

Gericht: VGH
Aktenzeichen: 10 AS 10.2499
Sachgebietsschlüssel: 570

Rechtsquellen:

§ 80 Abs. 5 und Abs. 7 Satz 2 VwGO;
§§ 1, 4, 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3, Abs. 2, § 10 Abs. 2 und 5, § 21 GlüStV;
Art. 2 AGGlüStV;
§§ 33c ff. GewO;
Art. 12 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 GG;
Art. 56, 49 AEUV (früher: Art. 49, 43 EG)

Hauptpunkte:

Vermittlung von Sportwetten;
Untersagungsverfügung;
rechtskräftig abgelehnter Eilantrag;
Abänderungsantrag;
staatliches Sportwettenmonopol;
unionsrechtlicher Anwendungsvorrang der Dienstleistungs- und
Niederlassungsfreiheit;
Fortgeltung des glücksspielrechtlichen Erlaubnisvorbehalts;
offene Erfolgsaussichten im Hauptsacheverfahren;
Interessenabwägung;
überwiegendes Vollzugsinteresse

Leitsätze:

1. Das staatliche Sportwettenmonopol (§ 10 Abs. 2 und 5 GlüStV) genügt jedenfalls mit Blick auf die derzeitige Praxis auf dem Sektor der gewerblichen Geldspielautomaten nicht den Anforderungen der Geeignetheit bzw. Kohärenz einer Beschränkung der unionsrechtlichen Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit.
2. Der unionsrechtliche Anwendungsvorrang erfasst nur das staatliche Sportwettenmonopol und nicht auch den in § 4 Abs. 1 GlüStV geregelten Erlaubnisvorbehalt.
3. Ist noch offen, ob dem Betroffenen eine Erlaubnis zur Vermittlung von Sportwetten an einen privaten Sportwettenveranstalter erteilt werden kann, überwiegt weiterhin das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehbarkeit der Verbotsverfügung.

Beschluss des 10. Senats vom 21. März 2011

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

In der Verwaltungsstreitsache

***** ** ** *****

- Antragsteller -

bevollmächtigt:

Rechtsanwälte *****

***** ** *****

gegen

Landeshauptstadt München,

vertreten durch den Oberbürgermeister,

***** ** *****

- Antragsgegnerin -

beteiligt:

Landesrechtsanwaltschaft Bayern,

als Vertreter des öffentlichen Interesses,

***** ** *****

wegen

Vermittlung von Sportwetten

(Antrag nach § 80 Abs. 7 VwGO);

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 10. Senat,
durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Senftl,
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Simmon,
die Richterin am Verwaltungsgerichtshof Eich
ohne mündliche Verhandlung am **21. März 2011**

folgenden

Beschluss:

- I. Der Antrag wird abgelehnt.
- II. Der Antragsteller trägt die Kosten des Verfahrens.
- III. Der Streitwert für das Antragsverfahren wird auf 10.000 Euro festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Der Antragsteller, ein italienischer Staatsangehöriger, vermittelte in seiner Betriebsstätte B*****-Straße ** im Stadtgebiet der Antragsgegnerin Sportwetten an die Firma *** mit Sitz in Gibraltar, die über eine von der dortigen Regierung erteilte Lizenz zur Veranstaltung von Sportwetten verfügt. Mit Bescheid vom 19. Juli 2004 untersagte die Antragsgegnerin dem Antragsteller die Annahme, Vermittlung und Veranstaltung von Sportwetten ohne die erforderliche Erlaubnis (Nr. 1.) und ordnete die Einstellung dieser Tätigkeiten mit Ablauf des Tages der Zustellung des Bescheids an (Nr. 2.). Gleichzeitig wurden diese beiden Verfügungen für sofort vollziehbar erklärt. Nach der Zurückweisung seines Widerspruchs gegen diesen Bescheid durch Widerspruchsbescheid der Regierung von Oberbayern vom 18. Januar 2005 erhob der Antragsteller am 9. Februar 2005 Klage zum Verwaltungsgericht.
- 2 Nachdem die Antragsgegnerin im Hinblick auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zunächst von einer Vollstreckung ihrer Anordnungen abgesehen hatte, erklärte sie unter Hinweis auf die zwischenzeitlich ergangene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 (Az. 1 BvR 1054/01) mit Bescheid vom 20. April 2006 die Nrn. 1. und 2. ihres Bescheids vom 19. Juli 2004 (erneut) für sofort vollziehbar. Gleichzeitig drohte sie die Unterbindung der illegalen Tätigkeit des An-

tragstellers durch unmittelbaren Zwang an. Hiergegen ließ der Antragsteller Widerspruch einlegen. Seinen Antrag gemäß § 80 Abs. 5 VwGO, die aufschiebende Wirkung der Klage vom 9. Februar 2005 gegen die Untersagungsverfügung der Antragsgegnerin vom 19. Juli 2004 in Gestalt des Widerspruchsbescheids der Regierung von Oberbayern vom 18. Januar 2005 sowie des Widerspruchs gegen die Androhung des unmittelbaren Zwangs im Bescheid vom 20. April 2006 wiederherzustellen bzw. anzuordnen, lehnte das Verwaltungsgericht München mit Beschluss vom 22. August 2006 ab (Az. M 22 S 06.2336). Die dagegen eingelegte Beschwerde wies der Bayerische Verwaltungsgerichtshof mit Beschluss vom 6. Dezember 2006 zurück (Az. 24 CS 06.2460). Mit den hier nicht streitgegenständlichen Bescheiden vom 4. und 13. Oktober 2006 untersagte die Antragsgegnerin dem Antragsteller die Annahme, Vermittlung und Veranstaltung von Sportwetten in weiteren Betriebsstätten im Stadtgebiet und forderte ihn zur Einstellung dieser Tätigkeiten auf. Auch dagegen ließ der Antragsteller jeweils Widerspruch einlegen.

- 3 Mit Widerspruchsbescheid vom 12. März 2008 wies die Regierung von Oberbayern die Widersprüche des Antragstellers gegen die Bescheide der Antragsgegnerin vom 20. April 2006, 4. Oktober und 13. Oktober 2006 zurück.
- 4 Die Anfechtungsklage des Antragstellers mit dem Antrag, den Bescheid der Antragsgegnerin vom 19. Juli 2004 in Gestalt des Widerspruchsbescheids der Regierung von Oberbayern vom 18. Januar 2005 in der Form des Bescheids der Antragsgegnerin vom 20. April 2006 sowie des Widerspruchsbescheids der Regierung von Oberbayern vom 12. März 2008 aufzuheben, hat das Verwaltungsgericht München mit Urteil vom 31. Juli 2008 (Az. M 22 K 07.1080) abgewiesen. Der Antragsteller sei durch die Untersagungsverfügung hinsichtlich der Betriebsstätte B*****-Straße ** nach wie vor beschwert. Bei der angefochtenen Untersagung sei als Dauerverwaltungsakt auf die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung abzustellen. Die ursprünglich auf Art. 7 Abs. 2 Nr. 1 LStVG i.V.m. § 284 StGB gestützte Verfügung sei jedoch auch nach Inkrafttreten des Glücksspielstaatsvertrags (GlüStV) auf der Grundlage des § 9 Abs. 1 Satz 2, Satz 3 Nr. 3 GlüStV weiterhin rechtmäßig. Der Antragsteller verfüge nicht über die nach § 4 Abs. 1 GlüStV erforderliche Erlaubnis für die Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten. Der seit dem 31. Dezember 2007 nach dem Glücksspielstaatsvertrag geltende Erlaubnisvorbehalt bestehe im Übrigen unabhängig von der Frage, ob das im Sportwettenbereich durch § 10 Abs. 5 i.V.m. Abs. 2 GlüStV normierte Staatsmonopol den verfassungs- und

gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen genüge. Denn die Zulässigkeit eines Erlaubnisvorbehalts im Bereich des Glücksspielwesens sei sowohl in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als auch des Europäischen Gerichtshofs (zuletzt in dessen Urteil vom 6. März 2007 in der Rechtssache Placanica) anerkannt. Die streitgegenständliche Untersagungsverfügung bestehe deshalb nach wie vor zu Recht. Auf die von Seiten des Antragstellers vorgebrachten verfassungs- und gemeinschaftsrechtlichen Bedenken insbesondere gegen das im Sportwettenbereich bestehende Staatsmonopol komme es danach nicht entscheidungserheblich an.

- 5 Gegen dieses Urteil vom 31. Juli 2008 hat der Antragsteller die vom Erstgericht zugelassene Berufung eingelegt mit dem Antrag, das Urteil abzuändern und die angefochtenen Bescheide der Antragsgegnerin in Gestalt der jeweiligen Widerspruchsbescheide der Regierung von Oberbayern aufzuheben. Das Verwaltungsgericht habe den anzulegenden Prüfungsmaßstab verkannt und zu Unrecht auf das rein formale Fehlen einer Erlaubnis für die Sportwettenvermittlung abgestellt. Die rechtliche und tatsächliche Ausgestaltung des staatlichen Glücksspiel- und Wettmonopols sei in vollem Umfang zu überprüfen. Den angefochtenen Bescheiden fehle es im Hinblick auf die ab 1. Januar 2008 geltende neue Rechtslage nach dem Glücksspielstaatsvertrag an einer aktuellen ordnungsgemäßen Begründung. Die Verfügung der Antragsgegnerin vom 20. April 2006 sei insoweit nicht ausreichend. Die Untersagungsverfügung sei auch nach der neuen Rechtslage rechtswidrig. Die einschlägigen Vorschriften des Glücksspielstaatsvertrags genügten weder den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts in dessen Entscheidung vom 28. März 2006 noch den Anforderungen nach der Rechtsprechung des EuGH. Mit Blick auf Pferdewetten und die Glücksspiele in Spielbanken sowie in gewerblichen Spielhallen fehle insbesondere eine systematische und kohärente Glücksspielpolitik. Neben einem Verstoß gegen Art. 12 und Art. 2 Abs. 1 GG liege daher auch eine Verletzung der europarechtlichen Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit vor. Aufgrund des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts müssten die entgegenstehenden nationalen Bestimmungen in ihrer Anwendung zurücktreten.
- 6 Die Antragsgegnerin hat die Zurückweisung der Berufung beantragt und zur Begründung auf die bisherige Rechtsprechung des Senats (Urteil vom 18.12.2008 Az. 10 BV 07.775 <juris>) sowie des Bundesverfassungsgerichts (Entscheidung vom 22.11.2007 NVwZ 2008, 301) verwiesen. Der Vertreter des öffentlichen Interesses ist

der Berufung ebenfalls entgegengetreten. Das staatliche Glücksspielmonopol sei sowohl verfassungs- wie auch gemeinschaftsrechtskonform.

7 Mit Beschluss vom 24. März 2009 hat der Senat das Berufungsverfahren mit Blick auf ein in einem gleichgelagerten Verfahren beim EuGH anhängiges Vorabentscheidungsverfahren ausgesetzt.

8 Mit seinem am 7. Oktober 2010 gestellten Antrag nach § 80 Abs. 7 VwGO begehrt der Antragsteller unter Hinweis auf die nunmehr vorliegenden EuGH-Entscheidungen zum deutschen Glücksspielrecht vom 8. September 2010 erneut einstweiligen Rechtsschutz. Er beabsichtige, die Sportwettenvermittlung in der Betriebsstätte B*****-Straße ** in M***** wieder aufzunehmen. Der Antrag sei auch begründet, da die angegriffene Untersagungsverfügung der Antragsgegnerin offensichtlich rechtswidrig sei. Der EuGH habe mit den Entscheidungen vom 8. September 2010 zweifelsfrei geklärt, dass das in Deutschland bestehende staatliche Monopol bei Sportwetten und Lotterien gemeinschaftswidrig sei, weil das Ziel der Bekämpfung der mit Glücksspielen verbundenen Gefahren nicht in kohärenter und systematischer Weise verfolgt werde. Bei der Überprüfung der Gesamtkohärenz seien alle glücksspielrechtlichen Regelungen und somit auch jene bezüglich Pferdewetten sowie Automaten- und Casinospiele zu betrachten. Insbesondere bei den Spielbanken und den Automatenspielen sei eine Politik der Angebotsausweitung und der unbegrenzten Werbung festzustellen. Auch die staatlichen Lotteriegesellschaften betrieben keine lediglich kanalisierende Werbung. Entgegenstehende nationale Vorschriften des Glücksspielstaatsvertrags dürften auch während einer Übergangszeit (bis zu einer Neuregelung) nicht mehr angewandt werden. Nach den Vorgaben der Placanica-Entscheidung des EuGH dürfe eine fehlende Konzession nicht zum Anlass für die Verhängung einer Sanktion gegen den Antragsteller genommen werden. Nachdem dieser bisher keine Möglichkeit gehabt habe, eine Erlaubnis für die Vermittlung von Sportwetten zu erhalten, könne deren Fehlen auch nicht als Grund für die Aufrechterhaltung der Untersagungsverfügung herangezogen werden. Dies ergebe sich nicht nur aus der angeführten Rechtsprechung des EuGH, sondern sei zwischenzeitlich auch in der Rechtsprechung nationaler Verwaltungsgerichte anerkannt. Einzelne Verwaltungsgerichte hätten in mehreren Hauptsacheverfahren auch den Erlaubnisvorbehalt in § 4 Abs. 1 GlüStV als unionsrechtswidrig angesehen. Die Regelungen des Glücksspielstaatsvertrags stellten zudem eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung im Verhältnis zum Glücksspiel bei Pferdewetten, Spielbanken und

Spielautomaten dar. Aus dem Gebot effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG ergebe sich im vorliegenden Fall somit ein überwiegendes privates Interesse an der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage. Die Marktöffnung für private Anbieter für eine Übergangszeit sei zwangsläufige Folge. Jedenfalls sei aber eine positive Eilentscheidung des Verwaltungsgerichtshofs unter Auflagen geboten. Die Klärung einer umstrittenen Rechtsfrage – hier des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts – sei als nachträgliche Änderung der Sach- und Rechtslage im Sinne von § 80 Abs. 7 Satz 2 VwGO anzusehen.

9 Der Antragsteller beantragt,

10 unter Abänderung der Beschlüsse des Verwaltungsgerichts München vom 22. August 2006 (Az. M 22 S 06.2336) und des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 6. Dezember 2006 (Az. 24 CS 06.2460) die aufschiebende Wirkung der Klage des Antragstellers (Az. M 22 K 07.1080 und 10 BV 08.2610) gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 19. Juli 2004 in Gestalt des Widerspruchsbescheids der Regierung von Oberbayern vom 18. Januar 2005, ergänzt durch Bescheid vom 20. April 2006 sowie Widerspruchsbescheid der Regierung von Oberbayern vom 12. März 2008 anzuordnen.

11 Die Antragsgegnerin beantragt,

12 den Antrag abzulehnen.

13 Infolge der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs vom 8. September 2010 bestünden keine veränderten Umstände im Sinne von § 80 Abs. 7 Satz 2 VwGO. Das staatliche Sportwettenmonopol verstoße nach der Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs weder gegen Verfassungsrecht noch liege ein Verstoß gegen Unionsrecht vor. Auch der EuGH habe dazu keine entsprechenden verbindlichen Feststellungen getroffen. Entgegen der Auffassung des Antragstellers sei im Bereich des gewerblichen Spiels, der Spielbanken und der Pferdewetten keine Politik der Angebotsausweitung gegeben. Auch die Werbemaßnahmen der staatlichen Lottogesellschaft in Bayern hielten sich im Rahmen des Zulässigen. Die gesetzliche Novelle der Spielverordnung im Jahr 2006 diene dem Spielerschutz. Auch bei den Spielbanken werde in Bayern eine an den Zielen des § 1 GlüStV orientierte Politik betrieben. Pferdewetten beträfen nur einen sehr kleinen Kreis von Interessenten

und wiesen überdies nur sehr geringe Suchtgefahren auf. Das geltende Recht entspreche somit hinsichtlich des Kohärenzgebots den Anforderungen der Rechtsprechung des EuGH. Eine geänderte Rechtslage ergebe sich auch nicht hinsichtlich der Erlaubnispflicht bei Sportwetten. Der Erlaubnisvorbehalt in § 4 Abs. 1 und 2 GlüStV sei nach der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache „Carmen Media“ grundsätzlich unionsrechtskonform und zudem unabhängig vom staatlichen Sportwettenmonopol zu sehen. Das in § 4 Abs. 2 Satz 3 GlüStV bezüglich der Erlaubniserteilung vorgesehene Ermessen werde durch die Ziele des § 1 GlüStV, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sowie die berührten Grundrechte begrenzt. Jedenfalls lägen aber die Voraussetzungen für die vom Antragsteller begehrte Aussetzungsentscheidung nach § 80 Abs. 5 VwGO nicht vor. Denn dieser verfüge nicht über die nach § 4 Abs. 1 Satz 1 GlüStV erforderliche Erlaubnis zur Vermittlung von Sportwetten. Allein dies rechtfertige bereits die Untersagungsverfügung. Auch wenn das staatliche Monopol wegfallen, entfalte das Prüfprogramm des § 4 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 1 GlüStV und Art. 2 AG GlüStV selbständige Wirkung. Dies sei zwischenzeitlich in der Rechtsprechung mehrerer Oberverwaltungsgerichte anerkannt. Bei der Ermessensentscheidung über die Erlaubniserteilung für die Vermittlung von Sportwetten sei im Übrigen zu berücksichtigen, dass der Antragsteller bisher noch keine Erlaubnis beantragt habe und in seinem Fall ohnehin die Erlaubnisvoraussetzungen nicht vorlägen. Denn (auch) der Veranstalter dieser Sportwetten verfüge nicht über die erforderliche Erlaubnis und biete zudem gesetzlich verbotene Livewetten an. Zweifel an der Zuverlässigkeit ergäben sich auch aus dem Verstoß des Veranstalters gegen das Internetverbot und fragwürdigen Geschäftsbedingungen. Selbst wenn jedoch die Erfolgsaussichten des Hauptsacherechtsbehelfs des Antragstellers als offen anzusehen wären, würde das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung der Untersagungsverfügung und damit der Verhinderung einer erheblichen Ausweitung des illegalen Wettangebots überwiegen.

- 14 Der Antragsteller, die Antragsgegnerin sowie der Vertreter des öffentlichen Interesses haben in der Folge ihre Ausführungen mehrfach schriftsätzlich ergänzt und vertieft sowie auf jeweils ihre Auffassungen bestätigende Gerichtsentscheidungen verwiesen. Dabei wurden insbesondere die Frage der Fortgeltung des Erlaubnisvorbehalts und die Folgen des Fehlens einer Erlaubnis vor dem Hintergrund der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. November 2010 (Az. 8 C 13.09) eingehend erörtert.

- 15 Die Antragsgegnerin hat im Hinblick auf den fehlenden Antrag des Antragstellers auf Erteilung einer Erlaubnis zur Vermittlung von Glücksspielen hilfsweise noch beantragt, das Verfahren gegebenenfalls bis zu einer Entscheidung der zuständigen Erlaubnisbehörde (Regierung der Oberpfalz) auszusetzen.
- 16 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Behördenakten sowie der Gerichtsakten beider Instanzen mit dem umfangreichen Vorbringen der Beteiligten verwiesen.

II.

- 17 Der zulässige Änderungsantrag nach § 80 Abs. 7 Satz 2 VwGO bleibt in der Sache ohne Erfolg.
- 18 1. Der an keine Frist gebundene Änderungsantrag des Antragstellers gemäß § 80 Abs. 7 Satz 2 VwGO ist nach der rechtskräftigen Ablehnung seines Eilantrags gemäß § 80 Abs. 5 VwGO durch Beschluss des Verwaltungsgerichts München vom 22. August 2006 (Az. M 22 S 06.2336) und Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 6. Dezember 2006 (Az. 24 CS 06.2460) grundsätzlich zulässig. Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin ist der Antragsteller auch antragsbefugt, da er veränderte Umstände im Sinne dieser Bestimmung geltend machen kann. Veränderte Umstände gemäß § 80 Abs. 7 Satz 2 VwGO liegen auch vor, wenn nach Ergehen der (rechtskräftigen) Entscheidung im Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO eine bis dahin strittige einschlägige Rechtsfrage höchstrichterlich – hier durch die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 8. September 2010 zum deutschen Glücksspielrecht – in einem anderen Sinn entschieden wurde, als dies bei der Prüfung der Erfolgsaussichten im vorangegangenen Eilverfahren der Fall war, und sich deshalb die Verfahrensprognose verändert (vgl. Schoch in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, RdNr. 386 zu § 80; Gersdorf in Posser/Wolff, VwGO, RdNr. 200 zu § 80). Die vom EuGH in den Rechtssachen Markus Stoß (u.a.) und Carmen Media (vgl. Urteile vom 8.9.2010 Rs. C-316/07 – Stoß – sowie C-46/08 – Carmen Media – <juris> sowie ZfWG 2010, 332 ff. und 344 ff.) aufgestellten Anforderungen an das Kohärenzkriterium bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer durch ein staatliches Sportwettenmonopol erfolgten Beschränkung der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit (Art. 56 und 49 AEUV bzw. früher: Art. 49 und 43 EG) sind veränderte Umstände im oben dargelegten Sinn. Denn damit

hat der EuGH der bis dahin insbesondere auch bei den deutschen Oberverwaltungsgerichten und dem Bundesverfassungsgericht vorherrschenden sektoralen Betrachtungsweise bei der Prüfung, ob ein Monopol zur Reduzierung des Glücksspielangebots beiträgt und damit zur Bekämpfung der Spiel- und Wettsucht geeignet ist, eine Absage erteilt (vgl. Dhom, ZfWG 2010, 394/397). Auch der erkennende Senat hat in seiner bisherigen Rechtsprechung bei der Prüfung, ob der Freistaat Bayern eine widerspruchsfreie und systematische Politik zur Bekämpfung der Wettsucht betreibt, insoweit nur den spezifischen Sektor der Sportwetten in den Blick genommen und die Forderung nach einer Gesamtkohärenz zurückgewiesen (vgl. z.B. Urteil vom 18.12.2008 Az. 10 BV 07.558 <juris> RdNrn. 108 f.). Ob die vom Antragsteller geltend gemachten Umstände, aus denen sich die Möglichkeit einer Änderung der früheren Eilentscheidung ergeben soll, tatsächlich vorliegen, ist eine Frage der Begründetheit des Antrags. Der Verwaltungsgerichtshof ist als Gericht der Hauptsache – hier: des anhängigen Berufungsverfahrens des Antragstellers 10 BV 08.2610 – auch das für den Änderungsantrag zuständige Gericht.

19 2. Der zulässige Antrag ist jedoch unbegründet, weil durch die oben zitierten Urteile des EuGH vom 8. September 2010 zum Glücksspielstaatsvertrag zwar veränderte Umstände vorliegen, diese jedoch gleichwohl nicht zu einem vom früheren Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO abweichenden Ergebnis führen.

20 Die Entscheidung über die Fortdauer der sofortigen Vollziehbarkeit der dem Antragsteller gegenüber getroffenen Untersagungsverfügung ist zum aktuellen Entscheidungszeitpunkt nach den gleichen Grundsätzen zu treffen, wie sie für das Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO maßgebend sind. Für die Beurteilung des Abänderungsantrags des Antragstellers ist daher maßgeblich, ob nunmehr dessen Aussetzungsinteresse das durch das Gesetz (§ 9 Abs. 2 GlüStV) zum Ausdruck kommende Vollzugsinteresse überwiegt. Dabei kommt es entscheidend auf die Erfolgsaussichten der Anfechtungsklage des Antragstellers und damit die Frage an, ob die angefochtene Untersagungsverfügung der Antragsgegnerin wegen des unionsrechtlichen Anwendungsvorrangs derzeit noch zulässigerweise auf § 9 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 Nr. 3 i.V.m. § 4 Abs. 1 GlüStV gestützt werden kann. Ist wie vorliegend der Ausgang der Hauptsache (Klageverfahren des Antragstellers) als offen anzusehen, weil im Rahmen der summarischen Prüfung im Abänderungsverfahren noch nicht abschließend beurteilt werden kann, ob dem Antragsteller bei der vom Senat angenommenen Nichtanwendbarkeit der spezifischen Regelungen des staatlichen Sportwettenmono-

pols (dazu nachfolgend 2.1.) die nach dem gleichwohl weiter anwendbaren Erlaubnisvorbehalt des § 4 Abs. 1 Satz 1 GlüStV (dazu nachfolgend 2.2.) erforderliche Erlaubnis für die Vermittlung von Sportwetten erteilt werden kann (dazu nachfolgend 2.3.), ist eine von der Beurteilung der Hauptsache unabhängige (reine) Interessenabwägung vorzunehmen. Diese Interessenabwägung geht jedoch zulasten des Antragstellers aus (dazu nachfolgend 2.4.).

- 21 2.1. Gegenstand der Anfechtungsklage des Antragstellers ist die nach wie vor wirksame Untersagungsverfügung der Antragsgegnerin vom 19. Juli 2004 bezüglich der Annahme, Vermittlung und Veranstaltung von Sportwetten ohne die erforderliche Erlaubnis. Mit dem nachfolgenden Bescheid vom 20. April 2006 hat die Antragsgegnerin, wie das Verwaltungsgericht im Urteil vom 31. Juli 2008 (Az. M 22 K 07.1080) zu Recht angenommen hat, die frühere Untersagungsverfügung lediglich inhaltlich bestätigt und (nach der Erfüllung der Maßgaben des Bundesverfassungsgerichts in der Entscheidung vom 28. März 2006 BVerfGE 115, 276) an dieser festgehalten (vgl. BVerfG vom 22.11.2007 NVwZ 2008, 301/303). Diese Untersagungsverfügung hat sich auch nicht durch die Bescheide der Antragsgegnerin vom 4. Oktober 2006 und 13. Oktober 2006 erledigt, weil dort jeweils andere Betriebsstätten des Antragstellers im Stadtgebiet der Antragsgegnerin betroffen waren.
- 22 Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der als Dauerverwaltungsakt zu qualifizierenden Untersagungsverfügung ist der Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts (vgl. BayVGH vom 18.12.2008 Az. 10 BV 07.558 <juris> RdNrn. 21 und 38; BVerfG vom 20.3.2009 NVwZ 2009, 1221/1223 RdNr. 22; BVerwG vom 24.11.2010 Az. 8 C 13.09 <juris> RdNr. 21).
- 23 Rechtsgrundlage für die streitbefangene Untersagungsverfügung ist seit dem Inkrafttreten des Glücksspielstaatsvertrags am 1. Januar 2008 § 9 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 Nr. 3 GlüStV. Die vom Antragsteller vermittelten Sportwetten sind unstreitig als Glücksspiele einzuordnen (s. § 3 Abs. 1 Satz 3 GlüStV) und als solche gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 GlüStV erlaubnispflichtig. Die somit erforderliche Erlaubnis für die Vermittlung öffentlicher Glücksspiele durch die zuständige bayerische Behörde (Regierung der Oberpfalz, Art. 2 Abs. 4 Nr. 3 AGGlüStV) besitzt der Antragsteller nicht. Die der Firma *** in Gibraltar für die Veranstaltung von Sportwetten von den dortigen staatlichen Stellen erteilte (ausländische) Konzession ersetzt die für die Tätigkeit des Antragstellers notwendige Erlaubnis durch die bayerischen Behörden nicht (vgl.

BayVGH vom 18.12.2008 Az. 10 BV 07.558 <juris> RdNrn. 30 ff.; BVerwG vom 24.11.2010 Az. 8 C 15.09 <juris> RdNr. 21; EuGH vom 8.9.2010 Rs. C-316/07 – Markus Stoß u.a. – <juris> RdNrn. 110 ff.).

- 24 Die Erteilung einer Erlaubnis an den Antragsteller für die Vermittlung nicht erlaubter privater Wettangebote (d.h. solche außerhalb des staatlichen Sportwettenmonopols) ist gemäß § 4 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 10 Abs. 2 und Abs. 5 GlüStV verboten. Entgegen der bisher vom Senat in ständiger Rechtsprechung vertretenen Auffassung (vgl. z.B. Urteil vom 18.12.2008 Az. 10 BV 07.558 <juris> RdNrn. 44 ff. und 96 ff.) steht dem in Bayern geltenden Veranstaltungsmonopol für Sportwetten und der dadurch bedingten Einschränkung der Vermittlungstätigkeit des Antragstellers aber (wohl) höherrangiges Recht entgegen. Dabei kann für das vorliegende Verfahren die vom Bundesverwaltungsgericht in seinen (die Rechtssachen an den erkennenden Senat zurückverweisenden) Revisionsentscheidungen vom 24. November 2010 (Az. 8 C 14.09 und 8 C 15.09) aufgeworfene und nicht abschließend entschiedene Frage dahinstehen, ob nicht infolge einer in Bayern noch bestehenden unzulässigen Werbepraxis der staatlichen Monopolträger ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Berufswahlfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) besteht. Denn die sich für den Fall, dass hier nicht schon eine Verletzung nationaler Grundrechte vorliegt, weiter stellende Frage nach der unionsrechtlichen Kohärenz der durch die angeführten Regelungen des Glücksspielstaatsvertrags bewirkten Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit im Bereich der Sportwetten und damit dem durch die nationalen (Verwaltungs-)Gerichte zu beachtenden unionsrechtlichen Anwendungsvorrang lässt sich auch im vorliegenden Verfahren bereits mit hinreichender Sicherheit beantworten.
- 25 Die vom Senat dazu bisher vertretene Auffassung, dass die durch die angeführten Regelungen des Glücksspielstaatsvertrags bewirkten Eingriffe in die beiden (je nach Fallgestaltung) betroffenen Grundfreiheiten – Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit (Art. 56 und 49 AEUV bzw. früher: Art. 49 und 43 EG) – zulässige, weil insbesondere auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügende Beschränkungen darstellen, lässt sich so nicht mehr aufrecht erhalten. Denn diese Auffassung beruhte auf einer unrichtigen Anwendung des unionsrechtlichen Kohärenzkriteriums, das der Europäische Gerichtshof in seiner Rechtsprechung zum deutschen Glücksspielrecht (vgl. dazu die bereits oben zitierten Urteile vom 8.9.2010) als Maßstab für die Geeignetheit des Eingriffs im unionsrechtlichen Sinn näher konkretisiert hat (vgl. BVerwG vom 24.11.2010 Az. 8 C 14.09 <juris> RdNr. 56).

- 26 Die Antragsgegnerin hat zutreffend darauf hingewiesen, dass durch den EuGH in den zitierten Entscheidungen vom 8. September 2010 nicht etwa verbindlich festgestellt worden ist, dass dem staatlichen Sportwettenmonopol in seiner konkreten Ausgestaltung wegen Unvereinbarkeit mit den betroffenen Grundfreiheiten der Anwendungsvorrang des Unionsrechts entgegensteht. Vielmehr hat der EuGH im Rahmen der ihm durch Art. 267 Abs. 1 Buchst. a) AEUV zugewiesenen Rechtsprechungskompetenz (nur) den Maßstab für die Geeignetheit des Eingriffs in die unionsrechtlichen Grundfreiheiten näher konkretisiert und verbindlich festgelegt; die unter Berücksichtigung dieser Auslegungsgrundsätze erforderliche Prüfung der Regelungen und der Anwendungspraxis in anderen Glücksspielbereichen – etwa der Casino- und gewerblichen Automatenspiele – ist Angelegenheit der nationalen Verwaltungsgerichte (vgl. EuGH vom 8.9.2010 Rs. C-46/08 – Carmen Media – a.a.O. RdNrn. 73 und 89; BVerwG vom 24.11.2010 Az. 8 C 14.09 <juris> RdNrn. 56 und 80). Die verfassungsrechtliche Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen im föderalen Bundesstaat macht dabei die Kohärenzprüfung für Glücksspielbereiche, die der Gesetzgebungskompetenz des Bundes unterliegen, unionsrechtlich nicht entbehrlich (vgl. BVerwG vom 24.11.2010 a.a.O. Ls. 3 und RdNr. 81 unter Verweis auf EuGH vom 8.9.2010 Rs. C-46/08 – Carmen Media – a.a.O. RdNrn. 69 ff.). An einem Beitrag zur systematischen und kohärenten Begrenzung der Spiel- und Wettstätigkeit fehlt es jedoch schon, wenn die legitimen Zwecke des Sportwettenmonopols in anderen Glücksspielbereichen normativ oder durch die Praxis der Rechtsanwendung auf eine Glücksspielpolitik schließen lassen, die eine Expansion in diesem Bereich fördert oder zumindest duldet (vgl. BVerwG vom 24.11.2010 Az. 8 C 14.09 a.a.O. RdNrn. 82 und 87; EuGH vom 8.9.2010 Rs. C-46/08 – Carmen Media – a.a.O. RdNrn. 70 f.).
- 27 Gemessen an diesen Grundsätzen sieht der Senat zum hier maßgeblichen Entscheidungszeitpunkt eine Inkohärenz im unionsrechtlichen Sinn jedenfalls mit Blick auf die derzeitige tatsächliche Praxis auf dem Sektor der sog. gewerblichen Geldspielautomaten.
- 28 Entgegen der von der Antragsgegnerin und dem Vertreter des öffentlichen Interesses vertretenen Auffassung kommt es insoweit nicht entscheidend darauf an, ob durch die in diesem Bereich vorhandene gesetzliche Regelungskonzeption (vgl. §§ 33c ff. GewO) und insbesondere die zum 1. Januar 2006 in Kraft getretene Novellierung der Spielverordnung (i.d.F. der Bekanntmachung vom 27.1.2006, BGBl I S. 280) bewusst

und zielgerichtet eine der Suchtprävention zuwiderlaufende Angebotsausweitung oder „Expansionsstrategie“ verfolgt wird (in diesem Sinn aber OVG NRW vom 15.11.2010 Az. 4 B 733/10 <juris> RdNrn. 128 ff. und 136 ff.). Vielmehr genügt dafür nach Auffassung des Senats bereits der objektive Befund, dass sich nach der Novelle der Spielverordnung in Deutschland die Anzahl der aufgestellten Geldspielautomaten von 183.000 im Jahr 2005 auf 225.000 Geräte im Jahr 2008 erhöht hat und vor allem im gleichen Zeitraum die Umsätze in diesem Bereich von 5,88 Mrd. Euro auf 8,13 Mrd. Euro sowie der maßgebliche Bruttospielertrag um 38 % von 2,35 Mrd. Euro auf 3,25 Mrd. Euro gestiegen sind (vgl. dazu Dhom, a.a.O., S. 398 mit entsprechenden Nachweisen bzw. Quellenangaben; Abschlussbericht „Untersuchung zur Evaluierung der Fünften Novelle der Spielverordnung vom 17.12.2005“ des ITF vom 9.9.2010, <http://www.bmwi.de/BMWi/Navigation/Service/publikationen>, S. 77 ff., 83; „Bericht zur Evaluierung des Glücksspielstaatsvertrags“ der Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder – Endfassung: 1. September 2010, S. 84). Dieser sich auch im Jahr 2010 noch fortsetzende Zuwachs bei den Geldspielautomaten findet zudem unstrittig in dem Glücksspielsektor mit dem mit Abstand höchsten Suchtpotential statt (vgl. Dhom, a.a.O., S. 395 m.w.N.; zur Inkohärenz im Hinblick auf den tatsächlichen Umgang mit dem gewerblichen Automatenspiel vgl. eingehend auch VG Stuttgart vom 14.2.2011 Az. 4 K 4524/10, www.vewu.com/urteile.php).

- 29 Ob darüber hinaus eine Inkohärenz auch mit Blick auf den Spielbanken-, den staatlichen Lotterie- sowie den Pferdewettensektor festzustellen ist, bedarf hier keiner abschließenden Erörterung und Entscheidung. Denn die vom EuGH im Urteil vom 8. September 2010 (Rs. C-46/08 – Carmen Media – a.a.O. RdNr. 71) aufgestellten Kriterien bzw. Voraussetzungen, nach denen der Schluss des nationalen (Verwaltungs-)Gerichts auf die Inkohärenz einer Monopolregelung gerechtfertigt ist, liegen nach Auffassung des Senats im Bereich des gewerblichen (Geld-)Automatenspiels infolge der dargestellten (tatsächlichen) Entwicklung derzeit jedenfalls (noch) vor.
- 30 2.2. Ungeachtet der im Hauptsacheverfahren gegebenenfalls noch nachzuziehenden verfassungsrechtlichen Bedenken hinsichtlich einer möglicherweise unzulässigen Werbepaxis des staatlichen Monopolträgers und einer dadurch bedingten unverhältnismäßigen Beschränkung der Berufswahlfreiheit (vgl. dazu BVerwG vom 24.11.2010 Az. 8 C 15.09 <juris> RdNrn. 82 und 89) führt der Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts dazu, dass im Kollisionsfall jede entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts ohne weiteres unanwendbar wird (vgl. EuGH vom

8.9.2010 Rs. C-409/06 – Winner Wetten - <juris> RdNr. 53). Entgegen der Auffassung des Antragstellers erfasst der unionsrechtliche Anwendungsvorrang jedoch nur das in § 10 Abs. 2 und Abs. 5 GlüStV normierte staatliche Monopol und nicht gleichzeitig auch die Rechtsgrundlage für die streitbefangene Untersagungsverfügung in § 9 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 Nr. 3 GlüStV sowie den in § 4 Abs. 1 GlüStV geregelten Erlaubnisvorbehalt. Denn der im Glücksspielstaatsvertrag unter den „Allgemeinen Vorschriften“ normierte Erlaubnisvorbehalt ist ebenso wie die weiteren in § 4 GlüStV geregelten Erlaubnisvoraussetzungen nicht derart (untrennbar) mit dem staatlichen Monopol verknüpft, dass dessen Unanwendbarkeit zwangsläufig auch zur Unanwendbarkeit dieses Erlaubnisvorbehalts führen müsste (in diesem Sinne bereits: SächsOVG vom 4.1.2011 Az. 3 B 507/09; VGH BW vom 20.1.2011 Az. 6 S 1685/10; OVG RhPf vom 8.12.2010 Az. 6 B 1113/10.OVG; OVG Berlin-Bbg vom 24.11.2010 Az. OVG 1 S 227.10; OVG NRW vom 15.11.2010 Az. 4 B 733/10; NdsOVG vom 11.11.2010 Az. 11 MZ 429/10 sowie vom 10.3.2011 Az. 11 MC 13/11 – alle <juris>). Bereits das Verwaltungsgericht hat in seinem klageabweisenden Urteil vom 31. Juli 2008 (Az. M 22 K 07.1080) die vom Staatsmonopol unabhängige ausnahmslose und unterschiedslose Anwendbarkeit der Vorschriften über das Erlaubnisverfahren auf alle Arten der Veranstaltung und Vermittlung von Glücksspielen anhand der Begründungen des Gesetzgebers zum Glücksspielstaatsvertrag (vgl. LT-Drs. 15/8486) zutreffend herausgearbeitet. So kommt in der Gesetzesbegründung an mehreren Stellen klar zum Ausdruck, dass die zur Vermeidung und Bekämpfung der Glücksspiel- und Wettsucht (erstes und wichtigstes Ziel dieses Gesetzes, vgl. § 1 Nr. 1 GlüStV) notwendigen Schranken für die Veranstaltung, die Vermarktung und den Vertrieb von Glücksspielangeboten allgemein für staatliche wie für private Veranstalter gelten (vgl. LT-Drs. 15/8486 A.II.2.1. S. 10) und dementsprechend der Erlaubnispflicht von Glücksspielen nach § 4 Abs. 1 alle (auch die gewerblichen) Veranstalter und Personen unterliegen, die dem Spieler die Teilnahme am Glücksspiel ermöglichen (Begründung zu § 4 (Allgemeine Bestimmungen) LT-Drs. 15/8486 S. 13 f.). Daher ist das Verwaltungsgericht zu Recht davon ausgegangen, dass der Gesetzgeber mit dieser veranstalterunabhängigen Erlaubnispflicht für die Vermittler von öffentlichen Glücksspielen die Beachtung der Zielsetzungen des Glücksspielstaatsvertrags gerade auch für den Fall hätte sicherstellen wollen, dass das Staatsmonopol gemeinschaftsrechtlich keinen Bestand haben sollte. Das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht hat in diesem Zusammenhang zutreffend darauf hingewiesen, dass ein an den Zielen des § 1 GlüStV ausgerichteter Erlaubnisvorbehalt seinem darin zum Ausdruck kommenden Regelungsziel sehr viel näher steht als die (im Falle seiner

Unwirksamkeit) völlige Freigabe des Glücksspielbetriebs (vgl. Beschluss vom 10.3.2011 Az. 11 MC 13/11 <juris> RdNr. 13).

- 31 Auch das Bundesverwaltungsgericht hat zuletzt festgestellt (Urteil vom 24.11.2010 Az. 8 C 13.09 <juris> RdNrn. 73 ff.), dass der Erlaubnisvorbehalt für die Vermittlung von Sportwetten nach § 4 Abs. 1 Satz 1 GlüStV unabhängig von der Wirksamkeit des staatlichen Sportwettenmonopols besteht und in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AGGlüStV gewährleistet, dass Sportwetten nur durch zuverlässige Personen vermittelt werden, die einen ordnungsgemäßen, den gesetzlichen Vorgaben genügenden Vertrieb der Wettangebote sicherstellen. Weder der Erlaubnisvorbehalt nach § 4 Abs. 1 Satz 1 GlüStV noch die Einschränkung der Vermittlungstätigkeit durch Art. 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AGGlüStV sind nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts (allein) schon wegen der verfassungs- und unionsrechtlichen Bedenken gegen die Ausgestaltung des Sportwettenmonopols im Glücksspielstaatsvertrag unwirksam. Die gegenteilige Auffassung übersehe, dass der Erlaubnisvorbehalt nicht allein dazu diene, das Angebotsmonopol durchzusetzen; vielmehr solle er auch gewährleisten, dass die ordnungsrechtlichen Beschränkungen der Vermittlung beliebiger Angebote beachtet würden (BVerwG vom 24.11.2010 a.a.O. RdNr. 77). Die daraus folgende Beschränkung der Vermittlungstätigkeit ist mit den Grundrechten des Grundgesetzes (Art. 12 Abs. 1 GG bzw. Art. 2 Abs. 1 GG) vereinbar (vgl. BVerwG vom 24.11.2010 a.a.O. RdNrn. 78 ff. und 83 unter Hinweis auf die einschlägige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts).
- 32 Zur Vereinbarkeit des Erlaubnisvorbehalts mit der unionsrechtlichen Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit hat sich das Bundesverwaltungsgericht in der zitierten Entscheidung zwar mangels Entscheidungserheblichkeit im konkreten Fall nicht geäußert (vgl. BVerwG vom 24.11.2010 a.a.O. RdNr. 84). Durchgreifende rechtliche Bedenken vermag der Senat jedoch auch im Hinblick auf die Vereinbarkeit der Erlaubnisregelungen in § 4 Abs. 1 und 2 GlüStV mit den unionsrechtlichen Grundfreiheiten gemäß Art. 56 und 49 AEUV (früher: Art. 49 und 43 EG) nicht zu erkennen. Dass eine solche Erlaubnisregelung eine unter bestimmten Voraussetzungen grundsätzlich mit diesen Grundfreiheiten vereinbare, d.h. auch verhältnismäßige Beschränkung darstellt, hat der EuGH im Rahmen seiner Entscheidung in der Rechtsache Carmen Media (Urteil vom 8.9.2010 Rs. C-46/08 a.a.O. RdNrn. 84 ff.) festgestellt. Die vom EuGH im Rahmen dieses Urteils konkretisierten Anforderungen des Unionsrechts an eine derartige Erlaubnisregelung (vgl. EuGH vom 8.9.2010 Rs. C-

46/08 – Carmen Media – a.a.O. RdNr. 87 f.) sind nach Auffassung des Senats durch die betreffenden Regelungen des Glücksspielstaatsvertrags gewährleistet. Das dort normierte System der vorherigen behördlichen Erlaubnis beruht auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Erlaubniskriterien (s. § 4 GlüStV i.V.m. Art. 2 Abs. 1 und 2 AGGlüStV). Das der zuständigen Erlaubnisbehörde in § 4 GlüStV eingeräumte Ermessen ist auch kein freies Ermessen, sondern vielmehr durch die gesetzgeberischen Ziele des Glücksspielstaatsvertrags (s. § 1 GlüStV), die betroffenen Grundrechte der privaten Bewerber (Art. 12 Abs. 1 GG bzw. Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG) sowie insbesondere den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit begrenzt. Eine den rechtsstaatlichen Anforderungen genügende effektive (verwaltungs-)gerichtliche Kontrolle des den Behörden zukommenden Ermessens ist ebenfalls gewährleistet (in diesem Sinne auch VGH BW vom 20.1.2011 a.a.O., Sächs-OVG vom 4.1.2011 a.a.O. sowie NdsOVG vom 11.11.2010 a.a.O.).

33 Nach alledem wäre § 9 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 Nr. 3 GlüStV als Rechtsgrundlage für die streitbefangene Untersagungsverfügung allenfalls so weit unanwendbar, als diese Befugnisnorm zur Sicherung der unionsrechtswidrigen Monopolbestimmungen des § 10 Abs. 2 und Abs. 5 GlüStV herangezogen und die Untersagungsverfügung allein darauf gestützt würde, dass dem Antragsteller monopolbedingt ohnehin in keinem Fall die erforderliche Erlaubnis für die Vermittlung von Sportwetten privater Wettveranstalter erteilt werden kann. Dagegen kann diese Befugnisnorm auch weiterhin als Grundlage einer Untersagungsverfügung herangezogen werden, wenn bei der Entscheidung allein die gesetzliche Erlaubnispflicht und die Erteilungsvoraussetzungen bzw. Versagungsgründe inmitten stehen. Denn in diesem Fall beruht die Untersagungsverfügung weiterhin tragend auf der zulässigen Annahme, ohne die erforderliche Vermittlungserlaubnis dürften Sportwetten nicht an einen (privaten) Veranstalter vermittelt werden (vgl. NdsOVG vom 10.3.2011 a.a.O. RdNr. 21).

34 2.3. Allerdings darf die Antragsgegnerin dem Antragsteller derzeit nicht allein den Umstand entgegenhalten, dass er (noch) nicht über die nach § 4 Abs. 1 Satz 1 GlüStV erforderliche Erlaubnis zur Vermittlung von Sportwetten an einen privaten Veranstalter verfügt, und die streitbefangene Untersagungsverfügung folglich auch nicht nur mit Blick auf das rein formale Fehlen dieser Erlaubnis aufrecht erhalten (vgl. EuGH vom 8.9.2010 Rs. C-316/07 – Markus Stoß u.a. – a.a.O. RdNr. 115; BVerwG vom 24.11.2010 Az. 8 C 13.09 a.a.O. RdNr. 72). Nichts anderes kann für den Umstand gelten, dass der Antragsteller bisher wohl auch noch keinen Antrag auf Ertei-

lung einer derartigen Erlaubnis gestellt hat. Denn die Beantragung dieser Erlaubnis war bisher vor dem Hintergrund des in § 10 Abs. 2 und 5 GlüStV normierten staatlichen Sportwettenmonopols und des (weiterhin) darauf abstellenden Rechtsstandpunkts der Antragsgegnerin von vornherein aussichtslos. So hat sich die Antragsgegnerin noch im vorliegenden Abänderungsverfahren „nach Maßgabe der bindenden Weisung der Regierung von Oberbayern“ (vgl. S. 4 der Antragserwiderung vom 16.11.2010, Bl. 138 der VGH-Akte; vgl. auch S. 9 (unten) des Schreibens des StMI an die Regierungen vom 27.9.2010 über das weitere Vorgehen nach den Urteilen des EuGH zum deutschen Glücksspielrecht) auf den Standpunkt gestellt, das im Glücksspielstaatsvertrag verankerte Staatsmonopol verstoße weder gegen Verfassungs- noch gegen Unionsrecht und sei deshalb weiter anzuwenden. Lediglich hilfsweise hat sie auf die fehlende Erlaubnis des Antragstellers nach § 4 Abs. 1 Satz 1 GlüStV verwiesen und diesbezüglich ihre Ermessenserwägungen nach § 114 Satz 2 VwGO ergänzt (vgl. Schriftsatz vom 16.11.2010 S. 13, Bl. 147 f. der VGH-Akte). Ein bloßes Abstellen auf die formelle Illegalität einer Vermittlungstätigkeit des Antragstellers ist nach alledem jedenfalls derzeit nicht zulässig. Die Aufrechterhaltung der bisher auf das Fehlen der erforderlichen Erlaubnis gestützten Untersagungsverfügung (§ 9 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 Nr. 3 i.V.m. § 4 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 GlüStV) wäre nicht mehr zu rechtfertigen, wenn dem Antragsteller bei Unanwendbarkeit des staatlichen Sportwettenmonopols auf seinen Antrag hin die nach § 4 Abs. 1 Satz 1 GlüStV erforderliche Erlaubnis voraussichtlich erteilt werden müsste (in diesem Sinne auch SächsOVG vom 4.1.2011 Az. 3 B 507/09; VGH BW vom 20.1.2011 Az. 6 S 1685/10; OVG RhPf vom 8.12.2010 Az. 6 B 1113/10.OVG; OVG Berlin-Bbg vom 26.10.2010 Az. OVG 1 S 154.10; OVG NRW vom 15.11.2010 Az. 4 B 733/10 - allerdings nur als Hilfsbegründung; NdsOVG vom 10.3.2011 Az. 11 MC 13/11 – alle <juris>).

- 35 Die danach hier entscheidungserhebliche Frage, ob dem Antragsteller auf seinen Antrag hin die nach § 4 Abs. 1 Satz 1 GlüStV erforderliche Erlaubnis voraussichtlich erteilt werden müsste, weil die Erteilungsvoraussetzungen vorliegen, sieht der Senat im maßgeblichen Entscheidungszeitpunkt als (noch) offen an. Eine (inzidente) abschließende tatsächliche und rechtliche Prüfung und Beurteilung dieser Frage im vorliegenden Abänderungsverfahren nach § 80 Abs. 7 Satz 2 VwGO ist weder durch Art. 19 Abs. 4 GG (Gebot eines effektiven (Eil-)Rechtsschutzes) geboten noch angesichts der komplexen Erlaubnisvoraussetzungen und des der Behörde eingeräumten Ermessens dem Senat im Rahmen der summarischen Prüfung (der Erfolgsaussichten der Anfechtungsklage des Antragstellers) möglich. Mit den gesetzlichen Rege-

lungen zur Erlaubnispflicht sowie zu den Erlaubnisvoraussetzungen in den §§ 4, 9 Abs. 4, 21 GlüStV und Art. 2 AGGlüStV besteht jedoch ein den rechtsstaatlichen Anforderungen an die Normklarheit und Justitiabilität hinreichend genügendes Prüfprogramm, aus dem sich ausreichende objektive Zulassungskriterien gewinnen und eine willkürliche Handhabung durch die zuständige Behörde (und die Gerichte) ausschließen lassen. Die betreffenden Erlaubnisvoraussetzungen sind geeignet, den im Glücksspielstaatsvertrag verfolgten Gemeinwohlzielen (insbesondere der Suchtprävention sowie des Spieler- und Jugendschutzes, vgl. § 1 GlüStV) zu dienen. Sie genügen dem Erforderlichkeitsgrundsatz und sind auch unter Berücksichtigung der Schwere des Eingriffs in die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) nicht übermäßig belastend und damit verhältnismäßig im engeren Sinn (vgl. dazu im Einzelnen BVerfG vom 14.10.2008 Az. 1 BvR 928/08 <juris>).

36 Der Senat geht auch davon aus, dass im Fall eines Erlaubnisanspruchs durch den Antragsteller dessen zeitnahe Prüfung durch die dafür zuständige Behörde (Regierung von Oberpfalz) möglich ist; entsprechende „Checklisten“ für das Antragsverfahren sind nach Kenntnis des Senats durch die Behörde bereits erarbeitet worden. Einer Ermessensausübung der Erlaubnisbehörde, die geeignet wäre, den betroffenen unionsrechtlichen Grundfreiheiten letztlich ihre praktische Wirksamkeit zu nehmen (vgl. dazu EuGH vom 8.9.2010 Rs. C-46/08 – Carmen Media – a.a.O. RdNr. 86), kann durch die richterliche Ermessenskontrolle wirksam begegnet werden. Auch an der Vereinbarkeit der genannten Erlaubnisvoraussetzungen des Glücksspielstaatsvertrags und des dazugehörigen bayerischen Ausführungsgesetzes mit den betroffenen unionsrechtlichen Grundfreiheiten – der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 und 49 AEUV) – bestehen nach alledem nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs keine durchgreifenden Bedenken.

37 Der Senat weist in diesem Zusammenhang im Übrigen noch darauf hin, dass rechtliche Bedenken bestehen, ob die Antragsgegnerin bei ihren Ermessenserwägungen im Rahmen des § 9 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 Nr. 3 GlüStV angesichts der zahlreichen bisher umstrittenen und ungeklärten Rechtsfragen im Zusammenhang mit den Regelungen des Glücksspielstaatsvertrags dem Antragsteller aktuell entscheidend entgegenhalten kann, dass auch sein Sportwettenveranstalter, die Firma *** in Gibraltar, bis jetzt über keine in Bayern gültige Erlaubnis verfügt und eine solche wohl auch noch nicht beantragt hat. Ebenso wenig dürfte dies bereits ausreichen, um die Unzuverlässigkeit des Sportwettenanbieters anzunehmen und schon deshalb die Er-

teilung einer Vermittlungserlaubnis für den Antragsteller auszuschließen. Auch dem von der Antragsgegnerin noch geltend gemachten Umstand, dass der Sportwettenveranstalter, die Firma ***, (wohl) unter anderem auch Livewetten anbietet und gegen das Internetverbot des § 4 Abs. 4 GlüStV verstoßen hat, misst der Senat derzeit (noch) keine ausschlaggebende Bedeutung zu (so aber z.B. SächsOVG vom 4.1.2011 Az. 3 B 507/09; OVG RhPf vom 8.12.2010 Az. 6 B 1113/10.OVG; NdsOVG vom 11.11.2010 Az. 11 MC 429/10). Denn mit der festgestellten Unanwendbarkeit des staatlichen Sportwettenmonopols und der (effektiven) Möglichkeit, eine erforderliche Erlaubnis nach § 4 Abs. 1 GlüStV zu beantragen, dürfte insoweit eine entscheidende Zäsur vorliegen.

- 38 2.4. Nachdem – wie dargelegt – derzeit nicht abschließend beurteilt werden kann, ob der Antragsteller die Voraussetzungen für die Erteilung der erforderlichen Erlaubnis zur Vermittlung von Sportwetten an einen privaten Sportwettenveranstalter erfüllt und der Ausgang des Hauptsacheverfahrens (Anfechtungsklage des Antragstellers) damit als offen anzusehen ist, ist im Abänderungsverfahren aufgrund einer von der Beurteilung der Hauptsache unabhängigen reinen Interessenabwägung zu entscheiden.
- 39 Diese Interessenabwägung geht im vorliegenden Fall zulasten des Antragstellers aus. Denn die von ihm beantragte Aussetzungsentscheidung hätte zur Folge, dass er bis zur endgültigen Klärung der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Untersagungsverfügung der Antragsgegnerin die ihm untersagten Tätigkeiten wieder aufnehmen dürfte. Dies würde jedoch den gesetzgeberischen Zielen gemäß § 1 GlüStV, das Glücksspielangebot zu begrenzen und den Spieltrieb der Bevölkerung in geordnete und vor allem überwachte Bahnen zu lenken, um so auch eine wirksame Suchtprävention und –bekämpfung zu gewährleisten, zuwiderlaufen. Weiterhin wäre zu befürchten, dass sich private Sportwettenangebote ohne präventive behördliche Kontrolle zunächst ungehindert entwickeln und bis zur endgültigen Klärung der aufgezeigten noch offenen Rechtsfragen entsprechend verfestigen könnten (vgl. dazu auch OVG Berlin-Bbg vom 26.10.2010 Az. OVG I S. 154.10). Bei dieser Interessenabwägung ist weiter von Bedeutung, dass der Gesetzgeber selbst in § 9 Abs. 2 GlüStV die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Klage gegen Anordnungen nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 GlüStV ausgeschlossen hat. Demgegenüber sind die wirtschaftlichen Interessen des Antragstellers, einstweilen bis zur Entscheidung des Hauptsacheverfahrens seine beanstandeten Tätigkeiten wieder aufzunehmen, als weniger gewichtig anzusehen.

