
Datum: 03.05.2013
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 11. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 U 88/11
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2013:0503.11U88.11.00

Vorinstanz: Landgericht Bochum, 5 O 5/11
Schlagworte: Schadensersatz, Ordnungsverfügung, Annahmestellen für Sportwetten,
Normen: Art. 34 GG, § 839 BGB; § 39 OBG
Leitsätze:

Das beklagte Land und die beklagte Stadt haften aus unterschiedlichen Gründen nicht auf Schadensersatz für rechtswidrige Ordnungsverfügungen, mit denen Annahmestellen für Sportwetten geschlossen werden.

- nicht rechtskräftig -

Tenor:

Die Berufungen der Kläger gegen das am 09.09.2011 verkündete Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Bochum werden zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen tragen die Klägerin zu 1) und der Kläger zu 2) jeweils $\frac{1}{2}$ der Gerichtskosten und der außergerichtlichen Kosten des beklagten Landes und der Kläger zu 2) die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2). Die Klägerin zu 1) und der Kläger zu 2) tragen ihre außergerichtlichen Kosten selbst.

Das angefochtene Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar; dieses Berufungsurteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Kläger dürfen die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, sofern die Beklagten vor der Vollstreckung nicht Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.

Die Revision wird für die Klägerin zu 1) zugelassen.

Gründe:

I.

Die Parteien streiten im Rahmen von Feststellungsanträgen über das Bestehen von Schadensersatz- bzw. Entschädigungsansprüchen der Kläger gegenüber den Beklagten wegen der Untersagung von Wettannahmenstellen für Sportwetten, die die Kläger zu unterschiedlichen Zeiträumen in C, C-Straße, betrieben haben.

Die Klägerin zu 1) (im Folgenden: die Klägerin) begehrt mit ihrem ausschließlich gegen das beklagte Land zu 1) (im Weiteren beklagtes Land) gerichteten Antrag die Feststellung der Ersatz- bzw. Entschädigungspflicht für sämtliche Schäden, die sie infolge einer Ordnungsverfügung der beklagten Stadt zu 2) (im Weiteren: beklagte Stadt) vom 12.09.2006 (Anlage K 8 zur Klageschrift) und deren Vollziehung erlitten hat oder eventuell noch erleidet.

Die Verfügung war auf die §§ 1, 2, 3 – 5, 14, 20 OBG NW in Verbindung mit § 12 Abs. 1 Ziff. 1 des Staatsvertrages zum Lotteriewesen in Deutschland - Lotteriestaatsvertrag – LoStV in der vom 26.06.2004 bis zum 31.12.2007 geltenden Fassung (im Folgenden: LoStV) in Verbindung mit dem Gesetz zum Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland in der ab dem 22.06.2004 geltenden Fassung im Anwendungsbereich des nordrheinwestfälischen Sportwettengesetzes in der ab dem 04.06.2004 geltenden Fassung (im Weiteren: SportWettG NW) gestützt. Die Klägerin hatte die Betriebsstätte zum 17.09.2006 geschlossen und nach erfolglosen Widerspruchsverfahren davon abgesehen, gerichtlichen Rechtsschutz gegen die Untersagungsverfügung und deren Vollziehung zu suchen.

Der Feststellungsantrag, den der Kläger zu 2) (im Folgenden: der Kläger) im Wege der gewillkürten Prozessstandschaft gegen beide Beklagte geltend macht, ist auf Feststellung der Ersatzpflicht beider Beklagter für sämtliche bereits entstandene und möglicherweise zukünftig noch eintretende Schäden gerichtet, die er (der Kläger) infolge der Ordnungsverfügung der beklagten Stadt vom 18.11.2010 (Anlage K 12 zur Klageschrift) und deren Vollziehung bereits erlitten hat oder zukünftig noch erleidet.

Diese Untersagungsverfügung war auf § 9 Abs. 1 Nr. 3 des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland – Glücksspielstaatsvertrag – in der vom 01.01.2008 bis zum 31.11.2012 geltenden Fassung (im Weiteren GlüStV 2008) und das Gesetz zur Ausführung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland - Glücksspielstaatsvertrag Ausführungsgesetz Nordrhein-Westfalen vom 30.10.2007 (im Weiteren: GlüStV 2008 AG NW) gegründet. Der Kläger hatte am 17.09.2010 aufgrund eines mit der Klägerin geschlossenen (Unternehmens-) Pachtvertrages vom 16.09.2010 (Anlage BK 2 zum klägerischen Schriftsatz vom 21.09.2012) die Vermittlung von Sportwetten außerhalb des Pferdesportbereichs für die in Malta ansässige IBA Entertainment Limited (im Folgenden IBA), die über eine ausländische, ab dem 17.01.2011 gültige „Class II Remote

Gaming Licence“ (Anlage BK 5 zum klägerischen Schriftsatz vom 21.09.2012) verfügte und nach maltesischer Rechtspraxis bereits zuvor aufgrund eines „Letter of Intent“ tätig sein durfte, aufgenommen. Grundlage der Vermittlungstätigkeit war ein (undatierter) zwischen der Klägerin und der IBA geschlossener Vertrag über die Vermittlung von Sportwetten ab dem 01.04.2010 (Anlage BK 3 zum klägerischen Schriftsatz vom 21.09.2012) nebst „Ergänzung zum Wettvermittlungsvertrag“ (Anlage BK 4 zum klägerischen Schriftsatz vom 21.09.2012). Nach Erhalt der Untersagungsverfügung vom 18.11.2010 stellte der Kläger den Betrieb zum 25.11.2010 ein und erhob Anfechtungsklage gegen die Untersagungsverfügung zum Verwaltungsgericht Gelsenkirchen (Az.: 19 K 5350/10). Die Betriebsräume wurden verpachtet.

Erstinstanzlich haben die Parteien im Wesentlichen über die Zulässigkeit der Feststellungsanträge im Hinblick auf das besondere Feststellungsinteresse und die Passivlegitimation der beklagten Stadt, die (Gemeinschafts-)Rechtswidrigkeit des ministerialen Erlasses des Innenministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen vom 31.03.2006 (Anlage K 6 zur Klageschrift) sowie des Erlasses des nordrhein-westfälischen Ministeriums für Inneres und Kommunales vom 15.09.2010 (Richtig: 14.09.2010) zum Az.: 14-38.07.01-3.1 (Anlage 1 zur Klageerwiderung der Rechtsanwälte F pp. vom 28.07.2011) bzw. der Untersagungsverfügungen und ihrer Vollziehung sowie darüber gestritten, ob den Klägern ein ersatzfähiger Schaden entstanden ist.

8

Das Landgericht hat die Klage vollumfänglich abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, eine Haftung der beklagten Stadt gegenüber dem Kläger entfalle im Hinblick auf den Erlass des Ministeriums für Inneres und Kommunales des Landes NRW mangels eigener Verantwortlichkeit. Die beklagte Stadt habe entsprechend des Erlasses und damit auf bindende Weisung gehandelt.

9

Auch der gegen das beklagte Land gerichtete Feststellungsantrag des Klägers sei unbegründet. Ein Anspruch des Klägers ergebe sich mangels Rechtswidrigkeit der Ordnungsverfügung vom 18.11.2010 nicht aus § 39 Abs. 1 lit. b) OBG NW, da die Verfügung weder gegen Verfassungs- noch gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen habe. Unabhängig von der Frage der Vereinbarkeit des in § 10 GlüStV 2008 normierten staatlichen Glücksspielmonopols mit europäischem Gemeinschaftsrecht und Art. 12 GG, stehe der europarechtliche Anwendungsvorrang dem gleichfalls im GlüStV 2008 geregelten Erlaubnisvorbehalt (§ 4 GlüStV 2008) und damit der Beibehaltung eines präventiven Erlaubnisverfahrens nicht entgegen. Die aus dem Erlaubnisvorbehalt folgende Beschränkung der Vermittlungstätigkeiten verstoße auch nicht gegen Art. 12 Abs. 1 GG, da die hierin liegende Einschränkung der Berufsfreiheit durch eine Erlaubnispflicht zur Sicherung der mit dem GlüStV 2008 verfolgten Ziele der Suchtvorbeugung und -bekämpfung sowie dem Jugend- und Spielerschutz verfassungsrechtlich gerechtfertigt und zudem verhältnismäßig sei. Auch die darin liegende Beeinträchtigung der gemeinschaftsrechtlichen Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit sei durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses - Präventivmaßnahmen zur Suchtvorbeugung und -bekämpfung sowie Jugend- und Spielerschutz - gerechtfertigt und verhältnismäßig. Da der Kläger eine solche Erlaubnis nicht gehabt habe und auch mangels Erfüllens der Voraussetzungen der §§ 4 Abs. 4, 4 GlüStV 2008, 4 Abs. 1 Satz 1 GlüStV 2008 AG NW nicht habe erteilt bekommen müssen, sei die Untersagungsverfügung vom 18.11.2010 nicht zu beanstanden.

10

Ein Anspruch des Klägers gegen das beklagte Land aus Amtshaftung (§ 839 BGB, Art. 34 GG) entfalle, da es am Verschulden fehle. Im Zeitpunkt des Erlasses der Ordnungsverfügung vom 18.11.2010 und deren nachfolgender Vollziehung sei die Rechtsprechung, einschließlich

11

des Bundesverwaltungsgerichts, des Oberverwaltungsgerichts Münster und weiterer Oberverwaltungsgerichte der Auffassung gewesen, dass der Erlaubnisvorbehalt von einem etwaigen Verstoß des Sportwettenmonopols gegen Gemeinschaftsrecht oder das Grundgesetz nicht erfasst sei.

Auch ein Anspruch des Klägers gegen das beklagte Land aus dem Rechtsinstitut der gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftung scheide aus. Ob das Verwaltungshandeln des beklagten Landes einen Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht darstelle, könne offen bleiben, da jedenfalls ein hinreichend qualifizierter Verstoß mangels eindeutiger europäischer Regelung über das Glücksspielrecht nicht gegeben sei. Es könne nicht als qualifizierter Verstoß gewertet werden, wenn der Amtsträger in Übereinstimmung mit der nationalen obergerichtlichen Rechtsprechung handele. 12

Auch der seitens der Klägerin gegen das beklagte Land gerichtete Feststellungsantrag sei unbegründet. 13

Ein Anspruch der Klägerin aus § 39 Abs. 1 lit. b) OBG NW entfalle, wobei dahinstehen könne, ob die Klägerin Primärrechtsschutz gegen die Ordnungsverfügung vom 12.09.2006 versäumt habe, da sie die erforderliche Kausalität zwischen dem etwaigen rechtswidrigen Verhalten und dem behaupteten Schaden nicht dargelegt habe. Sie habe nicht hinreichend dargelegt, dass ohne die Ordnungsverfügung der behauptete Schaden nicht eingetreten wäre, da ihr weder eine auch nach dem SportWettG NW erforderliche Erlaubnis erteilt gewesen noch von der Klägerin beantragt worden sei. Trotz der etwaigen Verfassungs- und Gemeinschaftsrechtswidrigkeit des Sportwettenmonopols wäre die Klägerin, insbesondere mangels Darlegung des Aufbaus und der Struktur der Firma I.B.A. Ltd. in Gibraltar, an die sie die Wettaufträge weitergeleitet habe, nicht ohne Weiteres berechtigt gewesen, die Vermittlung von Sportwetten zu betreiben. 14

Auch ein Anspruch der Klägerin gegen das beklagte Land aus Amtshaftung (§ 839 BGB, Art. 34 GG) wegen der Weisung vom 31.03.2006 und der Ordnungsverfügung der Beklagten vom 12.09.2006 sei nicht gegeben, da es insbesondere angesichts der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 26.03.2006 bzw. vom 02.08.2006, nach denen von der Anwendbarkeit des nationalen - auch nordrhein-westfälischen - Sportwettenrechts trotz Verfassungswidrigkeit während einer Übergangsfrist bis zum 31.12.2007 auszugehen gewesen sei, und der erst später ergangenen Entscheidung des Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften vom 08.09.2010 („Winner Wetten“) unter Berücksichtigung der Kollegialgerichtslinie am Verschulden fehle, zumal auch das Oberverwaltungsgericht Münster entschieden habe, dass das SportWettG NW trotz Verstoßes gegen die Dienstleistungs- und die Niederlassungsfreiheit wegen der sonst eintretenden Regelungslosigkeit weiter Anwendung finde. 15

Gleichfalls entfalle ein Anspruch der Klägerin aus gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftung mangels hinreichend qualifizierten Verstoßes. Nach den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 26.03.2006 und vom 02.08.2006 sowie der Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts Münster vom 28.06.2006 - 4 B 961/06 - habe das beklagte Land bei der Weisung vom 31.03.2006 davon ausgehen dürfen, sein Handeln entspreche der nationalen Rechtsprechung und dem europäischen Gemeinschaftsrecht. 16

Wegen der Einzelheiten des erstinstanzlichen Parteivorbringens und der Erwägungen des Landgerichts im Übrigen wird gemäß § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO auf das angefochtene Urteil Bezug genommen. 17

Im Laufe des Berufungsverfahrens hob die beklagte Stadt die an den Kläger gerichtete Untersagungsverfügung vom 18.11.2010 mit am 28.10.2011 an die klägerischen Prozessbevollmächtigten übermittelten Schreiben vom 26.10.2011 auf. Nach übereinstimmender Erledigungserklärung stellte das Verwaltungsgericht Gelsenkirchen durch mittlerweile rechtskräftiges Urteil vom 01.12.2011 (Az.: 19 K 5350/10) die Rechtswidrigkeit der Untersagung der Vermittlung von Sportwetten und der Zwangsgeldandrohung in der Ordnungsverfügung der - ebenso wie hier auch dort - beklagten Stadt vom 18.11.2010 in der Zeit ihrer Geltungsdauer vom 20.11.2010 bis zum 28.11.2011 fest. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das rechtskräftige Urteil des Verwaltungsgerichts Gelsenkirchen vom 01.12.2011 (Az.: 19 K 5359/10, Anlage BK 1 zum Schriftsatz der Rechtsanwälte L pp. vom 31.08.2012) Bezug genommen.

Mit ihren gegen das landgerichtliche Urteil gerichteten Berufungen wenden sich die Kläger im Wesentlichen gegen die vom Landgericht vertretenen Rechtsauffassungen und verfolgen jeweils ihr ursprüngliches Feststellungsbegehren in vollem Umfang weiter. 19

Der Kläger hält die Verfügung vom 18.11.2010 mangels gemeinschaftsrechtlicher Rechtfertigung des in § 4 Abs. 1 GlückStV 2008 und § 4 GlüStV 2008 AG NW geregelten Erlaubnisvorbehalts für rechtswidrig. Er meint, das Erlaubnissystem des GlüStV 2008 sei nach den vom Europäischen Gerichtshof im Urteil „Stoß“ ausgeführten Grundsätzen nicht mit europäischem Recht vereinbar, insbesondere genüge der GlüStV 2008 wegen des generellen Ausschlusses privater Bewerber von Veranstaltungserlaubnissen im Wettbereich dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht. Auch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 11.07.2011 (8 C 11.10) lege die Vermutung nahe, dass nicht von einer uneingeschränkten Fortgeltung des Erlaubnisvorbehalts bei der Vermittlung von Sportwetten an im EU-Ausland, aber nicht im Inland zugelassene Veranstalter auszugehen sei. Vielmehr komme es entscheidend auf die materiell-rechtliche Erlaubnisfähigkeit der Vermittlungstätigkeit selbst an, die dann auch ohne erteilte Erlaubnis legal wäre. Selbst bei formeller Illegalität sei eine Volluntersagung der Tätigkeit statt des Erlasses von Nebenbestimmungen nicht gerechtfertigt. Zudem sei die beklagte Stadt mangels bindender Weisung auch passivlegitimiert, zumal der Erlass vom 14.09.2010 gar nicht an die beklagte Stadt gerichtet gewesen sei. 20

Zudem hält er im Rahmen der Amtshaftung ein Verschulden beider Beklagter für gegeben. Soweit die beklagte Stadt ihr Einschreiten auch mit der fehlenden monopolbedingten Erlaubnismöglichkeit begründet habe, habe sich den Amtsträgern die Europarechtswidrigkeit des Monopols nach den Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs vom 08.09.2010 geradezu aufdrängen müssen. Dies gelte erst recht für Amtsträger des beklagten Landes, denen habe bewusst sein müssen, dass das Vorgehen der örtlichen Ordnungsbehörden faktisch der Durchsetzung des europarechtswidrigen Monopols gedient habe. 21

Der Kläger meint weiter, da beiden Beklagten klar gewesen sei, dass die Ordnungsverfügungen vor dem Hintergrund der faktischen Unmöglichkeit der Erlaubniserlangung letztlich der Durchsetzung des gemeinschaftsrechtswidrigen Monopols gedient hätten, sei auch ein Anspruch aus unionsrechtlichem Staatshaftungsanspruch gegeben. 22

Die Klägerin ist der Auffassung, sie habe gegen das beklagte Land einen Anspruch aus § 39 Abs. 1 lit. b) OGB NW. Sie meint, der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens greife nicht ein. Zudem habe das SportWettG NW eine Erlaubnispflicht gar nicht enthalten, § 284 StGB sei wegen Verstoßes gegen Art. 49 EGV und wegen seines verwaltungsakzessorischen Charakters nicht anwendbar gewesen. Selbst bei unterstellter Annahme einer Erlaubnispflicht 23

der Vermittlung von Sportwetten im Jahre 2006 entfalle nicht die Kausalität zwischen Untersagungsverfügung und Schaden. Es sei nicht ersichtlich, aus welchem Grund es ohne die Untersagungsverfügung und die Zwangsgeldfestsetzung zum Einstellen des Betriebes der Klägerin und der Festsetzung eines Zwangsgeldes gekommen wäre. Das Landgericht nehme auch zu Unrecht an, dass nicht davon ausgegangen werden könne, dass der Klägerin auf entsprechenden Antrag eine Erlaubnis erteilt worden wäre, zumal sie und die Fa. I.B.A. Ltd. als Buchmacherinnen für Pferdesportwetten konzessioniert seien und die Fa. I.B.A. Ltd. zudem über eine Erlaubnis für Sportwetten nach dem im Verhältnis zum SportWettG NW strengeren gibraltarischen Recht verfüge. Zudem habe bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 Satz 1 SportWettG NW ein Rechtsanspruch auf Zulassung bestanden.

Die Klägerin meint ferner, ihr stehe gegen das beklagte Land auch ein Anspruch aus Amtshaftung zu, da das Landgericht zu Unrecht ein Verschulden des zuständigen Amtsträgers bei Erlass der Weisung am 31.03.2006 verneint habe. Diesem habe angesichts der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und der nationalen Gerichte bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28.03.2006 (1 BvR 1054/01) die Europarechtswidrigkeit des Staatsmonopols im SportWettG NW klar sein müssen, was auch durch weitere, von der Klägerin näher dargelegte Indizien gestützt werde. Gleichfalls aufgrund der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts Münster habe der zuständige Amtsträger Kenntnis von der Europarechtswidrigkeit des Sportwettenmonopols haben müssen, da dieses bereits seit den Jahren 2006/2007 und damit weit vor den Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs vom 08.09.2010 von der Europarechtswidrigkeit des Sportwettenmonopols ausgegangen sei. 24

Die Klägerin ist ferner der Ansicht, ihr stehe gegen das beklagte Land ein Anspruch aus unionsrechtlichem Staatshaftungsanspruch zu, da das beklagte Land angesichts der verwaltungs- und oberverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung in Nordrhein-Westfalen von der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der Rechtslage nach dem SportWettG NW habe ausgehen müssen. In der Anwendung nationalen Rechts trotz erkannten Gemeinschaftsrechtsverstößes sei ein offenkundiger Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht zu sehen. 25

Die Klägerin beantragt, 26

unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils festzustellen, dass das 27

beklagte Land zu 1) verpflichtet ist, der Klägerin zu 1) alle Schäden zu ersetzen, die diese infolge der Ordnungsverfügung der beklagten Stadt zu 2) gegen die Klägerin zu 1) vom 12.09.2006 in Gestalt des Widerspruchsbescheides der Bezirksregierung Arnsberg vom 05.03.2007 sowie deren Vollziehung erlitten hat und weiterhin erleidet. 28

Der Kläger hat durch Schriftsatz seiner Prozessbevollmächtigten vom 21.09.2012 unter Hinweis auf eine in § 8 des Pachtvertrags vom 16.09.2010 (Anlage BK 2 zum Schriftsatz der Rechtsanwälte L pp. vom 21.09.2012) enthaltene Abtretung sämtlicher Schadensersatz- und Ausgleichsansprüche an die Klägerin angezeigt, dass er den Feststellungsantrag in Prozessstandschaft für die Klägerin verfolgt. 29

Dementsprechend beantragt der Kläger, 30

unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils festzustellen, dass die Beklagten verpflichtet sind, der Klägerin zu 1) alle Schäden zu ersetzen, die der Kläger zu 2) infolge der Ordnungsverfügung der beklagten Stadt zu 2) gegen den Kläger zu 2) vom 18.11.2010 sowie 31

deren Vollziehung erlitten hat und weiterhin erleidet.

Die Beklagten beantragen, 32

die Berufungen zurückzuweisen. 33

Das beklagte Land meint auch in der Berufungsinstanz, dem Feststellungsantrag des Klägers 34
fehle das erforderliche Feststellungsinteresse. Ihm könne lediglich im Zeitraum ab Erlass der
Ordnungsverfügung am 18.11.2010 bis zu deren Aufhebung am 26.10.2011 ein Schaden
entstanden sein; etwaige Schäden könnten exakt beziffert werden, zukünftige Schäden seien
nicht ersichtlich. Für den nachfolgenden Zeitraum habe angesichts des fortgeltenden
Verbotes der Veranstaltung von privaten Glücksspielen keine schützenswerte Rechtsposition
vorgelegen. Zudem zweifelt das beklagte Land an der Zulässigkeit der Prozessstandschaft
des Klägers für die Klägerin und bestreitet die Abtretung.

Das beklagte Land behauptet, bei den Erlassen vom 31.03.2006 sowie vom 14.09.2010 habe 35
es sich nicht um bindende Weisungen gehandelt. Ferner meint es, ein Anspruch aus § 39
Abs. 1 lit. b) OBG NW scheide bereits dem Grunde nach aus, weil der deutschen
Rechtsordnung eine Haftung für legislatives Unrecht fremd sei. Auch angesichts des Urteils
des Verwaltungsgerichts Gelsenkirchen vom 01.12.2011 sei nicht von einem Rechtsverstoß
auszugehen, da dieses Urteil maßgeblich auf die vom Oberverwaltungsgericht Münster in
mehreren, allerdings nicht rechtskräftigen Entscheidungen vertretene Rechtsauffassung
gestützt sei. Damit sei die Frage der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit des Sportwettenmonopols
bzw. des Gebotenseins einer Ermessensreduzierung auf Null im Falle eines gesetzlichen
Verbots höchstrichterlich nicht geklärt.

Das beklagte Land meint ferner, der allgemeine Erlaubnisvorbehalt aus § 4 Abs. 1 Satz 1 36
GlüStV 2008 in der landesrechtlichen Ausgestaltung bestehe wegen seines eigenständigen
Regelungsgehaltes unabhängig von einer etwaigen Gemeinschaftsrechtswidrigkeit des
Sportwettenmonopols fort. Die Ermächtigungsgrundlage der Ordnungsverfügung, § 9 Abs. 1
Satz 3 GlüStV 2008, und der allgemeine Erlaubnisvorbehalt des § 4 Abs. 1 GlüStV 2008
verstießen auch nicht gegen höherrangiges Recht; insbesondere seien die restriktiven
Sportwettenregelungen in § 10 Abs. 2 und 5 GlüStV 2008 offenkundig vollauf geeignet, das
Glücksspiel zu beschränken und damit den Spieler- und Jugendschutz umzusetzen. Zudem
sei das Sportwettenmonopol europarechtskonform. Ferner sei die Ordnungsverfügung vom
18.11.2010 auch unter Berücksichtigung der Rechtsfigur des intendierten Ermessens
rechtmäßig. In der Ordnungsverfügung habe es keiner Begründung in Bezug auf
Ermessenserwägungen bedurft, da es nach den Grundsätzen über das intendierte Ermessen
auf der Hand gelegen habe, dass die Behörde bei Vorliegen eines gesetzlichen Verbots (§ 4
Abs. 1 Satz 2 GlüStV 2008) und bei Vorliegen des objektiven Tatbestandes des § 284 StGB
keine andere Rechtsfolge als die Untersagung habe wählen dürfen.

Zudem scheitere ein Amtshaftungsanspruch am Fehlen eines geschützten Eingriffsobjektes, 37
da es dem Kläger um Eingriffe in seine nach Art. 12 GG geschützte Berufsfreiheit in Form
entgangener Erwerbschancen gehe, die vom Aufopferungsanspruch, der sich auf Art. 14 GG
beziehe, nicht umfasst seien. Aufgrund der Verbotslage nach § 4 Abs. 1 GlüStV 2008 hätten
private Glücksspielveranstalter oder -vermittler wie der Kläger zu keinem Zeitpunkt über eine
eigentumsmäßig verfestigte Rechtsposition verfügt. Zudem könne ein privater Anbieter von
unerlaubten Glücksspielen, der von Anfang an den Boden des Rechts verlasse, das eigene
Rechtsanwendungsrisiko nicht haftungsmäßig auf den Staat überwälzen. Auch scheide
angesichts der im Fluss befindlichen Rechtsprechung ein Verschulden aus. Ferner fehle es
an einem ersatzfähigen Schaden, da nicht ersatzfähig sei, was gerade durch die Verletzung

eines gesetzlichen Verbotes hätte erzielt werden können.

Auch ein unionsrechtlicher Staatshaftungsanspruch bestehe nicht, da es an einer zugunsten des Klägers drittschützenden Norm, an einem hinreichend qualifizierten Eingriff und einem ersatzfähigen Schaden fehle. 38

Die beklagte Stadt ist auch in der Berufungsinstanz der Auffassung, sie sei bereits nicht passivlegitimiert; zudem hält auch sie das Feststellungsinteresse für nicht gegeben und die Prozessstandschaft für unzulässig. Zudem ist sie weiterhin der Auffassung von einem qualifizierten Verstoß oder einer schuldhaften Amtspflichtverletzung könne nicht ausgegangen werden, zudem scheitere eine Haftung aus § 39 OBG NW für vorliegendes legislatives Unrecht. 39

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst den überreichten Anlagen sowie die tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts in seinem angefochtenen Urteil verwiesen. 40

Der Senat hat zunächst beabsichtigt, die Berufung der Klägerin gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen und hat unter dem 03.08.2012 einen entsprechenden Hinweisbeschluss erlassen, auf den wegen der Einzelheiten der rechtlichen Begründung Bezug genommen wird. Von dieser Vorgehensweise hat der Senat indes Abstand genommen und am 17.04.2013 Termin zur mündlichen Verhandlung durchgeführt. 41

Über die Berufung des Klägers hat der Senat - vor dem beide Berufungen betreffenden Senatstermin am 17.04.2013 - bereits im Senatstermin am 21.11.2012 verhandelt. In diesem Termin hat der Senat den Kläger persönlich angehört, wobei wegen des Ergebnisses auf den Berichterstattevermerk vom 21.11.2012 verwiesen wird. 42

II. 43

A) 44

Die Berufung der Klägerin ist zulässig, hat in der Sache aber keinen Erfolg. Das Landgericht hat ihre auf Feststellung einer Schadensersatz- bzw. Entschädigungspflicht des beklagten Landes für bereits eingetretene und zukünftige Schäden gerichtete Klage infolge der Untersagungsverfügung vom 12.09.2006 und deren Vollziehung zu Recht vollumfänglich abgewiesen. 45

I. 46

Die von der Klägerin erhobene Feststellungsklage ist allerdings zulässig, insbesondere liegt das besondere Feststellungsinteresse (§ 256 ZPO) vor. 47

Zwar war im Zeitpunkt der Klageerhebung durch mit am 12.01.2011 beim Landgericht eingegangener und am 02.02.2011 zugestellter Klageschrift vom 30.12.2010 die Schadensentwicklung abgeschlossen und damit der Klägerin die Erhebung einer bezifferten Leistungsklage zumutbar (vgl. dazu: Zöller/Greger, ZPO, 29. Aufl., § 256 Rn. 7a), nachdem die Untersagungsverfügung nach erfolgloser Durchführung des Widerspruchsverfahrens im Jahr 2007 bestandskräftig geworden und die Klägerin nach Schließung des Wettbüros am 17.09.2006 die Betriebsstätte mit Pachtvertrag vom 16.09.2010 (Anlage BK 2 zum Schriftsatz der Rechtsanwälte L pp. vom 21.09.2012) an den Kläger verpachtet hatte, der den Vermittlerbetrieb dort am 17.09.2010 wieder aufnahm. Allerdings wird das berechnete Interesse an der Feststellung des Bestehens eines Schadensersatzanspruchs im Sinne eines 48

Rechtsverhältnisses nach § 256 Abs. 1 ZPO (vgl. dazu: Zöller/Greger, ZPO, 29. Aufl., § 256 Rn. 4) trotz einer möglichen Leistungsklage ausnahmsweise dann bejaht, wenn es sich - wie hier - bei der Beklagten um eine Körperschaft des öffentlichen Rechts handelt, bei der nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der der Senat folgt, davon ausgegangen werden kann, dass sie schon auf ein Feststellungsurteil hin leisten und es damit zu einer endgültigen Streitbeilegung kommen wird (vgl.: BGH, Urteil vom 09.06.1983, III ZR 74/82, zitiert nach juris Rn. 15; Zöller/Greger, ZPO, 29. Aufl., § 256 Rn. 8).

II. 49

Der Klägerin stehen infolge der Untersagungsverfügung vom 12.09.2006 und deren Vollziehung weder nach den Grundsätzen der Amtshaftung gemäß § 839 BGB, Art. 34 GG noch auf Grundlage des Gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs und auch nicht wegen rechtswidrigen Verwaltungshandelns gemäß § 39 Abs. 1 lit. b) OBG NW als ernsthaft in Betracht kommende Anspruchsgrundlagen Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüche gegen das beklagte Land für den Zeitraum vom 17.09.2006 (Einstellung ihrer Vermittlertätigkeit) bis zum 16./17.09.2010 (Abschluss des Pachtvertrages mit dem Kläger bzw. Aufnahme der Vermittlertätigkeit durch den Kläger in derselben Betriebsstätte) zu. 50

Ansprüche aus § 826 BGB bzw. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. mit einem Schutzgesetz entfallen bereits deshalb, da sie im Falle hoheitlichen Handelns - wie hier - neben § 839 BGB nicht zur Anwendung kommen (vgl. dazu: Palandt/Sprau, 72. Aufl., § 839 Rn. 3 m.w.N.). 51

1. 52

Gegen die Passivlegitimation des beklagten Landes in Bezug auf etwaige Schadensersatz- bzw. Entschädigungsansprüche der Klägerin infolge der Untersagungsverfügung vom 12.09.2006, die die beklagte Stadt als örtliche Ordnungsbehörde erlassen und vollzogen hat, bestehen allerdings keine Bedenken. 53

Diese im Hinweisbeschluss vom 03.08.2012 vom Senat ausdrücklich offengelassene Frage hat der Senat - entsprechend dem Hinweis in der Ladungsverfügung vom 12.12.2012 - nach abschließender Beratung nunmehr im Hinblick auf den in Kopie in den Akten befindlichen Erlass des Innenministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen vom 31.03.2006 (Aktenzeichen: 14-38.07.07.-5 - Anlage K 6 zur Klageschrift vom 30.12.2010) bejaht. Denn bei dem vorgenannten Erlass, der zum Erlass der Untersagungsverfügung vom 12.09.2006 und deren Vollziehung führte, handelt es sich um eine bindende Weisung, was zur Folge hat, dass das beklagte Land die haftungsrechtliche Verantwortlichkeit für die Untersagungsverfügung und deren Vollziehung trägt. 54

a) Nach amtshaftungsrechtlichen Grundsätzen trägt nach Art. 34 GG in der Regel diejenige Körperschaft die (haftungsrechtliche) Verantwortung, in deren Diensten der (etwaig) pflichtwidrig handelnde Beamte steht, mithin die Körperschaft, die ihm das Amt anvertraut hat, bei dessen Ausübung er pflichtwidrig gehandelt hat, die ihm also die Aufgaben übertragen hat, bei deren Wahrnehmung die Amtspflichtverletzung begangen wurde (Palandt/Sprau, BGB, 72. Aufl., § 839 Rn. 25). Abweichendes gilt allerdings dann, wenn eine übergeordnete Behörde eine bindende Weisung - wozu auch der Erlass von Verwaltungsvorschriften zählt - erteilt hat, da der angewiesene Beamte in diesem Fall auch bei etwaiger Gesetzeswidrigkeit gehalten ist, die ihm erteilte Weisung auszuführen, soweit nicht - was vorliegend nicht der Fall ist - erkennbar ein Verstoß gegen Strafgesetze vorliegt, der gegebenenfalls eine Remonstrationspflicht des Angewiesenen begründen würde. Liegt 55

eine solche bindende Weisung vor, trifft die Haftung die Anstellungskörperschaft des anweisenden Beamten, die durch die Erteilung der Weisung zugleich die Verantwortung für die Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns übernimmt (st. Rspr. des BGH, vgl. grundlegend: BGH, NJW 1959, 1629 f.; im Anschluss: BGH NJW 1977, 713/714 - betrifft Weisungen des Bundesministers für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten an die Einfuhrstelle; BGH NVwZ-RR 1991, 171 - betrifft Weisung des Berliner Senators für Bau- und Wohnungswesen; BGH, Beschluss vom 11.12.2008, III ZR 216/07, zitiert nach juris Rn. 5; vgl. auch: Palandt/Sprau, BGB, 72. Aufl., § 839 Rn. 30). Das Vorliegen einer Weisung führt dazu, dass ein Teil der Zuständigkeit und der Amtspflichten auf die anweisende Behörde übergeht und es damit zugleich bei der nach außen handelnden (angewiesenen) Behörde an einer objektiv amtspflichtwidrigen Handlung fehlt (BGH, NJW 1977, 713; OLG Brandenburg, Urteil vom 17.07.2007, 2 U 26/06, zitiert nach juris Rn. 32 m.w.N.). Auch wenn die Weisung also den Unrechtstatbestand der Amtspflichtverletzung nicht beseitigt, verschiebt sie allerdings die Passivlegitimation auf die Anstellungskörperschaft des anweisenden Beamten (vgl. nur: BGH, VersR 1985, 588 m.w.N.; OLG Brandenburg, Urteil vom 17.07.2007, 2 U 26/06, zitiert nach juris Rn. 30 m.w.N.; a.A. Dagtoglu, in: Bonner Kommentar, GG, Art. 34 Rn. 145, der wegen des Grundsatzes der Einheit der Verwaltung ausreichen lässt, dass die Voraussetzungen des Amtshaftungsanspruchs auf Seiten der Verwaltung, egal, von wem, erfüllt werden; a.A. auch: Ossenbühl/Cornils, 6. Aufl., S. 59, wonach die Stadt wegen zwar intern pflichtgemäßem, aber extern pflichtwidrigem Verhalten - mit Regressmöglichkeit gegenüber dem Land - haftet).

Diese dem Amtshaftungsrecht entspringenden Grundsätze zur Bestimmung der haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit finden - entgegen der von Klägerseite vertretenen Auffassung - nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der der Senat folgt, gleichfalls Anwendung auf die verschuldensunabhängige Haftung aus § 39 Abs. 1 lit. b) OBG NW (BGH, Beschluss vom 11.12.2008, III ZR 216/07, zitiert nach juris Rn. 6 m.w.N.; OLG Düsseldorf, VersR 1994, 1065; vgl. auch: OLG Brandenburg, Urteil vom 17.07.2007, 2 U 26/06, zitiert nach juris Rn. 30) und auf die Haftung aus dem vom EuGH entwickelten unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch (BGH, NVwZ-RR 2006, 28, 32).

b)

Bei dem Erlass des Innenministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen vom 31.03.2006 (Aktenzeichen: 14-38.07.07.-5) handelt es sich um eine bindende Weisung.

Dies ergibt sich eindeutig aus dessen Wortlaut bzw. Inhalt und wird zudem durch das in der Akte befindliche Schreiben des Ministeriums für Inneres und Kommunales Nordrhein-Westfalen vom 11.11.2010 (Anlage K 6 zur Klageschrift vom 30.12.2010) an den klägerischen Prozessbevollmächtigten Rechtsanwalt Dr. C3 auf eine entsprechende Anfrage vom 05.11.2010 in einem die Klägerin betreffenden Parallelverfahren bestätigt. Darin wird seitens des Ministeriums ausdrücklich mitgeteilt, dass dem „Erlass des Innenministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen vom 31.03.2006 – 14-38.07.06-5 - Weisungscharakter für die Ordnungsbehörden in Nordrhein-Westfalen“ zukam (vgl. § 9 OBG NRW).

Dem Erlass vom 31.03.2006 ist zu entnehmen, dass das Innenministerium unter Bezugnahme auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 28.03.2006 die Weisung erteilt hat, die „auf Wunsch des Bundesverfassungsgerichts und des OVG Münster bis zum Ausgang des Rechtsstreits vor dem Bundesverfassungsgericht“ ausgesetzten Ordnungsverfügungen nunmehr „zügig zu vollstrecken“ bzw. soweit „noch keine Verfügungen erlassen wurden“, solche „unverzüglich zu erlassen und ggf. parallel strafprozessuale Maßnahmen zu veranlassen“. Weiter heißt es: „Bei Hinweisen und Erkenntnissen über die

unerlaubte Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten sind umgehend alle erforderlichen Maßnahmen möglichst frühzeitig zwischen Polizei, Staatsanwaltschaft, Ordnungsbehörden und - soweit erforderlich - Finanzbehörden abzustimmen.“

Diesen Formulierungen ist zu entnehmen, dass der Erlass vom 31.03.2006 eine Weisung für sämtliche zuständigen nordrhein-westfälischen Ordnungsbehörden darstellte und sich auch an die Beklagte richtete, die als örtlich zuständige Ordnungsbehörde gerade für den Erlass und den Vollzug der entsprechenden Ordnungsverfügungen zuständig ist. Dass sie die Weisung durch Weiterleitung über die für sie zuständige Bezirksregierung erhalten hat, führt zu keinem anderen Ergebnis. 61

Der Erlass vom 31.03.2006 bezieht sich auch nicht ausschließlich auf Ordnungsverfügungen, die vor dem 28.03.2006 erlassen und „auf Wunsch des Bundesverfassungsgerichts und des OVG Münster bis zum Ausgang des Rechtsstreits vor dem Bundesverfassungsgericht“ ausgesetzt waren. Vielmehr werden darin gleichfalls ausdrücklich Fälle in Bezug genommen, in denen „noch keine Verfügungen erlassen wurden“, und gebietet den örtlichen Ordnungsbehörden und damit der Beklagten, solche „unverzüglich zu erlassen und ggf. parallel strafprozessuale Maßnahmen zu veranlassen“. Angesichts dieses eindeutigen Wortlauts kann an dem bindenden Weisungscharakter des Erlasses vom 31.03.2006 - auch für zukünftig zu erlassende Verfügungen - kein Zweifel bestehen. Insbesondere sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass dem Erlass vom 31.03.2006 erst nachträglich Weisungscharakter zugemessen worden ist. Dass er erst nachträglich ausdrücklich als „Weisung“ bezeichnet worden ist, steht seiner Qualifizierung als Weisung gerade nicht entgegen. 62

Auch dem Einwand, der beklagten Stadt sei ein eigener Handlungs- und Beurteilungsspielraum verblieben, was der haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit des beklagten Landes entgegenstehe, vermag der Senat angesichts des eindeutigen Wortlauts nicht zu folgen. Denn dem Erlass ist deutlich zu entnehmen, dass nach dem Willen einer der Beklagten vorgesetzten Behörde, dem Innenministerium Nordrhein-Westfalen, der Betrieb privater Sportwettenbüros endgültig und zeitnah unterbunden werden sollte. Das „Ob“ des ordnungsbehördlichen Vorgehens und das „Wie“ in Form vollständiger und durch Zwangsmaßnahmen vollstreckbarer Untersagungsverfügungen nebst strafprozessualer Maßnahmen waren für die örtlichen Ordnungsbehörden nicht disponibel. Dass der Erlass keine Vorgaben in Bezug auf die Höhe festzusetzender Zwangsgelder usw. macht, führt nicht zu einem anderen Ergebnis. Denn die konkret einzusetzenden und anzuwendenden Mittel im Rahmen der Zwangsvollstreckung sind jeweils anhand der Umstände im Einzelfall zu bestimmen. Dies der tatsächlich sachnäheren örtlichen Ordnungsbehörde vorzubehalten, ist bereits aus Zweckmäßigkeitserwägungen sinnvoll. Dies ändert indes nichts an dem bindenden Weisungscharakter des Erlasses vom 31.03.2006 und der damit einhergehenden Haftungsverlagerung auf die anweisende Behörde. 63

Soweit das beklagte Land den bindenden Weisungscharakter in Abrede stellt und in dem Erlass vom 31.03.2006 lediglich eine Mahnung zur Einhaltung der in den dort genannten Urteilen aufgeführten Rechtsnormen sieht (vgl. S.1-5 des Schriftsatzes der Rechtsanwälte D pp. vom 11.03.2013), vermag der Senat dem nicht zu folgen. Dagegen spricht schon der eindeutige Inhalt des Schreibens vom 11.11.2010. Zudem bedurfte es einer Mahnung zur Einhaltung von Rechtsnormen nicht, da sich die Pflicht dazu bereits aus der Gesetzesbindung der Verwaltung nach Art. 20 Abs. 3 GG ergibt, wie das beklagte Land im Übrigen selbst erkennt. Der Sinn einer solchen (bloßen) Mahnung erschließt sich dem Senat vor diesem Hintergrund nicht. 64

2.	65
Der Klägerin steht gegen das beklagte Land kein Anspruch aus Amtshaftung gemäß § 839 BGB, Art. 34 GG zu.	66
Wie der Senat bereits in seinem Hinweisbeschluss vom 03.08.2012, auf den insoweit Bezug genommen wird, ausgeführt hat, fehlt es angesichts der überaus komplizierten europarechtlichen Rechtslage im maßgeblichen Zeitraum an dem erforderlichen Verschulden.	67
a)	68
Nach dem im Rahmen der Amtshaftung anwendbaren objektivierten Fahrlässigkeitsbegriff des § 276 BGB ist bei der Beurteilung des Verschuldens im Sinne subjektiver Vorwerfbarkeit auf den Maßstab der im Durchschnitt für die Führung des übernommenen Amtes erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten (BGH, NJW 1986, 2829; Palandt/Sprau, BGB, 72. Aufl., § 839 Rn. 52) abzustellen. Bei der Gesetzesauslegung und Rechtsanwendung hat jeder Inhaber eines öffentlichen Amtes die Gesetzes- und Rechtslage unter Zuhilfenahme der ihm zu Gebote stehenden Hilfsmittel sorgfältig und gewissenhaft zu prüfen und sich danach aufgrund vernünftiger Überlegungen eine Rechtsmeinung zu bilden. Ist die Rechtsansicht des Amtsträgers nach sorgfältiger Prüfung gewonnen worden und kann als rechtlich vertretbar angesehen werden, ist auch im Falle eines objektiven Rechtsirrtums ein Schuldvorwurf nicht zu erheben (BGH, NJW 1993, 530, 531; BGH, VersR 1994, 1188, 1189; BGH, WM 1998, 2112, 2113; OLG Braunschweig, Beschluss vom 05.05.2011, 3 W 24/11, zitiert nach juris Rn. 3; OLG Köln, Urteil vom 03.05.2012, 7 U 194/11, zitiert nach juris Rn. 12). Vorwerfbar ist eine unrichtige Gesetzesauslegung nur dann, wenn sie entweder gegen den klaren, bestimmten und unzweideutigen Wortlaut der Vorschrift oder gegen eine eindeutige höchstrichterliche Rechtsprechung verstößt (Palandt/Sprau, BGB, 72. Aufl., § 839 Rn. 53 m.w.N.). Darüber hinaus ist die sog. Kollegialgerichtsrichtlinie zu beachten, wonach ein Verschulden des Amtsträgers in der Regel - abgesehen von hier, wie noch ausgeführt wird, nicht einschlägigen Ausnahmekonstellationen - ausscheidet, wenn ein mit mehreren Rechtskundigen besetztes Kollegialgericht die Rechtmäßigkeit der Amtshandlung (unrichtigerweise) bejaht hat (BGH, NJW 1998, 751, 752 m.w.N.; BGH, Urteil vom 02.04.1998, III ZR 111/97, zitiert nach juris Rn. 12, 13; OLG München, Beschluss vom 07.03.2007, 1 U 1585/07, zitiert nach juris Rn. 9; Paland/Sprau, BGB, 72. Aufl., § 839 Rn. 53 m.w.N.).	69
b)	70
Unter Berücksichtigung dieser Maßstäbe ist ein Verschulden auf Seiten des beklagten Landes nicht ersichtlich. Vielmehr standen sowohl der ministeriale Erlass vom 31.03.2006, der zum Erlass der streitgegenständlichen Verfügung vom 12.09.2006 führte, und der Widerspruchsbescheid vom 05.03.2007 im Einklang mit der im damaligen Zeitraum einschlägigen höchstrichterlichen Rechtsprechung.	71
Zwar hatte das Bundesverfassungsgericht in seinem das Bayerische Staatslotteriesgesetz betreffenden Urteil vom 28.03.2006 zu 1 BvR 1054/01 (veröffentlicht u.a. in: BVerfGE 115, 276 - 320; NJW 2006, 1261 – 1267 und juris) ausdrücklich die Unvereinbarkeit des staatlichen Wettmonopols in Bayern mit der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG festgestellt (vgl. Zitierung nach juris: Orientierungssätze 1 und 4a) und diese Aussage auch ausdrücklich auf die vom Europäischen Gerichtshof zum Gemeinschaftsrecht formulierten Vorgaben bezogen (vgl. Urteil vom 28.03.2006, 1 BvR 1054/01, zitiert nach juris: Orientierungssatz 3e und Rn. 144 mit Verweis auf: EuGH Urteil vom 06.11.2003 - C-243/01 - Gambelli u.a. - Slg.	72

2003, I-13076, Rn. 62) und diese Grundsätze in einer Entscheidung vom 02.08.2006 (Nichtannahmebeschluss, 1 BvR 2677/04, zitiert nach juris Orientierungssatz 2 und Rn. 16-18) ausdrücklich auf die Rechtslage in Nordrhein-Westfalen unter Geltung des SportWettenG NW bezogen. Indes hatte es sich auf den Ausspruch der Unvereinbarkeit der Regelung mit dem Grundgesetz beschränkt (vgl.: Urteil vom 28.03.2006 zu 1 BvR 1054/01, zitiert nach juris Rn. 147 und Nichtannahmebeschluss vom 02.08.2006, 1 BvR 2677/04, zitiert nach juris Rn. 17) und gleichzeitig ausdrücklich ausgesprochen, dass das Bayerische Staatslotteriegesetz und das SportWettG NW bis zur verfassungsrechtlich gebotenen Neuregelung durch den Gesetzgeber binnen angemessener Frist bis zum 31.12.2007 (vgl. Urteil vom 28.03.2006, 1 BvR 1054/01, zitiert nach juris: Rn.149, 156; Nichtannahmebeschluss vom 02.08.2006, 1 BvR 2677/04, zitiert nach juris Rn. 18) weiterhin Anwendung finde und folglich das gewerbliche Veranstellen von Wetten und dessen Vermittlung weiterhin als verboten angesehen, was mit Mitteln des Ordnungsrechts unterbunden werden dürfe (vgl.: Urteil vom 28.03.2006 zu 1 BvR 1054/01, zitiert nach juris Rn. nach juris Rn. 158). Durch Beschluss vom 07.12.2006 zu 2 BvR 2428/06 hat das Bundesverfassungsgericht sogar nochmals die in der Entscheidung vom 28.03.2006 aufgestellten Grundsätze auf die nordrhein-westfälische Rechtslage für anwendbar erklärt (BVerfG, NJW 2007, 1521, 1523).

Angeichts der vor dem ministerialen Erlass vom 31.03.2006, dem Erlass der Verfügung vom 12.09.2006 sowie dem Erlass des Widerspruchsbescheids vom 05.03.2007 ergangenen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 28.03.2006 bzw. vom 02.08.2006 durften indes die zuständigen Amtsträger nach Ansicht des Senats vertretbar davon ausgehen, auf Grundlage des SportWettG NW (weiterhin) gegen Sportwettenannahmestellen der streitgegenständlichen Art vorgehen zu dürfen. 73

Dass das der Untersagungsverfügung zugrundeliegende nationale Sportwettenmonopol wegen unmittelbaren Verstoßes gegen Art. 49 AEUV/Art. 43 EG (Recht auf Niederlassungsfreiheit) und Art. 56 AEUV/Art. 49 EG (Recht auf freien Dienstleistungsverkehr) objektiv nicht mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar war und die Anwendung einer nationalen Regelung über das staatliche Sportwettenmonopol wegen des Grundsatzes des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts für eine Übergangszeit nicht in Betracht kam, hat der Europäische Gerichtshof erst mit Urteil vom 08.09.2010 ausgesprochen (Rs. C-409/06 - „Winner Wetten“ - veröffentlicht u.a. in: MMR 2010, 838 – 840; EuGH, MMR 2010, 838, 839 Tz. 60, 61). Da diese Entscheidung zeitlich nach dem streitgegenständlichen ministerialen Erlass vom 31.03.2006, dem Erlass der Verfügung vom 12.09.2006 und dem Erlass des Widerspruchsbescheides vom 05.03.2007 ergangen ist, ist daraus für ein gleichsam rückschauendes Verschulden der zuständigen Amtsträger für den davor liegenden streitgegenständlichen Zeitraum nichts herzuleiten (BGHZ 119, 365, 369 f. = NJW 1993, 530; BGHZ 139, 200, 203 = NJW 1998, 2738; BGH, NJW 1997, 3432, 3433; NJW Jahr 1997; BGH, NJW 2005, 748, 749 - st. Rspr.; vgl. auch: Palandt/Sprau, BGB, 72. Aufl., § 839 Rn. 53; vgl. dazu auch: OLG Köln, Urteil vom 03.05.2012, 7 U 194/11, zitiert nach juris Rn. 14 - rechtskräftig - für die Rechtslage bis zum 31.12.2007 unter Geltung des SportWettG NW). 74

Eine Ausnahmekonstellation, in der ein Verschulden zu bejahen wäre, ist nicht gegeben. Vielmehr beruhten der ministeriale Erlass vom 31.03.2006, der zum Erlass der Verfügung vom 12.09.2006 führte, und der Erlass des Widerspruchsbescheides vom 05.03.2007 auf einer umfassenden und sorgfältigen Prüfung der damaligen, vorstehend näher ausgeführten Sach- und Rechtslage, wie sich ohne Weiteres aus ihren Inhalten ergibt. 75

Auch der Ausnahmefall einer grundsätzlichen Entscheidung einer zentralen Dienststelle, bei der die innere Rechtfertigung für die Anwendung der Kollegialgerichtsrichtlinie mangels 76

überlegender Beurteilungsmöglichkeiten des rechtskundigen Kollegialgerichts entfielen (vgl. dazu: KG Berlin, Urteil vom 30.03.2012, 9 U 115/11, zitiert nach juris Rn. 19 m.w.N.), ist nicht gegeben, da die zuständigen Amtsträger schon keinen Wissensvorsprung „aus ihren täglichen Geschäften“ hatten, sondern vor der Situation standen, die - wie ausgeführt - nicht eindeutige europarechtliche Rechtslage und die im Fluss befindliche Rechtsprechung der nationalen Gerichte und des Europäischen Gerichtshofs auf dem Gebiet des Sportwettenrechts im Blick zu behalten und im Rahmen dieser außerordentlich komplexen Materie schwierige und noch nicht (abschließend) geklärte Rechtsfragen beantworten zu müssen.

Soweit die Klägerin im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 17.04.2013 die Zeugenvernehmung des Dr. y näher bezeichneten Äußerungen „hochrangiger Vertreter des beklagten Landes vor dem 15.03.2007“ in Bezug auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28.03.2006 beantragt hat (Anlage zum Protokoll vom 17.04.2013), ist dieser Beweisantrag mangels ausreichender Substantiierung der Beweistatsache nach dem/den Erklärendem/n sowie zum Ort und den näheren Umständen der Erklärung bereits unzulässig. Die (persönliche) Meinungsäußerung von Vertretern des beklagten Landes zum Inhalt der vorgenannten Entscheidung ist überdies angesichts des dargestellten eindeutigen Inhalts der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nicht geeignet, ein Verschulden der zuständigen Amtswalter zu begründen. 77

c) 78

Auch in der Anordnung der sofortigen Vollziehung der Untersagungsverfügung ist keine schuldhaftes Amtspflichtverletzung zu sehen. 79

Nach der bereits im maßgeblichen Zeitraum bekannten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Urteil vom 27.04.2005, NVwZ 2005, 1303) kann das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung eines Verwaltungsakts in der Regel gegeben sein, wenn durch den Verwaltungsakt strafbares Verhalten unterbunden werden soll. Voraussetzung ist, dass die Strafbarkeit des in Rede stehenden Verhaltens im Rahmen der verfassungsrechtlich gebotenen Abwägung im vorläufigen Rechtsschutzverfahren in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit angenommen werden kann. Dies war unter Berücksichtigung des damaligen Standes der Rechtsprechung der Fall und ist von der beklagten Stadt im Rahmen der durchgeführten und - wie die ausführliche Begründung im Bescheid vom 12.09.2006 zeigt - umfassenden Abwägung in nicht vorwerfbarer Weise angenommen worden. 80

d) 81

Dem beklagten Land ist auch angesichts der Tatsache, dass es nach Ablauf der vom Bundesverfassungsgericht gesetzten Frist zum 01.01.2008, binnen derer das SportWettG NW noch anwendbar sein sollte, nicht dafür gesorgt hat, dass die auf Grundlage des SportWettG NW ergangene Untersagungsverfügung aufgehoben wurde, kein Verschuldensvorwurf zu machen. 82

aa) 83

Zwar blieb die (haftungsrechtliche) Verantwortlichkeit für die Untersagungsverfügung angesichts der Weisung vom 31.03.2006 auch über den Ablauf des 31.12.2007 hinaus beim beklagten Land. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass in dem Erlass vom 31.03.2006 unter Bezugnahme auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 28.03.2006 84

(Aktenzeichen: 1 BvR 1054/01, veröffentlicht u.a. in: BVerfGE 115, 276 - 320; NJW 2006, 1261 – 1267 und juris) ausgeführt ist, das Bundesverfassungsgericht habe klargestellt, „dass jedenfalls bis zum Ablauf der Übergangsfrist am 31.12.2007“ das gewerbliche Veranstellen von Wetten durch private Wettunternehmen und die Vermittlung von Wetten privater Veranstalter illegal sei. Dies bezog sich darauf, dass das Bundesverfassungsgericht in diesem Urteil ausdrücklich ausgesprochen hatte, dass das (dort streitgegenständliche) Bayerische Staatslotteriesgesetz bis zur verfassungsrechtlich gebotenen Neuregelung durch den Gesetzgeber binnen angemessener Frist bis zum 31.12.2007 (vgl. Zitierung nach juris: Rn.149, 156) weiterhin Anwendung finde und folglich das gewerbliche Veranstellen von Wetten und dessen Vermittlung weiterhin als verboten angesehen und mit Mitteln des Ordnungsrechts unterbunden werden dürften (vgl. Zitierung nach juris Rn. 158).

Auch angesichts dieser erkennbaren zeitlichen Begrenzung für die Anwendbarkeit des SportWettG NW ist aber eine nach diesem Zeitpunkt gleichsam ab dem 01.01.2008 endende Verantwortlichkeit des Landes (und damit wieder eintretende Passivlegitimation der ausführenden Stadt) nicht gegeben. Vielmehr bleibt es im Rahmen der durch die Weisung auf sie übergegangenen Zuständigkeit im Verantwortungsbereich der anweisenden Behörde, die Entwicklung der Gesetzeslage und etwaige Auswirkungen der gesetzlichen Neuregelung (Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland – Glücksspielstaatsvertrag – in der vom 01.01.2008 bis zum 31.11.2012 geltenden Fassung - GlüStV 2008- nebst nordrhein-westfälischem Ausführungsgesetz) im Blick zu behalten und darauf, falls nötig, z.B. erneut mittels Weisung, zu reagieren. Dies gilt auch, soweit zum 01.12.2012 in Nordrhein-Westfalen der neue Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland (Glücksspielstaatsvertrag – GlüStV) vom 15.12.2011 nebst nordrhein-westfälischem Ausführungsgesetz vom 13.11.2012 in Kraft getreten ist (Im Weiteren: GlüStV 2012).

85

bb)Allerdings ist ein Verschulden auf Seiten des beklagten Landes unter Geltung des GlüStV 2008 nebst nordrhein-westfälischem Ausführungsgesetz ab dem 01.01.2008 angesichts der weiterhin existenten (bestandskräftigen) Untersagungsverfügung vom 12.09.2006 in Gestalt des Widerspruchsbescheides nicht gegeben. Denn in § 10 Abs. 1, 2 und 5 GlüStV 2008 war ebenfalls eine staatliche Monopolregelung - jedenfalls in Bezug auf das von der Klägerin an die IBA vermittelte Wettangebot -enthalten, so dass ausschließlich die Wettangebote der Monopolträger vermittelt werden durften und private Vermittlungstätigkeiten weiterhin illegal waren.

86

Allein das Vorhandensein einer Monopolregelung auch im GlüStV 2008 kann ein Verschulden seitens des beklagten Landes gleichfalls nicht begründen. Denn der ab dem 01.01.2008 in Geltung befindliche GlüStV 2008 war gerade vor dem Hintergrund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Urteil vom 28.03.2006 zu 1 BvR 1054/01 in Bezug auf die alte Rechtslage erarbeitet worden, wonach allerdings ein staatliches Monopol als solches nicht per se ausschied. Das Bundesverfassungsgericht hatte darin zwar die Unvereinbarkeit der bayerischen Monopolregelung mit Art 12 GG ausgesprochen, die der nordrhein-westfälischen im SportWettG NW entsprach. Allerdings hatte das Bundesverfassungsgericht eine (verfassungsgemäße) staatliche Monopolregelung nicht von vorneherein ausgeschlossen, sondern unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Gambelli-Entscheidung des EuGH (Slg. 2003, I-13076 Rn. 62) zu den Voraussetzungen eines unionsrechtskonformen Monopols ausgeführt, die Unterbindung der Vermittlung von Sportwetten sei mit dem Unionsrecht vereinbar, wenn das Staatsmonopol wirklich dem Ziel diene, die Gelegenheiten zum Spielen zu vermindern, und die Finanzierung sozialer Aktivitäten mithilfe einer Abgabe auf die Einnahmen aus genehmigten Spielen nur eine Nebenfolge, nicht aber der eigentliche Grund der betriebenen restriktiven Politik sei. Gleichzeitig hatte das Bundesverfassungsgericht

87

ausdrücklich den Gleichlauf dieser Vorgaben für das Grundgesetz angenommen (zitiert nach juris Rn. 144) und dem Gesetzgeber den Auftrag zur Neuregelung unter Beachtung dieser Vorgaben bis zum 31.12.2007 auferlegt. Dazu heißt es in dem Urteil vom 28.03.2006 (zitiert nach juris Rn. 149):

„Der Gesetzgeber ist verfassungsrechtlich gehalten, den Bereich der Sportwetten unter Ausübung seines rechtspolitischen Gestaltungsspielraums neu zu regeln. Will der Gesetzgeber an einem staatlichen Wettmonopol festhalten, muss er dieses konsequent am Ziel der Bekämpfung von Wertsucht und der Begrenzung der Wettleidenschaft ausrichten. Dabei ergeben sich für die verfassungsgemäße Ausgestaltung eines Wettmonopols materiellrechtliche und organisatorische Anforderungen. Deren Umsetzung im Einzelnen und im Zusammenspiel miteinander obliegt dem Gesetzgeber.“ 88

Diese Grundsätze hatte das Bundesverfassungsgericht einer Entscheidung vom 02.08.2006 (Nichtannahmebeschluss, 1 BvR 2677/04, zitiert nach juris Orientierungssatz 2 und Rn. 16-18) ausdrücklich auf die Rechtslage in Nordrhein-Westfalen unter Geltung des SportWettG NW bezogen und dies später nochmals im Beschluss vom 07.12.2006 bestätigt (Nichtannahmebeschluss, 2 BvR 2428/06, zitiert nach juris Rn. 26). 89

Dass dem Gesetzgeber die Einhaltung dieser Vorgaben mit dem GlüStV 2008 nebst nordrhein-westfälischem Ausführungsgesetz (möglicherweise) nicht gelungen war, war jedenfalls nicht derart deutlich, als dass daraus dem zuständigen Amtswalter beim beklagten Land ein Verschuldensvorwurf zu machen wäre. Vielmehr hat später selbst das Bundesverfassungsgericht den GlüStV 2008 bzw. einzelne Regelungen daraus für mit höherrangigem Recht vereinbar gehalten (Beschluss vom 14.10.2008, 1 BvR 928/08, veröffentlicht u.a. bei juris – ausdrücklich für die mit Nordrhein-Westfalen im Wesentlichen identische Rechtslage in Berlin und Niedersachsen). 90

Mangels schuldhafter Amtspflichtverletzung entfällt damit ein Amtshaftungsanspruch der Klägerin (839 BGB, Art. 34 GG). 91

3. 92

Auch ein unionsrechtlicher Staatshaftungsanspruch scheidet aus. 93

Obwohl der EU-Vertrag insoweit keine ausdrückliche Anspruchsgrundlage für die Haftung der Mitgliedsstaaten für gemeinschaftswidriges Verhalten enthält, ist ein solcher gemeinschaftsrechtlich begründeter Staatshaftungsanspruch, der gegenüber dem Amtshaftungsanspruch aus § 839 BGB, Art. 34 GG eigenständig ist (vgl.: BGH, NJW 1997, 123 ff.), - wie der Senat bereits in seinem Hinweisbeschluss vom 03.08.2012 ausgeführt hat - allgemein anerkannt. Er wird aus dem allgemeinen System und den Grundsätzen des Vertrages mit einer unmittelbaren und mittelbaren Wirkung gegenüber dem Bürger begründet (vgl. dazu: EuGH, Urteil vom 05.03.1996, verb. Rs. C-46/93 und C-48/93, „Brasserie du pêcheur“ und „Factorame“, Slg. 1996, I-1029, NJW 1996, 1267, 1268; EuGH, Urteil vom 19.11.1991, Rs. C-6/90 und C-9/90, NJW 1992, 165, 166 Tz. 30; BGH, NJW 1997, 123, 124). 94

a) 95

Danach haben die Mitgliedsstaaten grundsätzlich Schadensersatz für die dem Einzelnen durch die einem Staat zuzurechnenden Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht zu leisten, und zwar auch dann, wenn - wie hier - der zur Last gelegte Verstoß dem nationalen Gesetzgeber zuzuschreiben ist (EuGH, Urteil vom 05.03.1996, Slg. 1996, I-1029 – „Brasserie 96

du pêcheur“). Ist ein Verstoß eines Mitgliedsstaates gegen das Gemeinschaftsrecht dem nationalen Gesetzgeber zuzurechnen, der auf einem Gebiet tätig wird, auf dem er im Hinblick auf normative Entscheidungen über einen weiten Ermessensspielraum verfügt, so hat der Geschädigte einen Entschädigungsanspruch, wenn die verletzte gemeinschaftsrechtliche Vorschrift bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, der Verstoß hinreichend qualifiziert ist und zwischen diesem Verstoß und dem dem Einzelnen entstandenen Schaden ein unmittelbarer Kausalzusammenhang besteht (vgl. EuGH, Urteile vom 30.09.2003 - Rs. C-224/01 - „Köbler“ - Slg. 2003, I-10290, 10305 = NJW 2003, 3539 zu Rn. 30, 31; vom 24.03.2009 - Rs. C-445/06 – „Danske Slagterier“ – a.a.O., S. 336 Rn. 20, jeweils m.umfangr.w.N.; BGH, Urteil vom 04.06.2009, III ZR 144/05, zitiert nach juris Rn. 13; BGHZ 134, 30, 37; BGHZ 146, 153, 158 f.; BGHZ 161, 224, 233; BGHZ 162, 49, 51 f; BGH, WM 2009, 621, 622 Rn. 12; OLG Braunschweig, Beschluss vom 05.05.2011, 3 W 24/11, zitiert nach juris Rn. 4). Unter diesem Vorbehalt hat der Staat die Folgen des durch den ihm zuzurechnenden Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht entstandenen Schadens im Rahmen des nationalen Haftungsrechts zu beheben, wobei die im nationalen Recht festgelegten Voraussetzungen nicht ungünstiger sein dürfen als bei innerstaatlichen Ansprüchen und die Voraussetzungen nicht derart ausgestaltet sein dürfen, dass die Erlangung der Entschädigung praktisch unmöglich ist oder übermäßig erschwert wird (EuGH, Urteil vom 05.03.1996, Slg. 1996, I-1029 – „Brasserie du pêcheur“). Zudem darf das nationale Gericht bei Anwendung des nationalen Rechts den Ersatz des Schadens nicht von einem Verschulden des staatlichen Amtsträgers, dem der Verstoß zuzurechnen ist, abhängig machen, das über den hinreichend qualifizierten Verstoß hinausgeht (EuGH, Urteil vom 05.03.1996, Slg. 1996, I-1029 – „Brasserie du pêcheur“).

Ob diese Voraussetzungen vorliegen, haben die nationalen Gerichte unter Beachtung der vom Europäischen Gerichtshof entwickelten Leitlinien festzustellen (vgl. EuGH, Urteile vom 01.06.1999 - Rs. C-302/97 – „Konle“ - Slg. 1999, I-3122, 3139 Rn. 58 f.; vom 04.07.2000 - Rs. C-424/97 – „Haim II“ - Slg. 2000, I-5148, 5163 Rn. 44; vom 13.03.2007 - Rs. C-524/04 – „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation“ - Slg. 2007, I-2157, 2204 Rn. 116; OLG Bremen, Urteil vom 13.02.2013, 1 U 6/08, zitiert nach juris Rn. 54).

97

Ein Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht ist hinreichend qualifiziert in diesem Sinne, wenn die durch das Gemeinschaftsrecht gezogenen Grenzen offenkundig und erheblich überschritten worden sind (EuGH, Urteil vom 05.03.1996, Slg. 1996, I-1029 – „Brasserie du pêcheur“; BGHZ 134, 30; BGH, NJW 2009, 2534; OLG Braunschweig, Beschluss vom 05.05.2011, 3 W 24/11, zitiert nach juris Rn. 5). Dies ist dann zu bejahen, wenn die verletzte Norm in ihrer Rechtsfolge das gebotene Verhalten so eindeutig aufgibt, dass kein vernünftiger Zweifel über das erlaubte und unerlaubte mitgliedsstaatliche Verhaltensspektrum mehr besteht. Dieser restriktiv ausgestaltete Haftungsmaßstab gründet sich auf die Erwägung, dass die Wahrnehmung gesetzgeberischer Tätigkeit, insbesondere bei wirtschaftspolitischen Entscheidungen, nicht jedes Mal durch die Möglichkeit von Schadensersatzklagen behindert werden darf, sofern Allgemeininteressen den Erlass von Maßnahmen gebieten, die die Interessen des Einzelnen beeinträchtigen können (BGH, NJW 2009, 2543 m.w.N.). Um festzustellen, ob ein hinreichend qualifizierter Verstoß gegeben ist, sind alle Gesichtspunkte des Einzelfalls zu berücksichtigen, die für den dem nationalen Gericht vorgelegten Sachverhalt kennzeichnend sind. Dazu gehören insbesondere das Maß an Klarheit und Genauigkeit der verletzten Vorschrift, die Frage des Vorsatzes in Bezug auf die Schadensbegehung bzw. -zufügung, die Frage, ob ein etwaiger Rechtsirrtum entschuldbar ist oder nicht, und die Frage, ob eventuell das Verhalten eines Gemeinschaftsorgans dazu beigetragen hat, dass nationale Maßnahmen oder Praktiken in gemeinschaftsrechtswidriger Weise eingeführt oder aufrecht erhalten wurden (BGH, NJW

98

b)

99

Nach Ansicht des Senats, die er bereits in seinem Hinweisbeschluss vom 03.08.2012 dargelegt hat und an der der Senat nach erneuter Prüfung und abschließender Beratung festhält, kann vorliegend dahinstehen, ob ein Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht, insbesondere gegen die Vorschriften betreffend die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit, gegeben ist. Denn jedenfalls wäre ein solcher Verstoß nach den vorgenannten Grundsätzen nicht hinreichend qualifiziert.

100

aa) Die maßgeblichen europäischen Regelungen über das Glücksspielrecht sind und waren auch in den Jahren 2006 und 2007 gerade nicht eindeutig (vgl. dazu auch: BGH, Urteil vom 18.10.2012, III ZR 197/11, veröffentlicht u.a. NJW 2013, 168, 169; OLG Bremen, Urteil vom 13.02.2013, 1 U 6/08, zitiert nach juris Rn. 56). Vielmehr ist dem nationalen Gesetzgeber nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ein weiterer Gestaltungsspielraum auf dem Gebiet Glücksspielrechts eingeräumt. Sofern nationale Rechtsvorschriften auf dem Gebiet der Spiele und Wetten durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls legitimiert sind und darauf abzielen, Beschränkungen der Spieltätigkeiten aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses (Verbraucherschutz, Betrugsverbeugung, Vermeidung von Anreizen für den Bürger zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen) herbeizuführen, ist eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs und der Niederlassungsfreiheit gerechtfertigt (EuGH, Urteil vom 08.09.2010, C-46/08, „Carmen Media Group“, Rn. 55 mit Verweis auf die „Gambelli“-Entscheidung). Von diesem Ermessens- und Gestaltungsspielraum wird auch die Wahl der Mittel zum Schutze der Allgemeinheit vor den Gefahren des Glücksspiels umfasst, wie z.B. die Einrichtung mehr oder weniger strenger Kontrollformen, der Erlass möglicher gänzlicher oder teilweiser Verbote privater Sportwetten und sonstiger Glücksspiele oder auch die Errichtung eines staatlichen Monopols, wobei die jeweiligen sittlichen, religiösen oder kulturellen Besonderheiten das Ermessen der staatlichen Stellen rechtfertigen, im Einklang mit ihrer jeweiligen Werteordnung zu bestimmen, welche Erfordernisse sich aus dem Verbraucherschutz und dem Schutz der Sozialordnung im Hinblick auf das vom jeweiligen Mitgliedsstaat angestrebte Schutzniveau ergeben (EuGH, NJW 1994, 213 ff.; EuGH, EuZW 2000, 148, 150; EuGH, Urteile vom 08.09.2010, „Carmen Media Group“ - C-46/08 Rn. 58, 104 und „Stoß“, C-316/07, GewArch 2010, 444, 446 Tz. 75 ff.). Die Beschränkung der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit durch ein staatliches Monopol, das das Ziel verfolgt, Anreize für die Bürger zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen zu vermeiden und die Spielsucht zu bekämpfen, ist danach dann gerechtfertigt, wenn diese restriktive Maßnahme geeignet ist, die Verwirklichung dieses Ziels dadurch zu gewährleisten, dass sie dazu beiträgt, die Wetttätigkeit in (gesamt-)kohärent und systematischer Weise zu begrenzen (EuGH, Urteil vom 08.09.2010, „Carmen Media Group“ - C-46/08 Rn. 63, 64). Erforderlich ist danach, dass Anreize für andere Arten von Glücksspielen, die nicht unter das Monopol fallen, aber ein vergleichsweise höheres Suchtpotential aufweisen, vermieden werden, die Einschränkungen im nationalen Glücksspielrecht primär der Bekämpfung glücksspielimmanenter Gefahren dienen und fiskalische Interessen lediglich eine erfreuliche Nebenfolge der restriktiven nationalen gesetzlichen Ausgestaltung sind. Dabei hat der Europäische Gerichtshof hervorgehoben, dass die Beurteilung, ob sich die jeweiligen nationalen Regelungen im Einklang mit den Gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben halten, den nationalen Gerichten vorbehalten ist (vgl. EuGH, Urteile vom 6.03.2007, Placanica, Rs. C-338/04, C-359/04 und C 360/04, Slg. 2007, I 01891, a.a.O, Rn. 58, und vom 21.10.1999, Zenatti, Rs. C 67/98, Slg. 1999, I 07289 Rn. 37.).

101

102

Angesichts dieses weiten Ermessensspielraums war die Frage, ob das im Zeitpunkt des ministerialen Erlasses vom 31.03.2006, der zum Erlasses der Ordnungsverfügung vom 12.09.2006 führte, und im Zeitpunkt des Erlasses des Widerspruchsbescheides vom 05.03.2007 im Sportwettengesetz NW verankerte staatliche Sportwettenmonopol einen Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht darstellte und daher während einer Übergangszeit bis zu einer nationalen Neuregelung nicht mehr angewendet werden durfte, nach Ansicht des Senats im Übereinstimmung mit der von anderen Obergerichten (vgl. z.B. OLG Bremen, Urteil vom 13.02.2013, 1 U 6/08, zitiert nach juris Rn. 56; OLG Köln, Urteil vom 03.05.2012, 7 U 194/11, zitiert nach juris Rn. 21 ff.; OLG Braunschweig, Beschluss vom 05.05.2011, 3 W 24/11, zitiert nach juris Rn. 4, 5; OLG München, Urteil vom 15.07.2011, 1 U 392/10, zitiert nach juris Orientierungssatz und Rn. 56 ff.) und dem Bundesgerichtshof (Urteile vom 18.10.2012 zu III ZR 196/11 Tz. 22 und III ZR 197/11 Tz. 22) vertretenen Auffassung (jedenfalls) bis zu den Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs vom 08.09.2010, insbesondere zu C-409/06 (EUGH, MMR 2010, 838 ff. - „Winner Wetten“) nicht in dem Maße geklärt, als dass die streitgegenständlichen Maßnahmen als offenkundige Verstöße gegen gemeinschaftsrechtlich gewährleistete Freiheiten einzustufen wären. Bis zu den vorgenannten Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs vom 08.09.2010 war dieser mit der Frage der Rechtfertigung des Deutschen Sportwettenmonopols nicht befasst gewesen, sondern hatte - wie ausgeführt - stets betont, dass die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit einem staatlichen Wettmonopol (zwar) nicht grundsätzlich entgegenstehen, gleichzeitig allerdings gefordert, dass das Kohärenzgebot in Bezug auf dem Allgemeinwohl dienende Ziele (z.B. Verbraucherschutz, Begrenzung der Wetttätigkeit) und dem staatlichen Wettmonopol zu beachten sei. Die Entscheidung der Frage, ob eine Regelung dem Kohärenzgebot entspricht oder nicht, setzt indes die Vornahme von Wertungen und Abwägungen voraus, die keineswegs nur zu einem Ergebnis führen können (so bereits eingehend: OLG München Urteil vom 15.07.2011, 1 U 392/11, zitiert nach juris Rn. 60 f.; im Anschluss: OLG Köln, Urteil vom 03.05.2012, 7 U 194/11, zitiert nach juris Rn. 23). Vor diesem Hintergrund ist die Offenkundigkeit eines Verstoßes gegen Gemeinschaftsrecht im Zusammenhang mit den streitgegenständlichen Maßnahmen bzw. deren Erkennbarkeit für die zuständigen Amtsträger nicht anzunehmen.

bb) Wie gleichfalls bereits im Senatsbeschluss vom 03.08.2012 ausgeführt, ist der Senat - auch nach abschließender Beratung (weiterhin) - im Anschluss an die von den Oberlandesgerichten München (Urteil vom 15.07.2011, 1 U 392/11, zitiert nach juris Rn. 59) und Köln (Urteil vom 03.05.2012, 7 U 194/11, zitiert nach juris Rn. 21; siehe auch: Urteil vom 23.02.2012, 7 U 99/11, zitiert nach juris Rn. 24) vertretene Ansicht der Auffassung, dass gleichfalls die bereits im Rahmen des Amtshaftungsanspruchs zitierte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28.03.2006 nicht geeignet war, bei den zuständigen Amtsträgern des beklagten Landes die Vorstellung eines offenkundigen Verstoßes gegen Gemeinschaftsrecht hervorzurufen. 103

Zum Einen befasste sich diese Entscheidung aus Kompetenzgründen ausschließlich mit der Feststellung eines Verstoßes gegen Art. 12 Abs. 1 GG, also einer Vorschrift des nationalen Rechts, und gerade nicht mit einem Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht. Zum Anderen waren der Entscheidung zwar durchaus Anhaltspunkte (auch) für eine Gemeinschaftsrechtswidrigkeit des Sportwettenmonopols zu entnehmen, da das Bundesverfassungsgericht Ausführungen zur Parallelität der Anforderungen des nationalen Verfassungsrechts und der Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs zum Gemeinschaftsrecht machte, andererseits erklärte das Bundesverfassungsgericht die Regelungen des SportWettG NW aber ausdrücklich für eine Übergangszeit bis zum 31.12.2007 für anwendbar. 104

Auch das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen entschied in den Jahren 2006 und 2007 mehrfach, dass das gewerbliche Veranstellen von Wetten durch private Wettunternehmen und die Vermittlung solcher Wetten auf Grundlage des Sportwettengesetzes NW trotz dessen Verstoßes gegen Art. 12 Abs. 1 GG und wohl auch gegen die europarechtliche Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit unter Berücksichtigung des Prinzips der Rechtssicherheit (weiterhin) unterbunden werden konnten, da die Voraussetzungen einer temporären Durchbrechung des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts zur Vermeidung einer inakzeptablen Gesetzeslücke bei Nichtanwendung des nationalen Rechts gegeben seien (vgl. jeweils OVG Münster: Beschluss vom 28.06.2006, 4 B 961/06, zitiert nach juris Rn. 12 ff., 27 ff.; Beschluss vom 09.10.2006, 4 B 898/06, zitiert nach juris Rn. 36 ff, 49; Beschluss vom 31.10.2006, 4 B 1774/06, zitiert nach juris Rn. 26 ff., 34 ff, 44 ff; Beschluss vom 13.11.2006, 4 B 868/06, zitiert nach juris Rn. 26 ff., 34 ff., 48, 49; Beschluss vom 18.04.2007, 4 B 1246/06, zitiert nach juris Rn. 11 ff., 41 ff.; Beschluss vom 20.04.2007, 4 B 1176/06, zitiert nach juris Rn. 11 ff., 29 ff., 43 ff.; Beschluss vom 20.04.2007, 4 B 2293/06, zitiert nach juris Rn. 43 ff., 49 f.).	105
Erst mit der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 08.09.2010 (Rs. C-409/06 - „Winner Wetten“, MMR 2010, 838, 839 Tz. 61) wurde klargestellt, dass diese vom Bundesverfassungsgericht eingeräumte Übergangsfrist für den Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht keine Geltung beanspruchen konnte.	106
Der im Senatstermin am 17.04.2013 gestellte Beweisantrag auf Vernehmung des Zeugen y näher bezeichneten Äußerungen „hochrangiger Vertreter des beklagten Landes“ in Bezug auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28.03.2006 ist – wie bereits ausgeführt – mangels ausreichender Substantiierung in Bezug auf die Person des/der Erklärenden sowie dem Ort und den näheren Umständen der Erklärung bereits unzulässig. Zudem ist die (persönliche) Meinungsäußerung von Vertretern des beklagten Landes zum Inhalt der vorgenannten Entscheidung überdies angesichts des dargestellten eindeutigen Inhalts der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nicht geeignet, ein Verschulden der zuständigen Amtswalter zu begründen. Insoweit wird auf die obigen Ausführungen verwiesen.	107
c)	108
Auch ein qualifizierter Verstoß wegen der Anordnung der sofortigen Vollziehung im Bescheid vom 12.09.2006 ist nicht gegeben.	109
Wie bereits im Rahmen des Verschuldens dargestellt, ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht geklärt, dass das besondere Vollziehungsinteresse das Suspensivinteresse überwiegen kann, wenn durch die sofortige Vollziehung des Verwaltungsakts strafbares Verhalten (hier: § 284 StGB) unterbunden werden soll (BVerfG, Urteil vom 27.04.2005, NVwZ 2005, 1303). Zudem hatte das Oberverwaltungsgericht Münster in einem Beschluss vom 28.06.2006 – 4 B 961/06 – in einem vergleichbaren Fall ausgeführt, dass das Suspensivinteresse des Antragstellers hinter öffentliche Interessen zurücktreten müsse (zitiert nach juris Rn. 4 ff.).	110
4.	111
Auch ein Entschädigungsanspruch der Klägerin gegen das beklagte Land gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) OBG NW, der eine (verschuldensunabhängige) Ersatzpflicht für rechtswidrige Maßnahmen von Ordnungsbehörden bestimmt und neben einem Amtshaftungsanspruch aus § 839 BGB, Art. 34 GG (Palandt/Sprau, BGB, 72. Aufl., § 839 Rn. 85) und einem unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch in Betracht kommt, scheidet bereits dem Grunde	112

nach aus.

- a) 113
- Zwar hält der Senat nach erneuter Überprüfung und abschließender Beratung in diesem Zusammenhang nicht mehr an seiner im Hinweisbeschluss vom 03.08.2012 dargelegten, im Anschluss an die vom Landgericht Köln im Urteil vom 27.09.2011 zu 5 O 385/10 (veröffentlicht u.a. in: ZfWG 2012, 70 - 73 und bei juris) sowie vom OLG Köln im Urteil vom 03.05.2012 zu 7 U 194/11 (veröffentlicht bei juris) vertretenen Auffassung der einschränkenden Auslegung des § 39 Abs. 1 lit. b) OBG NW im Lichte des Gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruches fest, da es nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nicht ausgeschlossen ist, dass die Haftung des Staats auf der Grundlage des nationalen Rechts unter weniger einschränkenden Voraussetzungen als des Gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs ausgelöst werden kann (vgl. dazu: EuGH, Urteil vom 17.04.2007, Rs. C-470/03, „AGM-COS.MET“, veröffentlicht bei juris, Tz. 85 m.w.N.). 114
- b) 115
- Allerdings hält der Senat auch nach abschließender Beratung daran fest, dass ein Anspruch der Klägerin aus § 39 Abs. 1 lit. b) OBG NW ausscheidet, weil der Erlass der Ordnungsverfügung vom 12.09.2006, die im Außenverhältnis zur Klägerin haftungsrechtlicher Anknüpfungspunkt ist, auf legislativem Unrecht beruht, worunter auch der Fall gehört, dass der Eingriff nicht durch das verfassungswidrige (formelle) Gesetz selbst, sondern – wie hier – durch einen darauf gestützten Verwaltungsakt erfolgt (BGH, NJW 1987, 1875, 1877), indes die Haftung für legislatives Unrecht der deutschen Rechtsordnung fremd und insbesondere auch nicht von § 39 Abs. 1 lit. b) OBG NW umfasst ist (OLG Köln, Urteil vom 03.05.2012, 7 U 194/11, zitiert nach juris Rn. 31; vgl. auch: OLG Bremen, Urteil vom 13.02.2013, 1 U 6/08, zitiert nach juris Rn. 104 für eine Haftung auf Grundlage der §§ 56 ff. BremPolG, 12 Abs. 1 LoStV). 116
- aa) 117
- Der Senat bleibt zunächst dabei, dass es sich vorliegend nicht um einen Fall des administrativen Unrechts handelt. 118
- Der zuständige Amtsträger hat mit dem Erlass vom 31.03.2006, der Veranlassung für die auf § 14 OBG NW, § 12 Abs. 1 Ziff. 1. LoStV, §§ 1, 2, 3 SportWettG NW und § 284 StGB gegründete Untersagungsverfügung vom 12.09.2006 war, nicht bestehenden Recht falsch angewendet, wie der Senat bereits in seinem Beschluss vom 03.08.2012 ausgeführt hat. 119
- Zum Einen besteht kein Zweifel daran, dass § 12 Abs. 1 LoStV (auch) Ermächtigungsgrundlage war, da diese Norm durch die landesgesetzlichen Bestimmungen unmittelbar zu Landesrecht geworden ist. Zum Anderen kommt eine Rechtswidrigkeit im Sinne des § 39 Abs. 1 lit. b) OBG NW nur unter dem Gesichtspunkt in Betracht, dass dem Erlass vom 31.03.2006 die (später) als gemeinschaftsrechtswidrig beurteilte Monopolregelung aus § 5 Abs. 2 und Abs. 4 LoStV, § 1 Abs. 1 Satz 2 SportWettG NW zugrundelag. Denn darauf gründeten sich die für den Erlass tragenden Annahmen einer „Gefahr für die öffentliche Sicherheit“ im Sinne des § 14 Abs. 1 OBG NW sowie der Erfüllung des Straftatbestandes nach § 284 StGB. Die Missachtung der glücksspielrechtlichen Verbotsnormen des Strafgesetzbuches sowie der einschlägigen Landesgesetze erfüllt nämlich unzweifelhaft den Tatbestand einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit (Dietlein, 120

Auch dass die Untersagungsverfügung vom 12.09.2006 u.a. auf § 14 OBG NW sowie § 12 LoStV gestützt war, die der Behörde nach ihrem Wortlaut („kann“) grundsätzlich ein Ermessen einräumen, führt nicht zu einer anderen Entscheidung. 121

Grundsätzlich wird den Ordnungsbehörden zwar - anders als im Strafrecht nach dem Legalitätsprinzip – im Rahmen des das Polizei- und Ordnungsrechts prägenden sog. Opportunitätsgrundsatzes ein umfassendes Entschließungs-, Störerauswahl- und Handlungsermessen eingeräumt. Allerdings war das Ermessen vorliegend für den Bereich der Intervention gegen Vermittlungstätigkeiten wie die von der Klägerin betriebene auf Null reduziert. Denn das Glücksspielrecht, wie es durch den LoStV und das SportWettG NW ausgestaltet war, implizierte angesichts der in § 5 Abs. 2 und 4 LoStV, § 1 Abs. 1 Satz 2 SportWettG NW enthaltenen Monopolregelung, die - mit Ausnahme der im Dritten Abschnitt des LoStV aufgeführten Lotterien und Ausspielungen - ein absolutes Verbot privater Vermittlungstätigkeit vorsahen, bereits eine derartige Verengung im Sinne einer Ermessensreduzierung auf Null. Den vorgenannten glücksspielrechtlichen Regelungen - namentlich im Bereich des Sportwettenrechts – lag die Erkenntnis zugrunde, dass sich entsprechende Aktivitäten angesichts des hohen Verführungspotentials des menschlichen Spieltriebs niemals in Gänze werden unterbinden lassen. Gesetzesziel war es, den Bürgern ein streng kontrolliertes und dosiertes Angebot durch staatliche Anbieter zur Verfügung zu stellen und nicht zugelassene (illegale) Anbieter vollständig vom Markt zu verdrängen. Dieses im Gesetz angelegte System setzte aber das umfassende Einschreiten der Ordnungsbehörden voraus und wäre konterkariert worden, wenn die Ordnungsbehörden - und sei es nur faktisch - illegale Anbieter geduldet hätten, da dies auf eine unkontrollierbare Vervielfachung von Spielangeboten hinausgelaufen wäre. Das Repressivverbot im Bereich des Glücksspiels wirkte in der Zusammenschau mit dem speziellen öffentlichen Auftrag der staatlich konzessionierten Glückspielunternehmungen (vgl. § 5 Abs. 1 i.V.m. § 1 LoStV), den nicht zu unterdrückenden Spieltrieb des Menschen zu kanalisieren und dem illegalen Glücksspiel in nicht unerheblichem Umfang den Nährboden zu entziehen (vgl. dazu: Dietlein/Thiel, NWVBl. 2001, 170, 171; Dietlein, GewArch 2005, 89 ff.; Ohlmann, WRP 2001, 672, 675), auf das Ermessen der Ordnungsbehörden also dahin ein, dass die Entscheidung über ein Einschreiten gegen nicht gesetzeskonforme Glücksspielangebote - wie das von der Klägerin vermittelte – in Richtung einer Interventionspflicht verengt wurde. Aus dem ordnungsbehördlichen „Kann“ wurde demnach ein „Muss“. 122

Demnach beruhte die Rechtswidrigkeit der Ordnungsverfügung nicht auf einem Ermessensfehler der Behörde im Sinne administrativen Unrechts, sondern infolge der Ermessensreduzierung auf Null auf den gemeinschaftsrechtswidrigen Regelungen des damaligen Glücksspielrechts. Der Erlass vom 31.03.2006 stellte sich mithin als konsequente Umsetzung dieser gesetzlichen Regelungen dar. 123

bb) 124

Im Anschluss an das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 12.03.1987 (III ZR 216/85, veröffentlicht u.a. in: NJW 1987, 1875 ff.) gehört nach Ansicht des Senats zur Fallgruppe des legislativen Unrechts auch der Fall, dass der Eingriff nicht durch das verfassungswidrige (formelle) Gesetz selbst, sondern – wie hier – durch einen darauf gestützten Verwaltungsakt erfolgt. Die von Klägerseite vorgetragene Einwände, insbesondere unter Bezugnahme auf die Entstehungsgeschichte des § 39 Abs. 1 lit. b) OBG NW, führen nicht zu einer anderen Entscheidung. Der Senat bleibt nach nochmaliger Überprüfung und abschließender Beratung dabei, dass § 39 Abs. 1 lit. b) OBG NW als spezielle Ausgestaltung des Haftungsanspruchs 125

aus Aufopferung bzw. aus enteignungsgleichem Eingriff nicht zu einer Haftung für (formelles) legislatives Unrecht bzw. dessen Vollzug in der vorliegenden Konstellation führt.

Zwar trifft die Auffassung der Klägerseite zu, dass der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 12.03.1987 eine Haftung für eine solche Konstellation des legislativen Unrechts vor dem Hintergrund der Überschreitung des Rahmens des richterrechtlich geprägten und ausgestalteten Haftungsinstituts des enteignungsgleichen Eingriffs verneint und wegen der schwerwiegenden Folgen für die Haushaltsprärogative der Entscheidung des Parlamentsgesetzgebers vorbehalten hat. Verfehlt ist hingegen die Annahme, der nordrhein-westfälische Parlamentsgesetzgeber habe eine solche Haftung bereits im damaligen § 42 OBG NW in der Fassung vom 16.10.1956 (GV. NW. A S. 289), der am 01.01.1957 in Kraft trat und dem heutigen § 39 OBG NW inhaltlich entsprach, normiert, so dass § 39 Abs. 1 lit. b) OBG NW eine Haftung in diesen Konstellationen begründe. 126

Der Gesetzgeber des nordrhein-westfälischen Ordnungsbehördengesetzes wollte mit der im Jahr 1957 in Kraft getretenen Regelung in § 42 OBG NW (die zunächst im Rahmen der Novelle 1969 in § 41 OBG NW und später in den heutigen § 39 OBG NW inskribiert wurde) die im Wege richterlicher Rechtsfortbildung entwickelten Entschädigungsansprüche aus Aufopferung und enteignungsgleichem Eingriff, denen der Rechtsgedanke aus den §§ 74, 75 Einl. des Allgemeinen Preußischen Landrechts von 1794 zugrundelag, vielmehr (lediglich) in Übereinstimmung mit den allgemein geltenden und unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten fortentwickelten Grundsätzen des Entschädigungsrechts und unter Verwertung der bei der Enteignungsentschädigung nach Art. 14 GG gewonnen allgemeinen Erkenntnisse präzisieren (zum früheren, dem heutigen § 39 OBG NW entsprechenden § 41 OBG NW: Rietdorf/Heise/Böckenförde/Strehlau, Ordnungs- und Polizeirecht in Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl., § 41 Rn. 2, 7), nicht aber den Haftungsbereich auf Fälle des legislativen Unrechts erweitern. Ausschließlich in diesem Rahmen wollte der nordrhein-westfälische Parlamentsgesetzgeber so großzügig wie möglich verfahren und all das „einfangen“, was bereits aus den damaligen Tendenzen der Rechtsprechung ersichtlich war (so wörtlich zum früheren § 41 OBG NW: Rietdorf/Heise/Böckenförde/Strehlau, Ordnungs- und Polizeirecht in Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl., § 41 Rn. 7). Vor diesem Hintergrund ist auch die Verwendung des Begriffs der „Maßnahme“ statt der schärferen Charakterisierung als „Eingriff“ zu verstehen, da es nach dem gesetzgeberischen Willen für die Rechtswidrigkeit der Maßnahme nicht darauf ankam, ob die Maßnahme im Falle ihrer Rechtmäßigkeit eine Enteignung darstellte (zum früheren, dem heutigen § 39 OBG NW entsprechenden § 41 OBG NW: Rietdorf/Heise/Böckenförde/Strehlau, Ordnungs- und Polizeirecht in Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl., § 41 Rn. 7), was der auch vom Bundesgerichtshof (später) aufgegebenen Differenzierung zwischen Aufopferung und enteignungsgleichem Eingriff entsprach (zum früheren, dem heutigen § 39 OBG NW entsprechenden § 41 OBG NW: Rietdorf/Heise/Böckenförde/Strehlau, Ordnungs- und Polizeirecht in Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl., § 41 Rn. 8 mit Verweis auf: BGHZ 32, 208/211; BGHZ 45, 58). 127

Zur Präzisierung der fortentwickelten Grundsätze des Entschädigungsrechts in diesem Sinne gehörte eine Entschädigung wegen legislativen Unrechts des formellen Gesetzgebers indes nicht. Vielmehr hatte bereits das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung einen solchen Entschädigungsanspruch verneint (vgl. z.B.: RGZ 118, 325; RGZ 128, 134; RGZ 130, 319; RG, JW 1928, 1036, 1038; Bender, Staatshaftungsrecht, 2. Aufl., Rn. 343 und 644, 646; Schäfer/Bonk, StHG, Einführung Rn. 89). Der Bundesgerichtshof hatte diese Frage in der Zeit der Entstehung des nordrhein-westfälischen Ordnungsbehördengesetzes und in der näheren Folgezeit offengelassen (BGHZ 19, 139, 149 – Urteil vom 25.11.1955; vgl. auch: BGHZ 24, 302; BGHZ 45, 83; Schäfer/Bonk, StHG, Einleitung Rn. 89). Formulierungen in späteren Entscheidungen weisen sogar darauf hin, dass der Bundesgerichtshof eine Staatshaftung für Gesetzgebungsakte dann zunächst schlechthin ablehnte (vgl. dazu: Bender, Staatshaftungsrecht, 2. Aufl., Rn. 644 mit Verweis auf: BGH, NJW 1966, 1021). Erst in den 1970-er Jahren entstanden Tendenzen für eine entsprechende Haftung, z.B. bei Einzelfallgesetzen (vgl.: BGHZ 56, 40 = Urteil vom 29.03.1971; BGH, NJW 1975, 737; Schäfer/Bonk, StHG, Einleitung Rn. 89), die letztlich in der Regelung des § 5 Abs. 2 Satz 2 des am 01.01.1982 in Kraft getretenen und am 19.10.1982 vom Bundesverfassungsgericht (Aktenzeichen: 2 BvF 1/81) kassierten Staatshaftungsgesetzes (StHG) mündeten (vgl. dazu: Schmidt-Bleibtreu, Staatshaftungsgesetz, Erläuterungen zu § 5, S. 48).

Vor diesem Hintergrund vermag der Senat einen Willen des parlamentarischen Gesetzgebers des am 01.01.1957 in Kraft getretenen nordrhein-westfälischen Ordnungsbehördengesetzes, der auf einen umfassenden Entschädigungsanspruch für legislatives Unrecht bzw. dessen Vollziehung gerichtet war, nicht zu erkennen. Hinweise dafür, dass der nordrhein-westfälische Parlamentsgesetzgeber in der weiteren Folgezeit (bis heute) einen entsprechenden Entschädigungsanspruch für legislatives Unrecht bzw. dessen Vollziehung wie in der vorliegenden Konstellation schaffen wollte, sind nicht ersichtlich. Dass der Wortlaut der am 01.01.1957 in Kraft getretenen Fassung sich nicht wesentlich von der aktuellen Fassung unterscheidet, spricht dagegen. Dem Wortlaut des § 39 Abs. 1 lit. b) OBG NW ist vielmehr gerade zu entnehmen, dass eine Haftung für legislatives Unrecht bzw. dessen Vollzug davon nicht umfasst ist. Denn § 39 Abs. 1 OBG NW statuiert eine Haftung für rechtswidrige „Maßnahmen der Ordnungsbehörden“, also für rechtswidriges Verhalten der Ordnungsbehörden. Dass davon auch die Haftung für „Maßnahmen“ umfasst sein soll, deren Rechtswidrigkeit auf einem Handeln des Gesetzgebers beruht, ist dem nicht zu entnehmen.

III. 130

Nach alledem war die Berufung der Klägerin zurückzuweisen. 131

B) 132

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte und begründete, Berufung des Klägers ist unbegründet. Zu Recht hat das Landgericht sowohl die gegen das beklagte Land als auch die gegen die beklagte Stadt gerichtete Feststellungsklage in vollem Umfang abgewiesen. 133

I. 134

Allerdings ist der Kläger auch angesichts des mit der Klägerin geschlossenen Pachtvertrages vom 16.09.2010, nach dessen § 8 die Vertragsparteien sich über die Abtretung sämtlicher 135

Ansprüche des Klägers als Pächter gegen Behörden im Zusammenhang mit der Untersagung der Vermittlungstätigkeit an die Klägerin als Verpächterin geeinigt haben, prozessführungsbefugt.

Die Wirksamkeit der Abtretungsvereinbarung ist angesichts der jeweils eigenhändig unterschriebenen Vertragsurkunde, deren Echtheit, Vollständigkeit und Unversehrtheit nicht bestritten ist, nicht zweifelhaft (§§ 416, 286 ZPO). In Bezug auf die gerichtliche Geltendmachung der an die Klägerin abgetretenen Ansprüche ist der Kläger aufgrund zulässiger gewillkürter Prozessstandschaft legitimiert, womit die gerichtliche Geltendmachung fremder Rechte im eigenen Namen aufgrund einer Ermächtigung durch den Rechtsinhaber bezeichnet wird (vgl. dazu: Zöller/Vollkommer, ZPO, 29. Aufl., Vor § 50 Rn. 42). 136

Die erforderliche Ermächtigung des Klägers durch die Klägerin ist angesichts der gemeinsamen Prozessführung zumindest als stillschweigend erteilt in Bezug auf sämtliche bestimmbare Ansprüche infolge der Untersagungsverfügung vom 18.11.2010 anzusehen (vgl. dazu: Zöller/Vollkommer, ZPO, 29. Aufl., Vor § 50 Rn. 45). Der Kläger hat die Prozessstandschaft zudem - wie erforderlich - im laufenden Berufungsverfahren und damit in der Tatsacheninstanz offengelegt (vgl. dazu: Zöller/Vollkommer, ZPO, 29. Aufl., Vor § 50 Rn. 47). 137

Auch das nach ganz h.M. erforderliche schutzwürdige Interesse des Prozessstandschafters und des Rechtsinhabers an dessen Prozessführung (vgl. dazu: Zöller/Vollkommer, ZPO, 29. Aufl., Vor § 50 Rn. 44 m.w.N.) ist jeweils gegeben. Denn der Kläger als Unternehmenspächter war ursprünglich (potentieller) Gläubiger der nun mit der Feststellungsklage geltend gemachten Forderungen, was ausreicht (vgl. dazu: Zöller/Vollkommer, 29. Aufl., Vor § 50 Rn. 49: Prozessstandschaft zulässig bei Geltendmachung eines abgetretenen Anspruchs durch den ursprünglichen Forderungsinhaber). 138

II. 139

Die Feststellungsklage ist auch zulässig, insbesondere ist das besondere Feststellungsinteresse (§ 256 ZPO) gegeben. 140

Ein berechtigtes Interesse an der Feststellung des Bestehens eines Schadensersatzanspruchs im Sinne eines Rechtsverhältnisses nach § 256 Abs. 1 ZPO (vgl. dazu: Zöller/Greger, ZPO, 29. Aufl., § 256 Rn. 4) ist dann anzunehmen, wenn die Erhebung einer Leistungsklage, die grundsätzlich vorrangig ist, (noch) nicht zumutbar ist. Davon ist auszugehen, wenn der Kläger seinen Schadensersatzanspruch im Zeitpunkt der Klageerhebung noch nicht beziffern kann, weil der anspruchsbegründende Sachverhalt sich noch in der Fortentwicklung befindet oder die Bezifferung die Durchführung einer aufwändigen Begutachtung voraussetzt (BGH, NJW 2000, 1256/1257; BGH, MDR 2008, 461; BGH, NJW 1984, 1552, 1554 und BGH, VersR 1991, 788; Zöller/Greger, ZPO, 29. Aufl., § 256 Rn. 7a). 141

Sowohl im Zeitpunkt der Erhebung der Klage gegen die beklagte Stadt durch am 12.01.2011 beim Landgericht eingegangene und am 02.02.2011 zugestellte Klageschrift vom 30.12.2010 als auch im Zeitpunkt der Klageerhebung gegen das beklagte Land, die mangels förmlicher Zustellung der Klageerweiterung vom 31.08.2011 spätestens am 09.09.2011 infolge rügeloser Einlassung des beklagten Landes anzunehmen ist, war die Schadensentwicklung noch nicht abgeschlossen. Denn die Ordnungsverfügung vom 18.11.2010 ist erst durch das den Prozessbevollmächtigten des Klägers am 28.10.2011 übermittelte Schreiben der 142

beklagten Stadt vom 26.10.2011 und damit nach Abschluss der ersten Instanz aufgehoben worden. Erst durch rechtskräftiges Urteil vom 01.12.2011 (Aktenzeichen: 19 K 5350/10) stellte das Verwaltungsgericht Gelsenkirchen (im Wege der Fortsetzungsfeststellung) die Rechtswidrigkeit der Untersagungsverfügung vom 18.11.2010 fest (Anlage BK 1 zum Schriftsatz der Rechtsanwälte L pp. vom 31.08.2012). Selbst wenn dem Kläger eine Bezifferung zwischenzeitlich möglich geworden sein sollte, was offen bleiben kann, führte dies nicht zu einer anderen Entscheidung. Denn ein Kläger, der eine ursprünglich zulässige Feststellungsklage erhoben hat, ist in diesem Fall jedenfalls in der Berufungsinstanz nicht gezwungen, sein Klagebegehren auf einen bezifferten Leistungsantrag umzustellen (BGH, NJW 1978, 210; BGH, NJW-RR 2004, 79, 81; Zöller/Greger, ZPO, 29. Aufl., § 256 Rn. 7c).

III. 143

Die Feststellungsklage ist allerdings unbegründet. 144

Ansprüche des Klägers infolge der Ordnungsverfügung vom 18.11.2010, die infolge der Abtretung der Klägerin zustehen, für die Zeit ab dem Wirksamwerden ihrer Aufhebung durch Schreiben vom 26.10.2011 (ab dem 28.10.2011) scheiden bereits deshalb aus, weil etwaige nach der Aufhebung eingetretene Schäden nicht kausal auf der Untersagungsverfügung vom 18.11.2010 bzw. ihrer Vollziehung beruhen. 145

Auch Ansprüche für den Zeitraum vom 25.11.2010 (Einstellung der Vermittlungstätigkeit durch den Kläger) bis zum 28.10.2011 (Bekanntgabe der Aufhebung der Untersagungsverfügung) sind - wie nachfolgend ausgeführt wird - weder gegenüber der beklagten Stadt noch gegenüber dem beklagten Land gegeben. 146

1. 147

Ansprüche des Klägers gegen die beklagte Stadt infolge ihrer Untersagungsverfügung vom 18.11.2010 und deren Vollziehung sind nicht ersichtlich. Insbesondere scheiden Schadensersatz- bzw. Entschädigungsansprüche nach den Grundsätzen der Amtshaftung gemäß § 839 BGB, Art. 34 GG, auf Grundlage des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs sowie wegen rechtswidrigen Verwaltungshandelns gemäß § 39 Abs. 1 lit. b) OBG NW als ernsthaft in Betracht kommende Anspruchsgrundlagen aus. Ansprüche aus § 826 BGB bzw. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. mit einem Schutzgesetz entfallen bereits deshalb, da sie im Falle hoheitlichen Handelns - wie hier - neben § 839 BGB nicht zur Anwendung kommen (vgl. dazu: Palandt/Sprau, 72. Aufl., § 839 Rn. 3 m.w.N.). 148

Die beklagte Stadt ist wegen der Untersagungsverfügung vom 18.11.2010 und deren Vollziehung nicht zum Schadensersatz verpflichtet. Denn sie ist bereits nicht passivlegitimiert, wie auch das Landgericht zutreffend ausgeführt hat. 149

Die Ordnungsverfügung vom 18.11.2010 sowie sämtliche Vollziehungsmaßnahmen beruhten auf einer bindenden Weisung in Form des in Kopie in den Akten befindlichen Erlasses des Ministeriums für Inneres und Kommunales des Landes Nordrhein-Westfalen vom 14.09.2010 (Aktenzeichen: 14-38.07.01-3.1 – Anlage 1 zur Klageerwidern der Rechtsanwälte Dr. F pp. vom 28.07.2011) i.V.m. dessen Ergänzung im Schreiben des Ministeriums für Inneres und Kommunales des Landes Nordrhein-Westfalen vom 18.11.2010 (Aktenzeichen: 14-38.07.01-3.1 - Anlage 3 zur Klageerwidern der Rechtsanwälte Dr. F pp. vom 28.07.2011). 150

a) Wie bereits unter A. III. 1. dargestellt, trägt im Falle einer bindenden Weisung nicht die Angewiesene, sondern die Anstellungskörperschaft des anweisenden Beamten 151

haftungsrechtliche Verantwortlichkeit, da das Vorliegen einer Weisung dazu führt, dass ein Teil der Zuständigkeit und der Amtspflichten auf die anweisende Behörde übergeht und es damit zugleich bei der nach außen handelnden (angewiesenen) Behörde an einer objektiv amtspflichtwidrigen Handlung fehlt (BGH, NJW 1977, 713 ; OLG Brandenburg, Urteil vom 17.07.2007, 2 U 26/06, zitiert nach juris Rn. 32 m.w.N.), so dass die Passivlegitimation auf die Anstellungskörperschaft des anweisenden Beamten übergeht (vgl. nur: BGH, VersR 1985, 588 m.w.N.; OLG Brandenburg, Urteil vom 17.07.2007, 2 U 26/06, zitiert nach juris Rn. 30 m.w.N.).

Diese dem Amtshaftungsrecht entspringenden Grundsätze zur Bestimmung der haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit finden – wie gleichfalls bereits dargestellt – ebenfalls Anwendung auf die verschuldensunabhängige Haftung aus § 39 Abs. 1 lit. b) OBG NW (BGH, Beschluss vom 11.12.2008, III ZR 216/07, zitiert nach juris Rn. 6 m.w.N.; OLG Düsseldorf, VersR 1994, 1065; vgl. auch: OLG Brandenburg, Urteil vom 17.07.2007, 2 U 26/06, zitiert nach juris Rn. 30) und auf die Haftung aus dem vom EuGH entwickelten unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch (BGH, NVwZ-RR 2006, 28, 32). 152

b)Bei dem vorgenannten Erlass des Innenministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen vom 14.09.2010 i.V.m. dem Schreiben vom 18.11.2010 handelt es sich um eine solche bindende Weisung. Dies ergibt sich eindeutig aus deren Wortlaut bzw. Inhalt. 153

In dem Erlass vom 14.09.2010 heißt es – unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Urteile des EuGH vom 08. September 2010 zum deutschen Glückspielrecht (Rs. C-316/07, Rs. C-358/07 bis C-360/07, Rs. C 409/07, Rs. C-410/07 – Markus Stoß u.a.; Rs. C-46/08 – Carmen Media Group; Rs. C-409/06 – Winner Wetten GmbH) und im Anschluss an die ausführliche Darstellung und Bewertung ihres Inhalts wörtlich: 154

„Für die Schließung der Wettbüros durch die kommunalen Ordnungsbehörden bedeutet dies, dass weiterhin konsequent gegen nicht erlaubte Betätigungen vorzugehen ist. Dabei ist unerheblich, ob es sich um eine Vermittlung oder Veranstaltung von Wetten handelt, da in jedem Fall nach den obigen Ausführungen eine positive Veranstaltererlaubnis des Landes Nordrhein-Westfalen (auch im Fall der Vermittlung in Bezug auf den Veranstalter, an den vermittelt werden soll) erforderlich ist, die bislang in keinem Fall erteilt wurde.“ 155

Soweit es in Bezug auf Vollziehungsmaßnahmen in dem Erlass noch heißt: 156

„In Vollstreckungsverfahren bin ich damit einverstanden, dass von dem Vollzug angedrohter Zwangsmaßnahmen (z.B. Eintreiben von Zwangsgeldern) bis auf weiteres abgesehen wird. (...)“, 157

hat das Ministerium durch Schreiben vom 18.11.2010 unter Bezugnahme auf den Erlass vom 14.09.2010 in Bezug auf Vollstreckungsverfahren ausgeführt: 158

„Nach der Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 15.11.2010 – 4 B 733/10 – besteht kein Anlass mehr, in ordnungsrechtlichen Verfahren von einer Vollstreckung abzusehen. 159

Daher wird mein o.a. Erlass vom 14.09.2010 dahin geändert, dass angedrohte Zwangsmaßnahmen mit sofortiger Wirkung konsequent zu vollstrecken sind (Nr. B Abs. 2 letzter Satz und Abs. 3 letzter Satz). (...)“ 160

161

Bereits angesichts dieser eindeutigen, zudem imperativen Formulierung besteht kein Zweifel daran, dass das Ministerium die Weisung erteilt hat, Untersagungsverfügungen gegen die Betreiber privater Sportwettenbüros – wie den Kläger – zu erlassen und diese zu vollstrecken, wofür als örtliche Ordnungsbehörde die beklagte Stadt zuständig war.

Zudem hatte das Innenministerium des Landes Nordrhein-Westfalen bereits durch Erlass vom 31.03.2006 (Aktenzeichen: 14-38.07.06-5 - Anlage K6 zur Klageschrift vom 30.12.2010) in Bezug auf die vor dem Inkrafttreten des GlüStV 2008 geltende Rechtslage eine entsprechende Weisung erteilt. Denn bereits diesem Erlass ist eindeutig zu entnehmen, dass nach dem Willen des Ministeriums als vorgesetzter Behörde, der Betrieb privater Sportwettenbüros endgültig und zeitnah unterbunden werden sollte. Das „Ob“ des ordnungsbehördlichen Vorgehens und das „Wie“ in Form vollständiger und gegebenenfalls durch Zwangsmaßnahmen vollstreckbarer Untersagungsverfügungen nebst strafprozessualer Maßnahmen waren für die örtlichen Ordnungsbehörden wie die beklagte Stadt vor diesem Hintergrund bereits im Jahr 2006 nicht disponibel. Zwar enthält dieser Erlass keine Vorgaben in Bezug auf die Höhe festzusetzender Zwangsgelder usw. Dies führt indes nicht zu einem anderen Ergebnis. Denn die konkret einzusetzenden und anzuwendenden Mittel im Rahmen der Zwangsvollstreckung sind jeweils anhand der Umstände im Einzelfall zu bestimmen. Dies der tatsächlich sachnäheren örtlichen Ordnungsbehörde vorzubehalten, ist bereits aus Zweckmäßigkeitserwägungen sinnvoll, steht indes dem bindenden Weisungscharakter nicht entgegen.

Darüber hinaus hat das Ministerium für Inneres und Kommunales Nordrhein-Westfalen den Weisungscharakter des Erlasses vom 31.03.2006 mit Schreiben vom 11.11.2010 an den klägerischen Prozessbevollmächtigten Rechtsanwalt Dr. C3 vom 05.11.2010 auf eine entsprechende Anfrage in einem (die Klägerin betreffenden) Parallelverfahren bestätigt. Darin wird seitens des Ministeriums ausdrücklich mitgeteilt, dass dem „Erlass des Innenministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen vom 31.03.2006 – 14-38.07.06-5 - Weisungscharakter für die Ordnungsbehörden in Nordrhein-Westfalen“ zukam (Anlage K 7 zur Klageschrift vom 30.12.2010).

In der Zusammenschau mit dem vorangegangenen Erlass vom 31.03.2006 besteht kein ernsthafter Zweifel an dem Weisungscharakter des Erlasses vom 14.09.2010 und der Ergänzung vom 18.11.2010, die lediglich jeweils auf die aktuelle Rechtsprechung im Bereich des Sportwettenrechts Bezug nahmen.

Dabei spielt es keine Rolle, dass sowohl der ministerielle Erlass vom 14.09.2010 als auch das Schreiben vom 18.11.2010 - wie im Übrigen bereits der Erlass vom 31.03.2006 - an die nordrhein-westfälischen Bezirksregierungen gerichtet waren und nicht unmittelbar an die örtlichen Ordnungsbehörden wie die beklagte Stadt. Dies mag der Behördenstruktur bzw. der Einhaltung des Dienstweges geschuldet gewesen sein. Dass sich die Weisung jedenfalls an die örtlich zuständigen Ordnungsbehörden richtete, ergibt sich zum Einen bereits daraus, dass der Erlass und die Vollstreckung entsprechender Untersagungsverfügungen in deren Zuständigkeit fielen. Zum Anderen hat auch das Ministerium jeweils durch den Zusatz:

„Ich bitte, die kommunalen Ordnungsbehörden Ihres Bezirks entsprechend zu unterrichten. (...)"

klargestellt, dass Adressatinnen der Weisung die jeweils örtlich zuständigen Ordnungsbehörden waren. Dementsprechend hat auch die beklagte Stadt sowohl den Erlass vom 14.09.2010 als auch dessen Ergänzung vom 18.11.2010 durch Weiterleitung per e-mail über die Bezirksregierung erhalten, wie sich aus dem in Ausdruck in den Akten befindlichen

e-mail-Verkehr ergibt (vgl. Anlagen 2 und 4 zur Klageerwidernng der Rechtsanwälte Dr. F pp. vom 28.07.2011).

Soweit das beklagte Land den bindenden Weisungscharakter in Abrede stellt und in dem Erlass vom 14.09.2010 - ebenso wie in dem Erlass vom 31.06.2006 - 31.03.2006 lediglich eine Mahnung zur Einhaltung der in den dort genannten Urteilen aufgeführten Rechtsnormen sieht (vgl. S.1-5 des Schriftsatzes der Rechtsanwälte D pp. vom 11.03.2013), vermag der Senat – wie ausgeführt - dem nicht zu folgen. Dagegen spricht schon der eindeutige Inhalt des Schreibens vom 11.11.2010, wonach es sich bei dem Erlass vom 31.03.2006 um eine Weisung handelte. Anhaltspunkte, dass dies in Bezug auf den Erlass vom 24.09.2010 nebst Ergänzung trotz seines eindeutigen Wortlauts anders sein soll, vermag der Senat nicht zu erkennen. Insbesondere bedurfte es keiner Mahnung zur Einhaltung von Rechtsnormen, da sich die Pflicht dazu bereits aus der Gesetzesbindung der Verwaltung nach Art. 20 Abs. 3 GG ergibt, wie das beklagte Land im Übrigen selbst erkennt. Der Sinn einer solchen (bloßen) Mahnung erschließt sich dem Senat vor diesem Hintergrund auch in Bezug auf den Erlass vom 14.09.2010 nebst Ergänzung nicht. 168

c)Die beklagte Stadt haftet auch nicht aus einer Verletzung der beamtenrechtlichen Remonstrationspflicht. Eine Remonstrationspflicht des Angewiesenen kommt in Betracht, wenn die Ausführung der Weisung erkennbar den Strafgesetzen zuwiderlaufen würde (BGH, NJW 1977, 713 mit Verweis auf: BGH, NJW 1959, 1629), was hier nicht der Fall war. 169

Selbst wenn man eine Remonstrationspflicht des Angewiesenen auch für den Fall bejahte, dass die Weisung erkennbar gegen andere gesetzliche Bestimmungen als Strafgesetze verstößt, also rechtswidrig war, führt dies nicht zu einer anderen Beurteilung. Es ist bereits nicht erkennbar, dass seitens der beklagten Stadt überhaupt Zweifel an der Rechtmäßigkeit der erteilten Weisung bestanden oder hätten bestehen müssen. 170

Vielmehr standen die Weisung vom 14.09.2010 nebst ihrer Ergänzung vom 18.11.2010 und damit der Erlass der streitgegenständlichen Verfügung vom 18.10.2010 und ihre Vollziehung im Einklang mit der im damaligen Zeitraum einschlägigen nationalen obergerichtlichen Rechtsprechung und auch der des Europäischen Gerichtshofs. Denn in seinen bereits dargestellten Entscheidungen vom 08.09.2010, auf die der Erlass vom 14.09.2010 ausdrücklich Bezug nimmt, billigt der Europäische Gerichtshof den Mitgliedsstaaten ein weites Entscheidungs- und Gestaltungsermessen zu, ob sie Glücksspielbeschränkungen überhaupt und wenn ja, in welchem Umfang, für nötig halten, wobei sich das eingeräumte Ermessen ausdrücklich auch auf die Auswahl der jeweiligen Mittel bezieht, solange dieses verhältnismäßig und nicht diskriminierend sind. Dabei geht der Europäische Gerichtshof davon aus, dass die Ermessensausübung in unterschiedlichen Mitgliedsstaaten zu unterschiedlichen Ergebnissen führen kann („Stoß“, Tz. 80; „Carmen Media“, Tz. 104). Dies galt bereits vor dem 01.01.2008 und daran hat sich auch nach Inkrafttreten des GlüStV 2008 und des GlüStV 2008 AG NW, in deren Geltungsdauer Erlass und Vollziehung des streitgegenständlichen Bescheides vom 18.11.2010 fallen und nach dessen § 4 GlüStV 2008 i.V.m. § 4 AG GlüStV 2008 NW in Nordrhein Westfalen seit dem 01.01.2008 auf dem Gebiet der Sportwetten ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt gilt, nichts geändert. Denn die vorgenannten Grundsätze hat der Europäische Gerichtshof in seiner Entscheidung vom 08.09.2010 („Carmen Media“), die sich als einzige der drei am 08.09.2010 getroffenen Entscheidungen des Europäischen Gerichtshof auf die Rechtslage unter Geltung des GlüStV 2008 bezieht, gleichfalls in Bezug genommen und bekräftigt („Carmen Media“ Tz. 104). Danach kann sogar ein Totalverbot bestimmter Glücksspiele oder ein Totalausschluss privater Veranstalter/Vermittler verhältnismäßig sein, obwohl in anderen Mitgliedsstaaten 171

liberalere Regelungen gelten, ohne dass es dort zu unerträglichen Missständen gekommen ist (vgl. dazu auch: Ennuschat, GewArch 2010, 425, 426 Tz. 4). Erforderlich ist danach dass die Einschränkungen im nationalen Glücksspielrecht primär der Bekämpfung glücksspielimmanenter Gefahren dienen, fiskalische Interessen lediglich eine Nebenfolge der restriktiven nationalen gesetzlichen Ausgestaltung sind und das nationale Glücksspielrecht eine (gesamt-)kohärente und systematische Ausgestaltung gefunden hat. Dabei hat der Europäische Gerichtshof hervorgehoben, dass die Beurteilung, ob sich die jeweiligen nationalen Regelungen im Einklang mit den Gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben halten, den nationalen Gerichten vorbehalten ist (vgl. EuGH, Urteile vom 06.03.2007, Placanica, Rs. C-338/04, C-359/04 und C 360/04, Slg. 2007, I 01891, a.a.O. Rn. 58, und vom 21.10.1999, Zenatti, Rs. C 67/98, Slg. 1999, I 07289 Rn. 37.).

Zwar hat der Europäische Gerichtshof in der Entscheidung „Carmen Media“ vom 08.09.2010 172 ausdrücklich betont, dass das (dortige) nationale vorlegende Gericht (VG Schleswig-Holstein) in Bezug auf das in § 10 Abs. 2, Abs. 5 GlüStV 2008 normierte staatliche Monopol „berechtigten Anlass zur Sorge“ haben könne, dass ein solches Monopol mangels Kohärenz und Systematik im Hinblick auf die unterschiedlichen Bedingungen für den gewerblichen Betrieb von Automatenspielen sowie öffentlichen Pferderennen und anderen Leistungsprüfungen für Pferde sowie die expansive Politik in Bezug auf Kasinospiele geeignet sei, das Ziel, die Gelegenheit zum Spiel zu verringern, zu erreichen („Carmen Media“, Tz. 30 ff. und Tenor 2).

Allerdings hat der Europäische Gerichtshof in dieser Entscheidung klargestellt, dass 173 grundsätzlich gegen ein nationales Verbot mit Erlaubnisvorbehalt gemeinschaftsrechtlich nichts einzuwenden sei, wenn diese Ausgestaltung auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruht, damit die Ermessensausübung der nationalen Behörden nicht willkürlich erfolgen kann, und ein effektiver gerichtlicher Rechtsbehelf gegen eine entsprechende einschränkende Maßnahme im nationalen Recht vorgesehen ist („Carmen Media“ Tz. 87 und Tenor 3).

Die oberverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung in Nordrhein-Westfalen war bereits vor dem 174 ministerialen Erlass vom 14.09.2010 von der nationalen verfassungsmäßigen und der Gemeinschaftsrechtlichen Vereinbarkeit sowohl des Sportwettenmonopols gemäß § 10 GlüStV 2008 als auch des Verbots mit Erlaubnisvorbehalts nach § 4 Abs. 1 und 2 GlüStV ausgegangen. Im Rahmen der bis dahin ausschließlich im einstweiligen Rechtsschutz getroffenen Entscheidungen war das Oberverwaltungsgericht Münster der Auffassung, jedenfalls sei nach summarischer Prüfung die Europarechtswidrigkeit des Sportwettenmonopols nicht festzustellen. Eine solche Vermutung finde in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs keine Stütze, zudem sei eine Monopolregelung auch nicht unverhältnismäßig (vgl. dazu: OVG Münster, Beschluss vom 18.02.2009, 4 B 298/08, zitiert nach juris Rn. 54 ff. und Beschluss vom 07.03.2008, 4 B 298/08, zitiert nach juris Rn. 11). Auch in seiner Entscheidung vom 15.11.2010, auf die in der Weisungsergänzung vom 18.11.2010 ausdrücklich Bezug genommen wird, hat das Oberverwaltungsgericht Münster an dieser Auffassung festgehalten (OVG Münster, Beschluss vom 15.11.2010, 4 B 733/10, zitiert nach juris Rn. 145 ff.). Soweit das Gericht in dieser Entscheidung in Bezug auf den präventiven Erlaubnisvorbehalt weitergehende Ausführungen unter der Prämisse der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der Monopolregelung in § 10 Abs. 2 GlüStV 2008 macht und ausführt, in diesem Fall sei der Erlaubnisvorbehalt nur insoweit unanwendbar, „als nicht allein der Umstand, dass ein Privater die Erlaubnis begehrt, einen Versagungsgrund darstellt“ (vgl. OVG Münster, a.a.O. Rn. 152), begründete dies jedenfalls für die an die Weisung gebundene beklagte Stadt bereits im Hinblick auf die noch

ungeklärte Frage der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der Monopolregelung keine Pflicht zur intensiveren Auseinandersetzung mit den Ausführungen zum Erlaubnisvorbehalt und damit auch keine Remonstrationspflicht.

Nach alledem ist die beklagte Stadt nicht Anspruchsgegnerin etwaiger Schadensersatz oder Entschädigungsansprüche und damit nicht passivlegitimiert. 175

2. 176

Auch Schadensersatz- bzw. Entschädigungsansprüche gegen das beklagte Land in Bezug auf den maßgeblichen Zeitraum (25.11.2010 – 28.10.2011) bestehen nicht. 177

a) 178

Aufgrund der Abtretung an die Klägerin dieser zustehende Ansprüche des Klägers sind nach den Grundsätzen der Amtshaftung (§ 839 BGB, Art. 34 GG) gegen das beklagte Land nicht gegeben, das - wie ausgeführt - angesichts der bindenden Weisung vom 14.09.2010 nebst Ergänzung vom 18.11.2010 die haftungsrechtliche Verantwortung für die Untersagungsverfügung vom 18.11.2010 und ihrer Vollziehung trägt. 179

aa) 180

Ob - bei Annahme der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der Monopolregelung in § 10 Abs. 2, Abs. 5 GlüStV 2008 – von einer schuldhaften Amtspflichtverletzung im Sinne einer vorwerfbar fehlerhaften Rechtsanwendung auszugehen ist, braucht der Senat – sowohl in Bezug auf die etwaige Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der Monopolregelung als auch bezüglich des Verschuldens – nicht zu entscheiden, da ein Amtshaftungsanspruch – wie zu bb) und cc) noch ausgeführt wird - aus anderen Gründen jedenfalls ausscheidet. 181

Allerdings weist der Senat in diesem Zusammenhang darauf hin, dass sich auf Grundlage des im Rahmen der Amtshaftung anwendbaren objektivierten Fahrlässigkeitsbegriffs des § 276 BGB durchaus Anhaltspunkte für schuldhaftes (fahrlässiges) Verhalten des beklagten Landes ergeben. 182

Zwar standen – wie bereits oben zu 1. c) ausgeführt – sowohl der Erlass vom 14.09.2010 nebst Ergänzung vom 18.10.2010 als auch die daraufhin ergangene Untersagungsverfügung vom 18.10.2010 und ihre Vollziehung – jeweils im Zeitpunkt ihrer Vornahme - im Einklang mit der einschlägigen nationalen obergerichtlichen Rechtsprechung und auch der des Europäischen Gerichtshofs, wonach weder die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der Monopolregelung in § 10 GlüStV 2008 noch des präventiven Erlaubnisvorbehalts in § 4 GlüStV 2008 ausgesprochen bzw. festgestellt worden war, wenn auch sämtliche einschlägige Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Münster bis dahin im einstweiligen Rechtsschutz ergangen waren und daher nicht Grundlage für die Anwendung der sog. Kollegialgerichtsrichtlinie sein konnten (vgl. dazu: BGH, NJW 1992, 3229, 3232; BGH, NJW 1986, 2954). 183

Auch wenn vor diesem Hintergrund naheliegt, dass der Erlass der Weisung vom 14.09.2010 sowie die Ergänzung vom 18.11.2010 nach dem insoweit anzulegenden Verschuldensmaßstab nach sorgfältiger Prüfung der Gesetzes- und Rechtslage nicht unvertretbar waren (vgl. dazu: BGH, NJW 1993, 530, 531; BGH, VersR 1994, 118, 1189; BGH, WM 1998, 2112, 2113; OLG Braunschweig, Beschluss vom 05.05.2011, 3 W 24/11, zitiert nach juris Rn. 3; OLG Köln, Urteil vom 03.05.2012; 7 U 194/11, zitiert nach juris Rn. 184

12), stellt sich doch die Frage, ob das beklagte Land angesichts der zu diesem Zeitpunkt bekannten, vorzitierten Rechtsprechung die Weisung nicht um eine unabhängig von einer etwaigen Monopolträger-eigenschaft durchzuführenden Prüfung der Erlaubnisfähigkeit erweitern musste. Denn immerhin lag die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der Monopolregelung nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs zu „Carmen Media“ vom 08.09.2010 zumindest nahe. Darin findet sich – wie oben bereits ausgeführt – der Hinweis, dass das dort vorlegende Gericht in Bezug auf das in § 10 Abs. 2, Abs. 5 GlüStV 2008 normierte staatliche Monopol „berechtigten Anlass zur Sorge“ im Hinblick auf die erforderliche Kohärenz haben könne („Carmen Media“ Tz. 30 ff. und Tenor 2).

Auch das Bundesverwaltungsgericht betonte im Anschluss daran in seinem Urteil vom 24.11.2010 (Aktenzeichen: 8 C 15/09, Rn. 81), dass das im GlüStV 2008 normierte Monopol im Hinblick auf das Kohärenzgebot einer eingehenden gerichtlichen Überprüfung bedürfe. 185

Gleichfalls hatte das Oberverwaltungsgericht Münster - wie bereits ausgeführt - in seiner vorbezeichneten Entscheidung vom 15.11.2010, auf die sich das ministerielle Schreiben von 18.11.2010 ausdrücklich bezieht, schon darauf hingewiesen, dass der Erlaubnisvorbehalt aus § 4 GlüStV 2008 im Falle der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der Monopolregelung in § 10 GlüStV 2008 jedenfalls dann unanwendbar wäre, wenn einziger Versagungsgrund der Umstand sei, dass ein Privater die Erlaubnis begehre, da er dann unmittelbar an mit dem (gemeinschaftsrechtswidrigen) Sportwettenmonopol zusammenhängende Anforderungen anknüpfe (OVG Münster, Beschluss vom 15.11.2010, 4 B 733/10, zitiert nach juris Rn. 152). 186

Gleichwohl war die auf § 9 Abs. 1 Satz 3 GlüStV 2008 gegründete Untersagungsverfügung vom 18.11.2010 – entsprechend der dazu schweigenden Weisung – nicht auf eine solche Ermessensentscheidung gestützt worden, obwohl sich eine solche auch nicht – wie das beklagte Land meint – wegen eines sog. intendierten Ermessens erübrigte. Denn eine „ermessenslenkende Wirkung“ des § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 GlüStV 2008 dahin, dass im Regelfall gegenüber privaten Wettveranstaltern oder Vermittlern wie der IBA bzw. dem Kläger (nur) eine vollständige Untersagung der Vermittlungstätigkeit anzuordnen war, kommt nur unter Berücksichtigung des Sportwettenmonopols gemäß § 10 Abs. 2 GlüStV 2008 und angesichts der fehlenden Monopoleigenschaft und der damit einhergehenden generellen Unmöglichkeit einer Erlaubnis für einen Privaten überhaupt in Betracht, was indes nach den Ausführungen im Urteil des Oberverwaltungsgerichts Münster vom 15.11.2010 (im Falle der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der Monopolregelung) gerade nicht (einziger) Anknüpfungspunkt für die Versagung der Erlaubnis sein durfte. 187

Zudem stellt sich die Frage, ob seitens des beklagten Landes nicht umgehend ab Ende September 2011 durch eine entsprechende Weisung die Aufhebung der Untersagungsverfügung hätte veranlasst werden müssen, die tatsächlich erst Ende Oktober 2011 erfolgte. Denn mit – wenn auch bisher nicht rechtskräftigem (vgl. Zulassungsbeschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 16.01.2012, 8 B 91/11, veröffentlicht bei juris) - Urteil vom 29.09.2011 hatte das Oberverwaltungsgericht Münster (Az.: 4 A 17/08, veröffentlicht u.a. in: GewArch 2012, 25-33) – erstmals im Rahmen einer Hauptsachenentscheidung auf dem Gebiet des Sportwettenrechts (vgl. Pressemitteilung des Oberverwaltungsgerichts Münster vom 30.11.2009, veröffentlicht bei juris) - ausgesprochen, dass das staatliche Sportwettenmonopol sowohl nach § 10 Abs. 2 und 5 GlüStV 2008 als auch nach dem früheren § 1 Abs. 1 Satz 2 Sportwettengesetz NW dem Kohärenzgebot nicht genüge, wegen Verstoßes gegen die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit europarechtswidrig sei und ordnungsbehördliche Untersagungsverfügungen aufgrund des europarechtlichen Anwendungsvorranges jedenfalls dann rechtswidrig und ermessensfehlerhaft seien, soweit 188

sie allein auf das Staatsmonopol und eine deshalb generell fehlende Erlaubnisfähigkeit privater Sportwettenvermittlung gestützt waren (OVG Münster, GewArch 2012, 25, 31). Vor diesem Hintergrund wurde auch erstmals im Urteil vom 29.09.2011 ausgesprochen, dass von der Behörde die Frage der Erlaubnisfähigkeit im Rahmen des Untersagungsverfahrens zu klären sei, wobei das Oberverwaltungsgericht Münster dies gerade in Nordrhein-Westfalen deshalb als gerechtfertigt angesehen hat, weil bis dahin für private Veranstalter und Vermittler von Sportwetten (außerhalb von § 10 Abs. 2 GlüStV 2008) keine realistische Möglichkeit bestand, im Verwaltungsverfahren ohne gerichtlichen Rechtsschutz eine entsprechende Erlaubnis für die Veranstaltung oder Vermittlung von Glücksspielen zu erhalten (OVG Münster, GewArch 2012, 25, 31). Dies stand im Einklang mit den Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts in seinem Urteil vom 01.06.2011 (8 C 2/10, NVwZ 2011, 1328, 1333 Tz. 55), wonach die dortige Untersagungsverfügung nicht bereits unabhängig von der Wirksamkeit des Sportwettenmonopols rechtmäßig sei, sondern die fehlende Erlaubnis die (vollständige) Untersagung nur bei Fehlen der Erlaubnisfähigkeit rechtfertige, gegebenenfalls auch Nebenbestimmungen in Betracht kommen sollten.

Letztlich kann all dies indes offen bleiben. 189

bb) 190

Denn ein Amtshaftungsanspruch scheidet unabhängig von der Frage etwaigen Verschuldens deshalb aus, weil es infolge des von Amts wegen zu berücksichtigenden (Palandt/Grüneberg, BGB, 72. Aufl., Vorb v § 249 Rn. 64 mit Verweis u.a. auf: BGH, NJW 1984, 1397; BGH, NJW 1993, 520; BGH, NJW 2000, 661, 663) Einwandes des rechtmäßigen Alternativverhaltens an einem objektiv zurechenbaren und damit kausalen Schaden fehlt. 191

(1) 192

Der Einwand, der Schaden wäre auch bei einer rechtmäßigen Verhaltensweise entstanden, kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der der Senat folgt, für die Zurechnung eines Schadenserfolgs beachtlich sein (BGHZ 96, 157, 171 ff. = VersR 1986, 444, 447; 120, 281, 285 f. = VersR 1993, 754, 755; BGH, VersR 1997, 882, 883 f. = NJW-RR 1997, 562, 563 f.; BGH, NJW-RR 1997, 1106, 1107 = WM 1997, 1583, 1584; BGH, VersR 1998, 494, 495 = NJW 1998, 1307, 1308). Solche Schäden, die bei rechtmäßigem Verhalten des Schädigers auch entstanden wären, werden regelmäßig nicht vom Schutzzweck der Haftungsnorm umfasst (BGH, Urteil vom 17.10.2002, IX ZR 3/01, zitiert nach juris Rn. 12; BGH, NVwZ 2000, 1206, 1207 m.w.N.; Thür. OLG, Urteil vom 08.02.2000, 3 U 443/99, zitiert nach juris Rn. 42; Palandt/Grüneberg, BGB, 72. Aufl., Vorb v § 249 Rn. 64), wofür der Schädiger die Darlegungs- und Beweislast trägt (BGH, Urteil vom 07.02.2012, VI ZR 63/11, zitiert nach juris Rn. 14). 193

Bei Amtshaftungsansprüchen wegen rechtswidriger Behördenentscheidungen ist der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshof zu berücksichtigen, wenn die Behörde bei rechtmäßigem Handeln zu der gleichen Entscheidung hätte kommen müssen (BGHZ 36, 144, 154; BGHZ 96, 157, 171; BGH, NVwZ 2000, 1206, 1207 m.w.N.). Das bloße Können der Behörde ist im Rahmen des rechtmäßigen Alternativverhaltens nur dann berücksichtigungsfähig, wenn entweder die Entscheidung ihrer ständigen früheren Übung in gleichen oder ähnlichen Fällen entsprochen hätte (grundlegend: BGH, NJW 1959, 1125, 1126; BGH, BB 1993, 27, 28; im Anschluss: Senat, Urteil vom 10.11.2000, 11 U 2/00, S. 13 unten; so auch: Thür. OLG, Urteil vom 08.02.2000, 3 U 443/99, zitiert nach juris Rn. 41) oder sich das behördliche Ermessen im Hinblick auf eine bestimmte Entscheidung derart verdichtet hat, dass sie die Entscheidung 194

deshalb hätte vornehmen „müssen“ (vgl. dazu: BGH, BB 1993, 27, 28), es sei denn, dass die damalige Entscheidung gerade dem erkennbaren, in Kenntnis der Rechtsproblematik gebildeten Willen der Behörde entsprach (BGH, NVwZ 2000, 1206, 1207). Allerdings soll dem nach Art. 34 GG Verantwortlichen der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens nach dem Grundsatz des Verbots widersprüchlichen Verhaltens verwehrt sein, wenn die gegebene Möglichkeit des formell und materiell rechtmäßigen Verhaltens von der Behörde bewusst (insbesondere nach Hinweis in gerichtlichen Entscheidungen) nicht genutzt wurde (OLG Koblenz, Beschluss vom 14.02.2007, 1 U 218/06, zitiert nach juris Rn. 10 m.w.N.), wofür vorliegend indes keine Anhaltspunkte bestehen.

(2) 195

Unter Berücksichtigung dieser Maßstäbe greift der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens ein. Denn in Bezug auf das nach § 9 Abs. 1 Satz 2 und 3 Nr. 3 GlüStV 2008 eröffnete Ermessen (vgl. den Wortlaut „kann“) lag eine Ermessensreduzierung auf Null vor. Bei (hypothetischer) rechtmäßiger Prüfung der Erlaubnisfähigkeit unabhängig von der fehlenden Monopolträgereigenschaft gemäß § 4 GlüStV 2008, § 4 GlüStV 2008 AG NW i.V.m. § 21 Abs. 2 Satz 3 GlüStV 2008 hätte ausschließlich die vollständige Untersagung der Vermittlungstätigkeit des Klägers für die IBA in Form einer vollumfänglichen Untersagungsverfügung erfolgen dürfen, die entsprechend vollzogen worden wäre. Die Vermittlungstätigkeit des Klägers war unter Geltung des ab dem 01.01.2008 gültigen GlüStV 2008 schlechterdings nicht erlaubnisfähig, hätte somit insbesondere auch nicht teilweise oder unter Nebenbestimmungen erlaubt werden dürfen, weil das Wettangebot der IBA nicht den Erlaubnisvoraussetzungen gemäß § 4 GlüStV 2008, § 4 GlüStV 2008 AG NW i.V.m. § 21 Abs. 2 Satz 3 GlüStV 2008 genügte und damit sowohl die IBA als auch der Kläger nicht zuverlässig im Sinne des § 4 Abs. 1 Nr. 4 GlüStV 2008 AG NW waren. 196

Ausweislich des von den klägerischen Prozessbevollmächtigten in Kopie zur Akte gereichten Vermittlervertrages (Anlage BK 3 zum Schriftsatz der Rechtsanwälte L3 pp. vom 21.09.2012), den die Klägerin mit der IBA geschlossen hat und der mangels entgegenstehenden Vortrags oder anderer Anhaltspunkte auch Grundlage der Vermittlungstätigkeit des Klägers war, umfasste das Angebot der IBA auch nach § 21 Abs. 2 Satz 3 GlüStV 2008 verbotene Live-Wetten (vgl. Ziff. 2.7. Abs. 2: Pflicht des Vermittlers zur Bereitstellung ausreichender Sichtgeräte – Fernseher usw. - „...um (...) die Liveübertragungen der angebotenen Sportereignisse ansprechend präsentieren zu können“; Ziff. 2.11: Verpflichtung zur Öffnung der Annahmestelle „zu den Zeiten der Liveübertragungen der Sportereignisse...“; § 5 Ziff. 5.1 – Provisionsregelung „mit Ausnahme von Livewetten“). Darüber hinaus hat der Kläger in seiner persönlichen Anhörung im Senatstermin am 21.11.2012 selbst angegeben, dass sogar in dem von ihm betriebenen Vermittlungsbüro Live-Wetten angeboten und für die IBA vermittelt wurden (vgl. Berichterstatteervermerk vom 21.11.2012). 197

Darüber hinaus umfasste das Angebot der IBA nach dem insoweit nicht bestrittenen Vortrag des beklagten Landes auch nach § 4 Abs. 4 GlüStV 2008 verbotene Internet-Wetten. Eine vom Senat vor dem 22.11.2012 durchgeführte Internet-Recherche hat dies insoweit bestätigt, als dass die IBA online über ihre homepage www.bet3000.com, die der nach § 8 Ziff. 8.2 des Vermittlungsvertrages einer von der IBA geschützten Wort- und Bildmarke entspricht, im Geltungszeitraum des GlüStV 2008 noch im November 2012 ein umfassendes Angebot an Internet-Wetten, einschließlich Live-Wetten, in deutscher Sprache bereithielt. Dafür, dass dies erst nach der Aufhebung der Verfügung der Fall war, ergeben sich keine Anhaltspunkte. 198

Die vorgenannten Vorschriften, insbesondere der Erlaubnisvorbehalt und die Verbote in Bezug auf Internetwetten (§ 4 Abs. 4 GlüStV 2008) sowie Live-Wetten (§ 21 Abs. 2 Satz 3 199

GlüStV 2008) beanspruchten auch trotz der (etwaigen) Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der Regelungen betreffend das Sportwettenmonopol (§ 10 Abs. 2 und 5 GlüStV 2008) weiterhin Geltung und fanden damit Anwendung bzw. hätten (hypothetisch bei rechtmäßigem Verhalten) Anwendung finden können.

Dabei kann die Frage der Anwendbarkeit des Erlaubnisvorbehalts nicht bereits angesichts der der IBA erteilten maltesischen Erlaubnis („Class II Remote Gaming Licence“, Anlage BK 5 zum Schriftsatz der Rechtsanwälte L pp. vom 21.09.2012) bzw. eines bereits vorher gültigen „letter of intent“ dahinstehen, dessen Gültigkeitszeitpunkt im Übrigen vom Kläger nicht mitgeteilt worden ist. Denn der europarechtlich bestehende Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum eines jeden Mitgliedsstaates schließt eine transnationale Geltung von Glücksspielerlaubnissen zumindest dort von vorneherein aus, wo nationale Vorschriften, wie es in Deutschland für Sportwetten der Fall ist, die Erteilung solcher Erlaubnisse durch den jeweiligen Mitgliedsstaat vorsehen, um eine Beschränkung der Glücksspielaktivitäten sicherzustellen. Dementsprechend besteht keine Verpflichtung zur gegenseitigen Anerkennung nationaler Erlaubnisse. Vielmehr ist es europarechtlich nicht zu beanstanden, dass Konzessionen anderer Mitgliedsstaaten der Europäischen Union im Inland nicht anerkannt werden bzw. bereits unter Geltung des GlüStV 2008 nicht anerkannt wurden (OVG Münster, Urteil vom 08.11.2011, 4 A 1965/07, zitiert nach juris Rn. 33 mit Verweis auf: EuGH, Urteile vom 03.06.2010, C-258/08 – Ladbrokes -, Rn. 54 und C-203/08 – Betfair -, Rn. 33, vom 08.09.2010 – Rs. C-316/07 u.a. – Markus Stoß u.a.-, Rn. 112 ff. und – Rs. C-46/08 – Carmen Media -, Rn. 44 sowie: BVerwG, Urteil vom 01.06.2011, 8 C 11.10, Rn. 39 – jeweils nach juris; vgl. auch: OLG Naumburg, Urteil vom 27.09.2012, 9 U 73/11, zitiert nach juris Rn. 71 m.w.N.).

Der Erlaubnisvorbehalt wäre hypothetisch auch trotz der (etwaigen) Gemeinschaftsrechtswidrigkeit des Sportwettenmonopols weiterhin anwendbar gewesen.

In der oberverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung ist anerkannt, dass die Unvereinbarkeit der staatlichen Monopolregelung in § 10 Abs. 2 und 5 GlüStV 2008 unter Ausschluss rein privater Veranstalter/Vermittler nicht einen – vorbehaltlich einer Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO – uneingeschränkten Marktzugang unter Anwendungsausschluss der Bestimmungen der GlüStV 2008 und des GlüStV 2008 AG NW zur Folge hatte. In einem solchen Fall führt vielmehr die Unvereinbarkeit nationalen Rechts mit Gemeinschaftsrecht lediglich zur Nichtanwendbarkeit der widersprechenden (konkreten) nationalen Regelung, und zwar in dem Umfang, in dem der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts auch besteht (OVG Lüneburg, Beschluss vom 11.11.2010, 11 MC 429/10, zitiert nach juris Rn. 23 a.E. m.w.N.). Daraus folgt, dass lediglich die unmittelbar auf das (unzulässige) Sportwettenmonopol bezogenen Regelungen des § 10 Abs. 2 und 5 GlüStV 2008 sowie diejenigen Bestimmungen unanwendbar waren/gewesen wären, die ihren spezifischen Regelungsgehalt aus dem Monopol gewannen (OVG Lüneburg, Beschluss vom 11.11.201, 11 MC 429/10, zitiert nach juris Rn. 24). Inwieweit die übrigen Regelungen des GlüStV 2008 und der entsprechenden landesrechtlichen Regelungen (2008) Bestand hatten, ist nach den nationalen Regeln zu bestimmen, welche allgemein für die Teilnichtigkeit von Normen anerkannt sind und wegen der vergleichbaren Interessenlage insoweit bei Teilunanwendbarkeit heranzuziehen sind (OVG Lüneburg, Beschluss vom 11.11.2010, 11 MC 429/10, zitiert nach juris Rn. 24).

Ob ein Rechtsmangel zur Gesamtnichtigkeit bzw. hier zur Gesamtunanwendbarkeit oder lediglich zur Unanwendbarkeit einzelner Vorschriften führt, hängt davon ab, ob die Beschränkung der Unanwendbarkeit eine sinnvolle Restregelung des Lebenssachverhaltes

belässt, die mit höherrangigem Recht vereinbar ist, und ob hinreichend sicher ein entsprechender hypothetischer Wille des Normgebers angenommen werden kann (OVG Lüneburg, Beschluss vom 11.11.2010, 11 MC 429/10, zitiert nach juris Rn. 24 m.w.N.).

Beides ist in Bezug auf den Erlaubnisvorbehalt aus § 4 GlüStV 2008 der Fall. 204

Der Erlaubnisvorbehalt des § 4 GlüStV 2008 gewann seinen spezifischen Regelungsgehalt nicht aus dem Monopol, war folglich nicht „monopolakzessorisch“, sondern nur insoweit unanwendbar, als ausschließlich der Umstand, dass ein Privater die Erlaubnis begehrte, einen Versagungsgrund darstellte (OVG Münster, Urteil vom 08.12.2011, 4 A 965/07, zitiert nach juris Rn. 29, 31). Dies folgt bereits aus dem Wortlaut des § 4 Abs. 1 Satz 1 GlüStV 2008, der keinen Bezug zu dem Monopol herstellt. Wie § 4 Abs. 1 GlüStV 2008 AG NW auch enthielt die Vorschrift keine unmittelbar mit einem staatlichen Sportwettenmonopol zusammenhängenden oder daran anknüpfenden Anforderungen. Da der Erlaubnisvorbehalt ferner im Ersten Abschnitt des Glücksspielstaatsvertrages („Allgemeine Vorschriften“) und das staatliche Monopol im Zweiten Abschnitt („Aufgaben des Staates“) geregelt war, spricht auch die Regelungssystematik für eine selbstständige Anwendbarkeit des Erlaubnisvorbehalts. Aus der eventuellen Rechtswidrigkeit einer Spezialvorschrift ergibt sich nämlich nicht die Unanwendbarkeit der allgemeinen Norm, wenn – wie hier – keine einheitliche Regelung geschaffen wurde (OVG Münster, Urteil vom 08.12.2011, 4 A 1965/07, zitiert nach juris Rn. 32). 205

Im Übrigen war der GlüStV 2008 so aufgebaut, dass auch bei Wegfall/Unanwendbarkeit der staatlichen Monopolregelungen noch allgemeine Regelungen fortbestanden, die sich nicht spezifisch auf ein staatliches Monopol bezogen, sondern auch und gerade dann sinnvoll blieben, wenn sie sich auf die Tätigkeit rein privater Veranstalter bezogen. Dies galt nicht nur für die allgemeinen Ziele des § 1 GlüStV 2008, sondern auch für die diese Ziele konkretisierenden Bestimmungen über die Erlaubnispflicht, die Versagungsgründe, das Internetverbot des § 4 Abs. 4 GlüStV 2008, das Spielverbot für Minderjährige und die weiteren allgemeinen Vorschriften der §§ 6, 7 GlüStV 2008 über das erforderliche Sozialkonzept und die gebotene Aufklärung sowie schließlich die besonderen Vorschriften über die Veranstaltung von Sportwetten in § 21 GlüStV 2008, die in Abs. 2 Satz 3 auch ein Verbot von Live-Wetten vorsahen. Diese Regelungen bildeten auch bei Unanwendbarkeit des Monopols einen sinnvollen Restnormbestand (OVG Lüneburg, Beschluss vom 11.11.2010, 11 MC 429/10, zitiert nach juris Rn. 25). 206

Dieser Regelungsbestand, insbesondere der Erlaubnisvorbehalt, aber auch das Internetverbot (vgl. ausdrücklich dazu: OLG Naumburg, Urteil vom 27.09.2012, 9 U 73/11, zitiert nach juris Rn. 62 mit Verweis auf BVerwG, Urteil vom 01.06.2011 – 8 C 5/10, Rn. 12) und das Verbot von Live-Wetten als kohärente Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit, war auch mit Europarecht vereinbar. Der Europäische Gerichtshof hat ausdrücklich in der Entscheidung vom 08.09.2010 zu Rs. C-46-08 (Carmen Media) die Zulässigkeit eines Erlaubnisvorbehalts und eines Wettverbots im Internet bestätigt (dortige Vorlagenfragen 3 und 4), und zwar Letzteres auch für den im Bundesgebiet ab 01.01.2008 gegebenen Fall, dass das Anbieten von Sportwetten (durch staatliche Anbieter) über herkömmliche Kanäle rechtmäßig erfolgte (vgl. dazu: OVG Lüneburg, Beschluss vom 11.11.2010, 11 MC 429/10, zitiert nach juris Rn. 29). Denn bereits in dieser Entscheidung vom 08.09.2010 (Carmen Media, Tz. 101 ff.) hat der EuGH ausdrücklich klargestellt, dass er die Vermarktung von Wetten über den Vertriebskanal „Internet“ wegen des fehlenden unmittelbaren Kontaktes zwischen Verbraucher und Anbieter besonders gefährlich für Jugendliche und Personen mit besonderem Spieltrieb ansieht (a.a.O. Tz. 103). Insoweit hat der EuGH bereits in dieser 207

Entscheidung ausdrücklich ausgeführt, dass „eine Maßnahme, mit der jedes Anbieten von Glücksspielen über das Internet verboten wird, grundsätzlich als geeignet angesehen werden kann, die legitimen Ziele der Vermeidung von Anreizen zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen und der Bekämpfung der Spielsucht sowie des Jugendschutzes zu verfolgen, auch wenn das Anbieten solcher Spiele über herkömmliche Kanäle zulässig bleibt“ (a.a.O. Tz. 105). Auch das Bundesverwaltungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 24.11.2010 ausgesprochen, dass der Ausschluss des Internet- und sms-Vertriebes in § 4 Abs. 4, § 21 Abs. 2 Satz 3 GlüStV 2008 dem Ziel der Vorbeugung vor Spielsucht und deren Bekämpfung diene und insbesondere Kinder und Jugendliche vor den Gefahren schützte, die mit einer Nutzung der in dieser Altersgruppe beliebten interaktiven Medien zum Glücksspiel verbunden sind (BVerwG, Urteil vom 24.11.2010, 8 C 13/09, zitiert nach juris Rn. 41).

Die mit der Erlaubnispflicht aus dem GlüStV 2008 verbundene Einschränkung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs (Art. 48 und 56 AEUV) war durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt. Sie diene als Präventivmaßnahme der Suchtvorbeugung und -bekämpfung, dem Jugend- und Spielerschutz sowie der Kriminalitätsbekämpfung. Ausgehend von einer weiten Einschätzungsprärogative der Mitgliedsstaaten im Bereich des Glücksspiels (vgl. dazu: OVG Münster, Urteil vom 08.12.2011, 4 A 1965/07, zitiert nach juris Rn. 37, 38 mit Verweis auf: EuGH, Urteile vom 24. März 1994 - Rs. C-275/92 (Schindler) -, Rn. 61, vom 6. März 2007 - Rs. C-338/04 (Placanica) -, Rn. 48, vom 6. November 2003 - Rs. C-243/01 (Gambelli) -, Rn. 63, vom 8. September 2009 - Rs. C-42/07 (Liga Portuguesa) -, Rn. 57 ff., vom 3. Juni 2010 - Rs. C-203/08 (Betfair) -, Rn. 30 ff., vom 8. Juli 2010 - Rs. C-447 u. 448/08 (Sjöberg) -, Rn. 42 f., und vom 8. September 2010 - Rs. C-316/07 u.a. (Markus Stoß u.a.) -, Rn. 76 ff., jeweils zitiert nach juris) war die Beschränkung der Grundfreiheiten aus Art. 49, 56 AEUV auch verhältnismäßig, da sie geeignet war, die Verwirklichung dieser Ziele zu gewährleisten, und nicht darüber hinausging, was dazu erforderlich ist, zumal der Eingriff durch den Erlaubnisvorbehalt von deutlich geringerem Gewicht ist als die Beschränkung durch ein staatliches Monopol (OVG Münster, Urteil vom 08.12.2011, 4 A 1965/07, zitiert nach juris Rn. 39, 40 mit Verweis auf: BVerwG, Urteil vom 24.11.2010, 8 C 13.09, Rn. 83 zitiert nach juris).

Angesichts der in § 4 Abs. 2 bis 4 GlüStV 2008 und § 4 Abs. 1 Satz 1 GlüStV 2008 AG NW aufgeführten Tatbestandsvoraussetzungen beruhte das präventive Erlaubnisverfahren auch auf objektiven und nicht diskriminierenden Kriterien, die im Voraus bekannt waren. Bei Erfüllung dieser Anforderungen „sollte“ nach § 4 Abs. 1 Satz 2 GlüStV 2008 AG NW die Erlaubnis erteilt werden, wodurch ein nach Maßgabe des § 40 VwVfG NW, insbesondere durch den Zweck der Ermächtigung, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und die Grundrechte und -freiheiten begrenztes Ermessen eröffnet war (OVG Münster, Urteil vom 08.12.2011, 4 A 1965/07, zitiert nach juris Rn. 41).

In Bezug auf das Verbot, Sportwetten im Internet zu vermitteln oder zu veranstalten (§ 4 Abs. 4 GlüStV 2008), wobei nach § 3 Abs. 4 GlüStV 2008 als Ort der Vermittlung derjenige gilt, wo dem Spieler die Möglichkeit zur Teilnahme eröffnet wird, was durch die in deutscher Sprache gehaltene homepage der IBA gegenüber Interessenten im Inland geschah (vgl. dazu: OLG Naumburg, Urteil vom 27.09.2012, 9 U 73/11, zitiert nach juris Rn. 69), war eine Unvereinbarkeit mit Verfassungsrecht (OVG Lüneburg, Beschluss vom 11.11.2010, 11 MC 429/10, zitiert nach juris Rn. 30; OVG Lüneburg, Urteil vom 21.06.2011, 11 LC 348/10, zitiert nach juris Rn. 68 mit Verweis auf: BVerfG, Beschluss vom 14.10.2008, 1 BvR 928/08, zitiert nach juris Rn. 58 = NvWZ 2008, 1338) oder Gemeinschaftsrecht (OVG Lüneburg, Beschluss vom 11.11.2010, 11 MC 429/10, zitiert nach juris Rn. 30 m.w.N.) gleichfalls nicht zu erkennen. Insbesondere galt das Internetverbot unabhängig von der Staatsangehörigkeit und

dem Ort der Niederlassung des Veranstalters im gesamten Bundesgebiet einheitlich, war demnach rechtlich gegenüber EU-Bürgern, die in einem anderen Staat der EU ansässig sind oder von dort aus Sportwetten in das Bundesgebiet vermitteln wollten, nicht diskriminierend und galt für alle vergleichbar gefährlichen Glücksspiele (OVG Lüneburg, Urteil vom 21.06.2011, 11 LC 348/10, zitiert nach juris Rn. 71, 73 ff.). Gleiches galt für die Vereinbarkeit des Verbots von Live-Wetten, zumal das Verbot auch für Privatpersonen hinreichend bestimmt war (OVG Lüneburg, Beschluss vom 11.11.2010, 11 MC 429/10, zitiert nach juris Rn. 33; OVG Lüneburg, Urteil vom 21.06.2011, 11 LC 348/10, zitiert nach juris Rn. 86).

In Bezug auf den vorbezeichneten Restregelungsbestand ist auch von einem hypothetischen Willen des Normgebers auszugehen, den Restregelungsbestand ohne das staatliche Monopol in Geltung zu belassen. Entscheidend für die Beurteilung ist, ob dieser im Wissen um die Unvereinbarkeit des staatlichen Monopols zumindest den Fortbestand von materiellen Restregelungen zum Auftreten privater Veranstalter von Sportwetten gewollt hat oder ihr Tätigkeitsfeld insoweit vollständig hätte freigeben wollen (OVG Lüneburg, Beschluss vom 11.11.2010, 11 MC 429/10, zitiert nach juris Rn. 34; OVG Lüneburg, Urteil vom 21.06.2011, 11 LC 348/10, zitiert nach juris Rn. 63). Dass eine vollständige Freigabe nicht gewollt war, liegt bereits angesichts der Kernziele der Länder beim Abschluss des GlüStV 2008 auf der Hand. Denn sie wollten das Entstehen von Glücksspiel- und Wettsucht verhindern, das Glücksspielangebot begrenzen und den natürlichen Spieltrieb der Bevölkerung in geordnete und überwachte Bahnen lenken (OVG Lüneburg, Urteil vom 21.06.2011, 11 LC 348/10, zitiert nach juris Rn. 63). Bezweckte der Gesetzgeber mit der generellen Erlaubnispflicht und den vorgenannten konkretisierenden Regelungen zum Internet- und Live-Wetten-Verbot, dass keine Glücksspiele ohne vorherige Prüfung angeboten werden konnten, kann aber nicht davon ausgegangen werden, dass er ohne das staatliche Monopol auf die Erlaubnispflicht verzichtet hätte. Denn sah er diese selbst für staatliche Veranstalter vor, dann hätte er sie erst recht für private Anbieter für erforderlich gehalten (vgl. dazu: OVG Münster, Urteil vom 08.12.2011, 4 A 1965/07, zitiert nach juris Rn. 35, 36 mit Verweis auf: Sächs. OVG, Beschluss vom 04.01.2011, 3 B 507/09 - veröffentlicht bei juris).

Demnach waren während der Wirksamkeit der Untersagungsverfügung vom 18.11.2010 sowohl der Erlaubnisvorbehalt als auch die ihn konkretisierenden Regelungen, insbesondere zum Internet- und Live-Wetten-Verbot, trotz Unvereinbarkeit des Sportwettenmonopols aus dem GlüStV 2008 weiterhin anwendbar und hätten (hypothetisch) Beachtung finden müssen.

Da das Angebot der IBA, für die der Kläger Sportwetten vermittelte, sowohl gegen das Internet- als auch das Live-Wetten-Verbot aus dem GlüStV 2008 verstieß, wäre seine Vermittlungstätigkeit bei rechtmäßiger Prüfung auch schlechthin nicht erlaubnisfähig gewesen, so dass aufgrund einer Ermessensreduzierung auf Null ausschließlich eine vollumfängliche Untersagungsverfügung gegen ihn hätte erlassen werden dürfen, die - wie tatsächlich erfolgt - zu vollziehen gewesen wäre.

Nach § 4 Abs. 1 Nr. 4 GlüStV 2008 AG NW setzte die Erteilung der glücksspielrechtlichen Erlaubnis voraus, „dass der Veranstalter (Anmerkung: die IBA) oder Vermittler (Anmerkung: der Kläger) zuverlässig ist, insbesondere die Gewähr dafür bietet, dass die Veranstaltung und die Vermittlung ordnungsgemäß und für die Spielteilnehmer nachvollziehbar durchgeführt wird“; gemäß § 4 Abs. 4 GlüStV 2008 AG NW „durfte“ die Erlaubnis nicht „für das Vermitteln nach dem Glücksspielstaatsvertrag nicht erlaubter Glücksspiele erteilt werden“.

Wie die Beklagten in Bezug auf Internet- und Live-Wetten unwidersprochen vorgetragen haben, wie der Kläger in Bezug auf Live-Wetten sogar für das von ihm betriebene Wettbüro eingeräumt hat und wie sich im Übrigen aus der Internet-Recherche des Senats ergibt, bot

- die IBA im Geltungszeitraum der Verfügung vom 18.11.2010 bzw. unter Geltung des GlüStV 2008 ein (reichhaltiges) Internet- und Live-Wetten-Angebot an, das gegen die ausdrücklichen Verbote aus § 4 Abs. 4 GlüStV und § 21 Abs. 2 Satz 3 GlüStV verstieß. Damit fehlte zum Einen der IBA als Veranstalterin die erforderliche Zuverlässigkeit, zum Anderen aber auch dem Kläger als Vermittler im Hinblick auf seine Zusammenarbeit mit der IBA, deren Wettangebot, das ausschließlich die IBA bestimmte (vgl. § 3 Ziff. 3.1 des Vermittlungsvertrages), er auf Grundlage des Vermittlungsvertrages vermittelte (so OVG Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 02.03.2011, 2 M 225/10, zitiert nach juris Rn. 18 für den mit § 4 Abs. 1 Nr. 4 GlüStV 2008 AG NW identischen § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 GlüStV AG MV 2008).
- Auch eine nur teilweise Untersagung des Betriebs des Sportwettenbüros (in Bezug auf Internet- und Live-Wetten) unter etwaigen entsprechenden Nebenbestimmungen für dessen Weiterbetrieb wäre bei rechtmäßiger Prüfung nicht in Betracht gekommen. 216
- Die „Zuverlässigkeit“, von der die Erteilung der Erlaubnis abhing, ist ein personenbezogenes und damit unteilbares Kriterium. Wie ausgeführt, musste der Anbieter (die IBA) die Gewähr dafür bieten, dass Veranstaltung und Vermittlung ordnungsgemäß, also entsprechend den Vorgaben des GlüStV 2008 durchgeführt wurden. Daraus folgt, dass die jeweilige Tätigkeit in Bezug auf Glücksspiele insgesamt und nicht lediglich bezogen auf Teiltätigkeiten den Vorgaben des GlüStV 2008 entsprechen musste (OVG Lüneburg, Beschluss vom 11.11.2010, 11 MC 429/10, zitiert nach juris Rn. 35). 217
- cc) 218
- Wegen des Verstoßes gegen die Erlaubnispflicht bzw. das Internet- und Live-Wetten-Verbot des Wettangebots der IBA bzw. des Klägers (bzgl. Live-Wetten) fehlt es auch an einem ersatzfähigen Schaden. 219
- Nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der der Senat folgt, liegt im Falle des Verlustes oder der Vorenthaltung einer tatsächlichen oder rechtlichen Position, auf die dem Geschädigten nach der Rechtsordnung kein Anspruch zusteht, kein ersatzfähiger Schaden vor (BGH, NJW-RR 1989, 530 m.w.N.). So ist ein tatsächlich zu erwartender Gewinn dann nicht ersatzfähig, wenn er nur durch Verletzung eines gesetzlichen Verbots hätte erzielt werden können (BGHZ 67, 119, 121; BGHZ 75, 366, 368; BGHZ 79, 223, 231; BGH, NJW 1986, 1486, 1487; BGH, Urteil vom 27.01.1994, III ZR 42/92, „Irak-Embargo“, zitiert nach juris Rn. 31). Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass der Geschädigte im Wege des Schadensersatzes nicht einen Gewinn erhalten soll, den andere gesetzliche Vorschriften gerade verhindern wollen (BGH, NJW-RR 1989, 530; BGH, NJW 1986, 1486, 1487; BGHZ 79, 223, 231). Der entscheidende Gesichtspunkt, der zur Versagung der Ersatzfähigkeit eines entgangenen Gewinns führt, ist dabei der Umstand, dass die Gewinnerzielung vom Gesetz missbilligt wird. Der Geschädigte kann als entgangenen Gewinn nicht fordern, was er nur mit rechtswidrigen Mitteln erlangt hätte (BGH, NJW 1986, 1486, 1487). 220
- Damit entfällt ein dem Kläger entstandener ersatzfähiger Schaden in Form des entgangenen Gewinns für die Vermittlung des Wettangebotes der IBA, welches gegen das Internet- und Live-Wetten-Verbot nach dem GlüStV 2008 verstieß. Dies gilt auch im Hinblick auf Schäden wegen etwaiger Rechtsverfolgungskosten, die als Annex zur (außer- oder gerichtlichen) Geltendmachung der rechtlich missbilligten Schadensposition entstanden sind. 221
- Nach alledem scheidet ein der Klägerin aufgrund der Abtretung zustehender Schadensersatzanspruch des Klägers aus Amtshaftung (§839 BGB, Art. 34 GG) gegen das 222

beklagte Land aus.

b)	223
Auch ein der Klägerin aufgrund der Abtretung zustehender Anspruch des Klägers auf Grundlage des unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs ist nicht ersichtlich.	224
aa)	225
Da der Europäische Gerichtshof - wie bereits im Rahmen der Berufung der Klägerin unter A. dargestellt - den Mitgliedsstaaten im Bereich des Sportwettenrechts einen weiten Gestaltungs- und Ermessensspielraum einräumt, setzt ein Anspruch einen qualifizierten Verstoß im Sinne eines offenkundigen und erheblichen Verstoßes gegen Gemeinschaftsrecht voraus. Dies ist - wie gleichfalls bereits dargestellt - dann zu bejahen, wenn die verletzte Norm in ihrer Rechtsfolge das gebotene Verhalten so eindeutig aufgibt, dass kein vernünftiger Zweifel über das erlaubte und unerlaubte mitgliedsstaatliche Verhaltensspektrum mehr besteht.	226
Dieser strenge Haftungsmaßstab, den der Bundesgerichtshof in seinen kürzlich ergangenen Entscheidungen vom 18.10.2012 nochmals bestätigt hat (BGH, Urteil vom 18.10.2012, III ZR 196/11, Tz. 15 ff.; BGH, Urteil vom 18.10.2012, III ZR 197/11, Tz. 15 ff.), ist aber im Hinblick auf das Sportwettenmonopol in § 10 Abs. 2 und 5 GlüStV 2008 nicht erfüllt, da die Rechtslage insoweit auch im November 2010 noch nicht eindeutig war. Insoweit nimmt der Senat Bezug auf die zutreffenden Ausführungen im erstinstanzlichen Urteil (dort zu Ziff. II. 3. b), S. 18 f.).	227
Dagegen sprechen auch nicht die Erwägungen, die oben im Rahmen des nach § 839 BGB erforderlichen Verschuldens wegen einer eventuell nicht ausreichend gründlichen Berücksichtigung der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts Münster durch das beklagten Land ausgeführt worden sind. Denn im Rahmen des unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs ist nicht ein entsprechend strenger Maßstab anzulegen, sondern es muss ein „offensichtlicher“ Verstoß gegeben sein. Ein solcher liegt hier nicht vor.	228
Auch wenn – wie dargelegt – der Europäische Gerichtshof in der „Carmen Media“-Entscheidung ausgeführt hatte, der nationale (deutsche) Gesetzgeber könne „berechtigten Anlass zur Sorge“ in Bezug auf die Einhaltung des Kohärenzgebotes des staatlichen Sportwettenmonopols haben, so lagen jedenfalls weder auf Bundesebene (Bundesverwaltungsgericht) oder auf obergerichtlicher Landesebene (Oberverwaltungsgericht Münster) bereits (rechtskräftige) Entscheidungen vor, die die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit des Sportwettenmonopols aussprachen.	229
Das Oberverwaltungsgericht Münster hat - wie ausgeführt - erstmals durch - im einstweiligen Rechtsschutzverfahren ergangenen - Beschluss vom 22.03.2011 (Az.: 4 B 75/11), dann durch Beschluss vom 19.07.2011 (Az.: 4 B 750/11, dort S. 12 ff., Ziff. 1.4.1 ff.) und noch später durch allerdings nicht rechtskräftiges Urteil vom 29.09.2011 (Az.: 4 A 17/08, veröffentlicht u.a. in: GewArch 2012, 25-33), welches - wie ausgeführt - die erste oberverwaltungsgerichtliche Hauptsacheentscheidung auf dem Gebiet des Sportwettenrechts darstellte (vgl. die am 30.09.2010 erschienene Nachricht des OVG Münster - veröffentlicht bei juris), ausgesprochen, dass das staatliche Sportwettenmonopol sowohl nach § 10 Abs. 2 und 5 GlüStV 2008 als auch nach dem früheren 1 Abs. 1 Satz 2 Sportwettengesetz NW dem Kohärenzgebot nicht genüge, wegen Verstoßes gegen die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit europarechtswidrig sei und ordnungsbehördliche	230

Untersagungsverfügungen aufgrund des europarechtlichen Anwendungsvorranges jedenfalls dann rechtswidrig und ermessensfehlerhaft seien, soweit sie allein auf das Staatsmonopol und deshalb eine generell fehlende Erlaubnisfähigkeit privater Sportwettenvermittlung gestützt waren (OVG Münster, GewArch 2012, 25, 31). Vor diesem Hintergrund wurde auch erstmals in der noch immer nicht rechtskräftigen (Hautsache-)Entscheidung vom 29.09.2011 ausgesprochen, dass von der Behörde die Frage der Erlaubnisfähigkeit im Rahmen des Untersagungsverfahrens zu klären sei (OVG Münster, GewArch 2012, 25, 31).

Im September bzw. November 2010 lagen diesbezüglich aber keine gerichtlichen Entscheidungen vor, so dass auch angesichts der „Carmen Media“-Entscheidung nicht von einem offensichtlichen Verstoß auszugehen ist. Auch in der Zeit bis zur Aufhebung der Verfügung Ende Oktober 2011 war die Rechtsprechung in diesem Bereich mangels (rechtskräftiger) ober- oder höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht derart geklärt, als dass von einem qualifizierten Verstoß im vorgenannten Sinne auszugehen ist. 231

bb) 232

Abgesehen davon scheidet ein Anspruch wegen Eingreifens des Einwandes des rechtmäßigen Alternativverhaltens und mangels ersatzfähiger Schadenspositionen aus. Insoweit wird auf obige Ausführungen Bezug genommen. 233

c) 234

Auch Ansprüche aus § 39 Abs. 1 lit. b) OBG NW scheiden jedenfalls nach den Grundsätzen des Einwandes rechtmäßigen Alternativverhaltens bzw. mangels ersatzfähiger Schadenspositionen aus. Insoweit nimmt der Senat wiederum Bezug auf seine obigen Ausführungen. 235

IV. 236

Nach alledem war auch die Berufung des Klägers in vollem Umfang zurückzuweisen. 237

C) 238

Ein Anlass zu einer Vorlage an den Europäischen Gerichtshof nach Art. 267 Abs. 3 AEUV besteht bereits deshalb nicht, da der Senat nicht letztinstanzliches Gericht ist (vgl. dazu: Karpenstein, Praxis des EU-Rechts, Rn. 378). 239

D) 240

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97 Abs. 1, 100 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 241

Der Senat misst der Sache im Hinblick auf die Frage der Haftung für legislatives Unrecht bzw. dessen Vollzug grundsätzliche Bedeutung zu, weshalb gemäß § 543 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO für die Klägerin die Revision zuzulassen war. 242