

Kommunikation & Recht

K&R

9 | September 2024
27. Jahrgang
Seiten 549 - 620

Chefredakteur

RA Torsten Kutschke

Stellvertretende

Chefredakteurin

RAin Dr. Anja Keller

Redakteur

Maximilian Leicht

Redaktionsassistentin

Stefanie Lichtenberg

www.kommunikationundrecht.de

dfv Mediengruppe
Frankfurt am Main

Hamburger Thesen zum Personenbezug von Large Language Models
Thomas Fuchs

549 „Klimaneutral“ & Co. – Was gilt für die Werbung mit Umweltaussagen? – Teil 1

Ina Kamps und Daniel Wiemann

555 Zehn Rechtsverstöße beim DPA für Microsoft 365 – Teil 1

Jonas Breyer und Anja Hirschel

561 Datenqualität in Data Act und AI Act

Dr. Robert Schippel

565 Verfassungsrechtliche Einordnung einer Offenlegungspflicht von Parteimitgliedschaften im öffentlich-rechtlichen Rundfunk

Prof. Dr. Bernd Holznagel

568 Mehrwertsteuerpflicht bei Gutscheinen für digitale Inhalte

Prof. Dr. Jens M. Schmittmann

570 **EuGH:** Klagebefugnis von Verbraucherverbänden bei Datenschutzverstößen

mit Kommentar von **Dr. Patrick Zurheide** und **Patrizia Neifert**

575 **EuGH:** Mündliche Auskunft stellt Verarbeitung personenbezogener Daten dar

578 **BGH:** Datenschutzbeauftragter muss nicht namentlich genannt werden

588 **BGH:** Reichweite eines Unterlassungsgebots bei Bildveröffentlichung

596 **OLG Celle:** Haftungszurechnung bei fehlendem Kündigungsknopf

mit Kommentar von **Joselyne Ntikahavuye**

600 **OLG Dresden:** Beewashing: Recht zum Gegenschlag bei satirischer Fotoveröffentlichung

mit Kommentar von **Christian Schwarz**

615 **OVG Nordrhein-Westfalen:** Auslegung von ordnungsrechtlichem und strafrechtlichem Glücksspielbegriff

mit Kommentar von **Prof. Roland Bornemann**

Beilage 1/2024

22. @kit-Kongress – 12. Forum „Kommunikation & Recht“

nach Stockholm zu einem Flugpreis von 499,99 Euro. Die Buchungsbestätigung erhielt der Kläger per E-Mail um 12:09 Uhr. Ein Online-Check-in über die App der Beklagten gelang dem Kläger nachfolgend nicht mehr, weil der Check-in planmäßig um 12:10 Uhr schloss, gemäß AGB der Beklagten eine Stunde vor Abflug. Auch ein Check-in vor Ort am Schalter war wegen Schließung nicht mehr möglich. Der Kläger konnte den gebuchten Flug daher nicht antreten.

Aus den Gründen

Die zulässige Klage ist begründet. Dem Kläger steht jedoch kein Anspruch aus der Fluggastrechte-Verordnung zu. Ein Fall der Beförderungsverweigerung gegen den Willen des Fluggasts nach Art. 4 Abs. 3 i. V. m. Art. 2 lit. j der Fluggastrechte-Verordnung setzt voraus, dass der Fluggast sich rechtzeitig am Flugsteig eingefunden hat, was nicht der Fall war.

Ein Anspruch ergibt sich jedoch aus nationalem Recht gemäß § 280 Abs. 1 BGB i. V. m. § 241 Abs. 2 BGB und § 249 Abs. 1 BGB. Die Beklagte trifft bei einem Luftbeförderungsvertrag die Nebenpflicht, den Fluggast vor Vertragsschluss darüber aufzuklären, wie viel Zeit noch bis zum Check-in besteht. Eine Information innerhalb von AGB genügt nicht, da bei einer kurzfristigen eiligen Buchung nicht erwartet werden kann, dass der Fluggast sich die Informationen dort heraus sucht. Der Fluggast kann von einem Luftfahrtunternehmen erwarten, dass ein Verkauf von Flugscheinen nur solange erfolgt wie es dem Fluggast möglich ist, das Einchecken bei gewöhnlichem Verlauf der Dinge noch durchführen zu können. Dies ist bei einem Schluss des Online-Check-in eine Minute nach Übersendung der Buchungsbestätigung, die [...] die Uhrzeit 11:09 Uhr aufweist, nicht der Fall, da auch für einen Online-Check-in ein Zeitraum von jedenfalls 5 Minuten zugrunde zu legen ist, da zunächst die Buchungsbestätigung per E-Mail abgerufen werden muss und sich mit den Abläufen vertraut gemacht werden muss. Die Beklagte traf daher die Pflicht, den Kläger vor Annahme des Buchungsauftrags darauf aufmerksam zu machen, dass der Check-in um 11:10 Uhr schließt und daher die Gefahr besteht, dass der Kläger den Flug trotz Buchung nicht nutzen kann. Diese Hinweispflicht hat die Beklagte verletzt.

Die Kosten des Flugscheins sind adäquat-kausaler Schaden der Verletzung der Hinweispflicht, denn hätte die Beklagte darauf hingewiesen, dass der Check-in voraussichtlich nicht mehr erreicht werden kann, hätte der Kläger die Buchung nicht durchgeführt und wäre daher die Verpflichtung zur Zahlung des Flugpreises gegenüber der Beklagten nicht eingegangen. Hinsichtlich der Kausalität bei der Unterlassung notwendiger Informationen gilt die Vermutung beratungsrichtigen Verhaltens. Mangels anderer Anhaltspunkte kann unterstellt werden, dass der Kläger bei ordnungsgemäßer Information den Flug nicht gebucht hätte. Dass der Check-in tatsächlich geschlossen war und es nicht der Kläger war, der den Check-in gar nicht versuchte durchzuführen, ergibt sich aus [...] der Chatkommunikation zwischen dem Kläger und seiner Ehefrau, wonach der Kläger mitteilte, bei E. einen Flug gebucht zu haben, der bereits geschlossen gewesen sei. Es erscheint überdies fernliegend, dass der Kläger aus dem Flughafen heraus ein Ticket für einen rund eine Stunde später stattfindenden Flug bucht, dann aber gar nicht versucht, einen Check-in durchzuführen. Im Rahmen der Naturalrestitution nach § 249 Abs. 1 BGB trifft die Beklagte die Verpflichtung, den Kläger so zu stellen wie er stünde, wenn er den Vertrag mit der Beklagten nicht geschlossen hätte, mithin ist der Flugpreis zurückzuerstatten. [...]

Auslegung von ordnungsrechtlichem und strafrechtlichem Glücksspielbegriff

OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 11. 3. 2024 – 13 B 1047/22

Volltext-ID: KuRL2024-615, www.kommunikationundrecht.de

Verfahrensgang: VG Köln, 31. 8. 2022 – 24 L 1095/22

§ 3 GlüStV 2021; §§ 33d, 33h Nr. 3 GewO; § 284 StGB

1. Die Erheblichkeitsschwelle für den glücksspielrechtlichen Entgeltbegriff folgt aus dem systematischen Zusammenhang mit der Regelung aus der Gewerbeordnung, die ihrerseits auf den strafrechtlichen Glücksspielbegriff Bezug nimmt.

2. Der Landesgesetzgeber darf den ordnungsrechtlichen Begriff des Glücksspiels bei „anderen“ Spielen mit Gewinnmöglichkeit nicht weiter fassen als den strafrechtlichen Glücksspielbegriff. (Leitsätze der Redaktion)

Sachverhalt

Die Antragstellerin wendet sich gegen eine glücksspielrechtliche Untersagungsverfügung. Sie ist eine Tochterfirma der G. GmbH und betreibt die Internetseite [https://www.Q\[...\]de](https://www.Q[...]de), auf der sie nach eigenen Angaben seit Januar 2016 diverse Gewinnspiele der Fernsender N. und O. anbietet. Die Gewinnspiele tragen die Namen der dazu gehörigen Fernsehsendungen wie z. B. „C.“ oder „U.“. Soweit die Teilnahme an einem Gewinnspiel seinerzeit kostenpflichtig war, fielen für die Einzelteilnahme an einem Gewinnspiel 0,50 Euro an. Daneben wurden ein Monatsabonnement mit monatlichen Kosten von 4,99 Euro sowie ein Jahrespaket zu einem Preis von 49,90 Euro, die jeweils zu einer einmaligen Teilnahme an allen dort angebotenen Gewinnspielen berechtigten, angeboten. Im Übrigen setzt die Spielteilnahme lediglich eine Registrierung unter Angabe von Benutzerdaten sowie die Eingabe eines vom Anbieter offen gelegten Kennworts voraus. Als Gewinne werden Geld- sowie Sachpreise angepriesen.

Unter dem 1. 3. 2022 hörte die Funktionsvorgängerin der Antragsgegnerin, das Landesverwaltungsamt B., die Antragstellerin zu der beabsichtigten Untersagung der Veranstaltung, der Vermittlung und der Unterstützung öffentlichen Glücksspiels im Internet sowie der Werbung hierfür an.

Das unter dem 30. 5. 2022 beteiligte Glücksspielkollegium der Länder (nachfolgend: Glücksspielkollegium) erteilte im Umlaufverfahren einstimmig die Zustimmung zu der beabsichtigten Untersagungsverfügung.

Mit Bescheid vom 15. 6. 2022 untersagte das Landesverwaltungsamt B. gegenüber der Antragstellerin, im Internet unerlaubtes öffentliches Glücksspiel in Deutschland zu veranstalten, zu vermitteln, zu unterstützen oder zu bewerben. Gegen diesen Bescheid hat die Antragstellerin beim VG Köln am 28. 6. 2022 Klage erhoben (24 K 3859/22) und um die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nachgesucht. Mit Beschluss vom 31. 8. 2022 hat das VG den Antrag der Antragstellerin auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage abgelehnt. Dagegen hat die Antragstellerin Beschwerde erhoben.

Aus den Gründen

II. Die nach § 146 Abs. 1 und 4 VwGO zulässige Beschwerde der Antragstellerin hat Erfolg. Die zur Begründung der Be-

schwerde fristgemäß dargelegten Gründe, auf deren Prüfung der Senat nach Maßgabe von § 146 Abs. 4 S. 6 VwGO beschränkt ist, gebieten es, die aufschiebende Wirkung der von der Antragstellerin in der Hauptsache erhobenen Klage zuzuordnen. Die nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO gebotene Interessenabwägung fällt zugunsten der Antragstellerin aus. Die auf § 9 Abs. 1 S. 2 und S. 3 Nr. 3 GlüStV 2021 gestützte Untersagungsverfügung erweist sich voraussichtlich mangels Vorliegen eines Glücksspiels im Sinne des § 3 Abs. 1 Satz GlüStV 2021 als materiell rechtswidrig. Entsprechend kann voraussichtlich auch die Zwangsgeldandrohung keinen Bestand haben.

1. Das Beschwerdevorbringen zeigt zunächst keine Fehler auf, die zu einer formellen Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheids führen. [...]

2. Die Untersagungsverfügung ist jedoch voraussichtlich materiell rechtswidrig.

a) Allerdings ist sie nicht deshalb rechtswidrig, weil – nach Ansicht der Antragstellerin – die angebotenen Gewinnspiele der Bereichsausnahme des § 2 Abs. 11 GlüStV 2021 i. V. m. § 11 Abs. 1 S. 6 MStV und aus diesem Grund nicht dem Regelungsbereich des Glücksspielstaatsvertrags 2021 unterfallen würden. Weder stellen die angebotenen Spiele „Gewinnspiele im Rundfunk“ im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 1 und 2 MStV dar noch ist sonst der Regelungsbereich des § 11 Abs. 1 S. 5 MStV eröffnet, der vorsieht, dass für die Teilnahme von Gewinnspielsendungen und Gewinnspielen im Rundfunk (nur) ein Entgelt von bis zu 0,50 Euro verlangt werden darf.

aa) Vorliegend findet die Bereichsausnahme des § 2 Abs. 11 GlüStV 2021, wonach für Gewinnspiele im Rundfunk (§ 2 Abs. 1 S. 1 und 2 MStV) nur § 11 MStV gilt, keine Anwendung. Bei den kostenpflichtigen Angeboten der Antragstellerin handelt es sich nicht um „Gewinnspiele im Rundfunk“. Es fehlt bei dem Angebot auf der Internetseite der Antragstellerin bereits an der gemäß § 2 Abs. 1 S. 1 MStV für die Einordnung als Rundfunkangebot erforderlichen Linearität. Diese zeichnet sich durch eine bestimmte Reihenfolge der Ausstrahlung aus, die ein Sendeplan entsprechend einer redaktionellen Konzeption in einem Programm festlegt. Die Rezipienten empfangen diese Ausstrahlung gleichzeitig. Bei nicht-linearen Angeboten hat es hingegen der Nutzer in der Hand, wann und wo er sich die Darbietung anschaut. Vgl. Martini in Gersdorf/Paal, BeckOK Informations- und Medienrecht, 41. Edition, Stand: 1. 2. 2021, § 2 MStV Rn. 5.

Hier kann eine Teilnahme an den auf der Website [https://www.Q\[...\]de](https://www.Q[...]de) angebotenen Gewinnspielen zeitlich vollständig unabhängig von der Ausstrahlung und auch nicht nur in einem mit der Sendungsdauer vergleichbaren Rahmen stattfinden. Insbesondere ist eine Teilnahme schon wenige Tage vor Ausstrahlung der TV-Sendung möglich. Die Teilnehmer haben es maßgeblich selbst in der Hand, wann sie die Online-Teilnahme am Spieleangebot nutzen. Der Verweis auf die reine Eröffnung eines weiteren, gleichartigen „dritten“ Teilnahmewegs neben Kurznachricht und Anruf verfängt schon wegen der bestehenden Teilnahmemöglichkeit per Internet deutlich vor Sendungsbeginn und losgelöst von jedem Erfordernis einer Auseinandersetzung mit dem konkreten Sendungsinhalt nicht.

bb) Unabhängig davon würde es sich bei den angebotenen Spielen ohnehin nicht um ein nach § 11 Abs. 1 S. 1 MStV zulässiges Gewinnspiel handeln. Insoweit darf für die Teilnahme nur ein Entgelt bis zu 0,50 Euro verlangt werden, § 11 Abs. 1 S. 6 MStV. Jedenfalls Gewinnspielformate, deren Teilnahmeentgelt isoliert diese Grenze überschreitet, unterfallen nicht der Erlaubnisfreistellung des § 11 Abs. 1 MStV. Dietlein

in Dietlein/Ruttig, Glücksspielrecht, 3. Aufl. 2022, § 2 Rn. 49; vgl. zudem zur Vorgängerregelung des § 8a RStV: Gebhardt/Postel, ZfWG 2012, 1, 10; Liesching, ZfWG 2009, 320, 324; Hüskens, ZfWG 2009, 153, 157.

Diese strenge Grenze hält das Angebot der Antragstellerin nicht ein. Zunächst beschränkt sich das Angebot zur Teilnahme an den angebotenen Gewinnspielen nicht lediglich auf einen Betrag von 0,50 Euro. Denn die Antragstellerin bietet neben der Möglichkeit zur Einzelteilnahme, für die ein Entgelt von 0,50 Euro verlangt wird, nach wie vor ein Monatsabonnement an, für das Kosten von 4,99 Euro anfallen. Unerheblich ist insoweit, dass der Monatsbeitrag von 4,99 Euro die Möglichkeit einer einmaligen Teilnahme an allen auf der Website der Antragstellerin verfügbaren Gewinnspielen eröffnet, also sich nicht lediglich auf die einmalige Teilnahme an einem Spiel bezieht. Denn der Teilnehmer ist im Fall des Abschlusses eines Monatsabonnements verpflichtet, bereits für das erste Spiel einen Betrag von 4,99 Euro aufzuwenden und damit deutlich mehr als das in § 11 Abs. 1 S. 6 MStV genannte Maximalentgelt „für die Teilnahme“ von 0,50 Euro. Erst soweit sich der Teilnehmer entschließen sollte, im Anschluss daran innerhalb des laufenden Monats an (mindestens) neun weiteren – jeweils anderen – Gewinnspielen auf der Internetseite der Antragstellerin teilzunehmen, würden „im Mittel“ Teilnahmeentgelte von dann weniger als 0,50 Euro pro Spiel entstehen. Auf diesen „Mittelwert“ bezieht sich jedoch die Regelung des § 11 Abs. 1 S. 6 MStV nicht. Vielmehr sollte bereits die Vorgängerregelung des § 8a RStV die sogenannten Call-in-Gewinnspiele in Rundfunk und Fernsehen für den Fall legalisieren, dass nur ein Entgelt von maximal 0,50 Euro pro Teilnahme verlangt wird. Vgl. Bolay, MMR 2009, 669, 671; Lober/Neumüller, MMR 2010, 295, 296. Dieses Erfordernis ist im Fall des Abschlusses eines Monatsabonnements für 4,99 Euro und der sodann erfolgenden Spielaufnahme gerade nicht erfüllt.

cc) Ungeachtet dessen dringt die Antragstellerin auch nicht mit ihrem Vorbringen durch, das VG habe übersehen, dass bezüglich des Umfangs der sachlichen Anwendbarkeit des § 11 MStV die Regelungen des § 22 Abs. 3 MStV (Gewinnspiele in Telemedien mit journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten) und § 74 S. 1 MStV (Gewinnspiele in rundfunkähnlichen Telemedien) und nicht des § 2 Abs. 11 GlüStV 2021 maßgeblich seien und als spezielle Regelungen den Anwendungsbereich des Glücksspielstaatsvertrags 2021 für Gewinnspiele in bestimmten Telemedien sperrten.

(1) Bei dem Online-Angebot der Antragstellerin handelt es sich nicht um ein Telemedium mit journalistisch-redaktionell gestaltetem Angebot i. S. d. § 19 Abs. 1 S. 1 MStV. Der Verweis des § 22 Abs. 3 MStV auf § 19 Abs. 1 S. 1 MStV impliziert, dass es sich dabei um Angebote für die Allgemeinheit handeln muss, die über ein Mindestmaß an redaktionellen Inhalten verfügen und zumindest partiell redaktionell ausgestaltet sind. Darunter fallen etwa Online-Presse-Portale. Vgl. Hüskens, GewArch 2010, 336, 337; Bolay, ZfWG 2010, 88, 89.

Nicht von dem Verweis umfasst sind solche Internetportale, auf denen neben der Veranstaltung von Gewinnspielen keinerlei redaktionelle Inhalte dargeboten werden, die mithin nur der Gewinnspielveranstaltung an sich dienen. Vgl. Dietlein in Dietlein/Ruttig, Glücksspielrecht, 3. Aufl. 2022, § 2 GlüStV Rn. 45; Bolay, MMR 2009, 669, 672.

So liegt es hier. Das Online-Angebot der Antragstellerin beschränkt sich auf die Durchführung der dort angebotenen Gewinnspiele bzw. die Werbung dafür. [...] Im alleinigen Fokus der Darstellung steht dabei das Anpreisen der Gewinnspiele.

Entgegen der Ansicht der Antragstellerin ist eine journalistisch-redaktionelle Ausgestaltung der Website auch nicht deshalb gegeben, weil dort inhaltlich verschiedene Spiele journalistisch-redaktionell zusammengestellt worden seien und dies in der Regel mit eigenen Bildern, Texten und Konzepten geschehen sei, was auch durch ein einheitliches Farbkonzept verdeutlicht werde. Diese Umstände mögen allenfalls eine redaktionell relevante Form der Gestaltung begründen. Es fehlt dem Angebot jedoch eine Loslösung von der reinen Anpreisung der Gewinnspiele und damit inhaltlich an der journalistischen Komponente. Die Antragstellerin führt insoweit selbst aus, dass dort „vorwiegend über die zur Verfügung stehenden Gewinnspiele informiert“ werde.

(2) Dem Beschwerdevorbringen lässt sich keine Begründung dafür entnehmen, dass das gegenständliche Angebot als rundfunkähnliches Telemedium im Sinne des § 74 S.1 MStV zu qualifizieren sein soll. Eine solche Einordnung ist auch angesichts der in § 2 Nr. 13 MStV gegebenen Definition des rundfunkähnlichen Telemediums als ein solches mit Inhalten, die nach Form und Gestaltung hörfunk- oder fernsehähnlich sind und die aus einem von einem Anbieter festgelegten Katalog zum individuellen Abruf zu einem vom Nutzer gewählten Zeitpunkt bereitgestellt werden (Audio- und audiovisuelle Mediendienste auf Abruf), nicht erkennbar. Insbesondere unterfällt das Angebot der Antragstellerin nicht den in § 2 Nr. 13 Halbsatz 2 MStV genannten Inhalten wie Hörspiele, Spielfilme, Serien, Reportagen, Dokumentationen, Unterhaltungs-, Informations- oder Kindersendungen.

b) Die auf die Bestimmung des § 9 Abs. 1 S. 2 und S. 3 Nr. 3 GlüStV 2021 gestützte Untersagungsverfügung ist jedoch aller Voraussicht nach rechtswidrig, weil es sich bei den von der Antragstellerin angebotenen Gewinnspielen nicht um Glücksspiele im Sinne des § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV 2021 handelt. Denn die von den Teilnehmern zu leistenden Spieleinsätze überschreiten nicht die auch dem Entgeltbegriff des § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV 2021 immanente Erheblichkeitsschwelle.

aa) Zwar lässt sich dem Wortlaut des § 3 GlüStV 2021 nicht unmittelbar eine Bagatellgrenze bzw. Erheblichkeitsschwelle eines Entgelts entnehmen. Nach der Legaldefinition des § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV 2021 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. § 3 Abs. 1 S. 2 GlüStV 2021 stellt klar, dass die Entscheidung über den Gewinn in jedem Fall vom Zufall abhängt, wenn dafür der ungewisse Eintritt oder Ausgang zukünftiger Ereignisse maßgeblich ist. (Weitere) Bestimmungen zur Höhe des Entgelts treffen weder § 3 GlüStV 2021 noch die sonstigen Vorschriften des Glücksspielstaatsvertrags. § 6j GlüStV 2021 enthält lediglich Regelungen betreffend unentgeltliche Unterhaltungsangebote, für die kein Entgelt zu entrichten ist und bei denen ein Geldgewinn fehlt.

bb) Indes folgt eine solche Erheblichkeitsschwelle auch für den glücksspielrechtlichen Entgeltbegriff aus dem systematischen Zusammenhang der glücksspielrechtlichen Regelung mit § 33h Nr. 3 GewO, der seinerseits auf § 284 StGB Bezug nimmt.

§ 33h GewO normiert das Verhältnis der gewerblichen Vorschriften, die Gewinnspiele betreffen, zu den landesrechtlichen, ordnungsrechtlichen Glücksspielregelungen. Im Rahmen seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Wirtschaft gemäß Art. 74 Nr. 11 GG hat der Bundesgesetzgeber das gewerbliche Aufstellen von Spielgeräten mit Gewinnmöglichkeit (§ 33c GewO) sowie das gewerb-

liche Veranstalten anderer Spiele mit Gewinnmöglichkeit (§ 33d GewO) unter Erlaubnisvorbehalt gestellt und in §§ 33c ff. GewO näher geregelt. § 33g Nr. 2 GewO normiert einen Vorbehalt, die Erlaubnispflicht auf bestimmte nicht gewerbsmäßig betriebene Gewinnspiele auszudehnen. §§ 33c bis 33g GewO sind nach § 33h Nr. 1 und 2 GewO jedoch nicht auf die dort aufgeführten Spielbanken, Lotterien und Ausspielungen anzuwenden. Nach § 33h Nr. 3 GewO gelten sie auch nicht für diejenigen „anderen“ Spiele im Sinne des § 33d Abs. 1 S. 1 GewO, die Glücksspiele im Sinne des § 284 StGB sind. Diese – und nur diese – „anderen“ Spiele bleiben der Regelung durch den Landesgesetzgeber im Rahmen seiner Kompetenz für das Ordnungsrecht überlassen. Die Übrigen, die nicht unter § 284 StGB fallen, sind in § 33d Abs. 1 S. 1 GewO detailliert und abschließend geregelt. Diese Abgrenzung des Anwendungsbereichs der Gewerbeordnung vollzieht die Abgrenzung zwischen der Bundesgesetzgebungskompetenz für das Wirtschaftsrecht und der Landesgesetzgebungskompetenz für das Ordnungsrecht nach. BVerwG, Urt. v. 16. 10. 2013 – 8 C 21.12 [K&R 2014, 217 ff. =] juris, Rn. 24, m. w. N.

Sie steht nicht zur Disposition des Landesgesetzgebers. Er darf den ordnungsrechtlichen Begriff des Glücksspiels bei „anderen“ Spielen mit Gewinnmöglichkeit nicht weiter fassen als den Glücksspielbegriff des § 284 StGB. Das Tatbestandsmerkmal des für den Erwerb einer Gewinnchance verlangten Entgelts im Sinne des § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV darf deshalb nicht weiter ausgelegt werden als der Begriff des Einsatzes, der Bestandteil der Definition des Glücksspiels im Sinne des § 284 StGB ist. BVerwG, Urt. v. 16. 10. 2013 – 8 C 21.12 [K&R 2014, 217 ff. =] juris, Rn. 24; vgl. auch BVerwG, Urt. v. 22. 1. 2014 – 8 C 26.12, juris, Rn. 11.

Einsatz im Sinne des § 284 StGB ist jede Vermögensleistung, die in der Hoffnung auf Gewinn und mit dem Risiko des Verlustes an den Gegenspieler oder Veranstalter erbracht wird, wobei es sich wegen der notwendigen Abgrenzung zum bloßen Unterhaltungsspiel um einen Einsatz handeln muss, der nicht ganz unbedeutend ist. BGH, Urt. v. 8. 8. 2017 – 1 StR 519/16, juris, Rn. 12, und Beschl. v. 29. 9. 1986 – 4 StR 148/86, juris, Rn. 15; dies aufgreifend BVerwG, Urt. v. 16. 10. 2013 – 8 C 21.12 [K&R 2014, 217 ff. =] juris, Rn. 25; vgl. zudem Fischer, StGB, 70. Aufl. 2023, Rn. 5; Heine/Hecker in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 284 Rn. 8; Hollering in BeckOK StGB, 59. Edition, Stand: 1. 11. 2023, § 284 Rn. 15; Krehl/Börner in Leipziger Kommentar zum StGB, 13. Aufl. 2023, § 284 Rn. 12.

Ob im Rahmen des § 284 StGB ein Einsatz als nicht ganz unbedeutend einzuordnen ist, bestimmt sich jedenfalls bei jedermann offenstehenden Glücksspielen nach den gesellschaftlichen Anschauungen. Dabei kann das Kriterium des erforderlichen Aufwands für eine anderweitige unterhaltende Veranstaltung zur Orientierung herangezogen werden.

BGH, Urt. v. 8. 8. 2017 – 1 StR 519/16, juris, Rn. 13, unter Bezugnahme auf Reichsgericht, Urt. v. 28. 5. 1889 – Rep. 1039/89, RGSt 19, 253 f., und OLG Köln, Urt. v. 19. 2. 1957 – Ss 417/56, NJW 1957, 721; vgl. ferner Heine/Hecker in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, a. a. O.; Hohmann/Schreiner in Münchener Kommentar zum StGB, 4. Aufl. 2022, § 284 Rn. 12; Krehl/Börner in Leipziger Kommentar zum StGB, a. a. O.

Nach Ansicht des BGH dürfte derzeit ein möglicher Verlust von mehr als zehn Euro in der Stunde auf ein Glücksspiel im Sinne des § 284 StGB hindeuten. So BGH, Urt. v. 8. 8. 2017 – 1 StR 519/16, juris, Rn. 13.

Einhergehend mit der klarstellenden Rechtsprechung des BVerwG hat sich auch die jüngere Literatur (überwiegend)

der Ansicht angeschlossen, dass in einheitlicher Auslegung des Glücksspielbegriffs im StGB und GlüStV das gezahlte Entgelt nicht unerheblich niedrig sein darf. So etwa Ahlhaus/Schmidt, MMR 2014, 443, 445; Dietlein in Dietlein/Ruttig, Glücksspielrecht, 3. Aufl. 2022, § 2 GlüStV Rn. 41; zur (gegen teiligen) Ansicht in der Voraufgabe siehe Dietlein/Hüsken in Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 2. Aufl. 2013, § 2 GlüStV Rn. 26; Jaschinski, ZfWG 2014, 160, 162; Liesching, ZfWG 2014, 180, 181; vgl. ferner Nickel/Feuerhake/Schelin-ski, MMR 2018, 586; bereits zuvor für einen Gleichlauf und das Bestehen einer Erheblichkeitsschwelle Bolay/Pfütze in Streinz/Liesching/Hambach, Glücks- und Gewinnspielrecht in den Medien, 2014, § 3 GlüStV Rn. 5 ff.; einschränkend wohl Nolte in Becker/Hilf/Nolte/Uwer, Glücksspielregulierung: Glücksspielstaatsvertrag und Nebengesetze, 2016, § 3 GlüStV Rn. 14.

Allein schon wegen der unterschiedlichen Gesetzgebungskompetenzen des Bundes bzw. der Länder, deren „trennscharfer“ Abgrenzung die Bestimmung des § 33h GewO dienen soll, dazu Ennuschat in Pielow, BeckOK GewO, 59. Edition, Stand: 1. 6. 2023, § 33h Rn. 42, kann nicht darauf abgestellt werden, dass die jeweiligen Regelungszwecke des Straf- bzw. Ordnungsrechts einen Gleichlauf des Entgelt- bzw. Einsatzbegriffs nicht erfordern würden, dazu etwa Nolte in Becker/Hilf/Nolte/Uwer, Glücksspielregulierung: Glücksspielstaatsvertrag und Nebengesetze, 2016, § 3 GlüStV Rn. 14, bzw. darüber hinausgehend die Landesgesetzgeber einen eigenständigen Glücksspielbegriff normiert hätten, der sich vom bundesstrafrechtlichen in richterlicher Rechtsfortbildung entwickelten Glücksspielbegriff des § 284 StGB deutlich unterscheidet und keine Geringfügigkeitsgrenze kenne. So noch Hüsken, ZfWG 2009, 153, 155; ähnlich Dünchheim in Frankfurter Kommentar zum Glücksspielrecht, 2022, § 2 GlüStV Rn. 55, u. a. mit Verweis auf die (überholte) Kommentierung von Dietlein/Hüsken in Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 2. Aufl. 2012, § 2 GlüStV Rn. 26.

cc) Nach den oben stehenden Grundsätzen ist bei dem Angebot der Antragstellerin die Erheblichkeitsschwelle unter den derzeitigen Spielbedingungen nicht überschritten. Der Senat sieht als maßgeblich hinsichtlich der relevanten Entgelthöhe die durch die Rechtsprechung des BGH definierte Verlustschwelle von (derzeit) zehn Euro in der Stunde an.

Hier liegt die für die Teilnehmer der Online-Gewinnspiele der Antragstellerin zu leistende maximale Einmalzahlung mit 4,99 Euro für ein Monatsabo unterhalb dieser Erheblichkeitsschwelle. Auch bei einer Aufsummierung mit den nach Abschluss eines Monatsabos weiter in einem Zug durchspielbaren maximal zehn Spielen pro Tag à 0,50 Euro fallen insgesamt höchstens 9,99 Euro an, die die Zehn-Euro-Grenze (auch in einer Stunde) nicht übersteigen. Das Jahrespaket für einen Betrag von 49,90 Euro bietet die Antragstellerin bereits seit Juni 2022 nicht mehr an.

dd) Mangels Überschreiten der Erheblichkeitsschwelle liegt kein „Entgelt“ im Sinne des § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV 2021 und damit auch kein Glücksspiel vor. Die Antragsgegnerin konnte damit die gegenständliche Untersagungsverfügung nicht auf die Bestimmungen des § 9 Abs. 1 S. 2 und S. 3 Nr. 3 GlüStV 2021 stützen, die das Vorliegen eines öffentlichen Glücksspiels im Sinne des § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV 2021 voraussetzen.

c) Der Beschluss des VG erweist sich auch nicht aus anderen Gründen im Ergebnis als richtig. Insbesondere würde ein Verstoß des Spielangebots der Antragstellerin gegen die Vorschriften der Gewerbeordnung keine Rechtmäßigkeit der angefochtenen Ordnungsverfügung begründen.

aa) Zwar führt vorliegend der Umstand, dass es sich bei den gegenständlichen Spielen der Antragstellerin mangels Erheblichkeit des Einsatzes nicht um Glücksspiele „im Sinne des § 284 StGB“ handelt (vgl. § 33h Nr. 3 GewO), zu einer Einordnung als „andere“ Spiele im Sinne des § 33d Abs. 1 GewO. Dem steht nicht entgegen, dass es sich bei den gegenständlichen Spielen um zufallsabhängige Gewinnspiele (= „Glücksspiele“ im weiteren Sinne) handelt, die zudem nur „online“ angeboten werden. Von den „anderen“ Spielen im Sinne des § 33d GewO sind nicht nur die sogenannten Geschicklichkeitsspiele erfasst, sondern u. a. auch „Glücksspiele“ unterhalb der Erheblichkeitsschwelle des Entgelts, die nicht als solche im Sinne des § 284 StGB einzuordnen sind. Vgl. Dietlein in Dietlein/Ruttig, Glücksspielrecht, 3. Aufl. 2022, § 33d GewO Rn. 5; Ennuschat in Wank/Winkler/Ennuschat, GewO, 9. Aufl. 2020, § 33d Rn. 3, m. w. N.

Die in § 33d GewO genannten „anderen“ Spiele beziehen sich zudem nicht nur auf die sogenannten „stationären“ Spiele. Genauso wie die von § 33h Nr. 3 GewO in Bezug genommenen „anderen“ Spiele im Sinne des § 33d Abs. 1 S. 1, die Glücksspiele im Sinne des § 284 StGB sind, auch Online-Spiele sein können, wie bereits die Regelungen des Glücksspielstaatsvertrags 2021 über öffentliche Glücksspiele im Internet (§ 4 Abs. 4 GlüStV 2021) verdeutlichen, vgl. Ennuschat in Wank/Winkler/Ennuschat, GewO, 9. Aufl. 2020, § 33h Rn. 57, erfasst auch § 33d GewO selbst nicht nur terrestrische Spiele, sondern auch Online-Spiele. Schon seinem Wortlaut nach ist § 33d GewO – anders als im Falle von § 33c und § 33i GewO – offen genug gefasst, um Online-Spiele einzuschließen. Vgl. die Anwendbarkeit des abschließenden § 33d GewO auf das dort streitgegenständliche Online-Spiel ohne Weiteres annehmend: BVerwG, Urt. v. 16. 10. 2013 – 8 C 21.12 [K&R 2014, 217 ff. =] juris, Rn. 2, 24, 27; siehe ferner Ennuschat in Wank/Winkler/Ennuschat, GewO, 9. Aufl. 2020, § 33d Rn. 13 ff., m. w. N. auch zur Gegenansicht.

Allerdings dürften sodann in systematischer Hinsicht die Regelungen der Spielverordnung (SpielV) zu einer mangelnden Erlaubnisfähigkeit von Online-Gewinnspielen führen, da diese allein auf das terrestrische Spiel ausgerichtet sind. Denn nach § 4 SpielV darf die Erlaubnis für die Veranstaltung eines anderen Spieles im Sinne des § 33d Abs. 1 S. 1 GewO, bei dem der Gewinn in Geld besteht, nur erteilt werden, wenn das Spiel in Spielhallen oder ähnlichen Unternehmen veranstaltet werden soll. Nach § 5 SpielV darf die Erlaubnis für die Veranstaltung eines anderen Spieles, bei dem der Gewinn in Waren besteht, nur erteilt werden, wenn das Spiel auf Volksfesten, Schützenfesten oder ähnlichen Veranstaltungen, Jahrmärkten oder Spezialmärkten oder in Schank- oder Speisewirtschaften oder Beherbergungsbetrieben mit Ausnahme der in § 1 Abs. 2 Nr. 2 und 3 genannten Betriebe veranstaltet werden soll. Diese dort benannten zulässigen Veranstaltungsorte schließen ein zulässiges Veranstalten von „anderen“ Spielen im Sinne des § 33d GewO im Internet – de lege lata – wohl aus. Vgl. Dietlein in Dietlein/Ruttig, Glücksspielrecht, 3. Aufl. 2022, § 33d GewO, Rn. 6, m. w. N.; Ennuschat in Wank/Winkler/Ennuschat, GewO, 9. Aufl. 2020, § 33d Rn. 14 f.

bb) Die Antragsgegnerin kann der Antragstellerin indes eine mangelnde Erlaubnisfähigkeit ihres Online-Spieleangebots nach der Gewerbeordnung nicht vorhalten. Denn sie ist weder für die Erteilung einer gewerberechtlichen Erlaubnis bzw. für deren Versagung noch für eine gewerberechtliche Untersagungsverfügung zuständig, was schon aus der Bestimmung des § 27f GlüStV 2021 folgt.

Ungeachtet dessen hat die Antragsgegnerin ihre Untersagungsverfügung auch nicht auf einen Verstoß gegen gewerbe-

rechtliche Vorschriften, insbesondere nicht auf den Umstand einer fehlenden Erlaubnis nach § 33d GewO, gestützt. Die Funktionsvorgängerin der Antragsgegnerin hat sich bei der Ausübung ihres Untersagungserrmessens allein davon leiten lassen, ein nach § 3 Abs. 1 GlüStV 2021 verbotenes Glücksspiel zu unterbinden. Insoweit könnte die angefochtene Untersagungsverfügung auch nicht bei einem (etwaigen) Verstoß des Angebots der Antragstellerin gegen gewerberechtliche Vorschriften als rechtmäßig erachtet werden. Vgl. dazu BVerwG, Urt. v. 22. 1. 2014 – 8 C 26.12, juris, Rn. 20.

d) Da die Untersagungsverfügung als Grundverfügung voraussichtlich rechtswidrig und in der Hauptsache aufzuheben ist, ist zugleich dem Antrag der Antragstellerin auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen die Zwangsgeldandrohung stattzugeben. [...]

RA Prof. Roland Bornemann*

Kommentar

I. Ausgangsbefund

Seit dem Lotteriestaatsvertrag vom 18. 12. 2003/13. 2. 2004 (BayGVBl. S. 230) existiert eine Legaldefinition des ordnungsrechtlichen Glücksspielbegriffs. Demnach 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. Diese Definition wurde als § 3 Abs. 1 S. 1 Glücksspielstaatsvertrag vom 30. 1./31. 7. 2007 (BayGVBl. S. 906) übernommen und blieb bei späteren Neufassungen des GlüStV unverändert.

In der Praxis war zunächst umstritten, ob der neue ordnungsrechtliche Glücksspielbegriff mit dem tradierten strafrechtlichen übereinstimmt oder auch Spiele mit „ganz unbeträchtlichem Einsatz“ erfasst.¹

In einer ersten Rechtsprechungswelle votierten die Obergerichtspräsidenten überwiegend für die Identität der Glücksspielbegriffe in § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV und § 284 Abs. 1 StGB.²

Das BVerwG setzte einen Schlusspunkt.³ Die Entscheidungen wurden in der Literatur allgemein als Klärung verstanden, dass strafrechtlicher und ordnungsrechtlicher Glücksspielbegriff übereinstimmen.⁴

Jüngst haben zwei Verwaltungsgerichte die Auffassung wiederbelebt, dass § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV ein weiterer Glücksspielbegriff zugrunde liege als § 284 Abs. 1 StGB.⁵ Dem tritt das OVG Münster im vorliegenden Eilbeschluss basierend auf den höchstrichterlichen Judikaten zu § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV 2008 entgegen.⁶

II. Der Glücksspielbegriff des § 284 StGB

Spätestens seit Inkrafttreten des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich vom 15. 5. 1871 (RGBl. 1871, 128) steht die gewerbliche bzw. unerlaubte öffentliche Veranstaltung von Glücksspielen unter Strafanndrohung (§§ 284 – 286 RStGB). Eine Definition des Glücksspiels enthalten die Vorschriften des StGB bis heute nicht. § 284 Abs. 1 StGB ist eine verwaltungsakzessorische Strafnorm.⁷ Strafbar ist die Veranstaltung eines Glücksspiels ohne behördliche Erlaubnis.

Die Strafrechtsprechung hat im Laufe der Zeit eine Abgrenzung des im Wesentlichen zufallsabhängigen Glücksspiels vom straflosen Geschicklichkeitsspiel und zum Unterhaltungsspiel vorgenommen. Für das Glücksspiel ist zusammengefasst entscheidend, dass es sich um ein regelbasiertes Spiel mit einer nicht ganz unbedeutenden Gewinnchance handelt, für das ein nicht ganz unbeträchtlicher vermögenswerter Einsatz zu leisten ist und dessen Ausgang überwiegend vom Zufall abhängt.⁸

Die seit 2004 geltende ordnungsrechtliche Definition des Glücksspielbegriffs hat nicht zu einer Änderung der Strafrechtsprechung zu § 284 Abs. 1 StGB geführt.⁹ Offenbar geht die Strafrechtsprechung davon aus, dass der Strafanndrohung für öffentliches Glücksspiel „ohne behördliche Erlaubnis“ die Erlaubnispflicht des § 4 Abs. 1 S. 1 GlüStV für Glücksspiele i. S. d. Definition in § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV zugrunde liegt. Hätte die Strafbarkeit unerlaubten Glücksspiels andere Voraussetzungen als die Erlaubnispflicht, wäre begründungsbedürftig, warum die Strafbarkeit nicht bei Vorliegen des Tatbestandsmerkmals „ohne behördliche Erlaubnis“ gegeben wäre, sondern erst beim Hinzutreten des Merkmals eines nicht ganz unbeträchtlichen Einsatzes. Das liegt fern.

III. Der Glücksspielbegriff des § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV 2021

Das OVG stellt fest, dass dem Normtext des § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV 2021, der die aus der Strafrechtsprechung bekannten Merkmale der Entgeltlichkeit und der Zufallsabhängigkeit aufgenommen hat, nichts für oder gegen eine Erheblichkeitsschwelle des Entgelts zu entnehmen ist. Die Erheblichkeitsschwelle ergibt sich aus einer normzielorientierten Interpretation. Das Normziel gibt § 1 S. 1 Nr. 1 GlüStV 2021 vor.¹⁰ Es geht wesentlich um die Verhinderung des Entstehens von Glücksspielsucht; das Merkmal der Entgeltlichkeit als solches ist für die gleichrangigen Ziele in § 1 S. 1 Nr. 2 – 5 GlüStV 2021 nicht bedeutsam. Das Suchtpotenzial zufallsabhängiger 1-Cent-Gewinnspiele kann, auch unter dem Gesichtspunkt des Jugend- und Spielerschutzes (§ 1 S. 1 Nr. 3 GlüStV 2021), vernachlässigt werden. Eine Bagatellgrenze ist dem Normzweck inhärent.¹¹

* Mehr über den Autor erfahren Sie am Ende des Kommentars.

1 Vgl. *Pagenkopf*, NJW 2012, 2918.

2 OVG Nordrhein-Westfalen, 10. 6. 2008 – 4 B 606/08, ZfWG 2008, 204; OVG Rheinland-Pfalz, 21. 10. 2008 – 6 B 10778/08, ZfWG 2008, 396; OVG Berlin-Brandenburg, 20. 4. 2009 – OVG 1 S 203.08, ZfWG 2009, 190; VGH Kassel, 7. 8. 2008 – 8 B 522/08M; ähnlich OVG Lüneburg, 10. 8. 2009 – 11 ME 67/09, NVwZ-RR 2010, 104; a. A. BayVGh, 25. 8. 2011 – 10 BV 10.1176, DÖV 2012, 161; VGH Kassel, 7. 9. 2011 – 8 B 1552/10, MMR 2011, 849 m. abl. Anm. *Liesching*.

3 BVerwG, 16. 10. 2013 – 8 C 21.12, K&R 2014, 217 m. krit. Anm. *Rüttig* = MMR 2014, 207 m. zust. Anm. *Heeg*; BVerwG, 22. 1. 2014 – 8 C 26/12, K&R 2014, 365 m. Anm. *Heeg*; zuvor hatte BGH, 28. 9. 2011 – 1 ZR 92/09, K&R 2012, 50 = MMR 2012, 191 m. Anm. *Liesching*, in einem wettbewerbsrechtlichen Verfahren die Übereinstimmung des ordnungsrechtlichen mit dem strafrechtlichen Glücksspielbegriff angenommen.

4 *Ahlhaus/Schmidt*, MMR 2014, 443, 444, 448 f.; *Bornemann/Rüttig*, Ordnungswidrigkeiten in Rundfunk und Telemedien, 7. Aufl. 2023, S. 168; *Müller*, in: *Binder/Vesting*, Rundfunkrecht, MStV § 11 Rn. 139; *Liesching*, ZUM 2024, 92, 93.

5 VG Köln, 31. 8. 2022 – 24 L 1095/22, ZfWG 2023, 451; VG München, 7. 2. 2023 – M 27 K 22.3269, ZUM-RD 2024, 116.

6 In diesem Heft; die Kritik von *Bringmann/Lüder*, ZfWG 2024, 252 an dem Beschluss ist grosso modo verfehlt.

7 OLG München, 26. 9. 2006 – 5St RR 115/05, NJW 2006, 3588, 3589.

8 *Heger*, in: *Lackner/Kühl/Heger*, StGB § 284 Rn. 2.

9 BGH, 8. 8. 2017 – 1 StR 519/16, NSZ 2018, 335 m. Anm. *Berberich*.

10 Zu den vergleichbaren Zielen: § 284 StGB s. BT-Drs. 13/8587, 67; § 1 LotteriestV s. BayLT-Drs. 15/716, 6 ff.

11 Vgl. auch *Ennuschat*, in: *BeckOK GewO*, 61. Ed. 1. 3. 2024, § 33h Rn. 42, 47 f.

IV. Die Bedeutung des gewerberechtlchen Glücksspielbegriffs

Der Ansatz des OVG, aus dem „systematischen Zusammenhang mit § 33h Nr. 3 GewO“ Gesichtspunkte für die Bestimmung der normimmanenten Erheblichkeitsschwelle herauszudestillieren, bewegt sich auf den bereits zu § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV 2008 vom BVerwG eingeschlagenen Pfaden.¹² Das Fundament dafür bildet das Urteil des BVerfG zur Verfassungswidrigkeit des Bayerischen Staatslotteriegengesetzes: „Eine Neuregelung kommt dabei grundsätzlich sowohl durch den Bundes- wie den Landesgesetzgeber in Betracht. Insoweit kann auch der Bund, gestützt auf den Gesetzgebungstitel für das Recht der Wirtschaft nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG unter den Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG tätig werden. Eine Kompetenz des Bundes scheitert nicht an dem ordnungsrechtlichen Aspekt der Regelungsmaterie.“¹³

Dafür, dass es sich bei §§ 33c – 33h GewO um kompetenzwidriges Bundesrecht handeln könnte, ist kein Anhaltspunkt gegeben. § 33h Nr. 3 GewO grenzt die „anderen“ Spiele von Glücksspielen i. S. d. § 284 Abs. 1 StGB ab.¹⁴

Das BVerwG folgert daraus, die „anderen“ Spiele i. S. d. § 33d Abs. 1 S. 1 GewO, die Glücksspiele i. S. d. § 284 StGB sind und für die § 33h Nr. 3 GewO nicht gilt, blieben der Regelung durch den Landesgesetzgeber im Rahmen seiner Kompetenz für das Ordnungsrecht überlassen. Diese Abgrenzung des Anwendungsbereichs der Gewerbeordnung vollziehe die Abgrenzung zwischen der Bundeskompetenz für das Wirtschaftsrecht und der Landeskompetenz für das Ordnungsrecht nach.¹⁵ Dagegen ist nichts einzuwenden. Denn der Einwand, Gesetzgebungszuständigkeiten entzögen sich der Abgrenzung durch den einfachen Gesetzgeber,¹⁶ bedeutet in der Sache nur einen Überprüfungsvorbehalt zugunsten des BVerfG.

Dem BVerfG als authentischem Interpreten der Verfassung verbleibt die Letztentscheidungskompetenz in verfassungsrechtlichen Fragen. Es erkennt aber die „Erstzuständigkeit des Gesetzgebers bei der Verfassungsinterpretation“ an.¹⁷ Es ist nichts dafür dargetan, dass die Gesetzgebungskompetenzen ein Thema wären, für das dies nicht gälte. Die Aussage des BVerwG, in §§ 33c – 33h GewO habe der Bundesgesetzgeber – als berufener Erstinterpret der Verfassung¹⁸ – im Rahmen seiner konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit die Abgrenzung der Bundes- und Landesgesetzgebungszuständigkeit verbindlich „nachgezeichnet“, ist sonach nicht kritikwürdig. Sie bindet lediglich das BVerfG nicht – für den Fall, dass es zu dieser Frage einmal angerufen werden sollte.

Der Hinweis auf § 284 StGB in § 33h Nr. 3 GewO dient dazu, bei „anderen“ Spielen Geschicklichkeits- und Unterhaltungsspiele von Glücksspielen abzugrenzen.¹⁹ Das BVerwG nimmt auf die Rechtsprechung des BGH zustimmend Bezug: „Wegen der notwendigen Abgrenzung zum bloßen Unterhaltungsspiel darf der Einsatz allerdings nicht nur ganz unbedeutend sein.“²⁰ Mit der Übernahme dieses Abgrenzungskriteriums zum Glücksspiel nach § 284 Abs. 1 StGB geht das BVerwG über die Aussage hinaus, dass sich das Merkmal des Entgelts für den Erwerb einer Gewinnchance (nur) insoweit mit dem des Einsatzes für ein Glücksspiel i. S. d. § 284 StGB decke, als verlangt wird, dass die Gewinnchance gerade aus dem Entgelt erwächst.²¹ Die schon dem gleichlautenden § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV 2008 immanente Erheblichkeitsschwelle ist offensichtlich mitgedacht.

V. Konsequenzen für die gesetzesimmanente Erheblichkeitsschwelle des Spieleinsatzes

§ 284 Abs. 1 StGB ist eine verwaltungsakzessorische Strafnorm.²² Sie stellt die öffentliche Veranstaltung eines – zu ergänzen: erlaubnispflichtigen – Glücksspiels ohne behördliche Erlaubnis unter Strafandrohung. Die Erlaubnispflicht des § 4 Abs. 1 S. 1 GlüStV 2021 bezieht sich auf Glücksspiele i. S. d. Legaldefinition in § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV 2021.

Die Annahme divergierender Glücksspielbegriffe lässt sich mit einer engen Wortlautinterpretation so wenig begründen wie mit der Entstehungsgeschichte.²³ Eine normzielorientierte Gesetzesinterpretation ergibt, dass § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV eine immanente Bagatellgrenze und § 284 StGB das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal des nicht ganz unerheblichen Spieleinsatzes enthalten, die sich decken.

Zwar steht das Strafrecht als ultima ratio staatlichen Handelns gegenüber den Bürgern unter einer besonderen Rechtfertigungslast.²⁴ Aber schon die Errichtung eines Verbots mit Erlaubnisvorbehalt ist ein rechtfertigungsbedürftiger Grundrechtseingriff.²⁵ Das Postulat eines weiten ordnungsrechtlichen Glücksspielbegriffs läuft der Struktur des verwaltungsakzessorischen § 284 Abs. 1 StGB zuwider und auf die Unterstellung hinaus, die Staatsvertragsparteien hätten eine – noch dazu in § 28a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 GlüStV 2021 hoch bußgeldbewehrte – Erlaubnispflicht für Unterhaltungsspiele ohne erhebliches Gefährdungspotenzial errichtet.

VI. Ergebnis

Nur die Anerkennung, dass die immanente Bagatellgrenze des § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV 2021 mit dem ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal des nicht ganz unerheblichen Spieleinsatzes in § 284 Abs. 1 StGB übereinstimmt, entspricht der Struktur der verwaltungsakzessorischen Strafnorm, wahrt die Einheit der Rechtsordnung und befreit die Erlaubnispflicht vom Odium eines unverhältnismäßigen Grundrechtseingriffs.



Prof. Roland Bornemann

Jahrgang 1955, ist Rechtsanwalt im Landkreis München und Honorarprofessor am Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Universität Mainz. Er ist Mitherausgeber mehrerer wissenschaftlicher Werke, Autor zahlreicher wissenschaftlicher Aufsätze und Beiträge in wissenschaftlichen Gemeinschaftswerken.

12 BVerwG, 16. 10. 2013 – 8 C 21.12, K&R 2014, 217, 218.

13 BVerfG, 28. 3. 2006 – 1 BvR 1054/01, BVerfGE 115, 276, 318 f.

14 Meyer/Schmelting, in: Hamacher/Krings/Otto, HK-Glücksspielrecht, GewO § 33h Rn. 1.

15 BVerwG, 16. 10. 2013 – 8 C 21.12, K&R 2014, 217, 218.

16 Bringmann/Lüder, ZFWG 2024, 252, 253.

17 BVerfG, 11. 11. 1999 – 2 BvF 3/98, BVerfGE 101, 158, 218 f.

18 Vgl. BVerfG, 11. 11. 1999 – 2 BvF 3/98, BVerfGE 101, 158, 236.

19 Ennuschat, in: BeckOK GewO (Fn. 11), § 33h Rn. 37; a. A. Meyer/Schmelting, in: Hamacher/Krings/Otto, (Fn. 14) § 33h Rn. 8: nur Geschicklichkeitsspiele.

20 BVerwG, 16. 10. 2013 – 8 C 21.12, K&R 2014, 217, 218, Rn. 25.

21 VG München, 7. 2. 2023 – M 27 K 22.3269, ZUM-RD 2024, 116, Rn. 57.

22 OLG München, 26. 9. 2006 – 5St RR 115/05, NJW 2006, 3588, 3589.

23 Zu Letzterem s. Blaue, ZUM 2011, 119, 120 f.; Gummer, ZUM 2011, 105, 109 f.; Hambach/Münstermann, K&R 2009, 457, 461; instruktiv Krus, NVwZ 2012, 797.

24 BVerfG, 26. 2. 2008 – 2 BvR 392/07, BVerfGE 120, 224, 239 f.

25 BVerfG, 5. 8. 1966 – 1 BvF 1/61, BVerfGE 20, 150, 154 ff.