



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 8 B 85.13
OVG 6 A 10448/13

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 8. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
am 22. Juli 2014

durch den Vizepräsidenten des Bundesverwaltungsgerichts Dr. Christ,
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Deiseroth
und die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Hauser

beschlossen:

Die Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung
der Revision in dem aufgrund mündlicher Verhandlung
vom 10. September 2013 ergangenen Urteil des Oberver-
waltungsgerichts Rheinland-Pfalz wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Beschwer-
deverfahren auf 15 000 € festgesetzt.

G r ü n d e :

- 1 Die Klägerin wendet sich gegen die glücksspielrechtliche Untersagungsverfügung des Beklagten vom 15./24. Juni 2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 30. März 2012. Nachdem das Verwaltungsgericht ihrer Klage dagegen zum Teil entsprochen hat, hat das Oberverwaltungsgericht die Entscheidung des Verwaltungsgerichts teilweise abgeändert und die Klage insgesamt abgewiesen. Dagegen richtet sich die Beschwerde der Klägerin.
- 2 Die auf sämtliche Zulassungsgründe des § 132 Abs. 2 VwGO gestützte Beschwerde hat keinen Erfolg.
- 3 1. Der Zulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung (§ 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) liegt nicht vor.
- 4 Die Grundsatzrüge setzt die Formulierung einer bestimmten, höchstrichterlich noch ungeklärten und für die Revisionsentscheidung erheblichen Rechtsfrage des revisiblen Rechts voraus, der eine allgemeine, über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukommt (Beschluss vom 19. August 1997 - BVerwG 7 B

261.97 - Buchholz 310 § 133 <n.F.> VwGO Nr. 26). Die Beschwerde muss darlegen, dass gerade die angeblich verletzte Regelung rechtsgrundsätzliche Fragen aufwirft (Beschlüsse vom 9. März 1984 - BVerwG 7 B 238.81 - Buchholz 401.84 Benutzungsgebühren Nr. 49 und vom 15. Juni 2009 - BVerwG 6 B 12.09 - Rn. 6). Zielt die Rüge des Beschwerdeführers auf die Nichtbeachtung von revisiblem Landesrecht bei der Auslegung und Anwendung von nicht revisiblem Landesrecht ab, eröffnen die revisiblen Vorschriften des Landesrechts dem Revisionsgericht keinen generellen Prüfungsraum auf sonstiges Landesrecht, dessen Überprüfbarkeit durch das Bundesverwaltungsgericht nicht gegeben ist; denn die Anwendungsreichweite einer revisiblen Norm kann nicht das Ausmaß der Revisibilität anderer Normen bestimmen (Urteil vom 24. April 2005 - BVerwG 8 C 5.04 - BVerwGE 123, 303 <307> = Buchholz 316 § 49a VwVfG Nr. 3).

5 Die Klägerin wirft zunächst die Frage als grundsätzlich klärungsbedürftig auf,

„ob es sich bei der Verweisung des § 10a Abs. 5 Satz 2 Halbs. 2 GlüStV n.F. auf § 29 Abs. 2 Satz 2 GlüStV n.F. um eine Rechtsgrund- oder um eine Rechtsfolgenverweisung handelt“.

6 Diese Frage würde sich in einem Revisionsverfahren nicht stellen. Entgegen der Auffassung der Beschwerde hat das Oberverwaltungsgericht nicht in Anwendung des § 10a Abs. 5 Satz 2 Halbs. 2 i.V.m. § 29 Abs. 2 Satz 2 Glücksspielstaatsvertrag (GlüStV) 2012 angenommen, dass in die Vertriebsorganisation eines Veranstalters eingegliederte Vermittler selbst einen Antrag auf Erteilung der Erlaubnis zum Vermitteln von Sportwetten stellen können. Es hat im Gegenteil ausdrücklich festgestellt, dass nach § 7 Abs. 8 Landesglücksspielgesetz Rheinland-Pfalz (LGlüG RP) 2012 ein solcher Erlaubnis Antrag nur von dem Konzessionsnehmer gestellt werden kann. Das Oberverwaltungsgericht legt § 7 Abs. 8 LGlüG RP 2012 weiter dahin aus, dass Wettvermittlungsstellen trotz fehlender Antragsbefugnis auch von Vermittlern betrieben werden können. Insofern zieht das Oberverwaltungsgericht unter Bezugnahme auf die Gesetzesmaterialien als Auslegungshilfe die in § 29 Abs. 2 Satz 2 GlüStV 2012 enthaltene Regelung heran, dass der Veranstalter einen Erlaubnis Antrag auch für die für ihn tätigen Vermittler stellen kann. Weder betrifft dieser Regelungsteil des § 29

Abs. 2 Satz 2 GlüStV 2012 die aufgeworfene Frage noch wird § 7 Abs. 8 LGlüG RP 2012 dadurch zu revisiblem Landesrecht nach Art. 99 GG i.V.m. § 33 GlüStV 2012, dass bei seiner Auslegung revisibles Landesrecht berücksichtigt wird.

- 7 Des Weiteren erachtet die Klägerin die Fragen für grundsätzlich klärungsbedürftig,

„ob gegenüber dem Bürger eine Untersagung einer erlaubnispflichtigen Tätigkeit allein mit dem Fehlen der erforderlichen Erlaubnis begründet werden kann (formelle Illegalität), wenn dem Bürger von der Verwaltung in tatsächlicher Hinsicht keine Möglichkeit für eine Erlaubniserteilung eröffnet wird

und

ob gegenüber dem Bürger eine Untersagung einer erlaubnispflichtigen Tätigkeit allein mit dem Fehlen der erforderlichen Erlaubnis begründet werden kann (formelle Illegalität), wenn dem Bürger von der Verwaltung in tatsächlicher Hinsicht keine Möglichkeit für eine Erlaubniserteilung eröffnet ist und die Behörde stattdessen in einzelnen Fällen ein so genanntes ‚semi-legales‘ Duldungsverfahren durchgeführt hat, das weder durch den dafür zuständigen Gesetzgeber normiert wurde noch sonst irgendwie öffentlich bekannt gemacht wurde“.

- 8 Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, dass das rein formale Fehlen der nach § 4 Abs. 1 Satz 1 GlüStV n.F. grundsätzlich erforderlichen Erlaubnis zur Vermittlung von Sportwetten eine umfassende glücksspielrechtliche Untersagung der Vermittlungstätigkeit mit Blick auf die Dienstleistungsfreiheit solange nicht rechtfertigen könne, bis das Konzessionsverfahren gemäß § 4b GlüStV n.F. nicht abgeschlossen sei, weil ein Antrag auf Erteilung einer Vermittlungserlaubnis vor der Vergabe der Sportwettenkonzessionen aussichtslos wäre und die verzögerte Vergabe der Konzessionen, die Voraussetzung für die Erteilung der Vermittlungserlaubnis sei, nicht auf das vorwerfbare Verhalten der Klägerin oder der sich bewerbenden Veranstalter zurückzuführen sei. Denn auf diese Weise werde faktisch das unionsrechtswidrige Monopol für die Dauer des Konzessionsverfahrens perpetuiert.

- 9 Für diese Fragen gilt wiederum, dass sie sich so in einem Revisionsverfahren nicht stellen würden. Das Oberverwaltungsgericht ist nicht davon ausgegangen, eine Untersagung sei auch während des laufenden Konzessionsverfahrens allein wegen fehlender Erlaubnis gerechtfertigt. Es verweist vielmehr darauf, dass nach der Praxis des Beklagten private Sportwettenvermittlungen geduldet würden, wenn die Erteilung einer Konzession erwartet werden könne, die gewerbe- sowie glücksspielrechtliche Zuverlässigkeit vorliege und die Betriebsstätte zur Sportwettenvermittlung geeignet sei.
- 10 Zwar bezieht die zweite Frage diesen Aspekt ein. Die Beschwerde legt jedoch den Klärungsbedarf nicht hinreichend dar. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb die eben genannte Duldungspraxis die Berufs- und Dienstleistungsfreiheit verletzen sollte. Entgegen der Auffassung der Beschwerde werden die Sportwettenvermittler dadurch keiner Duldungspflicht unterworfen, vielmehr werden die nachteiligen Folgen der gesetzlichen Erlaubnispflicht für die Dauer des Konzessionsverfahrens vermindert. Fehl geht die Rüge, Art. 3 GG sei verletzt, weil die Behörde im Falle der Klägerin willkürlich von der Verwaltungspraxis abgewichen sei, im Rahmen des Duldungsverfahrens die materielle Erlaubnisfähigkeit der Sportwettenvermittlung zu prüfen. Die Beschwerde übersieht, dass das Oberverwaltungsgericht mit Blick auf die streitgegenständliche landesweite Untersagung der Vermittlungstätigkeit (Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung) - nachvollziehbar - die Möglichkeit einer konkreten Prüfung der Erlaubnisfähigkeit verneint hat. Zur Frage, ob ungeachtet der genannten Duldungspraxis von einem faktischen Monopol für die Dauer des Konzessionsverfahrens gesprochen werden kann und ggf. welche rechtlichen Folgen dies hätte, verhält sich die Beschwerde nicht.
- 11 2. Das Oberverwaltungsgericht ist mit seiner Entscheidung nicht von der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts abgewichen.
- 12 Eine Zulassung der Revision wegen Divergenz (§ 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO) setzt voraus, dass die Beschwerde einen inhaltlich bestimmten, die angefochtene Entscheidung tragenden abstrakten Rechtssatz benennt, mit dem die Vorinstanz einem in einer von der Beschwerde genau bezeichneten Entscheidung

des Bundesverwaltungsgerichts aufgestellten ebensolchen Rechtssatz, der sich auf dieselbe Rechtsvorschrift bezieht, widersprochen hat (stRspr, vgl. u.a. Beschluss vom 1. September 1997 - BVerwG 8 B 144.97 - Buchholz 406.11 § 128 BauGB Nr. 50 S. 7 <11>). Derartige voneinander abweichende Rechtssätze zeigt die Beschwerde nicht auf. Zwar zitiert sie mehrere Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts und eine Entscheidung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes. Soweit sich diese Entscheidungen zu Fragen der Ausübung pflichtgemäßen Ermessens und Art. 3 Abs. 1 GG verhalten (Urteile vom 13. Dezember 1962 - BVerwG 3 C 75.59 - BVerwGE 15, 196 <202> = Buchholz 427.3 § 342 LAG Nr. 5, vom 22. Januar 1969 - BVerwG 6 C 52.65 - BVerwGE 31, 212 <213 f.> = Buchholz 237.5 § 106 HessBG 62 Nr. 1, vom 28. April 1978 - BVerwG 4 C 49.76 - BVerwGE 55, 349 <352> = Buchholz 11 Art. 3 GG Nr. 217, vom 13. Dezember 1978 - BVerwG 6 C 37.78 - BVerwGE 57, 174 <180, 182> = Buchholz 235 § 32 BBesG Nr. 1 und vom 21. Oktober 1986 - BVerwG 1 C 44.84 - BVerwGE 75, 86 <93> = Buchholz 130 § 8 RuStAG Nr. 29) ist weder diesen Entscheidungen der in der Beschwerde aufgestellte Rechtssatz zu entnehmen „ein willkürliches Abweichen der Behörde von ihrer eigenen bzw. der sonst allgemein von den Behörden im Geltungsbereich des Gesetzes bisher in vergleichbaren Fällen eingehaltenen und auch weiterhin beabsichtigten ständigen Praxis in besonders gelagerten Fällen ist unzulässig, sofern die dieser Praxis zugrunde liegenden Erwägungen der Zielsetzung der vom Gesetz eingeräumten Ermächtigung entsprechen und auch nicht aus anderen Gründen zu rechtswidrigen Ergebnissen führen“ noch findet sich in dem Urteil des Oberverwaltungsgerichts der von der Beschwerde behauptete Rechtssatz „ein willkürliches Abweichen der Behörde von ihrer eigenen bzw. der sonst allgemein von den Behörden im Geltungsbereich des Gesetzes bisher in vergleichbaren Fällen eingehaltenen und auch weiterhin beabsichtigten ständigen Praxis in besonders gelagerten Fällen ist jederzeit zulässig und verstößt nicht gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG“.

- 13 Die Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. November 1956 - BVerwG 1 C 73.56 - (BVerwGE 4, 185 = Buchholz 424.01 § 143 Nr. 1) und vom 27. Oktober 1955 - BVerwG 4 C 26.55 - (BVerwGE 2, 279) verhalten sich zu Fragen eines „willkürlichen Abweichens der Behörde von ihrer eigenen Ver-

waltungspraxis bzw. in vergleichbaren Fällen üblichen Verwaltungspraxis“ nicht. Gleiches gilt für die Entscheidung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 19. Oktober 1971 - GmS-OGB 3/70 - (BVerwGE 39, 355) die die gerichtliche Nachprüfung der zur Auslegung des Begriffs „unbillig“ in § 131 Abs. 1 Satz 1 Abgabenordnung (AO) durch die Behörde zum Inhalt hat. Im Übrigen verkennt die Beschwerde, dass nach der ohne Weiteres nachvollziehbaren Auffassung des Oberverwaltungsgerichts eine konkrete Prüfung der Erlaubnisfähigkeit im Falle der hier in Rede stehenden landesweiten Untersagung nicht möglich ist.

- 14 3. Die geltend gemachten Verfahrensfehler liegen nicht vor (§ 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO).
- 15 a) Die Beschwerdeführerin rügt, das Berufungsgericht habe gegen das Verbot der Überraschungsentscheidung verstoßen (§ 86 Abs. 3, § 104 Abs. 1, § 108 Abs. 2 VwGO), weil es in keinem Stadium des Verfahrens zu erkennen gegeben oder einen entsprechenden Hinweis erteilt habe, dass es in § 10a Abs. 5 Satz 2 Halbs. 2 GlüStV n.F. auf § 29 Abs. 2 Satz 2 GlüStV n.F. einen Rechtsgrundverweis sehe. Durch einen entsprechenden Hinweis wäre die Klägerin in der Lage gewesen, Beweisanträge zu stellen, dass sie nicht berechtigt sei, eine Vermittlungserlaubnis zu beantragen.
- 16 Diese Rüge geht fehl. Wie bereits dargelegt, hat das Oberverwaltungsgericht keine Antragsbefugnis von Vermittlern nach § 10a Abs. 5 Satz 2 Halbs. 2 i.V.m. § 29 Abs. 2 Satz 2 GlüStV 2012 angenommen.
- 17 b) Soweit die Klägerin geltend macht, das Oberverwaltungsgericht habe im Hinblick auf die Ausführungen des Beklagten in der mündlichen Verhandlung bezüglich eines „semi-legalen Duldungsverfahrens während des laufenden Konzessionsverfahrens“ seine Entscheidung nicht auf das bloße Fehlen der Erlaubnis für die Klägerin gründen dürfen, wendet sie sich gegen die Rechtsauffassung des Oberverwaltungsgerichts, die dem materiellen Recht zuzuordnen ist. Ein Verfahrensmangel dahingehend, dass das Oberverwaltungsgericht wegen eines unterlassenen rechtlichen Hinweises gegen den Grundsatz der

Gewährung rechtlichen Gehörs verstoßen habe und eine weitere Aufklärung des Sachverhalts bezüglich der Verwaltungspraxis des Beklagten unterlassen habe, lässt sich damit nicht hinreichend darlegen. Zum einen ergibt sich aus dem Vortrag der Klägerin, dass das Verhalten des Beklagten bezüglich der Duldung von Vermittlungstätigkeiten sowohl schriftsätzlich auch in der mündlichen Verhandlung Gegenstand des Verfahrens war und zum anderen hatte das Obergerverwaltungsgericht von seinem rechtlichen Standpunkt aus gesehen keine Veranlassung, die Umstände um ein Antragsverfahren zur Duldung einer Vermittlungstätigkeit im Sportwettenbereich näher aufzuklären. Nach den tatsächlichen Feststellungen des Obergerverwaltungsgerichts bezog sich dieses Duldungsverfahren auf konkrete Vermittlungsstätten während eines laufenden Konzessionsverfahrens, deren Erlaubnisfähigkeit inhaltlich geprüft werden konnte. Vom rechtlichen Standpunkt des Obergerverwaltungsgerichts kommt es im Falle der Klägerin (Ziffer 3 des Bescheids) auf die Erlaubnisfähigkeit einer Vermittlungstätigkeit nicht entscheidend an, weil die Erlaubnisfähigkeit nicht abstrakt für alle landesweit denkbaren Vermittlungsstellen sämtlicher möglicher künftiger Konzessionsinhaber geprüft werden kann.

- 18 c) Die Beschwerde legt nicht hinreichend dar, weshalb der Umstand, dass der Beschwerdegegner Unterlagen zu den Duldungsvoraussetzungen erst im Nachgang zur mündlichen Verhandlung vorgelegt habe, einen Gehörsverstoß begründen sollte. Das Obergerverwaltungsgericht hat die Entscheidung nicht maßgeblich auf diese Unterlagen gestützt, sondern erkennbar auf die bereits zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vorliegenden Erkenntnisse zur Duldungspraxis. Im Übrigen hat der Beklagte ausweislich des Sitzungsprotokolls in der mündlichen Verhandlung angekündigt, der Klägerin derartige Unterlagen nachreichen zu wollen. Dem Protokoll ist nicht zu entnehmen, dass die Klägerin die fehlende Berücksichtigungsfähigkeit nachgereichter Unterlagen gerügt hat.
- 19 4. Die Revision ist auch nicht wegen grundsätzlicher Bedeutung und Verfahrensmängeln im Hinblick auf den bis zum 30. Juni 2012 geltenden Glücksspielstaatsvertrag zuzulassen. Die als grundsätzlich bedeutsam und klärungsbedürftig aufgeworfene Rechtsfrage,

„ob gegenüber dem Bürger eine Untersagung einer erlaubnispflichtigen Tätigkeit allein mit dem Fehlen der erforderlichen Erlaubnis bei nicht offensichtlicher Genehmigungsfähigkeit begründet werden kann (formelle Illegalität), wenn dem Bürger von der Verwaltung in tatsächlicher Hinsicht ein Erlaubnisverfahren vorsorglich eröffnet wird, das aber für diesen von der zuständigen Behörde nicht ergebnisoffen durchgeführt wird, da sich die Behörde nach wie vor an eine unionsrechtswidrige Vorschrift gebunden fühlt, die bei ihrer rechtswidrigen Anwendung aufgrund einer darin enthaltenen Ermessensreduzierung auf Null zwangsläufig zu einer Untersagung führen muss“,

geht an der maßgeblichen Auffassung des Oberverwaltungsgerichts vorbei und ist daher nicht entscheidungserheblich. Das Gericht hat nicht angenommen, dass die zuständige Behörde das bis zum Inkrafttreten des Glücksspielstaatsvertrags 2012 eröffnete Erlaubnisverfahren tatsächlich nicht angewandt hat, weil sie sich nach wie vor an das staatliche Monopol „gebunden gefühlt“ habe. Es hat vielmehr ausdrücklich festgestellt, dass gerichtlich weiter verfolgte Anträge auf Erteilung von Erlaubnissen im Wesentlichen nur deshalb erfolglos geblieben seien, weil die Veranstalter nicht bereit gewesen seien, sich dem Verbot von Live-Wetten und dem Internet-Verbot zu unterwerfen.

- 20 b) Die Rüge einer Verletzung der Aufklärungspflicht genügt bereits nicht den Darlegungsanforderungen des § 133 Abs. 3 Satz 3 VwGO. Die Beschwerde zeigt nicht substantiiert auf, weshalb sich dem Oberverwaltungsgericht eine weitere Klärung der bis zum 30. Juni 2012 bestehenden Möglichkeit eines ergebnisoffenen Erlaubnisverfahrens hätte aufdrängen müssen und welche für geeignet und erforderlich gehaltenen Aufklärungsmaßnahmen hierfür in Betracht gekommen wären (vgl. Beschluss vom 19. August 1997 - BVerwG 7 B 261.97 - Buchholz 310 § 133 (n.F.) VwGO Nr. 26 S. 14 f.). Sie verweist stattdessen im Wesentlichen auf eine angeblich unzureichende Berücksichtigung des Vorbringens des Beklagten. Damit wendet sich die Beschwerde der Sache nach gegen die Sachverhaltswürdigung des Oberverwaltungsgerichts. Eine solche Rüge fällt nicht unter den Schutzbereich der Aufklärungspflicht nach § 86 Abs. 1 VwGO.

- 21 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 47 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 i.V.m. § 52 Abs. 1 GKG.

Dr. Christ

Dr. Deiseroth

Dr. Hauser