

# TE Vwgh Erkenntnis 2014/7/31 Ro 2014/02/0026

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 31.07.2014

## Index

L70712 Spielapparate Kärnten;  
001 Verwaltungsrecht allgemein;  
34 Monopole;  
40/01 Verwaltungsverfahren;

## Norm

AVG §13 Abs3;  
AVG §13 Abs8;  
AVG §56;  
AVG §66 Abs4;  
GSpG 1989 §14;  
GSpG 1989 §21;  
GSpG 1989 §4 Abs2 idF 2010/I/073;  
GSpG 1989 §5 Abs2 Z3 idF 2010/I/073;  
GSpG 1989 §5 Abs7 Z10 idF 2010/I/073;  
GSpG 1989 §5 idF 2010/I/073;

Spiel- und GlücksspielautomatenG Krnt 2012 §1 Abs6;  
Spiel- und GlücksspielautomatenG Krnt 2012 §9 Abs2 lite Z4;  
Spiel- und GlücksspielautomatenG Krnt 2012 §9 Abs2 lite;  
Spiel- und GlücksspielautomatenG Krnt 2012 §9 abs2;  
Spiel- und GlücksspielautomatenG Krnt 2012 §9 Abs3;  
Spiel- und GlücksspielautomatenG Krnt 2012 §9 Abs4;

VwRallg;

## Beachte

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):Ro 2014/02/0028

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch die Vorsitzende Senatspräsidentin Dr. Riedinger, die Hofräte Mag. Dr. Köller, Dr. Lehofer, Dr. N. Bachler und die Hofrätin Mag. Dr. Maurer-Kober als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Farcas, über die Revision 1. der A AG in R, vertreten durch Huainigg Dellacher & Partner Rechtsanwälte OG in 9020 Klagenfurt, Dr. Franz Palla-Gasse 21, (protokolliert zur Zl Ro 2014/02/0026),

2. der A AG in G, vertreten durch Schönherr Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Tuchlauben 17 (protokolliert zur

ZI Ro 2014/02/0028), gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates für Kärnten vom 16. Dezember 2013, Zlen. KUFS-K8-812-813/9/2013, betreffend Ausspielbewilligung nach dem K-SGAG (mitbeteiligte Partei: M AG in W, vertreten durch Specht Böhm Rechtsanwalt GmbH in 1010 Wien, Teinfaltstraße 8), zu Recht erkannt:

## **Spruch**

Die Revisionen werden als unbegründet abgewiesen.

Die revisionswerbenden Parteien haben dem Land Kärnten Aufwendungen in der Höhe von jeweils EUR 581,90 sowie der mitbeteiligten Partei Aufwendungen in der Höhe von jeweils EUR 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## **Begründung**

I.

1. Am 6. Dezember 2012 veröffentlichte die Kärntner Landesregierung eine Ausschreibung betreffend die Erteilung von Bewilligungen zur Durchführung von Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten gemäß § 7 ff des Kärntner Spiel- und Glücksspielautomatengesetzes - K-SGAG, LGBI Nr 110/2012. Die Bekanntmachung erfolgte in der Kärntner Landeszeitung sowie in der Wiener Zeitung. Der Volltext der Ausschreibung samt Anmerkungen wurde auf der Website des Landes Kärnten veröffentlicht.

In der Ausschreibung wurde festgelegt, dass Anträge auf Erteilung einer Ausspielbewilligung bis zum Ablauf des 21. Jänner 2013 im Amt der Kärntner Landesregierung einlangen müssen. Weiters wurde in der Ausschreibung der Text des § 9 Abs 2 bis 4 K-SGAG wiedergegeben.

In den "Anmerkungen zur Ausschreibung" heißt es wörtlich:

"I. Vorbemerkung

Die vorliegende Unterlage stellt keine Verordnung dar, sondern bloß eine rechtlich unverbindliche Erläuterung zum Verfahren für die Erteilung von Bewilligungen zur Durchführung von Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten gemäß § 7ff K-SGAG. Über die gesetzlichen Bestimmungen hinausgehende Rechte und Pflichten können aus der vorliegenden Unterlage nicht abgeleitet werden.

II. Grundlagen

Die Erteilung von Bewilligungen zur Durchführung von Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten (Ausspielbewilligungen) erfolgt auf der Grundlage des Kärntner Spiel- und Glücksspielautomatengesetzes - K-SGAG, LGBI. Nr. 110/2012. Dieses Landesgesetz konkretisiert die bundesgesetzlichen Rahmenbedingungen des Glücksspielgesetzes - GSpG, BGBl. Nr. 620/1989 und der Glücksspielautomatenverordnung, BGBl. II Nr. 69/2012, für den Bereich des Landes Kärnten.

Im Hinblick auf § 38 Abs. 3 K-SGAG hat die Vergabe von Ausspielbewilligungen zur Durchführung von Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten im Wege einer öffentlichen Ausschreibung zu erfolgen. Dabei handelt es sich um keine Ausschreibung im Sinne des Bundesvergabegesetzes 2006 - BVergG 2006, sondern um ein hoheitliches Verwaltungsverfahren, das in einen Bescheid mündet. Gemäß § 21 Abs. 6 K-SGAG findet auf dieses das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 - AVG Anwendung.

(...)

III. Anforderungen und Nachweise

Um Interessenten eine Anleitung zu geben, welche Unterlagen für die Antragstellung erforderlich sind, sowie um eine rasche Prüfung der Anträge zu ermöglichen, wird im Folgenden erläutert, welche Nachweise die Behörde im Hinblick auf die Erfüllung der sich aus § 9 Abs. 2 K-SGAG ergebenden Anforderung jedenfalls als erforderlich erachtet. Davon unberührt bleibt die Befugnis der Behörde, im Rahmen des Ermittlungsverfahrens zur Prüfung der Bewilligungsvoraussetzungen von Amts wegen weitere Nachweise zu verlangen sowie sonstige Beweise aufzunehmen und Erhebungen durchzuführen.

Eine Ausspielbewilligung darf nach § 9 Abs. 2 K-SGAG nur einer Kapitalgesellschaft mit Aufsichtsrat erteilt werden, die jedenfalls folgende ordnungspolitische Anforderungen erfüllt:

(... es folgt jeweils der Text der in § 9 Abs 2 K-SGAG genannten Anforderungen, gefolgt von einer kurzen Anmerkung, wie der Nachweis für das Vorliegen dieser Anforderungen zu erbringen ist ...)

e) die Kapitalgesellschaft muss durch geeignete Nachweise darlegen, dass

(...)

4. sie eine Sicherstellung in der Höhe von zumindest 20 % des Mindeststamm- oder Mindestgrundkapitals erbringt,

Anmerkung:

Bei der Bewerbung muss noch nicht die Sicherstellung selbst erbracht werden sondern der Nachweis, dass im Fall der Bewilligungserteilung eine entsprechende Sicherstellung erbracht wird, etwa durch Erklärung eines Bankinstituts, bei Bewilligungserteilung eine Bankgarantie (abstraktes Zahlungsversprechen) über den geforderten Betrag und über die gesamte Laufzeit der Bewilligung auszustellen.

#### IV. Unterlagen

Der Antrag mit sämtlichen Unterlagen ist entsprechend § 13

AVG schriftlich und rechtsgültig unterfertigt einzubringen. (...)

Sollten die in den Anmerkungen genannten Nachweise und

Konzepte für eine eindeutige Beurteilung der Behörde nicht ausreichen, werden unter Setzung einer angemessenen Frist weitere oder detailliertere Unterlagen eingefordert.

Ein Antrag auf Erteilung einer Ausspielbewilligung muss alle geforderten Unterlagen enthalten und sollte möglichst gut strukturiert sein, damit die Einhaltung der Anforderungen klar nachvollzogen werden kann. Alle entscheidungswesentlichen Ausführungen müssen belegt oder auf Verlangen der Behörde belegbar sein.

(...)

#### V. Kommunikation mit Antragstellern und Interessenten

Über die E-Mail-Adresse (...) können Anfragen an die Behörde gerichtet werden. Die Behörde wird die Fragen registrierter Interessenten sowie die Antworten auf diese während der Bewerbungsfrist anonymisiert allen registrierten Interessenten über die Website (...) zukommen lassen.

(...)

#### VI. Optimale Erfüllung der Kriterien

Überschreitet die Zahl der Bewerbungen die Zahl der zu vergebenden Ausspielbewilligungen, so hat die Behörde nach § 9 Abs. 4 K-SGAG denjenigen Bewilligungswerbern den Vorzug zu geben, die die Voraussetzungen nach diesem Gesetz am besten erfüllen, insbesondere im Hinblick auf die Kriterien Spielerschutz, Spielsuchtvorbeugung, Infrastruktur, Qualitätssicherung und Erfahrung.

Anmerkung:

§ 9 Abs. 4 K-SGAG nennt die für die Auswahl unter konkurrierenden Bewerbern maßgeblichen Kriterien in der Reihenfolge ihrer Bedeutung für die Auswahlentscheidung. Da jenen Bewilligungswerbern der Vorzug zu geben ist, welche die Voraussetzungen nach dem K-SGAG am besten erfüllen, ist es ratsam, nicht nur die Erfüllung der jeweiligen Mindestkriterien nachzuweisen.

Bewerben sich um eine Bewilligung mehr Antragsteller als Bewilligungen erteilt werden können, so bilden sämtliche Antragsteller eine Verfahrensgemeinschaft. Diesfalls ist über die konkurrierenden Anträge in einem einzigen, alle Anträge erledigenden Bescheid abzusprechen."

2. Mit Bescheid der Kärntner Landesregierung vom 27. Februar 2013, ZI 07-G-GLAB-1/35-2013, wurde ein Antrag der mitbeteiligten Partei auf Erteilung einer Ausspielbewilligung abgewiesen, da die mitbeteiligte Partei die Voraussetzung gemäß § 9 Abs 2 lit e Z 4 K-SGAG nicht erfüllt habe.

Begründend führte die Behörde in diesem Bescheid aus, sie habe entsprechend § 38 Abs 3 K SGAG eine öffentliche Ausschreibung zur Vergabe von Ausspielbewilligungen zur Durchführung von Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten durchgeführt.

Die mitbeteiligte Partei habe einen mit 20. Jänner 2013 datierten Antrag auf Erteilung einer Bewilligung für Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten in Automatensalons in Kärnten gestellt, der am 21. Jänner 2013 eingelangt sei. Als Beilage ./A12 zum Antrag habe die mitbeteiligte Partei die mit 14. Jänner 2013 datierte Bankgarantie Nr 8813G1300356 der UniCredit Bank Austria AG vorgelegt. Diese sei an das Amt der Kärntner Landesregierung, Abteilung 7 - Kompetenzzentrum Wirtschaftsrecht und Infrastruktur, Arnulfplatz 1, 9020 Klagenfurt am Wörthersee, adressiert gewesen. Der Text dieser Garantie habe wie folgt gelautet:

"Zahlungsgarantie

Garantie-Nr 8813G1300356

für die Sicherstellung des Haftungsbetrages von mindestens 20 % des Grundkapitals für Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten gemäß § 7 ff. des Kärntner Spiel- und Glücksspielautomatengesetzes - K-SGAG, LGBI. Nr. 110/2012.

Sehr geehrte Damen und Herren!

Wir hören von unserem Kunden, dass er eine Zahlungsgarantie in Form einer Bankgarantie zu Ihren Gunsten zu erbringen hat.

Dies vorausgeschickt, übernehmen wir, die UniCredit Bank Austria AG, Wien, im Auftrag unseres Kunden, der (mitbeteiligten Partei) hiermit Ihnen gegenüber diese unwiderrufliche Garantie, indem wir uns verpflichten, innerhalb von acht Tagen ab Erhalt ihrer ersten schriftlichen Aufforderung, in der sie erklären, dass unser Kunde seinen vertraglichen Verpflichtungen nicht nachgekommen ist, ohne Prüfung des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses und unter Verzicht auf jedwede Einwendung daraus, an Sie Zahlung bis zu einer Gesamtsumme in der Höhe von

EUR 744.000,00 (i.W. Euro siebenhundertvierundvierzigtausend) bis 01. Januar 2028

auf das uns von Ihnen zu bezeichnende Bankkonto zu leisten.

Jede von unserem Kunden über uns unter ausdrücklicher Anführung unserer Garantienummer zu Ihren Gunsten geleistete Zahlung reduziert den Garantiebetrag um den geleisteten Zahlungsbetrag.

Diese Garantie dient ausschließlich zur Regelung von Ansprüchen aus dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis.

In Erfüllung dieser Sicherstellungsbedingungen übernehmen wir hiermit diese Haftung und verpflichten uns, Ihnen - im Rahmen des vorerwähnten Höchstbetrages und innerhalb der Haftungsdauer - alle Beträge, welche sie gegen obige Firma aus genanntem Titel geltend machen sollten, ohne Prüfung des Rechtsgrundes und ohne Einwände binnen acht Tagen ab Einlangen Ihrer schriftlichen Aufforderung, welche uns spätestens am Ablauftag dieser Garantie vorliegen muss, zu vergüten. Unsere Haftung reduziert sich durch jede Inanspruchnahme im Ausmaß derselben.

Unsere Haftung erlischt, wenn uns dieses Schreiben ohne Auflagen zurückgeschickt wurde, spätestens aber zum oben angeführten Zeitpunkt.

Ansprüche aus der gegenständlichen Garantie können nur mit unserer ausdrücklichen Zustimmung zugunsten Dritter abgetreten oder verpfändet werden.

Diese Garantie unterliegt österreichischem Recht. Mit freundlichen Grüßen"

In rechtlicher Hinsicht führte die Kärntner Landesregierung nach Zitierung des § 9 Abs 2 K-SGAG aus, dass der Antrag der mitbeteiligten Partei schon deshalb nicht den Anforderungen auf Grund des § 9 Abs 2 K-SGAG entspreche, weil die mitbeteiligte Partei keine den § 9 Abs 2 lit e Z 4 K-SGAG entsprechende Sicherstellung nachgewiesen habe.

Laut dem Text der mit 14. Jänner 2013 datierten Garantieerklärung verpflichtete sich die UniCredit Bank Austria AG nämlich bloß dazu, innerhalb von acht Tagen ab Erhalt der schriftlichen Aufforderung, in der erklärt werde, dass die mitbeteiligte Partei ihren vertraglichen Verpflichtungen nicht nachgekommen sei, ohne Prüfung des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses und unter Verzicht auf jedwede Einwendung daraus an das Amt der Kärntner Landesregierung Zahlungen bis zur Höhe des angeführten Garantiebetrages zu leisten.

Insofern enthalte die Garantieerklärung eine im Hinblick auf die Bewilligungsvoraussetzung des § 9 Abs 2 lit e Z 4 K-SGAG unzulässige Einschränkung dahingehend, dass die Garantie bloß der Sicherstellung vertraglicher Verpflichtungen diene. Zum einen bestünden im Verhältnis zwischen dem Land Kärnten und der mitbeteiligten Partei keine

vertraglichen Verpflichtungen; das Rechtsverhältnis zwischen dem Inhaber einer Bewilligung im Sinne der §§ 7 ff K-SGAG und der Kärntner Landesregierung als zuständiger Bewilligungsbehörde sei vielmehr öffentlichrechtlicher Natur. Zum anderen sei die Sicherstellung im Sinne des § 9 Abs 2 lit e Z 4 K-SGAG den Sicherstellungen des Glücksspielgesetzes nachgebildet, konkret den §§ 14 Abs 4 Z 2 und 21 Abs 7 Z 2 GSpG. Dementsprechend gelte die Aussage, wonach die Sicherstellung im Sinne des GSpG der Sicherung fiskalischer Interessen wie der Zahlung der einschlägigen Abgaben diene, sinngemäß auch für die Sicherstellung nach dem K-SGAG.

Eine berichtigende Auslegung der Garantieerklärung komme deshalb nicht in Betracht, weil im Zusammenhang mit Garantieverträgen nach der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes der Grundsatz der sogenannten formellen Garantiestrenge gelte. Dies bedeute, dass der Begünstigte, damit die Bank auszahle, die Anspruchsvoraussetzungen pedantisch genau zu erfüllen habe. Die Erklärung, dass der Garantiefall eingetreten sei, müsse in der Weise und mit dem Inhalt abgegeben werden, wie es die Garantiekunde umschreibe.

Müsste die Kärntner Landesregierung als Begünstigte der Garantie im Hinblick auf die pedantisch genau zu befolgenden Formulierungen in der Garantiekunde eine Erklärung des Inhalts abgeben, dass der Bewilligungsinhaber seine vertraglichen Verpflichtungen nicht erfüllt habe, so müssten die für sie handelnden Organe, soweit es um einen Garantiefall auf Grundlage öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen gehe, eine falsche Erklärung abgeben, was strafrechtliche Folgen nach sich ziehen könne.

Es sei auch darauf hinzuweisen, dass der Nachweis der Sicherstellung keinen Mangel im Sinne des § 13 Abs 3 AVG darstelle, der einem Verbesserungsauftrag zugänglich gewesen wäre. Es handle sich vielmehr um eine nicht nach § 13 Abs 3 AVG verbesserungsfähige Erfolgsvoraussetzung für den Antrag der mitbeteiligten Partei.

Eine spätere Nachreichung einer den Vorgaben des § 9 Abs 2 lit e Z 4 K-SGAG entsprechenden Sicherstellung komme außerdem deshalb nicht in Betracht, weil darin in Fällen, in denen wie im vorliegenden Fall auf Grund von § 38 Abs 3 K-SGAG eine Ausschreibung durchzuführen sei, eine wesentliche Antragsänderung im Sinne des § 13 Abs 8 AVG zu erblicken sei, welche die Grenzen der Sache sprengt und daher unzulässig sei.

Gegen diesen Bescheid erhob die mitbeteiligte Partei Berufung an die belangte Behörde, die ihr mit Bescheid vom 16. Dezember 2013 Folge gab und den erstinstanzlichen Bescheid aufhob. Die gegen diesen Bescheid der belangten Behörde erhobenen Revisionen der auch hier revisionswerbenden Parteien sowie der Kärntner Landesregierung wurden mit Beschlüssen vom 26. Februar 2014, ZI Ro 2014/02/0027, vom 28. März 2014, ZI Ro 2014/02/0059, sowie vom heutigen Tag, ZI Ro 2014/02/0058, zurückgewiesen.

3. Mit Bescheid der Kärntner Landesregierung vom 27. Februar 2013, ZI 07-G-GLAB-1/40-2013, wurde über die Anträge der revisionswerbenden Parteien abgesprochen.

Mit Spruchpunkt 1 dieses Bescheides wurde der zweitrevisionswerbenden Partei eine Bewilligung gemäß §§ 7 ff Kärntner Spiel- und Glücksspielautomatengesetz (K-SGAG), LGBI Nr 110/2012, für Landesausspielungen mit 325 Glücksspielautomaten in Kärnten in Automatsalons für die Dauer von 15 Jahren erteilt.

Mit Spruchpunkt 2 dieses Bescheides wurde der erstrevisionswerbenden Partei eine Bewilligung gemäß §§ 7 ff Kärntner Spiel- und Glücksspielautomatengesetz (K-SGAG), LGBI Nr 110/2012, für Landesausspielungen mit 140 Glücksspielautomaten in Kärnten in Automatsalons für die Dauer von 15 Jahren erteilt.

Mit Spruchpunkt 3 dieses Bescheides wurden schließlich weitergehende Anträge der revisionswerbenden Parteien abgewiesen.

Dieser Bescheid wurde von der Kärntner Landesregierung den revisionswerbenden Partei (sowie der Bundesministerin für Finanzen) zugestellt, nicht jedoch der mitbeteiligten Partei.

Gegen diesen Bescheid erhob die mitbeteiligte Partei Berufung, in der sie zur Zulässigkeit der Berufung ausführte, dass sie übergangene Partei im Sinn des § 8 AVG sei; der angefochtene Bescheid sei ihr nicht zugestellt worden. Durch den angefochtenen Bescheid seien die rechtlichen Interessen der mitbeteiligten Partei unmittelbar beeinträchtigt. Die Kärntner Landesregierung habe mit Bescheid vom 27. Februar 2013, ZI 07-G-GLAB-1/35-2013, über den Antrag der mitbeteiligten Partei auf Erteilung einer Bewilligung gemäß §§ 7 ff K-SGAG getrennt abgesprochen. Dabei habe die Behörde die rechtsirrige Ansicht vertreten, dass die mitbeteiligte Partei im Hinblick auf § 9 Abs 2 lit e Z 4 K-SGAG die Bewilligungsvoraussetzungen nicht erfüllt habe. Die gegen diesen Bescheid erhobene Berufung der mitbeteiligten Partei sei nicht geeignet, wirksamen Rechtsschutz zu gewährleisten, so lange der mitbeteiligten Partei nicht auch

"Parteistellung in dem die Bewilligung für Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten zusprechenden Verfahren" gewährt werde.

4. Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid hat die belangte Behörde der Berufung der mitbeteiligten Partei Folge gegeben und den erstinstanzlichen Bescheid der Kärntner Landesregierung vom 27. Februar 2013, ZI 07-G-GLAB-1/40-2013, aufgehoben.

Sie führte darin - nach Darlegung der Ausschreibung sowie des Berufungsvorbringens - aus, dass entsprechend der ständigen Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts eine übergangene Partei auch einen ihr nicht förmlich zugestellten Bescheid mit Berufung bekämpfen könne.

Gemäß § 9 Abs 4 K-SGAG habe die Behörde, wenn die Zahl der Bewerbungen die Zahl der zu vergebenden Ausspielungen überschreite, denjenigen Bewilligungswerbern den Vorzug zu geben, die die Voraussetzungen nach diesem Gesetz am besten erfüllten, insbesondere im Hinblick auf die Kriterien Spielerschutz, Spielsuchtvorbeugung, Infrastruktur, Qualitätssicherung und Erfahrung.

Da entsprechend der Ausschreibung lediglich zwei Ausspielbewilligungen für das Aufstellen und den Betrieb von Glücksspielautomaten in Automatensalons zu vergeben seien - somit weniger als Bewerber für eine solche Bewilligung vorhanden seien - sei unter Einbeziehung sämtlicher die Erteilungsvoraussetzungen nach § 9 Abs 2 K-SGAG erfüllenden Bewilligungswerber eine "Vorzugsentscheidung" im Sinne des § 9 Abs 4 K-SGAG zu treffen. Diese Bewilligungswerber bildeten insoweit eine Verwaltungsverfahrensgemeinschaft, sodass diese "Vorzugsentscheidung" in einem sämtlichen Bewilligungswerbern zuzustellenden Bescheid zu ergehen habe. Eine solche Vorzugsentscheidung unter Einbeziehung des Antrags der mitbeteiligten Partei sei mit dem Bescheid der Kärntner Landesregierung vom 27. Februar 2013 jedoch nicht getroffen worden. Dieser Bescheid würde lediglich dann die subjektiven Rechte der mitbeteiligten Partei nicht verletzen, wenn sie mangels Vorliegens der Erteilungsvoraussetzungen ausgeschieden worden wäre. Dies sei jedoch nicht der Fall.

Nach Wiedergabe der Ausschreibung sowie (auszugsweise) der "Anmerkungen zur Ausschreibung" zitiert die belangte Behörde die mit dem erstinstanzlichen Bescheid vorgeschriebenen Auflagen (auszugsweise) wie folgt:

"1.1 die (zweitrevisionswerbende Partei) hat zugunsten der Kärntner Landesregierung als Bewilligungsbehörde binnen zwei Wochen ab Rechtskraft der Bewilligungserteilung eine Bankgarantie als Sicherstellung der Höhe von zumindest EUR 520.000,00 auf Grundlage der vorgelegten Promesse vorzulegen, welche

1.1.a keine Einschränkungen dahingehend enthält, dass die Garantie nur im Falle der Verletzung vertraglicher bzw. zivilrechtlicher Verpflichtungen durch die Bewilligungsinhaberin gezogen werden und 1.1.b ausdrücklich vorsieht, dass die Garantie auch bloß teilweise gezogen werden kann;

1.2 Die (erstrevisionswerbende Partei) hat zugunsten der Kärntner Landesregierung als Bewilligungsbehörde binnen zwei Wochen ab Rechtskraft der Bewilligungserteilung eine Bankgarantie als Sicherstellung der Höhe von zumindest EUR 224.000,00 auf Grundlage der vorgelegten Promesse vorzulegen, welche

1.2.a keine Einschränkungen dahingehend enthält, dass die Garantie nur im Falle der Verletzung vertraglicher bzw. zivilrechtlicher Verpflichtungen durch die Bewilligungsinhaberin gezogen werden und 1.2.b ausdrücklich vorsieht, dass die Garantie auch bloß teilweise gezogen werden kann;

(...)"

In rechtlicher Hinsicht führt die belangte Behörde sodann aus, dass gemäß § 7 Abs 1 K-SGAG die Durchführung von Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten sowie das Aufstellen und der Betrieb einzelner Glücksspielautomaten für Landesausspielungen der behördlichen Bewilligung bedürften. Bewilligungen im Sinne des § 7 Abs 1 K-SGAG seien schriftlich mit Bescheid zu erteilen und könnten mit Auflagen und Bedingungen versehen sein, wenn dies im öffentlichen Interesse gelegen sei und insbesondere der Sicherung der Entrichtung der Abgaben, der Einhaltung glücksspielrechtlicher Bestimmungen, der Geldwäschevorbeugung sowie der Aufsicht diene.

Gemäß § 9 Abs 2 K-SGAG dürfe die Ausspielbewilligung zur Durchführung von Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten nur einer Kapitalgesellschaft mit Aufsichtsrat erteilt werden, die jedenfalls die darin unter lit a bis lit g angeführten ordnungspolitischen Anforderungen erfülle. So müsse die Kapitalgesellschaft unter anderem

gemäß § 9 Abs 2 lit e Z 4 K-SGAG durch geeignete Nachweise darlegen, dass sie eine Sicherstellung in der Höhe von zumindest 20 % des Mindeststamm- oder Mindestgrundkapitals erbringe.

Weder den Bestimmungen des K-SGAG noch der Ausschreibung sei zu entnehmen, dass die Erteilungsvoraussetzungen nach § 9 Abs 2 K-SGAG bis zum Ablauf der in der Ausschreibung festgesetzten Antragsfrist erfüllt sein müssten. Nach dem klaren Gesetzeswortlaut müssten diese vielmehr zum Zeitpunkt der Erteilung der Ausspielbewilligung erfüllt sein. Soweit in den Anmerkungen zur Ausschreibung ausgeführt sei, dass ein Antrag auf Erteilung einer Ausspielbewilligung alle geforderten Unterlagen enthalten müsse, sei auf die Vorbemerkung zu den Anmerkungen zur Ausschreibung zu verweisen. Darin werde ausgeführt, dass die vorliegende Unterlage keine Verordnung darstelle, sondern bloß eine rechtlich unverbindliche Erläuterung zum Verfahren für die Erteilung von Bewilligungen zur Durchführung von Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten gemäß §§ 7 ff K-SGAG und dass über die gesetzlichen Bestimmungen hinausgehende Rechte und Pflichten aus der Unterlage nicht abgeleitet werden könnten. Dies sei jedoch im gegebenen Zusammenhang insofern ohne rechtliche Relevanz, als ausschließlich strittig sei, ob die von der mitbeteiligten Partei vorgelegte Bankgarantie die Voraussetzungen nach § 9 Abs 2 lit e Z 4 K-SGAG erfülle.

Gegenständlich sei lediglich zu prüfen, ob der Inhalt des vorgelegten Schreibens der UniCredit Bank Austria vom 14. Jänner 2013 dazu geeignet sei, nachzuweisen, dass die mitbeteiligte Partei für den Fall der Erteilung der beantragten Ausspielbewilligung eine Sicherstellung in der Höhe von zumindest 20 % des Mindeststamm- oder Mindestgrundkapitals erbringe. Dies sei nach Auffassung der belangten Behörde jedenfalls zu bejahen. Die Argumentation der Kärntner Landesregierung vermöge nämlich bereits unter Hinweis auf die den Bewilligungsinhabern erteilten Auflagen zur Vorlage einer Bankgarantie nicht zu überzeugen. Andererseits sei seitens der UniCredit Bank Austria AG mit dem Schreiben vom 14. Jänner 2013 eine entsprechende Bankgarantie bereits erbracht worden. Es sei nämlich eine Zahlungsgarantie "für die Sicherstellung des Haftungsbetrags von mindestens 20 % des Grundkapitals für Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten gemäß §§ 7 ff des Kärntner Spiel- und Glücksspielautomatengesetzes - K-SGAG, LGBI. Nr. 110/2012" bis zu einer Gesamtsumme in der Höhe von EUR 744.000,-- bis 1. Jänner 2028 abgegeben worden. Die belangte Behörde habe das Schreiben der UniCredit Bank Austria AG vom 14. Jänner 2013 daher zu Unrecht als nicht geeigneten Nachweis im Sinne des § 9 Abs 2 lit e Z 4 K-SGAG qualifiziert.

5. Gegen diesen Bescheid richten sich die vorliegenden (Übergangs)Revisionen gemäß § 4 Abs 1 VwGbK-ÜG, in denen die Aufhebung des angefochtenen Bescheides wegen Unzuständigkeit der belangten Behörde, wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts sowie wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften beantragt wird.

Das Landesverwaltungsgericht Kärnten, das nach Art 151 Abs 51 Z 9 B-VG anstelle der belangten Behörde in das Verfahren eintrat, legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete - ebenso wie die mitbeteiligte Partei - jeweils eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Revisionen kostenpflichtig abzuweisen. Die erstinstanzliche Behörde erstattete ebenfalls eine Äußerung, in der sie auf die von ihr gegen den angefochtenen Bescheid erhobene - mit hg Beschluss vom heutigen Tag, ZI Ro 2014/02/0058, zurückgewiesene - Revision verwies.

II.

Der Verwaltungsgerichtshof hat über die zur gemeinsamen Beratung und Entscheidung verbundenen - zulässigen - Revisionen erwogen:

1. Gemäß § 4 Abs 2 Glücksspielgesetz (GspG) in der Fassung BGBI Nr 73/2010, unterliegen Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten nach Maßgabe des § 5 GspG nicht dem Glücksspielmonopol des Bundes.

§ 5 GspG lautet auszugsweise wie folgt:

"Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten

§ 5. (1) Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten sind Ausspielungen nach § 2 Abs. 3 an ortsfesten, öffentlich zugänglichen Betriebsstätten unter Einhaltung ordnungspolitischer Mindestanforderungen an Bewilligungswerber (Abs. 2) sowie besonderer Begleitmaßnahmen der Spielsuchtvorbeugung (Abs. 3 bis 5), der Geldwäschevorbeugung (Abs. 6) und der Aufsicht (Abs. 7)

1. in Automatensalons mit mindestens 10 und höchstens 50 Glücksspielautomaten oder

## 2. in Einzelaufstellung mit höchstens drei Glücksspielautomaten.

Dabei darf ein höchstzulässiges Verhältnis von einem Glücksspielautomat pro 1 200 Einwohner insgesamt im Bundesland nicht überschritten werden und die Anzahl der aufrechten Bewilligungen zum Betrieb von Glücksspielautomaten ist mit höchstens drei pro Bundesland beschränkt. Im Bundesland Wien beträgt das höchstzulässige Verhältnis ein Glücksspielautomat pro 600 Einwohner. Die Einwohnerzahl eines Bundeslandes bestimmt sich nach dem für den jeweiligen Finanzausgleich von der Bundesanstalt Statistik Österreich zuletzt festgestellten und kundgemachten Ergebnis der Statistik des Bevölkerungsstandes oder der Volkszählung zum Stichtag 31. Oktober, wobei das zuletzt kundgemachte Ergebnis im Zeitpunkt der Erteilung von Bewilligungen maßgeblich ist.

(2) Ordnungspolitische Anforderungen an Bewilligungswerber bzw. -inhaber sind zumindest:

(...)

3. der Nachweis eines eingezahlten Stamm- oder Grundkapitals von mindestens 8 000 Euro je betriebsberechtigtem Glücksspielautomaten und der rechtmäßigen Mittelherkunft in geeigneter Weise sowie einer Sicherstellung mit einem Haftungsbetrag von zumindest 20 vH des Mindeststamm- oder Mindestgrundkapitals;

(...)"

In den Erläuterungen zur RV der Glücksspielgesetz-Novelle 2010 (BGBI I Nr 73/2010), mit der § 5 Abs 2 Z 3 GSpG die hier maßgebliche Fassung erhielt (657 BlgNR 24. GP, 5), heißt es dazu:

"Das Eigenkapitalerfordernis der Bewilligungsinhaber trägt dabei dem Gedanken der Abwicklungssicherheit für die Auszahlung von Spielgewinnen in einer bundesweiten Durchschnittsbetrachtung Rechnung. Es wurde auf einen Automaten herunter gebrochen, wobei das Mindestfordernis von 8 000 Euro pro Automat ein in ein bis zwei Monaten erzielbares Einspielergebnis eines Automaten darstellt. Bei einem Bewilligungsinhaber mit z.B. 600 Automaten ergäbe sich damit ein Eigenkapitalerfordernis von 4,8 Mio. Euro, wovon zumindest 960 000 Euro Sicherstellung geleistet werden müssten. Die Höhe und Art der Sicherstellung wird im Konzessionsbescheid festgesetzt. Das damit erforderliche Eigenkapitalerfordernis für Automatensalonkonzessionen fügt sich auch in die übrige Systematik des Glücksspielgesetzes ein."

2. Die maßgebenden Bestimmungen des Gesetzes über das Aufstellen und den Betrieb von Spielautomaten und Glücksspielautomaten in Kärnten (Kärntner Spiel- und Glücksspielautomatengesetz - K-SGAG) in der im Revisionsfall maßgebenden Stammfassung LGBI Nr 110/2012, kundgemacht am 5. Dezember 2012, lauten:

"§ 1 Anwendungsbereich

(1) Dieses Gesetz regelt

a) das Aufstellen und den Betrieb von Glücksspielautomaten zum Zweck der Durchführung von Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten nach Maßgabe des § 2 Abs. 3 in Verbindung mit § 4 Abs. 2 und § 5 des Glücksspielgesetzes - GSpG, BGBI. Nr. 620/1989, und

b) (...)

soweit deren Regelung jeweils in die Zuständigkeit des Landesgesetzgebers fällt.

(...)

(6) Soweit durch Bestimmungen dieses Gesetzes Zuständigkeiten des Bundes, insbesondere in den Angelegenheiten des Glücksspielmonopols oder des Gewerberechts, berührt werden, sind diese so auszulegen, dass sich keine über die Zuständigkeit des Landes hinausgehende rechtliche Wirkung ergibt.

§ 2 Begriffsbestimmungen

(...)

(6) Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten im Sinne dieses Gesetzes sind mit Glücksspielautomaten durchgeführte Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 3 in Verbindung mit § 4 Abs. 2 und § 5 GSpG, welche in Automatensalons oder in Einzelaufstellung erfolgen.

(...)

## § 7 Bewilligungspflicht

(1) Die Durchführung von Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten sowie das Aufstellen und der Betrieb einzelner Glücksspielautomaten für Landesausspielungen mit solchen bedürfen der behördlichen Bewilligung. Für Automatensalons ist darüber hinaus eine Standortbewilligung erforderlich.

(2) Bewilligungen im Sinne des Abs. 1 sind schriftlich mit Bescheid zu erteilen. Sie können mit Auflagen und Bedingungen versehen sein, wenn dies im öffentlichen Interesse gelegen ist und insbesondere der Sicherung der Entrichtung der Abgaben, der Einhaltung glücksspielrechtlicher Bestimmungen, der Geldwäschevorbeugung sowie der Aufsicht dient.

(...)

## § 9 Ausspielbewilligung

(1) (...)

(2) Die Ausspielbewilligung zur Durchführung von Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten darf nur einer Kapitalgesellschaft mit Aufsichtsrat erteilt werden, die jedenfalls folgende ordnungspolitische Anforderungen erfüllt:

(...)

e) die Kapitalgesellschaft muss durch geeignete Nachweise darlegen, dass

(...)

4. sie eine Sicherstellung in der Höhe von zumindest 20 % des Mindeststamm- oder Mindestgrundkapitals erbringt,

(...)

(3) Im Falle der Bewerbung um die erstmalige Erteilung einer Ausspielbewilligung genügt es, wenn die betreffende Kapitalgesellschaft die Erfüllung der in Abs. 2 lit. e Z 6 bis Z 12 vorgesehenen Nachweise in Form geeigneter und schlüssiger Konzepte erbringt.

(4) Überschreitet die Zahl der Bewerbungen die Zahl der zu vergebenden Ausspielbewilligungen, so hat die Behörde denjenigen Bewilligungswerbern den Vorzug zu geben, die die Voraussetzungen nach diesem Gesetz am besten erfüllen, insbesondere im Hinblick auf die Kriterien Spielerschutz, Spielsuchtvorbeugung, Infrastruktur, Qualitätssicherung und Erfahrung.

(5) Die Behörde hat im Bewilligungsbescheid insbesondere festzusetzen:

(...)

e) die Verpflichtung die in Abs. 2 lit. e, f und g genannten Anforderungen für die Dauer der Ausspielbewilligung zu erfüllen;

(...)

## § 21 Behörden und Rechtsschutz

(1) (...)

(2) Für die Wahrnehmung behördlicher Befugnisse und Aufgaben im Zusammenhang mit der Durchführung von Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten ist, mit Ausnahme der in Abs. 3 genannten Verfahren, die Landesregierung zuständig.

(...)

(4) Gegen Bescheide der Landesregierung und der Bezirksverwaltungsbehörde darf bis zum Ablauf des 31. Dezember 2013 Berufung an den unabhängigen Verwaltungssenat erhoben werden.

(...)

(6) Als Verfahrensordnung, nach der Bescheide nach den Bestimmungen dieses Gesetzes oder aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Verordnungen zu erlassen sind, gilt, sofern in diesem Gesetz oder bundesrechtlich nicht anderes bestimmt wird, das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz 1991.

## § 36 Verweise

(1) (...)

(2) Soweit in diesem Gesetz auf bundesgesetzliche Bestimmungen verwiesen wird, sind diese in der nachstehenden Fassung anzuwenden:

a) Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 - AVG, BGBl. Nr. 51, in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 100/2011;

(...)

f) Glücksspielgesetz - GSpG, BGBl. Nr. 620/1989, in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 69/2012;

(...)

### § 38 Inkrafttretens- und Übergangsbestimmungen

(1) Dieses Gesetz tritt an dem der Kundmachung folgenden Tag in Kraft.

(2) (...)

(3) Öffentliche Ausschreibungen zur Vergabe von Ausspielbewilligungen zur Durchführung von Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten dürfen aufgrund dieses Gesetzes bereits ab dem der Kundmachung folgenden Tag erfolgen. Die Vergabe einer Ausspielbewilligung darf jedoch frühestens gleichzeitig mit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes erfolgen."

In den Erläuterungen zum Entwurf des K-SGAG (Regierungsvorlage vom 11. September 2012, ZI 01-VD-LG-1401/40-2012), heißt es

"Die in § 9 Abs. 2 genannten ordnungspolitischen Anforderungen, die ein Bewilligungswerber für die Erteilung einer Ausspielbewilligung erfüllen muss, setzen § 5 Abs. 2 GSpG um."

Daran anschließend zitieren die Erläuterungen wörtlich die oben bereits (auszugsweise) wiedergegebenen Erläuterungen zur Regierungsvorlage der GspG-Novelle 2010.

Zu § 9 Abs 3 K-SGAG heißt es in den Erläuterungen dann:

"Die Bestimmung des Abs. 3 schränkt die für die Erteilung einer Ausspielbewilligung gem. Abs. 2 zu erbringenden Nachweise insoweit ein, als bei einer erstmaligen Erteilung die in Abs. 2 lit. e Z 6 bis 12 genannten Kriterien nur in Form geeigneter und schlüssiger Konzepte nachgewiesen werden müssen. Dies ist deshalb erforderlich, weil es sich hierbei - mit Ausnahme von Abs. 2 lit e Z 4, Z 9 und 10 - um technische Voraussetzungen handelt, die erst nach Erteilung einer Bewilligung und nach der elektronischen Anbindung an das Datenrechenzentrum der Bundesrechenzentrum GmbH implementiert werden können.

Die Erfüllung der in Abs. 2 Z 8 und 9 genannten Voraussetzungen, unabhängig davon, ob in weiterer Folge eine Bewilligungserteilung erfolgt oder nicht, zu fordern, erscheint allerdings weder sachlich gerechtfertigt noch erforderlich. Sobald der Bewilligungswerber jedoch eine Ausspielbewilligung erteilt bekommt, muss er alle Voraussetzungen erfüllen. Er hat insbesondere im Falle der Erteilung der Bewilligung eine Sicherstellung, etwa in Form einer Bankgarantie, des Haftungsbetrages zu leisten."

3. Der erstinstanzliche Bescheid wurde der mitbeteiligten Partei nicht zugestellt. Die Zulässigkeit der von ihr gegen den erstinstanzlichen Bescheid erhobenen Berufung - und damit die Zuständigkeit der belannten Behörde, über diese Berufung inhaltlich abzusprechen, wie sie es mit dem angefochtenen Bescheid getan hat - hängt daher davon ab, ob der mitbeteiligten Partei im Hinblick auf die Erteilung der Bewilligungen an die revisionswerbenden Parteien Parteistellung zukam, sie also als übergangene Partei anzusehen ist (vgl etwa zum Berufungsrecht einer übergangenen Partei in einem Mehrparteienvorfahren gegen einen Bescheid, der ihr nicht zugestellt, aber durch Zustellung an eine andere Partei erlassen wurde, das hg Erkenntnis vom 11. Juli 1996, ZI 95/07/0234).

4. Die Revisionen machen im Wesentlichen - zusammengefasst - geltend, dass die mitbeteiligte Partei die nach § 9 Abs 2 lit e

Z 4 K-SGAG erforderliche Voraussetzung, durch geeignete Nachweise darzulegen, dass sie eine Sicherstellung in der Höhe von zumindest 20 % des Mindestgrundkapitals erbringe, nicht erfüllt habe, da die von ihr vorgelegte Zahlungsgarantie auf "vertragliche Verpflichtungen" abgestellt habe und damit - unter Berücksichtigung der formellen

Garantiestrenge im Sinne der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zu Bankgarantien - nicht geeignet gewesen sei, als Sicherstellung nach dem K-SGAG zu dienen. Da die mitbeteiligte Partei damit die Anforderungen nach § 9 Abs 2 K-SGAG nicht erfüllt habe, sei sie zu Recht nicht in eine Auswahlentscheidung im Sinne des § 9 Abs 4 K-SGAG einbezogen worden, sodass auch keine Verfahrensgemeinschaft mit den revisionswerbenden Parteien bestanden habe.

5. Zunächst ist festzuhalten, dass die Bestimmungen des K-SGAG betreffend Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten im Lichte der durch § 4 Abs 2 GspG eingeräumten Ausnahme vom Glücksspielmonopol des Bundes so auszulegen sind, dass ein Widerspruch mit den bundesgesetzlichen Regeln - insbesondere den in § 5 GspG festgelegten Anforderungen - vermieden wird; dies ergibt sich auch aus § 1 Abs 6 K-SGAG und wird im Hinblick auf die hier gegenständlichen Anforderungen an Bewilligungswerber nach § 9 Abs 2 K-SGAG zudem durch die Wiedergabe der Erläuterungen zur Regierungsvorlage der GspG-Novelle 2010 in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage des K-SGAG unterstrichen.

§ 5 Abs 2 GSpG enthält zwar umfassende ordnungspolitische Anforderungen an "Bewilligungswerber bzw. -inhaber", die in § 9 K-SGAG entsprechend umgesetzt wurden, die Ausgestaltung des Verfahrens zur Erteilung einer Bewilligung ist jedoch - mit Ausnahme der zwingend vorzusehenden Parteistellung des Bundesministers für Finanzen (§ 5 Abs 7 Z 10 GspG) - dem Landesgesetzgeber überlassen. Der Gesetzgeber des K-SGAG hat diesbezüglich in der Übergangsbestimmung des § 38 Abs 3 K-SGAG vorgesehen, dass (und wann) öffentliche Ausschreibungen zur Vergabe von Ausspielbewilligungen erfolgen können. Zudem hat er in § 9 Abs 4 K-SGAG vorgesehen, dass in einem Fall, in dem die Zahl der Bewerbungen die Zahl der zu vergebenden Ausspielbewilligungen überschreitet, eine Auswahlentscheidung zu erfolgen hat. Dabei ist denjenigen Bewilligungswerbern der Vorzug zu geben, die die Voraussetzungen nach dem K-SGAG am besten erfüllen.

Das K-SGAG geht daher - in diesem Sinne vergleichbar dem Verfahren für die Vergabe von Konzessionen nach § 14 oder § 21 GspG - von einem zweistufigen Verfahren aus, nach dem zunächst eine Prüfung der aufgrund einer Ausschreibung eingelangten Bewerbungen im Hinblick auf die zwingenden Voraussetzungen erfolgt und sodann - wenn die Voraussetzungen von mehr Bewerbern erfüllt werden, als Bewilligungen zu vergeben sind -

unter den in diesem Sinne geeigneten Bewerbern jene ausgewählt werden, die die Voraussetzungen am besten erfüllen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat zur Vergabe von Konzessionen nach § 14 GspG ausgesprochen, dass die Konzessionsvergabe an einen Bewerber von Gesetzes wegen die anderen von der Erteilung der Konzession ausschließt und diesem daher grundsätzlich die Möglichkeit gegeben sein muss, die Erteilung der Konzession mit dem Argument zu bekämpfen, aus näher darzulegenden Gründen wäre die Konzession an ihn (und nicht an den im Bescheid genannten Mitbewerber) zu vergeben gewesen; ein Bewerber, der eine gesetzliche Voraussetzung für die Konzessionerteilung nicht erfüllt, kann aber durch die Erteilung der Konzession an einen anderen Bewerber nicht in seinen Rechten verletzt worden sein (vgl das hg Erkenntnis vom 4. August 2005, ZI 2004/17/0035). Diese Rechtsprechung lässt sich auch auf das Verfahren zur Vergabe der hier verfahrensgegenständlichen Bewilligungen übertragen: erfüllt ein Bewilligungswerber die gesetzlichen Anforderungen des § 9 Abs 2 K-SGAG nicht, kann er schon aus diesem Grund nicht in ein Auswahlverfahren nach § 9 Abs 4 K-SGAG und die dabei zu bildende Verfahrensgemeinschaft einbezogen werden.

6. Das K-SGAG legt nicht fest, zu welchem Zeitpunkt die Nachweise nach § 9 Abs 2 lit e K-SGAG zu erbringen sind. Grundsätzlich handelt es bei den in dieser Bestimmung festgelegten Anforderungen um solche, die - mit den in § 9 Abs 3 K-SGAG vorgesehenen Ausnahmen - jedenfalls vor Erteilung der Bewilligung vorliegen müssen, wobei die Erfüllung der Anforderungen vom Bewilligungswerber nachzuweisen ist. Da es sich um Erteilungsvoraussetzungen handelt, trifft die Behörde auch keine Verpflichtung, bei Fehlen eines ausreichenden Nachweises von einer Mängelhaftigkeit des schriftlichen Anbringens im Sinne des § 13 Abs 3 AVG auszugehen und einen Verbesserungsauftrag nach dieser Bestimmung zu erteilen (vgl zur insoweit vergleichbaren Situation bei Haftungserklärungen nach § 47 Abs 3 NAG das hg Erkenntnis vom 24. April 2012, ZI 2009/22/0238).

Im Hinblick auf die nach dem Gesetz vorgesehene Auswahlentscheidung unter mehreren geeigneten Bewerbern nach § 9 Abs 4 K-SGAG ist überdies festzuhalten, dass die Nachreichung von ursprünglich nicht fristgerecht vorgelegten Nachweisen oder ein Austausch bzw. eine Änderung von Antragsbestandteilen oder Beilagen nur insoweit zulässig ist,

als dadurch nicht eine Änderung des für die Auswahlentscheidung maßgebenden Antragsinhaltes - etwa der Konzepte zu Spielerschutz oder Spielsuchtvorbeugung - erfolgt und damit eine wesentliche Antragsänderung im Sinne des § 13 Abs 8 AVG vorliegt (zum - insoweit vergleichbaren - Auswahlverfahren nach § 6 PrR-G hat der Verwaltungsgerichtshof mit hg Erkenntnis vom 18. Februar 2009, ZI 2005/04/0293, mwH, ausgesprochen, dass nachträgliche Änderungen von Zulassungsanträgen, die entweder einen Einfluss auf den Zugang zum Auswahlverfahren oder einen Einfluss auf die Auswahlentscheidung haben können, von der Behörde nicht zu berücksichtigen sind).

7. Damit bleibt zu prüfen, ob die mitbeteiligte Partei, wie die belangte Behörde angenommen hat, mit ihrem Antrag und der damit vorgelegten Bankgarantie die Anforderungen des § 9 Abs 2 lit e Z 4 K-SGAG erfüllt hat und daher - jedenfalls aus diesem Grund - nicht vor Vornahme der Auswahlentscheidung nach § 9 Abs 4 K-SGAG aus dem Verfahren ausgeschieden hätte werden dürfen.

Nach der zitierten Bestimmung hatte die die mitbeteiligte Partei durch geeignete Nachweise darzulegen, dass sie eine Sicherstellung in der Höhe von zumindest 20 % des Mindeststamm- oder Mindestgrundkapitals erbringt. Die - in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage des K-SGAG wörtlich zitierten - Erläuterungen zur Regierungsvorlage der GspG-Novelle 2010 führen zu dieser Sicherstellung (§ 5 Abs 2 Z 3 GspG) aus, dass die Höhe und Art der Sicherstellung im Konzessionsbescheid festgesetzt werden. Auch die weiteren Erläuterungen zur Regierungsvorlage des K-SGAG, wonach der Bewilligungswerber "im Falle der Erteilung der Bewilligung eine Sicherstellung, etwa in Form einer Bankgarantie, des Haftungsbetrages zu leisten" habe, lassen erkennen, dass die tatsächliche Sicherstellung erst durch eine Auflage im Bewilligungsbescheid festzulegen ist, wie dies auch im vorliegenden Fall im erstinstanzlichen Bescheid erfolgt ist.

Von diesem Verständnis gingen auch die von der erstinstanzlichen Behörde veröffentlichten "Anmerkungen zur Ausschreibung" aus, die - vergleichbar der "Verfahrensunterlage" bei der Interessentensuche für eine Lotteriekonzession nach § 14 GspG (siehe dazu das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 6. Dezember 2012, B 1337/11 ua, sowie das hg Erkenntnis vom 7. März 2013, ZI 2011/17/0304) - Informationen über das mögliche Vorgehen bei der Prüfung der gesetzlichen Voraussetzungen enthielt. Darin wurde ausdrücklich angegeben, dass bei der Bewerbung noch nicht die Sicherstellung selbst erbracht werden müsse, "sondern der Nachweis, dass im Fall der Bewilligungserteilung eine entsprechende Sicherstellung erbracht wird".

Die mitbeteiligte Partei hat in ihrem Antrag angegeben, dass im Falle der Bewilligungserteilung ein Betrag von 20 % des Haftungsstocks in Form einer Bankgarantie sichergestellt werde; sie hat diese - als bloße Ankündigung für sich genommen zur Erfüllung der Anforderungen nach § 9 Abs 2 lit e Z 4 K-SGAG jedenfalls nicht ausreichende - Erklärung durch gleichzeitige Vorlage einer Bankgarantie belegt. Dieser von der mitbeteiligten Partei vorgelegte Nachweis wäre von der Behörde daraufhin zu prüfen gewesen, ob er ausreicht, die im Falle der Bewilligungserteilung durch eine Auflage im Bewilligungsbescheid aufzutragende Erfüllung des Sicherstellungserfordernisses - das im Bewilligungsbescheid erst der Art und Höhe nach festzusetzen ist - zu belegen.

Entgegen der Ansicht der revisionswerbenden Parteien kommt es daher nicht darauf an, ob die von der mitbeteiligten Partei vorgelegte Bankgarantie geeignet wäre, die Sicherstellungserfordernisse im Falle der Bewilligungserteilung zu erfüllen, was - wie die revisionswerbenden Parteien insoweit zutreffend darlegen - aufgrund der Einschränkung auf "vertragliche Verpflichtungen" zu verneinen wäre.

Die vorgelegte Garantie nennt ausdrücklich den Garantiezweck ("Sicherstellung des Haftungsbetrages von mindestens 20 % des Grundkapitals für Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten gemäß § 7 ff des Kärntner Spiel- und Glücksspielautomatengesetzes - K-SGAG, LGBl. Nr. 110/2012"), der exakt auf die angestrebte Bewilligung abstellt. Dass die Garantie - mit Ausnahme der Bezugnahme auf vertragliche Verpflichtungen - weitere Anforderungen an eine Sicherstellung im Sinne des K-SGAG nicht erfüllen würde, machte weder die erstinstanzliche Behörde geltend, noch wird dies von den revisionswerbenden Parteien dargelegt.

Vor diesem Hintergrund kann aber nicht zweifelhaft sein, dass die mitbeteiligte Partei durch entsprechende Nachweise dargelegt hat, in der Lage zu sein, eine - von der Behörde im Bewilligungsbescheid erst zu konkretisierende - Sicherstellung im Sinne des § 9 Abs 2 lit e Z 4 K-SGAG zu leisten.

8. War damit aber davon auszugehen, dass die mitbeteiligte Partei zu Unrecht - mit gesondertem Bescheid der erstinstanzlichen Behörde - aus dem Verwaltungsverfahren betreffend die Erteilung von Bewilligungen zur Durchführung von Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten ausgeschlossen worden war (dass die mitbeteiligte Partei andere Anforderungen des § 9 Abs 2 K-SGAG nicht erfüllt hätte, wurde im Verfahren nicht geltend gemacht), so

konnte sie als übergangene Partei des Verfahrens, in dem den revisionswerbenden Parteien Bewilligungen erteilt worden waren, Berufung gegen die Bewilligungserteilungen erheben. Der belangten Behörde kann daher im Ergebnis nicht entgegengetreten werden, wenn sie den - ohne ein die mitbeteiligte Partei einbeziehendes Auswahlverfahren im Sinne des § 9 Abs 4 K-SGAG ergangenen - Bewilligungsbescheid aufgehoben hat.

9. Die Revisionen waren daher gemäß § 42 Abs 1 VwGG in der gemäß § 4 Abs 5 VwGbK-ÜG maßgebenden bis zum Ablauf des 31. Dezember 2013 geltenden Fassung als unbegründet abzuweisen.

Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl II Nr. 455, welche gemäß § 3 Z 1 der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014, BGBl II Nr 518/2013 in der Fassung BGBl II Nr 8/2014 im vorliegenden Fall weiterhin anzuwenden ist. Im Hinblick auf die zu beiden Beschwerden - zu denen gesonderte Gegenschriften erstattet wurden - einheitlich erfolgte Aktenvorlage, war der Kostenzuspruch für den Vorlageaufwand zu teilen.

Wien, am 31. Juli 2014

### **Schlagworte**

Maßgebende Rechtslage maßgebender Sachverhalt Beschränkungen der Abänderungsbefugnis Beschränkung durch die Sache Besondere Rechtsprobleme Änderung von Anträgen und Ansuchen im Berufungsverfahren Auslegung Anwendung der Auslegungsmethoden Verhältnis der wörtlichen Auslegung zur teleologischen und historischen Auslegung Bedeutung der Gesetzesmaterialien VwRallg3/2/2 Rechtsgrundsätze Auflagen und Bedingungen VwRallg6/4 Individuelle Normen und Parteienrechte Rechtsanspruch Antragsrecht Anfechtungsrecht VwRallg9/2 Formgebrechen nicht behebbare NICHTBEHEBBARE materielle Mängel Anspruch auf bescheidmäßige Erledigung und auf Zustellung, Recht der Behörde zur Bescheiderlassung konstitutive Bescheide

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2014:RO2014020026.L00

### **Im RIS seit**

22.08.2014

### **Zuletzt aktualisiert am**

21.10.2014

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)