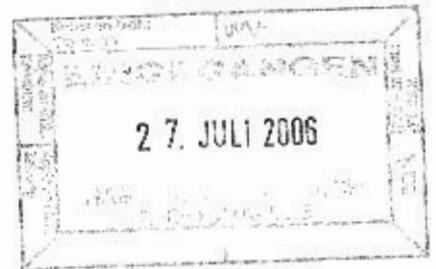


M 16 K 05.2296



Bayerisches Verwaltungsgericht München

Im Namen des Volkes

In der Verwaltungsstreitsache

F.

- Klägerin -

bevollmächtigt:
Rechtsanwälte
Dr. Hambach und Hambach,
Haimhauser Str. 1, 80802 München,

gegen

Freistaat Bayern,
vertreten durch:
Regierung von Oberbayern
Prozessvertretung,
Bayerstr. 30, 80335 München,

- Beklagter -

wegen

Vermittlung von Sportwetten in Bayern

erlässt das Bayerische Verwaltungsgericht München, 16. Kammer,
durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht Heise,
den Richter am Verwaltungsgericht Dr. Wolff,
den Richter Kumetz,
den ehrenamtlichen Richter Seimel,
den ehrenamtlichen Richter Lindner,

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 7. Juni 2006

am 7. Juni 2006

folgendes

Urteil:

- I. Unter Aufhebung des Bescheides des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 20. Mai 2005 wird der Beklagte verpflichtet, über den Antrag der Klägerin vom 30. September 2004 unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden.
Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
- II. Der Beklagte trägt 1/4, die Klägerin 3/4 der Verfahrenskosten.
- III. Die Kostenentscheidung ist vorläufig vollstreckbar.
Der jeweilige Kostenschuldner darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht der jeweilige Kostengläubiger vorher Sicherheit in gleicher Höhe leistet.
- IV. Die Berufung wird zugelassen.

Tatbestand:

Die Klägerin beabsichtigt, (Online-)Sportwetten zu festen Gewinn-Quoten (sog. Oddset-Wetten) über in Bayern ansässige Annahmestellen anzunehmen und an die in Österreich als Buchmacher lizenzierte Firma

weiter zu vermitteln.

Mit Bescheiden vom 26. November 2001 und 14. Oktober 2004 hatte die Polizeiabteilung der Oberösterreichischen Landesregierung der auf deren Ansuchen vom 14. November 2001 bzw. 6. Oktober 2004 die Veranstaltungsbewilligung erteilt, in ihrem Wettbüro mit der Bezeichnung

durch den gewerbsmäßigen Abschluss von Wetten die Tätigkeit als Buchmacher auszuüben. Die erstgenannte Bewilligung wurde für den Zeitraum vom [redacted] die letztgenannte vom November bis Oktober 2009 erteilt.

Die Bewilligungen erstreckten sich jeweils auch auf Wettabschlüsse in von der Bewilligungsbehörde zur Kenntnis genommenen Wettannahmestellen unter Verwendung geeigneter Wettannahmeeinrichtungen und -geräte.

Auf den weiteren Inhalt der benannten Bewilligungsbescheide wird Bezug genommen.

Der Firmensitz der Klägerin ist Österreich. Sie bietet dort eigenen Angaben zufolge Buchmacher-Soft- und Hardware sowie Sportwettenprodukte an und fungierte zudem als Vermittlerin von Sportwetten für das in Österreich lizenzierte Sportunternehmen [redacted]. Die Sportwetten, die in den Annahmestellen angenommen werden, vermittelte die Klägerin an die Firma [redacted] die als Wetthalterin fungierte weiter. Der Wettvertrag käme zwischen dem Kunden bzw. Wetter und der Wetthalterin zustande.

Am 30. September 2004 beantragte die Klägerin durch ihre Bevollmächtigten beim Bayerischen Staatsministerium des Innern, festzustellen, dass die Antragstellerin (Online-)Sportwetten über in Bayern ansässige Annahmestellen annehmen und an die in Österreich als Buchmacher lizenzierte Firma [redacted]

weitervermitteln darf.

Hilfsweise wurde beantragt, der Antragstellerin eine Genehmigung zur Vermittlung von (Online-)Sportwetten an einen im EU-Raum lizenzierten Buchmacher für das Land Bayern zu erteilen.

Auf die Antragsbegründung sowie die beigefügten Anlagen wird Bezug genommen.

Mit Schreiben vom 21. Dezember 2004 gab das Staatsministerium des Innern der Klagepartei bekannt, dass die Behandlung des Antrags vom 30. September 2004

von der Zahlung eines Kostenvorschusses in Höhe von 3.500,-- € abhängig gemacht werde. Der Kostenvorschuss wurde seitens der Klagepartei beglichen.

Mit Bescheid vom 20. Mai 2005 lehnte das Bayerische Staatsministerium des Innern den Antrag auf Feststellung sowie den Antrag auf Erteilung einer Genehmigung zur Vermittlung von Sportwetten ab.

Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, Sportwetten seien Glücksspiele im Sinne von § 284 StGB; da weder die Antragstellerin noch die Firma

über eine in Bayern ausgestellte Erlaubnis zur Veranstaltung und Vermittlung von privaten Sportwetten verfüge, verstoße die beabsichtigte gewerbliche Betätigung der Klägerin gegen deutsches Strafrecht und sei somit unzulässig. Die der Firma erteilte Bewilligung des Landes Oberösterreich befreie die Antragstellerin nicht von der Erlaubnispflicht im Freistaat Bayern, da § 284 StGB auf das Vorliegen einer bayerischen Erlaubnis abstelle. Zudem lasse sich auch eine Bindung an die österreichische Bewilligung aus gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben nicht herleiten. Es fehlten entsprechende Harmonisierungsakte der EG. Sekundäres Gemeinschaftsrecht im Sinne des Art. 55 i.V.m. Art. 47 Abs. 2 EG sei bislang nicht ergangen. Solange aber diesbezügliche Richtlinien nicht erlassen sind, bleibe es nach der ständigen Rechtsprechung des EUGH mit Rücksicht auf die jeweils soziokulturellen Besonderheiten Sache der Mitgliedstaaten, das Glücksspielwesen im Rahmen des ihnen zustehenden Ermessens zu regeln. Hinsichtlich der grundsätzlichen Vereinbarkeit des § 284 StGB mit Gemeinschaftsrecht habe sich auch durch das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 6. November 2003 in der Sache Gambelli nichts geändert. Der Europäische Gerichtshof gehe in dieser Entscheidung davon aus, dass sich Erlaubnisse des Herkunftsstaates gegen gerechtfertigte Beschränkungen nicht durchsetzen können. Ein Automatismus derart, dass die Erlaubnis eines EU-Mitgliedsstaates das Tätigwerden in anderen Staaten legalisiere, könne daher weder auf Art. 49 EG noch auf diese Rechtsprechung gestützt werden. Zudem könne nicht außer Acht bleiben, dass die im Herkunftsland des Veranstalters erteilten Buchmachererlaubnisse nach Auskunft der Landesregierung von Oberöster-

reich nur die Tätigkeiten in diesem Land, nicht aber die Vermittlung in und den Betrieb von Wettbüros in Bayern decke.

Mit dem hilfsweise gestellten Antrag auf Erteilung einer Erlaubnis zur Vermittlung von privaten Oddset-Wetten begehre die Antragstellerin eine Entscheidung, welche im Landesrecht nicht vorgesehen sei. Die Veranstaltung und Vermittlung von privaten Sportwetten sei nicht erlaubnisfähig und daher ausnahmslos verboten und strafbar. Nach dem Lotteriestaatsvertrag vom 1. Juli 2004 sei die Erteilung einer Erlaubnis zur Veranstaltung von privaten Oddset-Wetten in Bayern ausgeschlossen.

Die Antragstellerin könne weder aus Verfassungsrecht noch aus Europarecht einen Anspruch auf die hilfsweise begehrte Erlaubnis ableiten. Nach obergerichtlicher Rechtsprechung sei das Verbot der Veranstaltung und Vermittlung von privaten Sportwetten in Bayern verfassungsgemäß. Nichts anderes gelte für das Europarecht. Zwar mögen hier die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheiten nach Art. 43 und 49 EG tangiert sein; etwaige Beschränkungen seien aber gerechtfertigt, wie Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts und des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs bestätigten.

Der festgelegten Gebührenregelung liege der Verwaltungsaufwand zugrunde. Diesbezüglich wurde auf den Beschluss des Verwaltungsgerichts München vom 30. November 2004, M 16 K 04.4788, verwiesen.

Am 22. Juni 2005 ließ die Klägerin durch ihre Bevollmächtigten Klage zum Bayerischen Verwaltungsgericht München erheben und (nach Ergänzung durch die Schriftsätze vom 15.5.2006 und 6.6.2006) beantragen:

1. Unter Aufhebung des Bescheids des Bayerischen Ministeriums des Innern vom 20. Mai 2005 wird festgestellt, dass die österreichische Buchmacherlizenz der Wettanbieterin auch für das Land Bayern gilt und die Klägerin dazu berechtigt, die Vermittlung von Sportwetten mit festen Gewinnquoten an die Wettanbieterin in Bayern zu betreiben.

2. Hilfsweise:

Der Beklagte wird verpflichtet, die Annahme, Sammlung und Bestellung sowie die Vermittlung von Sportwetten mit festen Gewinnquoten an in Staaten der europäischen Gemeinschaft und des EWR konzessionierte Wettanbieter durch die Klägerin in Bayern vorläufig - bis zur endgültigen Entscheidung über eine entsprechende Genehmigung in einem einzurichtenden Genehmigungsverfahren - zu dulden, soweit nicht sonstige Gründe vorliegen, die eine gewerbliche Untersagung rechtfertigen.

Der Beklagte hat sicher zu stellen, dass die zuständigen Ordnungsbehörden bis zu diesem Zeitpunkt keine Untersagungsverfügungen gegen die Klägerin erlassen.

3. Hilfsweise:

Unter Aufhebung des Bescheids des Beklagten vom 20. Mai 2005 wird die Beklagte dazu verpflichtet, der Klägerin die beantragte Genehmigung zur Vermittlung von Sportwetten an einen im EU-Raum lizenzierten Buchmacher für das Land Bayern zu erteilen.

Zur Begründung der Klage wurde im Wesentlichen (in den Schriftsätzen vom 22.6.2005, vom 15.5.2006 und vom 6.6.2006) vorgetragen, die in dem Hauptantrag erhobene Feststellungsklage sei zulässig und begründet, da die Klägerin aus verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Gründen einen Anspruch zumindest auf die begehrte Feststellung des Rechtsverhältnisses habe und durch Nichtgewährung der Feststellung durch den angefochtenen Ablehnungsbescheid gleichzeitig in ihren Rechten verletzt sei. Der Anspruch der Klägerin auf Feststellung, dass die österreichische Buchmachergenehmigung ihrer Vertragspartnerin ' (Wetthalterin) diese berechtige, ihr Dienstleistungsangebot auch an Kunden in Bayern anzubieten (und damit auf Aufhebung des streitgegenständlichen Bescheides), ergebe sich mangels einschlägiger Regelungen im einfachen Recht direkt aus dem Grundrecht der Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz - GG - und ergänzend aus den gemeinschaftsrechtlich garantierten und vom Europäischen Gerichtshof in seinem Gambelli-Urteil ausdrücklich bestätigten Grundfreiheiten in Form der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 49 EG und der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 43, 48 EG

(des Buchmachers und der jeweiligen Wettbürobetreiber/Sammelstellen) bzw. der inhaltlich gleichen Vorschriften des EWR-Abkommens.

Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 sei das derzeit bestehende Staatsmonopol in Bayern nicht nur verfassungswidrig, sondern es stelle darüber hinaus auch einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit und die Kartellrechtsvorschriften des EG-Vertrages dar. Damit gelte, wie bei jeder Verletzung von Gemeinschaftsrecht, der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts. Dieser bewirke, dass nationale Rechtsakte, die dem Gemeinschaftsrecht entgegenstehen, unangewendet zu lassen sind. Die Pflicht der Mitgliedsstaaten, dem Gemeinschaftsrecht unmittelbare Wirkung zu verschaffen, sehe dabei weder eine Umsetzungsfrist noch ein gesetzgeberisches Tätigwerden vor. Die vom Bundesverfassungsgericht gesetzte Frist bis zum 31. Dezember 2007 sei für die Verletzung von Gemeinschaftsrecht unbeachtlich, denn dieses kenne keine Übergangsfristen. Aufgrund dieses Sachverhalts habe die EU-Kommission im Übrigen inzwischen ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland eingeleitet.

Schließlich führten die Klägerbevollmächtigten aus, der staatliche Anbieter Oddset halte sich nicht an die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts und es werde bezweifelt, dass er dies in Zukunft tun werde. Sie erachteten mit detaillierten Darstellungen im Übrigen die Umsetzungsmaßnahmen auf Seiten des Beklagten bezüglich der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts für unzureichend.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der vorbenannten Schriftsätze sowie weiterer Eingaben der Klagepartei vom 25. Juli, 4. Oktober und 10. November 2005 Bezug genommen.

Der Beklagte ließ mit Schriftsatz der Regierung von Oberbayern - Prozessvertretung - vom 19. April 2006

die Abweisung der Klage beantragen.

Zur Klageerwiderung wurde auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 verwiesen, in welcher das Gericht im Rahmen der Übergangsregelung klar und deutlich das Verbot des gewerblichen Veranstaltens von Wetten durch private Wettunternehmer und der Vermittlung von Sportwetten, die nicht vom Freistaat Bayern veranstaltet werden, ausgesprochen habe.

Im Übrigen werde sich der Freistaat konsequent an die vom Bundesverfassungsgericht formulierten Vorgaben halten. Hierzu wurde auf die Pressemitteilung des Bayerischen Finanzministeriums vom 4. April 2006 sowie des Bayerischen Staatsministeriums des Innern, ebenfalls vom gleichen Tage, hingewiesen.

In der am 7. Juni 2006 durchgeführten Verhandlung stellten die Klagebevollmächtigten die Klageanträge aus den Schriftsätzen vom 22. Juni 2005, 15. Mai 2006 sowie 6. Juni 2006.

Die Vertreter des Beklagten beantragten Abweisung der Klage.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Gerichtsakte, sowie der beigezogenen Verwaltungsakten des Beklagten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Klage ist mit Ausnahme des Unterlassungsbegehren zulässig, aber nur teilweise erfolgreich.

Dem klägerischen Feststellungsbegehren kann nicht entsprochen werden, da die österreichische Buchmacherlizenz der Firma _____ für die die Klägerin in Bayern Sportwetten annehmen und weitervermitteln will, nicht auch für das Land Bayern gilt und insbesondere nicht dazu berechtigt, über hiesige

Wettannahmestellen Sportwetten an Kunden in Bayern anzubieten, mit diesen abzuschließen und dieses Angebot zu bewerben.

Ebenso wenig hat die Klägerin einen Anspruch gegen den Beklagten, es zu unterlassen, solange die Klägerin in Verbindung mit einer gültigen österreichischen Buchmachererlaubnis vermittelnd tätig ist, gegen sie und ihre Annahmestellen verwaltungsrechtlich vorzugehen, wenn diese Sportwetten grenzüberschreitend von Österreich nach Bayern angeboten werden.

Begründet ist jedoch das klägerische Verpflichtungsbegehren nur insoweit, als der Bescheid des Beklagten vom 20. Mai 2005 wegen dessen Rechtswidrigkeit aufzuheben ist und der Beklagte über den Antrag der Klägerin unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden hat (§ 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO), da die Sache nicht spruchreif ist.

I. Das Klagebegehren ist nach Auslegung durch das erkennende Gericht so zu verstehen, dass die unter 1. formulierte Feststellung vorrangig eingeklagt wird. Der darin enthaltene Aufhebungsantrag ist nicht gänzlich isoliert zu sehen, sondern in Zusammenhang mit dem hilfsweise gestellten Verpflichtungsantrag im Rahmen einer Versagungsgegenklage. Die Nr. 1. des klägerischen Antrags als - nur zweifelhaft zulässige - isolierte Anfechtungsklage zu verstehen, ergibt sich angesichts der klägerischen Begründung und den umfangreichen Ausführungen zur Klage jedoch gerade nicht.

II. Die Feststellungsklage, dass die österreichische Buchmacherlizenz der Firma auch für das Land Bayern gelte und insbesondere dazu berechtige, über Wettannahmestellen Sportwetten an Kunden in Bayern anzubieten und mit diesen abzuschließen und dieses Angebot zu bewerben und die Klägerin dazu berechtige, die Vermittlung von Sportwetten mit festen Gewinnquoten an die Wettanbieter in Bayern zu betreiben, ist zulässig, aber unbegründet.

1. Die Feststellungsklage ist i.S.v. § 43 VwGO statthaft, da sie ein konkretes Rechtsverhältnis zwischen der Klägerin und dem Beklagten betrifft, und ist nicht subsidiär zur hilfsweise erhobenen Verpflichtungsklage. Das Gericht nimmt insoweit von seiner im Urteil vom 4.4.2000 unter dem Az. M 16 K 98.1222 geäußerten Auffassung Abstand und schließt sich vielmehr - wie bereits im Urteil zum Verfahren M 16 K 02.2154 vom 27.1.2004 - den Ausführungen des nachfolgenden Urteils des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs (BayVGh) vom 30.8.2000 unter dem Az. 22 B 00.1833 auf S. 6 ff. des Urteilsendrucks - abgedruckt auch GewArch 2001, 65 - und des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) in seinem Urteil vom 28.3.2001 unter dem Az. 6 C 2/01 GewArch 2001, 334 an.

Die Behauptung einer Behörde, dass eine von einem Bürger ausgeübte oder beabsichtigte Tätigkeit ihrer Erlaubnis bedürfe, begründet ein konkretes Rechtsverhältnis zwischen ihr und dem betreffenden Bürger, das die Voraussetzungen des § 43 Abs. 1 VwGO erfüllt (BayVGh a.a.O. m.w.N. auf Rspr. des BVerwG). Zwar weicht der vorliegende Fall von dieser Fallgruppe insofern ab, als der Beklagte nicht meint, die nach seiner Auffassung erforderliche Erlaubnis unter bestimmten Voraussetzungen selbst erteilen zu dürfen, sondern vielmehr der Auffassung ist, dass die Erteilung einer derartigen Erlaubnis rechtlich überhaupt nicht vorgesehen ist. Dies ändert jedoch nichts an der Zulässigkeit der Klage, da die Meinungsverschiedenheit über die Erlaubnisbedürftigkeit gerade zur Folge hat, dass sich der Beklagte berührt, ein bestimmtes Tun oder Unterlassen des betreffenden Bürgers aufgrund seines Rechtstandpunktes verlangen zu können.

Der Zulässigkeit der Feststellungsklage steht der in § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO verankerte Grundsatz der Subsidiarität nicht entgegen. So kann die Klägerin ihr Primärziel, nämlich die Feststellung, dass es keiner Erteilung einer Genehmigung durch den Beklagten bedarf, um im Freistaat Bayern Sportwetten vermitteln oder betreiben zu dürfen, nicht im Wege einer Leistungsklage/Verpflichtungsklage erreichen, sondern al-

lenfalls die Erteilung einer Genehmigung in Gestalt einer Erweiterung ihres Rechtskreises oder in Gestalt einer Unbedenklichkeitsbescheinigung an sich. Auch insoweit schließt sich das Gericht der Auffassung des BayVGH vom 30.8.2000 (a.a.O.) an.

Die Klägerin hat ein berechtigtes Interesse an der alsbaldigen Feststellung. Solange die Rechtslage zwischen den Beteiligten nicht geklärt ist, darf die Klägerin entweder ein Recht, das ihr ihrer Meinung nach zusteht, nicht ausüben, oder sie muss sich der Gefahr behördlicher Eingriffe in den dann bereits eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb oder gar der Gefahr einer Strafverfolgung aussetzen. Dies ist ihr nicht zumutbar (vgl. BayVGH a.a.O. mit Verweis auf BVerwGE 39, 247/249). Zwar berechtigt die oberösterreichische Bewilligung nicht die Klägerin unmittelbar, sondern ihre Vertragspartnerin . . . doch könnte auch die Klägerin aus einer Geltung dieser Bewilligung für ihre Vertragspartnerin im Freistaat Bayern - wie zumindest klägerisch behauptet - womöglich eigene Rechte hinsichtlich ihrer Berechtigung zur Vermittlung von Sportwetten an die Vertragspartnerin ableiten.

2. Das Feststellungsbegehren der Klägerin ist jedoch unbegründet. Weder gilt die österreichische Buchmacherlizenz der Firma . . . auch für das Land Bayern, noch ist die Klägerin berechtigt unter Bezug auf diese Lizenz, Sportwetten an Kunden in Bayern zu vermitteln, mit diesen abzuschließen und dieses Angebot zu bewerben, weil sie hierfür etwa keiner Erlaubnis des Freistaats Bayern bedürfe.

Vielmehr dürfen Sportwetten im Freistaat Bayern grundsätzlich nur mit einer bayerischen Erlaubnis angeboten werden (so auch u.a. VG München vom 10.5.2006 Az. M 22 S 06.1513 und vom 11.5.2006 Az. M 22 S 06.1473; VG Bayreuth vom 27.4.2006 Az. B 1 S 06.283; OLG Köln vom 21.4.2006 Az. 6 U 145/05; VG Gelsenkirchen vom 29.5.2006 Az. 7 L 701/06; OVG Magdeburg vom 4.5.2006 Az. 1 M 476/05; VG Münster vom 2.6.2006 Az. 9 L 379/06; OVG NRW vom 13.12.2002 Az. 4 B 1844/02 und Az. 4 B 2124/02 GewArch 2003, 162 und 164, OVG NRW vom 13.11.2003 Az. 4 B 1897/03; BayVGH vom 21.12.2004 Az. 24 Cs 04.1101; Nds. OVG vom 17.3.2005 Az.

11 ME 369/03 GewArch 2005, 282 (284); BGH vom 14.3.2002 Az. I ZR 279/99 NJW 2002, 2175 (2176); BGH vom 1.4.2004 Az. I ZR 317/01 NJW 2004, 2158 (2160); Hecker/Schmitt, Zur Strafbarkeit des privaten Anbietens von Sportwetten, ZfWG 2006, 59 (63)).

Die teilweise vertretene gegenteilige Ansicht, dass Erlaubnisse aus EU-Mitgliedstaaten als Erlaubnisse im Sinne von § 284 StGB anzusehen seien (etwa LG München vom 27.10.2003 5 Qs 41/03 NJW 2004, 171; vgl. VG Giessen vom 21.11.2005 Az. 10 E 1104/05 und 10 E 872/05; Leipold, Die Sportwette - ein strafrechtliches Problem, NJW-Spezial 2005 / 4, 183; s.a. Redeker/Sellner/Dahs&Widmaier, Zur Zulässigkeit der Vermittlung von Sportwetten an im EU-Ausland zugelassene Veranstalter nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 28.3.2006 - Rechtsgutachten vom 26.5.2006 -; Widmaier, Strafrechtliche Konsequenzen aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 für die Zeit bis zur Neuregelung des Rechts der Sportwetten, Rechtsgutachten vom 5.5.2006, Seite 15) überzeugt das erkennende Gericht nicht.

a) Die vorgelegte derzeitige Bewilligung der Polizeiabteilung der oberösterreichischen Landesregierung vom [] für die Firma [] zum gewerbsmäßigen Abschluss von Wetten bis zum [] 2009 gilt nicht unmittelbar im Freistaat Bayern. Dies ergibt sich sowohl aus der standortbezogenen Beschränktheit der Bewilligung an sich als auch aus einem fehlenden Automatismus der unmittelbaren Geltung von EU-Erlaubnissen in anderen Mitgliedstaaten.

(1) Die Bewilligung der oberösterreichischen Landesregierung ist standortbezogen erteilt und kann schon ihrem Wortlaut nach keine Geltung außerhalb der bewilligten Standorte zur Veranstaltung oder Vermittlung von Sportwetten entfalten.

aa) Die von der Klägerin beabsichtigte streitgegenständliche Tätigkeit umfasst - wie sich ihrem eigenen Antrag beim Staatsministerium des Innern entnehmen lässt -

die Entgegennahme von Sportwetten an den benannten Annahmestellen in Bayern und deren Weitervermittlung an die Firma , als Wetthalterin.

Die Kammer sieht insoweit den weiten Veranstalterbegriff als zutreffend an (vgl. hierzu unter anderem VG München vom 3.3.2005 Az. M 22 S 04.5649, vom 10.5.2006 Az. M 22 S 06.1513 und vom 11.5.2006 Az. M 22 S 06.1473 m.w.N.; VG Ansbach vom 14.8.2003 Az. AN 5 K 03.00443; s.a. Hecker/Schmitt, a.a.O., S. 60ff). Danach ist ein ausländischer Unternehmer nicht auf seinen eigenen Geschäftssitz beschränkt, sondern entfaltet seine Tätigkeit als Veranstalter überall dort, wo er dem Publikum Gelegenheit bietet, sich an den vom ihm veranstalteten Wetten zu beteiligen (VG München, a.a.O. mit Verweis auf BayVGH vom 29.9.2004 Az. 24 BV 03.3162 GewArch 2005, 78; HessVGH vom 27.10.2004 Az. 11 TG 2096/04 GewArch 2005, 17; vgl. auch BGH vom 14.3.2002 I ZR 279/99 NJW 2002, 2175). Daraus ergibt sich, dass ein ausländischer Buchmacher bereits dann in Deutschland Sportwetten veranstaltet, wenn er sich in Deutschland eines Vermittlungsbüros bedient (vgl. OVG NRW vom 13.12.2002 Az. 4 B 1844/02 GewArch 2003, 162 (163) mit Verweis auf BGH vom 14.3.2002 Az. 1 ZR 279/99 NJW 2002, 2175 u. m.w.N.). Der ausländische Buchmacher nimmt in einem solchen Fall nicht nur an seinem ausländischen Geschäftssitz - hier in Österreich - Sportwetten entgegen, sondern veranstaltet durch die Einschaltung eines Wettvermittlers und durch Zurverfügungstellung seiner Plattform und seiner Produkte auch außerhalb seines Geschäftssitzes. Die Firma *

wird deshalb als Veranstalterin im Freistaat Bayern tätig; bei dieser Veranstaltung von Sportwetten bedient sie sich der Klägerin als Vermittlerin.

bb) Die der Firma von der oberösterreichischen Landesregierung erteilte Bewilligung erlaubt jedoch keine Veranstaltung im Freistaat Bayern, sondern nur eine Veranstaltung und Entgegennahme von Sportwetten an den bewilligten Standorten.

So dürfen nach Nr. I. 1. und 2 der Bedingungen des Spruchs vom .
nur an den Standorten in _____ sowie in weiteren nahezu bezeich-
nender Wettannahmestellen Wetten abgeschlossen oder vermittelt werden. Die mit
der erteilten Bewilligung eröffnete Möglichkeit der Veranstaltung und Vermittlung von
Sportwetten ist somit räumlich begrenzt, anders z.B. als räumlich grundsätzlich
nichtbeschränkte Erlaubnisse wie eine Maklererlaubnis nach § 34 c GewO in
Deutschland.

Da die Zuständigkeit der österreichischen Verwaltungsbehörde zur Erteilung einer
Bewilligung nach den Vorschriften des oberösterreichischen Veranstaltungsgesetzes
1992 (LG Bl. Nr. 75) territorial auf das Land Oberösterreich beschränkt ist, gilt dies
folglich auch für die Sanktionen nach dem Veranstaltungsgesetz insoweit be-
schränkt.

Zwar umfasst die Bewilligung auch die Internet-Einschaltung; allerdings begehrt die
Klägerin vom Gericht nicht die Feststellung, dass sich ein Bewohner des Freistaats
Bayern von seinem heimischen PC über das Internet auf der Homepage der Klägerin
in Österreich, die von einem bewilligten Standort dort ins world wide web eingestellt
wird, einloggen und an deren dortigen Sportwettenveranstaltung teilnehmen darf,
sondern beabsichtigt das Veranstalten bzw. Vermitteln von Sportwetten von bayeri-
schen Standorten aus. Während ersteres durch die Bewilligung des Landes Oberös-
terreich zur Entgegennahme von Sportwettvermittlungen an den jeweils bewilligten
Standorten unter Umständen noch - vielleicht auch erst über europarechtliche Aspek-
te - umfasst sein könnte (verneinend aber wohl OLG Köln v. 21.4.2006 Az. 6 U
145/05), so ist dies zumindest bei der von der Klägerin beabsichtigten Betätigung
nicht der Fall.

Die Annahme, dass die Klägerin in Verbindung mit dieser bundeslandbezogenen
oberösterreichischen Bewilligung auch in anderen österreichischen Bundesländern

Vermittlungstätigkeiten ausüben dürfe, steht dem Inhalt des Veranstaltungsgesetzes von Oberösterreich und dem Inhalt der Bewilligung entgegen.

(2) Einen damit grundsätzlich notwendigen Anerkennungsakt durch den deutschen oder bayerischen Gesetzgeber oder aber zumindest durch eine bayerische Behörde gibt es indes nicht. Ein solcher wird vielmehr gerade durch den klägerischen Hilfsantrag (nunmehr verwaltungsgerichtlich) erstrebt.

Auch ein etwaiger Harmonisierungsakt auf europarechtlicher Ebene im Sekundärrecht ist nicht vorhanden. So wurde im Rahmen der aktuell diskutierten Dienstleistungsrichtlinie vom EU-Parlament der Harmonisierung des Glücksspielrechts auf Sekundärrechtsebene wiederum eine Absage erteilt, so dass sich diesbezüglich stellende Probleme nach wie vor auf Primärrechtsebene zu lösen sind (zur Forderung nach einer Harmonisierung siehe auch Colomer, Schlussanträge in den Verfahren C-338/04 Placanica, C-359/04 Palazzese und C-360/04 Sorrichio vom 16.5.2006). Zur Begründung habe das EU-Parlament ausgeführt, dass Glücksspiele - etwa im Hinblick auf die öffentliche Ordnung und den Konsumentenschutz - aufgrund ihrer 'spezifischen' Natur auszunehmen seien, diese Ausnahme vollständig im Einklang mit den Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes stehe und überdies 'vollkommen unmöglich' sei, im Bereich des Glücksspiels einen 'fairen, grenzüberschreitenden Wettbewerb' herzustellen (Hecker/Schmitt, a.a.O. S. 64 mit Verweis auf die legislative Entschließung des Europäischen Parlaments zur Dienstleistungsrichtlinie).

(3) Aus europarechtlichen Grundsätzen oder Grundgedanken heraus kann jedoch zur Überzeugung des Gerichts - wie von dem Beklagten in seiner Klageerwiderung vom 19. April 2006 zu Recht ausgeführt - kein Automatismus der Erweiterung einer standortbezogenen Bewilligungsreichweite in einem EU-Mitgliedstaat auch auf einen anderen Mitgliedstaat gesehen werden.

Kretschmer (Karlsruhe, die Sportwetten und das Strafrecht, ZfWG 2006, 52 (56)) ist hingegen der Auffassung, dass wegen den Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung als Eckstein der supranationalen Zusammenarbeit amtliche Entscheidungen eines anderen Mitgliedstaates im Inland so zu behandeln seien, als wären sie von der eigenen Behörde induziert.

Die erkennende Kammer lehnt jedoch eine generelle Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur gegenseitigen Anerkennung von Erlaubnissen aus Gemeinschaftsrecht ab (so auch die 22. Kammer des Bayerischen Verwaltungsgerichts München Az. M 22 S 06.1473 vom 11.5.2006 und Az. M 22 S 06.1513 vom 10.5.2006).

Nach den zutreffenden Ausführungen des VG Halle vom 4.5.2006 Az. 3 B 56/06 HAL entspreche es der besonderen Eigenart des europäischen Gemeinschaftsrechts, dass Gemeinschaftsrecht im Regelfall der Umsetzung (Transformation) in nationales Rechts bedürfe. Die Mitgliedstaat hätten hierbei die Möglichkeit, den besonderen Umständen, die sich nach der jeweiligen Rechtsordnung stellen, durch insoweit angepasste Transformationsregelungen Rechnung zu tragen (VG Halle a.a.O.).

Vor diesem Hintergrund ist vor allem zu beachten, dass der Europäische Gerichtshof (EuGH) im Urteil vom 6.11.2003 - Gambelli u.a. - Rs. C-243/01 Slg. 2003 I - 13031 NJW 2004, 139 (im folgenden zitiert: Gambelli-Urteil oder EuGH - Gambelli -) selbst den Mitgliedstaaten einen großen Spielraum zur Gestaltung ihrer Glücksspielpolitik einräumt. Daraus ergibt sich gerade eine Absage an das Herkunftslandprinzip und an eine unmittelbare Geltung von Erlaubnissen eines Mitgliedstaats in anderen Mitgliedstaaten im Glücksspielbereich (vgl. auch Nds. OVG vom 17.3.2005 Az. 11 ME 369/03 GewArch 2004, 282 (284) mit Verweis auf VGH Bad-Württ. vom 12.1.2005 u.w.N.).

Auch Schroeder spricht nicht von einem Prinzip der unmittelbaren Geltung in seiner Kommentierung der Cassis de Dijon - Entscheidung (EuGH Rs. 120/78 Slg. 79/649), sondern hält es für gerechtfertigt, prima facie von einer *Verpflichtung* zur Anerken-

nung nationaler Regelungen über die Herstellung und Vermarktung von Produkten durch die anderen Mitgliedstaaten auszugehen (Streinz-Schroeder, EUV/EGV, 2003, Art. 28 / Rdnr. 74 a.E. m.w.N.).

Nähme man europarechtlich im übrigen die automatische Erweiterung einer standortbezogenen Erlaubnis auch für Standorte im EU-Ausland an, so würde durch das Europarecht letztlich mehr gewährt werden, als ursprünglich bewilligt wurde. Dies entspricht aber nicht der grundsätzlichen europarechtlichen Idee eines gemeinsamen Binnenmarktes. Beschränkungen sollen vielmehr nur gegenüber bestehenden Rechten begrenzt möglich sein, aber keine Rechtskreiserweiterungen über mitgliedstaatlich Gewährtes hinaus. Auch die Funktion einer europarechtlichen Grundfreiheit, die Diskriminierungen und mitgliedstaatliche Beschränkungen verhindern soll, geht hierüber nicht hinaus.

b) Das klägerische Feststellungsbegehren hinsichtlich der Feststellung der Berechtigung, Sportwetten an Kunden in Bayern zu vermitteln, ist darüber hinaus nicht etwa deshalb begründet, weil § 284 StGB bzw. die bayerischen Regelungen zum Wettmonopol (siehe Staatslotteriesgesetz und dessen Auslegung vom BayVGH vom 30.8.2000 Az. 22 B 00.1833 GewArch 2001, 65) europarechtswidrig seien und die Veranstaltung und das Vermitteln von Sportwetten daher erlaubnisfrei möglich sein würden.

(1) Die grundsätzliche Erlaubnispflichtigkeit für das Veranstalten von Sportwetten ergibt sich aus § 284 StGB, der nach herrschender Auffassung ein Repressivverbot mit Befreiungsvorbehalt darstellt (BayVGH vom 20.8.2000 Az 22 B 00.1833 GewArch 2001/65, BVerwG vom 28.3.2001 Az. 6 C 2/01 GewArch 2001, 334; BayVGH vom 22.10.2002 Az. 22 ZB 02.2126 GewArch 2003, 115; Reeckmann, Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland: Polizeirecht der Länder oder Wirtschaftsrecht des Bundes? vom 19.2.2004, Seite 3 m.w.N.; Fischer, Zur rechtlichen Beurteilung von Sportwettbüros, GewArch 2001, 157 (159); a.A. Rausch, Die verfassungsrechtliche

Europarechtlich bedenklich im Sinne des zitierten Gambelli-Urteils ist nicht das grundsätzliche Erfordernis einer Erlaubnis, sondern - wie im übrigen die Kernaussage des Gambelli-Urteils nahezu immer wiedergegeben wird (vgl. nur VG Arnsberg vom 23.5.2006 Az. 1 L 379/06; Widmaier, a.a.O., Seite 15) - eine nationale Regelung, die ein - strafbewehrtes - Verbot der Entfaltung des Sammelns, der Annahme, der Bestellung und der Übertragung von Wetten, insbesondere über Sportereignisse enthält, *wenn* im Inland keine Voraussetzungen für die Konzession und die Genehmigung geregelt sind (vgl. EuGH - Gambelli - Leitsatz). Im Zentrum der europarechtlichen Bedenken steht somit ein Verbot bzw. eine Strafbewehrung ohne die Möglichkeit einer Befreiung, Konzession, Genehmigung etc., hingegen nicht die abstrakte Erlaubnispflichtigkeit an sich. Eine Europarechtswidrigkeit des Sportwettenmonopols und der Versagung des Erlaubnis zur Sportwettenveranstaltung an private Anbieter ist für die Anwendbarkeit des § 284 StGB mit dem dort normierten Erlaubnisvorbehalt demzufolge ohne Bedeutung (Hecker/Schmitt, a.a.O. (65); vgl. a. BGH vom 14.3.2002 Az. I ZR 279/99 NJW 2002, 2175 (2176)).

Zwar mag bereits eine allgemeine Erlaubnispflicht trotz fehlenden Diskriminierungscharakters eine Beschränkung der europarechtlich garantierten Grundfreiheiten Niederlassungsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit darstellen, doch kann diese aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses zum Verbraucherschutz, Verbrechensprävention, Schutz der öffentlichen Sicherheit und zur Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu überhöhten Ausgaben für das Spielen gerechtfertigt sein (OVG Magdeburg vom 4.5.2006 Az. 1 M 476/05; BGH vom 1.4.2004 Az. I ZR 317/01 GewArch 2004, 336 (337)). Maßnahmen, die auf derartige Gründe gestützt sind, müssen allerdings geeignet sein, die Verwirklichung dieser Ziele in dem Sinne zu gewährleisten, dass sie "kohärent und systematisch" zur Begrenzung der Wetttätigkeiten beitragen (OVG Magdeburg, a.a.O. mit Verweis auf EuGH - Gambelli -), dem die Regelung des Erlaubnisvorbehalts im Glücksspielwesen jedoch Rechnung trage (OVG Magdeburg a.a.O.). Vielmehr ist es zur Überzeugung des erkennenden Gerichts sogar erforder-

lich, einen entsprechenden Erlaubnisvorbehalt und die Glücksspielpolitik, deren Bestandteil eine derartige Erlaubnis ist, normativ zu fassen, um den Mitgliedstaaten überhaupt die Möglichkeit zu geben, den ihnen vom EuGH eingeräumten Spielraum auch entsprechend der Vorgaben des EuGH zu nutzen und die von ihnen beabsichtigte Glücksspielpolitik betreiben zu können. Ohne eine grundsätzliche Erlaubnispflicht wird es kaum möglich sein, Kohärenz und Konsistenz einer Glücksspielpolitik mit erforderlichem und funktionierendem Schutz des Allgemeininteresses zu gewährleisten.

Die teilweise vertretene Auffassung, eine entsprechende innerstaatliche Erlaubnispflicht sei für Veranstalter aus dem EU-Ausland mit dortiger Bewilligung nicht erforderlich, weil die Behörden des die Erlaubnis erteilenden EU-Mitgliedstaats aufgrund ihrer Nähe zur Niederlassung sogar eher geeignet seien, die Buchmacher auf ihre Zuverlässigkeit zu überprüfen, ihre Bücher zu kontrollieren und auf eine genügende Kapitaldecke hinzuwirken (so Kretschmer, a.a.O., S. 56; Colomer, a.a.O. Rdnr. 132) überzeugt das Gericht nicht. Es steht zu befürchten, dass sich die Buchmacher dann für ihren Geschäftssitz den Mitgliedstaat herausuchen, der die geringsten Anforderungen für die Bewilligung stellt (so auch Korte, Das Gambelli-Urteil des EuGH, NVwZ 2004, 1449 (1452); vgl. auch Streinz, Europarecht, 4. Auflage 1999, Rdnr. 978 zu den Problemen des Anerkennungskonzepts).

In diesem Zusammenhang sei beispielsweise auf Bewilligungen von Gibraltar verwiesen, bei denen fraglich erscheint, wie Gibraltar einen ausreichenden Schutz des Allgemeininteresses gewährleisten will, wenn es denn im eigenen Land keine Sportwetten zulässt - vielmehr selber eine sehr restriktive Politik betreibt - und damit auch keine Erfahrungswerte etc. entwickeln kann.

Des weiteren stellt sich für das Gericht die Frage, wie der EU-Mitgliedstaat das Werbeverhalten, die Gestaltung des örtlichen Angebots und einzelnen örtlichen Wettbüros, Sponsoring, Zuverlässigkeit von Beschäftigten vor Ort etc. im anderen Mitglied-

staat kontrollieren und beurteilen will. Hier zeigt sich wiederum gerade der Unterschied zum Privatmann, der sich von zuhause aus auf der Internetseite des österreichischen Veranstalters einloggt und am dort eingespeisten Sportwettangebot teilnimmt, das gerade der Kontrolle des dortigen Mitgliedstaats unterliegt.

Auch der BGH hat in Kenntnis des Gambelli-Urteils in seiner Entscheidung "Schöner Wetten" (Urteil vom 1.4.2004 Az. I ZR 317/01 GewArch 2004, 336 (338)) entschieden, dass ein etwaiger Verstoß einzelner Landesvorschriften gegen die europarechtlichen Grundfreiheiten nicht zur Erlaubnisfreiheit führe, sondern vielmehr bei der Erteilung einer beantragten Erlaubnis zu berücksichtigen sei (vgl. auch OLG Köln vom 21.4.2006 Az. 6 U 145/05; a.A. VG Giessen vom 21.11.2005 Az. 10 E 1104/05, die § 284 StGB europarechtskonform dahingehend auslegen, dass die ausländische Erlaubnis gelte).

Ebenso lässt sich den Entscheidungsgründen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) im Urteil vom 28. März 2006 Az. 1 BvR 1054/01 NJW 2006, 1261 entnehmen, dass das BVerfG die grundsätzliche Erlaubnispflichtigkeit des Veranstaltens von Sportwetten nicht in Zweifel zieht. Vielmehr wurde nicht § 284 StGB für unvereinbar mit Art. 12 Abs. 1 GG erklärt, sondern das Staatslotteriesgesetz des Freistaats Bayern (vgl. auch VG München vom 10.5.2006 Az. M 16 S 06.1513).

(3) Fraglich ist jedoch, ob § 284 StGB auch für das Vermitteln von Sportwetten wie es die Klägerin beabsichtigt eine Erlaubnispflicht vorsieht (vgl. hierzu auch HessVGH vom 27.10.2004 Az. 11 TG b2096/04 GewArch 2005, 17).

Nach der wohl herrschenden Ansicht wird bereits dann i.S.v. § 284 StGB ein Glücksspiel veranstaltet, wenn der Abschluss entsprechender Verträge angeboten wird (BGH vom 14.3.2002 Az. I ZR 279/99 NJW 2002, 2175; OLG Hamm vom 5.12.2002 Az. 4 U 121/02; VG Ansbach vom 14.8.2003 Az. 5 K 03.00443).

Nach der von Kretschmer (a.a.O. S. 54) vertretenen Auffassung lässt sich die Vermittlungsleistung nicht von der Veranstaltung des ausländischen Anbieters differenzieren. Vielmehr wirkten diese bewusst und gewollt zusammen, um das Spiel mit den akquirierten Spielern durchzuführen: Auch die Vermittler hätten dabei ein eigenes Interesse am Spielerfolg, weil sie aufgrund der Absprache mit dem ausländischen Anbieter eine Provision oder anderweitige Gewinnbeteiligung in unterschiedlich ausgehandelter Höhe erhielten. Überdies beherrschten die Vermittler das Geschehen mit, in dem sie steuernd in den Abschluss der Spielverträge eingreifen könnten.

Überwiegend wird vertreten, dass das Vermitteln von Sportwetten zumindest den Tatbestand des Bereitstellen von Einrichtungen für das Glückspiel i.S.v. § 284 StGB erfülle (so VG Ansbach vom 14.8.2003 Az AN 5 K 03.00443; HessVGH vom 27.10.2004 Az. 11 TG 2098/04 GewArch 2005, 17).

Eine Klärung dieser Frage kann jedoch letztlich dahinstehen, da aus § 284 StGB zumindest abgeleitet werden kann, dass ein Vermitteln von Sportwetten an einen Veranstalter, der selber keine Erlaubnis zum Veranstalten von Sportwetten besitzt, verboten und damit ohne Berechtigung erfolgt. Die Berechtigung zum Vermitteln von Sportwetten kann damit, falls man in § 284 StGB nicht bereits eine Erlaubnispflichtigkeit auch des Vermittelns von Sportwetten sehen würde, allenfalls von der Veranstaltererlaubnis abgeleitet werden. Die systematische Konsequenz wäre, dass für das Vermitteln von Sportwetten an einen erlaubten Veranstalter dann nur das entsprechende Gewerbe nach § 12 Gewerbeordnung angezeigt werden müsste und keine weitere Genehmigung erforderlich wäre. Wie zuvor ausgeführt, besitzt die Firma bet-at-home jedoch keine Veranstaltungserlaubnis für Sportwetten im Freistaat Bayern, so dass sie auch keine Berechtigung im Sinne des Feststellungsbegehrens für die Vermittlung seitens der Klägerin besteht.

iii. Nachdem der Hauptantrag (Feststellungsklage) unbegründet ist, ist über die Hilfsanträge zu entscheiden.

Die von der Klägerin erhobene Verpflichtungsklage mit dem Begehren, der Klägerin unter Aufhebung ihres Bescheids vom 20. Mai 2005 die beantragte Genehmigung zur Vermittlung um Sportwetten zu erteilen, ist zulässig, aber nur insoweit begründet, als ein Anspruch auf erneute Bescheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts besteht.

1. Die Versagungsgegenklage mit einem Verbescheidungsbegehren ist die statthafte Klageart in der vorliegenden Konstellation. Wie bereits ausgeführt, ist das unter I. beantragte Aufhebungsbegehren der Klägerin nicht isoliert als Anfechtungsklage zu sehen, sondern verbunden mit dem Verpflichtungsbegehren, über den Antrag der Klägerin unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden.

Bedenken gegen die Zulässigkeit der Verpflichtungsklage bestehen nicht. Insbesondere ist die Klägerin im Sinne von § 42 Abs. 2 VwGO als Vermittlerin von Sportwetten aus Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 43 EG sowie im Rahmen der Korrespondenzdienstleistungsfreiheit aus Art. 49 EG klagebefugt. Aus den Ausführungen des EuGH im Gambell-Urteil in Rdnr. 58 wird deutlich, dass die europäischen Grundfreiheiten auch für einen inländischen Vermittler wie die Klägerin im Wege der Korrespondenzdienstleistungsfreiheit (vgl. hierzu auch Streinz-Müller-Graf, EGVEUV / Rdnr. 40 ff.) gelten.

2. Der gegenständliche Bescheid des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 20. Mai 2005 ist rechtswidrig.

Das Bayerische Staatsministerium des Innern verkennt mit den Ausführungen im gegenständlichen Bescheid die europarechtlichen Vorgaben. So ist sowohl zum Zeitpunkt der Antragstellung, des Bescheidserlasses als auch zum aktuellen Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung am 7. Juni 2006 im Freistaat Bayern zur Überzeugung

der erkennenden Kammer eine europarechtswidrige Situation gegeben, wann Veranstaltern und Vermittlern von privaten Sportwetten bei europarechtlichem Bezug die Erlaubnis bzw. Anerkennung einer Berechtigung hierfür mit Verweis auf ein grundsätzlich bestehendes Verbot der privaten Sportwettveranstaltung und -vermittlung im Freistaat Bayern verwehrt wird.

a) Unabhängig davon, ob entscheidungserheblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit des gegenständlichen Bescheids der Zeitpunkt des Erlasses des Bescheids war oder aber der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung relevant wäre, ist der gegenständliche Bescheid europarechtswidrig.

(1) Dem erkennenden Gericht ist nicht verwehrt, die Europarechtskonformität der bayerischen Rechtslage zum Sportwettmonopol eigenständig zu prüfen. Das Gericht sieht sich insoweit nicht in einer Bindungswirkung nach § 31 BVerfGG dahingehend, dass die vom BVerfG ausgesprochene Übergangsregelung und das bestehende Verbot der Sportwettenvermittlung und Veranstaltung durch Private bis zu einer Neuregelung auch aus europarechtlicher Sicht gelte.

Das BVerfG hat nämlich keine europarechtliche Beurteilung hinsichtlich der Rechtslage zum Sportwettenmonopol in Bayern vorgenommen, die Bindungswirkung für die Prüfung durch die nationalen Gerichte entfalten könnte. Ausdrücklich hat es in Rdnr. 77 im Urteil vom 28.3.2006 Az. 1 BvR 1054/01 vielmehr ausgeführt, dass eine Überprüfung der EU-Grundfreiheiten im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde ausscheide. Ein möglicher Verstoß gegen europäisches Gemeinschaftsrecht sei auch nicht mit der Begründung rügefähig, angesichts des Anwendungsvorrangs des europäischen Gemeinschaftsrechts könnte es ggf. schon an einem anwendbaren, den Gesetzesvorbehalt eines Grundrechts ausfüllenden Gesetz und damit an einer Beschränkung der grundrechtlichen Gewährleistung fehlen. Für die insoweit maßgebliche Frage der Vereinbarkeit einer innerstaatlichen Norm des einfachen Rechts mit den Bestimmungen des europäischen Gemeinschaftsrechts sei es nicht zuständig

(BVerfG a.a.O. Rdnr. 77 mit Verweis auf BVerfGE 145 (174f.) und 82, 159 (191)). Die Auffassung von Hecker/Schmitt, dass das BVerfG Bedenken der Europarechtskonformität ausdrücklich erwähnt hätte und sich aus der Erklärung der Anwendbarkeit des § 284 StGB ergebe, dass das BVerfG daher auch von dessen Europarechtskonformität ausgehe (Hecker/Schmitt, a.a.O. S. 64), ansonsten eine Nichtanwendbarkeit aufgrund des Anwendungsvorrangs des Europarechts von Nöten gewesen wäre (vgl. Dübbers/Kartal, Kommentar zur BVerfGE, ZfWG 2006, 33 (35)) steht zu den Ausführungen des BVerfG im klaren Gegensatz. Das erkennende Gericht sieht sich aber aufgrund der Bindungswirkung nach § 31 BVerfGG daran gebunden, dass gerade noch keine europarechtliche Überprüfung durch das BVerfG stattfand, die wiederum Bindungswirkung entfalten könnte.

Die Auffassung von Schmidt (Das Vorgehen gegen illegale Sportwetten in Bayern, GewArch 2006, 177 (178)), aus der Entscheidung des BVerfG ergebe sich klar, dass das dort geregelte übergangsweise Verbot der Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten auch für auf der Grundlage von in EU-Mitgliedstaaten erteilten Erlaubnisse gelte, weil die von der dortigen Beschwerdeführerin in den Ausgangsverfahren gestellten Anträge auf Genehmigung der Vermittlung von Sportwetten ins EU-Ausland endgültig gescheitert seien, übersieht den verfassungsgerichtlichen Streitgegenstand. So hatte das Bundesverfassungsgericht nicht über den Genehmigungsanspruch an sich zu entscheiden, sondern über etwaige Grundrechtsverletzungen. Ob die Versagung der Genehmigung europarechtswidrig war, hatte und konnte das BVerfG angesichts seines nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG eingeschränkten Überprüfungsspielraums nicht beurteilen. Schließlich sieht sich das BVerfG selber nicht als Superrevisionsinstanz.

Die vom BVerfG bestimmte Übergangsfrist führt bei Erfüllung der dortigen Auflagen zur Überzeugung des Gerichts nicht per se zu einem europarechtskonformen Zustand (a.A. VG Münster vom 2.6.2006 Az. 9 L 379/06; und wohl auch Schmidt, a.a.O. S.178). So sind Übergangsregelungen im Bereich der Grundfreiheiten dem Europa-

recht grundsätzlich fremd (VG Arnberg vom 23.5.2006 Az. 1 L 379/06; VG Minden vom 26.5.2006 Az. 3 L 241/06; Dübbers/Kartal, a.a.O. S.34) Vielmehr ist angesichts des europarechtlichen Anwendungsvorrangs durch Nichtanwendung europarechtswidriger Vorschriften sofort ein europarechtskonformer Zustand herbeizuführen. Die vom EuGH im Verfahren C-317/04 und C-318/04 vom 30. Mai 2006 selbst bestimmte Übergangsregelung erfolgte ersichtlich aus einem anderen Schutzzweck heraus, nämlich "aus Gründen der Rechtssicherheit und zum Schutz der betroffenen Person" (Pressemitteilung Nr. 46/06 vom 30.5.2006).

Der den Mitgliedstaaten vom EuGH eingeräumte Spielraum bei der Glücksspielpolitik und die grundsätzliche Notwendigkeit einer Transformation der europäischen Vorgaben in nationales Recht (s.o.) führen im übrigen nicht zu einer derweiligen Tolerierung europarechtswidriger Zustände - außerhalb eingeräumter Umsetzungsfristen - und zu einer Abschwächung des Anwendungsvorrangs. Die vom BVerfG gesetzte Übergangsfrist ist somit nicht als eine Frist zur Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben zu verstehen, in deren Zeitraum ein europarechtswidriger Zustand hinzunehmen wäre (a.A. wohl VG Halle vom 4.5.2006 Az. 3 B 56/06 HAL).

(2) Es kann somit für das vorliegende Verfahren, das erlaubnisrechtlicher und nicht ordnungsrechtlicher Natur ist, dahinstehen, ob der Beklagte nunmehr (nach den Änderungen im Oddsetwesen entsprechend der Pressemitteilung vom 4.4.2006 und den Ausführungen der Bayerischen Staatlichen Lotterieverwaltung anhand des vorgelegten Maßnahmenkatalogs in der mündlichen Verhandlung) die Vorgaben des BVerfG im zitierten Urteil vom 28. März 2006 für die Übergangszeit erfüllt, da diese Übergangsfrist gerade nicht für die europarechtliche Beurteilung von Belang ist. Aus europarechtlicher und damit hier streitentscheidender Sicht kommt es darauf an, ob der Beklagte die Anforderungen des Europarechts, wie sie vorrangig im Gambelli-Urteil ausgeführt wurden, erfüllt. Daraus folgt, dass der Beklagte den Anforderungen hinsichtlich einer kohärenten und systematischen Glücksspielpolitik, die, wie ausge-

führt, wohl normativer Ausprägung bedürfen, unverzüglich nachzukommen hat, will er weiterhin private Anbieter aus dem EU-Ausland vom bayerischen Markt fernhalten.

b) Eine Versagung der begehrten Erlaubnis bzw. Anerkennung der Berechtigung der Firma zur Veranstaltung bzw. zur Vermittlung von Sportwetten durch die Klägerin im Freistaat Bayern ist europarechtswidrig, wenn - wie hier erfolgt - dieses Begehren alleine in Bezug auf das im Freistaat Bayern bestehende Verbot der Sportwettenveranstaltung und Vermittlung durch Private begründet wird.

(1) Die Versagung von Erlaubnissen bzw. anerkennender Akte ausländischer Erlaubnisse zur Veranstaltung oder Vermittlung von Sportwetten - und damit die derzeitige Lage im Freistaat Bayern aufgrund des Staatslotteriegesetzes und des Staatslotterievertrages - stellt grundsätzlich eine Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit im Sinne von Art. 43 EG bzw. der Dienstleistungsfreiheit im Sinne von Art. 49 EG dar (vgl. EuGH - Gambelli - Rdnr. 44. - 59, insb. Rdnr. 46 zur Niederlassungsfreiheit, Rdnr. 54f. zur Dienstleistungsfreiheit des Veranstalters und Rdnr. 58 zur Dienstleistungsfreiheit des Vermittlers; EuGH - Zenatti - Rs. C-67/98 vom 21.10.1999 Slg. 1999, I-7289 Letzatz).

(2) Beeinträchtigungen der Dienstleistungsfreiheit und der Niederlassungsfreiheit können jedoch nach Art. 46 EG aus zwingenden Gründen entsprechend den Ausführungen des EuGH im Gambelli-Urteil durch mitgliedstaatliche Regelungen gerechtfertigt sein.

Dabei haben die Mitgliedstaaten zum Schutz der Verbraucher einen Beurteilungs- bzw. Ermessensspielraum bei der Frage, ob es im Rahmen des verfolgten Ziels notwendig ist, Tätigkeiten dieser Art vollständig oder teilweise zu verbieten, oder ob es genügt, sie zu beschränken und zu diesem Zweck zu kontrollieren (EuGH - Zenatti - Rdnr. 33). Allein der Umstand, dass ein Mitgliedstaat ein anderes Schutzsystem als ein anderer Mitgliedstaat gewählt hat, kann dabei keinen Einfluss auf die Beurteilung

der Notwendigkeit und der Verhältnismäßigkeit der einschlägigen Bestimmungen haben (so EuGH - Läärä u.a. - Rs. C-124/97 vom 25.3.1997 Leitsatz a.E. und Rdnr. 36). Diese sind allein im Hinblick auf die von den nationalen Stellen des betreffenden Staats verfolgten Ziele und auf das Schutzniveau zu beurteilen, das sie gewährleisten sollen (EuGH - Zenatti - Leitsatz a.E.).

Etwaige Beschränkungen müssen wirklich dem Ziel dienen, die Gelegenheiten zum Spiel zu vermindern, und die Finanzierung sozialer Aktivitäten mit Hilfe einer Abgabe auf die Einnahmen aus genehmigten Spielen darf nur eine erfreuliche Nebenfolge, nicht aber der eigentliche Grund der betriebenen restriktiven Politik sein (EuGH - Gambelli - Rdnr. 62 und 69; EuGH - Zenatti - Rdnr. 36). In Fortschreibung der Rspr. des EuGH in den Urteilen Schindler (Rs. C-275/92 vom 24.3.1994 Slg. 94 I-1039), Läärä u.a. (a.a.O.) und Zenatti (a.a.O.), dass Beschränkungen der Spieltätigkeiten durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses wie den Verbraucherschutz, die Betrugsverbeugung und die Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu überhöhten Ausgaben für das Spielen gerechtfertigt sein können, müssen die Beschränkungen, die auf solche Gründe sowie auf die Notwendigkeit gestützt sind, Störungen der sozialen Ordnung vorzubeugen, auch geeignet sein, die Verwirklichung dieser Ziele in dem Sinne zu gewährleisten, dass sie kohärent und systematisch zur Begrenzung der Wetttätigkeiten beitragen (EuGH - Gambelli - Rdnr. 67).

Wenn die Behörden eines Mitgliedstaats die Verbraucher hingegen dazu anreizen und ermuntern, an Lotterien, Glücksspielen oder Wetten teilzunehmen, damit der Staatskasse daraus Einnahmen zufließen, können sich die Behörden nicht im Hinblick auf die Notwendigkeit, die Gelegenheit zum Spiel zu verhindern, auf die öffentliche Sozialordnung berufen (EuGH - Gambelli - Rdnr. 69).

Außerdem müssen die von einem Mitgliedstaat erlassenen beschränkenden Maßnahmen von einer Untersuchung zur Zweckmäßigkeit und zur Verhältnismäßigkeit begleitet werden (EuGH - Lindmann - Rs. C-42/02 vom 13.11.2000 Slg. 2003 I-13519 Rdnr. 25). So bemängelt der EuGH im Verfahren Lindmann, dass die Akten des mit-

gliedstaatlichen Ausgangsverfahrens kein Element statistischer oder sonstiger Natur auswies, das einen Schluss auf die Schwere der Gefahren, die mit dem Betreiben von Glücksspielen verbunden seien, oder gar auf einen besonderen Zusammenhang zwischen solchen Gefahren und der Teilnahme der Staatsangehörigen des betreffenden Mitgliedstaats an in anderen Mitgliedstaaten veranstalteten Lotterien zuließe (EuGH - Lindmann - Rdnr. 26).

(3) Die derzeitige Gesetzeslage und deren Vollzug im Freistaat Bayern erfüllen jedoch nicht die vom EuGH im Gambelli-Urteil aufgestellten Anforderungen an eine solche Rechtfertigung.

aa) Diesbezüglich kann und muss angesichts des § 31 BVerfGG auf die Ausführungen im Urteil des BVerfG vom 28.3.2006 Az. BvR 1054/01 Bezug genommen werden.

So ist nach dessen Auffassung das im Rahmen des Wettmonopols eröffnete Sportwettenangebot Oddset nicht konsequent am Ziel der Begrenzung der Wettleidenschaft und Bekämpfung der Wettsucht ausgerichtet (BVerfG, Rdnr. 120). Das Staatslotteriegesetz enthalte keine entsprechenden materiellrechtlichen Regelungen und strukturellen Sicherungen, die dies hinreichend gewährleisten. Die Mängel in der konkreten Ausgestaltung von Oddset stellten nicht nur ein Defizit im Vollzug des einfachen Rechts dar, sondern es drücke sich darin vielmehr ein entsprechendes Regelungsdefizit aus (Rdnr. 120). Dieses Regelungsdefizit spiegele sich darin wider, dass auch tatsächlich eine konsequente Ausrichtung der durch den Freistaat Bayern veranstalteten Wetten am Ziel der Bekämpfung von Wettsucht und problematischem Spielverhalten sowie der Begrenzung der Spiel- und Wettleidenschaft gegenwärtig nicht gegeben sei (Rdnr. 132). So verfolge die Veranstaltung der Sportwette Oddset erkennbar auch fiskalische Zwecke (Rdnr. 133) und sei nicht aktiv an einer Bekämpfung von Spielsucht und problematischem Spielverhalten ausgerichtet, sondern erscheine vielmehr im Rahmen wirtschaftlich effektiver Vermarktung als grundsätzlich

unbedenkliche Freizeitbeschäftigung (Rdnr. 134). Das erklärte Ziel der Markterschließung der Zielgruppe 18-40jähriger (Rdnr. 135), die breit angelegte Werbung (Rdnr. 136), ein derart breit gefächertes Vertriebsnetz von Lotto-Annahmestellen mit der Maxime "weites Land - kurze Wege", wodurch die Möglichkeit geschaffen werde, Sportwetten zu einem allorts verfügbaren normalen Gut des täglichen Lebens zu machen (Rdnr. 138), ein nicht effektiv jugendschützendes Internetangebot (Rdnr. 139) und die wenig beschränkende Präsentation des Wettangebots (Rdnr. 140f) bewirkten, dass die geltende Rechtslage nicht ausreiche, um das Monopol zu legitimieren und allein damit den Ausschluss privatwirtschaftlicher Unternehmen vom Veranstalten von Sportwetten verfassungsrechtlich zu begründen (Rdnr. 142).

Das Bundesverfassungsgericht führt in *diesem* Zusammenhang aus, dass "*insofern*" die Anforderungen des deutschen Verfassungsrechts parallel zu den vom EuGH zum Gemeinschaftsrecht formulierten Vorgaben liefen (Rdnr. 144). Daraus ergibt sich zur Überzeugung des erkennenden Gerichts und angesichts der Bindungswirkung des § 31 BVerfGG, dass das bisherige bayerische Sportwettmonopol nicht nur nach nationalem Recht, vielmehr auch europarechtlich beurteilt keine Rechtfertigung darstellen kann, da es nicht an rechtfertigenden Zielen zum zwingenden Schutz des Allgemeininteresses ausgerichtet ist.

Eine Vorlage an den EuGH ist angesichts der klaren Ausführungen des EuGH im Gambelli-Urteil, dass es den mitgliedstaatlichen Gerichten obliege, zu überprüfen, ob eine entsprechende rechtfertigende Situation vorliegt (EuGH - Gambelli - Leitsatz und Rdnr. 66, 75; EuGH - Zenatti - Rdnr. 37), und den eindeutigen Ausführungen des Bundesverfassungsgericht nicht angezeigt und nicht erforderlich.

bb) Darüber hinaus wird im Freistaat Bayern auch derzeit keine kohärente und systematische Glücksspielpolitik im Sinne des EuGH und der europarechtlichen Vorgaben betrieben (vgl. hierzu auch Redeker/Sellner/Dahs&Widmaier, a.a.O., S. 18ff).

Das Anforderungsprofil des EuGH geht zur Rechtfertigung von beschränkenden Maßnahmen noch über die Ausführungen des BVerfG hinaus, welches auch nur "insofern" (vgl. BVerfG, a.a.O. Rdnr. 144) einen Gleichlauf attestierte, als es zuvor prüfte, ob das Sportwettenmonopol konsequent an rechtfertigenden Zielen ausgerichtet sei. Der EuGH verlangt über die Zielausrichtung hinaus, die nach Auffassung des BVerfG bereits nicht gegeben ist, dass die Beschränkungen geeignet sein müssen, die Verwirklichung dieser Ziele in dem Sinne zu gewährleisten, dass sie kohärent und systematisch zur Begrenzung der Wetttätigkeiten beitragen (EuGH - Gambelli - Rdnr. 67). Es bedarf also einer kohärenten und systematischen Glücksspielpolitik im gesamten, wozu auch Spielbanken, Lotterien, Pferdewetten, Fernseh- und Radiogewinnspiele gehören. Dies spiegelt sich auch in Rdnr. 69 des Gambelli-Urteils und in dessen Leitsatz wieder, wonach eine Rechtfertigung mit Bezugnahme auf die öffentliche Sozialordnung ausgeschlossen wird, wenn die Behörden eines Mitgliedstaats die Verbraucher zur Teilnahme an Lotterien, Glücksspielen und Wetten anreizen und ermuntern, um daraus Einnahmen zu erzielen. Der EuGH verlangt somit zur Überzeugung der Gerichte eine ganzheitliche Glücksspielpolitik. Eine solche Glücksspielpolitik wird im Freistaat Bayern jedoch nicht betrieben (vgl. z.B. die Ausführungen von Redeker/Sellner/Dahs&Widmaier, a.a.O. Seite 18ff.).

Insofern erachtet das Gericht trotz der in der mündlichen Verhandlung vorgestellten kurzfristigen Änderungen im Oddset-Bereich in Bayern die Auffassung des OVG Magdeburg vom 4.5.2006, des VG Gelsenkirchen vom 29.5.2006 Az 7 L 701/06 und im Ansatz auch des VG Bayreuth vom 27.4.2006 Az. B 1 S 06.283, dass angesichts der umgehend ergriffenen Maßnahmen mit teilweise erheblichen Einschränkungen für Oddset-Wetten die aktuelle staatliche Ausgestaltung des Wettmonopols auch den Anforderungen des EuGH zur Rechtfertigung von Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs gerecht werde und somit kein Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht mit der Folge einer teilweisen Nichtanwendung von Vorschriften des Glücksspielgesetzes bestehe, für nicht zutreffend.

In diesem Zusammenhang ist auch auf die Ausführungen des Bundeskartellamtes vom 24. Mai 2006 Gesch.-Z. B 10 - 148/05 zu verweisen, in denen schwerwiegende kartellrechtliche und europarechtliche Bedenken gegen die lotterierechtliche Gestaltung und Aufteilung des deutschen Marktes und insbesondere § 5 Abs. 3 des Lotteriestaatsvertrages selbst betreffend (Seite 136 a.a.O.) erhoben werden.

Auch im Sportwettenwesen selber bestehen im übrigen nach Ansicht des Gerichts trotz der vorgenommenen Änderungen im Oddset-Bereich noch weiterhin Bedenken hinsichtlich Kohärenz und Konsistenz sowie einer klaren Ausrichtung des Sportwettenwesens an den schutzwürdigen hohen Zielen des Allgemeininteresses. So sind gegenwärtig erhebliche Defizite im Bereich Aufsichtswesen, Werbung/Sponsoring, dem umfassenden Vertriebsnetz und dem Durchgreifen ordnungsrechtlicher Art erkennbar.

Unabhängig davon sieht es das Gericht als notwendig an, die vom EuGH geforderte kohärente und systematische Glücksspielpolitik nicht nur im faktischen Vollzug auf Exekutivebene zu betreiben, sondern angesichts des Gesetzesvorbehalts (Art. 19 Abs. 1 GG) diese in normierter Weise in Gesetz zu gießen, gerade wenn hiermit in Grundrechte eingegriffen wird. In diesem Zusammenhang wird auch wiederum auf die Ausführungen des BVerfG verwiesen, die nicht nur ein Vollzugsdefizit, sondern vielmehr auch ein Regelungsdefizit im Staatslotteriesgesetz konstatieren (BVerfG a.a.O. Rdnr. 120). Aus Rdnr. 155 ergibt sich auch deutlich, dass das BVerfG von einer Neuregelung durch den Gesetzgeber (Landes- oder Bundesgesetzgeber) ausgeht und nicht nur von faktischen Vollzugsänderungen.

Es kann dahinstehen, ob die Vorgaben des BVerfG für die Übergangszeit derzeit erfüllt werden, da das vom BVerfG bemängelte Regelungsdefizit bis zur mündlichen Verhandlung am 7. Juni 2006 unzweifelhaft nicht beseitigt wurde. So zeigt sich bereits an der Protokollnotiz am Ende der Beschlüsse der Innenminister auf der Innenminister-Konferenz am 5.5.2006, dass noch keine abschließende Meinungsbildung

bundesweit dazu stattgefunden hat, ob das Staatsmonopol tatsächlich fortgeführt werden soll oder eine teilweise Öffnung des Marktes in Betracht zu ziehen sei. Vielmehr ist nach Auskunft des Klägerbevollmächtigten eine politische Initiative zur Sportwettenregelung seitens der FDP-Fraktion in den Bundestag eingebracht worden. Erst die Beseitigung dieses Regelungsdefizits wird jedoch einen verfassungskonformen und europarechtskonformen Zustand herbeizuführen in der Lage sein.

(4) Mangels Rechtfertigung der Grundfreiheitenbeeinträchtigung und aufgrund der europarechtlichen Konsequenz der Unanwendbarkeit einer europarechtswidrigen Regelung ist von der Nichtanwendbarkeit des Bayerischen Staatslotteriegesetzes sowie der entsprechenden beeinträchtigenden Regelungen des Staatslotterievertrags mit dem Ausschluss privater Veranstalter und Vermittler von Sportwetten vom Glücksspielmarkt auszugehen. Nachdem sich der gegenständliche Bescheid jedoch auf gerade diese europarechtswidrige und damit nicht anwendbare Situation bezieht, ist dieser rechtswidrig. Die Möglichkeit einer Erlaubnis für private Sportwettveranstalter und Vermittler kann ohne weitere Rechtfertigung nicht kategorisch, wie es der Beklagte im gegenständlichen Bescheid tut, ausgeschlossen werden (vgl. auch BGH vom 14.3.2002, Az. I ZR 279/99 NJW 2002, 2175 (2176), der für den Fall einer Europarechtswidrigkeit des Sportwettenmonopols eine solche Konsequenz ins Feld führt).

c) Schließlich ist anzumerken, dass die in Nr. 3 des gegenständlichen Bescheids festgesetzte Gebührenhöhe und die diesbezüglichen Ausführungen des Beklagten (siehe Bl. 368f. der Akte des Bayerischen Staatsministeriums des Innern) der ererkennenden Kammer durchaus bedenklich erscheinen, zumal es sich bei dem von der Klägerin angestrebten Verfahren nicht um das einzige dieser Art gehandelt haben dürfte.

3. Das klägerische Verpflichtungsbegehren ist nur insoweit begründet, als über den Antrag der Klägerin unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden ist.

Für den Antrag, das Gericht möge verpflichten, die begehrte Genehmigung zur Vermittlung von Sportwetten zu erteilen, ist zur Überzeugung des Gerichts keine Spruchreife im Sinne von § 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO gegeben. Die Klägerin hat keinen für das Gericht umfassend feststellbaren und spruchreifen Anspruch im Hauptsacheverfahren, eine Genehmigung zur Vermittlung von Sportwetten bzw. eine mit Verwaltungsakt feststellende Anerkennung der österreichischen Erlaubnis der Firma I

auch für den Freistaat Bayern zu begehren. Der BGH hat bereits im Urteil vom 14.3.2002 (Az. I ZR 279/99 NJW 2002, 2175 (2176)) ausgeführt, dass sich selbst dann, wenn die im Sportwettengesetz enthaltenen Regelungen in Nordrhein-Westfalen mit dem EG-Vertrag nicht vereinbar wären, wohl lediglich ein Anspruch darauf ergeben würde, dass ein gestellter Zulassungsantrag nicht aus Gründen abgelehnt werde, die mit dem Gemeinschaftsrecht nicht vereinbar seien.

Das VG Aachen (Az. 3 L 17/4 am 12.11.2004) hält es hingegen nicht für ausgeschlossen, dass sich ein Anspruch auf Genehmigung aus dem Abwehrrechtscharakter des Art. 12 Abs. 1 GG gegen den unverhältnismäßigen Eingriff des Gesetzgebers in die verfassungsrechtlich gewährleistete Freiheit ergibt.

Voßkuhle (Rechtsfragen der Sportwette, zitiert nach den Ausführungen des Klägerbevollmächtigten im Antrag vom 28.4.2004 Bl. 14) hingegen wird vom Klägerbevollmächtigten selber dahingehend zitiert, dass es einen "verfassungsrechtlich verbürgten Anspruch auf *ermessensfehlerfreie Entscheidung* der Verwaltung" über die Erteilung einer Erlaubnis oder Unbedenklichkeitsbescheinigung gebe.

a) Zwar gewähren die Grundfreiheiten grundsätzlich ein subjektives Recht (z.B. Streinz-Müller-Graff, EGV/EUV, Art. 49 / Rdnr. 43 und 128) und es ist ein europarechtswidriger Zustand nach der Konzeption des Europarechts grundsätzlich nicht hinnehmbar. Jedoch ergibt sich bereits aus dem Gambelli-Urteil, dass den Mitgliedstaaten ein großer Spielraum mit gestalterischer Freiheit eingeräumt wird. Den Aus-

fürungen des EuGH im Gambelli-Urteil lässt sich hingegen nicht entnehmen, dass ein Anspruch darauf bestehe, als privater Wettbürobetreiber zugelassen zu werden, sondern vielmehr strafrechtliche Sanktionen europarechtswidrig sind (EuGH - Gambelli - Rdnr. 72 und 76; so auch VG Bayreuth vom 27.4.2006 Az. B 1 S 06.283).

Angesichts der grundsätzlichen Rechtfertigungsmöglichkeit von Beeinträchtigungen der Niederlassungsfreiheit, Dienstleistungsfreiheit und der Berufsfreiheit im Glücksspielwesen obliegt es nicht dem Gericht im vorliegenden Hauptsacheverfahren, sich diesbezüglich an die Stelle des Gesetzgebers bzw. zunächst an die Stelle der Exekutive zu setzen und einen europarechtskonformen Zustand herbeizuführen. Dies ist vorrangig Sache des Beklagten. Auch das BVerfG hat dem Gesetzgeber angesichts dessen Spielraum und der grundsätzlichen Möglichkeit eines konformen Staatsmonopols eine Frist zur Herbeiführung eines verfassungskonformen Zustandes eingeräumt.

b) Das erkennende Gericht sieht sich im Übrigen derzeit nicht in der Lage festzustellen, wo die Grenzen einer etwaigen Erlaubtheit der Sportwettenveranstaltung und -vermittlung zu ziehen wären.

Hierbei sei auf die Ausführungen des EuGH im Lindmann-Urteil verwiesen, wonach die Mitgliedstaaten für die Verhältnismäßigkeit von beschränkenden Regelungen zunächst umfangreiche Überprüfungen anzustellen haben, wie weit Einschränkungen überhaupt erforderlich sind. In diesem Zusammenhang stellt sich z.B. die Frage, inwieweit für eine beschränkende bayerische Regelung ein Erfordernis gegenüber bereits bestehenden Kontroll- und Sanktionsregelungen in Österreich bzgl. der Tätigkeit der Klägerin gegeben ist. Konkret stellen sich Fragen zur Beschränkung der Vornahme von Sportwetten mit Höchstgebotsregelungen etc., Jugendschutz, Regelungen zum Werbeverhalten, Sponsoring, des Aufbaus eines Vertriebsnetzes, Suchtpräventionsmaßnahmen etc. für eine etwaige kontrollierte Zulassung der Klägerin auch im Freistaat Bayern zur Veranstaltung und zur Vermittlung von Sportwetten.

Wie auch im Schreiben des Amtes der Vorarlberger Landesregierung ausgeführt (s.o.), wird dieses kaum in ausreichender Weise das Auftreten der Klägerin in Deutschland mit entsprechendem Werbe- und Sponsoringverhalten und ihrem konkreten Vertriebsnetz kontrollieren und überwachen können. Angesichts der gefährdeten hohen Schutzgüter dürfte hier somit ein besonderes Bedürfnis für eine Erlaubnis nur unter bestimmten Auflagen und mit einigen Kontroll- und Sanktionsmöglichkeiten zu bestehen. Diese sich stellenden Detailfragen kann das Gericht jedoch von sich aus nicht beantworten und lösen. So erscheint es geboten, dass es für solche Beschränkungen möglicherweise wiederum einer gesetzlichen Normierung bedarf, da diese zu Einschränkungen der Grundfreiheiten führen können, wenn die ausländischen Erlaubnisse nicht so weitgehende Hürden und Auflagen formulieren, die damit rechtfertigungsbedürftig wären. Entsprechende Verfahrens- wie Ausgestaltungsvorschriften bestehen derzeit nicht.

c) Die Klägerin hat aber einen Anspruch auf Neuverbescheidung ihres Antrags durch den Beklagten unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts. Dabei hat der Beklagte zu berücksichtigen, dass wegen des Abwehrrechtscharakters der Grundfreiheiten der Beklagte angesichts der derzeitigen europarechtswidrigen Gesetzes- und Vollzugslage im Freistaat Bayern die Erlaubnisfähigkeit zum Veranstellen von Sportwetten und entsprechender Vermittlung nicht kategorisch mit Bezug auf die - wie oben ausgeführt - europarechtswidrige Lage in Bayern mit dem Verbot der privaten Sportwettenveranstaltung ablehnen darf. Vielmehr ist von einer grundsätzlichen Erlaubnisfähigkeit bzw. der Möglichkeit der Anerkennung oder Erweiterung der EU-Erlaubnis oder vorübergehenden Duldung auszugehen. Eine generelle Versagung des klägerischen Begehrens mit Bezug auf das bestehende Monopol ist wie ausgeführt rechtswidrig, da europarechtswidrig. Dabei wird der Beklagte zu beachten haben, dass die vom BVerfG gesetzte Übergangsfrist nur für verfassungsrechtliche Fragen - wie oben ausgeführt - gilt, und keine europarechtliche Übergangsfrist darstellt, mit der Folge, dass erst nach Erfüllung sämtlicher Vorgaben des EuGH Einschränkungen der Grundfreiheiten gerechtfertigt sein können. Ob der Beklagte sich

bei der ihm obliegenden unverzüglichen Wiederherstellung einer europarechtskonformen Rechtslage und der Aufhebung nicht rechtfertigter beschränkender Maßnahmen gegenüber der grundfreiheitlich garantierten Betätigung der Klägerin bis zu entsprechender Neuregelung durch Gesetz einer vorübergehenden Duldung, Anerkennung der österreichischen Erlaubnis mit entsprechender Erweiterung des Geltungsbereichs auch für den Freistaat Bayern oder gar einer vorläufigen, womöglich befristeten Erlaubnis bedient, obliegt wiederum dem Gestaltungs- und Entscheidungsspielraum des Beklagten. In diesem Zusammenhang wird zu berücksichtigen und entsprechend zu differenzieren sein, ob als Antragsteller ein Veranstalter oder aber ein Vermittler auftritt. Bei den sich möglicherweise stellenden Auflagen bzw. Beschränkungen einer Duldung, Anerkennung oder Erlaubnis etc. wird der Beklagte die Vorgaben des EuGH im Lindmann-Urteil im Auge behalten müssen und im Einzelfall prüfen, inwieweit sich für den Freistaat Bayern ein zusätzlicher Kontroll- und Sanktionsregelungsbedarf im Vergleich zu den Regelungen in anderen Mitgliedstaaten - hier Österreich - stellt. Bei der Neuentscheidung des Beklagten über den Antrag der Klägerin wird der Beklagte im übrigen eine etwaige Ablehnung des Begehrens der Klägerin nicht darauf stützen können, dass derzeit kein normiertes Verfahren zur Genehmigung des Veranstaltens oder Vermittelns von Sportwetten vorhanden sei. In soweit folgt das materielle Recht nicht dem formellen, sondern es ist vielmehr aufgrund eines materiellen Anspruchs auch ein formelles Recht zu schaffen. Soweit kein ausführliches konkretes Genehmigungsverfahren vorhanden ist, wird sich der Beklagte entweder auf das allgemeine Verwaltungsrecht zurückziehen haben oder aber womöglich in entsprechender europarechtskonformer und erweiternder Auslegung die Regelungen im Staatslotterievertrag zur Erlaubniserteilung für gewerbliche Lotterievermittler in § 5 Abs. 3 Satz 3 (vgl. a. VG Giessen vom 21.11.2005 Az. 10 E 1104/05 zum Aspekt europarechtskonformer Auslegungsmöglichkeiten) auch auf gewerbliche Sportwettveranstalter bzw. -vermittler anzuwenden haben.

Aufgrund der dargelegten rechtlichen Beurteilung scheidet auch die von der Klägerin des weiteren hilfsweise begehrte Duldung von Vermittlungstätigkeiten in Bayern aus.

IV. Die als kumuliert erhobene auszulegende Unterlassungsklage ist unzulässig. Es handelt sich hierbei um vorbeugenden Rechtsschutz, der jedoch nur in begrenzten Ausnahmefällen in Anspruch genommen werden kann. Für einen vorbeugenden Rechtsschutz ist dort kein Raum, wo und solange der Betroffene zumutbarenweise auf den von der VwGO als grundsätzlich angemessen und ausreichend angesehenen nachträglichen Rechtsschutz verwiesen werden kann (vgl. die Ausführungen des Beklagten im Schriftsatz vom 15.7.2005). Das Rechtsschutzbedürfnis für vorbeugende Unterlassungs- und Feststellungsklagen gegen die Verwaltung entfällt demnach in Fällen, in denen es - insbesondere auch unter Berücksichtigung der Möglichkeiten des vorläufigen Rechtsschutzes nach § 80 bzw. § 123 VwGO - zumutbar ist, zunächst die Entscheidung der Verwaltung abzuwarten (vgl. BVerwG vom 12.1.1967 Az. III C 58.65 BVerwGE 26, 23 (24); BVerwG vom 7.5.1987 Az. III C 53.85 BVerwGE 77, 207 (212)). Ein derartiges Rechtsschutzinteresse auch für vorbeugende Klagen wurde von der Rechtsprechung bisher nur bejaht, wenn die Gefahr einer Rechtsverletzung auf der Hand liegt, weil Grund zur Sorge besteht, dass sonst vollendete, nicht ohne weiteres rückgängig zu machende Tatsachen geschaffen werden (vgl. BVerwG vom 8.9.1972 Az. IV C 17.71 BVerwGE 40, 323 (326); BayVGH vom 24.11.1975 Nr. 217 I 75 BayVBl. 1976, 112 (113), BayVGH vom 26.10.1976 Nr. 130 I 76 BayVBl. 1977, 303 (304); BayVGH vom 4.9.1984 Az. 1 B 82 A 439 BayVBl. 1985, 83 (84)). Es ist jedoch nicht ersichtlich, dass die Klägerin in ihrer Situation keinen vorläufigen Rechtsschutz gegen etwaige ordnungsrechtliche Verfügungen für sich in Anspruch nehmen könnte. Dass bundesweit die Auffassung zur Rechtmäßigkeit von ordnungsrechtlichen Verfügungen in der Rechtsprechung unterschiedlich gesehen wird, führt nicht dazu, vom Ausfall einer solchen Rechtsschutzmöglichkeit auszugehen. Solche widerstreitenden Auffassungen sind vielmehr im System der deutschen Rechtsprechung immanent.

Im Übrigen erscheint fraglich, ob die Klägerin einen solchen Unterlassungsanspruch in materieller Hinsicht für sich in Anspruch nehmen könnte, wenn man - wie oben

ausgeführt - der Auffassung folgt, dass § 284 StGB für sich genommen nicht europarechtswidrig ist, was seine Formulierung einer Erlaubnispflicht - und nicht der Strafbewehrung - betrifft. Nachdem das erkennende Gericht grundsätzlich vom Bestehen der Erlaubnispflicht ausgeht (vgl. oben), würde ein Tätigwerden ohne eine entsprechende Erlaubnis oder anderweitige anerkennende Regelung ein grundsätzlich verbotenes Tätigwerden darstellen, dass womöglich ordnungsrechtlich unterbunden werden müsste/könnte (vgl. auch VG Bayreuth vom 27.4.2006 Az. B 1 S 06.283).

V. Die Berufung ist gemäß § 124 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO, § 124 a Abs. 1 VwGO zuzulassen, da die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat.

VI. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 155 Abs. 1 Satz 1 2. Alternative VwGO.

Hinsichtlich des Feststellungsbegehrens, des Duldungs- und des Unterlassungsbegehrens unterliegt die Klägerin. Sie obsiegt hinsichtlich ihres hilfsweise geltendgemachten Verpflichtungsbegehrens nur im Rahmen eines Verbescheidungsanspruchs. Das Gericht erachtet daher eine Verteilung von 3/4 zu 1/4 der Kosten des Verfahrens für sachgerecht. Der Ausspruch der vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 167 VwGO i.V.m. den §§ 709 ff. ZPO.