

Sportwettenmonopol europarechtswidrig

Eigener Leitsatz:

Die Untersagungen der Vermittlung von Sportwetten, die sich auf das staatliche Sportwettenmonopol stützen, sind europarechtswidrig. Die Dienstleistungs- oder Niederlassungsfreiheit wird hierdurch unverhältnismäßig eingeschränkt. Es ist erforderlich, dass die Monopolregelung geeignet ist ihre Ziele – Bekämpfung der Spielsucht – zu verwirklichen, in dem sie kohärent und systematisch zur Begrenzung der Wetttätigkeiten beiträgt. Die Monopolträger beschränken ihre Werbeaktivitäten nicht auf die Information und Aufklärung, sondern sind darauf gerichtet Unentschlossene durch hohe Gewinne zum Spielen zu bewegen. Auch die Ermittlung der Lottozahlen vor laufenden Kameras ist aufgrund ihrer Anreizwirkung unzulässig. Daran ändert sich auch nichts, wenn Teile der Wetteinsätze für die gemeinnützige Verwendung vorgesehen sind, weil dadurch die Teilnahme am Glücksspiel zum wünschenswerten Verhalten aufgewertet wird.

Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen

Urteil vom 29.09.2011

Az.: 4 A 17/08

Tenor:

Das angefochtene Urteil wird geändert.

1. Es wird festgestellt, dass die Ordnungsverfügung der

Beklagten vom 18. April 2006 in Gestalt des Widerspruchsbescheides der Bezirksregierung Düsseldorf vom 11. Dezember 2006 bei Eintritt des erledigenden Ereignisses am 27. August 2010 rechtswidrig war.

2. Es wird festgestellt, dass die Ordnungsverfügung der Beklagten vom 18. April 2006 in Gestalt des Widerspruchsbescheides der Bezirksregierung Düsseldorf vom 11. Dezember 2006 bis zum 31. Dezember 2007 rechtswidrig war.

3. Es wird festgestellt, dass die Ordnungsverfügung der Beklagten vom 18. April 2006 in Gestalt des Widerspruchsbescheides der Bezirksregierung Düsseldorf vom 11. Dezember 2006 in der Zeit vom 1. Januar 2008 bis zum 26. August 2010 rechtswidrig war.

Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens beider Instanzen.

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für das Vorverfahren wird für notwendig erklärt.

Die Kostenentscheidung ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe des beizutreibenden Betrages abwenden, wenn die Klägerin nicht vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Klägerin wendet sich gegen die Untersagung der Vermittlung von Sportwetten an einen britischen privaten Wettanbieter mit Sitz in Gibraltar, die sie am 1. März 2006 aufgenommen hatte.

Im Anschluss an eine ordnungsbehördliche Kontrolle vom 11. April 2006 untersagte die Beklagte der Klägerin mit für sofort vollziehbar erklärter Ordnungsverfügung vom 18. April 2006 den weiteren Betrieb der Annahme- und Vermittlungsstelle für

Sportwetten in N. , I.—straße 245, und gab ihr auf, den Betrieb bis zum 30. April 2006 einzustellen. Für den Fall der Nichtbefolgung drohte sie die Anwendung unmittelbaren Zwanges an. Zur Begründung berief sich die Beklagte auf § 14 OBG in Verbindung mit § 284 StGB und § 1 des Sportwettengesetzes (SpWG) NRW vom 14. Dezember 1999. Die Klägerin verfüge nicht über die nach § 1 SpWG NRW erforderliche Erlaubnis, die nur staatlichen oder staatlich beherrschten juristischen Personen erteilt werden könne. Diese Regelung zum Sportwettenmonopol könne nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 vorübergehend weiter angewandt werden.

Unter dem 29. April 2006 erhob die Klägerin hiergegen Widerspruch, mit dem sie geltend machte, Sportwetten seien kein Glücksspiel. Zudem verstoße das Sportwettenmonopol nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 nicht nur gegen Verfassungsrecht, sondern auch gegen Gemeinschaftsrecht. Das Bundesverfassungsgericht gehe ausdrücklich von parallelen Prüfungsmaßstäben aus. Gleiches folge aus dem Gambelli-Urteil des EuGH vom 6. November 2003.

Einen gleichzeitig gestellten Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs lehnte das Verwaltungsgericht Düsseldorf mit Beschluss vom 23. Mai 2006 (3 L 865/06) ab. Im Anschluss daran teilte die Klägerin der Beklagten am 5. Juli 2006 mit, sie werde die Wettannahme ab dem 6. Juli 2006 einstellen und die Filiale am 12. Juli 2006 schließen. Dies geschehe allein zur Abwendung drohender Vollstreckungsmaßnahmen. Ein Schadensersatzprozess werde vorbereitet.

Mit Beschluss vom 9. Oktober 2006 wies der erkennende Senat die Beschwerde gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Düsseldorf vom 23. Mai 2006 zurück (4 B 898/06). Die gegenwärtige Rechtslage in Nordrhein-Westfalen widerspreche zwar der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit. Der deshalb bestehende europarechtliche Anwendungsvorrang komme indes nicht zum Tragen, weil durch die vorübergehende

Nichtanwendung der nationalen Rechtsvorschriften eine inakzeptable Gesetzeslücke entstünde.

Mit Bescheid vom 11. Dezember 2006 wies die Bezirksregierung Düsseldorf den Widerspruch der Klägerin unter Bezugnahme auf die Gründe des Ausgangsbescheides und des Beschlusses des Verwaltungsgerichts vom 23. Mai 2006 zurück.

Am 12. Januar 2007 hat die Klägerin gegen die Ordnungsverfügung vom 18. April 2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 11. Dezember 2006 Anfechtungsklage erhoben. Dem angefochtenen Bescheid fehle eine wirksame Rechtsgrundlage, da das durch § 1 SpWG NRW statuierte Staatsmonopol gemeinschaftsrechtswidrig sei und der Anwendungsvorrang nicht suspendiert werden könne; das Europarecht kenne in diesen Fällen keine Übergangsregelungen. Eine entsprechende Regelungskompetenz habe das Bundesverfassungsgericht auch nicht für sich in Anspruch genommen. Zudem habe der EuGH in der Rechtssache Gambelli klargestellt, dass die Dienstleistungsfreiheit für einen Wettanbieter nur durch ein Gesetz eingeschränkt werden dürfe, das den europarechtlichen Anforderungen im Übrigen genügen müsse. Dies sei selbst unter Berücksichtigung der vom Bundesverfassungsgericht für die Übergangszeit aus verfassungsrechtlichen Gründen geforderten Maßnahmen nicht der Fall. Das ergebe sich bereits aus dem Ausmaß der Werbung für die bundesweite Dachmarke "Lotto".

Die Klägerin hat beantragt,

die Ordnungsverfügung der Beklagten vom 18. April 2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides der Bezirksregierung Düsseldorf vom 11. Dezember 2006 aufzuheben.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Ordnungsverfügung sei in Übereinstimmung mit der

einschlägigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des erkennenden Senats ergangen.

Mit Urteil vom 6. November 2007 hat das Verwaltungsgericht Düsseldorf die Klage abgewiesen. Ein Verstoß gegen Verfassungsrecht liege nicht vor. Seit dem 19. April 2006 habe das Land Nordrhein-Westfalen die notwendigen Maßnahmen im Sinne der Übergangsanordnung des Bundesverfassungsgerichts eingeleitet. Vor diesem Hintergrund verstoße die angefochtene Verfügung auch nicht gegen Gemeinschaftsrecht. Zwar greife das auf das staatliche Sportwettenmonopol gestützte Verbot nach wie vor in unzulässiger Weise in die gemeinschaftsrechtliche Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit ein. Die Maßgaben des Bundesverfassungsgerichts für die Übergangsfrist stimmten jedoch mit den Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts überein. Die Einschränkung von Grundfreiheiten durch eine zeitlich begrenzte Fortgeltung des mit Gemeinschaftsrecht kollidierenden nationalen Rechts sei angesichts dessen nicht als unverhältnismäßig anzusehen. Von Bund und Land könne nicht verlangt werden, die erkannte Lücke sofort zu schließen. Insoweit sei das Bundesverfassungsgericht als Quasi-Gesetzgeber aufgetreten.

Mit ihrer vom Verwaltungsgericht zugelassenen Berufung hat die Klägerin zunächst ihr Anfechtungsbegehren fortgeführt. Nachdem sie das Ladenlokal in der I.—straße 245 am 27. August 2010 geräumt hat und das hierüber bestehende Mietverhältnis durch Kündigung vom 21. Juni 2010 zum 30. September 2010 beendet worden ist, erstrebt die Klägerin nunmehr die Feststellung der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Ordnungsverfügung. An dieser Feststellung habe sie im Hinblick auf eine von ihr gegen die Beklagte erhobene Schadensersatzklage ein berechtigtes Interesse. Die Ordnungsverfügung sei schon deshalb rechtswidrig, weil die Beklagte sie nicht dem inzwischen anwendbaren Glücksspielstaatsvertrag und dem hierzu ergangenen Ausführungsgesetz NRW angepasst habe. Abgesehen davon könne sie nicht auf die neuen Regelungen gestützt

werden, weil auch diese verfassungs- und gemeinschaftsrechtswidrig seien. Die neue Rechtslage entspreche nicht den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts. Es sei nicht zu erkennen, dass der Glücksspielstaatsvertrag und das nordrhein-westfälische Ausführungsgesetz insgesamt konsequent am Ziel der Bekämpfung von Suchtgefahren ausgerichtet seien und nunmehr eine systematische und kohärente Glücksspielpolitik umgesetzt werde. Aus demselben Grund sei auch die Dienstleistungsfreiheit verletzt. Weder die rechtlichen Vorgaben zur Werbung noch ihre tatsächliche Umsetzung entsprächen den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts und des EuGH. Insbesondere aus europarechtlicher Sicht könne von einer kohärenten Regelung nicht gesprochen werden, da suchtrelevante Bereiche des Glücksspiels, namentlich das gewerbliche Automatenspiel, nicht einem Monopol unterworfen wären; vielmehr werde insoweit eine Expansionsstrategie verfolgt.

Die Klägerin beantragt,

das angefochtene Urteil zu ändern und festzustellen,

1. dass die Ordnungsverfügung der Beklagten vom 18. April 2006 in Gestalt des Widerspruchsbescheides der Bezirksregierung Düsseldorf vom 11. Dezember 2006 bei Eintritt des erledigenden Ereignisses am 27. August 2010 rechtswidrig war und

2. dass die Ordnungsverfügung der Beklagten vom 18. April 2006 in Gestalt des Widerspruchsbescheides der Bezirksregierung Düsseldorf vom 11. Dezember 2006 bis zum 31. Dezember 2007 rechtswidrig war sowie

3. dass die Ordnungsverfügung der Beklagten vom 18. April 2006 in Gestalt des Widerspruchsbescheides der Bezirksregierung Düsseldorf vom 11. Dezember 2006 in der Zeit vom 1. Januar 2008 bis zum 26. August 2010 rechtswidrig war.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie macht geltend, die Klage sei insgesamt unzulässig. Für den Feststellungsantrag zu 1. folge dies bereits daraus, dass die angefochtene Ordnungsverfügung sich nicht erledigt habe. Jedenfalls sei die Klägerin mit ihrem Vorbringen zur Erledigung präkludiert. Bei den Feststellungsanträgen zu 2. und 3. handele es sich um Klageänderungen, die nicht sachdienlich seien. Schließlich fehle der Klägerin hinsichtlich aller Klageanträge das Feststellungsinteresse, weil ihr Schadensersatz- und sonstige Ausgleichsansprüche offensichtlich nicht zustünden. Abgesehen davon sei die Klage insgesamt unbegründet. Die Ordnungsverfügung sei jederzeit rechtmäßig gewesen. An dem Staatsmonopol für Sportwetten, das zum Erlass der Ordnungsverfügung geführt habe, habe sich durch den Glücksspielstaatsvertrag nichts geändert. Eine Anpassung der Ordnungsverfügung an die neue Rechtslage sei daher nicht erforderlich gewesen. Das Sportwettenmonopol sei verfassungs- und europarechtskonform. Eine Inkohärenz liege auch unter Berücksichtigung der möglicherweise unzulänglichen Regelungen zum gewerblichen Automatenpiel nicht vor. Insoweit sei im Rahmen der Kohärenzprüfung eine Folgenabschätzung vorzunehmen. Nur wenn sich dabei zeige, dass wegen der Regelungen und der tatsächlichen Entwicklungen im Bereich des gewerblichen Automatenspiels das mit dem Sportwettenmonopol verfolgte Ziel nicht mehr wirksam erreicht werden könne, sei das Monopol unionsrechtswidrig. Einer dahingehenden Feststellung stehe allerdings schon die Tatsache entgegen, dass trotz der expansiven Entwicklung im Bereich der Automatenspiele die Spieleinsätze bei den Sportwetten im monopolisierten Bereich – im Vergleich zu anderen EU-Staaten – im unteren Bereich lägen. Schließlich sei die Ordnungsverfügung selbst bei unterstellter Unionsrechtswidrigkeit des Sportwettenmonopols rechtmäßig, weil die Klägerin nicht im Besitz der erforderlichen Vermittlungserlaubnis sei. Der Erlaubnisvorbehalt gelte unabhängig vom Staatsmonopol und sei als solcher nicht gemeinschaftsrechtswidrig. Da die Klägerin die Einhaltung der

Erlaubnisvoraussetzungen nicht belegt habe, sei das ihr, der Beklagten, eingeräumte Ermessen auf Null reduziert. Jedenfalls liege ein Fall des intendierten Ermessens vor. Im Übrigen könne sie ihre Ermessenserwägungen nachbessern, wie sie dies mit Schriftsatz vom 21. September 2011 auch – hilfsweise – getan habe.

Die Klägerin hat bereits am 30. März 2007 gegen die Beklagte vor dem Landgericht N. eine Klage auf Zahlung von 31.941,14 Euro und Feststellung der Ersatzpflicht für seit dem 1. Januar 2007 entstandene noch nicht bezifferte weitere Schäden erhoben, gestützt auf § 39 OBG und den gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch (Az:). Mit Urteil vom 13. November 2007 hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Hiergegen hat die Klägerin Berufung beim OLG E. eingelegt (Az:). Das Oberlandesgericht hat das Verfahren mit Beschluss vom 25. Juni 2008 wegen des vorliegenden Verfahrens ausgesetzt. Mit Verfügung vom 8. Oktober 2010 hat es die Klägerin darauf hingewiesen, dass der Aussetzungsgrund der Voreingrifflichkeit erst mit Beendigung dieses Verfahrens entfalle und insoweit die Umstellung auf eine Fortsetzungsfeststellungsklage in Betracht komme.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der beigezogenen Verwaltungsvorgänge Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung ist zulässig und begründet.

I.

Die Klage ist mit dem Antrag zu 1. als Fortsetzungsfeststellungsklage zulässig. Die angefochtene Ordnungsverfügung vom 18. April 2006 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 11. Dezember 2006 hat sich dadurch erledigt, dass die Klägerin die Betriebsstätte I.—straße 245 in N. , auf die sich das Unterlassungsgebot ausschließlich

bezieht, am 27. August 2010 endgültig aufgegeben hat, nachdem sie das Mietverhältnis am 21. Juni 2010 zum 30. September 2010 gekündigt hatte. Es ist auch nichts dafür ersichtlich, dass sie trotz Beendigung des Mietverhältnisses noch die tatsächliche Möglichkeit hatte, die Vermittlungstätigkeit in diesen Räumlichkeiten erneut aufzunehmen. Von der Ordnungsverfügung gehen auch unter vollstreckungsrechtlichen Gesichtspunkten keine belastenden Wirkungen mehr aus. Zwangsmittel hat die Beklagte nicht festgesetzt.

Der Rechtsstreit hat sich nicht bereits vor dem Jahr 2008 erledigt, weil die Klägerin die Betriebsstätte an andere Betreiber untervermietet hatte. Sie hat unwidersprochen und – wie dem Senat aus einer Vielzahl ähnlicher Fälle bekannt – lebensnah vorgetragen, sich in den Untermietverträgen ein jederzeitiges Zugriffsrecht auf das Ladenlokal vorbehalten zu haben, sollte die angefochtene Untersagungsverfügung aufgehoben oder ihr Vollzug ausgesetzt werden.

Die Klägerin hat schon im Hinblick auf den beim OLG E. anhängigen Schadensersatzprozess ein berechtigtes Interesse an der begehrten Feststellung, dass die Untersagungsverfügung bei Eintritt des erledigenden Ereignisses rechtswidrig war. Dass die entsprechende Klage, bei der es nicht allein um entgangenen Gewinn, sondern auch um Ersatz von infolge der Betriebsschließung entstandenen nutzlosen Aufwendungen geht, offensichtlich aussichtslos ist, wie die Beklagte meint, lässt sich schon vor dem Hintergrund der Hinweisverfügung vom 8. Oktober 2010 im Verfahren OLG E. nicht feststellen. Die umfangreichen Ausführungen zu dieser Frage im Beklagtenschriftsatz vom 21. September 2011 stehen einem Offensichtlichkeitsurteil ebenfalls entgegen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den in der mündlichen Verhandlung von der Beklagten angeführten Entscheidungen. Der Beschluss des OVG Rheinland-Pfalz vom 28. September 2006 – 6 B 10895/06 –, NVwZ 2006, 1426, beschäftigt sich mit möglichen Amtshaftungsansprüchen überhaupt nicht, die Entscheidungen des

Bundesgerichtshofs vom 11. April 2004 – 3 ZR 97/01 -, MDR 2002, 944, und vom 11. Oktober 2001 – 3 ZR 63/00 -, NJW 2002, 432, jedenfalls nicht mit der Frage, ob ein solcher "offensichtlich" ausgeschlossen wäre. Schließlich ist es entgegen der Ansicht der Beklagten für das Feststellungsinteresse nicht erforderlich, dass mit der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung alle sich im zivilrechtlichen Verfahren stellenden öffentlich-rechtlichen Vorfragen beantwortet werden.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 25. Juli 1985 – 3 C 25.84 -, BVerwGE 72, 38.

Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin mit der Umstellung ihres Klagebegehrens präkludiert sein könnte, sind auch unter Berücksichtigung der Ausführungen der Beklagten im Schriftsatz vom 11. August 2011 nicht zu erkennen. Die Regelung des § 128a VwGO ist ersichtlich nicht einschlägig. Welche Erklärung oder welches Beweismittel die Klägerin im vorliegenden Zusammenhang entgegen einer hierfür gesetzten Frist im ersten Rechtszug nicht vorgebracht haben soll, erschließt sich dem Senat aus dem Akteninhalt und dem Vorbringen der Beklagten hierzu nicht.

Die Klage ist mit dem Antrag zu 1. auch begründet.

Die Ordnungsverfügung der Beklagten vom 18. April 2006 in Gestalt des Widerspruchsbescheides der Bezirksregierung Düsseldorf vom 11. Dezember 2011 war bei Eintritt des erledigenden Ereignisses rechtswidrig und verletzte die Klägerin in ihren Rechten, § 113 Abs. 1 S. 1 und 4 VwGO.

Für die Überprüfung der Untersagungsverfügung ist die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses maßgeblich. Die Untersagung der Sportwettenvermittlung ist ein Dauerverwaltungsakt, dessen Rechtmäßigkeit sich allgemeinen Grundsätzen zufolge nach der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung über die Anfechtungsklage beurteilt. Weder der Glücksspielstaatsvertrag noch die

nordrhein-westfälischen Ausführungsbestimmungen regeln einen abweichenden Zeitpunkt.

Vgl. Senatsbeschluss vom 18. April 2007 – 4 B 1246/06 -, juris, Rn. 55f.; ferner BVerfG, Beschluss vom 22. November 2007- 1 BvR 2218/06 -, GewArch 2008, 205, Rn. 38; BVerwG, Urteile vom 11. Juli 2011 – 8 C 11.10 -, Rn. 16ff., und vom 24. November 2010 – 8 C 15.09 -, Rn. 21.

Erledigt sich die angefochtene Untersagungsverfügung während des gerichtlichen Verfahrens, ist maßgeblicher Zeitpunkt für die gerichtliche Prüfung des nunmehr verfolgten Fortsetzungsfeststellungsbegehrens der Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses (hier: die endgültige Aufgabe der Betriebsstätte am 27. August 2010).

Vgl. dazu OVG Rh.-Pf., Urteil vom 13. April 2011 – 6 A 11131/10 -, ZfWG 2011, 260.

Hiervon ausgehend ist § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 GlüStV als Rechtsgrundlage der streitigen Untersagungsverfügung heranzuziehen. Nach dieser Vorschrift kann die zuständige Behörde des jeweiligen Landes die Veranstaltung, Durchführung und Vermittlung unerlaubter Glücksspiele und die Werbung hierfür untersagen. Die Klägerin verfügte zwar ebenso wie der Veranstalter, an den sie Sportwetten vermittelte, nicht über die nach § 4 Abs. 1 GlüStV erforderliche Erlaubnis. Diese ist nach § 4 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 10 Abs. 2 und 5 GlüStV juristischen Personen des öffentlichen Rechts oder privatrechtlichen Gesellschaften, an denen juristische Personen des öffentlichen Rechts unmittelbar oder mittelbar maßgeblich beteiligt sind, vorbehalten. Diese Vorschriften sind aber wegen des Anwendungsvorrangs des Europarechts unanwendbar, weil das hierdurch begründete staatliche Sportwettenmonopol die unionsrechtliche Dienstleistungs- bzw. Niederlassungsfreiheit (Art. 56, 49 AEUV) verletzt.

Die Klägerin, deren Vermittlungstätigkeit einen

grenzüberschreitenden Bezug hat, unterfällt in sachlicher und persönlicher Hinsicht dem Anwendungsbereich dieser Grundfreiheiten. Dabei muss wegen der hier gleichen unionsrechtlichen Anforderungen nicht geklärt werden, welche der beiden einschlägig ist. Der Ausschluss Privater von der Möglichkeit, eine Erlaubnis zur Vermittlung von Sportwetten an private Wettanbieter zu erhalten, stellt eine Beschränkung der Dienstleistungs- oder Niederlassungsfreiheit dar. Eine solche ist nur gerechtfertigt, wenn die Voraussetzungen der Art. 51, 52 AEUV i.V.m. Art. 62 AEUV oder zwingende Gründe des Allgemeininteresses vorliegen, die staatlichen Maßnahmen geeignet sind, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, und sie nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist.

Diesen Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes genügt das staatliche Sportwettenmonopol nicht. Zwar dienen die durch den Glücksspielstaatsvertrag und die nordrhein-westfälischen Ausführungsbestimmungen bewirkten Einschränkungen der Grundfreiheiten unionsrechtlich legitimen Zielen. Die Belange der Suchtbekämpfung (§ 1 Nr. 1 GlüStV), des Jugend- und Spielerschutzes (§ 1 Nr. 3 GlüStV), der Begrenzung des Glücksspielangebots, der Lenkung der Wettleidenschaft (§ 1 Nr. 2 GlüStV) und der Kriminalitätsbekämpfung (§ 1 Nr. 4 GlüStV) sind als Elemente des Verbraucherschutzes und des Schutzes der Sozialordnung zwingende Gründe des Allgemeininteresses im Sinne der Rechtsprechung des EuGH. Sie können auch ein staatliches Sportwettenmonopol rechtfertigen.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 24. November 2010 – 8 C 15.09 -, Rn. 68 ff.

Die dadurch bewirkten Beschränkungen der Dienstleistungs- oder Niederlassungsfreiheit der Klägerin sind unter den gegebenen Umständen aber unverhältnismäßig. Eine Monopolregelung, die auf die Bekämpfung der Spielsucht und den Spielerschutz als zwingende Gründe des Allgemeininteresses gestützt wird, muss

ebenso wie ihre Anwendung in der Praxis geeignet sein, die Verwirklichung ihrer Ziele in dem Sinne zu gewährleisten, dass sie kohärent und systematisch zur Begrenzung der Wetttätigkeiten beiträgt. Soweit dagegen die Behörden eines Mitgliedstaats die Verbraucher dazu anreizen und ermuntern, an Lotterien, Glücksspielen oder Wetten teilzunehmen, damit der Staatskasse daraus Einnahmen zufließen, können sich die Behörden dieses Staates nicht im Hinblick auf die Notwendigkeit, die Gelegenheiten zum Spiel zu vermindern, auf die öffentliche Sozialordnung berufen, um Maßnahmen wie die in Rede stehenden zu rechtfertigen. Die Erzielung von Einnahmen zur Finanzierung sozialer Aktivitäten darf nur eine nützliche Nebenfolge, nicht aber der eigentliche Grund der betriebenen restriktiven Politik sein.

Vgl. EuGH, Urteile vom 15. September 2011 – Rs. C-347/09 (Dickinger) -, Rn. 61ff., vom 8. September 2010 – Rs. C 46/08 (Carmen Media) -, Rn. 66, vom 6. November 2003 – Rs. C-243/01 (Gambelli) -, Slg. I-2003, 13031, Rn. 69; BVerwG, Urteil vom 24. November 2010 – 8 C 15.09 -, Rn. 76.

Ob die nationale Regelung tatsächlich den genannten Anforderungen entspricht, ist von dem nationalen Gericht zu prüfen.

EuGH, Urteile vom 6. März 2007 – Rs. C-338/04 (Placanica u.a.) -, Rn. 58; vom 8. September 2009 – Rs. C-42/07 (Liga Portuguesa) -, vom 6. Oktober 2009 – Rs. C-153/08 (Kommission/Spanien) – und Urteile vom 8. September 2010 – Rs. C-316/07 u.a. (Markus Stoß u.a.) -, Rn. 98 und Rs. C-46/08 (Carmen Media) -, Rn 89.

An der erforderlichen Kohärenz in diesem Sinne fehlt es hier.

Die Monopolregelung ist schon wegen der Werbep Praxis der Monopolträger nicht geeignet, die Verwirklichung der mit ihr verfolgten legitimen Ziele zu erreichen.

Um mit den Zielen des Spielerschutzes und der Verminderung der

Gelegenheiten zum Spiel im Einklang zu stehen, darf eine nationale Regelung, mit der ein Monopol im Bereich der Glücksspiele geschaffen wird, nur eine Werbung erlauben, die maßvoll und strikt auf das begrenzt ist, was erforderlich ist, um die Verbraucher zu den genehmigten Spielnetzwerken zu lenken. Eine konsequent am Ziel der Begrenzung der Wettleidenschaft und der Bekämpfung der Spielsucht ausgerichtete Werbung darf nicht zum Wetten auffordern, anreizen oder ermuntern. Die Werbung muss sich auf die Information und Aufklärung über Art und Weise legaler Wettmöglichkeiten beschränken. Dem widersprechen alle Werbemaßnahmen, die von einem noch nicht zum Wetten entschlossenen durchschnittlichen Empfänger der Botschaft als Motivierung zum Wetten zu verstehen sind. Die Anziehungskraft des Wettspiels darf deshalb nicht durch zugkräftige Werbebotschaften erhöht werden, die bedeutende Gewinne in Aussicht stellen. Ausgeschlossen sind damit stimulierende Bezugnahmen auf herausragende Sportereignisse oder die Verknüpfung auch rein informativer Hinweise mit der Ankündigung von Sonderausschüttungen oder anderen höheren oder zusätzlichen Gewinnchancen. Auch eine Aufmachung, die etwa durch befristete Angebote Entscheidungsdruck suggeriert, ist nicht erlaubt. Unzulässig ist ferner jede Form der Image- oder Sympathiewerbung, die über den Hinweis auf die Legalität der Monopolangebote hinaus Sympathien für das Wetten selbst weckt. Der Monopolträger darf die Teilnahme an Wetten nicht als sozialadäquate Unterhaltung darstellen und dem Glücksspiel auch kein positives Image verleihen, indem er – über eine sachliche Information im Sinne einer Rechenschaftslegung ohne Bezug zu konkreten Spielmöglichkeiten hinausgehend – auf eine gemeinnützige Verwendung der erzielten Einnahmen hinweist und so das Wetten zum "Spenden durch Spielen" aufwertet. Gleichzeitige Hinweise auf das Wettrisiko und die Gefahren des Wettens können dazu kein ausreichendes Gegengewicht bilden, weil sie die moralische Aufwertung des Wettens zum positiv zu beurteilenden Verhalten unberührt lassen.

Vgl. EuGH, Urteile vom 15. September 2011 – Rs. C-347/09 (Dickinger) -, Rn. 68f., vom 30. Juni 2011 – Rs. C-212/08 (Zeturf Ltd./Premier ministre) -, und vom 8. September 2010 – Rs. C 316/07 u.a. (Stoß u.a.) -, Rn. 103ff.; BVerfG, Urteil vom 28. März 2006 – 1 BvR 1054/01 -, juris Rn. 136; BVerwG, Urteile vom 24. November 2010 – 8 C 15.09 -, Rn. 46ff. und 77, und vom 1. Juni 2011 – 8 C 2.10 -, Rn. 33ff.

Diesen Anforderungen, die den Begriff der Werbung weit einschränken, wird zwar der normative Rahmen des § 5 Abs. 1 und 2 GlüStV, § 4 Abs. 1 Nr. 2 GlüStV AG NRW – bei entsprechender unions- und verfassungskonformer Auslegung – gerecht, nicht aber die systematisch zum Wetten anreizende Werbepaxis der Monopolträger.

Dabei ist wegen der unionsrechtlichen Perspektive nicht allein entscheidend, ob in Nordrhein-Westfalen systematisch unzulässig geworben wird. Vielmehr ist die ganze Bundesrepublik und damit die Werbung auch der Monopolträger in den anderen Bundesländern in den Blick zu nehmen. Denn die interne Zuständigkeitsverteilung innerhalb eines Mitgliedstaats kann ihn nicht davon entbinden, seiner Verpflichtung zur Herstellung der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit nachzukommen.

Vgl. EuGH, Urteil vom 8. September 2010 – Rs. C 46/08 (Carmen Media) -, Rn. 69, 71; für die bundesweite Betrachtung bei der Werbung auch OVG Bln.-Bbg., Beschluss vom 8. Juni 2011 – 1 B 31.08 -, juris, Rn. 11; vgl. in diesem Zusammenhang auch Pagenkopf, Glücksspielrechtliche Variationen, NVwZ 2011, 513, 516.

Ferner führt nicht nur eine unzulässige Werbung für staatliche Sportwetten zur Unionsrechtswidrigkeit des Sportwettenmonopols. Vielmehr ist ausgehend von den obigen Kohärenzmaßstäben die Werbepaxis der staatlichen Monopolträger insgesamt in den Blick zu nehmen, die neben den Oddset-Sportwetten weitere Produkte wie etwa Lotto "6 aus 49"

anbieten.

Vgl. insbesondere EuGH, Urteil vom 8. September 2010 – Rs. 316/07 u.a. (Stoß u.a.) -, Rn. 99.

Dies ist im Übrigen auch wegen der von den staatlichen Landeslotterieuunternehmen verfolgten sogenannten Dachmarkenstrategie geboten, die die Vermarktung der Dachmarke Lotto in den Mittelpunkt der Werbeaktivitäten stellt und mit der Verwendung dieser Dachmarke letztlich für alle vom Deutschen Lotto- und Totoblock vertriebenen Produkte wirbt.

Die Werbeaktivitäten der staatlichen Glücksspielanbieter beschränken sich nach wie vor nicht auf die Information und Aufklärung, um Spiellust wirksam in rechtmäßige Bahnen zu lenken, sondern sind darauf gerichtet, auch bis dahin Unentschlossene zum Spiel anzuregen. Es liegen insoweit auch nicht nur vereinzelte Vollzugsmängel vor, sondern es besteht ein strukturelles Umsetzungsdefizit.

Das zeigt sich bereits in den aktuellen, für die Anbieter verbindlichen Werberichtlinien der Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder (Stand 23. Mai 2011), die den vorstehend geschilderten Anforderungen nicht genügen. Danach wird unter 5.2.1.d. Imagewerbung unter Hinweis auf das Urteil des bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 8. Dezember 2008 – VGH 10 BV 07.558 – allgemein für zulässig erachtet. Gerade dieses Urteil hat das Bundesverwaltungsgericht jedoch wegen des zu weit gefassten Begriffs zulässiger Werbung – und damit wegen Verfehlung der verfassungs- und unionsrechtlichen Anforderungen – aufgehoben.

BVerwG, Urteil vom 24. November 2010 – 8 C 15.09 -.

Ferner wird unter Nr. 5.2.2 – im Wesentlichen in Übernahme der Gesetzesbegründung zu § 5 GlüStV – lediglich die "gezielte" Aufforderung, Anreizung oder Ermunterung zur Teilnahme am Glücksspiel für unzulässig und ein "gewisses Aufforderungs- bzw. Anreizmoment" für "naturgemäß" erachtet; insoweit wird

auf das Begriffsverständnis des Bundesgerichtshofs verwiesen, wonach Werbung jede Äußerung mit dem Ziel sei, die Erbringung von Dienstleistungen zu fördern. Werbung für das Glücksspiel darf aber nicht die Spiellust fördern, sondern sie lediglich kanalisieren. Auch ist nach der zitierten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht die Intention des Werbetreibenden, sondern der nach dem Horizont des durchschnittlichen Empfängers zu bestimmende Aussagegehalt maßgeblich. Deshalb widersprechen nicht nur der absichtliche Anreiz und die direkte Aufforderung zum Wetten der Beschränkung auf die sachliche Information über legale Wettmöglichkeiten, sondern – wie bereits ausgeführt – alle Werbemaßnahmen, die von einem noch nicht zum Wetten entschlossenen durchschnittlichen Empfänger der Botschaft als Motivierung zum Wetten zu verstehen sind. Das Umsetzungsdefizit ist insofern schon im einfachgesetzlichen Rahmen angelegt: § 5 Abs. 2 Satz 1 GlüStV enthält ein finales Element – und ist deshalb auch unter Berücksichtigung des § 5 Abs. 1 GlüStV verfassungs- und unionsrechtskonform dahingehend auszulegen, dass eine Absicht nicht erforderlich ist.

Systematisch unzulässige Werbung betreiben die Monopolträger vor allem mit den seit Jahren nicht nur in Nordrhein-Westfalen durchgeführten und von den Aufsichtsbehörden zumindest geduldeten gerichtsbekanntem Jackpot-Werbekampagnen beim Lotto "6 aus 49", denen hohe Werbewirksamkeit zukommt. Die in Pressemitteilungen der Landeslotterieunternehmen, auf Plakaten und im Hörfunk verbreitete ständige und anlassbezogene Anpreisung hoher Jackpots geht über einen Hinweis auf die legale Möglichkeit, einen vorhandenen Entschluss zum Wetten umzusetzen, weit hinaus. Ungeachtet des Einleitungssatzes der Jackpot-Werbung "Westlotto informiert" wird damit nicht rein sachlich informiert, wie es auch der Anhang "Richtlinien zur Vermeidung und Bekämpfung von Glücksspielsucht" zum Glücksspielstaatsvertrag lediglich zulässt. Mit dem in der Hörfunk-Werbung folgenden Hinweis "Der Lotto-Jackpot wurde bei der letzten Ziehung nicht geknackt. Deshalb heute im Jackpot:

... Mio. Euro." werden – unter Berücksichtigung der zeitlichen Nähe zur Ziehung der Lottozahlen und der Aufmachung der Werbung – jenseits der zulässigen Information besonders hohe Gewinne in Aussicht gestellt, um Gewinnwünsche hervorzurufen und so noch Unentschlossene zum Mitspielen anzuregen. Anschließende Hinweise auf Gewinnwahrscheinlichkeiten, Suchtgefahren und Hilfsmöglichkeiten vermögen an dieser Anreizwirkung, die von der Anpreisung hoher Jackpots vor allem kurz vor Annahmeschluss ausgeht, nichts zu ändern. Es werden also nicht nur bereits vorhandene Spielleidenschaften angesprochen, um sie in geordnete Bahnen zu lenken, sondern bei bislang Nicht-Spielinteressierten erstmalig Spielanreize geschaffen bzw. bei bereits Spielinteressierten ein gesteigertes Bedürfnis nach Glücksspielen hervorgerufen. Dies zeigen auch repräsentative Bevölkerungsbefragungen, wonach gerade in Gruppen mit niedriger Spielfrequenz der Anteil derjenigen steigt, die besonders dann Lotto spielen, wenn der Jackpot groß ist. Gerade jüngere Erwachsene entscheiden sich beeinflusst durch hohe Jackpots zur Spielteilnahme.

Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung (BZgA), Glücksspielverhalten in Deutschland 2007 und 2009 – Ergebnisbericht Januar 2010 (im Folgenden Ergebnisbericht), S. 65f.

Dies nutzen die Monopolträger, etwa indem sie neben unmittelbarer Werbung auch mit Pressemitteilungen wie der folgenden die Öffentlichkeit zu erreichen und ein Wettfieber hervorzurufen suchen: "Der Lotto-Jackpot ist auch in der neunten Ziehung in Folge nicht geknackt worden und steht am Samstag bei rund 20 Millionen Euro – das ist der zweithöchste Betrag in diesem Jahr. Damit wächst das Interesse der Bevölkerung. Auch in Rheinland-Pfalz geben mehr Menschen einen Lottoschein ab, die sonst nicht am Spiel teilnehmen...Im Vergleich zur Vorwoche, bei der es mit 12 Millionen bereits einen relativ hohen Jackpot gab, erhöhte sich der Einsatz um rund 26 Prozent. In Spitzenzeiten wurden in den vergangenen

Tagen in den rund 1100 rheinland-pfälzischen Lotto-Annahmestellen circa 15 Lottoscheine pro Sekunde ins Spiel gegeben – die Tendenz für das Wochenende ist weiter steigend." (Pressemitteilung Lotto Rheinland-Pfalz vom 11. August 2011)

Ein aus der Sicht des durchschnittlichen Empfängers zur Teilnahme motivierender, optisch hervorgehobener Hinweis auf die Höhe der jeweiligen Jackpots findet sich auch auf der Internet-Startseite des Deutschen Lotto- und Totoblocks (www.lotto.de). Hiermit wird zugleich gegen das Internetwerbeverbot des § 5 Abs. 3 GlüStV verstoßen.

Die Hinweise auf eine gemeinnützige Verwendung eines Teils der Wetteinsätze, etwa in den "Lotto-Hilft"-Kampagnen, gehen ebenfalls regelmäßig deutlich über eine Kanalisierung vorhandener Wettleidenschaften hinaus. Sie stellen unzulässige Imagewerbung dar. Beispielhaft sei die Werbung von Lotto Hessen genannt, das – ebenfalls unter Verstoß gegen § 5 Abs. 3 GlüStV – auf seiner Internetseite (www.lotto-hessen.de/c/lottohelps) mit dem Slogan wirbt: "Lotto hilft Hessen. Sie unterstützen unser Land." Damit wird die Teilnahme am Glücksspiel zum wünschenswerten Verhalten aufgewertet, das im Allgemeininteresse liegt; so lautet auch ein Satz im weiteren Text: "Sie haben also nicht nur die Chance auf Gewinne, sondern leisten konkrete Hilfe." Ferner belegt solche Werbung, dass die Beschaffung von Finanzmitteln für soziale Tätigkeiten nicht bloße Nebenfolge, sondern ein – die Beeinträchtigung der Grundfreiheiten nicht rechtfertigender – Grund der restriktiven Politik ist. Auch auf den Internetseiten anderer Landeslotteriegesellschaften findet sich unzulässige Imagewerbung. Westlotto stellt mit dem Werbeslogan "Glück ist, wenn man seinen Mitmenschen helfen kann." (www.westlotto.com/de/main/frderung/foerderung_1.html) das Glücksspiel als positiv zu beurteilendes, sozial verantwortliches Handeln dar. Gleiches gilt für die Werbung von Lotto Bremen: "Lotto Bremen informiert: 40 Jahre Glücksspirale – Die Lotterie die Gutes tut" bzw. "40 Jahre

Glücksspirale, 40 Jahre gute Taten", die zudem noch mit der Ankündigung einer Jubiläums-Sonderauslosung verknüpft wird (www.lotto-bremen.de/newsdetail.php?id=96). Auch Lotto Niedersachsen verleiht dem Glücksspiel ein positives Image, weckt Sympathien für das Wetten und verknüpft dies noch mit Anreizen zum Mitspielen, indem Glücksphantasien hervorgerufen werden. "Lotto Niedersachsen ist ein Gewinn für alle: für das Land, für den Sport, Soziales und Gemeinwohl, für unsere Senioren, für die Kultur, für unsere Kunden. Neben den vielen glücklichen Gewinnern und Millionären, die Lotto Niedersachsen jedes Jahr "macht", ist ein großer Teil der erwirtschafteten Gelder zweckgebunden für den Sport, die allgemeine Förderung wohlfahrtspflegerischer Aufgaben, zur Förderung im Bereich Kunst und Kultur sowie für den Umweltschutz und andere Zwecke des Gemeinwohls verwendet worden." An detaillierte Ausführungen zur gemeinnützigen Verwendung der Erlöse schließen sich Angaben zur Zahl der Lotto-Spieler, zur Hoffnung auf Millionengewinne und auch darüber an, dass "im vergangenen Jahr acht Mitspieler durch die Produkte von Lotto Niedersachsen zu Millionären" wurden. (www.lotto-niedersachsen.de/s/managed_html/100335/index.html).

Die zum Zwecke der weiteren Verbreitung vielfach herausgegebenen Pressemitteilungen der Monopolträger über glückliche Millionäre sind aus Sicht eines durchschnittlichen Empfängers der Botschaft ebenfalls als Motivierung zum Wetten zu verstehen, zumal wenn sie mit der Angabe des vergleichsweise geringen Spieleinsatzes des "Glückspilzes" verbunden sind. Beispielhaft sei eine Mitteilung von Lotto Mecklenburg-Vorpommern angeführt: "Neuer Lotto Millionär im Land. Nordwestmecklenburger gewinnt über 2,37 Mio. Euro. ... Bundesweit war der Glückspilz der einzige Spielteilnehmer, der alle sieben Endziffern richtig hatte. .. Sein Einsatz waren 26 Euro... Mit ihm haben wir den 39. Lotto-Millionär im Land zu verzeichnen." (www.lottomv.de; Pressemitteilung vom 22. September 2011). Auch Lotto Sachsen-Anhalt beschränkt sich nicht auf die sachliche Information über legale

Wettmöglichkeiten, wenn es in einer Pressemitteilung fragt: "Kommt der 80. Lottomillionär noch im Jubiläumsmonat?" und seine Ausführungen zu Gewinnen in den vergangenen 20 Jahren mit Hinweisen auf die Finanzierung gemeinnütziger Vorhaben in Höhe von 152 Millionen Euro beschließt (www.lottosachsenanhalt.de/s/managed_html/2174/index.html, Pressemitteilung vom 12. September 2011).

Schließlich entfalten auch die Art und Weise der öffentlichen Ermittlung von Gewinnzahlen vor laufenden Fernsehkameras, die offenbar von den staatlichen Monopolträgern als Instrument gesehen wird, ihre Dachmarkenstrategie auch im Fernsehen umzusetzen, sowie die Präsentation der Lotto-Glücksspirale vor der Hauptausgabe der Tagesschau, bei der für eine Sofortrente in Höhe von 7.500 Euro geworben wird, unzulässige Anreizwirkung. Ob Ziehungsübertragungen und Spielshows rundfunkrechtlich dem Programmteil zuzuordnen sind und deshalb dem Fernsehwerbeverbot des § 5 Abs. 3 GlüStV nicht unterfallen,

so Walz, Nur wer mitspielt, kann gewinnen – Werbung für staatliche Glücksspielangebote als öffentliche Aufgabe?, Baden-Baden 2009, S. 86ff.,

kann hier offen bleiben. Sie müssen jedenfalls inhaltlich den Anforderungen des § 5 Abs. 1 und 2 GlüStV genügen.

Lassen sich diese Feststellungen zu unzulässiger Werbung gegenwärtig treffen, gilt dies erst recht für den hier entscheidungserheblichen Zeitpunkt vor Ergehen der Urteile des Bundesverwaltungsgerichts am 24. November 2010, zu dem die Werbepraxis noch extensiver war. Dies belegen auch die zahlreichen Einzelbeispiele, die die Klägerin dieses Verfahrens (GA S. 145 ff.) beigebracht hat und deren sachliche Richtigkeit die Beklagte nicht in Zweifel gezogen hat. Sie entsprechen im Übrigen den Werbebeispielen, die dem Senat aus zahlreichen Parallelverfahren insbesondere aus der Zeit unmittelbar nach Inkrafttreten des Glücksspielstaatsvertrages

bekannt sind. Der Senat hat daher keinen Anlass anzunehmen, solche Werbekampagnen seien nicht durchgeführt worden.

Vgl. auch VG Gelsenkirchen, Urteil vom 6. April 2011 – 7 K 3095/09 -; VG Minden Urteil vom 8. August 2011 – 3 K 816/11 -, jeweils m.w.N.

Dass zumindest bis zum 27. August 2010 ein unionsrechtswidriges Verständnis von zulässiger Werbung bestand, zeigen zudem die im Sozialkonzept der Westdeutschen Lotterie GmbH & Co. OHG (Stand: 18. Dezember 2007) enthaltenen Beispiele vermeintlich zulässiger Werbung (Beiakte 4 S. 32 f.). Dieses Konzept ist nach Angaben der Beklagten in der mündlichen Verhandlung erst zum 1. Oktober 2010 ersetzt worden.

Unabhängig davon fehlt es auch im Hinblick auf die Entwicklung im Bereich des gewerblichen Glücksspiels an einer systematischen und kohärenten, am Ziel der Bekämpfung von Suchtgefahren und des Spielerschutzes orientierten Gesamtregelung. Der Senat legt dabei die Rechtsprechung des EuGH zugrunde, dass zwar jede Einzelmaßnahme auf ihre Verhältnismäßigkeit hin zu überprüfen ist – insofern also eine sektorielle Betrachtung erfolgt -, insgesamt aber eine globale Kohärenz herrschen muss.

EuGH, Urteile vom 8. September 2010 – Rs. C-316/07 u.a. (Stoß u.a.) – und Rs. C-46/08 (Carmen Media) -.

Aus diesem Erfordernis folgt zwar nicht, dass der Gesetzgeber gehalten ist, für alle Bereiche des Glücksspiels eine einheitliche, im Wesentlichen inhaltsgleiche Regelung zu schaffen. Insbesondere ist der Gesetzgeber unter Kohärenzgesichtspunkten nicht verpflichtet, für alle Glücksspielbereiche oder – alternativ – für keinen einen "Staatsvorbehalt" zu statuieren.

So ausdrücklich EuGH, Urteile vom 8. September 2010 – Rs. C-316/07 u.a. (Stoß u.a.) -, Rn. 96, und Rs. C-46/08 (Carmen

Media) -, Rn. 63; vgl. auch Schlussanträge des Generalanwalts Mengozzi in dem Verfahren Rs. C-316/07 u.a. (Stoß u.a.), Rn. 72 ff.

Er kann den Glückspielmarkt vielmehr differenziert ausgestalteten Normen unterwerfen, die den Besonderheiten der verschiedenen Glücksspielarten Rechnung tragen.

Wenn jedoch ein regionales staatliches Monopol auf Sportwetten und Lotterien mit dem Ziel errichtet wurde, Anreize zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen zu vermeiden und die Spielsucht zu bekämpfen, dürfen in anderen Glücksspielsektoren – auch wenn für sie andere Hoheitsträger desselben Mitgliedstaats zuständig sind – nicht Umstände durch entsprechende Vorschriften herbeigeführt oder, wenn sie vorschriftswidrig bestehen, strukturell geduldet werden, die – sektorenübergreifend – zur Folge haben, dass die in Rede stehende Regelung zur Verwirklichung der mit ihr verfolgten Ziele tatsächlich nicht beitragen kann, so dass ihre Eignung zur Zielerreichung aufgehoben wird.

EuGH, Urteile vom 8. September 2010, Rs. C-316/07 u.a. (Stoß u.a.) -, Rn. 106; und Rs. C-46/08 (Carmen Media) -, Rn. 68 f.; BVerwG, Urteil vom 1. Juni 2011 – 8 C 11.10 -, Rn. 43.

Läuft die Glücksspielpolitik in den nicht vom Monopol erfassten Bereichen den mit ihm verfolgten legitimen Zielen zuwider, kann dies den Schluss zulassen, dass die Monopolregelung tatsächlich nicht den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses dient, sondern der Verwirklichung fiskalischer oder anderer nicht zur Eingriffsrechtfertigung geeigneter Zwecke. Die Kohärenzprüfung muss sich daher auf die Frage erstrecken, ob die gesetzliche Regelung oder die Anwendungspraxis in anderen Glücksspielbereichen, insbesondere solchen mit vergleichbarem oder höherem Suchtpotential, die Verbraucher zur Teilnahme am Glücksspiel ermuntert oder anreizt, oder ob sie in anderer Weise auf eine Expansion gerichtet ist oder diese duldet. Das Kohärenzkriterium wird

dabei nicht erst bei einem "krassen Missverhältnis" der Glücksspielpolitik im Bereich der Sportwetten einerseits und in den Bereichen der Spielbanken und des Automatenspiels andererseits verfehlt. An einem Beitrag zur systematischen und kohärenten Begrenzung der Spiel- und Wetttätigkeit fehlt es schon, wenn die legitimen Zwecke des Sportwettenmonopols in anderen Glücksspielbereichen normativ oder durch die Praxis der Rechtsanwendung konterkariert werden. Das kann auch dadurch geschehen, dass diesen Zwecken entgegenlaufende Ausgestaltungen geduldet werden. Auf die besondere Schwere eines solchen Widerspruchs kommt es nicht an.

BVerwG, Urteil vom 24. November 2011 – 8 C 14.09 – Rn. 80, 82.

Die gewerberechtlichen Regelungen des Glücksspiels an Spielautomaten widersprechen angesichts ihrer konkreten Anwendungsmodalitäten diesem Erfordernis einer systematischen und kohärenten Begrenzung der Glücksspielaktivitäten. Die festzustellende Expansion in diesem Bereich stellt die auf die Bekämpfung von Glücksspielsucht und den Spielerschutz zielende Gesamtkohärenz der Regelungen durchgreifend in Frage, wobei es unter dem europarechtlichen Blickwinkel unerheblich ist, dass für die Regelungen im Bereich des gewerblichen Automatenspiels nicht die Länder zuständig sind, sondern der Bund.

So ausdrücklich unter Bezugnahme auf seine ständige Rechtsprechung EuGH, Urteil vom 8. September – Rs. C-46/08 (Carmen Media) -, Rn. 69; vgl. auch BVerwG, Urteil vom 24. November 2010 – 8 C 14.09 -, Rn. 81.

Den Regelungen für das gewerbliche Automatenspiel kommt im Hinblick auf die Gesamtkohärenz des Glücksspielmarktes ausschlaggebende Bedeutung zu. Zum einen handelt es sich inzwischen um den wirtschaftlich bedeutendsten, umsatzstärksten Einzelsektor, dessen Marktanteil selbst unter Einbeziehung des nicht monopolisierten Wettmarktes mehr als 1/3 beträgt.

Vgl. etwa Dhom, ZfWG 2010, 394 f.; Fachbeirat Glücksspielsucht, Jahresbericht 2010 S. 24; Deutsche Hauptstelle für Suchtgefahren (DHS), Stichwort "Glücksspiel" – Zahlen 2009; umfassend Vieweg, Wirtschaftsentwicklung Unterhaltungsautomaten 2010 und Ausblick 2011 – Gutachten im Auftrag des Arbeitsausschusses Münzautomaten (AMA) -.

Zum anderen weist er nach allen dem Senat bekannten Untersuchungen das – mit Abstand – höchste Suchtpotential auf.

Dhom, ZfWG 2010, 395; aus der Fachliteratur etwa DHS, Stellungnahme zur Anhörung im Ausschuss für Gesundheit des Deutschen Bundestages am 1. Juli 2009; zusammenfassend Fachbeirat Glücksspielsucht, Stellungnahme zur Anhörung im Ausschuss für Gesundheit des Deutschen Bundestages am 1. Juli 2009 S. 4; Wortprotokoll der Anhörung (BT-Drs. 16/11661) S. 6 f.; PAGE-Studie (Pathologisches Glücksspielen und Epidemiologie), Ergebnisbericht S. 2, 3; Fachbeirat Glücksspielsucht, Jahresbericht 2008, S. 12 ff., Jahresbericht 2009, S. 7, 31, Jahresbericht 2010, S. 24; Meyer, Jahrbuch Sucht 2009, S. 129.

Der Gesetzgeber differenziert zwischen Spielautomaten, die lediglich in einer Spielbank (§ 33 h Nr. 1 GewO) betrieben werden dürfen und damit den Regeln des Glücksspielstaatsvertrages unterliegen, und solchen, die in Spielhallen und Gaststätten aufgestellt sind. Die für Letztere geltenden Vorschriften müssen nach der Verordnungsermächtigung des § 33 f GewO durch das gesetzgeberische Anliegen bestimmt sein, die Gelegenheiten zum Spiel zu begrenzen und (Kriminalitäts-) Gefahren für die Allgemeinheit vorzubeugen. Diese Spielgeräte unterliegen für ihre technische Zulassung bestimmten Einschränkungen, die u.a. die Gefahr unangemessen hoher Verluste in kurzer Zeit ausschließen sollen (§ 33 e Abs. 1 Satz 1 GewO). Die Zulassung darf nur erteilt werden, wenn die Spielgeräte bestimmte Anforderungen erfüllen. Diese betreffen unter anderem den Höchsteinsatz und den Höchstgewinn, das Verhältnis der Anzahl der gewonnenen Spiele

zur Anzahl der verlorenen Spiele und das Verhältnis des Einsatzes zum Gewinn bei einer bestimmten Anzahl von Spielen (§ 33 f Abs. 1 Nr. 3 GewO).

Diese gesetzliche Grundkonzeption ist zwar für sich genommen mit dem o.g. Erfordernis der Gesamtkohärenz vereinbar, das gerade nicht eine gleiche Regelung für alle Glücksspielbereiche verlangt, sondern für ein Nebeneinander von Monopolen, Konzessionen und anderen gesetzgeberischen Modellen offen ist. Sie wird indes durch die auf § 33 f GewO gestützte Spielverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 27. Januar 2006, BGBl. I S. 280, sowie in der darauf fußenden Praxis nicht in einer Weise umgesetzt, dass noch von einer stimmig auf die Bekämpfung der Spielsucht durch Beschränkung der Gelegenheiten zum Spielen ausgerichteten Politik gesprochen werden könnte. Die tatsächliche, von der Spielverordnung ermöglichte oder zumindest gedeckte Entwicklung des Automatenspiels ist vielmehr seit 2006 von einer massiven Expansion gekennzeichnet.

Zwar enthält die 5. Novelle zur Spielverordnung durchaus Vorkehrungen zum Spielerschutz. So ist der Verlust pro Stunde auf 80 Euro begrenzt (§ 13 Abs. 1 Nr. 3 SpielVO), wobei dieser bei langfristiger Betrachtung auf höchstens 33 Euro fallen muss (§ 12 Abs. 2 Satz 1 Buchst. a) SpielVO). Der Gewinn pro Stunde darf 500 Euro nicht übersteigen (§ 13 Abs. 1 Nr. 4 SpielVO). Darüber hinaus sind noch weitere Beschränkungen für diese Spielautomaten angeordnet, wie etwa der fünfminütige Stillstand der Geräte nach einer Stunde Laufzeit (§ 13 Abs. 1 Nr. 5 SpielVO). Daneben enthält die Spielverordnung weitere Maßnahmen zur Gewährleistung des Spielerschutzes wie z.B. das Verbot von Jackpotsystemen (§ 9 Abs. 2 SpielVO) und die Verpflichtung der Betreiber, Warnhinweise anzubringen und Spieler auf Beratungsmöglichkeiten hinzuweisen (§ 6 Abs. 4 SpielVO). Ferner werden die unter dem Gesichtspunkt des Spielerschutzes besonders problematischen Fun-Games ausdrücklich verboten (§ 6a SpielVO).

Trotz dieser auf die Begrenzung von Spielmöglichkeiten ausgerichteten Regelungen haben die zum 1. Januar 2006 zugleich erlaubten Lockerungen – insbesondere hinsichtlich der höchstzulässigen Zahl von Spielgeräten in Spielhallen und Gaststätten, der Mindestquadratmeterzahl pro Spielgerät und der Verkürzung der Mindestspieldauer – nach allen dem Senat zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen aber zu einer erheblichen Ausweitung der Spielgelegenheiten und der Spielaktivitäten der Bevölkerung in diesem Segment geführt. So hat die Zahl der in Gaststätten und vor allem in Spielhallen aufgestellten Glücksspielgeräte mit Gewinnmöglichkeit zwischen 2006 und 2009 ebenso zugenommen (insgesamt um 27,41 % von 136.044 auf 173.331, für Spielhallen allein um 47,5 % von 84.384 auf 124.487) wie der Umsatz pro Gerät (13 % in Spielhallen und 7,84 % in Gaststätten). Für Nordrhein-Westfalen wird ein Zuwachs von 42,7 % bei den in Spielhallen aufgestellten Spielautomaten konstatiert.

Trümper/Heimann, "Angebotsstruktur der Spielhallen und Geldspielgeräte in Deutschland" von Juli 2010, S. 13, 14, 20, Anlage 24.

Nach anderen Untersuchungen hat seit Inkrafttreten der neuen Spielverordnung die Zahl der Spielgeräte von 183.000 auf 235.000 im Jahr 2010 zugenommen.

Vieweg, Wirtschaftsentwicklung Unterhaltungsautomaten 2010 und Ausblick 2011 – Gutachten im Auftrag des Arbeitsausschusses Münzautomaten (AMA) – a.a.O., S. 11, 13; vgl. auch BayVGH, Beschluss vom 21. März 2011 – 10 AS 10.2499 -, Rn.28.

Gleichzeitig ist die Auslastung der einzelnen Geräte gestiegen. Für das Jahr 2008 ist eine Verdoppelung festzustellen,

Böning, Öffentliche Anhörung im Ausschuss für Gesundheit des Deutschen Bundestages am 1. Juli 2009 (BT-Drs. 16/11661, im Folgenden: Anhörung), S. 9 f.,

bis zum Jahr 2010 stieg sie weiter und erreichte einen Durchschnitt von jetzt 35 %. Die "positive Entwicklung" wird auf die Änderungen der Spielverordnung zurückgeführt.

Vieweg, a.a.O., S. 21 ff.

Dabei ist weiter zu berücksichtigen, dass die reine Zahl der Spielgeräte allein nicht mehr hinreichend aussagekräftig ist. Durch die sog. Multigamer, die mehrere Spiele an einem Gerät ermöglichen, steht auch unter Berücksichtigung des Abbaus von 80.000 Fun-Games inzwischen ein noch breiteres Spielangebot in Spielhallen und Gaststätten als jemals zuvor zur Verfügung.

Vieweg, a.a.O., S. 7 f.

Dadurch hat sich offenbar auch die effektive Spielzeit der einzelnen Spieler verlängert, nicht zuletzt deshalb, weil durch das breitere Angebot auf das gewünschte Spiel im Regelfall nicht mehr gewartet werden muss.

Vgl. Vieweg, a.a.O., S. 8.

Auch die im Auftrag des Bundeswirtschaftsministeriums erstellte Studie (vgl. hierzu die Selbstverpflichtung des früheren BMWA in der Verordnungsbegründung, BR-Drs. 655/05 S. 11) zu den Auswirkungen der geänderten Spielverordnung kommt zu dem Ergebnis, dass die Neufassung zu einer erheblichen Angebotssteigerung in diesem Sektor geführt habe.

Bühringer u.a., Untersuchung zur Evaluierung der fünften Novelle der Spielverordnung vom 17. Dezember 2005, vom 3. November 2010, S. 78 ff.; vgl. auch Meyer, Jahrbuch Sucht 2009, S. 124.

Zugleich ist der Umsatz der Automatenbranche – bei insgesamt sinkenden Umsätzen im Glücksspielmarkt,

Meyer, Jahrbuch Sucht 2009, S. 120, 121 ff. –

bereits im Zeitraum von 2005 bis 2008 um etwa 2,5 Milliarden

Euro auf 8,3 Mrd. Euro gestiegen; für die Jahre 2009 und 2010 wurde mit weiteren Steigerungen gerechnet. Nach Berechnung von Goldmedia sollte das (maßgebliche) Bruttoeinspielergebnis 2010 die Marke von 4 Mrd. Euro übersteigen (Steigerung gegenüber 2005 um mehr als 50 %). Es übertrifft damit inzwischen deutlich den Spielbankenumsatz und denjenigen des Deutschen Lotto- und Totoblocks.

109

PAGE-Studie, Ergebnisbericht S. 2; Dhom, ZfWG 2010, 394 f.; 398; vgl. auch DHS, Stichwort Glücksspiel, Zahlen 2009; BayVGH, Beschluss vom 21. März 2011 – 10 AS 10.2499 – (Steigerung 2005-2009 um 38 %); Meyer, Jahrbuch Sucht 2009, 120, 124; Goldmedia, "Wohin entwickelt sich der Markt für Sportwetten?" S. 23 (www.Goldmedia.com); Bühringer u.a., a.a.O., S. 79 f. (von 2001-2005 4 %, von 2005-2008 38 %); Fachbeirat Glücksspielsucht, Jahresberichte 2009 (S. 4) und 2010 (S. 24 f.).

Ferner laufen die durch die Änderung gestiegene wirtschaftliche Attraktivität des Automatenspielangebotes (40 – 70 % der Betreiber berichten, dass der Anreiz zum Spielen gestiegen sei, Bühringer u.a., a.a.O., Kurzbericht S. 20) und die daraus resultierende Zunahme von Spielhallenkonzessionen um mehr als 20 % zwischen 2006 und 2010 (Trümper/Heimann, a.a.O., S. 16) bei gleichzeitig ermöglichter Erhöhung der Zahl der Spielautomaten pro Spielhalle um 20 % einer Begrenzung der Spielanreize und einer Suchtprävention durch Angebotsbeschränkung entgegen. Denn dadurch wird das Automatenspiel und damit wegen dessen Bedeutung für den gesamten Markt auch das Glücksspiel selbst zunehmend zu einem normalen und stets verfügbaren Gut des täglichen Lebens.

Zur Unzulässigkeit vgl. bereits BVerfG, Urteil vom 28. März 2006 – 1 BvR 1054/01 -, BVerfGE 115, 276.

Insgesamt ist die Zahl der Einwohner pro aufgestelltem Spielgerät in Spielhallen erheblich gesunken (deutschlandweit

von 727 im Jahr 2000 auf 471 im Jahr 2010, in NRW im gleichen Zeitraum von 658 auf 476). Die Versorgungsdichte hat demnach um mehr als 50% zugenommen.

Trümper/Heimann, a.a.O, S. 18 und Anlage 3; Böning, Anhörung, S. 10.

Zugleich ist erkennbar und allgemeinkundig, dass sich dieses Segment durch die Errichtung von Spielhallen – zumeist mit 24-Stunden-Betrieb und mit weithin sichtbaren, an Türmen angebrachten Werbeschildern – entlang den Autobahnen auf sog. Autohöfen auch strukturell verändert. In diesen immer zahlreicher werdenden Einrichtungen lassen sich Automaten Spiele problemlos und jederzeit verfügbar in nahezu völliger Anonymität durchführen, was dieses Angebot dem nach § 4 Abs. 4 GlüStV zu Recht verbotenen Veranstalten und Vermitteln öffentlicher Glücksspiele im Internet vergleichbar macht.

Vgl. Hess.VGH, Beschluss vom 16. August 2011 – 8 B 926/10 -, juris (Rn. 17).

Zum Eindruck steter Verfügbarkeit trägt ebenfalls bei, dass die Zahl der zulässigen Geräte pro Gaststätte um 50% erhöht wurde. Der seit dem Jahr 2000 zu beobachtende deutliche Rückgang der Zahl der in Gaststätten aufgestellten Spielautomaten im zweistelligen Prozentbereich wurde infolgedessen zwischen 2008 und 2010 durch einen geringfügigen Anstieg abgelöst.

Trümper/Heimann, a.a.O., S. 15; zum Problem "Verfügbarkeit der Geldspielgeräte als Risikomerkmale" auch Bühringer u.a., a.a.O., S. 65; Meyer, Jahrbuch Sucht 2009, S. 124 f.

Diese Entwicklung ist nicht zuletzt deshalb von Bedeutung, weil der Kontakt mit dem Glücksspiel in diesen Einrichtungen nicht das Überschreiten einer Hemmschwelle, die das Betreten einer Spielhalle eventuell noch haben mag, erfordert. Insofern ist auch relevant, dass gerade in stark frequentierten

gastronomischen Betrieben wie Autobahnraststätten, Flughäfen, Bahnhöfen u.ä. vermehrt Automaten aufgestellt und die "neu erschlossenen Standorte ... gut angenommen werden."

So Vieweg, a.a.O. S. 15; zum Problem auch Füchtenschnieder, Anhörung, S. 6.

Zudem ist gerade in Gaststätten die Einhaltung der Jugendschutzbestimmungen problematisch und in weiten Teilen nicht gewährleistet.

Bühringer u.a., a.a.O., S. 74 ff., 155 f., Kurzbericht S. 19; vgl. auch Fachbeirat Glücksspielsucht, Jahrbuch 2010, S. 27 f.; Tolzin, Anhörung, S. 8; Füchtenschnieder, ebd., S. 17 f.; Koeppe, ebd., S. 18.

So liegt das Einstiegsalter der Spieler bei Geldspielgeräten trotz Verboten bei zehn Jahren.

Dhom, ZfWG 10, 398; Fachbeirat Glücksspielsucht, Jahrbuch 2010, S. 28 f.; Koeppe, Anhörung, S. 7.

Diese Entwicklung ist nicht zuletzt deshalb problematisch, weil Studien zeigen, dass mit zunehmender Verfügbarkeit die Glücksspielnachfrage in der Bevölkerung und damit die Zahl der Problemspieler wächst.

Meyer/Hayer, BGesBl 2010, 299; Bürkle, Anhörung, S. 7; Tolzin, ebd., S. 14; vgl. bereits OVG Rh.-Pf., Beschluss vom 28. September 2006 – 6 B 10895/06 -, juris.

Für die Fachwissenschaft ist dabei unbestreitbar, dass die Anzahl der aufgestellten Geräte in höchstem Maße korreliert mit der Quote der pathologischen Spieler und Problemspieler. Es sei eine suchtpolitische "Binsenwahrheit", dass die Dichte bzw. die Menge der Geldspielgeräte (wie bei Alkohol, Tabak und anderen Produkten bekannt) unabhängig von ihrem hohen Gefährdungspotential die Spielerquote in die Höhe treibe.

So Böning, Anhörung, S. 10.

Unter dem Gesichtspunkt des Spielerschutzes ist zudem die Erkenntnis besonders problematisch, dass gerade der Prozentsatz der Spieler in der Gruppe der am stärksten suchtgefährdeten jungen Männer zwischen 18 und 25 Jahren,

vgl. BZgA, Ergebnisbericht, S. 57, 69; Meyer/ Hayer, Problematisches und pathologisches Spielverhalten bei Glücksspielen, Bundesgesundheitsblatt (BGesBl) 2010, 303 f.,

deutlich steigt und dort auch die Spielfrequenz zunimmt. So ist zwischen 2007 und 2009 in dieser Altersgruppe der Anteil derjenigen, die überhaupt an Automaten spielen, auf das Zwei- bis Dreifache, die Zahl derer, die mindestens einmal wöchentlich spielen, um das Drei- bis Vierfache gestiegen.

BZgA, Ergebnisbericht, S. 28 f., 31, 48 f., 66 f.; Fachbeirat Glücksspielsucht, Jahrbuch 2010, S. 28; vgl. auch Bühringer u.a., a.a.O., S. 74.

Hierbei handelt es sich im Übrigen auch um jene Gruppe, die bei Sportwetten zu einem hohen Prozentsatz vertreten ist.

DHS, Stellungnahme zur Anhörung im Ausschuss für Gesundheit des Deutschen Bundestages am 1. Juli 2009, S. 3 f.; BZgA, Ergebnisbericht, S. 23, 67; Fachbeirat Glücksspielsucht, Jahresbericht 2010, S. 28.

Hinzu kommt, dass die in der Spielverordnung enthaltenen potentiell spieterschützenden Regelungen offenbar ohne wesentlichen Effekt bleiben. So werden die Vorgaben zu Höchstesätzen und -gewinnen sowie zu maximalen Verlusten durch Punktsysteme ausgehöhlt, ohne dass dies als unvereinbar mit den rechtlichen Grundlagen angesehen wird oder zur Veränderung dieser Grundlagen Anlass gegeben hätte.

Vgl. auch Bühringer u.a., a.a.O., Kurzbericht S. 23; Meyer, Jahrbuch Sucht 2009, S. 124 ff.; ders., Anhörung, S. 9.

Eine Zulassung entsprechend programmierter Geräte wird –

soweit ersichtlich – von der zuständigen Physikalisch-Technischen Bundesanstalt auch nicht verweigert.

Peters, Die Spielverordnung, ZRP 2011, 134, 136; zum Problem der generell fehlenden Kontrollierbarkeit der Software auch Füchtenschnieder, Anhörung S. 22.

Infolgedessen sind durchschnittliche Tagesgewinne von 900-940 Euro offenbar keine Ausnahme.

Bühringer u.a., Kurzbericht S. 15 f., 25 (57 % der höchsten Auszahlungen in den letzten 5 Tagen lagen über 500 Euro, 29 % über 1.000 Euro); vgl. auch Meyer, Jahrbuch Sucht 2009, S. 124; DHS, Stellungnahme zur Anhörung im Ausschuss für Gesundheit des Deutschen Bundestages am 1. Juli 2009, S. 1, Stellungnahme für die strukturierte Anhörung der Ministerpräsidentenkonferenz am 6. April bzw. 20./21. Mai 2010 S. 4; vgl. auch Fachbeirat Glücksspielsucht, Jahresbericht 2008, S. 14 f.; Meyer, Anhörung, S. 9.

Tagesverluste von mehr als 1000 Euro sind ebenfalls ohne weiteres möglich, berichtet wird etwa von einem Testspieler, der in nur fünf Stunden insgesamt 1.450 Euro verlor.

Bühringer u.a., a.a.O., S. 57, 69 f.; Meyer, Anhörung, S. 9; ders., Jahrbuch Sucht 2009, S. 124.

Die vorgeschriebene fünfminütige Ruhephase eines Gerätes pro Stunde wird dadurch umgangen, dass Spieler das Gerät wechseln und die gutgeschriebenen Punkte mitnehmen oder im Anschluss auch am alten Gerät weiterspielen können. Eine Abrechnung des Saldos erfolgt offenbar regelmäßig nicht.

Bühringer u.a., a.a.O., Kurzbericht, S. 18, 24 (56 % in Spielhallen, 34 % in Gaststätten).

Ferner ist festzustellen, dass das durch die Reduzierung der Mindestspieldauer von 12 Sekunden auf 5 Sekunden vom Verordnungsgeber erklärtermaßen verfolgte Ziel,

Mehrfachbespielungen auszuschließen, allenfalls eingeschränkt erreicht wurde. Zwar hat diese Zahl offenbar tatsächlich leicht abgenommen, immer noch spielt aber eine Mehrheit der Spieler in Spielhallen an zwei oder mehr Geräten, selbst in Gaststätten ist dies noch bei etwa einem Drittel der Spieler der Fall. Im Durchschnitt wird an 1,9 Geräten (Spielhalle) bzw. 1,4 (Gaststätte) Geräten gespielt. Zugleich versuchen die Anbieter und Aufsteller, dieses Mehrfachspiel durch verschiedene Mechanismen zu fördern, etwa durch Automatik-Tastaturen.

Bühringer u.a., a.a.O., Kurzbericht S. 18; Meyer, Jahrbuch Sucht 2009, S. 124; Trümper/Heimann, a.a.O., S. 23; Peters, ZRP 2011, 135 f.

Außerdem wird durch die Verbreitung von Punktsystemen eine Spielfrequenz von nurmehr 2,5 Sekunden möglich.

Böning, Anhörung, S. 9 f.; Adams, ebd., S. 16.

Dadurch rücken die suchtfördernden Aspekte der Neuregelung, dass durch immer schnellere Spielabläufe die Alltagsrealität ausgeblendet und Verusterlebnisse nicht aufgearbeitet werden, verstärkt in den Vordergrund.

Dazu Dhom, ZfWG 2010, 398; zum suchtfördernden Aspekt vgl. auch VG Arnsberg, Beschluss vom 5. September 2011 – 1 L 473/11 -; Böning, Anhörung, S. 9 f.; Peters, ZRP 2011, 135.

Darüber hinaus zeigen sich bei fast allen Parametern der Spielintensität (Spieltage, Spielstunden pro Gerät usw.) signifikante Zunahmen der Durchschnittswerte von 2005 zu 2009 (zwischen 10 und 30 %, beim höchsten Tagesverlust sogar 50 %).

Bühringer u.a., a.a.O., S. 100.

Eine Zunahme der suchtfördernden Aspekte durch die neuen Spielmerkmale konstatiert auch die Mehrzahl der in der vom BMWI in Auftrag gegebenen Studie befragten Automatenspieler

selbst. Etwa 60 % der Spieler in Spielhallen berichten, dass sie sich wegen des Automatenspiels finanziell einschränken müssten (Kurzbericht S. 18 f.). Eine gleiche Anzahl sieht ein größeres Verlustrisiko und etwa die Hälfte ein erhöhtes Risiko des Kontrollverlustes (S. 103 ff.). Betreiber schätzen, dass bis zu 34 % der Spieler die Kontrolle über ihr Spielverhalten bereits verloren haben, selbst geben das 52 % der Spieler an (S. 107, Kurzbericht S. 19). In die gleiche Richtung geht die Feststellung, dass die Zahl der Spieler, die durch das Weiterspiel Verluste begrenzen wollen, ebenfalls deutlich zugenommen hat.

Vgl. auch Fachbeirat Glücksspielsucht, Jahresbericht 2008, S. 14, Jahresbericht 2010, S. 25; BZgA, Ergebnisbericht, S. 66 f.; Bühringer u.a., a.a.O., S. 94 ff., 126 ff., Kurzbericht S. 19.

Je nach Merkmal geben zwischen 38 % und 45 % der Spieler in Spielhallen (25 % bis 39 % in Gaststätten) an, dass sich seit 2005 potentiell riskante Merkmale ihres Spielverhaltens (Spielzeit, Geldeinsatz, Spielen an mehreren Geräten, Versuche, mehr Geld (zurück) zu gewinnen) erhöht hätten. Sehr viel weniger (max. 10%) berichten einen Rückgang.

Bühringer u.a., a.a.O., S. 106, Kurzbericht S. 19; vgl. auch Schlussfolgerung bei Meyer, Jahrbuch Sucht 2009, S. 129.

Die vorstehende Bestandsaufnahme zeigt, dass die Regelungen für das gewerbliche Automatenspiel und ihre konkreten Anwendungsmodalitäten nicht dem Erfordernis einer systematischen und kohärenten Begrenzung der Glücksspielaktivitäten zum Zweck der Suchtprävention und des Spieler- und Jugendschutzes genügen. Angesichts des signifikanten Anstiegs sowohl der Zahl der Automaten als auch des Umsatzes pro Automat, der (fast) Verdoppelung des Umsatzes, des inzwischen erreichten Verbreitungsgrades von Geldspielgeräten sowie der Erschließung neuer, insbesondere junger Spielergruppen ist auszuschließen, dass trotzdem dem

Anliegen der Suchtprävention durch Verringerung von Spielmöglichkeiten und suchtfördernden Angeboten noch kohärent Rechnung getragen werden kann. Denn "wirksame Prävention lässt sich an geringeren Umsatzzahlen messen. – Umsatzsteigerungen hingegen belegen letztlich die Wirkungslosigkeit präventiver Bemühungen."

So DHS, Stellungnahme zur Anhörung im Ausschuss für Gesundheit des Deutschen Bundestages am 1. Juli 2009, S. 2; vgl. auch Meyer/Hayer, BGesBl 2010, 299, 301; Bühringer u.a., a.a.O. Kurzbericht S. 20 ff.; Meyer, Jahrbuch Sucht 2009, S. 129.

Dies gilt um so mehr, als der Umsatz im Automatenspielbereich zu 30 bis 50 % von Spielsüchtigen oder Spielsuchtgefährdeten generiert wird und damit auch das erhebliche Umsatzwachstum zu einem beträchtlichen Teil zu deren Lasten geht.

Vgl. auch Fachbeirat Glücksspielsucht, Jahresbericht 2009 S. 41; Meyer/Hayer, BGesBl 2010, 301; Anhörung S. 14 ff.; Adams, ebd., S. 16, spricht sogar von einem "Geschäftsmodell", neue Spieler möglichst schnell in den Bereich der Sucht zu führen.

Hinzu kommt schließlich, dass erheblich mehr junge Erwachsene an Spielautomaten spielen und damit die Zahl der Erstspieler steigt.

Diese Folgen sind in der zum 1. Januar 2006 in Kraft getretenen Neuregelung der Spielverordnung selbst angelegt und lassen sich nicht mit einem Missbrauch der Vorgaben erklären. Sie resultieren vielmehr im Wesentlichen aus ihrer Anwendung. Schon deshalb handelt es sich um das Ergebnis einer in diesem Glücksspielsektor aktiv betriebenen Politik, das nicht lediglich als unerwünschte Entwicklung bezeichnet werden kann.

Zudem bezieht sich das inzwischen vorliegende Zahlenmaterial maßgeblich auf den gesamten Zeitraum seit Inkrafttreten des Glücksspielstaatsvertrages. Die Feststellung der Inkohärenz ist mithin auch für den Zeitpunkt des Eintritts des erledigenden Ereignisses zu treffen. Für diese Frage kommt es im

vorliegenden Hauptsacheverfahren allein auf die objektive Feststellbarkeit der expansiven Tendenz an, nicht darauf, ob der Verordnungsgeber diese Feststellungen bereits selbst getroffen hat(te). Anderenfalls könnte der Verordnungsgeber den Zeitpunkt eines Erkenntnisgewinns – und damit einer möglichen Rechtswidrigkeit – letztlich selbst bestimmen.

Vgl. in diesem Zusammenhang auch BayVGH, Beschluss vom 21. März 2011 – 10 AS 10.2499 -, Rn. 28.

Angesichts dieses Befundes kann im Sportwettenbereich das Ziel, die Anreize zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen zu vermeiden und die Spielsucht zu bekämpfen, mit dem staatlichen Glücksspielmonopol nicht mehr wirksam verfolgt werden, weil es an einer kohärenten und systematischen Vorgehensweise von Bund und Ländern fehlt, die Gelegenheiten zum Spiel – sektorenübergreifend – zu verringern und die Tätigkeiten in diesem Bereich zu begrenzen.

Vgl. dazu EuGH, Urteil vom 8. September 2010

– Rs. C-46/08 (Carmen Media) -, Rn. 68 ff.

Aus unionsrechtlicher Perspektive ist eine Regelung dann ungeeignet, wenn vergleichbare Sachverhalte und die aus diesen resultierenden Gefährdungen nicht gleichermaßen erfasst werden, weil anderenfalls der mit der Beschränkung angestrebte Schutz nicht realisiert werden kann. An der Geeignetheit in diesem Sinne fehlt es mithin, soweit ein Mitgliedstaat mit der beschränkenden Maßnahme die von bestimmten Waren oder Dienstleistungen ausgehenden Gefährdungen ausschließen will, jedoch bei anderen mit demselben Verwendungszweck und damit zumindest gleichem Gefährdungspotential keine Schutzmaßnahmen ergreift. Eine differenzierende Prüfung, ob das Mittel bezogen auf das betrachtete Teilsegment oder den jeweiligen Konsumentenkreis und damit wenigstens teilweise geeignet ist, bedarf es zur Feststellung der fehlenden Eignung bei einem widersprüchlichen Schutzkonzept – wie es hier vorliegt –

nicht.

Becker, in: Schwarze, EU-Kommentar, 2. Aufl. 2008, Art. 30 EGV Rn. 65; Kingreen, in: Calliess/ Ruffert, EUV/EGV-Kommentar, 3. Aufl. 2007, Art. 28-30 Rn. 92 und Kluth, ebd., Art. 49, 50 Rn. 67; Schroeder, in: Streinz, EUV/EGV, Kommentar 2003, Art. 30 Rn. 52 und Müller-Graff, ebd., Art. 49 Rn. 109; aus der Rechtsprechung des EuGH vgl. Urteil vom 27. November 1990 – Rs. C-67/88 (Kommission/Italien) -, Slg. 1990, I-4285 Rn. 6; Urteil vom 10. Juli 1980 – Rs. 152/78 (Kommission/Frankreich) -, Slg. 1980, 2299, Urteil vom 12. März 1987 – Rs. 178/84 (Kommission/ Deutschland) -, Slg. 1987, 1227; zu den gleichlaufenden Anforderungen im Bereich der Dienstleistungsfreiheit: Urteil vom 12. Dezember 1996 – Rs. C-3/95 (Reisebüro Broede) -, Slg. 1996, I-6511 Rn 28; Urteil vom 23. November 1999 – Rs. C-369/96 (Arblade u.a.) -, Slg. 1999, 8453 Rn. 35 ff.

In diesem Sinne ist auch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu verstehen, wonach bei der Prüfung der Inkohärenz unter anderem zu berücksichtigen und zu klären ist, inwieweit die tatsächlichen Auswirkungen der Liberalisierung des gewerblichen Automatenspiels und deren mögliche Folgewirkungen auf den gesamten Glücksspielmarkt die Geeignetheit der Monopolregelung, insbesondere im Bereich Sportwetten, in Frage stellen.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 1. Juni 2011

– 8 C 2.10 -, Rn. 51.

Aus diesem Grund sind weitere Ermittlungen dazu, ob durch das Monopol von Sportwetten abgehaltene Spieler zu den Automatenspielen abwandern, wie sie die Beklagte im Rahmen einer "Folgenabschätzung" für erforderlich hält, insoweit nicht notwendig. Ebenso wenig kommt es nach den europarechtlichen Maßstäben darauf an, dass der Kreis derjenigen, die das monopolisierte Glücksspielangebot nutzen,

und derjenigen, die an Geldautomaten spielen, nur teilweise deckungsgleich ist und das Glücksspielmonopol einschließlich des Sportwettenmonopols in gewissem Umfang eine Schutzwirkung entfalten kann. Denn dies wäre in der Sache eine "sektorielle" Betrachtung des Glücksspielmarkts, die der EuGH ausdrücklich verworfen hat. Dementsprechend geht auch das Bundesverwaltungsgerichts davon aus, dass es an einem Beitrag zur systematischen und kohärenten Begrenzung der Spiel- und Wettstätigkeit bereits dann fehlt, wenn die legitimen Zwecke des Sportwettenmonopols in anderen Glücksspielbereichen normativ oder durch die Praxis der Rechtsanwendung konterkariert werden, ohne dass es auf die besondere Schwere eines solchen Widerspruchs ankommt.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 24. November 2010 – 8 C 14.09 -, Rn. 82.

Ausgenommen hiervon ist nur die Konstellation, in der die widersprüchliche Vorgehensweise bzw. Liberalisierung einen Glücksspielsektor betrifft, der im Verhältnis zum gesamten Glücksspielmarkt nur von sehr untergeordneter Bedeutung ist.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 1. Juni 2011 – 8 C 2.10 -, Rn. 48.

Davon kann für den Bereich des gewerblichen Automatenspiels jedoch nicht die Rede sein. Angesichts des Ausmaßes des Umsatzwachstums, der Zahl der Spielgeräte und des Suchtpotentials dieses Sektors besteht kein Zweifel, dass der Glücksspielmarkt insgesamt betroffen ist und die Monopolregelung nicht (mehr) dazu geeignet ist, die für den gesamten Regelungsbereich geforderte Ausrichtung auf Spielerschutz und Suchtprävention zu erreichen.

Im Ergebnis wie hier Dhom, ZfWG 2010, 398; vgl. auch Bzga, Ergebnisbericht S. 69; Bühringer u.a., a.a.O. Kurzbericht S. 10, 116; eingehend Meyer/Hayer, BGesBl 2010, 297 ff.

Die Entwicklung des Automatenspielmarktes läuft den das Wettmonopol rechtfertigenden Zielen vielmehr diametral

zuwider. Es besteht damit sogar ein krasses Missverhältnis der Regelungen, das nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts für eine Inkohärenz nicht einmal erforderlich ist.

Soweit die Beklagte meint, nur mit der von ihr für erforderlich gehaltenen Folgenabschätzung lasse sich ein Verstoß gegen das durch Art. 79 Abs. 3 GG änderungsfest garantierte Initiativrecht vermeiden, vermag dies nicht zu überzeugen. Vorliegend geht es allein um die Feststellung, dass die gegenwärtige Rechtslage europarechtswidrig ist. Ob und wie der oder die Normgeber hierauf reagieren, ist ihre Entscheidung. Es wird insoweit auch nicht in ebenfalls änderungsfeste Föderalstrukturen eingegriffen, da das Kohärenzerfordernis gerade keine gleichförmigen Regelungen verlangt. Unabhängig davon erfordert jede Änderung der Spielverordnung – auch die zur Inkohärenz führende 5. Änderung – eine Zustimmung der Ländervertretung.

Selbst wenn jedoch im Rahmen einer "Folgenabschätzung" die Feststellung möglicher Wanderungsbewegungen der Spieler zwischen den Sektoren erforderlich sein sollte, lassen die vorliegenden Untersuchungen zumindest erkennen, dass mögliche Folgewirkungen der Liberalisierung des gewerblichen Automatenspiels auch und gerade den Markt der Sportwetten betreffen. So findet bereits die statistisch markanteste Veränderung des Spielverhaltens an Glücksspielautomaten im Bereich der jungen männlichen Erwachsenen statt – und damit in gerade der Gruppe, die von Sportwetten überproportional angesprochen ist. Ferner kommen verschiedene Untersuchungen zu dem – angesichts dessen für den Senat plausiblen – Ergebnis, dass eine vom Deutschen Lotto- und Totoblock registrierte Einbuße des Umsatzes hinsichtlich der problematischen Spielerklientel zu Lasten einer wachsenden Abwanderung in den "illegalen" Anbieterbereich und das zunehmend expandierende Segment der gewerblichen Geldspielautomaten geht.

Vgl. Fachbeirat Glücksspielsucht, Jahresbericht 2008, S. 28; siehe auch PAGE-Studie, Ergebnisbericht, S. 2.

Das ist um so wahrscheinlicher, als die meisten Glücksspieler, insbesondere die spielsüchtigen oder spielsuchtgefährdeten, generell mehrere Formen des Glücksspiels betreiben.

PAGE-Studie, Ergebnisbericht, S. 2; BzGA, Ergebnisbericht, S. 32 f.

Dies bestätigt, dass sich Spielsucht nur als solche, d.h. auf den gesamten Glücksspielmarkt bezogen, bekämpfen lässt.

So auch die übereinstimmende Experteneinschätzung in der Anhörung Gesundheitsausschusses des Bundestages vom 1. Juli 2009 (S. 14 ff., 20).

Nicht zuletzt wegen dieser Erkenntnisse wäre es im Übrigen Aufgabe des Gesetzgebers – Bund oder Land – (gewesen), mittels geeigneter Untersuchungen zu prüfen und gegebenenfalls zu belegen, inwieweit der starke Zuwachs im Bereich des Automatenspiels Rückwirkungen auf das durch das Sportwettenmonopol zu schützende Spielerklientel hat. Denn der vorliegende Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit ist rechtfertigungsbedürftig. Ein Mitgliedstaat, der sich auf ein Ziel berufen möchte, mit dem sich eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs durch eine restriktive nationale Maßnahme rechtfertigen lässt, muss dem Gericht, das über diese Frage zu entscheiden hat, alle Umstände vorlegen, anhand derer es sich vergewissern kann, dass die Maßnahme tatsächlich den sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergebenden Anforderungen genügt.

EuGH, Urteil vom 8. September 2010 – Rs. C-316/07 u.a., Markus Stoß -, juris, Rn. 71.

Damit ist es Teil der erforderlichen Rechtfertigung, etwaige Interdependenzen auszuschließen, nicht jedoch Aufgabe des sich auf seine Grundfreiheiten berufenden Betroffenen, sie positiv zu belegen. Aussagekräftige Studien, die die Annahme der Beklagten stützten, es handele sich um völlig autonome Teile des Glücksspielmarktes ohne Schnittmengen im Hinblick auf den

Kundenkreis, sind dem Senat indes nicht bekannt. Die Beklagte hat hierzu auch keine substantiierten Angaben gemacht.

Die Unwirksamkeit des Sportwettenmonopols hat zur Folge, dass die angefochtene Untersagungsverfügung in der Gestalt des Widerspruchsbescheides ermessensfehlerhaft ist. Denn insoweit sind die Beklagte und die Bezirksregierung bei Erlass der Bescheide von falschen Voraussetzungen ausgegangen. Da dieser Fehler weder unbeachtlich ist noch im vorliegenden Verfahren geheilt werden kann, ist die Untersagungsverfügung rechtswidrig.

Das der Beklagten durch § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 GlüStV eingeräumte Ermessen war im hier maßgeblichen Zeitpunkt des Eintritts des erledigenden Ereignisses nicht zu Lasten der Klägerin dahin reduziert, dass zwingend die vollständige Untersagung der Sportwettenvermittlung verfügt werden musste. Zwar spricht alles dafür, dass die Klägerin gegen § 4 Abs. 1 Satz 2 GlüStV verstoßen und den objektiven Tatbestand des § 284 StGB erfüllt hat, indem sie Sportwetten ohne Erlaubnis der dafür zuständigen Behörde vermittelt hat. Denn der Erlaubnisvorbehalt des § 4 Abs. 1 Satz 1 GlüStV dürfte auch unabhängig von der Wirksamkeit des Sportwettenmonopols Anwendung finden.

Vgl. zuletzt Beschluss des Senats vom 19. Juli 2011 – 4 B 750/11 – m.w.N.

Dieser Umstand hat den Ermessensspielraum der Beklagten aber nicht auf die getroffene Entscheidung verengt. Nach den Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts vom 1. Juni 2011, denen der Senat – insoweit unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung in einschlägigen Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes – zur Wahrung der Rechtseinheitlichkeit folgt, rechtfertigt der Erlaubnisvorbehalt eine vollständige Untersagung nur bei Fehlen der Erlaubnisfähigkeit; bei Zweifeln über die Beachtung von Vorschriften über die Art und Weise der Gewerbetätigkeit kommen zunächst Nebenbestimmungen

in Betracht.

Vgl. BVerwG, Urteile vom 1. Juni 2011 – 8 C 11.10 -, Rn. 53 und – 8 C 2.10 -, Rn. 55.

Dementsprechend lägen die Voraussetzungen für eine Ermessensreduzierung auf Null vorliegend allenfalls vor, wenn die Vermittlungstätigkeit der Klägerin schlechterdings nicht erlaubnisfähig gewesen wäre, also nicht einmal teilweise und/oder mit Nebenbestimmungen hätte erlaubt werden können. Dafür sind indes keine ausreichenden Anhaltspunkte ersichtlich. Dass der Wettveranstalter, für den das Erlaubniserfordernis gegebenenfalls auch gilt, eine solche Erlaubnis nicht besitzt, kann nach dem oben Gesagten nicht entscheidend sein. Hinsichtlich der weiteren Anforderungen nach § 4 Abs. 2 bis 4 GlüStV, § 4 GlüStV AG NRW hat die Beklagte durchweg keine Feststellungen getroffen, sondern sich – mit Ausnahme der Ausführungen zu § 4 Abs. 4 GlüStV – darauf beschränkt, deren Vorliegen zu bestreiten. Das reicht jedoch nicht aus. Vielmehr ergibt sich aus den vorgenannten Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts, dass die Frage der Erlaubnisfähigkeit im Untersagungsverfahren von der Behörde zu klären ist. Für Nordrhein-Westfalen erscheint diese Zuweisung der Ermittlungslast nicht zuletzt deshalb gerechtfertigt, weil das Land bzw. die zuständigen Behörden das im Glücksspielstaatsvertrag und dem nordrhein-westfälischen Ausführungsgesetz vorgesehene Erlaubnisverfahren – nach ihrer Rechtsauffassung folgerichtig – bisher nach Maßgabe des § 10 Abs. 2 GlüStV nur für den Monopolträger durchgeführt haben bzw. durchführen und dementsprechend für andere Veranstalter und Vermittler von Sportwetten keine realistische Möglichkeit bestand und besteht, im Verwaltungsverfahren – ohne gerichtlichen Rechtsschutz – eine Erlaubnis für die Veranstaltung oder Vermittlung von Glücksspielen zu erhalten.

Zur vergleichbaren Situation in Hessen auch HessVGH, Beschluss vom 16. August 2011 – 8 B 926/10 -, juris, Rn. 17.

Auch ist zu berücksichtigen, dass die zuständigen Behörden – ebenfalls aus ihrer Sicht konsequent – im Rahmen des § 25 VwVfG nicht auf eine ordnungsgemäße und Erfolg versprechende Antragstellung hinwirken.

Der Senat hat keine Veranlassung, zur Frage, inwieweit die Vermittlungstätigkeiten der Klägerin erlaubnisfähig gewesen wären, weitere Tatsachenermittlungen anzustellen. Das Gericht ist nur dann berechtigt, Ermessensfehler unter dem Gesichtspunkt der Ermessenreduzierung auf Null unberücksichtigt zu lassen, wenn jede Entscheidungsalternative – hier: zur verfügten vollständigen Untersagung – offensichtlich ausgeschlossen ist. Auch ist das Gericht nicht verpflichtet, die Streitsache zu dieser Frage spruchreif zu machen.

Vgl. Kopp/Schenke, VwGO-Kommentar, 16. Aufl., § 114 Rn. 6; Wolff, in: Sodan/Ziekow, VwGO-Kommentar, 3. Aufl. 2010; § 114 Rn. 137; Rennert, in: Eyermann/Fröhler, VwGO-Kommentar, 13. Aufl. 2010, § 114 Rn. 32; Gerhardt, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO-Kommentar, Stand Mai 2010, § 114 Rn. 27; jeweils mit weiteren Nachweisen auch zur Gegenmeinung.

Soweit die Beklagte geltend macht, die Klägerin habe gegen § 4 Abs. 4 GlüStV verstoßen, indem sie durch die Errichtung einer Online-Standleitung in ihren Geschäftslokalen über das Internet die von den Kunden erhaltenen Daten an den ausländischen Veranstalter weitergeleitet habe, führt dies nicht zu einer Ermessensreduzierung auf Null, weil dieser Tatbestand nicht unter das Verbot des § 4 Abs. 4 GlüStV fällt. Die Klägerin hat die Sportwetten nicht "im" Internet vermittelt, sondern sich des Internets nur bedient, um die in ihrem Geschäftslokal händisch entgegen genommenen Wettscheine ihrer Kunden an den Veranstalter zu übermitteln. Demgegenüber soll § 4 Abs. 4 GlüStV ersichtlich nur den Gefahren begegnen, die mit dem unmittelbaren Vertrieb von Glücksspielen über das Internet verbunden sind.

Auch ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin ihre Vermittlungstätigkeit bereits im Juli 2006 und damit zu einem Zeitpunkt eingestellt hat, als die Vermittlung im Internet als solche noch nicht gesetzlich ausdrücklich verboten war. Ihr kann damit nicht ohne weiteres unterstellt werden, dass sie dieses Verbot – sollte es hier einschlägig sein – nach seinem Inkrafttreten missachtet hätte und die Untersagung des Geschäftsbetriebes deshalb das einzig denkbare Ordnungsmittel gewesen wäre. Gleiches gilt im Übrigen auch für die weiteren, erst mit dem Glücksspielstaatsvertrag eingeführten Verbote, wie z.B. hinsichtlich der Live-Wetten.

Schließlich hat der von der Beklagten angeführte Verstoß gegen das Internet-Werbeverbot des § 5 Abs. 3 GlüStV das Ermessen nicht auf die getroffene Entscheidung reduziert. Abgesehen davon, dass insoweit in erster Linie der Veranstalter als Betreiber der entsprechenden Internetseite heranzuziehen gewesen wäre, ist ein Verstoß gegen das Werbeverbot nicht ohne weiteres derartig gewichtig, dass schon die erste ordnungsrechtliche Maßnahme auf eine vollständige Untersagung des Vermittlungsbetriebs gerichtet sein musste.

Die fehlerhafte Ermessensentscheidung kann im vorliegenden Verfahren nicht mehr geheilt werden. Zur Ergänzung der Ordnungsverfügung beruft sich die Beklagte inzwischen zwar auch darauf, dass die Klägerin keinen Anspruch auf Erteilung einer Erlaubnis nach § 4 Abs. 1 Satz 1 GlüStV gehabt habe, weil weder dargelegt noch ersichtlich sei, dass sie die Anforderungen nach § 4 Abs. 2 bis 4 GlüStV, § 4 Abs. 1 Satz 1 GlüStV AG NRW erfüllt habe. Unabhängig von den nur unzureichenden Ermittlungen in tatsächlicher Hinsicht halten sich diese nachgeschobenen Gründe aber nicht mehr im Rahmen einer nach § 114 Satz 2 VwGO im gerichtlichen Verfahren zulässigen Ergänzung von Ermessenserwägungen. Von einer Ergänzung einer Ermessensentscheidung kann keine Rede mehr sein, wenn die ursprüngliche vollständig ausgewechselt wird. Das ist hier der Fall. Die angefochtene Untersagungsverfügung

enthält keine einzige inhaltliche Erwägung zu den – im Übrigen erst nach Erlass des Widerspruchsbescheides normierten – individuellen Erlaubnisvoraussetzungen nach § 4 Abs. 2 bis 4 GlüStV und § 4 Abs. 1 Satz 1 GlüStV AG NRW, sondern war alleine darauf gestützt, dass (schon) die damalige Gesetzeslage eine Erlaubniserteilung an private Wettveranstalter und -vermittler nicht zuließ. Da sich diese Begründung nach dem Gesagten nicht ansatzweise aufrecht erhalten lässt, bleibt bereits nichts, was im Rahmen des Prozessrechts zulässigerweise "ergänzt" werden könnte.

Vgl. auch BVerwG, Urteil vom 1. Juni 2011 – 8 C 11.10 -, Rn. 53; VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 31. August 2011 – 6 S 1695/11 -, juris.

Abgesehen davon scheidet eine Ergänzung der Ermessenserwägungen gemäß § 114 Satz 2 VwGO bei der hier vorliegenden Fortsetzungsfeststellungsklage schon deshalb aus, weil es nach dessen Erledigung an einem noch wirksamen Verwaltungsakt fehlt, auf den sich die Eränzung der Ermessenserwägungen beziehen könnte.

OVG NRW, Urteil vom 21. November 2002 – 11 A 5497/99 -, juris m.w.N.

Schließlich ist es unerheblich, ob die Beklagte, wie sie nunmehr geltend macht, bei Erlass der Untersagungsverfügung von einer intendierten Ermessensentscheidung ausgegangen ist. Denn auch in einer solchen Konstellation ist eine – wie hier – vollständige Auswechslung der Ermessenserwägungen nicht zulässig.

Da damit die Untersagungsverfügung rechtswidrig war, hält auch die daran anknüpfende Androhung eines Zwangsmittels (hier: unmittelbarer Zwang) einer gerichtlichen Überprüfung nicht stand.

II.

Soweit die Klägerin mit ihrem Antrag zu 2. die Feststellung begehrt, dass die angefochtene Ordnungsverfügung vom 18. April 2006 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 11. Dezember 2006 (auch) bis zum 31. Dezember 2007 rechtswidrig war, ist die Klage ebenfalls zulässig. Im Hinblick darauf, dass sich das Unterlassungsgebot schon vor der Geschäftsaufgabe für jeweils zurückliegende Zeiträume erledigt hat,

vgl. BVerwG, Urteile vom 1. Juni 2011 – 8 C 11.10 -, Rn. 15 und – 8 C 2.10 -, Rn. 16 und die dortige Bezugnahme auf BVerwG, Urteil vom 14. Dezember 1994 – 11 C 25.93 -, BVerwGE 97, 214, 220f.,

könnte zwar auch insoweit eine Fortsetzungsfeststellungskonstellation anzunehmen sein. Das kann jedoch offen bleiben, weil es sich jedenfalls um eine zulässige Klageänderung im Wege der Klageerweiterung handelt. Die insoweit vorliegende Feststellungsklage ist sachdienlich, weil der Streitstoff im Wesentlichen derselbe bleibt, dem erstinstanzlichen sogar vollständig entspricht, und die Klageänderung die endgültige Beilegung des Streites fördert. Dies gilt nicht zuletzt im Hinblick auf das von der Klägerin bereits im Jahr 2007 eingeleitete Amtshaftungsverfahren, das zumindest auch den mit der Feststellungsklage einbezogenen Zeitraum umfasst. Hieraus ergibt sich für die Klägerin zugleich ihr berechtigtes Interesse an der begehrten Feststellung.

Die Klage ist mit dem Klageantrag zu 2. ebenfalls begründet. Der angefochtene Bescheid vom 18. April 2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 11. Dezember 2006 war auch auf Grundlage der bis zum 31. Dezember 2007 geltenden Rechtslage rechtswidrig und verletzte die Klägerin in ihren Rechten.

Denn die angefochtene Untersagungsverfügung verstieß in diesem Zeitraum gegen die durch Art. 43, 48 und 49 EGV gewährleistete Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit. Das staatliche Monopol für Sportwetten, das nach den Vorschriften des

Sportwettengesetzes NRW in Nordrhein-Westfalen galt, war in seiner damaligen Ausgestaltung mit den Grundfreiheiten nicht vereinbar und deshalb gemeinschaftsrechtswidrig. Aus diesem Grund durfte der Klägerin die Vermittlung von Sportwetten unabhängig davon nicht untersagt werden, ob als Ermächtigungsgrundlage § 14 OBG NRW, § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO oder § 35 Abs. 1 GewO heranzuziehen war.

Vgl. dazu OVG NRW, Beschlüsse vom 28. Juni 2006 – 4 B 961/06 – und vom 8. November 2004 – 4 B 1270/04 -, jeweils juris.

Der Senat legt dabei zugrunde, dass das staatliche Monopol für Sportwetten, das nach den Vorschriften des Sportwettengesetzes NRW auch in Nordrhein-Westfalen bestand, in seiner damaligen Ausgestaltung mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit unvereinbar war. Insoweit folgt der Senat den Feststellungen und Bewertungen des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtslage nach dem Bayerischen Staatslotteriegesetz vom 29. April 1999 in dem Urteil vom 28. März 2006 – 1 BvR 1054/01 -, die auf die in Nordrhein-Westfalen geltende Rechtslage in allen wesentlichen Punkten übertragbar sind.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 7. Dezember 2006 – 2 BvR 2428/06 -, juris; OVG NRW, Beschluss vom 28. Juni 2006 – 4 B 961/06 -, juris.

Hiervon ausgehend befand sich die damalige Rechtslage in Nordrhein-Westfalen in derselben Weise im Widerspruch zur Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit, wie sie dem Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG widersprach. Dies folgt daraus, dass die vom EuGH insoweit zum Gemeinschaftsrecht formulierten Vorgaben,

vgl. insbesondere Urteil vom 6. November 2003 – Rs. C 243/01 (Gambelli u. a.) -, Slg. 2003, I-13076, Rn. 62 ff., Urteil vom 6. März 2007 – Rs. C-338/04 u.a (Placanica u.a.) -, Rn. 46 ff. Urteile vom 8. September 2010, Rs. C-316/07 u.a.(Stoß u.a.) und Rs. C-46/08 (Carmen Media) -,

und die Anforderungen des deutschen Verfassungsrechts parallel laufen. Dies hat das Bundesverfassungsgericht mehrfach hervorgehoben.

Vgl. BVerfG, Urteil vom 28. März 2006 – 1 BvR 1054/01 -, BVerfGE 115, 276 (Rdn. 144), Beschluss vom 20. März 2009 – 1 BvR 2410/08 -; soweit ersichtlich mit gleicher Tendenz für das jeweilige Landesrecht Saarl.OVG, Beschluss vom 30. April 2007 – 3 W 30/06 -; HessVGH, Beschluss vom 5. Januar 2007 – 2 TG 2911/06 -; VGH Bad.-Württ., Beschlüsse vom 28. Juli 2006 – 6 S 1987/05 – und vom 28. März 2007 – 6 S 1972/06 -; BayVGH, Beschlüsse vom 13. Juni 2007 – 24 CS 07.802 – und vom 19. Dezember 2006 – 24 CS 06.3116 -; OVG Bln.-Bbg., Beschluss vom 24. November 2006 – 1 S 122/06 -, alle juris.

Das damit festzustellende europarechtliche Regelungsdefizit wurde nicht dadurch beseitigt, dass das Bundesverfassungsgericht im Urteil vom 28. März 2006 die bisherige Regelung für eine Übergangszeit mit bestimmten Maßgaben als verfassungsrechtlich hinnehmbar angesehen hat.

Aus Sicht des Europarechts kommt es – wie der EuGH wiederholt betont hat – sowohl auf den rechtlichen Rahmen als auch auf seine praktische Umsetzung an. Maßgeblich ist stets, ob die gesetzlichen Regelungen angesichts ihrer konkreten Anwendungsmodalitäten mit den Grundfreiheiten in Einklang stehen.

Vgl. EuGH, Urteil vom 6. November 2003 – Rs. C 243/01 (Gambelli u. a.) -, Rn. 62 ff., Urteil vom 6. März 2007 – Rs. C-338/04 u.a (Placanica u.a.) -, Rn. 52 ff. Urteil vom 8. September 2010, Rs. C-316/07 u.a.(Stoß u.a.) -, Rn. 98; Urteil vom 8. September 2010 – Rs. C-46/08 (Carmen Media) – Rn. 65.

Dementsprechend reicht es nicht aus, dass allein mit den Zielen des Sportwettenmonopols vereinbare Anwendungsmodalitäten vorliegen, wenn gleichzeitig der gesetzliche Rahmen den europarechtlichen Vorgaben

widerspricht. Vielmehr entspricht es ständiger Rechtsprechung des EuGH, dass durch faktische Veränderungen oder allein innenwirkende Rechtshandlungen der Verwaltung, wie Erlasse, Weisungen oder Verwaltungsvorschriften, Verstöße gegen das Europarecht nicht vermieden oder geheilt werden können. Die Unvereinbarkeit von nationalem Recht mit dem EGV (jetzt: dem AEUV), auch soweit dieser unmittelbar anwendbar ist, ist vielmehr nur durch eine Änderung des innerstaatlichen Rechts auszuräumen, das denselben rechtlichen Rang hat wie die europarechtswidrigen Bestimmungen. Eine bloße Verwaltungspraxis, die die Verwaltung naturgemäß beliebig ändern kann und die nur unzureichend bekannt ist, kann nicht als eine rechtswirksame Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Primärrecht angesehen werden.

EuGH, Urteil vom 15. Oktober 1986 – Rs. 168/85 (Kommission/Italien) -, Slg. 1986, 2945; Urteil vom 7. März 1996 – Rs. C-334/94 (Kommission/ Frankreich) -, Slg. 1996, I-1337 (Rn. 30); Urteil vom 13. März 1997 – Rs. C-197/96 (Kommission/ Frankreich) -, Slg. 1997, I-1489 (Rn. 14); Urteil vom 9. März 2000 – Rs. C-358/98 (Kommission/ Italien) -, Slg. 2000, I-1255 (Rn. 17); Urteil vom 30. Mai 1991 – Rs. C-361/88 (Kommission/ Deutschland) -, Slg. 1991, 2597 (Rn. 24)

Schon aus diesem Grund sind, wie der EuGH mit seinem Urteil vom 8. September 2010 (Winner Wetten) noch einmal ausdrücklich bestätigt hat, die vom Bundesverfassungsgericht aus verfassungsrechtlichen Gründen vorgegebenen Anforderungen an die praktische Handhabung der für sich genommen verfassungswidrigen Rechtslage von vornherein nicht geeignet, die vom Europarecht geforderten ausreichenden rechtlichen Grundlagen zu schaffen.

EuGH, Urteil vom 8. September 2010 – Rs. C-409/06 (Winner Wetten) -, Rn. 60 f.; OVG NRW, Beschluss vom 28. Juni 2006 – 4 B 961/06 – juris; Saarl.OVG, Beschluss vom 30. April 2007 – 3 W 30/06 -, juris.

Dem lässt sich nicht entgegenhalten, bei den "Maßgaben", die das Bundesverfassungsgericht im Urteil vom 28. März 2006 für die Übergangszeit angeordnet hat, handele es sich um "gesetzesvertretendes Recht".

So VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 28. März 2007 – 6 S 1972/06 -, juris (Rn. 13f.).

Denn diese Maßgaben sind nur für das bayerische Recht erlassen worden und könnten deshalb allenfalls in Bayern nach § 31 Abs. 2 BVerfGG mit Gesetzeskraft gelten. Es ist anerkannt, dass die Unvereinbarkeitserklärung einer landesrechtlichen Norm mit dem Grundgesetz nicht auch für eine inhaltsgleiche Vorschrift eines anderen Bundeslandes gilt.

Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 7. Aufl. 2007, Rn. 416; Heusch, in: Umbach u. a., BVerfGG – Kommentar, 2. Aufl. 2005, § 31 Rn. 70 m.w.N.

Außerdem ist zu berücksichtigen, dass das Bundesverfassungsgericht mit seinen Maßgaben lediglich allgemeine Maßstäbe für eine Änderung der (Verwaltungs-) Praxis aufgestellt, nicht aber bereits konkrete Maßnahmen angeordnet hat. Selbst unter Beachtung der Bindungswirkung seiner Entscheidung blieb den Länderverwaltungen damit ein weiter Ermessensspielraum, der in den einzelnen Ländern auch unterschiedlich genutzt wurde.

Vgl. die Nachweise für das jeweilige Landesrecht in den Entscheidungen Saarl.OVG, Beschluss vom 30. April 2007 – 3 W 30/06 -; HessVGH, Beschluss vom 5. Januar 2007 – 2 TG 2911/06 -; VGH Bad.-Württ., Beschlüsse vom 28. Juli 2006 – 6 S 1987/05 – und vom 28. März 2007 – 6 S 1972/06 -; BayVGH, Beschlüsse vom 13. Juni 2007 – 24 CS 07.802 – und vom 19. Dezember 2006 – 24 CS 06.3116 -; OVG Bln.-Bbg., Beschluss vom 24. November 2006 – 1 S 122/06 -, alle juris.

Das Bundesverfassungsgericht hat mit seiner Regelung für die Übergangszeit auch weder implizit deren

Europarechtskonformität festgestellt noch ist es von einer auch europarechtlich unbedenklichen Zwischenphase ausgegangen.

So HessVGH, Beschluss vom 5. Januar 2007 – 2 TG 2911/06 -, juris (Rn. 33);

Vielmehr hat es sich in seiner Entscheidung vom 28. März 2006 ausdrücklich einer – nicht in seine Zuständigkeit fallenden – europarechtlichen Bewertung des Sportwettenmonopols enthalten.

BVerfG, Urteil vom 28. März 2006 – 1 BvR 1054/01 -, BVerfGE 115, 276 (Rn. 77); vgl. auch Beschluss vom 20. März 2009 – 1 BvR 2410/08 – juris (Rn. 51 ff.); BayVGH, Beschluss vom 13. Juni 2007 – 24 CS 07.802 – (Rn. 34).

Bestand der europarechtswidrige Zustand in Nordrhein-Westfalen mithin fort, kann der Umstand, dass das Bundesverfassungsgericht im Anschluss an die Feststellung der Grundgesetzwidrigkeit entschieden hat, die Wirkungen der innerstaatlichen Rechtsvorschriften über das Monopol unter bestimmten Voraussetzungen vorübergehend aufrechtzuerhalten, ein nationales Gericht nicht daran hindern, die genannten Vorschriften in dem bei ihm anhängigen Rechtsstreit gemäß dem Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts unangewandt zu lassen. Feststellung und Ausgestaltung einer europarechtlichen Übergangsregelung, die notwendig mit einer vorübergehenden Aussetzung des Anwendungsvorrangs der Grundfreiheiten verbunden ist, sind allein und allenfalls dem EuGH vorbehalten.

EuGH, Urteil vom 8. September 2010 – Rs. C-409/06 (Winner Wetten) -, Rn. 60 f., Urteil vom 19. November 2009 – Rs. C-314/08 (Filipiak) -, Rn. 84, Urteil vom 17. Dezember 1970 – Rs. 11/70 (Internat. Handelsgesellschaft) -, Rn. 3.

An der vom erkennenden Senat in verschiedenen Eilverfahren – so auch im Verfahren gleichen Rubrums 4 B 898/06 – vertretenen Auffassung, dass der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls von einem nationalen

Gericht suspendiert werden kann, hält der Senat deshalb nicht weiter fest.

Dass der EuGH bei seiner Entscheidung vom 8. September 2010 von falschen Voraussetzungen ausgegangen sein könnte, weil das vorlegende Gericht ihn einseitig informiert haben könnte, wie die Beklagte in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vorgetragen hat, erschließt sich dem Senat schon deshalb nicht, weil das vorlegende Verwaltungsgericht insoweit auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 und die darin getroffenen Feststellungen abgestellt hat (vgl. Rn. 4, 12 ff., 21 ff. des Urteils).

III.

Soweit die Klägerin mit ihrem Antrag zu 3. die Feststellung begehrt, dass die angefochtene Ordnungsverfügung vom 18. April 2006 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 11. Dezember 2006 (auch) vom 1. Januar 2008 bis zum 26. August 2010 rechtswidrig war, handelt es sich ebenfalls zumindest um eine zulässige Klageänderung im Wege der Klageerweiterung. Die insoweit vorliegende Feststellungsklage ist sachdienlich, weil der Streitstoff im Wesentlichen derselbe bleibt wie hinsichtlich des Klageantrags zu 1. und die Klageänderung die endgültige Beilegung des Streites fördert. Das von der Klägerin bereits im Jahr 2007 eingeleitete Amtshaftungsverfahren umfasst zumindest auch den mit der Feststellungsklage einbezogenen Zeitraum. Hieraus ergibt sich für die Klägerin zugleich ihr berechtigtes Interesse an der begehrten Feststellung.

Die Klage ist mit dem Klageantrag zu 3. ebenfalls begründet. Der angefochtene Bescheid vom 18. April 2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 11. Dezember 2006 war auch vom 1. Januar 2008 bis zum 26. August 2010 rechtswidrig und verletzte die Klägerin in ihren Rechten. Insoweit ergeben sich im Hinblick auf das inkohärente Werbeverhalten und die ebenfalls inkohärente Liberalisierung des Rechts der

gewerblichen Geldspielautomaten keine anderen Gesichtspunkte als für die auf den 27. August 2010 bezogene Betrachtung. Auf die Ausführungen zu I. kann daher verwiesen werden.

IV.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 VwGO i.V.m. §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO, der Beschluss zur Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Bevollmächtigten auf § 162 Abs. 2 VwGO.

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 132 Abs. 2 VwGO nicht erfüllt sind.