

Leitsätze:

1. § 33h Nr. 3 i.V.m. § 33d Abs. 1 Satz 1 GewO lässt für eine landesrechtliche Regelung anderer Spiele mit Gewinnmöglichkeit als der von § 33c GewO erfassten Spiele an Spielgeräten nur Raum, wenn diese anderen Spiele Glücksspiele im Sinne des § 284 StGB sind.
2. Ein Entgelt wird im Sinne von § 3 Abs. 1 Satz 1 GlüStV für den Erwerb einer Gewinnchance verlangt, wenn zwischen ihm und der Gewinn-/Verlustmöglichkeit ein notwendiger Zusammenhang in der Weise besteht, dass keine weiteren Umstände für die Realisierung der Gewinn-/Verlustmöglichkeit hinzutreten müssen.

Hinweis:

Das Bundesverwaltungsgericht hat entschieden, dass das im Internet angebotene Fußballmanagerspiel „Super-Manager“ (<http://supermanager.bild.de>) kein Glücksspiel i.S.v. § 3 GlüStV darstellt. Dabei handelt es sich um ein Online-Spiel, bei dem sich jeder Teilnehmer aus Spielern der 1. Fußballbundesliga eine fiktive Mannschaft zusammenstellt und mit den fiktiven Mannschaften anderer Spieler konkurriert. Für das Aufstellen einer Mannschaft ist ein geringer Betrag zu entrichten. Je nach Erfolg der fiktiven Mannschaft, der sich aus der Bewertung des Spielverhaltens der realen Bundesligaspieler ergibt, können die Spieler Sach- und Geldpreise gewinnen.

Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hatte zunächst in seinem Beschluss vom 13.4.2010 die Glücksspieleigenschaft bejaht, da die Spieler mit der Bezahlung des Teilnahmebetrags eine Gewinnchance erwerben würden (Az.: 10 CS 10.453 – juris Rn. 25). Demgegenüber hatte der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg in seinem Urteil vom 23.5.2012 das Vorliegen eines Glücksspiels i.S.v. § 3 GlüStV verneint, weil sich die Gewinnchance nicht unmittelbar aus dem Entgelt ergebe (Az.: 6 S 389/11 – juris 23). Zugleich war die Revision zugelassen worden. Das Bundesverwaltungsgericht hat die Ansicht des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg bestätigt und damit hinsichtlich der Entgeltlichkeit einen Gleichlauf zwischen dem glücksspielrechtlichen Entgeltbegriff und dem strafrechtlichen Einsatzbegriff, den die Rechtsprechung zu § 284 StGB entwi-

ckelt hat (BGH, B.v. 29.9.1986 – 4 StR 148/86 – BGHSt 34, 171), hergestellt. Nicht die bloße Zahlung habe eine Gewinnchance zur Folge, sondern erst das sich daran anschließende Spielverhalten des jeweiligen Spielteilnehmers und seiner Mitkonkurrenten

== : == : == : == : == : == : == : == : == : == : == : == : == :



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 8 C 21.12
VGH 6 S 389/11

Verkündet
am 16. Oktober 2013
Hardtmann
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 8. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 16. Oktober 2013
durch den Vizepräsidenten des Bundesverwaltungsgerichts
Prof. Dr. Dr. h.c. Rennert,
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Deiseroth und
die Richterinnen am Bundesverwaltungsgericht Dr. Hauser, Dr. Held-Daab
und Dr. Rudolph

für Recht erkannt:

Die Revision wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass
die Verfügung des Regierungspräsidiums Karlsruhe vom
12. November 2009 aufgehoben und festgestellt wird,
dass das von der Klägerin in der Bundesligasaison
2009/2010 im Internet unter der Domain www... angebo-
tene „Managerspiel“ kein Glücksspiel im Sinne von § 3
Abs. 1 GlüStV ist.

Der Beklagte trägt die Kosten des Revisionsverfahrens.

G r ü n d e :

I

- 1 Die Klägerin wendet sich gegen eine Untersagungsverfügung wegen unerlaubten Glücksspiels.
- 2 Die Klägerin - ein Medienunternehmen - bot in der Bundesligasaison 2009/2010 auf ihrer Webseite www... ein Bundesligamanagerspiel („...“) an und machte hierfür Werbung. Den Spielregeln zufolge stellt jeder Teilnehmer aus Spielern der ersten Fußballbundesliga eine fiktive Mannschaft zusammen, die während einer Bundesligasaison nach festgelegten Bewertungskriterien mit ebenfalls fiktiven Mannschaften anderer Teilnehmer konkurriert. Pro Mannschaft entrichtet der Teilnehmer, der mit höchstens zehn Mannschaften antreten kann, einen Betrag von 7,99 €, wobei jede dritte Mannschaft eines Teilnehmers kostenlos ist. Nach der Zahlung registrieren sich die Spieler über das Internet und stellen für jeden Spieltag ihre Mannschaft zusammen. Vom Veranstalter erhalten die

Teilnehmer laufend Bewertungen für die Spieler ihrer Mannschaft. Es werden monatlich Sachpreise für die besten fünf Teilnehmer der nach Geschicklichkeitsstufen eingeteilten drei Ligen und am Ende der Saison für die Plätze 4 bis 100 ausgeschüttet. Geldpreise erhalten die Bestplatzierten nach der Hin- und Rückrunde (insgesamt je 8 000 €) sowie die drei Bestplatzierten der Gesamtwertung am Ende der Saison (insgesamt 135 000 €). Die Vergabe der Punkte an die Teilnehmer erfolgt zum einen auf der Grundlage der Bewertung der einzelnen Bundesligaspieler durch eine Jury der ...-Redaktion, zum anderen aufgrund bestimmter weiterer Bewertungskriterien, die im Verhältnis zur Redaktionsbewertung der Spieler eine doppelte Wertigkeit haben.

- 3 Nach Anhörung der Klägerin untersagte ihr das Regierungspräsidium Karlsruhe mit Verfügung vom 12. November 2009, in Baden-Württemberg öffentliches Glücksspiel im Sinne von § 3 GlüStV zu veranstalten, zu vermitteln, hierfür zu werben oder solche Tätigkeiten zu unterstützen (Nr. 1). Ferner wurde verfügt, die untersagten Tätigkeiten unverzüglich einzustellen und die Einstellung vorbezeichneter Tätigkeiten dem Regierungspräsidium Karlsruhe schriftlich mitzuteilen (Nr. 2). Für den Fall, dass die Klägerin den Verpflichtungen aus den Nummern 1 und 2 der Verfügung bis zwei Wochen nach Bekanntgabe der Verfügung nicht nachkam, wurde ihr ein Zwangsgeld in Höhe von 10 000 € angedroht (Nr. 3). Zur Begründung der Verfügung wurde ausgeführt: Die Untersagung beruhe auf § 9 Abs. 1 Satz 2 GlüStV. Bei dem von der Klägerin veranstalteten Turnier handele es sich um ein Glücksspiel im Sinne von § 3 Abs. 1 GlüStV.
- 4 Das Verwaltungsgericht hat die dagegen erhobene Anfechtungsklage der Klägerin abgewiesen, weil es sich bei dem von der Klägerin angebotenen Bundesligamanagerpiel um öffentliches Glücksspiel im Sinne des Glücksspielstaatsvertrages handele. Die Klägerin verfüge nicht über die dazu erforderliche Erlaubnis. Zudem verstoße sie gegen das Internetverbot. Die Verfügung sei auch im Übrigen ermessensfehlerfrei.

- 5 Der Verwaltungsgerichtshof hat das Urteil des Verwaltungsgerichts geändert und die Verfügung des Regierungspräsidiums Karlsruhe vom 12. November 2009 aufgehoben. Ferner hat er festgestellt, dass die Klägerin in Baden-Württemberg ohne Erlaubnis gemäß § 4 Abs. 1 GlüStV berechtigt ist, im Internet das in der Bundesligasaison 2009/2010 unter der Domain www... angebotene Managerspiel zu veranstalten. Zur Begründung hat er im Wesentlichen ausgeführt, die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 Satz 2 und 3 Nr. 3 GlüStV seien nicht gegeben. Bei dem von der Klägerin in der Bundesligasaison 2009/2010 angebotenen Fußballmanagerspiel handele es sich nicht um Glücksspiel im Sinne des Gesetzes. Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 GlüStV liege ein Glücksspiel vor, wenn im Rahmen eines Spiels für den Erwerb einer Gewinnchance ein Entgelt verlangt werde und die Entscheidung über den Gewinn ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt. Letzteres könne offenbleiben. Jedenfalls fehle es für die Einordnung als Glücksspiel an dem erforderlichen Erwerb einer Gewinnchance gegen Entgelt. Bei dem von der Klägerin erhobenen Betrag von 7,99 € pro Team handele es sich nicht um ein solches Entgelt. Unter „Entgelt“ im Sinne des § 3 Abs. 1 Satz 1 GlüStV sei nicht jede geldwerte Leistung zu verstehen, die für die Teilnahme am Spiel erbracht werde. Voraussetzung sei vielmehr, dass gerade aus diesem Entgelt die Gewinnchance des Einzelnen erwachse (sogenannter Einsatz). Daran fehle es bei einer Teilnahmegebühr, die bloß eine Mitspielberechtigung gewähre, etwa um die Spieler an den Aufwendungen für die Organisation des Spiels zu beteiligen. Insoweit stimme der Glücksspielbegriff des § 3 Abs. 1 Satz 1 GlüStV mit dem strafrechtlichen Glücksspielbegriff des § 284 StGB überein. Das in § 3 Abs. 1 Satz 1 GlüStV vorausgesetzte Entgelt müsse in den Gewinn einfließen. Für diese Deutung sprächen der Wortlaut und die Entstehungsgeschichte des Glücksspielstaatsvertrages, die auf eine Deckungsgleichheit des Glücksspielbegriffs im Glücksspielstaatsvertrag und im Strafrecht schließen ließen. Darüber hinaus stünden nur solche Glücksspiele einer Regelung durch Landesgesetz offen, die der Begriffsbestimmung des § 284 StGB unterlägen. Da die Teilnahmegebühr hier lediglich der Deckung der Veranstaltungskosten, nicht aber der Finanzierung der von Sponsoren zur Verfügung gestellten Gewinne diene, erwachse aus ihr nicht die Gewinnchance des Einzelnen. Die von der Klägerin erhobene Teil-

nahmegebühr ermögliche lediglich die Teilnahme am Spiel und sei stets verloren.

- 6 Selbst wenn das Bundesligamanagerpiel als Glücksspiel im Sinne des Glücksspielstaatsvertrages anzusehen sein sollte, sei die Untersagungsverfügung nicht ermessensfehlerfrei ergangen, schon weil der Beklagte offensichtlich unzutreffend davon ausgegangen sei, dass es sich bei dem Fußballmanagerpiel der Klägerin um die strafbare Veranstaltung öffentlichen Glücksspiels nach § 284 StGB handele. Zudem habe der Beklagte nicht sämtliche für die Ausübung des Ermessens maßgeblichen Gesichtspunkte in seine Erwägungen eingestellt. Zwar könne er sich bei der Ausübung seines Untersagungsermessens von dem Ziel der Suchtvorbeugung und -bekämpfung und den weiteren in § 1 GlüStV genannten Zielen leiten lassen. Bei relativ geringen Einsätzen, die zudem nur einmal im Jahr - zu Beginn der Bundesligasaison - zu leisten seien und dann zur Teilnahme an dem Managerpiel über den Zeitraum einer ganzen Bundesligasaison berechtigten, sei jedoch die Gefahr, dass die Spielsucht die Lebensgrundlage zerstören und zu Beschaffungskriminalität führen könne, ebenso nahezu ausgeschlossen wie die Gefahr der Geldwäsche, Manipulation oder nicht ordnungsgemäßer Gewinnauszahlung durch den Veranstalter. Kennzeichnend für das pathologische Glücksspiel und dessen Gefahren sei insbesondere das Kriterium des sich wiederholenden und gegebenenfalls steigern den Einsatzes zur Erreichung und Steigerung des Gewinns. Dies sei bei dem Managerpiel der Klägerin nicht gegeben.
- 7 Zur Begründung seiner Revision trägt der Beklagte im Wesentlichen vor: Der Verwaltungsgerichtshof gehe von einem fehlerhaften Verständnis des § 284 StGB aus. Der Strafrechtsgesetzgeber habe den Begriff des Glücksspiels nicht definiert. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sei neben der Zufallsabhängigkeit die Zahlung eines Einsatzes erforderlich. Unter Einsatz verstehe der Bundesgerichtshof eine Leistung, die erbracht werde in der Hoffnung, im Falle eines Gewinns eine gleich oder höhere Leistung zu erhalten, und in der Befürchtung, dass diese im Falle des Verlierens dem Gegenspieler oder dem Veranstalter anheim falle. Diese Definition verlange nicht, dass der Einsatz zur Finanzierung der Gewinne herangezogen werde. Wende man diese Maßstäbe

des Bundesgerichtshofs auf das Managerspiel der Klägerin an, dann handele es sich bei dem Entgelt, das je nach der Zahl der Mannschaften pro Spieler zwischen 7,99 € und 55,93 € betrage, um einen Einsatz im Sinne des § 284 StGB. Es bestehe ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Zahlung des Entgelts und der Möglichkeit, die ausgelobten Gewinne zu erhalten. Da diese Gewinne im Verhältnis zu dem zu zahlenden Entgelt sehr hoch seien, dürfte die Aussicht auf die ausgelobten Gewinne für viele Spieler auch einen Anreiz setzen, an dem Spiel teilzunehmen. Es sei anerkannt, dass auch kleine Lotterien im Sinne des § 18 GlüStV, deren Gewinne häufig von Sponsoren finanziert würden, Glücksspiele im Sinne des Gesetzes seien. Der Verwaltungsgerichtshof verkenne auch, dass bei jedem Glücksspiel der Einsatz stets verloren sei. Der Spieler erhalte den Einsatz im Falle eines Gewinnes nicht zurück, sondern erhalte nur den Gewinn. Man könne bei dem Entgelt des Managerspiels auch keine Parallele zu den Eintrittsgeldern bei den Spielbanken ziehen, die in der Tat nicht als glücksspielrechtliches Entgelt angesehen werden könnten. Überdies habe der Gesetzgeber den Anwendungsbereich des Begriffs „öffentliches Glücksspiel“ entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs bewusst weiter gefasst als der Strafgesetzgeber und dazu im Glücksspielstaatsvertrag eine eigene gesetzliche Definition des Glücksspiels aufgenommen. Danach sei das Vorliegen eines Glücksspiels nur dann ausgeschlossen, wenn für die Teilnahme an dem Spiel keinerlei Entgelt verlangt werde. Bei Glücksspielen im Internet liege stets eine Ermessensreduktion auf Null vor. Nichts anderes könne beim Anbieten von Glücksspielen über das Internet gelten. Der Verwaltungsgerichtshof habe auch das Verhältnismäßigkeitsgebot fehlerhaft angewendet. Eine Untersagungsverfügung, die der Klägerin nur das untersage, was ihr auch kraft Gesetzes verboten sei, belaste die Klägerin nicht zusätzlich.

8 Der Beklagte beantragt,

das aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 23. Mai 2012 ergangene Urteil des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg zu ändern und die Berufung der Klägerin gegen das aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 18. Oktober 2010 ergangene Urteil des Verwaltungsgerichts Karlsruhe zurückzuweisen.

9 Die Klägerin beantragt,

die Revision mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass die Verfügung des Regierungspräsidiums Karlsruhe vom 12. November 2009 aufgehoben und festgestellt wird, dass das von der Klägerin in der Bundesligasaison 2009/2010 im Internet unter der Domain www... angebotene „Managerspiel“ kein Glücksspiel im Sinne von § 3 Abs. 1 GlüStV ist.

10 Sie verteidigt das angegriffene Urteil des Berufungsgerichts.

II

11 Die Revision des Beklagten ist nicht begründet. Der Verwaltungsgerichtshof hat den streitgegenständlichen Bescheid vom 12. November 2009 zu Recht aufgehoben (1.). Seine Feststellung, dass das von der Klägerin in der Bundesligasaison 2009/2010 in Baden-Württemberg ohne Erlaubnis im Internet angebotene und dort beworbene Fußballmanagerspiel kein Glücksspiel im Sinne des Glücksspielstaatsvertrages ist, hält der revisionsgerichtlichen Prüfung stand (2.).

12 1. Die Anfechtungsklage der Klägerin hat schon deshalb Erfolg, weil die Untersagungsverfügung vom 12. November 2009 in ihrer Nummer 1 als Einzelfallregelung nicht dem Bestimmtheitserfordernis genügt (vgl. § 37 Abs. 1 VwVfG, § 37 Abs. 1 LVwVfG BW, Art. 20 Abs. 3 GG). Revisionsrechtlich fehlerfrei hat das Berufungsgericht angenommen, dass der Klägerin damit nicht nur das für die Bundesligasaison 2009/2010 angebotene Glücksspiel untersagt wird, sondern darüber hinaus die Veranstaltung, Vermittlung, Werbung oder Unterstützung weiteren öffentlichen Glücksspiels, obwohl nichts dafür ersichtlich ist, dass die Klägerin neben dem Angebot des Bundesligamanagerspiels andere Glücksspiele im Sinne des § 3 Abs. 1 GlüStV angeboten hätte oder deren Veranstaltung für die Zukunft beabsichtigte.

- 13 Gemäß § 37 Abs. 1 VwVfG, § 37 Abs. 1 LVwVfG BW muss ein Verwaltungsakt inhaltlich hinreichend bestimmt sein. Das bedeutet zum einen, dass der Adressat in die Lage versetzt werden muss, zu erkennen, was von ihm gefordert wird. Zum anderen muss der Verwaltungsakt geeignete Grundlage für Maßnahmen zu seiner zwangsweisen Durchsetzung sein können. Im Einzelnen richten sich die Anforderungen an die notwendige Bestimmtheit eines Verwaltungsakts nach den Besonderheiten des jeweils anzuwendenden und mit dem Verwaltungsakt umzusetzenden materiellen Rechts (Urteil vom 15. Februar 1990 - BVerwG 4 C 41.87 - BVerwGE 84, 335 <338> = Buchholz 406.11 § 39b BBauG Nr. 1).
- 14 Der Regelungsgehalt eines Verwaltungsakts ist entsprechend §§ 133, 157 BGB durch Auslegung zu ermitteln. Dabei ist der erklärte Wille maßgebend, wie ihn der Empfänger bei objektiver Würdigung verstehen konnte (stRspr; vgl. Beschluss vom 4. Dezember 2008 - BVerwG 2 B 60.08 - juris Rn. 2 m.w.N.). Bei der Ermittlung dieses objektiven Erklärungswertes sind alle dem Empfänger bekannten oder erkennbaren Umstände heranzuziehen, insbesondere auch die Begründung des Verwaltungsakts (Urteil vom 18. Juni 1980 - BVerwG 6 C 55.79 - BVerwGE 60, 223 <228 f.> = Buchholz 448.0 § 25a WPfIG Nr. 2). Die Begründung hat einen unmittelbaren Zusammenhang mit dem Regelungsgehalt. Sie ist die Erläuterung der Behörde, warum sie den verfügenden Teil ihres Verwaltungsakts so und nicht anders erlassen hat. Die Begründung bestimmt damit den Inhalt der getroffenen Regelung mit, sodass sie in aller Regel unverzichtbares Auslegungskriterium ist (vgl. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 39 Rn. 26 m.w.N.).
- 15 In Nummer 1 der angefochtenen Verfügung wird der Klägerin allgemein untersagt, in Baden-Württemberg öffentliches Glücksspiel im Sinne von § 3 GlüStV zu veranstalten, zu vermitteln, hierfür zu werben oder solche Tätigkeiten zu unterstützen. Dass der Beklagte damit nicht nur das von der Klägerin in der Bundesligasaison 2009/2010 im Internet angebotene und beworbene Spiel untersagte, sondern jegliche künftigen Internetauftritte der Klägerin, mit denen öffentliches Glücksspiel betrieben wird, verdeutlicht die Begründung des Bescheids auf Seite 7. Mit dieser weiten Fassung der Untersagungsverfügung hat der Beklagte keine bestimmte, konkrete Einzelfallregelung getroffen, sondern lediglich

die abstrakt-generelle gesetzliche Regelung wiedergegeben und deren Konkretisierung offengelassen.

- 16 2. Die Feststellungsklage ist ebenfalls zulässig und begründet. Der Verwaltungsgerichtshof ist zu Recht davon ausgegangen, dass das von der Klägerin angebotene Glücksspiel im Internet kein Glücksspiel im Sinne von § 3 Abs. 1 GlüStV ist.
- 17 a) Bedenken bezüglich der Zulässigkeit der Feststellungsklage bestehen nicht.
- 18 Gemäß § 43 Abs. 1 VwGO kann durch Klage die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses begehrt werden, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung hat. Die Feststellung kann nicht begehrt werden, soweit der Kläger seine Rechte durch Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen kann oder hätte verfolgen können (§ 43 Abs. 2 VwGO). Diese Subsidiaritätsregelung will eine unnötige Feststellungsklage vermeiden, wenn dem Kläger eine andere sachnähere oder effektivere Klageart zur Verfügung steht. Aus Gründen der Prozessökonomie soll der Rechtsschutz auf dasjenige Verfahren konzentriert werden, welches seinem Anliegen am wirkungsvollsten gerecht wird.
- 19 Die Anfechtungsklage gegen die Untersagungsverfügung stellt für die Klägerin keinen gleich wirksamen Rechtsschutz dar. Namentlich ist offen, ob die Anfechtungsklage zur Klärung der Frage führt, ob das von der Klägerin betriebene Managerspiel ein Glücksspiel im Sinne des Glücksspielstaatsvertrages ist. Für die Klägerin bestand die Gefahr, dass diese Frage im gerichtlichen Verfahren nicht entscheidungserheblich wird, etwa wegen der fehlenden Bestimmtheit der Verfügung oder wegen Ermessensfehlern. Wirksamen und effektiven Rechtsschutz bezüglich der Zulässigkeit ihres Geschäftsmodells konnte sie nur über eine zusätzliche Feststellungsklage erreichen.
- 20 b) Der Verwaltungsgerichtshof hat das von der Klägerin angebotene Fußballmanagerspiel zu Recht nicht als Glücksspiel angesehen. Seine Annahme, die von der Klägerin geforderten 7,99 € seien als Teilnahmegebühr zu qualifizieren

und nicht als Entgelt für den Erwerb einer Gewinnchance, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Da das Revisionsgericht diejenige Rechtslage zugrunde legen muss, die das Berufungsgericht, entschiede es jetzt, anzuwenden hätte (stRspr; vgl. Urteil vom 18. Dezember 1992 - BVerwG 7 C 16.92 - BVerwGE 91, 334 <338> = Buchholz 113 § 12 InVorG Nr. 1; Neumann, in: Sodan/Ziekow, VwGO-Kommentar, Rn. 23 zu § 137; jeweils m.w.N.), beurteilt sich dies nach dem Glücksspielstaatsvertrag in der Fassung des am 1. Juli 2012 in Baden-Württemberg in Kraft getretenen Ersten Staatsvertrages zur Änderung des Glücksspielstaatsvertrages vom 15. November 2011 - GlüStV -, der gemäß § 33 GlüStV nunmehr revisibel ist.

- 21 (1) Ein Glücksspiel liegt nach § 3 Abs. 1 Satz 1 GlüStV vor, wenn im Rahmen eines Spiels für den Erwerb einer Gewinnchance ein Entgelt verlangt wird und die Entscheidung über den Gewinn ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt (§ 3 Abs. 1 Satz 1 GlüStV). Der Verwaltungsgerichtshof hat die Frage der Zufallsabhängigkeit offengelassen und darauf abgestellt, dass es bei dem Fußballmanagerspiel der Klägerin jedenfalls an dem erforderlichen Erwerb einer Gewinnchance gegen Entgelt fehle. Das Zahlungsverlangen von 7,99 € pro Team sei eine Teilnahmegebühr an dem Spiel und kein Entgelt im Sinne des Gesetzes.
- 22 Zu Recht geht der Verwaltungsgerichtshof davon aus, dass das Tatbestandsmerkmal des Entgelts für den Erwerb einer Gewinnchance gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 GlüStV sich mit dem des Einsatzes für ein Glücksspiel im Sinne des § 284 StGB jedenfalls insoweit deckt, als verlangt wird, dass die Gewinnchance gerade aus dem Entgelt erwächst. Das Berufungsurteil nimmt nur unzutreffend an, dies setze eine Verwendung des Entgelts zur Finanzierung der Gewinne voraus. Stattdessen genügt es, wenn ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen Entgelt und Gewinnchance besteht. Dazu muss die Gewinnchance - und nicht der Gewinn selbst - sich gerade aus der Entgeltzahlung ergeben. Daran fehlt es, wenn mit ihr lediglich die Berechtigung zur Teilnahme erworben wird. Dann handelt es sich nur um eine Teilnahmegebühr mit der Folge, dass kein Glücksspiel im Sinne des § 3 Abs. 1 Satz 1 GlüStV vorliegt.

- 23 Diese Auslegung ergibt sich aus dem systematischen Zusammenhang der glücksspielrechtlichen Regelung mit § 33h Nr. 3 Gewerbeordnung (GewO), der seinerseits auf § 284 StGB Bezug nimmt. Sie entspricht auch dem Sinn und Zweck des § 3 Abs. 1 Satz 1 GlüStV und ist mit dessen Wortlaut und der Entstehungsgeschichte vereinbar.
- 24 § 33h GewO normiert das Verhältnis der gewerblichen Vorschriften, die Gewinnspiele betreffen, zu den landesrechtlichen, ordnungsrechtlichen Glücksspielregelungen. Im Rahmen seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Wirtschaft gemäß Art. 74 Nr. 11 Grundgesetz (GG) hat der Bundesgesetzgeber das gewerbliche Aufstellen von Spielgeräten mit Gewinnmöglichkeit (§ 33c GewO) sowie das gewerbliche Veranstellen anderer Spiele mit Gewinnmöglichkeit (§ 33d GewO) unter Erlaubnisvorbehalt gestellt und in §§ 33c ff. GewO näher geregelt. § 33g Nr. 2 GewO normiert einen Vorbehalt, die Erlaubnispflicht auf bestimmte nicht gewerbsmäßig betriebene Gewinnspiele auszudehnen. §§ 33c bis 33g GewO sind nach § 33h Nr. 1 und 2 GewO jedoch nicht auf die dort aufgeführten Spielbanken, Lotterien und Auspielungen anzuwenden. Nach § 33h Nr. 3 GewO gelten sie auch nicht für diejenigen „anderen“ Spiele im Sinne des § 33d Abs. 1 Satz 1 GewO, die Glücksspiele im Sinne des § 284 StGB sind. Diese - und nur diese - „anderen“ Spiele bleiben der Regelung durch den Landesgesetzgeber im Rahmen seiner Kompetenz für das Ordnungsrecht überlassen. Die Übrigen, die nicht unter § 284 StGB fallen, sind in § 33d Abs. 1 Satz 1 GewO detailliert und abschließend geregelt. Diese Abgrenzung des Anwendungsbereichs der Gewerbeordnung vollzieht die Abgrenzung zwischen der Bundesgesetzgebungskompetenz für das Wirtschaftsrecht und der Landesgesetzgebungskompetenz für das Ordnungsrecht nach (vgl. BTDrucks 8/1863 S. 10 f.; Marcks, in: Landmann/Rohmer, GewO, § 33h, Stand: Mai 2011, Rn. 1). Sie steht nicht zur Disposition des Landesgesetzgebers. Er darf den ordnungsrechtlichen Begriff des Glücksspiels bei „anderen“ Spielen mit Gewinnmöglichkeit, wie dem hier umstrittenen Fußballmanagerspiel, nicht weiter fassen als den Glücksspielbegriff des § 284 StGB. Das Tatbestandsmerkmal des für den Erwerb einer Gewinnchance verlangten Entgelts im Sinne des § 3 Abs. 1 Satz 1 GlüStV darf deshalb nicht weiter aus-

gelegt werden als der Begriff des Einsatzes, der Bestandteil der Definition des Glücksspiels im Sinne des § 284 StGB ist.

- 25 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gehört zu jedem Glücksspiel in dem in § 284 StGB vorausgesetzten Sinn ein Einsatz; denn bei einem Glücksspiel geht es um die Erzielung eines Gewinns oder um den Verlust eines Einsatzes. Unter den Begriff des Einsatzes fällt jede Leistung, die in der Hoffnung erbracht wird, im Falle des Gewinnens eine gleiche oder höherwertige Leistung zu erhalten, und in der Befürchtung, dass sie im Falle des Verlierens dem Gegenspieler oder dem Veranstalter anheim fällt. Wegen der notwendigen Abgrenzung zum bloßen Unterhaltungsspiel darf der Einsatz allerdings nicht nur ganz unbedeutend sein. Von einem Glücksspieleinsatz kann jedoch nur ausgegangen werden, wenn zwischen Aufwendung eines Vermögenswerts und dessen Gewinn oder Verlust ein notwendiger Zusammenhang besteht (BGH, Beschluss vom 29. September 1986 - 4 StR 148/86 - BGHSt 34, 171 <171 ff.> m.w.N.). Daraus folgt auch für den ordnungsrechtlichen Glücksspielbegriff, dass sich bereits aufgrund der Zahlung des Entgelts die Gewinnchance oder die Verlustmöglichkeit ergeben muss. Daran fehlt es, wenn erst weitere Umstände wie etwa das Verhalten von Mitspielern oder Aktivitäten des Spielteilnehmers selbst die Gewinnchance oder Verlustmöglichkeit entstehen lassen. Für den erforderlichen unmittelbaren Zusammenhang zwischen der Zahlung des Entgelts und der Gewinn- oder der Verlustmöglichkeit genügt nicht schon, dass die Zahlung die Berechtigung zur Teilnahme am Spiel vermittelt.
- 26 Der Sinn und Zweck des § 3 Abs. 1 Satz 1 GlüStV spricht ebenfalls dafür, als Entgelt für den Erwerb einer Gewinnchance nur einen Einsatz im Sinne des strafrechtlichen Glücksspielbegriffs zu verstehen. Die ordnungsrechtliche Regelung dient nach § 1 GlüStV dazu, die Spielsucht zu bekämpfen, den Jugendschutz zu gewährleisten und vor Begleitkriminalität zu schützen. Dieser Zweck erfordert nicht, über einen Einsatz hinaus auch eine bloße Teilnahmegebühr in den Tatbestand einzubeziehen. Nach den tatsächlichen Annahmen der Vorinstanz besteht die potenziell zur Spielsucht führende Versuchung, die Gewinnchancen durch Erhöhen des Einsatzes steigern und erlittene Verluste mit weiteren Einsätzen wettmachen zu wollen, bei einer festen Teilnahmegebühr nicht

oder jedenfalls nicht in vergleichbarem Maß. Gleiches gilt für das Risiko kriminellen Verhaltens. An diese Feststellungen ist der Senat gemäß § 137 Abs. 2 VwGO mangels wirksamer Verfahrensrügen gebunden. Selbst der Beklagte hat in der mündlichen Verhandlung bestätigt, dass von dem Fußballmanagerspiel für die Spieler keine Suchtgefahr ausgehe.

- 27 Diese Feststellungen lassen die Auslegung des Entgelterfordernisses im Sinne eines Einsatzes auch verfassungsrechtlich geboten erscheinen. Vor dem rechtsstaatlichen Gebot der Verhältnismäßigkeit sind die Beschränkungen durch den Glücksspielstaatsvertrag nur gerechtfertigt, soweit sie zur Bekämpfung der genannten Gefahren geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sind. Bei Spielen, für die kein Einsatz, sondern nur eine Teilnahmegebühr verlangt wird, gehen die glücksspielrechtlichen Anforderungen an die Aufklärung der Spieler, das Erstellen eines Sozialkonzepts und ein System der Spielersperre (§§ 6 bis 8 GlüStV) weit über das zur Suchtbekämpfung erforderliche Maß hinaus. Den Anforderungen des Jugendschutzes und der Abwehr krimineller Taten kann bereits durch eine Regulierung auf dem Niveau des § 33d GewO Rechnung getragen werden. Dass die Regelungen des Glücksspielstaatsvertrages auf ein wesentlich höheres Gefahrenniveau zugeschnitten sind, zeigen die Bestimmungen über die Ausnahmen vom Internetverbot (§ 4 Abs. 5 GlüStV), die eine Freigabe bei Einsätzen bis zu 1 000 € monatlich zulassen, und die Öffnung des Glücksspielstaatsvertrages bezüglich der Erlaubniserteilung für Lotterien mit geringerem Gefährdungspotenzial (vgl. §§ 12 ff. GlüStV). Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit ist entgegen der Auffassung des Beklagten jeweils die konkrete Spielgestaltung in den Blick zu nehmen und nicht auf eine mögliche Gefährdung durch ein Zusammenwirken aller auf dem Markt angebotenen Glücksspiele abzustellen.
- 28 (2) Bei dem von der Klägerin angebotenen Fußballmanagerspiel ist der erforderliche notwendige Zusammenhang zwischen der Zahlung des Entgelts und der Gewinnchance bzw. der Verlustmöglichkeit nicht gegeben. Nicht die bloße Zahlung hat eine Gewinnchance zur Folge, sondern erst das sich daran anschließende Spielverhalten des jeweiligen Spielteilnehmers und seiner Mitkonkurrenten. Eine Gewinnchance eröffnet sich nicht schon mit der entgeltlichen

Registrierung, sondern erst und nur, wenn der Teilnehmer sich entscheidet, sich in das Spielgeschehen einzubringen und den in der Spielsaison erforderlichen zeitlichen Aufwand zu investieren. Diese Entscheidung erfolgt unabhängig von der Zahlung des Entgelts. Der Teilnehmer kann auch jederzeit aus dem Spiel wieder aussteigen, ohne dass für ihn ein Anreiz besteht, einen Vermögensverlust wieder wettmachen zu wollen. Das Entgelt für die Registrierung erhält er in keinem Fall zurück. Die Annahme des Verwaltungsgerichtshofs, bei dem von der Klägerin geforderten Betrag handele es sich nur um eine Teilnahmegebühr, ist in Anbetracht des dargestellten Spielmodells revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

29 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO.

Prof. Dr. Dr. h.c. Rennert

Dr. Deiseroth

Dr. Hauser

Dr. Held-Daab

Dr. Rudolph

B e s c h l u s s

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Revisionsverfahren auf 20 000 € festgesetzt.

Prof. Dr. Dr. h.c. Rennert

Dr. Deiseroth

Dr. Hauser

Dr. Held-Daab

Dr. Rudolph

Sachgebiet:

BVerwGE: ja

Wirtschaftsverwaltungsrecht

Fachpresse: ja

Rechtsquellen:

GG	Art. 20 Abs. 3
VwGO	§ 43
VwVfG	§ 37
StGB	§ 284
GewO	§§ 33h, 33d
GlüStV Baden-Württemberg	§§ 3, 9, 12

Stichworte:

Verwaltungsakt; Bestimmtheit; Begründung; Auslegung; Einzelfallregelung; konkret; Fußballmanagerspiel; Glücksspiel; Entgelt; Einsatz; Gewinn; Verlust; Zusammenhang, notwendiger; Deckungsgleichheit; Glücksspielbegriff; Teilnahmegebühr; Kompetenz; Landesgesetzgeber; Bundesgesetzgeber; Gefährdungspotenzial; Auslegung; verfassungsrechtlich; Unterhaltungsspiel; Bagatell-einsatz; Finanzierung; Dauer; gering.

Leitsätze:

1. § 33h Nr. 3 i.V.m. § 33d Abs. 1 Satz 1 GewO lässt für eine landesrechtliche Regelung anderer Spiele mit Gewinnmöglichkeit als der von § 33c GewO erfassten Spiele an Spielgeräten nur Raum, wenn diese anderen Spiele Glücksspiele im Sinne des § 284 StGB sind.

2. Ein Entgelt wird im Sinne von § 3 Abs. 1 Satz 1 GlüStV für den Erwerb einer Gewinnchance verlangt, wenn zwischen ihm und der Gewinn-/Verlustmöglichkeit ein notwendiger Zusammenhang in der Weise besteht, dass keine weiteren Umstände für die Realisierung der Gewinn-/Verlustmöglichkeit hinzutreten müssen.

Urteil des 8. Senats vom 16. Oktober 2013 - BVerwG 8 C 21.12

I. VG Karlsruhe vom 18.10.2010 - Az.: VG 3 K 3226/09 -

II. VGH Mannheim vom 23.05.2012 - Az.: VGH 6 S 389/11 -