

Countdown-Auktion im Internet ist unzulässiges Glücksspiel

Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg

Urteil vom 23.05.2013

Az.: 6 S 88/13

Tenor

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Verwaltungsgerichts Karlsruhe vom 15. November 2012 – 3 K 3316/11 – geändert.

Die Verfügung des Regierungspräsidiums Karlsruhe vom 14.11.2011 wird mit Wirkung für die Zukunft aufgehoben.

Der Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

Die Klägerin wendet sich gegen eine glücksspielrechtliche Untersagungsverfügung.

Die in Großbritannien ansässige Klägerin versteigert auf der Internetseite ... hauptsächlich elektronische Produkte und macht Werbung für diese Versteigerungen. Bei der Versteigerung läuft für jedes Produkt eine Zeituhr rückwärts. Gebote sind nur vor Ablauf der Zeituhr durch den Einsatz eines Gebotspunktes möglich. Die Gebotspunkte müssen zuvor von den Teilnehmern der Versteigerung gekauft werden. Ein Gebotspunkt kostet, je nach der Anzahl der insgesamt erworbenen Gebotspunkte, zwischen 0,60 und 0,75 EUR. Durch den manuell oder automatisch möglichen Einsatz eines solchen Gebotspunktes erhöht sich der Preis des angebotenen Produkts um 0,01 EUR. Zugleich

verlängert der Einsatz eines Gebotspunktes die Versteigerung um 20 Sekunden, so dass die anderen Teilnehmer der Auktion die Zeit erhalten, das bislang höchste Gebot noch einmal zu überbieten. Der Teilnehmer, der beim Ablauf der Auktion das letzte Gebot abgegeben hat, gewinnt die Auktion und erwirbt das Recht, den betreffenden Gegenstand zu dem letzten Gebotspreis zu erwerben. Eine Rückerstattung der Kosten für die erworbenen und eingesetzten Gebotspunkte erfolgt nicht.

Nach Anhörung untersagte das Regierungspräsidium Karlsruhe mit Verfügung vom 14.11.2011 der Klägerin, in Baden-Württemberg unerlaubtes Glücksspiel im Sinne von § 3 Glücksspielstaatsvertrag in der bis zum 30.06.2012 geltenden Fassung (GlüStV a.F.) zu veranstalten, zu vermitteln, hierfür zu werben oder solche Tätigkeiten zu unterstützen (Ziffer 1). Zugleich wurde ihr aufgegeben, die untersagten Tätigkeiten unverzüglich und dauerhaft einzustellen und die Einstellung dem Regierungspräsidium schriftlich mitzuteilen (Ziffer 2). Für den Fall, dass die Klägerin den Verpflichtungen aus Ziffern 1 und 2 der Verfügung bis zwei Wochen nach Bekanntgabe der Verfügung nicht nachkommt, wurde ihr ein Zwangsgeld in Höhe von 10.000 EUR angedroht (Ziffer 3). Schließlich wurde eine Gebühr in Höhe von 500 EUR festgesetzt (Ziffer 4). Zur Begründung wurde in der Verfügung ausgeführt: Die Untersagung beruhe auf § 9 Abs. 1 Satz 2 GlüStV a.F.. Bei den von der Klägerin angebotenen Versteigerungen handele es sich um ein unerlaubtes Glücksspiel im Sinne von § 3 Abs. 1 GlüStV a.F.. Es werde ein Entgelt in Form von käuflich erworbenen Punkten für die Abgabe eines Gebots geleistet. Die Abgabe jedes einzelnen Gebotspunktes sei hierbei jeweils ein eigenständiges Glücksspiel, da der Spieler hiermit die Chance erhalte, den betreffenden Gegenstand unterhalb des Marktpreises zu erwerben, sofern er das letzte Gebot abgebe. Ob es sich hierbei um das letzte und damit erfolgreiche Gebot handele, sei vom Zufall abhängig, da es allein darauf ankomme, ob noch ein anderer Bieter ein weiteres Gebot abgebe. Die Veranstaltung des Glücksspiels erfolge ohne die erforderliche

Erlaubnis, die auch nicht erteilt werden könne, da die Veranstaltung von Glücksspielen über das Internet nach § 4 Abs. 4 GlüStV a.F. unzulässig sei. Sowohl der Erlaubnisvorbehalt nach § 4 Abs. 1 GlüStV a.F. als auch das Internetverbot seien mit Verfassungs- und Europarecht vereinbar. Indem die Klägerin ihr eigenes Angebot im Internet bewerbe, verstoße sie auch gegen das Verbot der Werbung für unerlaubtes Glücksspiel in § 5 Abs. 4 GlüStV a.F. und gegen das in § 5 Abs. 3 GlüStV a.F. verankerte Werbeverbot für Glücksspiel im Internet. In welcher Form die Klägerin der Untersagung nachkomme, bleibe ihr überlassen.

Gegen die Verfügung hat die Klägerin am 12.12.2011 Klage erhoben und deren Aufhebung beantragt. Zur Begründung hat sie im Wesentlichen geltend gemacht: Die von ihr angebotenen Versteigerungen seien kein Glücksspiel im Sinne von § 3 Abs. 1 GlüStV a.F.. Die Ersteigerung eines Produkts hänge nämlich bereits nicht vom Zufall ab. Jeder Bieter habe es in der Hand, den Verlauf und den Ausgang der Versteigerung selbst durch eigenes Handeln zu beeinflussen und zu gestalten. Der Bieter könne das höchste Gebot abgeben und damit das Produkt ersteigern. Nach jedem Gebot verlängere sich die Auktion um 20 Sekunden. Diese Verlängerung ermögliche es jedem steigerungswilligen Bieter, stets noch das letzte Gebot abzugeben. Der Beklagte spalte hingegen eine einheitliche Auktion künstlich auf, indem er jeden einzelnen Bietvorgang als gesondertes Glücksspiel betrachte und den vermeintlichen Zufall darin erkenne, dass ein Bieter keine Kenntnis darüber habe, ob er bei der Platzierung eines Gebots durch einen anderen Bieter überboten werde. Der Beklagte verkenne dabei, dass der Zuschlag bei der Versteigerung nicht vom Zufall wie beim Glücksspiel abhängt, sondern nur von der Nachfrage nach dem versteigerten Gegenstand. Im Übrigen könne der einzelne Bieter durch geschickte Auswahl der Auktionen sowie durch strategisches Bietverhalten gute Erfolge erzielen. Insofern bestimme die Geschicklichkeit des einzelnen Bieters darüber, welchen Erfolg er bei den Auktionen habe. Darüber hinaus

handele es sich bei der von ihr erhobenen Gebühr für die Gebotsabgabe nicht um ein Entgelt im Sinne des § 3 Abs. 1 GlüStV a.F., sondern um eine stets verlorene Teilnahmegebühr. Jedes Gebot gewähre lediglich die Berechtigung, an der Versteigerung teilzunehmen und für den zu versteigernden Gegenstand zu bieten. Geleistete Teilnahmegebühren hätten keinen Einfluss auf den Ausgang einer Versteigerung. Alle Gebühren für Gebote seien an sie zu zahlen, würden nicht zurückerstattet und seien damit stets verloren. Die auf Baden-Württemberg beschränkte Sperrung des Internetvertriebs sei zudem wegen entgegenstehender datenschutzrechtlicher Bestimmungen rechtlich gar nicht umsetzbar. Das Verbot des § 4 Abs. 4 GlüStV a.F. verstoße gegen Verfassungs- und Europarecht. Der Beklagte handele bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben zudem nicht in kohärenter und systematischer Weise. So schreite er etwa gegen die, die mit massiver jahrelanger Medienpräsenz eine gleiche Versteigerungsplattform (...) betreibe, nicht ein.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht hat die Klägerin erklärt, dass sie unter dem Druck der streitgegenständlichen Verfügung Sorge getragen habe, dass derzeit eine Anmeldung auf ihrer Internetseite von Baden-Württemberg aus nicht möglich sei, soweit die IP-Adresse die Herkunft erkennen lasse. Im Übrigen werde bei der Anmeldung angefragt, ob der Interessent, der auch seine Adresse angeben müsse, aus Baden-Württemberg stamme. Der Vertreter des Beklagten hat erklärt, er sei im Jahr 2011 auf den Glücksspielcharakter von 1-Cent-Auktionen aufmerksam geworden. Die Klägerin sei die erste Anbieterin gewesen, gegen die der Beklagte vorgegangen sei. Inzwischen hätten sich andere Verfahren auf Grund der Aufgabe des Geschäftsmodells erledigt, andere befänden sich im Anhörungsverfahren. Es sei beabsichtigt, auch weiterhin gegen vergleichbare Anbieter vorzugehen.

Mit Urteil vom 15.11.2012 (ZfWG 2013, 57) hat das

Verwaltungsgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Die Rechtslage sei anhand des Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrages (GlüStV n.F.) zu beurteilen. Die Anfechtungsklage sei unbegründet, da die Untersagungsverfügung auf § 9 Abs. 1 Satz 2, Satz 3 Nr. 3 GlüStV n.F. gestützt werden könne. Bei den von der Klägerin angebotenen Auktionen handele es sich um Glücksspiele im Sinne von § 3 Abs. 1 GlüStV n.F.. Mit dem Einsatz des durch die Zahlung für einen Gebotspunkt entrichteten Entgelts erwerbe der Auktionsteilnehmer eine Gewinnchance. Der Annahme eines Entgeltes stehe nicht der Umstand entgegen, dass für einen Gebotspunkt nur 0,60 bis 0,75 EUR aufzuwenden seien. Dabei könne offenbleiben, ob der glücksspielrechtliche Entgeltbegriff den Einsatz eines nicht ganz unwesentlichen Vermögenswertes voraussetze und der Einsatz für einen Gebotspunkt die Erheblichkeitsschwelle überschreite. Denn mit der Erhöhung des Gebots für das Produkt um nur 0,01 EUR und die Verlängerung der Auktionsdauer werde der Teilnehmer zu Mehrfachgeboten animiert und die damit intendierte Summierung lasse den einzelnen Einsatz nicht als Bagatelle erscheinen. Die unmittelbare Verknüpfung des Einsatzes mit dem Gebot führe dazu, dass dieses Entgelt auch nicht als bloße Teilnahmegebühr, sondern als echter Spieleinsatz zu qualifizieren sei. Bleibe der Teilnehmende bis zum Ende der Auktion Höchstbietender, so erziele er einen Gewinn, da der von ihm zu entrichtende Kaufpreis auf Grund der von den Bietern mit in Rechnung zu stellenden Gebotspreise deutlich geringer sei als der handelsübliche Kaufpreis. Hieran ändere nichts, dass der Einsatz stets verloren sei. Denn der Einsatz schlage sich beim Ausbleiben des Gewinns als Verlust nieder und schmälere bei einem Gewinn nur dessen Höhe. Die Entscheidung über den Gewinn sei auch zufallsabhängig, da der Einsatz eines Gebotspunktes keiner kalkulierenden, rationalen Entscheidung unterzogen werden könne. Das aktuelle Höchstgebot werde durch den Einsatz eines Gebotspunktes nur um 0,01 EUR erhöht, so dass der letztendlich zu entrichtende Preis für das Produkt regelmäßig nicht für die Entscheidung eines

Durchschnittsspielers relevant sei, einen (weiteren) Gebotspunkt zu investieren. Auch der angegebene Einzelhandelspreis biete kein Kriterium für die Prognose eines weiteren Gebots. Denn das Produkt werde in aller Regel weit unter dem Marktwert versteigert. Für den Teilnehmer sei es auch nicht prognostizierbar, ob ein Bieter, dessen bisherige Aufwendungen für Gebotspunkte zusammen mit dem aktuellen Höchstgebot den angegebenen Einzelhandelspreis des angegebenen Produkts bereits erreichen oder gar übersteigen, weitere Gebote unterlässt oder gerade deshalb weiterbietet, um den mit dem bereits erfolgten Einsatz der Gebotspunkte erlittenen Verlust in Grenzen zu halten. Die Zufallsabhängigkeit sei nicht bereits deshalb zu verneinen, weil der Teilnehmer eigenbestimmt entscheiden könne, gegebenenfalls durch den Einsatz weiterer Gebotspunkte den zur Versteigerung stehenden Gegenstand zu erwerben. Werde der Teilnehmer überboten, sei die mit dem Einsatz des Gebotspunktes erworbene Gewinnchance vertan. Mit dem Einsatz eines weiteren Gebotspunktes könne der Teilnehmer lediglich eine neue Gewinnchance erwerben, deren Realisierung wiederum überwiegend vom Zufall abhängige. Der entgeltliche Erwerb einer Gewinnchance erfolge auch im Rahmen eines Spiels im Sinne von § 3 Abs. 1 GlüStV n.F.. Der Teilnehmer an einer von der Klägerin angebotenen Auktion sei bestrebt, den Artikel zu einem unter Einbeziehung seiner Gebotsaufwendungen günstigen Preis zu erwerben und gehe zu diesem Zweck ein Wagnis ein, indem er Vermögen in Form von Gebotspunkten mit dem Risiko einsetze, dieses Ziel nicht zu erreichen. Das von der Klägerin angebotene Glücksspiel sei unerlaubt, da es ihr nach § 4 Abs. 1 Satz 1 GlüStV n.F. an der erforderlichen Erlaubnis für Baden-Württemberg fehle. Es sei unerheblich, wenn sie über eine ausländische Glücksspiellizenz verfüge. Darüber hinaus sei die Veranstaltung und Bewerbung von öffentlichem Glücksspiel im Internet auch materiell illegal, da die Tätigkeiten der Klägerin gegen das durch §§ 4 Abs. 4, 5 Abs. 3 Satz 1 GlüStV n.F. begründete Internetverbot verstießen. Das Internetverbot begegne keinen verfassungs- oder unionsrechtlichen Bedenken. Die angefochtene Verfügung

sei darüber hinaus hinreichend bestimmt und verlange von der Klägerin im Hinblick auf das Verfahren der Geolokalisation auch nichts rechtlich oder tatsächlich Unmögliches. Datenschutzrechtliche Bedenken bestünden nicht. Die der Klägerin gegenüber verfügte Untersagung sei ermessensfehlerfrei ergangen. Die zwingenden Versagungsgründe führten wegen des besonderen Gefährdungspotenzials von öffentlichem Glücksspiel im Internet zu einer Reduktion des Ermessens nach § 9 Abs. 1 Satz 2, Satz 3 Nr. 3 GlüStV a.F. auf Null. Ein Ermessensfehler ergebe sich auch nicht aus einer willkürlichen Ungleichbehandlung der Klägerin gegenüber anderen Veranstaltern vergleichbarer Glücksspiele. Der Beklagte habe in der mündlichen Verhandlung nachvollziehbar und überzeugend geschildert, das er nicht nur gegen die Klägerin, sondern auch gegen andere Anbieter solcher Internetauktionen vorgehe.

Gegen das am 24.12.2012 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 03.01.2013 die vom Verwaltungsgericht zugelassene Berufung eingelegt und stellt die angefochtene Untersagungsverfügung für die Zukunft zur Überprüfung. Mit der rechtzeitig vorgelegten Begründung macht sie im Wesentlichen weiter geltend: Bei den von ihr veranstalteten Auktionen handele es sich nicht um Glücksspiel im Sinne von § 3 Abs. 1 GlüStV n.F.. Alle drei wesentlichen Tatbestandsmerkmale eines Glücksspiels (Entgelt, Zufallsabhängigkeit und Spiel) lägen nicht vor. Das von ihr erhobene Entgelt für die Abgabe eines Gebotspunktes in Höhe von 0,60 bis 0,75 EUR sei kein Entgelt im Sinne des § 3 Abs. 1 GlüStV n.F., da diese Gebühr unterhalb der auch für den Glücksspielstaatsvertrag anerkannten Bagatellgrenze liege. Der Umstand, dass die Teilnehmer an einer Auktion mehrere Gebote abgeben könnten, führe nicht dazu, dass die Bagatellgrenze überschritten werde, da dies nichts an der Unerheblichkeit des Entgeltes ändere. Der entgeltliche Gebotsrechtserwerb sei zudem nur eine „Teilnahmegebühr“ für die Auktionen. Denn die konkrete Gewinnchance resultiere erst aus der tatsächlichen Gebotsabgabe, die von der Entscheidung des Erwerbers abhängt,

sein Gebotsrecht zu einem bestimmten Zeitpunkt für eine konkrete Auktion einzusetzen. Das Gebotsrecht ermögliche die Abgabe von Geboten und somit die Teilnahme an beliebigen Auktionen des Anbieters. Diese Leistung lasse sich der Auktionsbieter vorab und unabhängig vom Erfolg des Gebots oder der Höhe des späteren Kaufpreises bezahlen. Die vom Verwaltungsgericht vorgenommene singuläre Betrachtung jedes einzelnen Gebots zur Beurteilung der Zufallsabhängigkeit sei unzutreffend. Entscheidend für die Bewertung der Zufallsabhängigkeit sei alleine der Gesamterfolg des Teilnehmers bei der Auktion. Unter Gewinn im Sinne von § 3 Abs. 1 Satz 1 GlüStV n.F. sei lediglich der vom Zufall determinierte Ausgang des jeweiligen Spiels zu verstehen, wie sich aus der Begründung zum Glücksspielstaatsvertrag ergebe. Der Ausgang ihrer Auktionen sei jedoch nicht zufallsabhängig. Jeder Teilnehmer habe es vielmehr selbst in der Hand, während der stets neuen Restzeit ein weiteres Gebot abzugeben und am Ende die Auktion für sich zu entscheiden. Das Verwaltungsgericht vermenge die Zufallsabhängigkeit mit wirtschaftlichen Erwägungen. Es lese in das glücksspielrechtliche Tatbestandsmerkmal „Entgelt für den Erwerb einer Gewinnchance“ zugleich ein subjektives Element, nämlich die letztendlich bei jedem wirtschaftlichen Erwerbsvorgang gegebene individuelle Rentabilitätserwartung hinein. Einen Schutz gegen das Erwecken solcher subjektiver Vorstellungen biete lediglich das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Die Tatbestandsmerkmale des § 3 Abs. 1 GlüStV n.F. sähen eine solche Wirtschaftlichkeitsbetrachtung hingegen nicht vor. Ihre Auktionen verfolgten einen ernsthaften wirtschaftlichen Geschäftszweck, nämlich den Erwerb oder die Veräußerung des angebotenen Produkts und seien damit kein Spiel. Entgegen der Auffassung des Beklagten sei § 4 Abs. 5 Nr. 3 GlüStV n.F. nicht einschlägig. Die dort genannten Vorgaben beträfen nur den Eigenvertrieb und die Vermittlung von Lotterien sowie die Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten. Darüber hinaus habe diese Vorschrift nur die schnelle Wiederholung von gesamten Spielen und nicht eine

schnelle Abfolge von einzelnen Handlungen eines Online-Anbieters im Blick. Hilfsweise werde geltend gemacht, dass der Glücksspielstaatsvertrag wegen regulatorischer Inkohärenz und wegen eines erheblichen Vollzugsdefizits unionsrechtswidrig sei. Es bestehe ein Vollzugsdefizit gegenüber staatlichen Anbietern, aber auch durch strukturelle Duldung des von ihr wahrgenommenen Geschäftsmodells bei anderen Anbietern. Ihr Geschäftsmodell werde in Deutschland seit 2006 angeboten und intensiv beworben, ohne dass zuvor jemals gegen einen Anbieter verwaltungsrechtlich vorgegangen worden sei. Nunmehr werde auch nur willkürlich gegen einzelne Anbieter vorgegangen. Es gebe jedenfalls 25 aktive Anbieter des gleichen Geschäftsmodells in Deutschland, die derzeit völlig unbehelligt am Markt agieren könnten. Weiterhin gebe es eine Vielzahl von Anbietern, die seit 2005 Auktionen nach ihrem Auktionsprinzip angeboten hätten und deren Angebote nach in der Regel mehrjähriger Tätigkeit ausschließlich aus wirtschaftlichen Gründen eingestellt worden seien.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Karlsruhe vom 15. November 2012 – 3 K 3316/11 – zu ändern und die Verfügung des Regierungspräsidiums Karlsruhe vom 14.11.2011 mit Wirkung für die Zukunft aufzuheben.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt das angefochtene Urteil und führt im Wesentlichen weiter aus: Bei den von der Klägerin angebotenen 1-Cent-Auktionen handele es sich um Glücksspiele im Sinne des § 3 Abs. 1 GlüStV n.F.. Eine Erlaubnis zum Veranstalten derartiger Glücksspiele besitze die Klägerin nicht und könne ihr auch nicht erteilt werden, da es sich bei diesen Auktionen um ein Glücksspiel eigener Art handele, für das im Glücksspielstaatsvertrag kein Genehmigungstatbestand vorhanden

sei. Daneben verstießen die angebotenen Auktionen gegen das Internetverbot in § 4 Abs. 4 GlüStV n.F., das seinerseits mit Unionsrecht vereinbar sei. Zudem wiesen die Auktionen der Klägerin durch den 20-Sekunden-Countdown an deren Ende eine sehr hohe Ereignisfrequenz auf und seien auch wegen Verstoßes gegen § 4 Abs. 5 Nr. 3 GlüStV n.F. nicht erlaubnisfähig. Hinsichtlich der für ein Glücksspiel erforderlichen Zufallsabhängigkeit komme es nicht allein auf den Ausgang der Auktion an, sondern vielmehr darauf, ob es einem Teilnehmer gelinge, den ausgelobten Gegenstand unter Berücksichtigung der eingesetzten Gebotspunkte unterhalb seines eigentlichen Wertes zu ersteigern. Hierin liege die von § 3 Abs. 1 GlüStV n.F. geforderte Gewinnchance, auf die sich die Zufallsabhängigkeit beziehen müsse. Ob es dem Bieter gelinge, diese Gewinnchance wahrzunehmen, hänge allein vom Verhalten der anderen Bieter und damit ausschließlich vom Zufall ab. Zwar könne der Auktionsteilnehmer, worauf die Klägerin abstelle, durch ständiges Weiterbieten den Gegenstand zumindest theoretisch erwerben, wenn er aber zu viele Gebotspunkte dafür einsetzen müsse, erfolge der Erwerb nicht mehr zu einem wirtschaftlich sinnvollen Gesamtaufwand. Daher sei die Annahme der Klägerin, nach der die Rentabilitätserwartung nicht mit der Zufallsabhängigkeit in einem Zusammenhang stehe, unzutreffend. Noch deutlicher sei die Zufallsabhängigkeit dann, wenn man jede Abgabe eines Gebotspunktes als Glücksspiel ansehe. Der Entgeltbegriff des § 3 Abs. 1 GlüStV n.F. kenne keine Bagatellgrenze. Auch Entgelte unter 50 Cent seien glücksspielrechtlich relevante Entgelte. Die strafrechtlich für § 284 StGB anerkannte Erheblichkeitsschwelle sei im Rahmen des glücksspielrechtlichen Entgeltbegriffs nach dem Willen des Gesetzgebers nicht anwendbar. Im Übrigen sei selbst bei § 284 StGB anerkannt, dass die Bagatellgrenze keine Anwendung finde, wenn das Glücksspiel von seiner Aufmachung her geeignet sei, zu einer Mehrfachteilnahme zu animieren. Das sei bei den von der Klägerin angebotenen Auktionen der Fall, da ein Teilnehmer im Regelfall mehrere Gebote abgeben müsse. Beim Erwerb der Gebotspunkte handele es sich entgegen der Ansicht der Klägerin

auch nicht bloß um eine Teilnahmegebühr, die nicht unter den glücksspielrechtlichen Entgeltbegriff falle. Denn die niedrigen Auktionspreise würden ausschließlich über die Gebotspunkte auch jener Teilnehmer finanziert, die nicht den Zuschlag erhielten. Bei den von der Klägerin veranstalteten Auktionen handele es sich zudem um ein Spiel im Sinne des § 3 Abs. 1 Satz 1 GlüStV n.F.. Die von der Klägerin angebotenen Auktionen seien nicht mit regulären, von der Rechtsprechung nicht als Spiel im Sinne von § 762 BGB angesehenen Internetauktionen vergleichbar. Denn bei einer regulären Auktion werde der zu versteigernde Gegenstand ausschließlich durch das Höchstgebot finanziert und die Bieter, die aus der Auktion ausgeschieden seien, trügen nichts zur Finanzierung des betreffenden Gegenstandes bei. Bei möglichen Risiken einer solchen Auktion handele es sich nicht um solche des Bieters, sondern desjenigen, der einen Gegenstand versteigern wolle. Bei den von der Klägerin veranstalteten Auktionen gingen hingegen auch die Bieter wirtschaftliche Risiken ein. Die Veräußerung der von der Klägerin versteigerten Gegenstände zum Auktionspreis verfolge keinen ernstesten wirtschaftlichen Zweck. Denn es sei klar, dass die Klägerin für die betreffenden Gegenstände im Einkauf mehr bezahlt habe, als sie wieder über den Auktionspreis zurückerhalte. Wirtschaftlich tragfähig werde das Geschäftsmodell nur, wenn man die verkauften Gebotspunkte mitberücksichtige. Der Kauf der Gebotspunkte durch die zukünftigen Bieter sei für Käufer kein wirtschaftlich sinnvolles Geschäft, weil sie hierdurch nichts erlangen würden außer der Möglichkeit, mittels der gekauften Gebotspunkte einen Gegenstand deutlich unterhalb seines Marktwertes zu ersteigern. Gegen einen regulären Erwerbsvorgang spreche auch, dass der Auktionspreis nicht dadurch gebildet werde, dass die einzelnen Bieter ein Gebot abgeben, das dem Wert des Gegenstandes aus ihrer subjektiven Sicht entspreche, sondern der Auktionspreis der Klägerin immer nur mit der Abgabe eines Gebots um einen Cent ansteige. Er, der Beklagte, sei erstmals Ende März 2011 auf 1-Cent-Auktionen aufmerksam geworden. Die Klägerin sei dann die erste

Anbieterin von 1-Cent-Auktionen gewesen, gegen die er eingeschritten sei. Es sei aber unzutreffend, dass er nur gegen die Klägerin vorgehe, andere Anbieter aber unbehelligt lasse. Es sei auch noch gegen den Betreiber von ... und ... vorgegangen worden, der die Tätigkeit auf die Anhörung hin eingestellt habe. Ferner sei gegen die eine Untersagungsverfügung erlassen und an die eine Anhörung versandt worden.

In der Berufungsverhandlung haben die Vertreter des Beklagten angegeben: Gegen den Betreiber von ... und ... sei im Jahr 2011 ein Untersagungsverfahren eingeleitet worden. Die Untersagungsverfügung betreffend die sei Ende Januar 2013 erlassen worden, Klage und ein Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO seien beim Verwaltungsgericht Karlsruhe anhängig. Die Anhörung der sei im März 2013 erfolgt. Gegen diese Anbieter sei – ebenso wie gegen die Klägerin – vorgegangen worden, nachdem der Beklagte Hinweise auf deren Internetauktionen von Dritten erhalten habe. Der Beklagte selbst habe nicht gezielt nach Anbietern der hier streitgegenständlichen Auktionen im Internet gesucht, sondern sei nur auf von außen eingehende Hinweise tätig geworden. Man habe die streitgegenständliche Verfügung im „Alleingang“ erlassen, in den anderen Bundesländern sei gegen die Klägerin nicht vorgegangen worden.

Dem Senat liegen die Akten des Beklagten sowie die Akten des Verwaltungsgerichts vor. Wegen weiterer Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf diese Unterlagen sowie auf die gewechselten Schriftsätze verwiesen.

Entscheidungsgründe

Die Berufung der Klägerin ist auf Grund der Zulassung durch das Verwaltungsgericht statthaft (§ 124 Abs. 1 Satz 1 VwGO) und auch im Übrigen zulässig. Die Klägerin hat die Berufung insbesondere innerhalb eines Monats nach Zustellung des Urteils beim Verwaltungsgericht eingelegt (§ 124a Abs. 2 Satz

1 VwGO), sie innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des Urteils begründet und einen bestimmten Antrag gestellt (§ 124a Abs. 3 Satz 1 und 4 VwGO).

Die Berufung der Klägerin, mit der diese die angefochtene Untersagungsverfügung nur für die Zukunft zur Überprüfung stellt, ist begründet. Zu Unrecht hat das Verwaltungsgericht insoweit die zulässige Anfechtungsklage abgewiesen. Die Verfügung des Regierungspräsidiums Karlsruhe vom 14.11.2011 ist mit Wirkung für die Zukunft rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

Entsprechend dem in der Berufungsverhandlung gestellten Antrag kann der Senat seiner Prüfung ausschließlich die Rechtslage auf Grund des Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrags (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) zugrundelegen. Die einen Dauerverwaltungsakt darstellende Verfügung des Beklagten vom 14.11.2011 trifft zwar 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 im Berufungsverfahren ihren Klagantrag ausdrücklich nur für die Zukunft zur Überprüfung stellt, ist nur der GlüStV n.F. heranzuziehen.

Zwar sind die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 Sätze 2 und 3 Nr. 3 GlüStV n.F. für den Erlass der streitgegenständlichen Untersagungsverfügung durch das hier

zuständige Regierungspräsidium Karlsruhe (vgl. § 16 Abs. 1 AGGlüStV a.F., § 47 Abs. 1 Satz 1 LGlüG, § 28 Satz 1 GlüStV n.F.) hinsichtlich der Veranstaltung der von der Klägerin betriebenen Internet-Auktionen (in der Rechtsprechung und Literatur auch als 1-Cent-Auktionen, Amerikanische Auktionen oder Countdown-Auktionen bezeichnet) und der Werbung hierfür gegeben, allerdings erweist sich die Untersagungsverfügung als ermessensfehlerhaft.

Nach § 9 Abs. 1 Satz 2 GlüStV n.F. kann der Beklagte die erforderlichen Anordnungen erlassen, um darauf hinzuwirken, dass unerlaubtes Glücksspiel und die Werbung hierfür unterbleiben, insbesondere kann er nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 GlüStV n.F. die Veranstaltung, Durchführung und Vermittlung unerlaubter Glücksspiele und die Werbung hierfür untersagen.

Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 GlüStV n.F. (ebenso § 3 Abs. 1 Satz 1 GlüStV a.F.) 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. Dass diese Voraussetzungen eines Glücksspiels bei den von der Klägerin veranstalteten Auktionen vorliegen, hat das Verwaltungsgericht mit sehr eingehender, die Einwände der Klägerin berücksichtigender und überzeugender Begründung bejaht, die sich der Senat zu eigen macht. Im Hinblick auf das Berufungsvorbringen ist darüber hinaus anzumerken:

Bei den Auktionen der Klägerin handelt es sich zunächst um ein Spiel im Sinne des § 3 Abs. 1 Satz 1 GlüStV n.F.. Der Glücksspielstaatsvertrag n.F. (wie auch der vorhergehende Glücksspielstaatsvertrag) verbietet einen Ausschnitt der in § 762 BGB gemeinten Spiele, nämlich solche, bei denen der Ausgang des Spiels nicht von der Geschicklichkeit des Spielers, sondern überwiegend vom Zufall abhängt (van der Hoff/Hoffmann, Der Einsatz von kostenpflichtigen Geboten bei Countdown-Auktionen – Kauf, Spiel, Glück?, ZGS 2011, 67, 72). Deswegen kann zur Bestimmung des Begriffs „Spiel“ im Sinne des

Glücksspielstaatsvertrags die zivilrechtliche Begriffsbestimmung zu § 762 BGB herangezogen werden (vgl. Rotsch/Heissler, Internet-„Auktionen“ als strafbares Glücksspiel gem. § 284 StGB. ZIS, 403, 409 ff.; Laukemann, in: jurisPK-BGB, 6. Aufl., § 762 BGB RdNr. 14 ff.). Soweit § 3 Abs. 1 Satz 1 GlüStV n.F. auf das Vorliegen eines Spiels abstellt, sollen hiermit – schon aus kompetenzrechtlichen Gründen – Handlungen im Bereich des genuinen Wirtschaftsrechts aus dem Glücksspielbegriff ausgenommen werden (vgl. auch Urteil des Senats vom 09.04.2013 – 6 S 892/12 -, juris; Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 2. Aufl., § 3 GlüStV Rdnr. 2). Beim Spiel fehlt demnach ein ernster sittlicher oder wirtschaftlicher Zweck. Es geht vielmehr um ein Wagnis. Zweck des Spiels ist die Unterhaltung und/oder der Gewinn. Die am Spiel Beteiligten sagen sich für den Fall des Spielgewinns gegenseitig eine Leistung, meist Geld (den sog. Einsatz) zu. Nach zuvor festgesetzten Regeln erhält der Gewinner einen seinem Einsatz entsprechende oder höhere Leistung, der Verlierer muss den Einsatz seinem Gegenspieler überlassen. Der spekulative oder gewagte Charakter macht ein Rechtsgeschäft noch nicht zu einem Spiel, soweit die Beteiligten darüber hinaus noch wirtschaftliche oder sonst aner kennenswerte Zwecke verfolgen (Sprau, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 71. Auflage, § 762 BGB Rdnr. 2 m.w.N.; Rotsch/Heissler, a.a.O., S. 410).

Für ein Spiel ist also in objektiver Hinsicht charakteristisch, dass jeder Spieler ein Vermögensrisiko in der Hoffnung eingeht, dass auf Kosten des jeweils anderen Spielers ein Gewinn erzielt werden kann (van der Hoff/Hoffmann, a.a.O., S. 70). Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt.

Stellt man nur auf das einzelne Gebotsrecht ab, liegt das Risiko des Teilnehmers bereits in dessen kostenpflichtiger Aufwendung. Denn der Abgabe des Gebotsrechts wohnt die Gefahr eines vermögenswerten Verlusts inne, weil der Teilnehmer beim

Setzen des Gebotes nicht weiß, ob noch ein anderer Teilnehmer ein weiteres Gebot abgeben wird und damit sein Gebot in wirtschaftlicher Hinsicht „verloren“ ist. An einem solchen Verlustrisiko des Teilnehmers fehlt es bei typischen Internetauktionen (etwa ...), bei denen die kostenlose Gebotsabgabe in beliebiger Höhe der Preisbildung und nicht der Einnahmeerzielung des Inhabers der Plattform dient. Kommt der Teilnehmer bei derartigen Auktionen nicht zum Zug, erleidet er keinen wirtschaftlichen Verlust. Das gegenüberstehende Risiko des Anbieters liegt bei den hier streitgegenständlichen Auktionen in der bedingten Verpflichtung, dem Teilnehmer die Auktionsware gegebenenfalls deutlich unter dem üblichen Marktpreis verkaufen zu müssen. Inwieweit der Anbieter durch den Erhalt der Einsätze anderer Teilnehmer seinen Verlust ausgleichen oder darüber hinausgehend einen Gewinn erzielen kann, ist für die Feststellung eines Verlustrisikos gegenüber dem einzelnen Teilnehmer nicht maßgeblich, sondern eine Frage des zu Grunde liegenden Geschäftsmodells des Anbieters (vgl. zum Ganzen: van der Hoff/Hoffmann, a.a.O., S. 71). Selbst wenn man einer solchen isolierten Betrachtungsweise nicht folgen wollte, kommt hinsichtlich des Anbieters solcher Auktionen hinzu, dass es unsicher ist, ob zum Abschluss der Auktion aus der Summe der Einsätze aller Bieter der Marktwert des angebotenen Produkts erreicht werden kann. Nichts anderes folgt schließlich aus der von der Klägerin in den Vordergrund gestellten Möglichkeit, dass der Bieter sich vornimmt, bis zum Ende und damit so lange mitzusteigern, dass er den „Zuschlag“ erhält. Denn auch für diesen Fall ist für ihn nicht sicher, ob die Summe des Einsatzes aller von ihm abgegebenen kostenpflichtigen Gebote dazu führt, den angebotenen Artikel unter oder aber über den Marktpreis zu „ersteigern“. Er geht auch insoweit das für ein Spiel typische Verlustrisiko ein.

In subjektiver Hinsicht muss darüber hinaus Zwecksetzung sein, sich mit dem Spiel zu unterhalten oder zu gewinnen. Es muss ein ernster sittlicher oder wirtschaftlicher Zweck fehlen. Auch diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Anbieter und

Teilnehmer wollen einen Gewinn zu Lasten des anderen erzielen und handeln deswegen in der erforderlichen Spielabsicht. Insoweit kann nicht darauf abgestellt werden, dass über das Ziel der Gewinnerzielung hinaus die Auktion einen ernsthaften wirtschaftlichen Zweck, nämlich den Erwerb des angebotenen Produkts verfolgt (so aber: AG Kiel, Urteil vom 16.12.2011 – 113 C 151/11 -, ZfWG 2013, 70; Diesbach/Mayer, Was ist zufällig bei einer Auktion?, ZfWG 2013, 67). Denn es handelt sich hier nicht um den „normalen“ Erwerb eines Produkts im Wege eines zwischen den Beteiligten ausgehandelten Vertrages. Die Klägerin erhält den Gegenwert für die von ihr angebotenen Produkte gerade nicht bloß durch den Erwerbsvorgang, sondern (auch und in erster Linie) durch den Einsatz aller Gebotspunkte, vor allem auch derjenigen Bieter, die den Zuschlag nicht erhalten. Damit fehlt es insbesondere – anders als bei herkömmlichen Internetversteigerungen, wie sie etwa von ... angeboten werden (vgl. dazu: BGH, Urteil vom 07.11.2001 – VIII ZR 13/01 -, BGH Z 149, 129 unter Hinweis auf die Möglichkeit des Anbieters, das Bietgeschehen durch entsprechende Vorgaben zu steuern und damit das Risiko einer Verschleuderung wegen zu geringer Nachfrage, etwa durch Festlegung eines Mindestpreises auszuschließen) – an einem ernst zu nehmenden Preisbildungsmechanismus und an einem effektiven Sicherungskonzept gegen unrealistisch hohe oder niedrige Auktionsergebnisse (einschließlich der Ausgaben und Einnahmen aus dem Gebotsrechtserwerb). So können einerseits die Einsätze sämtlicher unterlegener Bieter den Marktpreis des angebotenen Produkts um ein Erhebliches übersteigen und besteht andererseits die (theoretische) Möglichkeit, mit dem Einsatz bloß eines Gebotspunktes (hier zu einem Preis zwischen 0,60 und 0,75 EUR) den zu ersteigernden Gegenstand zu einem typischer Weise erheblich unter dem Marktwert liegenden Gebotspreis zu ersteigern. Bei dieser Konstellation tritt ein etwaiger wirtschaftlicher Geschäftszweck, insbesondere die Absicht, einen elektronischen Artikel ernsthaft zu erwerben, vollkommen in den Hintergrund (vgl. AG Bochum, Urteil vom 08.05.2008 – 44 C 13/08 -, VuR 2009, 189; van der

Hoff/Hoffmann, a.a.O. S. 71; offengelassen von: Fritzsche/Frahm, Zahlen schon fürs Bieten – Internetauktionen mit kostenpflichtigen Gebotsrechten, WRP 2008, 22, der den von der Klägerin angebotenen Auktionen jedenfalls eine bedenkliche Nähe zum Glücksspiel bescheinigt). Die weiter vertretene Differenzierung (vgl. dazu: Rotsch/Heissler, a.a.O., S. 413) danach, ob der Teilnehmer mit dem Veranstalter lediglich einen Spielvertrag abschließt und es ihm im Rahmen des Vertragsverhältnisses nur darauf ankommt, dass er mit dem Gewinn des Spiels einen geldwerten Vorteil erlangt (dann Spiel), oder ob ein Vertrag zwischen Veranstalter und Spieler mit dem Ziel abgeschlossen wird, im Falle des Gewinnens einen Kaufvertrag abzuschließen (dann kein Spiel), vermag ebenfalls wegen des Fehlens eines ernstzunehmenden Preisbildungsmechanismus nicht zu überzeugen. Für die Eigenschaft als Spiel im Sinne des § 762 BGB kann es zudem keinen Unterschied machen, ob der Bieter als „Gewinn“ einen geldwerten Vorteil oder den Anspruch auf Abschluss eines Kaufvertrages zu einem für ihn vorteilhaften Kaufpreis erhält. Die gegenteilige Sichtweise lässt schließlich die Bieter, die nach Abgabe eines oder mehrerer Gebotspunkte aus der Auktion „aussteigen“ außer Betracht, da diese einen wirtschaftlichen Geschäftszweck, der auf den Austausch gegenseitiger Leistungen gerichtet ist, nicht erreichen können.

Weiterhin ist bei den von der Klägerin im Internet veranstalteten Auktionen das für den Glücksspielbegriff konstitutive Element des Zufalls gegeben. Nach § 3 Abs. 1 GlüStV n.F. (ebenso nach § 3 Abs. 1 GlüStV a.F.) ist für ein Glücksspiel erforderlich, dass die Entscheidung über den Gewinn ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt (Satz 1), wobei die Entscheidung über den Gewinn in jedem Fall vom Zufall abhängt, wenn dafür der ungewisse Eintritt oder Ausgang zukünftiger Ereignisse maßgeblich ist (Satz 2). Dabei bezieht sich die Formulierung „in jedem Fall“ auf die in Satz 1 geforderte (vollständige oder überwiegende) Zufallsabhängigkeit, so dass in den von Satz 2 erfassten

Fallkonstellationen keine gesonderte Bewertung des Überwiegens erforderlich ist (Dietlein/Hecker/Ruttig, a.a.O., § 3 GlüStV RdNr. 3). Zufall ist insoweit das Wirken einer unberechenbaren, der entscheidenden Mitwirkung der Beteiligten entzogenen Kausalität; jedenfalls darf der Einwirkungsmöglichkeit des Betroffenen insoweit keine ins Gewicht fallende Rolle zukommen (vgl. Rotsch/Heissler, a.a.O., S. 413 m.w.N. aus der Rechtsprechung).

Ob die einzelne Gebotsabgabe erfolgreich ist, kann – wie das Verwaltungsgericht zutreffend ausgeführt hat – bei der hier streitgegenständlichen Auktionsform von dem Teilnehmer nicht beeinflusst werden. Der Erfolg des einzelnen Gebots hängt ausschließlich davon ab, ob innerhalb des verbleibenden Auktionszeitraums ein anderer Teilnehmer ein weiteres Gebot abgibt. Als dem Teilnehmer hierfür bekannte Anhaltspunkte kommen allenfalls das Verhältnis zwischen Auktionspreis und Marktwert der Ware sowie der Stand des Countdowns und die Anzahl der gesetzten Gebotspunkte in Betracht. Zwar dürfte der Anreiz zur Gebotsabgabe grundsätzlich mit einem steigenden Auktionspreis sinken. Da sich die Annäherung an den Marktwert aber linear und nur in minimalen Schritten (0,01 EUR pro Abgabe eines Gebotes) über längere Zeit hinweg vollzieht, ist sie nicht geeignet, als ein Zeichen für eine signifikant gesteigerte Erfolgsaussicht weiterer Gebote zu dienen. Aus dem Stand des Countdowns lassen sich ebenfalls keine relevanten Schlüsse ziehen, da jeder Teilnehmer in dessen Endphase vor derselben Entscheidung steht, nämlich den Countdown durch ein Gebot selbst zurückzusetzen und damit eine eigene Gewinnchance zu ergreifen oder aber darauf zu hoffen, dass dies ein anderer Teilnehmer übernimmt und so die Chance auf einen späteren Gewinn durch eigenes Tun aufrechterhält (vgl. zum Ganzen: van der Hoff/Hoffmann, a.a.O. S. 72). Auch aus der Anzahl der abgegebenen Gebotspunkte ist für den Teilnehmer kein erheblicher Anhalt in Bezug auf den Erfolg des Einsatzes eines Gebotspunktes ableitbar. Ihm ist nicht bekannt, wie viele Teilnehmer wie viele Gebotspunkte gesetzt haben. Insbesondere

weiß er nicht, für wie viele Teilnehmer der weitere Einsatz der Gebotspunkte auf Grund bereits erfolglos gesetzter Gebote nicht mehr rentabel ist, oder umgekehrt wie viele Teilnehmer wegen einer Vielzahl bereits gesetzter Punkte eine gesteigerte Motivation haben, die bereits getätigten Ausgaben durch den Gewinn der Auktion auszugleichen oder wie viele Teilnehmer erst durch den Einsatz weiterer oder bislang gar keiner Gebotspunkte sich veranlasst sehen, am weiteren Verlauf der Auktion teilzunehmen. Insoweit besteht für den einzelnen Bieter bei Abgabe des Gebots unabhängig von bisher gesammelten Erfahrungswerten und unabhängig von seiner Geschicklichkeit keine relevante Einwirkungsmöglichkeit auf den Erfolg seiner Gebotsabgabe und ist die Entscheidung hierüber zufallsabhängig.

Soweit die Klägerin unter Bezugnahme auf die Begründung zum Glücksspielstaatsvertrag a.F. („Der Staatsvertrag erfasst nur Glücksspiele, also solche Spiele, bei denen die Entscheidung über den Gewinn ganz oder teilweise vom Zufall abhängt. Nicht erfasst werden reine Geschicklichkeitsspiele, bei denen Wissen und Können des Spielers für den Spielausgang entscheidend sind“, LT-Drs. 14/1930, S. 32) darauf abstellt, dass nicht die Abgabe des einzelnen Gebotes, sondern der Ausgang der Auktion insgesamt in den Blick zu nehmen ist und bei dieser Betrachtungsweise ihr Geschäftsmodell kein Zufallsmoment aufweist, weil die Auktionsteilnehmer auf Grund der Verlängerung der Auktionsdauer um 20 Sekunden nach Abgabe des letzten Gebots stets die Möglichkeit haben, den Erfolg des letzten Bieters abzuwenden und ihren eigenen Erfolg herbeizuführen (ebenso: Diesbach/Mayer, a.a.O., ZfWG 2013, 67, 68, die insoweit in dem Auktionsverlauf einen dynamischen und keinen aleatorischen Prozess sehen), vermag dies den Senat nicht zu überzeugen. Zum einen ist diese Argumentation schon deshalb nicht zwingend, weil auch in der Begründung des Glücksspielstaatsvertrages kein Bezugspunkt angegeben ist, auf den Ausgang welchen Spiels (die einzelne Gebotsabgabe oder der Ausgang der Auktion) abzustellen ist. Zum anderen ist es für

einen „Gewinn“ i.S.d. § 3 Abs. 1 Satz 1 GlüStV n.F. typischerweise kennzeichnend, dass der Teilnehmer einen vermögenswerten Vorteil erlangt, der seinen Einsatz übersteigt. Wird hier auf die Möglichkeit des „Weiterbietens“ abgestellt, um letztendlich den Auktionserfolg herbeizuführen, hängt es seinerseits wieder vom Zufall, nämlich von dem Umstand ab, wie oft der Einzelne überboten wird und wie viele Gebotspunkte er letztendlich einsetzen muss, bis er schließlich den Zuschlag erhält, ob er beim „Zuschlag“ dann noch einen entsprechenden vermögenswerten Vorteil erhält oder ob er so viele Gebotspunkte hat einsetzen müssen, dass sein Einsatz den (Markt)Wert des zu ersteigernden Produkts übersteigt. Insoweit muss auch bei einer Betrachtung, die nicht auf das Setzen des einzelnen Gebotspunktes, sondern auf den Auktionserfolg abstellt, mit Blick auf den „Gewinn“ von einer Zufallsabhängigkeit gesprochen werden. Das Argument der Klägerin, dass bei einer solchen Betrachtungsweise in die Bestimmung des Glücksspielbegriffs eine Wirtschaftlichkeitsbetrachtung einfließe, die die Tatbestandsvoraussetzungen des § 3 Abs. 1 Satz 1 GlüStV n.F. so nicht vorsehen, bzw. die Tatbestandsmerkmale „Entgelt“ und „Zufallsabhängigkeit“ vermischt würden, geht fehl. Denn die in § 3 Abs. 1 Satz 1 GlüStV n.F. verlangte Zufallsabhängigkeit hat gerade in der Entscheidung über den „Gewinn“, der wirtschaftlich zu betrachten ist, ihren Bezugspunkt.

Letztlich wird bei den von der Klägerin veranstalteten Auktionen auch ein Entgelt im Sinne des § 3 Abs. 1 GlüStV gefordert. Nach der Rechtsprechung des Senats (Urteile vom 23.05.2012 – 6 S 389/11 -, ZfWG 2012, 279 und vom 09.04.2013 – 6 S 892/12 -, juris) ist unter „Entgelt“ im Sinne des § 3 Abs. 1 Satz 1 GlüStV n.F. 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. Hingegen ist eine Teilnahmegebühr, die bloß eine Mitspielberechtigung gewährt, etwa um die Spieler an den Aufwendungen für die Organisation

des Spiels zu beteiligen und die stets verloren ist, kein Entgelt im Sinne von § 3 Abs. 1 Satz 1 GlüStV n.F..

Zutreffend hat das Verwaltungsgericht dargelegt, dass der für den Erwerb von Geboten zu entrichtende Preis als Entgelt für den Erwerb einer Gewinnchance anzusehen ist. Die Teilnehmer an den von der Klägerin angebotenen Auktionen setzen die von ihnen erworbenen Gebotsrechte in der Hoffnung ein, dass die jeweils erfolgte Platzierung das Höchstgebot der Auktion ist und damit zum Erwerb des zu ersteigernden Artikels führt. Durch die Platzierung des Gebots entsteht unmittelbar die Gewinnchance, so dass die erforderliche Verknüpfung von Spieleinsatz und Gewinnchance gegeben ist (van der Hoff/Hoffmann, a.a.O., S. 73). Bei den für den Erwerb der Gebotsrechte aufgewandten Kosten handelt es sich auch nicht um bloß ein Teilnahmeentgelt, das dann gegeben ist, wenn es als Kostenbeitrag für die Organisation der Veranstaltung verwendet wird und die Gewinne anderweitig, etwa durch Sponsoren, finanziert werden. Denn nach dem Geschäftsmodell der Klägerin, wie es auch auf ihrer Homepage im Internet im Hilfemenü („Warum sind die Artikel so günstig?“) dargestellt wird, gleichen die Gebotspunkte, die von den Auktionsteilnehmern erworben und dann eingesetzt werden, die Differenz zwischen dem von dem Gewinner bezahlten Preis und dem tatsächlichen Preis des Artikels aus, fließen also in die Finanzierung des Gewinns ein. Insoweit handelt es sich gerade nicht um einen „in jedem Fall verlorenen Betrag“, der mit dem eigentlichen Spiel nichts zu tun hat, sondern lediglich die Mitspielberechtigung gewährt (vgl. dazu: Urteil des Senats vom 23.05.2012, a.a.O., m.w.N.). Entgegen der Ansicht der Klägerin ist insoweit unerheblich, dass der Zahlungszeitpunkt für den Erwerb der Gebotsrechte vor deren Einsatz liegt. Aus diesem Umstand kann bei dem Geschäftsmodell der Klägerin nicht gefolgert werden, dass der Preis für den Erwerb eines Gebots als bloßes Teilnahmeentgelt anzusehen ist. Ansonsten hätte es jeder Glücksspielanbieter durch Ausgestaltung seiner vertraglichen Beziehungen zum Teilnehmer („gegen Vorkasse“) in

der Hand, den Glücksspielcharakter seines Glücksspiels auszuschließen (vgl. van der Hoff/Hoffmann, a.a.O. S. 73).

Der Bestimmung des für den Erwerb eines Gebotspunktes zu entrichtenden Preises als Entgelt für den Erwerb einer Gewinnchance im Sinne von § 3 Abs. 1 GlüStV n.F. steht dessen geringer Preis in Höhe von 0,60 bis 0,75 EUR nicht entgegen. Zwar hat der Senat in seinem Urteil vom 23.05.2012, a.a.O., entschieden, dass der Glücksspielbegriff des § 3 Abs. 1 Satz 1 GlüStV mit dem strafrechtlichen Glücksspielbegriff des § 284 StGB insoweit übereinstimmt, dass Glücksspiel nur dann vorliegt, wenn aus den von den Teilnehmern entrichteten Entgelten die Gewinnchance des Einzelnen erwächst. Er hat in diesem Urteil aber nicht die Frage beantwortet, ob eine dem strafrechtlichen Glücksspielbegriff immanente Bagatellgrenze („nicht unerheblicher Einsatz“, vgl. dazu: BGH, Beschluss vom 29.09.1986 – 4 StR 148/86 -, BGHSt 171, 177; Eser/Heine, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., § 284 RdNr. 6; Fischer, StGB, 60. Aufl., § 284 StGB RdNr. 5, der davon ausgeht, dass Aufwendungen in Höhe von einem gewöhnlichen Briefporto nicht vom Begriff des Einsatzes umfasst sind) auch für den Glücksspielbegriff des Glücksspielstaatsvertrages gilt oder ob aus dem Gewinnspielbegriff des § 8a RStV eine solche Bagatellgrenze (dort: 0,50 EUR) abzuleiten ist (vgl. dazu ausführlich mit zahlreichen Nachweisen: Benert/Reckmann, Der Diskussionsstand zum Glücksspielbegriff im bundesdeutschen Recht, ZfWG 2013, 23 ff.). Dies und die Frage, ob der Erwerb eines Gebotspunktes in Höhe von 0,60 bis 0,75 EUR noch einer Bagatellgrenze unterfällt, können auch in der vorliegenden Konstellation offenbleiben. Denn es kann nicht außer Betracht gelassen werden, dass nach der Konzeption der von der Klägerin angebotenen Auktionen eine Summierung der Abgabe der Gebotsrechte intendiert ist. Gewinnspiele, die darauf angelegt sind, Spielteilnehmer zu einer wiederholten Teilnahme zu animieren, sind auch bei einem an sich unerheblichen Entgelt als Grundeinsatz vom Glücksspielbegriff des § 3 Abs. 1 GlüStV erfasst (vgl. VG Düsseldorf, Beschluss vom 15.07.2009 – 27 L

415/09 -, ZfWG 2009, 300; van der Hoff/Hoffmann, a.a.O., S. 75; Dietlein/Hecker/Ruttig, a.a.O., § 3 GlüStV RdNr. 6 m.w.N.; vgl. auch: OLG Düsseldorf, Urteil vom 23.09.2003 – 20 U 39/03 -, juris; LG Köln, Urteil vom 07.04.2009 – 33 O 45/09 -, ZfWG 2009, 131). Für den Umstand, dass die von der Klägerin angebotenen Auktionen auf die wiederholte Teilnahme der Bieter angelegt sind, spricht bereits, dass es bei den Countdown-Auktionen der vorliegenden Art nicht darum geht, das höchste Gebot für den zu ersteigernden Gegenstand abzugeben, sondern darum, trotz andauernder Fristverlängerung immer wieder ein Gebot zu setzen, um am Ende von allen Teilnehmern derjenige zu sein, der das letzte Gebot abgibt. Veranschaulicht wird dies durch die Möglichkeit, automatische Gebote durch einen „Roboter“ abzugeben, dessen Funktion auf der Homepage der Klägerin ... unter anderem wie folgt beschrieben wird: „Sobald ein Roboter erstellt wurde, bietet dieser jedes Mal, wenn ein neues Gebot abgegeben wurde, solange seine Limits noch nicht erreicht wurden. ... Der Roboter gibt so viele Gebote ab, wie Sie festgelegt haben ... Falls mehrere Roboter für dieselbe Auktion erstellt wurden, bieten sie abwechselnd, sobald ein neues Gebot eingegangen ist, solange, bis nur noch einer übrig ist (weil die anderen eines ihrer Limits erreicht haben). Wenn also zwei Roboter ein hohes Limit für Gebote haben, können schnell viele Gebotspunkte verbraucht werden ...“. Zudem werden die Gebotsrechte nicht einzeln, sondern in Paketen (mit einer Gesamtzahl zwischen 20 und 500) angeboten und damit bereits beim Gebotskauf ein Anreiz geboten, möglichst viele Gebotsrechte für einen geringeren Einzelpreis zu erwerben (vgl. dazu: van der Hoff/Hoffmann, a.a.O., S. 76). Insgesamt muss auch unter Berücksichtigung der weiteren Ausgestaltung der Internetauktionen gerade zum Laufzeitende (vgl. dazu: van der Hoff/Hoffmann, a.a.O., S. 76 f.; Fritzsche/Frahm, a.a.O.) davon ausgegangen werden, dass der Countdown eine beträchtliche Anlockwirkung zum Mitbieten ausübt.

Die Veranstaltung von Glücksspiel ist zudem unerlaubt im Sinne des § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. GlüStV n.F. Das Merkmal des

unerlaubten Glücksspiels ist dann erfüllt, wenn der Veranstalter hierfür keine Erlaubnis hat und die Veranstaltung auch nicht erlaubnisfähig ist (BVerwG, Urteil vom 01.06.2011 – 8 C 4.10 -, NVwZ 2011, 1326; Beschluss vom 17.10.2012 – 8 B 61.12 -, ZfWG 2012, 404).

Die Klägerin ist nicht im Besitz einer Erlaubnis nach dem Glücksspielstaatsvertrag n.F.. Dass sie gegebenenfalls über eine ausländische Konzession verfügt, ist – wie das Verwaltungsgericht zutreffend ausgeführt hat – insoweit unerheblich. Der Klägerin kann nach dem Glücksspielstaatsvertrag n.F. eine Erlaubnis auch wegen des Internetverbots des § 4 Abs. 4 GlüStV n.F. nicht erteilt werden. Hinsichtlich des Internetverbots für öffentliches Glücksspiel auf Grund des § 4 Abs. 4 GlüStV a.F. ist in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG, Urteil vom 01.06.2011 – 8 C 5.10 -, BVerwGE 140, 1), des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 28.09.2011 – I ZR 93/10 -, MDR 2012, 111) und des erkennenden Senats (vgl. etwa: Beschluss des Senats vom 16.11.2011 – 6 S 1856/11 -) anerkannt, dass es mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit und mit dem unionsrechtlichen Kohärenzgebot vereinbar ist, das bei Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit zu beachten ist. Auf die insoweit zutreffenden Ausführungen des Verwaltungsgerichts kann der Senat ebenfalls Bezug nehmen. Soweit der Glücksspielstaatsvertrag n.F. in § 4 Abs. 5 Satz 1 „zur besseren Erreichung der Ziele des § 1“ ermöglicht, dass einzelne Glücksspielarten, wie etwa Sportwetten, auch über das Internet angeboten werden und sich insoweit Fragen der Einhaltung des unionsrechtlichen Kohärenzerfordernisses neu stellen (vgl. dazu etwa Windhoffer, Der neue Glücksspielstaatsvertrag: Ein wichtiger Beitrag zur Gesamtkohärenz des deutschen Regulierungssystems, GewArch 2012, 388; Klöck/Klein, Die Glücksspiel-Entscheidungen des EuGH und die Auswirkungen auf den Glücksspielstaatsvertrag, NVwZ 2011, 22), ist darauf hinzuweisen, dass gemäß § 4 Abs. 5 Nr. 3 GlüStV n.F. auch für solche Glücksspielarten, die gemäß

§§ 4 Abs. 5 Satz 1, 10a GlüStV n.F. im Internet betrieben werden können, weitere Voraussetzung ist, dass besondere Suchtanreize durch schnelle Wiederholung ausgeschlossen sind. Somit unterliegen alle Glücksspiele, die diese Voraussetzungen erfüllen, ausnahmslos dem strikten Internetverbot, so dass jedenfalls bezüglich dieser Glücksspiele keine Bedenken hinsichtlich des unionsrechtlichen Kohärenzgebotes bestehen. Zu diesen Glücksspielen zählen die von der Klägerin betriebenen Internetauktionen, nicht aber die von der Klägerin im Hinblick auf das Kohärenzerfordernis vor allem in Bezug genommenen staatlichen Lotterien. Nach der Gesetzesbegründung (LT-Drs. 15/1570, S. 66) soll § 4 Abs. 5 Nr. 3 GlüStV n.F. die Gestaltung von Lotterie- und Wettangeboten im Internet lenken, die nicht durch eine hohe Ereignisfrequenz zum Weiterspielen animieren dürfen; Rubbel- und Sofortlotterien sollen damit ebenso wie in kurzer Folge dem Spieler offerierte Lotterie- und Wettangebote unzulässig sein. Um ein solches Glücksspiel mit hoher Ereignisfrequenz (vgl. dazu auch Dietlein/Hecker/Ruttig, a.a.O., § 4 GlüStV RdNr. 94; Hecker, Quo vadis Glücksspielstaatsvertrag?, WRP 2012, 523) handelt es sich bei den von der Klägerin im Internet angebotenen Auktionen. Durch das Geschäftsmodell der Klägerin wird – wie bereits zur Frage der Erheblichkeitsschwelle beim Entgeltbegriff ausgeführt – der Teilnehmer gerade dann, wenn die Auktion am vorgesehenen Laufzeitende in die Countdownphase eintritt, die durch den Einsatz eines Gebotspunktes jeweils um 20 Sekunden verlängert wird, dazu animiert wiederholt Gebotspunkte einzusetzen, damit der vorangegangene, aber nicht erfolgreiche (da überbotene) Einsatz eines Gebotspunktes nicht „umsonst“ gewesen ist. Während sich der Teilnehmer bei einer typischen Internetauktion mit fester Endlaufzeit (etwa: ...) regelmäßig nur kurz vor dem Auktionsende in dem entscheidenden Bieterwettbewerb um das höchste Gebot befindet, wird dieser Moment bei einer Countdown-Aktion, wie von der Klägerin veranstaltet, ständig wiederholt. Diese Perpetuierung der Countdown-Endphase führt zu einem erheblichem Anreiz, die Auktion durch wiederholte Teilnahme zu gewinnen. Bei der

Countdown-Auktion in der vorliegenden Ausgestaltung geht es nicht darum, das höchste Gebot abzugeben, sondern darum, trotz andauernder Fristverlängerung immer wieder ein Gebot innerhalb der jeweils verlängerten 20-Sekunden-Frist abzugeben, um am Ende von allen Teilnehmern der Letzte zu sein (van der Hoff/Hoffmann, a.a.O., S. 76 f.), wodurch die von § 4 Abs. 5 Nr. 3 GlüStV n.F. vorausgesetzten besonderen Suchtanreize geschaffen werden (vgl. Becker, Werbung für Produkte mit einem Suchtgefährdungspotenzial, S. 18 ff.). Dass die Auktionen der Klägerin im 20-Sekunden-Countdown in diesem Sinne eine hohe Ereignisfrequenz ausweisen, wird zudem durch die bereits erwähnte Möglichkeit, sogenannte Bietroboter einzusetzen, veranschaulicht. So heißt es auf der Homepage der Klägerin etwa: „Falls viele neue Gebote registriert wurden, oder mehrere Roboter die Auktion „ausgefochten“ haben, kann sich die verbleibende Zeit auf dem Countdown-Timer beträchtlich erhöhen“, sowie an anderer Stelle: „Wenn also zwei Roboter ein hohes Limit für Gebote haben, können schnell viele Gebotspunkte verbraucht werden und die verbleibende Zeit auf dem Countdown-Timer kann beträchtlich verlängert werden.“ Den sich aus der Eigenart der von der Klägerin angebotenen Auktionen ergebenden Gefahren kann auch nicht durch Nebenbestimmungen begegnet werden (vgl. dazu Beschluss des Senats vom 08.04.2013 – 6 S 11/13 -, juris).

Der Hinweis der Klägerin auf eine regulatorische Inkohärenz zwischen dem Land Schleswig-Holstein und den übrigen Bundesländern geht fehl. Denn entsprechend der schleswig-holsteinischen Bekanntmachung über das Inkrafttreten des Ersten Staatsvertrages zur Änderung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland vom 19.02.2013 (GV0Bl. S. 97) ist nach § 2 Abs. 1 des schleswig-holsteinischen Gesetzes zum Ersten Staatsvertrag zur Änderung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland vom 01.02.2013 (GV0Bl. S. 51) der Glücksspielstaatsvertrag n.F. am 09.02.2013 in Schleswig-Holstein ebenfalls in Kraft getreten. Auch wenn die bereits nach dem schleswig-holsteinischen Glücksspielgesetz vom

20.10.2011 (GlSpielG SH) erteilten Genehmigungen für die Veranstaltung und den Vertrieb von Online-Casinospielen und Sportwettenlizenzen trotz Aufhebung des Glücksspielgesetzes im Übrigen für sechs Jahre weitergelten (vgl. Art. 4 des Gesetzes zur Änderung glücksspielrechtlicher Gesetze in Verbindung mit §§ 4 Abs. 3, 19, 22 GlSpielG SH, dazu auch: Allhaus/Mayer, Gallische Dörfer und die Glücksspielregulierung, GewArch 2013, 207, 208), ist für Glücksspiele der Art, wie sie von der Klägerin betrieben werden, auch in Schleswig-Holstein keine Genehmigung erteilt worden. Sie zählen nicht zu den erlaubnisfähigen Online-Casinospielen im Sinne der §§ 19, 3 Abs. 2 Satz 2, Abs. 5 GlSpielG SH.

Handelt es sich bei den von der Klägerin veranstalteten Internet-Auktionen um unerlaubtes Glücksspiel, ist gemäß § 5 Abs. 5 GlüStV n.F. die Werbung hierfür verboten und sind die Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 GlüStV n.F. für deren Untersagung ebenfalls erfüllt.

Wie das Verwaltungsgericht zutreffend festgestellt hat, ist es der Klägerin auch nicht unmöglich bzw. unzumutbar, der Untersagungsverfügung als Verbotsverfügung nachzukommen. Diese ist insbesondere hinreichend bestimmt (vgl. § 37 Abs. 1 LVwVfG). Der Klägerin wird die Veranstaltung und Vermittlung von öffentlichem Glücksspiel im Internet und die Werbung hierfür untersagt. In welcher Form und über welche Maßnahmen die Klägerin dem Verbot nachkommen will, bleibt ihr nach dem Wortlaut der streitgegenständlichen Verfügung ausdrücklich überlassen. Hierfür kommt etwa, worauf das Verwaltungsgericht zutreffend abgestellt hat, das Verfahren der Geolokalisation ihrer Internetseite (vgl. dazu etwa: Beschluss des Senats vom 20.01.2011 – 6 S 1685/10 -, ZfWG 2011, 136; OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 13.07.2010 – 13 B 676/10 -; Bay. VGH, Beschluss vom 24.10.2012 – 10 CS 11.1290 -; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 22.11.2010 – 1 S 22.10 -, jew. juris) oder aber auch die Anbringung eines Disclaimers auf ihrer Internetseite (dazu: Beschluss des Senats vom 05.11.2007

– 6 S 2223/07 -, juris) in Betracht. Die von der Klägerin im Hinblick auf das Verfahren der Geolokalisation geltend gemachten datenschutzrechtlichen Bedenken teilt der Senat nicht. Dies hat das Verwaltungsgericht unter Hinweis auf die obergerichtliche Rechtsprechung (OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 02.07.2010 – 13 B 646/10 -, juris; Bay. VGH, Beschluss vom 24.01.2012, a.a.O.) zutreffend dargelegt. Hierauf nimmt der Senat Bezug, nachdem sich die Klägerin hierzu im Berufungsverfahren nicht weiter geäußert hat.

Die Untersagungsverfügung erweist sich allerdings als ermessensfehlerhaft. § 9 Abs. 1 Satz 2, Satz 3 Nr. 3 GlüStV räumt in seiner neuen wie auch in seiner alten Fassung der zur Glücksspielaufsicht zuständigen Behörde ein Ermessen bei der Frage ein, ob und wie sie gegen die Veranstaltung, Durchführung und Vermittlung unerlaubter Glücksspiele und die Werbung hierfür vorgeht. Zwar wollte der Beklagte mit der Untersagungsverfügung zum Zeitpunkt ihres Erlasses das in § 4 Abs. 4 GlüStV a.F. normierte Internetverbot durchsetzen und auf diese Weise – auch hinsichtlich der Werbung für unerlaubtes Glücksspiel (§ 5 Abs. 4 GlüStV a.F.) – rechtmäßige Zustände schaffen und hat damit gemäß § 40 LVwVfG dem Zweck der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage entsprochen (vgl. BVerwG, Urteil vom 01.06.2011 – 8 C 5.10 -, BVerwGE 140, 1, juris RdNr. 17). Jedoch stellt sich die Untersagungsverfügung aus folgenden Gründen als ermessensfehlerhaft dar:

Zum einen tragen die Ermessenserwägungen nicht der durch das Inkrafttreten des Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrages veränderten Rechtslage Rechnung. Die angefochtene Verfügung trifft, wie bereits ausgeführt, eine unbefristete Regelung, die auch für den hier vorliegenden Fall einer Änderung der Rechtslage durch das Inkrafttreten des Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrages Fortgeltung beansprucht und deren Rechtmäßigkeit sich nach der Rechtslage zum jeweiligen Zeitpunkt innerhalb des Wirksamkeitszeitraums beurteilt. Liegt wie hier eine Ermessensentscheidung vor und

ändert sich der rechtliche Rahmen für die untersagten Tätigkeiten, muss die Untersagungsverfügung in ihren Erwägungen zum Ermessen, das sich am gesetzlichen Zweck der Ermächtigung zu orientieren hat (§ 114 Satz 1 VwGO), die veränderten rechtlichen Rahmenbedingungen berücksichtigen, um (weiterhin) rechtmäßig zu sein (BVerwG, Urteil vom 01.06.2011 – 8 C 2.10 -, NVwZ 2011, 1328; Beschlüsse des Senats vom 19.11.2012 – 6 S 342/12 -, VBlBW 2013, 105 und vom 16.01.2013 – 6 S 1968/12 -, juris). Hieran fehlt es. Insoweit ist grundsätzlich zu berücksichtigen, dass dem Internetverbot des § 4 Abs. 4 GlüStV n.F. nicht derselbe materielle Gehalt zukommt wie dem ausnahmslosen Internetverbot des § 4 Abs. 4 GlüStV a.F. und dass insbesondere mit der Neuregelung im Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag zum Ausdruck kommt, dass die besonderen Gefahren, die von einem Glücksspielangebot im Internet ausgehen, nicht mehr nur bei einem generellen Verbot beherrschbar erscheinen, sondern ihnen gerade auch dadurch begegnet werden kann (vgl. § 4 Abs. 5 GlüStV n.F.: „Zur besseren Erreichung der Ziele des § 1“), dass unter bestimmten Voraussetzungen einzelne Glücksspielarten wie Sportwetten auch über das Internet angeboten werden. Allerdings sind auch nach den Vorschriften im GlüStV n.F. Internetglücksspiele, bei denen – wie hier – besondere Suchtanreize durch schnelle Wiederholung nicht ausgeschlossen sind, weiterhin nicht erlaubnisfähig (vgl. § 4 Abs. 5 Nr. 3 GlüStV), so dass der Beklagte grundsätzlich auch auf Grundlage des Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrages die Veranstaltung der von der Klägerin betriebenen Internetauktionen und die Werbung hierfür untersagen kann. Allerdings hat der Beklagte solche mit Blick auf den Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag erforderlichen Ermessenserwägungen nicht angestellt (vgl. zu einer anderen Fallkonstellation: Beschluss des Senats vom 08.04.2013 a.a.O). Die Berücksichtigung der veränderten rechtlichen Rahmenbedingungen könnte – was vorliegend nicht erfolgt ist – im Rahmen der Ermessenserwägungen dadurch geschehen, dass gesetzliche Änderungen einschlägiger materiell-rechtlicher

Vorschriften bereits im Entwurfsstadium als ermessensrelevante Gesichtspunkte berücksichtigt werden (vgl. BVerwG, Beschluss vom 10.12.2012, a.a.O.). Ob auch das spätere Nachschieben und Ersetzen von Ermessenserwägungen mit Blick auf die geänderte Rechtslage verwaltungsverfahrenrechtlich möglich ist und im Verwaltungsprozess berücksichtigt werden kann, bedarf hier keiner Entscheidung (vgl. dazu BVerwG, Beschluss vom 10.12.2012, a.a.O.). Denn entsprechende, tragfähige Erwägungen hat der Beklagte auch nachträglich nicht angestellt. § 3 Abs. 4 Satz 2 LGlüG, nach dem die zuständige Behörde u.a. die Werbung für unerlaubtes Glücksspiel untersagen soll, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Insbesondere kann nicht argumentiert werden, der Beklagte habe nur in atypischen Fällen ein Ermessen auszuüben, vorliegend sei aber kein solcher Fall gegeben, weshalb kein Ermessenspielraum verbleibe und der angegriffenen Verfügung nicht entgegengehalten werden könne, sie leide an einem Ermessensfehler, weil sie die durch das Inkrafttreten des Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrages veränderte Sach- und Rechtslage nicht berücksichtige. § 3 Abs. 4 Satz 2 LGlüG entbindet die zuständige Behörde bei auf § 9 Abs. 1 Satz 2 und 3 GlüStV gestützten Verfügungen nicht davon, eine Ermessensentscheidung zu treffen, sondern schränkt lediglich ihr Entschließungsermessen ein. Die gerichtlich voll überprüfbare Einordnung als Standard- oder Ausnahmefall ist Teil der Ermessensausübung (vgl. Beschluss des Senats vom 16.01.2013 – 6 S 1968/12 -, juris; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 12. Aufl., § 40 RdNr. 41 ff.), die der Beklagte hier nicht vorgenommen hat.

Zum anderen muss die zuständige Behörde bei Erlass von glücksspielrechtlichen Untersagungsverfügungen eine einheitliche Verwaltungspraxis an den Tag legen. Im Lichte der Artikel 3 Abs. 1 GG und 12 Abs. 1 GG ist sie gehalten, in gleichgelagerten Fällen ebenfalls einzuschreiten (vgl. Bay. VGH, Urteil vom 26.06.2012 – 10 BV 09.2259 -, ZfWG 2012, 347; Beschluss vom 22.07.2009 – 10 CS 09.1184, 10 CS 09.1185 -,

juris; Dietlein/Hecker/Ruttig, a.a.O., § 9 GlüStV RdNr. 16), sie darf jedenfalls nicht unterschiedlich, systemwidrig oder planlos vorgehen. Soweit sie anlassbezogen einschreitet und sich auf die Regelung von Einzelfällen beschränkt, muss sie hierfür sachliche Gründe angeben (vgl. BVerwG, Beschluss vom 19.02.1992 – 7 B 106/91 -, NVwZ-RR 1992, 360; Niedersächs. OVG, Beschluss vom 31.08.1993 – 6 M 3482/93 -, MDR 1993, 1082). Ansonsten würde sie willkürlich in die Berufs- und Wettbewerbsfreiheit der betroffenen Internetunternehmen eingreifen. Solche sachlichen Gründe kann der Beklagte bei seinem Einschreiten gegen die Klägerin nicht vorweisen. Die Klägerin hat mit der Vorlage tabellarischer Übersichten (vgl. die Anlagen zum Schriftsatz vom 21.05.2013) geltend gemacht, dass eine Vielzahl von Unternehmen Live-Auktionen nach ihrem Auktionsprinzip angeboten haben und weiterhin anbieten (namentlich wurden jeweils 25 Unternehmen benannt), ohne dass der Beklagte gegen sie eingeschritten ist oder einschreitet. Dies hat der Beklagte in der Berufungsverhandlung auch nicht substantiell in Abrede gestellt. Der Beklagte ist nach seinen eigenen Angaben außer gegen die Klägerin lediglich gegen drei weitere Betreiber solcher Auktionen eingeschritten und hat dies auf Grund von Hinweisen Dritter getan, ohne selbst (weitere) Veranstalter entsprechender Internetauktionen ermittelt zu haben. Dass solche Ermittlungen dem Beklagten unzumutbar sind, hat dieser selbst nicht geltend gemacht und ist dem Senat auch nicht erkennbar, nachdem die Bevollmächtigten der Klägerin in der Berufungsverhandlung angeben haben, die von ihnen angefertigten Übersichten beruhten auf einer über Pfingsten im Internet erfolgten Recherche und deren Auswertung, die innerhalb weniger Stunden zu bewerkstelligen gewesen sei. Sachliche Gründe für ein Einschreiten gerade gegen die Klägerin und gegen lediglich drei weitere Betreiber kann der Beklagte schon deswegen nicht dartun, weil er nicht selbst ermittelt hat, welche weiteren Veranstalter das hier in Rede stehende Glücksspiel im Internet anbieten. Vielmehr hing ein Einschreiten davon ab, ob Dritte den Beklagten auf die Veranstaltung der hier in Rede stehenden

Auktionen im Internet aufmerksam gemacht haben oder nicht. Ein im Lichte der Anforderungen der Artikel 3 Abs. 1 GG und Art. 12 Abs. 1 GG tragfähiges Konzept, unter welchen Voraussetzungen und in welcher zeitlichen Reihenfolge gegen Betreiber solcher Auktionen vorgegangen wird (etwa auf Grund der Marktpräsenz, der Umsätze oder des Gewinns), ist nicht einmal in Ansätzen erkennbar. Ob es darüber hinaus vor dem Hintergrund des Erfordernisses des kohärenten Vollzugs des Glücksspielstaatsvertrages (anders die dem Urteil des Senats vom 13.12.2011 – 6 S 2577/10 -, ZfWG 2012, 44 zu Grunde liegende Konstellation, bei der das Kohärenzerfordernis nicht betroffen war) ermessensfehlerhaft ist, dass der Beklagte außer Acht gelassen hat, dass lediglich das Land Baden-Württemberg – nach der Äußerung seines Vertreters in der Berufungsverhandlung „im Alleingang“ – gegen die Klägerin eingeschritten ist und die Glücksspielbehörden in den anderen Bundesländern keine entsprechenden Untersagungsverfügungen erlassen haben, kann offenbleiben.

Vor diesem Hintergrund sind anders als für das Verwaltungsgericht für den Senat keine Anhaltspunkte für eine Ermessensreduktion auf Null mit der Folge ersichtlich, dass als rechtmäßiges Handeln des Beklagten nur die Untersagung der Veranstaltung der Internetauktionen und der Werbung hierfür in Betracht kommt.

Soweit mit der Verfügung vom 14.11.2011 über die von der Klägerin im Internet veranstalteten Auktionen hinaus noch die Veranstaltung, Vermittlung, Werbung oder Unterstützung weiteren öffentlichen Glücksspiels untersagt werden sollte, fehlt es bereits an der Erforderlichkeit für eine solche Anordnung, die mithin auch insoweit rechtswidrig ist. Denn es ist nichts dafür geltend gemacht oder ersichtlich, dass die Klägerin neben den hier streitgegenständlichen Internetauktionen andere Glücksspiele im Sinne des § 3 Abs. 1 GlüStV n.F. angeboten hat, anbietet oder dies in Zukunft beabsichtigt.

Demgemäß erweisen sich für den hier streitgegenständlichen Zeitraum auch das Gebot, die untersagten Tätigkeiten einzustellen, die Androhung des Zwangsgeldes sowie die Festsetzung einer Gebühr und damit die Verfügung vom 14.11.2011 insgesamt als rechtswidrig. Da sie die Klägerin in ihren Rechten aus Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 3 GG (vgl. Erstreckung der Grundrechtsberechtigung auf juristische Personen aus Mitgliedsstaaten der Europäischen Union: BVerfG, Beschluss vom 19.07.2011 – 1 BvR 1916/09 -, BVerfGE 129, 78 ff.) verletzt, ist sie entsprechend dem in der Berufungsverhandlung gestellten Antrag mit Wirkung für die Zukunft aufzuheben (§ 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 23. Mai 2013

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren gemäß §§ 52 Abs. 1, 47 Abs. 1 GKG auf 15.000,- EUR festgesetzt.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar.