Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft – Neue Folge 57

Hauke Gärtner

Zweitlotterien

Das Wetten auf den Ausgang von Lotterien im Lichte von Glücksspielstaatsvertrag, Unions- und Verfassungsrecht

Nomos

Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft –
Neue Folge

herausgegeben von

Prof. Dr. Michael Heghmanns
Prof. Dr. Ingo Saenger
Prof. Dr. Fabian Wittreck

Band 57

Hauke Gärtner

Zweitlotterien

Das Wetten auf den Ausgang von Lotterien im Lichte von Glücksspielstaatsvertrag, Unions- und Verfassungsrecht

Nomos

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Fabian Wittreck
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Dr. h.c. Dirk Ehlers
Dekan: Prof. Dr. Matthias Casper
Tag der mündlichen Prüfung: 10.11.2020

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Zugl.: Münster (Westf.), Univ., Diss. der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, 2020

ISBN 978-3-8487-8070-9 (Print)
ISBN 978-3-7489-2456-2 (ePDF)

Onlineversion
Nomos eLibrary

D6

1. Auflage 2021
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Jahr 2020 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation angenommen. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur sind bis Anfang März 2020 berücksichtigt, ebenso der Entwurf für den Staatsvertrag zur Neuregulierung des Glücksspielwesens in Deutschland in der Fassung der Verbändeanhörung.

Mein besonderer und herzlicher Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Fabian Wittreck, der mit großem Einsatz und wertvollen Anregungen die Entstehung dieser Arbeit wissenschaftlich begleitet hat.

Für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens möchte ich mich sehr bei Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Dirk Ehlers bedanken. Den Herren Professoren Dres. Michael Heghmanns und Ingo Saenger danke ich dafür, dass sie mir gemeinsam mit meinem Doktorvater die Aufnahme in diese Schriftenreihe ermöglicht haben. Weiterhin bin ich dem Freundeskreis Rechtswissenschaft der Universität Münster für die Gewährung eines großzügigen Druckkostenzuschusses sehr verbunden.

In persönlicher Hinsicht gebührt der größte Dank meinen Eltern Robert und Gerhild Gärtner für ihre Unterstützung nicht nur im Rahmen dieser Promotion, sondern während meiner gesamten schulischen und akademischen Ausbildung.

Düsseldorf, im Dezember 2020 Hauke Gärtner

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis 15

Einleitung 23

Erstes Kapitel: Glücksspiel in Deutschland – Begriff und Ausprägungen 27

A. Definition des Glücksspiels 27
I. Strafrechtlicher Begriff 28
II. Identität mit verwaltungsrechtlichem Begriff? 30
1. Gesetzesmaterialien sowie Positionen von Literatur und Rechtsprechung 30
2. Systematische Auslegung im Lichte der Gewerbeordnung 33
3. Schlussfolgerung 35
III. Unionsrechtlicher Begriff 35

B. Formen des Glücksspiels 37
I. Regulierter und unregulierter Markt 37
II. Zweitlotterien und ihre rechtliche Einordnung zwischen Lotterie und Wette 39
1. Lotterien und Ausspielungen 39
a) Produkte und Anbieter am deutschen Markt 40
b) Ökonomische Bedeutung 43
2. Wetten 44
a) Die Lotterie als Spezialfall der Wette? 45
b) Sportwetten 46
c) Pferdewetten 47
d) Ökonomische Bedeutung 47
3. Abgrenzungsschwierigkeiten bei der Einordnung der Zweitlotterien 48
a) Merkmale und Produktformen der Zweitlotterien 48
b) Lotterie oder Wette im Rechtssinne? 53
(1) Argumente aus der Literatur für eine Einordnung als Lotterie 54
(2) Straf- und finanzgerichtliche Rechtsprechung 56

(3) Selbstbestimmtheit des Spielplans 61
(4) Selbstbestimmtheit der Spieldurchführung 67
(5) Resümee 68
III. Weitere Glücksspielformen 69
1. Spielautomaten 69
2. Klassische Casinospiele 70
3. Online-Casinospiele 70
4. Sonderfall Gewinnspiele im Rundfunk 71
IV. Interessenkonflikte auf staatlicher Seite 72

Zweites Kapitel: Negative Auswirkungen des Glücksspiels 74

A. Pathologische Spielsucht und problematisches Spielverhalten 75
I. Krankheitsbild 75
II. Allgemeine Prävalenz 77
III. Suchtgefahr der verbreitetsten Glücksspielformen 78
1. Kriterien und Überblick 78
2. Spielautomaten 82
3. Sportwetten 83
4. Lotterien 84
5. Internetglücksspiel 86
6. Resümee 89

B. Spielmanipulation und Betrug 89

C. Geldwäsche 94

D. Verstärkung gesellschaftlicher Ungleichheit 96

E. Die spezifischen Risiken von Zweitlotterien 98
I. Spielsucht 98
II. Zahlungsfähigkeit bei hohen Gewinnen 99
III. Kriminalität, Spielmanipulation und Rechtsrisiken 101
IV. Irreführung der Verbraucher 105
V. Rückgang der Lotterieerträge zulasten der Allgemeinheit 106
VI. Zusammenfassende Einordnung 107

Drittes Kapitel: Zweitlotterien im einfachen Verwaltungsrecht – der Glücksspielstaatsvertrag 109

A. Entstehungsgeschichte des Staatsvertrages 109
I. Vorläuferregelungen 109
II. Glücksspielstaatsvertrag 2008 111
III. Erster Glücksspieländerungsstaatsvertrag 2012 113

IV. Der gescheiterte Zweite Glücksspieländerungsstaatsvertrag 2018 116
V. Dritter Glücksspieländerungsstaatsvertrag 2020 117

B. Einordnung der Zweitlotterien nach dem Glücksspielstaatsvertrag 118
I. Fehlende Erlaubnis der zuständigen Landesbehörde 119
II. Keine Erlaubnisfähigkeit von Zweitlotterien 120
III. Verletzung des Internetverbotes 122
IV. Werbeverbot in Fernsehen und Internet 123
V. Ordnungsbehördliches Vorgehen gegen Zweitlotterien 123
VI. Resümee 123

C. Staatsvertrag zur Neuregulierung des Glücksspielwesens in Deutschland 124

Viertes Kapitel: Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht 128

A. Keine glücksspielrechtliche Harmonisierung auf Unionsebene 128

B. Verstoß gegen die Grundfreiheiten 130
I. Betroffene Grundfreiheiten 130
1. Dienstleistungsfreiheit 131
a) Sachlicher Anwendungsbereich 131
b) Personeller Anwendungsbereich 134
2. Niederlassungsfreiheit 134
a) Sachlicher Anwendungsbereich 135
b) Personeller Anwendungsbereich 136
3. Räumlicher Anwendungsbereich 136
4. Resümee 137
II. Eingriff in die Grundfreiheiten 138
1. Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot 138
2. Keine Pflicht zur Anerkennung von Glücksspiellizenzen aus anderen Mitgliedstaaten 140
III. Rechtfertigung 141
1. Öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit 141
2. Zwingende Gründe des Allgemeininteresses 143
a) Für den Glücksspielsektor anerkannte zwingende Gründe 143
b) Regulierungsziele des Glücksspielstaatsvertrages 146
c) Soziokulturelle Präferenzen und die „Besonderheit des Lotteriesektors“ 150
3. Darlegungs- und Beweislast 152

4. Verhältnismäßigkeit 154
a) Maßstab der Geeignetheit 155
(1) Kohärenz als zentrales Kriterium 155
(2) Dimensionen des Kohärenzgebotes 157
(a) Binnenkohärenz und intersektorale Kohärenz 158
(b) Intraföderale und territoriale Kohärenz 162
(c) Strenge des Kohärenzgebotes 165
b) Maßstab der Erforderlichkeit und Angemessenheit 166
c) Verhältnismäßigkeit der deutschen Regulierung 168
(1) Totalverbot des Spielmodells Lotteriewette 168
(a) Anwendbarkeit besonderer Anforderungen für Monopolsysteme 168
(b) Geeignetheit zur Bekämpfung der Spielsucht 171
(aa) Grundsätzliche Förderlichkeit des Totalverbotes 172
(bb) Begrenzung der Lotto-Werbung staatlicher Anbieter 173
(α) Von der Rechtsprechung gezogene Grenzen 173
(β) Einhaltung der Grenzen 177
(cc) Internetangebote der staatlichen Anbieter 183
(dd) Regulierung der Sport- und Pferdewetten 185
(ee) Spielautomatenregulierung 190
(ff) Resümee 197
(c) Geeignetheit zur Bekämpfung von Manipulation und Kriminalität 198
(aa) Das Problem des Risikonachweises 198
(bb) „Besonders hohes Schutzniveau“ durch erhöhtes Steuerungspotential? 201
(cc) Regulatorische Differenzierung innerhalb des Lotteriesektors 206
(dd) Auswirkungen offensiver Spielerwerbung und des privatisierten Vertriebs auf Folge- und Begleitkriminalität 208
(ee) Sportwettenregulierung 209
(ff) Spielautomatenregulierung 211

(gg) Resümee 214
(d) Geeignetheit zum Jugend- und Spielerschutz 215
(e) Folgen weiterer Liberalisierung: Online-Casinos und das Modell Schleswig-Holstein 219
(f) Erforderlichkeit 221
(g) Resümee und Rechtsfolgen 222
(2) Allgemeiner Erlaubnisvorbehalt 225
(a) Keine Monopolakzessorietät 225
(b) Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit 227
(3) Erlaubnisvorbehalt für den Internetvertrieb 229
(4) Anforderungen an die Erteilung einer Internetvertriebserlaubnis 230
(a) Rechtfertigung durch die Bekämpfung von Spielsucht 231
(b) Rechtfertigung durch die Bekämpfung von Manipulation und Kriminalität sowie den Jugend- und allgemeinen Spielerschutz 233
(c) Resümee und Rechtsfolgen 234
(5) Werbeverbot ohne Befreiungsmöglichkeit für Zweitlotterien 234
(6) Resümee 236
5. „Subsidiäre" Erlaubnisverfahren im Lichte der Grundsätze von Transparenz und Rechtssicherheit 236
a) Anforderungen an den Regelungsrahmen 236
b) Möglicher Regelungsrahmen für das allgemeine Erlaubnisverfahren 240
c) Möglicher Regelungsrahmen für das Interneterlaubnisverfahren 242
(1) Analoge Anwendung von § 4 Abs. 4 und 5 GlüStV auf Zweitlotterien 242
(2) Fehlender terrestrischer Vertriebsweg 245
(3) Resümee 247
d) Möglicher Regelungsrahmen für das Erlaubnisverfahren für TV- und Internetwerbung 248
e) Transparenz und Rechtssicherheit der Erlaubnisverfahren 248
(1) Allgemeines Erlaubnisverfahren 248
(2) Interneterlaubnisverfahren 253
(3) Werbeerlaubnisverfahren 254

f) Resümee 255
6. Verstoß gegen die Unternehmerfreiheit gem. Art. 16 GRCh 256
a) Anwendungsbereich 257
b) Einfluss der Europäischen Menschenrechtskonvention 258
c) Eingriff in den Schutzbereich 259
d) Rechtfertigung 260

C. Resümee 262

D. Folgen 263
I. Verpflichtung der Gerichte und Behörden 263
II. Ausmaß der Beschränkung des behördlichen Handlungsspielraums 265

Fünftes Kapitel: Vereinbarkeit mit dem Verfassungsrecht 270

A. Gesetzgebungskompetenz 271

B. Verletzung der Berufsfreiheit 276
I. Schutzbereich 277
1. Sachlicher Schutzbereich 277
2. Personeller Schutzbereich 279
II. Eingriff 282
III. Verfassungsmäßige Rechtfertigung 282
1. Stufenlehre 283
2. Gesetzgeberische Einschätzungsprärogative 286
3. Legitime Eingriffsziele 288
a) Stufendogmatik im Glücksspielbereich 289
b) Anerkannte legitime Eingriffsziele 291
c) Besonderer Stellenwert der Suchtprävention und -bekämpfung 293
d) Regulierungsziele des Glücksspielstaatsvertrags und Gefahrennachweis 298
4. Grundsatz konsistenter und konsequenter Zweckverfolgung 301
a) Dogmatische Einordnung 302
b) Inhalt und Abgrenzung zum Kohärenzgebot 304
c) Beurteilung der staatsvertraglichen Restriktionen 310
(1) Totalverbot des Spielmodells Lotteriewette 310
(2) Erlaubnisvorbehalte und allgemeines Erlaubnisverfahren 313

(3) Fehlende Erlaubnisfähigkeit des Internetvertriebs und der Online-/TV-Werbung 313
(4) Resümee 314
5. Verhältnismäßigkeit 314
a) Totalverbot des Spielmodells Lotteriewette 315
b) Erlaubnisvorbehalte und allgemeines Erlaubnisverfahren 319
c) Beschränkungen des Internetvertriebs und der Online-/TV-Werbung 319
6. Bestimmtheitsgebot 321
IV. Resümee 323
C. Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes 323
I. Grundsätzliches 323
II. Ungleichbehandlung im Vergleich zu den Großen Primärlotterien 326
III. Ungleichbehandlung im Vergleich zu Sportwetten 327
IV. Ungleichbehandlung im Vergleich zu Spielautomaten und Online-Casinos 328
V. Resümee 331
D. Folgen 331
I. Verfassungsgerichtliches Normverwerfungsmonopol 331
II. Nichtigkeits- oder Unvereinbarkeitserklärung 333

Sechstes Kapitel: Abschließende Betrachtung 338

A. Zusammenfassung 338
I. Der Glücksspielbegriff 338
II. Zweitlotterien im Gefüge des Glücksspielstaatsvertrags 338
III. Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht 339
IV. Vereinbarkeit mit dem Verfassungsrecht 341
V. Intersektorale Kohärenz und Konsequenz 343
VI. Folgen der Verstöße gegen Unions- und Verfassungsrecht 344
B. Bewertung und Ausblick 345

Literaturverzeichnis 351

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
abgedr.	abgedruckt
ABl.	Amtsblatt
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Amtsgericht, Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGGlüStV Bay	[Bayerisches] Gesetz zur Ausführung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland
AG GlüStV Bln	[Berliner] Ausführungsgesetz zum Glücksspielstaatsvertrag
AG GlüStV NRW	Gesetz zur Ausführung des Glücksspielstaatsvertrages (Ausführungsgesetz NRW Glücksspielstaatsvertrag)
AG GlüStV Saar	Saarländisches Gesetz zur Ausführung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland
ähnl.	ähnlich
allg.	allgemein
Anm.	Anmerkung
Anschl.	Anschluss
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
ausf.	ausführlich
Bay	Bayern, bayerisch
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
Bbg	Brandenburg
BbgSpielhG	Brandenburgisches Spielhallengesetz
Bd., Bde.	Band, Bände
BeckRS	Beck'sche Rechtsprechungssammlung
Begr.	Begründer
Beschl.	Beschluss
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BFH/NV	Sammlung der Entscheidungen des Bundesfinanzhofs (die nicht in der amtlichen Sammlung BFHE veröffentlicht werden)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch

BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Bln	Berlin
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BremGlüG	Bremisches Glücksspielgesetz
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BV	Verfassung des Freistaates Bayern
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz)
BVerfGK	Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BW	Baden-Württemberg, baden-württembergisch
BZgA	Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
d.h.	das heißt
d.Verf.	der Verfasser dieser Dissertation
DDR	Deutsche Demokratische Republik
ders.	derselbe
DHS	Deutsche Hauptstelle für Suchtfragen
dies.	dieselbe(n)
DKLB-G	Gesetz über die Deutsche Klassenlotterie Berlin und die Stiftung Deutsche Klassenlotterie Berlin
DLTB	Deutscher Lotto- und Totoblock
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
Dritter GlüÄndStV	Dritter Staatsvertrag zur Änderung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland (Dritter Glücksspieländerungsstaatsvertrag)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
e.V.	eingetragener Verein
E	Entscheidung
E.	Erkenntnis
ebda.	ebenda
ECLI	European Case Law Identifier (europäischer Rechtsprechungsidentifikator)

Ed.	Edition
EFG	Entscheidungen der Finanzgerichte
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation (European Free Trade Association)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Einf.	Einführung
EL	Ergänzungslieferung
EMRK	Konvention zum Schutz der Menschenrechte und der Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention)
endg.	endgültig
engl.	englisch
Erster GlüÄndStV	Erster Staatsvertrag zur Änderung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland (Erster Glücksspieländerungsstaatsvertrag)
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
Europol	Europäisches Polizeiamt
EUV	Vertrag über die Europäische Union in der Fassung des Vertrags von Lissabon
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
f., ff.	folgende(r)
FAZ.NET	Internetportal der Frankfurter Allgemeinen Zeitung
FBI	Federal Bureau of Investigation (USA)
FDP	Freie Demokratische Partei
FG	Finanzgericht
Fn.	Fußnote
FS Tilman Becker	Andrea Wöhr/Marius Wuketich (Hrsg.), Multidisziplinäre Betrachtung des vielschichtigen Phänomens Glücksspiel – Festschrift zu Ehren des 65. Geburtstags von Prof. Dr. Tilman Becker, 2019
GA	Generalanwalt am Europäischen Gerichtshof
gem.	gemäß
GewArch.	Gewerbearchiv
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
ggü.	gegenüber
GKL	Gemeinsame Klassenlotterie der Länder
GlüÄndStV	Glücksspieländerungsstaatsvertrag
GlüG SH	[Schleswig-holsteinisches] Gesetz zur Neuordnung des Glücksspiels (Glücksspielgesetz)

GlüNeuRStV-E	Entwurf des Staatsvertrags zur Neuregulierung des Glücksspielwesens in Deutschland (Glücksspielneuregulierungsstaatsvertrag) in der Fassung vom 17./18.1.2020
GlüStV	Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland (Glücksspielstaatsvertrag) vom 15.12.2011
GlüStV 2008	Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland (Glücksspielstaatsvertrag) vom 30.1.2007
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbH & Co. KG	Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Compagnie Kommanditgesellschaft
GmbH & Co. OHG	Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Compagnie offene Handelsgesellschaft
GVOBl. SH	Gesetz- und Verordnungsblatt für Schleswig-Holstein
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
grds.	grundsätzlich
Grüne	Bündnis 90/Die Grünen
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Rechtsprechungs-Report
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GwG	Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (Geldwäschegesetz)
h.M.	herrschende Meinung
HAZ.de	Internetportal der Hannoverschen Allgemeinen Zeitung
hess.	hessisch
HGlüG	Hessisches Glücksspielgesetz
HmbGlüÄndStVAG	Hamburgisches Gesetz zur Ausführung des Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrages (Hamburgisches Glücksspieländerungsstaatsvertrags-Ausführungsgesetz)
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i.Erg.	im Ergebnis
i.O.	im Original
i.S.	im Sinne
i.S.d.	im Sinne des/der
i.S.v.	im Sinne von
i.Ü.	im Übrigen
i.V.m.	in Verbindung mit
ICD-10-WHO	Internationale statistische Klassifikation der Krankheiten und verwandter Gesundheitsprobleme – Ausgabe der WHO [Weltgesundheitsorganisation], 10. Revision
ILS	Insurance-linked security (Versicherungsverbriefung)
insbes.	insbesondere

insges.	insgesamt
ITRB	IT-Rechtsberater
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
K&R	Kommunikation & Recht
Kap.	Kapitel
KG	Kommanditgesellschaft
KZfSS	Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie
KOM	Europäische Kommission
krit.	kritisch
LG	Landgericht
LGlüG BW	Landesglücksspielgesetz [Baden-Württemberg]
LGlüG RP	Landesgesetz zu dem Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag und dem Staatsvertrag über die Gründung der GKL Gemeinsame Klassenlotterie der Länder (Landesglücksspielgesetz) [Rheinland-Pfalz]
lit.	littera (Buchstabe)
LottStV	Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland (Lotteriestaatsvertrag)
LSA	[Land] Sachsen-Anhalt
LT-Drs.	Landtagsdrucksache
m.	mit
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
mind.	mindestens
Mio.	Million(en)
Mitt.	Mitteilung
MMR	MultiMedia und Recht
MMR-Aktuell	Newsletter zur Zeitschrift MultiMedia und Recht
Mrd.	Milliarde(n)
n.v.	nicht veröffentlicht
Nds.	Niedersachsen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NKL	Nordwestdeutsche Klassenlotterie
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen

NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Rechtsprechungsreport
NWVBl.	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
RennwLottG	Rennwett- und Lotteriegesetz
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RP	Rheinland-Pfalz
Rspr.	Rechtsprechung
RStV	Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien (Rundfunkstaatsvertrag)
S.	Seite, Satz
SH	Schleswig-Holstein
SKL	Süddeutsche Klassenlotterie
Slg.	Sammlung
sog.	sogenannt(e/er)
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
SpielhG Bln	Gesetz zur Regelung des Rechts der Spielhallen im Land Berlin (Spielhallengesetz Berlin)
SpielV	Verordnung über Spielgeräte und andere Spiele mit Gewinnmöglichkeit (Spielverordnung)
SpielV 2006	SpielV in der Fassung der Fünften Verordnung zur Änderung der Spielverordnung vom 17.12.2005
st.Rspr.	ständige Rechtsprechung
StGB	Strafgesetzbuch
sueddeutsche.de	Internetportal der Süddeutschen Zeitung
Thür	Thüringen, Thüringer
ThürGlüG	Thüringer Glücksspielgesetz
TKG	Telekommunikationsgesetz
u.a.	und andere, unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
umstr.	Umstritten
UR	Umsatzsteuer-Rundschau
Urt.	Urteil

USA	United States of America (Vereinigte Staaten von Amerika)
UStG	Umsatzsteuergesetz
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	vom, von
v.a.	vor allem
Var.	Variante
VerfGHE	Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs und des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, Teil 2: Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs
VfGH	[Österreichischer] Verfassungsgerichtshof
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung(en)
VwGH	[Österreichischer] Verwaltungsgerichtshof
Werbe-RL	Werberichtlinie gem. § 5 Abs. 4 S. 1 GlüStV
WestLotto	Westdeutsche Lotterie GmbH & Co. OHG
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
ZfWG	Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
zit.	zitiert
zust.	zustimmend
Zweiter GlüÄndStV	Zweiter Staatsvertrag zur Änderung des Glücksspielstaatsvertrages (Zweiter Glücksspieländerungsstaatsvertrag)

Einleitung

„Beim digitalen Glücksspiel herrschen in Deutschland die reinsten Wildwestbedingungen“[1], schimpfte im März 2019 die damalige Bundesdrogenbeauftragte. „Nichts ist geregelt. Es gibt keinen Jugendschutz, keinen Spielerschutz und auch keine Rechtssicherheit für die Spieler.“ Dabei existieren hierzulande sehr wohl gesetzliche Regelungen für den digitalen Glücksspielbereich. Allein finden sie in der Praxis oft wenig Beachtung, vor allem wegen massiver Vollzugsdefizite, aber nicht zuletzt auch wegen anbieterseitig gerne aufgegriffener Zweifel an der umfassenden Vereinbarkeit der Vorschriften mit Verfassungs- und Unionsrecht. Vor diesem Hintergrund ist der Unmut der Drogenbeauftragten genauso verständlich wie Stimmen aus der Literatur, die der hiesigen Glücksspielpolitik den Vorwurf einer „regulatorischen Bankrotterklärung“[2] machen.

Bei dem deutschen Glücksspielrecht handelt es sich um eine äußerst dynamische Materie, in der vielfältige konfligierende Interessen aufeinandertreffen. Die erhebliche wirtschaftliche Bedeutung dieses Sektors zieht harte Konkurrenzkämpfe zwischen privaten und staatlichen Anbietern nach sich, die oft auch auf dem Rechtswege ausgefochten werden. Maßgebliche Anteilseigner der gewinnträchtigen deutschen Lotteriegesellschaften sind die Länder, denen gleichzeitig auf diesem Feld weitgehend die Gesetzgebungskompetenz zusteht. Andererseits ist der Staat durch die Grundrechte nicht nur verpflichtet, die unternehmerische Freiheit privater Anbieter nicht über das zulässige Maß hinaus zu beschränken, sondern auch einen ausreichenden Schutz seiner Bürger vor Kriminalität und Spielsucht sicherzustellen. Die gesetzgeberische Tätigkeit auf diesem Gebiet gleicht daher oftmals einer Gratwanderung und an den dabei gewählten regulatorischen Instrumenten, etwa der Monopolstellung staatlicher Anbieter, entzünden sich fortlaufend heftige Auseinandersetzungen.

---

1 *N. N.*, Mortler: „Wildwest“ bei Glücksspiel im Netz beenden, Zeit Online, 21.3.2019, www.zeit.de/news/2019-03/21/mortler-wildwest-bei-gluecksspiel-im-netz-beenden-190321-99-476330 (5.2.2020).

2 So *R. Reichert*, Der Glücksspielstaatsvertrag als Werkzeug des Spielerschutzes, in: A. Wöhr/M. Wuketich (Hrsg.), FS Tilman Becker, 2019, S. 287 (313).

Im Wesentlichen stehen sich dabei zwei tief zerstrittene Lager gegenüber[3]: Auf der einen Seite die Befürworter einer starken lenkenden Hand des Staates, dessen bestimmenden Einfluss sie als unentbehrlich für die effektive Bekämpfung der Gefahren eines ansonsten ausufernden Glücksspiels verteidigen, und auf der anderen Seite die Fürsprecher der privaten Glücksspielunternehmen, welche dieses Gefahrenpotential für überschätzt und finanzielle Eigeninteressen des Staates für den einzig wahren Grund einer ihrer Ansicht nach ungerechtfertigten „Gängelungspolitik" halten. Der Graben zwischen diesen beiden Lagern zieht sich nicht nur quer durch wirtschaftliche Interessenvertretungen und Politik, sondern tritt auch in zahlreichen Gerichtsverfahren und der rechtswissenschaftlichen Literatur immer wieder eindrücklich zu Tage. In einschlägigen Fachpublikationen – die sich nicht selten aus von einem der Lager in Auftrag gegebenen Rechtsgutachten oder der anwaltlichen Beratungspraxis speisen – wird mitunter in so energischer Weise Position bezogen, dass es zwar kurzweilig zu lesen ist, die ausgewogene Würdigung von Für und Wider aber in den Hintergrund tritt.

Neben die widerstreitenden Interessen tritt eine dem föderalen Staatsaufbau geschuldete Zersplitterung der Gesetzgebungskompetenzen auf 16 Länder sowie den Bund. Dieser Umstand ist der Entwicklung eines konsequenten und effektiven Regelungskonzepts für das hiesige Glücksspiel bisher wenig förderlich gewesen und offenbart mit seinem regionalen Ansatz, insbesondere im Hinblick auf deutschlandweit abrufbare Online-Angebote, eklatante Schwächen. Zwar haben sich die Länder in der Vergangenheit um ein einheitliches Vorgehen bemüht und wiederholt durch entsprechende Staatsverträge gemeinsame Vorschriften geschaffen. Wie problematisch dieser übergreifenden Konsens voraussetzende Weg ist, zeigt sich indes daran, dass schon die abweichende Position nur eines von 16 Ländern mühsam ausgehandelte Kompromisse nachhaltig in Frage stellen kann[4].

All diesen Umständen ist Rechnung zu tragen, wenn sich diese Arbeit der rechtlichen Einordnung der sog. Zweitlotterien, auch allgemeiner als Lotteriewetten bezeichnet, zuwendet. Bei diesem Spiel werden in der Regel bei privaten Anbietern Wetten auf den Ausgang von staatlich organisierten Lotterien abgegeben, ohne dass an diesen direkt teilgenommen wird. Schon der Begriff der Zweitlotterie ist im Hinblick auf die damit

---

3 Vgl. *S. Korte*, ZfWG 2018, 507 (507), der einen „Lagerkampf […] an allen Fronten" sieht.

4 Der liberale schleswig-holsteinische Sonderweg ist eine von vielen Besonderheiten der deutschen Glücksspielregulierung, dazu genauer unten 3. Kap. A.III.

scheinbar einhergehende Qualifizierung als Lotterie umstritten, noch mehr allerdings die weitere juristische Bewertung und ihre Konsequenzen.

In den letzten Jahren sind Behörden vermehrt gegen Veranstalter und Vermittler solcher Zweitlotterien sowie ihre Werbepartner vorgegangen und haben entsprechende Verfahren die Verwaltungsgerichte beschäftigt. In diesen spielte auch die umstrittene Frage der Vereinbarkeit des eindeutigen einfachen Rechts mit Verfassungs- und Unionsrecht eine wesentliche Rolle. Auf dem Gebiet des Glücksspielrechts haben die Landesgesetzgeber im Hinblick auf das einstige staatliche Sportwettenmonopol in der Vergangenheit immerhin bereits empfindliche Niederlagen vor dem Bundesverfassungs- und Bundesverwaltungsgericht sowie dem Europäischen Gerichtshof hinnehmen müssen. Daher wird auch der Fokus dieser Arbeit auf der Vereinbarkeit der gesetzlichen Regelungen mit Unions- und Verfassungsrecht liegen. Welche Folgen ein Verstoß hiergegen im konkreten Fall zeitigt, ist dann die ebenfalls zu beantwortende Anschlussfrage.

Nicht nur im Verwaltungsrecht, sondern auch in anderen Rechtsgebieten wirft das Aufkommen der Zweitlotterien Fragen auf, etwa nach der Strafbarkeit der Veranstaltung oder der zivilrechtlichen Verbindlichkeit der Spielverträge. Vielfach weisen die maßgeblichen Vorschriften verwaltungsrechtsakzessorische Tatbestandsmerkmale auf, so dass die öffentlichrechtliche Zulässigkeit von Lotteriewetten für die Antwortfindung mitentscheidend ist[5]. Die auf ordnungsrechtlichem Gebiet gefundenen Ergebnisse können daher auch in andere Rechtsgebiete hineinwirken und entfalten hierdurch eine weitergehende Relevanz. Solche rechtsgebietsübergreifenden Auswirkungen sind aber nicht mehr Gegenstand dieser Dissertation; deren Schwerpunkt liegt auf dem bereits hinreichend problemträchtigen Zusammenspiel von Glücksspielstaatsvertrag, Unions- und Verfassungsrecht.

Der Aufbau dieser Arbeit folgt der Notwendigkeit, zunächst die Grundlagen des Glücksspiels in Deutschland darzustellen: seine Definition, Erscheinungsformen und Gefahren. Ausgehend hiervon wird sich dann vertieft mit dem eigentlichen Untersuchungsgegenstand, der Zweitlotterie, auseinandergesetzt. Nach der Betrachtung des einfachen Rechts weitet sich

---

5 Vgl. z.B. § 284 Abs. 1 StGB („Wer ohne behördliche Erlaubnis öffentlich ein Glücksspiel veranstaltet oder hält oder die Einrichtungen hierzu bereitstellt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“) oder § 763 S. 1 BGB („Ein Lotterievertrag oder ein Ausspielvertrag ist verbindlich, wenn die Lotterie oder die Ausspielung staatlich genehmigt ist.“).

der Fokus auf die unions- und verfassungsrechtliche Ebene. Dabei werden auch die Konsequenzen der gefundenen Ergebnisse aufgezeigt.

Erstes Kapitel: Glücksspiel in Deutschland – Begriff und Ausprägungen

A. Definition des Glücksspiels

Glücksspiel und Recht passen nur schlecht zueinander, das schien zumindest Generalanwalt *Ruiz-Jarabo Colomer* in einem Glücksspiele – auf Spanisch *juegos de azar* – betreffenden Verfahren am Europäischen Gerichtshof zum Ausdruck bringen zu wollen: „Es ist wirklich nichts weiter von dem Begriff ‚Recht' entfernt als der Begriff ‚azar' (blinder Zufall), denn er hat seinen Ursprung weder im menschlichen Willen noch in allgemeinen Überzeugungen; er agiert auch nicht auf willentliche, sondern auf launische und willkürliche Art und Weise."[1] Das befreit indes nicht von der Notwendigkeit, auch in diesem Lebensbereich mit möglichst präzisen juristischen Definitionen arbeiten zu können.

Der Begriff „Glücksspiel" als zusammengesetztes Wort zeigt bereits, dass es sich hierbei um eine Unterart des Spiels handelt; eine Unterart, bei dem der entscheidende Gewinnfaktor das Glück ist, nach allgemeinem Sprachgebrauch also „eine günstige Fügung des Schicksals"[2]. Eine grundlegende verwaltungsrechtliche Legaldefinition enthält § 3 Abs. 1 S. 1 und 2 des Glücksspielstaatsvertrages der Länder (GlüStV):

> „Ein Glücksspiel liegt vor, wenn im Rahmen eines Spiels für den Erwerb einer Gewinnchance ein Entgelt verlangt wird und die Entscheidung über den Gewinn ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt. Die Entscheidung über den Gewinn hängt in jedem Fall vom Zufall ab, wenn dafür der ungewisse Eintritt oder Ausgang zukünftiger Ereignisse maßgeblich ist."

---

1 Schlussanträge GA *Ruiz-Jarabo Colomer*, Slg. 2010, I-1894, Rn. 92 – *Placanica*.

2 Dudenredaktion (Hrsg.), Duden. Das Bedeutungswörterbuch, 4. Aufl. 2010, S. 449, Stichwort „Glück".

I. Strafrechtlicher Begriff

Dieses verwaltungsrechtliche Begriffsverständnis lässt sich möglicherweise mit Blick auf das Strafrecht weiter schärfen, an das sich die Definitionen des Glücksspielstaatsvertrages auch an anderer Stelle anlehnen[3]. Das „Glücksspiel" hat eine lang zurückreichende juristische Tradition als strafrechtliches Tatbestandsmerkmal und war bereits Teil der §§ 284 f. des Reichsstrafgesetzbuches in der Fassung von 1871[4]. Die genaue Ausgestaltung und Reichweite der zum Glücksspielstrafrecht gehörenden Delikte hat sich im Laufe der Jahrzehnte zwar verändert, jedoch stellen auch heute noch die §§ 284 f. StGB die Veranstaltung eines unerlaubten Glücksspiels sowie die Beteiligung daran unter Strafe. Eine Legaldefinition des Glücksspiels hat das Strafgesetzbuch weder zur Kaiserzeit noch danach jemals enthalten, so dass die Konkretisierung des Begriffs Rechtsprechung und Literatur zufiel. Nach dort allgemein anerkannter Ansicht handelt es sich bei Glücksspiel um ein Spiel, bei dem die Entscheidung über Gewinn und Verlust nicht wesentlich von den Fähigkeiten, den Kenntnissen und der Aufmerksamkeit der Spieler, sondern ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt[5]. Erforderlich ist dabei die Leistung eines nicht völlig unerheblichen vermögenswerten *Einsatzes*, der in der Hoffnung auf den Gewinn und mit dem Risiko des Verlustes erbracht wird[6]. Hierdurch und durch die Aussicht auf einen in geldwerter Hinsicht zumindest nicht ganz unbedeutenden Gewinn unterscheidet sich das Glücks- vom bloßen Unterhaltungsspiel[7].

Streitig ist, ob maßgebend für die Beachtlichkeit von Einsatz und Gewinn die persönlichen Verhältnisse der jeweiligen Spieler oder absolute

---

3 Siehe die Erläuterungen zum LottStV, LT-Drs. HE 16/2051, 26 zu der Definition des „öffentlichen" Glücksspiels, auf die in den Erläuterungen zum GlüStV 2008, LT-Drs. NRW 14/4849, Anlage „Staatsvertrag", 33 verwiesen wird.

4 RGBl. 1871, 127.

5 BGHSt 2, 274 (276); 34, 171 (175); BGH NStZ 2003, 372 (373) in Fortsetzung der RG-Rspr., siehe etwa RGSt 6, 70 (74); 41, 218 (221); 41, 331 (332); 43, 155 (157); 62, 163 (165 f.); *K. Gaede*, in: U. Kindhäuser/U. Neumann/U. Paeffgen (Hrsg.), StGB, Bd. III, 5. Aufl. 2017, § 284 Rn. 7; *M. Heger*, in: K. Lackner/K. Kühl (Hrsg.), StGB, 29. Aufl. 2018, § 284 Rn. 2; *T. Fischer*, StGB mit Nebengesetzen, 67. Aufl. 2020, § 284 Rn. 4; *O. Hohmann*, in: W. Joecks/K. Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Bd. V, 3. Aufl. 2019, § 284 Rn. 8.

6 BGHSt 34, 171 (176 f.); BayObLG NJW 1990, 1862 (1863); OLG München BeckRS 2009, 22749; *Heger* (Fn. 5) § 284 Rn. 2; *Fischer* (Fn. 5), § 284 Rn. 4 bis 5.

7 *C. Putzke*, in: F. Becker/J. Hilf/N. Nolte/D. Uwer (Hrsg.), Glücksspielregulierung, 2017, § 284 StGB Rn. 9 ff.; *Hohmann* (Fn. 5), § 284 Rn. 11.

Werte sein sollen. Bei öffentlich zugänglichen Glücksspielen kann dies dahinstehen, da hier jedermann teilnehmen kann und somit notwendigerweise stets ein an den allgemeinen gesellschaftlichen Anschauungen ausgerichteter absoluter Maßstab angelegt werden muss[8]. Bei Spielen mit effektiv begrenztem Teilnehmerkreis wird hingegen vielfach vertreten, dass hier einzig die individuellen Vermögensverhältnisse der Spieler entscheidend sein sollen[9] – was allerdings im Ergebnis zu einer strafrechtlichen Privilegierung von Wohlhabenden führen würde[10]. Unter dem Gesichtspunkt der Rechtsklarheit und der Gleichheit vor dem Gesetz ist daher ein genereller absoluter Maßstab vorzugswürdig[11].

Aber auch über die genaue Erheblichkeitsschwelle für die Einsatzhöhe besteht in Rechtsprechung und Literatur keine Einigkeit. Das Meinungsspektrum bewegt sich dabei hauptsächlich in einem Rahmen von 50 Cent bis 50 Euro, wobei sich die Rechtsprechung eher am unteren Ende der Skala orientiert[12]. Der Bundesgerichtshof richtet sich in einer neueren Entscheidung in Anlehnung an Stimmen aus der Literatur nach den Kosten für alternative Unterhaltungsveranstaltungen[13]. Bezug nehmen die Richter dabei unter anderem auf *Gaede*, der ein Glücksspiel dann als gegeben ansieht, wenn bei einer Spieldauer von anderthalb bis zwei Stunden ein Einsatz notwendig wäre, der den gewöhnlichen Eintrittspreis für einen Kinobesuch von maximal 10 Euro übertrifft[14]. Der Bundesgerichtshof verändert diesen Maßstab etwas und ist der Ansicht, dass „derzeit ein möglicher Verlust von mehr als 10 Euro in der Stunde auf ein Glücksspiel hindeuten [dürfte]“[15].

---

8 BGH NStZ 2018, 335 (336) m. Anm. *B. Berberich*; OLG Köln NJW 1957, 721 (721); *G. Heine/B. Hecker*, in: A. Schönke (Begr.)/H. Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 284 Rn. 8; *Gaede* (Fn. 5), § 284 Rn. 13.

9 So BayObLGSt 1956, 217 (217 f.); *Heine/Hecker* (Fn. 8), § 284 Rn. 8; *Gaede* (Fn. 5), § 284 Rn. 13.

10 Prägnant *L. Mintas*, Glücksspiele im Internet, 2009, S. 58: „Klassenstrafrecht“.

11 Für einen solchen schon RGSt 6, 70 (74); 18, 342 (343 f.); 19, 253 (254) und in neuerer Zeit etwa *W. Hambach/M. Liesching*, in: R. Streinz/M. Liesching/W. Hambach (Hrsg.), Glücks- und Gewinnspielrecht in den Medien, 2014, § 284 StGB Rn. 35; *Hohmann* (Fn. 5), § 284 Rn. 12; *Mintas*, Glücksspiele (Fn. 10), S. 56 ff.; *T. Rotsch/M. Heissler*, ZIS 2010, 403 (411).

12 Vgl. für einen Überblick *Heine/Hecker* (Fn. 8), § 284 Rn. 8 und *Gaede* (Fn. 5), § 284 Rn. 13 m. Fn. 69.

13 BGH NStZ 2018, 335 (336) m. Anm. *B. Berberich*; vgl. auch die dort in Bezug Genommenen *Heine/Hecker* (Fn. 8), § 284 Rn. 8; *Gaede* (Fn. 5), § 284 Rn. 13; *Hohmann* (Fn. 5), § 284 Rn. 12.

14 *Gaede* (Fn. 5), § 284 Rn. 13; zust. *Heine/Hecker* (Fn. 8), § 284 Rn. 8.

15 BGH NStZ 2018, 335 (336) m. Anm. *B. Berberich*.

In jedem Fall strafrechtlich irrelevant sind Aufwendungen für das übliche Brief-/Postkartenporto oder sich in einem vergleichbaren Kostenrahmen bewegende Telefongebühren[16]. Diese Wertung kommt auch in § 8a RStV zum Ausdruck, demzufolge Gewinnspiele im Rundfunk mit einem Teilnahmeentgelt von bis zu 50 Cent gestattet sind[17].

II. Identität mit verwaltungsrechtlichem Begriff?

Eine solche Bagatellgrenze, wie sie im Strafrecht anerkannt ist, lässt sich der oben aufgeführten Legaldefinition des Glücksspiels in § 3 Abs. 1 S. 1 und 2 GlüStV nicht explizit entnehmen; dort ist einzig von einem „Entgelt" für den Erwerb einer Gewinnchance die Rede. Dementsprechend entzündet sich an dem Begriffspaar „*Entgelt*" einerseits und dem eine nicht ganz unerhebliche Höhe voraussetzenden „*Einsatz*" andererseits regelmäßig die Diskussion um ein einheitliches Begriffsverständnis von „Glücksspiel" im Straf- und Verwaltungsrecht.

1. Gesetzesmaterialien sowie Positionen von Literatur und Rechtsprechung

Die tradierte strafrechtliche Definition muss den Verfassern des § 3 Abs. 1 LottStV von 2004, der wortgleichen Vorgängerregelung des § 3 Abs. 1 S. 1 und 2 GlüStV, bekannt gewesen sein. Trotzdem wurde auf die explizite Nennung einer Bagatellgrenze verzichtet. In den Erläuterungen zum GlüStV 2008 wird lediglich erwähnt, dass ein Glücksspiel nicht vorliege, wenn kein Entgelt verlangt wird, und dass ein Entgeltverlangen nicht bestehe, wenn neben einer entgeltlichen auch eine gleichwertige unentgeltliche Teilnahmemöglichkeit gegeben ist[18]. Wenngleich hieraus zum Teil der Umkehrschluss gezogen wird, ein „Entgelt" im Sinne des GlüStV liege be-

---

16 LG Freiburg MMR 2005, 548; *Heine/Hecker* (Fn. 8), § 284 Rn. 8; *Putzke* (Fn. 7), § 284 StGB Rn. 11; *Fischer* (Fn. 5), § 284 Rn. 5a; losgelöst vom Strafrecht auch BGH GRUR 2012, 193 (200).

17 Die Vorschrift gilt über § 58 Abs. 4 RStV entsprechend für Gewinnspiele in vergleichbaren, an die Allgemeinheit gerichteten Telemedien, wie z.B. für Internetportale mit allgemein zugänglichen Informations- und Unterhaltungsangeboten, vgl. BGH GRUR 2012, 193 (199); *S. Bolay*, MMR 2009, 669 (673).

18 Erläuterungen zum GlüStV 2008, LT-Drs. NRW 14/4849, Anlage „Staatsvertrag", 33. Aussagekräftiger war die Begründung zum Entwurf des GlüG SH, LT-Drs. SH

reits bei jedem Vermögenswert über null vor[19], ist dieser keineswegs logisch zwingend. Auch sonstige Entstehungsgeschichte und Gesetzesmaterialien bieten keinen belastbaren Anhaltspunkt dafür, dass die Landesgesetzgeber einen vom Strafrecht abweichenden, weiteren Glücksspielbegriff einführen wollten[20]. Angesichts dieser Unklarheiten gab und gibt es in der Literatur starke Stimmen sowohl für als auch gegen die Annahme eines einheitlichen Glücksspielbegriffs[21].

Der Bundesgerichtshof hat in einem Urteil vom 28. September 2011 zu Online-Poker entschieden, dass Teilnahmeentgelte von bis zu 0,50 € glücksspielrechtlich unerheblich seien und „eindeutig" nicht dem Glücksspielstaatsvertrag unterfielen[22]. Das entspreche den gewöhnlichen Portokosten, wie sie auch für die Teilnahme an herkömmlichen Gewinnspielen im Einzelhandel aufgewendet werden müssten, bei denen die Gewinner aus den Einsendern der richtigen Antwort ausgelost werden.

Die oberverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zum Verhältnis des ordnungs- und strafrechtlichen Glücksspielbegriffs ist lange uneinheitlich geblieben[23]. Das Bundesverwaltungsgericht vertrat in seinem „*Super Manager*"-Urteil aus dem Jahr 2013 schließlich die Ansicht, das Tatbestands-

---

17/1100, 44: Geregelt werde das Spiel mit nicht unerheblichen Geldeinsätzen, das bei einem Einsatz von mehr als 0,50 Euro für ein Spiel vorliege.

19 So VGH München ZfWG 2011, 416 (418); *M. Benert/M. Reeckmann*, ZfWG 2013, 23 (24, 31).

20 Vgl. Erläuterungen zum GlüStV 2008, LT-Drs. NRW 14/4849, Anlage „Staatsvertrag", 33; vgl. auch OVG Münster ZfWG 2008, 204 (205); OVG Koblenz ZfWG 2009, 413 (415 ff.); *S. Bolay/A. Pfütze*, in: Streinz/Liesching/Hambach, Glücks- und GewinnspielR (Fn. 11), § 3 GlüStV Rn. 9; a.A. VGH München ZfWG 2011, 416 (418), der aus den Erläuterungen zur „Öffentlichkeit" von Glücksspiel Rückschlüsse auf die Glücksspiel-Definition selbst zieht.

21 Dafür etwa *Bolay/Pfütze* (Fn. 20), § 3 GlüStV Rn. 5 ff.; *H. Köhler*, in: ders./J. Bornkamm/J. Feddersen, UWG, 38. Aufl. 2020, § 3a Rn. 1.244; *S.R. Fuchs*, Das neue Glücksspielrecht unter besonderer Berücksichtigung von Online-Glücksspielen, 2017, S. 13; *A. Lober/C. Neumüller*, MMR 2010, 295 (297); *T. Kruis*, NVwZ 2012, 797 ff.; *T. Dünchheim*, ZfWG 2018, 502 (503); dagegen etwa *J. Dietlein/F. Hüsken*, in: J. Dietlein/M. Hecker/M. Ruttig (Hrsg.), Glücksspielrecht, 2. Aufl. 2013, § 3 GlüStV Rn. 5 ff.; *N. Nolte*, in: Becker/Hilf/Nolte/Uwer, GlücksspielReg (Fn. 7), § 3 GlüStV Rn. 11; *U. Palm/B. Gaibler*, Wetten auf die Ziehungsergebnisse staatlich erlaubter Lotterien: „Zweitlotterien" oder „Schwarzes Glücksspiel"?, in: A. Wöhr/M. Wuketich (Hrsg.), FS Tilman Becker, 2019, S. 251 (258 f.); *M. Pagenkopf*, NJW 2012, 2918 (2919); *M. Benert/M. Reeckmann*, ZfWG 2013, 23 (30 f.).

22 BGH GRUR 2012, 193 ff.; krit. *M. Benert/M. Reeckmann*, ZfWG 2013, 23 (30 f.).

23 Für ein einheitliches Begriffsverständnis OVG Münster ZfWG 2008, 204 (205); OVG Bln-Bbg ZfWG 2009, 190 (191); OVG Koblenz ZfWG 2009, 413 (415 ff.); vgl. auch VGH Mannheim ZfWG 2012, 279 (281 ff.); dagegen VGH München

merkmal des Entgelts im Sinne des § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV dürfe nicht weiter ausgelegt werden als der Begriff des Einsatzes, der Bestandteil der Definition des Glücksspiels im Sinne des § 284 StGB sei[24]. In einer wenige Monate später ergangenen Entscheidung heißt es dann sogar noch allgemeiner, dass der landesrechtliche Glücksspielbegriff nicht weiter sein dürfe als derjenige des § 284 StGB[25].

In der Sache lässt sich durchaus argumentieren, dass der präventiven (vgl. § 1 GlüStV) ordnungsrechtlichen Glücksspielregulierung ein weiterer Anwendungsbereich zukommen sollte als dem repressiven Strafrecht mit seiner Ultima-Ratio-Funktion und dass das Fehlen einer Geringfügigkeitsschwelle im Gefahrenabwehrrecht daher keinen logischen Bruch darstelle[26]. Allerdings muss dem entgegengehalten werden, dass auch das im weiteren Verlauf dieser Arbeit noch darzustellende, zumindest in Teilen recht restriktive Regime des GlüStV unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit ein *substantielles* tatsächliches Gefährdungspotential des Regulierungsgegenstandes erfordert[27].

Im Ergebnis wenig aufschlussreich ist auch der Rekurs auf die Regelung des § 8a i.V.m. § 58 Abs. 4 RStV, die Gewinnspiele mit einem Teilnahmeentgelt von bis zu 50 Cent in Rundfunk und vergleichbaren Telemedien, vor allem im Internet, für zulässig erklärt[28]. In einer Vorentwurfsfassung des 10. Rundfunkänderungsstaatsvertrags zur Erläuterung dieser Bestimmung war noch der Satz vorgesehen: „Ein Glücksspiel im Sinne des Glücksspielstaatsvertrages ist bei diesen Sendungen zu verneinen, da ein Entgelt von höchstens 0,50 Euro einschließlich gesetzlicher Mehrwertsteu-

---

ZfWG 2011, 416 (417 ff.); ZfWG 2012, 189 (190 f.); ZfWG 2012, 195 (197); vgl. auch VGH Kassel MMR 2011, 849 (849 f.) m. Anm. *M. Liesching*.

24 BVerwGE 148, 146 (153, Rn. 24).

25 BVerwG NJW 2014, 2299 (2300); vgl. auch BVerwG NJW 2014, 3175 (3175), laut dem der Gerichtssenat daran festhalte, dass „sich jedenfalls das Tatbestandsmerkmal des ‚Entgelts für den Erwerb einer Gewinnchance' gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV mit dem des ‚Einsatzes' für ein Glücksspiel im Sinne des § 284 StGB insoweit deckt, als verlangt wird, dass die Gewinnchance gerade aus dem Entgelt erwächst".

26 Vgl. VGH München ZfWG 2011, 416 (418); *Dietlein/Hüsken* (Fn. 21), § 3 GlüStV Rn. 5; *Nolte* (Fn. 21), § 3 GlüStV Rn. 14.

27 Vgl. BVerwGE 148, 146 (154, Rn. 27).

28 Ausweislich der Begründung zum 10. RÄndStV, LT-Drs. HE 17/45, Anhang „Begründung", 4, bleiben die Regelungen des GlüStV davon aber unberührt. Rundfunkgewinnspiele sind mittlerweile gem. § 2 Abs. 6 GlüStV vom Anwendungsbereich des GlüStV explizit ausgenommen, Internetgewinnspiele hingegen nicht.

er als unerheblich angesehen wird."[29] Aus der endgültigen amtlichen Begründung wurde dieser Satz jedoch gestrichen, woraus zum Teil gefolgert wird, dass der Gesetzgeber genau diese rechtlichen Konsequenzen vermeiden wollte[30]. Richtigerweise zeigt die Streichung indessen nur, dass die an der Redaktion der Begründung Beteiligten sich nicht auf diesen Satz einigen konnten[31] – was in Anbetracht der Meinungsvielfalt in dieser Frage auch wenig verwundert.

2. Systematische Auslegung im Lichte der Gewerbeordnung

Entscheidend für die Notwendigkeit eines einheitlichen Begriffsverständnisses spricht aber die Gesetzessystematik[32]. Besondere Bedeutung kommt dabei der Vorschrift des § 33h GewO zu. Diese bestimmt die Abgrenzung zwischen den aufgrund der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft) vom Bundesgesetzgeber erlassenen Vorschriften zum gewerblichen Spielrecht und dem glücksspielrechtlichen Gefahrenabwehrrecht, das die Länder auf Basis der Art. 30, 70 GG geschaffen haben[33]. Der Bund hat in den §§ 33c bis 33g GewO Regelungen für das gewerbliche Aufstellen von Spielautomaten und Veranstalten anderer Spiele mit Gewinnmöglichkeit festgelegt. Nach § 33h Nr. 1 und 2 GewO gelten die §§ 33c bis 33g GewO nicht für Spielbanken, Lotterien und Ausspielungen[34]. Entscheidend ist aber § 33h Nr. 3 GewO, wonach die §§ 33c bis 33g GewO des Weiteren keine Anwendung finden auf „die Veranstaltung anderer Spiele im Sinne des § 33d Abs. 1 Satz 1 [also ohne Einsatz von Spielgeräten im Sinne des § 33c Abs. 1 S. 1 GewO, d.Verf.], die Glücksspiele im Sinne des § 284 des Strafgesetzbuches sind". Nur deren ordnungsrechtliche Regulierung wird dem Landesgesetzgeber überlassen. Das bedeutet im Umkehrschluss: Nicht von § 284 StGB erfasste „andere Spiele mit Gewinnmöglichkeit" unterfallen § 33d GewO,

---

29 Zit. nach VGH München ZfWG 2011, 416 (420).
30 VGH München ZfWG 2011, 416 (420).
31 Ähnl. *T. Kruis*, NVwZ 2012, 797 (801).
32 So auch BVerwGE 148, 146 (153, Rn. 24); OVG Koblenz ZfWG 2009, 413 (416 ff.); *T. Kruis*, NVwZ 2012, 797 (800); a.A. VGH München ZfWG 2011, 416 (418 f.).
33 Vgl. BT-Drs. 8/1863, 10 f.
34 § 33h Nr. 2 GewO enthält aber eine Rückausnahme für gewerbsmäßige Ausspielungen auf Volksfesten, Schützenfesten oder ähnl. Veranstaltungen, bei denen der Gewinn in geringwertigen Gegenständen besteht.

sofern nicht die Ausnahmen für Spielbanken, Lotterien und Ausspielungen greifen.

Zwar heißt es in der Begründung zur Abfassung des § 33h GewO auch, diese Bestimmung „stellt klar, daß andere Spiele – bis auf die schon erwähnten Ausspielungen gemäß § 33h Nr. 2 – Geschicklichkeitsspiele sein müssen, sofern für sie eine Erlaubnis nach § 33d Abs. 1 Satz 1 erteilt werden soll“[35]. Dieser Satz ergibt nur Sinn, wenn auch die Regelungszuständigkeit für zufallsabhängige Spiele mit weniger als 50 Cent Einsatz den Ländern zugewiesen worden wäre. Nur dann könnte man nämlich generell ausschließen, dass auch zufallsabhängige Nicht-Geschicklichkeitsspiele mit solch geringfügigen Einsätzen dem Anwendungsbereich von § 33d Abs. 1 S. 1 GewO unterfallen. Das aber wird entgegen der damaligen Annahme des Gesetzgebers keineswegs durch den § 33h Nr. 3 GewO klargestellt, der mit seinem Wortlaut „Glücksspiele im Sinne des § 284 des Strafgesetzbuches“ und der darin liegenden Anknüpfung an das Erfordernis der nicht unerheblichen Einsatzhöhe gerade das Gegenteil besagt. Angesichts dieser Widersprüchlichkeit kann die vorgenannte Aussage aus der Gesetzesbegründung nicht für eine schlüssige Auslegung fruchtbar gemacht werden[36].

Vielmehr muss der in den Gesetzesmaterialien ebenfalls zu Tage tretende[37] und in der Bestimmung des § 33h Nr. 3 GewO wörtlich zum Ausdruck kommende Wille des Bundesgesetzgebers, abseits des Automatenbereichs das Glücksspiel im strafrechtlichen Sinne vom bundesrechtlichen Gewerberecht auszunehmen und der Länderregulierung zu überlassen, zugrunde gelegt werden. Da nicht ersichtlich ist, dass die Landesgesetzgeber diese vom Bundesgesetzgeber explizit angestrebte Abgrenzung der Regelungsmaterie in Frage stellen wollten, kann der Begriff des Glücksspiels im Glücksspielstaatsvertrag nicht weiter reichen als der des Strafgesetzbuches.

Einem engeren Verständnis als im Strafrecht stünde die dargestellte Kompetenzverteilung zwar grundsätzlich nicht im Wege, allerdings fehlt jeder Anhaltspunkt dafür, dass die Landesgesetzgeber ein solches angestrebt haben könnten. Vielmehr zeigt die Klarstellung des § 3 Abs. 1 S. 3 GlüStV, wonach es sich bei Wetten auf künftige Ereignisse – ungeachtet der etwaigen Bedeutung von Fachwissen für die Gewinnwahrscheinlich-

---

35 BT-Drs. 8/1863, 11.

36 Vgl. auch OVG Koblenz ZfWG 2009, 413 (416); a.A. VGH München ZfWG 2011, 416 (418 f.), der auch aus dieser Gesetzesbegründung ableitet, dass kein einheitlicher Glücksspielbegriff existiere.

37 Vgl. BT-Drs. 8/1863, 10 f.

keit – generell um Glücksspiele handeln soll, gerade den gesetzgeberischen Willen, den Glücksspielbegriff zur effektiven Gefahrprävention möglichst weit zu fassen.

3. Schlussfolgerung

In Anbetracht dieser gesetzessystematischen Zusammenhänge ist zu konstatieren, dass trotz vordergründig unterschiedlicher Begrifflichkeiten wie *Entgelt* und *Einsatz* dem Glücksspielbegriff im Straf- und Verwaltungsrecht ein einheitliches Verständnis zugrunde liegt. Das kommt auch der Rechtsklarheit zugute. Abseits der erörterten Bagatellgrenze stellen sich dann im Hinblick auf dieses Verhältnis kaum praktische Probleme. Die oftmals bedeutsame Abgrenzung zum Geschicklichkeitsspiel etwa erfolgt ohne Weiteres nach einheitlichen Kriterien. Ein solches liegt vor, wenn nicht der Zufall, sondern körperliche und geistige Fähigkeiten, Kenntnisse und Aufmerksamkeit des Spielers über den Ausgang des Spiels bestimmen[38]. Entscheidend ist die überwiegende Komponente[39], bei Geschicklichkeitsspielen muss daher die Trefferquote eines Durchschnittsspielers über 50 Prozent liegen[40]. Im Einzelfall, etwa beim Pokerspiel[41], kann es hier durchaus zu schwierigen Abgrenzungsproblemen kommen.

Schlussendlich sind es damit vor allem zwei Elemente, die das Glücksspiel im straf- wie auch verwaltungsrechtlichen Zusammenhang definieren: die vollständige oder überwiegende Zufallsabhängigkeit des Gewinns und ein für den Erwerb der Gewinnchance zu leistendes, nicht völlig geringfügiges Entgelt.

III. Unionsrechtlicher Begriff

Auf unionsrechtlicher Ebene hat, soweit ersichtlich, noch keine der nationalen Diskussion in dieser Tiefe vergleichbare Auseinandersetzung mit den Detailfragen der Glücksspieldefinition stattgefunden.

---

38 *Gaede* (Fn. 5), § 284 Rn. 8; vgl. auch *Dietlein/Hüsken* (Fn. 21), § 3 GlüStV Rn. 4.
39 BVerwGE 2, 110 (111); *Dietlein/Hüsken* (Fn. 21), § 3 GlüStV Rn. 4.
40 BVerwGE 115, 179 (187); *Nolte* (Fn. 21), § 3 GlüStV Rn. 18.
41 Vgl. *Dietlein/Hüsken* (Fn. 21), § 3 GlüStV Rn. 4 m.w.N.; siehe auch unten 1. Kap. B.III.2.

In Art. 3 Nr. 14 der Geldwäsche-Richtlinie (EU) 2015/849 werden „Glücksspieldienste" definiert als ein

> „Dienst, der einen geldwerten Einsatz bei Glücksspielen erfordert, wozu auch Spiele zählen, die eine gewisse Geschicklichkeit voraussetzen, wie Lotterien, Kasinospiele, Pokerspiele und Wetten, die an einem physischen Ort oder auf beliebigem Wege aus der Ferne, auf elektronischem Wege oder über eine andere kommunikationserleichternde Technologie und auf individuelle Anfrage eines Diensteempfängers angeboten werden"[42].

Die Klarstellung im Hinblick auf Geschicklichkeitselemente zeigt dabei, dass das Vorhandensein einer erheblichen, nicht aber zwingend absoluten Zufallsabhängigkeit erforderlich ist.

Ergänzend lässt sich die *Zenatti*-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes aus dem Jahr 1999[43] heranziehen. In dieser stellte er fest, dass Glücksspiele „als Gegenleistung für einen Einsatz eine Chance auf einen Geldgewinn"[44] bieten. Diese Merkmale wird man damit wohl als konstitutiv ansehen müssen, wobei anstelle von Geld- vermutlich auch Sachgewinne möglich sein dürften. Der Gerichtshof führt an dieser Urteilsstelle des Weiteren aus, dass Sportwetten keine „reine[n] Glücksspiele" seien, diesen auch „im Übrigen nicht gleichgestellt werden können" – und kommt dennoch nicht ganz widerspruchsfrei zu dem Schluss, dass die „streitigen [Sport-]Wetten als Glücksspiele angesehen werden [müssen], die mit […] Lotterien vergleichbar sind"[45]. Letztlich überzeugender Grund des Gerichtshofes für die Gleichbehandlung von Sportwetten und „reinen" Glücksspielen: „In Anbetracht der Höhe der Beträge, die dabei eingenommen werden können, und der Gewinne, die sie den Spielern bieten können, sind sie mit denselben Gefahren von Betrug und anderen Straftaten verbunden und können dieselben schädlichen persönlichen und sozialen Folgen haben."[46]

---

42 Diese Definition ist fast deckungsgleich zu derjenigen der „Glücksspieldienstleistung" in der „Empfehlung der Kommission vom 14. Juli 2014 mit Grundsätzen für den Schutz von Verbrauchern und Nutzern von Online-Glücksspieldienstleistungen und für den Ausschluss Minderjähriger von Online-Glücksspielen" (KOM 2014/478/EU), Punkt II.3.a).

43 EuGH Slg. 1999, I-7289.

44 EuGH Slg. 1999, I-7289, Rn. 18 – *Zenatti*; vgl. auch EuGH Slg. 1994, I-1039, Rn. 27 – *Schindler*; Slg. 1999, I-6067, Rn. 17 – *Läärä*.

45 EuGH Slg. 1999, I-7289, Rn. 18 f. – *Zenatti.*

46 EuGH Slg. 1999, I-7289, Rn. 18 – *Zenatti*.

Die Differenzierung zwischen „reinen" Glücksspielen und Sportwetten, bei denen in der Regel Fachwissen die Gewinnchancen erhöht, zeigt, dass auch für den Gerichtshof Glücksspiel grundsätzlich Zufallsabhängigkeit voraussetzt[47]. Ein völliger Verzicht auf eine zumindest erhebliche Zufallskomponente, wie sie selbst bei Sportwetten besteht, dürfte auch kaum noch mit dem allgemeinen Sprachverständnis von *Glücks*spiel in Einklang zu bringen sein[48]. Allerdings erspart sich der Europäische Gerichtshof durch eine gewisse Unschärfe Zuordnungsschwierigkeiten bei Spielen an der Grenze von Zufallsabhängigkeit und Geschicklichkeitsspiel; so ordnet er beispielsweise Poker ohne Umschweife den Glücksspielen zu[49]. Kein Glücksspiel sind aus Sicht des Europäischen Gerichtshofes hingegen Preisausschreiben in Zeitschriften, wenn sie nur ein Bestandteil neben anderen redaktionellen Inhalten sind und damit keine unabhängige wirtschaftliche Betätigung darstellen[50].

B. Formen des Glücksspiels

I. Regulierter und unregulierter Markt

Dem Oberbegriff des Glücksspiels unterfallen eine ganze Reihe unterschiedlicher Spielformen. Die wichtigsten sind Lotterien, Sportwetten, das Automatenspiel und die klassischen Casinospiele. Die ganze Breite dieser Spielarten ist mittlerweile auch im Internet verfügbar, teils von staatlicher Seite – z.B. über *lotto.de* – und wesentlich vielfältiger noch als Angebote der zahllosen in diesem Bereich tätigen privater Unternehmen.

Im Jahr 2018 hatte der deutsche Glücksspielmarkt bei Zugrundelegung der Bruttospielerträge[51] ein Volumen von 13,914 Milliarden Euro[52]. Davon entfielen auf den regulierten Markt 11,280 Milliarden Euro (81 %) und auf den nicht regulierten Markt, der von ohne Erlaubnis einer deutschen Be-

47 A.A. *F. Heseler*, Der Einfluss des Europarechts auf die mitgliedstaatliche Glücksspielregulierung, 2013, S. 147.

48 Ähnl. in anderen EU-Amtssprachen, vgl. etwa „games of chance" im Englischen.

49 Vgl. etwa EuGH Slg. 2009, I-7633, Rn. 22 – *Liga Portuguesa*.

50 Vgl. EuGH Slg. 1997, I-3689, Rn. 21 ff. – *Familiapress.*

51 Bruttospielerträge bezeichnen die Summe der Spieleinsätze abzüglich der ausgezahlten Gewinne. Anders formuliert: die Beträge, welche die Spieler „unterm Strich" an die Glücksspielanbieter verlieren.

52 Jahresreport 2018 der Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder v. 22.10.2019, S. 4, auch für die Angaben in den beiden Folgesätzen.