„Sie bekommen die Ware geschenkt, wenn es am … regnet“ kein Glücksspiel

Eigener Leitsatz:

Die Werbeaktion eines Einrichtungshauses, die bei einem Einkauf ab einem Warenwert von 100 € die Rückerstattung des Kaufpreises verspricht, „wenn es am … regnet“, ist zulässig und nicht als öffentliches Glücksspiel im Sinne des § 3 Abs. 1 Glücksspielstaatsvertrages einzuordnen. Solange Kunden hierbei ihr Entgelt lediglich für die zu erwerbende Ware und gerade nicht einen erhöhten Kaufpreis für die Teilnahme an einem Gewinnspiel entrichten – somit ein möglicher „Gewinn“ lediglich eine kostenlosen Zugabe darstellt -, fehlt es bereits an einem für ein Glücksspiel erforderlichen Entgelt zur Erlangung einer Gewinnchance.

Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg

Urteil vom 09.04.2013

Az.: 6 S 892/12

Tenor:

Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Stuttgart vom 15. März 2012 – 4 K 4251/11 – wird zurückgewiesen.

Der Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Die Klägerin betreibt in … ein großes Einrichtungshaus. Sie plant eine Werbeaktion mit dem Slogan: „Sie bekommen die Ware

geschenkt, wenn es am … regnet“. Jeder Kunde, der im Einrichtungshaus der Klägerin während des Aktionszeitraums Waren zu einem Kaufpreis von mindestens 100,– EUR erwirbt, kann an der Aktion teilnehmen. Sollte es im Anschluss an die Aktion, voraussichtlich etwa drei Wochen später, an einem bestimmten Tag zwischen 12.00 und 13.00 Uhr („Stichtag“) am Flughafen Stuttgart amtlich festgestellt mindestens eine Niederschlagsmenge von 3 Milliliter/Quadratmeter (richtigerweise wohl: 3 l/qm) regnen, erhalten die Kunden, die während des Aktionszeitraums Waren erworben haben, den Kaufpreis von der Klägerin zurückerstattet, wenn sie sich nach dem Stichtag bei der Klägerin melden und ihre Einkäufe während des Aktionszeitraums belegen.

Mit Schreiben vom 04.08.2011 beantragte die Klägerin die Feststellung, dass es sich bei ihrer geplanten Werbeaktion nicht um Glücksspiel im Sinne des § 3 Abs. 1 Glücksspielstaatsvertrag (in der bis zum 30.06.2012 geltenden Fassung des Glücksspielstaatsvertrags vom 11.12.2007 – im Folgenden: GlüStV a.F. -) handele. Nach einem längeren Schriftwechsel – auch mit dem Innenministerium Baden-Württemberg – lehnte der Beklagte mit Bescheid vom 02.11.2011 den Antrag ab und stellte in der Begründung fest, dass es sich bei der geplanten Werbeaktion um ein Glücksspiel im Sinne des § 3 Abs. 1 GlüStV a.F. handele. Der Erwerb der Gewinnchance liege darin, dass die Kunden der Klägerin den Kaufpreis für die gekauften Möbel zurückerstattet bekommen bzw. einen Warengutschein erhalten, sofern es, wie vorgegeben, regne. Die Gewinnmöglichkeit bestehe demnach darin, letztlich die Möbel unentgeltlich zu erhalten. Der Entgeltcharakter werde auch nicht dadurch beseitigt, dass nachträglich eine unentgeltliche Teilnahmemöglichkeit eingeräumt werde. Ein Entgelt sei immer dann gegeben, wenn der Spieler einen Vermögensbeitrag leisten müsse, um an dem Spiel teilnehmen zu können. Dass er vorliegend auch noch die Übereignung von Waren bekomme, stehe dem nicht entgegen. Der Gesetzgeber habe bewusst den weiten Begriff des Entgelts gewählt und sich nicht an der engeren

strafrechtlichen Judikatur orientiert, die bei einem Glücksspiel einen „Einsatz“ verlange.

Die Klägerin hat am 30.11.2011 Klage erhoben, mit der sie ihr Anliegen weiterverfolgt. Sie ist der Ansicht, dass es sich um kein Glücksspiel handele, weil für die Teilnahme an der Werbeaktion kein Entgelt verlangt werde. Die einzige Voraussetzung zur Teilnahme sei der Kauf von Waren bei der Klägerin während des Aktionszeitraumes. Es sei keine gesonderte Anmeldung, etwa über eine kostenpflichtige Rufnummer, erforderlich. Die Kunden kauften schlicht Waren, zu denen ihnen im Rahmen einer Werbeaktion eine zusätzliche Gewinnchance eingeräumt werde. Damit liege kein Entgelt für den Erwerb einer Gewinnchance im Sinne von § 3 Abs. 1 Satz 1 GlüStV a.F. vor. Der Begriff „Entgelt“ sei im GlüStV a.F. nicht weitergehend als der Begriff „Einsatz“ in § 284 StGB. Es handele sich auch nicht um einen sogenannten versteckten Einsatz, weil dieser für den Erwerb einer Gewinnchance geleistet werde. Die Klägerin werde sicherstellen, dass die Preise während des Aktionszeitraums nicht angehoben würden. Damit sei ausgeschlossen, dass das Risiko der Werbeaktion eingepreist und die Kunden auf diese Weise ein Entgelt für die Teilnahme leisten werden. Auch biete die Werbeaktion erkennbar keine Gelegenheit, einer Glücksspiel- bzw. Wettsucht Vorschub zu leisten. Vorrangiges Ziel des GlüStV a.F. sei die Suchtprävention. So habe es vergleichbare Werbeaktionen anderer Wettbewerber im Zusammenhang mit der Fußballweltmeisterschaft 2010 gegeben.

Der Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Er trägt ergänzend vor, jedes Vermögensopfer für die Teilnahme am Spiel sei als Entgelt im Sinne des § 3 GlüStV a.F. anzusehen. So müsse im vorliegenden Fall der Kunde zuerst einen Beitrag aus seinem Vermögen aufbringen, um an dem Spiel teilzunehmen. Die Übereignung der Waren stelle nur eine Kompensation für dieses Vermögensopfer dar. Es sei im Einzelfall nicht möglich zu beurteilen, ob in Fällen wie dem vorliegenden der Preis für

die Ware nicht doch höher sei als er ohne die betreffende Aktion wäre. Aufgrund dieser Schwierigkeiten dürfte der Gesetzgeber veranlasst gewesen sein, den weiten Begriff des Entgelts zu wählen. Eine teleologische Auslegung des Entgeltbegriffs spreche daher dafür, bereits die Zahlung des Kaufpreises als glücksspielrechtliches Entgelt anzusehen und nicht noch zu fordern, dass ein Teil des Kaufpreises nachweislich zur Finanzierung des Spiels und der daraus folgenden Gewinne herangezogen werde. Die Aussicht, den Kaufpreis zurückerstattet zu bekommen, dürfte bei vielen Kunden den Entschluss zum Kauf beeinflussen oder gar hervorzurufen. Deshalb geböten es die Ziele des GlüStV a.F., Werbeaktionen wie die der Klägerin als Glücksspiel einzustufen und somit dem strengen Regime des GlüStV a.F. zu unterwerfen.

Mit Urteil vom 15.03.2012 hat das Verwaltungsgericht antragsgemäß den streitgegenständlichen Bescheid vom 02.11.2011 aufgehoben und festgestellt, dass eine Werbeaktion, mit der für den Fall, dass es zu einem bestimmten Zeitpunkt am Flughafen Stuttgart regnet, den Kunden, die innerhalb eines bestimmten Zeitraums Waren im Wert von mindestens 100,– EUR erworben haben, die Rückerstattung des Kaufpreises zugesichert wird, kein unerlaubtes Glücksspiel im Sinne des § 3 GlüStV a.F. darstellt. In den Entscheidungsgründen heißt es, dass die Teilnahme an der Werbeaktion nicht gegen ein Entgelt des Kunden zumindest in verdeckter Form erfolge. Dies setze nämlich voraus, dass der Kunde seine grundsätzliche Kaufentscheidung zumindest zusätzlich in der Absicht treffe, dass er mit seinem Kauf eine Gewinnchance erwerbe und sich nicht wesentlich daran orientiere, dass er Möbel bzw. Waren im Wert von mindestens 100,– EUR kaufe. Im vorliegenden Fall gehöre die Teilnahme am Gewinnspiel als Dreingabe zum Inhalt der von der Klägerin angebotenen Leistung. Sie sei kalkulatorisch nicht von der Preisgestaltung zu trennen und solle lediglich eine zusätzliche Anziehungskraft für den Erwerb der Ware beinhalten. Es gehe nicht um den zusätzlichen gezielten Erwerb einer Teilnahmemöglichkeit an einem

Gewinnspiel. Denn dem jeweiligen Verbraucher würde keine Gewinnmöglichkeit eröffnet, die den Wert der Ware übersteige. Ein Vermögensopfer gehe der Teilnahme am Gewinnspiel nicht voraus, da der Kunde die von ihm gekauften Waren erhalte. Diese Einschätzung entspreche der wettbewerbsrechtlichen obergerichtlichen Rechtsprechung zu § 4 Abs. 6 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Für den vorliegenden Fall sei entscheidend, dass sich der Eintritt des ungewissen Ereignisses lediglich auf die vertragliche Gegenleistung in Form der Zahlung des Kaufpreises auswirke, d.h. die entsprechende Kaufpreisvereinbarung unter einer aufschiebenden Bedingung (§ 158 Abs. 1 BGB) getroffen worden sei. Es sei nicht ersichtlich, dass diese Beurteilung mit der Zielrichtung des GlüStV a.F. in Widerspruch stehen könnte. Dass durch die Aktion Verkaufsentscheidungen gegebenenfalls vorgezogen oder bei der Klägerin realisiert würden, seien Gesichtspunkte, die jeder Werbeaktion immanent seien.

Der Beklagte hat gegen das ihm am 29.03.2012 zugestellte Urteil die vom Verwaltungsgericht zugelassene Berufung am 23.04.2012 eingelegt. Er ist der Ansicht, dass das Verwaltungsgericht die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Wettbewerbsrecht in unrichtiger Weise auf das Glücksspielrecht übertrage, die gefestigte Rechtsprechung des Reichsgerichts zum versteckten Entgeltbegriff ignoriere und die Ziele des GlüStV a.F. nicht vollumfänglich würdige. Die Intentionen des UWG und des GlüStV a.F. seien unterschiedlich. Während das UWG vor unlauterem Wettbewerb schützen solle, habe der GlüStV a.F. die ordnungsrechtliche Aufgabe, die negativen Seiten des Glücksspiels zu verhindern. Entscheidend sei, dass ohne den Kauf von Waren in Höhe von mindestens 100,– EUR keine Teilnahmemöglichkeit an der Wette bestehe. Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts, wonach man davon ausgehen müsse, dass der Kaufpreis über dem objektiven Wert der Ware liege, liege ein versteckter Einsatz vor. So werde die Klägerin sicherlich die Prämien für die von ihr geplante Versicherung in ihre Kaufpreise einkalkulieren. Selbst wenn

die hier geplante Aktion nicht über ein hohes Suchtpotential verfügen sollte, würden Aktionen dieser Art zu einer Allgegenwärtigkeit von Glücksspielen führen und somit das Glücksspiel an sich verharmlosen. Darüber hinaus könnten Anbieter von Glücksspielen das Spiel so ändern, dass der Spieler für sein Entgelt noch einen über den Erwerb einer Gewinnchance hinausgehenden Gegenwert in Form der Übereignung eines Gegenstandes erhalte. Damit würden Umgehungsmöglichkeiten geschaffen, die nicht im Sinne der Zielsetzung des GlüStV a.F. wären.

Der Beklagte beantragt,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Stuttgart vom 15. März 2012 – 4 K 4251/11 – zu ändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie stützt sich auf die Ausführungen im verwaltungsgerichtlichen Urteil und ergänzt sie dahingehend, dass für die Annahme der Entgeltlichkeit im Sinne des § 3 Abs. 1 Satz 1 GlüStV a.F. ein Zusammenhang zwischen der Aufwendung eines Vermögenswertes und dem Gewinn bestehen müsse. An dieser Konnexität zwischen Entgelt und Erwerb der Gewinnchance mangele es bei der streitgegenständlichen Werbeaktion. Der Kaufpreis sei die äquivalente Gegenleistung für die Ware. Dafür spreche auch die historische Auslegung des Glücksspielbegriffes, wonach die Regelung für ein verstecktes Entgelt in § 3 Abs. 4 LottStV gestrichen worden sei. Im Übrigen liege auch nach der Begründung des GlüStV a.F. ein Glücksspiel nicht vor, wenn ein Entgelt nicht verlangt werde. So liege der Fall hier. Ohne Zweifel habe das UWG einen anderen Schutzzweck als der GlüStV a.F.. Dies schließe es jedoch nicht aus, die dort getroffenen Wertungen auf § 3 Abs. 1 GlüStV a.F. zu übertragen. Auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts erkenne das vom Verwaltungsgericht

hervorgehobene subjektive Element bei der Definition des Entgeltbegriffs an. Entscheidend sei, ob der Käufer – unter Umständen auch in Kenntnis der Preiskalkulation – die Ware in der Absicht erwerbe, eine Gewinnchance zu erhalten. Dies könne für den Kauf von Möbeln zu einem Wert von mindestens 100,– EUR vernünftigerweise nicht angenommen werden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die gewechselten Schriftsätze sowie die dem Senat vorliegenden Behördenakten (1 Band) und die Verfahrensakte des Verwaltungsgerichts Stuttgart verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die durch das Verwaltungsgericht zugelassene Berufung ist statthaft (§ 124 Abs. 1 Satz 1 VwGO) und auch im Übrigen zulässig. Sie ist jedoch unbegründet. Ebenso wie das Verwaltungsgericht ist auch der Senat der Auffassung, dass die geplante Werbeaktion der Klägerin kein Glücksspiel im Sinne des Glücksspielstaatsvertrags alter und neuer Fassung darstellt. Das Verwaltungsgericht hat deshalb zu Recht die begehrte Feststellung ausgesprochen und den entgegenstehenden Bescheid des Beklagten vom 02.11.2011 aufgehoben. Er ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

1. Die Feststellungsklage ist zulässig. Die Feststellung, dass die geplante Werbeaktion kein Glücksspiel nach dem GlüStV a.F. und auch dem Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag in der ab 01.07.2012 geltenden Fassung ist (dazu siehe unten), stellt ein hinreichend konkretes Rechtsverhältnis im Sinne des § 43 Abs. 1 VwGO dar. An der begehrten Feststellung hat die Klägerin ein berechtigtes Interesse, weil der Beklagte die Zulässigkeit der Werbeaktion bestreitet. Die Feststellungsklage ist auch nicht gemäß § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO gegenüber der Verpflichtungsklage auf Erteilung eines feststellenden Verwaltungsaktes mit dem begehrten Inhalt subsidiär. Denn die Klägerin will (lediglich) eine

Klarstellung, dass ihre Werbeaktion zulässig ist (vgl. zum Vorstehenden auch BVerwG, Urteil vom 26.09.2012 – 8 C 26.11 -, NJW 2013, 327).

Die Feststellungsklage ist begründet. Der Senat kann dabei seiner Prüfung ausschließlich die Rechtslage ab Inkrafttreten des Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrags zum 01.07.2012 (Gesetz zu dem Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag (Erster Staatsvertrag zur Änderung des Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland) und zu dem Staatsvertrag über die Gründung der GKL Gemeinsame Klassenlotterie der Länder vom 26.06.2012, GBl. 2012 S. 385 in Verbindung mit der Bekanntmachung des Staatsministeriums über das Inkrafttreten des Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrags vom 10.07.2012, GBl. 2012 S. 515, im Folgenden GlüStV n.F.) zugrundelegen. Die einen Dauerverwaltungsakt darstellende Verfügung des Beklagten vom 02.11.2011 trifft eine unbefristete Regelung, die selbst für den Fall der Änderung der Sach- und Rechtslage Geltung beansprucht. Ihre Rechtmäßigkeit bestimmt sich dabei nach der Sach- und Rechtslage zum jeweiligen Zeitpunkt innerhalb des Wirksamkeitszeitraums und kann daher zeitabschnittsweise geprüft und beurteilt werden (BVerwG, Beschluss vom 05.01.2012 – 8 B 62/11 -, NVwZ 2012, 510). Da die Klägerin ihren Klagantrag in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich nur für die Zukunft zur Überprüfung gestellt hat, ist auch nur der GlüStV n.F. heranzuziehen. Dessen ungeachtet hat sich die hier entscheidungserhebliche Vorschrift des § 3 Abs. 1 GlüStV n.F. gegenüber der Vorgängerregelung nicht geändert.

Die von der Klägerin geplante Werbeaktion „Sie bekommen die Ware geschenkt, wenn es am…. regnet“ ist kein Glücksspiel im Sinne des § 3 Abs. 1 GlüStV n.F.. Nach dieser Vorschrift liegt ein Glücksspiel 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. Die Entscheidung über den Gewinn hängt in jedem Fall vom Zufall ab, wenn dafür der ungewisse Eintritt oder Ausgang

zukünftiger Ereignisse maßgeblich ist. Wetten gegen Entgelt auf den Eintritt oder Ausgang eines zukünftigen Ereignisses sind Glücksspiele. Ebenso wie das Verwaltungsgericht ist auch der Senat der Ansicht, dass die Klägerin kein Entgelt für den Erwerb der Gewinnchance verlangt.

Die Kunden entrichten ihr Entgelt als Kaufpreis für die zu erwerbende Ware und nicht für die Teilnahme am Gewinnspiel. Sie wollen ein Möbelstück (oder einen anderen Kaufgegenstand) zu einem marktgerechten Preis erwerben und haben dabei die Möglichkeit, Preisvergleiche bei Konkurrenten anzustellen. Im Vordergrund steht der Möbelerwerb und nicht die (aktive) Teilnahme an der Werbeaktion. Sie ist gegebenenfalls Folge des Einkaufs, wenn sich die Wetterprognose bestätigen sollte und der Kunde von seinem Erstattungsbegehren Gebrauch macht. Er ist nicht „automatisch“ an der Gewinnaktion beteiligt, sondern nur dann, wenn er seinen Gewinn durch Geltendmachung „aktiviert“. Die Realisierung des Gewinns ist damit dem eigentlichen Erwerbsvorgang „nachgeschaltet“. Der zivilrechtliche Kaufvertrag mit der aufschiebenden oder auflösenden Bedingung des Rückerstattungsanspruchs (§ 158 Abs. 1 und 2 BGB) steht bei Eintritt der Wetterprognose im Vordergrund. Auf die Motive des Kunden, der evtl. auch mit Blick auf das Gewinnspiel Waren bei der Klägerin erwirbt, kommt es insoweit nicht an. Hinzu kommt, dass die Klägerin unwidersprochen vorgetragen hat, dass die Preise während des Aktionszeitraums unverändert bleiben und somit nicht – wie vom Beklagten befürchtet – in den Warenwert eingepreist werden (dazu siehe unten). Damit „verlangt“ die Klägerin bereits kein Entgelt für die Gewinnchance.

Auch aus dem Begriff des „Entgelts“ in § 3 Abs. 1 Satz 1 GlüStV n.F. ergibt sich entgegen der Ansicht des Beklagten nichts anderes. Darunter ist nicht jede geldwerte Leistung zu verstehen, die für die Teilnahme am Spiel erbracht wird. Voraussetzung ist vielmehr, dass gerade aus diesem Entgelt die Gewinnchance des Einzelnen erwächst (sog. Einsatz). Der Senat

geht in seiner Rechtsprechung davon aus, dass der Glücksspielbegriff des § 284 StGB jedenfalls insoweit mit § 3 Abs. 1 GlüStV n.F. deckungsgleich ist, als das dort vorausgesetzte Entgelt nicht bloß jedwede geldwerte Gegenleistung sein kann, die notwendige Bedingung für den Erwerb einer Gewinnchance ist, sondern auch eine solche Zahlung, die eine hinreichende Bedingung dafür darstellt, also in den Gewinn einfließt, und hat dies aus dem Wortlaut „Erwerb einer Gewinnchance gegen Entgelt“ hergeleitet (Senat, Urteil vom 23.05.2012 – 6 S 389/11 -, ZfWG 2012, 279 ff., zum Bundesligamanagerspiel, m.w.N.). Entgegen der Ansicht des Beklagten führt nicht bereits der Wortlaut des § 3 Abs. 1 Satz 1 GlüStV n.F. dazu, von einem vollständig eigenständigen und insoweit von der strafrechtlichen Begriffsbestimmung abweichenden Glücksspielbegriff des GlüStV n.F. auszugehen. Denn § 3 Abs. 1 Satz 1 GlüStV n.F. spricht vom „Erwerb einer Gewinnchance gegen Entgelt“ und nicht bloß vom Erwerb einer Teilnahmeberechtigung und stellt damit einen Zusammenhang zwischen der Aufwendung eines Vermögenswertes und dem Gewinn her (Senat, Urteil vom 23.05.2012, a.a.O., unter Bezugnahme auf OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 15.09.2009 – 6 A 10199/09, ZfWG 2009, 413). Hieran fehlt es ebenfalls. Der Kunde leistet das Entgelt nach dem oben Gesagten für die Ware und nicht unmittelbar für die Gewinnchance. Er erwirbt mit dem Abschluss des Kaufvertrages die Möglichkeit der Teilnahme am Gewinnspiel. In Betracht kommt deshalb allenfalls ein verdecktes Entgelt, das dann im Warenwert berücksichtigt sein müsste. Die Höhe dürfte sich allerdings für die Klägerin im Zeitpunkt des Verkaufs noch gar nicht ermitteln lassen, da sie – ebenso wenig wie der Kunde – weiß, ob sich die Gewinnchance realisieren wird oder nicht. Darüber hinaus hat ihr Prozessbevollmächtigter im Termin zur mündlichen Verhandlung vorgetragen, dass der Werbekostenetat der Klägerin unverändert bleibt, unabhängig davon, ob die hier im Streit befindliche Werbeaktion durchgeführt wird oder nicht. Die Aktion werde von einer Versicherung angeboten und aus dem allgemeinen Werbekostenetat beglichen. Die Versicherungsprämie fließe

deshalb nicht zusätzlich in den Kaufpreis ein, sondern habe lediglich Auswirkungen auf die Verwendung der für die Werbung vorgesehenen Einzelposten. Die Befürchtung des Beklagten, dass möglicherweise die Ware mit Blick auf die Werbeaktion doch teurer sein könnte, ist damit entkräftet. Aus welchem (zusätzlichen) Motiv heraus der Kunde die Waren erwirbt, evtl. mit Blick auf eine mögliche Gewinnchance, ist in diesem (ordnungsrechtlichen) Zusammenhang unerheblich. Zu Recht weist das Verwaltungsgericht darauf hin, dass der Kunde die Möglichkeit hat, sich auf dem Möbelmarkt zu orientieren und gegebenenfalls andere attraktive Angebote vorzuziehen. Dass die Ziele des GlüStV n.F. der hier streitbefangenen Werbeaktion entgegen stehen könnten, vermag der Senat nicht zu erkennen. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass die Kunden durch diese Werbeaktion „auf den Geschmack kommen“ könnten und dann auch die klassischen Glücksspiele nachfragen würden, wie es der Beklagte befürchtet. Wird somit das Entgelt nicht für die Gewinnchance, sondern für den Erwerb der Waren geleistet, fehlt es auch am erforderlichen „Vermögensopfer“.

Selbst wenn man den vom Beklagten favorisierten weiten Entgeltbegriff, der jedes Vermögensopfer umfassen soll, zugrunde legen würde, würde das Entgelt nicht „im Rahmen eines Spieles“ erbracht, wie es § 3 Abs. 1 Satz 1 GlüStV n.F. voraussetzt, sondern für die Ware geleistet. Es steht, wie oben ausgeführt, in untrennbarem Zusammenhang mit dem Abschluss des Kaufvertrages.

Handelt es sich somit bei der streitgegenständlichen Wette nicht um ein öffentliches Glücksspiel im Sinne von § 3 Abs. 1 Satz 1 GlüStV n.F., ist der Beklagte nicht zum (ordnungsrechtlichen) Einschreiten befugt. Denn die Glücksspielaufsicht hat nach § 9 Abs. 1 Satz 1 GlüStV n.F. (ebenso wie nach § 9 Abs. 1 Satz 1 GlüStV a.F.) die Aufgabe, die Erfüllung der nach diesem Staatsvertrag bestehenden oder auf Grund dieses Staatsvertrages begründeten öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen zu überwachen sowie darauf

hinzuwirken, dass unerlaubtes Glücksspiel und die Werbung hierfür unterbleiben. Eingriffsbefugnisse, die – wie hier – die Regelungsmaterie des bürgerlichen Rechts betreffen, bestehen nicht. Denn hierfür hat der Bund seine (konkurrierende) Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG wahrgenommen und entsprechende verbraucherschutzrechtliche oder auch wettbewerbsrechtliche Regelungen abschließend getroffen (vgl. hierzu auch Dietlein/Hecker/Ruttig, GlüStV, 2. Aufl., § 3 Rdnr. 2; Senat, Urteil vom 09.07.2012 – 6 S 773/11 – VBlBW 2013, S. 55 ff., zur kompetenziellen Abgrenzung im Heimaufsichtsrecht bei zivilrechtlich geregelten Sachverhalten).

Bei dieser Rechtslage kann dahinstehen, ob und inwieweit die vom Verwaltungsgericht genannte wettbewerbsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 4 Abs. 6 UWG für die Einschätzung des vorliegenden Falles herangezogen werden kann. Denn das UWG dient dem Schutz der Mitbewerber und Verbraucher (§ 1 UWG) und hat damit eine andere Zielrichtung als der GlüStV n.F., der am Schutz der Spieler vor den Gefahren des Glücksspiels ausgerichtet ist (§ 1 GlüStV n.F.).

Aus der vom Beklagten zitierten älteren strafrechtlichen Rechtsprechung (BGH, Urteil vom 25.10.1951 – 3 StR 549/51 -, BGHSt 2, 79 ff., zur progressiven Kundenwerbung durch Schneeballsystem; OLG Düsseldorf, Urteil vom 06.02.1958 – 1Ss 609/57, NJW 1958, 760, und des Reichsgerichts, Urteil vom 23.02.1931 – III 1094/30 -, jeweils zum verdeckten Einsatz) zu § 286 StGB a.F. ergibt sich ungeachtet der zwischenzeitlich erfolgten Gesetzesänderungen nichts anderes. Soweit in den Entscheidungen auf den verdeckten Einsatz abgehoben wird, stellen sie ausdrücklich klar, dass dieser dann fehlt, wenn der „Spieler“ einen objektiven Wert für den Kaufpreis erhält bzw. der Gewerbetreibende dies auch weiß und will.

Es handelt sich somit bei der von der Klägerin beabsichtigten Werbeaktion nicht um ein Glücksspiel im Sinne des § 3 Abs. 1 Satz 1 GlüStV n.F.. Die vom Verwaltungsgericht ausgesprochene

Feststellung ist rechtlich nicht zu beanstanden.

2. Da das Feststellungsbegehren der Klägerin erfolgreich ist, ist auch der entgegenstehende Bescheid des Beklagten vom 02.11.2011 aufzuheben. Er ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO, die über die Revisionszulassung wegen grundsätzlicher Bedeutung aus § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO.

Beschluss vom 9. April 2013:

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren gemäß §§ 52 Abs. 2, 47 Abs. 1 GKG auf 5.000,– EUR festgesetzt.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar.