

Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichts Ansbach

In der Verwaltungsstreitsache

vertreten durch den Geschäftsführer,

– Antragstellerin –

bevollmächtigt:

Rechtsanwälte Martin Arendts und Kollegen,

Perlacher Str. 68, 82031 Grünwald

gegen

Stadt Nürnberg

Rechtsamt,

vertreten durch den Leiter d. Rechtsamtes,

Äußere Laufer Gasse 19, 90403 Nürnberg

– Antragsgegnerin –

beteiligt:

Regierung von Mittelfranken

als Vertreter des öffentlichen Interesses

Montgelasplatz 1, 91522 Ansbach

wegen

Ordnungsrechts;

Antrag nach §80 Abs. 5 VwGO

erlässt das Bayerische Verwaltungsgericht Ansbach, 5. Kammer,

durch

den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht Nagel
den Richter am Verwaltungsgericht Kranig

den Richter am Verwaltungsgericht Ebert

ohne mündliche Verhandlung

am 23. August 2005

folgenden

Beschluss:

- 1. Die aufschiebende Wirkung der Klage vom 27. April 2005 gegen Ziffer I und II des Bescheides der Antragsgegnerin vom 18. April 2005 wird wiederhergestellt und gegen Ziffer IV angeordnet.*
- 2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens.*
- 3. Der Streitwert wird auf 10.000,00 EUR festgesetzt.*

Gründe:

I.

Die Antragstellerin (Ast.) meldete am 21. Januar 2005 bei der Antragsgegnerin (Ag.) das Gewerbe „Sportagentur mit Internetzugang“ an. Die Ag. stellte fest, dass in der Betriebsstätte (*****) Sportwetten an die in Österreich niedergelassene Firma ***** GmbH vermittelt werden. Nach Anhörung (Schreiben der Ag. vom 3.2.2005; Stellungnahmen der Ast. ab dem 15.2.2005) erließ die Ag. am 18. April 2005 folgenden auf Art. 7 Abs. 2 Nr 2 LStVG gestützten Bescheid:

- I. Die Vermittlung von Sportwetten im Anwesen ***** in Nürnberg durch die Firma *****, vertreten durch den Geschäftsführer Herrn *****, an in Bayern nicht erlaubten Wettunternehmen wird untersagt.*
- II. Der Betrieb ist mit Ablauf des 27.04.2005 einzustellen.*
- III. Die sofortige Vollziehung der Ziffer I und II dieses*

- Bescheides wird im öffentlichen Interesse angeordnet.*
- IV. Wird der Betrieb nicht eingestellt, wird ein Zwangsgeld in Höhe von 20.000,00 EUR zur Zahlung fällig.*
- V. Die Kosten des Verfahrens hat die Fa. ***** zu tragen. Für diesen Bescheid werden Kosten in Höhe von 200,00 EUR erhoben, die gemäß der beiliegenden Kostenfestsetzung zu entrichten sind.*

Die Ag. sieht (S. 6 des Bescheides) insbesondere den Straftatbestand des § 284 StGB als erfüllt und damit die Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 2 Nr. 1 LStVG als gegeben an. Sie führt weiter aus, mit ihrem Bescheid werde nicht (unzulässig) in das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) eingegriffen. Eine ungerechtfertigte Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EG) der Fa. ***** oder der Ast. liege ebenfalls nicht vor. Die von Österreichischen Behörden erteilte Erlaubnis ersetze die notwendige inländische nicht. Das Gemeinschaftsrecht sehe keine generelle Verpflichtung zur gegenseitigen Anerkennung erteilter Erlaubnisse vor. § 284 StGB sei auch nach dem Urteil des EuGH vom 6. November 2003 (C-243/01, „Gambelli“) anwendbar. Das (Werbe-)Verhalten der in Deutschland zugelassenen Anbieter von Sportwetten führe ebenfalls nicht zur Nichtanwendbarkeit des § 284 StGB. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung gem. § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO erfolge im öffentlichen Interesse. Die Ausübung strafrechtlich relevanter Tätigkeiten könne nicht hingenommen werden.

Die Ast. ließ mit Schriftsätzen ihrer Bevollmächtigten vom 27. April 2005 Klage erheben (anhängig unter der Nr AN 5 K 05.01409) und Antrag gem. § 80 Abs. 5 VwGO stellen.

Zur Begründung von Klage und Antrag bezieht sich die Ast. auf eine Reihe von gerichtlichen Entscheidungen, in denen auf Grund des Urteils des EuGH vom 6. November 2003 bzw. wegen der „Marktextensionsstrategie“ des Deutschen Lotto- und Totoblocks die weitere Anwendbarkeit der §§ 284 ff StGB und der

entsprechenden landesgesetzlichen Regelungen (bereits abschließend) verneint wird. Sie weist auf bereits eingeleitete oder von der Kommission wegen der Monopolisierung von Sportwetten beabsichtigte Vertragsverletzungsverfahren hin. Insbesondere bezieht sie sich auf Ersuchen des BVerfG zur Aufhebung des Sofortvollzugs und die Beschlüsse vom 15. Dezember 2004 (1 BvR 2495/04) und vom 27. April 2005 (1 BvR 223/03) zur Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes in nach ihrer Ansicht identischen Fällen. sie beantragt die Aussetzung des Verfahrens (in der Hauptsache) und die Einholung einer Vorabentscheidung des EuGH gemäß Art. 234 Abs. 2 EG zu bestimmten Fragen, hilfsweise die Aussetzung des Verfahrens gemäß § 148 ZPO bis zur Entscheidung des EuGH in der Rechtssache RS C – 338/04, weiter hilfsweise die Aussetzung des Verfahrens bis zur Entscheidung des BVerfG in der Sache 1 BvR 1054/01.

Die Ast. beantragt:

I. Bis zur Entscheidung über die Anfechtungsklage der Antragstellerin wird die aufschiebende Wirkung der Klage bezüglich der in Ziff. III angeordneten sofortigen Vollziehung der Ziff. I und II des Bescheids der Antragsgegnerin vom 18. April 2005 wiederhergestellt und die aufschiebende Wirkung gegen die Zwangsgeldandrohung (Ziff. IV des Bescheids) angeordnet.

II. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens

Die Ag. beantragt:

I. Der Antrag wird abgelehnt.

II. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

und führt ergänzend aus, die Firma ***** sei nach dem ihr

die vorgelegten Bescheid des Landes Salzburg vom 14. Mai 2004 lediglich zum Abschluss und zur Vermittlung von Sportwetten im Standort 5201 Seekirchen, Postgasse 3 berechtigt. Demzufolge scheidet bereits auf Grund der nationalen Regelungen des Herkunftslandes der Erlaubnis eine Verletzung der Niederlassungs- oder Dienstleistungsfreiheit von vorneherein aus.

Dem gegenüber trägt die Ast. (Schriftsatz vom 15.6.2005) vor, nach der von ihr vorgelegten Bewilligung für die Firma ***** sei auch das Anbieten von Sportwetten über das Internet „vorgesehen“. Soweit Kunden aus Deutschland davon Gebrauch machten, sei das ein Teil der passiven Dienstleistungsfreiheit

Die Regierung von Mittelfranken beteiligt sich als Vertreter des öffentlichen Interesses am Verfahren. Mit Schreiben vom 18. August 2005 führte sie eine Stellungnahme des BayStMI vom 1. August 2005 in das Verfahren ein.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens wird auf die beigezogene Behördenakte (Blatt 1 – 310) und die Gerichtsakten (Blatt 1 – 816) Bezug genommen.

II.

Dem zulässigen Antrag war zu entsprechen.

Nach der bisherigen Rechtsprechung des Gerichts (zuletzt B. v. 20.12.2004 [AN 5 S 04.02836]) wird auch durch die „Vermittlung“ von Sportwetten an Veranstalter in Österreich, denen eine entsprechende Erlaubnis der österreichischen Landesbehörden erteilt worden ist, der Tatbestand des § 284 Abs. 1 StGB erfüllt. Die Voraussetzungen der Befugnisnorm des Art. 7 Abs. 2 Nr. 1 LStVG wurden bisher auch für den Fall als erfüllt angesehen, dass das Verhalten eines inländischen „Vermittlers“ lediglich als Beihilfe zum Veranstalten eines Glücksspiels anzusehen sein sollte (BayVGh, B. v. 26.4.2005 [24 CS 03557]). Als Tat- oder Erfolgsort i. S. des § 9 StGB

war jedenfalls der Ort des inländischen Vermittlungsbüros anzusehen. Dem lag die Auffassung zu Grunde, dass die Erlaubnis auch eines Mitgliedstaates der EG für die Veranstaltung von Sportwetten die notwendige inländische Erlaubnis nicht ersetzen konnte und insbesondere die weitere Anwendbarkeit der §§ 284 ff. StGB nicht dadurch ausgeschlossen war, dass die Staatliche Lotterieverwaltung ähnliche oder inhaltlich gleiche Wetten veranstaltet und auch „bewirbt“ (so auch VGH Mannheim, B. v. 12.1.2005 [6 S 1287 u. 1288/04]; OVG Lüneburg, 17.3.2005 [11 ME 369/03]).

Den bekannten und auch in anderen Fällen vorgelegten zahlreichen Entscheidungen insbesondere von Strafgerichten, dass die Anwendbarkeit der §§ 284 ff StGB und der dazugehörigen landesrechtlichen Regelungen im Hinblick auf das Urteil des EUGH vom 6. November 2003 (RS C-243/01, „Gambelli“) entfallen sei, ist das Gericht, ohne sich mit jeder dieser Entscheidungen im Detail auseinandersetzen zu müssen, nicht gefolgt. Das Gericht sah jedenfalls, was auch jetzt noch klarzustellen ist, keine Anlass, das Ergebnis der Einschätzungsprärogative des (nationalen) Gesetzgebers, die er auch im Bereich des Glückspielwesens hat (vgl. nur Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Rdnr. 172 vor den Art. 39-55 EGV), deswegen als grob verfehlt anzusehen (und deshalb zu verwerfen), weil Finanzminister (naturgemäß) die insbesondere für sie „erfreuliche Nebenfolge“ („Gambelli“, Rdnr. 36) erwarteter Einnahmen in den Mittelpunkt ihrer Stellungnahmen rückten. Entsprechendes gilt für den Umstand, dass der in der Bundesrepublik allgemein zugelassene Veranstalter von Sportwetten sie mit einem gleich bleibenden, nur als gering zu bezeichnenden Aufwand (in den nicht seine gesamten Werbeausgaben für andere Veranstaltungen einbezogen werden können) auch „bewirbt“.

Der Vortrag der Ast., die Kommission habe wegen der Monopolisierung von Sportwetten gegen Mitgliedstaaten der EU

Vertragsverletzungsverfahren bereits eingeleitet und beabsichtige ein gleiches Verfahren auch gegen die Bundesrepublik Deutschland, konnte und kann ebenfalls nicht zu einer rechtlichen Beurteilung auch im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes führen. Die Kommission hat ihr früheres Vorhaben, einen einheitlichen europäischen Glücksspielmarkt zu schaffen, zunächst nicht weiter verfolgt hat (Tettinger, GewA 2005. 49 [53] und Hübsch, GewA 2004, 313/316 FN 53). Sie hat im Verfahren „Gambelli“ die Auffassung vertreten, „dass das von einem Mitgliedstaat (im Bereich des Glückspielwesens) verfolgte Schutzniveau in seinem Ermessen stehe. Es sei daher seine Sache, ob er die Tätigkeit ganz oder teilweise verbiete oder nur bestimmten Beschränkungen unterwerfe“ (Schlussvortrag des Generalanwalts, Rdnr. 57). Die Kommission hat im Verfahren „Gambelli“ auch vorgeschlagen, dahingehend zu entscheiden, dass die Beurteilung der nationalen Vorschriften dem „mitgliedschaftlichen Richter“ zu überlassen sei (a.a.O. Rdnr. 58). Dem ist der EuGH gefolgt. Gründe für den offensichtlichen Wandel in der Rechtsauffassung der Kommission sind nicht bekannt und sind auch nicht ersichtlich. Von daher bestand und besteht auch kein hinreichender Grund, die bisherige Rechtsauffassung des Gerichts zu ändern. Entsprechendes gilt für den erneuten Vorlagebeschluss des Tribunale Larino vom 8. Juli 2004 (RS C-338/04, ABl. C v. 6.11.2004, 273/10). Anders ist dies bei Entscheidungen des BVerfG, für die es, wovon auch hier auszugehen ist, Bindungswirkung gem. § 31 Abs. 1 BVerfGG beansprucht (vgl. B. v. 3.9.2003 [1 BvQ 32/03], juris-Ausdruck Rdnr. 28 u. NVwZ 2004, 90 f.).

Das BVerfG hat zuletzt im Beschluss vom 27. April 2005 ausgeführt, die Konformität der deutschen Rechtslage mit Gemeinschaftsrecht könne im Hinblick auf die Entscheidung des EUGH in der Sache „Gambelli“ kaum ohne eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof festgestellt werden. Sie könne (wörtlich: „kann“) auch nicht bei der Bewertung des besonderen Vollzugsinteresses im verwaltungsgerichtlichen Verfahren „als

ausreichend sicher behandelt werden“ (juris-Ausdruck, Rdnr. 35). Die Anordnung der sofortigen Vollziehung bedürfe der Begründung mit konkreten Gefahren für das Gemeinwohl. Nur in diesem Rahmen (im verwaltungsgerichtlichen Verfahren evtl. auch durch Anträge gem. § 80 Abs. 7 VwGO gegenüber stattgebenden Entscheidungen gem. § 80 Abs. 5 VwGO) sei die Kontrolle der Vermittlung von Sportwetten möglich.

Der von der Ag. nach Bescheidserlass wenigstens sinngemäß vertretene Auffassung, dass hier über einen abweichenden bzw. zusätzlichen Sachverhalt zu entscheiden sei, mithin eine auch vom EuGH (auf den sich das BVerfG bezieht) noch nicht entschiedene Fallgestaltung vorliege, sodass auch die Ablehnung des vorliegenden Antrags ohne Verstoß gegen die genannte Entscheidung des BVerfG möglich und auch im Übrigen gerechtfertigt sei, kann nicht gefolgt werden.

Ausländischer Vertragspartner und Veranstalter der Sportwetten (im engeren Sinn) in der Sache „Gambelli“ war zwar eine britische Kapitalgesellschaft, die zur Ausübung ihrer Tätigkeit von der Stadt Liverpool für das Vereinigte Königreich und das Ausland ermächtigt war (Schlussvortrag des Generalanwaltes, Rdnr. 10; Urteil des EuGH, Rdnr. 12). In dem mit Beschluss des BVerfG vom 27. April 2005 entschiedenen Fall verfügte der in Gibraltar ansässige Vertragspartner des Beschwerdeführers (ebenfalls) „über eine ordnungsgemäße britische Konzession zur Veranstaltung von Sportwetten“ (juris-Ausdruck, Rdnr. 6). Die Frage des Geltungsbereichs der in jenem Falle erteilten Konzession war im vorhergegangenen Beschluss des BayVGh vom 21. Dezember 2004 (24 CS 04.1101; BA S. 7) noch offen gelassen worden. Es kann jedoch davon ausgegangen werden, dass in dem vom BVerfG entschiedenen Fall die Erlaubnis für den britischen Vertragspartner, selbst wenn sie nicht den im Urteil des EUGH vom 6. November 2003 festgestellten Inhalt gehabt haben sollte, jedenfalls nicht in irgendeiner Weise eingeschränkt war. Für die Entscheidungen sind die Regelungen österreichischer Landesbehörden (wie schon

festgestellt) jedoch unerheblich.

Sie mögen zwar nur im Zuständigkeitsbereich des jeweiligen Bundeslandes gelten. Es ist auch nicht entscheidungserheblich, dass die der Fa. ***** durch das Bundesland Salzburg am 14. Mai 2004 zunächst befristet erteilte Konzession vom 14. Mai 2004 (Blatt 134 der Behördenakten) nur eine „Bewilligung zum gewerbsmäßigen Abschluss und zur Vermittlung von Wetten aus Anlass sportlicher Veranstaltungen im Standort *****“ darstellt. Insoweit ergibt sich aus den durch das Bayerische Staatsministerium des Innern eingeholten Auskünften österreichischer Landesbehörden, dass nach deren Auffassung bei Entgegennahme von Wetten über das Internet der Wettvertrag am Ort des Anbieters, d.h. in Österreich zustande kommt (IMS vom 19.5.2005, Blatt 290 d. A.), eine zusätzliche Interneterlaubnis also für den Veranstalter bzw. Buchmacher (anders im Vereinigten Königreich, siehe Hübsch, GewA 2004, 313/317 und Gambling Act 2005) offensichtlich (obwohl gerade das zu begründen gewesen wäre) nicht für notwendig angesehen wird. Auch im vorliegenden Falle kann somit nicht davon ausgegangen werden, dass die Ast. ein Verhalten fördert, das eindeutig auch nach österreichischem Landesrecht unzulässig ist. Zu der Frage, ob der jeweilige „Vermittler“ nach den Vorschriften seines niederlassungsstaates für seine Tätigkeit eine zusätzliche Erlaubnis benötigt, äußern sich die österreichischen Landesbehörden nicht.

Jedenfalls geht es hier nicht darum, dass die Fa. ***** selbst ein Wettbüro in der Bundesrepublik eröffnet hätte. Die Ast. tritt als „Vermittler“ auf und beruft sich auch auf die der Fa. ***** zustehende Dienstleistungsfreiheit. Insoweit trifft zu, dass die Dienstleistungsfreiheit auch dazu berechtigt, potenziellen Leistungsempfängern in anderen Mitgliedsstaaten der EG Dienstleistungen auch ohne Ortswechsel (also telefonisch oder über Internet) zu erbringen (EuGH, U. v. 6.11.2003, Rdnr. 53). Der sachliche Geltungsbereich der Dienstleistungsfreiheit ist im Übrigen schon dann eröffnet,

wenn einschränkende Verfügungen vom Niederlassungsstaat des Betroffenen herrühren (EuGH, U. v. 10.5.1995 [RS C-384/93, „Alpine Investment“, Rdnr. 30]). Die Rechtmäßigkeit von Einschränkungen des Niederlassungsstaates gegenüber einem potenziellen Dienstleistungsempfänger in seinem Gebiet ist ebenfalls danach zu beurteilen, ob sie die Dienstleistungsfreiheit des Dienstleistungserbringers (hier: der Fa. *****) ungerechtfertigt einschränken (EuGH, U. v. 6.11.2005, Rdnr. 58). Der „Vermittler“ wird hier, weil er ihm die Inanspruchnahme der Dienstleistung „erleichtert“ (a.a.O.), dem (End-)Empfänger der Dienstleistungsfreiheit gleichgestellt. Hieraus ergibt sich gleichzeitig (und zur Überzeugung des Gerichts sogar zwingend), dass sich dieser Betroffene ungeachtet des Fehlens eines einheitlichen Glücksspielmarktes und ungeachtet der Tatsache, dass im elektronischen Geschäftsverkehr das Herkunftslandprinzip nicht gilt (Art. 1 Abs. 5, lit. 3, Spiegelstrich 3 der Richtlinie 200/31 EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8.7.2000, ABl. L, S. 178/1 und § 4 Abs. 4 Ziffer 4 des Teledienstegesetzes [TdG] vom 22.7.1997 [BGBI. I S. 78]) auf die mögliche Verletzung der Dienstleistungsfreiheit eines Dritten berufen kann (ebenso: Randelzhofer/Forsthoff, a.a.O., Rdnr. 9 und 57 zu Art. 49/50 EGV m.w.N.: „Parallelität der Rechtsstellung“).

Nachdem der sachliche und personelle Bereich der Dienstleistungsfreiheit „eröffnet“ ist (nochmals Randelzhofer/Forsthoff, a.a.O., Rdnr. 9 zu Art. 49/50 EGV) und die Vereinbarkeit nationaler Regelungen mit Gemeinschaftsrecht nach dem Beschluss des BVerfG vom 27. April 2005 im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes insgesamt nicht mehr angenommen werden kann, war gemäß dem genannten Beschluss zu entscheiden.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO, die Streitwertfestsetzung auf § 53 Abs. 2 GKG.