinsatz aufbringen kann. Die bloße namentliche Erfassung durch den "Klub" bewirkt auch keine wirksame Beschränkung des Teilnehmerkreises. Bei einer Gesamtschau all dieser Faktoren ist daher festzustellen, dass das Wettsystem den Spieltrieb über den schon dem Kleinkinde innewohnenden Hang zur ziellosen Funktionsausübung hinaus animiert und damit grundsätzlich als Unterhaltungsspiel im Sinne des § 33i I GewO zu betrachten ist.

Fraglich ist allein, ob durch seine Einrichtung in dem Medium Internet und dem damit einhergehenden virtuellen Charakter das Spiel dem Anwendungsbereich des § 33i I 1 GewO entzogen wird. Dafür könnte sprechen, dass historisch betrachtet der Gesetzgeber bei Erlass der GewO die Durchführung von Spielen im Internet nicht im Blick hatte. Allerdings darf das Gewerberecht nicht auf anachronistische Vorstellungen festgelegt werden, wenn allein die technische Entwicklung das überkommene Leitbild des Gesetzgebers überschreitet, das Wettsystem jedoch eben jene Gefahren schafft, zu deren Eingrenzung die Vorschrift des § 33i GewO dienen sollte. Gegen eine solche Vergleichbarkeit anhand des Sinn und Zwecks des § 33i I 1 GewO spricht zunächst, dass schon das Auftreten virtueller Spiele erheblich von den typischen Erscheinungsformen herkömmlicher Spiele abweicht. Diese ziehen die Aufmerksamkeit des Besuchers vor allem durch blinkende oder klingelnde, in Augenhöhe angebrachte Automaten auf sich, sobald er die jeweiligen Räume auch nur betritt. Allerdings bergen virtuelle, durch das Internet vermittelte Spielmöglichkeiten eigenständige, charakteristische Gefahren.

So sind Links auf den Startseiten gewöhnlicher Internet-Cafés geeignet, auch solche Besucher, die das Café aus anderen Motiven aufgesucht hatten, zur Teilnahme an den jeweiligen Spielen zu bewegen. Diese hintergründige Animation zum Spielen ist eine Besonderheit virtueller Spielsysteme, die über den normalen Aufforderungscharakter herkömmlicher Spielgeräte hinausgeht. Daher schaffen auch virtuelle Spielsysteme, wenn auch auf andere Weise, die typischen Gefahren, zu deren Eingrenzung § 33i GewO geschaffen wurde.

Damit stellt das Wettsystem ein Unterhaltungsspiel im Sinne des § 33i I 1 GewO dar.

## **(2) Auswirkungen auf Internet-Café**

Um einen spielhallenähnlichen Charakter des Internet-Cafés zu begründen, müssten die Spielanreize, die von dem Spielsystem ausgehen, dem Internet-Café jedoch im Sinne einer „Aufstellung“ des Spieles zuzurechnen sein. Für eine solche Zurechnung kommt es, trotz des leicht missverständlichen Wortlauts des § 33i I 1 GewO, nicht allein auf die technische Einrichtung der Spielmöglichkeiten an. Erforderlich ist vielmehr auch deren Betrieb<sup>19</sup>. Dennoch ist fraglich, ob der Betrieb des Wettsystems dem B allein aufgrund der Einrichtung des Links zugerechnet werden kann. Zum Verhältnis zwischen der Einrichtung eines Hyperlinks und dem Begriff der „Aufstellung“ im Rahmen des § 33i I 1 Alt. 3 GewO gibt es keine spezifischen Erkenntnisse<sup>20</sup>. Da die Verantwortung für Links jedoch in allen Rechtsgebieten vergleichbare Probleme aufwirft<sup>21</sup>, kann auf die hinsichtlich vergleichbarer Situationen gewonnenen Erkenntnisse zurückgegriffen werden.

Im Rahmen des § 284 StGB (Glücksspiele mit Gewinnmöglichkeit) wird die Bedeutung der Vermittlung von Wetten diskutiert. Dabei wird von der hM eine Strafbarkeit der Vermittlung nach § 284 I StGB schon wegen § 284 I Alt. 3 StGB bejaht<sup>22</sup>. Teile der Literatur lehnen eine Strafbarkeit der bloßen Vermittlung dagegen ab<sup>23</sup>. Unklar ist, ob schon der Link als Vermittlung im Sinne der Rechtsprechung zu § 284 I StGB zu betrachten ist<sup>24</sup>. Zum Teil wird als hinreichende Bedingung für eine strafbare Vermittlung der Umstand betrachtet, dass ohne die Vermittlungstätigkeit gar keine Wetten zustande kämen. Dies ist bei dem Internet-Link, der

---

<sup>19</sup> Marcks in: Landmann/Rohmer § 33c Rn 8.

<sup>20</sup> Zur Verantwortung für Hyperlinks siehe BGH, GewArch 04, 336 (337).

<sup>21</sup> Spindler, MMR 02, 495 (498).

<sup>22</sup> VGH BaWü, GewArch 04, 161f.; differenzierend: Hübsch, GewArch 04, 313(314).

<sup>23</sup> S. nur Korte, GewArch 04, 188 (189f.).

<sup>24</sup> Thematisiert von Fritzemeyer/Rinderle, CR 03, 599 (600), jedoch mit unklarem Ergebnis.

den Zugriff auf das Wettsystem erleichtert, nicht jedoch erst ermöglicht, jedenfalls nicht der Fall. Wenn also die Vermittlung im Sinne einer *conditio sine qua non* des Zustandekommens von Wetten nicht nur hinreichende, sondern auch notwendige Bedingung einer Strafbarkeit nach § 284 I StGB ist, wäre eine solche jedenfalls für die Einrichtung von Links zu verneinen.

Ausführlich diskutiert wird die Verantwortlichkeit innerstaatlicher Beteiligter an illegalem Glücksspielen ausländischer Betreiber auch im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Haftung gemäß § 1 UWG / 1004 BGB. Dabei wird eine Haftung von Internet-Café-Betreibern z.T. generell verneint<sup>25</sup>. Als allgemeine Kriterien für die wettbewerbsrechtliche Verantwortlichkeit wird von anderer Seite die adäquate Kausalität herangezogen. Diese ist allerdings nicht als *conditio sine qua non* zu verstehen, da auch die willentliche Mitwirkung an oder Unterstützung von einer wettbewerbswidrigen Handlung eines Dritten ausreichen soll<sup>26</sup>. Zum Teil wird in Bezug auf Hyperlinks sogar die Verletzung von Prüfungspflichten durch den Betreiber der Homepage als ausreichend betrachtet um eine Störerhaftung zu begründen<sup>27</sup>. Angesichts der Tatsache dass B den Link bewusst gesetzt hat, wäre im vorliegenden Fall daher eine wettbewerbsrechtliche Verantwortung des B zu bejahen.

Nach Allgemeinem Polizeirecht wäre der holländische Betreiber des Wettsystems schon wegen seiner spezifisch auf den deutschen Markt gerichteten Tätigkeit, namentlich die Vergabe von Lizenzen an deutsche Internet-Café-Betreiber, als Handlungsstörer im Sinne des § 13 I ASOG zu betrachten. Damit träfe den B jedenfalls eine akzessorische Handlungsverantwortung.

Im Vergleich der verschiedenen Regelungen zur Verantwortlichkeit sind die gewerberechtlichen Zurechnungskriterien als ordnungsrechtliches Regime am ehesten den Regeln der polizeirechtlichen Störerhaftung anzunähern. Aber auch die wettbewerbsrechtlichen Regeln der §§ 1 UWG, 1004 BGB können aufgrund ihrer allgemeinen Bedeutung für gewerbliche Tätigkeiten berücksichtigt werden. Die strengen Zurechnungsregeln des Strafrechts hingegen sind für eine gewerberechtliche Verantwortungszuweisung schon aufgrund ihrer besonderen verfassungsrechtlichen Eingrenzung durch Art. 103 II GG von nur begrenztem Aussagewert. Daher ist im Rahmen des § 33i I 1 GewO wegen der gezielten Ausrichtung des auf den Rechnern

---

<sup>25</sup> Fritzemeyer, CR 03, 599 (604), jedoch unter der Annahme, dass Internet-Café-Betreiber schließlich in keiner vertraglichen Beziehung zu dem Spieleveranstalter stünden.

<sup>26</sup> OLG Hamburg, K+R 00, 138 (141).

<sup>27</sup> BGH, GewArch 04, 336 (337).



eingerrichteten Links auf das Wettsystem eine Zurechnung der charaktertypischen Merkmale des Wettsystems zu dem Internet-Café des B zu bejahen.

Mithin wird durch den auf der Startseite der Rechner eingerichteten Link zu dem Wettsystem ein spielhallenähnlicher Charakter des Internet-Cafés begründet.

## **b) Gewerbsmäßigkeit**

Der B handelte auch gewerbsmäßig.

## **c) Ohne Zulassung iSd § 15 II 1 GewO**

Der B müsste weiterhin sein Café ohne Zulassung im Sinne des § 15 II 1 GewO betreiben. Hier ließe sich überlegen, ob nicht die holländische Erlaubnis den Betrieb des Internet-Cafés umfasst. Dies ließe auf den Gedanken stützen, dass die holländische Erlaubnis wenn auch nicht die Veranstaltung von Wettspielen, so doch jedenfalls sonstige Aktivitäten in anderen Ländern umfasst, soweit sie zu dem erlaubten Wettspiel lediglich akzessorische Hilfstätigkeiten darstellen. Die Erlaubniswirkung jeder Zulassung ist jedoch räumlich auf den Herrschaftsbereich des Zulassungsgebers beschränkt<sup>28</sup>. Dies gilt nicht nur zwischen Staaten, sondern auch zwischen den Bundesländern innerhalb der Bundesrepublik<sup>29</sup>. Weiterhin ist die holländische Zulassung auch in persönlicher Hinsicht auf die G beschränkt. Die Erlaubnisvoraussetzungen des § 33i II GewO beziehen sich jedoch auf den Betreiber des in Rede stehenden Betriebes. Ob dieser Hilfstätigkeiten für andere Gewerbetreibende ausübt fällt dabei nicht ins Gewicht. Daher scheidet eine Anwendung der holländischen Erlaubnis auf das Café des B aus.

## **3. Rechtsfolge**

Die Anordnung des Bezirksamtes müsste auch von den möglichen Rechtsfolgen des § 15 II 1 GewO umfasst sein. Dagegen könnte der Wortlaut des § 15 II 1 GewO sprechen, der nur die Verhinderung der Fortsetzung des gesamten Betriebes vorsieht. Daher ließe sich eine analoge

---

<sup>28</sup> Zu § 1 UWG BGH, GewArch 04, 336 (337); ebenso nach Dietlein/Woesler, K&R 03, 458 (459) ein New Yorker Gericht, das einen in Antigua zugelassenen Betreiber wegen unerlaubten Glücksspiels verurteilte; siehe auch Fritzemeyer/Rinderle, CR 03, 599 (601); aA für § 284 I StGB LG München, NJW 04, 171; dieses Urteil ist freilich auf den hier vorliegenden Sachverhalt nicht übertragbar, da die Zwecke des § 284 I StGB, auf die sich das Urteil Maßgeblich stützt, sich von jenen der §§ 33c ff. GewO erheblich unterscheiden.

<sup>29</sup> OVG NRW, GewArch 04, 339 (340); So selbst für den Internetauftritt Hübsch, GewArch 2004, 313 (315, 317); Dietlein/Woesler, K+R 03, 458 (464).

Heranziehung der Vorschrift zur Entfernung einzelner Geräte<sup>30</sup> erwägen; dies wäre jedoch wegen des verfassungsrechtlich geforderten Vorbehalts des Gesetzes problematisch. Allerdings handelt es sich bei der Entfernung des Links um eine dem Wesen nach gleiche, der Intensität nach jedoch deutlich geringere Belastung. Wenn jedoch schon die Schließung des gesamten Betriebes möglich ist, dann muss erst recht die Entfernung einzelner Geräte oder, wie hier, nur die Löschung eines Links möglich sein. Daher ist § 15 II 1 GewO direkt anwendbar. Mithin ist auch auf der Rechtsfolgenseite eine taugliche Rechtsgrundlage gegeben. Ermessensfehler sind ebenfalls nicht ersichtlich. Damit ist die Anordnung jedenfalls prima facie von § 15 II 1 in Verbindung mit 33i I 1 GewO gedeckt.

## **B. Grundrechtskonformität (Art. 12 I GG)**

Die Anordnung könnte jedoch mit den Grundrechten, insbesondere mit der Berufsfreiheit aus Art. 12 I 1 GG unvereinbar sein.

### **I. Eingriff in den Schutzbereich**

Ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 I 1 GG liegt unproblematisch vor. Insbesondere ein Tatbestandsschluss wegen einer grundsätzlich unerwünschten Tätigkeit (wie beim Glücksspiel) scheidet im vorliegenden Fall mangels strafrechtlicher Verfolgbarkeit des Aufstellens von Spielgeräten ohne Gewinnmöglichkeit von vornherein aus.

### **II. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung**

Der Eingriff könnte jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein.

#### **1. Eingriffsvorbehalt**

Als Eingriffsvorbehalt ist der Regelungsvorbehalt des Art. 12 I 2 GG heranzuziehen.

#### **2. Verfassungsmäßige Rechtsgrundlage**

Weiterhin müsste die Rechtsgrundlage der Anordnung, § 15 II 1 in Verbindung mit 33i I 1 GewO verfassungsrechtlich Bestand haben.

---

<sup>30</sup> Siehe nur VG Darmstadt, GewArch 04, 124.

## a) Formelle Verfassungsmäßigkeit

Zunächst müsste § 33i GewO auf einer Gesetzgebungskompetenz des Bundes ruhen. Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Gewerbeordnung fußt nach herrschender Meinung auf seinen Kompetenzen im Rahmen des Rechts der Wirtschaft gemäß Art. 74 I Nr. 11 GG. Dies ist nicht unproblematisch, da für Glücksspiele grundsätzlich die Länder als zuständig erachtet werden (unbeschadet des § 284 StGB). Da diese eigentümliche Situation jedoch hinsichtlich der gewerberechtlichen Regelungen nicht problematisiert wird<sup>31</sup>, ist hier von einer Gesetzgebungskompetenz des Bundes auszugehen. Fehler im Gesetzgebungsverfahren sind ebenfalls nicht ersichtlich, mithin ist das Gesetz formell verfassungsgemäß.

## b) Materielle Verfassungsmäßigkeit

Ferner müsste das Gesetz materiell verfassungsgemäß sein. Hinsichtlich der Anforderungen des Art. 19 I, II GG sowie des Bestimmtheitsgebotes bestehen keine Anhaltspunkte für eine eventuelle Verfassungswidrigkeit des Gesetzes. Fraglich ist, ob ein Konflikt des Gesetzes mit Art. 20 III GG als Gebot der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung besteht. Obgleich schon die Herleitung der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung als verfassungsrechtliches Erfordernis diskutabel ist, wird für landesrechtliche strafrechtliche Sanktionierungen der Sportwettenvermittlung darauf das Urteil der Verfassungswidrigkeit gestützt<sup>32</sup>. Hinsichtlich der Erfordernisse des § 33i GewO ist jedoch zu beachten, dass der Betrieb einer Spielhalle oder eines spielhallenähnlichen Betriebes gemäß § 33i GewO gerade keinem strafrechtlichen Unwerturteil unterliegt. Daher sind die auf die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung gestützten verfassungsrechtlichen Bedenken hinsichtlich strafrechtlicher Normen auf die Genehmigungserfordernisse des § 33i GewO nicht übertragbar.

Fraglich ist, ob die Regelung des § 33i GewO verhältnismäßig ist. Zur Intensität des Eingriffes in die Berufsfreiheit ist zunächst festzustellen, dass es sich bei § 33i GewO um ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt handelt, deren Erteilung von dem Nichtvorliegen der Negativmerkmale der § 33i II, III GewO abhängt. Diese Negativmerkmale sind auf Eigenschaften des Betreibers gerichtet, so dass sie als subjektive Zulassungsvoraussetzungen im Sinne der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten und in ständiger Rechtsprechung angewandten 3-Stufen-Theorie zu qualifizieren sind. Damit sind grundsätzlich nur wichtige Gemeinwohlbelange rechtfertigungsfähige Rechtsgüter. Allerdings ließe sich erwägen, den Betrieb einer Spielhalle

---

<sup>31</sup> Siehe zuletzt Korte, JA 04, 770 (772f.).

<sup>32</sup> Korte, GewArch 04, 188 (190).

wie den Betrieb eines Spielkasinos als “an sich unerwünschte Tätigkeit”<sup>33</sup> zu betrachten. Dagegen spricht jedoch, dass in einer Spielhalle, anders als in einem Spielkasino, weniger der Einsatz großer Geldsummen zur Erzielung hoher Gewinne im Vordergrund steht als die bloße Unterhaltung. Dieser geringeren Gefährlichkeit hat der Gesetzgeber Rechnung getragen, indem er bei Vorliegen der Erlaubnisvoraussetzungen (i.E. Nichtvorliegen der Negativmerkmale) die Erlaubniserteilung als gebundene Entscheidung ausgestaltet hat. Daher kann der Betrieb einer Spielhalle oder eines ähnlichen Unternehmens nicht als mit dem Betrieb eines Spielkasinos vergleichbare, an sich unerwünschte Tätigkeit betrachtet werden. Mithin erfordert die Verhältnismäßigkeit des Eingriffes in die Berufsfreiheit den Schutz wichtiger Gemeinwohlbelange. Die Vorschriften der §§ 33c ff. GewO dienen zunächst dem Schutz des (potentiellen) Spielers vor sich selbst zum Erhalt seiner psychischen Gesundheit, die durch die Entwicklung einer Spielsucht gefährdet werden könnte. Des Weiteren dienen sie durch die Beschränkung der Erlaubnisfähigkeit auf geeignete Einrichtungen und Betreiber dem Erhalt des sozialen Gefüges und verhindert die Bildung einer halblegalen Subkultur. Beide Belange sind wichtige Gemeinwohlbelange und damit rechtfertigungstaugliche Rechtsgüter<sup>34</sup>. Weiterhin müssten die Regelung des § 33i GewO geeignet und erforderlich sein. Aufgrund der besonderen Sensibilität des vorliegend betroffenen Bereiches tritt hinsichtlich der Geeignetheit und Erforderlichkeit indes zusätzlich zu der notwendigen politischen Prognoseentscheidung ein besonderer gesetzgeberischer Einschätzungsspielraum hinzu<sup>35</sup>. Da eine evidente Ungeeignetheit oder Nichterforderlichkeit der Regelungen oder eine völlige Verkennung des zu regelnden Lebenssachverhaltes nicht festzustellen ist, ist die Regelung des § 33i GewO auch geeignet und erforderlich. Sie müsste jedoch auch angemessen sein. Die Beeinträchtigungen, die durch unkontrollierte Spielmöglichkeiten drohen, wiegen besonders schwer. Zunächst droht eine Spielsucht der Teilnehmer<sup>36</sup>. Spielsucht ist sogar eine von der WHO anerkannte Krankheit. Zwar beruht der Anreiz zum Spielen bei Spielen ohne Gewinnmöglichkeit nicht auf finanziellen Gewinnmöglichkeiten, sondern allein auf dem “Nervenkitzel”, dieser kann jedoch ebenso zur Spielsucht führen, wie Spiele mit Gewinnmöglichkeit, da es für die Sucht gerade nicht mehr auf mögliche Gewinne, sondern auf den “Nervenkitzel” ankommt. Zudem kann jedenfalls eine suchtleitete, jedoch auch eine nicht psychopathologisch veranlasste gesteigerte Spieltätigkeit zum Einsatz steigender Geldbeträge führen und so das Vermögen des Spielers gefährden. Auch die sozialen Gefahren, die von einem unkontrollierten Spielhallen-

---

<sup>33</sup> Siehe BVerfGE 102, 197 (215).

<sup>34</sup> Siehe nur BVerfGE 7, 377 (414); Gubelt in: vMünch/Kunig Art. 12 Rn 68; Kremer, Jura 04, 135 (139).

<sup>35</sup> Ebenso, allerdings mit Bezug auf “die Politik” Hübsch, GewArch 2004, 313 (316).

<sup>36</sup> Ausführlich zur Spielsucht bei Unterhaltungsspielen Tolkemitt, Die deutsche Glücksspielindustrie S. 78ff.

markt ausgehen sind, wiegen schwer. Demgegenüber erweisen sich die Beschränkungen, die ein Spielhallenbetreiber durch die Erlaubnisvoraussetzungen des § 33i GewO einnehmen muss, als nicht allzu schwerwiegend. Mithin ist die Regelung des § 33i GewO auch angemessen. Damit bestehen hinsichtlich der Grundrechtskonformität der Rechtsgrundlage keine Bedenken.

### **3. Grundrechtskonformität des Einzelakts**

Die Anordnung selbst müsste jedoch ebenfalls vor dem Maßstab der Berufsfreiheit verhältnismäßig sein. Die mit der Anordnung verfolgten Zwecke entsprechen der ratio des § 33i GewO und sind damit legitime Zwecke im Sinne der Verhältnismäßigkeit. Bei der Beurteilung von Geeignetheit und Erforderlichkeit kommt der Behörde zwar nicht der dem Gesetzgeber eingeräumte Einschätzungsspielraum zugute, im vorliegenden Fall ist die Löschung jedoch die nahe liegendste Maßnahme zur Erreichung der von § 33i GewO verfolgten Ziele, da mit der Löschung des Links die Verbindung des Cafés zu dem Wettsystem gekappt wird, die eine entscheidende Rolle bei der Qualifikation des Cafés als spielhallenähnlichen Betrieb gespielt hatte. Daher ist die Löschung des Links sowohl geeignet als auch erforderlich. Im Rahmen der Angemessenheit fragt sich, ob die Anwendung der § 33i I 1 / 15 II GewO auf Internet-Spiele den von ihnen ausgehenden Gefahren angemessen sind. Dies ließe sich wegen der bereits erörterten anderen Erscheinungsform des Wettsystems anzweifeln, da es die Aufmerksamkeit in weniger aufdringlicher Weise auf sich zieht, als dies bei herkömmlichen Spielgeräten der Fall ist. Jedoch ist im virtuellen Raum wegen der unzureichenden Überwachungsmöglichkeiten eine staatliche Regulierung besonders vonnöten, so dass allein der virtuelle Charakter der Spiele zur Anfechtung der Angemessenheit nicht ausreicht<sup>37</sup>. Es ließe sich allenfalls in Erwägung ziehen, dass aufgrund der Vorfrist von 24 Stunden, die dem vorliegenden Wettsystem zu Eigen ist, der unmittelbare kurzfristige Nervenkitzel geringer ist. Damit könnten die von dem Wettsystem ausgehenden Gefahren möglicherweise geringer veranschlagt werden, als dies bei Spielautomaten der Fall ist. Andererseits ist jedoch zu beachten, dass das angesprochene Wettsystem nicht die einzige Spielmöglichkeit ist, die durch das Internet-Café eröffnet wird. Es gibt vielmehr den Ausschlag für die Beurteilung des Internet-Cafés als spielhallenähnlicher Betrieb, von dem sodann Gefahren ganz eigener Art, wie beispielsweise die Herausbildung eines Sammelpunktes für Gefährdungen der sozialen Ordnung, ausgehen. Überdies wird durch die Vorfrist zwar der kurzfristige Nervenkitzel des Wettsystems gemindert, durch die notwendigen Voraussagen der Spieler die Bestätigung eigenen - wirklichen

---

<sup>37</sup> Dietlein/Woesler, K+R 03, 458 (463).

oder vermeintlichen - Fachwissens tritt jedoch ein zusätzlicher Spielanreiz hinzu, der bei Spielautomaten überhaupt nicht gegeben ist. Nach alledem erweist sich die Anordnung der Löschung des Links auch als angemessen. Demnach ist die Anordnung verhältnismäßig und damit grundrechtskonform.

## **C. Gemeinschaftsrechtskonformität**

Die Anordnung könnte jedoch gegen gemeinschaftsrechtliche Grundfreiheiten verstoßen<sup>38</sup>.

### **I. Dienstleistungsfreiheit Art. 49ff. EG**

Hier käme eine Verletzung der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 49 EG in Betracht. Die Dienstleistungsfreiheit ist seit Ablauf der Umsetzungsfrist am 31.12.1969 unmittelbar anwendbar<sup>39</sup>. Da das Verbot die Tätigkeit der G in Gestalt der Durchführung von Wettspielen ebenso wie die Tätigkeit des B in Gestalt der Einrichtung des Links betrifft, ist die Dienstleistungsfreiheit hier in zweifacher Hinsicht relevant<sup>40</sup>.

#### **1. Voraussetzungen DLF**

##### **a) Persönliche Anwendbarkeit**

Die G ist nach dem Recht der Niederlande gegründet, hat dort ihre Hauptniederlassung und ist damit gemäß Art. 55 iVm 48 I EG ebenso wie der B als deutscher Staatsangehöriger<sup>41</sup> vom persönlichen Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit erfasst<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> Hinweis: Bei der Prüfung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten ist eine Unterteilung in eine Überprüfung der nationalen Rechtsgrundlage und eine Überprüfung des Einzelakts entbehrlich, da der EuGH im Vorlageverfahren gemäß Art. 234 EG, welches den einzigen "Aufhänger" einer prozessual strukturierten gemeinschaftsrechtlichen Überprüfung darstellen könnte, allein über die Auslegung des Gemeinschaftsrechts entscheidet, keinesfalls jedoch über die Auslegung nationalrechtlicher Vorschriften im Einzelfall, siehe Wegener in: Calließ/Ruffert, Art. 234 Rn 2.

<sup>39</sup> Holoubek in: Schwarze (Hrsg.) Art. 49 Rn 13; Kluth in: Calließ/Ruffert, Art. 50 Rn 34; Streinz Rn 705 mwN; Oppermann Rn 1597.

<sup>40</sup> Hinweis: Da die Einrichtung des Links durch B auf den Betrieb des Wettsystems durch G bezogen ist, folgt die gemeinschaftsrechtliche Beurteilung beider Tätigkeiten inhaltlich den gleichen Gesichtspunkten, so dass sie zweckmäßigerweise in einer Prüfung zu behandeln sind; siehe auch EuGH, GewArch 2004, 30 (Gambelli) Rn 52; EuGH, GewArch 04, 26 (Anomar), Rn 54; EuGH, Slg. 1994 I-1039 (Schindler) Rn 22; EuGH, Slg. 1999 I-6067 (Läärä), Rn 15; EuGH, GewArch 2000, 20 (Zanetti) Rn 19.

<sup>41</sup> Hierzu Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, Art. 49/50 Rn 15.

<sup>42</sup> Vgl. Frenz Rn 2586ff.; Streinz Rn 661; Oppermann Rn 1586.

## b) Dienstleistung

Sodann müsste die Anordnung eine Dienstleistung im Sinne des Art. 49 EG betreffen. Eine Dienstleistung ist eine unkörperliche Leistung, die selbständig und gegen Entgelt erbracht wird<sup>43</sup>. Dies ist für den Betrieb des B und die Einrichtung des Links unproblematisch der Fall. Hinsichtlich der Tätigkeit der G ist allein fraglich, ob sie eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Art. 2 EG darstellt<sup>44</sup>. Hier ließe sich erwägen, die Zuordnung der Tätigkeit der G zu der Dienstleistungsfreiheit schon deshalb zu verneinen, da Glücksspiele ohne Gewinnmöglichkeit dem Zeitvertreib und der Erholung dienen, nicht jedoch dem wirtschaftlichen Gewinn<sup>45</sup>. Dieser Einwand beruht jedoch auf einer einseitigen Betrachtung des Spieles aus der Sicht des Spielers. Bei einer Betrachtung beider Seiten des Spieles zeigt sich dagegen, dass der Veranstalter sehr wohl wirtschaftliche Zwecke verfolgt<sup>46</sup>. Die Veranstaltung von Wetten der hier vorliegenden Art ist auch eine selbständige sowie entgeltliche Leistung und damit eine Dienstleistung im Sinne des Art. 49 EG. Daher betrifft das Verbot eine Dienstleistung im Sinne des Art. 49 EG<sup>47</sup>.

## c) Grenzüberschreitender Sachverhalt

Ferner müssten die Leistungen grenzüberschreitenden Charakter haben, da auf rein innerstaatliche Sachverhalte die Grundfreiheiten keine Anwendung finden<sup>48</sup>. Grundform der grenzüberschreitenden Dienstleistung ist die physische Überschreitung der Grenze durch den Dienstleister hin zu seinem Kunden (Aktive Dienstleistungsfreiheit)<sup>49</sup>. Diese Form der grenzüberschreitenden Leistungserbringung ist jedoch nicht zwingend. Der Charakter der grenzüberschreitenden Dienstleistung ist ebenso gegeben, wenn der Kunde die Grenze hin zum Dienstleister überschreitet (Passive Dienstleistungsfreiheit)<sup>50</sup>, oder die Beteiligten die Grenzen gar nicht überschreiten, sondern in ihren jeweiligen Heimatstaaten bleiben und nur die Dienstleistung die Beteiligten über die Grenze hinweg verbindet, insofern also gleichsam die

---

<sup>43</sup> Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, Art. 49/50 Rn 25ff.; Frenz Rn 2442ff.; übersichtlich auch Holoubek in: Schwarze (Hrsg.) Art. 50 Rnn. 1-10.

<sup>44</sup> Zur Konvergenz der Merkmale der Entgeltlichkeit und Teil des Wirtschaftslebens siehe Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, Art. 49/50 Rn 34 mit zahlreichen Nachweisen; siehe auch Frenz Rn 2445.

<sup>45</sup> Siehe EuGH, Slg. 1994 I-1039 (Schindler) Rn 16.

<sup>46</sup> EuGH 1994 I-1039 (Schindler) Rn 34.

<sup>47</sup> EuGH, Slg. 1999 I-6067 (Läärä), Rn 15; EuGH 1994 I-1039 (Schindler) Rn 37.

<sup>48</sup> Statt aller Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, Art. 49/50 Rn 39.

<sup>49</sup> Kluth in: Calließ/Ruffert, Art. 50 Rn 24; Frenz Rn 2481; Streinz Rn 756; Oppermann Rn 1593.

<sup>50</sup> Kluth in: Calließ/Ruffert, Art. 50 Rn 27f.; Oppermann Rn 1594.

Grenze “überschreitet” (Korrespondenzleistung)<sup>51</sup>. Entscheidend ist nur die Ansässigkeit der an der Dienstleistung Beteiligten in verschiedenen Mitgliedsstaaten<sup>52</sup>. Im vorliegenden Fall kommen sowohl für die Leistungen des B gegenüber der G, als auch für die Veranstaltung der Wetten der Charakter als Korrespondenzdienstleistung in Betracht<sup>53</sup>. Dazu müssten der B und die G einerseits sowie die G und ihre Kunden andererseits in verschiedenen Mitgliedsstaaten ansässig sein. Die G ist formal betrachtet zwar auch in einem anderen Mitgliedsstaat als der B und ihre Kunden ansässig, jedoch ist alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der Gesellschaft der D. Daher ist zu überlegen, ob in einer Konstellation wie der vorliegenden ein Missbrauch der Grundfreiheiten durch D vorliegt, bei dem im Wege einer wertenden Gesamtbetrachtung eine Überlagerung der formalen Rechtsfähigkeit der G in Betracht käme, die eine Betrachtung der erbrachten und in Anspruch genommenen Leistungen als solche des D rechtfertigte<sup>54</sup>. Damit wäre ein grenzüberschreitender Charakter der Leistungen abzulehnen, es läge also ein rein innerstaatlicher Sachverhalt vor. Allerdings ist die Gründung einer Gesellschaft im EU-Ausland für sich noch nicht missbräuchlich<sup>55</sup>. Auch die Entfaltung einer im Empfangsstaat erlaubten Tätigkeit stellt prima facie keinen Missbrauch dar. Allein wenn die Geschäftstätigkeit der G ausschließlich darauf gerichtet wäre, unter Umgehung der deutschen Gewerbeordnung für deutsche Kunden tätig zu werden, käme ein Missbrauchsvorwurf in Betracht<sup>56</sup>. Dies ist vorliegend jedoch nicht schon aufgrund der Lizenzvergabe zur Einrichtung eines Links an das Internet-Café des B der Fall. Die deutschen Kunden sind für die G vielmehr nur eine von mehreren Zielgruppen. Daher kann von einem Missbrauch der Dienstleistungsfreiheit durch D nicht ausgegangen werden; mithin liegt ein grenzüberschreitender Sachverhalt vor.

#### **d) Subsidiarität**

Weiterhin dürfte die Tätigkeiten der G und des B nicht der Niederlassungsfreiheit unterfallen. Vorderstes Abgrenzungsmerkmal zwischen Dienstleistungsfreiheit und Niederlassungsfreiheit

---

<sup>51</sup> Holoubek in: Schwarze (Hrsg.) Art. 49 Rn 52; Kluth in: Calließ/Ruffert, Art. 50 Rn 29f.; Oppermann Rn 1597; anschaulich das Schema bei Frenz Rn 2484.

<sup>52</sup> Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, Art. 49/50 Rn16; Holoubek in: Schwarze (Hrsg.) Art. 49 Rn 24; Kluth in: Calließ/Ruffert, Art. 50 Rn 8, 22; Troberg/Tiedje in: Von der Groeben/Schwarze, Art. 49 Rn 12ff.; missverständlich dagegen Frenz Rn 2499.

<sup>53</sup> Zum Verhältnis der Rechtsfigur der Korrespondenzdienstleistung zu den Neuen Medien siehe Frenz Rn 2503

<sup>54</sup> EuGH, Slg. 1999 I 1459 (Centros) Rn 25; EuGH Slg. 1974, 1299 (van Binsbergen) Rn 13; Tiedje/Troberg in: von der Groeben/Schwarze, Art. 49 Rn 111ff.; Frenz 2520.

<sup>55</sup> EuGH, EuZW 03, 687 (692) - Inspire Art; EuGH, Slg. 1999, I-1459 (Centros) Rn 27; diese Einschränkung übersieht Frenz Rn 2520.

<sup>56</sup> Angedeutet bei EuGH, Slg. 1999, I-1459 (Centros), Rn 26 am Anfang.



ist der transitorische Charakter grenzüberschreitender Leistungen gemäß Art. 50 III EG. Dieses Merkmal ist indes auf den klassischen Fall der grenzüberschreitenden Dienstleistung zugeschnitten, bei dem der Dienstleister die Grenze selbst überschreitet, um im Empfängerstaat seine Dienstleistung anzubieten. Wenn die Dienstleistung dagegen reinen Korrespondenzcharakter hat, so ist das Merkmal der Transitorität für die Abgrenzung zur Niederlassungsfreiheit entbehrlich. Daher ist bei einer reinen Korrespondenzdienstleistung auch eine dauerhafte Ausübung der Tätigkeit von der Dienstleistungsfreiheit erfasst<sup>57</sup>. Im vorliegenden Fall ist allerdings zu klären, ob nicht doch eine physische Überschreitung der Grenze seitens der G vorliegt. Diese könnte zunächst in dem Betrieb des Internet-Cafés begründet sein. Da die Qualifizierung des Internet-Cafés als Zweigniederlassung der G von vornherein ausscheidet, kann es allenfalls durch eine Qualifizierung als Agentur oder ähnliche Einrichtung zur Begründung einer physischen Grenzüberschreitung herangezogen werden<sup>58</sup>. Dazu müsste das Internet-Café von eigenem Personal der G geführt, oder beauftragt sein, auf Dauer für die G wie eine Agentur zu handeln<sup>59</sup>. Im vorliegenden Fall beruht die Einrichtung des Links zwar auf einer Lizenzvereinbarung zwischen B und der G, diese sieht als Leistung des B für die G jedoch nur die Einrichtung eines Links, nicht dagegen jegliche Form der Stellvertretung, Annahme von Wetten, oder sonstige geschäftsfördernde Maßnahmen vor. Mithin kann das Internet-Café nicht als Agentur oder ähnliche Einrichtung gewertet werden. Damit ist eine physische Grenzüberschreitung durch die G zu verneinen, so dass eine Anknüpfung der Niederlassungsfreiheit an das Internet-Café ausscheidet.

## **2. Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit**

### **a) Diskriminierung**

Die Dienstleistungsfreiheit verbietet zunächst die direkte Diskriminierung ausländischer gegenüber inländischen Dienstleistungserbringern (Gebot der Inländergleichbehandlung)<sup>60</sup>. Dies scheidet im vorliegenden Fall jedoch aus. Sodann verbietet die Dienstleistungsfreiheit auch die versteckte oder mittelbare Diskriminierung ausländischer Dienstleistungserbringer (zB

---

<sup>57</sup> So überzeugend Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, Art. 49/50 Rn 33; s. ebenfalls Holoubek in: Schwarze (Hrsg.) Art. 49 Rn 55; Oppermann Rn 1597; aA Tiedje/Troberg in: von der Groeben/Schwarze, Art. 49 Rn 117; Kluth in: Calließ/Ruffert, Art. 50 Rn 20 mwN, jedoch unter missverständlicher Heranziehung der Rechtsprechung des EuGH, s.u.

<sup>58</sup> EuGH Slg. 1986, 3755, Ls. 2.

<sup>59</sup> Siehe EuGH, Slg. 1986, 3755, Ls. 2; Dieses Erfordernis wird offenbar übersehen von Kluth in: Callies/Ruffert Art. 50 Rn 13.

<sup>60</sup> Kluth in: Calließ/Ruffert, Art. 50 Rn 36.

Präsenzpflicht)<sup>61</sup>. Insofern verhält sich die Dienstleistungsfreiheit weitgehend parallel zur Warenverkehrsfreiheit in Bezug auf Maßnahmen gleicher Wirkung<sup>62</sup>. Im vorliegenden Fall betrifft das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt für Glücksspiele gemäß § 33i I 1 GewO jedoch sowohl formal als auch faktisch Inländer wie EU-Ausländer in gleicher Weise<sup>63</sup>. Insofern scheidet eine rechtfertigungsbedürftige Diskriminierung aus. Fraglich ist indes, ob die Nichtanerkennung der holländischen Erlaubnis eine direkte oder faktische Diskriminierung darstellt. Eine Diskriminierung könnte darin zu sehen sein, dass die Zuverlässigkeit des holländischen Wettveranstalters mutmaßlich bereits durch holländische Behörden geprüft worden ist, so dass sich eine doppelte Prüfung der Zuverlässigkeit prima facie als Schlechterstellung der G gegenüber inländischen Veranstaltern darstellen könnte<sup>64</sup>. Diese Sicht verkennt jedoch den Umstand, dass es für die Anwendung des § 33i GewO nicht auf die Zuverlässigkeit der G, sondern auf die des Café-Betreibers ankommt. Diese ist jedoch in jedem Falle zu prüfen, unabhängig davon, ob das Wettspiel, welches den Spielhallencharakter des Cafés vermittelt, durch ein deutsches oder ein holländisches Spielsystem bedingt ist. Mithin scheidet eine Diskriminierung aus.

## **b) Beschränkung**

Art. 49 EG enthält schon dem Wortlaut nach ein ausdrückliches Beschränkungsverbot<sup>65</sup>. Demnach muss die Dienstleistung im Empfangsstaat zumindest in gleicher Weise erbracht werden können, wie im Heimatstaat (Herkunftslandprinzip). Anlässlich der Grenzüberschreitung dürfen keine Erschwernisse gleich welcher Art hinzutreten<sup>66</sup>. In diesem Sinne wird die Dienstleistungsfreiheit auch vom EuGH angewandt<sup>67</sup>. Sie entspricht zudem Sinn und Zweck der Dienstleistungsfreiheit, da die Erreichung der Ziele (effet utile) der Dienstleistungsfreiheit eine weite Auslegung ihrer Gewährleistungen erfordert<sup>68</sup>. Zum Teil werden in

---

<sup>61</sup> Kluth in: Calließ/Ruffert, Art. 50 Rn 37.

<sup>62</sup> Zu den Parallelen zwischen Dienstleistungs- und Warenverkehrsfreiheit siehe Troberg/Tiedje in: Von der Groeben/Schwarze, vor Art. 49 Rn 15; s. auch Streinz Rn 656, der den Begriff der "Produktverkehrsfreiheit" verwendet.

<sup>63</sup> Siehe auch EuGH, Slg. 1994 I-1039 (Schindler) Rn 48.

<sup>64</sup> Ausführlich zum Verbot der doppelten Prüfung von Genehmigungserfordernissen Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, Art. 49/50 Rn 112f.; s. auch Holoubek in: Schwarze (Hrsg.) Art. 49 Rn 77ff.

<sup>65</sup> Kluth in: Calließ/Ruffert, Art. 50 Rn 38.

<sup>66</sup> S. Streinz Rn 679.

<sup>67</sup> Siehe nur EuGH Slg. 1979, 35 (van Wesemael) Rn 27; Slg. 1980, 833 (Debauve) Rn 11; Slg. 1981, 3305 (Webb) Rn 14; Slg. 1991, I-4221 (Säger) Rn 12; zustimmend; Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf Art. 49/50 Rn. 90; Holoubek in: Schwarze (Hrsg.) Art. 49 Rn 58f.; Kluth in Callies/Ruffert Art. 50 Rn 41; Frenz Rn 2622 mwN.

<sup>68</sup> Troberg/Tiedje in: Von der Groeben/Schwarze, Art. 49 Rn 64; Holoubek in: Schwarze (Hrsg.) Art. 49 Rn 13; Streinz Rn 672, 674.

der Literatur jedoch Einschränkungen des allgemeinen Beschränkungsverbot<sup>69</sup>. So vertritt eine Ansicht, die Gewährleistungen der Dienstleistungsfreiheit seien hinsichtlich bloßer Vertriebsmodalitäten, entsprechend der Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit in den Fällen Keck und Mithouard<sup>70</sup>, auf ein Diskriminierungsverbot zu beschränken<sup>71</sup>. Diese Ansicht stützt sich auf das Urteil des EuGH im Fall Alpine Investments, in dem er eine entsprechende Anwendung dieser Grundsätze nicht schlechthin ausgeschlossen, im zu entscheidenden Fall jedoch ihre Voraussetzungen verneint hatte<sup>72</sup>. Da es im hier vorliegenden Fall um die grundsätzliche Verhinderung einer bestimmten Dienstleistung, der Veranstaltung von Unterhaltungsspielen geht, kann auch hier von bloßen Vertriebsmodalitäten nicht gesprochen werden<sup>73</sup>. Mithin wäre hier auch bei einer entsprechenden Anwendung der Keck-Rechtsprechung eine Reduktion der Dienstleistungsfreiheit auf ein bloßes Diskriminierungsverbot zu verneinen. Eine weitere Ansicht vertritt, die Dienstleistungsfreiheit dürfe allein hinsichtlich Korrespondenzdienstleistungen ein Beschränkungsverbot umfassen, bei physischen Grenzüberschreitungen müsse sie dagegen auf ein Diskriminierungsverbot reduziert werden<sup>74</sup>. Auch nach dieser Ansicht läge im vorliegenden Fall, der sich, wie gesehen, auf eine Korrespondenzdienstleistung bezieht, jedoch ebenfalls eine Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit vor. Eine entsprechende Anwendung des Art. 29 EG, die von einigen Stimmen in der Literatur vertreten wird<sup>75</sup>, scheidet im vorliegenden Fall jedenfalls hinsichtlich der Tätigkeit der G aus, da es sich hier um eine Regelung des Aufnahmestaates handelt. Folglich umfassen die Gewährleistungen der Dienstleistungsfreiheit, ungeachtet ihrer verschiedenen Differenzierungen, die Veranstaltung von Wettspielen wie die durch die G angebotenen auf dem deutschen Markt ebenso wie die damit einhergehenden Leistungen der Zugangsvermittlung wie

---

<sup>69</sup> Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, Art. 49/50 Rn 91 mwN.

<sup>70</sup> Slg. 1993 I-6097 Rn 16f.

<sup>71</sup> Kingreen, Struktur der Grundfreiheiten S. 62; Kort, JZ 98, 132 (136f.); Becker, NJW 96, 179 (180f.); Frenz Rn 2559; etwas anders Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, Art. 49/50 Rn 95ff., die nicht zwischen produktbezogenen Regelungen und Vertriebsmodalitäten, sondern zwischen irrelevanten und spezifischen Zugangsbeschränkungen unterscheiden. Nach dieser Ansicht ist ein Verbot der Tätigkeit jedenfalls eine spezifische Zugangsbeschränkung und damit die Dienstleistungsfreiheit als Beschränkungsverbot einschlägig.

<sup>72</sup> EuGH, Slg. 1995 I-1167 Rn 35 - 38; ablehnend dagegen Troberg/Tiedje in: Von der Groeben/Schwarze, Art. 49 Rn 103; Holoubek in: Schwarze (Hrsg.) Art. 49 Rn 60, der seine Ablehnung indes auf eine von der vorstehend referierten Ansicht abweichende Interpretation des Urteils stützt, derzufolge die Verneinung des Vorliegens einer bloßen Absatzregelung als grundsätzliche Verneinung der Übertragbarkeit der Keck-Rechtsprechung auf die Dienstleistungsfreiheit darstellt.

<sup>73</sup> Vgl. die Unterscheidung von Ob und Wie der Dienstleistungserbringung bei Frenz Rn 2562; zum Verbot von Werbung siehe Troberg/Tiedje in: Von der Groeben/Schwarze, Art. 49 Rn 97.

<sup>74</sup> Classen, EWS 1995, 97 (101f.); Weber, EWS 1995, 292 (295f.); s. auch Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, Art. 49/50 Rn 91.

<sup>75</sup> Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, Art. 49/50 Rn 68ff.; für eine verständliche Erklärung der inversen Anwendung der Keck-Formel bei spiegelverkehrter Betrachtungsweise (aaO. Rn 72, 93) wird ein Überraschungspreis ausgelobt; im Übrigen wird auch in der Literatur überwiegend eine inhaltsgleiche Reichweite der

die Einrichtung des Links durch B uneingeschränkt als allgemeines Beschränkungsverbot. Durch die Regelung des 33i I 1 GewO sowie die darauf in Verbindung mit § 15 II 1 GewO gestützte Maßnahme gegenüber B wird der Zugang der G zu dem deutschen Markt auch erschwert. Mithin ist eine Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit zu bejahen.

### **3. Rechtfertigung**

Vier Voraussetzungen müssen für die Rechtfertigung einer Einschränkung der Grundfreiheiten vorliegen: Nichtdiskriminierung; Rechtfertigungsgrund; Geeignetheit; Erforderlichkeit<sup>76</sup>. Eine Diskriminierung ausländischer Wettveranstalter liegt, wie gesehen, nicht vor.

#### **a) Rechtfertigungsgrund**

Ferner müsste ein Rechtfertigungsgrund für die Maßnahme vorliegen. Der Vorbehalt des Art. 46 iVm 55 EG ist auf den vorliegenden Fall mangels einer Gefährdung der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit nicht anwendbar. Über Art. 46 EG hinaus hat der EuGH, bedingt durch die tatbestandliche Ausweitung der Dienstleistungsfreiheit zu einem allgemeinem Beschränkungsverbot jedoch auch die Beschränkungsvorbehalte erweitert<sup>77</sup>. Daher kann eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit auch gerechtfertigt sein, wenn sie durch Zwingende Gründe des Allgemeininteresses geboten ist<sup>78</sup>. Der Begriff des Zwingenden Grundes des Allgemeininteresses wird indes weit ausgelegt. In der Sache umfassen die tauglichen Rechtfertigungsgründe jegliche vernünftige Gründe des Allgemeinwohls<sup>79</sup>. Im vorliegenden Fall müsste also der Erlaubnisvorbehalt des § 33i I 1 GewO einen Zwingenden Grund des Allgemeininteresses. Im vorliegenden Fall lassen sich, wie schon im Rahmen der Verfassungsmäßigkeit der Schutz der psychischen Gesundheit des Spielers und des sozialen Gefüges als Rechtfertigungsgründe anführen. Diese sind auch als Zwingende Gründe des Allgemeinwohls anerkannt<sup>80</sup>. Mithin ist ein tauglicher Rechtfertigungsgrund gegeben.

---

Dienstleistungsfreiheit hinsichtlich Maßnahmen des Aufnahmestaates sowie des Herkunftsstaates angenommen, siehe nur Troberg/Tiedje in: Von der Groeben/Schwarze, Art. 49 Rn 67f.

<sup>76</sup> Statt aller: Troberg/Tiedje in: Von der Groeben/Schwarze, Art. 49 Rn 74; Holoubek in: Schwarze (Hrsg.) Art. 49 Rn 94.

<sup>77</sup> Frenz Rn 2642; Streinz Rn 699, 701; Oppermann Rn 1627 mwN.

<sup>78</sup> EuGH Slg. 1974, 1299 Rn 10ff.; Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, Art. 49/50 Rn 128; Streinz Rn 701.

<sup>79</sup> Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, Art. 49/50 Rn 128; Troberg/Tiedje in: Von der Groeben/Schwarze, Art. 49 Rn 72 mit einer umfassenden Auflistung der bisher vom EuGH anerkannten Rechtfertigungsgründe; Holoubek in: Schwarze (Hrsg.) Art. 49 Rn 100f.

<sup>80</sup> s. EuGH, GewArch 2004, 26 (Anomar) Rn 70ff.; s. EuGH, GewArch 2004, 30 (Gambelli) Rn 67; Korte, GewArch 2004, 188 (189); Korte, GewArch 2004, 188 (191) mwN.

## **b) Geeignetheit/Erforderlichkeit**

Bei Glücksspielen als besonders sensibler Bereich des mitgliedstaatlichen Allgemeininteresses tritt hinsichtlich der Geeignetheit und Erforderlichkeit der Maßnahme zu dem ohnehin gegebenen Einschätzungsspielraum des Mitgliedsstaates<sup>81</sup> ein erheblicher zusätzlicher Spielraum hinzu<sup>82</sup>. Dieser wird auch nicht durch den Umstand eingeschränkt, dass die Niederlande offensichtlich ohne ein gleichartiges Verbot auszukommen scheinen<sup>83</sup>. Im vorliegenden Fall ist eine evidente Ungeeignetheit oder Nichterforderlichkeit oder ein krasses Missverhältnis zwischen der Maßnahme und ihrem Zweck nicht erkennbar. Mithin ist die Regelung des § 33i I 1 GewO und die auf sie gestützte Anordnung gerechtfertigt und mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar.

## **II. Niederlassungsfreiheit, Art. 43 EG**

Die Niederlassungsfreiheit ist hier nicht einschlägig, da das Internet-Café keine Zweigniederlassung oder Agentur iSd. Art. 43 EG darstellt (siehe oben)<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> S. nur Frenz Rn 2677.

<sup>82</sup> S. EuGH, GewArch 2004, 26 (Anomar) Rn 87; EuGH, GewArch 2004, 30 (Gambelli) Rn 75; Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf Art. 49/50 Rn 99, vor Art. 39-55 Rn 157; Troberg/Tiedje in: Von der Groeben/Schwarze, Art. 49 Rn 75.

<sup>83</sup> Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf vor Art. 39-55 Rn 173.

<sup>84</sup> Insofern anders und mit dem vorliegenden Fall nicht zu verwechseln der Sachverhalt in Gambelli, EuGH, GewArch 04, 30ff.