

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

27.07.2016

Geschäftszahl

Ra 2015/17/0084

Betreff

Senatspräsident Dr. Holeschovsky und die Hofrätinnen Mag. Dr. Zehetner und Mag.a Nussbaumer-Hinterauer als Richterinnen bzw Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag.a Kratschmayr, über I. die Revision des Bundesministers für Finanzen in 1010 Wien, Johannesgasse 5, gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. Juli 2015, W139 2010500-1/81E, betreffend Aufhebung eines Bescheides über die Übertragung des Rechts zum Betrieb einer Spielbank durch Konzession sowie Abweisung des diesbezüglichen Antrages der Mitbewerberinnen (mitbeteiligte Parteien: 1. CA Aktiengesellschaft in Wien, vertreten durch die Lansky, Ganzger & partner Rechtsanwälte GmbH, in 1010 Wien, Biberstraße 5, 2. AC & E AG in G, vertreten durch die Schönherr Rechtsanwälte GmbH, in 1010 Wien, Schottenring 19, 3. CB AG in Wien, vertreten durch die Brandl & Talos Rechtsanwälte GmbH, in 1070 Wien, Mariahilferstraße 116), und II. den Antrag auf Feststellung der Parteistellung der PED AG in Wien, vertreten durch RA Dr. Markus Dax, in 1030 Wien, Zaunergasse 4-6, den **Beschluss** gefasst:

Spruch

Die Revision wird zurückgewiesen.

Der Bund hat der erstmitbeteiligten Partei Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

1. Der Antrag auf Feststellung der Parteistellung wird zurückgewiesen.
2. Die Revisionsbeantwortung der Antragstellerin wird zurückgewiesen.

Begründung

1 Am 19. August 2011 veröffentlichte das Bundesministerium für Finanzen auf seiner Homepage eine "Allgemeine Information betreffend Strukturierung der Konzessionen für Spielbanken und Pokersalon im Rahmen der öffentlichen Interessentensuche".

2 Am 26. November 2012 wurden auf dieser Internetseite eine Pressemitteilung sowie die "Unterlage zur Teilnahme an der öffentlichen Interessentensuche 'Spielbankkonzession' für den Standort Wien 'Süd-West'" (in der Folge auch: Verfahrensunterlage) veröffentlicht. Gleichzeitig erfolgte die Veröffentlichung der Unterlagen zur Teilnahme an den Verfahren für die Standorte "Wien Nord-Ost" und "Niederösterreich 2". Weiters erfolgten Bekanntmachungen im Amtsblatt zur Wiener Zeitung, in der Financial Times Europe, im Lottery Insider sowie im ISA Guide.

3 Die Verfahrensunterlage lautet auszugsweise wie folgt:

"7. Evaluierung und Entscheidungskriterien

Bedeutung Antwort**ZWINGEND ZUSTIMMUNG**

Dieser Abschnitt beschreibt allgemein die Evaluierungskriterien zur Ermittlung jenes Bewerbers, von dem neben Erfüllung der formalen Kriterien die beste Ausübung der Konzession zu erwarten ist.

Es wird ein beratender Beirat eingerichtet, welcher die erhaltenen Anträge analysiert und bewertet und nach Abschluss eine Empfehlung an die Bundesministerin für Finanzen zur Erteilung einer Konzession abgibt.

Zur Erörterung der eingelangten Anträge der Konzessionswerber kann eine (gemeinsame) mündliche Verhandlung angesetzt werden.

7.1. Evaluierungskriterien

Bedeutung Antwort

ZWINGEND ZUSTIMMUNG

Jeder Antrag wird unter Berücksichtigung aller zeitgerecht erhaltenen Informationen professionell und fachlich beurteilt. Dazu wird ein entsprechendes Bewertungssystem verwendet.

7.1.1. Allgemeine Bewertung

Bedeutung Antwort

ZWINGEND ZUSTIMMUNG

Gemäß § 21 Abs. 2 Z 1 bis 6 GSpG sind folgende Kriterien zu erfüllen:

# Kriterium	Entscheidung
1 Rechtsform und Sitz der Kapitalgesellschaft	Erfüllt/nicht erfüllt
2 Bestimmungen der Satzung	Erfüllt/nicht erfüllt
3 Stamm- oder Grundkapital der Gesellschaft	Erfüllt/nicht erfüllt
4 Beteiligungen	Erfüllt/nicht erfüllt
5 Qualifikation der Geschäftsleitung	Erfüllt/nicht erfüllt
6 Konzernstruktur/wirksame Aufsicht	Erfüllt/nicht erfüllt

7.1.2. Spezielle Bewertung

Bedeutung Antwort

ZWINGEND ZUSTIMMUNG

Für jene Bewerber, die sämtliche Kriterien gemäß 7.1.1 erfüllt haben, wird im Rahmen der Bewertung gemäß § 21 Abs. 2 Z 7 GSpG die fachliche Qualifikation für nachfolgend genannte Kriterien anhand des angegebenen Punktesystems bewertet:

# Kriterium	Max. Punkte
1 Erfahrungen	40
2 Eigenmittel	30
3 Spielsuchtvorbeugung	90
4 Spielerschutz	90
5 Geldwäsche- und Kriminalitätsvorbeugung	40
6 Qualitätssicherung	30
7 Betriebsinterne Aufsicht	30
8 Infrastruktur allgemein und standortbezogen	40
9 Entwicklungsmaßnahmen allgemein und standortbezogen	60
10 Betriebssicherheit allgemein und standortbezogen	40
Gesamt	490

7.1.3. Punktevergabe für die Bewertung

Bedeutung Antwort

ZWINGEND ZUSTIMMUNG

Punkte werden nach folgender Bewertungsskala vergeben:

Prozent Beschreibung

- 90 - 100 Die Antwort übertrifft die Erwartungen und war (nahezu) perfekt für das entsprechende Kriterium.
- 80 - 89 Die Antwort war gut und trifft die Erwartungen für den Bereich.
- 60 - 79 Die Antwort war dem Kriterium angemessen, jedoch wurden Einschränkungen identifiziert oder Bedenken geäußert.
- 50 - 59 Die Antwort ist noch ausreichend, aber mangelhaft.
- 0 - 49 Die Antwort wird als unzureichend eingestuft oder deutet auf nicht ausreichende Kompetenz hin.

Jedes bewertete Kriterium des Antrags erhält somit eine Punkteanzahl, die sich aus der Multiplikation von verfügbaren Punkten mit dem erzielten Prozentsatz ergibt. Die Summe aller erzielten Punkte ergibt das Gesamtergebnis.

Obwohl die verschiedenen Kriterien unterschiedlich gewichtet sind, wird darauf hingewiesen, dass grundsätzlich alle Anforderungen ausreichend erfüllt werden müssen - unabhängig von ihrer Gewichtung. Sollte ein Bewerber hinsichtlich eines der Kriterien gemäß Punkt 7.1.2 mit "Die Antwort wird als unzureichend eingestuft oder deutet auf nicht ausreichende Kompetenz hin" beurteilt werden, kann dessen Bewerbung nur dann zum Zug kommen, wenn alle anderen Bewerber ebenfalls hinsichtlich mindestens eines Kriteriums gemäß Punkt 7.1.2 mit "Die Antwort wird als unzureichend eingestuft oder deutet auf nicht ausreichende Kompetenz hin" bewertet wurden. Sollte ein Bewerber hinsichtlich mehrerer Kriterien nach Punkt 7.1.2 mit "Die Antwort wird als unzureichend eingestuft oder deutet auf nicht ausreichende Kompetenz hin" bewertet werden, wird ihm die Konzession nur dann erteilt werden, wenn sämtliche anderen Bewerber ebenfalls hinsichtlich der gleichen oder einer höheren Anzahl von Kriterien gemäß Punkt 7.1.2 diese Bewertung erhalten haben und dieser Bewerber insgesamt die höchste Punktezahl aller Bewerber erhält. Sollte es zu einem Punktegleichstand kommen, so bewirkt die höhere Einzel-Punktezahl aus dem Bereich Spielerschutz die Entscheidung.

7.2. Konzessionserteilung

Bedeutung Antwort

ZWINGEND ZUSTIMMUNG

Die Bundesministerin für Finanzen wird jenem Bewerber, der sämtliche Voraussetzungen des § 21 Abs. 2 Z 1 bis 6 GSpG erfüllt und die Anforderungen nach § 21 Abs. 2 Z 7 GSpG am besten erfüllt, die Konzession durch Bescheid erteilen."

4 Den Interessenten wurde die Möglichkeit eingeräumt, bis 11. Februar 2013 an die Behörde Fragen zur Verfahrensunterlage zu stellen. Dabei hatten alle registrierten Interessenten Zugang zu sämtlichen Fragen und Antworten.

5 Die Bewerbungsfrist für das Konzessionserteilungsverfahren endete am 10. Juni 2013.

6 Um die Übertragung des Rechts zum Betrieb einer Spielbank bewarben sich die drei mitbeteiligten Parteien sowie die Antragstellerin.

7 Mit Bescheid des Bundesministers für Finanzen vom 27. Juni 2014 wurde dem Antrag auf Erteilung des Rechts zum Betrieb einer Spielbank für den "Standort Wien Süd-West (SBK3)" der Antragstellerin stattgegeben; weiters wurden die gleichgerichteten Anträge der mitbeteiligten Parteien abgewiesen (in der Folge auch: Konzessionserteilungsbescheid).

8 Begründend wurde zusammenfassend insbesondere festgehalten, dass alle Konzessionswerberinnen die Pflichtkriterien nach § 21 Abs 2 Z 1 bis 6 GSpG vollumfänglich erfüllten. Nach einer Prüfung der fachlichen Qualifikation der Konzessionswerberinnen anhand der Auswahlkriterien des § 21 Abs 2 Z 7 GSpG wurden allgemeine und standortbezogene Kriterien mit Hilfe eines Punktesystems bewertet. Insgesamt lasse das Konzept der Antragstellerin aus den genannten Gründen im Verhältnis zu den mitbeteiligten Parteien die beste Konzessionsausübung im Sinne des § 21 Abs 2 Z 7 GSpG erwarten (Bescheidseite 358).

9 Anknüpfend an umfangreiche Feststellungen zur Erfüllung der "Pflichtkriterien" des § 21 Abs 2 GSpG durch die Antragstellerin und die mitbeteiligten Parteien erfolgte die Gegenüberstellung der Konzepte der konzessionswerbenden Parteien. Schließlich enthält der Bescheid konkrete Bewertungstabellen (Bescheidseiten 348-358), in denen die zu jeder Frage zu erlangende Punktezahl, der jeweils von den Antragstellern nach Ansicht der Behörde erlangte Prozentsatz und somit die von jedem Antragsteller erlangte Punktezahl ersichtlich gemacht wurden.

10 Die Bewertungstabelle zB zum Kriterium "Erfahrungen" lautete wie folgt:

(1) ERFAHRUNGEN	Kriterium	Erst	Zweit	Dritt	Viert	Punkte	Erst-	Zweit-	Dritt-	Viert-
		AST %	AST %	AST %	AST %		AST Punkte	AST Punkte	AST Punkte	AST Punkte
1	Wird umfassende Erfahrung in der Errichtung, im technischen und organisatorischen Betrieb und der entsprechenden Weiterentwicklung dargestellt?	95	90	79	95	8	7,6000	7,2000	6,3200	7,6000
2	Verantwortung für zumindest eine (1) vergleichbare Spielbankenunternehmung (als Einzelspielbank): - innerhalb der EU oder des EWR - steht seit zumindest fünf (5) Jahren in Vollbetrieb - zumindest Standardspielbanken-Produkte (Im Lebenspiel Formen von Roulette, Black-Jack und Poker sowie Automatenspiel) müssen über stationäre (nicht Internet) Spielbanken angeboten werden - erbrachte Leistungen sollen Geschäftsplanung, gesamte Organisation und Personalbesetzung, Technologie, Vertriebsnetzwerk, Marketing und Werbung umfassen - genau dargestellt inkl. Zeitachse?	100	100	79	100	4	4,0000	4,0000	3,1600	4,0000
3	Aufsichtsstandards und -bestimmungen: Erfahrungen dargelegt und mit Österreich (grundsätzlich) vergleichbar?	100	100	59	100	2	2,0000	2,0000	1,1800	2,0000
4	Angaben zu Erfahrung mit der Entwicklung von Glücksspielprodukten in Spielbanken über einen längeren Zeitraum (mind. fünf (5) Jahre) - sind	100	95	0	100	6	6,0000	5,7000	0,0000	6,0000

	diese Angaben nachvollziehbar und schlüssig?											
	Angaben zur Verwendung von Subunternehmen oder Lieferanten - falls wesentliche Teile der Organisation, Betrieb, Marketing, Vertrieb oder Werbung nicht selbst erbracht wurden, muss dies entsprechend durch weniger Punkte berücksichtigt werden. Falls alle Leistungen selbst erbracht wurden, entsprechende Punkte.											
5		90	90	0	90	5	4,5000	4,5000	0		4,5000	
	Umfangreichere Erfahrung (mehrere Spielbanken im In- oder Ausland, mehr Produkte, mehr Angebote, weitere Vertriebskanäle) bzw. längere Erfahrung über 5 Jahre Vollbetrieb hinaus.											
6		100	100	95	95	3	3,0000	3,0000	2,8500		2,8500	
	Gesamteindruck: Hat der Bewerber ausreichend Erfahrung und Maßnahmen zu dieser Thematik? Sind die Angaben vollständig und schlüssig?											
7		95	95	59	95	4	3,8000	3,8000	2,3600		3,8000	
	Image und CSR: - Erkennt der Bewerber das Image eines Glücksspielunternehmens als wichtig und kritisch an? - Der Bewerber muss Erfahrung mit Corporate Social Responsibility nachweisen. Je mehr desto besser. Konkrete Beispiele und/oder Auszeichnungen dazu können honoriert werden.											
8		89	89	89	89	4	3,5600	3,5600	3,5600		3,5600	
	- Plant der Bewerber auch noch weitere gesellschaftspolitische und/oder soziale Verantwortung wahrzunehmen (oder nimmt er diese bereits wahr)? Stellt sich das durch freiwillige Verpflichtung zur Unterstützung von zB kulturellen, sozialen oder sonstigen vergleichbaren Tätigkeiten dar?											
9	Österreichischer Markt: - Zur seriösen	100	89	100	100	4	4,0000	3,5600	4,0000		4,0000	

Vorbereitung auf die Konzession sollte der Bewerber Kenntnisse über den österreichischen Glücksspielmarkt nachweisen und bereits im Vorfeld mit Markterhebung und Vorbereitungen zur Antragstellung begonnen haben. Je länger und umfangreicher, desto besser, da dadurch die Qualität der Bewerbung steigt und die Annahmen und Folgerungen der Konzepte (Marketing, Produkte, etc.) genauer und nachhaltiger sind. Kosten können besser abgeschätzt werden und der Businessplan ist wesentlich solider ausgestattet. In diesen Punkt fließen auch Angaben zur schlüssigen Positionierung der Produkte am Markt ein.

- Wurde eine Markteinschätzung vorgelegt, welche den österreichischen Glücksspielmarkt und die umliegende Konkurrenz realistisch, schlüssig und ausreichend betrachtet?

GESAMTPUNKTE FÜR DIESEN ABSCHNITT (von max. 40):

40	38,460	37,320	23,430	38,3100
	0	0	0	"

11 Diese Fragestellungen wurden von der Behörde vor Ende der Antragsfrist festgelegt und den Antragstellern erstmals durch Zustellung des Konzessionserteilungsbescheides bekannt.

12 Schließlich wurde folgende Tabelle betreffend die von den Konzessionswerberinnen zu einzelnen Kriterien jeweils erlangten Punkte und die von ihnen erreichte Gesamtpunktezah zur Darstellung gebracht:

13

"GESAMT-ÜBERSICHT	Nr. Themenbereich	Max. Pkt.	Erst- AST Score	Zweit- AST Score	Dritt- AST Score	Viert- AST Score
	1 Erfahrungen	40	38,46	37,32	23,43	38,31
	2 Eigenmittel	30	26,70	28,24	26,70	26,70
	3 Spielsuchtvorbeugung	90	80,58	80,58	55,06	80,10
	4 Spielerschutz	90	74,76	73,84	51,52	72,76
	5 Geldwäsche- und Kriminalitätsvorbeugung	40	35,60	34,24	26,13	35,60
	6 Qualitätssicherung	30	23,86	23,66	9,56	23,76
	7 Betriebsinterne Aufsicht	30	22,14	25,26	19,74	26,70
	8 Infrastruktur	40	35,60	35,60	35,60	35,60
	9 Entwicklungsmaßnahmen	60	53,20	49,98	47,06	53,44

10 Betriebssicherheit	40	35,60	35,60	33,20	35,60
GESAMTSUMME	490	426,500	424,320	327,600	428,570

Insgesamt lässt das Konzept der Viertantragstellerin aus den genannten Gründen im Verhältnis zu der Erstantragstellerin, Zweit-antragstellerin und Drittantragstellerin die beste Konzessionsausübung im Sinne des § 21 Abs 2 Z 7 GSpG erwarten."

14 Mit Bescheid vom 21. Juli 2014, BMF-180000/0779-IV/2/2014, berichtigte der Bundesminister für Finanzen den Bescheid vom 27. Juni 2014.

15 Gegen den Bescheid vom 27. Juni 2014 in der berichtigten Fassung erhob die erstmitbeteiligte Partei Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Sie stellte einen Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung nach § 24 VwGVG sowie auf Entscheidung in der Sache gemäß Art 130 Abs 4 B-VG und § 28 Abs 3 VwGVG (Abänderung des Bescheides und Erteilung einer Konzession). In eventu wurde begehrt, den Bescheid gemäß § 28 Abs 3 VwGVG aufzuheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückzuverweisen.

16 Mit dem angefochtenen Erkenntnis gab das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerde gegen den Bescheid des Bundesministers für Finanzen insofern statt, als der bekämpfte Bescheid in der Fassung des Berichtigungsbescheides nach § 28 Abs 1 und 5 VwGVG iVm § 21 Abs 1, 2 und 6 sowie § 56b GSpG und § 62 Abs 4 AVG iVm § 17 VwGVG aufgehoben wurde (Spruchpunkt A). Weiters sprach das Bundesverwaltungsgericht aus, dass die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig sei (Spruchpunkt B).

17 Begründend wurde zum entscheidungswesentlichen Sachverhalt festgehalten, aus den Bewertungstabellen bzw der Evaluierungstabelle sei ersichtlich, dass die Behörde die fachliche Qualifikation der Konzessionswerberinnen im Hinblick auf die Kriterien nach § 21 Abs 2 Z 7 GSpG unter Anwendung zahlreicher Fragestellungen bewertet habe. Diese Fragestellungen seien vor dem Ende der Angebotsfrist und vor der Öffnung der Anträge festgelegt worden. In Klammern angeführte Zahlen gäben die pro Hauptkriterium sowie pro Subkriterium erreichbaren Punkte an. Die Vergabe der Punkte bei den einzelnen Fragestellungen habe die Behörde nach dem unter Punkt 7.1.3. der Verfahrensunterlage dargestellten Bewertungsschema vorgenommen.

18 Den Konzessionswerberinnen seien diese Fragestellungen im Rahmen des Konzessionserteilungsverfahrens im Vorhinein nicht zur Kenntnis gebracht worden, es sei ihnen nicht bekannt gewesen, dass die Evaluierung unter Zugrundelegung dieser Fragestellungen erfolgen werde.

19 Davon ausgehend führte das Bundesverwaltungsgericht in rechtlicher Hinsicht aus, gemäß § 28 Abs 5 VwGVG sei das Verwaltungsgericht berechtigt, die Entscheidung einer Behörde durch Erkenntnis zu beheben. Die Behörden seien in diesem Fall verpflichtet, in der betreffenden Rechtssache mit den ihnen zu Gebote stehenden Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichts entsprechenden Rechtszustand herzustellen.

20 Gemäß § 21 Abs 1 GSpG könne der Bundesminister für Finanzen das Recht zum Betrieb einer Spielbank durch Konzession übertragen. Einer Konzessionserteilung habe eine öffentliche Interessentensuche voranzugehen, welche den Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung entsprechen müsse. Die Interessentensuche sei öffentlich bekannt zu machen, wobei die Bekanntgabe nähere Angaben zu der zu übertragenden Konzession sowie zur Interessensbekundung und den dabei verpflichtend vorzulegenden Unterlagen sowie eine angemessene Frist für die Interessensbekundung zu enthalten habe. Der Bundesminister für Finanzen könne für die Begutachtung der Interessensbekundungen einen beratenden Beirat einrichten.

21 Gemäß § 21 Abs 6 GSpG sei über alle fristgerecht eingebrachten Anträge im Zuge der Prüfung der Interessensbekundung bescheidmäßig zu entscheiden. Träten mehrere Konzessionswerber gleichzeitig auf, die die Voraussetzungen des Abs 2 Z 1 bis 6 leg cit erfüllten, habe der Bundesminister für Finanzen auf Grund des Abs 2 Z 7 zu entscheiden.

22 Die Erteilung einer Konzession zum Betrieb einer Spielbank erfolge durch Bescheid gemäß § 21 Abs 6 GSpG und nicht mittels privatrechtlichen Vertrages. Das Verfahren unterliege damit nicht den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes. Dennoch habe gemäß § 21 Abs 1 GSpG der Konzessionserteilung gleichsam eine Ausschreibung in Form einer öffentlichen Interessentensuche voranzugehen, welche den Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung zu entsprechen habe. Dies sei vor allem dem Umstand geschuldet, dass es sich bei der vorliegenden Konstellation um eine im "unmittelbaren Nahebereich" des Vergaberechts angesiedelte Dienstleistungskonzession handle. Die österreichische Rechtslage habe vor allem aufgrund der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH), insbesondere in den Rechtssachen *Sporting Exchange* (C- 203/08) sowie *Engelmann* (C-64/08), angepasst werden müssen. Demnach hätten auch öffentliche Stellen, die Konzessionen wie die gegenständliche vergäben, die Grundregeln der Verträge, insbesondere Art 43 und 49 AEUV (gemeint wohl: EGV) und das daraus folgende Transparenzgebot zu beachten.

23 Im gegenständlichen Konzessionserteilungsverfahren habe der Bundesminister für Finanzen eine öffentliche Interessentensuche durchgeführt und eine Unterlage zur Teilnahme an der öffentlichen Interessentensuche veröffentlicht. Im Hinblick auf die potentiell für die Konzessionserteilung in Frage kommenden Unternehmen weise das Verfahren jedenfalls einen grenzüberschreitenden Bezug auf.

24 Gemäß der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes und dieser folgend des Verwaltungsgerichtshofes zur "Lotterienkonzession" stelle die Unterlage zur Teilnahme an der öffentlichen Interessentensuche keine Rechtsverordnung, sondern eine Sammlung zukünftiger Verfahrensanordnungen dar. Demnach enthalte die Verfahrensunterlage zum Teil Informationen über die Inhalte von anzuwendenden Gesetzen, über mögliches Vorgehen bei der Prüfung der gesetzlichen Voraussetzungen und die Durchführung der Auswahlentscheidung. Es werde in Erfüllung unionsrechtlicher Vorgaben das Verfahren zur Auswahlentscheidung dadurch transparent gemacht, dass die bescheiderlassende Behörde - bezogen auf ein einzelnes konkretes Verfahren - die von ihr selbst zu setzenden Verfahrensschritte und die damit im Zusammenhang stehenden Verfahrenshandlungen der Parteien als eine Art Sammlung von im Laufe des Verfahrens konkret zu treffenden Verfahrensanordnungen vorweg in einem Dokument zusammenfasse und öffentlich mache. Es könnten grundsätzlich weitere oder abgeänderte Verfahrensanordnungen getroffen werden, wobei die Grundsätze der Transparenz und Nichtdiskriminierung zu beachten seien. Allenfalls könnten tatsächlich im Einklang mit der Verfahrensunterlage gesetzte Verfahrensschritte (gemeint: im Fall der Rechtswidrigkeit der Verfahrensunterlage) zur Rechtswidrigkeit eines Bescheides führen. Diese Rechtsprechung zur Lotterienkonzession sei auf die Spielbankenkonzession zu übertragen.

25 Im angefochtenen Bescheid werde bei der Bewertung der Auswahlkriterien in den Tabellen offengelegt, wie die Bewertung der Evaluierungskriterien gemäß § 21 Abs 2 Z 7 GSpG vorgenommen worden sei. Hieraus sei ersichtlich, dass die Behörde die oben bezeichneten Evaluierungskriterien anhand von zahlreichen Fragestellungen (in der Folge auch "Subkriterien") beurteilt habe, welchen jeweils unterschiedlich viele Punkte zugeordnet worden seien.

26 Das Ermittlungsverfahren habe ergeben, dass die bei der Beurteilung der Anträge zugrunde gelegten Fragestellungen vor dem Ende der Antragsfrist durch die belangte Behörde festgelegt worden seien. Diese konkreten Fragestellungen seien den Antragstellern vorab nicht bekannt gegeben worden. In der Teilnahmeunterlage sei der Inhalt der Kriterien dargelegt worden, nicht aber die Subkriterien selbst. Es gehe aus keiner Stelle der Verfahrensunterlage hervor, dass die Kriterien für die fachliche Qualifikation eine weitere Untergliederung in Subkriterien erfahren würden. Vielmehr sei aus Punkt 7.1.3. der Verfahrensunterlage in Zusammenhang mit Punkt 7.1.2. abzuleiten, dass sich die Punktezahl für jedes bewertete (Haupt-)Kriterium aus der Multiplikation der verfügbaren Punkte mit einem erzielten Prozentsatz ergäbe. Demnach seien Prozentsätze nach einer Bewertungsskala für die Hauptkriterien zu vergeben und mit den möglichen Punkten zu multiplizieren. Die Behörde habe diese Vorgangsweise allerdings nicht unmittelbar bei den Hauptkriterien angewendet, sondern bei den Subkriterien. Damit sei sie von den vorab getroffenen und in der Verfahrensunterlage öffentlich gemachten Verfahrensschritten bezüglich der Bewertung der Anträge abgegangen.

27 Es sei daher der Frage nachzugehen, ob die Festlegung und Gewichtung der den Antragstellern im Vorhinein nicht bekannt gegebenen Subkriterien und folglich die Bewertung anhand dieser Subkriterien rechtmäßig oder aber als Verstoß gegen die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und Transparenz entsprechend der unionsrechtlichen Judikatur zu qualifizieren sei.

28 Nach der Rechtsprechung des EuGH seien auf die "Vergabe" von Glücksspielkonzessionen die aus dem EU-Primärrecht abgeleiteten Grundsätze der Nichtdiskriminierung und Transparenz auch in hoheitlichen "Vergabeverfahren" anzuwenden, weiters sei aus diesen Grundsätzen die Notwendigkeit zur Durchführung einer "Ausschreibung" und zur Festlegung objektiver, nicht diskriminierender und im Voraus bekannter Kriterien als Entscheidungsgrundlage für die nationale Behörde abzuleiten. Dies erfordere, dass den potenziellen Bietern zum Zeitpunkt der Vorbereitung ihrer Angebote alle Kriterien, die vom öffentlichen Auftraggeber bei der Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots berücksichtigt würden, und, wenn möglich, deren relative Bedeutung bekannt seien. Sie müssten nämlich in die Lage versetzt werden, bei der Vorbereitung ihrer Angebote vom Bestehen und von der Tragweite dieser Kriterien Kenntnis zu nehmen. Demnach dürfe ein öffentlicher Auftraggeber keine Gewichtsregeln oder Unterkriterien für die Zuschlagskriterien anwenden, die er den Bietern nicht vorher zur Kenntnis gebracht habe. Wenngleich diese Rechtsprechung zu den Vergaberichtlinien ergangen sei, sei sie angesichts der Auslegung des Sekundärrechts im Lichte der allgemeinen Binnenmarktgrundsätze auch in Konzessionserteilungsverfahren nach dem GSpG beachtlich.

29 In diesem Sinn hätten die Gerichtshöfe öffentlichen Rechts auch ausgesprochen, dass die vorweg veröffentlichte Verfahrensunterlage in Erfüllung der Vorgaben des EuGH in der Rechtssache *Engelmann* die Transparenz des Verfahrens der Auswahlentscheidung gewährleisten solle. Insofern seien auch die mit der Novelle des Glücksspielgesetzes BGBl I Nr 111/2010 in § 21 Abs 2 Z 7 normierten Kriterien bereits vorab im Rahmen der Ausschreibungsunterlage zu präzisieren, damit der Ermessensausübung durch nationale Behörden zum Schutz vor willkürlichen Entscheidungen hinreichende Grenzen gesetzt würden. Da der Gesetzgeber bei der Formulierung dieser Kriterien unbestimmte Gesetzesbegriffe verwende, werde der konzessionserteilenden Behörde bei der inhaltlichen Ausgestaltung dieser Kriterien und bei der Ausgestaltung der Prüfung dieser

Kriterien im Rahmen der Unterlage zur Teilnahme an der öffentlichen Interessentensuche ein Spielraum eingeräumt, welcher unter Berücksichtigung der auch durch Bescheid erteilten Konzession anzuwendenden Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz zu nützen sei. Das Treffen weiterer oder geänderter Verfahrensordnungen sei nur unter Beachtung der Grundsätze der Transparenz und Nichtdiskriminierung möglich. Allfällige Änderungen der in der Verfahrensunterlage festgelegten Verfahrensordnungen seien den Parteien daher grundsätzlich noch während des verwaltungsbehördlichen Verfahrens zur Kenntnis zu bringen.

30 Ob und inwiefern eine nachträgliche Konkretisierung und Gewichtung von Unterkriterien als zulässig erachtet werden könne, sei vom EuGH bereits beantwortet worden. Ausdrücklich verweise der EuGH darauf in den Urteilen *Evropaiki Dynamiki/EMSA* (C- 252/10 P) und *Lianakis* (C-532/06). Die Rechtmäßigkeit der Verwendung von Subkriterien und deren Gewichtung müsse auf Grundlage der Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz beurteilt werden. Der Gerichtshof stelle aber kein absolutes Verbot auf, ein zuvor den Bietern bekannt gegebenes Kriterium detailliert zu bestimmen und ihm eine Gewichtung zu geben. Eine derartige Vorgehensweise sei mit dem Unionsrecht unter drei Voraussetzungen vereinbar, und zwar sofern diese

- die in den Verdingungsunterlagen oder in der Vergabebekanntmachung bestimmten Zuschlagskriterien für den Auftrag nicht ändere,
- nichts enthalte, was, wenn es bei der Vorbereitung der Angebote bekannt gewesen wäre, diese Vorbereitung hätte beeinflussen können,
- nicht unter Berücksichtigung von Umständen gewählt worden sei, die einen Bieter hätten diskriminieren können (vgl. EuGH vom 24. November 2005, Rs C-331/04, *ATI EAC*, Rn 32; vom 24. Jänner 2008, Rs C-532/06, *Lianakis*, Rn 43; sowie vom 21. Juli 2011, Rs C-252/10 P, *Evropaiki Dynamiki/EMSA*, Rn 33).

31 Für die gegenständliche Konstellation bedeute das, dass die Vorgehensweise der Behörde, die Anträge anhand von vorab festgelegten, aber nicht bekannt gegebenen Fragestellungen nach dem Bewertungsschema gemäß Punkt 7.1.3. der Teilnahmeunterlage zu bewerten, nicht mit den Prinzipien der Gleichbehandlung und Transparenz in Einklang stehe. Die Behörde sei zwar grundsätzlich nicht dazu verpflichtet, die gesetzlich determinierten Kriterien weiter in Subkriterien zu untergliedern. Habe sie allerdings solche festgelegt, habe sie diese im Sinne des Transparenzgedankens auch zu veröffentlichen. Dies sei vorliegend nicht geschehen. Die Behörde habe sohin das Auswahlermessen nicht im Sinne des Gesetzes ausgeübt. Selbst wenn man argumentieren würde, dass sich die Fragestellungen aus der verbalen Beschreibung der Kriterien in der Verfahrensunterlage zumindest herleiten ließen, lägen gegenständlich die Voraussetzungen einer zulässigen nachträglichen Gewichtung im Sinne der Judikatur des EuGH nicht vor:

32 Beim Evaluierungskriterium "Spielerschutz" hätten entsprechend der Verfahrensunterlage insgesamt 90 Punkte vergeben bzw. von den Bewerbern erlangt werden können. Demgegenüber seien bei der Bewertung anhand der Subkriterien lediglich 84 Punkte vergeben worden, da ein Subkriterium nicht berücksichtigt worden sei. Die Behörde weiche dadurch, dass das Erreichen der vollen Punktezahl nicht möglich gewesen sei, von der in der Verfahrensunterlage veröffentlichten Gewichtung dieses Kriteriums ab und verschiebe das Gewicht der Subkriterien zueinander.

33 Entgegen dem Vorbringen der Behörde, dass die Fragestellungen bereits aus vorangegangenen Spielbankenkonzessionsverfahren bekannt gewesen seien, seien die Parteien gegenständlich tatsächlich nicht in Kenntnis darüber gewesen, dass diese Subkriterien auch in diesem Verfahren zur Anwendung kämen. Es sei ausschließlich die Rechtmäßigkeit des gegenständlichen Konzessionsverfahrens zu beurteilen, darin seien die besagten Fragestellungen vorab gerade nicht offen gelegt worden.

34 Als Zwischenergebnis sei unabhängig von der Frage, ob die Subkriterien den Anforderungen an objektive, nichtdiskriminierende Kriterien genügten, festzuhalten, dass die Behörde die Bewertung der Anträge von vorweg nicht veröffentlichten Subkriterien sowie anhand von Gesichtspunkten, welche auch aus diesen Subkriterien nicht erkennbar gewesen seien, vorgenommen habe.

35 Wenn es demnach der Behörde untersagt gewesen sei, anhand von vorweg nicht transparenten Subkriterien zu bewerten, stelle sich die Frage nach der Möglichkeit und Zulässigkeit der Antragsvaluierung unter Außerachtlassung dieser Subkriterien bloß anhand der Vorgaben der Verfahrensunterlage (gemeint: alleine aufgrund der dort genannten (Haupt-)Kriterien).

36 In diesem Zusammenhang sei zu berücksichtigen, dass der Konzessionserteilung gemäß § 21 Abs 1 GSpG eine Interessentensuche voranzugehen habe, welche den Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung zu entsprechen habe. Die Transparenz der Auswahlentscheidung solle durch die Veröffentlichung der Verfahrensschritte der Behörde und der damit im Zusammenhang stehenden Verfahrenshandlungen der Parteien in der Unterlage zur Teilnahme an der öffentlichen Interessentensuche Spielbankenkonzession gewährleistet werden. Eine Pflicht zur Präzisierung im Rahmen der veröffentlichten Informationen sei daher auch im Hinblick auf die gemäß § 21 Abs 2 Z 7 GSpG gesetzlich festgelegten Evaluierungskriterien anzunehmen. Um der Ermessensübung zum Schutz vor willkürlichen Entscheidungen hinreichende Grenzen zu setzen, seien die im GSpG unter Heranziehung unbestimmter Gesetzesbegriffe formulierten Evaluierungskriterien näher zu bestimmen. Dabei sei wesentlich, dass es angesichts der unionsrechtlichen Vorgaben gerade nicht ausreichend sei, dass erst im Nachhinein eine

Nachvollziehbarkeit der Entscheidung gewährleistet werde. Es werde der Behörde bei der näheren Ausgestaltung der Interessentensuche und auch bei Evaluierungskriterien zwar ein Spielraum eingeräumt, dabei seien aber das Gleichbehandlungs- und das Transparenzgebot zu beachten. Da diese Binnenmarktgrundsätze auch für eine nicht mit privatrechtlichem Vertrag, sondern in einem hoheitlichen Akt mündende "Ausschreibung" maßgebliche Geltung hätten, sei auch die zu den Vergaberichtlinien im Zusammenhang mit "Zuschlagskriterien" ergangene Judikatur des EuGH grundsätzlich zu beachten.

37 Demnach judiziere der EuGH in ständiger Rechtsprechung, dass die Wahrung der Grundsätze der Gleichheit, Nichtdiskriminierung und Transparenz verlange, dass Zuschlagskriterien objektiv seien, was gewährleistet, dass der Vergleich und die Bewertung der Angebote in objektiver Weise erfolge und somit unter Bedingungen eines wirksamen Wettbewerbs. Das wäre nicht der Fall bei Kriterien, die eine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumten.

38 Auch in Bezug auf die Erteilung von Glücksspielkonzessionen habe der EuGH in seinem Urteil in den Rechtsachen *Costa* und *Cifone* (C-72 und 77/10) ausgesprochen, dass der Grundsatz der Transparenz, der mit dem Gleichheitssatz einhergehe, im Wesentlichen gewährleisten solle, dass alle interessierten Wirtschaftsteilnehmer auf der Grundlage sämtlicher einschlägiger Informationen an Ausschreibungen teilnehmen könnten, und die Gefahr von Günstlingswirtschaft oder von willkürlichen Entscheidungen der Vergabestelle ausgeschlossen sei. Er verlange, dass alle Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens klar, genau und eindeutig formuliert seien, sodass zum einen alle durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt die genaue Bedeutung dieser Informationen verstehen und sie in gleicher Weise auslegen könnten und zum anderen dem Ermessen der konzessionserteilenden Stelle Grenzen gesetzt würden und diese tatsächlich überprüfen könnten, ob die Gebote der Bieter die für das Verfahren geltenden Kriterien erfüllen.

39 Das Gebot einer objektiven und transparenten Auswahlentscheidung erfordere daher, dass die maßgeblichen Kriterien im Vorhinein offengelegt und inhaltlich ausreichend konkretisiert seien, andernfalls könne selbst eine ausführliche Begründung der Entscheidung der Behörde kaum den Anschein einer willkürlichen Vorgehensweise vermeiden. Der Ermessensübung könnten dann keine ausreichenden Grenzen gesetzt werden, wenn neben der inhaltlichen Beschreibung der Anforderungen an ein Kriterium nicht auch entsprechende Bewertungsparameter definiert würden, welche klar und eindeutig zwecks Einschätzung der Erfolgsaussichten erkennen ließen, nach welchen Gesichtspunkten die Bewertung erfolgen werde. Auch diese Bewertungsparameter seien aufgrund der Rechtsprechung des EuGH unter Beachtung des Transparenzgrundsatzes bereits vorweg darzulegen. Nur dann könnten Bewerber abschätzen, worauf es dem Konzessionsgeber ankomme und nur dann könne die Auswahlentscheidung im Nachhinein auf ihre Nachvollziehbarkeit hin überprüft werden. An diesem Erfordernis ändere auch der Umstand nichts, dass der Auswahlentscheidung ein Vergleich der Bewerber vorangehe. Einerseits müssten die Bewerber vorweg erkennen können, worauf es dem Konzessionsgeber ankomme. Andererseits müsse auch der Vergleich anhand objektiver Kriterien kanalisiert werden. Ein bei Auswahlprozessen stets gegebener Vergleich zwischen mehreren Bewerbern könne nicht mit einer vergleichenden Bewertung, wie gegenständlich erfolgt, gleichgesetzt werden. Ein Vergleich könne auch dergestalt erfolgen, dass jeder Antrag für sich losgelöst anhand objektiver Kriterien beurteilt werde. Solle eine Bewertung vergleichend zwischen den Bewerbern erfolgen, müsse dies auch vorweg bekannt gegeben werden, um eine transparente Auswahlentscheidung sicherzustellen. Letzteres sei gegenständlich ebenfalls nicht erfolgt.

40 Ein Kriterium müsse auch klar und deutlich erkennen lassen, welcher Aspekt bzw welche Aspekte für den "Auftraggeber" entscheidend seien (Grad der Übereinstimmung) und sohin konkret einer Bewertung unterzogen würden. Gerade diese Konkretisierung der Kriterien im Hinblick auf deren maßgebliche, bewertungsrelevante Aspekte sei vorliegend nicht ausreichend erfolgt. Insbesondere hinsichtlich der Kriterien "Erfahrungen" und "Infrastruktur" lasse die Teilnahmeunterlage nicht erkennen, worauf es ankomme, um diesbezüglich die beste Ausübung der Konzession zu gewährleisten.

41 Abschließend sei festzuhalten, dass die Nachvollziehbarkeit der Bewertung der Anträge durch die Behörde auf Grundlage der für das gegenständliche Konzessionserteilungsverfahren maßgeblichen Verfahrensunterlage nicht hätte gewährleistet werden können, da nicht alle Bedingungen vorab klar, genau und eindeutig formuliert worden seien. Es sei der Behörde hierdurch ein zu weiter Spielraum für die Auswahlentscheidung eingeräumt worden, wie es auch die offenbar notwendige Heranziehung weitergehender Fragestellungen offenbare. Insofern scheide auch eine neuerliche Bewertung durch das Bundesverwaltungsgericht auf Basis der Verfahrensunterlage aus.

42 Da es gemäß § 21 GSpG die Aufgabe des Bundesministers für Finanzen sei, im Hinblick auf die Erteilung einer Konzession zum Betrieb einer Spielbank eine öffentliche Interessentensuche durchzuführen und die Transparenz des Verfahrens der Auswahlentscheidung durch die Verfahrensunterlage sicherzustellen, scheide auch jeglicher Eingriff des Bundesverwaltungsgerichts in deren Ausgestaltung und die Einholung neuer oder geänderter Anträge aus. In Verfahren zur Erteilung von solchen Konzessionen stellten die auf Grundlage der Teilnahmeunterlage erstellten und zu bewertenden Anträge den entscheidungsrelevanten Sachverhalt für die das Verfahren entscheidende Auswahlentscheidung gemäß § 21 Abs 2 Z 7 GSpG dar. Wie oben ausgeführt, sei es dem Bundesverwaltungsgericht verwehrt, diesen Sachverhalt zu ermitteln. Damit lägen die Voraussetzungen für eine Entscheidung in der Sache gemäß

§ 28 Abs 2 VwGVG nicht vor. Diesbezüglich komme der Gerichtsbarkeit jedenfalls keine Zuständigkeit zu, anstelle der Verwaltung das dieser eingeräumte Ermessen zu üben (*Holoubek*, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), *Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz*, 136). Bei der Ausübung von Ermessen könnten auch andere Rechtswidrigkeiten als die Ermessensübung selbst die Kassation begründen, wenn die Voraussetzungen des § 28 Abs 2 VwGVG nicht vorlägen (*Winkler* in *Götzl/Gruber/Reisner/Winkler*, *Das neue Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte*, § 28 VwGVG Rz 22).

43 Die Sachentscheidung (Erteilung der Konzession) habe im erstinstanzlichen Verfahren durch Erlassung eines Bescheides erfolgen müssen. Die Abweisung der Anträge auf der einen Seite bilde die untrennbare Folge der Erteilung der Konzession an den als für die Konzessionsausübung am besten geeignet bewerteten Antragsteller auf der anderen Seite. Es hätte bezüglich der Übertragung des Rechts zum Betrieb einer Spielbank und der Abweisung der nicht zum Zuge kommenden Bewerber nur eine (allen Bewerbern zuzustellende) Sachentscheidung zu ergehen. Es sei daher der Bescheid zur Gänze aufzuheben gewesen.

44 Die Revision sei gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukomme. Weder weiche die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehle es an einer Rechtsprechung, weiters sei diese auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Dabei sei auch die Klärung einer Rechtsfrage durch den EuGH als vorliegende Rechtsprechung anzusehen (*Gruber* in *Götzl/Gruber/Reisner/Winkler*, *Das neue Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte*, § 34 VwGG Rz 6). Auch lägen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

45 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision mit dem Begehren der Verwaltungsgerichtshof möge in der Sache selbst entscheiden und das angefochtene Erkenntnis dahin abändern, dass die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zurück- bzw abgewiesen und der Bescheid der Behörde bestätigt werde. In eventu wurde beantragt, das angefochtene Erkenntnis wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts und/oder Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Die erstmitbeteiligte Partei erstattete eine Revisionsbeantwortung, mit der sie die kostenpflichtige Zurückbzw Abweisung der Revision beantragte.

Die Antragstellerin beantragte die Feststellung ihrer Parteistellung und erstattete eine Revisionsbeantwortung, in der sie ausführte, der Verwaltungsgerichtshof werde die Revision entsprechend dem Begehren des Revisionswerbers zu erledigen haben.

46 Nach Art 133 Abs 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

47 Nach § 34 Abs 1 VwGG sind Revisionen, die sich wegen Nichtvorliegens der Voraussetzungen des Art 133 Abs 4 B-VG nicht zur Behandlung eignen, ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung mit Beschluss zurückzuweisen. Ein solcher Beschluss ist in jeder Lage des Verfahrens zu fassen (Abs 3 leg cit).

48 Nach § 34 Abs 1a VwGG ist der Verwaltungsgerichtshof bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG an den Ausspruch des Verwaltungsgerichtes gemäß § 25a Abs 1 VwGG nicht gebunden. Die Zulässigkeit einer außerordentlichen Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG hat der Verwaltungsgerichtshof im Rahmen der dafür in der Revision vorgebrachten Gründe (§ 28 Abs 3 VwGG) zu überprüfen.

Die Revision ist nicht zulässig.

49 Die Zulässigkeit der außerordentlichen Revision hat der Verwaltungsgerichtshof im Zeitpunkt seiner Entscheidung zu beurteilen. Wurde die zu lösende Rechtsfrage in der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes - auch nach Einbringung der Revision -

bereits geklärt, liegt daher keine Rechtsfrage (mehr) vor, der im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme (vgl zB VwGH vom 14. September 2015, Ra 2014/17/0009).

50 Das Vorbringen der revisionswerbenden Partei zur Zulässigkeit der Revision entspricht zunächst inhaltlich jenem, das sie anlässlich ihrer zur hg Zl Ra 2015/17/0083 protokollierten außerordentlichen Revision erstattet hat. Auch der Verfahrensablauf im gegenständlichen Verfahren entspricht demjenigen der den Revisionsfällen hg Zl Ra 2015/17/0082 und 0083 zugrunde liegenden Verfahren.

51 Der vorliegende Revisionsfall gleicht in den entscheidungswesentlichen Punkten hinsichtlich der zur Zulässigkeit der Revision sowie zu den Revisionsgründen aufgeworfenen Rechtsfragen jenen, die vom Verwaltungsgerichtshof mit hg Erkenntnis vom 28. Juni 2016, Ra 2015/17/0082 und 0083, entschieden wurden. Auf dieses Erkenntnis wird gemäß § 43 Abs 2 zweiter Satz iVm Abs 9 VwGG verwiesen.

52 Die in der Begründung zur Zulässigkeit der Revision aufgeworfenen Rechtsfragen, ob vergaberechtliche Grundsätze und Judikatur des EuGH im Verfahren auf Erteilung einer Spielbankkonzession gemäß § 21 GSpG anzuwenden sind, hat der Verwaltungsgerichtshof im genannten Erkenntnis vom 28. Juni 2016, Ra 2015/17/0082 und 0083, dahin beantwortet, dass in jenen Bereichen, in denen für die Vergabe einer

Spielbankenkonzession dieselben Grundsätze wie im Vergaberecht - nämlich die Grundsätze der Nichtdiskriminierung, Öffentlichkeit und Transparenz - gelten, diese Grundsätze gleichermaßen heranzuziehen sind. Es kann daher auch auf die zu diesen Grundsätzen im Vergaberecht entwickelte Rechtsprechung des EuGH zurückgegriffen werden.

53 Es wurde weiters ausgesprochen, dass das Bundesverwaltungsgericht den Bescheid des Bundesministers für Finanzen zu Recht ersatzlos behoben hat, weil entgegen dem Transparenzgebot die im Bescheid auf Konzessionserteilung herangezogenen Unterkriterien (und deren Gewichtung) im Rahmen der Interessentensuche nicht öffentlich bekannt gemacht worden waren, sodass eine Entscheidung über die von den Konzessionswerberinnen ohne deren Kenntnis erstellten Konzessionsanträge zu unterbleiben hatte. Somit wurde auch die weitere im Zulässigkeitsvorbringen der Revision aufgeworfene Rechtsfrage bereits beantwortet. Mit dem hier angefochtenen Erkenntnis wurde von dieser Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht abgewichen.

54 Zu einem anderen Ergebnis führt auch nicht das zusätzliche Vorbringen zur Zulässigkeit der Revision, dass der Bescheid des Bundesministers für Finanzen mangels Erhebung einer Beschwerde gegenüber der zweit- und der drittmittelteiligten Partei rechtskräftig geworden sei, sodass die ersatzlose Behebung der Abweisung der Konzessionsanträge der zweit- und der drittmittelteiligten Partei nicht hätte erfolgen dürfen.

55 Mit der Frage, ob die Abweisung der Konzessionsanträge der zweit- und der drittmittelteiligten Parteien vom Bundesverwaltungsgericht zu bestätigen gewesen wäre oder ob deren Abweisung zu Recht ersatzlos behoben wurde, sodass über die Anträge nicht mehr entschieden werden darf, wird jedenfalls keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne des Art 133 Abs. 4 B-VG aufgezeigt, da sie für die Rechtsposition der Parteien bei der vorliegenden verfahrensrechtlichen Konstellation unerheblich ist, weil in jedem Fall auf Grund der vorliegenden Anträge auf Konzessionserteilung kein Verfahren mehr durchzuführen ist. Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung iSd Art 133 Abs. 4 B-VG liegt nämlich dann nicht vor, wenn die Erreichung des Verfahrenszieles für den Revisionswerber ohne objektiven Nutzen ist und wenn der in der Revision aufgeworfenen Rechtsfrage daher nur (mehr) theoretische Bedeutung zukommt (vgl. VwGH vom 11. Mai 2015, Ra 2015/02/0077, und vom 28. Oktober 2014, Ro 2014/17/0038).

56 In der Revision werden daher keine Rechtsfragen aufgeworfen, denen im Sinne des Art 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme. Die Revision war daher zurückzuweisen.

57 Der Spruch über den Aufwandsatz gründet auf §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2014. Der Aufwandsatz im Verfahren über die unberechtigte Revision des Bundesministers für Finanzen ist gemäß § 47 Abs. 5 VwGG vom Bund zu leisten (vgl. VwGH vom 28. Juni 2016, Ra 2015/17/0082 und 0083).

58 Die Antragstellerin beantragte im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof die Feststellung ihrer Parteistellung. Begründend führte sie aus, sie sei mitbeteiligte Partei im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht gewesen. Mit dem angefochtenen Erkenntnis sei ihr die mit Bescheid des Bundesministers für Finanzen erteilte Konzession entzogen worden. Die Beeinträchtigung von subjektiven Rechten sei daher nicht ausgeschlossen.

59 Der Antrag auf Feststellung der Parteistellung im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof war mangels rechtlicher Grundlage zurückzuweisen.

60 Für die Revisionsbeantwortung ergibt sich Folgendes: Im vorliegenden Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist über die Revision des Bundesministers für Finanzen zu entscheiden. Die Parteistellung im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist in § 21 VwGG geregelt. Im taxativen Katalog des Abs. 1 leg. cit. kommt betreffend die Antragstellerin gegenständlich allenfalls die Stellung als mitbeteiligte Partei in Frage. Dazu wäre erforderlich, dass eine (juristische oder natürliche) Person "durch eine Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses oder Beschlusses oder einer Entscheidung in der Sache selbst in ihren rechtlichen Interessen berührt" wird. Ein Streithelfer, der auf der Seite der revisionswerbenden Partei in das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof eintritt, ist im Gesetz nicht vorgesehen. Ein Beitritt als mitbeteiligte Partei auf Seiten der revisionswerbenden Partei findet im VwGG sohin keine Deckung (vgl. VwGH vom 9. September 2015, Ro 2015/03/0002). Die Interessen der Antragstellerin stehen nicht im für die Mitbeteiligtenstellung geforderten Widerspruch zur Interessenslage der revisionswerbenden Partei (vgl. VwGH vom 4. August 2015, Ra 2015/06/0039, vgl. Gruber in Götzl/Gruber/Reisner/Winkler, Kommentierung des VwGG und der Bestimmungen zum Rechtsschutz vor VwGH und VfGH, § 21 VwGG Rz 10), weshalb mangels Parteistellung die Revisionsbeantwortung der Antragstellerin zurückzuweisen war.

Wien, am 27. Juli 2016

European Case Law Identifier

ECLI:AT:VWGH:2016:RA2015170084.L00