

## **Verwaltungsgericht Augsburg, Urt. v. 18.07.2007 – Au 4 K 06.1474**

### **Leitsatz**

1. Automaten zur Annahme von Sportwetten können in einer genehmigten Spielhalle nicht im Wege einer Auflage gem. § 33 i GewO untersagt werden. (Rn.23)
2. Diese Automaten sind keine Geldspielgeräte gem. § 33 c Abs. 1 S. 1 GewO, sondern Glücksspiele i.S.v. § 284 StGB, auf die §§ 33 c bis 33 g GewO gem. § 33 h GewO keine Anwendung finden. (Rn.23)

### **Tenor**

- I. Der Bescheid des Beklagten vom 29.6.2006 in Gestalt des Widerspruchsbescheides der Regierung von Schwaben vom 20.11.2006 wird aufgehoben.
- II. Der Beklagte hat die Kosten des Verfahrens zu tragen. Die Zuziehung eines Bevollmächtigten für das Vorverfahren war notwendig.
- III. Das Urteil ist im Kostenpunkt gegen Sicherheitsleistung in Höhe des zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.
- IV. Die Berufung wird zugelassen.

### **Tatbestand**

Der Kläger wendet sich gegen den Erlass einer nachträglichen Auflage für seine Spielhalle in Ichenhausen, mit der ihm der Betrieb eines Terminals zur Abgabe von Sportwetten untersagt wird.

Mit Bescheid vom 19. August 1993 erteilte das Landratsamt Günzburg dem Kläger die Erlaubnis nach § 33 i Gewerbeordnung zum Betrieb einer Spielhalle in Ichenhausen.

Bei einer Besichtigung der klägerischen Spielhalle am 4. April 2006 durch die Polizeiinspektion Günzburg und am 20. April 2006 durch die Polizeiinspektion Günzburg und das Gewerbeamt

des Landratsamtes Günzburg wurde festgestellt, dass in dieser Spielhalle ein Terminal zur Annahme von Sportwetten betrieben wird. Nach der Werbung innerhalb und außerhalb der Spielhalle werden die Wetten online an die Firma C. Sportwettengesellschaft mbH, ein in Malta zugelassenes Buchmacherunternehmen, weitergeleitet.

Mit Schreiben vom 21. April 2006 wurde dem Kläger als Betreiber der Spielhalle Gelegenheit gegeben, sich zum beabsichtigten Erlass der nachträglichen Spielhallenerlaubnis, die den Betrieb und das Aufstellung von Sportwettgeräten verhindern solle, zu äußern. Hierauf ließ der Kläger durch seine Bevollmächtigten darauf verweisen, dass es gegen die europäische Niederlassungsfreiheit verstoßen würde, in EU-Ländern zugelassene Buchmacher an der Ausübung des Berufes zu hindern.

Mit Bescheid vom 29. Juni 2006 verfügte das Landratsamt Günzburg, dass in die vom Landratsamt Günzburg erteilte Erlaubnis zum Betrieb einer Spielhalle in Günzburg nachträglich folgende Auflage aufgenommen wird:

"In den Räumen der Spielhalle, einschließlich der Nebenräume, dürfen keine gewerblich angebotenen Wetten auf den Ausgang ungewisser Ereignisse entgegengenommen werden. Es ist insbesondere verboten, Terminals bereitzustellen, die es ermöglichen, auf Grund des Angebotes auf dem Bildschirm einen Spieleinsatz an einen Anbieter von Wetten (Buchmacher) zu leisten" (Ziffer 1)."

In Ziffer 2 wurde dem Kläger ein Zwangsgeld in Höhe von 1.000,-- € angedroht, wenn er es nach Ablauf einer Woche nach Bestandskraft des Bescheides weiterhin ermögliche, in der Spielhalle Wetten bei einem Buchmacher zu platzieren. Die sofortige Vollziehung der Nr. 1 des Bescheids wurde angeordnet (Ziffer 3).

Gegen diesen Bescheid ließ der Kläger mit Schreiben vom 10. Juli 2006 Widerspruch einlegen. Zur Begründung ließ er darauf hinweisen, dass die Verwaltungsgerichte in Minden, Arnberg, Wiesbaden und Köln die Rechtsauffassung vertreten hätten, dass derartige Bescheide rechtswidrig seien. Ebenso hätte sich die 16. Kammer des Verwaltungsgerichts München sowie das Oberlandesgericht Stuttgart dieser Auffassung angeschlossen. Zudem handle es sich im vorliegenden Fall nicht um einen Betomaten, sondern um einen so genannten Tipomaten-Online. Insbesondere die unmittelbare Internetverbindung zur maltesischen Firma C. Sportwettengesellschaft mbH, die über eine ordnungsgemäße Lizenz zur Veranstaltung von Sportwetten verfüge, unterscheide dieses Online-Gerät von den früher betriebenen Geräten. Rechtsnormen, die ein staatliches Monopol festschrieben, seien im Falle der grenzüberschreitenden Wettvermittlung ins EU-Ausland unanwendbar, so dass sie nicht zur Begründung einer Verfügung herangezogen werden könnten. An einem Verstoß gegen die Rechtsordnung fehle es gänzlich. In EU-Ländern zugelassene Buchmacher an der Ausübung des

Berufes zu hindern, verstoße gegen das europäische Niederlassungsrecht. Bei gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung scheidet eine Strafbarkeit nach § 284 StGB aus, da an ein innerhalb der EU konzessioniertes Unternehmen vermittelt werde. Eine Genehmigung nach § 284 StGB liege demnach vor. Lediglich ergänzend sei darauf hinzuweisen, dass die Sportwette tatbestandlich kein Glücksspiel sei, was durch eine Vielzahl von Gerichten zutreffend festgestellt worden sei. Die sofortigen Vollziehungsmaßnahmen hätten sich nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes (Beschluss vom 27.4.2005) als schlichtweg unzutreffend erwiesen.

Mit Widerspruchsbescheid der Regierung von Schwaben vom 20. November 2006 wurde der Widerspruch als unbegründet zurückgewiesen.

Zur Begründung wurde insbesondere darauf hingewiesen, dass die Untersagungsverfügung des Landratsamtes Günzburg unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes vom 28. November 2002 richtigerweise darauf gestützt worden sei, dass es sich bei der Vermittlung von Sportwetten um das Veranstalten eines Glücksspiels im Sinne des § 284 StGB handle. Auf Glücksspiele im Sinne des § 284 StGB fänden gemäß § 33 h Nr. 3 Gewerbeordnung die Vorschriften über die Erteilung einer Erlaubnis zum gewerbsmäßigen Betrieb von mechanischen oder elektronischen Spielgeräten mit Gewinnmöglichkeit oder gewerbsmäßige Veranstaltung von anderen Spielen mit Gewinnmöglichkeit keine Anwendung. Dies habe zur Folge, dass für die vom Kläger ausgeübte Tätigkeit eine gewerberechtliche Erlaubnis nicht erteilt werden könne. Die nachträgliche Auflage sei auch zum Schutze der Gäste vor Gefahren oder erheblichen Nachteilen dringend notwendig und zulässig. Ein weiteres Verbot von nicht erlaubten Glücksspielen ergebe sich auch aus § 9 Abs. 2 SpielV, wonach von den Aufstellern von Spielgeräten oder Veranstaltern anderer Spiele keine sonstigen Gewinnchancen in Aussicht gestellt werden dürften. Das Landratsamt könne die erteilte Spielhallenerlaubnis sogar widerrufen, wenn die Spielhalle der Veranstaltung nicht genehmigungsfähiger Glücksspiele diene und ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährde. Das gelte auch für solche Veranstalter, die eine gültige ausländische Erlaubnis zur Veranstaltung von Sport- oder sonstigen Wetten besäßen.

Am 22. Dezember 2006 ließ der Kläger Klage zum Bayerischen Verwaltungsgericht Augsburg erheben und beantragen,

den Bescheid des Beklagten vom 29. Juni 2006 in Gestalt des Widerspruchsbescheides der Regierung von Schwaben vom 20. November 2006 aufzuheben.

Die Untersagungsverfügung sei auf einer verfassungs- und gemeinschaftsrechtswidrigen Rechtsgrundlage ergangen. Es bestehe derzeit ein verfassungs- und europarechtswidriger Zustand und eine in einem anderen EU-Mitgliedsland erteilte Genehmigung zur Veranstaltung von Sportwetten berechtere auch zum Betreiben von Sportwetten in den übrigen

Mitgliedsstaaten. Außerdem verstoße das derzeitige Verhalten der staatlichen Lotteriegesellschaften mit diversen Marketingmaßnahmen gegen Verfassungs- und Gemeinschaftsrecht. Es ließen sich keine ausreichenden Änderungen im Verhalten der staatlichen Anbieter in deren Markt- und Marketingverhalten feststellen, die erkennbar darauf abzielten, nunmehr allein und ausschließlich der Suchtbekämpfung zu dienen. Es liege bei einer genaueren Betrachtung vielmehr der Schluss nahe, dass die staatlichen Anbieter auch weiterhin die Regeln des Maßes sowie der Kommunikation zur Beeinflussung des Spielverhaltens kennen würden und diese auch gezielt zum Wohle ihrer Betreibergesellschaften anwendeten, um ihre Marktanteile gewinnbringend auszuschöpfen.

Der Beklagte beantragte,

die Klage abzuweisen.

Die nachträglich angeordnete Auflage zur Spielhallenerlaubnis sichere auch die Einhaltung des § 9 Abs. 2 SpielV, der zum 1. Januar 2006 in Kraft getretenen sei. § 9 Abs. 2 SpielV verbiete bestimmte Maßnahmen gegenüber einem Spieler, damit der Anreiz zum Spielen gedämpft werde. Verboten werde das in Aussicht stellen von sonstigen Gewinnchancen, unabhängig in welcher Form dies geschehe. Die vom Kläger behauptete Beschränkung des § 9 Abs. 2 SpielV auf so genannte Jackpot-Systeme sei unzutreffend. § 33 i Gewerbeordnung und die Spielverordnung dienen dem Schutz der Spieler und der Festlegung der Verpflichtungen des Spielhallenbetreibers. Die Gewerbeordnung beschränke die Berufsausübung des Spielhallenbetreibers und nicht die des Buchmachers. Das Anbieten von Sportwetten in Spielhallen sei dem Betreiber einer Spielhalle selbst auch dann verboten, wenn der in Wetten vermittelnde gewerbetreibende oder diese Wetten annehmende Buchmacher eine in Deutschland gültige Erlaubnis zur Veranstaltung der Sport- oder sonstigen Wette besitze. Nach § 33 i GewO und § 9 Abs. 2 SpielV sei nämlich auch das Anbieten von staatlich organisierten Glücksspielen wie Lotto, Toto, Kendo, Oddset, Losbrieflotterie oder der Süd- oder der Norddeutschen Klassenlotterie in Spielhallen unzulässig. Der Kläger schaffe durch die entgeltliche Duldung des Wettterminals in seinen Räumen verantwortlich und organisatorisch die äußere Gelegenheit, den Abschluss von Wettverträgen und damit von Glücksspiel zu ermöglichen. Darüber hinaus nehme der Kläger als Spielhallenbetreiber und damit als Aufsteller im Sinne des § 9 Abs. 2 SpielV am Ablauf der Wette teil, denn er erhalte einen Teil der Provision aus der Wette und zahle auch eventuelle Wittgewinne an die Kunden seiner Spielhalle aus. Dies sei auch der Unterschied zur bloßen zur Verfügungstellung eines echten Internetterminals. Sollte der Nutzer dort eine Wette abschließen, müsste er die Zahlung des Wetteinsatzes und eines eventuellen Wittgewinnes über sein Bankkonto durchführen. Das in Bayern bestehende Sportwettenmonopol sei nicht diskriminierend gegenüber Wettanbietern aus anderen Mitgliedsstaaten, weil es inländische wie ausländische Dienstleister ohne Konzession in gleicher Weise vom Markt fernhalte. Die Aufrechterhaltung des Monopols in seiner derzeitigen Anwendung erscheine auch

verhältnismäßig. Die Eignung dieser Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit zur Eindämmung der Spielleidenschaft und zur Bekämpfung der Wertsucht ergebe sich aus dem Umstand der (künftig) bis auf sachliche Information untersagten Werbung für Sportwetten und dem begrenzten Angebot. Als milderer Mittel biete sich die Zulassung privater Wettanbieter unter Einschränkungen nicht an. Ein ausländischer Sportwettveranstalter sei nicht deshalb von der Erlaubnispflicht befreit, weil er in einem EU-Mitgliedsstaat konzessioniert sei. Das Gemeinschaftsrecht sehe keine generelle Verpflichtung der Mitgliedsstaaten zur gegenseitigen Anerkennung von Erlaubnissen vor, die von einem Mitgliedsstaat erteilt worden seien. Auch eine spezielle Regelung für den Bereich des Glückspiels oder der Veranstaltung von Sportwetten existiere nicht. Eine Bindung an behördliche Bewilligungen, die in einem anderen Mitgliedsstaat erteilt worden seien, sei daher ausgeschlossen. Die nachträgliche Spielhallenaufgabe begegne auch im Hinblick auf die in Art. 12 Abs. 1 GG garantierte Berufsausübungsfreiheit keinen Bedenken, nachdem das staatliche Sportwettmonopol in Bayern derzeit aufrechterhalten werden dürfe. Es sei allein auf die in Bayern vorzufindende Sach- und Rechtslage abzustellen, die von den Klägerbevollmächtigten zitierten gerichtlichen Entscheidungen aus anderen Bundesländern seien daher unbedeutend.

An der mündlichen Verhandlung am 18. April 2007 nahm der Klägerbevollmächtigte nicht teil. Wegen des erst am 17. April 2007 dem Gericht vorgelegten Schriftsatzes des Klägerbevollmächtigten vom selben Tag bat der Beklagtenvertreter um Einräumung einer Schriftsatzfrist. Daraufhin beschloss das Gericht, eine Entscheidung nicht vor dem 31. Mai 2007 zuzustellen.

In der Folge wechselten die Beteiligten noch zahlreiche Schriftsätze, auf die Bezug genommen wird.

Zur Ergänzung des Sachverhalts wird im Übrigen Bezug genommen auf die Gerichtsakte und die beigezogenen Behördenakten.

zum Seitenanfang zum Seitenanfang

### **Entscheidungsgründe**

Aufgrund des Einverständnisses der Beteiligten kann ohne mündliche Verhandlung entschieden werden (§ 101 Abs. 2 VwGO).

Die zulässige Klage ist auch begründet. Der Beklagte hat zu Unrecht mit Bescheid vom 29. Juni 2006 die streitgegenständliche Auflage zur Spielhallengenehmigung vom 19. August 1993

hinsichtlich der Annahme von Sportwetten verfügt. Eine derartige Auflage zur Unterbindung von Sportwetten in einer Spielhalle kann nicht auf § 33 i GewO gestützt werden.

Nach § 33 i Abs. 1 Satz 2 GewO kann eine Spielhallenerlaubnis grundsätzlich mit Auflagen verbunden werden, soweit dies zum Schutze der Allgemeinheit, der Gäste oder der Bewohner des Betriebsgrundstückes oder der Nachbargrundstücke vor Gefahren, erheblichen Nachteilen oder erheblichen Belästigungen erforderlich ist. Eine derartige Auflage kann gemäß § 33 i Abs. 1 Satz 2 2. HS GewO auch nachträglich aufgenommen werden.

Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass es sich bei dem streitgegenständlichen Automaten um ein Spielgerät nach § 33 c Abs. 1 Satz 1 oder § 33 d Abs. 1 Satz 1 GewO handelt. So liegt der Fall hier aber nicht. Bei dem fraglichen Tipomaten handelt es sich nicht um ein Geldspielgerät nach § 33 c Abs. 1 Satz 1 GewO. Ein Spielgerät mit Gewinnmöglichkeit (Geldspielgerät) ist gemäß § 33 c Abs. 1 Satz 1 GewO ein Spielgerät, das die Möglichkeit eines Gewinns bietet und mit einer dem Spielausgang beeinflussenden technischen Vorkehrung ausgestattet ist. Eine derartige Vorkehrung weist der hier fragliche Tipomat allem Anschein nach nicht auf. Er dient dazu, über eine Internetverbindung "Online" Sportwetten abzuschließen. Die Sportwetten sind zwar ein anderes Spiel mit Gewinnmöglichkeit im Sinn des § 33 d Abs. 1 Satz 1 GewO. Die Vorschrift betrifft, wie das Wort "anderes" zeigt, Spiele mit Gewinnmöglichkeit, die nicht unter § 33 c GewO fallen, also nicht mit Geldspielgeräten mit einer den Spielausgang beeinflussenden technischen Vorrichtung gespielt werden (OVG Hamburg, Beschluss vom 23.3.2007, 1 Bs 133/06 m.w.N.). Es handelt sich bei § 33 d GewO um eine Auffangnorm (vgl. Landmann/Romer, Kommentar, Gewerbeordnung § 33 d Rdnr. 3), die grundsätzlich auch unerlaubte Glücksspiele im Sinne des § 284 StGB erfasst. Oddset-Wetten sind Glücksspiele im Sinne des § 284 StGB (vgl. BayVGH, Urteil vom 29.9.2004, Az. 24 BV 03.3162). Um die sich aus dem weiten Anwendungsbereich des § 33 d Abs. 1 GewO auch für unerlaubte Glücksspiele ergebende Rechtsfolge der Unterwerfung unter die Erlaubnispflicht und damit auch der Erlaubnisfähigkeit der zuständigen Gewerbebehörde zu vermeiden, schließt § 33 h Nr. 3 GewO diese unerlaubten Glücksspiele von der gewerberechtlichen Regelung in § 33 d GewO aus. Auf unerlaubte Glücksspiele findet daher § 33 d GewO keine Anwendung.

Angesichts dieser Rechtslage kann dahin stehen, ob es sich bei dem streitgegenständlichen Tipomaten überhaupt um ein Spielgerät handelt oder lediglich um einen auch anders nutzbaren Computer.

Wegen der Einschränkung der Verordnungsermächtigung für die Spielverordnung durch § 33 h Nr. 3 GewO kann dem Beklagten auch § 9 Abs. 2 Spielverordnung nicht weiterhelfen. Nach dieser Vorschrift darf der Aufsteller eines Spielgerätes oder der Veranstalter eines anderen Spieles dem Spieler neben der Ausgabe von Gewinnen über gemäß den § 33 c und 33 d GewO zugelassene Spielgeräte oder andere Spiele keine sonstigen Gewinnchancen in Aussicht stellen

und unter anderem keine Zahlungen gewähren. Diese Vorschrift gilt angesichts der Begrenzung der Ermächtigungsgrundlage für den Verordnungsgeber in § 33 h GewO nicht, soweit die Gewinnchancen im Wege der Veranstaltung anderer Spiele im Sinne des § 33 d Abs. 1 Satz 1 GewO in Aussicht gestellt werden, die unerlaubte Glücksspiele im Sinne des § 284 StGB sind. Eben dies ist bei der Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten in der Spielhalle des Klägers der Fall. Denn die nach Auffassung des Beklagten in einer Spielhalle unzulässigen Gewinnchancen und Auszahlungen werden von ihm nur im Wege der Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten gewährt.

Da nach Auffassung der Kammer die Untersagung eines Terminals zur Abgabe von Sportwetten nicht im Wege einer Auflage zur Spielhallenbetriebslaubnis untersagt werden kann, ist der Bescheid des Landratsamtes Günzburg vom 29. Juni 2006 rechtswidrig und daher aufzuheben. Ebenso muss der Widerspruchsbescheid der Regierung von Schwaben vom 20. November 2006 aufgehoben werden. Der Klage ist deshalb stattzugeben.

Die Berufung wird nach § 124 a i.V.m. § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO zugelassen, weil die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat. Soweit ersichtlich, existiert noch keine obergerichtliche oder höchstrichterliche Entscheidung zu der Frage, ob Automaten zur Annahme von Sportwetten in Spielhallen im Wege einer Auflage gemäß § 33 i GewO untersagt werden können.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1, § 162 Abs. 2 VwGO. Für das Widerspruchsverfahren war nach Auffassung der Kammer eine rechtskundige Vertretung erforderlich.

Vorläufige Vollstreckbarkeit: § 167 VwGO i.V.m. § 708 ff. ZPO.

Beschluss

Der Wert des Streitgegenstandes wird gem. § 52 Abs. 1 GKG auf 15.000,-- EUR festgesetzt.