

Gericht: VGH
Aktenzeichen: 10 BV 10.2505
Sachgebietsschlüssel: 570

Rechtsquellen:

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

Hauptpunkte:

Vermittlung von Sportwetten;
Untersagungsverfügung;
maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit;
Dauerverwaltungsakt;
Erledigung des Unterlassungsgebots für vergangene Zeiträume;
staatliches Sportwettenmonopol;
unionsrechtlicher Anwendungsvorrang der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit;
Anforderungen des unionsrechtlichen Kohärenzgebots;
widersprüchliches Schutzkonzept;
Fortgeltung des glücksspielrechtlichen Erlaubnisvorbehalts;
Nachschieben von Ermessenserwägungen;
Wesensveränderung des ursprünglichen Verwaltungsaktes

Leitsätze:

1. Eine von der Behörde auf § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 GlüStV gestützte Untersagungsverfügung ist rechtswidrig und ermessensfehlerhaft, soweit sie auf die unionsrechtswidrigen Staatsmonopolbestimmungen des § 10 Abs. 2 und 5 GlüStV und die danach generell fehlende Erlaubnisfähigkeit der Vermittlung von Sportwetten privater Wettveranstalter gestützt ist.

2. Eine solche Untersagungsverfügung kann nicht mit der im Berufungsverfahren nachgeschobenen Begründung aufrechterhalten werden, der Betroffene besitze derzeit die nach § 4 Abs. 1 GlüStV erforderliche Erlaubnis für die Vermittlung von Sportwetten nicht und könne sie wegen bestehender bzw. vermutlicher Verstöße gegen materielle Erlaubnisvoraussetzungen auch gar nicht erhalten.

3. Einer derartigen Ergänzung der Ermessenserwägungen durch die Behörde im verwaltungsgerichtlichen Verfahren steht insbesondere die prozessrechtliche Nachbeserungsgrenze des § 114 Satz 2 VwGO entgegen (Anschluss an BVerwG vom 11.7.2011 Az. 8 C 11.10 <juris>).

Urteil des 10. Senats vom 12. Januar 2012

(VG München, Entscheidung vom 31. Juli 2008, Az.: M 22 K 07.1080)

10 BV 10.2505
M 22 K 07.1080

*Großes Staats-
wappen*

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

Im Namen des Volkes

In der Verwaltungsstreitsache

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

- Kläger -

bevollmächtigt:

Rechtsanwälte *****

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

gegen

Landeshauptstadt München,

vertreten durch den Oberbürgermeister,

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

- Beklagte -

beteiligt:

Landesrechtsanwaltschaft Bayern

als Vertreter des öffentlichen Interesses,

Ludwigstr. 23, 80539 München,

wegen

Vermittlung von Sportwetten;

hier: Berufung des Klägers gegen das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichts

München vom 31. Juli 2008,

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 10. Senat,

durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Senftl,
die Richterin am Verwaltungsgerichtshof Eich,
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Martini

ohne weitere mündliche Verhandlung am **12. Januar 2012**
folgendes

Urteil:

- I. Unter Abänderung des Urteils des Bayerischen Verwaltungsgerichts München vom 31. Juli 2008 wird der Bescheid der Beklagten vom 19. Juli 2004 in Gestalt des Widerspruchsbescheids der Regierung von Oberbayern vom 18. Januar 2005 sowie des Bescheids der Beklagten vom 20. April 2006 und des Widerspruchsbescheids der Regierung von Oberbayern vom 12. März 2008 aufgehoben.
- II. Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für das Vorverfahren wird für notwendig erklärt.
- III. Das Urteil ist im Kostenpunkt vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe des zu vollstreckenden Betrags abwenden, wenn nicht der Kläger vorher Sicherheit in gleicher Höhe leistet.
- IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

- 1 Der Kläger wendet sich gegen die Untersagung der Annahme, Vermittlung und Veranstaltung von Sportwetten.
- 2 Mit Bescheid vom 19. Juli 2004 untersagte die Beklagte dem Kläger, einem italienischen Staatsangehörigen, die Annahme, Vermittlung und Veranstaltung von Sportwetten ohne die erforderliche Erlaubnis (bezogen auf dessen Betriebsstätte Berg-

am-Laim-Straße 64 im Stadtgebiet der Beklagten) und ordnete die Einstellung dieser Tätigkeiten mit Ablauf des Tages der Zustellung des Bescheids an (Nrn. 1. und 2. des Bescheids). Nach der Zurückweisung seines Widerspruchs gegen diesen Bescheid durch Widerspruchsbescheid der Regierung von Oberbayern vom 18. Januar 2005 erhob der Kläger Klage zum Verwaltungsgericht.

- 3 Nachdem die Beklagte im Hinblick auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgericht zunächst von einer Vollstreckung ihrer Anordnung abgesehen hatte, erklärte sie unter Hinweis auf die inzwischen 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 Klägers durch unmittelbaren Zwang an. Der dagegen gerichtete Eilantrag des Klägers gemäß § 80 Abs. 5 VwGO blieb ohne Erfolg (Beschluss d. VG München vom 22.8.2006 Az. M 22 S 06.2336 und Beschluss d. BayVGH vom 6.12.2006 Az. 24 CS 06.2460).
- 4 Mit den im vorliegenden Verfahren nicht streitgegenständlichen Bescheiden vom 4. Oktober und 13. Oktober 2006 untersagte die Beklagte dem Kläger die Annahme, Vermittlung und Veranstaltung von Sportwetten in weiteren Betriebsstätten im Stadtgebiet und forderte ihn zur Einstellung dieser Tätigkeiten auf. Auch dagegen legte der Kläger jeweils Widerspruch ein.
- 5 Mit Widerspruchsbescheid vom 12. März 2008 wies die Regierung von Oberbayern die Widersprüche des Klägers gegen die Bescheide der Beklagten vom 20. April, 4. Oktober und 13. Oktober 2006 zurück, da die Untersagung der Annahme, Vermittlung und Veranstaltung von Sportwetten sowohl nach der bis zum 31. Dezember 2007 bestehenden Rechtslage (mit einem uneingeschränkten Verbot der privaten Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten) als auch nach den Regelungen des am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Glücksspielstaatsvertrags (im Hinblick auf das staatliche Sportwettenmonopol gemäß § 10 Abs. 2 und 5 GlüStV) rechtmäßig sei.
- 6 Die Anfechtungsklage des Klägers mit dem Antrag, den Bescheid der Beklagten vom 19. Juli 2004 in Gestalt des Widerspruchsbescheids der Regierung von Oberbayern vom 18. Januar 2005 in der Form des Bescheids der Beklagten 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

abgewiesen. Bei der angefochtenen Untersagungsverfügung 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 in Verbindung mit § 284 StGB gestützte Verfügung sei auch nach Inkrafttreten des Glücksspielstaatsvertrags (GlüStV) auf der Grundlage des § 9 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 Nr. 3 GlüStV weiterhin rechtmäßig. Der Kläger 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. 2 und Abs. 5 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 anerkannt. Die Untersagungsverfügung bestehe deshalb nach wie vor zu Recht. Auf die von Seiten des Klägers vorgebrachten verfassungs- und gemeinschaftsrechtlichen Bedenken insbesondere gegen das im Sportwettenbereich bestehende Staatsmonopol komme es danach nicht entscheidungserheblich an.

- 7 Gegen dieses Urteil hat der Kläger die vom Erstgericht zugelassene Berufung mit der Begründung eingelegt, 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 vom 20. April 2006 sei insoweit nicht ausreichend. Die Untersagungsanordnung 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 Europäischen Gerichtshofs. 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 Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit vor. Aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts müssten die entgegenstehenden nationalen Bestimmungen in ihrer Anwendung zurücktreten.

8 Der Kläger beantragt,

9 unter Abänderung des Urteils des Verwaltungsgerichts München vom
31. Juli 2008 den Bescheid der Beklagten vom 19. Juli 2004 in Gestalt
des Widerspruchsbescheids der Regierung von Oberbayern vom
18. Januar 2005 sowie des Bescheids der Beklagten vom 20. April 2006
und des Widerspruchsbescheids der Regierung von Oberbayern vom
12. März 2008 aufzuheben.

10 Hilfsweise:

11 Es wird festgestellt, dass die Untersagungsverfügung gemäß den o.g.
Bescheiden bis zum Zeitpunkt des Nachschiebens der Ermessenserwä-
gungen mit Schriftsatz der Beklagten vom 23. Mai 2011 rechtswidrig war.

12 Weiter hilfsweise:

13 Es wird festgestellt, dass die Untersagungsverfügung gemäß den o.g.
Bescheiden bis 31. Dezember 2007 rechtswidrig war.

14 Die Beklagte beantragt,

15 die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

16 Zur Begründung wird ausgeführt, der Kläger verfüge über keine Erlaubnis zur Ver-
mittlung von Sportwetten und habe bisher auch keinen Antrag auf Erteilung einer
derartigen Erlaubnis gestellt. Die streitbefangene Verfügung erweise sich somit be-
reits aufgrund formeller Illegalität der Tätigkeit als rechtmäßig. Ein Antrag auf Ertei-
lung einer Erlaubnis zur Vermittlung von Sportwetten bei der dafür zuständigen Be-
hörde sei auch nicht von vorneherein aussichtslos. Demgemäß müsse sich der Klä-
ger die formelle Illegalität nunmehr entgegenhalten lassen; dies sei weder unverhält-
nismäßig noch ermessensfehlerhaft. Im Fall des Klägers lägen keine hinreichenden
Angaben vor, die darauf schließen ließen, dass die Erlaubnisvoraussetzungen erfüllt
seien. Die Beklagte sei im Übrigen nicht die Erlaubnisbehörde und könne daher auch
nicht abschließend beurteilen, ob dem Kläger eine Vermittlungserlaubnis erteilt wer-
den müsste. Demgemäß würden die im angefochtenen Bescheid dargelegten Er-
messenserwägungen gemäß § 114 Satz 2 VwGO wie folgt ergänzt: Zu Lasten des
Klägers sei zu berücksichtigen, dass er die erforderliche Vermittlungserlaubnis nicht
beantragt habe. Zudem fehlten hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass seine Tätig-
keit genehmigungsfähig wäre. So sei nicht ersichtlich, wie der Kläger die Vorschriften
zum Jugendschutz nach § 4 Abs. 3 GlüStV und zur Spielersperre nach § 21 Abs. 3

GlüStV einhalten würde. Auch das erforderliche Sozialkonzept nach § 6 GlüStV sei nach Kenntnis der Beklagten nicht vorhanden. Zudem vermittele der Kläger an einen lediglich im Ausland lizenzierten Wettveranstalter, dem (ebenfalls) eine in Bayern gültige Erlaubnis fehle. Dieser Wettveranstalter biete im Übrigen unzulässige Live-wetten an und verstoße gegen das Internetverbot nach § 4 Abs. 4 GlüStV. Unter Abwägung aller Interessen überwiege somit der Schutz der Allgemeinheit vor Suchtgefahren; es verbleibe daher bei der verfügten Untersagungsanordnung.

- 17 Der am Verfahren beteiligte Vertreter des öffentlichen Interesses macht - ohne eigene Antragstellung - geltend, die angefochtene Untersagungsverfügung sei sowohl zum hier maßgeblichen Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung als auch mit Blick auf den Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung als rechtmäßig anzusehen. Der Kläger habe bei der dafür zuständigen Behörde bisher noch keinen Antrag auf Erteilung einer Erlaubnis zur Vermittlung von Sportwetten gestellt und demgemäß zur Sicherstellung der Erlaubnisvoraussetzungen überhaupt nichts vorgebracht. Der Wettveranstalter des Klägers habe zwar einen Antrag auf eine Veranstaltererlaubnis gestellt. Dieser sei jedoch zwischenzeitlich durch die dafür zuständige Regierung der Oberpfalz mit (noch nicht bestandskräftigem) Bescheid vom 27. Juli 2011 abgelehnt worden. Der Ermessensentscheidung der Beklagten habe im Übrigen von Anfang an die übergeordnete Zielsetzung zugrunde gelegen, den Schutz potentieller Spieler vor im Hinblick auf die Spielsucht gefährlichen Angeboten, die wirksame Überwachung der Einhaltung des Jugendschutzes und den Schutz vor betrügerischen Veranstaltungen durch ein repressives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt zu gewährleisten. Das Sportwettenmonopol sei insofern lediglich als ein Instrument zur Zielverfolgung bei der Ermessensausübung herangezogen worden. Das Heranziehen monopolunabhängiger, dem Spieler- und Jugendschutz dienender ordnungsrechtlicher Anforderungen des Glücksspielstaatsvertrags konkretisiere daher nur die von Anfang an vorhandene übergeordnete Zielsetzung. Von einem völligen Auswechseln von Ermessenserwägungen im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts könne somit keine Rede sein. Überdies würde sich das (nunmehrige) Abstellen auf die sonstigen Erlaubnisvoraussetzungen - bei unterstelltem Verstoß des Sportwettenmonopols gegen Grundfreiheiten - letztlich als Konsequenz einer Rechtsprechungsänderung aufgrund von höherrangigem Unionsrecht darstellen. In derartigen Fällen habe der 1. Senat des Bundesverwaltungsgerichts jedoch gerade eine Ermessensergänzung nach § 114 Satz 2 VwGO als zulässig und geboten angesehen. Nach den vom Bundesverwaltungsgericht in seinen jüngsten Urteilen

vom 1. Juni 2011 entwickelten Grundsätzen zur Auslegung und Anwendung des unionsrechtlichen Kohärenzgebots dürfe sich die Kohärenzprüfung nicht darin erschöpfen festzustellen, ob in anderen Glücksspielsektoren tatsächlich eine Expansion stattgefunden habe. Vielmehr sei in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob diese etwaige Expansion dazu führe, dass Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit wie das staatliche Monopol für Lotterien und Wetten zur Verwirklichung der in § 1 GlüStV genannten Ziele tatsächlich nicht beitragen könnten und so ihre Eignung zur Zielerreichung aufgehoben werde. Für den Bereich der gewerblichen Spiele nach §§ 33c ff. GewO ließen sich unter Berücksichtigung der zahlreichen Einschränkungen und spielerenschutzrechtlichen Zielvorgaben der gewerblichen Regelungen insbesondere auch in der Spielverordnung bereits ein aktives Zuwiderhandeln der Politik gegen die mit dem Sportwettenmonopol verfolgten Ziele oder ein Dulden systematischer Zuwiderhandlungen im Verwaltungsvollzug nicht feststellen. Erst recht könne nicht festgestellt werden, dass infolge der Entwicklung im Bereich des Automatenspiels das staatliche Wettmonopol seine Eignung zur Erreichung des legitimen Ziels der Spielsuchtbekämpfung verloren habe.

- 18 Einen unter Hinweis auf die nunmehr zum deutschen Glücksspielrecht vorliegenden EuGH-Entscheidungen vom 8. September 2010 gestellten Antrag des Klägers nach § 80 Abs. 7 VwGO hat der Senat mit Beschluss vom 21. März 2011 (Az. 10 AS 10.2499) abgelehnt. Auf die Gründe dieser Entscheidung wird Bezug genommen.
- 19 Nach eingehender Erörterung der Sach- und Rechtslage in der mündlichen Verhandlung vom 11. Juli 2011, auf deren Niederschrift Bezug genommen wird, haben die Beteiligten jeweils noch ergänzend zu den aufgeworfenen Fragen Stellung genommen und einer Fortsetzung des Berufungsverfahrens im schriftlichen Verfahren zugestimmt.
- 20 Auf das Hinweisschreiben des Verwaltungsgerichtshofs vom 6. Dezember 2011 hat der Kläger mit Schriftsatz seiner Bevollmächtigten vom 19. Dezember 2011 mitgeteilt, er gehe bei seinen Klageanträgen davon aus, dass eine Entscheidung des Gerichts ergehe, die sich allein auf die aktuelle Rechtslage beziehe und insoweit keine Feststellungen dahingehend enthalte, ob die angefochtene Untersagungsverfügung zu einem früheren Zeitraum rechtmäßig gewesen sei. Einer Entscheidung über die gestellten Hilfsanträge bedürfe es demgemäß nicht, wenn der Senat aufgrund der gegenwärtigen Sach- und Rechtslage dem Hauptantrag stattgeben sollte.

- 21 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Behördenakten sowie der Gerichtsakten beider Instanzen mit dem umfangreichen Vorbringen der Beteiligten verwiesen.

Entscheidungsgründe:

- 22 Die zulässige Berufung ist begründet. Das angefochtene Urteil des Verwaltungsgerichts ist abzuändern. Denn die auf Aufhebung der Untersagungsverfügung (zusammen mit der gleichzeitigen Einstellungsverfügung) der Beklagten für die Zukunft gerichtete Anfechtungsklage des Klägers ist zulässig und begründet.
- 23 1. Da sich die streitbefangene Untersagungsverfügung (mit der damit verbundenen Einstellungsverfügung, der insoweit aber kein weitergehender oder eigenständiger Regelungsgehalt zukommt) als Unterlassungsgebot durch Zeitablauf für die jeweils zurückliegenden Zeiträume erledigt hat (s. Art. 43 Abs. 2 BayVwVfG), wäre ein Anfechtungsantrag des Klägers, soweit er die Betriebsuntersagung (und -einstellung) für die Vergangenheit beträfe, unzulässig.
- 24 Dem hat der Kläger durch die zuletzt mit Schriftsatz vom 19. Dezember 2011 vorgenommene nochmalige Klarstellung seines Klagebegehrens Rechnung getragen und eine Aufhebung des Unterlassungsgebots (Verwaltungsakts) aufgrund einer Beurteilung der gegenwärtigen Sach- und Rechtslage und damit bei sachgerechter Auslegung (§§ 86 Abs. 3, 88 VwGO) allein mit Wirkung für die Zukunft (ex nunc) beantragt. Dass der Kläger darüber hinaus keine Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Maßnahme für die Vergangenheit begehrt (hat), ergibt sich letztlich auch aus seinen nur hilfsweise, d.h. für den Fall des Misserfolgs des Hauptantrags (eventuale Klagehäufung), in der mündlichen Verhandlung gestellten Hilfsanträgen. Im dargelegten Umfang ist seine Anfechtungsklage statthaft sowie auch sonst zulässig und begründet. Denn das angefochtene Unterlassungsgebot ist zum hier maßgeblichen Zeitpunkt der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

- 25 2. Gegenstand der Anfechtungsklage des Klägers ist die nach wie vor wirksame Untersagungsverfügung der Beklagten vom 19. Juli 2004 bezüglich der Annahme, Vermittlung und Veranstaltung von Sportwetten ohne die erforderliche Erlaubnis (nur) für die Betriebsstätte in der Berg-am-Laim-Straße 64 in München. Mit dem nachfolgenden Bescheid vom 20. April 2006 hat die Beklagte diese 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. BayVGH vom 21.3.2011 Az. 10 AS 10.2499 <juris> RdNr. 21; BVerfG vom 22.11.2007 NVwZ 2008, 301/303). Dies hat die Beklagte in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nochmals ausdrücklich bestätigt (vgl. S. 2 f. der Sitzungsniederschrift vom 11.7.2011, Bl. 116 f. der VGH-Akte). Diese Untersagungsverfügung hat sich auch nicht durch die Bescheide der Beklagten vom 4. Oktober 2006 und 13. Oktober 2006 erledigt, weil dort jeweils andere Betriebsstätten des Klägers im Stadtgebiet der Beklagten betroffen waren.
- 26 2.1. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der als Dauerverwaltungsakt zu qualifizierenden Untersagungsverfügung ist der Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts (st. Rspr. d. Senats; vgl. BayVGH vom 18.12.2008 Az. 10 BV 07.558 <juris> RdNrn. 21 und 38; vom 21.3.2011 Az. 10 AS 10.2499 <juris> RdNr. 22; vgl. auch BVerfG vom 20.3.2009 NVwZ 2009, 1221/1223 RdNr. 22; BVerwG vom 24.11.2010 Az. 8 C 13.09 <juris> RdNr. 21 sowie zuletzt vom 11.7.2011 Az. 8 C 11.10 <juris> RdNr. 17).
- 27 Die Untersagungsverfügung weist als Unterlassungsgebot einen fortwährenden Regelungsgehalt dergestalt auf, dass sie so wirkt, wie wenn sie immer zu jedem Zeitpunkt neu erlassen werden würde und somit laufend das Rechtsverhältnis konkretisiert (vgl. Wolff in Posser/Wolff, VwGO, Kommentar, § 113 RdNr. 116). Bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit derartiger Dauerverwaltungsakte ist die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung bzw. der Entscheidung des Gerichts dann zu berücksichtigen, wenn wie hier das materielle Recht - vorliegend die Bestimmungen des Glücksspielstaatsvertrags und die dazu ergangenen bayerischen Ausführungsbestimmungen - nicht die Maßgeblichkeit eines anderen Zeitpunkts bestimmt (vgl. BayVGH vom 18.12.2008 Az. 10 BV 07.558 <juris> RdNr. 21; BVerwG vom 24.11.2010 Az. 8 C 15.09 <juris> RdNr. 21 sowie zuletzt vom 11.7.2011 Az. 8 C 11.10 <juris> RdNr. 17 jeweils m.w.N.).

- 28 2.2. Die Aufrechterhaltung der streitbefangenen Untersagungsverfügung (als Unterlassungsgebot) erweist sich zum maßgeblichen Zeitpunkt der Entscheidung des Senats als rechtswidrig.
- 29 2.2.1. Rechtsgrundlage für die Untersagungsverfügung ist seit dem Inkrafttreten des Glücksspielstaatsvertrags am 1. Januar 2008 § 9 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 Nr. 3 GlüStV. Dieser Staatsvertrag tritt zwar gemäß § 28 Abs. 1 Satz 1 GlüStV mit Ablauf des vierten Jahres nach seinem Inkrafttreten und damit zum 31. Dezember 2011 außer Kraft. Gemäß Art. 10 Abs. 2 AGGlüStV bleiben die Regelungen des Glücksspielstaatsvertrags (mit Ausnahme der §§ 26, 28 und 29) bis zum Inkrafttreten des neuen Staatsvertrages als Landesgesetz in Kraft. Nach dieser glücksspielstaatsvertraglichen Befugnis kann die zuständige Behörde die Veranstaltung, Durchführung und Vermittlung unerlaubter Glücksspiele (und die Werbung hierfür) untersagen. Die vom Kläger 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 Kläger nicht. Die seinem Sportwettenveranstalter, (zunächst) der Firma International Betting Association Ltd. mit Sitz in Gibraltar und später der Firma IBA Entertainment Ltd. in Malta für die Veranstaltung von Sportwetten von den dortigen staatlichen Stellen erteilte (ausländische) Konzession ersetzt die für die Tätigkeit des Klägers notwendige Erlaubnis durch die bayerischen Behörden nicht (vgl. BayVGH vom 18.12.2008 Az. 10 BV 07.558 <juris> RdNrn. 30 ff. sowie vom 21.3.2011 Az. 10 AS 10.2499 <juris> RdNr. 23; BVerwG vom 24.11.2010 Az. 8 C 15.09 <juris> RdNr. 21; EuGH vom 8.9.2010 Rs. C-316/07 u.a. - Markus Stoß u.a. - <juris> RdNrn. 110 ff.). Denn einer ausländischen Konzession kommt auch aus europa- bzw. unionsrechtlichen Gründen keine entsprechende „Legalisierungswirkung“ zu. Angesichts des Wertungsspielraums der Mitgliedstaaten der Europäischen Union bei der nach ihrer eigenen Wertordnung vorzunehmenden Festlegung des Schutzniveaus (bezüglich der Bekämpfung der Spielsucht, der Begrenzung des Glücksspielangebots und der Vermeidung übermäßiger Ausgaben für das Spielen) und in Ermangelung jeglicher Harmonisierung des betreffenden Gebiets auf Gemeinschaftsebene kann es beim gegenwärtigen Stand des Unionsrechts keine Verpflichtung zur gegenseitigen Anerkennung der von den verschiedenen Mitgliedstaaten erteilten Erlaubnisse geben. Vielmehr bleibt jeder Mitgliedstaat berechtigt, die Möglichkeit, dem Verbraucher in seinem Hoheitsgebiet Glücksspiele anzubieten, für

alle daran interessierten Veranstalter vom Besitz einer von seinen zuständigen Behörden erteilten Erlaubnis abhängig zu machen, ohne dass der Umstand, dass ein bestimmter Veranstalter bereits über eine in einem anderen Mitgliedstaat erteilte Erlaubnis verfügt, dem entgegenstehen kann (EuGH vom 8.9.2010 Rs. C-316/07 u.a. - Markus Stoß u.a. - <juris> RdNrn. 111 f.; vgl. auch BayVGH zuletzt vom 20.9.2011 Az. 10 BV 10.2449 <juris> RdNr. 16 m.w. Rspr.-nachweisen).

- 30 2.2.2. Die Erteilung einer Erlaubnis an den Kläger für die Vermittlung nicht erlaubter privater Wettangebote (d.h. solche außerhalb des staatlichen Sportwettenmonopols) ist zwar gemäß § 4 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 10 Abs. 2 und Abs. 5 GlüStV verboten. Dem durch diese Vorschriften in Bayern statuierten Veranstaltungsmonopol für Sportwetten und der dadurch bedingten Einschränkung der Vermittlungstätigkeit des Klägers steht jedoch höherrangiges Recht entgegen.
- 31 2.2.2.1. 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 jeweils <juris>) aufgeworfene und noch nicht abschließend entschiedene Frage, ob nicht infolge einer in Bayern noch bestehenden unzulässigen Werbepaxis der staatlichen Monopolträger ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Berufswahlfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) besteht (vgl. dazu zuletzt auch BVerwG vom 11.7.2011 Az. 8 C 11.10 <juris> RdNrn. 21 und 24 ff.), sieht der Senat nach wie vor (vgl. BayVGH vom 21.3.2011 Az. 10 AS 10.2499 <juris> RdNr. 24) wegen des hier greifenden unionsrechtlichen Anwendungsvorrangs als nicht entscheidungserheblich an. Auch aus Art. 100 GG ergibt sich insoweit kein Vorrang der Prüfung der Vereinbarkeit der betreffenden Regelungen des Glücksspielstaatsvertrags mit Verfassungsrecht.
- 32 Zutreffend ist zwar, dass für den Fall, dass in einem erheblichen Maß und Umfang unzulässige Werbung durch den Monopolträger im Sportwettenbereich tatsächlich betrieben und von den Überwachungsbehörden nicht konsequent verfolgt und unterbunden wird, sich für das zur Entscheidung berufene Gericht mit Blick auf das Grundrecht der Berufsfreiheit die Frage der Verhältnismäßigkeit und damit Verfassungsmäßigkeit der zugrunde liegenden Regelungen (des staatlichen Sportwettenmonopols) stellt und dann eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 GG in Betracht kommt (vgl. BVerwG vom 11.7.2011 Az. 8 C 11.10 <juris> RdNr. 51 und Anm. von Deiseroth, jurisPR-BVerwG 18/2011 Anm. 2, D. S. 6). Eine

solche Vorlage setzt aber gemäß Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG voraus, dass die Endentscheidung des Gerichts von der Gültigkeit des für verfassungswidrig gehaltenen Gesetzes abhängt, also die Entscheidung der verfassungsrechtlichen Frage zur abschließenden Beurteilung des konkreten gerichtlichen Verfahrens unerlässlich ist (vgl. Leibholz/Rinck, GG - Kommentar, Stand: September 2010, Art. 100 RdNr. 186 mit Rspr.-nachweisen). Wenn feststeht, dass ein Gesetz unionsrechtswidrig ist und deshalb wegen des Anwendungsvorrangs im konkreten Fall nicht angewandt werden darf, ist das betreffende Gesetz nicht mehr entscheidungserheblich im Sinne von Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG (vgl. BVerfG vom 11.7.2006 Az. 1 BvL 4/00 <juris> RdNr. 52). Ist die gemeinschaftsrechtliche (jetzt: unionsrechtliche) und verfassungsrechtliche Rechtslage strittig, gibt es hingegen aus Sicht des deutschen Verfassungsrechts keine feste Rangfolge unter den vom Fachgericht gegebenenfalls einzuleitenden Zwischenverfahren nach Art. 234 Abs. 2, 3 EG (jetzt: Art. 267 Abs. 2, 3 AEUV) und Art. 100 Abs. 1 GG (vgl. BVerfG vom 11.7.2006 a.a.O.).

- 33 2.2.2.2. Wie schon in seiner das Eilverfahren des Klägers nach § 80 Abs. 7 VwGO betreffenden Entscheidung (vgl. BayVGH vom 21.3.2011 Az. 10 AS 10.2499 <juris>) geht der Senat unter Zugrundelegung der einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union und des Bundesverwaltungsgerichts weiter davon aus, dass die das staatliche Sportwettenmonopol normierenden Bestimmungen (§ 10 Abs. 2 und 5 GlüStV) nicht den Anforderungen der Geeignetheit und Kohärenz einer (zulässigen) Beschränkung der unionsrechtlichen Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit (Art. 56 und 49 AEUV) genügen und daher mit der Folge des Anwendungsvorrangs gegen diese Grundfreiheiten verstoßen. Durchgreifende Zweifel hinsichtlich der richtigen Beantwortung dieser Frage hat der Senat unter Berücksichtigung der vorliegenden Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Auslegung dieser Grundfreiheiten nicht, so dass er von einer Vorlage dieser Frage an den Gerichtshof zur Entscheidung gemäß Art. 267 Abs. 2 AEUV absieht. Eine Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV besteht für den Verwaltungsgerichtshof insoweit ohnehin nicht.
- 34 Der Kläger unterfällt als Unionsbürger (s. Art. 20 Abs. 1 und 2 AEUV) in sachlicher und persönlicher Hinsicht dem Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV). Der durch die angeführten Bestimmungen des GlüStV normierte Ausschluss einer Erlaubnis zur Vermittlung von Sportwetten an private Wettanbieter - auch - in anderen Mitgliedstaaten stellt eine rechtfertigungsbedürftige Beschränkung dieser Grundfreiheit dar (st. Rspr.; vgl. zuletzt BVerwG vom 11.7.2011 Az. 8 C 11.10

<juris> RdNr. 38; EuGH vom 15.9.2011 Rs. C-347/09 - J. Dickinger und F. Ömer - RdNr. 41). Eine solche Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs kann jedoch im Rahmen der Ausnahmeregelungen, die in den nach Art. 62 AEUV auf diesem Gebiet anwendbaren Art. 51 und 52 AEUV ausdrücklich vorgesehen sind, zulässig oder gemäß der Rechtsprechung des Gerichtshofs aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein (st. Rspr.; vgl. zuletzt EuGH vom 15.9.2011 Rs. C-347/09 RdNr. 42).

35 Weiter steht fest, dass die in § 1 GlüStV aufgeführten Ziele (insbesondere der Suchtbekämpfung und des Jugendschutzes) zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gehören, die solche Eingriffe in den freien Dienstleistungsverkehr rechtfertigen können (EuGH vom 8.9.2010 Rs. C - 316/07 u.a. - Markus Stoß u.a. - RdNr. 74 sowie vom 15.9.2011 Rs. C-347/09 RdNr. 44; BVerwG zuletzt vom 11.7.2011 Az. 8 C 11.10 <juris> RdNr. 40). Angesichts der sittlichen, religiösen oder kulturellen Besonderheiten und der mit Glücksspielen und Wetten einhergehenden sittlich und finanziell schädlichen Folgen für den Einzelnen wie für die Gesellschaft steht den staatlichen Stellen dabei ein ausreichendes Ermessen zu, um im Einklang mit ihren eigenen Wertordnungen festzulegen, welche Erfordernisse sich aus dem Schutz dieser Ziele ergeben; den Mitgliedstaaten steht es somit grundsätzlich frei, die Ziele ihrer Politik auf dem Gebiet der Glücksspiele festzulegen und gegebenenfalls das angestrebte Schutzniveau genau zu bestimmen (EuGH vom 8.9.2010 Rs. C - 316/07 u.a. RdNr. 76 sowie vom 15.9.2011 Rs. C-347/09 RdNr. 46 f.; BVerwG vom 11.7.2011 Az. 8 C 11.10 <juris> RdNr. 41). Danach ist es im Grundsatz unionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass sich der Gesetzgeber für den Bereich der Sportwetten für ein staatliches Monopol entschieden hat (vgl. BVerwG vom 11.7.2011 Az. 8 C 11.10 <juris> RdNr. 41 unter Hinweis auf Rspr. des EuGH).

36 Gleichwohl müssen die Beschränkungen durch die Mitgliedstaaten den sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergebenden Anforderungen an ihre Verhältnismäßigkeit genügen, was die nationalen Gerichte zu prüfen haben (EuGH vom 15.9.2011 Rs. C-347/09 RdNr. 50). In diesem Zusammenhang obliegt es dem Mitgliedstaat, der sich auf ein Ziel berufen möchte, mit dem sich eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen lässt, dem Gericht, das über diese Frage zu entscheiden hat, alle Umstände darzulegen, anhand derer dieses Gericht sich vergewissern kann, dass die Maßnahme tatsächlich den sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergebenden Anforderungen genügt (vgl. EuGH vom 15.9.2011

Rs. C-347/09 RdNr. 54 unter Hinweis auf seine Entscheidung vom 8.9.2010 Rs. C-316/07 u.a. - Markus Stoß u.a.). Weiter ist dabei insbesondere zu beachten, dass eine nationale Regelung nur dann geeignet ist, die Verwirklichung des geltend gemachten Ziels zu gewährleisten, wenn sie dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen. Es ist Sache des nationalen Gerichts, sich im Lichte insbesondere der konkreten Anwendungsmodalitäten der betreffenden restriktiven Regelung zu vergewissern, dass sie tatsächlich dem Anliegen entspricht, die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern und die Tätigkeiten in diesem Bereich in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen (EuGH vom 15.9.2011 Rs. C-347/09 RdNr. 56 m.w.N. seiner Rspr.).

37 Damit hat der Gerichtshof aber verbindlich klargestellt, dass eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit nicht schon dann als verhältnismäßig und damit gerechtfertigt angesehen werden kann, wenn sie (irgend-)einen Beitrag zur Begrenzung der Wett-tätigkeiten leistet. Vielmehr muss dieser Beitrag zur Erreichung des angestrebten (Schutz-)Ziels (hier: Begrenzung der Wett-tätigkeiten) „in kohärenter und systematischer Weise“ erfolgen, also innerhalb eines kohärenten, d.h. konzeptionell und inhaltlich aufeinander bezogenen (vgl. dazu Streinz in Streinz, EUV / AEUV, Kommentar, 2. Aufl. 2012, Art. 7 AEUV RdNr. 4; Schorkopf in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar Bd. I, Art. 7 AEUV RdNr. 11) und systematischen Regelungszusammenhangs. Zwar ist der jeweilige Mitgliedstaat nicht verpflichtet, in sämtlichen Glücksspielsektoren dieselbe Politik zu verfolgen; das Kohärenzgebot ist kein Uniformitätsgebot. Es verlangt auch keine Optimierung der Zielverwirklichung in dem Sinne, dass sie die von ihr angestrebten Ziele vollständig erreicht oder zu erreichen anstrebt (vgl. BVerwG vom 11.7.2011 Az. 8 C 11.10 <juris> RdNr. 43 mit Verweisen auf entsprechende Rspr. d. EuGH). Gleichwohl bleibt ein für die Rechtfertigungsprüfung entscheidungserheblicher bzw. entscheidender Gesichtspunkt, mit welcher Konsequenz der Mitgliedstaat das Regelungsinteresse glücksspielsektorübergreifend verfolgt (vgl. Forsthoff in Grabitz/Hilf/Nettesheim, a.a.O., Art. 45 AEUV RdNr. 401).

38 Daraus ergibt sich zum einen, dass das Ziel, die Einnahmen der Staatskasse zu maximieren oder mit den Einnahmen aus Glücksspielen gemeinnützige Tätigkeiten zu finanzieren, nicht das eigentliche Ziel einer Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs, sondern allenfalls eine nützliche Nebenfolge sein darf (vgl. EuGH zuletzt

vom 15.9.2011 Rs. C-347/09 RdNrn. 55 und 61 m.w. Rspr.-nachweisen; BVerwG vom 11.7.2011 Az. 8 C 11.10 <juris> RdNr. 43 - sog. „Scheinheiligkeitsgrenze“).

- 39 Zum anderen darf die in Rede stehende Regelung nicht durch die Politik in anderen Glücksspielsektoren in der Weise konterkariert werden, dass dort eher darauf abgezielt wird, zur Teilnahme an diesen anderen Spielen zu ermuntern, als darauf, die Spielgelegenheiten zu verringern und die Tätigkeiten in diesem Bereich in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen (vgl. EuGH vom 8.9.2010 Rs. C - 46/08 - Carmen media - RdNr. 68; BVerwG vom 11.7.2011 Az. 8 C 11.10 <juris> RdNr. 43).
- 40 Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinen jüngsten glücksspielrechtlichen Entscheidungen vom 1. Juni 2011 (Az. 8 C 2.10, 8 C.4.10 und 8 C 5.10) sowie vom 11. Juli 2011 (Az. 8 C 11.10) die zuletzt genannte Anforderung des unionsrechtlichen Kohärenzgebots hinsichtlich der Zielrichtung des gerichtlichen Prüfprogramms konkretisiert und präzisiert (Deiseroth, jurisPR-BVerwG 18/2011 Anm. 2, II.2. S. 5). Danach 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 - sektorübergreifend - 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 (vgl. BVerwG vom 11.7.2011 Az. 8 C 11.10 <juris> RdNr. 43 m.w. Rspr.-nachweisen).
- 41 Soweit darin teilweise die Bestätigung des Erfordernisses einer gerichtlichen, sektorübergreifenden „Folgenbetrachtung“ und „Feststellung von Interdependenzen“ zwischen insbesondere gewerblich bewirtschafteten und monopolisierten Glücksspielbereichen mit der Konsequenz gesehen bzw. hergeleitet wird, dass die Eignung und damit Rechtfertigung der Beschränkung einer unionsrechtlichen Grundfreiheit durch die Errichtung eines staatlichen Monopols in einem Glücksspielsektor erst dann entfällt, wenn diese Beschränkung zur Erreichung der in § 1 GlüStV genannten Ziele nicht mehr beitragen kann, wobei die Möglichkeit der Zweckerreichung genügen soll (so Hecker, DVBl 2011, 1130/1132 ff.; in diesem Sinne auch der Vertreter des öffentlichen Interesses im Verfahren in seiner Stellungnahme vom 12.8.2011, S. 7 ff., Bl. 213 ff. d. VGH-Akte), vermag dem der Senat nicht zu folgen. Denn eine mit Blick auf die Geeignetheit einer Maßnahme im verfassungsrechtlichen Sinn (vgl. Hecker, a.a.O., S. 1134) derart verengte Betrachtung wird nach Auffassung des Se-

nats den oben dargelegten Auslegungsgrundsätzen des Gerichtshofs zum unionsrechtlichen Kohärenzgebot nicht (mehr) gerecht und würde im Ergebnis letztlich wieder zu einer (verschleierte) sektoralen Betrachtung, der der Gerichtshof aber gerade eine Absage erteilt hat, zurückkehren.

- 42 Gemessen an diesen Grundsätzen fehlt es den das staatliche Sportwettenmonopol normierenden Bestimmungen des Glücksspielstaatsvertrags an der erforderlichen unionsrechtlichen Kohärenz.
- 43 Ungeachtet dessen, dass der Senat insbesondere im Hinblick auf die allgegenwärtigen „Jackpot- und Image-Werbekampagnen“ („Lotto-Hilft“) auch insoweit erhebliche Zweifel an der Einhaltung der vom Gerichtshof formulierten Kohärenzanforderungen hat (vgl. dazu eingehend und mit überzeugender Begründung OVG NRW vom 29.9.2011 Az. 4 A 17/08 <juris> RdNrn. 46 ff.), bedarf hier keiner abschließenden Entscheidung, ob sich die fehlende Eignung der Monopolregelung nicht schon aus der Werbepaxis des Monopolträgers ergibt. Der Gerichtshof hat jedenfalls wiederholt herausgestellt, dass die vom Inhaber eines staatlichen Monopols eventuell durchgeführte Werbung maßvoll und eng auf das begrenzt bleiben muss, was erforderlich ist, um die Verbraucher zu den kontrollierten Spielnetzwerken zu lenken. Eine solche Werbung darf nicht darauf abzielen, den natürlichen Spieltrieb der Verbraucher dadurch zu fördern, dass sie zu aktiver Teilnahme am Spiel angeregt werden, etwa indem das Spiel verharmlost, ihm wegen der Verwendung der Einnahmen für im Allgemeininteresse liegende Aktivitäten ein positives Image verliehen wird oder seine Anziehungskraft durch zugkräftige Werbebotschaften erhöht wird, die bedeutende Gewinne verführerisch in Aussicht stellen (vgl. EuGH zuletzt vom 15.9.2011 Rs. C-347/09 RdNrn. 68 f. m.w.N.; in diesem Sinn auch BVerwG vom 11.7.2011 Az. 8 C 11.10 <juris> Ls. 1 und RdNrn. 30 ff.).
- 44 Der Senat geht - wie bereits in seiner Eilentscheidung in dieser Streitsache (vgl. BayVGH vom 21.3.2011 Az. 10 AS 10.2499 <juris>) - ungeachtet eines mittlerweile beschlossenen und von 15 Bundesländern unterzeichneten, aber noch nicht in Kraft getretenen neuen Glücksspielstaatsvertrags (vgl. z.B. Bericht der Frankfurter Allgemeinen vom 16.12.2011) und geplanter landesgesetzlicher Neuregelungen bezüglich Spielhallen (vgl. Berichte d. Münchner Merkurs vom 14.4.2011 und 10.11.2011 sowie der Süddeutschen Zeitung vom 10.11.2011) zum hier maßgeblichen Entscheidungs-

zeitpunkt von einer Inkohärenz im unionsrechtlichen Sinn jedenfalls mit Blick auf die derzeitige Praxis auf dem Sektor der sog. gewerblichen Geldspielautomaten aus.

45 Für diesen Bereich des in der Spielverordnung geregelten Automatenspiels hat das Bundesverwaltungsgericht hinsichtlich der zu beachtenden Kohärenzanforderungen zuletzt (BVerwG vom 11.7.2011 Az. 8 C 11.10 <juris> RdNr. 49) Folgendes ausgeführt:

46 „Die Absicht des Gesetzgebers, einen bestimmten Glücksspielbereich zu liberalisieren, zwingt nicht schon für sich genommen zu der Annahme, das mit der Monopolregelung im Sportwettenbereich verfolgte Ziel lasse sich damit nicht mehr erreichen. Wird jedoch eine solche Liberalisierung trotz vergleichbaren oder höheren Suchtpotentials als im Monopolbereich nicht durch ausreichende Maßnahmen zum Spieler- und Jugendschutz ausgeglichen, kann dies zur Folge haben, dass das Ziel des Monopols konterkariert wird. Deshalb hätte der Verwaltungsgerichtshof prüfen müssen, ob das Suchtpotential des Automatenspiels mindestens gleich groß wie das der Sportwetten ist, und bejahendenfalls, ob die zum Spieler- und Jugendschutz getroffenen Maßnahmen ausreichen. Dabei hätte er auch die tatsächlichen Auswirkungen der Liberalisierung und der möglichen Folgewirkungen auf den gesamten Glücksspielbereich, mithin auch die Sportwetten, berücksichtigen und klären müssen, inwieweit dadurch die Geeignetheit der Monopolregelung im Bereich der Sportwetten in Frage gestellt wird.“

47 Auch unter Berücksichtigung dieser Maßgaben wird durch die Regelungen des Glücksspiels an gewerblichen Geldspielautomaten und vor allem angesichts ihrer konkreten Anwendungsmodalitäten sowie der in diesem Bereich geduldeten Praxis das der Errichtung des staatlichen Sportwettenmonopols zugrunde liegende Ziel, Anreize zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen zu vermeiden und die Spielsucht zu bekämpfen, in einer Weise und einem Umfang konterkariert, dass dieses Ziel mithin nicht mehr wirksam verfolgt und das Monopol im Hinblick auf Art. 49 EG (jetzt: Art. 56 AEUV) auch nicht mehr als gerechtfertigt angesehen werden kann (vgl. EuGH vom 8.9.2010 Rs. C - 46/08 - Carmen Media - RdNr. 68). Diese Beurteilung des Senats beruht auf folgenden Umständen und Feststellungen:

48 Von den Gesamtumsätzen (im Sinne aller Spieleinsätze) auf dem deutschen regulierten Glücksspielmarkt in Höhe von ca. 24 Milliarden Euro im Jahr 2009 entfallen auf das Marktsegment der Geldspielautomaten ca. 35%, auf den deutschen Lotto- und Toto-Block ca. 29% sowie auf die Spielbanken ca. 28,5%. Der auf das Segment der Geldspielautomaten entfallende Umsatzanteil ist dabei von 20,3% im Jahr 2002

über 24,9% im Jahr 2006 kontinuierlich auf 34,9% im Jahr 2009 gestiegen (vgl. dazu Daten/Fakten/Glücksspiel der deutschen Hauptstelle für Suchtfragen e.V., <http://www.dhs.de> - Auszug aus dem dhs Jahrbuch Sucht 2011; von vergleichbaren Zahlen geht im Übrigen auch das OVG NRW in seiner Entscheidung vom 29.9.2011 Az. 4 A 17/08 <juris> RdNrn. 81 ff. unter Bezugnahme auf weitere Quellen aus). Betrachtet man den Bruttospielertrag, d.h. den Betrag, der nach Abzug der Gewinnauszahlungen gegenüber den Spieleinsätzen verbleibt, ergibt sich folgendes Bild: Den mit Abstand größten Anteil am gesamten Bruttospielertrag generiert dabei das Segment der Geldspielautomaten mit einem Bruttospielertrag in Höhe von ca. 3,3 Milliarden Euro im Jahr 2009. Lediglich der Markt der regulierten Lottoprodukte, d.h. alle Lotterien zusammengefasst, ist gemessen am Bruttospielertrag mit Bruttospielerträgen von insgesamt ca. 4,35 Milliarden Euro noch größer als der Automatenbereich. Den regulierten Wettmärkten, bestehend aus Oddset, Fußballtoto und den Pferdewetten kommt hingegen gemessen am Bruttospielertrag von zusammen 0,2 Milliarden Euro in Deutschland eine vergleichsweise geringe ökonomische Bedeutung zu (zu diesen Zahlen vgl. Dhom, ZfWG 2010, 394 f. und Goldmedia, Glücksspielmarkt Deutschland 2015, Key Facts zur Studie vom April 2010, S. 3 f.).

- 49 Der danach wirtschaftlich bedeutendste und umsatzstärkste Sektor des deutschen regulierten Glücksspielmarkts (der Geldspielautomaten) weist zudem ein besonders hohes Suchtpotential auf. Für die Suchtentwicklung ist ein Gefüge aus individuellen Faktoren, Umgebungsfaktoren und suchtmittelbezogenen Faktoren wie Ereignisfrequenz, Mindestspieldauer und Einsatz- und Gewinnmöglichkeiten entscheidend. Im Suchthilfesystem stellen Spieler an Geldautomaten die größte Gruppe der Betroffenen dar; ihr Anteil hat sich in der ambulanten Suchthilfe seit 2006 stetig erhöht. Bei mehr als 85% der wegen Spielsucht eine Suchthilfeeinrichtung aufsuchenden Klienten und Klientinnen wurde eine Abhängigkeit von Geldspielautomaten in Spielhallen und Gaststätten gemäß der internationalen Klassifikation der Krankheiten (ICD-10) diagnostiziert (Drogen- und Suchtbericht der Drogenbeauftragten der Bundesregierung vom Mai 2011, Nr. 6 - pathologisches Glücksspiel - S. 75; vgl. auch Dhom, a.a.O., S. 398). Bei von der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung in den Jahren 2007 und 2009 durchgeführten Repräsentativbefragungen zum Glücksspielverhalten der 16- bis 65-jährigen Bevölkerung in Deutschland hat sich ergeben, dass der Anteil der Befragten, die in den letzten zwölf Monaten vor der Befragung irgendeines der 19 insgesamt erfragten Glücksspiele gespielt hatten, mit 55% (2007) bzw. 53,8% (2009) annähernd konstant geblieben ist, signifikante Zuwächse sich jedoch

bei Lotto „6 aus 49“ (35, 5% vs. 40,0%) und bei den Geldspielautomaten (2,2% vs. 2,7%) ergeben haben; bei letzteren ist danach insbesondere der verhältnismäßig starke Anstieg bei den 18- bis 20-jährigen jungen Männern hervorzuheben (5,9% vs. 15,3%; vgl. Drogen- und Suchtbericht der Drogenbeauftragten, Mai 2011, S. 75), einer Personengruppe, die als besonders gefährdet für glücksspielbedingte Fehlanspassungen gilt (vgl. Hayer, SuchtAktuell 2010, 47/51). Nach einer Studie des Instituts für Therapie- und Gesundheitsforschung in München (IFT) im Rahmen der Evaluation der Spielverordnung sind 42% der Langzeitspieler in Spielhallen bzw. 30% der Langzeitspieler in Gaststätten pathologische Spieler, wobei aufgrund der Anlage der Studie der Anteil der Viel- und Langzeitspieler unter den in Spielhallen und Gaststätten angetroffenen Befragten überproportional vertreten war (vgl. Drogen- und Suchtbericht der Drogenbeauftragten, Mai 2011, S. 76; zu weiteren empirischen Befunden zum erhöhten Suchtpotential von Geldspielautomaten vgl. auch Hayer, SuchtAktuell 2010, 47/50 f. sowie Dhom, a.a.O., S. 398). Eine jüngst durchgeführte umfangreiche Studie „Pathologisches Glücksspielen und Epidemiologie (PAGE)“ der Universität Greifswald hat für die Gesamtgruppe der 14- bis 64-jährigen Prävalenzquoten von 0,35% für pathologisches und von 0,31% für problematisches Glücksspielverhalten ergeben; das Risiko der Diagnose des pathologischen Glücksspielens war dabei am höchsten für das Spielen an Geldspielautomaten (vgl. Drogen- und Suchtbericht der Drogenbeauftragten, Mai 2011, S. 76 und 82 unter Bezugnahme auf die Ergebnisse der PAGE-Studie). Knapp eine halbe Million Menschen in Deutschland erfüllt die DSM-IV-Kriterien für die Diagnose pathologisches Glücksspielen, ca. 800.000 Menschen kann man als problematische Spieler bezeichnen (drei bis vier DSM-Kriterien) und etwa drei Millionen erfüllen ein bis zwei Kriterien für problematisches Glücksspielen (Auszug aus Deutsches Ärzteblatt 2011, 108(9) – www.aerzteblatt.de/v4/archiv - „Glücksspiel: Hohes Suchtrisiko durch Spielautomaten“ unter Bezugnahme auf Ergebnisse der PAGE-Studie).

- 50 Auf der Grundlage dieser Erkenntnisse steht für den Senat fest, dass mit den gewerblichen Geldspielautomaten ein Glücksspielsegment besteht, das von privaten Veranstaltern, die über eine entsprechende gewerberechtliche Erlaubnis verfügen (vgl. §§ 33c ff. GewO i.V.m. der hierzu erlassenen Verordnung über Spielgeräte und andere Spiele mit Gewinnmöglichkeiten (Spielverordnung) -SpielV- i.d.F. vom 27.1.2006, BGBl I S. 280), betrieben werden darf, und dass dieses Glücksspielsegment ein signifikant höheres Suchtpotential als die dem staatlichen Monopol unterlie-

genden Sportwetten aufweist (vgl. EuGH vom 8.9.2010 Rs. C-46/08 -Carmen Media-Ls. 2. 1. und 2. Spiegelstrich).

- 51 Weiter lässt sich nach Auffassung des Senats trotz beabsichtigter künftiger Änderungen der Spielverordnung und geplanter landesgesetzlicher Neuregelungen bezüglich Spielhallen auch derzeit (noch) die Feststellung treffen, dass die zuständigen Behörden hinsichtlich des Segments der gewerblichen Geldspielautomaten eine Politik verfolgen, die eher darauf abzielt, zur Teilnahme an diesen Spielen zu ermuntern, als darauf, die Spielgelegenheiten zu verringern und die Tätigkeiten in diesem Bereich in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen (vgl. EuGH vom 8.9.2010 Rs. C-46/08 - Carmen Media - RdNr. 68). Der Senat geht dabei weiter davon aus, dass für den Befund einer derartigen Politik der Angebotsausweitung im Sinne der zitierten Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht die Feststellung erforderlich ist, dass durch die in diesem Bereich vorhandene gesetzliche Regelungskonzeption bewusst und zielgerichtet eine der Suchtprävention zuwider laufende „Expansionsstrategie“ verfolgt wird (vgl. BayVGH vom 21.3.2011 Az. 10 AS 10.2499 <juris> RdNr. 28). Gleichwohl ist die Regelungskonzeption für das Glücksspielsegment der gewerblichen Geldspielautomaten insoweit einer näheren Betrachtung zu unterziehen.
- 52 Durch die zum 1. Januar 2006 in Kraft getretene Fünfte Novelle der Spielverordnung vom 17. Dezember 2005 wurden, worauf der Vertreter des öffentlichen Interesses besonders hingewiesen hat, im Sinne des Ziels der Spielsuchtbekämpfung, der vor allem auch die Regelungen der Spielverordnung dienen sollen, eine Reihe von Änderungen und Beschränkungen zum Spielerschutz vorgenommen. Diese Änderungen betrafen im Wesentlichen Veränderungen der Mindestspieldauer, des maximalen durchschnittlichen Verlusts sowie der absoluten Obergrenzen für den maximalen Verlust und Gewinn pro Stunde, die Einführung einer automatischen fünfminütigen Spielpause nach einer Stunde, das Verbot von zusätzlichen Gewinnangeboten [Jackpot-Systemen], das Verbot von Fun-Games, Regelungen über zusätzliche Informationsmaterialien, Warnhinweise, technische Sicherungsmaßnahmen und eine ständige Aufsicht zur Einhaltung des Jugendschutzgesetzes und zum Spielerschutz (vgl. dazu eine detaillierte Auflistung im Abschlussbericht „Evaluierung der Novelle der SpielV“ des IFT vom 9.9.2010, S. 22 f.; vgl. auch Dhom, a.a.O., S. 397; OVG NRW vom 29.9.2011 Az. 4 A 17/08 <juris> RdNr. 87). Gleichzeitig enthält die Fünfte Novelle der Spielverordnung aber auch eine Reihe von Regelungen, die einer effektiven Prävention glücksspielbezogener Gefahren zuwiderlaufen und die Attraktivität

tät von Geldspielgeräten sogar erhöhen. Dazu gehören insbesondere die Erhöhung der Anzahl der Geldspielgeräte in gastronomischen Betrieben von zwei auf drei Geräte (§ 3 Abs. 1 SpielV), die Erhöhung der Gesamtzahl von Geld- oder Warenspielgeräten in Spielhallen auf maximal zwölf statt bisher zehn Geräte (bei entsprechend großer Grundfläche, § 3 Abs. 2 SpielV), die Reduzierung der Mindestlaufzeit eines Spiels von bisher zwölf Sekunden auf fünf Sekunden (§ 13 Abs. 1 Nr. 1 SpielV) und die Erhöhung der maximalen Verlustmöglichkeiten im Verlauf einer Stunde von 60 Euro auf 80 Euro (§ 13 Abs. 1 Nr. 3 SpielV; vgl. dazu Dhom, a.a.O., S. 398; Hayer, a.a.O., S. 48; zu den Lockerungen durch die 5. Novelle der SpielV vgl. auch OVG NRW vom 29.9.2011 Az. 4 A 17/08 <juris> RdNr. 88).

- 53 Überdies hat die gewerbliche Automatenindustrie die Auslegungsmöglichkeiten und Spielräume der geänderten Spielverordnung ausgenutzt und deren Vorgaben teilweise in systematischer Weise ausgehebelt, indem die neueren Automaten die Möglichkeit bieten, Geldeinsätze oder Geldgewinne in Punktezahlen umzuwandeln (und umgekehrt), um so eine höhere Gewinnchance zu suggerieren und Restriktionen der Spielverordnung zu umgehen (vgl. im Einzelnen Hayer, a.a.O., S. 48; Dhom, a.a.O., S. 398; Dürr, GewArch 2011, 99/101 ff.; Abschlussbericht „Evaluierung der Novelle der SpielV“, S. 150 ff.).
- 54 So kommt letztlich auch der Abschlussbericht „Evaluierung der Novelle der SpielV“ hinsichtlich der Beurteilung der Auswirkungen der novellierten Spielverordnung auf den Spielerschutz zu dem Ergebnis, die Regelungen der SpielV zu Spiel-, Aufstell- und Zugangsmerkmalen verhinderten illegale Spielabläufe an Geldspielautomaten in zu geringem Umfang und gewährleisteten in zu geringem Umfang beabsichtigte Schutzmaßnahmen. Durch die eingesetzten Punktesysteme würden höhere Gewinnerwartungen als die vorgegebene Obergrenze von 500 Euro/Stunde geweckt (vgl. Abschlussbericht „Evaluierung der Novelle der SpielV“, S. 153 f.). Die bei den Spielern ermittelten tatsächlichen Verluste waren hoch. So wurden nach den Angaben der Spieler Monatsausgaben von etwa 500 Euro für Spielhallen bzw. 280 Euro für Gaststätten pro Spieler an einem Gerät berechnet. Bei gleichzeitigem Spielen an durchschnittlich 1,9 Geräten ergab das fast das Doppelte der Verlustsumme bzw. bei 1,4 Geräten in Gaststätten fast das 1,5-fache. Der höchste Tagesverlust betrug 2005 im Durchschnitt 420 Euro bzw. 280 Euro, 2009 610 Euro bzw. 390 Euro. 60% der Spieler in Spielhallen und Gaststätten mussten sich wegen des Spiels an Geldspielautomaten finanziell einschränken (Abschlussbericht „Evaluierung der Novelle der

SpielV“, S. 154). Weiter wird im Abschlussbericht auf die hohen Risikobewertungen der neuen Spielmerkmale im Hinblick auf den Verlust der Spielkontrolle bzw. hohe Geldverluste hingewiesen, die durch Spieler und Betreiber bei den durchgeführten Befragungen gleichermaßen bestätigt worden seien (vgl. Abschlussbericht „Evaluierung der Novelle der SpielV“, S. 154 f.). Auf der Grundlage dieser Erkenntnisse wird daher folgerichtig ein erheblicher Änderungsbedarf zur Verbesserung des unmittelbaren Schutzes der Spieler und zur Reduzierung der übermäßigen Spielanreize sowie bei den Kontrollmöglichkeiten der Behörden gesehen (vgl. dazu Dürr, a.a.O., S. 102 ff.; Abschlussbericht „Evaluierung der Novelle der SpielV“, S. 161 ff.). Auch im Drogen- und Suchtbericht der Drogenbeauftragten der Bundesregierung wird mit Blick auf diese Ergebnisse und Feststellungen auf die nicht hinreichende Verwirklichung der beabsichtigten Ziele im Bereich des Spielerschutzes und auf zur Verbesserung des Spielerschutzes diskutierte Änderungsvorschläge verwiesen (S. 81 f.).

- 55 Weiter festzuhalten ist, dass sich vor dem Hintergrund der bestehenden Regelungskonzeption des gewerblichen Automatenspiels nach den Feststellungen des Abschlussberichts „Evaluierung der Novelle der SpielV“ die Wirtschaftlichkeit des Betriebs von Geldspielgeräten verbessert hat, die Zahl der Geräte in Spielhallen - nach einem Rückgang von 1995 auf 2005 um 25% - von 2005 auf 2009 um 23% gestiegen ist, der Umsatz zwischen 2005 und 2009 um 38% zugenommen hat und Berechnungen zeigen, dass die Umsatzsteigerung nicht durch eine Steigerung der Monatsausgaben des einzelnen Spielers verursacht wird, so dass dies indirekt darauf hindeutet, dass die Umsatzsteigerung durch eine Zunahme der Spieler erfolgte (vgl. Abschlussbericht „Evaluierung der Novelle der SpielV“, S. 156).
- 56 Die festgestellte Angebots- und Attraktivitätserhöhung bei den Geldspielgeräten in Spielhallen und Gaststätten ist gerade auch in Bayern nachvollziehbar. Um der „Flut von Spielhallen“ entgegenzutreten - die Zahl der Konzessionen hat sich in Bayern in den vergangenen zehn Jahren auf knapp 1500 verdoppelt, die Zahl der Spielautomaten auf ca. 15.000 verdreifacht -, plant der Bayerische Landtag nach Presseberichten, durch eine landesrechtliche Regelung die Zahl der Spielhallen in den Kommunen sowie deren Öffnungszeiten drastisch einzuschränken (vgl. z.B. Berichte d. Münchner Merkurs vom 14.4.2011 und 10.11.2011 sowie der Süddeutschen Zeitung vom 10.11.2011).

- 57 Diese Bestandsaufnahme wird auch durch das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen in seiner Entscheidung vom 29.9.2011 (Az. 4 A 17/08 <juris>) in überzeugender Weise bestätigt. Die dargelegten Entwicklungen und Folgen sind nach zutreffender Einschätzung des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen (a.a.O. RdNr. 156) bereits in der Fünften Novelle der Spielverordnung selbst angelegt und lassen sich nicht (allein) mit einem Missbrauch der gesetzlichen Regelungskonzeption erklären.
- 58 Damit ist aber im Ergebnis festzustellen, dass die zuständigen Behörden in Bezug auf Automaten Spiele, obwohl diese ein höheres Suchtpotential aufweisen als Sportwetten, eine Politik der Angebotsausweitung betrieben haben und (noch) betreiben, die eher darauf abzielt, zur Teilnahme an diesen anderen Spielen zu ermuntern, als darauf, die Spielgelegenheiten zu verringern und die Tätigkeiten in diesem Bereich in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen (vgl. EuGH vom 8.9.2010 Rs. C-46/08 - Carmen Media - RdNrn. 67 und 68). Weiter feststellen lässt sich aber auch, dass im Segment der gewerblichen Glücksspielautomaten die mit der Fünften Änderungsverordnung verbundene (teilweise) Liberalisierung nicht durch ausreichende Maßnahmen zum Spieler- und Jugendschutz ausgeglichen worden ist und dass dies zur Folge hat, dass das Ziel des Monopols, Anreize zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen zu vermeiden und die Spielsucht zu bekämpfen, damit konterkariert wird (vgl. BVerwG vom 11.7.2011 Az. 8 C 11.10 <juris> RdNr. 49).
- 59 Die Geeignetheit und damit die Rechtfertigung der Monopolregelung als Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) im Bereich der Sportwetten wird aber, wie oben dargelegt, nicht erst dann in Frage gestellt, wenn diese Beschränkung auch bezogen auf dieses Teilsegment und den dortigen Konsumentenkreis tatsächlich nichts mehr beitragen kann (in diesem Sinne auch OVG NRW vom 29.9.2011 Az. 4 A 17/08 <juris> RdNr. 161 ff.). Denn bei einem derartig widersprüchlichen Regelungs- und Schutzkonzept, bei dem in einem kleinen Teilsegment mit einem eher geringen Suchtpotential ein staatliches Monopol und damit eine objektive Berufszugangsschranke gesetzt wird, während in einem wirtschaftlich sehr viel bedeutenderen Glücksspielsektor mit hohem Suchtpotential die Erteilung gewerberechtlicher Erlaubnisse an private Anbieter vorgesehen ist, ist nicht nur isoliert die Eignung einer Beschränkung in einem Teilsegment (im Sinne eines möglichen Beitrags zur Zielerreichung), sondern die Verhältnismäßigkeit und damit Rechtfertigung der Beschränkung insgesamt in den Blick zu nehmen. Dementsprechend

hat der Gerichtshof bei einer Ausgangssituation wie vorstehend dargelegt auch festgestellt, dass dann die Rechtfertigung im Hinblick auf Art. 49 EG (jetzt: Art. 56 AEUV) nicht mehr angenommen werden kann (vgl. EuGH vom 8.9.2010 Rs. C-46/08 - Carmen Media - RdNr. 68).

- 60 Anderweitige Anhaltspunkte oder Umstände dafür, dass das staatliche Sportwettenmonopol trotz des festgestellten widersprüchlichen Schutzkonzepts gleichwohl geeignet und damit rechtfertigungsfähig im Sinne der betroffenen Grundfreiheit wäre, das verfolgte Schutzziel wirksam und in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen, wurden dem Gericht weder von der Beklagten noch vom Vertreter des öffentlichen Interesses im Verfahren dargelegt.
- 61 Weitergehende Prüfungen oder Ermittlungen im Rahmen einer „Folgenabschätzung“ zu Interdependenzen zwischen den einzelnen Glücksspielsektoren, wie sie teilweise in der Literatur (vgl. Hecker, a.a.O., S. 1134) propagiert und auch vom Vertreter des öffentlichen Interesses im vorliegenden Verfahren für erforderlich gehalten wurden, sind nach dem unionsrechtlichen Kohärenzgebot in der in der Rechtsprechung des Gerichtshofs konturierten Form nicht erforderlich. Dies würde letztlich auch eine „verschleierte Rückkehr“ zu einer rein sektoralen Kohärenzprüfung bedeuten (so auch OVG NRW vom 29.9.2011 Az. 4 A 17/08 <juris> RdNr. 165). Auf eventuelle Wanderungsbewegungen von Spielern zwischen den einzelnen Glücksspielsektoren infolge der dargelegten expansiven Entwicklung im Bereich der Automaten Spiele kommt es daher nach Auffassung des Senats nicht (mehr) entscheidungserheblich an (so aber Hecker, a.a.O., S. 1134 und der Vertreter des öffentlichen Interesses, S. 13 d. Stellungnahme vom 12.8.2011, Bl. 219 d. VGH-Akte).
- 62 2.2.3. Der Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts führt dazu, dass im Kollisionsfall jede entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts ohne Weiteres unanwendbar wird. Dass der unionsrechtliche Anwendungsvorrang nur das in § 10 Abs. 2 und Abs. 5 GlüStV normierte staatliche Sportwettenmonopol 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 erfasst, entspricht ständiger Rechtsprechung des Senats (vgl. BayVGh vom 21.3.2011 Az. 10 AS 10.2499 <juris> RdNr. 30 ff. sowie zuletzt vom 20.9.2011 Az. 10 BV 10.2449 <juris> RdNr. 18 jeweils m.w.N.).

- 63 Die Verfügung der Beklagten kann nach alledem in rechtmäßiger Weise nicht auf § 9 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 Nr. 3 GlüStV in Verbindung mit den unionsrechtswidrigen Staatsmonopolbestimmungen des § 10 Abs. 2 und 5 GlüStV und die danach generell fehlende Erlaubnisfähigkeit der Vermittlung von Sportwetten privater Wettveranstalter gestützt werden.
- 64 2.2.4. Die streitbefangene Untersagungsverfügung kann aber auch nicht unabhängig von der Anwendbarkeit des Sportwettenmonopols mit der Begründung aufrechterhalten werden, der Kläger besitze auch derzeit die (nunmehr gemäß § 4 Abs. 1 GlüStV) erforderliche Erlaubnis für die Vermittlung von Sportwetten nicht und könne sie wegen bestehender bzw. vermutlicher Verstöße gegen die materiellen Erlaubnisvoraussetzungen auch gar nicht erhalten.
- 65 Die Frage, ob die nach § 4 Abs. 1 Satz 1 GlüStV erforderliche Erlaubnis voraussichtlich erteilt werden müsste, hat der Senat (auch) in seiner den Kläger betreffenden Entscheidung nach § 80 Abs. 7 VwGO (BayVGH vom 21.3.2011 Az. 10 AS 10.2499 <juris>) als entscheidungserheblich angesehen und ein Nachschieben derartiger behördlicher Ermessenserwägungen auch noch im Berufungsverfahren entsprechend der Rechtsprechung des 1. Senats des Bundesverwaltungsgerichts in ausländerrechtlichen Verfahren für grundsätzlich möglich erachtet. An dieser Rechtsauffassung hält der Senat aus den nachfolgenden Gründen jedoch nicht mehr fest.
- 66 2.2.4.1. Dass eine (umfassende) glücksspielrechtliche Untersagungsverfügung bei Unanwendbarkeit der Bestimmungen des staatlichen Sportwettenmonopols nicht mit Blick auf das rein formale Fehlen der nach § 4 Abs. 1 Satz 1 GlüStV weiter erforderlichen Erlaubnis zur Vermittlung von Sportwetten an einen privaten Veranstalter aufrechterhalten werden kann, hat der Senat in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH und des Bundesverwaltungsgerichts bereits entschieden (vgl. BayVGH vom 21.3.2011 Az. 10 AS 10.2499 <juris> RdNr. 34 unter Hinweis auf EuGH vom 8.9.2010 Rs. C-316/07 u.a. - Markus Stoß u.a. - RdNr. 115 und BVerwG vom 24.11.2010 Az. 8 C 13.09 <juris> RdNr. 72; vgl. auch OVG Rheinland-Pfalz vom 13.4.2011 Az. 6 A 11131/10 <juris> RdNr. 50). Davon geht der Senat auch weiterhin aus. Der fortbestehende glücksspielrechtliche Erlaubnisvorbehalt rechtfertigt eine vollständige Untersagung der Vermittlung von Sportwetten somit nur bei Fehlen der Erlaubnisfähigkeit (vgl. BVerwG zuletzt vom 11.7.2011 Az. 8 C 11.10 <juris> RdNr. 53). Auch im Hinblick auf § 284 Abs. 1 StGB kann insoweit nichts anderes gel-

ten. Denn aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt sich, dass ein Mitgliedstaat keine strafrechtlichen Sanktionen wegen einer nicht erfüllten Verwaltungsformalität verhängen darf, wenn er die Erfüllung dieser Formalität unter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht (jetzt: Unionsrecht) abgelehnt oder vereitelt hat (vgl. EuGH vom 6.3.2007 Rs. C-338/04 u.a. - M. Placanica u.a. - RdNrn. 69 f. sowie vom 15.9.2011 Rs. C-347/09 RdNr. 32). Angesichts der in den §§ 4, 9 Abs. 4, 21 GlüStV und Art. 2 AGGlüStV normierten komplexen Erlaubnisvoraussetzungen und des der Behörde eingeräumten Ermessens ist es zunächst Sache der zuständigen Behörde (gemäß Art. 2 Abs. 4 Nr. 3 AGGlüStV die Regierung der Oberpfalz) und nicht des streitentscheidenden Gerichts, die Erlaubnisfähigkeit zu prüfen, im Rahmen des Art. 25 BayVwVfG auf eine ordnungsgemäße und erfolversprechende Antragstellung hinzuwirken (vgl. OVG NRW vom 29.9.2011 Az. 4 A 17/08 <juris> RdNr. 189) und bei Zweifeln oder Unklarheiten über die Beachtung von Vorschriften über die Art und Weise der Gewerbetätigkeit die Sicherstellung der materiellen Erlaubnisanforderungen durch (vollstreckbare) Nebenbestimmungen zu gewährleisten (vgl. auch BVerwG vom 11.7.2011 Az. 8 C 11.10 <juris> RdNr. 53). Lediglich ein bestandskräftiger Ablehnungsbescheid über die Erteilung einer beantragten Erlaubnis müsste demnach auch im gerichtlichen Verfahren über die Anfechtung einer Untersagungsverfügung Berücksichtigung finden.

- 67 Wenn man berücksichtigt, dass die Frage der (Fort-)Geltung des staatlichen Sportwettenmonopols bisher in der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht eindeutig geklärt ist, kommt es nach Auffassung des Senats auch nicht in Betracht, die streitbefangene umfassende Untersagungsverfügung der Beklagten nunmehr unter Hinweis auf die (geltend gemachte) Missachtung materieller Erlaubnisvoraussetzungen durch den Kläger (als Vermittler) oder auf die „aktuelle Geschäftspraxis“ der im Ausland konzessionierten privaten Veranstalter mit einem „nicht erlaubnisfähigen Geschäftsmodell“ weiter aufrechtzuerhalten (vgl. dazu aber OVG Berlin-Brandenburg vom 8.6.2011 Az. OVG 1 B 31.08 <juris>, das diesbezüglich von einer im Klageverfahren zu berücksichtigenden geänderten Rechtslage bzw. einer Ermessensreduzierung auf Null ausgeht; vgl. auch OVG Lüneburg vom 21.6.2011 Az. 11 LC 348/10 <juris> RdNrn. 89 ff.). Derartigen Erwägungen steht im Übrigen auch entgegen, dass in Bayern die behördlichen Zuständigkeiten für die Erteilung einer Vermittlungserlaubnis nach § 4 Abs. 1 GlüStV und für eine glücksspielrechtliche Untersagungsverfügung nach § 9 GlüStV auseinander fallen und die für die Untersagung zuständige

Beklagte nicht die Entscheidungskompetenz hat, über das Vorliegen oder Nichtvorliegen der materiellen Voraussetzungen letztlich zu entscheiden.

- 68 2.2.4.2. Einer entsprechenden Ergänzung der Ermessenserwägungen durch die Beklagte im verwaltungsgerichtlichen Verfahren steht aber vor allem die prozessrechtliche Nachbesserungsgrenze des § 114 Satz 2 VwGO entgegen.
- 69 2.2.4.2.1. Der Senat ist allerdings bisher davon ausgegangen, dass entsprechend der Rechtsprechung des für das Ausländerrecht zuständigen 1. Senats des Bundesverwaltungsgerichts zur gerichtlichen Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Ausweisung § 114 Satz 2 VwGO einer Berücksichtigung ergänzender oder sogar nachgeholter Ermessenserwägungen in einem Sonderfall wie dem vorliegenden nicht entgegensteht (vgl. grundlegend BVerwG vom 3.8.2004 Az. 1 C 30.02, vom 15.11.2007 Az. 1 C 45.06 jeweils <juris> sowie zuletzt vom 13.12.2011 Az. 1 C 14.10 - s. Pressemitteilung d. BVerwG Nr. 109/2011). Grund dafür war, dass auch bei einer glücksspielrechtlichen Untersagungsverfügung als Dauerverwaltungsakt bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung bzw. der Entscheidung des Gerichts zu berücksichtigen ist und bei neuen entscheidungserheblichen Tatsachen oder Umständen - wie vorliegend dem unionsrechtlichen Anwendungsvorrang bezüglich der Regelungen des staatlichen Sportwettenmonopols - ein Bedürfnis bestehen kann, dass die Behörde ihre Ermessenserwägungen im laufenden Gerichtsverfahren aktualisiert. Dies bedingt, dass das Gericht dann die Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung unter Berücksichtigung auch der neuen Ermessenserwägungen prüfen muss.
- 70 2.2.4.2.2. Unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte und des gesetzgeberischen Willens bei der Klarstellung des § 114 Satz 2 VwGO, aber auch zur Wahrung der Rechtseinheitlichkeit folgt der Senat nunmehr jedoch der Rechtsprechung des für das Glücksspielrecht zuständigen 8. Senats. Dieser sieht dann, wenn eine Untersagungsverfügung nicht mehr auf die fehlende Erlaubnisfähigkeit aufgrund des staatlichen Sportwettenmonopols, sondern auf nunmehr geltend gemachte Verstöße gegen formelle und materielle Erlaubnisvorschriften des GlüStV gestützt wird, offensichtlich die Identität des Verwaltungsaktes oder dessen Wesensgehalt nicht mehr als gewahrt (vgl. BVerwG vom 11.7.2011 Az. 8 C 11.10 <juris> RdNr. 53 unter Hinweis auf die Kommentierung von Rennert in Eyermann, VwGO, Kommentar, 13. Aufl. 2010, § 114 RdNr. 89). Nichts anderes gilt, wenn die Untersagungsverfügung wie im

Fall des Klägers ursprünglich (noch) auf die Verwirklichung des Straftatbestands des § 284 Abs. 1 StGB (in Verbindung mit der ordnungsrechtlichen Befugnisnorm des Art. 7 Abs. 2 Nr. 1 LStVG) gestützt wurde, weil das gewerbliche Veranstalten von Wetten durch private Wettunternehmen und die Vermittlung von Wetten, die nicht vom Freistaat Bayern veranstaltet werden, weiterhin als verboten angesehen und ordnungsrechtlich unterbunden werden dürften (vgl. dazu die Gründe der Bescheide der Beklagten vom 19.7.2004, Bl. 55 ff. der Behördenakten, und vom 20.4.2006, Bl. 190 ff. der Behördenakten).

71 Der Gesetzgeber wollte nach dem Sechsten VwGO-Änderungsgesetz mit § 114 Satz 2 VwGO lediglich entsprechend und im Umfang der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts klarstellen, dass die Verwaltung auch noch während des gerichtlichen Verfahrens materiell-rechtlich relevante Ermessenserwägungen in den Prozess einführen kann. Dies ergibt sich schon aus der Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung. Im ursprünglichen Gesetzentwurf der Bundesregierung sollte § 114 VwGO folgender Satz 2 angefügt werden: „Die Verwaltungsbehörde kann die Begründung des angefochtenen Verwaltungsakts noch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ergänzen.“ (vgl. BT-Drs. 13/3993 S. 5). Der Rechtsausschuss des Bundestags hat dann jedoch die Empfehlung des Bundesrates aufgegriffen, in dieser Ergänzung des § 114 VwGO klarer zum Ausdruck zu bringen, dass es nicht um die Heilung formeller Begründungsmängel, sondern statt dessen um die Ergänzung materiell-rechtlich relevanter Ermessenserwägungen geht. Dementsprechend wurde vom Rechtsausschuss die (neue) Formulierung vorgeschlagen, der der Gesetzgeber schließlich mit der aktuellen Fassung des § 114 Satz 2 VwGO gefolgt ist (vgl. BT-Drs. 30/3993 S. 21 und 13/5098 S. 8). Zur Begründung seines Vorschlags hat der Rechtsausschuss des Bundestags u.a. ausgeführt: Entsprechend der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts wird klargestellt, dass die Verwaltung auch noch während des gerichtlichen Verfahrens materiell-rechtlich relevante Ermessenserwägungen in den Prozess einführen kann (vgl. BT-Drs.13/5098 S. 24). Etwaige Befürchtungen, eine solche Fassung der Vorschrift gestatte die Änderung des Verwaltungsaktes in seinem Wesensgehalt, hatte bereits der Bundesrat bei seinem Formulierungsvorschlag für unberechtigt erklärt (vgl. BT-Drs. 30/3993 S. 21).

72 Das Nachschieben von Gründen war auch bereits vor Inkrafttreten des § 114 Satz 2 VwGO nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in weitem Umfang, jedoch nur bis zur Grenze der „Wesensveränderung“ des Verwaltungsaktes

zulässig (vgl. BVerwG vom 5.5.1998 Az. 1 C 17.97 <juris> RdNr. 37 ff. m.w. Rspr.-nachweisen). Diese Grenze der Ergänzung von Ermessenserwägungen sollte - wie oben dargelegt - auch im Rahmen des § 114 Satz 2 VwGO weiter gelten.

73 Das Bundesverwaltungsgericht hat in ständiger Rechtsprechung die Grenzen der Zulässigkeit eines Nachschiebens von Gründen dahingehend beschrieben, dass dies nur dann zulässig sei, wenn die nachträglich vorgebrachten Gründe schon bei Erlass des streitigen Verwaltungsakts vorlagen, dieser durch sie nicht in seinem Wesen geändert und der Kläger nicht in seiner Rechtsverteidigung beeinträchtigt wird (vgl. BVerwG vom 14.10.1965 BVerwGE 22, 215/218; vom 27.1.1982 BVerwGE 64, 356/358; vom 5.5.1998 BVerwGE 106, 351/363). Dem zeitlichen Moment kann dabei vorliegend jedoch schon deshalb keine entscheidende Bedeutung zukommen, weil die in der früheren Rechtsprechung aufgestellte Regel, es komme bei Anfechtungsklagen stets auf den Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung an (vgl. dazu Schmidt in Eyermann, VwGO, Kommentar, 13. Aufl. 2010, § 113 RdNr. 45 m.w.N.), unabhängig davon, dass sie heute in dieser Allgemeinheit auch nicht mehr aufrecht erhalten wird, jedenfalls bei einem Dauerverwaltungsakt nicht greift; nachträgliche Veränderungen der Sach- oder Rechtslage nach Abschluss des Verwaltungsverfahrens sind hier gerade zu berücksichtigen. Auch die Grenze einer unzulässigen Beeinträchtigung in der Rechtsverteidigung des Betroffenen sieht der Senat hier nicht als ausschlaggebend an, weil der Betroffene jedenfalls Gelegenheit hat, auf derartige veränderte Umstände durch eine Erledigungserklärung oder auch eine Feststellungsklage angemessen prozessual zu reagieren (vgl. dazu Rennert, a.a.O., § 114 RdNr. 92).

74 Anders verhält es sich jedoch mit der Grenze der „Wesensveränderung“ des Verwaltungsakts. Denn der Austausch einer Begründung bzw. das Nachschieben von Ermessenserwägungen soll nicht dazu führen, dass dem Kläger im Rahmen seiner Anfechtungsklage ein völlig anderer Verfahrensgegenstand aufgedrängt wird (vgl. dazu Schenke, VerwArch Bd. 90, 232/251). Geht man weiter zutreffend davon aus, dass sich die Wesensbestimmung eines Verwaltungsaktes nicht allein am Entscheidungssatz (d.h. seinem Tenor) festmachen lässt, sondern bei Ermessensverwaltungsakten auch der Ermessensbetätigung der Behörde entscheidender Anteil an der Wesensbestimmung zukommt (vgl. Schenke, a.a.O., S. 252 und 256 ff. m.w.N.), sprechen gewichtige Gründe dafür, dass die angefochtene Untersagungsverfügung bei einem nunmehrigen Abstellen der Behörde auf das Fehlen individueller Erlaub-

nisvoraussetzungen, die - bezogen auf Bayern - eigentlich von einer anderen Behörde in einem eigenständigen Verwaltungsverfahren zu prüfen wären, in seinem Wesen verändert und die Identität des angefochtenen Verwaltungsaktes dadurch entscheidend in Frage gestellt wird (so im Ergebnis auch BVerwG vom 11.7.2011 Az. 8 C 11.10 <juris> RdNr. 53; OVG NRW vom 29.9.2011 Az. 4 A 17/08 <juris> RdNr. 195 sowie vom 27.10.2011 Az. 4 B 1139/11 <juris> RdNr. 14). Dem kann nicht entgegengehalten werden, auch die ergänzten Ermessenserwägungen der Beklagten bezögen sich wie bereits die Gründe des Ausgangsbescheids maßgeblich auf das Fehlen einer erforderlichen Erlaubnis zur Vermittlung von Glücksspielen. Denn es liegt auf der Hand, dass die Ausgangslage des angefochtenen Bescheids, bei der nach folgerichtiger Auffassung der Beklagten zunächst aufgrund des uneingeschränkten Verbots der privaten Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten (vgl. Art. 2 des Gesetzes über die vom Freistaat Bayern veranstalteten Lotterien und Wetten -StaatslotterieG- vom 29.4.1999, GVBl S. 226) und später aufgrund des staatlichen Sportwettenmonopols nach § 10 Abs. 2 und 5 GlüStV eine Erlaubniserteilung von vorneherein nicht in Betracht kam, durch den Wegfall des staatlichen Sportwettenmonopols grundlegend verändert wird. Die Prüfung und Beurteilung des Vorliegens individueller Erlaubnisvoraussetzungen für die Erteilung einer nach Wegfall des Sportwettenmonopols grundsätzlich möglichen Erlaubniserteilung an private Wettveranstalter und Wettvermittler ist eine vollkommen neue und andere Entscheidungsbasis. Demgemäß kann auch nicht mehr von einer Ergänzung von Ermessenserwägungen, sondern nur mehr von einem völligen Austausch gesprochen werden (vgl. BVerwG vom 11.7.2011 Az. 8 C 11.10 <juris> RdNr. 53; OVG NRW zuletzt vom 27.10.2011 Az. 4 B 1139/11 <juris> RdNr. 14).

- 75 Das Nachschieben von Gründen durch die Beklagte im vorliegenden Fall kann auch nicht als Neuerlass einer entsprechenden Untersagungsverfügung unter konkludenter Rücknahme der ursprünglichen Verfügung verstanden werden. Denn eine diesbezügliche Willensbetätigung lässt sich den Äußerungen der Beklagten im Verfahren auch nicht ansatzweise entnehmen. Die von der Beklagten ergänzend herangezogenen Gründe für die Aufrechterhaltung ihrer Untersagungsverfügung können daher gegebenenfalls nur im Rahmen eines neuen Bescheids Berücksichtigung finden.
- 76 Nach alledem war das durch die Untersagungsverfügung angeordnete Unterlassungsgebot der Beklagten mit Wirkung für die Zukunft aufzuheben. Auch die diesbezügliche Zwangsmittellandrohung hat damit insoweit keinen Bestand.

- 77 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten im Vorverfahren ist für notwendig zu erklären, weil es dem Kläger bei der Schwierigkeit und dem Umfang des Verfahrens nach seinen persönlichen Verhältnissen nicht zumutbar war, das Vorverfahren allein zu betreiben (§ 162 Abs. 2 Satz 2 VwGO).
- 78 Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung beruht auf § 167 VwGO i.V.m. §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.
- 79 Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 132 Abs. 2 VwGO nicht erfüllt sind.

Rechtsmittelbelehrung

- 80 Nach § 133 VwGO kann die Nichtzulassung der Revision durch Beschwerde zum Bundesverwaltungsgericht in Leipzig angefochten werden. Die Beschwerde ist beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof (in München Hausanschrift: Ludwigstraße 23, 80539 München; Postfachanschrift: Postfach 34 01 48, 80098 München; in Ansbach: Montgelasplatz 1, 91522 Ansbach) innerhalb eines Monats nach Zustellung dieser Entscheidung schriftlich einzulegen und innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieser Entscheidung zu begründen. Die Beschwerde muss die angefochtene Entscheidung bezeichnen. In der Beschwerdebegründung muss die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt oder die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts, von der die Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs abweicht, oder der Verfahrensmangel bezeichnet werden.
- 81 Vor dem Bundesverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten, außer in Prozesskostenhilfverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eingeleitet wird. Als Prozessbevollmächtigte zugelassen sind neben Rechtsanwälten und Rechtslehrern an den in § 67 Abs. 2 Satz 1 VwGO genannten Hochschulen mit Befähigung zum Richteramt nur die in § 67 Abs. 4 Satz 4 VwGO und in §§ 3, 5

