

## Oberverwaltungsgericht NRW, 4 A 1965/07

---

**Datum:** 08.12.2011  
**Gericht:** Oberverwaltungsgericht NRW  
**Spruchkörper:** 4. Senat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 4 A 1965/07

---

**Tenor:** Die Berufung wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

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

Die Revision wird nicht zugelassen.

- 
- Tatbestand: 1
- Die Klägerin betreibt seit 1987 eine Spielhalle in der Betriebsstätte H.----platz 1 in F. . Seit 1999 vermittelte sie dort mit Erlaubnis der zuständigen Behörde vorübergehend auch Pferdewetten. Bei einer Überprüfung am 26. Mai 2004 stellten zwei Mitarbeiter der Beklagten fest, dass die Klägerin ein Online-Terminal (Tipomat) aufgestellt hatte, über das ihre Kunden im Wege der Selbstbedienung Sportwetten bei dem in P. ansässigen Anbieter D. abschließen konnten. Die Mitarbeiter der Beklagten forderten die anwesende Aufsichtsperson mündlich auf, die Vermittlung von Sportwetten sofort, spätestens jedoch mit Ablauf des 26. Mai 2004 einzustellen, und übergaben ihr ein Merkblatt mit Hinweisen zur Strafbarkeit der Vermittlung von Sportwetten an private Wettveranstalter. Die Klägerin stellte den Betrieb des Tipomaten noch am selben Tag ein. 2
- Mit Schreiben vom 31. Mai 2004 erhob die Klägerin gegen die Einstellungsanordnung "vorsorglich Widerspruch", sofern diese als Ordnungsverfügung gelte. Mit Schreiben vom 17. Juni 2004 an die Klägerin erklärte die Beklagte, dass mit der mündlichen Aufforderung zur Einstellung der Sportwettenvermittlung keine Ordnungsverfügung erlassen worden sei. Vielmehr sei der Klägerin lediglich Gelegenheit gegeben worden, die unzulässige Sportwettenvermittlung freiwillig einzustellen. An dieser Auffassung hielt die Beklagte auch im weiteren Schriftverkehr fest. Mit Schreiben vom 5. August 2004 bekräftigte die Klägerin ihre Auffassung, dass die Aufforderung vom 26. Mai 2004 als Ordnungsverfügung zu qualifizieren sei, und teilte mit, sie halte den Widerspruch aufrecht. Daraufhin legte die Beklagte den Vorgang der Bezirksregierung E. als Widerspruchsbehörde vor. 3
- Mit Widerspruchsbescheid vom 20. Oktober 2004 wies die Bezirksregierung E. den Widerspruch als unbegründet zurück. Die Aufforderung, die Vermittlung von Sportwetten spätestens mit Ablauf des 26. Mai 2004 einzustellen, sei als mündlicher Verwaltungsakt zu 4

qualifizieren, der seine Rechtsgrundlage in § 14 Abs. 1 OBG NRW finde. Mit dem Aufstellen des Tipomaten leiste die Klägerin strafbare Beihilfe zur unerlaubten Veranstaltung eines Glücksspiels (§ 284 StGB). Insoweit sei unerheblich, ob die Regelungen des Landes Nordrhein-Westfalen über die Zulassung von Unternehmen zur Veranstaltung von Glücksspielen, insbesondere von Sportwetten, mit der Dienstleistungsfreiheit vereinbar seien. Entscheidend sei, dass die Fa. D. nicht im Besitz einer Erlaubnis sei.

Am 10. November 2004 hat die Klägerin Klage erhoben. Zur Begründung hat sie im Wesentlichen geltend gemacht: Die mündliche Ordnungsverfügung sei schon nicht hinreichend bestimmt. Es sei nicht ersichtlich, was genau untersagt worden sei und worauf sich die Ordnungsverfügung stütze. In der Betriebsstätte werde weder eine Sportwette veranstaltet noch würden Sportwetten an den Veranstalter in P. vermittelt. Das Zurverfügungstellen eines Internetterminals, über welches der Kunde auf jede erdenkliche Homepage unterschiedlichster Anbieter gehen könne, könne nicht pauschal untersagt werden, zumal auch die Westdeutsche Lotteriegesellschaft Sportwetten im Internet anbiete. Im Übrigen sei der Wettveranstalter im Besitz einer ihm in P. erteilten Konzession, die es ihm erlaube, sein Angebot auch über das Internet zu vertreiben. Der Straftatbestand des § 284 StGB sei nicht erfüllt bzw. dürfe nicht angewandt werden, weil das staatliche Glücksspielmonopol gemeinschaftsrechtswidrig sei. Die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit des Veranstalters werde in unzulässiger Weise beschränkt. Solange dies der Fall sei, könne gegen private Sportwettenanbieter weder verwaltungs- noch strafrechtlich vorgegangen werden. Die Verfügung sei zudem verfassungswidrig. Für die Zeit bis zum 28. März 2006 ergebe sich dies aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom selben Tag. Für den anschließenden Zeitraum folge dies daraus, dass das Land Nordrhein-Westfalen den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts nach wie vor nicht entsprochen habe.

Die Klägerin hat beantragt,

die mündliche Ordnungsverfügung des Beklagten vom 26. Mai 2004 in Gestalt des Widerspruchsbescheides der Bezirksregierung E. vom 20. Oktober 2004 aufzuheben

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat u.a. geltend gemacht, schon die mündliche Ordnungsverfügung sei hinreichend bestimmt gewesen. Jedenfalls habe aber der Widerspruchsbescheid der Ordnungsverfügung die hinreichende Bestimmtheit vermittelt.

Mit Urteil vom 25. April 2007, der Klägerin zugestellt am 18. Mai 2007, hat das Verwaltungsgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Die mündliche Ordnungsverfügung sei bestimmt genug gewesen. Die Aufforderung, die Vermittlung von Sportwetten über den Wettautomaten einzustellen, sei eindeutig gewesen und von der Klägerin offenbar auch so verstanden worden. Ob die Beklagte die Aufforderung von Anfang an als förmliche Regelung angesehen habe, sei unerheblich. Die Ordnungsverfügung finde ihre Rechtsgrundlage in § 14 OBG NRW. Die Vermittlung von Sportwetten ohne Erlaubnis sei eine Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Das in § 1 Abs. 1 Satz 2 Sportwettengesetz (SpWG) NRW festgeschriebene Staatsmonopol sei zwar verfassungswidrig, könne aber nach der im Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 getroffenen Übergangsanordnung noch bis Ende 2007 den Erlass von Untersagungsverfügungen rechtfertigen. Seit dem 19. April 2006 habe das Land Nordrhein-Westfalen die notwendigen Maßnahmen im Sinne des Urteils des Bundesverfassungsgerichts jedenfalls für den Bereich der Oddset-Wetten eingeleitet. Vor diesem Hintergrund verstoße die angefochtene Verfügung auch nicht gegen Gemeinschaftsrecht. Durch die Übergangsanordnung des

Bundesverfassungsgerichts und deren bundesweite Umsetzung sei zugleich ein gemeinschaftsrechtskonformer Zustand hergestellt worden.

Mit ihrer vom Verwaltungsgericht zugelassenen Berufung verfolgt die Klägerin ihr Anfechtungsbegehren weiter. Sie ist der Meinung, das Glücksspielmonopol sei verfassungs- und europarechtswidrig. Für die Regelungen des Sportwettengesetzes NRW folge dies aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006. Für die Vergangenheit habe die Übergangsanordnung des Bundesverfassungsgerichts schon keine Wirkung entfaltet; für die nachfolgende Zeit fehle es an einer ausreichenden Umsetzung der verfassungsgerichtlichen Maßgaben. Dies gelte insbesondere für die Werbepaxis der staatlichen Wettanbieter. Abgesehen davon sei die Übergangsanordnung des Bundesverfassungsgerichts nicht geeignet gewesen, einen europarechtskonformen Rechtszustand zu schaffen. Auch durch den Glücksspielstaatsvertrag und das Ausführungsgesetz NRW sei ein solcher Zustand nicht hergestellt worden. Vor allem im Hinblick auf die gewerblichen Spielhallen fehle es an der erforderlichen Kohärenz der Glücksspielpolitik. Infolgedessen könne der Klägerin nicht entgegen gehalten werden, dass weder sie noch der Veranstalter der Sportwetten im Besitz einer Erlaubnis nach § 4 Abs. 1 GlüStV seien. Die Untersagungsverfügung könne auch nicht mit der Erwägung aufrechterhalten werden, dass § 5 Abs. 3 GlüStV AG NRW den Betrieb einer Annahmestelle für Sportwetten und Lotterien in einer Spielhalle verbiete. Die Beklagte habe bei Erlass der Ordnungsverfügung nicht die Absicht gehabt, das Trennungsgebot durchzusetzen. Im Gegenteil habe sie, die Klägerin, seinerzeit in der Betriebsstätte mit behördlicher Erlaubnis Pferdewetten vermittelt. Ein Auswechseln der Gründe durch die Heranziehung des § 5 Abs. 3 GlüStV AG NRW veränderte die Ordnungsverfügung in ihrem Wesen und verstieße gegen § 114 VwGO. Davon gehe ersichtlich auch das Bundesverwaltungsgericht aus, denn es habe im Urteil vom 24. November 2010 im Verfahren 8 C 2.10 gerade nicht auf das inhaltsgleiche Trennungsgebot im Ausführungsgesetz des Landes Baden-Württemberg zum Glücksspielstaatsvertrag zurückgegriffen. Im Übrigen könne ein zunächst rechtswidriger Dauerverwaltungsakt durch eine Änderung der Sach- und Rechtslage nicht rechtmäßig werden. Schließlich sei das Trennungsgebot des § 5 Abs. 3 GlüStV AG NRW verfassungs- und unionsrechtswidrig. Der Betrieb einer Annahmestelle für Sportwetten in einer Spielhalle berge keine zusätzlichen Gefahren, weil schon der Spielhallenbetrieb mit zahlreichen Vorkehrungen zum Spielerschutz einhergehe. Schließlich verstoße das zusätzliche Aufstellen eines Wettterminals in einer Spielhalle auch nicht gegen § 9 SpielV. In der Spielverordnung sei eine solche Trennung nicht vorgesehen.

Die Klägerin beantragt, 13

das angefochtene Urteil zu ändern und die Ordnungsverfügung der Beklagten vom 26. Mai 2004 in Gestalt des Widerspruchsbescheides der Bezirksregierung E. vom 20. Oktober 2004 aufzuheben. 14

Die Beklagte beantragt, 15

die Berufung zurückzuweisen. 16

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der beigezogenen Verwaltungsvorgänge Bezug genommen. 17

Entscheidungsgründe: 18

Die Berufung ist unbegründet. Das Verwaltungsgericht hat die Klage im Ergebnis zu Recht abgewiesen. 19

Die Klage ist zulässig. Die Klägerin durfte die mündliche Aufforderung vom 26. Mai 2004, die Vermittlung von Sportwetten sofort, spätestens jedoch mit Ablauf desselben Tages einzustellen, 20

nach Lage der Dinge als Verwaltungsakt im Sinne von § 35 VwVfG NRW verstehen. Insbesondere aus der Fristsetzung für die Betriebseinstellung ergab sich bei verständiger Würdigung, dass es sich nicht nur um eine Belehrung über die Rechtslage, sondern um eine verbindliche und zu befolgende Anordnung mit Regelungscharakter handelte. Dies hat im Übrigen der Widerspruchsbescheid vom 20. Oktober 2004 ausdrücklich klargestellt.

Die Klage ist jedoch nicht begründet. Die Ordnungsverfügung der Beklagten vom 26. Mai 2004 in Gestalt des Widerspruchsbescheides der Bezirksregierung E. vom 20. Oktober 2004 ist im Ergebnis rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO). 21

Durchgreifende formelle Bedenken gegen die Ordnungsverfügung bestehen nicht. Sie war von vornherein hinreichend bestimmt, nämlich darauf gerichtet, dass die Klägerin den Betrieb des Tipomaten spätestens mit Ablauf des 26. Mai 2004 einstellte. So hat die Klägerin die Aufforderung auch verstanden und befolgt. Ein Verstoß gegen das Schriftformerfordernis des § 20 Abs. 1 OBG NRW liegt ebenfalls nicht (mehr) vor. Soweit man nicht einen Fall des § 20 Abs. 1 Satz 2 OBG NRW annimmt, ist der Formmangel durch den Widerspruchsbescheid vom 20. Oktober 2004 entsprechend § 45 VwVfG NRW geheilt worden. 22

Die Ordnungsverfügung in Gestalt des Widerspruchsbescheides ist auch materiell rechtmäßig. Die Untersagung der Sportwettenvermittlung ist ein Dauerverwaltungsakt, für dessen rechtliche Beurteilung es auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Entscheidung des Senats ankommt. Weder der Glücksspielstaatsvertrag noch die nordrhein-westfälischen Ausführungsbestimmungen regeln einen abweichenden Zeitpunkt. 23

Vgl. Urteil des Senats vom 29. September 2011 24

- 4 A 17/08 -; ferner BVerfG, Beschluss vom 22. November 2007- 1 BvR 2218/06, Rn. 38; BVerwG, Urteile vom 11. Juli 2011 - 8 C 11.10 -, Rn. 16 ff., und vom 24. November 2010 - 8 C 15.09 -, Rn. 21, jeweils juris. 25

Hiervon ausgehend ist § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 GlüStV als Rechtsgrundlage der streitigen Untersagungsverfügung heranzuziehen. Nach dieser Vorschrift kann die zuständige Behörde des jeweiligen Landes – in diesem Fall gemäß § 18 Abs. 3 GlüStV AG NRW die Beklagte - die Veranstaltung, Durchführung und Vermittlung unerlaubter Glücksspiele und die Werbung hierfür untersagen. Die tatbestandlichen Voraussetzungen der Vorschrift liegen vor. 26

Das Bereitstellen des Tipomaten in der Betriebsstätte der Klägerin ist – selbst wenn die Klägerin beim Abschluss einzelner Wetten durch ihre Kunden keine weitere Tätigkeiten entfaltet - als Veranstaltung und/oder Vermittlung eines Glücksspiels zu qualifizieren. Nach der Legaldefinition in § 3 Abs. 4 GlüStV wird ein Glücksspiel dort veranstaltet und vermittelt, wo dem Spieler die Möglichkeit zur Teilnahme eröffnet wird. Im Übrigen spricht der Umstand, dass die Klägerin Gewinne bis zu 500 Euro sofort in bar und höhere Gewinne binnen 48 Stunden per Scheck oder in bar auszahlt, dafür, dass sie nicht nur durch die Aufstellung des Tipomaten "vermittelnd" zwischen ihren Kunden und der Fa. D. tätig ist. 27

Die Vermittlungstätigkeit der Klägerin ist auch unerlaubt. Weder die Fa. Cash-point noch die Klägerin verfügen über die nach § 4 Abs. 1 GlüStV erforderliche Erlaubnis zur Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten in Nordrhein-Westfalen. Auf eine der Fa. D. in P. erteilte Erlaubnis kann sich die Klägerin nicht berufen. Der europarechtlich bestehende Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum eines jeden Mitgliedsstaates schließt eine transnationale Geltung von Glücksspielerlaubnissen zumindest dort von vornherein aus, wo nationale Vorschriften – wie es in Deutschland für Sportwetten der Fall ist – die Erteilung solcher Erlaubnisse durch den jeweiligen Mitgliedsstaat vorsehen, um eine Beschränkung der 28

Glücksspielaktivitäten sicherzustellen. Eine Verpflichtung zur gegenseitigen Anerkennung nationaler Erlaubnisse besteht nicht.

Vgl. EuGH, Urteile vom 3. Juni 2010, C-258/08 (Ladbrokes) -, Rn. 54 und 29  
C-203/08 (Betfair), Rn.33, vom 8. September 2010 – Rs. C-316/07 u.a. (Markus Stoß u.  
112 ff. und – Rs. C-46/08 (Carmen Media) – Rn. 44; BVerwG, Urteil vom 1. Juni 2011 –  
11.10 -, Rn. 39, jeweils juris.

Der Umstand, dass das in § 4 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 10 Abs. 2 und 5 GlüStV verankerte Sportwettenmonopol nach der Rechtsprechung des Senats gegen Europarecht verstößt, 30

vgl. Urteil vom 29. September 2011 - 4 A 17/08 -, juris, 31

steht der Annahme nicht entgegen, die Klägerin vermittele unerlaubte Glücksspiele. Denn der Erlaubnisvorbehalt § 4 Abs. 1 Satz 1 GlüStV ist nicht "monopolakzessorisch", sondern unabhängig von Gültigkeit und Bestand des staatlichen Glücksspielmonopols allgemein geltendes Recht. 32

BVerwG, Urteil vom 24. November 2010 – 8 C 13/09 -, Rn. 73 und 77, so ersichtlich 33  
auch Urteile vom 1. Juni 2011 – 8 C 2.10 – Rn. 55, - 8 C 11.10 – Rn. 53; OVG NRW, Beschl vom 22. März 2011 – 4 B 971/10 -; BayVG, Urteil vom 20. September 2011 – 10 BV 10.2. OVG Berlin-Bbg., Beschlüsse vom 26. Oktober 2010 - 1 S 154/10 - und vom 14. Januar 2011 - 1 S 221/10 -; Nds. OVG, Urteil vom 21. Juni 2011 - 11 LC 348/10 -; OVG Rh.-Pf., Beschluss vom 8. Dezember 2010 - 6 B 11013/10 -; Sächs. OVG, Beschluss vom 4. Januar 2011 - 3 I 507/09 -, jeweils juris; Schmitt, ZfWG 2011, 22 ff.; a.A. Koenig/Bache, ZfWG 2011, 7 ff.; Streinz/Kruis, NJW 2010, 3745, 3749 f.

Unanwendbar ist der Erlaubnisvorbehalt des § 4 Abs. 1 GlüStV nur insoweit, als nicht allein der Umstand, dass ein Privater die Erlaubnis begehrt, einen Versagungsgrund darstellt. 34

Gegen eine Monopolakzessorietät des Erlaubnisvorbehalts spricht bereits der Wortlaut des § 4 Abs. 1 Satz 1 GlüStV. Dieser stellt keinerlei Bezug zum Monopol her. Die Vorschrift enthält wie auch § 4 Abs. 1 GlüStV AG NRW insbesondere keine unmittelbar mit einem staatlichen Sportwettenmonopol zusammenhängenden oder daran anknüpfenden Anforderungen. Die Regelungssystematik spricht ebenfalls für eine Trennbarkeit beider Regelungen. Der Erlaubnisvorbehalt ist im ersten Abschnitt des Glücksspielstaatsvertrages ("Allgemeine Vorschriften") enthalten. Das staatliche Sportwettenmonopol ist hingegen im zweiten Abschnitt ("Aufgaben des Staates") geregelt. Aus einer möglichen Rechtswidrigkeit einer Spezialvorschrift folgt aber nicht die Unanwendbarkeit auch der allgemeinen Norm. Dies gilt jedenfalls dann, wenn – wie hier – keine einheitliche Regelung geschaffen wurde. Angesichts des Umstandes, dass die europarechtliche Problematik der Monopolregelung dem Gesetzgeber vor Augen stand, spricht ferner alles dafür, dass er bewusst differenziert hat. 35

Auch Sinn und Zweck des präventiven Erlaubnisverfahrens bestehen nicht allein darin, das Angebotsmonopol durchzusetzen. Vielmehr gewährleistet die Erlaubnispflicht, dass Sportwetten nur durch zuverlässige Personen vermittelt werden, die einen ordnungsgemäßen, den gesetzlichen Vorgaben genügenden Vertrieb der Wettangebote garantieren. Damit stellt § 4 Abs. 1 Satz 1 GlüStV insbesondere sicher, dass die ordnungsrechtlichen Beschränkungen der Vermittlung von Glücksspielangeboten jeder Art beachtet werden. 36

Vgl. BVerwG, Urteil vom 24. November 2010 37

- 8 C 13.09 -, Rn. 73 ff., juris. 38

39

Bezweckt der Gesetzgeber mit der generellen Erlaubnispflicht, dass keine Glücksspiele ohne vorherige Prüfung angeboten werden können, kann nicht davon ausgegangen werden, dass er ohne das staatliche Monopol auf die Erlaubnispflicht verzichtet hätte. Sieht er diese selbst für staatliche Veranstalter vor, hätte er sie erst recht für private Anbieter für erforderlich gehalten.

Vgl. Sächs. OVG, Beschluss vom 4. Januar 2011 - 3 B 507/09 -, juris; a.A. 40  
Streinz/Kruis, NJW 2010, 3745, 3749 f.; Koenig/Bache, ZfWG 2011, 7 ff.

Ein Erlaubnisvorbehalt wie der hier in Rede stehende ist als solcher auch mit dem Europarecht 41  
vereinbar. Die damit verbundene Einschränkung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs (Art. 49 und 56 AEUV) ist durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt. Die Erlaubnispflicht dient als Präventivmaßnahme der Suchtvorbeugung und -bekämpfung, dem Jugend- und Spielerschutz sowie der Kriminalitätsbekämpfung. Die Beschränkung der genannten Grundfreiheiten ist, ausgehend von einer weiten Einschätzungsprärogative der Mitgliedstaaten im Bereich des Glücksspiels,

vgl. dazu EuGH, Urteile vom 24. März 1994 - Rs. C-275/92 (Schindler) -, Rn. 61, vom 42  
6. März 2007 – Rs. C-338/04 (Placanica) -, Rn. 48, vom 6. November 2003 – Rs. C-243/01  
(Gambelli) -, Rn. 63, vom 8. September 2009 - Rs. C-42/07 (Liga Portuguesa) -, Rn. 57 ff.,  
3. Juni 2010 - Rs. C-203/08 (Betfair) -, Rn. 30 ff., vom 8. Juli 2010 - Rs. C-447 u. 448/08  
(Sjöberg) -, Rn. 42 f., und vom 8. September 2010 – Rs. C-316/07 u.a. (Markus Stoß u.a.) -  
76 ff., jeweils juris,

auch verhältnismäßig. Sie ist geeignet, die Verwirklichung dieser Ziele zu gewährleisten und 43  
geht auch nicht über das hinaus, was hierzu erforderlich ist. Insoweit ist insbesondere von Bedeutung, dass der Eingriff durch einen Erlaubnisvorbehalt von deutlich geringerem Gewicht ist als die Beschränkung durch ein Staatsmonopol.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 24. November 2010 44

- 8 C 13.09 -, Rn. 83, juris. 45

Ferner beruht das präventive Erlaubnisverfahren angesichts der in § 4 Abs. 2 bis 4 GlüStV und 46  
§ 4 Abs. 1 Satz 1 GlüStV AG NRW genannten Tatbestandsvoraussetzungen auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien. Sind diese Anforderungen erfüllt, "soll" nach § 4 Abs. 1 Satz 2 GlüStV AG NRW die Erlaubnis erteilt werden. Das danach bestehende Ermessen ist kein freies, sondern nach den Maßgaben des § 40 VwVfG NRW, insbesondere durch den Zweck der Ermächtigung, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und die Grundrechte und -freiheiten, begrenzt und erlaubt eine den rechtsstaatlichen Anforderungen genügende gerichtliche Überprüfung.

Zu diesen Anforderungen vgl. EuGH, Urteil vom 8. September 2010 - Rs. C-46/08 47  
(Carmen Media) -, Rn. 87 ff.; wie hier BayVGH, Urteil vom 20. September 2011 – 10 BV  
10.2449 -, juris; Schmitt, ZfWG 2011, 22 ff.; a.A. – allerdings ohne Berücksichtigung der  
landesrechtlichen Ausführungsgesetze – Koenig/Bache, ZfWG 2011, 7 f.

Das der Beklagten mithin nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 GlüStV eröffnete Ermessen rechtfertigt 48  
und erfordert die vollständige Untersagung des Betriebes des Tipomaten. Zwar liegen der angefochtenen Ordnungsverfügung in der Fassung des Widerspruchsbescheides Ermessenserwägungen zugrunde, die (bis heute) fehlerhaft sind, indem maßgeblich darauf abgestellt wird, dass die Fa. D. keine Erlaubnis zur Veranstaltung von Sportwetten in Nordrhein-Westfalen besitzt und eine Erlaubnis wegen des staatlichen Monopols auch nicht erhalten könne. Denn unter den gegebenen Umständen rechtfertigt der Erlaubnisvorbehalt als solcher nicht die vollständige Untersagung der Sportwettenvermittlung.

Vgl. Senatsurteil vom 29. September 2011	49
- 4 A 17/08 -, juris.	50
Dieser Ermessensfehler ist jedoch unbeachtlich, weil die Tätigkeit der Klägerin materiell schlechterdings nicht erlaubnisfähig ist und infolgedessen das Ermessen der Beklagten im hier maßgeblichen Zeitpunkt der Entscheidung des Senats auf die getroffene Maßnahme (Untersagung der Sportwettenvermittlung bzw. des Betriebs des Tipomaten) reduziert ist.	51
Vgl. – zur Ermessensreduzierung wegen Verstoßes gegen das Trennungsgebot des § 21 Abs. 2 GlüStV - BVerwG, Urteil vom 24. November 2010 – 8 C 13.09 -, Rn. 72 a.E.	52
Die fehlende Erlaubnisfähigkeit ergibt sich aus § 5 Abs. 3 GlüStV AG NRW. Nach dieser Vorschrift darf eine Annahmestelle nach § 5 Abs. 1 GlüStV AG NRW nicht in einer Spielhalle oder einem ähnlichen Unternehmen im Sinne des § 33i GewO eingerichtet werden. Zwar betreibt die Klägerin keine Annahmestelle nach § 5 Abs. 1 GlüStV AG NRW; sie verfügt weder über eine behördliche Erlaubnis nach § 4 GlüStV AG NRW noch vermittelt sie aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags Sportwetten und Lotterien für einen Veranstalter von Glücksspielen in Nordrhein-Westfalen (§ 3 Abs. 1 GlüStV AG NRW). Das Trennungsgebot des § 5 Abs. 3 GlüStV AG NRW ist jedoch entsprechend auf Annahme- und Vermittlungsstellen anzuwenden, die ohne behördliche Erlaubnis für Sportwettenveranstalter jenseits von § 3 Abs. 1 GlüStV AG NRW tätig sind. Denn insoweit muss unterstellt werden, dass der Gesetzgeber – hätte er die Veranstaltung von Sportwetten durch andere als die in § 3 Abs. 1 GlüStV AG NRW genannten Veranstalter für zulässig erachtet – für sie dieselbe Regelung getroffen hätte. Nach der amtlichen Begründung zu § 5 Abs. 3 GlüStV AG NRW fußt das Trennungsgebot auf der Erwägung, dass eine Kumulation des staatlichen Glücksspielangebotes mit dem gewerblichen Glücksspielangebot in Spielhallen mit den Zielen des Glücksspielstaatsvertrages nicht vereinbar wäre.	53
LT-Drs. 14/4849, S. 38.	54
Zu den Zielen des Glücksspielstaatsvertrages gehört u.a. die Bekämpfung der Spiel- und Wettsucht (§ 1 Nr. 1 GlüStV). Diesem Ziel liefe es zuwider, wenn Annahmestellen für Sportwetten in einer Spielhalle eingerichtet werden dürften. Hierdurch würde die Gelegenheit zum Wetten in einer Umgebung eröffnet, in der sich Personen aufhalten, von denen eine beträchtliche Zahl anfällig für die Entwicklung einer Spiel- oder Wettsucht ist. Insoweit ist davon auszugehen, dass das Automatenspiel die meisten Spieler mit problematischem oder pathologischem Spielverhalten hervorbringt und ca. 30% bis 50% des Umsatzes im Automatenbereich von spielsüchtigen oder spielsuchtgefährdeten Personen generiert wird.	55
Vgl. im Einzelnen die Darstellung im Urteil des Senats vom 29. September 2011 – 4 A 17/08 -, juris.	56
Die räumliche Verknüpfung einer gewerblichen Spielhalle mit einer Annahmestelle für Sportwetten würde daher für die Besucher der Spielhalle einen nach der Zielsetzung des Glücksspielstaatsvertrags unerwünschten Anreiz bieten, sich auch dem Wetten zuzuwenden. Ebenso könnten durch eine Kumulation beider Angebote die Kunden der Annahmestelle für Sportwetten unerwünschter Weise dazu animiert werden, sich dem Automatenspiel zuzuwenden.	57
Das gesetzliche Verbot des Betriebs einer Annahmestelle für Sportwetten und Lotterien in einer Spielhalle begegnet - auch in der erweiterten Anwendung auf private Anbieter und Vermittler - weder verfassungs- noch europarechtlichen Bedenken.	58
Die mit dem Verbot einhergehende Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit des Sportwettenvermittlers ist mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar. Die Regelung des § 5 Abs. 3 GlüStV	59

AG NRW ist von der Landesgesetzgebungskompetenz nach Art. 70 Abs. 1, Art. 72 Abs. 1 GG gedeckt. Der Bund hat von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) im Bereich der Sportwetten und Lotterien nicht abschließend Gebrauch gemacht. Das Rennwett- und Lotteriegesezt vom 8. April 1922 (RGBl. I S. 393), das nach Art. 125 Nr. 1 GG als Bundesrecht fortgilt, regelt nicht die vom Glücksspielstaatsvertrag und dem Ausführungsgesezt des Landes erfassten Sportwetten außerhalb des Pferdesports.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 24. November 2010 60

- 8 C 13.09 -, Rn. 29. 61

Auch § 1 Abs. 1 Nr. 3, § 2 Nr. 3 und § 3 Abs. 1 Satz 1 der auf der Grundlage von § 33f Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 und § 33g Nr. 1 GewO ergangenen Spielverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 27. Januar 2006 (BGBl. I S. 280, im Folgenden: SpielV) stehen der Gesetzgebungskompetenz des Landes für die in § 5 Abs. 3 GlüStV AG NRW getroffene Regelung nicht entgegen. Denn die genannten Bestimmungen der Spielverordnung beziehen sich ebenfalls nur auf Wettannahmestellen der konzessionierten Buchmacher im Sinne des Rennwett- und Lotteriegeseztes. 62

§ 5 Abs. 3 GlüStV AG NRW ist auch materiell mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar. Das Gebot der Trennung von Spielhallen einerseits und Annahmestellen für Sportwetten und Lotterien andererseits ist durch das Gemeinwohlziel der Suchtbekämpfung gerechtfertigt. Es verhindert zum einen, dass die Besucher einer Spielhalle zusätzlich zum Wetten motiviert werden und ihr vielfach pathologische Spielverhalten von Seiten der Sportwettenanbieter ausgenutzt wird. Zum anderen trägt es dazu bei, dass das an Sportwetten interessierte Publikum sich nicht zusätzlich dem unter Suchtaspekten besonders problematischen Automatenpiel zuwendet. Gleich wirksame Mittel, diese Ziele zu erreichen, sind nicht erkennbar. 63

Das Fehlen eines entsprechenden Trennungsgebots im Bereich der Pferdewetten stellt die Erforderlichkeit der Regelung im Bereich sonstiger Sportwetten nicht durchgreifend in Frage. Vielmehr durfte der Bundesgesetzgeber aufgrund der jahrzehntelangen Erfahrungen im Bereich der Pferderennwetten, wegen ihres vergleichsweise geringen Marktanteils, des beschränkten und spezialisierten Teilnehmerkreises und des äußerst geringen Anteils von Wetten mit festen Gewinnquoten davon ausgehen, dass der Spielanreiz und das Suchtpotential dort deutlich geringer ist als im stark expandierenden Bereich sonstiger Sportwetten mit festen Gewinnquoten. 64

Vgl. BVerwG, Urteil vom 24. November 2010 65

- 8 C 13.09 -, Rn. 82, juris, so auch BGH, Urteil vom 28. September 2011 – I ZR 92/09 -, Rn. 61, juris. 66

Das Trennungsgebot des § 5 Abs. 3 GlüStV AG NRW ist auch verhältnismäßig im engeren Sinne. Es mutet dem Betreiber einer Annahmestelle für Sportwetten und Lotterien, der zugleich Inhaber einer Spielhalle ist, lediglich zu, die Betriebe räumlich getrennt zu führen. Wie die Existenz zahlreicher nicht gekoppelter Betriebe dieser Art belegt, ist eine solche getrennte Betriebsführung bei typisierender Betrachtung ohne weiteres möglich und wirtschaftlich sinnvoll. Deshalb stehen die Folgen des Trennungsgebots für den Betreiber nicht außer Verhältnis zum angestrebten Zweck der Suchtbekämpfung. 67

Aus entsprechenden Erwägungen verstößt § 5 Abs. 3 GlüStV AG NRW nicht gegen die unionsrechtliche Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit (Art. 56, 49 AEUV). Soweit nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs die Eignung einer in diese Grundfreiheiten 68

eingreifenden Maßnahme zusätzlich voraussetzt, dass sie zur Erreichung des mit ihr verfolgten Gemeinwohlzwecks in systematischer und kohärenter Weise beiträgt,

vgl. BVerwG, Urteil vom 1. Juni 2011 69

- 8 C 2.10 -, Rn. 35 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des EuGH, 70

ist diese Voraussetzung erfüllt. Insbesondere wird das Trennungsgebot des § 5 Abs. 3 GlüStV AG NRW nicht durch die Politik in anderen Glücksspielsektoren konterkariert. Zwar dürfen nach den bundesrechtlichen Regelungen in §§ 1 Abs. 1 Nr. 3, 2 Nr. 3, 3 Abs. 1 SpielV in Wettannahmestellen der konzessionierten Buchmacher (für Pferdewetten) bis zu drei Geld- oder Warenspielgeräte aufgestellt werden. Bei Einhaltung dieser Gerätezahl steht aber - bei typisierender Betrachtung - weiterhin der Betrieb der Wettannahmestelle im Vordergrund und ist nicht zu erwarten, dass die Wettannahmestelle in erster Linie zum Zweck des Automatenspiels und damit von einem Personenkreis aufgesucht wird, den es besonders zu schützen gilt. Selbst wenn man darüber hinaus unterstellt, dass nach § 33i GewO und den Regelungen der Spielverordnung die Erteilung einer Spielhallenkonzession für die Räumlichkeiten eines konzessionierten Buchmachers (mit mehr als drei Spielgeräten) in Betracht kommt und tatsächlich in nennenswerter Zahl Spielhallen und Wettannahmestellen konzessionierter Buchmacher in räumlicher Einheit betrieben werden, wird hierdurch das Trennungsgebot für die Annahmestellen, in denen (andere) Sportwetten jeder Art vermittelt werden, nicht konterkariert. Denn das Angebot von Pferdewetten richtet sich seit jeher an einen im Wesentlichen abgegrenzten Kreis von fachkundigen Interessenten, während die übrigen Sportwetten, vor allem im Bereich der publikumswirksamen Sportarten, eine breite Kundschaft anziehen.

Vgl. auch BGH, Urteil vom 28. September 2011 72

- I ZR 92/09 -, Rn. 61 ff, juris. 73

Dementsprechend ließe das Angebot von Sportwetten aller Art in räumlicher Einheit mit einer Spielhalle eine deutlich höhere Wettbereitschaft und -betätigung bei den Spielhallenbesuchern befürchten als ein auf Pferderennen beschränktes Wettangebot. Aus demselben Grund kann auch nicht angenommen werden, dass die Verknüpfung einer Annahmestelle für Pferdewetten mit einer Spielhalle - die Zulässigkeit eines solchen Vorhabens unterstellt - zu einer im Hinblick auf das Kohärenzerfordernis relevanten Zunahme des Automatenspiels führt. 74

Ist mithin die Einrichtung bzw. der Betrieb einer Annahmestelle für Sportwetten und Lotterien durch § 5 Abs. 3 GlüStV AG NRW gesetzlich verboten und das Ermessen der Beklagten nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 GlüStV infolgedessen auf den Erlass einer Untersagungsverfügung reduziert, kommt es nicht darauf an, dass die Beklagte zunächst aus anderen Gründen gegen den Betrieb des Tipomaten in der Spielhalle der Klägerin eingeschritten ist. Auch wird durch die Heranziehung des § 5 Abs. 3 GlüStV AG NRW die Untersagungsverfügung nicht in ihrem Wesen geändert. Dem von der Klägerin angeführten Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 1. Juni 2011- 8 C 2.10 - kann der Senat insoweit nichts Gegenteiliges entnehmen. Im Übrigen wäre die Klage auch bei Zugrundelegung der Rechtsauffassung der Klägerin, eine ursprünglich rechtswidrige Ordnungsverfügung könne auch im Falle eines Dauerverwaltungsakts durch eine nachträgliche Rechtsänderung nicht rechtmäßig werden, abzuweisen. Denn bei dieser Sichtweise ist die Klägerin jedenfalls nicht in ihren Rechten verletzt. 75

Vgl. BVerwG, Urteil vom 24. November 2010 76

- 8 C 13.09 -, Rn. 71. 77

Schließlich ergibt sich aus dem von der Klägerin zu den Gerichtsakten gereichten Beschluss des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs vom 9. November 2011 - 8 B 287/11 - ebenfalls 78

nichts, was gegen die hier vertretene Auffassung spricht. Der in einem Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes ergangene Beschluss betrifft eine Auflagenverfügung nach § 33i Abs. 1 Satz 2 GewO und besagt - soweit hier von Interesse - lediglich, dass das auch in Hessen bestehende landesrechtliche Verbot, eine Annahmestelle in einer Spielhalle einzurichten (§ 10 Abs. 6 Nr. 2 des Hessischen Glückspielgesetzes), nicht durch eine nachträgliche Auflage zu einer Spielhallenerlaubnis durchgesetzt werden kann. Zu der Frage, ob das Trennungsgebot den Erlass einer Untersagungsverfügung durch die nach hessischem Landesrecht zuständige Ordnungsbehörde rechtfertigt, verhält sich der Beschluss nicht.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 VwGO i.V.m. §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 79

Die Revision wird nicht zugelassen, weil die Voraussetzungen des § 132 Abs. 2 VwGO nicht erfüllt sind. Insbesondere handelt es sich bei § 5 Abs. 3 GlüStV AG NRW um nicht revisibles Landesrecht. 80