



# **BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

## **IM NAMEN DES VOLKES**

### **URTEIL**

BVerwG 8 C 48.12  
OVG 6 A 11455/11

Verkündet  
am 20. Juni 2013  
Ende  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 8. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
auf die mündliche Verhandlung vom 18. Juni 2013  
durch den Vizepräsidenten des Bundesverwaltungsgerichts  
Prof. Dr. Dr. h.c. Rennert,  
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Deiseroth und  
die Richterinnen am Bundesverwaltungsgericht Dr. Hauser, Dr. Held-Daab und  
Dr. Rudolph

am 20. Juni 2013 für Recht erkannt:

Das Urteil des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz vom 15. Mai 2012 wird aufgehoben, soweit es den Zeitraum vom 1. Oktober 2010 bis zum 30. Juni 2012 betrifft. Insoweit wird die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Oberverwaltungsgericht zurückverwiesen.

Die Kostenentscheidung bleibt der Schlussentscheidung vorbehalten.

#### G r ü n d e :

I

- 1 Die Klägerin wendet sich gegen eine ordnungsbehördliche Verfügung, mit der ihr die Vermittlung von Sportwetten an private Wettanbieter untersagt wurde.
- 2 Nachdem ihr Ehemann, der Kläger des Verfahrens - BVerwG 8 C 47.12 -, die Wettvermittlung in seiner Betriebsstätte in der U.straße ... in M. zeitweise eingestellt hatte, vermittelte die Klägerin dort Sportwetten an den auf Malta ansässigen und konzessionierten Wettanbieter T. Mit sofort vollziehbarem Bescheid vom 12. November 2007 untersagte ihr die Stadt M. als Rechtsvorgängerin des Beklagten diese Tätigkeit unter Androhung eines Zwangsgeldes. Zur Begründung verwies sie auf § 9 Abs. 1 Satz 1 des rheinland-pfälzischen Polizei- und

Ordnungsgesetzes (POG) i.V.m. § 12 Abs. 1, § 14 Abs. 3 des Staatsvertrags zum Lotteriewesen in Deutschland vom 13. Februar 2004 (Lotteriestaatsvertrag - LoStV - GVBl S. 325), § 2 des Landesgesetzes über das öffentliche Glücksspiel - LGlüG - vom 14. Juni 2004 (GVBl S. 322). Die Klägerin gefährde die öffentliche Sicherheit, weil sie das staatliche Sportwettenmonopol unterlaufe und zumindest den Straftatbestand der Beihilfe zur unerlaubten öffentlichen Veranstaltung eines Glücksspiels (§ 284 StGB) verwirkliche. Außerdem werbe sie ordnungswidrig für unerlaubte Sportwetten. Eine Zwangsgeldfestsetzung vom 10. April 2008 wurde nach der Ankündigung der Klägerin, ihr Gewerbe abzumelden, am 21. April 2008 wieder aufgehoben.

- 3 Ihren Widerspruch gegen die Untersagungsverfügung wies die Aufsichts- und Dienstleistungsdirektion Trier mit Widerspruchsbescheid vom 15. Oktober 2008 zurück. Am 22. Oktober 2008 hat die Klägerin Anfechtungsklage erhoben.
- 4 Mit Bescheid vom 4. März 2010 änderte der inzwischen zuständig gewordene Beklagte die Ordnungsverfügung vom 12. November 2007. Er hob die bisherige Ziffer 2 - die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit - auf und fügte die neuen Ziffern 2 a, 2 b und 3 bis 9 ein. Sie ergänzten die in Ziffer 1 geregelte stadtgebietsbezogene Untersagung um eine landesweite Untersagung (Ziffer 2 a), verboten eine Überlassung der Betriebsräume an Dritte zum Zweck der Weiterführung der Sportwettenvermittlung (Ziffer 2 b), verpflichteten die Klägerin, sichtbar auf die Einstellung der untersagten Tätigkeit hinzuweisen (Ziffer 4), und trafen weitere Anordnungen zu Hilfsmitteln und Werbung (Ziffern 3 und 5). Außerdem wurden erneut Zwangsmittel angedroht (Ziffern 6 bis 9). Zur Begründung führte der Beklagte unter anderem aus, eine landesweite Untersagung sei geeignet und erforderlich, um eine Umgehung ortsbezogener Verbote effektiv zu unterbinden und den Gefahren des unerlaubten Glücksspiels entgegenzuwirken. Ein milderer Mittel komme nicht in Betracht. Ziffer 2 b solle eine Weiterführung der Tätigkeit durch einen „Strohmann“ unterbinden.
- 5 Gegen den Änderungsbescheid legte die Klägerin unter dem 1. April 2010 Widerspruch ein. Im November 2010 kam es zu einer kurzfristigen Versiegelung von Geräten der Klägerin, die der Wettvermittlung dienten.

- 6 Mit Gerichtsbescheid vom 25. November 2011 hat das Verwaltungsgericht Mainz der Anfechtungsklage stattgegeben.
- 7 Im Berufungsverfahren hat der Beklagte vorgetragen, die Untersagung sei wegen des Erlaubnisvorbehalts gerechtfertigt. Die materielle Erlaubnisfähigkeit der Wettangebote sei jedenfalls nicht offensichtlich. Außerdem sei das staatliche Sportwettenmonopol nach wie vor rechtmäßig.
- 8 Das Oberverwaltungsgericht hat den Gerichtsbescheid mit Urteil vom 15. Mai 2012 geändert, den Bescheid der Stadt M. vom 12. November 2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids des Beklagten vom 15. Oktober 2008 sowie des Änderungsbescheids des Beklagten vom 4. März 2010 aufgehoben und deren Rechtswidrigkeit in der Vergangenheit festgestellt. Die Anfechtungsklage sei begründet, weil die Untersagungsverfügung im Zeitpunkt der Berufungsentcheidung ermessensfehlerhaft sei. Die ursprünglich maßgebende Ermessenserwägung, die fehlende Erlaubnis könne in Rheinland-Pfalz nicht erteilt werden, sei durch die Erwägung ersetzt worden, das Wettangebot sei materiell illegal. Dabei habe der Beklagte insbesondere auf die Unzulässigkeit der Internet- und Live-Wetten abgestellt. Er habe jedoch versäumt zu berücksichtigen, dass die Landesregierung dem Landtag Rheinland-Pfalz den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Landesglücksspielgesetzes (LTDrucks 16/1179) zugeleitet habe, das am 1. Juli 2012 in Kraft treten solle. Der Entwurf sehe vor, in Übereinstimmung mit dem Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag die Veranstaltung und Vermittlung von Wetten im Internet sowie Endergebniswetten während des laufenden Sportereignisses zuzulassen. Dies habe der Beklagte nicht zuletzt wegen des Unterliegens des Klägers im Eilverfahren in seine Ermessensausübung einbeziehen müssen. Für eine Ermessensreduzierung auf Null zulasten des Klägers sei nichts ersichtlich. Hinsichtlich des seit Erlass der Verfügung vergangenen Zeitraums sei die Fortsetzungsfeststellungsklage zulässig und begründet. Ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Untersagung ergebe sich aus einem Präjudizinteresse der Klägerin. Die Geltendmachung von Staatshaftungsansprüchen insbesondere nach § 68 Abs. 1 Satz 2 POG sei nicht offensichtlich aussichtslos. Die Fortsetzungsfeststellungs-

klage sei auch begründet, weil die Untersagung bereits in der Vergangenheit ermessensfehlerhaft gewesen sei. In der Zeit vom Erlass der Verfügung bis 2010 sei das Sportwettenmonopol, auf das der Beklagte sich maßgeblich berufen habe, schon wegen der Werbung, die die L. GmbH für die Sportwette ODD-SET betrieben habe, verfassungs- und unionsrechtswidrig gewesen. Auch im Zeitraum seit 2010, in dem der Beklagte das Erlaubnisverfahren für Private geöffnet und das Aufrechterhalten der Verbotsverfügung mit dem Fehlen einer Vermittlungserlaubnis und der fehlenden Erlaubnisfähigkeit des Wettangebots gerechtfertigt habe, sei die Untersagung rechtswidrig gewesen. Insoweit liege ein nach § 114 Satz 2 VwGO unzulässiger Austausch wesentlicher Ermessens-erwägungen vor, da der ursprünglich tragende Gesichtspunkt des Sportwettenmonopols keine Rolle mehr spiele. Überdies sei auch die unzulässig nachgeschobene Begründung aus den zur Anfechtungsklage ausgeführten Gründen ermessensfehlerhaft. Der Änderungsbescheid vom 4. März 2010 habe die Ermessensfehler des ursprünglichen Bescheides nicht geheilt. Selbst wenn man ihn bereits als Abkehr von der ursprünglichen, auf das Sportwettenmonopol gestützten Ermessensausübung ansehe, werde die Untersagung dadurch wegen § 114 Satz 2 VwGO nicht rechtmäßig.

- 9 Auf die Nichtzulassungsbeschwerde des Beklagten hat der Senat die Revision zugelassen, soweit das Verfahren den Untersagungszeitraum seit Oktober 2010 betrifft. Mit Beschluss vom 11. Dezember 2012 hat der Senat das Verfahren betreffend den Untersagungszeitraum seit dem 1. Juli 2012 unter dem Aktenzeichen - BVerwG 8 C 55.12 - abgetrennt.
- 10 Bezüglich des hier verfahrensgegenständlichen Zeitraums vom 1. Oktober 2010 bis zum 30. Juni 2012 macht der Beklagte mit seiner Revision geltend, das Berufungsgericht habe zu Unrecht ein Präjudizinteresse der Klägerin bejaht. § 68 Abs. 1 Satz 2 POG, der im Verwaltungsprozess ebenso revisibel sei wie im zivilgerichtlichen Verfahren, greife offensichtlich nicht ein. Er begründe keine Haftung für legislatives Unrecht einschließlich des Vollzugs rechtswidriger Gesetze. In materiell-rechtlicher Hinsicht sei der Verwaltungsgerichtshof zu Unrecht von einer Inkohärenz des Monopols ausgegangen. Er habe den Werbebegriff verkannt und die unionsrechtlichen Grenzen kanalisierender Werbung zu eng ge-

zogen. Gegebenenfalls sei dazu eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union einzuholen. Für den Wortlaut der vorgeschlagenen Vorlagefragen wird auf die Anlage zur Sitzungsniederschrift vom 18. Juni 2013 verwiesen. Der Beklagte trägt weiter vor, bei Dauerverwaltungsakten wie der hier angegriffenen Untersagung stehe § 114 Satz 2 VwGO einem Auswechseln der Ermessenserwägungen nicht entgegen. Unabhängig davon seien auch die allgemeinen verwaltungsverfahrensrechtlichen Grenzen des Nachschiebens von Gründen gewahrt. Das Berufungsurteil verkenne die Rechtsfigur des intendierten Ermessens und übersehe, dass das Ermessen des Beklagten zulasten der Klägerin auf Null reduziert gewesen sei. Gesetze im Entwurfsstadium müssten bei der Ermessensausübung nicht berücksichtigt werden.

11 Der Beklagte beantragt,

das Urteil des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz vom 15. Mai 2012 und den Gerichtsbescheid des Verwaltungsgerichts Mainz vom 25. November 2011, soweit diese den Zeitraum vom 1. Oktober 2010 bis zum 30. Juni 2012 betreffen, zu ändern und die Klage insoweit abzuweisen.

12 Die Klägerin beantragt,

die Revision des Beklagten mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass festgestellt wird, dass die Untersagungsverfügung der Stadt M. vom 12. November 2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides der Aufsichts- und Dienstleistungsdirektion Trier vom 15. Oktober 2008 und des Änderungsbescheides der Aufsichts- und Dienstleistungsdirektion Trier vom 4. März 2010 - über den bereits rechtskräftig entschiedenen Zeitraum bis zum 30. September 2010 hinaus - auch in der Zeit vom 1. Oktober 2010 bis zum 30. Juni 2012 rechtswidrig war.

13 Sie verteidigt das angegriffene Urteil und trägt ergänzend vor, nach der Einführung des Erlaubnisverfahrens für Private habe in Rheinland-Pfalz nur noch ein faktisches Monopol bestanden, da den privaten Wettanbietern wegen ihrer Weigerung, auf Internetwetten zu verzichten, keine Erlaubnis erteilt worden sei.

Auf die Vereinbarkeit des § 10 Abs. 2 und 5 GlüStV mit dem Unionsrecht komme es danach nicht mehr an.

## II

- 14 Die Revision des Beklagten bezüglich des hier verfahrensgegenständlichen, Zeitraums vom 1. Oktober 2010 bis zum 30. Juni 2012 ist begründet. Insoweit beruht das angegriffene Urteil gemäß § 137 Abs. 1 VwGO auf der unzutreffenden Anwendung der §§ 133, 157 BGB, des § 114 Satz 2 VwGO und des § 40 VwVfG, der nach § 1 des Landesverwaltungsverfahrensgesetzes (LVwVfG) vom 23. Dezember 1976 (GVBl S. 308) in der Fassung der Änderung durch Gesetz vom 27. Oktober 2009 (GVBl S. 358) anzuwenden ist. Die Berufungsentscheidung erweist sich insoweit auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 144 Abs. 4 VwGO). Da ihre Tatsachenfeststellungen keine abschließende Entscheidung zulassen (§ 144 Abs. 3 Nr. 1, Abs. 4 VwGO), war das angegriffene Urteil, soweit es den verfahrensgegenständlichen Zeitraum betrifft, aufzuheben und die Sache insoweit zurückzuverweisen (§ 144 Abs. 3 Nr. 2 VwGO).
- 15 1. Zu Recht hat das Oberverwaltungsgericht die Fortsetzungsfeststellungsklage der Klägerin für zulässig gehalten.
- 16 a) Statthaft ist diese Klageart, weil die angegriffene Untersagungsverfügung sich bezüglich des verfahrensgegenständlichen Zeitraums bis zum 30. Juni 2012 erledigt hat. Glücksspielrechtliche Untersagungen erledigen sich als Verwaltungsakte mit Dauerwirkung grundsätzlich fortlaufend für den jeweils abgelaufenen Zeitraum. Ein Verbot wird durch Zeitablauf gegenstandslos, weil es nicht rückwirkend befolgt oder durchgesetzt werden kann. Eine Erledigung tritt allerdings nicht ein, wenn die Untersagung für den abgelaufenen Zeitraum gegenwärtig noch nachteilige Rechtswirkungen für den Betroffenen entfaltet. Dazu genügt, dass sie die Grundlage für Vollstreckungsmaßnahmen bildet, die bei ihrer Aufhebung noch rückgängig zu machen sind (Urteile vom 11. Juli 2011 - BVerwG 8 C 11.10 - juris Rn. 15 und vom 16. Mai 2013 - BVerwG 8 C 14.12 - Rn. 18 - juris; Beschluss vom 5. Januar 2012 - BVerwG 8 B 62.11 - NVwZ 2012, 510 <Rn. 13>). Solche Maßnahmen liegen hier jedoch nicht vor. Zu einer

Zwangsgeldbeitreibung kam es nicht, weil die Zwangsgeldfestsetzung vom April 2008 umgehend wieder aufgehoben wurde. Die kurzfristige Versiegelung von Geräten zur Wettvermittlung wäre auch bei einer rückwirkenden Aufhebung der Untersagung nicht mehr rückgängig zu machen.

- 17 b) Die Annahme des Oberverwaltungsgerichts, die Klägerin habe ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Untersagung (§ 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO), ist revisionsrechtlich ebenfalls nicht zu beanstanden. Zwar besteht kein Rehabilitationsinteresse, da der angegriffene Bescheid keinen stigmatisierenden Vorwurf schuldhaft-rechtswidrigen Handelns erhebt. Wie sich aus seinem Hinweis auf eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit ergibt, stellt er allein auf die objektive Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens ab. Darin liegt keine Diskriminierung des Betroffenen (vgl. Urteil vom 16. Mai 2013 a.a.O. Rn. 25). Die Klägerin kann sich aber auf ein Präjudizinteresse berufen. Dazu genügt, dass die beabsichtigte Geltendmachung von Staatshaftungsansprüchen nicht offensichtlich aussichtslos ist.
- 18 Bei der Prüfung dieses Ausschlusskriteriums ist ein strenger Maßstab anzulegen. Offensichtlich aussichtslos ist eine Staatshaftungsklage, wenn der geltend gemachte Anspruch unter keinem denkbaren rechtlichen Gesichtspunkt besteht und dies sich ohne eine ins Einzelne gehende Würdigung aufdrängt (Urteile vom 14. Januar 1980 - BVerwG 7 C 92.79 - Buchholz 310 § 113 VwGO Nr. 95 <S. 27>, vom 29. April 1992 - BVerwG 4 C 29.90 - Buchholz 310 § 113 VwGO Nr. 247 <S. 90> und vom 8. Dezember 1995 - BVerwG 8 C 37.93 - BVerwGE 100, 83 <92> = Buchholz 454.11 WEG Nr. 7). Die Wahrscheinlichkeit eines Misserfolgs genügt nicht.
- 19 Offenbleiben kann hier, ob ein - verschuldensabhängiger - Amtshaftungsanspruch nach Art. 34 Satz 1 GG, § 839 BGB oder ein unionsrechtlicher Staatshaftungsanspruch in Betracht kommt. Jedenfalls ist das Bestehen eines Haftungsanspruchs nach § 68 Abs. 1 Satz 2 des rheinland-pfälzischen Polizei- und Ordnungsgesetzes (POG) nicht von vornherein offensichtlich ausgeschlossen. Dabei muss nicht geklärt werden, ob die Anwendung der im Zivilprozess revisiblen Vorschrift (§§ 545, 560 ZPO) auch im Verwaltungsprozess revisionsge-



richtlich überprüft werden darf, oder ob dies wegen § 137 Abs. 1 VwGO nicht in Betracht kommt (vgl. Beschlüsse vom 17. Oktober 2012 - BVerwG 8 B 47.12 - Buchholz 11 Art. 20 GG Nr. 208 <Rn. 22> und - BVerwG 8 B 62.12 - juris). Selbst wenn eine revisionsgerichtliche Überprüfung der Auslegung der Vorschrift zulässig sein sollte, wären deren Voraussetzungen hier nicht offensichtlich und ohne eine ins Einzelne gehende Prüfung zu verneinen.

- 20 § 68 Abs. 1 Satz 2 POG begründet einen - verschuldensunabhängigen - Entschädigungsanspruch, wenn jemand durch eine rechtswidrige Maßnahme der allgemeinen Ordnungsbehörden oder der Polizei einen Schaden erleidet. Bei Erlass der Untersagungsverfügung wurde die Stadt M. nach § 11 Abs. 2 Satz 1 LGLüG als örtliche Ordnungsbehörde tätig.
- 21 Ob eine Haftung nach § 68 Abs. 1 Satz 2 POG ausgeschlossen ist, weil die Norm nur die Haftung für enteignungsgleichen Eingriff regeln soll und keine Entschädigung für legislatives Unrecht einschließlich der Anwendung rechtswidriger Normen (sog. Beruhensfälle) gewährt, muss gegebenenfalls im zivilgerichtlichen Staatshaftungsprozess geklärt werden. Von einer solchen Anspruchsbegrenzung kann nicht mit der erforderlichen Offensichtlichkeit ausgegangen werden. Weder der Wortlaut der Norm noch die Gesetzessystematik geben dafür klare Anhaltspunkte. In den Gesetzesmaterialien (vgl. Heise/Riegel, Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes, 2. Aufl. 1978, S. 23 unter 3.51 erster Absatz sowie die Begründung des Gesetzentwurfs der Landesregierung zur Änderung des Polizeiverwaltungsgesetzes von Rheinland-Pfalz vom 2. Februar 1993, LTDruks 12/2542, S. 32; Protokoll der ersten Beratung des Gesetzentwurfs, Protokolle der 12. Wahlperiode, 44. Sitzung vom 11. Februar 1993, StenBer S. 3568 f.) finden sich zu dieser Frage keine einschlägigen, eindeutigen Aussagen. Eine gefestigte, die Anspruchsbegrenzung bestätigende zivilgerichtliche Rechtsprechung liegt noch nicht vor. Nur eines von zwei rheinland-pfälzischen Oberlandesgerichten hat bislang eine solche Begrenzung in einem Prozesskostenhilfe-Beschwerdeverfahren mit rechtsgerichtlichen und rechtsvergleichenden Erwägungen bejaht (OLG Zweibrücken, Beschluss vom 6. März 2013 - 6 W 21.12 - ZfWG 2013, 185 f. = juris <Rn. 6>). Eine Berufungsentscheidung des anderen Oberlandesgerichts im Staatshaf-

tungsprozess des Ehemanns der Klägerin (vgl. LG Mainz, Urteil vom 11. April 2012 - 4 O 436/10 -) stand bei Schluss der mündlichen Verhandlung im vorliegenden Revisionsverfahren noch aus.

- 22 Ein Ersatzanspruch nach § 68 Abs. 1 Satz 2 POG ist auch nicht schon offensichtlich zu verneinen, weil die etwaige Rechtsverletzung nicht kausal für den geltend gemachten Schaden wäre. Die landesrechtliche Regelung verhält sich nicht zu den Anforderungen, die an die Verursachung des Schadens zu stellen sind. Bisher fehlt auch eine gefestigte zivilgerichtliche Konkretisierung der in § 68 Abs. 1 Satz 2 POG vorausgesetzten Kausalität. Zwar mag naheliegen, die für reversible Haftungsnormen entwickelten Anforderungen an die Kausalität bei Ermessensakten auch auf die landesrechtliche Haftungsregelung des Polizei- und Ordnungsrechts zu übertragen und die Ursächlichkeit zu verneinen, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass auch bei fehlerfreier Rechtsanwendung dieselbe zum Schaden führende Entscheidung getroffen worden wäre (BGH, Beschlüsse vom 21. Januar 1982 - III ZR 37/81 - VersR 1982, 275 und vom 30. Mai 1985 - III ZR 198/84 - VersR 1985, 887 f.; Vinke, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 12, Stand: Sommer 2005, § 839 Rn. 176, zur Unterscheidung von der Figur rechtmäßigen Alternativverhaltens vgl. ebd. Rn. 178). Offensichtlich ist eine solche Parallelität aber nicht. Insbesondere steht es dem Landesgesetzgeber frei, die Haftung großzügiger zu regeln. Ob dies hier geschehen ist, bedarf gegebenenfalls einer näheren Prüfung im Staatshaftungsprozess.
- 23 Dass die Klägerin keinen Erlaubnisantrag gestellt hat, führt nicht zwangsläufig zur Unbegründetheit des geltend gemachten Staatshaftungsanspruchs. Vielmehr kommt es insoweit darauf an, ob und gegebenenfalls wie lange Privaten eine Erlaubniserteilung unionsrechtswidrig vorenthalten wurde. Das ist keineswegs offensichtlich, sondern bedarf einer ins Einzelne gehenden Prüfung.
- 24 Entgegen der Auffassung des Beklagten fehlt es schließlich nicht offenkundig an einem ersatzfähigen Schaden. Auf die Frage, ob eigentumsfähige Positionen betroffen sind, kommt es nur bei einer entsprechenden, hier gerade nicht offensichtlichen Beschränkung der Haftung an. Ob Vermögenseinbußen wegen

rechtlicher Missbilligung der untersagten Tätigkeit nicht ersatzfähig sind, lässt sich nur auf der Grundlage einer ins Einzelne gehenden verfassungs- und unionsrechtlichen Prüfung der die Tätigkeit beschränkenden oder missbilligenden Vorschriften beantworten, so dass auch insoweit keine Offensichtlichkeit vorliegt.

- 25 2. Die Annahme des Berufungsgerichts, die Fortsetzungsfeststellungsklage sei für den verfahrensgegenständlichen Zeitraum vom 1. Oktober 2010 bis zum 10. Mai 2012 auch begründet, hält jedoch der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht Stand. Das Berufungsurteil verletzt die revisiblen Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB, soweit es den Stellungnahmen des Beklagten im verwaltungsgerichtlichen Verfahren entnimmt, dass die Untersagung im verfahrensgegenständlichen Zeitraum nicht mehr auf das Sportwettenmonopol, sondern allein auf die nachgeschobenen Erwägungen zur formellen und materiellen Illegalität der untersagten Tätigkeit gestützt wurde. Außerdem geht das Urteil unzutreffend davon aus, die Zulässigkeit des Nachschiebens neuer Gründe sei in § 114 Satz 2 VwGO geregelt, und übergeht die einschlägigen Grundsätze des allgemeinen Verwaltungsverfahrensrechts. Schließlich wendet es § 40 VwVfG i.V.m. § 1 LVwVfG unrichtig an, soweit es annimmt, der Beklagte sei verpflichtet gewesen, bei seinen Ermessenserwägungen den Gesetzentwurf der Landesregierung zur Umsetzung des Ersten Glücksspieländerungsvertrags zu berücksichtigen.
- 26 a) Das Berufungsgericht ist in Anwendung nichtrevisiblen Landesrechts davon ausgegangen, dass die Vermittlungstätigkeit der Klägerin formell illegal war und deshalb von der Ordnungsbehörde - bei fehlerfreier Ausübung des ihr eingeräumten Ermessens - untersagt werden durfte. Dagegen ist nichts zu erinnern. Gleiches gilt für die Annahme des Berufungsgerichts, die Untersagungsverfügung sei ursprünglich damit begründet worden, dass die Vermittlungstätigkeit wegen des Sportwettenmonopols schlechterdings nicht erlaubt werden konnte. Revisionsrechtlich fehlerhaft ist jedoch seine weitere Annahme, der Beklagte habe diese Begründung nach der Öffnung des Erlaubnisverfahrens für Private im Jahr 2010 durch die neue Erwägung ersetzt, der Schutz des Erlaubnisverfahrens erfordere die Untersagung einer unerlaubten Gewerbeausübung; das

Monopol habe deshalb seither für die Begründung der Ermessensentscheidung keine Rolle mehr gespielt. Diese Deutung verletzt reversible Auslegungsgrundsätze und wird den Erklärungen des Beklagten nicht gerecht.

- 27 Die bundesrechtlichen Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB sind auf öffentlich-rechtliche Erklärungen entsprechend anzuwenden. Bei Verwaltungsakten kommt es wie bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen nicht auf den wirklichen Willen des Erklärenden (natürliche Auslegung), sondern auf den objektiven Erklärungsinhalt 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 (stRspr, vgl. Urteile vom 2. September 1999 - BVerwG 2 C 22.98 - BVerwGE 109, 283 <286> = Buchholz 237.7 § 72 NWLBG Nr. 4 und vom 27. Juni 2012 - BVerwG 9 C 7.11 - BVerwGE 143, 222 <Rn. 18> = Buchholz 11 Art. 20 GG Nr. 206; BGH, Urteile vom 24. Februar 1988 - VIII ZR 145/87 - BGHZ 103, 275 <280>, vom 27. Januar 2010 - VIII ZR 58/09 - BGHZ 184, 128 <137 Rn. 33> und vom 1. März 2011 - II ZR 16/10 - NJW 2011, 1666 <1667 Rn. 11> je m.w.N.). Das setzt nicht zuletzt eine vollständige Berücksichtigung des Wortlauts schriftlicher Erklärungen voraus. Diesen Anforderungen genügt die berufsgerichtliche Auslegung der Ausführungen des Beklagten zu den Gründen der Ermessensausübung nicht.
- 28 Die Annahme, das Monopol habe für die Begründung der Ermessensentscheidung seit Oktober 2010 keine Rolle mehr gespielt, beruht auf einer unvollständigen Berücksichtigung der Ausführungen in der Berufungsbegründung des Beklagten vom 25. Januar 2012. Das Berufungsurteil gibt sinngemäß nur die Ausführungen des Beklagten zur Durchsetzung des Erlaubnisvorbehalts und zur materiellen Illegalität des Angebots der Wettunternehmer wieder (Ziffern I, III bis V Seite 8, Ziffern VIII und IX der Berufungsbegründung) und reduziert das Beklagtenvorbringen darauf. Die umfangreichen Darlegungen zur Rechtmäßigkeit des Monopols (Ziffern II, V Seite 9 sowie Ziffern VI und VII der Berufungserwiderung) werden ausgeblendet. Das ist nicht schon gerechtfertigt, weil der Beklagte erklärt hat, bei der ursprünglichen Begründung mit dem Monopol habe

es sich nur um einen - allerdings nicht eindeutig als solchen erkennbaren - Hinweis gehandelt, der inzwischen überflüssig geworden sei und es ihm nicht verwehre, sich nun eindeutig auf die fehlende Erlaubnis zu berufen (Ziffer I Seite 3 der Berufungsbegründung). Dieses Vorbringen dient nur dazu, die Kontinuität der Begründung mit dem Erlaubnisvorbehalt und der formellen Illegalität der Vermittlung zu belegen und den Vorwurf unzulässigen Nachschiebens neuer Gründe abzuwehren. Das ergibt sich aus der vorangestellten Erklärung des Beklagten, sowohl der Ausgangs- als auch der Widerspruchsbescheid hätten bereits auf die fehlende Erlaubnis abgestellt. Auch er selbst habe sich immer auf die fehlende Erlaubnis berufen (Ziffer I Seite 2 oben). Ob damit die ursprüngliche Begründung der Untersagung mit dem Sportwettenmonopol aufgegeben oder nur um eine weitere, selbstständig tragende Erwägung ergänzt werden soll, lässt sich nicht ohne Berücksichtigung der 25-seitigen Ausführungen der Berufungsbegründung zur Rechtmäßigkeit des Sportwettenmonopols entscheiden. Sie legen im Einzelnen dar, aus welchen Gründen der Beklagte das Sportwettenmonopol weiterhin für unionsrechtskonform und für geeignet hält, die Untersagung zu rechtfertigen. So wendet er sich unter anderem gegen die Feststellung einer Expansionspolitik im Bereich des gewerblichen Automatenspiels und gegen die Annahme, aus einer solchen Politik folge schon die Ungeeignetheit des Monopols zur Suchtbekämpfung. Mit diesem Teil der Berufungsbegründung setzt das angegriffene Urteil sich nicht auseinander. Es prüft nur, ob das Nachschieben der neuen Ausführungen zur Durchsetzung des Erlaubnisvorbehalts nach § 114 Satz 2 VwGO noch als zulässige Ergänzung oder als Ersetzen der bisherigen Ermessenserwägungen einzuordnen ist. Dabei wird übersehen, dass die Frage nach der prozessualen Beachtlichkeit neuer Erwägungen gemäß § 114 Satz 2 VwGO sich erst stellt, wenn durch Auslegung entsprechend §§ 133, 157 BGB ermittelt wurde, ob damit eine neue Begründung neben die bisherige oder an deren Stelle getreten ist, und wenn geklärt wurde, ob das Nachschieben der neuen Gründe verwaltungsverfahrensrechtlich zulässig war.

- 29 Bei vollständiger Berücksichtigung der Ausführungen des Beklagten wird deutlich, dass dieser die ursprüngliche Begründung der Untersagung mit dem Monopol auch für die Zeit ab Oktober 2010 nicht aufgeben wollte. Sein Vortrag,

das Monopol sei auch unter Berücksichtigung der Entscheidungen des Gerichtshofs noch unionsrechtskonform, lässt sich nur dahin verstehen, dass er die Monopolregelung weiterhin und über den Herbst 2010 hinaus für rechtmäßig hält und meint, sie könne die Untersagung nach wie vor tragen. So erklärt er (im letzten Absatz der Ziffer VII der Berufungsbegründung) ausdrücklich, das Monopol erfülle nach wie vor die unionsrechtlichen Anforderungen. De lege lata dürfe privaten Glücksspielanbietern deshalb keine Erlaubnis zum Vertrieb von Sportwetten erteilt werden, die von anderen als den in Deutschland konzessionierten Anbietern - also den Monopolanbietern - veranstaltet würden. Die Eröffnung des Erlaubnisverfahrens wird dementsprechend als „vorsorglich“ bezeichnet (vgl. Ziffer VIII S. 29 der Berufungsbegründung). Die Begründung fehlender Erlaubnisfähigkeit mit dem Sportwettenmonopol wird danach nicht durch die Erwägungen zur materiellen Illegalität des Wettangebots ersetzt, sondern zumindest als Alternativbegründung aufrechterhalten.

- 30 b) Auch der weiteren Annahme des Berufungsgerichts, die - von ihm angenommene - Auswechslung wesentlicher Ermessenserwägungen sei wegen Verstoßes gegen § 114 Satz 2 VwGO unzulässig, kann nicht zugestimmt werden.
- 31 aa) Ob ein Nachschieben von Ermessenserwägungen zulässig ist, bestimmt sich nach dem materiellen Recht und dem Verwaltungsverfahrenrecht. § 114 Satz 2 VwGO regelt lediglich, unter welchen Voraussetzungen derart veränderte Ermessungserwägungen im Prozess zu berücksichtigen sind (im Anschluss an das Urteil vom 13. Dezember 2011 - BVerwG 1 C 14.10 - BVerwGE 141, 253 <Rn. 11>).
- 32 Neue Gründe für einen Verwaltungsakt dürfen nach dem allgemeinen Verwaltungsverfahrenrecht nur nachgeschoben werden, wenn sie schon bei Erlass des Verwaltungsakts vorlagen, dieser nicht in seinem Wesen verändert und der Betroffene nicht in seiner Rechtsverteidigung beeinträchtigt wird (stRspr, Urteile vom 14. Oktober 1965 - BVerwG 2 C 3.63 - BVerwGE 22, 215 <218> = Buchholz 232 § 32 BBG Nr. 14, vom 16. Juni 1997 - BVerwG 3 C 22.96 - BVerwGE 105, 55 <59> = Buchholz 316 § 39 VwVfG Nr. 25 und vom

29. Januar 2001 - BVerwG 11 C 3.00 - Buchholz 401.64 § 6 AbwAG Nr. 3).  
Diese Grundsätze gelten auch bei Verwaltungsakten mit Dauerwirkung wie der glücksspielrechtlichen Untersagungsverfügung, wenn deren Begründung für einen bereits abgelaufenen Zeitraum geändert werden soll. Dabei kann offenbleiben, ob eine solche rückwirkende Änderung ausscheidet, nachdem sich der Dauerverwaltungsakt endgültig erledigt hat, also seinen Regelungsgegenstand für die Zukunft verloren hat und auch für die Vergangenheit keinerlei fortwirkende Folgen mehr aufweist. Jedenfalls kann auch ein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung in Ansehung eines bereits abgelaufenen Zeitraums nicht mehr mit Ermessenserwägungen begründet werden, durch welche die ursprüngliche Ermessensentscheidung im Kern ausgewechselt wird (vgl. Rennert, in: Eyermann, VwGO-Kommentar, 13. Aufl. 2010, § 114 Rn. 89).

- 33 Der Austausch wesentlicher Ermessenserwägungen kann jedoch zulässig sein, soweit die Begründung der glücksspielrechtlichen Untersagung (nur) für die Zukunft geändert wird. Als Verwaltungsakt mit Dauerwirkung muss eine solche Untersagung einer Änderung der Sach- und Rechtslage Rechnung tragen. Sie ist deshalb auf eine Anpassung an jeweils neue Umstände angelegt und wird dadurch nicht zwangsläufig in ihrem Wesen verändert. So wie die Behörde die Untersagung mit neuer Begründung neu erlassen könnte, kann sie das Verbot auch mit geänderter Begründung für die Zukunft aufrechterhalten. Die Rechtsverteidigung des Betroffenen wird durch eine Änderung (nur) für die Zukunft nicht beeinträchtigt. Da für die rechtliche Beurteilung von Dauerverwaltungsakten grundsätzlich die jeweils aktuelle Sach- und Rechtslage maßgeblich ist, muss das Prozessverhalten des Betroffenen sich ohnehin auf zukunftsbezogene Veränderungen einstellen. Führt (erst) die Änderung der Begründung der Untersagung mit Wirkung für die Zukunft dazu, dass die bisherigen Erfolgsaussichten einer Klage entfallen, steht es dem Betroffenen frei, den Rechtsstreit durch Erledigungserklärung ohne eigene Kostenbelastung zu beenden (vgl. § 161 Abs. 2 VwGO), sofern er die Untersagung nicht - etwa als Rechtsgrundlage noch rückgängig zu machender Vollzugsmaßnahmen - für die Vergangenheit (gegebenenfalls: weiterhin) anfechten oder wegen eines berechtigten Feststellungsinteresses im Sinne des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO zu einem Fortsetzungsfeststellungsantrag übergehen kann und will.

- 34 Aus § 114 Satz 2 VwGO ergeben sich keine weitergehenden Anforderungen. Diese Vorschrift regelt nicht die Voraussetzungen für die materiell-rechtliche und verwaltungsverfahrensrechtliche Zulässigkeit des Nachschiebens von Ermessenserwägungen, sondern betrifft nur deren Geltendmachung im Prozess. Ihr Zweck ist es, klarzustellen, dass ein materiell- und verwaltungsverfahrensrechtlich zulässiges Nachholen von Ermessenserwägungen nicht an prozessualen Hindernissen scheitert (Urteile vom 5. Mai 1998 - BVerwG 1 C 17.97 - BVerwGE 106, 351 <364> und vom 13. Dezember 2011 a.a.O. <Rn. 11>).
- 35 Kommt ein Nachschieben von Ermessenserwägungen nach dem Vorstehenden in Betracht, so muss dies allerdings genügend bestimmt geschehen. Das Erfordernis hinreichender Bestimmtheit ergibt sich aus § 37 Abs. 1 VwVfG und gilt als Ausprägung des Rechtsstaatsgebots (Art. 20 Abs. 3 GG) auch für die Änderung eines Verwaltungsakts einschließlich seiner Begründung. Wird die Änderung erst in einem laufenden Verwaltungsprozess erklärt, so muss die Behörde unmissverständlich deutlich machen, dass es sich nicht nur um prozessuales Verteidigungsvorbringen handelt, sondern um eine Änderung des Verwaltungsakts selbst. Außerdem muss deutlich werden, welche der bisherigen Erwägungen weiterhin aufrechterhalten und welche durch die neuen Erwägungen gegenstandslos werden. Andernfalls wäre dem Betroffenen keine sachgemäße Rechtsverteidigung möglich (Urteil vom 13. Dezember 2011 a.a.O. Rn. 18). Das wäre mit der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG nicht zu vereinbaren.
- 36 bb) Da das Berufungsgericht auf die verwaltungsverfahrensrechtlichen Anforderungen nicht eingeht, übersieht es, dass die - von ihm angenommene - Änderung eines Verwaltungsakts nicht dem Erfordernis hinreichender Bestimmtheit gemäß § 37 Abs. 1 VwVfG i.V.m. § 1 LVwVfG genüge.
- 37 Der Beklagte hat erst während des Verwaltungsprozesses und nur im Wege prozessualen Vorbringens geltend gemacht, die Untersagung sei nicht allein aus dem Sportwettenmonopol, sondern alternativ und hilfsweise wegen der formellen und materiellen Illegalität der untersagten Tätigkeit gerechtfertigt. Den



Änderungsbescheid vom 4. März 2010 hat das Berufungsgericht revisionsrechtlich fehlerfrei dahin ausgelegt, dass er die Begründung der angegriffenen Untersagung nicht ändert. Er lässt sowohl das ursprüngliche stadtgebietsbezogene Vermittlungsverbot in Ziffer 1 des Ausgangsbescheides als auch dessen Begründung unberührt. Seine Ausführungen zur Begründung betreffen nur die Er-streckung des Verbots auf das Gebiet des gesamten Landes und die übrigen im Änderungsbescheid neu getroffenen Regelungen. Neue Erwägungen zur Rechtfertigung der ursprünglichen Untersagung finden sich nur im prozessualen Vorbringen des Beklagten.

- 38 Dieses Vorbringen genügt den dargelegten Bestimmtheitsanforderungen nicht. Unklar bleibt, ob damit nur die Untersagung im Prozess verteidigt oder die angegriffene Verfügung selbst in ihrer Begründung geändert werden soll. Im letztgenannten Fall wird außerdem nicht deutlich, ob die Hilfsbegründung rückwirkend für den gesamten Wirkungszeitraum der Untersagungsverfügung oder nur für die Zeit nach dem Zugang der Erklärung eingeführt wird. Solche Zweifel und Unklarheiten gehen zulasten der Behörde (Urteil vom 13. Dezember 2011 a.a.O.).
- 39 cc) Unabhängig davon wäre die neue Begründung, soweit sie - wie vom Berufungsgericht angenommen - auf den Zeitpunkt der Öffnung des Erlaubnisverfahrens im Oktober 2010 zurückwirken sollte, auch unzulässig, weil sie den Kläger in seiner Rechtsverteidigung beeinträchtigte.
- 40 Hätte die Beklagte die fehlende Erlaubnisfähigkeit nicht mehr mit dem Sportwettenmonopol, sondern allein mit der materiellen Illegalität der Wettvermittlung begründet, wären die wesentlichen Ermessenserwägungen für die Untersagung ausgetauscht worden. Die Rechtmäßigkeit und Anwendbarkeit des Monopols sind für die erste Begründung entscheidend, für die zweite jedoch unerheblich. Ein solcher Austausch wäre nur für die Zukunft zulässig, nicht hingegen auch rückwirkend für bereits verstrichene Zeiträume. Daran ändert auch nichts, dass beide Begründungen an das Fehlen einer Erlaubnis anknüpfen. Die formelle Illegalität erfüllt den Tatbestand der Untersagungsermächtigung und eröffnet damit nur das Ermessen. Dessen Ausübung muss sich daher nach anderen

Kriterien richten. Ob im Austausch der wesentlichen Ermessenserwägungen schon eine Wesensänderung der Untersagung selbst liegt, kann dahinstehen. Jedenfalls wird die Rechtsverteidigung des Betroffenen erheblich beeinträchtigt, wenn die maßgeblichen Erwägungen rückwirkend ausgewechselt werden. Dies zwingt ihn, seine Rechtsverteidigung für eine erhebliche vergangene Zeitspanne völlig umzustellen. Solange die Ermessensausübung im Wesentlichen mit dem Sportwettenmonopol begründet wurde, konnte der Betroffene sich darauf konzentrieren, dessen Rechtswidrigkeit geltend zu machen. Die neue Begründung stellt erstmals auf die monopolunabhängigen Anforderungen an die Vermittlung und das Wettangebot ab. Dem Betroffenen bleibt nur, diese Anforderungen zu prüfen und für den gesamten bereits abgelaufenen Zeitraum entweder darzulegen, dass sie rechtswidrig waren, oder darzutun, dass seine Tätigkeit mit ihnen übereinstimmte. Soweit die rückwirkende Änderung der Begründung die Erfolgsaussichten der Klage entfallen lässt, kann er darauf nur nachträglich reagieren.

- 41 c) Entgegen dem angegriffenen Urteil war die - von ihm angenommene - Begründung der Untersagungsverfügung mit der formellen und materiellen Illegalität der Tätigkeit nicht schon ermessensfehlerhaft, weil sie den Gesetzentwurf zur Umsetzung des Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrags nicht berücksichtigte. Dabei kann offenbleiben, inwieweit der Beklagte unter Opportunitätsgesichtspunkten zu einer Einbeziehung des Entwurfs in seine Ermessenserwägungen befugt gewesen wäre. Eine Rechtspflicht dazu bestand seinerzeit jedenfalls nicht.
- 42 Die Ermächtigung, die unerlaubte Wettvermittlung zu untersagen, ergab sich seinerzeit aus § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 des Glücksspielstaatsvertrags - GlüStV (a.F.) i.V.m. § 11 Abs. 2 LGlüG. Die Ausübung des Ermessens musste gemäß § 40 VwVfG, der hier gemäß § 1 LVwVfG anzuwenden ist, dem Zweck der Ermächtigung entsprechen und die gesetzlichen Ermessensgrenzen beachten. Zu diesen Rechtsgrenzen zählte die gesetzliche Neuregelung des Glücksspielrechts erst mit ihrem Inkrafttreten. Zuvor entfaltete sie keine rechtliche Bindungswirkung. Das ergibt sich aus der rechtsstaatlichen Bindung der Exekutive an das Gesetz und aus dem verfassungsrechtlichen Demokratiegebot (Art. 20

Abs. 3 GG). Das Rechtsstaatsgebot verpflichtet die Verwaltung zur Anwendung des jeweils geltenden Rechts und lässt es nicht zu, davon mit Blick auf eine vorgeschlagene künftige Rechtsänderung abzuweichen. Das Demokratiegebot lässt es nicht zu, die Beachtung der vom Parlament erlassenen Gesetze zur Disposition der Verwaltung zu stellen. Entsprechend geht das Oberverwaltungsgericht auch nicht von einer Pflicht zur Voranwendung der beabsichtigten Rechtsänderung, sondern nur von einer Verpflichtung zu ihrer Vorberücksichtigung im Rahmen der Ermessenserwägungen aus (zur Begrifflichkeit vgl. Kloepfer, Vorwirkung von Gesetzen, 1974, S. 94 f., 166; Guckelberger, Vorwirkung von Gesetzen im Tätigkeitsbereich der Verwaltung, 1997, S. 162).

- 43 Entgegen der Auffassung der Klägerin ergibt sich eine Pflicht zur Voranwendung auch nicht daraus, dass die Bindung an das geltende Gesetz unter dem Vorbehalt des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts steht und die beabsichtigte Rechtsänderung unionsrechtlichen Vorgaben Rechnung tragen sollte. Verstieß das geltende Recht gegen Unionsrecht, folgte aus dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts nur, dass die gesetzliche Regelung insoweit nicht angewendet werden durfte. Eine Pflicht, der behördlichen Entscheidung stattdessen den Entwurf einer künftigen Regelung zugrunde zu legen, ergibt sich daraus nicht. Da der mitgliedstaatliche Gesetzgeber den Anforderungen der Dienstleistungsfreiheit im Glücksspielrecht auf ganz verschiedene Weise genügen kann, ist auch eine unmittelbare Geltung der im Entwurf vorgeschlagenen Ausgestaltungsvariante nicht zu begründen.
- 44 Aus dem Verhältnismäßigkeitsgebot, das die Behörde als rechtliche Grenze des Ermessens beachten muss, ergibt sich ebenfalls keine Verpflichtung, den in den Landtag eingebrachten Gesetzentwurf zu berücksichtigen. Bis zum Inkrafttreten der Rechtsänderung war die Untersagung geeignet und erforderlich, die unerlaubte und nach damaliger Rechtslage nicht offensichtlich erlaubnisfähige Wettvermittlung zu unterbinden (vgl. zu diesen Kriterien Urteil vom 16. Mai 2013 - BVerwG 8 C 14.12 - Rn. 53 ff. - juris). Der Umstand, dass der Gesetzentwurf Regelungen vorsah, nach denen die materielle Erlaubnisfähigkeit des Wettangebots möglicherweise günstiger zu beurteilen war, führt auch nicht zur Unangemessenheit der Untersagung oder zu deren Unverhältnismäßigkeit im enge-

ren Sinne. Voraussetzung dafür wäre vielmehr, dass mit hinreichender Sicherheit vom Wirksamwerden der Neuregelung zu einem bestimmten, absehbaren Zeitpunkt auszugehen war und dass die Tätigkeit damit bereits legal geworden wäre (vgl. Urteil vom 6. Dezember 1985 - BVerwG 4 C 23.83 und 4 C 24.83 - Buchholz 406.17 Bauordnungsrecht Nr. 21 S. 8). Hier fehlt schon die erste Bedingung, die bei gesetzlichen Neuregelungen regelmäßig einen Gesetzesbeschluss des Parlaments voraussetzt. Im Zeitpunkt der berufsgerichtlichen Entscheidung) war das Gesetzgebungsverfahren noch nicht über die erste Lesung im Parlament und die Überweisung an die Ausschüsse hinausgelangt. Außerdem stand noch nicht fest, ob der durch das Gesetz umzusetzende Erste Glücksspieländerungsstaatsvertrag, wie in seinem Art. 2 Abs. 1 vorausgesetzt, bis zum 30. Juni 2012 von mindestens 13 Bundesländern ratifiziert werden und zum 1. Juli 2012 in Kraft treten würde.

- 45 Ein Ermessensdefizit lässt sich auch nicht unabhängig vom Verhältnismäßigkeitsgebot aus der Pflicht herleiten, alle ermessensrelevanten Gesichtspunkte im Sinne einer vollständigen Interessenabwägung in die Entscheidung einzubeziehen. Rechtlich begrenzt und gerichtlich überprüfbar ist die Ermessensausübung nach § 40 VwVfG nur, soweit sie durch den Zweck der Ermächtigung und die gesetzlichen Grenzen der Ermessensausübung gebunden wird. Die Umstände, die für die Beachtung dieser rechtlichen Grenzen relevant sind, wurden bereits in den Ausführungen zum Rechtsstaatsgebot und zur Verhältnismäßigkeit erörtert. Der Zweck der Ermächtigung, den Erlaubnisvorbehalt zur Sicherung des Jugend- und Spielerschutzes durchzusetzen, gebietet ebenfalls keine Vorberücksichtigung einer Entwurfsregelung, die das gerade zum Jugend- und Spielerschutz erlassene Internetverbot lockert und weitere, bis zur Rechtsänderung illegale Wettformen zulässt.
- 46 d) Entgegen der Auffassung der Revision musste das Berufungsgericht aber nicht von einer Ermessensreduzierung auf Null zulasten der Klägerin ausgehen. Umstände, deretwegen jedes Zuwarten des Beklagten rechtswidrig gewesen wäre, sind weder festgestellt noch von der Revision geltend gemacht worden. Der Vortrag, das Wettangebot des Wettunternehmers schließe materiell illegale Wettformen ein, belegt noch nicht, dass auch die konkrete Vermittlungstätigkeit

der Klägerin materiell illegal war und nicht zumindest unter Nebenbestimmungen erlaubnisfähig gewesen wäre. Das Berufungsgericht hat auch den Begriff des intendierten Ermessens nicht verkannt, der als Rechtsfigur des allgemeinen Verwaltungsverfahrenrechts revisibel ist. Ob die Untersagungsermächtigung im verfahrensgegenständlichen Zeitraum nur ein intendiertes Ermessen einräumte, ist eine revisionsrechtlich nicht zu überprüfende Frage der Auslegung dieser irrevisiblen Vorschrift (Beschluss vom 17. Oktober 2012 - BVerwG 8 B 61.12 - Rn. 13 - juris).

- 47 3. Das Berufungsurteil beruht auf der unzutreffenden Anwendung der §§ 133, 157 BGB, § 40 VwVfG und § 114 Satz 2 VwGO, weil es bezüglich des noch verfahrensgegenständlichen Zeitraums nicht von einer fehlerfreien Alternativbegründung getragen wird. Zur Beurteilung der Untersagung im verfahrensgegenständlichen Zeitraum stellt das angegriffene Urteil unter Ziffer 3 b seiner Entscheidungsgründe allein auf den - angenommenen - Austausch der Begründung der Untersagungsverfügung und die - vermeintliche - Rechtswidrigkeit der nachgeschobenen Erwägungen ab. Nur bezüglich des vorhergehenden Zeitraums bis zur Öffnung des Erlaubnisverfahrens für Private im Jahr 2010 - genauer: im Oktober diesen Jahres - geht es davon aus, dass die Untersagung auf das Sportwettenmonopol gestützt wurde, und begründet ihre Rechtswidrigkeit mit der Erwägung, dieses sei wegen systematischer Verstöße gegen die verfassungs- und unionsrechtlichen Grenzen zulässiger Werbung rechtswidrig gewesen (vgl. Ziffer 3 a der Entscheidungsgründe des Berufungsurteils).
- 48 4. Bezüglich des verfahrensgegenständlichen Zeitraums erweist das Urteil sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 144 Abs. 4 VwGO).
- 49 Zwar ist das Oberverwaltungsgericht im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, dass der Hinweis des Beklagten auf die formelle und materielle Illegalität der Wettvermittlung das Verbot nicht trägt. Wie bereits dargelegt, sind die verwaltungsverfahrenrechtlichen Anforderungen an eine nachträgliche Änderung der Begründung der Untersagungsverfügung nicht erfüllt, weil sie nicht hinreichend bestimmt erklärt wurde und ein Austausch der Ermessenserwägungen für die Vergangenheit ohnehin unzulässig wäre.

- 50 Ob indes die im angegriffenen Urteil übergangene, vom Beklagten aufrechterhaltene Begründung der Untersagung mit dem Sportwettenmonopol im Zeitraum vom 1. Oktober 2010 bis zum 10. Mai 2012 rechtswidrig war, lässt sich auf der Grundlage der Tatsachenfeststellungen des Berufungsgerichts nicht abschließend beurteilen.
- 51 Entgegen der Auffassung der Klägerin ist die Rechtmäßigkeit der Monopolregelung nicht schon unerheblich, weil der Beklagte im Oktober 2010 das Erlaubnisverfahren auch für Private geöffnet hatte. Die Geltung der Monopolregelung als formelles Gesetz wurde dadurch nicht aufgehoben. Der Beklagte hielt sie auch weiterhin für rechtmäßig; er betrachtete die Öffnung des Erlaubnisverfahrens ebenso wie die alternative Begründung unerlaubter Tätigkeiten mit deren formeller und materieller Illegalität als vorsorgliche Maßnahme. Solange er von der Rechtmäßigkeit der Monopolregelung ausging und die Untersagung nur hilfsweise auf die formelle und materielle Illegalität der Wettvermittlung stützte, war die Untersagung nur rechtswidrig, wenn keine der beiden alternativen Begründungen sie tragen konnte.
- 52 Aus den Feststellungen, die das angegriffene Urteil zur Werbung des Monopolträgers im Jahr 2010 und darüber hinaus getroffen hat, ergibt sich noch keine Rechtswidrigkeit des Monopols. Die Werbebeispiele für den hier maßgeblichen Zeitraum seit Oktober 2010 belegen keine systematischen Verstöße gegen § 5 GlüStV oder die verfassungs- und unionsrechtlichen Werbebeschränkungen, aus denen auf rechtlich illegitime, fiskalische Ziele des Monopols zu schließen wäre. Aus der Bezugnahme auf herausragende Sportereignisse folgt noch kein Verstoß gegen die Pflicht, die Werbung zur Kanalisierung der vorhandenen Nachfrage auf sachliche Information und Aufklärung über die legalen Wettangebote zu beschränken. So darf ein herausragendes Sportereignis als Gegenstand der angebotenen Wetten benannt werden. Unzulässig ist es dagegen, in stimulierender, zur Teilnahme am Glücksspiel ermunternder oder anreizender Art und Weise auf ein solches Sportereignis Bezug zu nehmen oder die Bezugnahme mit der Ankündigung höherer oder zusätzlicher Gewinnchancen zu verknüpfen (Urteil vom 1. Juni 2011 - BVerwG 8 C 2.10 - Buchholz 11 Art. 12 GG

Nr. 276 Rn. 34). Eine Missachtung dieser Grenzen ist anhand der Werbebeispiele, die das Berufungsgericht für den verfahrensgegenständlichen Zeitraum aufgeführt hat, nicht festzustellen. Insbesondere gehen Formulierungen nach dem Muster „<Sportereignis> bei ODDSET“ nicht über eine zulässige Information über den Gegenstand der angebotenen Wetten hinaus. Die Beurteilung der Werbeanzeige „Wochen der Entscheidung“ (April 2011) und der mit Vereinssignets illustrierten Anzeige „Derby-Zeit“ (Januar 2012) kann dahinstehen, weil aus einem Einzelfall unzulässiger Werbung pro Jahr noch nicht auf eine rechtswidrige Zielsetzung des Monopols geschlossen werden kann.

- 53 5. Eine Sachentscheidung nach § 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 VwGO ist auf der Grundlage der vom Berufungsgericht festgestellten Tatsachen nicht möglich. Als Grundlage für eine abschließende Beurteilung der Werbepaxis im verfahrensgegenständlichen Zeitraum oder gar der Rechtmäßigkeit des Monopols im Übrigen reichen sie nicht aus. Die für die Zeit seit Oktober 2010 aufgeführten Werbebeispiele stehen im Zusammenhang der Ausführungen des Berufungsurteils zum Zeitraum bis 2010 und sollen ersichtlich nur die Kontinuität bestimmter Werbestrategien während dieses Jahres und - vereinzelt - noch darüber hinaus belegen. Weitere und genauere Feststellungen waren aus der Sicht des Berufungsgerichts nicht erforderlich, weil es die Untersagung im verfahrensgegenständlichen Zeitraum aus anderen Gründen für rechtswidrig hielt. Mangels einschlägiger Feststellungen des Berufungsgerichts kann auch nicht beurteilt werden, ob das Monopol im verfahrensgegenständlichen Zeitraum unabhängig von der Werbepaxis rechtswidrig war, etwa wegen einer gegenläufigen Glücksspielpolitik in einem anderen Bereich mit mindestens gleich hohem Suchtpotenzial, wenn diese zur Folge hatte, dass das Monopol nicht mehr wirksam zum Erreichen der mit ihm verfolgten, unionsrechtlich legitimen Ziele beitragen konnte. Vor der erforderlichen weiteren Sachaufklärung lässt sich nicht absehen, ob und gegebenenfalls welche Zweifelsfragen zu den unionsrechtlichen Grenzen zulässiger Werbung für die Entscheidung des Rechtsstreits erheblich sein werden. Derzeit besteht daher gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV kein Anlass, das vom Beklagten angeregte Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union zu richten.

- 54 Da eine abschließende Entscheidung nicht möglich ist, muss die Sache gemäß § 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 VwGO zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Dieses wird bei seiner weiteren Prüfung zu berücksichtigen haben, dass sich eine Verletzung der unionsrechtlichen Grenzen zulässiger Werbung auch aus Werbemaßnahmen ergeben kann, die im Rahmen einer im Deutschen Lotto- und Totoblock abgestimmten Werbestrategie unter einer gemeinsamen Dachmarke verbreitet werden (vgl. Urteil vom 20. Juni 2013 - BVerwG 8 C 10.12 - Rn. 40 ff.).

Prof. Dr. Dr. h.c. Rennert

Dr. Deiseroth

Dr. Hauser

Dr. Held-Daab

Dr. Rudolph

#### B e s c h l u s s

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Revisionsverfahren für die Zeit bis zur Abtrennung des Verfahrens BVerwG 8 C 55.12 durch den Beschluss vom 4. Dezember 2012 auf 30 000 € und für den anschließenden Zeitraum auf 15 000 € festgesetzt (§ 47 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, § 52 Abs. 1 GKG).

Prof. Dr. Dr. h.c. Rennert

Dr. Deiseroth

Dr. Hauser

Dr. Held-Daab

Dr. Rudolph



Sachgebiet:

BVerwGE: nein

Glücksspielrecht

Fachpresse: nein

Rechtsquellen:

AEUV	Art. 49 Abs. 1, Art. 56 Abs. 1, Art. 57 Abs. 1 und 3, Art. 267 Abs. 3
GG	Art. 19 Abs. 4, Art. 20 Abs. 3
VwGO	§ 113 Abs. 1 Satz 4; § 114 Satz 2, § 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2
VwVfG	§ 37 Abs. 1, § 40
LVwVfG RP	§ 1
BGB	§§ 133, 157
StGB	§ 284 Abs. 1
GlüStV a.F.	§ 4 Abs. 1, §§ 5, 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3, § 10 Abs. 1, 2 und 5
LGlüG RP	§§ 2, 11 Abs. 2
POG RP	§ 68 Abs. 1 Satz 2

Stichworte:

Änderungsbescheid; Auslegung; Bestimmtheit; Dauerverwaltungsakt; Demokratiegebot; Dienstleistungsfreiheit; Empfängerhorizont; Erklärungswert, objektiver; Erlaubnis; Erlaubnisverfahren; Feststellungsinteresse, berechtigtes; Fortsetzungsfeststellungsklage; Gesetzentwurf; Glücksspiel; Jugendschutz; Monopol; Niederlassungsfreiheit; Parlament; Präjudizinteresse; Rechtsschutz, effektiver; Rechtsstaatsgebot; Rehabilitierungsinteresse; Spielerschutz; Sportwetten; Sportwettenmonopol; Staatshaftung; Suchtbekämpfung; Untersagung; Verhältnismäßigkeit; Verwaltungsakt; Vorberücksichtigung; Willenserklärung; Zulässigkeit; Zurückverweisung.

Leitsätze:

1. Die Behörde muss eine geplante Rechtsänderung bei der Ermessensausübung nur berücksichtigen, wenn diese mit hinreichender Sicherheit zu einem bestimmten, absehbaren Zeitpunkt zu erwarten ist. Bei Gesetzesänderungen setzt dies regelmäßig einen Gesetzesbeschluss des Parlaments voraus.
2. Ob ein Nachschieben von Ermessenserwägungen zulässig ist, bestimmt sich nach dem materiellen Recht und dem Verwaltungsverfahrenrecht. § 114 Satz 2 VwGO regelt lediglich, unter welchen Voraussetzungen derart veränderte Ermessenserwägungen im Prozess zu berücksichtigen sind (im Anschluss an das Urteil vom 13. Dezember 2011 - BVerwG 1 C 14.10 - BVerwGE 141, 253 <Rn. 11>).
3. Verwaltungsakte mit Dauerwirkung dürfen für die Zukunft auf neue Ermessenserwägungen gestützt werden.

Urteil des 8. Senats vom 20. Juni 2013 - BVerwG 8 C 48.12

- I. VG Mainz vom 25.11.2011 - Az.: VG 6 K 1654/11.MZ -
- II. OVG Koblenz vom 15.05.2012 - Az.: OVG 6 A 11455/11 -