

## **Der Begriff „Glücksspiel(monopol)“ und die Einheit der Rechtsordnung**

*Entgegen häufig zu lesender Behauptungen gibt es kein „Glücksspielmonopol“ in Deutschland. Insofern erfordern die als „föderalistische Vielfalt“<sup>1</sup> beschriebenen landesgesetzlichen Regelungen zum öffentlichen Glücksspiel in der Gemengelage zu bundesgesetzlichen Regelungen eine differenzierte Betrachtungsweise. Diese soll im Folgenden dargestellt werden, denn nur dann ist eine Bewertung der einzelnen Bereiche des Glücksspielrechts, das in den letzten Monaten nicht nur durch den „Fußballmanipulationsskandal“<sup>2</sup> in das Licht der Öffentlichkeit gerückt ist<sup>3</sup>, möglich.*

### 1. Die Auslegung des Begriffs „Glücksspiel“

Deutschlandweit kann es schon deswegen kein Monopol für Glücksspiele geben, da der bei Weitem größte Bereich des Glücksspielrechts in die Gesetzgebungskompetenz der Länder fällt und diese sich bisher nie auf einen gemeinsamen länderübergreifenden Veranstalter – weder für alle Arten von Glücksspielen noch für bestimmte abgrenzbare Varianten - einigen konnten oder wollten. Ferner existiert aber auch in keinem der Länder ein (umfassendes) „Glücksspielmonopol“. Ein Veranstaltermonopol wird und wurde lediglich bei bestimmten Arten von Glücksspielen gesetzlich verankert. Um diese Arten von Glücksspielen näher zu erläutern, lohnt sich zunächst ein Überblick zum Begriff „Glücksspiel“ in den unterschiedlichen Rechtsbereichen, denn die vielbeschworene Einheit der Rechtsordnung scheint zumindest bei der Auslegung des Begriffs „Glücksspiel“ nicht weiter zu helfen.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Schmidt, WRP 2004, 579; vgl. zur – nicht zu beanstandenden - Zersplitterung auch Dietlein, BayVBl 2002, 161; Tettinger/Ennuschat, Grundstrukturen des deutschen Lotterierechts, 1999, S.4; Tettinger, DVBl. 2000, 868; Ossenbühl, VerwArch 1995, 187.

<sup>2</sup> Auch der gegenwärtige Skandal um manipulierte Fußballspiele dürfte entgegen der undifferenzierten Darstellung einiger interessierter Kreise eher gegen eine „Liberalisierung“ des Wettmarktes sprechen (so auch OVG Lüneburg, Beschluss vom 17. März 2005 – 11 ME 369/03 -, n.v.). Vgl. ferner zu dem Risiko der Teilnahme bei illegalen Anbietern LG Dortmund, Urteil vom 08. Juni 2004 – 4 O 219/03 -, n.v. Im Rahmen der Klage auf Auszahlung eines „Gewinns“ gegen einen Vermittler für die Sportwetten GmbH (Gera) hat sich dieser unbeeindruckt von möglichen strafrechtlichen Konsequenzen auf seine eigene Illegalität berufen. Das LG hat dies zu seinen Gunsten bestätigt und die zu Grunde liegenden Spielverträge für nichtig erklärt und damit auch mögliche Gewinnauszahlungsansprüche abgelehnt.

<sup>3</sup> Ob, wann und gegebenenfalls unter welchen Bedingungen mit einer (begrenzten) Öffnung des Sportwettenmarktes zugunsten privater Anbieter durch die zuständigen Gesetzgebungsorgane zu rechnen ist (vgl. zum gegenwärtigen Diskussionsstand FAZ v. 11. 3. 2005, S. 1 f.), kann derzeit nicht abgesehen werden, weil dies u. a. von der bevorstehenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts – 1 BvR 1054/01 - zu dieser Problematik und von dem Inhalt der geplanten EU-Dienstleistungsrichtlinie abhängen wird (so auch OVG Lüneburg, Beschluss vom 17. März 2005 – 11 ME 369/03 -, n.v.). Jedenfalls bleibt zu hoffen, dass die dauerhafte Begehung von Straftaten durch nicht erlaubte Anbieter eine nicht zu befürwortende Öffnung nicht beschleunigt.

<sup>4</sup> Auch das OLG Hamburg hebt in mehreren Entscheidungen ausdrücklich und umfassend begründet hervor, dass die wettbewerbsrechtliche Bewertung von der straf- und verwaltungsrechtlichen abweicht, vgl. zuletzt OLG Hamburg, Urteil vom 12. August 2004 – 5 U 23/04 -, <http://www.bonnanwalt.de/entscheidungen/OLG->

## a. Strafrecht

Obwohl dies nicht zwingend ist und trotzdem üblicherweise auch ohne nähere Begründung angenommen wird<sup>5</sup>, gelten die Vorschriften der §§ 284 ff. StGB als Einstiegsnormen einer Glücksspielrechtlichen Prüfung. Das darin enthaltene Verbot des unerlaubten Glücksspiels geht schon auf das Strafgesetzbuch des Norddeutschen Bundes vom 31. Mai 1870 zurück, in dem in den §§ 284 ff. (!) in erster Linie die gewerbliche Veranstaltung und das Dulden unerlaubten Glücksspiels an öffentlichen Orten unter Strafe gestellt wurde.<sup>6</sup> Dieses Strafgesetzbuch wurde durch Gesetz mit Wirkung zum 1. Januar 1872<sup>7</sup> das StGB für das Deutsche Reich, welches bis heute noch in Deutschland Geltung beansprucht. Durch das Gesetz gegen das Glücksspiel<sup>8</sup> wurde das zuvor erlaubte Glücksspiel in geschlossenen Gesellschaften für strafbar erklärt. Nachdem z.B. 1952 im Bundestag erneut über das 1933 aufgehobene generelle Verbot von Spielbanken diskutiert wurde<sup>9</sup>, gab es in den 90er Jahren zwei Gesetzesänderungen der §§ 284 ff. StGB, die nicht nur das grundsätzlich geltende (strafbewehrte) Verbot des unerlaubten Glücksspiels bestätigten, sondern die Tatbestände bezüglich bestimmter Teilaspekte verschärften.<sup>10</sup> Durch das Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG) im Jahre 1992<sup>11</sup> wurde für den gewerbsmäßigen Glücksspielveranstalter der Qualifikationstatbestand des § 284 Abs. 3 Nr. 1 StGB eingefügt und ferner die bandenmäßige Tatbegehung in § 284 Abs. 3 Nr. 2 StGB ebenfalls straf erhöhend normiert. Durch das 6. Strafrechtsreformgesetz im Jahr 1998 wurde in § 284 Abs. 4 und § 287 Abs. 2 StGB ein Werbeverbot für unerlaubte Glücksspiele, Lotterien und Ausspielungen eingefügt und in § 287 Abs. 1 StGB der Tatbestand bezüglich des „Vermittelns“ konkretisiert und damit auch die seit 1919 geltende Paragrafenfolge verändert. Der Bundesgesetzgeber hat den Begriff des „Glücksspiels“ in keines dieser Gesetze definiert. Er geht also von einer typischen, allgemein bekannten und daher nicht umschreibungsbedürftigen Erscheinung des täglichen Lebens aus. Die Strafrechtsprechung des Bundesgerichtshofs versteht unter einem Glücksspiel im Sinne des § 284 StGB ein Spiel, bei dem die Entscheidung über Gewinn und

---

[Hamburg5U23-04.html](#).

<sup>5</sup> Horn, NJW 2004, 2047; Voßkuhle/Bumke, Rechtsfragen der Sportwette, Berlin 2002; so auch Diegmann/Hoffmann, NJW 2004, 2642; Martell, LKV 2001, 452. Es spricht einiges dafür, zumindest für verwaltungsrechtliche Fragestellungen seit dem 01. Juli 2004 den LottStV als Einstieg heranzuziehen.

<sup>6</sup> Für einen Überblick über die Geschichte der gesetzlichen Regelungen über das (Glücks-)Spiel vgl. Klam, Die rechtliche Problematik von Glücksspielen im Internet, Berlin 2002, S. 28 ff.; Brandl, Spielleidenschaft und Strafrecht, Frankfurt/M. 2003, S. 9 ff. sowie Ohlmann, WRP 2005, 48.

<sup>7</sup> RGBl. 1871, 127.

<sup>8</sup> RGBl. 1919, 2145.

<sup>9</sup> BT-Bericht der 193. Sitzung am 14. Februar 1952, S. 8286 ff.; Klam, a.a.O., S. 31.

<sup>10</sup> Von einer „Verschärfung“ geht auch der BGH aus, vgl. BGH, Urteil vom 28. November 2002, - 4 StR 260/02-, DVBl. 2003, 669.

<sup>11</sup> BGBl. I S. 1302.

Verlust nach den Vertragsbedingungen nicht wesentlich von den Fähigkeiten, den Kenntnissen und der Aufmerksamkeit der Spieler, sondern allein oder jedenfalls hauptsächlich vom Zufall abhängt.<sup>12</sup> Bei der Prüfung, ob der Ausgang des Spiels hauptsächlich durch den Zufall bedingt ist oder ob er durch Fähigkeiten und Fertigkeiten beeinflusst werden kann, sind die Spielverhältnisse zu Grunde zulegen, unter denen das Spiel eröffnet ist und gewöhnlich betrieben wird, also die Fähigkeiten und Erfahrungen des Durchschnittsspielers und damit die sich aus ihnen in Anbetracht der Fertigkeiten des „Spielmachers“ und der Beschaffenheit des Spielmaterials ergebenden Chancen.<sup>13</sup> Diese Definition, die das Glücks- vom Geschicklichkeitsspiel abgrenzt, wird dahingehend ergänzt, dass durch die Leistung eines Einsatzes die Aussicht auf einen von einem Zufall abhängigen Vorteil erlangt werden muss.<sup>14</sup> Dieses Erfordernis eines Einsatzes stellt die Abgrenzung zum Gewinnspiel dar.<sup>15</sup> So hat bereits das Reichsgericht, dem der Bundesgerichtshof in dieser Ansicht ausdrücklich folgt, festgestellt, dass zu jedem Glücksspiel in dem in § 284 StGB vorausgesetzten Sinn ein Einsatz gehört.<sup>16</sup> Darunter fällt jede Leistung, die in der Hoffnung erbracht wird, im Falle des „Gewinnens“ eine gleiche oder höherwertige Leistung zu erhalten, und in der Befürchtung, dass sie im Falle des „Verlierens“ dem Gegenspieler oder dem Veranstalter zufällt. Schließlich wird das Glücks- vom Unterhaltungsspiel abgegrenzt, indem ein nicht ganz unbedeutender „Einsatz“ zu fordern ist.<sup>17</sup> Korrekter wäre es hier wohl, von einem nicht ganz unbedeutenden Vermögenswert des Spielgegenstandes, d.h. des möglichen Gewinns oder Verlustes, zu sprechen.<sup>18</sup> Nicht entschieden wurde vom Bundesgerichtshof bisher, ob für den Begriff des Glücksspiels vorauszusetzen ist, dass der

---

<sup>12</sup> BGH, Beschluss vom 29. September 1986 - 4 StR 148/86 -, BGHSt 34, 171; BGH, Urteil vom 04. Februar 1958 - 5 StR 579/57 -, BGHSt 11, 209.

<sup>13</sup> BGH, Beschluss vom 11. Januar 1989 - 2 StR 461/88 -, BGHSt 36, 74; BGH, Urteil vom 18. April 1952 - 1 StR 739/51 -, BGHSt 2, 274 mit Hinweis auf zahlreiche Entscheidungen des Reichsgerichts.

<sup>14</sup> BGH, Beschluss vom 29. September 1986 - 4 StR 148/86 -, BGHSt 34, 171.

<sup>15</sup> Bahr, WRP 2002, 501; dabei wird deutlich, dass „Glücksspiel“ - insbesondere in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht - oftmals als spezielle Form eines „Gewinnspiels“ interpretiert wird; vgl. auch die Auffassung der Glücksspielreferenten der Länder unter <http://www.hmdi.hessen.de> sowie OVG LSA, Beschluss vom 28. Januar 2002 - 1 M 2/02 -, GewArch 2002, 199.

<sup>16</sup> RGSt 55, 270.

<sup>17</sup> BGH, Beschluss vom 29. September 1986 - 4 StR 148/86 -, BGHSt 34, 171. Hierzu ist anzumerken, dass die benannte Entscheidung des BGH zu einer Kettenbriefaktion ergangen ist und lediglich als obiter dictum einen Hinweis auf die ggf. erforderliche „nicht ganz unbedeutende“ Höhe eines erforderlichen Einsatzes beinhaltet. Die Höhe des Einsatzes und eine entsprechende Qualifizierung war nicht entscheidungsrelevant. Im übrigen handelte es sich bei der vom BGH für die „nicht ganz unbedeutende Höhe“ herangezogenen Kommentarmeinung von v. Bubnoff um ein Fehlzitat. Von Bubnoff führt an der zitierten Stelle vielmehr unter Hinweis auf RGSt. 64, 355; 40, 21 (33) tatsächlich aus: "Beim Glücksspiel muss der vereinbarte Gewinn einen Vermögenswert haben. Die Voraussetzungen des strafbaren Glücksspiels fehlen aber nicht nur bei vollständiger Wertlosigkeit des Gewinns, sondern auch dann, wenn er ganz geringfügig ist." Mithin wird dort nicht auf die Unbedeutendheit des Einsatzes, sondern auf den möglichen Gewinn abgestellt. Weitere Entscheidungen des BGH zur möglicherweise erforderlichen „nicht ganz unbedeutenden Höhe“ eines Einsatzes sind - soweit ersichtlich - nicht veröffentlicht. Ausführlich zu einem erforderlichen Einsatz auch Brandl, Spieleidenschaft und Strafrecht, Frankfurt/M. 2003, S. 42 ff., der zutreffend darlegt, dass es auf die Höhe des Einsatzes für die Annahme eines Glücksspiels nicht ankommt. Entscheidend ist vielmehr, dass der zu erzielende Gewinn oder der potentielle Verlust einen nicht ganz unbedeutenden Vermögenswert haben.

<sup>18</sup> So auch Brandl, Spieleidenschaft und Strafrecht, Frankfurt/M. 2003, S. 27 mwN.

vom Spieler geleistete Einsatz bei ungünstigem Ausgang zu einem Vermögensverlust führen muss.<sup>19</sup> Auch zivilgerichtlich ist durch den Bundesgerichtshof geklärt, dass das Wesen des Glücksspiels im Sinne des § 284 StGB darin besteht, dass die Entscheidung über Gewinn und Verlust nach den Spielbedingungen und den Verhältnissen, unter denen sie gewöhnlich betrieben werden, nicht wesentlich von den Fähigkeiten, Kenntnissen und der Aufmerksamkeit der durchschnittlichen Spieler abhängt, sondern jedenfalls hauptsächlich von dem ihrer Einwirkungsmöglichkeit entzogenen Zufall.<sup>20</sup> Die Verwaltungsrechtsprechung definiert „Glücksspiel“ im Sinne des § 284 StGB sehr ähnlich. Ein Glücks- statt ein Geschicklichkeitsspiel liegt danach vor, wenn die Entscheidung über Gewinn oder Verlust des Spieles nach den Spielbedingungen allein oder hauptsächlich vom Zufall abhängt.<sup>21</sup> Bei den Anforderungen an die Geschicklichkeit ist auf die Fähigkeit des Durchschnittsspielers abzuheben. Entscheidend ist, ob die zufallüberwindende Geschicklichkeit von einem spielinteressierten Menschen mit durchschnittlichem Standard in einer so kurzen Zeit erworben werden kann, dass sich die Herrschaft des Zufalls allenfalls auf eine Einspielzeit beschränkt, deren Länge sich nach der erfahrungsgemäßen durchschnittlichen Dauer der Spielteilnahme bestimmt. Die Zufallsabhängigkeit des Glücksspiels muss auf Umständen beruhen, deren Überwindung unter Zugrundelegung normaler menschlicher Lernfähigkeit nicht in verhältnismäßig kurzer Zeit möglich ist.<sup>22</sup> Auch verwaltungsgerichtlich ist in jüngster Zeit nochmals die Abgrenzung zum Unterhaltungsspiel problematisiert worden. Eine konkrete Geringfügigkeitsschwelle ist dem § 284 StGB nicht zu entnehmen. Bei dem „erheblichen“ Einsatz ist jedenfalls nicht auf einen einzelnen Einsatz abzustellen, sondern eine Gesamtbetrachtung unvermeidlich.<sup>23</sup> Instanzgerichtlich existierte ferner eine ungeheure Vielfalt sowohl straf- und zivil- wie auch verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen, die „Glücksspiel“ im Sinne des § 284 StGB teilweise abweichend definierte<sup>24</sup>, sich jedoch mittlerweile auch auf Grund der in letzter Zeit umfangreich ergangenen obergerichtlichen und höchstrichterlichen Entscheidungen vereinheitlichte. Auf die abweichenden Entscheidungen

---

<sup>19</sup> Verneinend z.B.: RGSt 45, 424, 425f.; 64, 355, 360; bejahend z.B.: OLG Köln NJW 1957, 721; OLG Hamm JMBINW 1957, 250; zu diesen Entscheidungen aktuell auch VG Halle, Beschluss vom 04. August 2004 – 1 B 25/04 HAL -, n.v.

<sup>20</sup> BGH, Urteil vom 14. März 2002 - I ZR 279/99 -, NJW 2002, 2175 unter Hinweis auf BVerwGE 96, 293; BFH NV 1997, 68; Fischer, GewArch 2001, 157. In der aktuellsten wettbewerbsrechtlichen Entscheidung des BGH (Urteil vom 01. April 2004 – I ZR 317/01 -, GewArch 2004, 336) wird die Glücksspieleigenschaft von Sportwetten nicht mehr diskutiert, sondern als Selbstverständlichkeit vorausgesetzt. Zu dieser Entscheidung vgl. auch Dietlein, CR 2004, 570; Dietlein/Heinemann, K&R 2004, 418, Fn. 14, 24. Zur Vergleichbarkeit von Zahlenlotto und (Sport-)Wetten aus anderer Perspektive auch schon Spoerl, Groschen + Millionen, Oldenburg 1969, S. 21 f.

<sup>21</sup> BVerwG, Urteil vom 28. März 2001 - 6 C 2.01 -, BVerwGE 114, 92 unter Hinweis auf Urteil vom 23. August 1994 - 1 C 18.91 -, BVerwGE 96, 293.

<sup>22</sup> BVerwG, Urteil vom 09. Oktober 1984 - 1 C 20.82 -, NVwZ 1985, 829.

<sup>23</sup> Ausführlich VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 12. Januar 2005 – 6 S 1288/04 -, GewArch 2005, 113; OVG LSA, Beschluss vom 18. März 2005 – 1 M 88/05 -, n.v.

<sup>24</sup> Wie sehr - auch - die höchstrichterliche Rechtsprechung divergierte, lässt sich schon aus der Entscheidung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes zum Begriff „Glücksspiel“ erkennen, vgl. Beschluss vom 6. Februar 1972 - GmS-OGB 1/72 -, BGHZ 60, 392.

soll vorliegend ebenso wenig eingegangen werden wie auf die Literatur, die auch in jüngster Zeit die Glücksspieleigenschaft im Sinne des § 284 StGB z. B. bei Sportwetten immer mal wieder in Zweifel zieht<sup>25</sup>. Ergänzend ist festzustellen, dass sowohl die Straf-<sup>26</sup> und Zivil-<sup>27</sup> als auch die Verwaltungsrechtsprechung<sup>28</sup> die Lotterie als spezielle Art des Glücksspiels ansieht.<sup>29</sup> Sofern schließlich bei einer Lotterie Sachpreise oder Leistungen als Gewinn vorgesehen sind, handelt es sich um eine Ausspielung.

#### b. Zivilrecht (am Beispiel sogenannter DDR-Genehmigungen)

Im Zivilrecht ist der Begriff des „Glücksspiels“ nicht nur nicht definiert, sondern er existiert schlichtweg nicht. Im BGB befassen sich die §§ 762 ff. lediglich mit dem Spiel und der Wette sowie den jeweiligen Unterarten. Das Spiel im Sinne des § 762 BGB ist ein Wagnis, dem ein ernsthafter sittlicher oder wirtschaftlicher Geschäftszweck fehlt<sup>30</sup> und bei dem sich die Vertragspartner für den Fall des Gewinns, der von der zu entscheidenden Ungewissheit oder dem Zufall abhängt<sup>31</sup>, gegenseitig eine Leistung zusagen. Da also schon dem Spiel ein „sittlicher“ Zweck fehlt, geht die Rechtsprechung auch davon aus, dass damit im Zusammenhang stehende Verträge, wie z.B. die Kreditgewährung für Spielverträge sittenwidrig im Sinne des § 138 BGB sind. So hält der Bundesgerichtshof einen Wechsel, dem ein zu Spielzwecken gewährter Kredit zu Grunde liegt, für sittenwidrig.<sup>32</sup> Auch wird im Zivilrecht deutlich, dass das Glücksspiel – zufallsabhängig – und das Geschicklichkeitsspiel – vom Spieler beeinflussbar – Unterarten des Spiels sind. Die Wette unterscheidet sich vom Spiel durch den Vertragszweck. Dieser beinhaltet bei der Wette das Versprechen, zur Bekräftigung widerstreitender Behauptungen dem einen Vertragspartner, dessen Behauptung sich als richtig herausstellt, einen Gewinn zufallen zu lassen. Sofern Gewinn und Spieltrieb der vorwiegende Zweck ist, handelt es sich jedoch um ein Spiel. Auch die Bezeichnung als Wette ändert in einem solchen Fall nichts an deren Charakter. Renn- und Sportwetten sind z. B. keine Wetten im Sinne des § 762 BGB, sondern unterfallen dem Glücksspielbegriff.<sup>33</sup> Der

<sup>25</sup> Vgl. Horn, NJW 2004, 2047, Fn.6. Dies bezweifelt die obergerichtliche Rechtsprechung mittlerweile nicht mehr; vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 12. Januar 2005 – 6 S 1288/04 -, GewArch 2005, 113; OVG LSA, Beschluss vom 18. März 2005 – 1 M 91/05 -, n.v., jeweils mwN.

<sup>26</sup> BGH, Beschluss vom 29. September 1986 - 4 StR 148/86 -, BGHSt 34, 171; BGH, Beschluss vom 28. Mai 1957 – 1 StR 339/56 -, juris.

<sup>27</sup> BGH, Urteil vom 14. März 2002 - I ZR 279/99 -, NJW 2002, 2175.

<sup>28</sup> OVG Koblenz, Urteil vom 24. Oktober 1990 - 2 A 10034/90 -, NVwZ-RR 1991 (bestätigt durch BVerwG, Urteil vom 23. August 1994 - I C 18.91 -, NVwZ 1995, 475).

<sup>29</sup> Dazu ausführlich Brandl, Spieleleidenschaft und Strafrecht, Frankfurt/M. 2003, S. 55 ff.; OLG Braunschweig, Urteil vom 10. September 1954 – Ss 128/54 -; NJW 1954, 1777; BGH, Urteil vom 24. September 1957 - 5 StR 519/56 -, juris; BGH, Urteil vom 28. Mai 1957 – 1 StR 339/56 -, juris.

<sup>30</sup> BGH, Urteil vom 29. September 1977 – III ZR 164/75 -, BGHZ 69, 295 (301); Palandt/Sprau, 63. Aufl. BGB § 762, Rn. 2.

<sup>31</sup> BGH, Urteil vom 29. September 1977 – III ZR 164/75 -, BGHZ 69, 295 (301); KG, WM 1989, 669.

<sup>32</sup> BGH, Urteil vom 08. Oktober 1991 – XI ZR 238/90 -, ZIP 1991, 1447; vgl. auch BGH, Urteil vom 17. Januar 1995 – XI ZR 225/93 -, NJW 1995, 1152.

<sup>33</sup> OVG Koblenz, Urteil vom 24. Oktober 1990 - 2 A 10034/90 -, NVwZ-RR 1991, 554 mwN.

Bundesgerichtshof hat bisher offen gelassen, ob davon auszugehen ist, dass Sportwettverträge zivilrechtlich die Merkmale einer Lotterie im Sinne des § 763 Satz 1 BGB erfüllen. Denn jedenfalls findet § 763 Satz 1 BGB auf staatlich genehmigte (Sportwett-) Tätigkeiten entsprechende Anwendung.<sup>34</sup> Der Vorschrift des § 763 BGB liegt insofern der Rechtsgedanke zu Grunde, dass eine an sich unter § 762 BGB fallende Veranstaltung im Falle staatlicher Genehmigung von der zivilrechtlichen Unverbindlichkeit ausgenommen sein soll, weil das Genehmigungserfordernis eine staatliche Kontrolle des Spielwesens gewährleistet sowie den Spielbetrieb in geordnete Bahnen lenkt<sup>35</sup> und weil das Vertrauen des Publikums auf die Wirksamkeit der Einzelverträge, die im Rahmen staatlich genehmigter Veranstaltungen geschlossen werden, schutzwürdig ist<sup>36</sup>. Dieser Rechtsgedanke rechtfertigt es grundsätzlich auch, § 763 Satz 1 BGB über die dort ausdrücklich genannten Lotterien und Ausspielungen hinaus auf andere aleatorische Veranstaltungen entsprechend anzuwenden, wenn diese staatlich genehmigt worden sind.<sup>37</sup> Insoweit steht der Wortlaut des § 763 Satz 1 BGB dem nicht entgegen, weil die Beschränkung der Vorschrift auf Lotterien und Ausspielungen nicht auf einer unterschiedlichen Bewertung dieser Veranstaltungen im Vergleich zu den anderen in § 762 BGB genannten Geschäften beruht, sondern allein darin ihren Grund hat, dass bei Erlass des BGB lediglich diese Spiele als genehmigungsfähig angesehen wurden und eine Genehmigung weiterer Spiele noch nicht absehbar war.<sup>38</sup> Die besondere Problematik der dieser Auffassung zu Grunde liegenden Entscheidung des Bundesgerichtshofs<sup>39</sup> ist jedoch, dass auf die Art der dort dargestellten „staatlichen Genehmigung“, die im Mai 1990 vom Rat des Bezirks Gera der damaligen DDR erteilt wurde, nicht näher eingegangen wurde. Zwar mag in diesem Zusammenhang das Vertrauen des Publikums aus anderen Gründen schutzwürdig gewesen sein. Hervorzuheben ist jedoch, dass dem Sinn und Zweck der staatlichen Genehmigung, eine staatliche Kontrolle des Spielwesens zu gewährleisten sowie den Spielbetrieb in geordnete Bahnen zu lenken, in dem in Rede stehenden wie auch in den anderen Fällen von „DDR-Genehmigungen“ gerade nicht nachgekommen wurde. Denn die restriktiven Voraussetzungen, die für die erforderliche „staatliche Genehmigung“ nach den jeweiligen gesetzlichen Ausgestaltungen erfüllt sein müssen, sind in diesen Fällen weder geprüft noch erfüllt worden.<sup>40</sup> Auch wenn man davon

<sup>34</sup> BGH, Urteil vom 29. September 1998 – XI ZR 334/97-, NJW 1999, 54.

<sup>35</sup> MüKo/Habersack, 3. Aufl. BGB § 763 Rn. 2; Jauernig/Vollkommer, 8. Aufl. BGB § 763 Rn. 1.

<sup>36</sup> Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, S. 362.

<sup>37</sup> RGZ 93, 348; MüKo/Habersack, 3. Aufl. BGB § 763 Rn. 7; Jauernig/Vollkommer, 8. Aufl. BGB § 763 Rn. 3; Henssler, Risiko als Vertragsgegenstand, 1994, S. 521; ebenso für staatlich konzessionierte Spielbanken BGH, Urteil v. 4. Juli 1974 - III ZR 66/72 -, NJW 1974, 1821; a.A. Staudinger/Engel, 13. Bearb. BGB, § 762 Rn. 8.

<sup>38</sup> MüKo/Habersack, 3. Aufl. BGB § 763 Rn. 7; Henssler, Risiko als Vertragsgegenstand, 1994, S. 520; vgl. auch Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, S. 359.

<sup>39</sup> Vgl. Urteil vom 29. September 1998 – XI ZR 334/97-, NJW 1999, 54.

<sup>40</sup> Dass nicht nur der BGH die „staatlichen Genehmigung“ im Sinne des § 763 BGB hinsichtlich der tatsächlichen Gegebenheiten nicht in allen Einzelheiten hinterfragt und damit in der Praxis Unklarheiten hervorruft, zeigt sich jüngst an einer wettbewerbsrechtlichen Entscheidung des OLG Köln (Urteil vom 01. Oktober 2004 – 6 U 85/04 -, <http://www.justiz.nrw.de/RB/nrwe/index.html>). In dieser wird zwar zunächst behauptet, es handele sich bei der dort in Frage stehenden Veranstaltung um eine „Lotterie“, es folgt jedoch im

ausgeht, dass eine „staatliche Genehmigung“ im Sinne des § 763 BGB in allen Ländern gilt, sofern diese nur in einem erteilt wurde<sup>41</sup>, handelt es sich bei den „DDR-Genehmigungen“ schon deswegen nicht um eine „staatliche Genehmigung“ im Sinne des § 763 BGB, weil diese eine Genehmigung zur Sportwettveranstaltung nach geltendem Recht überhaupt nicht umfassen.<sup>42</sup> Ebenso wenig wurden die Voraussetzungen geprüft oder erfüllt, die im Mai 1990 für Sportwettveranstaltungen in der DDR galten. Insoweit stellt sich die Frage (die der Bundesgerichtshof aus den dargestellten Gründen nicht beleuchtet hat), ob die mit Veranstaltern mit „DDR-Genehmigung“ zustande kommenden Wettverträge nicht vielmehr von vornherein nach § 134 BGB i.V.m. § 284 StGB nichtig sind und die §§ 762, 763 BGB dann zurücktreten. Die Verträge sind auf Grund fehlender behördlicher Erlaubnis im Sinne des § 284 StGB ihrem Inhalt nach mit grundlegenden Wertungen der Rechts- und Sittenordnung unvereinbar. Spiel- bzw. Wettverträge, die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, sind schlechthin nichtig.<sup>43</sup> Folge ist, dass ein Rechtsgrund der Veranstalter für das Behalten des Geleisteten (des Spiel- bzw. Wetteinsatzes) nicht besteht. Der daraus resultierende Rückforderungsanspruch in Form eines aus der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts abgeleiteten Bereicherungsanspruch aus § 812 BGB könnte lediglich der § 817 S. 2 BGB entgegen stehen. Ausreichend für die Anwendbarkeit des Rückforderungsausschlusses gemäß § 817 S. 2 BGB ist insofern, dass sich der Spieler leichtfertig der Einsicht des Verbots seines Tuns (vgl. § 285 StGB) verschlossen hat. Dies dürfte in der überwiegenden Anzahl der Fälle von Seiten der Spieler jedoch nicht der Fall sein, was zur Folge hat, dass es jedem Spieler anzuraten wäre, die bei Veranstaltern mit

---

Zusammenhang mit der möglichen Unlauterbarkeit keinerlei Ausführung hinsichtlich der „staatlichen Genehmigung“ i.S.d. § 763 BGB oder der „behördlichen Erlaubnis“ i.S.d. § 287 BGB. Stattdessen wird verdeutlicht, es handele sich um eine „Gratisverlosung“, was allerdings die Veranstaltung einer „Lotterie“ wiederum ausschließt.

<sup>41</sup> So ausdrücklich Palandt/Sprau, 63. Aufl. BGB § 763, Rn. 3; anders für die „behördliche Erlaubnis“ i.S.d. § 284 StGB: BGH, Urteil vom 14. März 2002 - I ZR 279/99 -, NJW 2002, 2175 mwN.

<sup>42</sup> Pointiert gesagt handelt es sich bei der Gewerbe genehmigung nach DDR-Recht genauso wenig um eine ausreichende „staatliche Genehmigung“ i.S.d. § 763 BGB bzw. „behördliche Erlaubnis“ i.S.d. § 284 StGB für eine bundesweite Sportwettveranstaltung wie bei jeder durchschnittlichen Baugenehmigung auch. Bei einer Baugenehmigung – oder jeder anderen öffentlich-rechtlichen Genehmigung – stünde der Behauptung, eine solche sei ausreichend für die Veranstaltung von Glücksspielen/Sportwetten, allerdings schon der Wortlaut zu offensichtlich entgegen; vgl. zu den Ungereimtheiten umfassend und zutreffend Schmidt, WRP 2004, 1145. Auf die von Schmidt, WRP 2004, 1145, ausgeführten Ungereimtheiten verweist mittlerweile auch VG Magdeburg, Beschluss vom 22. November 2004 – 3 B 397/04 MD -, n.v.; VG Magdeburg, Beschluss vom 02. Dezember 2004 – 3 B 525/04 MD -, n.v.

<sup>43</sup> BGH, Urteil v. 12. Juli 1962 – VII ZR 28/61 -, BGHZ 37, 363 (366); bestätigt durch BGH, Urteil v. 25. April 1967 – VII ZR 1/65 -, BGHZ 47, 393 (397). § 134 BGB findet im Übrigen anerkanntermaßen auch dann Anwendung, wenn es zwar um die Verletzung eines nur an eine Vertragspartei gerichteten gesetzlichen Verbots geht, der Zweck des Gesetzes aber nicht anders zu erreichen ist als durch Annullierung der durch das Rechtsgeschäft getroffenen Regelung; vgl. dazu BGHZ 131, 385 (389); 139, 387 (392). Um ein gesetzliches Verbot i.S.d. § 134 BGB handelt es sich auch bei dem § 4 Abs. 2 Satz 2 LottStV, der die Teilnahme Minderjähriger für unzulässig erklärt und in einigen Ländern zusätzlich bei Verstoß bußgeldbewehrt ist, vgl. z.B. § 5 Abs. 1 Nr. 1 des Gesetzes zum Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland vom 18. Juni 2004 (GVObI. Schl.-H. 2004 S. 169) und § 5 Abs. 1 a des Gesetzes zur Ausführung des Staatsvertrages zum Lotteriewesen in Deutschland vom 16. November 2004 (GV. NRW. 2004 S. 686).



„DDR-Genehmigungen“ geleisteten Spiel- bzw. Wetteinsätze zurückzufordern.<sup>44</sup> Auch § 762 Abs. 1 Satz 2 BGB steht dem nicht entgegen, denn er schließt nur bei nicht verbotenem Spiel eine Rückforderung unter bestimmten Voraussetzungen aus. Die Bestimmung ist jedoch auf Spiele, die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, nicht anwendbar.<sup>45</sup> Mittlerweile ist geklärt, dass die in Frage stehenden „DDR-Genehmigungen“ rechtswidrig oder sogar nichtig sind und weder jetzt noch 1990 eine ausreichende behördliche Erlaubnis für die bundesweite Veranstaltung von Glücksspielen im Sinne des § 284 StGB darstell(t)en.<sup>46</sup> Dies ergibt sich – unabhängig von der lokalen Beschränkung der jeweiligen Genehmigung<sup>47</sup> - schon daraus, dass auch im Mai 1990 neben oder auch statt einer Gewerbeerlaubnis im Sinne des § 3 des Gewerbegesetzes der DDR vom 6. März 1990<sup>48</sup> eine Genehmigung des Ministers des Innern der DDR gemäß § 3 Abs. 1 und 3 der Sammlungs- und Lotterieverordnung der DDR vom 18. Februar 1965<sup>49</sup> benötigt wurde<sup>50</sup>, die jedoch in keinem der Fälle eingeholt wurde. Noch nicht abschließend geklärt zu den „DDR-Genehmigungen“ ist lediglich, ob und ggf. bis wann sich die jeweiligen Inhaber oder bestimmte Mittäter oder Unterstützer auf ihre Unkenntnis in wettbewerbs- oder strafrechtlicher Hinsicht berufen konnten, sofern einzelne Behörden und vereinzelt auch Gerichte ein Verhalten ausdrücklich als rechtlich zulässig bewerteten. Unter solchen besonderen Umständen des Einzelfalles ist nämlich ein Verhalten auch dann z. B. nicht als wettbewerbswidrig im Sinne des § 1 UWG zu beurteilen, obwohl eine Person dabei den objektiven Tatbestand des § 284 StGB erfüllt. Es wäre grundsätzlich eine Überspannung der

<sup>44</sup> Vgl. dazu auch Fn.2.

<sup>45</sup> BGH, Urteil v. 12. Juli 1962 – VII ZR 28/61 -, BGHZ 37, 363 (367).

<sup>46</sup> Zwar hob das OLG Hamburg noch im August 2004 hervor, die Rechtslage sei nicht abschließend geklärt. Schon zu dem Zeitpunkt gab es jedoch entgegen den Ausführungen in dem Urteil sehr wohl verwaltungsgerichtliche Hauptsacheentscheidungen; vgl. VG Ansbach, Urteil vom 14. August 2003 – AN 5 K 03.443, n.v.; VG Karlsruhe, Urteil vom 13. Mai 2004 – 11 K 4196/03 -, n.v. (mit ausdrücklichem Hinweis auf den von interessierten Kreisen oftmals herangezogenen Beschluss des VG Karlsruhe vom 10. Mai 2004 – 11 K 160/04 -); VG Dessau, Urteil vom 20. März 2003 – 2 A 132/02 DE -, GewArch 2003, 296; VG München, Urteil vom 27. Januar 2004 – M 16 K 2154/02 -, n.v. Kurz danach folgte BayVGH, Urteil vom 28. September 2004 – 24 BV 03 3162 -, <http://www.vgh.bayern.de/BayVGH/presse/24BV03-3162.pdf>.

<sup>47</sup> OVG LSA, Beschluss vom 28. Januar 2002 – 1 M 2/02 -, GewArch 2002, 199; VG Düsseldorf, Beschluss vom 28. August 2002 – 3 L 2697/02 -, <http://www.justiz.nrw.de/RB/nrwe/index.html>; VG Dessau, Urteil vom 20. März 2003 – 2 A 132/02 DE -, GewArch 2003, 296; VG Magdeburg, Beschluss vom 22. November 2004 – 3 B 397/04 MD -, n.v.

<sup>48</sup> GBl. I S. 138.

<sup>49</sup> GBl. II S. 238.

<sup>50</sup> VG Dessau, Urteil vom 20. März 2003 – 2 A 132/02 DE -, GewArch 2003, 296; OLG Köln, Urteil vom 21. Oktober 2002 – 6 U 195/97 -, <http://www.justiz.nrw.de/RB/nrwe/index.html>; OLG Köln, Urteil vom 01. September 2000 – 6 U 53/99 -, <http://www.justiz.nrw.de/RB/nrwe/index.html>; OLG Köln, Urteil vom 21. Mai 1999 – 6 U 195/97 -, GRUR 2000, 533; so wohl auch VG Düsseldorf, Beschluss vom 04. Juni 2002 – 3 L 2037/02 -, n.v. und VG Magdeburg, Beschluss vom 22. November 2004 – 3 B 397/04 MD -, n.v.; VG Magdeburg, Beschluss vom 02. Dezember 2004 – 3 B 525/04 MD -, n.v.; Dietlein, BayVBl 2002, 161 (166); vgl. auch Schmidt, WRP 2004, 576 (581). Von der Öffentlichkeit bisher kaum wahrgenommen hat auch das OVG Thüringen die Berufung gegen das Urteil des VG Gera (Urteil vom 30. August 2000 – 1 K 1271/96 GE -) mit der Begründung zugelassen, es sei nicht von der Hand zu weisen, dass möglicherweise schon nach DDR-Recht für die Veranstaltung von Sportwetten eine (zusätzliche) Genehmigung nach § 3 Abs. 1, 3 der Sammlungs- und Lotterieverordnung der DDR erforderlich gewesen sei und daher bestehe ein begründeter Anlass zu Zweifeln an der Richtigkeit der Entscheidung des VG Gera, was wiederum einer näheren Prüfung im Berufungsverfahren bedürfe (OVG Thüringen, Beschluss vom 11. Juli 2003 – 3 ZKO 82/01 -, n.v.)!



Pflicht zu lauterem Wettbewerbshandeln und ein unzulässiger Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit, zu verlangen, sich vorsichtshalber auch dann nach der strengsten Gesetzesauslegung und Einzelfallbeurteilung zu richten, wenn die zuständigen Behörden und Gerichte sein Verhalten ausdrücklich als rechtlich zulässig bewerten. Anderes gilt selbstverständlich, wenn jemand die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens kennt oder sich dieser Einsicht bewusst verschließt. Nach der mittlerweile umfangreich ergangenen Rechtsprechung dürfte dieses „bewusste Verschließen“ jedoch mittlerweile auch bei sogenannten „Vermittlern“ vorliegen, denn zumindest in den Ländern, in denen eine solche „DDR-Genehmigung“ nicht erteilt wurde, ist unzweifelhaft geklärt, dass diese keine ausreichende Grundlage für die bundesweite Sportwettenveranstaltung ist.<sup>51</sup> Den Inhabern der „DDR-Genehmigungen“ ist die Rechtswidrigkeit ohnehin bekannt. Zu dieser Bewertung der subjektiven Komponente und einem „bewussten Verschließen“ sind mittlerweile auch

---

<sup>51</sup> OVG LSA, Beschluss vom 28. Januar 2002 – 1 M 2/02 -, GewArch 2002, 199; OVG LSA, Beschlüsse vom 18. März 2005 – 1 M 88/05, 1 M 89/05, 1 M 90/05, 1 M 91/05, 1 M 92/05, 1 M 459/05 -, n.v.; OVG Lüneburg, Beschluss vom 17. März 2005, - 11 ME 369/03 -, n.v. ; VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 12. Januar 2005, - 6 S 1287/04 -, GewArch 148; OVG Berlin, Beschluss vom 10. Juli 2002 – 1 S 9.02 -, n.v.; OVG Münster, Beschluss vom 14. Mai 2004 – 4 B 2096/03 -, GewArch 2004, 339 (bestätigt durch BVerfG, Beschluss vom 03. September 2004 – 1 BvR 1441/04 -, n.v.); OVG Münster, Beschluss vom 05. Dezember 2003 – 4 B 1987/03 -, <http://www.justiz.nrw.de/RB/nrwe/index.html>; OVG Münster, Beschluss vom 05. August 2003 – 4 B 1274/03 -, n.v.; OVG Münster, Beschluss vom 13. Dezember 2002 – GewArch 2003, 162; BayVGH, Urteil vom 28. September 2004 – 24 BV 03 3162 -, <http://www.vgh.bayern.de/BayVGH/presse/24BV03-3162.pdf>; BayVGH, Beschluss vom 04. Januar 2005 – M 22 S 04.1266 -, n.v.; BayVGH, Beschluss vom 05. Januar 2005 – B 1 S 03.939 -, n.v.; BayVGH, Beschluss vom 11. Januar 2005 – M 22 S 04.801 -, n.v.; BayObLG, Beschluss vom 26. November 2003 – 5 St RR 289/03 -, DÖV 2004, 578; BayObLG, Beschluss vom 28. August 2003 – 5 St RR 98/03 -, n.v.; BayObLG, Beschluss vom 18. Juli 2003 – 5 St RR 153/03 -, n.v.; OLG Hamm, Urteil vom 03. Dezember 2003 – 3 Ss 435/03 -, GewArch 2004, 208; OVG Lüneburg, Beschluss vom 04. März 2003 – 11 ME 420/02 -, GewArch 2003, 247; VG Karlsruhe, Urteil vom 13. Mai 2004 – 11 K 4196/03 -, n.v.; VG Düsseldorf, Beschluss vom 24. September 2002 – 3 L 3677/02 -, n.v.; VG Hannover, Beschluss vom 03. November 2003 – 10 B 2024/03 -, n.v.; VG Hannover, Beschluss vom 20. Januar 2005 – 10 B 3180/04 -, n.v. (sowie sieben weitere Beschlüsse vom gleichen Tag); VG Braunschweig, Beschluss vom 18. Dezember 2003 – 5 B 486/03 -, n.v.; VG Dessau, Urteil vom 20. März 2003 – 2 A 132/02 DE -, GewArch 2003, 296; VG Düsseldorf, Beschluss vom 28. August 2002 – 3 L 2697/02 -, <http://www.justiz.nrw.de/RB/nrwe/index.html>; VG Düsseldorf, Beschluss vom 04. Juni 2002 – 3 L 2037/02 -, n.v.; VG Köln, Beschluss vom 12. September 2002 – 1 L 1610/02 -, <http://www.justiz.nrw.de/RB/nrwe/index.html>; VG Gelsenkirchen, Beschluss vom 27. September 2004 – 15 L 1806/04 -, n.v.; VG Regensburg, Beschluss vom 30. November 2004 – RO 11 S 04.1915 -, n.v.; VG Regensburg, Beschluss vom 30. November 2004 – RO 11 S 04.1862 -, n.v.; VG München, Urteil vom 27. Januar 2004 – M 16 K 02.2154 -, <http://www.aufrecht.de>; VG München, Beschluss vom 15. Juni 2004 – M 22 S 04.801 -, n.v.; VG Berlin, Beschluss vom 05. September 2003 – VG 35 A 161.02 -, n.v.; VG Dresden, Beschluss vom 06. November 2003 – 1 K 2609/02 -, n.v.; VG Bayreuth, Beschluss vom 09. August 2004 – B 1 S 03.939 -, n.v.; VG Magdeburg, Beschluss vom 22. November 2004 – 3 B 397/04 MD -, n.v. ; VG Magdeburg, Beschluss vom 02. Dezember 2004 – 3 B 525/04 MD -, n.v.; OLG Köln, Urteil vom 21. Oktober 2002 – 6 U 195/97 -, <http://www.justiz.nrw.de/RB/nrwe/index.html>; auch schon OLG Köln, Urteil vom 21. Mai 1999 – 6 U 195/97 -, GRUR 2000, 533; nunmehr wohl auch OVG Thüringen, Beschluss vom 11. Juli 2003 – 3 ZKO 82/01 -, n.v. Vgl. auch Schmidt, WRP 2004, 1145; Brandl, Spieleidenschaft und Strafrecht, Frankfurt/M. 2003, S. 73 f.; überraschend zurückhaltend insofern Diegmann/Hoffmann, NJW 2004, 2644, die lediglich von „in Westdeutschland nicht genehmigten“ Anbietern sprechen, in diesem Zusammenhang jedoch zutreffend auf die offensichtlich von der „erfreulichen Nebenfolge“ des Glücksspielrechts inspirierten Ausführungen von Hoeller/Bodemann, NJW 2004, 122, verweisen. Welche Auswirkung die seit nunmehr über 4 Jahren ausstehende Hauptsacheentscheidung des OVG Thüringen zur Sportwetten GmbH hat, zeigt die kürzlich ergangene wettbewerbsrechtliche Entscheidung des BGH (Urteil vom 28. Oktober 2004 – I ZR 59/02 -, <http://www.bundesgerichtshof.de>), nach der dem zumindest außerhalb Thüringens illegal tätigen Anbieter Schadensersatz von den legalen Anbietern zugesprochen wurde.

strafgerichtliche Entscheidungen ergangen, die Verurteilungen nach sich zogen.<sup>52</sup> Dass die „DDR-Genehmigungen“, auf die sich die privaten Veranstalter berufen, nicht nichtig sind<sup>53</sup> und Verwaltungsakte von Behörden der DDR nach Art. 19 EV wirksam geblieben sind und grundsätzlich im gesamten erweiterten Bundesgebiet fortgelten, wird von der Rechtsprechung bisher nicht bezweifelt.<sup>54</sup> Diese Feststellungen haben jedoch ohnehin keinerlei Bedeutung dafür, dass die Tätigkeiten der privaten Sportwettanbieter ohne „behördliche Erlaubnis“ im Sinne des § 284 StGB durchgeführt werden und damit zumindest den objektiven Tatbestand einer Strafnorm erfüllen. Denn auch eine ursprünglich nicht ausreichende Erlaubnis hat sich durch den Einigungsvertrag weder inhaltlich noch räumlich erweitert.<sup>55</sup> Daraus folgt auch, dass eine ursprünglich erteilte Erlaubnis – sogar wenn sie entgegen der hier dargelegten Auffassung der Rechtsprechung im Jahre 1990 eine ausreichende Grundlage dargestellt haben sollte – auch nach dem 3. Oktober 1990 lediglich entsprechend ihres ursprünglichen Geltungsbereiches Wirksamkeit beanspruchen kann, d.h., dass die (Sportwett-)Veranstaltung an einem bestimmten Ort von Seiten der anderen Länder als erlaubt anzusehen ist. Damit ist jedoch keinerlei irgendwie geartete Verpflichtung verbunden, die Tätigkeit in anderen Orten oder anderen Ländern – auch nicht über Internet/Telefon/Fax etc. – als erlaubt im Sinne des § 284 StGB hinzunehmen.<sup>56</sup> Neben der fehlenden (ausreichenden) Erlaubnis/Genehmigung sowie der zusätzlichen inhaltlichen Beschränkung ist in einigen Landesgesetzen zusätzlich noch ausdrücklich bestimmt, dass nur Zulassungen nach bestimmten Landesnormen ausreichend sind und daher mit In-Kraft-Treten entsprechender Landesgesetze ggf. bestehende Genehmigungen kraft Gesetzes

---

<sup>52</sup> BayObLG, Beschluss vom 26. November 2003 – 5 St RR 289/03 -, DÖV 2004, 578; OLG Hamm, Urteil vom 03. Dezember 2003 – 3 Ss 435/03 -, GewArch 2004, 208; BayObLG, Beschluss vom 18. Juli 2003 – 5 St RR 153/03 -, n.v.; vgl. auch LG Landshut, Beschluss vom 12. Januar 2005 – 4 Qs 443/04 -, n.v.; LG Regensburg, Beschluss vom 12. Januar 2005 – 1 Qs 138/04 -, n.v. zu Durchsuchungs- und Beschlagnahmeanordnungen.

<sup>53</sup> BGH, Urteil vom 11. Oktober 2001 - I ZR 172/99 -, WRP 2002, 323; OLG Köln, Urteil vom 21. Oktober 2002 – 6 U 195/97 -, <http://www.justiz.nrw.de/RB/nrwe/index.html>.

<sup>54</sup> A.A. mit ausführlicher – zutreffender – Begründung nunmehr jedoch Schmidt, WRP 2004, 1175, der nicht nur die Nichtigkeit der Genehmigungen schon vor dem 03. Oktober 1990 umfassend darlegt, sondern auch die weiteren „Ungereimtheiten“ des „Monopols für Private“ ausführlich und zutreffend kritisch hinterfragt; mit Hinweis auf diese Ausführungen mittlerweile auch VG Magdeburg, Beschluss vom 22. November 2004 – 3 B 397/04 MD -, n.v.; VG Magdeburg, Beschluss vom 02. Dezember 2004 – 3 B 525/04 MD -, n.v.

<sup>55</sup> OVG Münster, Beschluss vom 14. Mai 2004 – 4 B 2096/03 -, GewArch 2004, 339 (bestätigt vom BVerfG, Beschluss vom 03. September 2004 – 1 BvR 1441/04 -, n.v.); OVG Münster, Beschluss vom 05. August 2003 – 4 B 1274/03 -, n.v.; BayVGH, Urteil vom 28. September 2004 – 24 BV 03 3162 -,

<http://www.vgh.bayern.de/BayVGH/presse/24BV03-3162.pdf>; BayVGH, Beschluss vom 03. Dezember 2004, - 24 CS 04.1584 -, [http://www.landesanwaltschaft.bayern.de/documents/04a01584b\\_000.pdf](http://www.landesanwaltschaft.bayern.de/documents/04a01584b_000.pdf); BayObLG, Beschluss vom 28. August 2003 – 5 St RR 98/03 -, n.v.; VGH München, Beschluss vom 05. August 2003 – 24 CS 03.1605 -, n.v.; OVG Lüneburg, Beschluss vom 04. März 2003 – 11 ME 420/02 -, GewArch 2003, 295 jeweils mwN; OVG LSA, Beschlüsse vom 18. März 2005 – 1 M 88/05, 1 M 89/05, 1 M 90/05, 1 M 91/05, 1 M 92/05, 1 M 459/05 -, n.v.; OVG Lüneburg, Beschluss vom 17. März 2005, - 11 ME 369/03 -, n.v.; OLG Köln, Urteil vom 21. Oktober 2002 – 6 U 195/97 -, <http://www.justiz.nrw.de/RB/nrwe/index.html>; auch schon OLG Köln, Urteil vom 21. Mai 1999 – 6 U 195/97 -, GRUR 2000, 533.

<sup>56</sup> Vgl. nur Schmidt, WRP 2004, 586 mwN; Brandl, Spielleidenschaft und Strafrecht, Frankfurt/M. 2003, S. 73 f.; st. Rtspr. OVG Münster, Beschluss vom 05. August 2003 – 4 B 1274/03 -, n.v.; vgl. auch Dietlein, BayVBl 2002, 161 (167) mwN; Dietlein/Hecker, WRP 2003; P.u.U. Stelkens in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. A., § 35 Rn. 266 sowie Sachs in a.a.O., § 43 Rn. 233b.

wirkungslos wurden.<sup>57</sup> Schließlich kann festgestellt werden, dass mittlerweile die privaten Veranstalter offensichtlich auch dazu übergehen, nicht mehr den Adressaten der ursprünglichen – ohnehin nicht ausreichenden – „Gewerbegenehmigung“ tätig werden zu lassen, sondern sich z. B. als Annahmestellen für ausländische Anbieter zu betätigen oder zumindest juristische Personen zwischenschalten.<sup>58</sup> Zusätzlich werden ausländische Veranstalter an den hier auftretenden Unternehmen gesellschaftsrechtlich beteiligt. Damit wird jedoch zusätzlich zu den aufgeführten Begründungen die ursprüngliche Berechtigung in persönlicher und wirtschaftlicher Hinsicht verlagert. Dies widerspricht nicht nur der ausdrücklich vorgegebenen persönlichen Bindung auch nach sächsischem und thüringischem Recht<sup>59</sup>, sondern steht auch nicht im Einklang mit den Grundsätzen von Befreiungen von einem repressivem Verbot im Sinne des §§ 284 ff. StGB. Denn entsprechende Befreiungen in Form einer Erlaubnis sind immer personenbezogen<sup>60</sup> und können weder übertragen noch aufgeteilt noch zur Durchführung überlassen werden. Aus welchen Gründen auch mittlerweile fast 15 Jahre nach Erteilung der erwähnten „DDR-Genehmigungen“ noch immer erfolgreich behauptet wird, sie würden eine ausreichende Grundlage für die praktizierte Sportwettveranstaltung darstellen, lässt sich schwerlich nachvollziehen. Einerseits dürfte gut bezahlte – nicht immer seriöse - Rechtsberatung den Grundstein legen, andererseits scheinen die Länder, in denen die Genehmigungen erteilt wurden, nicht willens oder in der Lage zu sein, die Rechtslage ausreichend klarzustellen.<sup>61</sup> Dabei sind allerdings in Thüringen die der sonstigen Rechtsprechung entgegenstehenden (nicht rechtskräftigen) Entscheidungen der dortigen Gerichte<sup>62</sup> und in Sachsen neben dem Oberverwaltungsgericht<sup>63</sup> die in der Rechtsprechung verarbeitete Auffassung des

---

<sup>57</sup> VG Dessau, Urteil vom 20. März 2003 – 2 A 132/02 DE -, GewArch 2003, 296 zur Rechtslage in Sachsen-Anhalt; vgl. auch VG Magdeburg, Beschluss vom 22. November 2004 – 3 B 397/04 MD -, n.v.; VG Magdeburg, Beschluss vom 02. Dezember 2004 – 3 B 525/04 MD -, n.v.; P.u.U. Stelkens in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. A., § 35 Rn. 266 sowie Sachs in a.a.O., § 43 Rn. 233b.

<sup>58</sup> Vgl. dazu z.B. OVG Sachsen, Beschluss vom 22. Dezember 2004 - 3 Bs 403/04 -, n.v., das ansonsten im Wesentlichen abweichende Auffassungen vertritt und im Übrigen die getrennt zu bewertenden Untersagungs- und Erlaubnisverfahren verkennt; FG Thüringen, Beschluss vom 15. Januar 2004 – I 1216/03 V -, n.v. (in diesem Zusammenhang vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 08. Juni 2004 – 2 BvR 2212/00 -, NVwZ-RR 2004, 890). Mit welcher Energie – in dem Fall - von der Sportwetten GmbH (Gera) versucht wird, nicht nur die ohnehin zweifelhafte Veranstaltung selbst fortzuführen, sondern auch noch sämtliche Abgaben- und Steuernpflichten auf ggf. strafbarem Weg zu umgehen, zeigen die Ausführungen des Beschlusses des FG in aller Ausführlichkeit.

<sup>59</sup> Schmidt, WRP 2004, 584.

<sup>60</sup> Auch bereits nach DDR-Recht; vgl. auch VG Dresden, Beschluss vom 06. November 2003 – 1 K 2609/02 -, n.v.

<sup>61</sup> Zu den „Ungereimtheiten“ zutreffend Schmidt, WRP 2004, 1175; vgl. auch VGH Kassel, Beschluss vom 27. Oktober 2004, - 11 TG 2096/04 -, n.v., der die „Duldung von ungenehmigter Sportwettveranstaltung und –vermittlung durch die zuständigen Behörden“ hervorhebt und daher kritisch hinterfragt, ob die gesetzgeberische Einschätzung der Unerwünschtheit des Glücksspiels noch überzeugt.

<sup>62</sup> OVG Thüringen, Beschluss vom 21. Oktober 1999 – 3 EO 939/97 -, GewArch 2000, 118; VG Gera, Beschluss vom 13. Januar 1997 – 1 E 1274/96 GE -, n.v.; Beschluss vom 5. November 1999 – 1 E 1060/99 GE -, ThürVBl 2000, 66; Urteil vom 30. August 2000 – 1 K 1271/96 GE -, n.v. (die Berufung wurde mittlerweile jedoch zugelassen, vgl. OVG Thüringen, Beschluss vom 11. Juli 2003 – 3 ZKO 82/01 -, n.v.).

<sup>63</sup> OVG Sachsen, Beschlüsse vom 22. Dezember 2004 – 3 Bs 403/04, 3 Bs 405/04, 3 BS 28/04 -, n.v. Weder eine Interessenabwägung noch eine getrennte Bewertung von § 284 StGB einerseits und den landesrechtlichen

Sächsischen Staatsministerium des Innern<sup>64</sup> zu berücksichtigen. Ferner existieren einige eigenwillige (überwiegend erstinstanzliche) strafgerichtliche Entscheidungen, die entgegen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs die Auffassung vertreten, die Strafnorm des § 284 StGB sei nicht erfüllt oder nicht anwendbar.<sup>65</sup> Mittlerweile scheinen jedoch die anderen Länder nicht mehr zusehen zu wollen.<sup>66</sup>

### c. Öffentliches Recht

Wie im Zivilrecht gab es - bis zum In-Kraft-Treten des LottStV - auch im Öffentlichen Recht keine Definition des Begriffs „Glücksspiel“. Einzelne Länder sahen in

Verwaltungsvorschriften zum jeweiligen Lotteriegesezt<sup>67</sup> lediglich eine Definition des Begriffs

---

Erlaubnisvoraussetzungen andererseits ist in den Beschlüssen erkennbar. Damit nähert sich der Inhalt dieser Beschlüsse bereits den wohl einzigartigen Beschlüssen des VG Halle vom 17. Januar 2005. Diese ließen die Berücksichtigung oder gar Einhaltung fundamentaler rechtsstaatliche Grundanforderungen nicht erkennen, denn als Grundlage für die Beschlüsse ist anscheinend weder der relevante Sachverhalt ermittelt noch eine Subsumtion unter konkrete entscheidungserhebliche Rechtsnormen erfolgt, obwohl zur Gesetzesanwendung und damit auch zu der von Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG garantierten gerichtlichen Rechtmäßigkeitskontrolle nicht nur die einwandfreie Subsumtion, sondern auch die Ermittlung des richtigen Sachverhalts gehört, soweit er für die Subsumtion relevant ist (BVerfGE 15, 275 (282); 61, 82 (110 f.); 64, 261 (279); 67, 43 (58); 78, 214 (226); 84, 34 (49); 84, 59 (77); 103, 142 (156); BVerwGE 94, 307 (309); Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, Band 2, Stand: Februar 2003, Art. 19 Abs. 4 Rn. 154). Zu Recht sind die Beschlüsse des VG Halle nach nur ca. acht Wochen durch das OVG LSA mit den Beschlüssen vom 18. März 2005 – 1 M 88/05, 1 M 89/05, 1 M 90/05, 1 M 91/05, 1 M 92/05 - einschließlich der Streitwertfestsetzungen mit entgegengesetztem Ergebnis abgeändert worden. Eine weitere Steigerung fernab jeglicher rechtsstaatlicher Grundsätze bietet nunmehr das VG Wiesbaden (Beschlüsse vom 11. und 18. Mai 2005 – 5 G 1641/04, 5 G 592/05 -, n.v.), das neben dieser Missachtung auch noch einen grundrechtlichen Anspruch auf Gleichheit im Unrecht (!) begründet. Es bleibt zu hoffen, dass diese und entsprechende willkürliche gerichtliche Entscheidungen umgehend in der nächsten Instanz oder aufgrund eigener Einsicht aufgehoben bzw. abgeändert werden.

<sup>64</sup> BGH, Urteil vom 11. Oktober 2001 - I ZR 172/99 -, WRP 2002, 323.

<sup>65</sup> Zu entsprechenden strafgerichtlichen Entscheidungen, die den § 284 StGB nicht anwenden, ist jedoch darauf hinzuweisen, dass diese ausdrücklich der Rechtsprechung des BGH zum Gemeinschaftsrecht entgegenstehen und zudem verfassungsrechtlich zweifelhaft sind, da sie das Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts nach Art. 100 Abs. 1 GG in Frage stellen. Wohl auch aus diesem Grund handelt es sich soweit ersichtlich und sofern nicht erstinstanzlich lediglich um landgerichtliche Beschwerdeentscheidungen, die nicht mehr mit Rechtsmitteln angegriffen werden konnten.

<sup>66</sup> Vgl. Pressemitteilung des Landesverwaltungsamts Sachsen-Anhalt vom 24. März 2005, das von Sachsen-Anhalt aus erfolgreich gegen die in Frage stehenden Anbieter „betandwin e.K.“, „Sportwetten GmbH (Gera)“, „Wettbüro Hobiger“, „Digibet wetten.de AG“ und „Deutsche Sportwettengesellschaft mbH“ vorgeht, [http://www.asp.sachsen-anhalt.de/presseapp/data/lvwa/2005/020\\_2005htm](http://www.asp.sachsen-anhalt.de/presseapp/data/lvwa/2005/020_2005htm).

<sup>67</sup> Z.B. die Verwaltungsvorschriften zum Gesetz über Lotterien und Ausspielungen im Lande Sachsen-Anhalt (LottG LSA; Gesetz vom 27. April 1993 (GVBl. LSA S. 200), zuletzt geändert durch Gesetz vom 18. Juni 2004 (GVBl. LSA S. 326); die VV-LottG finden sich im RdErl. des MI vom 10. Januar 2002 (MBI. LSA S. 160)). Nur am Rande sei angemerkt, dass die Ausführungen von Schmidt (WRP 2004, 579) zur Rechtslage im Land Sachsen-Anhalt unzutreffend sind. Entgegen der dortigen Darstellung entsprechen die lotterierechtlichen Regelungen insbesondere nicht denen in Nordrhein-Westfalen. Die Erlaubnisvoraussetzung des „hinreichenden öffentlichen Bedürfnisses“ in § 2 Nr. 1 der Lotterieverordnung NW ist vom VG Düsseldorf (Urteil vom 31. August 2001, NWVBl. 2002, 393) entgegen der höchstrichterlichen Rechtsprechung für verfassungswidrig und nichtig erklärt worden (so noch korrekt und zu Recht mit kritischen Anmerkungen zur Widersprüchlichkeit des Urteils auf den Seiten 577, 578). Auch als Reaktion auf dieses Urteil wurde jedoch im Land Sachsen-Anhalt sowohl das LotterieG als auch das Lotto-Toto-G durch das Zweite Gesetz zur Änderung des LotterieG und des Lotto-Toto-G vom 17. Mai 2001 (GVBl. LSA S.172) geändert und das „Bedürfnisprinzip“ klargestellt, um zukünftig ähnlichen gerichtlichen Entscheidungen in Sachsen-Anhalt vorzubeugen (dazu Martell, LKV 2001, 452). In der Folge wurden auch die VV-LottG geändert, so dass sie nunmehr nicht „in der praktischen Anwendung einen anderen Inhalt“ (Schmidt, WRP 2004, 578) erfahren. Die benannte frühere Nr. 5.2 des RdErl.

„Lotterie“ vor. Danach ist eine Lotterie eine Veranstaltung, bei der einer Mehrzahl von Personen vertragsgemäß die Möglichkeit eröffnet wird, nach einem bestimmten Plan gegen einen bestimmten Einsatz einen bestimmten Geldgewinn zu erlangen, dessen Erzielung, den Mitspielern erkennbar, vom Zufall abhängig ist.<sup>68</sup> In dem LottStV wurde nun erstmals durch die Landesgesetzgeber eine bundeseinheitliche Legaldefinition eingeführt.<sup>69</sup> Ein Glücksspiel liegt danach 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.<sup>70</sup> Für Wetten ist im LottStV keine eigenständige Legaldefinition aufgenommen worden, da es auf Grund der (mittlerweile) eindeutigen höchstrichterlichen Rechtsprechung, die Sportwetten (jedenfalls mit festen Gewinnquoten) als Glücksspiel im Sinne § 284 StGB wertet<sup>71</sup>, nicht mehr erforderlich ist. Um dies jedoch ausdrücklich klarzustellen, wird der Begriff „Glücksspiel“ zusätzlich dadurch definiert, dass die Entscheidung über den Gewinn in jedem Fall vom Zufall abhängt, wenn dafür der ungewisse Eintritt oder Ausgang zukünftiger Ereignisse maßgeblich ist.<sup>72</sup> Entsprechend der bisherigen Rechtsprechung, die die Lotterie als spezielle Form des Glücksspiels bewertet hat<sup>73</sup>, sieht der LottStV vor, dass ein Glücksspiel, bei dem einer Mehrzahl von Personen die Möglichkeit eröffnet wird, nach einem bestimmten Plan gegen ein bestimmtes Entgelt die Chance auf einen Geldgewinn zu erlangen, eine Lotterie ist<sup>74</sup> und eine Ausspielung vorliegt, wenn anstelle von Geld Sachen oder andere geldwerte Vorteile gewonnen werden können<sup>75</sup>. In einigen Ländern existieren zudem öffentlich-rechtliche Regelungen, die - unabhängig von der strafrechtlichen Bewertung als „Glücksspiel“ im Sinne des § 284 StGB – z.B. die gewerbsmäßige Vermittlung von Wetten über die Ziehung von Zahlen (Zahlenlotto) und über sportliche Wettkämpfe (Sportwetten)<sup>76</sup> eigenständig landesrechtlich strafbewehrt verboten

des MI vom 01. August 1994 (MBL LSA S. 2283), geändert durch RdErl. vom 03. August 1999 (MBL LSA S. 1173) ist im Rahmen der Gesetzesänderung mit dem gegenteiligen Inhalt ausdrücklich in das Gesetz aufgenommen worden: „Für das hinreichende öffentliche Bedürfnis bleibt der Zweck der Veranstaltung, namentlich die vorgesehene Verwendung des Zweckertrages, außer Betracht.“ (§ 3 Abs. 1 Satz 3 LottG LSA).

<sup>68</sup> Nr. 2.1 VV-LottG LSA (RdErl. des MI vom 10. Januar 2002 (MBL LSA S. 160)).

<sup>69</sup> Der LottStV einschließlich der Erläuterungen findet sich auch unter

<http://www.stmi.bayern.de/imperia/md/content/stmi/service/gesetzeundvorschriften/lotteriestaatsvertrag.pdf>.

<sup>70</sup> § 3 Abs. 1 Satz 1 LottStV.

<sup>71</sup> BGH, Urteil vom 28. November 2002 – 4 StR 260/02 -, GewArch 2003, 332; mittlerweile hält der BGH eine Erörterung nicht mehr für erforderlich, vgl. BGH, Urteil vom 1. April 2004 – I ZR 317/01 -, GewArch 2004, 336; ferner BVerwG, Urteil vom 28. März 2001 - 6 C 2.01 -, DÖV 2001, 960; BGH, Urteil vom 14. März 2002 - I ZR 279/99 -, NJW 2002, 2175; OVG LSA, Beschluss vom 28. Januar 2002 - 1 M 2/02 -, GewArch 2002, 199; OVG Münster, Beschluss vom 13. Dezember 2002 - 4 B 1844/02 -, NVwZ-RR 2003, 351; OVG Lüneburg, Beschluss vom 04. März 2003 - 11 ME 420/02 -, GewArch 2003, 247; BayObLG, Beschluss vom 26. November 2003 - 5 St RR 289/03 -, DÖV 2004, 578; VGH Kassel, Beschluss vom 27. Oktober 2004 – 11 TG 2096/04 -, n.v. jeweils mwN.

<sup>72</sup> § 3 Abs. 1 Satz 2 LottStV; vgl. dazu VG Magdeburg, Beschluss vom 22. November 2004 – 3 B 397/04 MD -, n.v.; VG Magdeburg, Beschluss vom 02. Dezember 2004 – 3 B 525/04 MD -, n.v.

<sup>73</sup> BGH, Urteil vom 14. März 2002 - I ZR 279/99 -, NJW 2002, 2175.

<sup>74</sup> § 3 Abs. 3 Satz 1 LottStV.

<sup>75</sup> § 3 Abs. 3 Satz 2 LottStV.

<sup>76</sup> So der Wortlaut in § 14 des Gesetzes über das Zahlenlotto und über Sportwetten im Lande Sachsen-Anhalt vom 16. August 1991 (GVBl. LSA S. 266), zuletzt geändert durch Gesetz vom 15. Oktober 2004 (GVBl. LSA S. 744) – Lotto-Toto-G LSA – und nunmehr § 18 des Glücksspielgesetzes des Landes Sachsen-Anhalt – GlüG LSA



haben. Die bei vereinzelt Amts- und Landgerichten in Strafsachen noch immer abweichende Rechtsprechung, dass es sich bei Sportwetten mit festen Gewinnquoten (sogenannten Oddset-Sportwetten) nicht um Glücksspiele im Sinne des § 284 StGB handelt<sup>77</sup>, kann bei entsprechenden Regelungen dahinstehen, da eine Subsumtion unter den Tatbestand dieser eigenständigen Strafnormen insofern unzweifelhaft möglich ist.<sup>78</sup> Abweichend vom LottStV wurden in Schleswig-Holstein parallel zum LottStV Glücksspiele dahingehend definiert, dass es sich dabei um Lotterien, Ausspielungen, Zusatzlotterien und –ausspielungen sowie Wetten über den Ausgang von Sportergebnissen handelt, die landesweit angeboten werden<sup>79</sup>.

---

(GVBl. LSA S. 846); ähnliche Regelungen z. B. in Hessen, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Saarland; vgl. dazu auch Schmidt, WRP 2004, 576; Korte, GewArch 2004, 188, Fn. 3.

<sup>77</sup> So AG Karlsruhe-Durlach, Urteil vom 13. Juli 2000 – 1 Ds 26 Js 31893/98 -, GewArch 2001, 234, das es entgegen der o.a. Rechtsprechung genügen lassen will, dass der Spieler bei seiner Entscheidung, auf wen er setzt, Geschicklichkeit anwendet. Nach dieser Betrachtungsweise wäre das spielentscheidende Ereignis nicht der Ausgang des sportlichen Wettkampfes, sondern die Richtigkeit der Prognose des Spielers. Selbst die fundierteste, bestens begründete und am geschicktesten recherchierte Prognose hat jedoch keinerlei kausalen Einfluss auf den tatsächlichen Ausgang des sportlichen Wettkampfes. Gewinnen kann nur die mit dem Ausgang des Wettkampfes übereinstimmende und nicht die am geschicktesten erstellte Prognose. Dass diese Auffassung daher abwegig ist, ergibt sich schon daraus, dass Glücksspiele anerkanntermaßen – auch vom AG Karlsruhe-Durlach – immer vom Ausgang ungewisser Ereignisse abhängig sind, über die ebenfalls immer eine Prognose erstellt werden könnte, auf die der Spieler auch Einfluss hat. Folge dieser Auffassung wäre also, dass in diesem Fall immer Geschicklichkeits- und niemals Glücksspiele vorlägen. Es ist insofern bereits zu bezweifeln, ob das AG Karlsruhe-Durlach diese Auffassung, die den Anwendungsbereich der §§ 284 ff. StGB minimalisieren oder gar generell ausschließen würde, „zu Ende gedacht“ hat. (vgl. zu der Entscheidung des Amtsgerichts Karlsruhe-Durlach und auch zu dem vom BGH aufgehobenen Urteil des Landgerichts Bochum vom 26. Februar 2002 insbesondere OVG Lüneburg, Beschluss vom 4. März 2003 - 11 ME 420/02 -, NdsVBl. 2003, 158; VGH Kassel, Beschluss vom 27. Oktober 2004, - 11 TG 2096/04 -, n.v. und OVG Münster, Beschluss vom 13. Dezember 2002 – 4 B 1844/02 -, GewArch 2003, 162). Zu einzelnen Entscheidungen, die – laut anwaltlichem Vorbringen – von der höchstrichterlichen Rechtsprechung abweichen, siehe Hinweise bei VG München, Beschluss vom 29. März 2004 – M 22 S 04.873 – n.v.; VG München, Beschluss vom 31. März 2004 – M 22 S 04.1266, n.v.

<sup>78</sup> Vgl. OVG Lüneburg, Beschluss vom 4. März 2003 – 11 ME 420/02 -, GewArch 2003, 295; VG Dessau, Urteil vom 20. März 2003 – 2 A 132/02 DE -, GewArch 2003, 296; VG Braunschweig, Beschluss vom 18. Dezember 2003 – 5 B 486/03 -, n.v.; VG Magdeburg, Beschluss vom 22. November 2004 – 3 B 397/04 MD -, n.v.; VG Magdeburg, Beschluss vom 02. Dezember 2004 – 3 B 525/04 MD -, n.v. Entsprechende Regelungen der Länder dürften im Übrigen zur Folge haben, dass die dort benannten Wetten (z.B. Wetten über sportliche Wettkämpfe) auch dann in den Anwendungsbereich der jeweiligen Norm fallen, sofern sie in ihrer jeweiligen Ausgestaltung weder als Glücksspiel oder Lotterie i.S.d. §§ 284, 287 StGB noch als Glücksspiel oder Lotterie i.S.d. § 3 Abs. 1 oder 3 LottStV zu werten sind. Denn unzweifelhaft sind trotz der mittlerweile unstrittigen höchstrichterlichen Rechtsprechung zu (Oddset-)Sportwetten- also Wetten mit festen Quoten – andere Formen von Sportwetten möglich und denkbar, die nicht als Glücksspiel bzw. Lotterie zu werten sein könnten. Die in den Ländern angebotene Sportwette in Form der „Elferwette“ (Toto) könnte z.B. – je nach Ausgestaltung – als Lotterie und nicht als Glücksspiel zu bewerten sein, da sie im Gegensatz zur Oddset-Sportwette mit festen Einsätzen nach einem bestimmten Plan angeboten wird. Ferner wird auch vertreten, dass zumindest Wetten auf einzelne Spielpaarungen bei der Oddset-Sportwette ein Geschicklichkeitsspiel sein könnten, vgl. dazu und zu unterschiedlichen Arten der Sportwette auch Voßkuhle/Bumke, a.a.O. sowie VGH Kassel, Beschluss vom 27. Oktober 2004, - 11 TG 2096/04 -, n.v. Das Bundesverwaltungsgericht hat in diesem Zusammenhang hervorgehoben, dass die (Oddset-)Sportwette insbesondere deshalb als Glücksspiel i.S.d. § 284 StGB zu bewerten sei, weil die Bedingungen der Teilnahme weitgehend frei vereinbart werden könnten und das Zufallsprinzip deutlich werde, wenn nicht auf bestimmte Sportereignisse, sondern auf mehrere aus einer Vielzahl von Ereignissen, abgestellt werde (Urteil vom 28. März 2001 – 6 C 2.01 -, BVerwGE 114, 92; so auch VGH Kassel, Beschluss vom 27. Oktober 2004, - 11 TG 2096/04 -, n.v.).

<sup>79</sup> Vgl. § 2 des Gesetzes über in öffentlicher Trägerschaft veranstaltete Lotterien und Sportwetten vom 28. September 2004 (GVBl. Schl.-H. 2004 S.353). Gemäß Begründung zum Gesetzentwurf soll dieser Glücksspielbegriff enger als der in § 284 StGB sein (vgl. LT-Drs. 15/3343). Ob eine solche eigenständige Definition in Anbetracht der Definition im LottStV klarstellend wirkt, muss allerdings bezweifelt werden.



#### d. Gemeinschaftsrecht

Nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs liegt ein Glücksspiel vor, wenn ein Spiel gegen ein speziell für die Teilnahme bestimmtes Entgelt die Chance auf einen Geldgewinn eröffnet.<sup>80</sup> Eine relativ geringe Höhe der Einsätze und Gewinne ist dabei nicht relevant, da diese keineswegs verhindern, dass durch ein Spiel erhebliche Beträge eingenommen werden können. Dies gilt insbesondere bei solchen Spielen, bei denen auf Grund der Zahl und der Neigung der in Betracht kommenden Spieler die Möglichkeit besteht, dass wegen der Kürze eines Spiels und seines Fortsetzungscharakters, sehr viele Spiele hintereinander gespielt werden.<sup>81</sup> Eine Abgrenzung zum Geschicklichkeitsspiel hat der Europäische Gerichtshof dabei trotz ausdrücklicher Fragestellung des vorlegenden nationalen Gerichts<sup>82</sup> nicht unternommen. Auch soweit die Entscheidung über den Gewinn auf der Geschicklichkeit des Spielers beruht und gegebenenfalls die Unterhaltung im Vordergrund stehen sollte, sind Spiele, die gegen ein Entgelt an Spielautomaten gespielt werden, als Glücksspiele anzusehen, die mit den Lotterien vergleichbar sind.<sup>83</sup> Auch Wetten über Sportwettkämpfe bieten wie reine Glücksspiele als Gegenleistung für einen Einsatz eine Chance auf einen Geldgewinn und sind damit gemeinschaftsrechtlich als Glücksspiel anzusehen.<sup>84</sup> Lediglich im Übrigen können sie mit den reinen Glücksspielen nicht gleichgestellt werden. 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 wie reine Glücksspiele.<sup>85</sup> Um keine Glücksspiele handelt es sich dagegen bei Preisausschreiben in Zeitschriften in Form von Kreuzworträtseln oder anderen Rätseln, die Lesern, die die richtigen Antworten einsenden, im Rahmen einer Verlosung die Möglichkeit von Gewinnen bieten.<sup>86</sup> Wie der Europäische Gerichtshof festgestellt hat, stellen solche Spiele, die nur in kleinem Rahmen veranstaltet werden und bei denen weniger auf dem Spiel steht, keine unabhängige wirtschaftliche Betätigung dar, sondern nur einen Gesichtspunkt des redaktionellen Inhalts einer Zeitschrift unter anderen.<sup>87</sup> Der zu Grunde liegende Fall betraf das in Österreich geltende wettbewerbsrechtliche Verbot, Zeitschriften zu verkaufen, die –

<sup>80</sup> EuGH, Urteil vom 21. September 1999 – C 124/97 (Läärä) -, GewArch 1999, 476, Rn.17.

<sup>81</sup> EuGH, a.a.O., Rn.18 zur Regulierung des Verkaufs und Betriebs von Geldspielautomaten in Finnland; die entsprechenden Regelungen in Deutschland werden grundsätzlich von den (bundesgesetzlichen) §§ 33 ff. GewO erfasst. Zur Abgrenzung der §§ 33 ff. GewO zum Glücksspielrecht vgl. VG Halle, Beschluss vom 04. August 2004 – 1 B 25/04 HAL -, n.v.

<sup>82</sup> EuGH, a.a.O., Rn.9.

<sup>83</sup> EuGH, a.a.O., Rn.11, 18.

<sup>84</sup> EuGH, Urteil vom 21. Oktober 1999 – C 67/98 (Zenatti) -, GewArch 2000, 19, Rn.18, 19.

<sup>85</sup> EuGH, a.a.O., Rn.18.

<sup>86</sup> EuGH, a.a.O., Rn. 16 unter Hinweis auf EuGH, Urteil vom 26. Juni 1997 – C 368/95 (Familiapress) -, Slg. 1997, I-3689.

<sup>87</sup> EuGH, Urteil vom 26. Juni 1997 – C 368/95 (Familiapress) -, Slg. 1997, I-3689, Rn.23.

ohne Leistung eines Entgelts neben den Kosten für die Übermittlung - die Teilnahme an Preisausschreiben ermöglichen.

## 2. „Glücksspielmonopol“

Nachdem nunmehr dargelegt ist, was als Glücksspiel gilt, bleibt hervorzuheben, dass es in den Ländern durch Gesetz verankerte, monopolisierte Bereiche bei Glücksspielen – soweit überhaupt - teilweise im Bereich des Betriebs von Spielbanken, der Klassenlotterien (NKL, SKL), in einigen Ländern bei den speziellen Formen der sogenannten Zusatzlotterien (Spiel 77, Super 6) sowie bei der Veranstaltung von Wetten<sup>88</sup> (Sportwetten, Zahlenlotto, Toto)<sup>89</sup> gab und gibt. Auch hierzu ist für eine differenzierte Betrachtung jedoch Folgendes zu berücksichtigen: Der Betrieb von Spielbanken wird nicht in allen Ländern durch ein Veranstaltermonopol und keineswegs durch ein „staatliches“ zugelassen. Zwar ist die Anzahl der Spielbanken in den Ländern verfassungsrechtlich unbedenklich<sup>90</sup> stark beschränkt; dies bedeutet jedoch nicht, dass es sich dabei um ein gesetzlich verankertes Monopol handelt – insbesondere kein „staatliches“. So gibt es in einigen Ländern nicht nur mehrere Spielbanken, sondern diese werden gegebenenfalls auch von unterschiedlichen – privaten - Betreibern geführt.<sup>91</sup> Zudem gibt es mehrere Länder, in denen zwar nur durch einzelne Unternehmen Spielbanken betrieben werden dürfen, diese jedoch ohne jegliche gesellschaftsrechtliche Einflussmöglichkeit des Staates.<sup>92</sup> Die zwei existierenden sogenannten Klassenlotterien als spezielle Formen einer Lotterie werden durch die Länder selbst veranstaltet. Die SKL wird auf Grundlage eines von Ländern geschlossenen Staatsvertrages mittels einer Anstalt des öffentlichen Rechts, die NKL auf Grund einer „Ländervereinbarung“ in Form eines gemeinsamen Eigenbetriebs der Länder durchgeführt.<sup>93</sup> Beide Veranstaltungen bedienen sich (privater) Lottereeinnehmer, deren Auswahl unterschiedlich ausgestaltet ist.<sup>94</sup> Die sogenannten Zusatzlotterien, die in der Praxis

<sup>88</sup> „Wetten“ i.S.d. öffentlichen Rechts (Sicherheitsrecht); zivilrechtlich handelt es sich um „Spiel“ i.S.d. § 762 BGB und nicht um „Wette“, vgl. OVG Koblenz, Urteil vom 24. Oktober 1990 - 2 A 10034/90 -, NVwZ-RR 1991 (bestätigt durch BVerwG, Urteil vom 23. August 1994 - 1 C 18/91 -, NVwZ 1995, 475).

<sup>89</sup> Seit Kurzem wird in Hessen, Rheinland-Pfalz, dem Saarland und Mecklenburg-Vorpommern auch „Keno“ sowie „Plus 5“ veranstaltet, das nach dort geltendem Landesrecht z.T. als Lotterie ausgelegt wird. Zu ordnungsrechtlichen Bedenken gegen „Keno“ in Baden-Württemberg, vgl. LT-Drs.13/3047 vom 23. März 2004.

<sup>90</sup> BVerfG, Beschluss vom 19. Juli 2000 – 1 BvR 539/96 -, BVerfGE 102, 197.

<sup>91</sup> So z. B. in Berlin und Mecklenburg-Vorpommern.

<sup>92</sup> So z. B. in Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Rheinland-Pfalz und zukünftig wohl auch Niedersachsen.

<sup>93</sup> Z.T. werden auch andere Normen und Rechtsformen behauptet; vgl. z.B. Staudinger/Engel, BGB, 12. Aufl., § 763 Rn.19; MüKo/Pecher, BGB, § 763 Rn.4. Zur Struktur auch Brandl, Spieleidenschaft und Strafrecht, Frankfurt/M. 2003, S. 145 f.

<sup>94</sup> Ob die normativen Regelungen für die Auswahl/Konzessionierung der Lotterie-Einnehmer der SKL und NKL verfassungs- und glücksspielrechtlichen Anforderungen genügen, wird hier nicht weiter ausgeführt (zum Gesetzesvorbehalt für neue Glücksspielangebote vgl. HVerfG, Urteil vom 21. Oktober 2003 – HVerfG 10/02 -, <http://www.jurpc.de/rechtspr/20030308.htm>). Hinzuweisen bleibt in diesem Zusammenhang auch auf eine Entscheidung des BFH (Urteil vom 05. Februar 2002 – VIII R 31/01 -, <http://www.bundesfinanzhof.de>), in der dargestellt wird, dass die SKL den Lotterie-Einnehmern eine Konzession bzw. einen vorläufigen Geschäftsauftrag zum Betrieb einer Verkaufsstelle vergibt und die Lotterie-Einnehmer üblicherweise

bekanntermaßen direkt mit dem Zahlenlotto oder auch anderen Angeboten der Landeslottounternehmen gemeinsam gespielt werden können, sind in einigen Ländern gesetzlich als Zusatzlotterien dem gegebenenfalls bestehenden Wettmonopol zugeordnet<sup>95</sup>, in anderen Ländern werden sie als Lotterie auf Grundlage der lotterierechtlichen Regelungen – und damit nicht monopolisiert - erlaubt.<sup>96</sup> Schließlich gibt es auch bei den Wetten nicht in allen Ländern gesetzlich verankerte (staatliche) Monopole. Einige Länder haben überhaupt keine gesetzliche Regelung, einige bestehende Gesetze äußern sich nicht zu Monopolen, einige sehen zwar Erlaubnistatbestände, aber nicht für Private vor.<sup>97</sup> Für den Bereich der (Sport-)Wetten wird allerdings durch die §§ 5 Abs. 4 i.V.m. §§ 6 ff. LottStV nunmehr bundeseinheitlich klargestellt, dass andere als die in § 5 Abs. 2 LottStV genannten Veranstalter nur Lotterien und Ausspielungen unter den in den §§ 6 ff. LottStV vorgesehenen Beschränkungen und damit keine Wetten oder sonstigen Glücksspiele veranstalten dürfen.<sup>98</sup> Mögliche Unklarheiten zu dem bestehenden Verbot der Zulassung privater Anbieter zur Veranstaltung von Sportwetten werden dadurch beseitigt.<sup>99</sup> Die Veranstaltung von Lotterien (und Ausspielungen) ist dementsprechend grundsätzlich auch zukünftig privaten Veranstaltern ermöglicht.<sup>100</sup> Auch wenn bereits erste – unzutreffende - Zweifel an der

---

Handelsvertreter i.S.v. § 84 Abs. 1 Satz 1 HGB sind (BGH, Urteil vom 21. Januar 1965 – VII ZR 22/63 -, BGHZ 43, 108; BGH, Urteil vom 22. Juni 1972 – VII ZR 36/71 -, BB 1972, 938). In dem entschiedenen Fall wurde entgegen dem Verbot des § 4 Abs. 1 der Geschäftsanweisung der SKL durch den Einnehmer ein Dritter am Ertrag der Lotterie-Einnahmen beteiligt und dafür eine BGB-Innengesellschaft gegründet. Obwohl die SKL Kenntnis vom Gesellschaftsvertrag des Einnehmers mit dem Dritten und damit von dem Verstoß gegen das von ihr vorgesehene Verbot hatte, scheint es kein Hinderungsgrund für die SKL gegeben zu haben, mit eben jenem Dritten als Kreditnehmer einen Kreditvertrag im Zusammenhang mit der Verkaufsstelle abzuschließen. Zum Überschreiten der jeweiligen Erlaubnis der NKL und SKL vgl. Brandl, Spielleidenschaft und Strafrecht, Frankfurt/M. 2003, S. 152, 154.

<sup>95</sup> Vgl. z.B. §§ 1, 2 des Gesetzes über die staatlichen Lotterien und Wetten (Staatslotteriegesetz) in Sachsen in der Bekanntmachung vom 21. Oktober 1998; wohl auch § 1 Abs. 1, 3 des Gesetzes über staatliche Sportwetten, Zahlenlotterien und Zusatzlotterien in Hessen vom 03. November 1998 (GVBl. I S.406).

<sup>96</sup> Vgl. z.B. §§ 3 ff. LottG LSA.

<sup>97</sup> Zu den sehr unterschiedlichen Ausgestaltungen Jahndorf, VerwArch 2004, 363; Voßkuhle/Bumke, Rechtsfragen der Sportwette, Berlin 2002 sowie mit anderer Schwerpunktsetzung auch Korte, GewArch 2004, 188 ff.

<sup>98</sup> Insoweit zutreffend VG Schleswig, Beschluss vom 27. September 2004 – 12 B 60/04 -, n.v.; so auch VGH Kassel, Beschluss vom 27. Oktober 2004 - 11 TG 2096/04 -, n.v.; OVG Lüneburg, Beschluss vom 17. März 2005 – 11 ME 369/03 -, n.v.; VGH Baden-Württemberg, Beschlüsse vom 12. Januar 2005 – 6 S 1287/04, 6 S 1288/04 -, GewArch 113, 148; VG Magdeburg, Beschluss vom 22. November 2004 – 3 B 397/04 MD -, n.v.; VG Magdeburg, Beschluss vom 02. Dezember 2004 – 3 B 525/04 MD -, n.v.

<sup>99</sup> Vgl. VG Magdeburg, Beschluss vom 22. November 2004 – 3 B 397/04 MD -, n.v. ; VG Magdeburg, Beschluss vom 02. Dezember 2004 – 3 B 525/04 MD -, n.v.; a.A. (ohne Begründung) Schmidt, WRP 2004, 590.

<sup>100</sup> Diese Differenzierung trägt Art. 12 GG angemessene Rechnung, vgl. VG Magdeburg, Beschluss vom 22. November 2004 – 3 B 397/04 MD -, n.v.; VG Magdeburg, Beschluss vom 02. Dezember 2004 – 3 B 525/04 MD -, n.v. Ein Monopol für Lotterieveranstaltungen war niemals und ist auch jetzt nicht gesetzlich verankert; a.A. Jahndorf, VerwArch 2004, 363 f. Auf die seit Jahrzehnten erlaubten „privaten“ Lotterien in Form der in allen Ländern erlaubten sog. Fernsehlotterien sowie der Gewinnsparevereine geht Jahndorf nicht ein. Dazu kommen i.d.R. auf wenige oder einzelne Länder beschränkte erlaubte Lotterieveranstaltungen sonstiger gemeinnütziger Vereine und insbesondere in der Anzahl kaum fassbare Lotterien und Tombolen (Ausspielungen) auf lokaler oder regionaler Ebene. Zur Erlaubnisfähigkeit von Lotterien vgl. Martell, LKV 2001, 452; vgl. auch OVG Bremen, NJW 2004, 2400. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass die Entscheidung des OVG Bremen, das in dem entschiedenen Fall mangels der Öffentlichkeit der Veranstaltung von einer Erlaubnisfreiheit der dort veranstalteten Tombola ausgeht, seit In-Kraft-Treten des § 3 Abs. 2 LottStV wohl nicht mehr mit demselben Ergebnis ergehen würde, da nunmehr Lotterien/Ausspielungen und sonstige Glücksspiele – anders als im

erforderlichen ausdrücklichen Regelung zum Ausschluss „privater“ Veranstalter im Bereich der Wetten sowie bei bestimmten Lotterien aufgezeigt werden<sup>101</sup>, so dürften diese Regelungen zumindest im Vergleich zu bisher bestehenden Normen ausreichend sein.<sup>102</sup> Bestätigt wird die Absicht des Gesetzgebers bei einem Blick in die von den Ländern erarbeiteten „Erläuterungen“ zum LottStV, in denen es unmissverständlich heißt, dass die Zulassungstatbestände des Dritten Abschnitts ausschließlich für Lotterien und Ausspielungen gelten, und damit – wie schon bisher - andere Glücksspielangebote (wie zum Beispiel bestimmte Wetten) durch andere als die in § 5 Absatz 2 Genannten ausgeschlossen sind. Der insoweit abschließende Charakter des LottStV steht weitergehenden Zulassungsregelungen der Länder für andere Glücksspiele entgegen. Soweit auch dies als nicht ausreichend erachtet wird, haben die Länder zusätzlich die Möglichkeit, im Rahmen der nach den §§ 5, 15 LottStV vorgesehenen Ausführungs- bzw. Ergänzungsgesetze, klarzustellen, dass der Bereich der Sportwetten weiterhin (oder auch erstmals) einem (staatlichen bzw. staatlich beeinflussten) Veranstaltermonopol der in § 5 Abs. 2 LottStV Genannten unterliegen soll.<sup>103</sup>

### 3. Bundesrechtlich geregeltes Glücksspiel

---

Strafrecht, vgl. § 284 Abs. 2 StGB – hinsichtlich der Öffentlichkeit gleichgestellt wurden und damit eine (erlaubnispflichtige) öffentliche Lotterie/Ausspielung auch innerhalb geschlossenen Gesellschaften vorliegen kann.

<sup>101</sup> Schmidt, WRP 2004, 590.

<sup>102</sup> Ausführlich zu den landesgesetzlichen Regelungen über Sportwetten vgl. Voßkuhle/Bumke, Rechtsfragen der Sportwette, Berlin 2002; der dortigen Einschätzung z.B. zur bayerischen Regelung ist jedoch das BVerwG (Urteil vom 28. März 2001 – 6 C 2.01 -, BVerwGE 114, 92) nicht gefolgt. In den Ländern Berlin und Hamburg bestanden bis vor Kurzem überhaupt keine gesetzlichen Regelungen über die in Frage stehenden Sportwetten (vgl. dazu OVG Berlin, Beschluss vom 10. Juli 2002 – 1 S 9.02 -, n.v.; OVG Berlin, Beschluss vom 17. Juli 2002 – 1 SN 36.00 -, GewArch 2003, 295; OLG Hamburg, Urteil vom 14. Juli 2004 – 5 U 160/03 -, n.v.; OLG Hamburg, Urteil vom 12. August 2004 – 5 U 131/03 -, MMR 2004, 752). Hamburg hat mit In-Kraft-Treten des LottStV eine – wenn auch sehr knappe – Grundlage für die Sportwettveranstaltung geschaffen, vgl. Art. 2 des Gesetzes zum Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland vom 27. April 2004 (HmbGVBl. S. 223). In Sachsen-Anhalt wurde im Rahmen des Zustimmungsgesetzes eine gesetzliche Grundlage für die Veranstaltung der Nordwestdeutschen Klassenlotterie (NKL) geschaffen (§ 2 Lotto-Toto-G LSA; LT-Drs. 4/1449). Ob diese – wie auch die Grundlage in den anderen Ländern - in Anbetracht der verfassungs- und gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben derzeit als ausreichend angesehen werden können, soll hier nicht weiter vertieft werden (vgl. OLG Hamburg, Urteil vom 14. Juli 2004 – 5 U 160/03 -, n.v. zu verfassungsrechtlichen Bedenken auf Grund früher fehlender gesetzlicher Regelung eines Sportwettengesetzes in Hamburg). Nur am Rande sei angemerkt, dass bei fehlender gesetzlicher Grundlage unbeschadet der verfassungsrechtlichen Bedenken möglicherweise gegen § 5 Abs. 2 LottStV verstoßen würde, der ausdrücklich eine gesetzliche Grundlage für ein Tätigwerden der in § 5 Abs. 2 Genannten fordert und damit wohl nicht das Zustimmungsgesetz zum LottStV selbst meint, da die ausdrückliche Erwähnung einer „gesetzlichen Grundlage“ ansonsten überflüssig erscheint, sofern keine gesetzliche Regelung – wie z.B. in Berlin für Sportwetten - vorgesehen wird.

<sup>103</sup> Nicht unerwähnt bleiben soll der § 16 Abs. 1 Satz 2 LottStV, der dem Land Rheinland-Pfalz abweichend von § 5 Absatz 2 LottStV gestattet, seine Aufgabe nach § 5 Absatz 1 LottStV durch ein betrautes Unternehmen wahrzunehmen. In Rheinland-Pfalz wird die in § 5 Absatz 1 LottStV beschriebene Aufgabe derzeit auf der Basis einer Konzession durch ein privatrechtlich organisiertes Unternehmen erfüllt, dessen Gesellschafter die Landessportbünde sind. Dies soll der historisch gewachsenen Struktur und der dort bestehenden Sach- und Rechtslage Rechnung tragen. Ob ein solches „privates Monopol“ verfassungsrechtlich unbedenklich ist, wird von einigen Autoren in anderem Zusammenhang zumindest bezweifelt; vgl. nunmehr auch VG Mainz, Beschluss vom 01. Februar 2005 – 6 L 1235/04 -, n.v.

Die bundesrechtlich geregelten Glücksspiele unterfallen dem Recht der Wirtschaft im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG und finden sich in den §§ 33 c ff. Gewerbeordnung sowie dem Rennwett- und Lotteriegesezt.<sup>104</sup> Da diese Bereiche entweder getrennt von den §§ 284 ff. StGB geregelt<sup>105</sup> oder als gewerberechtlich erlaubte Glücksspiele<sup>106</sup> zu werten sind, unterfallen sie im Gegensatz zum den sonstigen Bereichen des Glücksspielrechts<sup>107</sup> nicht einem repressivem Verbot mit Befreiungsvorbehalt. Dem Grundsatz der Gewerbefreiheit folgend, sind z. B. bei Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 33 c ff. GewO entsprechende Spiele bzw. Spielgeräte zu erlauben.<sup>108</sup> Diese Trennung führt selbstverständlich auch dazu, dass Glücksspiele im Sinne des § 284 StGB bzw. § 3 LottStV – um solche handelt es sich in der Regel bei Spielen, die den Spielgeräten mit Gewinnmöglichkeit im Sinne des § 33 c GewO ähneln wie z.B. die sogenannten Fun Games – nur noch nach den Regelungen des LottStV zu bewerten sind und ggf. erlaubt werden können, sofern dies nicht nach den gewerberechtlichen Regelungen möglich ist.

---

<sup>104</sup> Das Rennwett- und Lotteriegesezt (RWG) ist 1922 als Reichsgesezt erlassen worden und galt nach Art. 123 Abs. 1 GG fort. Da es innerhalb mehrerer Besatzungszonen einheitlich galt, richtet sich die Frage, ob es Bundesrecht ist, gemäß Art. 125 GG danach, ob es einen Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung betrifft. Die Zuständigkeit des Bundes zur Gesetzgebung für das Buchmacherwesen (§ 2 ff. RWG) folgt nach Auffassung des BVerwG (BVerwG, Urteil vom 04. Oktober 1994 - 1 C 13.93 -, NVwZ 1995, 481) aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, soweit es um die Zulassung von Buchmachern geht. Zum Bereich der Wirtschaft zählen danach grundsätzlich auch gewerbliche Tätigkeiten einschließlich solcher, die Dienstleistungen zum Gegenstand haben. Die Betätigung von Buchmachern sei in diesem Sinne ein Vorgang des wirtschaftlichen Lebens. Das zeige die Umschreibung der Betätigung des Buchmachers im Wortlaut des § 2 RWG. Anders als z. B. beim Spielbankenrecht stehe beim Rennwett- und Lotteriegesezt die Regelung der Zulassung als Buchmacher und der Besteuerung im Vordergrund, während ordnungsrechtliche Vorschriften lediglich als Annex hierzu anzusehen seien und deshalb dem Sachbereich zuzurechnen seien, zu dem sie im notwendigen Zusammenhang stehen (BVerfGE 8, 143 (149)). Das BVerwG hat in der o.a. Entscheidung ausdrücklich nicht über die Gesetzgebungskompetenz zu Totalisatoren i.S.d. § 1 RWG, die den Veranstaltern – nicht den Vermittlern – in anderen - landesgesetzlich geregelten – Glücksspielbereichen entsprechen, entschieden. Hierzu sah es auf Grund der im Vordergrund stehenden Vorschriften der §§ 2 ff. RWG keine Veranlassung.

<sup>105</sup> So die Bestimmungen des RWG, das mit speziellen Straf- und Ordnungswidrigkeitennormen (§§ 6 ff.) üblicherweise ohne Bezug zu den §§ 284 ff. StGB als *lex specialis* gewertet wird (VG Saarland, Urteil vom 17. Januar 2000 – 1 K 78/99 -, JurPC Web-Dok. 112/2001, das die Strafnormen des RWG ohne jegliche Erwähnung der §§ 284 ff. StGB prüft). Bedeutung erlangt die systematischen Bedenken unterliegende Trennung des Glücksspielrechts in Bundes- und Länderkompetenz u.U. vor dem Hintergrund der Bemühungen um eine Reform der föderalen Ordnung und hier insbesondere der Tätigkeit der Gemeinsamen Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, denn hinsichtlich des „gewerblichen Spielrechts“ wird über eine Verlagerung der Kompetenz auf die Länder diskutiert. Ferner bleibt zu klären, ob der Bundesgesetzgeber mit der vorgesehenen Novellierung der Spielverordnung im Rahmen seiner Gesetzgebungskompetenz verbleibt. Bei einer – bisher wohl vorgesehenen – Ausweitung der Erlaubnismöglichkeit durch „Liberalisierung“ der Rahmenbedingungen in der Spielverordnung unterläge die kompetenzielle Zuordnung zum Bundesrecht u.U. durchgreifenden Bedenken.

<sup>106</sup> BayObLG, Urteil vom 12. Dezember 2002 – 5 St RR 296/2002 -, JR 2003, 386 (mit zutreffender Anmerkung von Wolters); VG Darmstadt, Beschluss vom 08. Dezember 2003 – 3 G 2459/03 -, GewArch 2004, 124 („Glücksspiele mit Gewinnmöglichkeit“); VG Halle, Beschluss vom 4. August 2004 – 1 B 25/04 HAL -, n.v. unter Hinweis auf RGSt 41, 219; so wohl auch OVG HH, Urteil vom 04. März 2005 – 1 Bf 214/04 -, n.v. mwN im Zusammenhang mit „Fun Games“ und der zutreffenden Auseinandersetzung mit den strafgerichtlichen Entscheidungen des LG Krefeld, Urteil vom 10. März 2003, GewArch 2003, 294 und LG Augsburg, Urteil vom 02. Juli 2003 – 1 Kls 307 Js 141067/01 -. Ausführlich zur Abgrenzung Brandl, Spiel Leidenschaft und Strafrecht, Frankfurt/M. 2003, S. 52 ff., 68 f., 151.

<sup>107</sup> St.Rtspr., vgl. nur BVerwG, Urteil vom 28. März 2001 – 6 C 2.01 -, DVBl. 2001, 1364.

<sup>108</sup> Vgl. BVerwG, Urteil vom 11. März 1997 - 1 C 26.96 -, NVwZ-RR 1997, 534.

#### 4. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich in jedem Fall festhalten, dass ein „Glücksspielmonopol“ in der Form, wie es dieser häufig gebrauchte Begriff nahe legt, weder deutschlandweit noch in den einzelnen Ländern existiert. Erst recht handelt es sich nicht – wie die unterschiedlichen Veranstalter zeigen – um ein gesetzlich verankertes „staatliches“ Monopol. Lediglich in einigen Teilbereichen des Glücksspiel(recht)s und nicht in allen Ländern gibt es zahlenmäßige Beschränkungen, die in einigen Fällen die Erteilung einer Erlaubnis nur an staatliche Veranstalter oder zumindest nur an Unternehmen, die ganz oder überwiegend in öffentlicher Hand sind, ermöglicht. Ob es jedoch so - wie oftmals dargestellt<sup>109</sup> - ist, dass in Deutschland oder auch den Ländern im Bereich des Glücksspiels ein Monopol mit einigen Ausnahmen existiert, oder ob nicht die angebliche Regel tatsächlich die Ausnahme ist, bedarf zumindest einer differenzierten Betrachtung.

---

<sup>109</sup> So z. B. Schmidt, WRP 2004, 580; auch Schönleiter, GewArch 2004, verkennt die Regelungen des LottStV grundlegend, indem er behauptet, die Ziele des LottStV sollen für die Begründung des „staatlichen Glücksspiels“ – welches grundsätzlich gerade nicht existiert - herhalten. Wesentlicher Regelungsgegenstand des LottStV sind jedoch gerade die Vorgaben und Zulassungskriterien für nicht-staatliche Anbieter von Lotterien. Die nähere Ausgestaltung des „staatlichen“ oder „staatsnahen“ Angebots ist den Ländern überlassen, denn die §§ 1, 4, 5 LottStV setzen dafür lediglich einen Rahmen. Daher findet der LottStV auch in den Beschlüssen des OVG LSA vom 18. März 2005 – 1 M 88/05, 1 M 89/05, 1 M 90/05, 1 M 91/05, 1 M 92/05, 1 M 111/05, 1 M 436/04, 1 M 459/04 – nicht einmal Erwähnung.