



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 8 B 40.12
OVG 4 A 3417/07

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 8. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
am 22. Oktober 2012
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht
Prof. Dr. Dr. h.c. Rennert,
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Deiseroth
und die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Rudolph

beschlossen:

Die Beschwerde der Beklagten gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 21. Februar 2012 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Beschwerdeverfahren auf 15 000 € festgesetzt.

G r ü n d e :

- 1 Die Klägerin begehrt die Feststellung, dass die Ordnungsverfügung der Beklagten vom 14. Juli 2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides der Bezirksregierung Arnsberg vom 3. Juli 2006 seit ihrem Erlass bis zum 31. Januar 2007 rechtswidrig war. Mit dieser Verfügung wurde der Klägerin untersagt, in ihren Geschäftsräumen in der H. Straße ... in B. Sportwetten an Anbieter zu vermitteln, für die keine Erlaubnis des Landes Nordrhein-Westfalen vorlag; außerdem wurde ihr unter Zwangsgeldandrohung aufgegeben, die Vermittlung bis zum 17. August 2005 einzustellen. Nach erfolglosem Eilverfahren beendete die Klägerin ihre Vermittlungstätigkeit, räumte die Betriebsstätte und meldete diese zum 2. November 2006 ab; das Mietverhältnis gab sie am 31. Januar 2007 endgültig auf. Ihre Anfechtungsklage hat das Verwaltungsgericht Gelsenkirchen mit Urteil vom 31. Oktober 2007 abgewiesen. Im Berufungsverfahren hat die Klägerin ihr Begehren auf einen Fortsetzungsfeststellungsantrag umgestellt. Das Oberverwaltungsgericht hat das erstinstanzliche Urteil geändert und festgestellt, dass die angegriffene Ordnungsverfügung am 31. Januar 2007 und in der seit ihrem Erlass bis zu diesem Tag verstrichenen Zeit rechtswidrig war. Die Revision gegen sein Berufungsurteil hat es nicht zugelassen.

- 2 Die dagegen eingelegte Beschwerde der Beklagten, die sich auf die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache gemäß § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO beruft und Verfahrensmängel im Sinne des § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO rügt, hat keinen Erfolg. Die geltend gemachten Zulassungsgründe liegen nicht vor.
- 3 1. Die Beschwerdebegründung formuliert keine bestimmte, höchstrichterlich noch ungeklärte und für die Revisionsentscheidung erhebliche Rechtsfrage des revisiblen Rechts, der eine allgemeine, über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukäme (vgl. zu diesen Kriterien Beschluss vom 19. August 1997 - BVerwG 7 B 261.97 - Buchholz 310 § 133 <n.F.> VwGO Nr. 26 S. 14).
- 4 a) Die zur Vereinbarkeit des Sportwettenmonopols mit Verfassungs- und Unionsrecht aufgeworfenen Fragen einschließlich derjenigen zu angeblichen Widersprüchen im unionsrechtlichen Prüfungsmaßstab können nicht zur Zulassung der Revision führen. Soweit sie für die revisionsrechtliche Beurteilung der Untersagungsverfügung im hier verfahrensgegenständlichen Zeitraum bis längstens Januar 2007 erheblich wären, beziehen sie sich auf Monopolregelungen, die bei Beschwerdeerhebung bereits ausgelaufen waren, ohne dass Umstände dargelegt werden, deretwegen den aufgeworfenen Fragen dennoch grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO zukäme.
- 5 Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts haben Rechtsfragen, die sich auf ausgelaufenes Recht beziehen, trotz anhängiger Fälle regelmäßig keine grundsätzliche Bedeutung, da § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO eine richtungweisende Klärung für die Zukunft herbeiführen soll. Eine Revisionszulassung wegen solcher Fragen kommt deshalb nur ausnahmsweise in Betracht, wenn die Fragen sich zu den Nachfolgevorschriften offensichtlich in gleicher Weise stellen oder wenn ihre Beantwortung für einen nicht überschaubaren Personenkreis in nicht absehbarer Zukunft von Bedeutung ist (Beschlüsse vom 20. Dezember 1995 - BVerwG 6 B 35.95 - Buchholz 310 § 132 Abs. 2 Ziff. 1 VwGO Nr. 9 S. 11 ff., vom 17. Mai 2004 - BVerwG 1 B 176.03 - Buchholz 310 § 132 Abs. 2 Ziff. 1 VwGO Nr. 29 S. 11 und vom 15. Dezember 2005

- BVerwG 6 B 70.05 - juris Rn. 6, je m.w.N.). Beides ist hier nicht substantiiert dargelegt.

- 6 Im streitigen Zeitraum bis zum 31. Januar 2007 galt der Lotteriestaatsvertrag, der zum 31. Dezember desselben Jahres auslief und durch den zum 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Glücksspielstaatsvertrag ersetzt wurde. Dieser gilt in Nordrhein-Westfalen bis zur - beabsichtigten - Umsetzung der zum 1. Juli 2012 in Kraft getretenen Änderung dieses Vertrages (vgl. den Gesetzentwurf der Landesregierung vom 1. Juni 2012, LRegDrucks 16/17) nach Art. 1 § 2 Abs. 3 Satz 1 des Landesgesetzes zum Glücksspielstaatsvertrag vom 30. Oktober 2007 (GVNW S. 445) als Landesrecht fort (vgl. die entsprechende Bekanntmachung des Landesministers für Inneres und Kommunales vom 15. Dezember 2011, GVNW 2012 S. 13). Da der Glücksspielstaatsvertrag bereits in der noch ungeänderten Fassung in zahlreichen Punkten vom Lotteriestaatsvertrag abwich, um den im Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 - 1 BvR 1054/01 - (BVerfGE 115, 276) formulierten Anforderungen an eine konsistente Monopolregelung Rechnung zu tragen, stellen sich Fragen zur Verfassungsmäßigkeit des Lotteriestaatsvertrages und zu seiner Vereinbarkeit mit Unionsrecht jedenfalls nicht offenkundig in gleicher Weise wie zur abweichenden Ausgestaltung des Monopols im Glücksspielstaatsvertrag.
- 7 Aus der Beschwerdebegründung ergibt sich auch nicht, dass mindestens eine der für das Revisionsverfahren erheblichen, zur Anwendbarkeit des Lotteriestaatsvertrags bis 2007 aufgeworfenen Fragen noch in einer nicht überschaubaren Vielzahl von Fällen in unabsehbarer Zukunft von Bedeutung wäre. Selbst wenn derzeit noch zahlreiche Klagen bezüglich dieses Zeitraums bei den Verwaltungsgerichten anhängig sein sollten, ist daraus noch nicht auf eine unübersehbare Zahl offener Fälle zu schließen.
- 8 b) Die sinngemäß gestellte Frage, ob der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) die nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 a.a.O. S. 319) übergangsweise bis zum 31. Dezember 2007 weiter anwendbare Monopolregelung des Lotteriestaatsvertrags trotz der unionsrechtlichen Anerkennung eines mitgliedstaatlichen Regelungsspielraums und trotz der

Erforderlichkeit einer intertemporären Regelung (auch) für diese Übergangszeit für unanwendbar erklären durfte, wäre im Revisionsverfahren nicht entscheidungserheblich. Das Berufungsgericht hat die Unanwendbarkeit der Monopolregelung in Nordrhein-Westfalen für die Übergangszeit bis zum 31. Dezember 2007 nicht allein mit unionsrechtlichen Erwägungen begründet, sondern unabhängig davon und selbstständig tragend auf die Annahme gestützt, das Sportwettenmonopol sei zudem verfassungswidrig und in Nordrhein-Westfalen auch nicht übergangsweise bis zum 31. Dezember 2007 anwendbar gewesen, da die vom Bundesverfassungsgericht im Urteil vom 28. März 2006 (a.a.O.) zugestandene übergangsweise Anwendbarkeit mit bestimmten Maßgaben wegen der Begrenztheit der Bindungswirkung der Entscheidung allenfalls für den Freistaat Bayern gegolten habe, nicht jedoch für Nordrhein-Westfalen. Zu dieser selbstständig tragenden Begründung hat die Beklagte weder eine Grundsatzfrage formuliert noch andere wirksame Rügen erhoben.

- 9 Davon abgesehen ist die Frage, ob der Anwendungsvorrang der Grundfreiheiten mit innerstaatlich bindender Wirkung auch für die bundesverfassungsgerichtlich zugestandene Übergangszeit bejaht werden durfte, auf der Grundlage der bisherigen unions- und bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung ohne Weiteres zu bejahen. Als primärrechtliche Gewährleistungen binden die Grundfreiheiten die Mitgliedstaaten der Union im definierten persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich unmittelbar, und zwar auch außerhalb der bereits durch sekundäres Unionsrecht harmonisierten Regelungsbereiche. Ihr Anwendungsvorrang schließt eine Anwendung grundfreiheitswidriger Regelungen prinzipiell aus. Eine übergangsweise Anwendung mitgliedstaatlicher, die Grundfreiheiten verletzender Vorschriften kommt daher nur in Betracht, soweit das Unionsrecht selbst eine solche Anwendung zulässt, etwa aus zwingenden Erwägungen der Rechtssicherheit, die der Gerichtshof im Fall des Sportwettenmonopols verneint hat (EuGH, Urteil vom 8. September 2010 - Rs. C-409/06, Winner Wetten - Slg. 2010, I-08015 Rn. 53 ff., 67, 69; zur Zulässigkeit einer staatsvertraglichen Übergangsregelung vgl. EuGH, Urteil vom 8. September 2010 - Rs. C-46/08, Carmen Media Group - Slg. 2010, I-08149 Rn. 106 ff.). Diese Rechtsprechung des Gerichtshofs hält sich im Rahmen seiner unionsrechtlichen Kompetenzen und ist auch nicht mit verfassungsrechtlichen Erwägungen

in Zweifel zu ziehen. Der Vortrag der Beklagten zum Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung nach Art. 5 EUV zeigt insoweit keine klärungsbedürftigen Fragen auf. Art. 5 EUV verbietet der Union, ihre Kompetenzen über den Kreis der ihr jeweils nach Art. 23 Abs. 1 GG übertragenen Hoheitsrechte hinaus auszuweiten. Die vertraglich begründete Rechtsprechungskompetenz des Gerichtshofs nach Art. 267 AEUV schließt die Befugnis ein, den Anwendungsvorrang der Grundfreiheiten und die Voraussetzungen einer übergangsweisen Anwendung sie verletzender mitgliedstaatlicher Vorschriften zu konkretisieren. Dass der Anwendungsvorrang von den mitgliedstaatlichen Gerichten aller Instanzen zu beachten ist, ergibt sich aus der Bindung der Mitgliedstaaten an den Vertrag, der als supranationales Primärrecht keiner Transformation bedarf, und aus der Bindung der Gerichte an das geltende Recht, zu dem auch das Unionsrecht zählt. Art. 100 GG greift nicht ein, da weder die Verfassungsmäßigkeit der Norm noch das Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts in Frage steht. Eine unionsrechtswidrige und deshalb im konkreten Fall unanwendbare Norm wird wegen des Unionsrechtsverstößes nicht für nichtig erklärt.

- 10 Verfassungsrechtliche Grundsatzfragen ließen sich an das unionsgerichtliche Verneinen einer übergangsweisen Anwendbarkeit der grundfreiheitswidrigen Monopolregelung nur knüpfen, wenn dargelegt würde, dass die Übertragung der ihr zugrunde liegenden Rechtsprechungskompetenz auf den Gerichtshof den integrationsfesten, die Identität der Verfassung prägenden Kernbereich von Hoheitsbefugnissen beeinträchtigte (vgl. BVerfG, Urteil vom 30. Juni 2009 - 2 BvE 2/08 u.a. - BVerfGE 123, 267 <353 f.>) oder dass sich die Wahrnehmung dieser Kompetenz durch den Gerichtshof im konkreten Fall als eine hinreichend qualifizierte, nämlich offensichtliche und strukturell bedeutsame Missachtung der Kompetenzgrenzen darstellte (vgl. BVerfG, Beschluss vom 6. Juli 2010 - 2 BvR 2661/06 - BVerfGE 126, 286 <301 ff.>). Das trägt die Beklagte nicht vor.
- 11 c) Klärungsbedürftige Fragen zur Monopolakzessorietät des Erlaubnisvorbehalts wirft die Beschwerdebegründung nicht auf. In der bisherigen Rechtsprechung ist geklärt, dass die Verfassungswidrigkeit oder Unionsrechtswidrigkeit der Monopolregelung für sich genommen nicht zwangsläufig zur Unanwendbar-

keit (auch) des ordnungsrechtlichen Erlaubnisvorbehalts selbst führt (BVerwG, Urteil vom 24. November 2010 - BVerwG 8 C 13.09 - Buchholz 11 Art. 12 GG Nr. 273 Rn. 73, 77 ff.).

- 12 d) Soweit die Grundsatzrüge sich auf die Anwendung des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO bezieht, genügt sie nicht den Darlegungsanforderungen des § 133 Abs. 3 Satz 3 VwGO. Die Beklagte beanstandet, dass die Vorinstanz trotz des Vortrags der Klägerin, die Vermittlungstätigkeit früher eingestellt zu haben, für die Erledigung auf die Beendigung des Mietvertrags über die Geschäftsräume abgestellt hat. Insoweit beschränkt sie sich auf eine Kritik an der Rechtsanwendung im Einzelfall, ohne eine bestimmte klärungsbedürftige abstrakte Rechtsfrage herauszuarbeiten und deren grundsätzliche Bedeutung darzutun. Soweit die Beklagte beanstandet, dass die Vorinstanz eine zeitpunkt- und eine zeitraumbezogene Feststellung kombiniert habe, wirft sie ebenfalls keine im Revisionsverfahren erhebliche Frage auf. Vielmehr räumt sie selbst ein, dass die Tenorierung den gesamten Zeitraum vom Erlass des Bescheides bis einschließlich 31. Januar 2007 abdeckt. Die Anregung, die Voraussetzungen des besonderen Feststellungsinteresses nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO restriktiver zu konkretisieren, genügt ebenfalls nicht den Substantiierungsanforderungen, da sie sich nicht mit der bisherigen Rechtsprechung zum Präjudizinteresse auseinandersetzt und nicht darlegt, inwieweit diese klärungsbedürftige Fragen offen lässt oder aus Rechtsgründen einer grundsätzlichen Überprüfung bedürfte.
- 13 2. Das angegriffene Urteil beruht auch nicht auf den von der Beklagten behaupteten Verfahrensmängeln.
- 14 Offen bleiben kann, ob die - nach Auffassung der Beklagten - unzutreffende Bestimmung des Erledigungszeitpunkts und die ihres Erachtens ebenfalls unzutreffende Annahme eines Fortsetzungsfeststellungsinteresses als Verfahrensfehler im Sinne des § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO oder als materiell-rechtlicher Mangel im Sinne des Revisionsrechts einzuordnen wären. Jedenfalls legt die Beschwerdebegründung nicht dar, dass die Berufungsentscheidung auf einem der beiden Mängel beruhte.

- 15 Das Berufungsgericht ist erkennbar davon ausgegangen, dass die Klägerin erst mit der Beendigung des Mietverhältnisses endgültig die Möglichkeit verlor, in ihrer Betriebsstätte die Vermittlung von Sportwetten zu betreiben. Die Beschwerdebegründung lässt weder erkennen, weshalb das Kriterium der endgültigen Betriebsaufgabe unzutreffend sein sollte, noch legt sie substantiiert dar, dass die darauf bezogene Sachverhalts- und Beweiswürdigung des Berufungsgerichts verfahrensfehlerhaft, insbesondere denkfehlerhaft oder willkürlich wäre.
- 16 Die Beschwerdebegründung zeigt auch nicht auf, dass das Berufungsurteil auf einer fehlerhaften Annahme eines besonderen Feststellungsinteresses gemäß § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO beruhen kann. Die Vorinstanz hat zutreffend darauf abgestellt, ob der beabsichtigte Staatshaftungsprozess vor dem Landgericht Bochum offensichtlich aussichtslos wäre, und dies verneint. Die Fehlerhaftigkeit dieser Annahme ist nicht mit Bedenken gegen das Vorliegen einer Amtspflichtverletzung dargetan, da das nordrhein-westfälische Recht verschuldensunabhängige Sekundäransprüche kennt (§ 39 Abs. 1 Buchst. b OGB NW). Den Hinweisen der Beschwerdebegründung auf zivilgerichtliche Entscheidungen zur einschränkenden Auslegung solcher irrevisiblen ordnungsrechtlichen Haftungstatbestände ist nicht zu entnehmen, dass revisibles Recht eine verschuldensunabhängige landesrechtliche Haftung hier von vornherein und unter jedem denkbaren rechtlichen Gesichtspunkt ausschließt. Ebenso wenig ist dargetan, dass eine unionsrechtlich begründete Staatshaftung offensichtlich und unzweifelhaft ausscheidet. Das Bestreiten einer geschützten Rechtsposition und eines ersatzfähigen Schadens genügt dazu nicht. Dass die Vorinstanz zu beiden Punkten keine Feststellungen getroffen hat, ist nicht wirksam mit der Aufklärungsrüge angegriffen worden. Insbesondere ist nicht dargetan, welche Ermittlungen sich dem Berufungsgericht auch ohne entsprechende Beweisanträge der Beklagten hätten aufdrängen müssen, zu welchen konkreten Ergebnissen sie geführt hätten und inwieweit diese entscheidungserheblich gewesen wären.

- 17 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO. Die Streitwertfestsetzung ergibt sich aus § 47 Abs. 1 und 3, § 52 Abs. 1 GKG.

Prof. Dr. Dr. h.c. Rennert

Dr. Deiseroth

Dr. Rudolph