

Sachgebiet:

BVerwGE: ja

Fachpresse: ja

Wirtschaftsverwaltungsrecht einschließlich des Spielbankenrechts und des Wett- und Lotterierechts, des Ladenschlussrechts und des Arbeitszeitrechts

Rechtsquelle/n:

AEUV	Art. 56
VwGO	§ 68, § 79 Abs. 1 Nr. 1, § 114 Satz 2
GlüStV 2008	§ 4 Abs. 1, § 10 Abs. 5
LGlüG RhPf	§§ 6, 11

Titelzeile:

Zum Erlaubnisverfahren für private Sportwettenanbieter

Stichworte:

Sportwettenvermittlung; Untersagungsverfügung; Glücksspielmonopol; Glücksspielstaatsvertrag (a.F.); Dienstleistungsfreiheit; Kohärenz; Werbung; Ausgangsbescheid; Widerspruchsbescheid; Ermessensausübung; Erlaubnisverfahren; Transparenz; Gleichbehandlung; Diskriminierungsverbot; Zwangsgeld.

Leitsatz:

Das Fehlen einer Erlaubnis kann die Untersagung der Sportwettenvermittlung auf der Grundlage des Glücksspielstaatsvertrages (a.F.) nicht rechtfertigen, wenn das für Private für eine Übergangszeit bis zur Anwendung einer glücksspielrechtlichen Neuordnung eröffnete Erlaubnisverfahren nicht transparent und diskriminierungsfrei ausgestaltet ist oder praktiziert wird und deshalb faktisch ein staatliches Sportwettenmonopol fortbesteht (Fortführung des Urteils vom 16. Mai 2013 - BVerwG 8 C 14.12 - BVerwGE 146, 303 Rn. 57 im Anschluss an EuGH, Urteil vom 4. Februar 2016 - C-336/14 [ECLI:EU:C:2016:72], Sebat Ince -).

Urteil des 8. Senats vom 15. Juni 2016 - BVerwG 8 C 5.15

- I. VG Trier vom 20. Juni 2013
Az: VG 1 K 438/12
- II. OVG Koblenz vom 1. Juli 2014
Az: OVG 6 A 11312/13





BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 8 C 5.15
OVG 6 A 11312/13

Verkündet
am 15. Juni 2016

...
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 8. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 15. Juni 2016
durch den Vizepräsidenten des Bundesverwaltungsgerichts Dr. Christ,
die Richterinnen am Bundesverwaltungsgericht Dr. Held-Daab, Hooch und
Dr. Rublack und den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Seegmüller

für Recht erkannt:

Das Verfahren wird eingestellt, soweit die Beteiligten den
Rechtsstreit bezüglich der Untersagungsverfügung für den
Zeitraum vom 6. Dezember 2011 bis zum 3. April 2012 in
der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt
haben. Die Urteile des Verwaltungsgerichts Trier vom
20. Juni 2013 und des Oberverwaltungsgerichts
Rheinland-Pfalz vom 1. Juli 2014 sind insoweit wirkungs-
los.

Im Übrigen wird das Urteil des Oberverwaltungsgerichts
Rheinland-Pfalz vom 1. Juli 2014 aufgehoben. Die Sache
wird insoweit zur anderweitigen Verhandlung und Ent-
scheidung an das Oberverwaltungsgericht zurückverwie-
sen.

Die Kostenentscheidung bleibt der Schlussentscheidung
vorbehalten.

G r ü n d e :

I

- 1 Die Beteiligten streiten um die Rechtmäßigkeit einer Ordnungsverfügung, mit der der Klägerin die Annahme und die Vermittlung von Sportwetten untersagt wurde. Darüber hinaus wendet sie sich gegen zwei Zwangsgeldfestsetzungsbescheide.

- 2 Die Klägerin vermittelte im März 2010 in ihrer Betriebsstätte W.straße ... in L. Sportwetten an einen privaten Wettunternehmer. Daraufhin untersagte ihr die Aufsichts- und Dienstleistungsdirektion Rheinland-Pfalz (ADD) mit Ordnungsverfügung vom 19. April 2010 auf der Grundlage des § 4 Abs. 1 des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland (Glücksspielstaatsvertrag - GlüStV 2008, GVBl. RP 2007, 244) i.V.m. §§ 6, 11 des Landesgesetzes zu dem Glücksspielstaatsvertrag (Landesglücksspielgesetz - LGlüG, GVBl. RP 2007, 240) in ihren Geschäftsräumen sowie im gesamten Gebiet des Landes Rheinland-Pfalz die Annahme und Vermittlung von Sportwetten aller Anbieter, die nicht über eine Erlaubnis des Landes Rheinland-Pfalz nach dem Landesglücksspielgesetz verfügten, und forderte sie auf, den Betrieb der Annahmestelle für Sportwetten einzustellen. Außerdem ordnete die Behörde die Einstellung der Werbung für Sportwetten an. Für den Fall der Zuwiderhandlung drohte sie jeweils die Festsetzung eines Zwangsgeldes an. Zur Begründung wurde ausgeführt, die Klägerin habe in ihren Betriebsräumen ohne die hierfür erforderliche Erlaubnis Sportwetten angenommen und vermittelt. Sie habe auch keine Aussicht, eine Erlaubnis zu erhalten, weil die Veranstaltung öffentlicher Glücksspiele im Interesse der Eindämmung und Lenkung des Spieltriebs der Bevölkerung in Deutschland monopolisiert sei. Auch unter Berücksichtigung der Interessen der Klägerin sei keine andere Ermessensentscheidung möglich.

- 3 Nachdem der Beklagte festgestellt hatte, dass die Klägerin weiterhin Sportwetten vermittelte und die Werbung hierfür nicht eingestellt hatte, setzte die ADD mit Bescheiden vom 27. September 2011 und vom 4. November 2011 die angedrohten Zwangsgelder in Höhe von insgesamt 25 000 € fest. Die hiergegen

erhobenen Widersprüche wurden nicht beschieden. Die Klägerin beglich die Zwangsgelder am 27. Oktober 2011 und am 5. Dezember 2011.

- 4 Den Widerspruch der Klägerin gegen die Untersagungsverfügung wies die ADD mit Widerspruchsbescheid vom 27. März 2012 zurück. Da es sich bei der Untersagung um einen Dauerverwaltungsakt handele, sei maßgeblich auf die derzeitige Sach- und Rechtslage abzustellen. Die von der Klägerin vermittelten Sportwetten wären als öffentliches Glücksspiel nur erlaubt, wenn dafür eine Erlaubnis nach § 6 Abs. 1 LGlüG i.V.m. § 4 Abs. 1 GlüStV 2008 vorliege. Daran fehle es jedoch. Im Herbst 2010 sei das Erlaubnisverfahren auch für die private Vermittlung von Sportwetten vorsorglich eröffnet worden. Sofern einem Veranstalter eine Erlaubnis erteilt werde, könne für diesen Veranstalter auch eine Vermittlungserlaubnis beantragt werden. Im Fall der Klägerin lägen beide Erlaubnisse derzeit nicht vor. Die Voraussetzungen für deren Erteilung seien auch nicht offensichtlich erfüllt. Nach nochmaliger Ermessensausübung unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes werde die Untersagung zur Durchsetzung der Ziele des § 1 GlüStV 2008 aufrechterhalten.
- 5 Am 30. April 2012 hat die Klägerin Klage gegen die Untersagungsverfügung erhoben, in die sie im Dezember 2012 die beiden Zwangsgeldfestsetzungsbescheide einbezogen hat. Das Verwaltungsgericht hat mit Urteil vom 20. Juni 2013 den Bescheid vom 19. April 2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 27. März 2012 mit Wirkung für die Zukunft aufgehoben und festgestellt, dass die Untersagungsverfügung im Zeitraum von ihrer Bekanntgabe am 5. Mai 2010 bis zur Eröffnung des Erlaubnisverfahrens am 8. November 2010 rechtswidrig gewesen sei; im Übrigen hat es die Klage abgewiesen.
- 6 Im Berufungsverfahren, dessen Gegenstand nur noch die Untersagungsverfügung für den Zeitraum vom 8. November 2010 bis zum 3. April 2012 sowie die beiden Zwangsgeldfestsetzungsbescheide waren, hat das Oberverwaltungsgericht auf die Berufung der Klägerin mit Urteil vom 1. Juli 2014 das erstinstanzliche Urteil teilweise geändert. Es hat die beiden Zwangsgeldfestsetzungsbescheide vom 27. September 2011 und vom 4. November 2011 sowie die betriebsstättenbezogenen Anordnungen der Untersagungsverfügung vom

19. April 2010 für den Zeitraum vom 8. November 2010 bis zum 5. Dezember 2011 aufgehoben und weiterhin festgestellt, dass die Untersagungsverfügung im Zeitraum vom 6. Dezember 2011 bis zum 3. April 2012 rechtswidrig gewesen sei; die weitergehende Berufung der Klägerin hat es zurückgewiesen.

- 7 Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Die Zwangsgeldfestsetzungsbescheide seien rechtswidrig, weil ihnen im maßgeblichen Zeitpunkt des Abschlusses des Zwangsmittelverfahrens, also am 5. Dezember 2011, eine rechtmäßige Grundlage gefehlt habe. Die ihnen zugrunde liegende und nicht bestandskräftige Untersagungsverfügung vom 19. April 2010 sei zu diesem Zeitpunkt ermessensfehlerhaft gewesen, weil sie auf das staatliche Sportwettenmonopol gestützt gewesen sei. Der Beklagte habe zwar nach Abschluss der Zwangsmittelverfahren seine Ermessensausübung modifiziert und die Zurückweisung des Widerspruchs durch Bescheid vom 27. März 2012 mit dem Fehlen einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis begründet. Diese Änderung der Ermessensausübung hinsichtlich der Untersagungsverfügung wirke aber weder auf den Zeitpunkt ihres Erlasses noch auf den Zeitpunkt des Abschlusses der Zwangsmittelverfahren zurück.
- 8 Die betriebsstättenbezogenen Anordnungen der Untersagungsverfügung vom 19. April 2010 seien für den Zeitraum vom 8. November 2010 bis zum 5. Dezember 2011 rechtswidrig gewesen, weil sie ermessensfehlerhaft mit dem Sportwettenmonopol begründet worden seien. Das Sportwettenmonopol sei in diesem Zeitraum schon wegen der Werbung des Monopolträgers für die Sportwette Oddset und für andere Monopolorgebote als Sportwetten sowie der im Rahmen des deutschen Lotto- und Totoblocks abgestimmten Werbestrategie unter einer gemeinsamen Dachmarke sowohl nach europarechtlichen als auch nach verfassungsrechtlichen Maßstäben zu beanstanden. Soweit sich der Beklagte auf seine Bereitschaft berufe, seit dem Herbst 2010 auch privaten Wettveranstaltern und Wettvermittlern die erforderlichen glücksspielrechtlichen Erlaubnisse zu erteilen, habe das keinen Eingang in die Ermessensbetätigung gefunden. Erst im Widerspruchsbescheid, also zeitlich nach dem hier maßgeblichen Zeitraum, habe sich der Beklagte auf den Erlaubnisvorbehalt berufen.

9 Zur Begründung seiner vom Senat zugelassenen Revision macht der Beklagte geltend: Das angefochtene Urteil verletze § 79 Abs. 1 Nr. 1 VwGO. Das Widerspruchsverfahren sei kein gesondertes zusätzliches Verwaltungsverfahren, sondern bilde mit dem Ausgangsverfahren eine Einheit. Bei der gebotenen gemeinsamen Überprüfung von Ausgangs- und Widerspruchsbescheid liege kein Ermessensfehler vor. Außerdem habe das Oberverwaltungsgericht die Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB missachtet. Bei zutreffender Auslegung des Ausgangsbescheids vom 19. April 2010 sei davon auszugehen, dass auch dieser schon maßgeblich auf den Erlaubnisvorbehalt und erst nachrangig auf das Monopol gestützt gewesen sei. Ferner sei das Berufungsgericht von einem unzulässig engen Werbebegriff ausgegangen, der weder mit Gemeinschaftsrecht noch mit deutschem Gesetzesrecht in Einklang stehe. Es sei auch nicht überzeugend, ein strukturelles Vollzugsdefizit darin zu sehen, dass im gesamten entscheidungserheblichen Zeitraum systematisch gegen die Werbebeschränkungen verstoßen worden sei. Die glücksspielrechtliche Betätigung der Klägerin sei zu keinem Zeitpunkt offensichtlich erlaubnisfähig gewesen. Aus dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 4. Februar 2016 in der Rechtssache - C-336/14 [ECLI:EU:C:2016:72], Sebat Ince - könne die Klägerin nichts für sich herleiten. Schließlich seien auch die Zwangsgeldfestsetzungsbescheide rechtmäßig.

10 Im Laufe des Revisionsverfahrens haben die Beteiligten den Rechtsstreit hinsichtlich der Untersagung für den Zeitraum vom 6. Dezember 2011 bis zum 3. April 2012 übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärt.

11 Der Beklagte beantragt,

das Urteil des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz vom 1. Juli 2014 zu ändern und die Berufung der Klägerin hinsichtlich der betriebsstättenbezogenen Untersagungsverfügung des Beklagten (Ziff. 1, 3, 4, 5, 6, 8, 9 und 10) für den Zeitraum vom 8. November 2010 bis zum 5. Dezember 2011 sowie hinsichtlich der Zwangsgeldfestsetzungsbescheide des Beklagten vom 27. September 2011 und vom 4. November 2011 zurückzuweisen.

12 Die Klägerin beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

13 Sie verteidigt das angegriffene Urteil. Das im November 2010 in Rheinland-Pfalz eröffnete Erlaubnisverfahren sei ein unzureichendes "Alibiverfahren" gewesen, dem es an der erforderlichen Transparenz gefehlt habe. Privaten Sportwettenanbietern seien keine Erlaubnisse erteilt worden. Auch der Europäische Gerichtshof habe in seinem Urteil vom 4. Februar 2016 die übergangsweise Durchführung eines provisorisch eingerichteten Erlaubnisverfahrens nicht als unionsrechtskonforme Ausgestaltung des Monopols gewertet.

II

14 Das Verfahren ist in entsprechender Anwendung von § 141 Satz 1 i.V.m. § 125 Abs. 1 Satz 1, § 92 Abs. 3 Satz 1 VwGO einzustellen, soweit die Beteiligten den Rechtsstreit in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt haben. Insofern sind die Urteile der Vorinstanzen klarstellend für wirkungslos zu erklären (§ 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 269 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 ZPO). Im Übrigen hat die Revision des Beklagten Erfolg. Das angefochtene Urteil beruht auf einer unzutreffenden Anwendung des § 79 Abs. 1 Nr. 1 VwGO und stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 137 Abs. 1, § 144 Abs. 4 VwGO). Da seine Tatsachenfeststellungen keine abschließende Entscheidung zulassen, war das angegriffene Urteil, soweit es den verfahrensgegenständlichen Zeitraum der Untersagungsverfügung und die beiden Zwangsgeldfestsetzungsbescheide betrifft, aufzuheben und die Sache zurückzuverweisen (§ 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 VwGO).

15 1. Das Oberverwaltungsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Klage gegen die angegriffene Untersagungsverfügung bezüglich des verfahrensgegenständlichen Zeitraums vom 8. November 2010 bis zum 5. Dezember 2011 als Anfechtungsklage gemäß § 42 Abs. 1 VwGO zulässig ist. Sie ist in Ansehung der Vollstreckung der Untersagungsverfügung mittels Zwangsgeldes

statthaft, weil insoweit noch eine Beschwer durch die betriebsstättenbezogenen Anordnungen bezüglich des bereits abgelaufenen Zeitraums vorliegt.

- 16 Glücksspielrechtliche Untersagungen erledigen sich als Verwaltungsakte mit Dauerwirkung grundsätzlich von Tag zu Tag fortlaufend für den jeweils abgelaufenen Zeitraum. Eine Erledigung tritt allerdings nicht ein, wenn die Untersagung für den abgelaufenen Zeitraum gegenwärtig noch nachteilige Rechtswirkungen für den Betroffenen entfaltet. Das ist der Fall, wenn sie die Rechtsgrundlage für noch rückgängig zu machende Vollstreckungsmaßnahmen bildet. Dazu gehört die Vollstreckung mittels Zwangsgeldes, weil sie bei Aufhebung der Grundverfügung rückabgewickelt werden kann. Die Rückzahlung eines gezahlten Zwangsgeldes kann nicht auf dem Weg über ein Schadensersatzverlangen auf die Sekundärebene verschoben werden, sondern setzt die Beseitigung der Grundverfügung voraus, die der Vollstreckung zugrunde liegt. Wird ein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung - wie hier die Untersagungsverfügung - nur in bestimmten Abschnitten seines Geltungszeitraums zwangsweise durchgesetzt, genügt es zur Rückabwicklung der Vollstreckung, die Untersagungsverfügung in Ansehung des Zeitraums zu beseitigen, in welchem sie zwangsweise durchgesetzt wurde (vgl. BVerwG, Urteil vom 20. Juni 2013 - 8 C 17.12 - juris Rn. 19 f.).
- 17 Im vorliegenden Fall wurde die Untersagungsverfügung mit Zwangsgeldfestsetzungen durchgesetzt, bis die Klägerin am 5. Dezember 2011 das Zwangsgeld in gesamter Höhe beglichen und den Betrieb der Sportwettenvermittlung - bis zur späteren Wiederaufnahme aufgrund einer vom Beklagten erteilten Duldung - eingestellt hat. In Ansehung dieser Zwangsvollstreckung ist die Anfechtungsklage statthaft.
- 18 Die Anfechtung der Zwangsgeldfestsetzungen vom 27. September 2011 und vom 4. November 2011 hat das Oberverwaltungsgericht ebenfalls zu Recht für zulässig gehalten. Dass die von der Klägerin gegen die beiden Bescheide eingelegten Widersprüche nicht beschieden wurden, steht der Zulässigkeit der Klage gemäß § 75 VwGO nicht entgegen.

- 19 2. Die Annahme des Oberverwaltungsgerichts, die Anfechtungsklage sei für den verfahrensgegenständlichen Zeitraum vom 8. November 2010 bis zum 5. Dezember 2011 sowie hinsichtlich der beiden Zwangsgeldfestsetzungsbescheide auch begründet, hält jedoch der revisionsgerichtlichen Überprüfung nicht stand. Das angefochtene Urteil steht insoweit nicht im Einklang mit Bundesrecht, weil es § 79 Abs. 1 Nr. 1 VwGO verletzt (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO).
- 20 a) Allerdings hat das Oberverwaltungsgericht entgegen der Auffassung des Beklagten die bundesrechtlichen Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB bei Auslegung des Ausgangsbescheids vom 19. April 2010 nicht missachtet. Diese Bestimmungen sind auf öffentlich-rechtliche Erklärungen entsprechend anzuwenden. Bei Verwaltungsakten kommt es wie bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen auf den objektiven Erklärungswert an. Maßgeblich ist, wie der Empfänger die Erklärung nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der für ihn erkennbaren Umstände verstehen musste. Dabei ist vom Wortlaut der Erklärung auszugehen und deren objektiver Gehalt unter Berücksichtigung des Empfängerhorizonts zu ermitteln (BVerwG, Urteil vom 20. Juni 2013 - 8 C 46.12 - BVerwGE 147, 81 Rn. 27). Die Auslegung des Ausgangsbescheids vom 19. April 2010 durch das Oberverwaltungsgericht genügt diesen Anforderungen. Sie hat den objektiven Erklärungswert dieses Bescheids mit der Annahme, die Untersagungsverfügung sei maßgeblich mit dem staatlichen Glücksspielmonopol begründet, das einen Antrag auf Erteilung der erforderlichen Erlaubnis für die Klägerin und den Wettanbieter aussichtslos erscheinen lasse, zutreffend erfasst.
- 21 b) Das Berufungsurteil beruht jedoch auf einer unzutreffenden Anwendung des § 79 Abs. 1 Nr. 1 VwGO. Seine Annahme, der Widerspruchsbescheid vom 27. März 2012 einschließlich der darin enthaltenen Ermessenserwägungen sei nicht Gegenstand der gerichtlichen Überprüfung, steht nicht im Einklang mit Bundesrecht (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO).
- 22 Gegenstand der Anfechtungsklage ist nach § 79 Abs. 1 Nr. 1 VwGO der ursprüngliche Verwaltungsakt in der Gestalt, die er durch den Widerspruchsbescheid gefunden hat. Das in §§ 68 ff. VwGO geregelte Widerspruchsverfahren

ist kein gesondertes Verwaltungsverfahren, sondern bildet mit dem Ausgangsverfahren eine Einheit, das erst mit einem etwaigen Widerspruchsbescheid abgeschlossen wird (BVerwG, Urteile vom 1. Dezember 1989 - 8 C 14.88 - BVerwGE 84, 178 <181> und vom 23. August 2011 - 9 C 2.11 - BVerwGE 140, 245 Rn. 20). Diese Einheit setzt sich im gerichtlichen Verfahren fort, wie § 79 Abs. 1 Nr. 1 VwGO zeigt. Der Widerspruchsbehörde kommt im Überprüfungsverfahren eine umfassende Kontrollbefugnis zu. Sie hat grundsätzlich die gleiche Entscheidungsbefugnis wie die Ausgangsbehörde. Sie ist zur Änderung, Aufhebung und Ersetzung des Ausgangsbescheids einschließlich seiner Begründung und Ermessenserwägungen befugt (BVerwG, Urteile vom 1. Dezember 1978 - 7 C 68.77 - BVerwGE 57, 130 <145>; vom 11. Februar 1999 - 2 C 28.98 - BVerwGE 108, 274 <280> und vom 23. August 2011 - 9 C 2.11 - BVerwGE 140, 245 Rn. 20). Der Widerspruchsbescheid gibt dem Ausgangsbescheid seine endgültige und für den Verwaltungsprozess maßgebliche Gestalt. Dementsprechend ist der gerichtlichen Prüfung der ursprüngliche Verwaltungsakt mit dem Inhalt und der Begründung zugrunde zu legen, die er durch den Widerspruchsbescheid erhalten hat (BVerwG, Urteil vom 25. März 1981 - 8 C 69.80 - BVerwGE 62, 80 <81>). Trifft die Widerspruchsbehörde eine eigene Ermessensentscheidung, so tritt diese an die Stelle derjenigen der Ausgangsbehörde und führt bei - auch erstmaligen - Fehlern zugleich zur Aufhebung des Ermessensverwaltungsaktes (vgl. Rennert, in: Eyermann, VwGO, 14. Aufl. 2014, § 68 Rn. 14 und § 73 Rn. 13; Brenner, in: SoDan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl. 2014, § 79 Rn. 22).

- 23 Nach diesen Grundsätzen hätte das Oberverwaltungsgericht die gerichtliche Kontrolle nicht auf den Ausgangsbescheid vom 19. April 2010 beschränken dürfen, sondern hätte den Widerspruchsbescheid vom 27. März 2012 einschließlich der darin enthaltenen Ermessenserwägungen in seine Prüfung einbeziehen müssen. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts lässt sich dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 20. Juni 2013 - 8 C 46.12 - (BVerwGE 147, 81 Rn. 32) nichts Anderes entnehmen. Es betrifft die Zulässigkeit des Nachschiebens von Ermessenserwägungen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren gemäß § 114 Satz 2 VwGO, das hier erst nach Ergehen des Widerspruchsbescheides eingeleitet wurde. Der vom Oberverwaltungsgericht aus

dem zitierten Urteil gezogene Schluss, auch in einem vor Klageerhebung abgeschlossenen Widerspruchsverfahren sei eine Änderung der Ermessenserwägungen nicht zulässig, wenn die ursprüngliche Ermessensentscheidung im Kern ausgetauscht werde, findet in dieser Entscheidung keine Grundlage. Der von der Klägerin zur Frage der Zulässigkeit des Nachschiebens von Gründen im Verwaltungsverfahren angeregten Vorlage an den Europäischen Gerichtshof nach Art. 267 Abs. 3 AEUV bedurfte es nicht, weil ein unionsrechtlicher Bezug dieser Frage im Sinne von Art. 267 Abs. 1 AEUV nicht gegeben ist. Der Berücksichtigung des Widerspruchsbescheids im berufsgerichtlichen Verfahren steht vorliegend auch nicht entgegen, dass die Klägerin ihren in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht formulierten Antrag ausdrücklich auf den Ausgangsbescheid vom 19. April 2010 beschränkt hat. § 79 Abs. 1 Nr. 1 VwGO stellt insoweit klar, dass für die Prüfung des Ausgangsbescheids die Gestalt maßgeblich ist, die dieser durch den Widerspruchsbescheid erhalten hat (vgl. Happ, in: Eyermann, VwGO, 14. Aufl. 2014, § 79 Rn. 6) und entzieht den Parteien insoweit die Dispositionsbefugnis über den Streitgegenstand. Ob und inwieweit Verwaltungsverfahrensrecht und § 114 Satz 2 VwGO einer gerichtlichen Berücksichtigung völlig neuer Ermessenserwägungen in einem erst nach Klageerhebung ergangenen Widerspruchsbescheid entgegenstehen können, muss hier nicht geklärt werden, weil das Widerspruchsverfahren bereits vor Klageerhebung abgeschlossen wurde.

- 24 3. Das Urteil des Oberverwaltungsgerichts erweist sich nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 144 Abs. 4 VwGO). Es könnte sich trotz des Verstoßes gegen § 79 Abs. 1 Nr. 1 VwGO im Ergebnis als richtig erweisen, wenn auch die Begründung des Widerspruchsbescheids vom 27. März 2012 die Untersagung der Sportwettenvermittlung im verfahrensgegenständlichen Zeitraum nicht rechtfertigen könnte.
- 25 Anders als der ursprüngliche Verwaltungsakt hat die Widerspruchsbehörde das Vermittlungsverbot im Widerspruchsbescheid jedenfalls für den noch streitgegenständlichen Zeitraum ab dem 8. November 2010 maßgeblich damit begründet, dass im Herbst 2010 in Rheinland-Pfalz ein Erlaubnisverfahren für Private eröffnet worden sei, die Klägerin aber nicht über die erforderliche Erlaubnis ver-

füge. Auf diese Begründung kann das Untersagungsermessen jedoch nur dann gestützt werden, wenn das Erlaubnisverfahren geeignet war, die Unionsrechtswidrigkeit des staatlichen Sportwettenmonopols zu beheben. Das Oberverwaltungsgericht hat zwar zutreffend angenommen, dass das rheinland-pfälzische Sportwettenmonopol im verfahrensgegenständlichen Zeitraum rechtswidrig war (a). Es hat jedoch - aus seiner Sicht folgerichtig - keine ausreichenden Feststellungen dazu getroffen, ob das in Rheinland-Pfalz im Herbst 2010 für Private eröffnete Erlaubnisverfahren geeignet war, die Unionsrechtswidrigkeit des staatlichen Sportwettenmonopols zu beheben (b). Da die Tatsachenfeststellungen des Berufungsurteils für eine abschließende Entscheidung des Senats insoweit nicht ausreichen, ist das angegriffene Urteil aufzuheben und die Sache zurückzuverweisen (§ 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 VwGO).

- 26 a) Die Annahme des Oberverwaltungsgerichts, das staatliche Sportwettenmonopol sei im verfahrensgegenständlichen Zeitraum unions- und verfassungsrechtlich unzulässig gewesen, hält revisionsrechtlicher Prüfung stand. Seine Auffassung, das staatliche Monopol habe wegen der im Rahmen des Deutschen Lotto- und Totoblocks abgestimmten Werbestrategie unter einer gemeinsamen Dachmarke sowie wegen der Werbung des Monopolträgers für die Sportwette Oddset und für andere Monopolangebote als Sportwetten dem unionsrechtlichen Kohärenzgebot nicht genügt, ist revisionsrechtlich fehlerfrei. Entgegen der Auffassung des Beklagten hat das Oberverwaltungsgericht den Begriff der Werbung nicht unzulässig verengt. Es hat dem angefochtenen Urteil die einschlägige bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung sowie diejenige des Bundesverwaltungsgerichts zugrunde gelegt. Gegen die Anwendung dieser Grundsätze ist revisionsrechtlich nichts zu erinnern (zum Werbebegriff vgl. auch BVerwG, Urteil vom 20. Juni 2013 - 8 C 10.12 - BVerwGE 147, 47 Rn. 35). Nach den Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts, gegen die keine wirksamen Verfahrensrügen erhoben wurden und an die der Senat gebunden ist (§ 137 Abs. 2 VwGO), betreibt der Beklagte Werbemaßnahmen zusammen mit anderen im Deutschen Lotto- und Totoblock zusammengefassten Monopolträgern unter einer landesgrenzenübergreifend abgestimmten und systematisch umgesetzten Dachmarkenstrategie. Das Oberverwaltungsgericht ist weiterhin davon ausgegangen, dass es unabhängig hiervon auch wegen der

Jackpot-Werbung für die Lotterie "6 aus 49" an der erforderlichen Binnenkohärenz des staatlichen Sportwettenmonopols fehlte. Weiterhin hat das Berufungsgericht festgestellt, dass die Präsentation der Glücksspirale vor der Hauptausgabe der Tagesschau, die Übertragung der Ziehung der Lottozahlen im Fernsehen und die Jackpot-Werbung für die Lotterie "6 aus 49" im Zeitraum vom 8. November 2010 bis zum 5. Dezember 2011 nicht nur in einzelnen Fällen, sondern systematisch die unionsrechtlichen Grenzen zulässiger Werbung über einen längeren Zeitraum missachteten. Dass das Berufungsgericht aus dieser systematischen Missachtung der Werbebeschränkungen auf ein strukturelles Vollzugsdefizit geschlossen hat, steht in Einklang mit der Rechtsprechung des Senats (BVerwG, Urteil vom 20. Juni 2013 - 8 C 10.12 - BVerwGE 147, 47 Rn. 50). An dieser Rechtsprechung hält der Senat auch in Ansehung der gegenteiligen Auffassung des Beklagten fest.

- 27 b) Ob das im Herbst 2010 in Rheinland-Pfalz für Private eröffnete Erlaubnisverfahren geeignet war, das unionsrechtswidrige staatliche Sportwettenmonopol zu beheben, kann auf der Grundlage der Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts nicht abschließend beurteilt werden. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs darf ein mit dem freien Dienstleistungsverkehr unvereinbares staatliches Sportwettenmonopol auch für eine Übergangszeit nicht weiter angewandt werden (EuGH, Urteile vom 8. September 2010 - C-409/06 [ECLI:EU:C:2010:503], Winner Wetten - Rn. 69 und vom 24. Januar 2013 - C-186/11 [ECLI:EU:C:2013:33], Stanleybet - Rn. 38.). Zwar kann für eine Übergangszeit bis zur Anwendung einer glücksspielrechtlichen Neuregelung das Erlaubnisverfahren für Private eröffnet werden (BVerwG, Urteil vom 16. Mai 2013 - 8 C 14.12 - BVerwGE 146, 303 Rn. 57). Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union steht jedoch die Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV der strafrechtlichen Ahndung unerlaubter Sportwettenveranstaltung und -vermittlung entgegen, wenn das für Private eröffnete Erlaubnisverfahren nicht transparent, diskriminierungsfrei und gleichheitsgerecht ausgestaltet ist oder praktiziert wird und deshalb faktisch weiterhin ein staatliches Sportwettenmonopol besteht. Davon ist insbesondere dann auszugehen, wenn ein privater Wirtschaftsteilnehmer zwar theoretisch eine Erlaubnis für die Veranstaltung oder die Vermittlung von Sportwetten erhalten kann, die Kenntnis

über das Erlaubnisverfahren aber nicht sichergestellt ist. Insoweit verlangt das unionsrechtliche Transparenzgebot, dass die Eröffnung des Erlaubnisverfahrens und die Erlaubnisvoraussetzungen in einer Weise öffentlich bekannt gemacht werden, die potenziellen privaten Veranstaltern oder Vermittlern von Sportwetten die Kenntnisnahme ermöglicht (EuGH, Urteil vom 4. Februar 2016 - C-336/14 [ECLI:EU:C:2016:72], Sebat Ince - Rn. 55, 57, 65).

- 28 Ebenso wenig wie private Wettanbieter oder Wettvermittler nicht wegen Verstoßes gegen den Erlaubnisvorbehalt strafrechtlich sanktioniert werden können, wenn das für Private bis zur Anwendung einer glücksspielrechtlichen Neuregelung eingeführte Erlaubnisverfahren nicht transparent und diskriminierungsfrei ausgestaltet worden ist und deshalb faktisch ein staatliches Sportwettenmonopol fortbesteht, kann in einem solchen Fall das Fehlen einer Erlaubnis eine Untersagung der Sportwettenvermittlung begründen. Ob das in Rheinland-Pfalz im Herbst 2010 für private Veranstalter und Vermittler von Sportwetten eröffnete Erlaubnisverfahren den dargelegten Anforderungen genügt oder ob ein faktisches Sportwettenmonopol fortbestand, was insbesondere zuträfe, wenn die Eröffnung des Erlaubnisverfahrens und die Erlaubnisvoraussetzungen nicht öffentlich bekannt gemacht worden wären, lässt sich auf der Grundlage der Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts nicht abschließend entscheiden. Dies wird das Berufungsgericht im zurückverwiesenen Verfahren zu klären haben. Bei dieser Sachlage war die von der Klägerin angeregte Vorlage an den Europäischen Gerichtshof zur Klärung der auf die Auslegung des Art. 56 AEUV sowie auf das Erlaubnisverfahren bezogenen Fragen nicht geboten. Angesichts der Zurückverweisung der Sache an das Oberverwaltungsgericht sind diese Fragen nicht entscheidungserheblich.

Dr. Christ

Dr. Held-Daab

Hoock

Dr. Rublack

Dr. Seegmüller

B e s c h l u s s

Der Wert des Streitgegenstands wird für das Revisionsverfahren auf 40 000 € festgesetzt.

Dr. Christ

Dr. Held-Daab

Hoock

Dr. Rublack

Dr. Seegmüller