
Datum: 14.06.2013
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 11. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 U 89/11
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2013:0614.11U89.11.00

Vorinstanz: Landgericht Bochum, 5 O 156/10

Tenor:

Das Versäumnisurteil vom 17.04.2013 wird aufrechterhalten.

Die Kläger haben die weiteren Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Dieses Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Kläger zu 2) darf die Zwangsvollstreckung der Beklagten aus diesem

Urteil und dem Versäumnisurteil des Senats vom 17.04.2013 durch

Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund dieses Urteils und des

Versäumnisurteils des Senats vom 17.04.2013 zu vollstreckenden Betrages

abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe

von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Vermerk

Das Urteil vom 14.06.2013 wurde berichtigt durch Beschluss vom 29.11.2013.

Hamm, 04.12.2013

Justizbeschäftigte

Gründe:

I.

Die Kläger begehren im Klagewege Feststellung, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihnen alle Schäden zu ersetzen, die sie infolge der Ordnungsverfügungen der Beklagten vom 18.01.2007 (gerichtet an die Klägerin zu 1) - Anlage K 6 zur Klageschrift) bzw. vom 22.08.2007 (gerichtet an den Kläger zu 2) - Anlage K 16 zur Klageschrift), durch welche ihnen auf Grundlage der §§ 1, 3, 4, 5, 14, 17, 20 OBG NRW i.V.m. § 12 Abs. 2 Nr. 1 des damals in Geltung befindlichen Staatsvertrages zum Lotteriewesen in Deutschland - Lotteriestaatsvertrag – (im Folgenden: LoStV) und der §§ 1, 2 des nordrhein-westfälischen Sportwettengesetzes (im Weiteren: SportWettG NRW) sowie § 284 StGB der Betrieb ihrer in C2, C-Straße, zeitlich nacheinander betriebenen Wettannahmestelle für Sportwetten untersagt worden war, sowie durch deren Vollziehung etwaig erlitten haben und weiterhin erleiden.

Die Klägerin zu 1) (im Weiteren: die Klägerin) hatte am 30.11.2006 in der vorgenannten Betriebsstätte die Vermittlungstätigkeit von Sportwetten für die Fa. D, (im Folgenden: D) aufgenommen. Die Wettaufträge wurden von der Klägerin aufgrund eines Geschäftsbesorgungsvertrages mit der D (Anlage K 1 zur Klageschrift vom 29.12.2010) weitergeleitet. Nach erfolglosem Widerspruchsverfahren gegen die für sofort vollziehbar erklärte Untersagungsverfügung vom 18.01.2007 und Ablehnung des Antrags auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung durch das Verwaltungsgericht Gelsenkirchen, erfolglosem Widerspruchsverfahren gegen eine erste Zwangsgeldfestsetzung durch Verfügung der Beklagten vom 23.02.2007 in Höhe von 10.000,00 € und dessen Beitreibung am 16.03.2007 sowie Androhung eines weiteren Zwangsgeldes in Höhe von 20.000,00 € durch die Beklagte stellte die Klägerin den Vermittlungsbetrieb am 16.03.2007 ein. In der Folgezeit blieb der Betrieb zunächst geschlossen. Nach erfolglosem Abänderungsverfahren vor dem Verwaltungsgericht Gelsenkirchen, wobei wegen der Einzelheiten auf den Antrag nach § 80 Abs. 7 VwGO vom 28.03.2007 (Anlage K 13 zur Klageschrift vom 29.12.2010) und den Beschluss des Verwaltungsgerichts Gelsenkirchen vom 20.04.2007 zu 7 L 335/07 (Anlage K 14 zur Klageschrift vom 29.12.2010) verwiesen wird, entschied sich die Klägerin am 09.08.2007 dazu, eine Nutzung der Betriebsräume durch Dritte nicht zu blockieren. Sie meldete sämtliche Gewerbe ab.

Ab dem 21.8.2007 betrieb sodann der Kläger zu 2) (im Weiteren: der Kläger) in den vorgenannten Betriebsräumen die Sportwettenvermittlung. Nach erfolglosem Widerspruchsverfahren gegen die für sofort vollziehbar erklärte Untersagungsverfügung vom 22.08.2007 und Ablehnung des Antrags auf Aussetzung der Vollziehung nach § 80 Abs. 4 VwGO durch die Beklagte, Widerspruchseinlegung gegen eine erste Zwangsgeldfestsetzung in Höhe von 20.000,00 € durch den Kläger und der Androhung weiterer Zwangsgelder in Höhe von 30.000,00 € für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die Untersagungsverfügung vom 22.08.2007 durch die Beklagte stellte der Kläger den Vermittlungsbetrieb am 04.09.2007 ein und meldete das Gewerbe am 14.02.2008 ab. Nach der Betriebseinstellung blieb das Geschäftslokal in der Folgezeit geschlossen bis es anderweitig verpachtet und - nach unwidersprochen gebliebenem Vortrag in der Klageerwiderung – im Februar 2008 von Herrn F übernommen wurde.

Erstinstanzlich haben die Parteien im Wesentlichen über das Vorliegen des besonderen Feststellungsinteresses (§ 256 ZPO) und die Passivlegitimation der Beklagten bzw. darüber gestritten, ob die Beklagte aufgrund bindender Weisung einer vorgesetzten Behörde gehandelt hat, ob die gegen die Kläger ergangenen Ordnungsverfügungen - insbesondere wegen Verstoßes gegen europäisches Unionsrecht - rechtswidrig waren und ob den Klägern aufgrund dessen ein ersatzfähiger Schaden entstanden ist.

6

Das Landgericht hat die Klage vollumfänglich abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, die Feststellungsklage sei zwar zulässig, insbesondere sei das besondere Feststellungsinteresse gegeben, habe in der Sache aber bereits mangels Passivlegitimation der Beklagten keinen Erfolg.

7

Ein Anspruch aus Amtshaftung nach § 839 BGB, Art. 34 GG bestehe mangels eigener Verantwortlichkeit der Beklagten nicht, da diese jeweils auf Weisung des Innenministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen gehandelt habe. Auch ein unionsrechtlicher Staatshaftungsanspruch der Kläger gegen die Beklagte sei daher nicht gegeben. Darüber hinaus entfalle ein Anspruch aus § 39 Abs. 1 lit. b) OBG NRW, da auch im Rahmen der verschuldensunabhängigen Behördenhaftung die Grundsätze des Handels auf Weisung Anwendung fänden. Unter Verweisung auf sein in dem Parallelrechtsstreit zu 5 O 5/11 ergangenes Urteil vom 09.09.2011 (= I-11 U 88/11 Oberlandesgericht Hamm) hat das Landgericht darüber hinaus gemeint, ohnehin lägen die Voraussetzungen eines Anspruchs nach den vorgenannten Anspruchsgrundlagen nicht vor.

8

Dagegen richten sich die Kläger mit ihrer Berufung.

9

Sie meinen unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags, die Beklagte sei passivlegitimiert und die Feststellungsklage sei zulässig. Sie bestreiten mit Nichtwissen, dass die Beklagte auf bindende Weisung gehandelt habe, und sind der Ansicht, der ministeriale Erlass vom 31.03.2006 stehe der Passivlegitimation der Beklagten nicht entgegen, zumal dieser nicht an die Beklagte gerichtet und nicht bindend gewesen sei. Die Kläger behaupten zudem, der Erlass des Innenministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen vom 31.03.2006 (Aktenzeichen: 14-38.07.06-5 – Anlage 1 zur Klageerwiderung vom 28.07.2011) sei keine bindende Weisung, sondern lediglich eine Mahnung zur Einhaltung der in den dort genannten Urteilen aufgeführten Rechtsnormen gewesen. Zudem könne im Anwendungsbereich des § 39 Abs. 1 lit. b) OBG NRW eine bindende Weisung einer vorgesetzten Behörde nicht generell zu einer Entlassung der handelnden Behörde aus der Haftung im Außenverhältnis führen, sondern lediglich zu einer Haftungsfreistellung im Innenverhältnis zur anweisenden Behörde. Soweit man eine Haftungsfreistellung im Außenverhältnis anerkenne, obliege der Beklagten als (angeblich) Angewiesener die

10

Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die rechtswidrige Maßnahme auf einer bindenden Weisung beruht habe; dieser sei die Beklagte nicht nachgekommen. Zudem behaupten die Kläger, der Beklagten sei zudem genügend eigener Handlungsspielraum verblieben, um eine Schädigung der Kläger zu vermeiden, zudem könne sich die Beklagte für die Aufrechterhaltung der Untersagungen über den 31.12.2007 (Ende der Geltungsdauer des SportWettG NRW) hinaus ohnehin nicht auf eine Weisung stützen. Ferner stehe den Klägern jeweils ein Anspruch aus § 39 Abs. 1 lit. b) OBG NRW zu. Die in dem zum Aktenzeichen 5 O 5/11 - LG Bochum - ergangenen Urteil und vom Landgericht vorliegend in Bezug genommenen Gründe seien nicht zutreffend. Soweit das Landgericht die Kausalität zwischen rechtswidriger ordnungsbehördlicher Maßnahme und Schaden nach den Grundsätzen des rechtmäßigen Alternativverhaltens verneint habe, sei dies unzutreffend, da die Vermittlung von Sportwetten durch die Kläger jeweils legal gewesen sei. Den Klägern stehe auch jeweils ein Anspruch aus Amtshaftung nach § 839 BGB, Art. 34 GG zu, da die Amtsträger der Beklagten unter Berücksichtigung der Entscheidung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) vom 06.11.2003 (C-243/01 - Gambelli) und deren Rezeption durch die deutschen Gerichte mit überwiegender Wahrscheinlichkeit von der Rechtswidrigkeit der streitgegenständlichen Verfügungen hätten ausgehen müssen. Auch die Kollegialgerichtsrichtlinie greife nicht ein, da sich insbesondere die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28.03.2006 (1 BvR 1054/01) nicht auf die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit der Unterbindung gewerblicher Wettveranstaltungen und ihrer Vermittlung beziehe. Auf Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Münster im Eilverfahren finde die Kollegialgerichtsrichtlinie ohnehin keine Anwendung. Ferner stehe den Klägern ein Anspruch aus gemeinschaftsrechtlichem Staatshaftungsanspruch zu, da die Anwendung erkannt gemeinschaftsrechtswidrigen nationalen Rechts stets einen offenkundigen Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht darstelle.

Ursprünglich haben die Kläger den Antrag angekündigt, 11

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Bochum vom 09.09.2010 festzustellen, dass 12
die Beklagte verpflichtet ist, den Klägern alle Schäden zu ersetzen, die diese infolge der
Ordnungsverfügung der Beklagten gegen die Klägerin zu 1) vom 18.01.2007 und gegen den
Kläger zu 2) vom 22.08.2007 sowie durch deren jeweilige Vollziehung erlitten haben und
weiterhin erleiden.

Die Beklagte hat den Antrag angekündigt, 13

die Berufung zurückzuweisen. 14

Mit Verweis auf den Erlass des nordrhein-westfälischen Innenministeriums vom 31.03.2006 15
bestreitet die Beklagte weiterhin ihre Passivlegitimation und behauptet, sie habe aufgrund
bindender Weisung gehandelt. Zudem ist sie der Ansicht, ein gemeinschaftsrechtlicher
Staatshaftungsanspruch entfalle mangels qualifizierten Verstoßes gegen
Gemeinschaftsrecht, ein Anspruch aus § 39 Abs. 1 lit. b) OBG NRW entfalle, da dieser keine
Haftung für legislatives Unrecht begründe. Darüber hinaus ist sie der Auffassung, den
Klägern sei durch die Ordnungsverfügungen vom 18.01.2007 und vom 22.08.2007 kein
ersatzfähiger Schaden entstanden.

Der Senat hat zunächst beabsichtigt, die Berufungen der Kläger gemäß § 522 Abs. 2 ZPO 16
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.

In diesem Senatstermin haben die Klägervvertreter nicht verhandelt. Daraufhin hat der Senat am 17.04.2013 auf Antrag der Beklagten die Berufungen der Kläger durch Versäumnisurteil zurückgewiesen.	17
Gegen das ihren Prozessbevollmächtigten am 29.04.2013 zugestellte Versäumnisurteil haben die Kläger mit am 13.05.2013 vorab per Telefax eingegangenen anwaltlichen Schriftsatz vom selben Tage Einspruch eingelegt, ohne ihn zu begründen.	18
Mit am 05.06.2013 vorab per Telefax beim Oberlandesgericht eingegangenen weiterem Schriftsatz vom selben Tage haben die Kläger im Hinblick auf zwischenzeitlich erhobene Anfechtungsklagen gegen die Verfügungen vom 18.01.2007 bzw. vom 22.08.2007 mit näherer Begründung, auf die wegen der Einzelheiten Bezug genommen wird, die Aussetzung des Verfahrens nach § 148 ZPO beantragt sowie den Einspruch begründet und insoweit vorgetragen:	19
Nicht der ministeriale Erlass vom 31.03.2006 sei die maßgebliche Weisung, sondern die e-mail der Bezirksregierung B an die Beklagte vom 07.04.2006 (Anlage 6 zum Schriftsatz der Beklagtenvertreter vom 12.04.2013). Es werde mit Nichtwissen bestritten, dass die e-mail bei Erlass der streitgegenständlichen Ordnungsverfügungen noch dem „aktuellen Stand“ entsprochen habe. Ausschließlich die Ausführungen im 1. Absatz auf S. 3 des ministerialen Erlasses vom 31.03.2006 seien als Weisung zu verstehen, im Übrigen handele es sich um unverbindliche Rechtsausführungen. Soweit sich die angewiesene Behörde diese zu eigen mache und diese ihren Ermessenserwägungen zugrunde lege, müsse sie selbst die haftungsrechtlichen Folgen tragen, wenn sich die solcherart beeinflussten Ermessenserwägungen als fehlerhaft herausstellten. Zudem könne sich die Beklagte bezüglich der Art und Weise der Zwangsvollstreckung nicht auf eine bindende Weisung berufen. Die Beklagte habe nicht dargetan, inwieweit von dem ministerialen Erlass im Falle des Klägers im Vergleich zur Klägerin eine schnellere Beendigung des Betriebes und die Androhung und Beitreibung eines doppelt so hohen Zwangsgeldes gefordert gewesen sein solle. Zudem trete die Haftung der Beklagten neben die des Landes als Weisungsgeber, da die Beklagte die für sie durch die Remonstrationsobliegenheit gegenüber der Bezirksregierung bestehenden Verzögerungsmöglichkeiten nicht ausgeschöpft habe. Dieser (Haftungs-)Zeitraum sei so lange zu bemessen, wie eine im Außenverhältnis pflichtgemäß handelnde Kommune in der Lage gewesen wäre, die Bezirksregierung „hinzuhalten“. Der Erlass vom 31.03.2006 habe nach dem 31.12.2007 keine praktische Bedeutung mehr gehabt, vielmehr hätten die Bezirksregierungen neue Anweisungen erhalten, was sie den örtlichen Ordnungsbehörden im Umgang mit Sportwettenvermittlungen nach dem 01.01.2008 zu raten bzw. vorzuschreiben gehabt hätten. Beispiele dafür seien die gerichtsbekannten ministerialen Erlasse vom 14.09.2010 und vom 18.11.2010. Ob örtliche Ordnungsbehörden berechtigt (gewesen) seien, Untersagungs-verfügungen – gleich, aus welcher Zeit – aufzuheben, könne nur aus einer Gesamtschau der für den jeweiligen Zeitpunkt maßgeblichen Erlass- und Weisungslage beurteilt werden, zu welcher der Beklagten vorzutragen oblegen habe. Gerichtsbekannt habe zum Beispiel die Stadt Bochum am 28.11.2011 eine gegen den Kläger gerichtete und am 13.02.2012 eine bestandskräftige gegen die Klägerin gerichtete Untersagungsverfügung aufgehoben. Die Stadt B2 habe am 20.10.2011 eine gegen die Klägerin am 05.05.2006 erlassene Ordnungsverfügung betreffend den Standort G aufgehoben. Gegen andere Sportwettenvermittlerinnen gerichtete Untersagungsverfügungen hätten die Stadt G2 am 14.11.2011, die Stadt G3 am 27.10.2010 und die Stadt G4 am 02.12.2011 aufgehoben. Zudem werde in Nordrhein-Westfalen seit April 2011 nicht mehr gegen Sportwettenvermittler vorgegangen, vereinnahmte Zwangsgelder seien in vielen anderen Fällen, zum Beispiel in Düsseldorf und Duisburg, freiwillig	20

zurückgezahlt worden. Die Vermietung der streitgegenständlichen Betriebsräume sei zur Schadensminderung jeweils durch die Klägerin vorgenommen worden.

Die Klägerin beantragt nunmehr, 21

unter Aufhebung des Versäumnisurteils vom 17.04.2013 und unter 22
Abänderung des Urteils des Landgerichts Bochum vom 09.09.2010 festzustellen,
dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin zu 1) alle Schäden zu ersetzen, die
diese infolge der gegen sie erlassenen Ordnungsverfügung der Beklagten vom
18.01.2007 sowie deren Vollziehung erlitten hat und weiterhin erleidet.

Der Kläger hat durch den Schriftsatz seiner Prozessbevollmächtigten vom 05.06.2013 unter 23
Hinweis auf eine in § 8 eines zwischen den Klägern nach deren Behauptung über die
streitgegenständlichen Betriebsräume geschlossenen Pachtvertrags vom 21.08.2007 (Anlage
BK 3 zum Schriftsatz der Rechtsanwälte L2 pp. vom 05.06.2013) enthaltene Abtretung
sämtlicher Schadensersatz- und Ausgleichsansprüche an die Klägerin angezeigt, dass er den
Feststellungsantrag in Prozessstandschaft für die Klägerin verfolgt.

Dementsprechend beantragt der Kläger, 24

unter Aufhebung des Versäumnisurteils vom 17.04.2013 und unter Abänderung des Urteils 25
des Landgerichts Bochum vom 09.09.2010 festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist,
der Klägerin zu 1) alle Schäden zu ersetzen, die der Kläger zu 2) infolge der gegen ihn
erlassenen Ordnungsverfügung der Beklagten vom 28.08.2007 sowie deren Vollziehung
erlitten hat und weiterhin erleidet.

Die Beklagte beantragt, 26

das Versäumnisurteil vom 17.04.2013 aufrechtzuerhalten. 27

Sie bestreitet neben ihrer Passivlegitimation - mit Nichtwissen - die inhaltliche Richtigkeit des 28
Pachtvertrages vom 21.08.2007, den Zeitpunkt seines Abschlusses sowie die klägerische
Behauptung, die Vermietung der Betriebsräume sei zur Schadensminderung jeweils durch
die Klägerin erfolgt. Sie behauptet, für sie habe eine durchgehende Weisungslage seitens
des Landes Nordrhein-Westfalen bestanden, eine Weisung zur Aufhebung der
streitgegenständlichen Ordnungsverfügungen habe sie zu keinem Zeitpunkt erhalten. Soweit
gegenüber dem Kläger seitens der Beklagten - insoweit unstreitig - schneller gehandelt
worden sei als gegenüber der Klägerin, sei dies darin begründet gewesen, dass unter
Berücksichtigung des tatsächlichen Verlaufs keinerlei Bereitschaft bestanden habe, die
Verfügungen der Beklagten zu akzeptieren. Zudem ist die Beklagte der Ansicht, den Klägern
sei ohnehin kein Schaden entstanden, da sie auch ohne die Ordnungsverfügungen die ihnen
untersagten Tätigkeiten nicht rechtmäßig hätten ausüben dürfen. Die Erteilung einer
Erlaubnis für die Vermittlung von Sportwetten sei „offensichtlich“ nicht in Betracht gekommen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den vorgetragenen 29
Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst den überreichten Anlagen sowie die tatsächlichen
Feststellungen des Landgerichts in seinem angefochtenen Urteil verwiesen. Der Senat hat
den korrigierenden Schriftsatz der klägerischen Prozessbevollmächtigten (Rechtsanwälte L2
pp.) vom 13.06.2013 und auch den Inhalt der unter Missachtung der Fristen des § 132 ZPO
überreichten Schriftsätze des weiteren Prozessbevollmächtigten der Kläger Rechtsanwalt L
vom 13. und 14.06.2013 zur Kenntnis genommen.

II.

Infolge des zulässigen, insbesondere innerhalb der zweiwöchigen Notfrist (§§ 539 Abs. 3, 339 Abs. 1 ZPO) eingelegten Einspruchs der Kläger gegen das Versäumnisurteil des Senats vom 17.04.2013 ist der Prozess in die Lage zurückversetzt worden, in der er sich vor Eintritt der Säumnis befand, §§ 539 Abs. 3, 342 ZPO. Allerdings war das Versäumnisurteil aufrechtzuerhalten, §§ 539 Abs. 3, 343 Satz 1 ZPO. Denn die Berufungen der Kläger haben in der Sache keinen Erfolg. Das Landgericht hat die Klagen jeweils zu Recht abgewiesen.

1. 32

Ob der Kläger aufgrund zulässiger gewillkürter Prozessstandschaft wegen wirksamer, in § 8 des nach der Behauptung der Kläger zwischen ihnen am 21.08.2007 geschlossenen Pachtvertrages enthaltener Abtretungsvereinbarung prozessführungsbefugt ist, kann - ebenso wie die damit verbundene Frage der inhaltlichen Richtigkeit und Wirksamkeit des Vertrages - mangels Entscheidungserheblichkeit dahinstehen. Denn seine Berufung hat - wie auch die Berufung der Klägerin - jedenfalls aus anderen Gründen keinen Erfolg.

2. 34

Zwar ist die von den Klägern jeweils erhobene Feststellungsklage zulässig, insbesondere ist das besondere Feststellungsinteresse (§ 256 Abs. 1 ZPO) gegeben.

Das berechnigte 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) trotz einer möglichen und grundsätzlich vorrangigen Leistungsklage wird 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).

Unabhängig davon fehlt es aus den im angefochtenen Urteil dargelegten Gründen an der Zumutbarkeit der Erhebung einer (vorrangigen) Leistungsklage.

3. 38

Allerdings sind die Klagen nicht begründet. Den Klägern steht gegen die Beklagte unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt ein Schadensersatz- bzw. Entschädigungsanspruch zu. Insbesondere haben die Kläger gegen die Beklagte weder einen Anspruch nach den Grundsätzen der Amtshaftung gemäß § 839 BGB, Art. 34 GG noch einen unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch und auch keinen Anspruch wegen rechtswidrigen Verwaltungshandeln gemäß § 39 Abs. 1 lit. b) OBG NRW als einzig ernsthaft in Betracht kommender Anspruchsgrundlagen. 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.).

Es fehlt bereits an der Passivlegitimation der Beklagten, worauf die Parteien mit der Ladungsverfügung vom 12.12.2012 ausdrücklich hingewiesen worden sind.

a) 41

Der Erlass der Ordnungsverfügungen vom 18.01.2007 und vom 22.08.2007 sowie sämtliche Vollziehungsmaßnahmen beruhten auf einer bindenden Weisung in Form des in der Akte befindlichen Erlasses des Innenministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen vom 31.03.2006 (Aktenzeichen: 14-38.07.07.-5 – Anlage 1 zur Klageerwiderung vom 28.07.2011).

42

aa) Nach amtschaftungsrechtlichen 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 bzw. 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 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 angewiesene Stadt wegen zwar intern pflichtgemäßem, aber extern pflichtwidrigem Verhalten - mit Regressmöglichkeit gegenüber dem anweisenden Land - haftet).

43

Diese dem Amtshaftungsrecht entspringenden Grundsätze zur Bestimmung der haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit finden – entgegen der von den Klägern vertretenen Auffassung – nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der der Senat folgt, gleichfalls Anwendung auf die verschuldensunabhängige Haftung aus § 39 Abs. 1 lit. b) OBG NRW (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).

44

Dies hat - im Gegensatz zu der von den Klägern vertretenen Auffassung - auch keine „übermäßige Erschwerung“ des Rechtsschutzes der Kläger zur Folge, insbesondere nicht im Sinne eines Verstoßes gegen den „Effektivitätsgrundsatz“ oder mangels „Vorhersehbarkeit der Passivlegitimation“. Wenn der Geschädigte selbst nicht verlässlich beurteilen kann, ob eine bindende Weisung vorliegt und deshalb eine - nach den Maßstäben der Rechtsprechung

45

des Bundesgerichtshofs hier anzunehmende - Verlagerung der haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit auf die Körperschaft eingetreten ist, der der anweisende Amtsträger angehört, steht ihm zur Wahrnehmung seiner Rechte in zumutbarer Weise das prozessuale Mittel der Streitverkündung zur Verfügung, um insbesondere einem etwaigen Verjährungsrisiko gegenüber dem (zunächst) nicht in Anspruch Genommenen zu begegnen. Wenn die jeweils durch mehrere Prozessbevollmächtigte anwaltlich vertretenen Kläger davon, insbesondere im Hinblick auf die mit der Ausbringung einer Streitverkündung verbundenen zusätzlichen Kosten, keinen Gebrauch machen, obwohl nach ihrem eigenen Vortrag verschiedene Gerichte zu dieser Frage unterschiedliche Ansichten vertreten, ist dies ein Umstand im Rahmen ihrer individuellen Prozessführung, der – anders als die Frage der Passivlegitimation - nicht der Bewertung durch diesen Senat unterliegt, in der Sache allerdings nichts an der Verlagerung der Passivlegitimation auf die anweisende Behörde ändert. Dem stehen - anders als die Kläger meinen - auch nicht die Ausführungen des Senats zur Frage der Passivlegitimation der Beklagten in seinem Hinweisbeschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO vom 03. August 2012 entgegen. Denn der Senat hat dort diese Frage ausdrücklich offengelassen und die Erfolgsaussichten der klägerischen Berufungen aus anderen Gründen verneint, bevor die Kläger mit der Ladungsverfügung vom 12.12.2012 (Ziff. 3.) auf die – vorbehaltlich abschließender Senatsberatung – abweichende rechtliche Bewertung durch den Senat hingewiesen worden sind, was sie gleichfalls nicht zu einer anderen Prozessführung veranlasst hat.

Vor diesem Hintergrund scheidet eine Haftungsverlagerung nach Maßgabe der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei Handeln auf bindende Weisung auch nicht deshalb aus, weil damit - wie allerdings die Kläger meinen - die Haftung des (Mitglieds-)Staates für Verstöße gegen Unionsrecht - insbesondere infolge einer „Haftungsbefreiung des Staates durch sich selbst“ - nicht gewährleistet wäre. Denn den Erfordernissen des Gemeinschaftsrechts ist genügt, wenn die innerstaatlichen Verfahrensregelungen einen wirksamen Schutz der Rechte, die dem einzelnen aufgrund Gemeinschaftsrechts zustehen, ermöglichen und die Geltendmachung dieser Rechte nicht gegenüber derjenigen solcher Rechte erschwert ist, die dem einzelnen nach innerstaatlichem Recht zustehen (EuGH, Urteil vom 01.06.1999, C-302/97, „Konle“, Rn. 63). Diesen Maßstäben ist insbesondere im Hinblick auf das prozessuale Mittel der Streitverkündung angesichts der in Betracht kommenden Ansprüche gegenüber der anweisenden Körperschaft genügt.

46

bb)Bei dem vorgenannten Erlass des Innenministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen vom 31.03.2006 handelt es sich um eine solche bindende Weisung. Dies ergibt sich eindeutig aus dessen Wortlaut bzw. Inhalt und wird zudem durch das in der Akte befindliche (Anlage 2 zur Klageerwiderung vom 28.07.2011) mit Bindungswirkung nach § 314 ZPO als unstreitig zu behandelnde Schreiben des Ministeriums für Inneres und Kommunales Nordrhein-Westfalen vom 11.11.2010 an den klägerischen Prozessbevollmächtigten Rechtsanwalt Dr. C 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 (vgl. § 9 OBG NRW).

47

Soweit die Kläger den bindenden Weisungscharakter in Abrede stellen und in dem Erlass vom 31.03.2006 lediglich eine Mahnung zur Einhaltung der in den dort genannten Urteilen aufgeführten Rechtsnormen sehen, 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

48

Gesetzesbindung der Verwaltung nach Art. 20 Abs. 3 GG ergibt. Der Sinn einer solchen (bloßen) Mahnung erschließt sich dem Senat vor diesem Hintergrund nicht.

Sowohl den Erlass vom 31.03.2006 als auch das Schreiben vom 11.11.2010 hat die Beklagte bereits mit der Klageerwiderung vom 28.07.2011 in Kopie zu den Akten gereicht. Vor diesem Hintergrund ist entgegen der von den Klägern vertretenen Auffassung nicht festzustellen, dass die Beklagte der ihr obliegenden Darlegungs- und Beweislast nicht nachgekommen ist. Ebenfalls ist ihr prozessuales Berufen auf ein Handeln auf Weisung rechtlich nicht zu beanstanden. Entgegen der von den Klägern vertretenen Auffassung ist vor diesem Hintergrund auch nicht deshalb von einem haftungsrechtlich relevanten Verstoß seitens der Beklagten auszugehen, weil diese eine vorprozessuale Anfrage vom 07.12.2010 (Anlage K 24 zur Klageschrift vom 29.12.2010) seitens der Kläger, ob sie aufgrund bindender Weisung tätig geworden sei, mit Schreiben vom 13.12.2010 (Anlage K 25 zur Klageschrift vom 29.12.2010) nicht eindeutig beantwortet hat. Zudem hatten die Kläger durch ihren Klägervertreter Rechtsanwalt Dr. C aufgrund des Schreibens des nordrhein-westfälischen Innenministeriums vom 11.11.2010 vor hiesiger Klageerhebung mit am 03.01.2011 beim Landgericht im Original eingegangener und am 20.01.2011 zugestellter Klageschrift vom 29.12.2010 Kenntnis von dem Weisungscharakter des Erlasses vom 31.03.2006 für sämtliche örtlich und sachlich zuständigen Ordnungsbehörden in Nordrhein-Westfalen, worauf bereits das Landgericht mit zutreffender Begründung, auf die wegen der Einzelheiten zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird, hingewiesen hat.

Denn diesem 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.“

Danach besteht für den Senat kein Zweifel daran, 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 war und ist. Dass sie die Weisung durch Weiterleitung per e-mail am 07.04.2007 (Anlage 6 zum Schriftsatz der Beklagtenvertreter vom 12.04.2013) über die für sie zuständige Bezirksregierung erhalten hat, führt zu keinem anderen Ergebnis. Insbesondere ist entgegen der von den Klägern vertretenen Auffassung, nicht auf die e-mail vom 07.04.2007 als „maßgebliche Weisung“ abzustellen.

Entgegen der von den Klägern vertretenen Auffassung bezieht sich der Erlass vom 31.03.2006 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 - wie die Kläger meinen - 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 nicht entgegen.

Auch dem Einwand der Kläger, der Beklagten sei ein eigener Handlungs- und Beurteilungsspielraum verblieben, vermag der Senat angesichts des eindeutigen Wortlauts nicht zu folgen. Denn dem Erlass ist eindeutig 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 Beklagte nicht disponibel. Soweit die Kläger darauf verweisen, dass der Erlass – was zutrifft – keine Vorgaben in Bezug auf die Höhe festzusetzender Zwangsgelder usw. macht, führt dies 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. Das ändert indes nichts an dem bindenden Weisungscharakter des Erlasses vom 31.03.2006, der Haftungsverlagerung auf die anweisende Behörde und damit der fehlenden Passivlegitimation der Beklagten. Unerheblich ist, dass (nach dem unwidersprochenen Vortrag der Kläger) eine andere örtliche Ordnungsbehörde in B2 im Rahmen der Zwangsvollstreckung geringere oder keine Zwangsgelder festsetzte bzw. (vorläufig) auf Vollstreckungsmaßnahmen verzichtete. Zum einen mag das den Besonderheiten der dortigen jeweiligen Einzelfälle geschuldet gewesen sein, zum anderen betrifft dies eben das konkrete Vorgehen in der Zwangsvollstreckung. Festzuhalten ist vielmehr, dass auch diese örtliche Ordnungsbehörde – wie sich aus dem eigenen Vortrag der Kläger ergibt – aufgrund des Erlasses vom 31.03.2006 entsprechend der darin enthaltenen bindenden Weisung Untersagungsverfügungen erließ und deren Zwangsvollstreckung betrieb.

53

Auch der Einwand der Kläger, eine (eigene) Haftung der Beklagten ergebe sich, da die Beklagte sich (unverbindliche) Rechtsauffassungen der übergeordneten Behörde in dem Erlass vom 31.03.2006 zu eigen und zur Grundlage ihrer (fehlerhaften) Ermessenserwägungen gemacht habe, trägt vor dem Hintergrund des eindeutigen Weisungscharakters des Erlasses vom 31.03.2006 nicht. Denn dieser beließ der Beklagten - wie ausgeführt - in Bezug auf das „Ob“ des ordnungsbehördlichen Vorgehens und das „Wie“ in Form vollständiger und durch Zwangsmaßnahmen vollstreckbarer Untersagungsverfügungen nebst strafprozessualer Maßnahmen keinen eigenen Beurteilungsspielraum und damit kein eigenes Ermessen. Aber auch soweit der Erlass – wie gleichfalls ausgeführt – in Bezug auf das konkrete Vorgehen in der Zwangsvollstreckung, z.B. in Bezug auf die Höhe der Zwangsgelder usw., keine Vorgaben für die Beklagte enthielt, ist eine Haftung der Beklagten entgegen der von den Klägern vertretenen Auffassung nicht gegeben. Dass die (unterschiedliche) Höhe der gegen die Kläger jeweils festgesetzten, angedrohten und (teilweise) beigetriebenen Zwangsgelder bzw. der unterschiedliche Vorgehenszeitraum im Einzelfall unverhältnismäßig waren, ist weder vorgetragen noch ersichtlich. Angesichts dessen, dass trotz des Vorgehens gegenüber der Klägerin zeitlich nachfolgend der Kläger die untersagte Vermittlungstätigkeit in derselben Betriebsstätte (wieder) aufnahm, ist vielmehr von der Verhältnismäßigkeit des Vorgehens der Beklagten auch gegenüber dem Kläger auszugehen, worauf auch die Beklagte zutreffend hingewiesen hat. Abgesehen davon bleibt es dabei, dass infolge der Weisung, die auch die

54

Zwangsvollstreckung der Ordnungsverfügungen - mit Ausnahme von deren konkreter Ausgestaltung - umfasste, die haftungsrechtliche Verantwortlichkeit in Bezug auf die Zwangsvollstreckung im Außenverhältnis zu den Klägern bei der anweisenden Behörde, aber nicht bei der Beklagten zu verorten ist.

b) 55

Eine Haftung der Beklagten lässt sich auch nicht daraus herleiten, dass die Beklagte die streitgegenständlichen Ordnungsverfügungen über den 31.07.2007 hinaus aufrechterhalten hat. Eine derartige Haftung würde in der Sache an das Unterlassen der Aufhebung der Ordnungsverfügungen anknüpfen und setzt demgemäß voraus, dass die Beklagte eine entsprechende Rechtspflicht zur Aufhebung (amts-) pflichtwidrig missachtet hat. Das vermag der Senat auf der Grundlage des Vorbringens der Parteien nicht festzustellen. 56

aa) 57

Handelt der Angewiesene aufgrund einer bindenden Weisung, steht es ihm nicht zu, (von sich aus) die darauf beruhenden entsprechenden Maßnahmen aufzuheben bzw. nicht weiter zu vollziehen, ohne dass wiederum eine entsprechende Weisung bzw. die Rücknahme der erteilten Weisung durch die vorgesetzte, anweisende Behörde vorliegt (vgl. dazu: OLG Brandenburg, Urteil vom 17.07.2007, 2 U 26/06, zitiert nach juris Rn. 29 – für den Fall, dass die anweisende Behörde ihre Weisung später ausdrücklich zurückgenommen hat). Anderenfalls würde das System der Haftungsverlagerung im Fall des weisungsgebundenen Handels konterkariert, wonach gerade der Anweisende durch die Erteilung der Weisung die Verantwortung für die Gesetzmäßigkeit des (fortdauernden bzw. -wirkenden) Verwaltungshandelns übernimmt. 58

bb) 59

Eine Pflicht zur Aufhebung der Ordnungsverfügungen ergab sich nicht bereits aus dem Inhalt der Weisung. Soweit in dem Erlass vom 31.03.2006 unter Bezugnahme auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 28.03.2006 (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, lässt sich daraus eine Aufhebungspflicht nicht herleiten. Denn die Formulierung bezog sich darauf, dass das Bundesverfassungsgericht in diesem Urteil ausdrücklich ausgesprochen hatte, dass das (dort streitgegenständliche) Bayerische Staatslotteriegesetz 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). 60

cc) 61

Auch angesichts dieser erkennbaren zeitlichen Begrenzung für die Anwendbarkeit des SportWettG NRW ist eine nach diesem Zeitpunkt gleichsam ab dem 01.01.2008 wieder eintretende Passivlegitimation der Beklagten 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 62

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 (Im Weiteren: GlüStV 2012) nebst nordrhein-westfälischem Ausführungsgesetz vom 13.11.2012 in Kraft getreten ist. An der fortbestehenden (haftungsrechtlichen) Verantwortlichkeit des Landes als Träger der anweisenden Behörde besteht danach kein Zweifel.

dd) 63

Dass es eine Rücknahme der Weisung vom 31.03.2006 bzw. eine neue Weisung gegenläufigen Inhalts gab oder gibt, wonach seitens der Beklagten (auch bereits bestandskräftige) Untersagungsverfügungen aufzuheben waren und gegen die die Amtswalter der Beklagten verstoßen haben, ist weder ersichtlich noch vorgetragen. 64

Die Beklagte hat vorgetragen, es habe für sie eine „durchgehende Weisungslage seitens des Landes Nordrhein-Westfalen“ bestanden. Die Kläger haben demgegenüber lediglich geltend gemacht, die Bezirksregierungen hätten neue Anweisungen erhalten, was sie den örtlichen Ordnungsbehörden im Umgang mit Sportwettenvermittlungen nach dem 01.01.2008 zu raten bzw. vorzuschreiben gehabt hätten, ohne den Inhalt solcher Anweisungen zu präzisieren. Soweit die Kläger in diesem Zusammenhang auf den dem Senat und den Parteien aus dem Berufungsverfahren zum Aktenzeichen I-11 U 88/11 bekannten Erlass des Ministeriums für Inneres und Kommunales des Landes Nordrhein-Westfalen vom 14.09.2010 (Aktenzeichen: 14-38.07.01-3.1 – Anlage 1 zur dortigen Klageerwiderung der Rechtsanwälte Dr. F2 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 dortigen Klageerwiderung der Rechtsanwälte Dr. F2 pp. vom 28.07.2011) verweisen, handelt es sich auch insoweit nicht um eine Weisung gegenteiligen Inhalts. Vielmehr heißt es in dem Erlass vom 14.09.2010 – unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Urteile des EuGH vom 08. September 2010 zum deutschen Glücksspielrecht (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 – X GmbH) und im Anschluss an die ausführliche Darstellung und Bewertung ihres Inhalts wörtlich: 65

„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.“ 66

Soweit es in Bezug auf Vollziehungsmaßnahmen in dem Erlass noch heißt: 67

„In Vollstreckungsverfahren bin ich damit einverstanden, dass von dem Vollzug angedrohter Zwangsmaßnahmen (z.B. Eintreiben von Zwangsgeldern) bis auf weiteres abgesehen wird. (...)“, 68

hat das Ministerium durch Schreiben vom 18.11.2010 unter Bezugnahme auf den Erlass vom 14.09.2010 in Bezug auf Vollstreckungsverfahren ausgeführt: 69

„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.

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). (...)“ 71

Bereits angesichts dieser eindeutigen, zudem imperativen Formulierung besteht kein Zweifel daran, dass das Ministerium auch in diesem Erlass nebst Ergänzung (in Fortführung der bereits zuvor vorgegebenen „Vorgehensweise“ wiederum) die Weisung erteilt hat, Untersagungsverfügungen gegen die Betreiber privater Sportwettenbüros – wie die Kläger – zu erlassen und diese zu vollstrecken. Eine Befugnis/Pflicht der Beklagten, die streitgegenständlichen Ordnungsverfügungen aufzuheben bzw. nicht (weiter) zu vollstrecken, ergibt sich daraus gerade nicht. 72

Der Senat verkennt nicht, dass die Kläger keinen Einblick in die Erlasslage und den Inhalt von verwaltungsinternen Anweisungen haben und deshalb dazu – wie sie mit einiger Berechtigung geltend machen – nicht konkret vortragen können. Das führt allerdings nicht dazu, von der Unrichtigkeit des gegenteiligen Vortrags der Beklagten, der sich an § 138 Abs. 1 ZPO messen lassen muss, auszugehen. Wenn die Kläger – wie hier – Ansprüche (auch) auf eine pflichtwidrige Missachtung von Weisungen des Landes zur Aufhebung der Ordnungsverfügungen stützen wollen, obliegt es ihnen, Zeitpunkt und Inhalt einer solchen Weisung vorzutragen. Ohne einen solchen Vortrag lässt sich eine darauf gründende Pflichtverletzung nicht feststellen. 73

Dass Ordnungsbehörden in anderen Städten – wie die Kläger unbestritten vortragen – im Jahr 2011 Ordnungsverfügungen aus den vorangegangenen Jahren aufgehoben haben bzw. beigetriebene Zwangsgelder zurückgezahlt haben, mag den jeweiligen Umständen der dortigen Einzelfälle geschuldet gewesen sein. Für eine zwischenzeitlich ergangene Weisung, aufgrund derer die streitgegenständlichen Ordnungsverfügungen seitens der Beklagten hätten aufgehoben werden müssen bzw. nicht weiter hätten vollzogen werden dürfen, ist daraus indes nichts herzuleiten. 74

Deshalb kann auch dahinstehen, ob die Missachtung einer etwa 2011 ergangenen Weisung zur Aufhebung der Ordnungsverfügungen einen Schaden der Kläger verursacht haben könnte, woran Zweifel bestehen, weil die Betriebsstätte, auf die sich die Ordnungsverfügungen bezogen, bereits seit Februar 2008 verpachtet worden ist und für eine Wiederaufnahme der untersagten Tätigkeiten in dieser Betriebsstätte, die ohnehin nur alternativ durch die Klägerin oder den Kläger, nicht aber kumulativ hätte erfolgen können, nichts ersichtlich ist. 75

c)Die Beklagte 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. 76

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 ist, führt dies nicht zu einer anderen Beurteilung. Es ist bereits nicht erkennbar, dass seitens der Beklagten überhaupt Zweifel an der Rechtmäßigkeit der erteilten Weisung bestanden oder hätten bestehen müssen. 77

aa)	78
Denn die Weisung vom 31.03.2006 und damit der Erlass der streitgegenständlichen Verfügungen vom 18.01.2007 und vom 22.08.2007 sowie ihre jeweils im Jahre 2007 stattgehabte Vollziehung standen im Einklang mit der im damaligen Zeitraum einschlägigen höchstrichterlichen Rechtsprechung. Zwar hatte das Bundesverfassungsgericht in seinem das Bayerische Staatslotteriegesetz 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 EuGH zum Gemeinschaftsrecht formulierten Vorgaben bezogen (vgl. Zitierung nach juris: Orientierungssatz 3e und Rn. 144 mit Verweis auf: EuGH Urteil vom 06.11.2003 - C-243/01 - Gambelli u.a. - Slg. 2003, I-13076, Rn. 62). Indes hatte es sich auf den Ausspruch der Unvereinbarkeit der Regelung mit dem Grundgesetz beschränkt (vgl. Zitierung nach juris Rn. 147) und gleichzeitig ausdrücklich ausgesprochen, dass das Bayerische Staatslotteriegesetz 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).	79
Angesichts dieser vor dem ministeriellen Erlass vom 31.03.2006 (und dem Erlass der streitgegenständlichen Untersagungsverfügungen) ergangenen Entscheidung durften indes die zuständigen Amtsträger nach Ansicht des Senats darauf vertrauen, dass das Bundesverfassungsgericht in Bezug auf die Regelung in Nordrhein-Westfalen nicht davon abweichend entscheiden werde. Tatsächlich hatte das Bundesverfassungsgericht durch Beschluss vom 07.12.2006 zu 2 BvR 2428/06 ausdrücklich die in seiner Entscheidung vom 28.03.2006 aufgestellten Grundsätze auf die nordrhein-westfälische Rechtslage für anwendbar erklärt (BVerfG, NJW 2007, 1521, 1523).	80
Dass der EuGH (später) durch Urteil vom 08.09.2010 (Rs. C-409/06 - „X“ - veröffentlicht u.a. in: MMR 2010, 838 - 840) die Anwendung einer nationalen Regelung über ein staatliches Sportwettenmonopol, die die unmittelbar geltenden Bestimmungen des Unionsrechts der Art. 49 AEUV/Art. 43 EG (Recht auf Niederlassungsfreiheit) und Art. 56 AEUV/Art. 49 EG (Recht auf freien Dienstleistungsverkehr) missachten, für eine Übergangszeit wegen des Grundsatzes des Vorrangs des Unionsrechts ausdrücklich verneint hat (EuGH, MMR 2010, 838, 839 Tz. 60, 61), ändert nichts. Dies musste seitens der Beklagten nicht gleichsam vorhergesehen werden, so dass für eine Remonstrationspflicht nichts ersichtlich ist.	81
bb) Auch eine Remonstrationspflicht der Beklagten in Ansehung ihrer Untersagungsverfügungen nach dem 31.12.2007 bestand nicht. 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 D vermittelte Wettangebot - enthalten, so dass ausschließlich die Wettangebote der Monopolträger vermittelt werden durften und private Vermittlungstätigkeiten weiterhin illegal waren.	82
Allein das Vorhandensein einer Monopolregelung auch im GlüStV 2008 kann eine Remonstrationspflicht der Beklagten 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	83

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 NRW entsprach. Allerdings hatte das Bundesverfassungsgericht eine (verfassungsgemäße) staatliche Monopolregelung nicht von vorneherein ausgeschlossen, sondern unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Gambelli-Entscheidung des EuGH (C-243/01, 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 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.“ 84

Diese Grundsätze hatte das Bundesverfassungsgericht in seiner 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 NRW bezogen und dies später nochmals im Beschluss vom 07.12.2006 bestätigt (Nichtannahmebeschluss, 2 BvR 2428/06, zitiert nach juris Rn. 26). 85

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 bei der Beklagten eine Remonstrationspflicht erwachsen wäre. Vielmehr hat später 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). 86

cc) Gleiches gilt für den Geltungszeitraum des neuen Glücksspielstaatsvertrages ab dem 01.12.2012. Auch dieser enthält die Regelung eines staatlichen Monopols (vgl. § 10 Abs. 1, 2, 3, und 6 GlüStV 2012). Zwar ist die Monopolregelung nach der Experimentierklausel des § 10 a Abs. 1 GlüStV 2012 auf sieben Jahre ausgesetzt, gemäß Abs. 2 der Vorschrift dürfen Sportwetten in diesem Zeitraum nur mit einer Konzession (§§ 4 a bis 4 e GlüStV 2012) veranstaltet werden und nach § 10 a Abs. 3 GlüStV 2012 besteht die Möglichkeit, insgesamt 20 Konzessionen an Private zu vergeben. Auch in Anbetracht dessen ist für eine Remonstrationspflicht der Beklagten in Bezug auf die Untersagungsverfügungen vom 18.01.2007 und 22.08.2007 aber nichts ersichtlich, zumal die vollständige Untersagung vor diesem Hintergrund jedenfalls auch weiterhin - insbesondere gegenüber Privaten ohne Konzession - möglich bleibt und die Beklagte zudem in das (länderübergreifende) Vergabeverfahren für die Konzessionen, das wohl vom hessischen Innenministerium 87

koordiniert wird, nicht involviert ist.

dd) Vor diesem Hintergrund trägt auch der Einwand der Kläger nicht, die Beklagte treffe eine Haftung, soweit und solange sie die ihr zustehenden Möglichkeiten der „Verzögerung des Verfahrens“ im Rahmen einer im Hinblick auf „offensichtliche rechtliche Bedenken“ gegebenen „Remonstrationsobliegenheit“ nicht ausgeschöpft habe. Denn entgegen der von den Klägern vertretenen Auffassung ergaben sich - wie ausgeführt - seitens der Beklagten bereits keine Anhaltspunkte dafür, dass Zweifel an der Rechtmäßigkeit der erteilten Weisung bestanden oder hätten bestehen müssen. 88

d) 89

Gleiches gilt soweit die Kläger der Auffassung sind, eine Haftung seitens der Beklagten ergebe sich, da jeder ihrer zuständigen Amtswalter die Weisung vom 31.03.2006 aus eigener Entscheidungsbefugnis heraus habe unangewendet lassen müssen bzw. wegen eines Verstoßes jedes zuständigen Amtswalters der Beklagten gegen die Pflicht zur Beachtung des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts. 90

Denn – wie ausgeführt – durften die zuständigen Amtswalter der Beklagten angesichts der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, insbesondere angesichts des Urteils vom 28.03.2006 zu 1 BvR 1054/01 und der Beschlüsse vom 02.08.2006 zu 1 BvR 2677/04 und vom 07.12.2006 zu 2 BvR 2428/06, wonach unter Berücksichtigung der Maßstäbe des EuGH zu den unionsrechtlichen Grundfreiheiten ausdrücklich nur auf einen Verstoß gegen Art. 12 GG Bezug genommen war, davon ausgehen, dass der Vorrang des Unionsrechts der vom Bundesverfassungsgericht ausdrücklich ausgesprochenen Übergangsfrist bis zum 31.12.2007 nicht entgegenstand. Vielmehr hatte das Bundesverfassungsgericht in seinen Entscheidungen vom 28.03.2006 und vom 07.12.2006 sogar ausdrücklich ausgesprochen, dass das gewerbliche Veranstellen von Sportwetten durch private Wettunternehmen und das Vermitteln von Sportwetten, die nicht vom Freistaat Bayern bzw. vom Land Nordrhein-Westfalen veranstaltet wurden, „weiterhin als verboten angesehen und ordnungsrechtlich unterbunden werden“ dürften (vgl. Urteil vom 28.03.2006, zitiert nach juris Rn. 158; Beschluss vom 07.12.2006, NJW 2007, 1521, 1523). Die gegenteilige Entscheidung des EuGH vom 08.09.2010 (Rs. C-409/06 – „X“), wonach die Anwendung einer nationalen Regelung über ein staatliches Sportwettenmonopol für eine Übergangszeit wegen des Vorrangs des Unionsrechts ausschied, musste demgegenüber nicht vorhergesehen werden. 91

Auch nach dem 31.12.2007 durften die Amtswalter der Beklagten im Geltungsbereich des GlüStV 2008 bzw. des GlüStV 2012 angesichts der darin jeweils enthaltenen Monopolregelungen davon ausgehen, dass die europäischen Grundfreiheiten der Dienstleistungs- bzw. der Niederlassungsfreiheit nicht verletzt waren. Insoweit wird auf obige Ausführungen zu 3. c) bb) und cc) Bezug genommen. 92

Nach alledem ist die Beklagte nicht Anspruchsgegnerin etwaiger Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüche und damit nicht passivlegitimiert. 93

III. 94

Dem Antrag der Kläger auf Aussetzung des Verfahrens nach § 148 ZPO im Hinblick auf die zwischenzeitlich anhängig gemachten Anfechtungsklagen gegen die streitgegenständlichen Ordnungsverfügungen vor dem Verwaltungsgericht war mangels Vorgeiflichkeit nicht zu entsprechen. Diese Voraussetzung ist nur dann gegeben, wenn in dem anderen Verfahren über ein Rechtsverhältnis entschieden wird, dessen Bestehen für den hiesigen Rechtsstreit 95

präjudizielle Bedeutung hat (Zöller/Greger, ZPO, 29. Aufl., § 148 Rn. 5). Dies ist entgegen der von den Klägern vertretenen Auffassung nicht der Fall. Denn die Frage der Rechtswidrigkeit der Ordnungsverfügungen hat für die im hiesigen Rechtsstreit allein entscheidungserhebliche Frage der Passivlegitimation der Beklagten unter Berücksichtigung der bereits ausgeführten Grundsätze der Haftungsverlagerung auf die anweisende Behörde im Falle eines Handels aufgrund bindender Weisung keine Bedeutung.

IV. 96

Ein Anlass zu einer Vorlage an den EuGH nach Art. 267 AEUV besteht nicht. Es ist allein Sache des Senats als nationalem Gericht, das mit dem Rechtsstreit befasst ist und für die zu erlassende Entscheidung die Verantwortung zu tragen hat, im Hinblick auf die Besonderheiten der Rechtssache sowohl die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung für den Erlass seines Urteils als auch die Erheblichkeit der dem Gerichtshof vorzulegenden Fragen zu beurteilen (vgl. dazu grundlegend: G, Praxis des EU-Rechts, Rn. 368). Daraus folgt, - wie auch der EuGH mehrfach betont hat - dass die Frage, ob ein Verstoß eines Mitgliedsstaates gegen Europäisches Gemeinschaftsrecht im Sinne der Voraussetzung eines unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs hinreichend qualifiziert ist, allein der Tatrichter unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände, insbesondere anhand der vom EuGH entwickelten Leitlinien zu entscheiden hat (EuGH, Urteil vom 05.03.1996, NJW 1996, 1267, 1270; Urteil vom 01.06.1999, Rs. C-302/97, Slg. 1999, I-3122; Urteil vom 04.07.2000, Rs. C-424/97, Slg. 2000, I-5148; BGH, NJW 2009, 2534). 97

Unter Berücksichtigung dieser Vorgaben hat der Senat allein die Frage geprüft, welchen innerstaatlichen Hoheitsträger die haftungsrechtliche Verantwortlichkeit (auch) im Rahmen des unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs trifft. Darüber hinausgehende unionsrechtliche Fragen zeigt der streitgegenständliche Sachverhalt nicht auf. 98

V. 99

Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 91, 97 Abs. 1, 100 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 100

Die Revision war nicht zuzulassen, da ihre gesetzlichen Voraussetzungen (§ 543 Abs. 2 ZPO) nicht vorliegen. 101