

8. Senat
8 B 1028/15

VG Wiesbaden 5 L 1453/14.WI



HESSISCHER VERWALTUNGSGERICHTSHOF BESCHLUSS

In dem Verwaltungsstreitverfahren

[REDACTED]

Antragstellerin und Beschwerdegegnerin,

bevollmächtigt:

[REDACTED]

gegen

das Land Hessen, vertreten durch das Hessische Ministerium des Innern und für Sport,
Friedrich-Ebert-Allee 12, 65185 Wiesbaden,

Antragsgegner und Beschwerdeführer,

bevollmächtigt:

[REDACTED]

beigeladen:

1.

[REDACTED]

2.

[REDACTED]

3.

[REDACTED]

4.

[REDACTED]

5.

[REDACTED]

6.

[REDACTED]

7.

[REDACTED]

8.

[REDACTED]

9.

[REDACTED]

10.

[REDACTED]

11.

[REDACTED]

12.

[REDACTED]

13.

[REDACTED]

14.

[REDACTED]

15.

[REDACTED]

16.

[REDACTED]

17.

[REDACTED]

18.

[REDACTED]

19.

[REDACTED]

20.

[REDACTED]

bevollmächtigt: zu 1. und 4. [REDACTED]

[REDACTED]

- 3 -

zu 2.: [REDACTED]

zu 3.: [REDACTED]

zu 5.: [REDACTED]

zu 6.: [REDACTED]

zu 7.: [REDACTED]

zu 8., 10. und 15.: [REDACTED]

zu 9. und 14.: [REDACTED]

zu 11.: [REDACTED]

zu 12.: [REDACTED]

zu 13.: [REDACTED]

zu 16.: [REDACTED]

zu 17.: [REDACTED]

zu 18.: [REDACTED]

zu 19.: [REDACTED]

zu 20.: [REDACTED]

wegen Lotterierechts – Konzessionen zur Veranstaltung von Sportwetten –

hat der Hessische Verwaltungsgerichtshof - 8. Senat - durch

Vizepräsidenten des Hess. VGH Schönstädt,
Richterin am Hess. VGH Dr. Lambrecht,
Richterin am Hess. VGH Nieuwenhuis,

am 16. Oktober 2015 beschlossen:

- 4 -

Die Beschwerde des Antragsgegners gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Wiesbaden vom 5. Mai 2015 – 5 L 1453/14.WI – wird zurückgewiesen.

Der Antragsgegner hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zu tragen.

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 50.000,00 € festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin begehrt Eilrechtsschutz gegen die vom Antragsgegner angekündigte Vergabe von Konzessionen zur Veranstaltung von Sportwetten.

Die Antragstellerin – eine Gesellschaft mit Sitz in Österreich – hat sich beim Antragsgegner um eine von 20 nach dem Glücksspielstaatsvertrag zu vergebenden Sportwettenkonzessionen beworben.

Für die Vergabe der 20 Konzessionen wurde ein zweistufiges (Vergabe-)Verfahren geschaffen. Auf der ersten Stufe dieses Verfahrens wurde der Kreis grundsätzlich geeigneter Bewerber anhand von Ausschlusskriterien ermittelt. Auf der zweiten Stufe erfolgte die Auswahl zwischen den ermittelten grundsätzlich geeigneten Bewerbern.

Die Ausschreibung der Konzessionen wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union (Abl./S. S151, 1/7) vom 8. August 2012 bekannt gemacht (sog. Auftragsbekanntmachung). In der Ausschreibung wurden Anforderungen für beide Verfahrensstufen nach Ziffern gegliedert dargestellt.

In Ziffer IV.2.1) – Zuschlagskriterien – heißt es:

„das wirtschaftlich günstigste Angebot in Bezug auf die Kriterien, die in den Ausschreibungsunterlagen, der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder zur Verhandlung bzw. in der Beschreibung zum wettbewerblichen Dialog aufgeführt sind“.

- 5 -

In Ziffer VI.3) – Zusätzliche Angaben – heißt es:

„Diejenigen Bewerber, die die in der ersten Stufe aufgestellten Voraussetzungen erfüllen, erhalten in der zweiten Stufe sodann Gelegenheit, ihre Bewerbung zu ergänzen und so einen vollständigen Antrag auf Erteilung einer Konzession zur Veranstaltung von Sportwetten im Geltungsbereich des GlüStV zu stellen (Aufforderung zur Antragstellung)“.

In Ziffer IV.3.4) ist als Schlusstermin für den Eingang der Angebote oder Teilnahmeanträge der 4. September 2012, 12.00 Uhr genannt. Wegen der Einzelheiten wird auf die Ausschreibung Bezug genommen.

Angesichts zahlreicher Nachfragen von Interessenten wurde die Abgabefrist bis zum 12. September 2012, 10.00 Uhr, verlängert. Nach Prüfung der eingegangenen Anträge wurden unter Beteiligung des Glücksspielkollegiums 56 Bewerber zur zweiten Stufe des Verfahrens zugelassen. Am 24. Oktober 2012 wurden diese per Fax aufgefordert, ihre Bewerbungen zu einem vollständigen Antrag zu ergänzen. Per E-Mail erhielten sie ein Informationsmemorandum mit den Verfahrensregeln sowie (weitere) Hinweise zu inhaltlichen Anforderungen und einzureichenden Unterlagen, Erklärungen und Nachweisen. Als Fristende für die Antragsvervollständigung ist in Ziffer 5.3.2 des Informationsmemorandums der 20. Dezember 2012, 12.00 Uhr genannt. Diese Frist wurde im Hinblick auf 599 Nachfragen der Bewerber zweimal verlängert, zuletzt bis zum 21. Januar 2013, 12.00 Uhr. Bis zu diesem Zeitpunkt reichten die Antragstellerin und 40 weitere Bewerber ihre vervollständigten Anträge ein.

Eine Vorprüfung der Anträge auf formale Vollständigkeit, Erfüllung der „Mindestanforderungen allgemein“ und der „Mindestanforderungen Konzepte“ (beschränkt auf die Vertriebs-, Zahlungsabwicklungs- und Wirtschaftlichkeitskonzepte) hatte als Ergebnis, dass lediglich 14 Bewerber die Anforderungen vollständig erfüllt hatten. Diese Bewerber wurden zur Präsentation ihrer Sicherheits- und Sozialkonzepte eingeladen.

Eine vom Antragsgegner vorgenommene erneute Prüfung der Anträge aller 41 Antragsteller kam zu dem Ergebnis, dass keiner der Bewerber die Mindestanforderungen erfüllt hatte. Sämtliche auf der zweiten Stufe des Verfahrens verbliebenen 41 Bewerber, zu denen auch die Antragstellerin zählte, erhielten daraufhin Gelegenheit, ihre Bewer-

- 6 -

bungen entsprechend vom Antragsgegner gestellter Nachforderungen zu überarbeiten. Die im Anschluss erfolgende Auswertung des Antragsgegners ergab, dass nun 35 Antragsteller sämtliche Anforderungen erfüllten. Diese Bewerber erhielten sodann Gelegenheit, ihre Sozial- und Sicherheitskonzepte vorzustellen.

Im Auswahlverfahren zwischen den Antragstellern, die die Anforderungen erfüllten, wurde eine Reihenfolge (sog. Ranking) ermittelt. Die Antragstellerin belegt nach diesem Ranking Platz 21. Das Glücksspielkollegium stimmte in seiner Sitzung am 26./27. August 2014 der vom Hessischen Ministerium des Innern und für Sport vorgeschlagenen Auswahlentscheidung zu.

Mit Schreiben vom 2. September 2014 erhielten die 20 Bewerber, die eine Konzession erhalten sollten, den Auswahlvermerk und die Mitteilung, dass die Konzessionen am 18. September 2014 erteilt werden sollten. 15 Antragsteller, die die Anforderungen erfüllten, aber im Ranking keinen der ersten 20 Plätze zugewiesen bekommen hatten, erhielten den Auswahlvermerk und Ablehnungsbescheide. Fünf Antragsteller, die die Anforderungen auch nach Nachforderung nicht erfüllt hatten, erhielten lediglich Ablehnungsbescheide.

Am 12. September 2014 hat die Antragstellerin beim Verwaltungsgericht Wiesbaden um einstweiligen Rechtsschutz nachgesucht.

Die Antragstellerin hat beantragt,

den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, die von ihm angekündigte Erteilung von Konzessionen zurückzustellen, bis über die auf Konzessionserteilung gerichtete Klage der Antragstellerin entschieden ist,

hilfsweise, den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, der Antragstellerin zeitgleich mit den übrigen Bewerbern eine vorläufige Konzession zu erteilen, bis über die Klage rechtskräftig entschieden ist,

wiederum hilfsweise, den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, der Antragstellerin zeitgleich mit der Ausgabe von Konzessionen an die übrigen ausgewählten Bewerber eine vorläufige Konzession zu erteilen, bis über ihre Klage rechtskräftig entschieden ist.

- 7 -

Zur Begründung hat die Antragstellerin ausgeführt, das Verfahren zur Vergabe der Konzessionen weise sowohl in seiner rechtlichen Konstruktion als auch in der Verfahrensgestaltung grundlegende Rechtsmängel auf. Die getroffene Entscheidung verletze sie in ihren Rechten. Ohne den Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung drohten ihr unumkehrbare Rechtsnachteile.

Am 16. September 2014 hat die Antragstellerin zudem Klage gegen den an sie gerichteten Ablehnungsbescheid erhoben, die beim Verwaltungsgericht Wiesbaden unter dem Aktenzeichen 5 K 1467/14.WI geführt wird.

Mit Beschluss vom 18. September 2014 hat das Verwaltungsgericht Wiesbaden dem Antragsgegner aufgegeben, bis zur Entscheidung des Gerichts über den Eilantrag keine Konzessionen an die ausgewählten Bewerber zu vergeben (sog. „Hängebeschluss“). Die hiergegen erhobenen Beschwerden des Antragsgegners und der Beigeladenen zu 1., 4. und 18. sind ohne Erfolg geblieben.

Das Verwaltungsgericht Wiesbaden hat mit Beschluss vom 5. Mai 2015 den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, bis zu einer Entscheidung des Gerichts im Klageverfahren 5 K 1467/14.WI die angekündigte Erteilung von Konzessionen an die 20 Beigeladenen zurückzustellen. Zur Begründung hat es ausgeführt, das der beabsichtigten Konzessionsvergabe zugrundeliegende Auswahlverfahren habe nicht den Anforderungen an ein transparentes und diskriminierungsfreies Verfahren entsprochen. Die Antragstellerin würde durch eine Vergabe der Konzessionen in unverhältnismäßiger Weise in ihrer Dienstleistungsfreiheit eingeschränkt. Wegen der Einzelheiten wird Bezug genommen auf die Gründe des verwaltungsgerichtlichen Beschlusses vom 5. Mai 2015.

Der Antragsgegner hat gegen den ihm am 5. Mai 2015 zugestellten Beschluss am 13. Mai 2015 beim Hessischen Verwaltungsgerichtshof Beschwerde erhoben und diese mit am 5. Juni 2015 beim Beschwerdegericht eingegangenen Schriftsatz vom selben Tag begründet. Der Antrag der Antragstellerin sei nicht zulässig, weil Eilrechtsschutz nach §§ 80, 80 a VwGO gegenüber vorbeugendem einstweiligen Rechtsschutz nach § 123

- 8 -

VwGO vorrangig sei. Die Interessen der Antragstellerin würden durch den Eilrechtsschutz nach § 80, 80 a VwGO auch hinreichend gewahrt. Unabhängig von seiner Unzulässigkeit sei der Eilantrag der Antragstellerin auch unbegründet. Es fehle sowohl an einem Anordnungsanspruch als auch an einem Anordnungsgrund. Das Vergabeverfahren sei sowohl in seiner Konzeption unter Einbindung des Glücksspielkollegiums als auch in seiner konkreten Durchführung nicht zu beanstanden. Wegen der Einzelheiten wird auf die Beschwerdebegründung Bezug genommen.

Der Antragsgegner beantragt,

den Eilantrag der Antragstellerin unter Aufhebung des Beschlusses des Verwaltungsgerichts Wiesbaden vom 5. Mai 2015 (5 L 1453/15.WI) abzulehnen.

Die Antragstellerin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts sei zutreffend, insbesondere vor dem Hintergrund, dass es bei einer Vergabe von Konzessionen zur Veranstaltung von Sportwetten um die erstmalige Eröffnung eines Marktes und nicht um die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen gehe.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze sowie auf die Gerichtsakten (7 Bände) und die Behördenakten (2 Ordner Generalakten) Bezug genommen, die Gegenstand der Beratung gewesen sind.

II.

Die Beschwerde ist zulässig, aber nicht begründet. Der angegriffene Beschluss des Verwaltungsgerichts ist nach dem Erkenntnisstand des Senats in dem für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage maßgeblichen Zeitpunkt der Beschwerdeentscheidung

- 9 -

nicht zu beanstanden. Der Antrag der Antragstellerin auf Erlass einer einstweiligen Anordnung, mit der dem Antragsgegner die Erteilung der Konzessionen für die Veranstaltung von Sportwetten einstweilen untersagt wird, ist zulässig und begründet.

1. Der Antrag der Antragstellerin nach § 123 VwGO ist zulässig. Die Antragstellerin begehrt unter Berufung auf eine Fehlerhaftigkeit des Auswahlverfahrens vorbeugenden vorläufigen Rechtsschutz. Die Verwaltungsgerichtsordnung gewährt gegen Verwaltungsakte allerdings grundsätzlich nur nachträglichen Rechtsschutz, so dass ein Antragsteller in der Regel erst nach Erlass eines Verwaltungsakts in zulässiger Weise um verwaltungsgerichtlichen Eilrechtsschutz nachsuchen kann. In Ausnahmefällen, in denen nachgelagerter Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte nicht oder nicht in ausreichendem Maße wirksam ist, kommt wegen der Garantie effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG jedoch der Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO in Betracht.

Hieran gemessen ist die Bejahung der Statthaftigkeit des Anordnungsverfahrens nach § 123 VwGO durch das Verwaltungsgericht nicht zu beanstanden.

Ein Anspruch der Antragstellerin auf Erteilung einer Konzession zur Veranstaltung von Sportwetten bzw. auf ordnungsgemäße Bescheidung ihres hierauf gerichteten Antrags wird zwar durch die von ihr erhobene Verpflichtungsklage hinreichend gewahrt. Denn diese bietet insoweit hinreichenden Rechtsschutz, als nach einer Verpflichtung des Antragsgegners zur Neuauswahl dieser auch die Begünstigung der ausgewählten Beigeladenen zurücknehmen kann (vgl. Rennert, Konkurrentenklagen bei begrenztem Kontingent, DVBl. 2009, S. 1333 [1340]). Die Verpflichtungsklage allein ist indes nicht geeignet, auch die wirtschaftlichen Interessen der Antragstellerin bis zu einer Entscheidung ausreichend zu schützen. Denn der Antragstellerin droht für den Fall, dass die Konzessionen vom Antragsgegner an die Beigeladenen vergeben werden, dass sie bis zu einer Überprüfung der Auswahlentscheidung und einer etwaigen Neuauswahl vom legalen Markt ausgeschlossen bleibt, während die Beigeladenen in der Lage wären, rechtmäßig am Markt tätig zu werden und die besten Standorte für Wettvermittlungstellen und den Markt unter sich aufzuteilen.

Um diese Gefahr für ihre wirtschaftlichen Interessen abzuwenden, kann die Antragstellerin auch nicht auf den Weg der Anfechtungsklage verwiesen werden. Die Antragstellerin

- 10 -

rin müsste, um ihre Interessen zu wahren, gegen jede der 20 Konzessionen Anfechtungsklage erheben und – vor dem Hintergrund der Ankündigung des Antragsgegners, die Konzessionen unter Anordnung des Sofortvollzugs zu erteilen – zusätzlich 20 Eilverfahren nach §§ 80 Abs. 5, 80a VwGO anstrengen. Diese Vorgehensweise ist ihr wegen des damit verbundenen Kostenrisikos nicht zumutbar, zumal ihr Ziel letztlich nicht ist, alle 20 Beigeladenen aus ihren Positionen zu verdrängen, sondern lediglich selbst auch eine der Konzessionen zu erhalten.

2. Das Eilrechtsschutzgesuch ist als auf Erlass einer Sicherungsanordnung gerichteter Antrag auch begründet. Nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO kann das Gericht eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Anordnungsanspruch – das subjektiv-öffentliche Recht des Antragstellers – und Anordnungsgrund – die Eilbedürftigkeit der Sicherung dieses Rechts – sind glaubhaft zu machen (§ 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO).

a) Die Antragstellerin hat einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. Der zu sichernde Anspruch ergibt sich verfassungsrechtlich aus Art. 12 Abs. 1 GG bzw. Art. 2 Abs. 1 GG, bei unterstellter Verfassungskonformität einfachrechtlich aus § 4b des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland (Glücksspielstaatsvertrag – GlüStV) vom 15. Dezember 2011 (GVBl. 2012, S. 190f). Im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes ist ein Fachgericht berechtigt, eine von ihm festgestellte Verfassungswidrigkeit einer Rechtsgrundlage als Kriterium seiner Eilentscheidung zu berücksichtigen.

aa) Die Regelungen des Glücksspielstaatsvertrages, wonach Sportwetten von privaten Anbietern nur mit einer Konzession veranstaltet werden dürfen, greifen in das Grundrecht der Berufsfreiheit ein. Insoweit mag dahinstehen, ob sich die Antragstellerin – eine Gesellschaft mit Sitz in Österreich – mit Erfolg auf Art. 12 Abs. 1 GG berufen kann, weil die unionsrechtlichen Grundfreiheiten und das allgemeine Diskriminierungsverbot aus Art. 18 AEUV die in Art. 12 Abs. 1 GG vorgesehene Beschränkung der Grundrechtsgewährleistung auf „Deutsche“ zurückdrängen. Denn jedenfalls ist für sie die Berufsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet. Auch ausländische juristische Personen mit Sitz

- 11 -

in EU-Mitgliedsstaaten können Träger materieller Grundrechte des Grundgesetzes sein (BVerfG, Beschluss vom 19. Juli 2011 – 1 BvR 1916/09 –, BVerfGE 129,78 [99] = juris, Rdnr. 81).

Der Glücksspielstaatsvertrag greift in die Berufsfreiheit ein, weil das darin vorgesehene Konzessionssystem für Sportwetten die Sportwettenveranstalter in ihrer Erwerbs- und Leistungstätigkeit beschränkt. Grundsätzlich sieht der Glücksspielstaatsvertrag ein staatliches Sportwettenmonopol vor. Lediglich zur Erprobung einer besseren Bekämpfung der mit dem Glücksspielstaatsvertrag verfolgten Ziele wird dieses Monopol gemäß § 10a Abs. 1 GlüStV für die Dauer von sieben Jahren, d. h. bis zum 30. Juni 2019 (sog. Experimentierphase), ausgesetzt und in diesem Zeitraum durch das Konzessionssystem nach §§ 4a f GlüStV ersetzt. Das Erfordernis einer Erlaubnis beinhaltet sonach keine Erweiterung des Rechtskreises der Betroffenen in Abweichung von einem auf Normebene geregelten Monopol, sondern beschränkt deren Berufsfreiheit aus ordnungsrechtlichen Gründen. An die Stelle eines staatlichen Monopols als umfassenden Verbots privater Betätigung ist für einen bestimmten Zeitraum eine begrenzte Marktöffnung getreten, die an den Grundrechten zu messen ist.

bb) Der in dem Konzessionssystem liegende Eingriff in die Berufsfreiheit der Bewerber ist nicht durch Grundrechtsschranken gerechtfertigt. Die Übertragung der verbindlichen Entscheidung über die Vergabe der Konzessionen auf ein Glücksspielkollegium widerspricht dem Grundgesetz.

Das Glücksspielkollegium der Länder besteht nach § 9a Abs. 5 Satz 1 GlüStV zur Erfüllung der Aufgaben nach den Absätzen 1 bis 3 dieser Vorschrift. Es dient den nach Abs. 1 bis 3 zuständigen Behörden als Organ bei der Erfüllung ihrer Aufgaben, § 9a Abs. 5 Satz 2 GlüStV. Nach § 9a Abs. 6 GlüStV besteht das Glücksspielkollegium aus 16 Mitgliedern, die jeweils von den Ländern entsandt werden. Das Verfahren des Glücksspielkollegiums ist nicht öffentlich und seine Entscheidung erfolgt mit einer Mehrheit von mindestens 2/3 der Stimmen seiner Mitglieder (§ 9a Abs. 8 Satz 1 GlüStV). Die Beschlüsse des Glücksspielkollegiums sind gem. § 9a Abs. 8 Satz 3 GlüStV für die nach den Absätzen 1 bis 3 dieser Vorschrift zuständigen Behörden und die Geschäftsstelle – also im Innenverhältnis – bindend. Im Außenverhältnis handelt die Glücksspielaufsicht des jeweils gem. § 9a Abs. 1 und 2 GlüStV zuständigen Landes, wobei für die Erteilung

- 12 -

der Sportwettenkonzessionen das Land Hessen zuständig ist (§ 9a Abs. 2 Nr. 3 GlüStV). Das jeweils zuständige Land nimmt die Aufgaben der Glücksspielaufsicht für alle Länder wahr (§ 9a Abs. 3 Satz 1, 1. Halbsatz GlüStV) und kann die erforderlichen Anordnungen im Einzelfall erlassen und vollstrecken (§ 9a Abs. 3 Satz 1, 2. Halbsatz GlüStV).

(1) Diese im Glücksspielstaatsvertrag vorgesehene Entscheidungs- und Zuständigkeitsverteilung widerspricht der bundesstaatlichen Ordnung des Grundgesetzesig.

Im Bundesstaat des Grundgesetzes haben sowohl der Bund als auch die Länder Staatsqualität. Sowohl der Bund als auch die einzelnen Länder sind rechtlich selbständige Gebietskörperschaften, denen Staatsvolk und Staatsgebiet partiell gemeinsam sind, während die Staatsgewalt auf zwei Ebenen – der des Bundes und der der Länder – ausgeübt und in einem differenzierten System einer dieser beiden Ebenen zugeordnet wird. Gemäß Art. 30 GG ist die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung staatlicher Aufgaben vorbehaltlich abweichender Regelungen Sache der Länder. Mit dieser Kompetenzverteilung gibt Art. 30 GG vor, dass die Ausübung der Staatsgewalt entweder auf Bundesebene oder auf Landesebene erfolgt. Diese im Grundgesetz festgeschriebene Kompetenzordnung ist zwingendes Verfassungsrecht und kann von Bund und Ländern nicht durch einfaches Gesetz verschoben werden. Kompetenzüberlassungen bzw. Kompetenzverschiebungen, die keine Grundlage im Grundgesetz haben, sind auch mit Zustimmung der Beteiligten unzulässig. Das gilt nicht nur im Verhältnis Bund – Länder, sondern auch im Verhältnis der Länder untereinander. Gemeinsame Einrichtungen der Länder und Verwaltungshilfen unter den Ländern sind hierdurch zwar nicht ausgeschlossen. Unabdingbar bleibt aber, dass die jeweilige hoheitliche Aufgabenwahrnehmung dem Bund oder einem bestimmten Land zurechenbar ist. Die (vertragliche) Schaffung einer „dritten Ebene“ ist bundesstaatlich unzulässig. Sind Kompetenzen den Ländern zugeordnet, so bedeutet dies, dass die staatlichen Befugnisse zunächst jedem einzelnen Land zur eigenverantwortlichen Wahrnehmung innerhalb seines Hoheitsbereichs übertragen sind (Prinzip der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung). Demgemäß gehört die Ausführung der Landesgesetze zu den eigenen Aufgaben der Länder; ohne entsprechende grundgesetzliche Ermächtigungen können Verwaltungszuständigkeiten nicht „verlagert“ werden (vgl. BVerfG, Beschluss vom 12. Januar 1983 – 2 BvL 23/81 –, BVerfGE 63,1 [40] = juris Rdnr. 128).

- 13 -

Dieser vom Grundgesetz vorgegebenen bundesstaatlichen Ordnung wird der Glücksspielstaatsvertrag mit der von ihm gewählten Aufgabenverteilung nicht gerecht. Denn in § 9a Abs. 2 GlüStV sind einzelnen Ländern Aufgaben der Glücksspielaufsicht zur bundeseinheitlichen Wahrnehmung übertragen worden – u. a. dem Land Hessen die Vergabe der Sportwettenkonzessionen (§ 9a Abs. 2 Nr. 3 GlüStV) –, ohne dass das jeweilige Land einen solchen Einfluss hat, dass allein ihm der jeweilige Hoheitsakt zuzurechnen ist. Denn gem. § 9a Abs. 5 und 8 GlüStV werden die maßgeblichen internen Entscheidungen vom Glücksspielkollegium getroffen. Dessen Beschlüsse sind für die jeweils nach § 9a Abs. 1 bis 3 GlüStV 2012 zuständigen Behörden bindend; sie haben die Beschlüsse innerhalb der vom Glücksspielkollegium gesetzten Frist zu vollziehen.

Allein der Umstand, dass die jeweils zuständige Glücksspielaufsicht eines der Bundesländer die Entscheidung des Glücksspielkollegiums nach außen umsetzen muss, rechtfertigt es nicht, diese Entscheidung dem jeweiligen Land zuzurechnen. Denn eine Zurechnung ermöglichende Übertragung von Befugnissen verlangt nicht nur eine Verschiebung von Zuständigkeiten im Außenverhältnis, sondern auch eine entsprechende Übertragung der damit verbundenen inhaltlichen Entscheidungsbefugnisse, weil nur dann von einer eigenverantwortlichen Wahrnehmung von Aufgaben ausgegangen werden kann. Gerade daran fehlt es jedoch angesichts der verbindlichen Entscheidung des Glücksspielkollegiums. Insoweit ist das Glücksspielkollegium auch kein der jeweiligen Landesbehörde „dienendes Organ“ (§ 9a Abs. 5 Satz 2 GlüStV). Denn ein Organ ist eine einem Verwaltungsträger eingegliederte, lediglich organisatorisch selbständige Einrichtung, die die Zuständigkeiten dieses Verwaltungsträgers wahrzunehmen hat. Das Glücksspielkollegium ist jedoch weder ein dem Bund noch einem der Länder eingegliedertes Organ, sondern vielmehr eine Einrichtung eigener Art. Als Verwaltungsträger, dem das Glücksspielkollegium zuzurechnen sein könnte, kommt (allenfalls) die Gesamtheit der Länder gegebenenfalls – in zudem potenziell unterschiedlichen Zusammensetzungen – eine Ländermehrheit in Betracht, die sich nach der im Glücksspielstaatsvertrag vorgesehenen Entscheidungsfindung bei der Umsetzung der vom Glücksspielkollegium getroffenen Entscheidungen einer Landesbehörde bedient. Damit ist indes in Abweichung von der grundgesetzlichen Kompetenzordnung eine neue Ebene bundeseinheitlicher Verwaltung geschaffen worden.

- 14 -

Der gegenteiligen Auffassung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs (Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Entscheidung vom 25. September 2015 – Vf. 9-VII-13, Vf. 4-VII-14, Vf. 10-VII-14 – juris, Rdnr. 142 f) vermag sich das Beschwerdegericht nicht anzuschließen. Insoweit kann dahinstehen, ob und in welchem Umfang einzelne Länderaufgaben und die dazu notwendigen Hoheitsbefugnisse der Behörde eines anderen Landes übertragen werden können. Denn diesen Weg haben die Länder im Glücksspielstaatsvertrag nicht beschritten. Der Glücksspielstaatsvertrag hat vielmehr die maßgeblichen Befugnisse dem Glücksspielkollegium übertragen, einer weder dem Bund noch einem Land zuzuordnenden Einrichtung. Auch wenn das Land Hessen die Konzessionen im Außenverhältnis erteilt, werden die umzusetzenden Entscheidungen intern vom Glücksspielkollegium getroffen, einem Gremium, dessen hoheitliches Handeln nur einer vom Grundgesetz nicht vorgesehenen dritten Ebene (Gesamt- bzw. Mehrheit der Länder) zugeordnet werden kann.

Die vom Ausmaß her limitierte Übertragung von Hoheitsrechten, ihre zeitliche Begrenzung wie auch die im Glücksspielstaatsvertrag vorgesehene Kündigungsmöglichkeit ändern an der fehlenden Verfassungskonformität nichts. Bei der Ordnungsverwaltung (Gefahrenabwehr) handelt es sich um einen wesentlichen Bestandteil der Länderverwaltung.

(2) Darüber hinaus ist das Glücksspielkollegium in der ihm nach § 9a GlüStV zgedachten Funktion auch nicht hinreichend demokratisch legitimiert. Nach Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG geht alle Staatsgewalt vom Volke aus. Gemäß Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG wird die Staatsgewalt vom Volk durch Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt. Die demokratisch legitimierte Ausübung der Staatsgewalt durch diese Organe setzt voraus, dass das Volk einen effektiven Einfluss auf sie hat. Die Akte der Organe müssen sich auf den Willen des Volkes zurückführen lassen und ihm gegenüber verantwortet werden. Um den hiernach verfassungsrechtlich gebotenen Zusammenhang zwischen Staatsvolk und Staatsgewalt – d. h. deren demokratische Legitimation – zu gewährleisten, kommen im Wesentlichen zwei Legitimationsformen in Betracht:

- 15 -

- die sog. organisatorisch-personelle demokratische Legitimation, die eine ununterbrochene Kette personeller Legitimationsakte vom Volk bis hin zu dem mit der hoheitlichen Aufgabe betrauten Amtswalter voraussetzt,
- die sog. sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation, die zum einen durch die in Art. 20 Abs. 3 GG vorgesehene Bindung an die Gesetze des unmittelbar demokratisch legitimierten Parlaments erreicht wird, zum anderen durch die Verantwortlichkeit der Regierung gegenüber dem Parlament sowie die Kontroll- und Aufsichtsbefugnisse der Regierung gegenüber der Verwaltung.

Von geringerem Gewicht sind die institutionelle und die funktionelle Legitimation, die vorliegen, wenn eine staatliche Institution bzw. eine Aufgabenzuweisung an sie in Verfassung oder Parlamentsgesetz vorgesehen ist.

Für eine ausreichende demokratische Legitimation von Staatsgewalt ist dabei prinzipiell maßgeblich, ob durch das Zusammenwirken der Legitimationsformen ein effektiver Einfluss des Staatsvolks auf die Staatsgewalt gewährleistet ist, d. h. je schwächer das organisatorisch-personelle Legitimationselement ausgeprägt ist, desto stärker muss die Kompensation durch das sachlich-inhaltliche Legitimationselement erfolgen, um das verfassungsrechtlich gebotene Legitimationsniveau zu erreichen. Umgekehrt bedarf es bei einer starken organisatorisch-personellen Legitimation, wie sie etwa bei Parlament und Regierung besteht, keiner ausgeprägten sachlich-inhaltlichen Legitimation (vgl. zu Vorstehendem: Hess. VGH, Beschluss vom 10. Juni 2013 – 7 A 418/12.Z – = juris, Rdnr. 11 f.; BVerfG, Beschluss vom 24. Mai 1995 – 2 BvF 1/92 –, BVerfGE 93, 37 [66] = juris Rdnr. 135 f.; Beschluss vom 5. Dezember 2002 – 2 BvL 5/98, 2 BvL 6/08 –, BVerfGE 107, 59 [94] = juris Rdnr. 148).

Hieran gemessen ist das Glücksspielkollegium des Glücksspielstaatsvertrages nicht hinreichend demokratisch legitimiert.

Die sog. organisatorisch-personelle demokratische Legitimation im Sinne einer ununterbrochenen Kette personeller Legitimationsakte ist hinsichtlich des Glücksspielkollegiums als Gremium nicht gegeben. Insoweit werden zwar die jeweiligen Vertreter der einzelnen Länder von der jeweiligen Glücksspielaufsicht benannt und sind isoliert betrach-

- 16 -

tet vom Volk des jeweils vertretenen Landes persönlich hinreichend demokratisch legitimiert. Das gilt jedoch nicht für das Glücksspielkollegium in seiner Gesamtheit, weil dessen hoheitliches Tätigwerden sich weder auf das Staatsvolk der Bundesrepublik Deutschland noch auf das Staatsvolk eines der Länder zurückführen lässt. Ein Staatsvolk der Gesamt- oder Mehrheit der Länder kennt das Grundgesetz nicht.

Auch eine ausreichende sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation des Glücksspielkollegiums ist hinsichtlich der diesem Gremium zugewiesenen Entscheidungskompetenzen nicht gegeben. Mit dem Glücksspielkollegium haben die Länder eine Institution geschaffen, die im grundrechtsrelevanten Bereich für alle Länder intern verbindliche Entscheidungen trifft, ohne jedoch in ihren Entscheidungen durch ein damit korrespondierendes System von Kontroll- und Aufsichtsbefugnissen eingebunden zu sein. Dieser Mangel an demokratischer Legitimation wird auch nicht dadurch ausgeglichen, dass jeder Vertreter eines Landes vom Volk seines Landes hinreichend demokratisch legitimiert ist. Denn das Glücksspielkollegium entscheidet mit einer 2/3-Mehrheit, so dass einzelne Länder überstimmt werden können, und seine Entscheidung daher in diesen Ländern ohne Anbindung an das Staatsvolk dieses Landes vollzogen werden kann.

Die gegenteilige Auffassung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, der das Glücksspielkollegium in der ihm nach dem Glücksspielstaatsvertrag zugedachten Funktion als Instrument einer (gemeinschaftlichen auszuübenden) Fachaufsicht der glücksspielrechtlich zuständigen Landesministerien über die länderübergreifend tätigen Vollzugsbehörden versteht (Bay. VerfGH, Entscheidung vom 25. September 2015, a.a.O., Rdnr. 151), teilt der Senat nicht. Denn dem Glücksspielkollegium ist nach dem Glücksspielstaatsvertrag – wie oben dargelegt – nicht lediglich die Kontrolle über die von den jeweiligen Glücksspielbehörden zu erfüllenden Aufgaben zugewiesen, sondern es trifft die erforderlichen Entscheidungen selbst und mit interner Verbindlichkeit. Es kann daher über das vom Bayerischen Verfassungsgerichtshof erwähnte Initiativ- und Beschlussrecht allenfalls kontrollieren, ob die zuständige Behörde seine Entscheidung zutreffend umgesetzt hat. Die Entscheidung in der Sache selbst findet jedoch bezogen auf das Gremium als solches in einem aufsichtsfreien Raum statt.

b) Bei unterstellter Verfassungskonformität des im Glücksspielstaatsvertrag geregelten Vergabeverfahrens unter Beteiligung des Glücksspielkollegiums wird die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines ordnungsgemäßen Auswahlverfahrens dadurch

- 17 -

verletzt, dass das konkret durchgeführte Auswahlverfahren an (Verfahrens-)Fehlern leidet.

aa) Der Anspruch der Antragstellerin auf Durchführung eines verfahrensfehlerfreien Auswahlverfahrens ergibt sich aus § 4b GlüStV. Danach werden die Konzessionen nach „Durchführung eines transparenten, diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens“ erteilt. Die mit einem Konzessionssystem verbundenen Beschränkungen von Grundrechten und bei grenzüberschreitenden Sachverhalten auch Grundfreiheiten können zwar durch Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, dürfen jedoch nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung der mit ihnen verfolgten Ziele erforderlich ist. Angelehnt an vergaberechtliche Grundsätze schreibt § 4b Abs. 1 Satz 1 GlüStV demgemäß auch im Interesse von Bewerbern ein Verfahren vor, das einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit sicherstellt und das auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruhen muss, die der Ermessensausübung durch die Behörden Grenzen setzen, damit diese nicht willkürlich erfolgt. Damit sollen – wie im Vergaberecht – die Gefahren von Günstlingswirtschaft oder willkürlichen Entscheidungen ausgeschlossen werden. § 4b Abs. 1 Satz 1 GlüStV vermittelt der Antragstellerin sonach ein subjektiv-öffentliches Recht auf transparente und diskriminierungsfreie Verfahrensregeln und deren Einhaltung.

bb) Davon ausgehend ist zwar die vom Antragsgegner gewählte Form eines zweistufigen (Konzessions-)Vergabeverfahrens grundsätzlich nicht zu beanstanden (1). Die konkrete Durchführung dieses Verfahrens ist jedoch unter Verletzung des Transparenzgebotes erfolgt und verletzt die Antragstellerin in ihren Rechten (2).

(1) Gegen die Zweistufigkeit des vom Antragsgegner durchgeführten Verfahrens ist nichts zu erinnern. Förmliches (Unions-) Vergaberecht ist nicht anwendbar, insbesondere greift die Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über die Konzessionsvergabe vom 26. Februar 2014 (ABl. L 94 vom 28. März 2014, S. 1) nicht ein, da sie jedenfalls erst für Ausschreibungen ab dem 17. April 2014 Geltung beansprucht (Art. 54 Satz 2 RL 2014/23/EU). Maßgeblich sind die im Glücksspielstaatsvertrag selbst aufgestellten Anforderungen. Die wesentlichen Kriterien, an Hand derer die Vergabe der 20 Konzessionen vorgenommen werden soll, sind in §§ 4a und 4b

- 18 -

GlüStV festgelegt, und es ist der zuständigen Behörde überlassen, im Rahmen der im Vertrag gemachten Vorgaben die Einzelheiten des Verfahrens festzulegen.

Vor diesem Hintergrund ist die Konstruktion eines zweistufigen „Verwaltungsvergabeverfahrens“ rechtlich zulässig, zumal sie angesichts der Formulierung des § 4b GlüStV „nach Aufruf zur Bewerbung und Durchführung eines transparenten, diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens“ nahe liegt. Bei dieser Art der Verfahrensgestaltung wird das Verfahren in zwei Stufen durchgeführt – einem „Teilnahmewettbewerb“ auf der 1. Stufe und einem „Auswahlverfahren“ auf der 2. Stufe. Die 1. Stufe dient der Suche nach geeigneten Bewerbern. Zu diesem Zweck wird das Verfahren öffentlich bekannt gemacht, verbunden mit der Aufforderung (an interessierte Bewerber) zur Teilnahme, die zugleich mit ihren Anträgen auf Teilnahme an diesem Verfahren ihre Eignung nachzuweisen haben. Das eigentliche Auswahlverfahren findet sodann auf der 2. Stufe nur unter denjenigen Interessenten statt, die sich auf der 1. Stufe als geeignet erwiesen haben. Zweck dieses Auswahlverfahrens ist die Ermittlung derjenigen Bewerber, die am besten geeignet sind, bei der Erreichung der Ziele des Glücksspielstaatsvertrages mitzuwirken. Vor diesem Hintergrund ist es im Hinblick auf das Transparenzgebot nicht zu beanstanden, dass den Interessenten erst auf der 2. Stufe mit dem Informationsmemorandum und den weiteren Unterlagen hinsichtlich der Mindestanforderungen mitgeteilt wurde, was im Einzelnen für eine erfolgreiche Bewerbung erforderlich sein würde. Denn im mehrstufigen Verfahren werden die Angebote von den zur Teilnahme zugelassenen Bewerbern erst auf der 2. Stufe abgegeben. Es genügt daher, wenn die Angaben in der Bekanntmachung zunächst auf die jeweiligen Konzessionsvoraussetzungen beschränkt werden, die in der 1. Stufe geprüft werden, sofern in der Bekanntmachung zudem dargelegt ist, wie das Verfahren insgesamt ablaufen soll und dass die Konzessionserteilung noch von weiteren, in der 2. Stufe näher zu spezifizierenden Voraussetzungen abhängt (vgl. Hertwig, in: Dietlein/ Hecker, Glücksspielrecht, 2. Aufl. 2013, GlüStV, § 4b Rdnr. 13).

Diesen Anforderungen wird die Bekanntmachung gerecht. Denn unter Ziffer III.2) sind die Teilnahmebedingungen für die 1. Stufe unter Verweisung auf die zur Verfügung gestellten Formblätter A1 bis A8 genannt. Unter Ziffer IV.1) ist der Ablauf des Verfahrens geschildert und unter Ziffer VI.3) sind die Anforderungen der 2. Stufe zumindest stichpunktartig dargelegt.

- 19 -

(2) Das konkrete Verfahren ist allerdings unter Verletzung des Transparenzgebotes durchgeführt worden, weil der Antragsgegner in der Ausschreibung eine unzutreffende Angabe hinsichtlich des für die Vergabe der Konzessionen maßgeblichen Auswahlkriteriums genannt hat (a) und auch die Gewichtung der Auswahlkriterien mit den Vorgaben des Glücksspielstaatsvertrages nicht in Einklang steht (b).

(a) Ausschlaggebend für die Einhaltung des Transparenzgebotes sind die im Glücksspielstaatsvertrag aufgestellten und von der Behörde anzuwendenden Auswahlkriterien. Durch diese Kriterien erfolgt eine Objektivierung des Verfahrens. Ihre Anwendung stellt sicher, dass die Auswahl nicht auf subjektiven Präferenzen der Behörde beruht, sondern auf den von den Kriterien erfassten objektiven Gesichtspunkten. Die maßgeblichen Entscheidungskriterien müssen dabei so klar, präzise und eindeutig formuliert werden, dass alle interessierten Bewerber mit der üblichen anzulegenden Sorgfalt die genaue Bedeutung dieser Kriterien verstehen und beurteilen können, was von ihnen im Hinblick auf den Erfolg einer Bewerbung verlangt werden wird.

Hieran gemessen ist das in der Bekanntmachung genannte maßgebliche Auswahlkriterium nicht sachgerecht. Unter der Überschrift „Zuschlagskriterien“ heißt es dort unter Ziffer IV.2.1):

das wirtschaftlich günstigste Angebot in Bezug auf die Kriterien, die in den Ausschreibungsunterlagen, der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder zur Verhandlung bzw. in der Beschreibung zum wettbewerblichen Dialog aufgeführt sind.“

Ein Zuschlagskriterium mit dem Inhalt „wirtschaftlich günstigstes Angebot“ bedeutet, dass für die Auswahlentscheidung ausschlaggebend am Ende eine Kombination aus Preis- und Qualitätsgesichtspunkten sein soll. Nach § 4b Abs. 5 GlüStV kommt es jedoch für die Vergabe der Konzessionen darauf nicht an. Maßgeblich für die Vergabeentscheidung ist allein, welcher Bewerber am Ende des Auswahlverfahrens nach Beurteilung der Behörde „am besten geeignet ist“, die unter Nr. 1. bis 5. der Vorschrift aufgeführten Anforderungen zu erfüllen. Diese wiederum sind ausgerichtet am Bestreben des Gesetzgebers, die Berufs- und gegebenenfalls die Dienstleistungsfreiheit im Interesse des Allgemeinwohls einzuschränken und nur eine begrenzte Marktöffnung herbeizuführen. Ziel der Konzessionsvergabe ist nicht die Eröffnung eines Wettbewerbs, um das für den öffentlichen Auftraggeber „preiswerteste“ oder „wirtschaftlich günstigste“ Angebot

- 20 -

zu ermitteln, sondern die ordnungsrechtlich motivierte Regulierung des Sportwettenmarktes zur Erprobung, ob durch die Vergabe einer begrenzten Anzahl von Konzessionen an Private eine bessere Bekämpfung des in der Evaluierung festgestellten Schwarzmarktes erreicht werden kann (§ 10a Abs. 1 GlüStV). Das vom Antragsgegner in der Bekanntmachung genannte Zuschlagskriterium war daher nicht geeignet, die nach § 9a Abs. 5 GlüStV zu treffende Entscheidung herbeizuführen.

Dem kann der Antragsgegner nicht mit Erfolg entgegenhalten, angesichts der unter Ziffer VI.3) der Bekanntmachung folgenden zusätzlichen Erläuterungen und der detaillierten Angaben im Informationsmemorandum und den sonstigen Anlagenkonvoluten sei für die Bewerber klar ersichtlich gewesen, auf welche Punkte es bei der Entscheidung letztlich ankommen würde. Denn durch die Benennung des „wirtschaftlich günstigsten Angebots“ als alleinigen „Zuschlagskriteriums“ in der Bekanntmachung sind sämtliche nachfolgenden Erläuterungen in einen unzutreffenden Zusammenhang gestellt worden. Sie sind aus dem Blickwinkel eines wie auch immer gearteten „wirtschaftlich günstigsten Angebots“ lesbar. Da unter Ziffer VI.2.1) der Bekanntmachung zudem ausdrücklich der Bezug des „wirtschaftlich günstigsten Angebots“ zu den weiteren Ausschreibungsunterlagen hergestellt wird, waren auch die nachfolgenden Ergänzungen nicht geeignet, diesen unzutreffenden Eindruck umfassend zu korrigieren.

(b) Darüber hinaus ist auch die der Auswahlentscheidung zugrunde gelegte Bewertungsmatrix fehlerhaft, denn sie entspricht nicht den Vorgaben des Glücksspielstaatsvertrages. Insoweit kann dahinstehen, ob bzw. in welchem Umfang der Behörde bei der Auswahlentscheidung ein Beurteilungsspielraum zukommt. Auch wenn der Regelungsgeber der Verwaltung in § 4b Abs. 5 GlüStV einen Beurteilungsspielraum eingeräumt haben sollte, ist deren Handeln jedenfalls auf Beurteilungsfehler gerichtlich überprüfbar. Das Gericht ist nach jeder Betrachtungsweise berechtigt zu überprüfen, ob der Behörde insoweit eine den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügende Rechtsgrundlage zur Verfügung stand, ob sie den ihr zur Verfügung gestellten rechtlichen Rahmen zutreffend gesehen und die bei ihrer Entscheidung zu berücksichtigenden Gesichtspunkte angemessen und vertretbar gewichtet.

Hier erscheint es bereits zweifelhaft, ob die als „Eignungskriterien“ unter § 4b Abs. 5 Nr. 3 bis 5 GlüStV aufgeführten Kriterien im Rahmen der Auswahlentscheidung als sachge-

- 21 -

rechte Kriterien der 2. Stufe angesehen werden können, da mit „Eignungskriterien“ im Regelfall lediglich der Kreis der Bewerber ermittelt wird. Aber selbst wenn sie sich als sog. „bieterbezogene Qualitätskriterien“ auf der 2. Stufe aufrechterhalten ließen, ist die der Auswahlentscheidung zugrunde gelegte Bewertungsmatrix defizitär. Insoweit mögen die von der Behörde aufgestellten Unterkriteriengruppen und Unterkriterien zwar zutreffend gebildet worden sein; die von der Behörde vorgenommene Gewichtung der Kriterien untereinander wird jedoch den Vorgaben des § 4b Abs. 5 GlüStV 2012 nicht gerecht.

(aa) Nach § 4b Abs. 5 GlüStV ist die Auswahl unter mehreren geeigneten Bewerbern danach zu treffen, welcher Bewerber am besten geeignet ist,

1. bei der Veranstaltung von öffentlichen Glücksspielen die Erreichung der Ziele des § 1, insbesondere den Schutz der Spieler und der Jugendlichen, zu gewährleisten,
2. weitgehende Informations-, Einwirkungs- und Kontrollbefugnisse der zuständigen Behörden sicherzustellen,
3. seine nachhaltige finanzielle Leistungsfähigkeit nachzuweisen,
4. einen wirtschaftlichen Betrieb zu gewährleisten und
5. eine Erfüllung der Abgabepflichten zu gewährleisten.

In der Gesetzesbegründung heißt es dazu:

„Dabei beziehen sich die Anforderungen in Abs. 5 Nr. 3 bis 5 im Wesentlichen auf Eignungskriterien, während Abs. 5 Nr. 1 und 2 die maßgeblichen Zuschlagskriterien festlegen, wobei die Reihenfolge zugleich die Rangfolge der Kriterien angibt.“ (vgl. Begründung zum 1. Glücksspieländerungsstaatsvertrag 2012, abgedruckt unter Bay. Landtag, LT-Drs. 16/11995 S. 24).

Dahinstehen kann, ob die Aussage in der Gesetzesbegründung, die Reihenfolge der Kriterien gebe zugleich deren Rangfolge an, sich nur auf die „Zuschlags-“, oder auch auf die als solche bezeichneten „Eignungskriterien“ bezieht. Denn in einem wie im anderen Fall wird die vom Antragsgegner zugrunde gelegte Gewichtung den Vorgaben des Glücksspielstaatsvertrages nicht gerecht.

Bezieht sich der Nachsatz der Gesetzesbegründung auf die Rangfolge aller fünf Kriterien – wofür spricht, dass dort lediglich allgemein von „Kriterien“ die Rede ist – so müsste sich aus der Bewertungsmatrix ergeben, dass das jeweils nachrangige Kriterium mit

- 22 -

weniger Gewicht (= Punkten) in die Bewertung eingeflossen ist, als das zuvor genannte. Das ist jedoch nicht der Fall. In der Bewertungsmatrix sind die fünf Kriterien wie folgt gewichtet:

Kriterium Nr. 1 = 700 Pkte.

Kriterium Nr. 2 = 100 Pkte.

Kriterium Nr. 3 = 60 Pkte.

Kriterium Nr. 4 = 90 Pkte.

Kriterium Nr. 5 = 50 Pkte.

Damit hätte die Matrix im Rahmen der Entscheidung entgegen den Vorgaben des Glücksspielstaatsvertrages der Gewährleistung eines wirtschaftlichen Betriebs (§ 4b Abs. 5 Nr. 4 GlüStV) mehr Bedeutung beigemessen als dem Nachweis einer nachhaltigen Leistungsfähigkeit (§ 4b Abs. 5 Nr. 3 GlüStV).

Aber auch wenn sich der Nachsatz in der Gesetzesbegründung nur auf die Rangfolge der „Zuschlagskriterien“ beziehen sollte, stünde die vorgenommene Gewichtung nicht in Einklang mit dem Glücksspielstaatsvertrag. Denn dann wäre dem Kriterium Nr. 1 im Rahmen der Entscheidung größeres Gewicht beizumessen als dem Kriterium Nr. 2. Da beide Kriterien nach der Gesetzesbegründung für die Entscheidung „maßgeblich“ sein sollen, müsste ihnen im Verhältnis zu den Kriterien Nr. 3 bis 5. größeres Gewicht beigelegt werden. Da zudem bei den Kriterien Nr. 1 und 2. die Reihenfolge zugleich auch die Rangfolge bestimmen würde, wäre Kriterium Nr. 1. größeres Gewicht beizulegen als Kriterium Nr. 2. Es erscheint jedoch ausgeschlossen, dass bei der vorgenommenen Gewichtung im Verhältnis 700 : 100 – bei nur zwei „maßgeblichen“ Kriterien und 1000 insgesamt zu vergebenden Punkten – Kriterium Nr. 2. noch als für die Entscheidung „maßgebliches Kriterium“ angesehen werden kann. Diese fehlerhafte Gewichtung wird durch das Kriterium Nr. 4 bestätigt, das mit nur 10 Punkten weniger als Kriterium Nr. 2 in die Matrix eingestellt wurde.

(bb) Weiterhin entspricht die Gewichtung innerhalb des Zuschlagskriteriums Nr. 1 nicht den Vorgaben des Glücksspielstaatsvertrages. Das Auswahlkriterium Nr. 1 nimmt Bezug auf die Ziele des Glücksspielstaatsvertrages in § 1 GlüStV. Dort heißt es:

- 23 -

Ziele des Staatsvertrages sind gleichrangig

1. das Entstehen von Glücksspielsucht und Wettsucht zu verhindern und die Voraussetzungen für eine wirksame Suchtbekämpfung zu schaffen,
2. durch ein begrenztes, eine geeignete Alternative zum nicht erlaubten Glücksspiel darstellendes Glücksspielangebot den natürlichen Spieltrieb der Bevölkerung in geordnete und überwachte Bahnen zu lenken sowie der Entwicklung und Ausbreitung von unerlaubten Glücksspielen in Schwarzmärkten entgegenzuwirken,
3. den Jugend- und den Spielerschutz zu gewährleisten,
4. sicherzustellen, dass Glücksspiele ordnungsgemäß durchgeführt, die Spieler vor betrügerischen Machenschaften geschützt, die mit Glücksspielen verbundene Folge- und Begleitkriminalität abgewehrt werden und
5. Gefahren für die Integrität des sportlichen Wettbewerbs beim Veranstalten und Vermitteln von Sportwetten vorzubeugen.

§ 4b Abs. 5 Nr. 1 GlüStV legt fest, dass wichtigstes Auswahlkriterium die Erreichung der Ziele des § 1, insbesondere der Schutz der Spieler und Jugendlichen sein soll. Ob damit dem Jugend- und Spielerschutz im Rahmen der Auswahlentscheidung und damit auch im Rahmen der Gewichtung eine hervorgehobene Stellung zukommen oder die Ziele des § 1 GlüStV gleichrangig zu berücksichtigen sein sollen, bedarf hier keiner Entscheidung. Denn die vom Antragsgegner genutzte Bewertungsmatrix hat einen dritten, von den Vorgaben des Glücksspielstaatsvertrages abweichenden Weg gewählt. Die auf das Auswahlkriterium Nr. 1 entfallenden 700 Punkte wurden den fünf in § 1 GlüStV genannten Zielen ausdrücklich zugeordnet, wobei auf Ziel Nr. 1. = 115, auf Ziel Nr. 2. = 225, auf Ziel Nr. 3. = 125, auf Ziel Nr. 4. = 135 und Ziel Nr. 5. = 100 Punkte entfielen. Damit wurde der Bekämpfung des Schwarzmarktes maßgebliche Bedeutung beigemessen mit der Folge, dass die Gewichtung der im Rahmen des Kriteriums Nr. 1 gebildeten Unterkriterien sich nicht im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben hält. Diese Gewichtung lässt sich auch nicht im Hinblick auf § 10a Abs. 1 Satz 1 GlüStV rechtfertigen. Denn danach soll die (vorübergehende) Einführung des Konzessionssystems der Erprobung einer besseren Bekämpfung des Schwarzmarktes dienen, während der im Rahmen der Konzessionsvergabe zu treffenden Auswahlentscheidung eine andere Gewichtung zugrunde liegen soll.

cc) Den bezeichneten Verfahrensfehlern kommt auch im Fall der Antragstellerin die erforderliche potentielle Entscheidungserheblichkeit zu, da nicht auszuschließen ist, dass

- 24 -

sie ohne diese Verfahrensfehler einen Platz in der Gruppe der 20 ausgewählten Bewerber eingenommen hätte.

b) Die Antragstellerin hat auch einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht. Denn bei einer Vergabe der Konzessionen an die 20 Beigeladenen drohen ihr – wie dargelegt – irreversible wirtschaftliche Nachteile.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 154 Abs. 2, 162 Abs. 3 VwGO. Es entspricht nicht der Billigkeit, die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen dem Antragsgegner als unterliegender Partei aufzuerlegen. Denn die Beigeladenen haben mangels Antragstellung in diesem Beschwerdeverfahren auch selbst kein Kostenrisiko getragen (§ 154 Abs. 3 VwGO).

Den Streitwert setzt der Senat wie das Verwaltungsgericht auf 50.000,- € fest (§§ 47 Abs. 1 und 2, 52, 53 GKG).

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5 i.V.m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

Schönstädt

Dr. Lambrecht

Nieuwenhuis

Beglaubigt:

Kassel, den 16.10.2015

