

Von einem Zufallseignis abhängende Werbeaktionen sind grundsätzlich nicht als Glücksspiel anzusehen

Eigener Leitsatz:

Eine Werbeaktion, die eine Rückerstattung des Kaufpreises unter den Voraussetzungen, dass es an einem bestimmten Tag regnet, zum Inhalt hat, ist generell kein Glücksspiel i.S.d § 3 I GlüStV. Es fehlt hierbei an der Entgeltlichkeit der Teilnahme, da die Ware selbst bereits den Gegenwert für das gezahlte Geld darstellt. Der Erwerb der Gewinnchance ist dabei als eine Zugabe anzusehen.

Verwaltungsgericht Regensburg

Urteil vom 12.04.2012

Az.: R0 5 K 11.1986

Tenor:

I. Es wird festgestellt, dass eine Werbeaktion, bei der Kunden, die während eines Aktionszeitraums Waren mit einem Kaufpreiswert von über 100,- € erworben haben, den Kaufpreis nachträglich zurückerstattet bekommen, wenn ein zufallsabhängiges Ereignis eintritt, kein Glücksspiel im Sinne des § 3 Abs. 1 Glücksspielstaatsvertrag darstellt.

II. Die Kosten des Verfahrens trägt der Beklagte.

III. Das Urteil ist in Ziffer II vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung

Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

IV. Die Berufung gegen das Urteil wird zugelassen.

Tatbestand:

Die Klägerin begehrt die Feststellung, dass es sich bei einer ihrerseits geplanten Werbeaktion nicht um ein Glücksspiel im Sinne des § 3 Abs. 1 GlüStV handelt.

Die Klägerin beabsichtigt eine Werbeaktion folgenden Inhalts durchzuführen: Jeder Kunde, der innerhalb eines vorab festgelegten Aktionszeitraums bei der Klägerin Waren zu einem Kaufpreis von mindestens 100,- € erwirbt, soll diesen Kaufpreis zurückerstattet bekommen, wenn es an einem vorbestimmten Stichtag (ca. 3 Wochen nach der Aktion) zwischen 12:00 Uhr und 13:00 Uhr am Flughafen München amtlich festgestellt mindestens eine Niederschlagsmenge von 3 ml/m² regnet. Um den Kaufpreis zurückzuerlangen, müssten sich die Kunden dann nach dem Stichtag bei der Klägerin zurückmelden und ihre Einkäufe während des Aktionszeitraums anzeigen.

Leitspruch der Aktion soll demnach sein: „Sie bekommen die Ware geschenkt, wenn es am ... regnet“.

Mit Schreiben vom 9.8.2011 forderte die Prozessbevollmächtigte der Klägerin die Regierung der Oberpfalz dazu auf, klarzustellen, dass es sich bei der geplanten Werbeaktion nicht um Glücksspiel im Sinne des § 3 Abs. 1 GlüStV handle. Im Schreiben vom 10.8.2011 qualifizierte die Regierung der Oberpfalz die geplante Werbeaktion jedoch als öffentliches Glücksspiel im Sinne des § 3 Abs. 1 GlüStV, namentlich als Wette gegen Entgelt auf den Eintritt eines zukünftigen Ereignisses. Dieser Auffassung schloss sich auch das Bayerische Staatsministerium des Inneren mit Schreiben vom 4.10.2011 an. Zur Stellungnahme war das Bayerische Staatsministerium des Inneren durch die Prozessbevollmächtigte der Klägerin mit Schreiben vom 9.9.2011 aufgefordert worden, da die gleichfalls

mit Schreiben vom 9.8.2011 zur Klarstellung aufgeforderte Landesdirektion Leipzig zu einer gegenteiligen Einschätzung gelangt war und die geplante Werbeaktion nicht als Glücksspiel im Sinne des § 3 Abs. 1 GlüStV eingeordnet hatte.

Ein mit Schreiben vom 28.10.2011 gestellter förmlicher Feststellungsantrag der Klägerin wurde schließlich seitens der Regierung der Oberpfalz mit Schreiben vom 17.11.2011 abgelehnt. Es bestünde kein Interesse an einem feststellenden Bescheid. Im Übrigen sei eine Rechtsgrundlage für einen entsprechenden Bescheid im GlüStV bzw. im AGGlüStV nicht ersichtlich. Zudem wurde die Einschätzung aufrechterhalten, dass es sich bei der geplanten Werbeaktion um Glücksspiel im Sinne des § 3 Abs. 1 GlüStV handle.

Am 20.12.2011 ließ die Klägerin Feststellungsklage erheben.

Zur Begründung trägt die Klägerin vor:

Bereits aufgrund der drohenden Konsequenzen, die mit der Durchführung eines erlaubnispflichtigen Glücksspiels ohne behördliche Erlaubnis verbunden wären, bestehe ein rechtliches wie wirtschaftliches Interesse an der Klärung der Rechtsfrage.

Weiterhin ist sie der Auffassung, dass die geplante Werbeaktion kein Glücksspiel im Sinne des § 3 Abs. 1 GlüStV sei. Es fehle insofern am erforderlichen Merkmal eines Entgelts, d.h. an der Leistung eines Einsatzes zum Erwerb einer Gewinnchance. Die Kunden entrichteten vielmehr einen Kaufpreis, dem der Erwerb einer Ware gegenüber stehe. Diese dürften sie unabhängig vom Ausgang der Aktion behalten. Die Möglichkeit der Rückerstattung des Kaufpreises sei demzufolge lediglich eine zusätzliche Chance, die den Kunden seitens der Klägerin gewährt würde. Ein Entgelt im Sinne des § 3 Abs. 1 GlüStV müssten sie dafür aber gerade nicht leisten, weder in offener noch in versteckter Form.

Zudem bestehe auch nicht die Gefahr, den Schutzzweck des Glücksspielstaatsvertrages zu unterlaufen. Die einmalige

geplante, warenbezogene Werbeaktion leiste der Glücksspiel- oder Wettsucht keinen Vorschub, weshalb eine Subsumtion unter § 3 Abs. 1 GlüStV, welcher im Kontext mit § 1 Nr. 1 GlüStV zu lesen sei, nicht veranlasst sei. Im Übrigen werde auf vergleichbare Aktionen anderer Konzerne verwiesen. Schließlich sei auch auf die Entscheidung des BGH vom 22.1.2009, Az. I ZR 31/06, zu § 4 Nr. 6 UWG hinzuweisen. Danach seien reine Umsatzgeschäfte, die lediglich ergänzend ein aleatorisches Element bei der Preisgestaltung aufweisen, von Glücksspielen zu differenzieren, zu deren Teilnahme ein besonderes Entgelt zu leisten sei. Würden alleine Umsatzgeschäfte getätigt, also „Ware gegen Kaufpreis“, dann stelle der Kaufpreis für sich zugleich auch das Entgelt für ein Glücksspiel dar. Dieser rechtlichen Wertung folgend liege auch in dem hier streitgegenständlichen Sachverhalt kein Glücksspiel vor, da die Kunden der Klägerin ausschließlich den Kaufpreis für die Möbel leisten und mithin ein Umsatzgeschäft vornähmen. Ebenso wie das Versprechen in der Entscheidung des BGH („Jeder 100. Teilnehmer gewinnt“) stelle das hier streitgegenständliche aleatorische Versprechen „Sie bekommen die Ware geschenkt, wenn es am ... regnet“, keine nachhaltige Beeinflussung der Kaufentscheidung dar. Ein Durchschnittsverbraucher sei in der Lage, mit einem solchen Gewinnanreiz bei seiner Kaufentscheidung umzugehen. Der BGH erkenne deshalb bei derartigen Umsatzgeschäften keine besondere Schutzwürdigkeit des Verbrauchers.

Sofern das Gericht Zweifel an der fehlenden Suchtgefahr der Werbeaktion der Klägerin haben sollte, werde zum Nachweis fehlender Suchtgefahr „Beweiserhebung durch Sachverständigengutachten“ beantragt.

Die Klägerin beantragt in der mündlichen Verhandlung:

Es wird festgestellt, dass eine Werbeaktion, bei der Kunden, die während eines Aktionszeitraums Waren mit einem Kaufpreiswert von über 100,- € erworben haben, den Kaufpreis nachträglich zurückerstattet bekommen, wenn ein

zufallsabhängiges Ereignis eintritt, kein Glücksspiel im Sinne des § 3 Abs. 1 Glücksspielstaatsvertrag darstellt.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die geplante Werbeaktion sei als öffentliches Glücksspiel im Sinne des § 3 Abs. 1 und 2 GlüStV zu qualifizieren. Neben den Tatbestandsmerkmalen der Öffentlichkeit, der Zufallsabhängigkeit sowie dem Erwerb einer Gewinnchance, sei insbesondere auch das Kriterium der Entgeltlichkeit erfüllt. Konkret handle es sich um ein verstecktes Entgelt, welches in den Kaufpreis der Waren einkalkuliert werde. Hierfür spreche vor allem die Tatsache, dass die Teilnahme erst ab einem Einkaufswert von mindestens 100,- € zugelassen werden soll. Denn erst ab dieser Preiskategorie sei es wirtschaftlich möglich, einen verdeckten Spieleinsatz einzupreisen. Eine gleichwertige und unentgeltliche alternative Teilnahmeform solle aber gerade nicht angeboten werden.

Im Übrigen sei für die Qualifikation als Glücksspiel ausschließlich auf § 3 GlüStV abzustellen. Fragen des Schutzzweckes bzw. der Ziele im Sinne des § 1 GlüStV würden erst nach einer nach einer derartigen Einordnung im Hinblick auf die Erlaubnisfähigkeit eines Glücksspiels relevant.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der Sitzungsniederschrift sowie auf das Aktengeheft der Beklagten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Klage ist zulässig und begründet.

I. Die Klage ist zulässig.

Die Klägerin begehrt die Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses im Sinne des § 43 Abs. 1 VwGO. Die Feststellungsklage ist insofern statthaft. Die Rechtsbeziehung

zwischen der Klägerin und der Beklagten bzw. der Regierung der Oberpfalz hatte sich bis zur Klageerhebung auf Grund des vorangegangenen Schriftverkehrs zu einem feststellungsfähigen Rechtsverhältnis verdichtet. Den Erlass eines feststellenden Bescheids hatte die Regierung der Oberpfalz mit Schreiben vom 17.11.2011 jedoch abgelehnt.

Hieraus resultiert letztlich auch ein berechtigtes Interesse der Klägerin an der baldigen Feststellung. Solange nicht geklärt ist, ob es sich bei der geplanten Werbeaktion um Glücksspiel im Sinne des § 3 Abs. 1 GlüStV handelt, kann die Klägerin die Aktion nicht durchführen, ohne sich dabei dem Risiko auszusetzen, ein erlaubnispflichtiges Glücksspiel ohne die erforderliche behördliche Erlaubnis durchzuführen. Damit aber liefe sie Gefahr eine Ordnungswidrigkeit im Sinne des Art. 9 Abs. 1 Nr. 1 AGGlüStV zu begehen oder gar einen Straftatbestand im Sinne des § 284 StGB zu verwirklichen.

Ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis setzt voraus, dass zwischen den Beteiligten dieses Rechtsverhältnisses ein Meinungsstreit besteht, aus dem heraus sich eine Seite berührt, ein bestimmtes Tun oder Unterlassen der anderen Seite verlangen zu können (exemplarisch und umfassend Urteil des BVerwG vom 23.1.1992, BVerwGE 89, 327 mit weitgehenden und umfassenden Hinweisen auf die vorausgegangene Rechtsprechung). Der Streit der Beteiligten muss in Beziehung zu Bedeutung und Tragweite einer Vorschrift des öffentlichen Rechts im Hinblick auf einen konkreten Sachverhalt bestehen (so BVerwGE, Urteil vom 26.1.1996 – BVerwGE 100, 262 275).

Diese Voraussetzungen liegen im Verhältnis der Beteiligten vor, denn zwischen den Beteiligten ist umstritten, ob die von der Klägerin geplante Werbeaktion den Regelungen des Glücksspielstaatsvertrages unterliegt.

Die Feststellungsklage ist im vorliegenden Fall auch nicht gegenüber einer Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage subsidiär.

Eine Anfechtungsklage allein genügt nicht, um das Rechtsschutzbegehren der Klägerin im geltend gemachten Umfang zu umfassen. Denn im Hinblick darauf, dass eine ausdrückliche Rechtsgrundlage für den vom Beklagten abgelehnten feststellenden Bescheid nicht vorliegt, sondern allenfalls aufgrund einer Ableitung aus den dem Beklagten eingeräumten stillschweigenden Ermächtigung, im Zusammenhang mit genehmigungsbedürftigen Sachverhalten auch feststellende Bescheide zu erlassen, in Betracht kommt (vgl. BVerwG, Urteil vom 9.5.2001, Az. 3 C 2/01, Rn. 13), wäre dem Begehren der Klägerin jedenfalls dann nicht umfassend Rechnung getragen, wenn das Schreiben des Beklagten aus formalen Gründen aufgehoben würde.

Die Klägerin ist auch nicht auf die Möglichkeit einer Verpflichtungsklage mit dem Ziel der Erlaubnis (§ 4 GlüStV) für die geplante Veranstaltung zu verweisen, da sie diese gerade nicht als Glücksspiel ansieht. Eine Klage mit dem Ziel, den Beklagten zur begehrten Feststellung zu verpflichten, ist nicht als vorrangig anzusehen, da eine ausdrückliche Rechtsgrundlage für diesen Anspruch nicht vorhanden ist.

Die örtliche Zuständigkeit des VG Regensburg folgt aus § 52 Nr. 5 VwGO. Da der Freistaat Bayern Beklagter ist, ist der Sitz der Behörde maßgeblich, die befugt ist, über den vom Kläger geltend gemachten Anspruch zu entscheiden. Insofern ist auf die Regierung der Oberpfalz abzustellen, vgl. auch Art. 2 Abs. 4 Nr. 3 AGGlüStV.

II. Die Klage ist begründet. Das von der Klägerin geplante Gewinnspiel „Sie bekommen den Kaupreiszurück, wenn es am ... regnet“ ist kein Glücksspiel im Sinne des § 3 Abs. 1 GlüStV.

§ 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV legaldefiniert den Glücksspielbegriff für den Geltungsbereich des Glücksspielstaatsvertrags wie folgt: „Ein Glücksspiel liegt 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.“ Auch Wetten gegen Entgelt auf den Eintritt oder Ausgang eines zukünftigen Ereignisses sind nach § 3 Abs. 1 Satz 3 Glücksspiele.

Konstitutive Tatbestandsmerkmale sind demnach (1) der Erwerb einer Gewinnchance, (2) die Zufallsabhängigkeit der Entscheidung über den Gewinn sowie (3) die Entgeltlichkeit des Erwerbs der Gewinnchance.

(1) Die Eröffnung der Möglichkeit der Rückzahlung des Kaufpreises stellt den Erwerb einer Gewinnchance dar.

(2) Die Abhängigkeit der Entscheidung über den Gewinn von der Frage, ob es an einem im Vorfeld festgelegten Stichtag nach dem Aktionszeitraum am Flughafen München amtlich festgestellt zwischen 12:00 und 13:00 Uhr mindestens 3 ml/m² regnet, ist weiterhin als zufallsabhängig zu qualifizieren. Insoweit greift die unwiderlegliche Vermutung des § 3 Abs. 1 S. 2 GlüStV, wonach die Entscheidung über den Gewinn in jedem Fall vom Zufall abhängt, wenn dafür der ungewisse Eintritt oder Ausgang zukünftiger Ereignisse maßgeblich ist. Auch haben die Beteiligten keinen Einfluss auf den Eintritt dieses Ereignisses.

(3) Abzulehnen ist jedoch die Entgeltlichkeit des Erwerbs der Gewinnchance.

§ 3 Abs. 1 Satz 1 GlüStV spricht vom „Erwerb einer Gewinnchance gegen Entgelt“, nicht vom Erwerb einer Teilnahmemöglichkeit und stellt damit einen Zusammenhang zwischen der Aufwendung eines Vermögenswertes und dem Gewinn her (so auch OVG Koblenz vom 15.9.2009, Az. G A 10199/98, OVG S. 4 des Urdrucks). Allerdings ist für den Begriff des „Entgelts für den Erwerb einer Gewinnchance“ im Sinne des § 3 Abs. 1 Satz 1 GlüStV nicht Voraussetzung, dass der Spieler, um an der Gewinnchance teilzuhaben, durch einen Einsatz ein Vermögensopfer erbringt, wie dies nach ganz herrschender

Auffassung eine wesentliche weitere Voraussetzung für den strafrechtlichen Glücksspielbegriff im Sinne des § 284 StGB ist. Im Bereich des Strafrechts wird in Abgrenzung zum sog. Eintrittsgeld vorausgesetzt, dass es sich bei diesem Vermögensopfer nicht lediglich um die – vom eigentlichen Spiel unabhängige – Ermöglichung der Teilnahme daran handelt, sondern vielmehr aus dem Einsatz aller Mitspieler die Gewinnchance des Einzelnen erwächst (vgl. BayVGH vom 25.8.2011, Az. 10 BV 10.1176, Rn. 20 m.w.N.). Nach Auffassung des BayVGH enthält § 3 Abs. 1 Satz 1 GlüStV einen eigenständigen, von der üblichen straf- und verbraucherschutzrechtlichen Definition teilweise abweichenden ordnungsrechtlichen Glücksspielbegriff (so VGH vom 25.8.2011, Rn. 18). Denn der Gesetzgeber des Glücksspielstaatsvertrages hat sich bei seiner Legaldefinition des Glücksspiels in § 3 Abs. 1 GlüStV zwar hinsichtlich der Voraussetzung bzw. des Begriffsmerkmals der Zufallsabhängigkeit eng an den strafrechtlichen Glücksspielbegriff angelehnt. Bei dem für den Erwerb der Gewinnchance weiter vorausgesetzten „Entgelt“ hat er jedoch schon von der Formulierung bzw. dem Wortlaut her die im Rahmen der strafrechtlichen Glücksspieldefinition regelmäßig verwendeten Begriffe „Einsatz“ und „Vermögensopfer“ sowie die damit im Zusammenhang stehende Diskussion über Schwellenwerte oder Geringfügigkeitsgrenzen nicht aufgegriffen (so BayVGH vom 25.8.2011 a.a.O. Rn. 21 und auch BayVGH vom 23.2.2012, Az. 10 CS 10.1682 Rn. 20). Dabei zieht der BayVGH für seine Auffassung sowohl den Gesetzeswortlaut als auch die Entstehungsgeschichte und auch die Gesetzesbegründung zu dieser Norm heran.

Gleichwohl setzt aber der ordnungsrechtliche Glücksspielbegriff des § 3 Abs. 1 Satz 1 GlüStV nach seinem Wortlaut voraus, dass für den Erwerb der Gewinnchance ein Entgelt verlangt wird, auch wenn es auf die Erheblichkeitsschwelle nicht ankommt. Nach dem Gesetzeswortlaut genügt es für die Annahme eines Glücksspiels aber allein nicht, wenn die Teilnahme am Spiel vom

entgeltlichen Erwerb einer Sache oder Dienstleistung abhängig ist. Dies ergibt auch eine historische Auslegung. Zieht man die Gesetzesgeschichte heran, so sah der Vorentwurf des Lotteriestaatsvertrages (Stand: 4.4.2003) folgenden Abs. 4 in § 3 LottStV vor:

„(4) Entgelt ist ohne Rücksicht auf seine Höhe und Bezeichnung alles, was der Spieler aufwenden muss, um spielen zu können. Ausgenommen sind die Kosten für die bloße Übermittlung der Willenserklärung zu der Spielteilnahme durch einen Dritten. Entgelt kann in offener oder versteckter Form verlangt werden. Ein verstecktes Entgelt liegt insbesondere vor, wenn die Teilnahme am Spiel vom entgeltlichen Erwerb einer Sache, eines Rechts oder einer Dienstleistung abhängig ist“.

Dieser 4. Absatz wurde aber gänzlich gestrichen, somit auch der Satz 4, wonach ein verstecktes Entgelt insbesondere vorliegt, wenn die Teilnahme am Spiel vom entgeltlichen Erwerb einer Sache, eines Rechts oder einer Dienstleistung abhängig ist.

Auch die Gesetzesbegründung ergibt keine Anhaltspunkte für eine solche vom Beklagten vertretene Auffassung. In der Gesetzesbegründung wird hinsichtlich des Begriffsmerkmals des Entgelts ausgeführt, dass ein Glücksspiel (nur) dann nicht vorliegt, wenn ein Entgelt nicht verlangt wird. Erläuternd dazu bestimmt der Folgesatz: „Ein solches Verlangen ist nicht gegeben, wenn neben einer entgeltlichen Teilnahmemöglichkeit (z.B. Mehrwertdienst) eine gleichwertige, praktikable und unentgeltliche Alternative – z. B. durch Postkarte, E-Mail oder via Internet – zur Teilnahme an dem selben Spiel angeboten wird“ (Lt. Drs. 15/8486 S. 13). Kein Glücksspiel im Sinne des Glücksspielstaatsvertrages ist z.B. gegeben, wenn ausschließlich für die Übermittlung der Erklärung des Spielteilnehmers Beförderungskosten anfallen, aber nicht darüber hinaus Kosten für den Telefonwertdienst anfallen, oder eine unentgeltliche Alternative im oben beschriebenen Sinn angeboten wird (so BayVGH vom 25.8.2011 a.a.O., Rn. 22).

Somit kann weder unter Berücksichtigung des Gesetzeswortlauts noch der Gesetzesgeschichte gesagt werden, dass ein verstecktes Entgelt insbesondere schon vorliegt, wenn die Teilnahme am Spiel vom entgeltlichen Erwerb einer Sache eines Rechts oder einer Dienstleistung abhängig ist. Denn diese im Vorentwurf des Lotteriestaatsvertrages vorgesehene Regelung wurde nicht zum geltenden Gesetz. Vielmehr muss im Einzelfall geprüft werden, ob für den Erwerb einer Gewinnchance ein Entgelt verlangt wird.

Das Entgelt für den Erwerb der Gewinnchance kann grundsätzlich in offener, aber auch in verdeckter Form geleistet werden. Wertungsmäßig ist die Gleichstellung offener und verdeckter Entgeltlichkeit zwingend erforderlich. Schließlich gebietet es der Schutzzweck der Regelung auch solche „Spiele“ als Glücksspiele im Sinne des § 3 Abs. 1 GlüStV zu qualifizieren, bei welchen der Spielteilnehmer nicht eindeutig und unmittelbar erkennen kann, ob er für den Erwerb seiner Gewinnchance ein Entgelt entrichtet. Eine abweichende Lesart der Vorschrift würde diese letztlich aushöhlen.

a) Ein offener Spieleinsatz bzw. ein offenes Teilnahmeentgelt wird seitens der Klägerin nicht eingefordert. Die Teilnahmemöglichkeit hängt lediglich vom Erwerb von Waren zu einem Kaufpreis von mindestens 100,00 € ab, ein weiteres offenes Entgelt hat der Kunde nicht zu entrichten. Zudem ist keine kostenpflichtige Anmeldung o.ä. erforderlich, um an der Aktion teilnehmen zu können.

b) Aber auch ein Entgelt in verdeckter Form liegt hier im Ergebnis nicht vor.

Grundsätzlich ist es denkbar, dass ein verdecktes Entgelt im Kaufpreis einer Ware enthalten ist, es gleichsam „eingepriesen“ wird. Das synallagmatische Gegenüberstehen von Kaufpreis und Ware, welche der Kunde unabhängig vom Ausgang des Spiels behalten darf, steht der Entgeltlichkeit dabei nicht zwingend entgegen. Auch ist die Einpreisung bei Waren

mit höherem Kaufpreis auf Grund größerer Gewinnspannen prinzipiell eher möglich. Zuzugeben ist auch, dass ein Unternehmen seine Unkosten für Werbemaßnahmen, Verlosungen, Ausspielungen etc. in die Kalkulation seiner Warenpreise schon auf Grund allgemeiner ökonomischer Grundprinzipien einfließen lassen wird. Aus diesem Grund wird dem Kunden in der Gesamtbetrachtung nur höchst selten ein absolut unentgeltliches Geschenk offeriert.

Gleichwohl ist vorliegend nicht von einer Einpreisung und somit von einem Entgelt im Sinne des § 3 Abs. 1 GlüStV auszugehen.

Ausweislich des Wortlauts des § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV muss das verdeckte wie auch das offene Entgelt „für den Erwerb einer Gewinnchance“ verlangt werden. Diese Konnexität zwischen Entgelt und Erwerb der Gewinnchance ist hier nicht gegeben. Der Schluss darauf, dass in dem am Spiel teilnehmenden Warenkaufpreis der Spieleinsatz versteckt ist, führt zu weit und basiert auf keiner tragenden Grundlage.

Zum einen nimmt die Klägerin keine Anhebung der Preise während des Aktionszeitraums vor. Eine offensichtliche Einpreisung scheidet somit bereits aus.

Aber auch eine subtilere Form der Einpreisung kann nicht allein aus dem Umstand gefolgert werden, dass lediglich ab einem Einkaufswert von mindestens 100,- € die Teilnahme ermöglicht werden soll. Selbst wenn es erst ab diesem Preisrahmen auf Grund der höheren potentiellen Gewinnspannen möglich ist, verdeckte Entgelte einzupreisen, so kann allein hieraus jedoch kein weitergehender Schluss auf das tatsächliche Bestehen eines verdeckten Entgelts gezogen werden. Denkbar ist es beispielsweise ebenso, die „Einpreisung des Risikos“ erst zeitlich nachfolgend vorzunehmen. Der Eintritt des Gewinnfalles ist im Aktionszeitraum per definitionem ungewiss. Die Klägerin wird deshalb nicht zwingend mit Kosten und Aufwendungen belastet. Ihr bleibt es

daher unbenommen erst nachträglich und lediglich im Fall des Eintritts des Gewinns die daraus entstandenen Kosten in ihre künftigen Warenpreise einzukalkulieren – eine wirtschaftlich ebenso sinnvolle Vorgehensweise. In diesem Fall werden aber gerade nicht mehr die Teilnehmer der Aktion mit dem Entgelt belastet, sie entrichten kein Entgelt „für“ den Erwerb einer Gewinnchance. Eine zeitliche und personelle Kongruenz zwischen Spiel und einem etwaigen Entgelt ist insofern nicht zwingend ersichtlich. Etwas anderes folgt auch nicht daraus, dass es für die Frage der Entgeltlichkeit im Sinne des § 3 Abs. 1 GlüStV prinzipiell nicht auf eine Kostendeckung des Veranstalters, die konkrete Bestimmbarkeit der Höhe des Entgelts oder die Überschreitung einer Bagatellgrenze ankommt.

Weitergehend ist das Tatbestandsmerkmal der Entgeltlichkeit im Sinne des § 3 Abs. 1 GlüStV auch nicht allein deshalb erfüllt, weil der Kunde gezwungen ist, mindestens 100,- € aufzuwenden und ihm somit keine völlig kostenfreie gleichwertige Alternative geboten wird. Zum einen stellt die dargebotene Teilnahmeform bereits eine unentgeltliche Variante zur Teilnahme an der Wette (Gewinnspiel) dar, weil der Kaufpreis die äquivalente Gegenleistung für die (Ware) ist. Die Teilnahme am Gewinnspiel ist eine Dreingabe, die zum Inhalt der von der Klägerseite angebotenen Leistung gehört. Es handelt sich um ein mit dem Kaufpreis verknüpftes zusätzliches Leistungsangebot (so auch VG Stuttgart vom 15.3.2012, Az. 4 K 4251/11 S. 9 des Urdrucks). Zum anderen ist es nicht möglich, eine Konnexität zwischen Entgelt und Gewinnchance allein aus dem Umstand herzuleiten, dass die Gewinnspielteilnahme untrennbar mit dem Warenerwerb verknüpft ist. Es besteht keine dahingehende Vermutung, dass grundsätzlich eine verdeckte Einpreisung vorliegt, welche seitens der Klägerin zu entkräften wäre bzw. nicht entkräftet werden könnte.

Sofern man auch in das glücksspielrechtliche Tatbestandsmerkmal „Entgelt für den Erwerb einer Gewinnchance“ ein subjektives Moment hineinliest – namentlich die

Gewinnhoffnung des Kunden, ohne die er die Gegenleistung nicht erworben hätte – so lässt sich im konkreten Fall daraus auch nicht unter Berücksichtigung des Schutzzwecks des Glücksspielstaatsvertrages ein Glücksspiel konstruieren. Selbst wenn man davon ausginge, dass die vorliegende Art und Form der Werbung dazu Anreize setzt, übermäßige Möbelkäufe zu tätigen, so ist dieser Sachverhalt zum Schutz der Verbraucher im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb geregelt (siehe § 4 Nr. 6 bzw. § 4 Nr. 1 UWG und auch Entscheidung des OLG Hamm vom 19.3.2009, Az. I-4 U 200/08, unlautere Werbung: Versprechen der „Kaufpreiserstattung für den Fall, dass Deutschland Fußball-Europameister wird“). Es spricht viel dafür, dass der Gesetzgeber des Glücksspielstaatsvertrages nicht in den Anwendungsbereich des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, welches auch dem Vertrauensschutz dient (siehe § 1 UWG), eingreifen wollte. Denn für diesen Rechtsbereich gibt es gemeinschaftsrechtliche Vorgaben durch die Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.5.2005 über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern, sowie durch die Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken). Nach einer Entscheidung des EuGH vom 14.1.2010, Rs. C 304/08, ist diese Richtlinie so auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung wie der des § 4 Nr. 6 UWG entgegensteht, nach der Geschäftspraktiken unzulässig sind, bei denen die Teilnahme von Verbrauchern an einem Preisausschreiben oder Gewinnspiel vom Erwerb einer Ware oder von der Inanspruchnahme einer Dienstleistung abhängig gemacht wird, wenn sie ohne Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalles grundsätzlich unzulässig sind. Deshalb darf auch unter Beachtung des EG-Rechts der Begriff des „Entgelts für den Erwerb einer Gewinnchance“ nicht derartig weit ausgelegt werden, dass auch ein verstecktes Entgelt immer dann vorliegt, wenn die Teilnahme am Spiel vom entgeltlichen Erwerb einer Sache, eines Rechts oder einer Dienstleistung abhängig ist. Wie oben ausgeführt, wurde § 3 Abs. 4 Satz 4 des Vorentwurfs

des Lotteriestaatsvertrages nicht in den geltenden Glücksspielstaatsvertrag übernommen.

Die in § 1 GlüStV definierten Ziele wie Schutz vor Glücksspiel- und Wettsucht, Begrenzung des Glücksspielangebots, Lenkung des natürlichen Spieltriebs der Bevölkerung etc. sind über den Wortlaut hinaus nicht als weitere Tatbestandsmerkmale in die Definition des Glücksspielbegriffs hineinzulesen. Die Subsumtion unter den Glücksspielbegriff hat sich allein an den Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 GlüStV auszurichten. Erst nach einer Qualifikation als Glücksspiel kommt es schließlich für die Frage einer Erlaubnis auf den Schutzzweck des Glücksspielstaatsvertrages an.

Allerdings bedeutet dies nicht, dass die Ziele des Glücksspielstaatsvertrages bei der Konkretisierung der einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 3 Abs. 1 GlüStV gänzlich außer Betracht bleiben müssen. Dies gilt auch für den unbestimmten Begriff des verdeckten Entgelts. Selbst wenn also auf Seiten der Kunden ein gewisser Anreiz vorhanden ist, vermehrt Einkäufe zu hohen Preisen zu tätigen, so sind hiermit aber nicht die typischen glücksspielrechtlichen Gefahren verbunden, vor denen der GlüStV schützen will. Es geht hier mehr um den Schutz des Verbrauchers vor unlauteren Geschäftspraktiken, insbesondere um den Schutz vor unüberlegten Einkäufen, die bis zur Kaufsucht führen können. Allein der subjektive Gewinnanreiz bietet ebenfalls keine taugliche Basis, um darin eine verdeckte Entgeltlichkeit des Spiels zu sehen. Auch steht mit dieser Einordnung keine Umgehung der glücksspielrechtlichen Erlaubnispflicht für Glücksspiele zu befürchten.

c) In der Gesamtbetrachtung führen vorstehende Überlegungen somit zu dem Schluss, dass ein Entgeltlichkeit für den Erwerb einer Gewinnchance, also ein Glücksspiel im Sinne von § 3 Abs. 1 Satz 1 GlüStV nicht vorliegt.

Die geplante Werbeaktion ist folglich kein Glücksspiel im Sinne des § 3 Abs. 1 GlüStV. Die Klage ist begründet.

Die Kostenentscheidung richtet sich nach § 154 Abs. 1 VwGO.

Die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 167 Abs. 1 VwGO i.V.m. §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO.

Die Berufung gegen das Urteil wird wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen (§ 124 a Abs. 1 VwGO), weil vergleichbare Werbeaktionen bei den Erstinstanzgerichten anhängig sind.

Beschluss

Der Streitwert wird auf 5.000,- € festgesetzt, § 52 Abs. 3 GKG.

Gründe

Die Streitwertfestsetzung folgt aus § 52 Abs. 2 GKG (Auffangstreitwert).