

ZfWVG

Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht
European Journal of Gambling Law

Aus dem Inhalt

Aufsätze:

Rechtsfragen des Gebots der Trennung von Sportwetten und Spielhallen nach § 21 Abs. 2 GlüStV 2012

Von Prof. Dr. Johannes Dietlein und Sascha Peters, Düsseldorf

> Seite 357

Gestaltung und Bezeichnung von Spielhallen nach dem GlüStV und den Spielhallengesetzen

Von Prof. Dr. Marc Liesching, Leipzig

> Seite 367

Zum Rechtsverhältnis bei der Vergabe und der Durchführung von Sportlotteriekonzessionen in Taiwan

Von Prof. Dr. Chien-Liang Lee, Taipei

> Seite 373

Die Spielersperre nach dem Glücksspielstaatsvertrag im Lichte des Verbraucherschutzes

Von Martin Reeckmann, Berlin und Knut Walter, Chemnitz

> Seite 383

Anmerkungen:

Rechtsfortbildung oder reproduzierende Auslegung?

– Anmerkungen zu EuGH, Urteil vom 30.04.2014, Rs. C-390/12 –

Pfleger u. a., ZfWVG 2014, 292 –

Von Norbert Krewer, Saarburg-Kahren

> Seite 392

Die Geschichte des „versteckten Einsatzes“ vom „Gratis-Roulette“ über das „Brillianten-Bingo“ zur „Wetter-Wette“

– Anmerkung zu BVerwG, Urteil vom 9. Juli 2014 – 8 C 7.13 –,

ZfWVG 2014, 398 –

Von Dr. Stefan Bolay, München

> Seite 394

Die umsatzsteuerliche Behandlung von Pokereinkünften

– Anmerkung zu FG Münster, Urteil vom 15.07.2014 – 15 K 798/11 U –,

ZfWVG 2014, 429 –

Von Patrick Geißler, M.Sc., Bamberg

> Seite 396

Rechtsprechung:

„Wetten aufs Wetter“ sind kein öffentliches Glücksspiel

Bundesverwaltungsgericht

Urteil vom 09.07.2014 – 8 C 7.13 –

> Seite 398

Ermessensfehlerhafte Untersagung der Glücksspielwerbung im Internet auf Grundlage des GlüStV a. F.

Bundesverwaltungsgericht

Urteil vom 09.07.2014 – 8 C 36.12 –

> Seite 400

Verfahren zur Vergabe der 20 Sportwettkonzessionen vorläufig gestoppt

Verwaltungsgerichtshof Hessen

Beschluss vom 07.10.2014 – 8 B 1686/14 –

> Seite 419

Herausgeber

> Prof. Dr. Johannes Dietlein, Düsseldorf

> Prof. Dr. Jörg Ennuschat, Bochum

> Prof. Dr. Ulrich Haltern LL.M., Freiburg

> RA Dr. Manfred Hecker, Köln

> Prof. Dr. Christian Koenig LL.M., Bonn

Schriftleiter

> RivG Dr. Felix B. Hüsken, Düsseldorf

Heft 06.14

Der EuGH vollzieht einen beachtlichen Paradigmenwechsel: Dem Glücksspielunternehmer werden subjektive Rechte unmittelbar aus den Grundrechten eingeräumt. Schutzobjekt ist nicht mehr ausschließlich die Freiheit des Marktes für Glücksspiele, sondern das Individualinteresse in Form von grundrechtlichen Abwehrrechten.¹⁴ Der Glücksspielunternehmer ist nicht mehr darauf beschränkt, sich zum Schutz seiner Interessen auf die besonderen Marktfreiheiten des Unionsrechts als drittbeschützende Normen berufen zu müssen,¹⁵ ihm steht nunmehr auch eine originäre Rechtsposition aus den Grundrechten zur Verfügung.

Das Urteil steht im Kontext des Wandels der EU von einer Wirtschaftsgemeinschaft hin zu einer Wertegemeinschaft.

14 Ein direkter Rechtsschutz der europäischen Bürger bei Verletzung der Charta, vergleichbar der Verfassungsbeschwerde, ist nicht vorgesehen, lediglich eine inzidente Prüfung; *Hakenberg*, Europarecht, 6. Aufl. 2012, Rn. 212.

15 Siehe zur Schutznormtheorie: *Schmidt*, Die Stellung des Konkurrenten im Verwaltungsprozess, Jus 1999, 1107 (1118); EuGH, EuZW 1995, 635 (636).

Die Geschichte des „versteckten Einsatzes“ vom „Gratis-Roulette“ über das „Brillianten-Bingo“ zur „Wetter-Wette“ – Anmerkung zu BVerwG, Urteil vom 9. Juli 2014 – 8 C 7.13 –, ZfWG 2014, 398 – Annotations on BVerwG, judgment of 9 July 2014 – 8 C 7.13 –, ZfWG 2014, 398 Von Dr. Stefan Bolay, München*

Summary

The German Federal Administrative Court (Bundesverwaltungsgericht – BVerwG) had to address the question as to whether a so-called “weather forecast bet” as a sales promotion of a furniture store is to be classified as a “game of chance” as defined in the Interstate Treaty on Gambling (Glücksspielstaatsvertrag – GlüStV). Participating in the bet was subject to the purchase of furniture with a minimum value of EUR 100. The price consisted in the refund of the purchase price in the event of rain on a specific day and place in the future. The court had to decide whether the precondition to participate in the bet, i.e. the obligation to buy products, led to a game of chance because the purchase price for the products contained a so called “hidden stake”. The BVerwG judged that the purchase of furniture was not only the economic focus of the transaction, but also the customers’ primary concern; as such, participating in the game was only an add-on. Further, the BVerwG denied a “hidden stake”, since there was no evidence that the furniture shop had increased the prices for its products to finance the sales promotion. In the end, a game of chance cannot be construed if the participants cannot lose anything from an objective perspective.

I. Hintergrund der Entscheidung

Ein Einrichtungshaus wollte eine Werbeaktion durchführen, bei der jedem Kunden, der innerhalb eines vorab festgelegten Aktionszeitraums Waren für mindestens 100 EUR kaufte, der Kaufpreis zurückerstattet werden sollte, wenn es an einem vorbestimmten Tag zwischen 12 und 13 Uhr am Flughafen Stuttgart regnen würde.

Das Regierungspräsidium Karlsruhe als Glücksspielaufsichtsbehörde in Baden-Württemberg untersagte die Aktion als Werbung für unerlaubtes Glücksspiel. Im gezahlten

Kaufpreis sei ein „verdecktes“¹ glücksspielrechtliches Entgelt enthalten, da die Kaufpreiszahlung zwingende Voraussetzung für den Erwerb der Gewinnchance sei.

Der BVerwG wie die Vorinstanzen, der VGH Mannheim und das VG Stuttgart, lehnten dagegen zu Recht das Vorliegen eines Entgelts für den Erwerb einer Gewinnchance ab:

Das VG Stuttgart stellte klar, dass „die Teilnahme am Gewinnspiel als Dreingabe zum Inhalt der von der Klägerin angebotenen Leistung“ zu sehen ist und offensichtlich selbst wettbewerbsrechtlich unproblematisch sei.²

Der VGH Mannheim führte aus: „Die Kunden entrichten ihr Entgelt als Kaufpreis für die zu erwerbende Ware und nicht für die Teilnahme am Gewinnspiel. [...] Im Vordergrund steht der Möbelerwerb. [...] Die Realisierung des Gewinns ist [...] dem eigentlichen Erwerbsvorgang ‚nachgeschaltet‘. Der zivilrechtliche Kaufvertrag mit der aufschiebenden oder auflösenden Bedingung des Rückerstattungsanspruchs (§ 158 Abs. 1 und 2 BGB) steht bei Eintritt der Wetterprognose im Vordergrund.“ Ferner sei keine Beeinträchtigung der „Ziele des GlüStV n. F. (zu erkennen, die) der hier streitbefangenen Werbeaktion entgegen stehen könnten“.³

* Der Autor ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Hambach & Hambach in München.

1 Die Begriffe „verdecktes Entgelt“ und „versteckter Einsatz“ werden wie hier regelmäßig synonym verwendet.

2 VG Stuttgart, Urteil vom 15. März 2012 – 4 K 4251/11 –, Rn. 27, ZfWG 2012, 223.

3 VGH Mannheim, Urteil vom 9. April 2013 – 6 S 892/12 –, Rn. 17 f., ZfWG 2013, 182.

II. Die Entscheidung des BVerwG

Das BVerwG bestätigte die Vorinstanzen unter Verweis auf die eigene aktuelle Rechtsprechung: „Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinen Urteilen vom 16. Oktober 2013 (a. a. O. ‚Super-Manager-Spiel‘) und vom 22. Januar 2014 (BVerwG 8 C 26.12 – juris – ‚Poker-Turnier‘) bereits entschieden, dass sich jedenfalls das Tatbestandsmerkmal des ‚Entgelts für den Erwerb einer Gewinnchance‘ gemäß § 3 Abs. 1 Satz 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 (vgl. u. a. BGH, Beschluss vom 29. September 1986 – BGHSt 34, 171 <175 f.>). Das ist der Fall, wenn ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen Entgelt und Gewinnchance besteht. [...] Auch während der geplanten Werbeaktion entrichten die Kunden bei ihren Einkäufen im Einrichtungszentrum der Klägerin den Kaufpreis nicht für den Erwerb einer Gewinnchance, sondern für die zu erwerbende Ware.“⁴

Im Ergebnis liegt also kein Glücksspiel vor, wenn eine andere Leistung mit entsprechendem Gegen- und Marktwert bezahlt wird, auch wenn im Rahmen des Leistungsaustauschs als „Zugabe“ eine Gewinnchance eingeräumt wird.

III. Relevanz des Wettbewerbsrechts und „historische“ Rechtsprechung zum „versteckten Einsatz“

Alle Instanzen wiesen auch darauf hin, dass die Kunden die Möbelstücke zu „marktgerechten Preisen“ erwerben wollten und durch die Möglichkeit des Preisvergleichs eine freie Kaufentscheidung treffen konnten. Hierdurch wird deutlich, dass die Aktion nicht nur ordnungs- und glücksspielrechtlich nicht zu beanstanden ist, sondern auch verbraucher- und wettbewerbsrechtlich.⁵

Das Regierungspräsidium Karlsruhe hatte sich in seiner Argumentation bzgl. des verdeckten Entgelts dagegen auf ein Urteil des BGH aus dem Jahre 1958 (!) berufen: In der Entscheidung „Gratis-Roulette“⁶ musste jeder Interessent, der einen Veranstaltungsraum betreten wollte, um an einem Roulette-Spiel teilnehmen zu können, mindestens eine Verzehrkarte für 20 DM kaufen, der zehn „Gratischips“ beigefügt waren. Die Besucher erhielten für die Verzehrkarte Getränke und Speisen zum Preis (und wohl auch zum Gegenwert) von 20 DM. Der BGH bejahte damals ein Glücksspiel, weil es für den glücksspielrechtlich relevanten „Einsatz“ ausreichte, dass der Spieler eine – wenn auch gleichwertige – Gegenleistung für sein Vermögensopfer ohne die Gewinnaussicht nicht erworben hätte.

Das BVerwG urteilte in der „Wetter-Wetten“-Entscheidung nun, dass der Sachverhalt der „Gratis-Roulette“-Entscheidung

ein anderer gewesen sei, weil „damals jeder, der den Veranstaltungsraum der ‚H.‘ betreten und sich an dem angebotenen Roulettespiel beteiligen wollte, mindestens eine Verzehrkarte für 20 DM kaufen (musste), der zehn ‚Gratischips‘ beigefügt waren. Die Entrichtung des Entgelts von 20 DM war mithin auf die Teilnahme an dem Roulettespiel ausgerichtet, für das die ‚Gratischips‘ benötigt wurden.“⁷ Die Einordnung im ersten zitierten Satz könnte man jedoch ebenso bei der „Wetter-Wette“ vornehmen: jeder Kunde, der sich an dem angebotenen Gewinnspiel „beteiligten wollte“, „musste“ Waren im Wert von mindestens 100 EUR kaufen. Der zweite zitierte Satz nimmt dann eine Wertung vor, die über das Vorliegen eines Glücksspiels entscheiden soll: Das BVerwG geht davon aus, dass im Fall „Gratis-Roulette“ die Zahlung des Entgelts auf die Spielteilnahme „ausgerichtet“ war, während sie bei der „Wetter-Wette“ auf den Kauf der Möbel „ausgerichtet“ war.

Dies zeigt, dass die Beurteilung der Frage, ob ein Glücksspiel vorliegt, allein anhand der Motive des Verbrauchers („Ausrichtung seines Handelns“) und unabhängig von der Frage eines Vermögensverlusts durchaus zu Abgrenzungsschwierigkeiten führt. Fraglich ist auch, ob der in der aktuellen Rechtsprechung des BVerwG⁸ postulierte „Unmittelbarkeitszusammenhang“ zwischen Entgeltzahlung und Vermögensverlust/Gewinnchance überhaupt vorliegen kann, wenn ein (objektiver) Vermögensverlust eigentlich ausgeschlossen ist.⁹

Nach hier vertretener Auffassung wäre es daher geeigneter, diese Frage anhand der Feststellung eines „objektiven Vermögensverlusts“ zu beurteilen, dem kein entsprechender „Gegenwert“ gegenübersteht:¹⁰ Wenn ein Vermögensverlust nicht ersichtlich ist, so kann auch kein „Einsatz“ und konsequenter Weise auch kein „Glücksspiel“ vorliegen, der das Einschreiten des Staates aus Ordnungs- und Sicherheitsgründen erfordert. Im Zeitalter des Leitbildes des informierten und sich informierenden („selbstbewussten“) Verbrauchers ist es nicht mehr zwingend die Aufgabe von Exekutive und Judikative, die Motive eines Verbrauchers bei seiner Kaufentscheidung zu analysieren, um dann in Abhängigkeit von Interpretation und Auslegung zum Vorliegen eines – auch mit Strafrecht zu sanktionierenden – Glücksspiels zu gelangen.

7 BVerwG, Urteil vom 9. Juli 2014 – 8 C 7.13 –, Rn. 14, ZfWG 2014, 398.

8 BVerwG, Urteil vom 16. Oktober 2013 – 8 C 21.12 –, ZfWG 2014, 95; BVerwG, Urteil vom 22. Januar 2014 – 8 C 26.12 –, ZfWG 2014, 202.

9 Deiseroth, Kommerzielle Werbeaktion mit entgeltfreier „Regenwette“ kein öffentliches Glücksspiel i. S. v. § 3 Abs. 1 GlüStV, jurisPR-BVerwG 21/2014 Anm. 2, verneint in seiner Erläuterung des Urteils den Unmittelbarkeitszusammenhang. So wohl auch Mayer, „Fußball-Wette“ – kein verstecktes Entgelt, kein öffentliches Glücksspiel, ZfWG 2014, 290 (291) in einer sehr vergleichbaren Fallkonstellation.

10 In diese Richtung auch: VG München, Urteil vom 28. Januar 2014 – M 16 K 13.4457 –, Rn. 21, ZfWG 2014, 344 bei der Beurteilung einer zur „Wetter-Wette“ nahezu identischen Werbeaktion: „Es handelt sich hier um den ‚normalen‘ Erwerb eines Produkts im Wege eines zwischen den Beteiligten ausgehandelten Vertrages. Die Klägerin erhält den Gegenwert für die von ihr angebotenen Produkte gerade durch den Erwerbsvorgang.“

4 BVerwG, Urteil vom 9. Juli 2014 – 8 C 7.13 –, Rn. 10 f., ZfWG 2014, 398; vgl. zur Deckungsgleichheit der Glücksspielbegriffe auch: Bolay/Pfütze, in: Streinz/Liesching/Hambach, Glücks- und Gewinnspielrecht in den Medien, § 3 GlüStV, Rn. 2 ff. (mit weiteren Nachweisen).

5 Insbesondere im Hinblick auf einen „Kaufzwang“ nach § 4 Nr. 1 UWG oder eine „Koppelung“ nach § 4 Nr. 6 UWG.

6 BGH, Urteil vom 4. Februar 1958 – 5 StR 579/57 –.

Spätestens seit der faktischen Unanwendbarkeit des Kopplungsverbots nach § 4 Nr. 6 UWG aufgrund des Erfordernisses der unionsrechtskonformen Auslegung der Norm nach der EuGH¹¹- und BGH¹²-Rechtsprechung erscheint die Annahme einer „Ausnutzung der Spielleidenschaft“ trotz Fehlens eines Vermögensverlustes nicht mehr zeitgemäß.

Ein solch weiter Begriff des glücksspielrechtlichen Entgelts (als Vermögensopfer trotz gleichwertiger Gegenleistung) wie in der Entscheidung „Gratisroulette“ erscheint insbesondere auch vor dem Hintergrund der Entscheidung „Brillanten-Bingo“¹³ aus dem Jahr 1979 (!) überholt: Das BVerwG entschied damals, dass kein Glücksspiel im Sinne des § 284 StGB vorliegt, wenn jeder Interessent, der eine Eintrittskarte für 3–4 DM für ein „Tanzlokal“ kauft, auch die Teilnahmeberechtigung an einem Bingo-Spiel erhält, bei dem man einen Diamant-Ring gewinnen kann. Wörtlich führte das BVerwG aus: „Die in der bisherigen Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärte (vgl. BGHSt 11, 209 (210) weitere Frage, ob der Begriff des Glücksspiels einen Einsatz des Spielers voraussetzt, kann dahinstehen; denn selbst wenn man entweder diese Frage verneint oder aber bejaht und in dem Eintrittsgeld für die Tanzveranstaltung einen zur Tatbestandserfüllung ausreichenden Einsatz erblickt, ist das vom Kläger in Aussicht genommene Spiel nach Sinn und Zweck des § 284 StGB nicht als strafbares Glücksspiel anzusehen. [...] Dass sich der Kläger bei der Werbung für sein Tanzlokal den – wie es im Berufungsurteil heißt – ‚Spieltrieb des Publikums wirtschaftlich zunutze‘ macht, rechtfertigt für sich genommen nicht, ein Spiel als strafbares Glücksspiel im Sinne des § 284 StGB zu bewerten, bei dem der Unterhaltungscharakter im Vordergrund steht und bei dem mangels Verlustgefahr jegliche Übervorteilung des Spielers ausgeschlossen ist.“¹⁴

Schon damals hat das BVerwG also ähnlich wie in seiner Entscheidung zum Bundesliga-Manager-Spiel¹⁵ eine teleologische Reduktion und Korrektur des Glücksspielbegriffs anhand der Schutzziele und des Verhältnismäßigkeitsprinzips vorgenommen und ein Glücksspiel „mangels Verlustgefahr“ abgelehnt.¹⁶

IV. Fazit

Ein Glücksspiel kann also nur vorliegen, wenn auch ein Schutzziel des GlüStV betroffen ist. Ferner darf der Glücksspielbegriff nicht so weit auslegt werden, dass das Glücksspielverbot zu einem „Verbraucher-Dispositionsfreiheits-Gebot“ wird:¹⁷ Wenn daher das Vorliegen eines Einsatzes fraglich ist¹⁸ und keinerlei Gefahr eines Vermögensverlustes besteht,¹⁹ dann kann auch kein (in letzter Konsequenz strafbares) Glücksspiel vorliegen.

11 EuGH, Urteil vom 14. Januar 2010 – C-304/08 –, ZfWG 2010, 17.

12 BGH, Urteil vom 5. Oktober 2010 – I ZR 4/06 –, BGHZ 187, 231 ff. (Millionen-Chance II).

13 BVerwG, Urteil vom 26. Juni 1979 – I C 40.76 –.

14 BVerwG, Urteil vom 26. Juni 1979 – I C 40.76 –, Rn. 18 f.

15 BVerwG, Urteil vom 16. Oktober 2013 – 8 C 21.12 –, ZfWG 2014, 95.

16 Vgl. hierzu auch *Bolay*, ZfWG 2014, 90 (92).

17 In diese Richtung auch *Mayer*, ZfWG 2014, 290 (291).

18 Insbesondere, weil der entgeltlichen Leistung eine entsprechende Gegenleistung gegenübersteht, die nicht die Gewährung einer Gewinnchance beinhaltet. Auch *Blaue*, GRUR Praxis 2013, 280 verweist in seiner Anmerkung zur Wetterwette – Entscheidung des VGH Mannheim (Urteil vom 9. April 2013 – 6 S 892/12 –, ZfWG 2013, 182) darauf, dass das Gericht einen weiten Begriff des Entgelts ablehnt, bei dem bereits jede nicht vollständig kostenlos(e) Spielteilnahme ein glücksspielrechtlich relevantes Entgelt begründet.

19 So auch *Deiseroth*, jurisPR-BVerwG 21/2014 Anm. 2: *Unabhängig von der Gewinnaktion der Klägerin können die Kunden ohne Verlustrisiko die gekaufte Ware behalten.*

Die umsatzsteuerliche Behandlung von Pokereinkünften

– Anmerkung zu FG Münster, Urteil vom 15.07.2014 – 15 K 798/11 U –, ZfWG 2014, 429 –
Annotations on Finanzgericht Muenster, judgment of 15 July 2014 – 15 K 798/11 U –,
ZfWG 2014, 429

Von Patrick Geißler, M.Sc., Bamberg*

Summary

The tax court of Muenster (15.07.2014 – 15 K 798/11 U) ruled that poker winnings of a professional poker player can be subject to German VAT. This was based on the constancy of the activity of the poker player who has regularly participated in tournaments, cash games and events on the Internet for over 9 years.

This judgment follows the decision of tax court of Cologne from 31.10.2012 (12 K 1136/11) which ruled over income tax treat-

ment of poker winnings. Because of the importance of the case, appeal was admitted to Federal Fiscal Court.

I. Einleitung

Mit Urteil vom 15.07.2014¹ (15 K 798/11 U) hat das Finanzgericht (FG) Münster entschieden, dass die Einnahmen eines Profi-Pokerspielers der Umsatzsteuer nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG unterliegen können. Nachdem das FG Köln in seiner Entscheidung vom 31.10.2012² über die einkommensteuerliche Behandlung urteilte, wurde somit das

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Otto-Friedrich-Universität Bamberg am Lehrstuhl für Betriebswirtschaftslehre, insbes. Betriebliche Steuerlehre von Prof. Dr. Thomas Egner.

1 FG Münster, ZfWG 2014, 429.

2 FG Köln, ZfWG 2013, 51.