

August 2015

10. Jahrg.

71732

Seite 157-292

ZfWVG

Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht
European Journal of Gambling Law

3/4

Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M.

157 Editorial: Keine Entscheidung nach dem Digibet-Beschluss des Bundesgerichtshofs

Prof. Dr. Johannes Dietlein und Sascha Peters

158 Das Sportwetten-Konzessionsmodell auf dem unionsrechtlichen Prüfstand

Prof. Dr. Ralf P. Schenke

170 Online-Casinospiele: Rien ne va plus?

Dr. Jörg Bewersdorff

182 Der Weg zur Siebten Novelle der Spielverordnung

Dr. Ingo Fiedler

188 Evaluierung des Sperrsystems in deutschen Spielbanken

Dr. Juliane Hilf und Klaus Umbach, LL.M.

197 Rechtsprechungsübersicht zum Sportwettkonzessionsverfahren

Dr. Jens Kalke und Sven Buth

202 Internetsozialkonzepte der Lotteriegesellschaften

Christian Schütze, M.A. und Dr. Jens Kalke

206 Jugendschutz und jugendspezifische Suchtprävention im Glücksspielbereich

Nils J. Janson

212 Zur interföderalen Kohärenz in Bundesstaaten

216 Keine Schadensersatzansprüche wegen behördlicher Untersagung der Sportwettvermittlung

BGH, Urt. v. 16.4.2015 – III ZR 204/13

223 Anmerkung von Dr. Peter Mailänder, M.C.J.

Keine Amtshaftungsansprüche wegen rechtswidriger Untersagungsverfügungen gegen unerlaubte Glücksspielanbieter

225 Wirksame Revisionsrücknahme nach mündlicher Verhandlung zur Hauptsache

BGH, Beschl. v. 7.5.2015 – I ZR 171/10 – Digibet II

Herausgeber

Prof. Dr. Johannes Dietlein

Prof. Dr. Jörg Ennuschat

Prof. Dr. Ulrich Haltern LL.M.

RA Dr. Manfred Hecker

Prof. Dr. Christian Koenig LL.M.

Schriftleiter

RiVG Dr. Felix B. Hüsken

Rechtswidrige Untersagung der Fernsehwerbung für „bet-at-home“ in bundesweitem Fernsehprogramm

VGH Bayern, Urt. v. 2.4.2015 – 7 B 14.1961

(VG München, Urt. v. 30.1.2014 – M 17 K 11.5502)

RStV §§ 35 Abs. 2, 36, 38 Abs. 2; GlüStV n. F. § 5

Die gegenüber dem Veranstalter eines bundesweit ausgestrahlten Fernsehprogramms verfügte Untersagung der Ausstrahlung aller Fernsehwerbformen für den Sportwetten-Anbieter „bet-at-home“ ist rechtswidrig, weil „bet-at-home“ im Rahmen des laufenden Sportwettkonzessionsverfahrens eine Konzession für Sportwetten beantragt hat, tatsächlich als Konzessionsnehmer vorgesehen ist, die Glücksspielaufsichtsbehörden gegen diesen Sportwetten-Anbieter in Bezug auf die streitgegenständliche Fernsehwerbung – ebenso wie gegen andere Sportwetten-Anbieter – glücksspielrechtlich nicht vorgegangen sind und damit nach den Vorgaben der Mitglieder der ZAK und den gemeinsamen Leitlinien der obersten Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder und der Landesmedienanstalten keine Veranlassung besteht, gegenüber einem privaten Rundfunkveranstalter in Bezug auf die streitgegenständliche Fernsehwerbung Maßnahmen der Rundfunkaufsicht zu ergreifen.

Die Mitglieder der für Aufsichtsmaßnahmen gegenüber privaten bundesweiten Rundfunkveranstaltern zuständigen ZAK (§ 36 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 RStV) haben sich dahingehend verständigt, dass die zuständigen Landesmedienanstalten bis zum Abschluss des laufenden Sportwettkonzessionsverfahrens im Hinblick auf Glücksspielwerbung im Fernsehen für private Glücksspielanbieter, die eine Konzession beantragt haben, nur noch dann aufsichtlich tätig werden müssen, wenn die zuständige Glücksspielaufsichtsbehörde gegen diese Werbung eine wirksame Verbots- oder Untersagungsverfügung beschlossen hat.

Die Verständigung der ZAK-Mitglieder hat zur Vereinbarung der „Gemeinsamen Leitlinien der obersten Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder und der Landesmedienanstalten zur Zusammenarbeit bei der Aufsicht über Glücksspielwerbung im privaten Rundfunk und Telemedien privater Anbieter“ vom 17. Juli 2014 geführt. Aufgrund dieser Leitlinien genügt der Umstand allein, dass für Sportwetten seit der Neufassung des Glücksspielstaatsvertrags noch keine Werbeerlaubnis erteilt worden ist, nicht mehr, um Maßnahmen der Rundfunkaufsicht und damit ein Einschreiten der Landesmedienanstalten gegen Rundfunkveranstalter zu veranlassen.

(Ls. d. Red.)

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin ist Veranstalterin eines von der Beklagten rundfunkrechtlich genehmigten bundesweiten Fernsehprogramms. Sie wendet sich gegen die von der Beklagten verfügte Untersagung der weiteren Ausstrahlung von allen Fernsehwerbformen für den Sportwetten-Anbieter „bet-at-home“, soweit die Untersagung für die Zukunft (ab 30. Januar 2014) gelten soll.

Die Beklagte hatte mit Bescheid vom 31. Oktober 2011 festgestellt und missbilligt, dass die Klägerin mit der Ausstrahlung von Sponsorhinweisen, Werbespots, Splitscreen-Werbespots und Dauerwerbeseindungen für den Sportwetten-Anbieter „bet-at-home“ im August und September 2011 erneut – trotz früherer Beanstandung von Fernsehwerbung für diesen Sportwetten-Anbieter (Bescheid vom 16.8.2011) – gegen das glücksspielrechtlich normierte und rundfunkrechtlich zu beachtende Verbot der Werbung für öffentliches Glücksspiel im Fernsehen (§ 5 Abs. 3 des Glücksspielstaatsvertrags in der bis zum 30.6.2012 geltenden Fassung [GlüStV a. F.]) verstoßen habe (Nr. 1 des Bescheids). Sie untersagte der Klägerin die weitere Ausstrahlung von Fernsehwerbformen für „bet-at-home“, sofern hiervon eine Anreizwirkung zur Teilnahme am Glücksspiel ausgehe (Nr. 2 des Bescheids) und ordnete die sofortige Vollziehung der Untersagungsverfügung an (Nr. 3 des Bescheids). Die Anordnung der sofortigen Vollziehung der Untersagungsverfügung wurde auf Antrag der Klägerin vom Verwaltungsgericht München mit Beschluss vom 21. März 2012 – M 17 S 11.5500 – aufgehoben, weil der Anordnung kein Beschluss der hierfür zuständigen Kommission für Zulassung und Aufsicht (ZAK) zugrunde lag. Die Beschwerde der Beklagten blieb ohne Erfolg (BayVGh, B.v. 26.7.2012 – 7 CS 12.817 – ZUM 2013, 74).

Die Beklagte änderte – nach Inkrafttreten des Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrags zum 1. Juli 2012 – den von der Klägerin gerichtlich angefochtenen Bescheid vom 31. Oktober 2011 wiederholt (Änderungsbescheide vom 9.7.2012 und vom 23.10.2012) und fasste zuletzt (Bescheid vom 23.10.2012) die Untersagungsverfügung neu. Sie untersagte darin der Klägerin „die weitere Ausstrahlung von allen Fernsehwerbformen (§ 7 RStV) für „bet-at-home“, stellte diese Untersagung unter die auflösende Bedingung der vollziehbaren Erteilung einer glücksspielrechtlichen Fernseh-Werbeerlaubnis im Sinn des durch den Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag neugefassten § 5 Abs. 3 Satz 2 GlüStV und ordnete die sofortige Vollziehung der neugefassten Untersagungsverfügung an. Das Verwaltungsgericht München lehnte mit Beschluss vom 11. April 2013 den Antrag der Klägerin auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage ab. Die Beschwerde der Klägerin blieb ohne Erfolg (BayVGh, B.v. 8.7.2013 – 7 CS 13.929 – ZUM-RD 2013, 626).

Die Klägerin hat im erstinstanzlichen Verfahren zuletzt (mündliche Verhandlung vom 30.1.2014) beantragt, den angefochtenen Bescheid der Beklagten nur bezüglich der Untersagung und nur für die Zukunft aufzuheben. In der mündlichen Verhandlung erklärten sich die Parteien außerdem damit einverstanden, das Verfahren bezüglich der Beanstandung (Nr. 1 des Bescheids vom 31.10.2011) abzutrennen und zum Ruhen zu bringen. Im Übrigen haben die Parteien übereinstimmend den Rechtsstreit für erledigt erklärt.

Das Verwaltungsgericht hat mit Urteil vom 30. Januar 2014 den Bescheid der Beklagten vom 31. Oktober 2011 in Gestalt der Änderungsbescheide vom 9. Juli 2012 und 23. Oktober 2012 in Nr. 2 mit Wirkung ab 30. Januar 2014 aufgehoben und die Kosten des Verfahrens der Klägerin zu zwei Dritteln und der Beklagten zu einem Drittel auferlegt. Zur Begründung hat das Verwaltungsgericht ausgeführt, hinsichtlich der Untersagung für die Vergangenheit, bezüglich derer der Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt

erklärt worden ist, sei von der Rechtmäßigkeit der Untersagung auszugehen. Etwa zwei Jahre nach Erlass des Ausgangsbescheids habe sich allerdings die Verwaltungspraxis der Beklagten geändert, weil – wie die Beklagte mitgeteilt habe – sich die Mitglieder der ZAK in ihrer Sitzung am 19. November 2013 darauf verständigt hätten, dass die zuständigen Landesmedienanstalten bis zum Abschluss der laufenden Konzessionsverfahren im Hinblick auf Glücksspielwerbung im Fernsehen für private Glücksspielanbieter, die eine Konzession beantragt haben, nur noch dann aufsichtlich tätig werden müssen, wenn die zuständige Glücksspielaufsichtsbehörde gegen diese Werbung eine wirksame Verbots- oder Untersagungsverfügung beschlossen habe. Da der Sportwetten-Anbieter „bet-at-home“ eine Konzession beantragt habe und die Beklagte nach der nunmehrigen Verwaltungspraxis in einem solchen Fall keine Untersagungsanordnung erlassen würde, verstoße die streitgegenständliche Untersagungsverfügung, die als Dauerverwaltungsakt fortgelte, nunmehr gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG). Sie verstoße auch gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, solange von der Erlaubnisfähigkeit der Werbung ausgegangen werden könne. Es dürfe den Glücksspielanbietern und den Fernsehsendern nicht angelastet werden, dass die behördlichen Verfahren zur Erteilung einer Konzession sowie einer Werbeerlaubnis nicht zeitnah zum Abschluss gebracht würden.

Mit der vom Verwaltungsgerichtshof wegen der besonderen rechtlichen Schwierigkeiten der Rechtssache zugelassenen Berufung wendet sich die Beklagte gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts.

[...]

Aus den Entscheidungsgründen:

Die zulässige Berufung der Beklagten hat keinen Erfolg.

1. Das Verwaltungsgericht hat dem Klagebegehren zu Recht entsprochen. Der Verwaltungsgerichtshof folgt den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils und nimmt zur Vermeidung von Wiederholungen hierauf Bezug (§ 130b Satz 2 VwGO). Ergänzend ist zu bemerken:

Die Untersagung der streitgegenständlichen Fernsehwerbung ist aufzuheben, weil die bisherigen Ermessenserwägungen der Beklagten die Untersagungsverfügung nicht mehr tragen. Seit der unter Berücksichtigung des Verhaltens der Glücksspielaufsichtsbehörden vorgenommenen Neubewertung der glücksspielrechtlichen Situation durch die Mitglieder der Kommission für Zulassung und Aufsicht (ZAK) in ihrer Sitzung am 19. November 2013 und deren Verständigung über das weitere Vorgehen der Landesmedienanstalten gegenüber den der Rundfunkaufsicht unterliegenden Rundfunkveranstaltern ist die Fortgeltung der Untersagungsverfügung der Beklagten nicht mehr gerechtfertigt. Sie benachteiligt nunmehr die Klägerin im Vergleich zu anderen Rundfunkveranstaltern in unverhältnismäßiger Weise.

a) Die Beklagte hat ihre auf § 38 Abs. 2 Rundfunkstaatsvertrag (RStV) gestützte Untersagungsverfügung (Ausgangsbescheid vom 31.10.2011) mit der Erwägung begründet, dass die Klägerin trotz bereits förmlich beanstandeter Verstöße (Bescheid vom 16.8.2011) gegen das seinerzeit ausnahmslos geltende Verbot der Fernsehwerbung für öffentliches Glücksspiel (§ 5 Abs. 3 GlüStV a.F.) weiterhin Fernsehwerbung für den Sportwetten-Anbieter „bet-at-

home“ ausstrahle und es deshalb erforderlich sei, die Fernsehwerbung für diesen Anbieter nicht nur zu beanstanden, sondern für die Zukunft mittels der ausgesprochenen Untersagung als „nächsthöherem“ Aufsichtsmittel zu unterbinden. Zur effektiven Durchsetzung der Untersagung sei die Anordnung ihrer sofortigen Vollziehung geboten, weil sonst „die beanstandete Programmgestaltung bis zur Rechtskraft des Bescheides unverändert weiterhin möglich wäre und Fernsehzuschauer weiter der wiederholten Glücksspielwerbung ausgesetzt wären“ (S. 8 des Ausgangsbescheids).

Die späteren Modifikationen der Untersagungsverfügung (Änderungsbescheide vom 9.7.2012 und 23.10.2012) hat die Beklagte ausschließlich im Hinblick auf die seit dem 1. Juli 2012 geltende Neufassung des Glücksspielstaatsvertrags und die damit verbundene Öffnung des Verbots der Fernsehwerbung (unter anderem für Sportwetten gemäß dem Erlaubnisvorbehalt nach § 5 Abs. 3 Satz 2, Abs. 4 GlüStV n. F.) vorgenommen. Sie hat indes unverändert betont, dass im Zuständigkeitsbereich des Fernsehens jegliche Werbung, die gegen § 5 GlüStV (n. F.) verstoße, ohne Unterschied geahndet werde und deshalb zum Schutz der Fernsehzuschauer und zur effektiven Durchsetzung der Untersagung die (erneut ausgesprochene) Anordnung der sofortigen Vollziehung erforderlich sei (S. 10 des Bescheids vom 23.10.2012). Der Verwaltungsgerichtshof hat diese Rechtsauffassung der Beklagten seinerzeit mit der Erwägung gebilligt, dass es beim grundsätzlichen Verbot der Werbung für öffentliches Glücksspiel im Fernsehen bleibe, solange eine Werbeerlaubnis – wie vorliegend – noch nicht erteilt sei (vgl. BayVGh, B.v. 8.7.2013 – 7 CS 13.929 – ZUM-RD 2013, 626).

b) Diese Begründung der Beklagten ist seit der Neubewertung der glücksspielrechtlichen Situation durch die Mitglieder der ZAK und das in der Folge mit den obersten Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder vereinbarte Vorgehen der Landesmedienanstalten gegenüber Rundfunkveranstaltern, die Fernsehwerbung für Glücksspielanbieter ausstrahlen, nicht mehr haltbar.

aa) Die Mitglieder der in Fällen der vorliegenden Art für Aufsichtsmaßnahmen gegenüber privaten bundesweiten Rundfunkveranstaltern zuständigen ZAK (§ 36 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 RStV) haben sich – wie die Beklagte im erstinstanzlichen Verfahren mit Schreiben vom 19. Dezember 2013 mitgeteilt und darüber hinaus den Verwaltungsgerichtshof mit Schreiben vom 23. Dezember 2013 ohne Bezug zu einem bestimmten Verfahren unterrichtet hat – dahingehend verständigt, dass die zuständigen Landesmedienanstalten bis zum Abschluss der laufenden Konzessionsverfahren im Hinblick auf Glücksspielwerbung im Fernsehen für private Glücksspielanbieter, die eine Konzession beantragt haben, nur noch dann aufsichtlich tätig werden müssen, wenn die zuständige Glücksspielaufsichtsbehörde gegen diese Werbung eine wirksame Verbots- oder Untersagungsverfügung beschlossen hat.

Die ZAK dient den jeweils zuständigen Landesmedienanstalten als Organ bei der Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben (§ 35 Abs. 2, § 36 RStV). Durch sie soll (unter anderem) eine Vereinheitlichung der Aufsicht im Bereich der privaten bundesweiten Rundfunkveranstalter erreicht werden (vgl. hierzu auch BayVGh, B.v. 26. Juli 2012 – 7 CS 12.817 – ZUM 2013, 74). Ihre Beschlüsse sind gegenüber

den anderen Organen der zuständigen Landesmedienanstalt bindend (§ 35 Abs. 9 Satz 5 RStV).

bb) Die „Verständigung“ der Mitglieder der ZAK – auch wenn sie nicht in der Form eines Beschlusses erfolgt ist – hat die Verwaltungspraxis der Landesmedienanstalten nachhaltig beeinflusst. Sie hat insbesondere zur Vereinbarung der von der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof vorgelegten „Gemeinsamen Leitlinien der obersten Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder und der Landesmedienanstalten zur Zusammenarbeit bei der Aufsicht über Glücksspielwerbung im privaten Rundfunk und Telemedien privater Anbieter“ vom 17. Juli 2014 geführt. Diese „Leitlinien“ sollen dazu dienen, die Zusammenarbeit der obersten Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder und der Landesmedienanstalten im Rahmen der Erfüllung ihrer Aufgaben zu erleichtern (vgl. Präambel der Leitlinien).

Nach Maßgabe dieser Vereinbarung soll im Fall von Werbung, die in bundesweiten Angeboten des privaten Rundfunks verbreitet wird, die Feststellung eines Verstoßes gegen die Regelungen nach § 5 GlüStV durch die Glücksspielaufsichtsbehörden im Benehmen mit den zuständigen Landesmedienanstalten erfolgen (Nr. III 2 der Leitlinien). Bei Verstößen von Veranstaltern und Vermittlern öffentlichen Glücksspiels gegen die Anforderungen an Art und Umfang der Werbung im Sinne des § 5 Abs. 3 Satz 2 und Abs. 4 GlüStV werden die Glücksspielaufsichtsbehörden gegenüber den Veranstaltern und Vermittlern öffentlichen Glücksspiels im Rahmen der Gesetze tätig. Um ein mögliches gleichgerichtetes und gleichzeitiges Vorgehen von Glücksspiel- und Medienaufsicht zu gewährleisten, sollen, wenn eine vollziehbare glücksspielrechtliche Aufsichtsmaßnahme (Werbe-Beanstandung, Verbot, etc.) verfügt wurde, parallel zu den Glücksspielaufsichtsbehörden die Landesmedienanstalten gegenüber den privaten Fernsehveranstaltern tätig werden, wenn trotzdem die entsprechend beanstandete Werbung gesendet wird (Nr. V Satz 2 Nr. 1 der Leitlinien). Die Glücksspielaufsicht informiert die Landesmedienanstalten für die Wahrnehmung ihrer Aufsichtstätigkeit gegebenenfalls über die Nichterfüllung der glücksspielrechtlichen Anforderungen an Art und Umfang der TV-Werbung und der Werbung im Internet, soweit dies noch nicht im Rahmen der Herstellung des Benehmens erfolgt ist (Nr. V Satz 3 der Leitlinien). Im Rahmen einer Positivliste informiert die Glücksspielaufsicht die Landesmedienanstalten darüber, welche Veranstalter und Vermittler öffentlichen Glücksspiels über eine Erlaubnis verfügen bzw. als Anbieter von Sportwetten konzessioniert sind und im Fernsehen und Internet werben dürfen. Dazu veröffentlicht die Glücksspielaufsicht eine monatlich aktualisierte Liste der Veranstalter und Vermittler öffentlichen Glücksspiels, die im Internet bzw. Fernsehen werben dürfen, auf ihrer Homepage www.brd.nrw.de. Die Medienaufsicht wird gegen diejenigen, die werben, ohne in die Positivliste aufgenommen zu sein und somit über keine Erlaubnis verfügen, nach Maßgabe von Nr. V der Leitlinien (d. h. bei Vorliegen einer vollziehbaren Aufsichtsmaßnahme der Glücksspielaufsichtsbehörden) aufsichtlich tätig (Nr. VI der Leitlinien).

Diese zwischen den obersten Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder und den Landesmedienanstalten vereinbarten Leitlinien bringen – dem Anliegen der Mitglieder der ZAK entsprechend – klar zum Ausdruck, dass die Landesmedien-

anstalten erst dann gegenüber den ihrer Aufsicht unterliegenden Rundfunkveranstaltern tätig werden sollen, wenn die für Auslegung und Vollzug des Glücksspielstaatsvertrags zuständigen Glücksspielaufsichtsbehörden gegenüber den Glücksspielanbietern in Bezug auf deren Werbung für Glücksspiel im Fernsehen tatsächlich einschreiten und vollziehbare Aufsichtsmaßnahmen erlassen. Der Umstand allein, dass für Sportwetten seit der Neufassung des Glücksspielstaatsvertrags noch keine einzige Werbeerlaubnis erteilt worden ist, genügt danach nicht mehr, um Maßnahmen der Rundfunkaufsicht und damit ein Einschreiten der Landesmedienanstalten gegen Rundfunkveranstalter zu veranlassen.

c) Der Einwand der Beklagten, sie habe entgegen der Annahme des Verwaltungsgerichts ihre bisherige Verwaltungspraxis tatsächlich nicht geändert, ist demgegenüber nicht stichhaltig.

Zwar trifft es zu, dass die Beklagte aufgrund der Verständigung der Mitglieder der ZAK bisher lediglich Anordnungen des Sofortvollzugs bei Untersagungsverfügungen vorläufig „ausgesetzt“ und sich die jederzeit mögliche Wiederaufnahme des Sofortvollzugs „im Bedarfsfall“ vorbehalten hat und sie unverändert die Absicht äußert, gegen Werbung für Glücksspiel im Fernsehen einzuschreiten, weil es den Glücksspielanbietern und den Fernsehsendern zuzumuten sei, das Ergebnis der jeweiligen Erlaubnisverfahren (Konzession und Werbeerlaubnis) abzuwarten. Mit dieser Auffassung setzt sich die Beklagte allerdings in einen sachlich nicht gerechtfertigten Widerspruch zu den Vorgaben der Mitglieder der ZAK und zu den genannten Leitlinien der obersten Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder und der Landesmedienanstalten. Die Beklagte wird den Vorgaben des für Maßnahmen der Rundfunkaufsicht zuständigen Organs (ZAK) und dem vereinbarten gemeinsamen Vorgehen der Glücksspielaufsichtsbehörden und der Landesmedienanstalten nicht gerecht, wenn sie gegen Rundfunkveranstalter wegen Fernsehwerbung für Sportwetten vorgeht, obwohl die Glücksspielaufsichtsbehörden in Bezug auf diese Fernsehwerbung keine eigenen glücksspielrechtlichen Aufsichtsmaßnahmen ergreifen. Sie verfehlt damit auch ihr erklärtes eigenes Ziel, „nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlungen von Rundfunkveranstaltern“ gegenüber Glücksspielanbietern, welche aus unterschiedlichen Aufsichtszuständigkeiten resultieren, im Verwaltungsvollzug möglichst zu vermeiden (vgl. Schreiben der Beklagten vom 19.12.2013 an das Verwaltungsgericht). Die Beklagte verhält sich selbst zudem widersprüchlich, wenn sie zwar an der Untersagungsverfügung im Hinblick auf das gesetzliche Verbot der Fernsehwerbung und das Fehlen einer Werbeerlaubnis festhält, die Anordnung der sofortigen Vollziehung der Untersagung im Hinblick auf die „Praxis der Glücksspielaufsicht“ nach eigener Neubewertung der rechtlichen Situation (vgl. Schreiben der Beklagten vom 20.1.2014 an die Klägerin) jedoch vorläufig aussetzt und damit in Kauf nimmt, dass Fernsehwerbung tatsächlich – wie im Fall der Klägerin ebenso wie in Bezug auf andere Glücksspielanbieter (Sportwetten) und Rundfunkveranstalter zu beobachten – dennoch ausgestrahlt wird.

d) Die Fortgeltung der Untersagungsverfügung (seit dem 30.1.2014) benachteiligt die Klägerin – wie das Verwaltungsgericht zutreffend erkannt hat – im Vergleich zu anderen Rundfunkveranstaltern in unverhältnismäßiger Weise.

aa) Der Sportwetten-Anbieter „bet-at-home“ hat im Rahmen des laufenden Konzessionsverfahrens eine Konzession für Sportwetten beantragt und ist – zwischen den Parteien unstrittig – tatsächlich sogar als Konzessionsnehmer vorgesehen. Die Glücksspielaufsichtsbehörden sind gegen diesen Sportwetten-Anbieter in Bezug auf die streitgegenständliche Fernsehwerbung – ebenso wie gegen andere Sportwetten-Anbieter – glücksspielrechtlich nicht vorgegangen. Nach den Vorgaben der Mitglieder der ZAK und den genannten gemeinsamen Leitlinien der obersten Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder und der Landesmedienanstalten gibt es somit keinen Anlass, seitens der Beklagten (bzw. der für sie als Organ tätig werdenden und entscheidenden ZAK) gegenüber der Klägerin Maßnahmen der Rundfunkaufsicht zu ergreifen. Dies gilt besonders für die Maßnahme der Untersagung, die im Stufenverhältnis der Aufsichtsmaßnahmen (Beanstandung, Untersagung, Rücknahme und Widerruf; vgl. § 38 Abs. 2 Satz 2 RStV) grundsätzlich erst als „nächsthöhere“ Aufsichtsmaßnahme einer vorherigen erfolglosen förmlichen Beanstandung desselben Rechtsverstoßes nachfolgt und deren Auswahl im Ermessen der zuständigen Landesmedienanstalt (bzw. der ZAK) steht (vgl. Schuler-Harms in Hahn/Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2012, § 38 RStV Rn. 23 ff.).

bb) Die Untersagung ist als Dauerverwaltungsakt von der Beklagten im Hinblick auf sich verändernde Umstände ständig „unter Kontrolle zu halten“ (vgl. Rennert in Eyermann, VwGO, 14. Aufl. 2014, § 114 Rn. 91). Sie belastet die Klägerin wegen der Vollstreckungsfähigkeit der Untersagung deutlich stärker als eine bloße förmliche Beanstandung. Sie kann im Zuge der Verständigung der Mitglieder der ZAK über das weitere Vorgehen der Landesmedienanstalten keinen Bestand mehr haben, weil derartige belastende Maßnahmen der Rundfunkaufsicht (auch seitens anderer Landesmedienanstalten) in entsprechenden vergleichbaren Fällen nunmehr unterbleiben. Auf den Umstand, dass die Beklagte nach eigenen Angaben den Vorgaben der Mitglieder der ZAK bisher (mangels Anwendungsfalls) noch in keinem einzigen anderen Fall entsprochen hat, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an.

2. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 VwGO, §§ 708 ff. ZPO.

3. Die Revision wird zugelassen, weil die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat (§ 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO, § 33 GlüStV, § 48 RStV).

[...]

Anmerkung

Dr. Michael Stulz-Herrnstadt und Christoph Engelmann, Hamburg*

Keine Untersagung von Sportwettenwerbung im Fernsehen

I. Einleitung

Mit Urteil vom 2.4.2015 hat der Bayerische Verwaltungsgerichtshof (BayVGH) über die Berufung der beklagten Landesmedienanstalt gegen eine Entscheidung des VG München¹ entschieden. Kläger ist ein bundesweiter Fernsehveranstalter, dem die Ausstrahlung von Sportwettenwerbung von der Beklagten untersagt worden war. Das VG München hatte bereits die Untersagungsverfügung für rechtswidrig befunden und deshalb aufgehoben.² Um diese Rechtmäßigkeit der Untersagung der Fernsehwerbung für die Zukunft ging es dann auch in der Berufungsinstanz. Im Nachgang zu der Entscheidung des VG München ist der beworbene Sportwettenanbieter im Verfahren für eine der 20 deutschen Sportwettenkonzessionen als Konzessionsnehmer ausgewählt worden, verfügte jedoch zum Zeitpunkt der Entscheidung des BayVGH noch nicht über die Konzession und auch nicht über eine Werbeerlaubnis für Sportwetten im Fernsehen.

II. Entscheidung

Der BayVGH hat die Berufung zurückgewiesen und die Entscheidung des VG München bestätigt. Das VG München

habe dem Klagebegehren zu Recht entsprochen. Der BayVGH folgt den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils und führt ergänzend aus, dass die bisherigen Ermessenserwägungen der Beklagten die Untersagungsverfügung nicht mehr trügen und die Fortgeltung der Untersagungsverfügung die Klägerin im Vergleich zu anderen Rundfunkveranstaltern in unverhältnismäßiger Weise benachteilige.

Bei seiner Entscheidung stützt sich der BayVGH maßgeblich auf die unter Berücksichtigung des Verhaltens der Glücksspielaufsichtsbehörden vorgenommene Neubewertung der glücksspielrechtlichen Situation durch die Mitglieder des für Aufsichtsmaßnahmen gegenüber privaten bundesweit tätigen Rundfunkveranstaltern zuständigen Organs der Kommission für Zulassung und Aufsicht (ZAK). Die Mitglieder der ZAK haben sich am 19.12.2013 darauf verständigt, dass die zuständigen Landesmedienanstalten bis zum Abschluss der laufenden Konzessionsverfahren im

* Anmerkung zu BayVGH, Urt. v. 2.4.2015 – 7 B 14.1961, ZfWG 2015, 247. Auf Seite III erfahren Sie mehr über die Autoren.

¹ VG München, Urt. v. 30.1.2014 – M 17 K 11.5502, ZfWG 2014, 347.

² Vgl. dazu Urteilsanmerkung Stulz-Herrnstadt/Engelmann, ZfWG 2014, 288.

Hinblick auf Glücksspielwerbung im Fernsehen für private Glücksspielanbieter, die eine Konzession beantragt haben, nur noch dann aufsichtlich tätig werden, wenn die zuständige Glücksspielaufsichtsbehörde gegen diese Werbung eine wirksame Verbots- oder Untersagungsverfügung beschlossen hat.³

Beschlüsse der ZAK sind bindend gegenüber den anderen Organen der zuständigen Landesmedienanstalt (§ 35 Abs. 9 Satz 5 RStV). Vorliegend soll es sich zwar nicht um einen Beschluss, sondern um eine „Verständigung“ handeln, dennoch war für den BayVGH eine nachhaltige Beeinflussung der Verwaltungspraxis der Landesmedienanstalten feststellbar.⁴ In der Folge wurden am 17.7.2014 „Gemeinsame Leitlinien der obersten Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder und der Landesmedienanstalten zur Zusammenarbeit bei der Aufsicht über Glücksspielwerbung im privaten Rundfunk und Telemedien privater Anbieter“ (Leitlinien) vereinbart.⁵ Nach Nr. III. 2. dieser Leitlinien soll u. a. die Feststellung eines Verstoßes gegen die Regelungen nach § 5 GlüStV i. V. m. der Werberichtlinie durch die Glücksspielaufsicht im Falle von Werbung, die in bundesweiten Angeboten des privaten Rundfunks verbreitet wird, im Benehmen mit den zuständigen Landesmedienanstalten erfolgen. Bei Verstößen von Veranstaltern und Vermittlern öffentlichen Glücksspiels gegen die Anforderungen an Art und Umfang der Werbung im Sinne des § 5 Abs. 3 Satz 2 und Abs. 4 GlüStV sollen die Glücksspielaufsichtsbehörden gegenüber den Veranstaltern und Vermittlern öffentlichen Glücksspiels im Rahmen der Gesetze tätig werden. Um ein möglichst gleichgerichtetes und gleichzeitiges Vorgehen von Glücksspiel- und Medienaufsicht zu gewährleisten, sollen – wenn eine vollziehbare glücksspielrechtliche Aufsichtsmaßnahme (Werbe-Bearbeitung, Verbot, etc.) verfügt wurde – parallel zu den Glücksspielaufsichtsbehörden die Landesmedienanstalten gegenüber den privaten Fernsehveranstaltern tätig werden, wenn trotzdem die entsprechend beanstandete Werbung gesendet wird (Nr. V Satz 2 Nr. 1 der Leitlinien).

Nach Ansicht des BayVGH bringen diese Leitlinien – dem Anliegen der Mitglieder der ZAK entsprechend – „klar zum Ausdruck“, dass die Landesmedienanstalten erst dann gegenüber den ihrer Aufsicht unterliegenden Rundfunkveranstaltern tätig werden sollen, wenn die für Auslegung und Vollzug des Glücksspielstaatsvertrags zuständigen Glücksspielaufsichtsbehörden gegenüber den Glücksspielanbietern in Bezug auf deren Werbung für Glücksspiel im Fernsehen tatsächlich einschreiten und vollziehbare Aufsichtsmaßnahmen erlassen.⁶ Der Umstand allein, dass für Sportwetten seit der Neufassung des Glücksspielstaatsvertrages noch keine Werbeerlaubnis erteilt worden ist, genügt dem BayVGH nicht mehr, um Maßnahmen der Rundfunkaufsicht und damit ein Einschreiten der Landesmedienanstalten gegen Rundfunkveranstalter zu veranlassen.⁷

Der BayVGH lässt auch den Einwand der Beklagten nicht gelten, dass sie entgegen der Annahme des Verwaltungsgerichts ihre bisherige Verwaltungspraxis tatsächlich nicht geändert habe. Dieser Einwand ist für den Senat nicht nur „nicht stichhaltig“, sondern auch widersprüchlich. Denn die Beklagte setze sich mit dieser Auffassung in einen sachlich nicht gerechtfertigten Widerspruch zu den Vorgaben der Mitglieder der ZAK und zu den genannten Leitlinien der obersten Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder und der Landesmedienanstalten und verfehle auch ihr im Verfahren selbst erklärtes eigenes Ziel – „nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlungen von Rundfunkveranstaltern“ gegen-

über Glücksspielanbietern, welche aus unterschiedlichen Aufsichtszuständigkeiten resultieren, im Verwaltungsvollzug möglichst zu vermeiden.⁸

Im vom BayVGH zu entscheidenden Fall war durch die Fortgeltung der Untersagungsverfügung eine unverhältnismäßige Benachteiligung der Klägerin im Vergleich zu anderen Rundfunkveranstaltern durch die angefochtene Untersagungsverfügung festzustellen. Der beworbene Sportwettenanbieter hat im Rahmen des laufenden Konzessionsverfahrens eine Konzession für Sportwetten beantragt und ist als Konzessionsnehmer vorgesehen. Die Glücksspielaufsichtsbehörden sind gegen ihn – ebenso wie gegen andere Sportwettenanbieter – in Bezug auf die streitgegenständliche Fernsehwerbung glücksspielrechtlich nicht vorgegangen. Nach den Vorgaben der ZAK und den Leitlinien bestand deshalb seitens der Beklagten gegenüber der Klägerin kein Anlass, Maßnahmen der Rundfunkaufsicht zu ergreifen.⁹

III. Einordnung

Die Entscheidungsgründe des BayVGH befassen sich ausführlich „nur“ mit den – seit der Neubewertung der glücksspielrechtlichen Situation durch das Organ ZAK und das in der Folge mit den obersten Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder vereinbarte Vorgehen der Landesmedienanstalten gegenüber Rundfunkveranstaltern – Ermessenserwägungen der beklagten Landesmedienanstalt und den Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit der Fortgeltung der Untersagungsverfügung. Zu Recht weist der Senat dabei darauf hin, dass es nach den Vorgaben der Mitglieder der ZAK und den genannten gemeinsamen Leitlinien der obersten Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder und der Landesmedienanstalten keinen Anlass (mehr) gab, seitens der Beklagten bzw. der für sie als Organ tätig werdenden und entscheidenden ZAK gegenüber der Klägerin Maßnahmen der Rundfunkaufsicht zu ergreifen. Denn die Untersagung, die als Dauerverwaltungsakt fortgelte und ständig „unter Kontrolle zu halten“ sei, stünde im Widerspruch zu den (geänderten) Vorgaben der ZAK, an die sich auch die Landesmedienanstalt zu halten habe, selbst wenn diese nicht in Form eines Beschlusses, sondern nur als „Verständigung“ ergangen sei.

Zutreffend weist der Senat ferner darauf hin, dass dies insbesondere für die Maßnahme der Untersagung gilt, die wegen der Vollstreckungsfähigkeit stärker als eine förmliche Beanstandung belastet und deren Auswahl im Ermessen der zuständigen Landesmedienanstalt bzw. der ZAK steht. Dies darf nun allerdings nicht dahingehend missverstanden werden, dass die Anforderungen der Verhältnismäßigkeit auf den Fall von Untersagungsverfügungen bzw. der im Stufenverhältnis der rundfunkrechtlichen Aufsichtsmaßnahmen „nächst höheren“ Aufsichtsmaßnahmen zu beschränken und z. B. förmliche Beanstandungen¹⁰ von ih-

3 BayVGH, Urt. v. 2.4.2015 – 7 B 14.1961, Rn. 20 bei juris, ZfWG 2015, 247.

4 BayVGH, Urt. v. 2.4.2015 – 7 B 14.1961, Rn. 22 bei juris, ZfWG 2015, 247.

5 Abrufbar unter <http://goo.gl/ivUfWu>.

6 BayVGH, Urt. v. 2.4.2015 – 7 B 14.1961, Rn. 24 bei juris, ZfWG 2015, 247.

7 BayVGH, Urt. v. 2.4.2015 – 7 B 14.1961, Rn. 24 bei juris, ZfWG 2015, 247.

8 BayVGH, Urt. v. 2.4.2015 – 7 B 14.1961, Rn. 26 bei juris, ZfWG 2015, 247.

9 BayVGH, Urt. v. 2.4.2015 – 7 B 14.1961, Rn. 28 bei juris, ZfWG 2015, 247.

nen freigestellt seien. Denn der verfassungsrechtlich verankerte Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gilt nach zu treffender Ansicht ohnehin schon „verfassungsunmittelbar“ auch gegenüber Beanstandungen.¹¹

Die Bedeutung des Urteils liegt aber nicht nur in diesen ergänzenden Ausführungen des Senats, sondern auch in dem, worauf der Senat „nur“ gemäß § 130b S. 2 VwGO Bezug nimmt. Denn der BayVGH folgt zunächst einleitend ausdrücklich den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils des VG München. Damit bestätigt der Senat im Ergebnis den Ansatz des VG München, der auf eine Art vorübergehenden Duldungsanspruch (noch) nicht erlaubter aber erlaubnisfähiger Sportwettenwerbung hinausläuft.¹² Das VG München hatte hier erstmals den Umstand der langen Konzessionsverfahren, deren Ende nicht absehbar sei, zu Gunsten der privaten Anbieter und Werbepartner gewürdigt. Diesbezüglich hatte es u. a. festgehalten, dass es letztlich zu einem – inkohärenten und damit europarechtswidrigen – faktischen staatlichen Glücksspielmonopol komme, wenn die Werbung privater Anbieter weiterhin mangels Konzession und Werbeerlaubnis untersagt würde, hinsichtlich der staatlichen Glücksspielanbieter aber die Erlaubnis gemäß § 29 GlüStV fortgelte. Gegenteilig positioniert hatte sich kurz nach der erstinstanzlichen Entscheidung des VG München hingegen das OVG NRW, das die Untersagung für Werbung für private Sportwetten im Internet nach dem GlüStV n.F. bestätigte und dabei einen solchen Duldungsanspruch ablehnte.¹³ Mit der Entscheidung des BayVGH ist in diesem Punkt nun auch ein „Ausgleich“ in der obergerichtlichen Spruchpraxis erfolgt.

Summary

The High Administrative Court of Bavaria (BayVGH) had to decide whether the TV broadcasting of advertising for sportsbetting can be prohibited if the sports betting company has been selected for a sports betting license that has not been issued yet. The state media authorities decided to only proceed against tv advertising for sports betting if the relevant gambling authority decides to proceed against the sports betting company. The BayVGH ruled that the state media authority acts contradictorily if it proceeds against the broadcaster without the corresponding decision of the gambling authority. It ruled in accordance with the court of lower instance (VG München) that the sustained licensing process cannot be held against the sports betting companies especially as the (single) state licensed sports betting company is allowed to stay in business while private companies are waiting for the new licenses.

10 Über die Beanstandungsverfügung musste der BayVGH vorliegend nicht entscheiden, nachdem die hiergegen gerichtete Klage erstinstanzlich abgetrennt und das Ruhen des Verfahrens angeordnet worden war, vgl. VG München, Urt. v. 30.1.2014 – M 17 K 11.5502, ZfWG 2014, 347.

11 Vgl. insoweit jüngst BVerwG, Beschl. v. 23.7.2014 – 6 B 3.14, MMR 2014, 780 m. Anm. Stulz-Herrnstadt (zur jugendschutzrechtlichen Maßnahme der Beanstandung, mit der ein Rechtsverstoß förmlich festgestellt und missbilligt wurde); vorgehend BayVGH, Urt. v. 19.9.2013 – 7 BV 13.196 u. 7 B 12.2358, MMR 2014, 348 m. Anm. Stulz-Herrnstadt.

12 Vgl. dazu Urteilsanmerkung Stulz-Herrnstadt/Engelmann, ZfWG 2014, 288.

13 OVG NRW, Urt. v. 25.2.2014 – 13 A 302711, ZfWG 2014, 355.

Verfassungskonformität der spielhallenbezogenen Übergangsregelungen ist derzeit offen

OVG Thüringen, Beschl. v. 8.4.2015 – 3 EO 775/13

(VG Meiningen, Beschl. v. 20.11.2013 – 1 E 480/13 Me)

ThürSpielhG § 10 Abs. 2 Nr. 2; GlüStV § 29 Abs. 4 Satz 3; GewO § 33 i

1. Ob die in § 10 Abs. 2 Nr. 2 ThürSpielhallenG bzw. § 29 Abs. 4 Satz 3 GlüStV normierte Übergangs- und Stichtagsregelung verfassungsgemäß ist oder nicht oder ob ggf. eine am Gesetzeszweck orientierte restriktive verfassungskonforme Auslegung dieser Regelung in Betracht kommt, bedarf der Klärung in einem Hauptsacheverfahren.

2. Die in einem Verfahren auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes gegen die Schließung einer Spielhalle, für die nach dem Stichtag 28. Oktober 2011 eine gewerberechtliche Erlaubnis nach § 33i GewO erteilt worden ist, vorzunehmende Interessenabwägung fällt unter Berücksichtigung weiterer gesetzgeberischer Wertungen regelmäßig zu Gunsten der privaten Interessen des Spielhallenbetreibers aus.

(Amtl. Ls.)

Aus den Gründen:

I.

Die Antragsgegnerin verfügte mit dem verfahrensgegenständlichen Bescheid vom 6. September 2013 die Schließung einer Spielhalle der Antragstellerin unter gleichzeitiger Anordnung der sofortigen Vollziehung und drohte für den Fall der Nichtbefolgung ein Zwangsgeld an. Zur Begründung führte die Antragsgegnerin u. a. aus:

Die für den Spielhallenbetrieb auf der Grundlage des § 33i GewO erteilte gewerberechtliche Erlaubnis datiere vom 16. Mai 2012. Für solche Fälle der Erlaubniserteilung in der Zeit zwischen dem 28. Oktober 2011 (dem Tag, an dem die Ministerpräsidentenkonferenz beschloss, dem Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag zuzustimmen) und dem 1. Juli 2012 (dem Tag des Inkrafttretens des neuen Glücksspielstaatsvertrags) schreibe § 10 Abs. 2 Nr. 2 ThürSpielhallenG vor, dass nach dem 30. Juni 2013 zusätzlich eine Erlaubnis nach § 2 Abs. 1 ThürSpielhallenG erforderlich sei. Der auf die Erteilung einer solchen Erlaubnis für die Spielhalle gerichtete Antrag der Antragstellerin sei indes abgelehnt worden, weil zwingende Versagungsgründe vorgelegen hätten; die Spielhalle befände sich nämlich im gleichen Gebäudekomplex wie eine andere Spielhalle, für die eine Erlaubnis erteilt worden sei, so dass nach Maßgabe des § 3 Abs. 1 ThürSpielhallenG eine weitere Spielhalle nicht zugelassen werden dürfe. Folglich lägen die Voraussetzungen des § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO für eine gewerberechtliche Schließungsverfügung vor.

Das Verwaltungsgericht hat den nach Erhebung des Widerspruchs gegen die Verfügung gestellten Antrag der Antragstellerin auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes abgelehnt.