



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Holeschofsky, die Hofrätinnen Mag. Dr. Zehetner, Mag.^a Nussbaumer-Hinterauer und Dr. Leonhartsberger sowie Hofrat Mag. Brandl als Richterinnen bzw Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag.^a Kratschmayr, über die Revision 1. der A C & E AG in G, vertreten durch die Schönherr Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Schottenring 19, (Ra 2015/17/0082), und 2. des Bundesministers für Finanzen in 1010 Wien, Johannesgasse 5, (Ra 2015/17/0083), gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. Juli 2015, W139 2010508-1/71E, W139 2010508-2/41E, betreffend Aufhebung eines Bescheides über die Übertragung des Rechts zum Betrieb einer Spielbank durch Konzession sowie Abweisung des diesbezüglichen Antrages der Mitbewerberin (mitbeteiligte Partei: C A Aktiengesellschaft in Wien, vertreten durch die Lansky, Ganzger & Partner Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Biberstraße 5), zu Recht erkannt:

Die Revisionen werden als unbegründet abgewiesen.

Der Bund und die erstrevisionswerbende Partei haben der mitbeteiligten Partei Aufwendungen in der Höhe von jeweils EUR 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Entscheidungsgründe:

- 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 ‚Spielbankenkonzession‘ für den Standort ‚Niederösterreich 2‘“ (in der Folge auch: Verfahrensunterlage) veröffentlicht. Gleichzeitig erfolgte die Veröffentlichung der Unterlagen zur Teilnahme an den Verfahren für die





Standorte „Wien Nord-Ost“ und „Wien Süd-West“. 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	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-Punkteanzahl 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 erstrevisionswerbende Partei (Zweit Antragstellerin) und die mitbeteiligte Partei (Erst 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 Niederösterreich 2 (SBK5)“ der erstrevisionswerbende Partei stattgegeben und der gleichgerichtete Antrag der mitbeteiligten Partei abgewiesen (in der Folge: Konzessionserteilungsbescheid).

Begründend wurde zusammenfassend insbesondere festgehalten, dass die beiden 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 erstrevisionswerbenden Partei aus den genannten Gründen im Verhältnis zu der mitbeteiligten Partei die beste Konzessionsausübung im Sinne des § 21 Abs 2 Z 7 GSpG erwarten (Bescheidseite 228).

Anknüpfend an umfangreiche Feststellungen zur Erfüllung der „Pflichtkriterien“ des § 21 Abs 2 GSpG durch die erstrevisionswerbende und die mitbeteiligte Partei (Bescheidseiten 22-119) erfolgte die rechtliche Würdigung, wobei jeweils die Konzepte beider Parteien gegenüber gestellt wurden (Bescheidseiten 175-214). Schließlich enthält der Bescheid konkrete Bewertungstabellen (Bescheidseiten 218-227), 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.





8 Die Bewertungstabelle zB zum Kriterium „Erfahrungen“ lautete wie folgt:

„(1) ERFAHRUNGEN	Kriterium	Erst- AST %	Zweit- AST %	Punkte	Erst- AST Punkte	Zweit- AST Punkte
1	Wird umfassende Erfahrung in der Errichtung, im technischen und organisatorischen Betrieb und der entsprechenden Weiterentwicklung dargestellt?	95	90	8	7,6000	7,2000
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 Lebendspiel Formen von Roulette, Black-Jack und Poker sowie Automaten Spiel) 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	4	4,0000	4,0000
3	Aufsichtsstandards und -bestimmungen: Erfahrungen dargelegt und mit Österreich	100	100	2	2,0000	2,0000



	(grundsätzlich) vergleichbar?					
4	Angaben zu Erfahrung mit der Entwicklung von Glücksspielprodukten in Spielbanken über einen längeren Zeitraum (mind. fünf (5) Jahre) - sind diese Angaben nachvollziehbar und schlüssig?	100	95	6	6,0000	5,7000
5	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.	90	90	5	4,5000	4,5000
6	Umfangreichere Erfahrung (mehrere Spielbanken im In- oder Ausland, mehr Produkte, mehr Angebote, weitere Vertriebskanäle) bzw. längere Erfahrung über fünf (5) Jahre Vollbetrieb hinaus.	100	100	3	3,0000	3,0000
7	Gesamteindruck: Hat der Bewerber ausreichend Erfahrung und Maßnahmen zu dieser Thematik? Sind die Angaben vollständig und schlüssig?	95	95	4	3,8000	3,8000
8	Image und CSR: - Erkennt der Bewerber das Image eines Glücksspielunternehmens als wichtig und kritisch	89	89	4	3,5600	3,5600



	<p>an?</p> <ul style="list-style-type: none">- Der Bewerber muss Erfahrung mit Corporate Social Responsibility nachweisen. Je mehr desto besser. Konkrete Beispiele und/oder Auszeichnungen dazu können honoriert werden.- 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	<p>Österreichischer Markt:</p> <ul style="list-style-type: none">- Zur seriösen 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	100	89	4	4,0000	3,5600



	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	38,4600	37,3200“

- 9 Diese Fragestellungen wurden von der Behörde vor Ende der Antragsfrist festgelegt und den Antragstellern erstmals durch Zustellung des Bescheides bekannt.

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

„GESAMT-ÜBERSICHT	Nr.	Themenbereich	Max. Punkte	Erst-AST Score	Zweit-AST Score
	1	Erfahrungen	40	38,46	37,32
	2	Eigenmittel	30	26,70	28,24
	3	Spielsuchtvorbeugung	90	80,58	80,58
	4	Spielerschutz	90	74,76	73,76
	5	Geldwäsche- und Kriminalitätsvorbeugung	40	35,60	34,24
	6	Qualitätssicherung	30	23,86	23,66
	7	Betriebsinterne Aufsicht	30	22,14	25,26



	8	Infrastruktur allgemein & standortbezogen	40	33,05	36,65
	9	Entwicklungsmaßnahmen allgemein & standortbezogen	60	53,20	49,98
	10	Betriebssicherheit allgemein & standortbezogen	40	35,60	35,60
	GESAMTSUMME		490	423,950	425,290

Insgesamt lässt das Konzept der Erstantragstellerin aus den genannten Gründen im Verhältnis zu der Zweitantragstellerin die beste Konzessionsausübung im Sinne des § 21 Abs 2 Z 7 GSpG erwarten.“

- 10 Mit Bescheid vom 22. Juli 2014 berichtigte der Bundesminister für Finanzen den Bescheid vom 27. Juni 2014. Begründend wurde im Wesentlichen festgehalten, dass nach genauer Durchsicht Schreib- und Rechenfehler oder diesen gleichzuhaltende, offenbar auf einem Versehen beruhende Unrichtigkeiten im Bescheid aufgefallen seien und diese berichtigt würden. Dabei wurde die Tabelle betreffend die Gesamtpunktezahl wie folgt berichtigt:

„GESAMT-ÜBERSICHT	Nr.	Themenbereich	Max. Punkte	Erst-AST Score	Zweit-AST Score
	1	Erfahrungen	40	38,46	37,32
	2	Eigenmittel	30	26,70	28,24
	3	Spielsuchtvorbeugung	90	80,58	80,58
	4	Spielerschutz	90	74,76	73,76
	5	Geldwäsche- und Kriminalitätsvorbeugung	40	35,60	34,24
	6	Qualitätssicherung	30	27,42	27,22
	7	Betriebsinterne Aufsicht	30	22,14	25,26
	8	Infrastruktur allgemein & standortbezogen	40	33,05	36,65
	9	Entwicklungsmaßnahmen allgemein & standortbezogen	60	53,20	49,98
	10	Betriebssicherheit allgemein & standortbezogen	40	35,60	35,60
	GESAMTSUMME		490	427,51	428,85“



- 11 Gegen den Bescheid vom 27. Juni 2014 erhob die mitbeteiligte 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.
- 12 Die mitbeteiligte Partei erhob auch gegen den Berichtigungsbescheid Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht und beantragte, den Bescheid gemäß § 28 Abs 3 VwGVG aufzuheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückzuverweisen.
- 13 Mit dem angefochtenen Erkenntnis gab das Bundesverwaltungsgericht den gegen die Bescheide des Bundesministers für Finanzen gerichteten Beschwerden insofern statt, als beide Bescheide (berichtigter und berichtigender Bescheid) 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 wurden (Spruchpunkt A). Weiters sprach das Bundesverwaltungsgericht aus, dass die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig sei (Spruchpunkt B).
- 14 Begründend wurde zum entscheidungswesentlichen Sachverhalt festgehalten, aus den Bewertungstabellen bzw der Evaluierungstabelle im erstangefochtenen Bescheid (berichtigter Bescheid) 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.



- 15 Den Konzessionswerbern 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.
- 16 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.
- 17 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.
- 18 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 aufgrund des Abs 2 Z 7 zu entscheiden.
- 19 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 vergeben, die Grundregeln der Verträge, insbesondere Art 43 und 49 AEUV (gemeint wohl: EGV) und das daraus folgende Transparenzgebot zu beachten.

20 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.

21 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 Verfahrensordnungen 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 Verfahrensordnungen vorweg in einem Dokument zusammenfasse und öffentlich mache. Es könnten grundsätzlich weitere oder abgeänderte Verfahrensordnungen 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.

- 22 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.
- 23 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.
- 24 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.

- 25 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 Gewichtungsregeln 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.
- 26 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.

- 27 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).

- 28 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:

- 29 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.
- 30 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.
- 31 Als Zwischenergebnis sei unabhängig von der Frage, ob die Subkriterien den Anforderungen an objektive, nichtdiskriminierende Kriterien genügen, 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.



- 32 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 Antragsevaluierung unter Außerachtlassung dieser Subkriterien bloß anhand der Vorgaben der Verfahrensunterlage (gemeint: alleine aufgrund der dort genannten [Haupt-]Kriterien).
- 33 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.
- 34 Demnach judiziere der EuGH in ständiger Rechtsprechung, dass die Wahrung der Grundsätze der Gleichheit, Nichtdiskriminierung und Transparenz verlange, dass Zuschlagskriterien objektiv seien, was gewährleiste, 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.

- 35 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 könnte, ob die Gebote der Bieter die für das Verfahren geltenden Kriterien erfüllten.
- 36 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. Sollte 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.

- 37 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.
- 38 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 scheidet auch eine neuerliche Bewertung durch das Bundesverwaltungsgericht auf Basis der Verfahrensunterlage aus.
- 39 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, scheidet auch jeglicher Eingriff des Bundesverwaltungsgerichts in deren Ausgestaltung und die Einholung neuer oder geänderter Anträge aus. In Verfahren zur Erteilung von solchen Konzessionen stellen 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).

40 Der Bescheid des Bundesministers für Finanzen sei daher aufzuheben gewesen. In diesem Umfang sei die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts eine meritorische und habe daher mit Erkenntnis erfolgen müssen.

41 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.

42 Da der berichtigte Bescheid aus dem Rechtsbestand beseitigt worden sei, fehle auch die Rechtsgrundlage für dessen Berichtigung gemäß § 62 Abs 4 AVG,



weswegen auch der Berichtigungsbescheid bereits aus diesem Grund aufzuheben gewesen sei.

43 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.

44 Gegen dieses Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts richten sich die vorliegenden Revisionen mit dem Begehren, das angefochtene Erkenntnis wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts oder wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Die zweitrevisionswerbende Partei erstattete zu der zu Ra 2015/17/0082 protokollierten Revision der erstrevisionswerbenden Partei einen als „Revisionsbeantwortung“ bezeichneten Schriftsatz, in dem sie den Anträgen der Revision beitrug und auf ihre eigene, zu Ra 2015/17/0083 protokollierte Revision verwies. Sie stellte keinen Antrag auf Kostenersatz.

Die mitbeteiligte Partei erstattete zu beiden Revisionen Revisionsbeantwortungen, mit denen sie diesen entgegentrat.

Schließlich erstattete die erstrevisionswerbende Partei eine Replik zur Revisionsbeantwortung durch die mitbeteiligte Partei.

45 Der Verwaltungsgerichtshof hat beschlossen, die Revisionen wegen ihres persönlichen, sachlichen und rechtlichen Zusammenhanges zur gemeinsamen Beratung und Entscheidung zu verbinden und hat hierüber erwogen:



46 Rechtsvorschriften:

§ 21 GSpG, BGBl Nr 620/1989 idF BGBl I Nr 105/2014, lautet:

„Spielbanken

Konzession

§ 21. (1) Der Bundesminister für Finanzen kann das Recht zum Betrieb einer Spielbank durch Konzession übertragen. Der Konzessionserteilung hat eine öffentliche Interessentensuche voranzugehen, welche den Grundsätzen der Transparenz und der Nichtdiskriminierung zu entsprechen hat. Die Interessentensuche ist öffentlich bekannt zu machen, wobei die Bekanntmachung 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 hat. Der Bundesminister für Finanzen kann für die Begutachtung der Interessensbekundungen einen beratenden Beirat einrichten.

(2) Eine Konzession nach Abs. 1 darf nur einem Konzessionswerber erteilt werden, wenn

1. das Unternehmen in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft mit Aufsichtsrat geführt wird und sein Sitz nach Maßgabe des Abs. 3 in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes liegt und die Abwicklung des Spielbetriebs in einer Form erfolgt, die eine effektive und umfassende ordnungspolitische Aufsicht nach diesem Bundesgesetz erlaubt;
2. die Satzung der Kapitalgesellschaft keine Bestimmungen enthält, die die Sicherheit und die ordnungsgemäße Spieldurchführung gefährden;
3. die Kapitalgesellschaft über ein eingezahltes Stamm- oder Grundkapital von mindestens 22 Millionen Euro verfügt, deren rechtmäßige Mittelherkunft in geeigneter Weise nachgewiesen wird und die den Geschäftsleitern unbeschränkt und nachgewiesener Maßen für den Spielbetrieb im Inland zur freien Verfügung stehen und im Zeitpunkt der Konzessionsbewerbung nicht durch Bilanzverluste geschmälert worden sind (Haftungsstock);
4. die Personen, die eine Beteiligung am Konzessionär halten und über einen beherrschenden Einfluss verfügen, den Ansprüchen genügen, die im Interesse einer soliden und umsichtigen Führung der Spielbank und der Zuverlässigkeit in ordnungspolitischer Hinsicht liegen;
5. die Geschäftsleiter auf Grund ihrer Vorbildung fachlich geeignet sind, über die für den ordnungsgemäßen Betrieb einer Spielbank erforderlichen Eigenschaften und Erfahrungen verfügen und kein Ausschließungsgrund nach



§ 13 der Gewerbeordnung 1994 gegen sie vorliegt;

6. die Struktur des allfälligen Konzerns, dem der oder die Eigentümer, die eine qualifizierte Beteiligung an dem Unternehmen halten, angehören, und die Rechts- und Verwaltungsvorschriften des Sitzstaates eine wirksame Aufsicht über den Konzessionär nicht behindern sowie

7. vom Konzessionswerber insbesondere auf Grund seiner Erfahrungen, Infrastrukturen, Entwicklungsmaßnahmen und Eigenmittel sowie seiner Systeme und Einrichtungen zur Spielsuchtvorbeugung, zum Spielerschutz, zur Geldwäsche- und Kriminalitätsvorbeugung, zur Betriebssicherheit, zur Qualitätssicherung, zur betriebsinternen Aufsicht und zu anderen ihn treffenden Bestimmungen dieses Bundesgesetzes die beste Ausübung der Konzession zu erwarten ist.

(3) Zur Bewerbung um eine Konzession ist für Interessenten ein Sitz in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes erforderlich. Im Falle der erfolgreichen Bewerbung eines Interessenten mit Sitz außerhalb von Österreich ist die Konzession unter der Bedingung zu erteilen, dass der Sitz der Kapitalgesellschaft in Österreich errichtet wird, und mit der Auflage zu versehen, den Errichtungsnachweis binnen einer bestimmten Frist zu erbringen.

Die Errichtung einer inländischen Kapitalgesellschaft zur Ausübung der Konzession ist nicht erforderlich, wenn die ausländische Kapitalgesellschaft in ihrem Sitzstaat über eine vergleichbare Spielbankkonzession verfügt und einer vergleichbaren staatlichen Glücksspielaufsicht unterliegt, die im Sinne des § 31 der österreichischen Aufsicht erforderlichenfalls Kontrollauskünfte übermittelt und für sie Kontrollmaßnahmen vor Ort durchführt (behördliche Aufsichtskette). Können diese Voraussetzungen nachgewiesen werden, ist die Ausübung der Konzession durch eine bloße Niederlassung in Österreich zulässig. Über die Organbeschlüsse der ausländischen Kapitalgesellschaft ist dem Bundesminister für Finanzen unverzüglich zu berichten, soweit sie auch die Geschäftsführung der österreichischen Niederlassung betreffen. Zudem hat eine getrennte Buch- und Geschäftsführung für alle inländischen Betriebe zu erfolgen.

(4) Vor der Entscheidung über den Antrag ist dem Bundesland und der Gemeinde, in deren Bereich eine Spielbank errichtet werden soll, Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

(5) Insgesamt dürfen höchstens fünfzehn Konzessionen im Sinne des Abs. 1 erteilt werden.

(6) Über alle fristgerecht eingebrachten Anträge ist im Zuge der Prüfung der Interessensbekundung bescheidmäßig zu entscheiden. Treten mehrere



Konzessionswerber gleichzeitig auf, die die Voraussetzungen des Abs. 2 Z 1 bis 6 erfüllen, so hat der Bundesminister für Finanzen auf Grund des Abs. 2 Z 7 zu entscheiden.

(7) Im Konzessionsbescheid ist insbesondere festzusetzen:

1. Die Dauer der Konzession; sie darf 15 Jahre nicht überschreiten;
2. die Höhe und die Art der zu leistenden Sicherstellung; diese ist mit mindestens 10 vH des Grundkapitals des Konzessionärs festzusetzen; die finanziellen Verpflichtungen des Konzessionärs gegenüber dem Bund und den Spielern sind hiebei zu berücksichtigen;
3. die Bezeichnung und die Art der Durchführung der Glücksspiele, die in Spielbanken betrieben werden dürfen;
4. die Art der Kontrolle der Besucher gemäß § 25;
5. die Spielzeit in den Spielbanken und der Preis der Eintrittskarten;
6. eine Betriebspflicht für Lebendspiele.

(8) Wenn die Gewinnermittlung im Rahmen eines Lebendspiels gemäß Abs. 7 Z 3 erfolgt, ist auch eine elektronische Übertragung des Spiels zur Spielteilnahme innerhalb der Spielbank zulässig. Die Durchführung von den im Konzessionsbescheid bewilligten Glücksspielen außerhalb von Spielbanken oder deren Zugänglichmachung außerhalb von Spielbanken ist verboten.

(9) Der Konzessionär hat dem Bundesminister für Finanzen für unmittelbar im Spielbetrieb eingesetzte Personen, insbesondere Croupiers, eine Ausbildungsordnung vorzulegen.

(10) Der Bundesminister für Finanzen ist ermächtigt, durch Verordnung bau- und spieltechnische Merkmale von Glücksspielautomaten in Spielbanken näher zu regeln sowie Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten festzulegen. Glücksspielautomaten in Spielbanken sind verpflichtend an die Bundesrechenzentrum GmbH elektronisch anzubinden. Der Bundesminister für Finanzen kann im Wege einer Verordnung den Zeitpunkt dieser Anbindung festlegen. Darüber hinaus kann der Bundesminister für Finanzen zu den Details der elektronischen Anbindung und den zu übermittelnden Datensätzen in dieser Verordnung Mindeststandards festsetzen, wobei auch der Zugriff der Behörde auf einzelne Glücksspielautomaten in Spielbanken zu regeln ist. Die für die Errichtung auf zehn Jahre verteilten Kosten sowie die Kosten für den laufenden Betrieb des Datenrechenzentrums sind vom Bundesminister für Finanzen den Konzessionären auf Grundlage einer durchzuführenden Abrechnung über die durch die Konzessionäre verursachten Kosten jährlich bescheidmäßig vorzuschreiben. Im Rahmen des laufenden Betriebs des Datenrechenzentrums



kann der Bundesminister für Finanzen ferner jederzeit eine technische Überprüfung von Glücksspielautomaten in Spielbanken, der über diese laufende Software sowie deren zentraler Vernetzung vornehmen oder die Vorlage eines unabhängigen technischen Gutachtens über die Einhaltung der glücksspielrechtlichen Bestimmungen verlangen. Mit der Errichtung des Datenrechenzentrums und der elektronischen Anbindung sind dem Bundesminister für Finanzen Quellcodes oder Referenzprogramme der Spielprogramme der daran anzubindenden Glücksspielautomaten in Spielbanken gesondert vorab zu hinterlegen.

(11) Bei nachträglichem Wegfall des Konzessionsbescheides hat der Konzessionär die Glücksspiele während einer vom Bundesminister für Finanzen mit längstens 18 Monaten festzusetzenden Frist weiter zu betreiben. Wird über fristgerecht eingebrachte Anträge nach § 21 nicht vor Ablauf der Konzessionsdauer entschieden, hat der zuletzt berechnigte Konzessionär die Glücksspiele während einer vom Bundesminister für Finanzen mit längstens einem Jahr festzusetzenden Frist weiter zu betreiben. Diese Fristen sind so zu bestimmen, dass mit ihrem Ablauf der Bund oder ein neuer Konzessionär die Glücksspiele durchführen können.“

§ 28 VwGVG, BGBl I Nr 33/2013 idF BGBl I Nr 122/2013, lautet auszugsweise:

„Erkenntnisse

§ 28. (1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.

(2) Über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG hat das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn

1. der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder
2. die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.

(3) Liegen die Voraussetzungen des Abs. 2 nicht vor, hat das Verwaltungsgericht im Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG in der Sache selbst zu entscheiden, wenn die Behörde dem nicht bei der Vorlage der Beschwerde unter Bedachtnahme auf die wesentliche Vereinfachung oder Beschleunigung des Verfahrens widerspricht. Hat die Behörde notwendige Ermittlungen des Sachverhalts unterlassen, so kann das Verwaltungsgericht den angefochtenen Bescheid mit Beschluss aufheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückverweisen. Die Behörde ist hiebei an die



rechtliche Beurteilung gebunden, von welcher das Verwaltungsgericht bei seinem Beschluss ausgegangen ist.

...

(5) Hebt das Verwaltungsgericht den angefochtenen Bescheid auf, sind die Behörden verpflichtet, in der betreffenden Rechtssache mit den ihnen zu Gebote stehenden rechtlichen Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtes entsprechenden Rechtszustand herzustellen.“

Zulässigkeit:

- 47 Nach Art 133 Abs 4 B-VG ist die Revision gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes 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.
- 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.
- 49 Die Revisionen erweisen sich sowohl im Hinblick auf die von beiden revisionswerbenden Parteien zur Zulässigkeit geltend gemachte Rechtsfrage bezüglich der Maßgeblichkeit vergaberechtlicher Grundsätze und Rechtsprechung des EuGH auf die Interessentensuche in einem Konzessionserteilungsverfahren nach § 21 GSpG als auch der Rechtsfrage, ob das Bundesverwaltungsgericht bei der vorliegenden Konstellation zu Recht mit ersatzloser Aufhebung vorgegangen ist, als zulässig, weil Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes dazu jeweils fehlt.





In der Sache:

- 50 Die erstrevisionswerbende Partei bringt vor, das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts sei inhaltlich rechtswidrig, weil § 21 GSpG falsch ausgelegt und EuGH-Judikatur berücksichtigt werde, die mangels vergaberechtlichen Bezugs des vorliegenden Sachverhalts gegenständlich nicht anwendbar sei. Darüber hinaus werde diese Judikatur unrichtig ausgelegt.
- 51 Für die Vergabe von Glücksspielkonzessionen seien die Vergaberichtlinien nicht anwendbar. Die Ausgestaltung der Konzessionsvergabe liege grundsätzlich im Ermessen der Mitgliedstaaten. In Österreich erfolge die Erteilung einer Spielbankenkonzession im Wege eines „klassischen“ Verwaltungsverfahrens. Das Verfahren werde nach dem AVG iVm dem GSpG (insbesondere § 21) und den Prinzipien der Transparenz und Nichtdiskriminierung durchgeführt. Der Konzessionserteilung habe eine öffentliche Interessentensuche voranzugehen, die den Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung zu entsprechen habe. Die Interessentensuche sei öffentlich bekannt zu machen, wobei diese „nähere Angaben“ zu den gesetzlich aufgezählten (gemeint: Zuschlags-)Kriterien ausweisen müsse. Die Frage, ob, wie und in welchem Detailgrad die Zuschlagskriterien oder etwa allfällige Subkriterien in der Teilnahmeunterlage ausgewiesen sein müssten, regle § 21 GSpG nicht. Dem gegenständlichen Verfahren habe der Bundesminister für Finanzen eine Teilnahmeunterlage zugrunde gelegt, welche auf den Vorgaben des § 21 Abs 2 leg cit basiere. Sie sei öffentlich bekannt gemacht worden und diene der Transparenz und Nachvollziehbarkeit, indem sie erläutere, wie das in Abs 6 par cit eingeräumte Ermessen ausgeübt werde.
- 52 Wie das Bundesverwaltungsgericht selbst festgestellt habe, seien weder das europäische noch das österreichische Vergaberecht auf die verfahrensgegenständliche Ausschreibung anwendbar. Eine Anwendung des BVergG 2006 oder der Vergaberichtlinien ergebe sich auch nicht über den Umweg der Grundfreiheiten. Das Bundesverwaltungsgericht stütze die vermeintlich bestehende Verpflichtung, Subkriterien vorab bekannt geben zu müssen, ausschließlich auf die für Dienstleistungskonzessionen nicht



einschlägige Entscheidung *Universale Bau* (C-470/99). Aus der weiter referenzierten und für Dienstleistungskonzessionen relevanten Entscheidung *Telaustria* (C-324/98) sei zudem gerade keine Verpflichtung zur Bekanntgabe von Subkriterien ableitbar, sondern bloß die Anwendbarkeit der Grundsätze der Transparenz und Nichtdiskriminierung. Zur Darlegung der für Zuschlagskriterien (gemeint: im Vergaberecht) geltenden Anforderungen, die das Bundesverwaltungsgericht auch als Maßstab im gegenständlichen Verfahren heranziehe, stütze es sich ausschließlich auf zu Vergaberichtlinien ergangene Rechtsprechung des EuGH. Aus der angeführten Entscheidung zu Spielkonzessionen C-71/10 (gemeint wohl: C-72/10) ergebe sich hingegen eine entsprechende Anforderung an Zuschlagskriterien nicht. Auch die vom Bundesverwaltungsgericht ins Treffen geführte mangelnde Konkretisierung der Auswahlkriterien basiere ausschließlich auf den Ausführungen in der Rechtssache C-538/13 zu einer Vergaberichtlinie.

- 53 Die Voraussetzungen für die Konzessionserteilung seien dem Legalitätsprinzip entsprechend bereits im Gesetz determiniert. Es gehe nicht um die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots, sondern darum, dass mit der quantitativen Marktzugangsbeschränkung bestimmte öffentliche Interessen verfolgt werden, welche in den Kriterien zur Berechtigungserteilung zum Ausdruck kämen. Genau dies habe der Bundesminister für Finanzen in der Verfahrensunterlage zu erkennen gegeben. Die Anwendung der zu Zuschlagskriterien und deren Ausgestaltung entwickelten Grundsätze und der einschlägigen Judikatur sei überschießend bzw nicht vom GSpG gedeckt und daher rechtswidrig. Im Kern sehe das Bundesverwaltungsgericht die Rechtswidrigkeit in der Verwendung von Subkriterien. Es verkenne die unionsrechtlichen Anforderungen und lege § 21 GSpG überschießend und rechtswidrig aus. Die vom Bundesverwaltungsgericht herangezogenen Judikate bezögen sich auf völlig anders gelagerte Sachverhalte. Sogar im Anwendungsbereich des im Vergleich zum Primärrecht viel strengeren Vergaberechts sei die nachträgliche Nennung und Gewichtung von Subkriterien zulässig, wenn diese die Zuschlagskriterien nicht änderten, nichts enthielten, was die Vorbereitung der Angebote bei früherer Kenntnis beeinflussen könne und nicht diskriminierten.



- 54 Die zweitrevisionswerbende Partei bringt im Wesentlichen vor, dass die Kriterien, nach denen die Auswahlentscheidung zu treffen sei, vom Gesetz - nämlich § 21 Abs 2 GSpG - vorgegeben und aufgrund des Legalitätsprinzips für die Behörde bindend seien. Dem Gesetzestext lasse sich nicht entnehmen, dass diese Kriterien in der Bekanntmachung der Interessentensuche näher zu erläutern wären. Die Erläuterungen zu § 21 GSpG führten allerdings aus, in der veröffentlichten Interessentensuche seien die Merkmale und Bedingungen, nach denen die Konzession erteilt werde, grob zu skizzieren. Diesen Anforderungen habe die Behörde jedenfalls Genüge getan, indem sie in der Verfahrensunterlage die in § 21 Abs 2 Z 7 GSpG vorgesehenen Kriterien näher erläutert und dargelegt habe, welches Gewicht den einzelnen dort genannten Kriterien bei der Ermessensentscheidung nach § 21 Abs 6 GSpG zukommen werde.
- 55 Der EuGH habe sich mehrfach mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein System vorheriger Genehmigungen für den Betrieb von Spielbanken zulässig sei, auseinandergesetzt und dabei Folgendes festgelegt: Derartige Konzessionen unterlägen nicht den Richtlinien über öffentliche Auftragsvergaben. Eine Ausschreibung in deren Sinn sei daher nicht erforderlich. Bei der Vergabe derartiger Konzessionen sei ein angemessener Grad an Öffentlichkeit sicherzustellen. Eine ohne jede Transparenz erfolgte Vergabe sei unzulässig. Interessenten aus anderen Mitgliedstaaten müssten die Möglichkeit zur Interessenbekundung haben. Die Vergabe müsse auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekanntgegebenen Kriterien beruhen, damit der Ermessensausübung durch die nationale Behörde zum Schutz vor willkürlichen Entscheidungen Grenzen gesetzt würden. Es müsse zudem ein wirkungsvoller Rechtsweg offen stehen.
- 56 Diese unionsrechtlichen Vorgaben seien eingehalten worden. Die Kriterien, nach denen die Konzessionserteilung erfolgt sei, seien bereits durch § 21 Abs 2 Z 7 GSpG vorgegeben. Diese gesetzlich vorgegebenen Kriterien sollten sicherstellen, dass jener Interessent die Konzession erhalte, der die beste Konzessionsausübung erwarten lasse. Sie seien objektiv, nichtdiskriminierend und im Voraus bekannt. Zudem habe die Behörde bereits bei Einleitung des



Verfahrens eine Unterlage veröffentlicht, in welcher sie näher beschrieben habe, welche Aspekte wesentlich seien und zudem sei eine Gewichtung der Kriterien zueinander vorgenommen worden. Eine derartige Gewichtung werde vom EuGH nicht verlangt, stelle sohin ein „Plus“ gegenüber den unionsrechtlichen Vorgaben dar. Das Verfahren habe sämtlichen vom EuGH formulierten Anforderungen entsprochen. Das Bundesverwaltungsgericht sei zum gegenteiligen Ergebnis gelangt, weil es anders als der EuGH der Auffassung gewesen sei, es sei eine Ausschreibung durchzuführen und die zum Vergaberecht ergangene Rechtsprechung sei angesichts der Auslegung des Sekundärrechts im Lichte der allgemeinen Binnenmarktgrundsätze auch in Konzessionserteilungsverfahren nach dem GSpG beachtlich. Das Bundesverwaltungsgericht sei zur vollumfänglichen Anwendung vergaberechtlicher Bestimmungen gelangt. Es handle sich um keine vertraglich erteilte Dienstleistungskonzession, sondern um eine bescheidmäßige Auswahlentscheidung. Zuschlagskriterien im Vergaberecht seien auftragsbezogen, aber nicht bieterbezogen. § 21 GSpG enthalte Kriterien, die antragstellerbezogen und daher keiner Gestaltung nach den Bedürfnissen der Behörde zugänglich seien. Da sich die Interessentensuche ausschließlich an einschlägig erfahrene Unternehmen richte, müsse diesen auch klar sein, wie derartige Systeme und Einrichtungen (gemeint: bezüglich verschiedener GSpG-Kriterien) zu gestalten seien.

57 Da vergaberechtliche Grundsätze somit eben nicht auf das gegenständliche Verfahren anwendbar seien, könne aus diesen nicht abgeleitet werden, dass die Behörde das ihr eingeräumte Ermessen nicht im Sinne des Gesetzes ausgeübt habe.

58 Zentrales Argument des Bundesverwaltungsgerichts sei, dass die Behörde die Subkriterien nicht vorweg bekanntgegeben habe. Tatsächlich würden diese Kriterien lediglich einzelne Aspekte der gesetzlich vorgegebenen und in der Unterlage für die Interessentensuche näher erläuterten Kriterien umfassen. Das Bundesverwaltungsgericht verweise selbst darauf, dass sich die Subkriterien unter Umständen aus dieser Verfahrensunterlage herleiten ließen, erachte jedoch deren „nachträgliche“ Gewichtung als unzulässig. Dem sei



entgegenzuhalten, dass sich aus der einschlägigen Judikatur überhaupt keine Verpflichtung ergebe, die Kriterien vorab zu gewichten. Der EuGH verlange lediglich, dass diese Kriterien vorab bekannt gemacht würden. Dieser Verpflichtung sei die Behörde nachgekommen. Einerseits seien die Kriterien bereits im Gesetz selbst festgelegt und damit bereits seit Ende 2010 im Voraus bekannt, andererseits seien diese in der Verfahrensunterlage auch näher erläutert worden, sodass für die fachkundigen Interessenten erkennbar gewesen sei, wie die Behörde ihr durch § 21 GSpG eingeräumtes Ermessen ausüben werde.

59 Schließlic h sei die Entscheidung der Behörde eingehend und nachvollziehbar begründet und es bestehe dagegen ein wirkungsvoller Rechtsweg. Die Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts, es sei entsprechend europarechtlicher Vorgaben nicht ausreichend, dass erst im Nachhinein eine Nachvollziehbarkeit der Entscheidung durch Offenlegung der Bewertungsparameter gewährleistet werde, sei verfehlt. Diese Ansicht setze die Grundannahme der Anwendbarkeit vergaberechtlicher Grundsätze voraus und entspreche nicht den Verfahrensbestimmungen des AVG.

60 Es zeige sich somit, dass das Verfahren sowohl den gesetzlichen Vorgaben des GSpG als auch den Anforderungen des EuGH für die Erteilung öffentlich-rechtlicher Konzessionen für den Betrieb von Spielbanken entspreche und somit - entgegen der vergaberechtlich gefärbten Rechtsauffassung des Bundesverwaltungsgerichts - nicht rechtswidrig gewesen sei.

61 Im Bescheid werde im Rahmen der rechtlichen Würdigung des Auswahlkriteriums nach § 21 Abs 2 Z 7 GSpG für jedes dort genannte Kriterium zunächst dargestellt, welche Präzisierung zu diesem Kriterium in der Verfahrensunterlage vorgenommen worden sei. Anhand der dort genannten Kriterien seien sodann die einzelnen Anträge gemäß § 21 Abs 6 GSpG und wie in der Verfahrensunterlage vorgesehen bewertet worden. Dass andere als die in der Verfahrensunterlage genannten Kriterien angewendet worden seien, lasse sich auf Basis des angefochtenen Bescheides nicht nachvollziehen. Dass neben den Detailspekten auch der Gesamteindruck bewertet worden sei, liege auf der



Hand und könne eine Rechtswidrigkeit nicht begründen. Zum gegenteiligen Befund einer nicht nachvollziehbaren Bewertung bzw einer nicht auf die in der Verfahrensunterlage gestellten Anforderungen rückführbaren Bewertung gelange das Bundesverwaltungsgericht nur, weil es den umfangreichen verbalen Teil der Bescheidbegründung negiere und ausschließlich die Bewertungstabelle seiner Entscheidung zugrunde lege.

- 62 Die mitbeteiligte Partei hält dem Vorbringen der revisionswerbenden Parteien entgegen, dass die zweitrevisionswerbende Partei die Kriterien des § 21 GSpG im Verfahren nicht näher dargelegt habe, sondern lediglich auf die Bekanntmachung der Kriterien verweise. Diese erfülle jedoch nicht die Anforderungen an Transparenz und Gleichbehandlung. Zwar seien Kriterien in der Bekanntmachung dargelegt worden, jedoch nicht die Subkriterien und deren Gewichtung. Die Bedingungen für die Entscheidung der zweitrevisionswerbenden Partei seien nicht klar, genau und eindeutig formuliert. Zur Bewertung seien vorab nicht bekannt gegebene (Sub-)Kriterien herangezogen worden. Das Bundesverwaltungsgericht sei zu Recht zum Schluss gekommen, dass auch Subkriterien mit den Prinzipien der Gleichbehandlung und Transparenz in Einklang stehen müssten. Dies sei in concreto nicht geschehen, da die Subkriterien und deren Gewichtung eben nicht bekannt gegeben worden seien. Die (gemeint: neben der Bewertungstabelle vorgenommene) verbale Begründung trete in den Hintergrund, weil sich die Rechtswidrigkeit bereits aus einem Umstand vor der Bescheiderlassung ergeben habe. Dieser Rechtsfehler könne nicht saniert werden. Das Bundesverwaltungsgericht habe deutlich und abschließend seine Rechtsansicht hinsichtlich der Nichtbekanntmachung der Subkriterien dargelegt. Die Art der Entscheidung, nämlich die „negative Sachentscheidung“ sei allgemein anerkannt. Sie werde dann für zulässig erachtet, wenn feststehe, dass in der Sache kein Bescheid habe erlassen werden dürfen. Genau das sei hier der Fall, weil die zweitrevisionswerbende Partei aufgrund der fehlerhaften Verfahrensunterlage nicht über die Anträge hätte entscheiden dürfen. Aus der Art der Entscheidung folge auch, dass die Sache erledigt sei und es kein Verfahren gebe, das fortgesetzt werden könnte.



Die Revisionen sind nicht berechtigt.

- 63 Für das Verfahren zur Übertragung einer Konzession für eine Spielbank normiert § 21 Abs 1 GSpG, dass der Konzessionserteilung eine Interessentensuche voranzugehen hat, die den Grundsätzen der Transparenz und der Nichtdiskriminierung zu entsprechen hat und öffentlich bekannt zu machen ist, wobei die Bekanntmachung 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 hat.
- 64 In den auch für den Revisionsfall einschlägigen Urteilen führte der EuGH zu den Anforderungen an eine Glücksspielkonzessionsvergabe aus, dass öffentliche Stellen, die Konzessionen auf dem Gebiet der Glücksspiele vergeben, die Grundregeln der Europäischen Verträge, insbesondere die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, sowie den Gleichbehandlungsgrundsatz, das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und das daraus folgende Transparenzgebot zu beachten haben (vgl EuGH vom 3. Juni 2010, Rs C-203/08, *Sporting Exchange*, Rn 39; vom 9. September 2010, Rs C-64/08, *Engelmann*, Rn 49; sowie vom 16. Februar 2012, Rs C-72/10 und 77/10, *Costa und Cifone*, Rn 54; vgl betreffend die angeführten Grundfreiheiten zum österreichischen Glücksspielmonopol zB VwGH vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, Rz 58 ff).
- 65 Aus den Grundfreiheiten sind nämlich weitere für die Konzessionsvergabe relevante Grundsätze abzuleiten. Von zentraler Bedeutung ist hier der Grundsatz der Gleichbehandlung bzw Nichtdiskriminierung, daraus folgend das Transparenzgebot. Auch wenn das Transparenzgebot - das gilt, wenn eine Konzession für ein Unternehmen von Interesse sein kann, das in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem diese Konzession erteilt wird, ansässig ist - nicht unbedingt eine Ausschreibung vorschreibt, verpflichtet es doch die konzessionserteilende Stelle, zugunsten der potenziellen Bewerber einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit sicherzustellen, der eine Öffnung der Konzessionen für den Wettbewerb und die Nachprüfung ermöglicht, ob die



Vergabe der Konzession unparteiisch durchgeführt wurde (vgl. EuGH vom 13. September 2007, Rs C-260/04, *Kommission/Italien*, Rn 24; *Sporting Exchange*, Rn 40 ff; *Engelmann*, Rn 50; sowie *Costa und Cifone*, Rn 55).

- 66 Die Vergabe solcher Konzessionen muss, damit der Eingriff in Grundfreiheiten gerechtfertigt ist, auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruhen, damit der Ermessensausübung durch die nationalen Behörden zum Schutz vor willkürlichen Entscheidungen Grenzen gesetzt werden (vgl. *Engelmann*, Rn 55; sowie *Costa und Cifone*, Rn 56).
- 67 Der Grundsatz der Transparenz verlangt, dass alle Bedingungen und Modalitäten des Konzessionsvergabeverfahrens klar, genau und eindeutig formuliert sind, sodass zum einen alle durchschnittlich fachkundigen Antragsteller bei Anwendung der üblichen Sorgfalt die genaue Bedeutung dieser Informationen verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können und zum anderen dem Ermessen der konzessionserteilenden Stelle Grenzen gesetzt werden und diese tatsächlich überprüfen kann, ob die eingebrachten Anträge die für das Verfahren geltenden Kriterien erfüllen (vgl. EuGH vom 29. April 2004, Rs C-496/99 P, *Kommission/CAS Succhi di Frutta*, Rn 111; vom 13. Dezember 2007, Rs C-250/06, *United Pan-Europe Communications Belgium SA ua*, Rn 45 f; sowie *Costa und Cifone*, Rn 73 und Rn 92).
- 68 Die Maßgeblichkeit der unionsrechtlichen (und auch im Vergaberecht wesentlichen) Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der Transparenz wird in § 21 Abs 1 GSpG ausdrücklich für die öffentliche Interessentensuche normiert. Für die Übertragung des Rechts zum Betrieb einer Spielbank durch Konzession wird eine Ausschreibung in der Form verlangt, dass die Interessentensuche öffentlich bekannt zu machen ist, wobei die Bekanntmachung 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 hat. Dabei ist es gerade die Intention des § 21 Abs 1 GSpG den Erfordernissen des Unionsrechts gerecht zu werden (siehe die Materialien zur GSpG-Novelle 2008, BGBl I Nr 54/2010,



ErläutRV 658 BlgNR 24. GP, 3 und 6, unter Hinweis auf das Urteil des EuGH vom 13. September 2007, C-260/04, *Kommission/Italien*).

- 69 Die Richtlinien für den Bereich des öffentlichen Auftragswesens (Vergaberecht) der Europäischen Union sind zwar auf die Vergabe von Glücksspielkonzessionen durch staatliche Behörden und somit im Rahmen eines Konzessionserteilungsverfahrens nach § 21 GSpG nicht anwendbar. In jenen Bereichen, in denen für die Vergabe einer Spielbankenkonzession dieselben Grundsätze wie im Vergaberecht - nämlich die Grundsätze der Nichtdiskriminierung, Öffentlichkeit und Transparenz - gelten, sind diese Grundsätze gleichermaßen - wegen der Gleichartigkeit der zu Grunde liegenden - Wertungen heranzuziehen. Es kann daher auch auf die zu diesen Grundsätzen im Vergaberecht entwickelte Rechtsprechung des EuGH zurückgegriffen werden.
- 70 Im - betreffend die Vergabe eines Auftrags zur Herstellung einer Studie über Katasteraufnahme, Stadtplanung und Umsetzungsmaßnahmen ergangenen - Urteil vom 24. Jänner 2008, C-532/06, *Lianakis ua*, hat der EuGH zur nachträglichen Festlegung von Gewichtungskoeffizienten und Unterkriterien für zunächst bekanntgemachte Zuschlagskriterien festgehalten (Hervorhebungen durch den Verwaltungsgerichtshof):
- „33 Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 92/50 verpflichtet die öffentlichen Auftraggeber, dafür zu sorgen, dass **keine Diskriminierung** von Dienstleistungserbringern stattfindet.
- 34 Der damit bestätigte **Grundsatz der Gleichbehandlung schließt** auch eine **Verpflichtung zur Transparenz ein** (vgl. in diesem Sinne, in Bezug auf öffentliche Lieferaufträge, Urteil vom 18. November 1999, *Unitron Scandinavia* und 3-S, C-275/98, Slg. 1999, I-8291, Randnrn. 31, und in Bezug auf öffentliche Bauaufträge, Urteil *SIAC Construction*, Randnr. 41).
- 35 Darüber hinaus geht aus Art. 36 Abs. 2 der Richtlinie 92/50 hervor, dass die Auftraggeber bei Aufträgen, die auf das wirtschaftlich günstigste Angebot vergeben werden sollen, in den Verdingungsunterlagen oder in der Vergabebekanntmachung **alle Zuschlagskriterien anzugeben** haben, **deren Verwendung sie vorsehen**, möglichst in der Reihenfolge der diesen zuerkannten Bedeutung.



36 Nach der Rechtsprechung verlangt die letztgenannte Bestimmung, ausgelegt im Licht des in Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 92/50 zum Ausdruck gebrachten Grundsatzes der Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer und der sich daraus ergebenden Verpflichtung zur Transparenz, dass **alle Kriterien**, die vom Auftraggeber bei der Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots berücksichtigt werden, **und ihre relative Bedeutung** den potenziellen Bietern **zum Zeitpunkt der Vorbereitung ihrer Angebote** bekannt sind (vgl. in diesem Sinne, in Bezug auf öffentliche Aufträge im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, Urteil vom 25. April 1996, Kommission/Belgien, C-87/94, Slg. 1996, I-2043, Randnr. 88, in Bezug auf öffentliche Bauaufträge, Urteil vom 12. Dezember 2002, Universale-Bau u. a., C-470/99, Slg. 2002, I-11617, Randnr. 98, und in Bezug auf öffentliche Lieferaufträge, Urteil vom 24. November 2005, ATI EAC e Viaggi di Maio u. a., C-331/04, Slg. 2005, I-10109, Randnr. 24).

37 Die potenziellen Bieter müssen nämlich in die Lage versetzt werden, **bei der Vorbereitung ihrer Angebote** vom **Bestehen** und von der **Tragweite** dieser Kriterien **Kenntnis** zu nehmen (vgl. in diesem Sinne, in Bezug auf öffentliche Dienstleistungsaufträge, Urteile Concordia Bus Finland, Randnr. 62, sowie ATI EAC e Viaggi di Maio u. a., Randnr. 23).

38 Demnach darf ein öffentlicher Auftraggeber keine **Gewichtungsregeln** **oder Unterkriterien** für die Zuschlagskriterien anwenden, die er den Bietern nicht **vorher zur Kenntnis** gebracht hat (vgl. entsprechend, in Bezug auf öffentliche Bauaufträge, Urteil Universale-Bau u. a., Randnr. 99).

39 Diese Auslegung wird durch den Zweck der Richtlinie 92/50 bestätigt, durch die die Hemmnisse für den freien Dienstleistungsverkehr beseitigt und somit die Interessen der in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Wirtschaftsteilnehmer geschützt werden sollen, die öffentlichen Auftraggebern eines anderen Mitgliedstaats Dienstleistungen anbieten möchten (vgl. in diesem Sinne u. a. Urteil vom 3. Oktober 2000, University of Cambridge, C-380/98, Slg. 2000, I-8035, Randnr. 16).

40 Dazu müssen die Bieter während des gesamten Verfahrens gleichbehandelt werden, was bedeutet, dass die öffentlichen Auftraggeber die für jede Ausschreibung geltenden **Kriterien und Bedingungen in angemessener Weise bekannt machen** müssen (vgl. in diesem Sinne, in Bezug auf öffentliche Bauaufträge, Urteile Beentjes, Randnr. 21, und SIAC Construction, Randnr. 34, sowie, in Bezug auf öffentliche Dienstleistungsaufträge, Urteil ATI EAC e Viaggi di Maio u. a., Randnr. 22).

41 Entgegen den vom vorlegenden Gericht geäußerten Zweifeln stehen diese Feststellungen im Übrigen **nicht im Widerspruch zu** der Auslegung des



Art. 36 Abs. 2 der Richtlinie 92/50, die der Gerichtshof im Urteil ATIEAC e Viaggi di Maio u. a. vorgenommen hat.

42 **In jener Rechtssache** waren nämlich sowohl die Zuschlagskriterien und deren **Gewichtungskoeffizienten als auch** die **Unterkriterien** für diese Zuschlagskriterien **vorab** festgelegt und in den Verdingungsunterlagen **veröffentlicht** worden. Der betreffende öffentliche Auftraggeber hatte allerdings im Nachhinein, kurz vor der Öffnung der Umschläge, Gewichtungskoeffizienten für die Unterkriterien festgelegt.

43 Der Gerichtshof hat in diesem Urteil entschieden, dass Art. 36 Abs. 2 der Richtlinie 92/50 einer solchen Vorgehensweise unter drei ganz bestimmten Voraussetzungen nicht entgegensteht, nämlich sofern sie

- die in den Verdingungsunterlagen oder in der Vergabebekanntmachung bestimmten **Zuschlagskriterien** für den Auftrag **nicht ändert**,
- **nichts enthält, was**, wenn es bei der **Vorbereitung der Angebote** bekannt gewesen wäre, diese Vorbereitung **hätte beeinflussen können**,
- nicht unter Berücksichtigung von Umständen gewählt wurde, die einen der Bieter diskriminieren konnten (vgl. in diesem Sinne Urteil ATI EAC e Viaggi di Maio u. a., Randnr. 32).

44 Im Ausgangsverfahren ist dagegen festzustellen, dass der Vergabeausschuss in der Vergabebekanntmachung nur die Zuschlagskriterien als solche genannt und **im Nachhinein**, nach Abgabe der Angebote und Eröffnung der Interessenbekundungen, sowohl die **Gewichtungskoeffizienten als auch die Unterkriterien** für diese Zuschlagskriterien **festgelegt** hat. **Dies entspricht aber offenkundig nicht der Verpflichtung zur Publizität**, die in Art. 36 Abs. 2 der Richtlinie 92/50, ausgelegt im Licht des **Grundsatzes der Gleichbehandlung** der Wirtschaftsteilnehmer und der **Verpflichtung zur Transparenz**, vorgesehen ist.“

71 Im Revisionsfall wurden nach den unbestritten gebliebenen Feststellungen des Bundesverwaltungsgerichts die als Fragen formulierten Unterkriterien und deren Gewichtung zwar vor dem Ende der Frist für die Interessensbekundung und vor Öffnung der Konzessionsanträge festgelegt, allerdings waren die Unterkriterien und deren Gewichtung den Antragstellern im Zeitpunkt der Erstellung ihrer Anträge nicht bekannt; vielmehr erfuhren sie erst durch die Heranziehung dieser Kriterien im Bescheid über die Konzessionserteilung des Bundesministers für Finanzen von ihrer Existenz und ihrer Gewichtung.



- 72 Die Vorgehensweise, die vorab festgelegten Unterkriterien und deren Gewichtung im Rahmen der Interessentensuche nicht bekanntzugeben, verstieß im Sinne der wiedergegebenen Rechtsprechung des EuGH gegen das unionsrechtliche Transparenzgebot, dessen Geltung im Verfahren zur Vergabe einer Spielbankenkonzession in § 21 Abs 1 GSpG normiert ist. Keinesfalls kann nämlich ausgeschlossen werden, dass die Konzessionswerberinnen bei Kenntnis der Unterkriterien und deren Gewichtung ihren Anträgen im Hinblick darauf einen anderen Inhalt gegeben hätten. Allein dieser Umstand führt bereits dazu, dass die vorliegende Konzessionserteilung dem unionsrechtlichen Transparenzgebot und auch im Sinne einer am Gleichheitssatz orientierten verfassungskonformen Interpretation § 21 Abs 1 GSpG widerspricht.
- 73 Der Verwaltungsgerichtshof verkennt dabei nicht, dass im Verfahren nach § 21 GSpG grundsätzlich weder eine Verpflichtung noch ein Verbot besteht, Subkriterien festzulegen. Im Fall der Festlegung von Subkriterien, deren rechtzeitige Kenntnis Einfluss auf die Antragsgestaltung haben könnte, ist allerdings deren Veröffentlichung geboten.
- 74 Auf die - vom Bundesverwaltungsgericht weiters geprüfte - Frage, ob die Unterkriterien Abänderungen der in der Verfahrensunterlage bekannt gegebenen (Haupt)Kriterien darstellen, muss daher im Revisionsfall nicht eingegangen werden.
- 75 Da somit feststeht, dass im vorliegenden Revisionsfall die Entscheidung über die Anträge auf Konzessionserteilung Gesichtspunkte in Form der als Fragen formulierten Unterkriterien enthielt, die, wenn sie im Zeitpunkt der Antragstellung bekannt gewesen wären, den Inhalt des Konzessionsantrages hätten beeinflussen können, ist bereits von der (Unions)Rechtswidrigkeit der Konzessionserteilung durch einen Verstoß gegen das Transparenzgebot auszugehen. Allein dieser Umstand bewirkte bereits eine Rechtswidrigkeit des Konzessionserteilungsbescheides in der berechtigten Fassung des Bundesministers für Finanzen vom 27. Juni 2014, die zu dessen Behebung führen musste.



- 76 Darüber hinaus bedeuten die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz auch, dass während des gesamten Verfahrens dieselbe Auslegung und Gewichtung der bekanntgegebenen Zuschlagskriterien eingehalten werden müssen (vgl. EuGH vom 18. November 2010, Rs C-226/09, *Kommission/Irland*, Rn 59 ff, mwN). Dadurch, dass im (Haupt-)Kriterium „Spielerschutz“ entgegen der in der Verfahrensunterlage veröffentlichten Gesamtpunktezahl von 90 Punkten letztlich durch die Nichtberücksichtigung der elften Fragestellung nur 84 Maximalpunkte erreichbar waren und vergeben wurden, wurde eine nachträgliche Verschiebung des Gewichts der Hauptkriterien wie sie in der Tabelle 7.1.2. der Verfahrensunterlage bekannt gegeben wurde, vorgenommen.
- 77 Im Revisionsfall ist von der Relevanz der Verschiebung einer Kriteriengewichtung bei einem derart knappen Ergebnis (427,51 zu 428,85 Punkte) jedenfalls auszugehen, weil hier jede Abweichung, wenn sie zum Zeitpunkt der Vorbereitung der Konzessionsanträge bekannt gewesen wäre, geeignet scheint, die Antragsvorbereitung entscheidungswesentlich zu beeinflussen.
- 78 Auch in diesem Zusammenhang ist das Bundesverwaltungsgericht zu Recht von der Rechtswidrigkeit des erstinstanzlichen Konzessionserteilungsbescheides ausgegangen.
- 79 Mit Spruchpunkt A des angefochtenen Erkenntnisses hat das Bundesverwaltungsgericht ausgesprochen, dass der Konzessionserteilungsbescheid in der berichtigten Fassung aufgehoben wird. Als Rechtsgrundlage hierfür wurde § 28 Abs 1 und 5 VwGVG genannt. Das Bundesverwaltungsgericht führte in der Begründung aus, die Aufhebung des Bescheides auf Konzessionserteilung sei eine meritorische Entscheidung und erfolge deshalb mit Erkenntnis.
- 80 Die erstrevisionswerbende Partei weist darauf hin, dass im Fall einer meritorischen Entscheidung durch das Verwaltungsgericht eine neuerliche Entscheidung der Behörde in der Sache verwehrt und ein Weiterführen des Verfahrens nach auf § 28 Abs 5 VwGVG gestützter, ersatzloser Behebung im gegenständlichen Fall nicht zulässig sei. Das Bundesverwaltungsgericht hätte



in der Sache selbst zu entscheiden oder den Bescheid aufzuheben und die Sache an die Behörde zurückzuverweisen gehabt.

- 81 Die zweitrevisionswerbende Partei führt in diesem Zusammenhang aus, dass das Bundesverwaltungsgericht den angefochtenen Bescheid lediglich aufgehoben, die Sachanträge der Parteien auf Konzessionserteilung jedoch unerledigt gelassen habe. Diese Vorgangsweise widerspreche dem Konzept des § 28 VwGVG. Es liege eben keine die Sache erledigende Sachentscheidung vor. Das Bundesverwaltungsgericht habe eine völlig unklare Rechtslage geschaffen: Einerseits indiziere die Entscheidung die (abschließende) Erledigung der Rechtssache, andererseits seien die Anträge auf Konzessionserteilung weiterhin unerledigt.
- 82 Die mitbeteiligte Partei weist darauf hin, dass es im gegenständlichen Verfahren zwar Anträge, jedoch keinen mit dem hg Erkenntnis vom 25. März 2015, Ro 2015/12/0003, vergleichbaren Anspruch der erstrevisionswerbenden Partei gegeben habe, der eine Entscheidung zur Wahrung ihrer Rechte erforderlich gemacht hätte. Es sei darüber hinaus unzutreffend, von einem unerledigten Antrag zu sprechen. Mit der Sachentscheidung durch das Bundesverwaltungsgericht gebe es kein Verfahren und keine Anträge mehr, über die abgesprochen werden müsste. Diese seien nämlich in einem Verfahren gestellt worden, das sich als derart rechtswidrig herausgestellt habe, dass es nicht fortgesetzt werden dürfe. Das Bundesministerium für Finanzen könnte nur auf Basis eines rechtswidrigen Aktes das Verfahren fortsetzen.
- 83 Das Bundesverwaltungsgericht hat nicht zuletzt dadurch, dass es ausführte, eine meritorische Entscheidung getroffen zu haben, zum Ausdruck gebracht, dass der Bescheid des Bundesministers für Finanzen ersatzlos behoben und damit das Verfahren beendet wird (s auch die Erkenntnisbegründung oben).
- 84 Die ersatzlose Behebung eines Bescheides setzt voraus, dass dieser nicht hätte ergehen dürfen und der dem materiellen Recht entsprechende Zustand nur durch die Kassation hergestellt werden kann. Dabei handelt es sich um eine



„negative“ Sachentscheidung (vgl zB *Hengstschläger/Leeb*, AVG III, § 66 AVG, Rz 97, mwN).

- 85 Eine solche Entscheidung ist eine Entscheidung des Verwaltungsgerichts in der Sache selbst, welche eine neuerliche Entscheidung über den Verfahrensgegenstand durch die Verwaltungsbehörde grundsätzlich ausschließt (vgl VwGH vom 25. März 2015, Ro 2015/12/0003 sowie *Hengstschläger/Leeb*, AVG III, § 66 AVG, Rz 108 f). Mit anderen Worten: Eine ersatzlose Behebung setzt somit voraus, dass über einen vorliegenden Antrag nicht (neuerlich) entschieden werden darf (vgl VwGH vom 14. Dezember 2010, 2008/22/0882, sowie vom 26. Februar 2015, Ra 2014/22/0103, vgl zB *Kolonovits/Muzak/Stöger*, *Verwaltungsverfahrenrecht*¹⁰, Rz 833, mwN).
- 86 Im Revisionsfall wäre eine inhaltliche Entscheidung über die vorliegenden Anträge auf Übertragung einer Konzession nach § 21 GSpG jedenfalls rechtswidrig. Eine derartige Entscheidung hätte nämlich vorausgesetzt, dass die Subkriterien und deren Bewertung den Konzessionswerbern vor Antragstellung bekannt gemacht worden wären. Da dies rechtswidrigerweise (s im Einzelnen oben) unterblieb, ist über die ohne Kenntnis aller relevanten Umstände erstellten Anträge auf Konzessionserteilung eine Entscheidung ausgeschlossen, weil sie jedenfalls rechtswidrig wäre.
- 87 Da der wesentliche Mangel (Nichtveröffentlichung der Subkriterien und deren Gewichtung) sich vor Erstellung der Anträge ereignete, ist im Revisionsfall eine Entscheidung über die gestellten Anträge ausgeschlossen. Die Konzessionswerber haben auch keinen Rechtsanspruch auf Entscheidung über ihre Anträge, weil ein solcher Rechtsanspruch im vorliegenden Verfahren auf Erteilung einer Spielbankenkonzession nicht allein durch Stellung eines Antrages auf Konzessionserteilung ausgelöst wird, sondern weiters eine den Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung entsprechende, öffentliche Interessentensuche voraussetzt. Zur Übertragung einer Spielbankenkonzession nach § 21 GSpG ist ein neues Verfahren samt einer dem Transparenzgebot entsprechenden Interessentensuche durchzuführen.



- 88 Der vorliegende Konzessionserteilungsbescheid in der berichtigten Fassung wurde bereits aus den dargestellten Gründen vom Bundesverwaltungsgericht zu Recht - ersatzlos - behoben. Das weitere Vorbringen der revisionswerbenden Parteien sowie der mitbeteiligten Partei kann daher dahinstehen.
- 89 Die Revisionen waren daher gemäß § 42 Abs 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.
- 90 Der Spruch über den Aufwandersatz gründet auf §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014, BGBl II Nr 518/2013 idF BGBl II Nr 8/2014. Der Aufwandersatz im Verfahren über die unberechtigte Revision des Bundesministers für Finanzen ist gemäß § 47 Abs 5 VwGG vom Bund zu leisten (vgl VwGH vom 30. Juni 2015, Ro 2015/15/0015). Da die Revisionsbeantwortungen der mitbeteiligten Partei nicht gleichlautend sind, gebührt für beide Revisionsbeantwortungen jeweils Aufwandersatz.

W i e n , am 28. Juni 2016

