

Übungsfall im Verwaltungsrecht: Werbung für die Weihnachtslotterie

Wiss. Mitarbeiter Kaie Lemken, Wiss. Mitarbeiter Christopher Paskowski, Hamburg*

*Es handelt sich um eine inhaltlich überdurchschnittlich anspruchsvolle und leicht überdurchschnittlich umfangreiche Klausur. Sie wurde im Herbstsemester 2023 als Fortgeschrittenenklausur mit einer Bearbeitungszeit von 180 Minuten gestellt. Eine Bearbeitung im Umfang der nachfolgenden Ausführungen wurde nicht erwartet. Die Bearbeiter*innen konnten sich insbesondere bei den weniger problematischen Aspekten kürzer fassen. Der Fall basiert auf einer Eilentscheidung des Verwaltungsgerichts Hamburg, siehe VG Hamburg, Beschl. v. 20.12.2022 – 14 E 3058/22.*

Sachverhalt

Die Dorothee-Henriette-Pagliarini-Stiftung (S) ist eine Stiftung bürgerlichen Rechts mit Sitz in Hamburg und veranstaltet regelmäßig Soziallotterien. Die Vorständin Hannah Meier (V) plant eine Neuauflage der bereits in den vergangenen Jahren äußerst erfolgreichen Lotterie. Hierzu beantragt sie bei der zuständigen Behörde am 15.6.2023 die Erlaubnis, die Lotterie der S unter dem Namen „Weihnachtslotterie“ in allen deutschen Bundesländern durchführen zu dürfen.

Mit Bescheid vom 18.7.2023 erging die Erlaubnis unter anderem mit folgendem Zusatz:

Die Erlaubnisinhaberin darf nach Maßgabe der folgenden Inhalts- und Nebenbestimmungen für ihr mit diesem Bescheid erlaubtes Glücksspielangebot werben:

- a) Influencer*innen-Marketing ist unzulässig.
- b) [Dieser Buchstabe enthält eine weitere, rechtmäßige Nebenbestimmung.]

Die Erlaubnisvoraussetzungen für die Erlaubnis des Glücksspiels liegen vor. Gesetzliche Versagensgründe für die Erlaubnis sind nicht einschlägig.

Zur Begründung von lit. a heißt es im Bescheid, dass diese den Einsatz von Influencer*innen-Marketing zu Werbezwecken verbiete. Influencer*innen-Marketing im Sinne dieser Verpflichtung sei das geplante Zusammenwirken von Veranstalter*innen oder Vermittler*innen von Glücksspielen mit Social-Media-Multiplikator*innen (Influencer*innen), um durch deren Empfehlungen die Wertigkeit von Markenbotschaften zu steigern und um das Glücksspielverhalten der Zielgruppe positiv zu beeinflussen. Im Gegensatz zu traditionellen Werbemaßnahmen, bei denen die Veranstalter*innen ganzheitlich Einfluss auf den Inhalt und die Darstellung der Maßnahmen hätten, sei diese Möglichkeit bei Influencer*innen nicht gegeben. Diese entschieden vielmehr selbst über den Inhalt und die Art und Weise der Darstellung. Hierdurch sei nicht mehr durch die Veranstalterin gewährleistet, dass die Vorgaben zur Werbung im Staatsvertrag zur Neuregulierung des Glücksspielwesens in Deutschland von 2021 (GlüStV) eingehalten würden. Denn Influencer*innen seien nicht nur auf die Erfüllung der

* Die Autoren sind Wiss. Mitarbeiter am Dieter Hubertus Pawlik Stiftungslehrstuhl Kritik des Rechts – Grundlagen und Praxis des demokratischen Rechtsstaates (Prof. Dr. Felix Hanschmann) an der Bucerius Law School, Hamburg. Sie danken Amilia Hartmann für ihre Unterstützung dabei, die Klausur für die Veröffentlichung zu überarbeiten.

vertraglich zugesagten Werbeinhalte bedacht, sondern zielten auch in ganz erheblichem Maße darauf ab, Aufmerksamkeit und Resonanz sowohl in Verbraucher*innen- wie auch in Unternehmer*innenkreisen zu erzielen. Das Verbot des Influencer*innen-Marketings sei eine angemessene Umsetzung des Begrenzungsauftrags beziehungsweise des Übermaßverbots sowie des Sachlichkeitsgebots aus § 5 Abs. 2 S. 2 GlüStV.

Die S sieht sich durch diese Verpflichtung aus lit. a unzulässig beeinträchtigt.

Sie sieht nicht ein, warum zwischen dem Einsatz von Influencer*innen und dem Marketing mit klassischen Werbebotschafter*innen und Werbemaßnahmen in traditionellen Medien unterschieden werden sollte und worin die Unterschiede bestünden. Sämtliche Werbemaßnahmen würden von Seiten der S mit der gleichen Sorgfalt geplant. Die Zielgenauigkeit der Werbung mit Influencer*innen sei für sie als Veranstalterin einer Lotterie mit geringem Gefährdungspotential besonders wichtig. Die erforderliche Zielgenauigkeit sei ohne die Nutzung moderner Werbestrategien nicht zu erreichen.

Zutreffend ist, dass der Gesetzgeber, anders als im Glücksspielstaatsvertrag von 2012, im neuen Staatsvertrag von 2021 Werbung für Glücksspiel als grundsätzlich zulässig wertet. Gleichzeitig zielt die gesetzgeberische Erlaubnis von Glücksspielwerbung aber nur darauf ab, Spieler*innen zu legalen Angeboten zu ziehen. Werbung soll keine neuen Spieler*innen generieren. Die Glücksspielaufsicht kann gem. § 9 Abs. 1 S. 2 GlüStV sowohl gegenüber Glücksspielanbieter*innen als auch gegenüber Werbenden Maßnahmen ergreifen, um die gesetzlichen Vorgaben zur Glücksspielwerbung durchzusetzen.

V überlegt, wie sie nun am besten vorgeht. Sie möchte an der Erlaubnis festhalten, aber gerne die zusätzliche Verpflichtung aus lit. a loswerden. Sie legt daher form- und fristgerecht Widerspruch ausschließlich gegen die Verpflichtung aus lit. a ein. Die Behörde hält in ihrem Widerspruchsbescheid vom Freitag, den 25.8.2023, welcher der S am Samstag, den 26.8.2023, zugestellt wird, an sämtlichen Verpflichtungen fest. Die S legt daher am Dienstag, den 26.9.2023, Klage beim Verwaltungsgericht Hamburg ein.

Aufgabe

Prüfen Sie in einem Gutachten die Erfolgsaussichten der Klage der S. Gehen Sie auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen – ggf. in einem Hilfgutachten – ein.

Bearbeitungsvermerk

Die formelle Rechtmäßigkeit des behördlichen Bescheids, die materielle Rechtmäßigkeit des Grundverwaltungsakts mit Ausnahme der Anforderungen von § 5 Abs. 1 S. 3 des Staatsvertrages zur Neu-regulierung des Glücksspielwesens in Deutschland aus 2021 (GlüStV) sowie die Verfassungsmäßigkeit des GlüStV sind zu unterstellen.

Der Staatsvertrag ist ein zwischen allen 16 deutschen Bundesländern geschlossener Vertrag, der bundeseinheitliche Rahmenbedingungen für die Veranstaltung von Glücksspielen schuf. Die Regelungen des Staatsvertrages werden durch Gesetz auf Landesebene ratifiziert und gelten im Rang von Landesrecht.

Auszug aus dem BGB

§ 84 Stiftungsorgane

- (1) Die Stiftung muss einen Vorstand haben. Der Vorstand führt die Geschäfte der Stiftung.
- (2) Der Vorstand vertritt die Stiftung gerichtlich und außergerichtlich; er hat die Stellung eines gesetzlichen Vertreters. [...]

Auszug aus dem GlüStV 2021

§ 3 Begriffsbestimmungen

(1) Ein Glücksspiel liegt vor, wenn im Rahmen eines Spiels für den Erwerb einer Gewinnchance ein Entgelt verlangt wird und die Entscheidung über den Gewinn ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt. [...]

§ 4 Allgemeine Bestimmungen zur Erlaubniserteilung

(1) Öffentliche Glücksspiele dürfen nur mit Erlaubnis der zuständigen Behörde des jeweiligen Landes veranstaltet oder vermittelt werden. [...]

(2) Die Erlaubnis ist zu versagen, wenn das Veranstalten oder das Vermitteln des Glücksspiels den Zielen des § 1 zuwiderläuft. [...]

§ 5 Werbung

(1) Inhaber einer Erlaubnis nach § 4 dürfen vorbehaltlich anderweitiger gesetzlicher Regelungen für die erlaubten Glücksspiele werben und Sponsoring betreiben. Sie können Dritte mit der Durchführung der Werbung beauftragen. In der Erlaubnis nach § 4 sind Inhalts- und Nebenbestimmungen zur Ausgestaltung der Werbung für öffentliches Glücksspiel, insbesondere im Fernsehen und im Internet einschließlich fernsehähnlichen Telemedien und Video-Sharing-Diensten, sowie zu Pflichthinweisen festzulegen. Werbung über Telekommunikationsanlagen ist verboten. [...]

(2) Art und Umfang der Werbung für öffentliches Glücksspiel darf den Zielen des § 1 nicht zuwiderlaufen. Die Werbung darf nicht übermäßig sein. Bei der Werbung für einzelne Glücksspiele dürfen besondere Merkmale des jeweiligen Glücksspiels herausgehoben werden. Werbung darf sich nicht an Minderjährige oder vergleichbar gefährdete Zielgruppen richten. Soweit möglich, sind Minderjährige als Empfänger von Werbung auszunehmen. Irreführende Werbung für öffentliches Glücksspiel, insbesondere solche, die unzutreffende Aussagen über die Gewinnchancen oder Art und Höhe der Gewinne enthält, ist verboten. In der Werbung dürfen die Ergebnisse von Glücksspielen nicht als durch den Spieler beeinflussbar und Glücksspiele nicht als Lösung für finanzielle Probleme dargestellt werden. Werbung, die den Eindruck erweckt, ein redaktionell gestalteter Inhalt zu sein, ist unzulässig. [...]

§ 9 Glücksspielaufsicht

Die Glücksspielaufsicht hat die Aufgabe, die Erfüllung der nach diesem Staatsvertrag bestehenden oder auf Grund dieses Staatsvertrages begründeten öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen zu überwachen sowie darauf hinzuwirken, dass unerlaubtes Glücksspiel und die Werbung hierfür unterbleiben. Die für alle Länder oder in dem jeweiligen Land zuständige Behörde kann die erforderlichen Anordnungen im Einzelfall erlassen. [...]

Lösungsvorschlag

A. Zulässigkeit	765
I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs	765
II. Statthafte Klageart	766
1. Anfechtungsklage	766
a) Verwaltungsakt oder Teil eines Verwaltungsakts (Nebenbestimmung)	766
b) Isolierte Anfechtbarkeit der Auflage	768

aa) Abgrenzung nach Art der Nebenbestimmung.....	768
bb) Abgrenzung nach Art des Hauptverwaltungsakts.....	768
cc) Abgrenzung nach Rechtmäßigkeit des Rest-Verwaltungsakts.....	768
dd) Zwischenergebnis	770
c) Zwischenergebnis.....	770
2. Verpflichtungsklage.....	770
III. Klagebefugnis	770
IV. Vorverfahren.....	771
V. Frist	771
VI. Sachliche und örtliche Zuständigkeit	771
VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit.....	772
VIII. Rechtsschutzbedürfnis.....	772
IX. Zwischenergebnis	772
B. Objektive Klagehäufung.....	772
C. Begründetheit.....	772
I. Rechtswidrigkeit der Nebenbestimmungen	772
1. Taugliche Ermächtigungsgrundlage.....	773
2. Formelle Rechtmäßigkeit.....	773
3. Materielle Rechtmäßigkeit	773
a) Anforderungen des § 5 Abs. 1 S. 3 GlüStV	773
aa) Nebenbestimmung zu einer Glücksspielerlaubnis	773
bb) Rechtsfolge von § 5 Abs. 1 S. 3 GlüStV	773
cc) Verhältnis zum Zweck des Grundverwaltungsakts.....	773
b) Ermessensausübung	774
aa) Bestimmtheitsgrundsatz	774
bb) Verhältnismäßigkeit.....	775
(1) Legitimer Zweck	775
(2) Geeignetheit	775
(3) Erforderlichkeit.....	775
(4) Angemessenheit	776
(5) Zwischenergebnis.....	776
cc) Zwischenergebnis	777
c) Zwischenergebnis.....	777
4. Zwischenergebnis.....	777
II. Hilfgutachten: Materielle Trennbarkeit.....	777

III. Zwischenergebnis	778
D. Ergebnis.....	778

Die Klage der S hat Erfolg, wenn sie zulässig und soweit sie begründet ist.

A. Zulässigkeit¹

Die Klage müsste zulässig sein.

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Hierfür müsste zunächst der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Mangels aufdrängender Sonderzuweisungen ist die Generalklausel aus § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO einschlägig. Danach ist der Verwaltungsrechtsweg für jede öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben, wenn keine abdrängende Sonderzuweisung vorliegt.

Öffentlich-rechtlich ist die Streitigkeit, wenn sich der Streitgegenstand nach Normen des öffentlichen Rechts bestimmt. Hierfür ist wiederum die Natur des Rechtsverhältnisses maßgeblich, aus dem der geltend gemachte Anspruch hergeleitet wird.² Es handelt sich um öffentlich-rechtliche Normen, soweit diese ausschließlich Hoheitsträger*innen zum Tätigwerden berechtigen und verpflichten (sog. modifizierte Subjektstheorie³). Streitgegenstand ist vorliegend eine behördliche Verpflichtung der S, eine bestimmte Art und Weise der Werbung für Glücksspiele zu unterlassen. Die streitentscheidenden Normen finden sich im Staatsvertrag zur Neuregulierung des Glücksspielwesens in Deutschland (GlüStV), insbesondere in § 5 Abs. 1 S. 3 GlüStV, wonach die Behörde in der Erlaubnis für das Glücksspiel Inhalts- und Nebenbestimmungen zur Ausgestaltung der Werbung festzulegen hat. Nach dem GlüStV ist nur die zuständige Behörde berechtigt, die entsprechenden Regelungen zu treffen. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit ist somit gegeben.

Ferner setzt § 40 Abs. 1 VwGO voraus, dass die Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art ist. Eine Streitigkeit ist nach dem Grundsatz der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit dann verfassungsrechtlicher Art, wenn es sich zum einen um einen Streit zwischen am Verfassungsleben beteiligten Rechtsträger*innen handelt und diese sich zum anderen über Rechte und Pflichten streiten, die sich unmittelbar aus der Verfassung ergeben.⁴ Vorliegend streitet sich S mit der zuständigen Behörde über die Zulässigkeit einer bestimmten Art der Werbung für Glücksspiele. Weder sind an dem Streit Verfassungsorgane beteiligt, noch wird um Rechte und Pflichten unmittelbar aus der Verfassung gestritten. Der Streit ist somit auch nichtverfassungsrechtlicher Art.

Da keine abdrängende Sonderzuweisung ersichtlich ist, ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet.

¹ Siehe zur Frage der Bezeichnung des Prüfungsschrittes (Zulässigkeit, Sachentscheidungsvoraussetzungen, Vorprüfung) Heidebach, Jura 2009, 172.

² VGH Mannheim, Beschl. v. 26.4.2022 – 2 S 762/22 = NVwZ-RR 2022, 643.

³ Siehe zu den Defiziten dieser vor allem in der Literatur vorherrschenden Theorie *Unruh*, in: Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2021, § 40 Rn. 95–97.

⁴ Siehe detaillierter zu den vertretenen Auffassungen, wann es sich um eine Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art handelt Reimer, in: BeckOK VwGO, Stand: 1.1.2023, § 40 Rn. 91 ff.

Hinweis: Die Prüfung der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs kann auch knapper und feststellender erfolgen, sofern alle Prüfungsschritte Erwähnung finden.

II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem klägerischen Begehren, § 88 VwGO. Hier wendet sich die S nicht gegen die erteilte Erlaubnis als solche, sondern gegen eine zusätzliche, sie belastende Anordnung der Behörde. Um ihrem Begehren zu entsprechen, kommen die Erhebung einer (isolieren) Anfechtungsklage auf Aufhebung der ergangenen Anordnung und die Erhebung einer Verpflichtungsklage auf uneingeschränkte Genehmigung des Glücksspiels in Betracht. Grundsätzlich ist die Anfechtungsklage als Gestaltungsklage unter Gesichtspunkten eines effektiven Rechtsschutzes vorzugswürdig.⁵

1. Anfechtungsklage

Fraglich ist daher, ob hier eine Anfechtungsklage i.S.d. § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO statthaft ist.

a) Verwaltungsakt oder Teil eines Verwaltungsakts (Nebenbestimmung)

Dies setzt voraus, dass die erlassene Anordnung, welche die Art und Weise der Werbung für das erlaubte Glücksspiel einschränkt, ein Verwaltungsakt oder ein selbstständig anfechtbarer Teil eines Verwaltungsakts ist. Die fragliche Regelung ist von der zuständigen Behörde ausdrücklich als „Inhalts- und Nebenbestimmung“ erlassen worden. Wegen der unterschiedlichen Rechtsfolgen von Inhaltsbestimmungen gegenüber Auflagen und Bedingungen als Nebenbestimmungen macht diese unpräzise Bezeichnung seitens der Behörde eine Abgrenzung erforderlich.

Bleibt im Einzelfall unklar, ob und welche Nebenbestimmung oder ob ein sonstiger Zusatz bzw. eine Inhaltsbestimmung gemeint ist, ist dies durch Auslegung der behördlichen Erklärung zu ermitteln. Entscheidendes Kriterium dafür ist nicht der subjektive Behördenwille. Vielmehr ist für die Auslegung öffentlich-rechtlicher Willenserklärungen – dazu gehören auch der Verwaltungsakt und seine Bestandteile – entsprechend der auch im öffentlichen Recht anwendbaren Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB der objektive Erklärungswert maßgebend. Daher ist danach zu fragen, wie sich die Erklärung aus der Sicht einer (objektiven) Empfängerin in der Lage der* des Betroffenen darstellt. Es muss deshalb nicht entscheidend sein, wie die Behörde die Nebenbestimmung oder den Zusatz bezeichnet hat.⁶

Es handelt sich vorliegend nicht um eine Nebenbestimmung in Form einer Bedingung. Hierunter ist eine Bestimmung zu verstehen, nach der der Eintritt oder der Wegfall einer Vergünstigung oder einer Belastung von dem ungewissen Eintritt eines zukünftigen Ereignisses abhängt, § 36 Abs. 2 Nr. 2 LVwVfG. Die Regelung in lit. a ist schon dem Wortlaut nach nicht so zu verstehen, dass die Behörde die Wirkung der Erlaubnis für das Glücksspiel von der Art und Weise der Werbung für dieses abhängig machen möchte. Eine Bedingung liegt nicht vor.

⁵ So *Wysk*, in: *Wysk, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar*, 3. Aufl. 2020, § 42 Rn. 4; siehe mit Nachweisen zu anderen Ansichten *Schmidt-Kötters*, in: *BeckOK VwGO*, Stand: 1.1.2024, § 42 Rn. 46.

⁶ OVG Magdeburg, Beschl. v. 15.6.2023 – 3 M 24/23 = *BeckRS* 2023, 17072 Rn. 10; *Störmer*, in: *Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, Handkommentar*, 5. Aufl. 2021, § 36 Rn. 43; v. *Alemann/Scheffczyk*, in: *BeckOK VwVfG*, Stand: 1.4.2023, § 35 Rn. 46 zur Auslegung öffentlich-rechtlicher Willenserklärungen.

Besondere Schwierigkeiten ergeben sich jedoch bei der Abgrenzung zwischen Inhaltsbestimmungen und Auflagen. Hier sind die Übergänge mitunter fließend. In Rechtsprechung und Literatur sind verschiedene Abgrenzungskriterien entwickelt worden. Maßgeblich ist wiederum der objektive Erklärungsgehalt der Regelung. Zu seiner Bestimmung ist zunächst darauf abzustellen, ob die Regelung das genehmigte Verhalten selbst näher bestimmt bzw. die Beschaffenheit oder beispielsweise das Betreiben einer Anlage, also das technische oder betriebliche Konzept unmittelbar betrifft (dann Inhaltsbestimmung), oder ob sie als zusätzlich zu der Genehmigung hinzutretendes, selbstständiges Handlungs- oder Unterlassungsgebot verstanden werden muss (dann Auflage).⁷

Ein weiteres Abgrenzungskriterium ist die Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenpflichten. Handelt es sich nach dem Gewicht und der Wesentlichkeit der Genehmigungsvoraussetzung, deren Sicherstellung die Regelung dienen soll, um (bloße) Nebenpflichten, ist in der Regel von einer Auflage auszugehen. Betrifft dagegen die Regelung unmittelbar die Errichtung, Beschaffenheit oder die Art und Weise des Betriebs einer genehmigten Anlage oder der Durchführung genehmigter Tätigkeiten und soll die Genehmigung mit der Einhaltung dieser Regelung gewissermaßen stehen oder fallen, so ist von einer Inhaltsbestimmung auszugehen.⁸

Verbleiben nach alledem bei der Auslegung Unklarheiten, so müssen diese auch bei der Abgrenzung von Auflagen und Inhaltsbestimmungen zulasten der Verwaltung gehen, da es grundsätzlich deren Verantwortung ist, klar, bestimmt, verständlich und widerspruchsfrei zum Ausdruck zu bringen, was gemeint ist und gelten soll. Bei verbleibenden Zweifeln ist daher von einer Auflage auszugehen, da diese insofern weniger belastend ist, als ein Verstoß gegen sie nicht – wie bei der (Genehmigungs-)Inhaltsbestimmung – ein Handeln ohne Genehmigung bedeutet und regelmäßig auch nicht strafbewehrt ist.⁹

Die Erlaubnis des Glücksspiels ist gem. § 5 Abs. 1 S. 3 GlüStV mit Inhalts- und Nebenbestimmungen zu versehen. Dies spricht zwar für einen engen inhaltlichen Zusammenhang zwischen der Erlaubnis des Glücksspiels und den zusätzlichen Regelungen, die unter anderem die Werbung betreffen. Die Werbung ist jedoch nicht notwendiger Bestandteil der Durchführung von Glücksspielen. Es stünde der S offen, das Glücksspiel ohne Werbung durchzuführen. Darüber hinaus erlegt die Regelung ihr ein selbstständiges Unterlassungsgebot hinsichtlich der Werbung über Influencer*innen auf. Zudem hätte die Glücksspielerlaubnis auch ohne die zusätzliche Regelung zur Werbung einen vollziehbaren Gehalt.

In der Gesamtschau handelt es sich vorliegend daher um eine Nebenbestimmung in Form einer Auflage.¹⁰

⁷ Störmer, in: Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2021, § 36 Rn. 49.

⁸ Störmer, in: Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2021, § 36 Rn. 50.

⁹ Störmer, in: Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2021, § 36 Rn. 52.

¹⁰ Siehe zu weiteren Beispielen zur Unterscheidung zwischen Inhalts- und Nebenbestimmungen OVG Magdeburg, Beschl. v. 15.6.2023 – 3 M 24/23 = BeckRS 2023, 17072 Rn. 10: Bei Lotterien mit geringem Gefährdungspotential hat das Bundesverwaltungsgericht angenommen, dass Merkmale, die nicht gem. § 17 GlüStV 2021 „insbesondere“ in der Erlaubnis festzulegen sind, nicht den Gegenstand der Erlaubnis selbst bilden, also isoliert anfechtbare Nebenbestimmungen sind (BVerwG, Urt. v. 6.11.2019 – 8 C 14/18, Rn. 22 [juris]). Als Beschränkungen, die unmittelbar die inhaltliche Ausgestaltung der Erlaubnis betreffen, wurden im Glücksspielrecht Regelungen über die Regionalität (HambOVG, Urt. v. 22.6.2017 – 4 Bf 160/14, Rn. 68 [juris]), die zeitliche Befristung (VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 11.8.2022 – 6 S 790/22, Rn. 16 [juris]; HambOVG, Urt. v. 22.6.2017 – 4 Bf 160/14, Rn. 68 [juris]) und die Mindestspieldauer (OVG Schleswig-Holstein, Urt. v. 23.3.2017 – 4 LB 4/16, Rn. 24 ff. [juris]) bewertet. Dagegen wurden etwa Anzeigepflicht bzw. Zustimmungsvorbehalt bei Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Zustimmungsvorbehalt bei Produktänderungen, Regelungen zur Einschaltung zuverlässiger Dritter, Anzeigepflicht bzw. Erlaubnisvorbehalt bei Änderungen der Rechtsform der Spielervermittlerin oder beauftragten Dritten, Vorgabe einer geschlossenen Benutzer-

b) Isolierte Anfechtbarkeit der Auflage

Aufgrund des engen inhaltlichen Zusammenhanges zwischen Auflage und Hauptregelung ist die isolierte Anfechtbarkeit der Auflage allerdings trotz ihres Verwaltungsakts-Charakters nicht unumstritten.

aa) Abgrenzung nach Art der Nebenbestimmung

Teilweise wird die Frage der isolierten Anfechtbarkeit von Nebenbestimmungen davon abhängig gemacht, um welche Art von Nebenbestimmung es sich handelt. Bei Bedingungen und Befristungen soll, da es sich um sog. unselbständige Nebenbestimmungen handelt, die Erhebung einer Verpflichtungsklage notwendig sein, während bei Auflagen, die als selbständige Nebenbestimmungen gelten, eine isolierte Anfechtung statthaft sei.¹¹ Im konkreten Fall wäre nach dieser Ansicht also eine Anfechtungsklage statthaft.

bb) Abgrenzung nach Art des Hauptverwaltungsakts

Demgegenüber differenziert eine weitere Ansicht nicht nach der Art der Nebenbestimmung, sondern nach der Art der Hauptregelung. Zum Schutz der Entscheidungsspielräume der Verwaltung soll eine isolierte Anfechtung lediglich bei gebundenen Verwaltungsakten zulässig sein, während bei Verwaltungsakten, die im Ermessen der Behörde stehen, eine Verpflichtungsklage zu erheben sei.¹²

§ 4 Abs. 1 S. 1 GlüStV macht die Veranstaltung und Vermittlung öffentlicher Glücksspiele von der vorherigen Erlaubniserteilung durch die zuständige Behörde des jeweiligen Landes abhängig. Es handelt sich um ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.¹³ Teilweise wird vertreten, dass es sich um eine Ermessensentscheidung der Behörde handle. Allerdings sprechen im Zweifel die Grundrechte und die (europäische) Dienstleistungsfreiheit für die Erlaubnisform mit der geringeren Beschränkung. Sofern die spezifischen Erlaubnisvoraussetzungen erfüllt sind und keine Versagensgründe vorliegen, hat die Behörde die Erlaubnis daher zu erteilen.¹⁴ Es handelt sich insofern um eine gebundene Entscheidung.

Hinweis: Str., a.A.¹⁵ gut vertretbar.

Im konkreten Fall wäre nach dieser Ansicht eine Anfechtungsklage statthaft.

cc) Abgrenzung nach Rechtmäßigkeit des Rest-Verwaltungsakts

Insbesondere in der Rechtsprechung wird demgegenüber grundsätzlich eine Anfechtungsklage für statthaft gehalten, soweit der nach erfolgreicher Anfechtung verbleibende Haupt-Verwaltungsakt

gruppe, Berichtspflichten, Vorgaben eines Technikstandards zur Datensicherheit, Verpflichtung, ggf. beauftragten Dritten die dem*der Beklagten zustehenden Rechte zu gewähren und Auflagenvorbehalt (HambOVG, Urt. v. 22.6.2017 – 4 Bf 160/14, Rn. 67 [juris]), Regelungen zum Spieler-Monitoring, zur individuellen Limiterhöhung und zur Identifizierung von Bestandskunden (VG Darmstadt, Beschl. v. 22.12.2021 – 3 L 675/21.DA = BeckRS 2021, 62536) als isoliert anfechtbare Nebenbestimmungen angesehen.

¹¹ Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, Kommentar, 24. Aufl. 2023, § 36 Rn. 89 m.w.N.

¹² Z.B. Brenner, JuS 1996, 282 (287).

¹³ Bringmann, in: Dünchheim, Glücksspielrecht, Glücksspielstaatsvertrag, Kommentar, 2021, § 4 Rn. 17 f.

¹⁴ Helmes/Otto, in: Hamacher/Krings/Otto, Glücksspielrecht, Handkommentar, 2022, GlüStV § 4 Rn. 4.

¹⁵ Bringmann, in: Dünchheim, Glücksspielrecht, Glücksspielstaatsvertrag, Kommentar, 2021, § 4 Rn. 30.

nicht offensichtlich rechtswidrig wäre.¹⁶ Ob die Nebenbestimmung aufgehoben werden kann, ist eine Frage der Begründetheit der Anfechtungsklage. Die Aufhebung erfolgt, wenn die Nebenbestimmung rechtswidrig ist und der Verwaltungsakt ohne die Nebenbestimmung „sinnvoller- und rechtmäßigerweise“ bestehen bleiben kann.¹⁷ Diese Ansicht greift auch nicht unzulässigerweise in den Entscheidungsspielraum der Behörden ein. Für den Fall, dass die isolierte Anfechtungsklage gegen die Nebenbestimmung begründet ist, weil diese rechtswidrig ist, besteht für die Behörde die Möglichkeit des Widerrufs eines von ihr nicht gewollten Verwaltungsakts.¹⁸

Nach kurzzeitig diskutierter, mittlerweile aber wieder verworfener Auffassung des 8. *Senats* des BVerwG¹⁹ dürfe eine belastende Nebenbestimmung, die einem begünstigenden Verwaltungsakt beigefügt wurde, im Anfechtungsprozess nur dann isoliert aufgehoben werden, wenn der verbleibende Verwaltungsakt für sich genommen rechtmäßig sei. Nur dann könne dieser im Sinne der bisherigen Rechtsprechung des BVerwG rechtmäßigerweise bestehen bleiben. Sei der verbleibende Verwaltungsakt für sich genommen aber schon nicht rechtmäßig (beispielsweise aufgrund eines formellen Fehlers), sei die Anfechtungsklage trotz rechtswidriger Nebenbestimmung unbegründet, da kein Interesse an dem Erhalt des für sich genommen bereits rechtswidrigen Verwaltungsakts bestehe. Dies konnte zu der dogmatisch fragwürdigen Situation führen, dass eine rechtswidrige Nebenbestimmung und ein rechtswidriger Hauptverwaltungsakt dennoch nicht zu einer begründeten Anfechtungsklage führen. Der 8. *Senat* begründete seinen umfassenden Zugriff auf die Rechtmäßigkeit des Hauptverwaltungsakts damit, dass der von § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO vorausgesetzte materiell-rechtliche Aufhebungsanspruch mit dem Leistungsanspruch korrespondiere.

An dieser Auffassung wird kritisiert, dass sie nicht erklären könne, weshalb eine zulässige Anfechtungsklage ohne Erfolg bleiben soll, obwohl die Voraussetzungen von § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO vorliegen, nämlich die Rechtswidrigkeit der Nebenbestimmung und damit verbunden die Verletzung subjektiver Rechte der klagenden Person.²⁰

Hinweis: Die Frage, ob sich die isolierte Anfechtung der Nebenbestimmungen primär an der prozessualen Trennbarkeit orientiert (so die bisherige Rechtsprechung) oder an der materiell-rechtlichen Situation, war innerhalb der Rechtsprechung nach einem Anfragebeschluss des 4. *Senats* des BVerwG²¹ beim 8. *Senat* des BVerwG, ob dieser an der oben genannten Auffassung festhalten möchte, kurzzeitig ungeklärt. Die dogmatisch in sich grundsätzlich ebenfalls überzeugende Lösung über die Ansätze, die ihren Ausgangspunkt in der Rechtsstellung haben, die dem*der späteren Kläger*in gegenüber der Genehmigungsbehörde in der Situation der Antragstellung vom Gesetz eingeräumt ist, stellte die bisherige prozessual orientierte Lösung vor Schwierigkeiten.²² Der 8. *Senat* des BVerwG hat an seiner Auffassung nach dem Anfragebeschluss des 4. *Senats* jedoch nicht festgehalten.²³

Liegen die genannten Voraussetzungen für eine isolierte Aufhebung der Nebenbestimmung nicht vor, ist eine Anfechtungsklage gem. § 88 VwGO in eine Verpflichtungsklage auf Erlass eines neuen Verwaltungsakts ohne die belastende Nebenbestimmung umzudeuten. Auch dieser Ansicht zufolge

¹⁶ BVerwGE 112, 263 (264).

¹⁷ Vgl. zum Stand der Diskussion *Funke*, NVwZ 2021, 114.

¹⁸ Vgl. *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, Kommentar, 24. Aufl. 2023, § 36 Rn. 91.

¹⁹ BVerwG, Urt. v. 6.11.2019 – 8 C 14/18 = NVwZ 2020, 163.

²⁰ *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, Kommentar, 24. Aufl. 2023, § 36 Rn. 91.

²¹ BVerwG, Beschl. v. 29.3.2022 – 4 C 4/20 = NVwZ 2022, 1798.

²² *Funke*, NVwZ 2021, 114 (117).

²³ BVerwG, Beschl. v. 12.10.2022 – 8 AV 1/22 = NVwZ 2022, 1801.

wäre hier eine Anfechtungsklage statthaft und die Frage der Rechtmäßigkeit sowie der materiellen Trennbarkeit der Nebenbestimmung eine Frage der Begründetheit.

dd) Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist die Auflage isoliert anfechtbar.

c) Zwischenergebnis

Vorliegend ist eine Anfechtungsklage gem. § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO statthaft.

2. Verpflichtungsklage

Hilfsweise kommt nach dem klägerischen Begehren eine Verpflichtungsklage gem. § 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO in Betracht. Korrespondierend mit der oben erläuterten prozessualen Konstellation und der Diskussion um die materielle Trennbarkeit ist sinnvollerweise hilfsweise eine Verpflichtungsklage zu erheben.²⁴

Eine hilfsweise erhobene Verpflichtungsklage auf ermessensfehlerfreie Neubescheidung über den Antrag auf Erlaubnis zur Durchführung des Glücksspiels in Form einer Versagungsgegenklage gem. § 42 Abs. 1 Var. 2 VwGO ist daher statthaft.

Hinweis: Ausführungen zu der hilfsweise zu erhebenden Verpflichtungsklage und der daraus resultierenden Eventualklagehäufung nach § 44 VwGO sind stark positiv zu werten. Aufgrund des Bearbeitungshinweises können die Bearbeiter*innen nach entsprechender Abwägung in der Verhältnismäßigkeit theoretisch dazu kommen, dass die Nebenbestimmung rechtswidrig ist und der Grundverwaltungsakt ebenfalls rechtswidrig ist, weil er entsprechend § 5 Abs. 1 S. 3 GlüStV ohne Nebenbestimmungen nicht rechtmäßig erlassen werden konnte. In diesem Fall stellt sich bei entsprechender Auslegung des Klagebegehrens die Frage nach der Erhebung einer Verpflichtungsklage auf ermessensfehlerfreie Bescheidung.

Über die Rechtmäßigkeit der weiteren, hier nicht angegriffenen Nebenbestimmung kann an dem Punkt der Prüfung der statthaften Klageart noch keine Aussage getroffen werden. Die Rechtmäßigkeit der übrigen Nebenbestimmungen kann erst im späteren Verlauf der Prüfung (laut Bearbeitungsvermerk) unterstellt werden. Daher sind Überlegungen zu einer hilfsweise zu erhebenden Verpflichtungsklage an diesem frühen Punkt der Prüfung theoretisch angezeigt.

Es wird nicht erwartet, dass die Bearbeiter*innen diese Problematik erkennen, geschweige denn um den Stand der Diskussion hinsichtlich der isolierten Anfechtbarkeit von Nebenbestimmungen wissen. Fehlende Ausführungen sind daher nicht negativ, erfolgte Ausführungen aber stark positiv zu werten. Erwartet werden jedoch ein sauberer Aufbau sowie eine saubere Subsumtion unter die bisher vertretenen Ansichten zur isolierten Anfechtbarkeit von Nebenbestimmungen.

III. Klagebefugnis

S müsste auch klagebefugt gem. § 42 Abs. 2 VwGO sein. Dies ist der Fall, wenn nicht von vornherein ausgeschlossen ist, dass die Klägerin durch die hoheitliche Maßnahme in einem subjektiv-öffentli-

²⁴ Einen zweiten, bei der vorigen Instanz vor dem OVG hilfsweise gestellten Verpflichtungsantrag nahm der Kläger in der mündlichen Verhandlung zurück, vgl. die Darstellung bei *Funke*, NVwZ 2021, 114 (115).

chen Recht verletzt ist.

Für die Klagebefugnis im Hinblick auf eine belastende Nebenbestimmung als Teil eines Verwaltungsakts reicht es aus, wenn die Rechtswidrigkeit der Nebenbestimmung unter Berufung auf die Stellung als Adressat*in der hoheitlichen Maßnahme geltend gemacht wird. Die Klagebefugnis wäre in diesem Fall nur zu verneinen, wenn eine klägerische Rechtsverletzung von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen ist. Hinsichtlich der Anfechtung der belastenden Nebenbestimmungen, die der S eine bestimmte Art und Weise der Werbung für das von ihr durchgeführte Glücksspiel verbieten, ist sie als Adressatin des Verbots klagebefugt (sog. Adressat*innentheorie).

Bezogen auf die hilfsweise erhobene Verpflichtungsklage ist die S klagebefugt, wenn sie geltend machen kann, durch den Nichterlass der beantragten Erlaubnis ohne die belastenden Nebenbestimmungen in ihren Rechten verletzt worden zu sein. Auch dies scheint vorliegend nicht von vornherein ausgeschlossen.

IV. Vorverfahren

Die S müsste vor Erhebung der Anfechtungsklage Widerspruch eingelegt haben, um die Rechtmäßigkeit und die Zweckmäßigkeit des Verwaltungsakts in einem Vorverfahren nachprüfen zu lassen, § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO. Der Widerspruch kann auf einen Teil des Verwaltungsakts beschränkt werden, wenn dieser inhaltlich teilbar ist. Die Grundsätze zur isolierten Anfechtbarkeit von Nebenbestimmungen vor Gericht gelten entsprechend.²⁵ Die S hat form- und fristgerecht Widerspruch eingelegt, dem die Behörde nicht abgeholfen hat. Das Vorverfahren für die Anfechtungsklage wurde ordnungsgemäß durchgeführt.

Mit Blick auf die hilfsweise erhobene Verpflichtungsklage, für die nach § 68 Abs. 2 VwGO die Vorschriften über das Vorverfahren entsprechend Anwendung finden, ergibt sich keine abweichende Bewertung.

V. Frist

Die Klage müsste fristgerecht innerhalb eines Monats nach Zustellung des Widerspruchsbescheids eingelegt worden sein, § 74 Abs. 1 S. 1 VwGO. Die Berechnung der Klagefrist erfolgt gem. § 57 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 222 Abs. 1 ZPO nach §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB. Die Zustellung des Widerspruchsbescheids erfolgte am 26.8.2023. Die Frist läuft gem. § 188 Abs. 2 BGB mit Ablauf des 26.9.2023 ab. Die S legte am 26.9.2023 und damit fristgerecht Klage ein.

Auch die hilfsweise erhobene Verpflichtungsklage wurde fristgerecht erhoben, § 74 Abs. 2 VwGO.

VI. Sachliche und örtliche Zuständigkeit

Das Verwaltungsgericht ist sachlich nach § 45 VwGO zuständig. Die örtliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts Hamburg ergibt sich aus § 52 Nr. 3 S. 1 VwGO.²⁶

²⁵ Geis, in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 5. Aufl. 2018, § 68 Rn. 89.

²⁶ Die Gemeinsame Glücksspielbehörde der Länder (§ 27a GlüStV) ist im vorliegenden Fall nicht zuständig (vgl. den Zuständigkeitskatalog in § 27f GlüStV). Für den Fall der Zuständigkeit der Gemeinsamen Glücksspielbehörde der Länder richtet sich die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts nach § 52 Nr. 3 S. 2 VwGO, was vorliegend ebenfalls zur Zuständigkeit des VG Hamburg führen würde. Die Verteilung der Gerichtsprozesse auf den Bezirk, in dem die beschwerte Partei ihren Sitz hat, dient dazu, die Konzentration von Prozessen bei dem Gericht zu vermeiden, das sonst an dem Sitz einer Behörde zuständig wäre, Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 29. Aufl. 2023, § 52 Rn. 13.

VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Die Beteiligtenfähigkeit ergibt sich für die S aus § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO. Ihre Prozessfähigkeit ergibt sich aus § 62 Abs. 3 VwGO. Sie wird durch ihre Vorständin vertreten, der nach § 84 Abs. 2 Hs. 2 BGB die Stellung einer gesetzlichen Vertreterin zukommt. Die Freie und Hansestadt Hamburg ist eine Gebietskörperschaft und damit als juristische Person gem. § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligungsfähig. Im Prozess muss sie sich gem. § 62 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 6 Abs. 1 HmbVerwBehG durch die Leitung der Behörde für Inneres und Sport als dem*der gesetzlichen Vertreter*in der Behörde, in deren Geschäftsbereich die Glücksspielaufsicht fällt, vertreten lassen.

VIII. Rechtsschutzbedürfnis

Da kein schnellerer, effektiverer und kostengünstigerer Weg für die S ersichtlich ist, um ihr Rechtsschutzziel zu erreichen, besteht auch ein Rechtsschutzbedürfnis.

IX. Zwischenergebnis

Die Klage ist zulässig.

B. Objektive Klagehäufung

Vorliegend kommt eine objektive Klagehäufung in Betracht, § 44 VwGO. Voraussetzungen hierfür sind, dass sich die verschiedenen Klagebegehren gegen dieselbe*denselben Beklagte*n richten, ein Zusammenhang zwischen den Klagebegehren besteht und dasselbe Gericht sachlich und örtlich zuständig ist. Es reicht aus, dass die Klagebegehren rein tatsächlich dem gleichen Lebenssachverhalt zuzuordnen sind. Nicht erforderlich ist, dass es sich um gleichartige Klagebegehren handelt. Zulässig ist darüber hinaus nur eine eventuale objektive Klagehäufung, bei der zwar der Hauptantrag unbedingt, der Hilfsantrag aber bedingt gestellt ist.²⁷

Beide Klagebegehren richten sich gegen dieselbe Beklagte. Zudem betreffen sie beide den Sachverhalt der Werbung für das beantragte Glücksspiel. Für beide Klagen ist dasselbe Gericht zuständig. Die Verpflichtungsklage wird für den Fall erhoben, dass die Anfechtungsklage unbegründet und die Nebenbestimmung nicht materiell trennbar vom Haupt-Verwaltungsakt ist. Damit handelt es sich um eine zulässige innerprozessuale Bedingung. Eine objektive Klagehäufung liegt vor.

C. Begründetheit

Die Anfechtungsklage ist gem. § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO begründet, soweit die angefochtene Nebenbestimmung rechtswidrig und die Klägerin dadurch in ihren Rechten verletzt ist. Außerdem müsste die Auflage von der Erlaubniserteilung als Grundverwaltungsakt materiell trennbar sein.

I. Rechtswidrigkeit der Nebenbestimmungen

Die Nebenbestimmungen müssten auf einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage basieren und darüber hinaus formell sowie materiell rechtmäßig sein.

²⁷ Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 29. Aufl. 2023, § 44 Rn. 4–7.

1. Taugliche Ermächtigungsgrundlage

Die Ermächtigungsgrundlage liegt hier in § 5 Abs. 1 S. 3 GlüStV als spezielle Ermächtigung, Nebenbestimmungen bezüglich der Ausgestaltung von Werbung für das in der Erlaubnis zugelassene Glücksspiel zu erlassen. Auf die Frage der Einordnung in die Systematik des § 36 VwVfG, also ob die Erlaubniserteilung gem. § 4 Abs. 1, 2 GlüStV eine gebundene Entscheidung oder eine Ermessensentscheidung ist,²⁸ kommt es daher nicht an. Die Verfassungsmäßigkeit der Regelungen des GlüStV ist zu unterstellen.

Hinweis: Ein Hinweis auf § 36 LVwVfG wird nicht verlangt, eine knappe Einordnung in § 36 LVwVfG wiegt aber nicht negativ. Die Nebenbestimmung nur unmittelbar auf § 36 LVwVfG zu stützen wäre ein Fehler.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

Die formelle Rechtmäßigkeit der Nebenbestimmung ist zu unterstellen.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Nebenbestimmung müsste materiell rechtmäßig sein. Das ist der Fall, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage erfüllt sind und eine zulässige, insbesondere auch verfassungskonforme Rechtsfolge gewählt wurde.

a) Anforderungen des § 5 Abs. 1 S. 3 GlüStV

aa) Nebenbestimmung zu einer Glücksspielerlaubnis

Die gegenständlichen Regelungen stellen Nebenbestimmungen i.S.v. § 36 LVwVfG zu einer Glücksspielerlaubnis nach § 4 GlüStV dar. Ansonsten stellt § 5 Abs. 1 S. 3 GlüStV keine tatbestandlichen Anforderungen.

bb) Rechtsfolge von § 5 Abs. 1 S. 3 GlüStV

Die Nebenbestimmungen müssten sich im Rahmen der von § 5 Abs. 1 S. 3 GlüStV gedeckten Rechtsfolgen bewegen. Die Regelung ermöglicht Bestimmungen dahingehend, wie die Werbung für das durch die Erlaubnis zugelassene Glücksspiel ausgestaltet wird, ermöglicht also umfassende Regelungen bezüglich Inhalt, Umfang und Modalitäten der Werbung. Die Nebenbestimmung in lit. a betrifft Modalitäten der Werbung. Dies stellt eine nach § 5 Abs. 1 S. 3 GlüStV zulässige Nebenbestimmung und damit eine zulässige Rechtsfolge dar.

cc) Verhältnis zum Zweck des Grundverwaltungsakts

Die Nebenbestimmung läuft dem Zweck des Grundverwaltungsakts, nämlich ein Glücksspiel in bestimmten Modalitäten zu erlauben, nicht zuwider. Es liegt kein Verstoß gegen § 36 Abs. 3 LVwVfG vor.

²⁸ Das ist str., vgl. *Otto*, in: Hamacher/Krings/Otto, Glücksspielrecht, Handkommentar, 2022, § 4 Rn. 4, 15.

b) Ermessensausübung

§ 5 Abs. 1 S. 3 GlüStV räumt zwar kein Entschließungsermessen, aber ein Auswahlermessen hinsichtlich der Bestimmungen darüber ein, wie die Werbung gestaltet werden darf („sind [...] festzulegen“).²⁹ Dieses dürfte gem. § 40 LVwVfG nicht ermessensfehlerhaft ausgeübt worden sein. Ein Ermessensfehler kann in einem Ermessensnichtgebrauch, einem Fehlgebrauch oder einer Ermessensüberschreitung liegen.

Die Behörde hat sich für das Verbot des Influencer*innenmarketings entschieden, um auf eine Einhaltung der Vorgaben des § 5 Abs. 2 GlüStV hinzuwirken und Überlegungen darüber angestellt, ob das Verbot ein angemessenes Mittel ist, um diesem Zweck zu dienen. Es liegen also weder ein Ermessensausfall noch ein Ermessens Fehlgebrauch vor. Es könnte aber eine Ermessensüberschreitung vorliegen, wenn die Nebenbestimmung gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz oder das Bestimmtheitsgebot gem. § 37 Abs. 1 LVwVfG³⁰ verstößt.

aa) Bestimmtheitsgrundsatz

Die Nebenbestimmung in lit. a wäre mit dem Bestimmtheitsgebot nicht vereinbar, wenn sie Tatbestand und Rechtsfolge nicht klar erkennen ließe.³¹ Ebenfalls könnte sich eine Unbestimmtheit daraus ergeben, dass nicht klargestellt wird, ob es sich bei der Regelung um eine Inhalts- oder Nebenbestimmung handelt.³² Die Anforderungen an die Bestimmtheit sind jedoch erfüllt, sofern die Bestimmungen durch Auslegung bestimmbar sind.

Im Bescheid wird nicht klargestellt, ob es sich bei der Bestimmung lit. a um eine Neben- oder Inhaltsbestimmung handelt. Dies lässt sich mittels Auslegung aber eindeutig klären (siehe oben). In dieser Hinsicht liegt also eine hinreichende Bestimmtheit vor.³³

Fraglich ist aber, ob der Begriff des „Influencer*innen-Marketings“ hinreichend bestimmt ist. Dafür müsste es möglich sein, Influencer*innen-Marketing von klassischen Werbemaßnahmen klar abzugrenzen. Influencer*innen bezeichnen typischerweise Werbende, die in sozialen Medien Produktempfehlungen aussprechen. Allein aus der Formulierung der Bestimmung lit. a ist nicht klar, ob es hier um den Ausschluss von Werbung durch bestimmte Personen geht, die in sozialen Medien auch durch Produktwerbung eine Bekanntheit haben, oder ob es um das Format der Werbung in sozialen Medien durch content creators geht. Die Begründung des Bescheids macht allerdings deutlich, dass das Ziel der Regelung ist, eigenständige Werbung durch content creators in sozialen Medien zu vermeiden, nicht hingegen, über soziale Medien bekannte Personen als Werbende auszuschließen. Die Bestimmung lit. a ist damit durch Auslegung bestimmbar. Die Grenze des § 37 Abs. 1 LVwVfG ist gewahrt.

Hinweis: Das Problem der Bestimmtheit war, wenn auch nicht besonders im Vordergrund, im Sachverhalt angelegt. Es ist ebenfalls vertretbar, eine hinreichende Bestimmtheit hier abzulehnen. Gute Bearbeitungen zeichnen sich dadurch aus, dass sie unterschiedliche Auslegungsvarianten aufzeigen.

²⁹ Dünchheim, in: Dünchheim, Glücksspielrecht, Glücksspielstaatsvertrag, Kommentar, 2021, § 5 Rn. 54.

³⁰ Anwendbarkeit von § 37 Abs. 1 LVwVfG auch auf Nebenbestimmungen, vgl. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 10. Aufl. 2023, § 36 Rn. 27.

³¹ Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 10. Aufl. 2023, § 37 Rn. 27.

³² Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 10. Aufl. 2023, § 37 Rn. 27, § 36 Rn. 69.

³³ Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 10. Aufl. 2023, § 37 Rn. 27.

Es wird nicht erwartet, dass als Problem im Rahmen der Bestimmtheit thematisiert wird, ob erkennbar eine Inhalts- oder Nebenbestimmung vorliegt.

bb) Verhältnismäßigkeit

Das Verbot der Influencer*innen-Werbung müsste auch verhältnismäßig sein.

(1) Legitimer Zweck

Zunächst müsste ein legitimer Zweck vorliegen. Das Verbot verfolgt den Zweck, die insbesondere in § 5 Abs. 2 GlüStV geregelten Grenzen zulässiger Werbung für erlaubtes Glücksspiel einzuhalten. Außerdem zielt die Regelung darauf ab, zu verhindern, dass Dritte mit gem. § 5 Abs. 1 S. 2 GlüStV verbotener eigenständiger Werbung beauftragt werden. Ein legitimer Zweck liegt damit vor.

(2) Geeignetheit

Das Verbot von Influencer*innen-Werbung müsste zur Zweckerreichung geeignet sein. Dies ist der Fall, wenn der legitime Zweck zumindest gefördert wird. Die S hat über Werbung auf sozialen Medien auf Accounts Dritter, wo Influencer*innen-Marketing typischerweise stattfindet, weniger Kontrolle. Es ist nicht ausgeschlossen, dass ein Verbot solcher Werbung durch Personen, die mit der Werbung auch eigene Interessen wie eine erhöhte Reichweite oder Gewinnabsichten verfolgen, geeignet ist, dazu beizutragen, dass die Anforderungen von § 5 Abs. 2 GlüStV, z.B. das Übermaßverbot, eingehalten werden. Insbesondere ist es auf sozialen Medien schwerer zu verhindern, dass Minderjährige adressiert werden.³⁴ Hinsichtlich dieses Zwecks ist die Regelung geeignet.

Hinsichtlich des Verbots eigenständiger Werbung gem. § 5 Abs.1 S. 2 GlüStV ist die Regelung aber ungeeignet. Sofern Influencer*innen eigenständig werben, ist diese Tätigkeit bereits verboten. Denn die Beauftragungserlaubnis bezieht sich nur auf die Durchführung der Werbung. Dies hat die Konsequenz, dass die Werbung dem*der Inhaber*in der Erlaubnis stets zurechenbar sein muss und diese*r nicht die Werbung insgesamt, sondern nur deren Durchführung an Dritte delegieren darf. Sofern Influencer*innenwerbung nicht eigenständig stattfindet, hat deren gesonderte Regelung keine über die ohnehin schon bestehende Gesetzeslage hinausgehende Auswirkung. Hinsichtlich dieses Zwecks liegt also keine Geeignetheit vor.

(3) Erforderlichkeit

Hinsichtlich der Einhaltung der Grenzen von § 5 Abs. 2 GlüStV müsste die Bestimmung in lit. a auch erforderlich sein, es dürfte also kein gleich geeignetes milderes Mittel geben. Ein milderes Mittel wäre die bloße konsequente Durchsetzung der Grenzen des § 5 Abs. 2 GlüStV mit den in § 9 GlüStV geregelten aufsichtsrechtlichen Mitteln, mit denen auch direkt gegen Werbende vorgegangen werden kann.³⁵ Dieses Vorgehen müsste aber gleich geeignet sein. § 9 Abs. 1 S. 2 GlüStV ermächtigt dazu, im Einzelfall erforderliche Anforderungen zu erlassen. Damit die Anordnungen erforderlich sind, muss hierfür aber eine konkrete Gefahr der Verletzung von § 5 Abs. 2 GlüStV drohen, also es müssten z.B. konkret Influencer*innen beauftragt werden, die gezielt Inhalte für Minderjährige produzieren.³⁶ Das Mittel ist also nicht gleich geeignet. Auf die Frage, ob ein milderes Mittel auch gleich kosteneffizient

³⁴ Vgl. *Dünchheim*, in: Dünchheim, Glücksspielrecht, Glücksspielstaatsvertrag, Kommentar, 2021, § 5 Rn. 69.

³⁵ Vgl. zur Störer*innenauswahl *Dünchheim*, in: Dünchheim, Glücksspielrecht, Glücksspielstaatsvertrag, Kommentar, 2021, § 9 Rn. 13.

³⁶ *Dünchheim*, in: Dünchheim, Glücksspielrecht, Glücksspielstaatsvertrag, Kommentar, 2021, § 9 Rn. 12.

sein müsste, kommt es insofern nicht an. Ein abstraktes Verbot von Influencer*innenwerbung ist daher auch erforderlich.

(4) Angemessenheit

Das Verbot von Influencer*innenwerbung müsste schließlich auch angemessen sein. Der verfolgte Zweck, die Einhaltung der Grenzen des § 5 Abs. 2 GlüStV zu fördern, dürfte also nicht außer Verhältnis zu den Belastungen stehen, die sich aus dem Verbot des Influencer*innen-Marketings ergeben.

§ 5 Abs. 2 GlüStV soll verhindern, dass Werbung den Zielen des § 1 GlüStV zuwiderläuft. Zu diesen gehören insbesondere, dass die Entstehung von Spiel- und Wettsüchten verhindert werden sollen, außerdem der Jugendschutz. Letzterer wird durch § 5 Abs. 2 S. 4 und S. 5 GlüStV noch besonders hervorgehoben. Der Schutz der Gesundheit ist außerdem gem. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ein Verfassungsauftrag, der durch die werbungsbegrenzenden Regelungen gesetzlich umgesetzt und ausgestaltet wird. Influencer*innenwerbung findet in sozialen Medien statt und ist insbesondere deshalb wirkungsvoll, weil Produktempfehlungen dort weniger den Charakter einer klassischen Werbung und mehr den einer persönlichen Empfehlung haben. Eine wirkungsvollere Werbung, die es Konsument*innen schwer macht, Werbung von sonstigen Inhalten zu treffen, kann die Entstehung von Spiel- und Wettsüchten mehr als andere Werbung befördern. Außerdem ist es auf sozialen Medien schwierig, Minderjährige als Empfänger*innen auszuschließen, was der gesetzgeberischen Wertung gem. § 5 Abs. 2 S. 3 GlüStV widerspricht. All dies spricht dafür, dass die Nebenbestimmung lit. a einen gewichtigen Zweck verfolgt. Demgegenüber hat das an S adressierte Verbot, Influencer*innen mit Werbung zu beauftragen, neben den bestehenden gesetzlichen Möglichkeiten der Aufsichtsbehörden, sowohl gegenüber S als auch gegenüber Influencer*innen selbst einzuschreiten, wenn die Grenzen des § 5 Abs. 2 GlüStV überschritten werden, wenig zusätzlichen Effekt.

Die S verliert durch das Verbot den Zugang zu einer modernen und effektiven Werbemaßnahme. Anders als im Glücksspielstaatsvertrag von 2012 wertet der Gesetzgeber im neuen Staatsvertrag von 2021 Werbung für Glücksspiel als grundsätzlich zulässig. Gleichzeitig zielt die gesetzgeberische Erlaubnis von Glücksspielwerbung aber nur darauf ab, Spieler*innen zu legalen Angeboten zu ziehen. Werbung soll keine neuen Spieler*innen generieren.³⁷ Leichter regulierbare Werbung, die diese Zwecksetzung besser erfüllt, steht S weiter offen. Vor diesem Hintergrund ist die Belastung für die S durch das pauschale Verbot von leichter bis mittlerer Intensität. Weil die Nebenbestimmung zwar keinen starken zusätzlich schützenden Effekt hat, aber einem hochrangigen Schutzgut dient, stellt sich die Nebenbestimmung als verhältnismäßig dar.

(5) Zwischenergebnis

Die Nebenbestimmung ist verhältnismäßig.

Hinweis: Die gegenteilige Ansicht ist mit entsprechender Begründung ebenfalls vertretbar. Für den Fall, dass die Bearbeiter*innen hier zur Unverhältnismäßigkeit und damit zur Rechtswidrigkeit der Nebenbestimmung gelangen, ist in einem Hilfgutachten weiter zu prüfen. Die Verletzung der S in eigenen Rechten durch die rechtswidrige Nebenbestimmung ist dann knapp zu bejahen. Unabhängig davon sollte in deutlich überdurchschnittlichen Klausuren die Frage der materiellen Trennbarkeit in einem Hilfgutachten erörtert werden (siehe unten).

³⁷ OVG Magdeburg, Beschl. v. 15.6.2023 – 3 M 24/23 = BeckRS 2023, 17072 Rn. 42.

cc) Zwischenergebnis

Es liegt keine Ermessensüberschreitung vor.

c) Zwischenergebnis

Die Nebenbestimmung ist materiell rechtmäßig.

4. Zwischenergebnis

Damit ist die Nebenbestimmung auch insgesamt rechtmäßig.

II. Hilfgutachten: Materielle Trennbarkeit

Damit die isolierte Anfechtung der Nebenbestimmung möglich ist, müssen Grundverwaltungsakt und Nebenbestimmung trennbar sein. Das bedeutet, dass nach Maßgabe des materiellen Rechts der Grundverwaltungsakt auch ohne Nebenbestimmung rechtmäßig und sinnvoll bestehen bleiben können muss.³⁸ Der Grundverwaltungsakt kann bei Auflagen grundsätzlich sinnvoll bestehen bleiben, denn Auflagen verlangen von den Adressat*innen ein vom Grundverwaltungsakt losgelöstes Tun, Dulden oder Unterlassen. Diese Verpflichtung kann entfallen, ohne dass die Wirksamkeit des Grundverwaltungsakts berührt ist.

Die Rechtmäßigkeit des Grundverwaltungsakts, soweit diese unabhängig von der Nebenbestimmung betrachtet werden kann, ist zu unterstellen.

Hinweis: Würde dies übersehen, wäre ggf. zu thematisieren, ob die gesamte Rechtmäßigkeit des Grundverwaltungsakts an dieser Stelle zu überprüfen ist (siehe oben). Dabei spricht die Möglichkeit der Behörde, einen rechtswidrigen Verwaltungsakt gem. § 48 LVwVfG selbst aufzuheben, dafür, dass der Grundverwaltungsakt nicht gerichtlich vollständig auf seine Rechtmäßigkeit überprüft werden muss. Eine vollständige Überprüfung des Grundverwaltungsakts widerspricht auch der Dispositionsmaxime gem. § 81 VwGO, nach der der*die Kläger*in über den Klagegegenstand bestimmt. In ihrer neuesten Entwicklung hat die Rechtsprechung es aufgegeben, auf die Rechtmäßigkeit der Restregelung abzustellen.³⁹ Eine Anfechtungsklage kann demnach auch erfolgreich sein, wenn der verbleibende Hauptverwaltungsakt nicht mit geltendem Recht vereinbar ist.⁴⁰

Es sind allerdings die Rechtmäßigkeitsbedingungen zu überprüfen, die mit der Nebenbestimmung in Zusammenhang stehen. Die Frage ist also, ob eine entsprechende Erlaubnis auch ohne die angefochtene Nebenbestimmung grundsätzlich im Einklang mit der Rechtsordnung steht.⁴¹ § 5 Abs. 1 S. 3 GlStV lässt kein Entschließungsermessen hinsichtlich der Frage zu, ob überhaupt Nebenbestimmungen zur Glücksspielwerbung dem Verwaltungsakt hinzugefügt werden. Im vorliegenden Fall ist die Regelung zur Influencer*innen-Werbung jedoch nicht die einzige Nebenbestimmung. Der Grundverwaltungsakt kann damit ohne die angefochtene Nebenbestimmung bestehen bleiben.

³⁸ BVerwGE 60, 274 = NJW 1980, 2773.

³⁹ BVerwG, Beschl. v. 29.3.2022 – 4 C 4/20 = NVwZ 2022, 1798.

⁴⁰ Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, Kommentar, 24. Aufl. 2023, § 36 Rn. 90.

⁴¹ Vgl. BVerwG, Beschl. v. 29.3.2022 – 4 C 4/20 = NVwZ 2022, 1798 m.w.N. Diesem Maßstab hat sich auch der 8. Senat angeschlossen, BVerwG, Beschl. v. 12.10.2022 – 8 AV 1.22, 4 C 4.20 = NVwZ 2022, 1801.

Lemken/Paskowski: Werbung für die Weihnachtslotterie

III. Zwischenergebnis

Die Klage ist unbegründet.

D. Ergebnis

Die Klage ist zulässig, aber unbegründet und hat daher keinen Erfolg.