

TE Vwgh Erkenntnis 2026/3/18 Ro 2024/04/0029

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 18.03.2026

Index

001 Verwaltungsrecht allgemein

34 Monopole

97 Öffentliches Auftragswesen

Norm

BVergGKonz 2018 §22 Abs3 Z3 litc

BVergGKonz 2018 §6

TabMG 1996 §27 Abs1 idF 2023/I/110

TabMG 1996 §27 Abs2 idF 2023/I/110

TabMG 1996 §27 Abs4 idF 2023/I/110

TabMG 1996 §27 Abs4 Z1 idF 2023/I/110

TabMG 1996 §27 idF 2023/I/110

TabMG 1996 §28 idF 2023/I/110

TabMG 1996 §31 Abs10 idF 1995/830

TabMG 1996 §31 idF 2012/I/112

TabMG 1996 §45 idF 2023/I/110

TabMG §26 Abs5

TabMG §34

VwRallg

1. BVergGKonz 2018 § 22 heute
2. BVergGKonz 2018 § 22 gültig ab 21.08.2018

1. BVergGKonz 2018 § 6 heute
2. BVergGKonz 2018 § 6 gültig ab 21.08.2018

1. TabMG 1996 § 27 heute
2. TabMG 1996 § 27 gültig ab 01.04.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 97/2025
3. TabMG 1996 § 27 gültig von 22.07.2023 bis 31.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 110/2023
4. TabMG 1996 § 27 gültig von 31.12.2016 bis 21.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 117/2016
5. TabMG 1996 § 27 gültig von 15.12.2012 bis 30.12.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 112/2012
6. TabMG 1996 § 27 gültig von 01.01.2002 bis 14.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 142/2000
7. TabMG 1996 § 27 gültig von 01.01.1996 bis 31.12.2001

1. TabMG 1996 § 27 heute

1. TabMG 1996 § 27 heute
2. TabMG 1996 § 27 gültig ab 01.04.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 97/2025
3. TabMG 1996 § 27 gültig von 22.07.2023 bis 31.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 110/2023
4. TabMG 1996 § 27 gültig von 31.12.2016 bis 21.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 117/2016
5. TabMG 1996 § 27 gültig von 15.12.2012 bis 30.12.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 112/2012
6. TabMG 1996 § 27 gültig von 01.01.2002 bis 14.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 142/2000
7. TabMG 1996 § 27 gültig von 01.01.1996 bis 31.12.2001

1. TabMG 1996 § 27 heute
2. TabMG 1996 § 27 gültig ab 01.04.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 97/2025
3. TabMG 1996 § 27 gültig von 22.07.2023 bis 31.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 110/2023
4. TabMG 1996 § 27 gültig von 31.12.2016 bis 21.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 117/2016
5. TabMG 1996 § 27 gültig von 15.12.2012 bis 30.12.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 112/2012
6. TabMG 1996 § 27 gültig von 01.01.2002 bis 14.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 142/2000
7. TabMG 1996 § 27 gültig von 01.01.1996 bis 31.12.2001

1. TabMG 1996 § 31 heute
2. TabMG 1996 § 31 gültig ab 01.04.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 97/2025
3. TabMG 1996 § 31 gültig von 01.01.2020 bis 21.07.2023 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 110/2023
4. TabMG 1996 § 31 gültig von 15.12.2012 bis 31.12.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 112/2012
5. TabMG 1996 § 31 gültig von 31.12.2005 bis 14.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 161/2005
6. TabMG 1996 § 31 gültig von 01.01.1996 bis 30.12.2005

1. TabMG 1996 § 45 heute
2. TabMG 1996 § 45 gültig ab 22.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 110/2023
3. TabMG 1996 § 45 gültig von 01.01.1997 bis 21.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
4. TabMG 1996 § 45 gültig von 01.01.1996 bis 31.12.1996

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Kleiser sowie Hofrat Dr. Mayr, Hofrätin Mag. Hainz-Sator, Hofrat Mag. Brandl und Hofrätin Dr. Funk-Leisch als Richter und Richterinnen, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Vonier, über die Revision des M B, vertreten durch die DORDA Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. Juni 2024, W606 2286002-2/25E, betreffend ein vergaberechtliches Feststellungsverfahren (mitbeteiligte Parteien: 1. Monopolverwaltung GmbH vertreten durch die Heid & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien und 2. S M), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Revision wird als unbegründet abgewiesen.

Der Revisionswerber hat der Erstmitbeteiligten Aufwendungen in der Höhe von € 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

I.römisch eins.

1

1. Aus den Feststellungen des angefochtenen Erkenntnisses ergeben sich folgende unstrittige Tatsachen:

2

Am 4. September 2017 schrieb die Erstmitbeteiligte (im Folgenden: Auftraggeberin) den Betrieb eines Tabakfachgeschäfts an einem näher genannten Standort (im Folgenden: das Tabakfachgeschäft) gemäß § 25 Tabakmonopolgesetz 1996 idF BGBl. I Nr. 104/2019 (TabMG 1996 aF) aus. Am 4. September 2017 schrieb die Erstmitbeteiligte (im Folgenden: Auftraggeberin) den Betrieb eines Tabakfachgeschäfts an einem näher genannten Standort (im Folgenden: das Tabakfachgeschäft) gemäß Paragraph 25, Tabakmonopolgesetz 1996 in der Fassung, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 104 aus 2019, (TabMG 1996 aF) aus.

3

Der Revisionswerber sowie E N bewarben sich um diese Ausschreibung. Im Folgenden schloss die Auftraggeberin mit E N einen Bestellungsvertrag ab. E N war begünstigter Behinderter im Sinne des Behinderteneinstellungsgesetzes (BEinstG).

4

Am 21. April 2020 verstarb E N. Seine Witwe, die Zweitmitbeteiligte, bewarb sich am 13. Mai 2020 um die Weiterführung des Tabakfachgeschäfts bei der Auftraggeberin.

5

Die Auftraggeberin schloss am 16. Juni 2020 mit der Verlassenschaft nach E N einen vorläufigen Bestellungsvertrag für das Tabakfachgeschäft ab. Das Verlassenschaftsverfahren nach E N wurde mit Einantwortungsbeschluss vom 5. Dezember 2023 abgeschlossen.

6

Am 27. Juli 2023 kontaktierte die Auftraggeberin die Zweitmitbeteiligte und ersuchte sie um Vorlage verschiedener Bestätigungen und Angabe von persönlichen Daten. Am 3. August 2023 meldete die Zweitmitbeteiligte der Auftraggeberin nochmals ihr Interesse am Betrieb des Tabakfachgeschäfts und übermittelte der Auftraggeberin weitere Unterlagen.

7

Am 11. August 2023 erteilte die Auftraggeberin der Zweitmitbeteiligten den Zuschlag als Konzessionärin. Der Beginn der Laufzeit der Konzession war der 1. September 2023. Der Auftragswert der Konzession betrug € 55.445.000,--. Am 1. September 2023 trug die Auftraggeberin die Zweitmitbeteiligte als neue Inhaberin der Konzession für das Tabakfachgeschäft ein.

8

Am 10. Oktober 2023 wurde der Zuschlag an die Zweitmitbeteiligte im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union bekannt gemacht.

9

2. Der Revisionswerber beantragte am 10. April 2024, das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgericht) möge feststellen, dass von der Auftraggeberin entgegen den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes Konzessionen 2018 (BVergGKonz 2018) ein Konzessionsvergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt, der Zuschlag für

die Konzession zum Betrieb des Tabakfachgeschäfts an die Zweitmitbeteiligte erteilt worden sei und hierdurch die Bestimmungen des BVergGKonz 2018, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht gemäß § 22 Abs. 2 BVergGKonz 2018 verletzt worden seien.² Der Revisionswerber beantragte am 10. April 2024, das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgericht) möge feststellen, dass von der Auftraggeberin entgegen den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes Konzessionen 2018 (BVergGKonz 2018) ein Konzessionsvergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt, der Zuschlag für die Konzession zum Betrieb des Tabakfachgeschäfts an die Zweitmitbeteiligte erteilt worden sei und hierdurch die Bestimmungen des BVergGKonz 2018, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht gemäß Paragraph 22, Absatz 2, BVergGKonz 2018 verletzt worden seien.

10

3.1. Diesen Antrag wies das Verwaltungsgericht mit dem angefochtenen Erkenntnis unter Spruchpunkt A) I. ab.³ 1. Diesen Antrag wies das Verwaltungsgericht mit dem angefochtenen Erkenntnis unter Spruchpunkt A) römisch eins. ab.

11

Die Revision erklärte das Verwaltungsgericht für zulässig.

12

3.2. Über den unstrittigen Sachverhalt hinaus stellte das Verwaltungsgericht - soweit für das Revisionsverfahren relevant - fest, der Revisionswerber sei im Jahr 2002 geboren worden und sei begünstigter Behinderter gemäß § 2 BEinstG.³ 2. Über den unstrittigen Sachverhalt hinaus stellte das Verwaltungsgericht - soweit für das Revisionsverfahren relevant - fest, der Revisionswerber sei im Jahr 2002 geboren worden und sei begünstigter Behinderter gemäß Paragraph 2, BEinstG.

13

Die Zweitmitbeteiligte sei im Jahr 1971 geboren worden und Witwe des E N. Bis zum Ableben des E N habe sie mit diesem in Hausgemeinschaft gelebt. Sie sei voll geschäftsfähig.

14

Die Zweitmitbeteiligte sei beginnend mit 1. Oktober 2010 als Angestellte (Vollzeit) im Trafikunternehmen ihres Mannes E N bzw. der Verlassenschaft beschäftigt gewesen und habe in dieser Funktion E N unterstützt. In den letzten sieben Jahren vor Ableben des E N habe sie die Tätigkeit für fünf Jahre ausgeübt, ohne in dieser Zeit eine andere unselbständige Erwerbstätigkeit auszuüben. Sie habe Verbindlichkeiten. Abgesehen von den Einnahmen aus dem Tabakfachgeschäft verfüge sie über keine Einkünfte, die zur Bestreitung des Unterhaltes ausreichen.

15

3.3. In der rechtlichen Beurteilung setzte sich das Verwaltungsgericht zunächst mit dem Einwand der Auftraggeberin, der Feststellungsantrag sei verfristet, auseinander und kam mit näherer Begründung zu dem Ergebnis, der Feststellungsantrag sei rechtzeitig eingebracht worden. Er sei auch im Hinblick auf die übrigen Voraussetzungen des BVergGKonz 2018 zulässig.

16

Zur Abweisung des Feststellungsantrages gemäß § 97 Abs. 1 Z 2 BVergGKonz 2018 hielt das Verwaltungsgericht einleitend fest, der Feststellungsantrag beziehe sich ausdrücklich auf jenes Konzessionsvergabeverfahren betreffend das Tabakfachgeschäft, in dem der Zuschlag an die Zweitmitbeteiligte erteilt und im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union am 10. Oktober 2023 bekannt gemacht worden sei. Zur Abweisung des Feststellungsantrages gemäß Paragraph 97, Absatz eins, Ziffer 2, BVergGKonz 2018 hielt das Verwaltungsgericht einleitend fest, der Feststellungsantrag beziehe sich ausdrücklich auf jenes Konzessionsvergabeverfahren betreffend das Tabakfachgeschäft, in dem der Zuschlag an die Zweitmitbeteiligte erteilt und im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union am 10. Oktober 2023 bekannt gemacht worden sei.

17

Der Revisionswerber behaupte in seinem Antrag, dass die Durchführung eines Konzessionsvergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 22 Abs. 3 Z 3 lit. c BVergGKonz 2018 iVm § 27 Tabakmonopolgesetz 1996 idF des Abgabenänderungsgesetzes 2023, BGBl. I. Nr. 110/2023 (TabMG 1996 nF), nicht zulässig gewesen sei. Er führe aus, dass § 27 TabMG 1996 nF erst am 22. Juli 2023 in Kraft getreten und auf die gegenständliche Konzessionsvergabe nicht anwendbar sei. In der mündlichen Verhandlung habe er schließlich klargestellt, dass er von einer Anwendbarkeit von § 27 TabMG 1996 nF ausgehe, jedoch dessen Voraussetzungen als nicht erfüllt ansehe. Der Revisionswerber behaupte in seinem Antrag, dass die Durchführung eines Konzessionsvergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung

gemäß Paragraph 22, Absatz 3, Ziffer 3, Litera c, BVergGKonz 2018 in Verbindung mit , Paragraph 27, Tabakmonopolgesetz 1996 in der Fassung , des Abgabenänderungsgesetzes 2023, Bundesgesetzblatt römisch eins. Nr. 110 aus 2023, (TabMG 1996 nF), nicht zulässig gewesen sei. Er führe aus, dass Paragraph 27, TabMG 1996 nF erst am 22. Juli 2023 in Kraft getreten und auf die gegenständliche Konzessionsvergabe nicht anwendbar sei. In der mündlichen Verhandlung habe er schließlich klargestellt, dass er von einer Anwendbarkeit von Paragraph 27, TabMG 1996 nF ausgehe, jedoch dessen Voraussetzungen als nicht erfüllt ansehe.

18

Die Auftraggeberin habe im Wesentlichen eingewendet, dass sie die zum Zeitpunkt der Vergabe geltende Rechtslage anzuwenden habe, womit sie auch im Recht sei. Als Auftraggeberin habe sie - mangels anderslautender Übergangsbestimmungen im BVergGKonz 2018 oder im TabMG 1996 nF - die zum Zeitpunkt der Vergabe maßgebliche Rechtslage anzuwenden.

19

Nach Wiedergabe der vom Verwaltungsgericht herangezogenen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes führte das Verwaltungsgericht aus, die Auftraggeberin müsse zunächst mit der Verlassenschaft einen eigenen Konzessionsvertrag abschließen, sofern im Fall des Ablebens des Konzessionärs die Verlassenschaft beauftragt werden solle. Bereits aus dem Wortlaut des § 27 Abs. 1 Satz 1 TabMG 1996 nF (arg. „vergeben“) folge, dass es sich dabei um eine eigenständige Vergabe nach dem BVergGKonz 2018 handle. Sofern in der Folge eine anspruchsberechtigte Angehörige oder ein anspruchsberechtigter Angehöriger gemäß § 27 TabMG 1996 nF mit dem (Weiter-)Betrieb des Tabakfachgeschäfts beauftragt werde, bedürfe es dazu ebenfalls des Abschlusses eines Konzessionsvertrages. Dabei handle es sich jedoch um einen von der zuvor erfolgten Konzessionsvergabe an die Verlassenschaft getrennten konzessionsvergaberechtlichen Vorgang, bei dem ein persönliches, ausschließliches Recht zum (Weiter-)Betrieb eines Tabakfachgeschäfts gemäß § 27 TabMG 1996 nF relevant sein könne. Der Systematik von § 27 TabMG 1996 nF sei zu entnehmen, dass eine Vergabe an die Verlassenschaft zum Weiterbetrieb des Tabakfachgeschäfts nur eine temporäre Beauftragung darstelle, ohne dass anspruchsberechtigte Angehörige dadurch ihr ausschließliches, persönliches Recht verlören. Nach Wiedergabe der vom Verwaltungsgericht herangezogenen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes führte das Verwaltungsgericht aus, die Auftraggeberin müsse zunächst mit der Verlassenschaft einen eigenen Konzessionsvertrag abschließen, sofern im Fall des Ablebens des Konzessionärs die Verlassenschaft beauftragt werden solle. Bereits aus dem Wortlaut des Paragraph 27, Absatz eins, Satz 1 TabMG 1996 nF (arg. „vergeben“) folge, dass es sich dabei um eine eigenständige Vergabe nach dem BVergGKonz 2018 handle. Sofern in der Folge eine anspruchsberechtigte Angehörige oder ein anspruchsberechtigter Angehöriger gemäß Paragraph 27, TabMG 1996 nF mit dem (Weiter-)Betrieb des Tabakfachgeschäfts beauftragt werde, bedürfe es dazu ebenfalls des Abschlusses eines Konzessionsvertrages. Dabei handle es sich jedoch um einen von der zuvor erfolgten Konzessionsvergabe an die Verlassenschaft getrennten konzessionsvergaberechtlichen Vorgang, bei dem ein persönliches, ausschließliches Recht zum (Weiter-)Betrieb eines Tabakfachgeschäfts gemäß Paragraph 27, TabMG 1996 nF relevant sein könne. Der Systematik von Paragraph 27, TabMG 1996 nF sei zu entnehmen, dass eine Vergabe an die Verlassenschaft zum Weiterbetrieb des Tabakfachgeschäfts nur eine temporäre Beauftragung darstelle, ohne dass anspruchsberechtigte Angehörige dadurch ihr ausschließliches, persönliches Recht verlören.

20

Spätestens mit Abschluss des Verlassenschaftsverfahrens müsse aber eine anspruchsberechtigte Angehörige bzw. ein anspruchsberechtigter Angehöriger beauftragt werden, sofern nicht der Anspruch zwischenzeitig gemäß § 27 Abs. 4 TabMG 1996 nF verloren gegangen sei. Spätestens mit Abschluss des Verlassenschaftsverfahrens müsse aber eine anspruchsberechtigte Angehörige bzw. ein anspruchsberechtigter Angehöriger beauftragt werden, sofern nicht der Anspruch zwischenzeitig gemäß Paragraph 27, Absatz 4, TabMG 1996 nF verloren gegangen sei.

21

Eine Auftraggeberin könne eine Dienstleistungskonzession und ein Konzessionsvergabeverfahren unter den Voraussetzungen des § 22 Abs. 3 Z 3 lit. c BVergGKonz 2018 ohne vorherige Bekanntmachung vergeben. Eine Auftraggeberin könne eine Dienstleistungskonzession und ein Konzessionsvergabeverfahren unter den Voraussetzungen des Paragraph 22, Absatz 3, Ziffer 3, Litera c, BVergGKonz 2018 ohne vorherige Bekanntmachung vergeben.

22

Wenn eine Angehörige bzw. ein Angehöriger ein persönliches, ausschließliches Recht zum Betrieb eines

Tabakfachgeschäfts gemäß § 27 TabMG 1996 nF habe, bedeute dies für die Auftraggeberin, dass sie den Standort weder schließen, noch für diesen Standort eine Konzession an eine nichtanspruchsberechtigte Person, ausgenommen an die Verlassenschaft, vergeben dürfe. Folglich bestehe kein Wettbewerb am Markt, weil von vornherein nur eine Vergabe der Konzession an eine bestimmte Person, eine anspruchsberechtigte Angehörige bzw. einen anspruchsberechtigten Angehörigen, in Betracht komme. Wenn eine Angehörige bzw. ein Angehöriger ein persönliches, ausschließliches Recht zum Betrieb eines Tabakfachgeschäfts gemäß Paragraph 27, TabMG 1996 nF habe, bedeute dies für die Auftraggeberin, dass sie den Standort weder schließen, noch für diesen Standort eine Konzession an eine nichtanspruchsberechtigte Person, ausgenommen an die Verlassenschaft, vergeben dürfe. Folglich bestehe kein Wettbewerb am Markt, weil von vornherein nur eine Vergabe der Konzession an eine bestimmte Person, eine anspruchsberechtigte Angehörige bzw. einen anspruchsberechtigten Angehörigen, in Betracht komme.

23

Es gebe daher für die Auftraggeberin auch keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung und der mangelnde Wettbewerb sei nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Anforderungen des Konzessionsvergabeverfahrens. Das im § 27 TabMG 1996 nF vorgesehene ausschließliche, persönliche Recht zum Weiterbetrieb eines Tabakfachgeschäfts verfolge vielmehr die Durchsetzung sozialpolitischer Zielsetzungen. Angesichts des Gebietsschutzes sei die Neuerrichtung anderer Tabaktrafiken nur zulässig, wenn hierfür ein dringender Bedarf bestehe und eine nicht zumutbare Schmälerung des Ertrages benachbarter Tabaktrafiken ausgeschlossen erscheine. Die Auftraggeberin habe die Zweitmitbeteiligte am 27. Juli 2023 betreffend eine Vergabe an Angehörige für den Betrieb des Tabakfachgeschäfts kontaktiert und um Vorlage verschiedener Bestätigungen ersucht. Da es sich um ein Konzessionsvergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung gehandelt habe, stelle dies die erste nach außen in Erscheinung tretende Entscheidung dar, mit der das Konzessionsvergabeverfahren von der Auftraggeberin eingeleitet worden sei. Es gebe daher für die Auftraggeberin auch keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung und der mangelnde Wettbewerb sei nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Anforderungen des Konzessionsvergabeverfahrens. Das im Paragraph 27, TabMG 1996 nF vorgesehene ausschließliche, persönliche Recht zum Weiterbetrieb eines Tabakfachgeschäfts verfolge vielmehr die Durchsetzung sozialpolitischer Zielsetzungen. Angesichts des Gebietsschutzes sei die Neuerrichtung anderer Tabaktrafiken nur zulässig, wenn hierfür ein dringender Bedarf bestehe und eine nicht zumutbare Schmälerung des Ertrages benachbarter Tabaktrafiken ausgeschlossen erscheine. Die Auftraggeberin habe die Zweitmitbeteiligte am 27. Juli 2023 betreffend eine Vergabe an Angehörige für den Betrieb des Tabakfachgeschäfts kontaktiert und um Vorlage verschiedener Bestätigungen ersucht. Da es sich um ein Konzessionsvergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung gehandelt habe, stelle dies die erste nach außen in Erscheinung tretende Entscheidung dar, mit der das Konzessionsvergabeverfahren von der Auftraggeberin eingeleitet worden sei.

24

Die Zweitmitbeteiligte habe sich mit Schreiben vom 3. August 2023 am Konzessionsvergabeverfahren beteiligt. Zuvor habe sie außerdem im Sinne von § 27 Abs. 4 Z 1 TabMG 1996 nF innerhalb eines Monats nach dem Ableben des früheren Inhabers (E N) ihr Interesse am Betrieb des Tabakfachgeschäfts bekundet. Dies sei jedenfalls - unabhängig vom späteren Zeitpunkt der Einleitung des Konzessionsvergabeverfahrens und auch der zwischenzeitlichen Beauftragung der Verlassenschaft - erforderlich gewesen, damit der Anspruch aufrecht geblieben sei. Im Ergebnis sei somit im Verfahren kein Grund hervorgekommen, nach dem der Anspruch gemäß § 27 Abs. 4 TabMG 1996 nF verloren gegangen sein könne. Die Zweitmitbeteiligte habe sich mit Schreiben vom 3. August 2023 am Konzessionsvergabeverfahren beteiligt. Zuvor habe sie außerdem im Sinne von Paragraph 27, Absatz 4, Ziffer eins, TabMG 1996 nF innerhalb eines Monats nach dem Ableben des früheren Inhabers (E N) ihr Interesse am Betrieb des Tabakfachgeschäfts bekundet. Dies sei jedenfalls - unabhängig vom späteren Zeitpunkt der Einleitung des Konzessionsvergabeverfahrens und auch der zwischenzeitlichen Beauftragung der Verlassenschaft - erforderlich gewesen, damit der Anspruch aufrecht geblieben sei. Im Ergebnis sei somit im Verfahren kein Grund hervorgekommen, nach dem der Anspruch gemäß Paragraph 27, Absatz 4, TabMG 1996 nF verloren gegangen sein könne.

25

Die Zweitmitbeteiligte erfülle die Voraussetzungen gemäß § 27 Abs. 2 TabMG 1996 nF. Der bisherige Tabaktrafikant sei während der Ausübung der Tätigkeit als Tabaktrafikant verstorben (Z 1) und bei der Zweitmitbeteiligten handle es sich um seine Witwe, wobei die Haushaltsgemeinschaft bis zum Tode des bisherigen Inhabers mit der Zweitmitbeteiligten

bestanden habe (Z 2). Die Zweitmitbeteiligte sei voll geschäftsfähig (Z 3). Auf Grund der vorangegangenen Mitarbeit der Zweitmitbeteiligten im Tabakfachgeschäft ihres Ehemanns im festgestellten Umfang sei § 27 Abs. 2

Z 4 lit. a TabMG 1996 nF erfüllt. Die Zweitmitbeteiligte habe außer den Einkünften aus dem Tabakfachgeschäft über keine eigenen Einkünfte verfügt und ihren Unterhalt bisher ganz oder teilweise aus ihrem Einkommen aus der Erwerbstätigkeit in dem Tabakfachgeschäft bestritten, weshalb auch eine wesentliche Existenzerschwerung im Sinne des § 27 Abs. 2 Z 5 TabMG 1996 nF vorliege. Hinzu trete, dass sie auf Grund ihres Alters sowie von Verbindlichkeiten ohne Einkünfte aus dem Tabakfachgeschäft ebenfalls eine wesentliche Existenzerschwerung habe. Die Zweitmitbeteiligte erfülle die Voraussetzungen gemäß Paragraph 27, Absatz 2, TabMG 1996 nF. Der bisherige Tabaktrafikanter sei während der Ausübung der Tätigkeit als Tabaktrafikanter verstorben (Ziffer eins,) und bei der Zweitmitbeteiligten handle es sich um seine Witwe, wobei die Haushaltsgemeinschaft bis zum Tode des bisherigen Inhabers mit der Zweitmitbeteiligten bestanden habe (Ziffer 2,). Die Zweitmitbeteiligte sei voll geschäftsfähig (Ziffer 3,). Auf Grund der vorangegangenen Mitarbeit der Zweitmitbeteiligten im Tabakfachgeschäft ihres Ehemanns im festgestellten Umfang sei Paragraph 27, Absatz 2, Ziffer 4, Litera a, TabMG 1996 nF erfüllt. Die Zweitmitbeteiligte habe außer den Einkünften aus dem Tabakfachgeschäft über keine eigenen Einkünfte verfügt und ihren Unterhalt bisher ganz oder teilweise aus ihrem Einkommen aus der Erwerbstätigkeit in dem Tabakfachgeschäft bestritten, weshalb auch eine wesentliche Existenzerschwerung im Sinne des Paragraph 27, Absatz 2, Ziffer 5, TabMG 1996 nF vorliege. Hinzu trete, dass sie auf Grund ihres Alters sowie von Verbindlichkeiten ohne Einkünfte aus dem Tabakfachgeschäft ebenfalls eine wesentliche Existenzerschwerung habe.

26

Vor diesem Hintergrund habe die Auftraggeberin zu Recht ein Konzessionsvergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung auf Grund des Bestehens eines Ausschließlichkeitsrechtes gemäß § 22 Abs. 3

Z 3 lit. c BVergGKonz 2018 durchgeführt. Vor diesem Hintergrund habe die Auftraggeberin zu Recht ein Konzessionsvergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung auf Grund des Bestehens eines Ausschließlichkeitsrechtes gemäß Paragraph 22, Absatz 3, Ziffer 3, Litera c, BVergGKonz 2018 durchgeführt.

27

Zur Zulässigkeit der Revision führte das Verwaltungsgericht - soweit für das Revisionsverfahren relevant - aus, es fehle Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Durchführung eines Konzessionsvergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 22 Abs. 3 Z 3 lit. c BVergGKonz 2018 iVm § 27 TabMG 1996 nF. Zur Zulässigkeit der Revision führte das Verwaltungsgericht - soweit für das Revisionsverfahren relevant - aus, es fehle Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Durchführung eines Konzessionsvergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung gemäß Paragraph 22, Absatz 3, Ziffer 3, Litera c, BVergGKonz 2018 in Verbindung mit , Paragraph 27, TabMG 1996 nF.

28

4. Gegen Spruchpunkt A) I. dieses Erkenntnisses richtet sich die vorliegende Revision. Die Auftraggeberin erstattete eine Revisionsbeantwortung und beantragte die Zurück-, in eventu die Abweisung der Revision sowie die Zuerkennung des Schriftsatzaufwandes. 4. Gegen Spruchpunkt A) römisch eins. dieses Erkenntnisses richtet sich die vorliegende Revision. Die Auftraggeberin erstattete eine Revisionsbeantwortung und beantragte die Zurück-, in eventu die Abweisung der Revision sowie die Zuerkennung des Schriftsatzaufwandes.

29

5. Der Revisionswerber bringt zur Begründung der Zulässigkeit der Revision zusätzlich zur Begründung des Verwaltungsgerichts vor, die Frage, ob § 27 TabMG 1996 nF die Anwendbarkeit des BVergGKonz 2018 dahingehend präzisiere, dass § 27 TabMG 1996 nF ein Ausschließlichkeitsrecht normiere und die Durchführung eines Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung rechtfertige, sei höchstgerichtlich nicht geklärt. Es sei zu klären, zu welchem Zeitpunkt die Voraussetzungen, die ein Ausschließlichkeitsrecht gemäß § 27 TabMG 1996 nF normierten, vorliegen müssten. 5. Der Revisionswerber bringt zur Begründung der Zulässigkeit der Revision zusätzlich zur Begründung des Verwaltungsgerichts vor, die Frage, ob Paragraph 27, TabMG 1996 nF die Anwendbarkeit des BVergGKonz 2018 dahingehend präzisiere, dass Paragraph 27, TabMG 1996 nF ein Ausschließlichkeitsrecht normiere und die Durchführung eines Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung rechtfertige, sei höchstgerichtlich nicht geklärt. Es sei zu klären, zu welchem Zeitpunkt die Voraussetzungen, die ein Ausschließlichkeitsrecht gemäß Paragraph 27, TabMG 1996 nF normierten, vorliegen müssten.

30

Des Weiteren sei zu klären, inwieweit die Beschränkung der Laufzeit einer Dienstleistungskonzession gemäß

BVergGKonz 2018 in Einklang mit den Bestimmungen des TabMG 1996 nF zu bringen sei. Konzessionen gemäß TabMG 1996 nF würden für deutlich längere Laufzeiten vergeben, als dies das BVergGKonz 2018 vorsehe.
II.römisch zwei.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

31

1.1. Die Revision ist im Hinblick auf das Vorbringen des Revisionswerbers zulässig. Sie ist jedoch nicht begründet.

32

1.2. Der Revisionswerber bringt zur Rechtswidrigkeit des angefochtenen Erkenntnisses vor, die „Weitergabe“ des Tabakfachgeschäfts könne gemäß § 27 TabMG 1996 nF nur zwischen dem verstorbenen Konzessionär und dem eintrittsberechtigten Angehörigen erfolgen. Zwischenschritte wie der Abschluss eines Konzessionsvertrages mit der Verlassenschaft seien rechtswidrig. Das TabMG 1996 aF trage den Abschluss eines Konzessionsvertrages mit einer Verlassenschaft im Fall des Todes eines Konzessionärs nicht. Erst mit der Novelle 2023 sei die Möglichkeit der Erteilung einer Konzession an die Verlassenschaft im Fall des Ablebens eines Konzessionärs geschaffen worden. Diese sei jedoch auf den Revisionsfall nicht anzuwenden. 1.2. Der Revisionswerber bringt zur Rechtswidrigkeit des angefochtenen Erkenntnisses vor, die „Weitergabe“ des Tabakfachgeschäfts könne gemäß Paragraph 27, TabMG 1996 nF nur zwischen dem verstorbenen Konzessionär und dem eintrittsberechtigten Angehörigen erfolgen. Zwischenschritte wie der Abschluss eines Konzessionsvertrages mit der Verlassenschaft seien rechtswidrig. Das TabMG 1996 aF trage den Abschluss eines Konzessionsvertrages mit einer Verlassenschaft im Fall des Todes eines Konzessionärs nicht. Erst mit der Novelle 2023 sei die Möglichkeit der Erteilung einer Konzession an die Verlassenschaft im Fall des Ablebens eines Konzessionärs geschaffen worden. Diese sei jedoch auf den Revisionsfall nicht anzuwenden.

33

Selbst wenn man von der Zulässigkeit der Vergabe an eine Verlassenschaft ausgehe, ende die Vergabekette jedoch endgültig mit dieser Vergabe an die Verlassenschaft. Eine neuerliche Vergabe an die Zweitmitbeteiligte könne nicht auf das Ausschließlichkeitsrecht des § 27 TabMG 1996 nF gestützt werden. Die Einantwortung in die Verlassenschaft begründe außerdem kein Ausschließlichkeitsrecht im Sinne des § 27 Abs. 4 Z 1 TabMG 1996 nF, weshalb daher auch die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung mit nur einem Bieter nicht zulässig gewesen sei. Selbst wenn man von der Zulässigkeit der Vergabe an eine Verlassenschaft ausgehe, ende die Vergabekette jedoch endgültig mit dieser Vergabe an die Verlassenschaft. Eine neuerliche Vergabe an die Zweitmitbeteiligte könne nicht auf das Ausschließlichkeitsrecht des Paragraph 27, TabMG 1996 nF gestützt werden. Die Einantwortung in die Verlassenschaft begründe außerdem kein Ausschließlichkeitsrecht im Sinne des Paragraph 27, Absatz 4, Ziffer eins, TabMG 1996 nF, weshalb daher auch die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung mit nur einem Bieter nicht zulässig gewesen sei.

34

Die Laufzeit der gegenständlichen Konzession sei außerdem rechtswidrig. Diese sei für einen Zeitraum von 156 Monaten (ca. 13 Jahre) an die Zweitmitbeteiligte vergeben worden, d.h. für die Restlaufzeit bis zur geplanten Pensionierung der Zweitmitbeteiligten. Für den fünf Jahre überschreitenden Zeitraum - also acht Jahre - könne die Konzession nur dann rechtmäßig sein, wenn diese Verlängerung vor dem Hintergrund von § 13 Abs. 2 BVergGKonz 2018 bzw. Art. 18 der Richtlinie 2014/23/EU zulässig wäre. Auf diese Voraussetzungen gehe das Verwaltungsgericht in der angefochtenen Entscheidung nicht ein. Der Revisionswerber rege in diesem Zusammenhang ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) zur Klärung der Frage an, ob die Erstreckung der maximal zulässigen Konzessionsdauer auf mehr als fünf Jahre aus anderen als in Art. 18 der Richtlinie 2014/23/EU genannten Gründen - etwa aus sozialpolitischen Erwägungen - wie sie bei der Vergabe von Konzessionen für Tabaktrafiken augenscheinlich vorgesehen seien, mit dem Vergaberechtsregime der Europäischen Union vereinbar sei. Die Laufzeit der gegenständlichen Konzession sei außerdem rechtswidrig. Diese sei für einen Zeitraum von 156 Monaten (ca. 13 Jahre) an die Zweitmitbeteiligte vergeben worden, d.h. für die Restlaufzeit bis zur geplanten Pensionierung der Zweitmitbeteiligten. Für den fünf Jahre überschreitenden Zeitraum - also acht Jahre - könne die Konzession nur dann rechtmäßig sein, wenn diese Verlängerung vor dem Hintergrund von Paragraph 13, Absatz 2, BVergGKonz 2018 bzw. Artikel 18, der Richtlinie 2014/23/EU zulässig wäre. Auf diese Voraussetzungen gehe das Verwaltungsgericht in der angefochtenen Entscheidung nicht ein. Der Revisionswerber rege in diesem Zusammenhang ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) zur Klärung der Frage an, ob die Erstreckung der maximal zulässigen Konzessionsdauer auf mehr als fünf Jahre aus anderen als in

Artikel 18, der Richtlinie 2014/23/EU genannten Gründen - etwa aus sozialpolitischen Erwägungen - wie sie bei der Vergabe von Konzessionen für Tabaktrafiken augenscheinlich vorgesehen seien, mit dem Vergaberechtsregime der Europäischen Union vereinbar sei.

35

1.3. Die Auftraggeberin führt in der Revisionsbeantwortung aus, trotz der Zwischenvergabe an die Verlassenschaft bestehe das ausschließliche Recht der Zweitmitbeteiligten gemäß § 27 TabMG 1996 nF weiter. Es handle sich bei dem Abschluss des Konzessionsvertrages mit der Verlassenschaft und mit der Zweitmitbeteiligten um getrennte konzessionsvergaberechtliche Vorgänge. 1.3. Die Auftraggeberin führt in der Revisionsbeantwortung aus, trotz der Zwischenvergabe an die Verlassenschaft bestehe das ausschließliche Recht der Zweitmitbeteiligten gemäß Paragraph 27, TabMG 1996 nF weiter. Es handle sich bei dem Abschluss des Konzessionsvertrages mit der Verlassenschaft und mit der Zweitmitbeteiligten um getrennte konzessionsvergaberechtliche Vorgänge.

36

Hinsichtlich der vorgebrachten Rechtswidrigkeit der Dauer der Konzession weist die Auftraggeberin darauf hin, dass eine Beschwer des Revisionswerbers auf Grund dieser Rechtswidrigkeit nicht denkbar sei. Außerdem rechtfertige das Bestehen des ausschließlichen Rechts des Angehörigen gemäß § 27 Abs. 4 Z 5 TabMG 1996 nF bis zum Erreichen des Pensionsantrittsalters die Dauer der Konzession, die andernfalls nur in Form einer revolvierenden Vergabe von Fünf-Jahres-Konzessionen erfolgen könnte. Hinsichtlich der vorgebrachten Rechtswidrigkeit der Dauer der Konzession weist die Auftraggeberin darauf hin, dass eine Beschwer des Revisionswerbers auf Grund dieser Rechtswidrigkeit nicht denkbar sei. Außerdem rechtfertige das Bestehen des ausschließlichen Rechts des Angehörigen gemäß Paragraph 27, Absatz 4, Ziffer 5, TabMG 1996 nF bis zum Erreichen des Pensionsantrittsalters die Dauer der Konzession, die andernfalls nur in Form einer revolvierenden Vergabe von Fünf-Jahres-Konzessionen erfolgen könnte.

37

2. § 31 des Tabakmonopolgesetzes 1996 (TabMG 1996), BGBl. Nr. 830/1995, idF des Abgabenänderungsgesetz 2012 - AbgÄG 2012, BGBl. I Nr. 112/2012, (TabMG 1996 aF) lautete auszugsweise: 2. Paragraph 31, des Tabakmonopolgesetzes 1996 (TabMG 1996), Bundesgesetzblatt Nr. 830 aus 1995, „in der Fassung, des Abgabenänderungsgesetz 2012 - AbgÄG 2012, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 112 aus 2012, „(TabMG 1996 aF) lautete auszugsweise:

„Ansprüche der Angehörigen von Tabaktrafikanten

§ 31. (1) Hat der Inhaber eines Tabakfachgeschäftes den Bestellungsvertrag gekündigt, weil er nach den für ihn geltenden Sozialversicherungsvorschriften die Voraussetzungen für einen Pensionsanspruch aus dem Versicherungsfall des Alters erfüllt oder infolge Krankheit oder Behinderung zur Führung seines Tabakfachgeschäftes unfähig geworden ist, oder ist der Inhaber eines Tabakfachgeschäftes verstorben, so ist für das frei gewordene Tabakfachgeschäft ein sich darum bewerbender Angehöriger des bisherigen Inhabers zum Tabaktrafikanten zu bestellen, wenn die in den Abs. 3 bis 10 angeführten Voraussetzungen vorliegen und kein Ausschlussgrund nach § 27 vorliegt. Paragraph 31, (1) Hat der Inhaber eines Tabakfachgeschäftes den Bestellungsvertrag gekündigt, weil er nach den für ihn geltenden Sozialversicherungsvorschriften die Voraussetzungen für einen Pensionsanspruch aus dem Versicherungsfall des Alters erfüllt oder infolge Krankheit oder Behinderung zur Führung seines Tabakfachgeschäftes unfähig geworden ist, oder ist der Inhaber eines Tabakfachgeschäftes verstorben, so ist für das frei gewordene Tabakfachgeschäft ein sich darum bewerbender Angehöriger des bisherigen Inhabers zum Tabaktrafikanten zu bestellen, wenn die in den Absatz 3, bis 10 angeführten Voraussetzungen vorliegen und kein Ausschlussgrund nach Paragraph 27, vorliegt.

(2) Angehörige im Sinne des Abs. 1 sind der Ehegatte, mit dem die Haushaltsgemeinschaft besteht oder bis zum Tode des Tabaktrafikanten bestanden hat, Kinder und Enkelkinder. Wahlkinder gelten nur dann als Angehörige, wenn der Bewilligungsbeschluss über die Wahlkindschaft bereits vor Aufnahme der Beschäftigung gemäß Abs. 3 vorlag. (2) Angehörige im Sinne des Absatz eins, sind der Ehegatte, mit dem die Haushaltsgemeinschaft besteht oder bis zum Tode des Tabaktrafikanten bestanden hat, Kinder und Enkelkinder. Wahlkinder gelten nur dann als Angehörige, wenn der Bewilligungsbeschluss über die Wahlkindschaft bereits vor Aufnahme der Beschäftigung gemäß Absatz 3, vorlag.

(3) Der Angehörige muß in dem Tabakfachgeschäft in den letzten sieben Jahren mindestens fünf Jahre zufriedenstellend vollbeschäftigt erwerbstätig gewesen sein. Wird das Dienstverhältnis des Angehörigen durch einen oder mehrere Karenzurlaube nach der Geburt eines Kindes unterbrochen, werden diese Zeiten im Höchstausmaß von

insgesamt zehn Monaten auf die erforderlichen Zeiten der vollbeschäftigten Erwerbstätigkeit angerechnet.

(4) Für den Angehörigen muß eine wesentliche Erschwerung seiner Existenz zu besorgen sein, falls die Tabaktrafik nicht an ihn vergeben wird. Eine wesentliche Existenzerschwerung liegt vor, wenn der Angehörige, außer den Einkünften aus der Tabaktrafik, über keine eigenen Einkünfte oder nur über Einkünfte verfügt, die zur Bestreitung seines Unterhalts nicht ausreichen, und sein Unterhalt bisher ganz oder teilweise aus den Erträgen der Tabaktrafik oder seinem Einkommen aus der Erwerbstätigkeit in der Tabaktrafik bestritten wurde.

(5) Ein Anspruch auf die Bestellung besteht nicht, wenn nach dem Lebensalter des Angehörigen zum Zeitpunkt, in dem bestimmt wird, wer als Tabaktrafikant zu bestellen ist, der Zeitraum bis zur Erreichung des jeweils geltenden Pensionsalters weniger als fünf Jahre beträgt. Als gesetzliches Pensionsalter gilt jenes Alter, ab dem bei Erfüllen der allgemeinen Voraussetzungen Anspruch auf eine Alterspension (§ 253 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes) besteht. (5) Ein Anspruch auf die Bestellung besteht nicht, wenn nach dem Lebensalter des Angehörigen zum Zeitpunkt, in dem bestimmt wird, wer als Tabaktrafikant zu bestellen ist, der Zeitraum bis zur Erreichung des jeweils geltenden Pensionsalters weniger als fünf Jahre beträgt. Als gesetzliches Pensionsalter gilt jenes Alter, ab dem bei Erfüllen der allgemeinen Voraussetzungen Anspruch auf eine Alterspension (Paragraph 253, des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes) besteht.

[...]

(10) Der Angehörige muß sich um das frei gewordene Tabakfachgeschäft binnen einem Monat nach dem Erlöschen des Bestellungsvertrages des bisherigen Tabaktrafikanten bei der Monopolverwaltung GmbH beworben haben. Die Tage des Postlaufes werden in diese Frist nicht eingerechnet.“

38

§ 24, § 26, § 27, § 45 und § 46 TabMG 1996 idF des Abgabenänderungsgesetzes 2023, BGBl. I Nr. 110/2023

(TabMG 1996 nF), lauten auszugsweise: Paragraph 24,, Paragraph 26,, Paragraph 27,, Paragraph 45 und Paragraph 46, TabMG 1996 in der Fassung des Abgabenänderungsgesetzes 2023, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 110 aus 2023, (TabMG 1996 nF), lauten auszugsweise:

„Betrieb von Tabaktrafiken

§ 24. (1) Tabaktrafiken dürfen nur auf Grund einer aufrechten Konzession der Monopolverwaltung GmbH betrieben werden. Paragraph 24, (1) Tabaktrafiken dürfen nur auf Grund einer aufrechten Konzession der Monopolverwaltung GmbH betrieben werden.

[...]

Vergabe von Tabaktrafiken

§ 26. (1) Die Auswahl von Tabaktrafikanten erfolgt nach den Bestimmungen des BVergGKonz 2018, wobei Auftraggeber im Sinne dieser Bestimmungen die Monopolverwaltung GmbH ist. Paragraph 26, (1) Die Auswahl von Tabaktrafikanten erfolgt nach den Bestimmungen des BVergGKonz 2018, wobei Auftraggeber im Sinne dieser Bestimmungen die Monopolverwaltung GmbH ist.

(2) Zur Erfüllung der sozialpolitischen Zielsetzung dürfen Konzessionen für den Betrieb von Tabakfachgeschäften grundsätzlich nur an voll geschäftsfähige Menschen mit Behinderungen gemäß § 2 Z 7 vergeben werden, die in der Lage sind, das Tabakfachgeschäft während der gesamten Laufzeit persönlich, eigenverantwortlich und selbständig zu führen. (2) Zur Erfüllung der sozialpolitischen Zielsetzung dürfen Konzessionen für den Betrieb von Tabakfachgeschäften grundsätzlich nur an voll geschäftsfähige Menschen mit Behinderungen gemäß Paragraph 2, Ziffer 7, vergeben werden, die in der Lage sind, das Tabakfachgeschäft während der gesamten Laufzeit persönlich, eigenverantwortlich und selbständig zu führen.

(3) Bei der Auswahl der Personen für den Betrieb von Tabakfachgeschäften sind jedenfalls folgende Kriterien zu berücksichtigen:

1.

Die einschlägige Berufserfahrung;

2.

die soziale Bedürftigkeit unter angemessener Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse der Person, von

Ehegatten und eingetragenen Partnern sowie von Unterhaltspflichten.

(4) Konzessionen für den Betrieb eines ausdrücklich als Schulungstrafik zu führenden Tabakfachgeschäfts dürfen abweichend zu Abs. 2 und 3 unter Berücksichtigung der sozialpolitischen Zielsetzungen auch mit anderen Wirtschaftsteilnehmern nach anderen Kriterien abgeschlossen werden.(4) Konzessionen für den Betrieb eines ausdrücklich als Schulungstrafik zu führenden Tabakfachgeschäfts dürfen abweichend zu Absatz 2, und 3 unter Berücksichtigung der sozialpolitischen Zielsetzungen auch mit anderen Wirtschaftsteilnehmern nach anderen Kriterien abgeschlossen werden.

(5) In sachlich begründeten Ausnahmefällen, insbesondere in Fällen, in denen eine Vergabe nur vorläufig oder für einen kurzen Zeitraum erfolgen soll, dürfen Konzessionsverträge abweichend von Abs. 2 und 3 abgeschlossen werden.(5) In sachlich begründeten Ausnahmefällen, insbesondere in Fällen, in denen eine Vergabe nur vorläufig oder für einen kurzen Zeitraum erfolgen soll, dürfen Konzessionsverträge abweichend von Absatz 2, und 3 abgeschlossen werden.

Ausschließliche persönliche Rechte von in Tabakfachgeschäften mitarbeitenden Angehörigen von Tabaktrafikanten aus dem Kreis der Menschen mit Behinderung

§ 27. (1) Endet der Konzessionsvertrag eines Tabaktrafikanten, der zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses oder danach dem Kreis der Menschen mit Behinderungen gemäß § 2 Z 7 angehörte oder angehört, steht seinen Angehörigen bei Vorliegen der Voraussetzungen gemäß Abs. 2 ein persönliches, ausschließliches Recht zum Betrieb des Tabakfachgeschäfts dieses Tabaktrafikanten zu. In solchen Fällen darf die Monopolverwaltung GmbH den Standort weder schließen noch für diesen Standort eine Konzession an eine nicht anspruchsberechtigte Person vergeben, ausgenommen an betreffende Verlassenschaften.Paragraph 27, (1) Endet der Konzessionsvertrag eines Tabaktrafikanten, der zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses oder danach dem Kreis der Menschen mit Behinderungen gemäß Paragraph 2, Ziffer 7, angehörte oder angehört, steht seinen Angehörigen bei Vorliegen der Voraussetzungen gemäß Absatz 2, ein persönliches, ausschließliches Recht zum Betrieb des Tabakfachgeschäfts dieses Tabaktrafikanten zu. In solchen Fällen darf die Monopolverwaltung GmbH den Standort weder schließen noch für diesen Standort eine Konzession an eine nicht anspruchsberechtigte Person vergeben, ausgenommen an betreffende Verlassenschaften.

(2) Der Anspruch für Angehörige besteht, sofern im Zeitpunkt der Beendigung des Konzessionsvertrages gemäß Abs. 1 alle folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:(2) Der Anspruch für Angehörige besteht, sofern im Zeitpunkt der Beendigung des Konzessionsvertrages gemäß Absatz eins, alle folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

1.

der bisherige Tabaktrafikant erfüllt nach den für ihn geltenden Sozialversicherungsvorschriften die Voraussetzungen für einen Pensionsanspruch aus dem Versicherungsfall des Alters, ist infolge Krankheit oder Behinderung zur Führung seines Tabakfachgeschäftes unfähig geworden oder verstorben;

2.

es handelt sich bei dem Angehörigen

a)

um den Ehegatten, einen eingetragenen Partner oder einen Lebensgefährten, sofern jeweils die Haushaltsgemeinschaft mit dem bisherigen Tabaktrafikanten (im Falle von Lebensgefährten seit mindestens drei Jahren) besteht oder bis zum Tode des Tabaktrafikanten bestanden hat,

[...]

3.

der Angehörige ist voll geschäftsfähig;

4.

der Angehörige muss in einem Tabakfachgeschäft des bisherigen Tabaktrafikanten (Abs. 2 Z 1) zufriedenstellend vollbeschäftigt erwerbstätig gewesen sein und entwederder Angehörige muss in einem Tabakfachgeschäft des bisherigen Tabaktrafikanten (Absatz 2, Ziffer eins,) zufriedenstellend vollbeschäftigt erwerbstätig gewesen sein und entweder

a)

diese Erwerbstätigkeit in den letzten sieben Jahren mindestens fünf Jahre ausgeübt haben. Wird das Dienstverhältnis

des Angehörigen durch einen oder mehrere Karenzurlaube nach der Geburt eines Kindes unterbrochen, werden diese Zeiten im Höchstausmaß von insgesamt zehn Monaten auf die erforderlichen Zeiten der vollbeschäftigten Erwerbstätigkeit angerechnet; oder

b)

im Falle des Ablebens des Tabaktrafikanten besonders berücksichtigungswürdige Umstände für die Entstehung des Anspruchs aufweisen. Diese können in aufgrund des Lebensalters fehlenden alternativen Erwerbsmöglichkeiten oder in persönlichen Haftungen für Verbindlichkeiten aus der Trafikführung des verstorbenen Tabaktrafikanten bestehen. Die Monopolverwaltung GmbH hat von der Vergabekommission eine Stellungnahme zum Vorliegen dieses Rechtes einzuholen;

5.

für den Angehörigen muss eine wesentliche Erschwerung seiner Existenz zu besorgen sein, falls die Tabaktrafik nicht an ihn vergeben wird. Eine wesentliche Existenzerschwerung liegt vor, wenn der Angehörige außer den Einkünften aus dem Tabakfachgeschäft über keine eigenen Einkünfte oder nur über Einkünfte verfügt, die zur Bestreitung seines Unterhalts nicht ausreichen, und sein Unterhalt bisher ganz oder teilweise aus den Erträgen des Tabakfachgeschäfts oder seinem Einkommen aus der Erwerbstätigkeit in dem Tabakfachgeschäft bestritten wurde. [...]

(4) Der Anspruch geht verloren, wenn der Angehörige

1.

nicht innerhalb eines Monats nach Beendigung des Konzessionsvertrages gemäß Abs. 1 gegenüber der Monopolverwaltung GmbH schriftlich sein Interesse am Betrieb des Tabakfachgeschäfts erklärt - die Tage des Postlaufes werden in diese Frist nicht eingerechnet; nicht innerhalb eines Monats nach Beendigung des Konzessionsvertrages gemäß Absatz eins, gegenüber der Monopolverwaltung GmbH schriftlich sein Interesse am Betrieb des Tabakfachgeschäfts erklärt - die Tage des Postlaufes werden in diese Frist nicht eingerechnet;

2.

sich trotz Einladung durch die Monopolverwaltung GmbH an einem auf den Abschluss des Konzessionsvertrages gerichteten Verfahren nicht beteiligt;

3.

schriftlich gegenüber der Gesellschaft erklärt, auf diesen Anspruch zu verzichten;

4.

bereits Tabaktrafikant geworden ist, sein Konzessionsvertrag jedoch aufgrund einer Kündigung durch ihn oder infolge seines Verschuldens aufgelöst wird; oder

5.

das gesetzliche Pensionsalter erreicht.

[...]

§ 45. (1) Die vor dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 830/1995 zwischen Tabaktrafikanten und der Austria Tabakwerke AG (Monopolverwaltungsstelle) abgeschlossenen Bestellsverträge einschließlich allfälliger Ergänzungen, ferner Verfügungen der Monopolverwaltungsstellen, insbesondere über die Öffnungszeiten, sowie die Bewilligung der Verwendung von Automaten außerhalb des Geschäftslokales behalten ihre Gültigkeit. An die Stelle der Austria Tabakwerke AG (Monopolverwaltungsstelle) tritt die Monopolverwaltung GmbH. In diesen Bestellsverträgen oder in den allgemeinen Vertragsbedingungen enthaltene Bestimmungen, die mit diesem Bundesgesetz im Widerspruch stehen, sind nicht mehr anzuwenden. Paragraph 45, (1) Die vor dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Nr. 830 aus 1995, zwischen Tabaktrafikanten und der Austria Tabakwerke AG (Monopolverwaltungsstelle) abgeschlossenen Bestellsverträge einschließlich allfälliger Ergänzungen, ferner Verfügungen der Monopolverwaltungsstellen, insbesondere über die Öffnungszeiten, sowie die Bewilligung der Verwendung von Automaten außerhalb des Geschäftslokales behalten ihre Gültigkeit. An die Stelle der Austria Tabakwerke AG (Monopolverwaltungsstelle) tritt die Monopolverwaltung GmbH. In diesen Bestellsverträgen oder in den allgemeinen Vertragsbedingungen enthaltene Bestimmungen, die mit diesem Bundesgesetz im Widerspruch stehen, sind nicht mehr anzuwenden.

(2) Verträge nach Abs. 1 und die von der Monopolverwaltung GmbH nach den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes in der Fassung dieses Bundesgesetzes vor der Fassung BGBl. I Nr. 110/2023 abgeschlossenen Bestellsverträge

gelten als Konzessionsverträge nach § 28. In diesen Bestellsungsverträgen oder in den allgemeinen Vertragsbedingungen enthaltene Bestimmungen, die mit diesem Bundesgesetz im Widerspruch stehen, sind nicht mehr anzuwenden.(2) Verträge nach Absatz eins und die von der Monopolverwaltung GmbH nach den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes in der Fassung dieses Bundesgesetzes vor der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 110 aus 2023, abgeschlossenen Bestellsungsverträge gelten als Konzessionsverträge nach Paragraph 28, In diesen Bestellsungsverträgen oder in den allgemeinen Vertragsbedingungen enthaltene Bestimmungen, die mit diesem Bundesgesetz im Widerspruch stehen, sind nicht mehr anzuwenden.

§ 46. (1) Der Entfall von § 1 Abs. 3 und 4, der §§ 30 bis 35 und 38a sowie der §§ 47 bis 47l, § 1 Abs. 2 Z 1, die §§ 2 und 4, jeweils samt Überschrift, § 5 Abs. 1 bis 4, § 6, § 10 Abs. 2 und 3, § 14 Abs. 1, 2 und 7, § 14a Abs. 1, 2 und 6 bis 8, § 15 Abs. 2, § 16 Abs. 3 bis 5, § 17, § 18 Abs. 2 und 3, §§ 19 bis 29, jeweils samt Überschrift, § 36 Abs. 1 bis 4 und Abs. 7 bis 9 sowie 13, § 37, § 38 Abs. 5 und 6, § 39 Abs. 1 und 3, §§ 42 bis 45, sowie die Neubezeichnung des § 47, jeweils in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 110/2023, treten mit dem der Kundmachung im Bundesgesetzblatt folgenden Tag in Kraft.Paragraph 46, (1) Der Entfall von Paragraph eins, Absatz 3, und 4, der Paragraphen 30, bis 35 und 38a sowie der Paragraphen 47, bis 47l, Paragraph eins, Absatz 2, Ziffer eins,, die Paragraphen 2, und 4, jeweils samt Überschrift, Paragraph 5, Absatz eins, bis 4, Paragraph 6,, Paragraph 10, Absatz 2 und 3, Paragraph 14, Absatz eins, 2 und 7, Paragraph 14 a, Absatz eins, 2 und 6 bis 8, Paragraph 15, Absatz 2,, Paragraph 16, Absatz 3, bis 5, Paragraph 17,, Paragraph 18, Absatz 2, und 3, Paragraphen 19, bis 29, jeweils samt Überschrift, Paragraph 36, Absatz eins, bis 4 und Absatz 7, bis 9 sowie 13, Paragraph 37,, Paragraph 38, Absatz 5, und 6, Paragraph 39, Absatz eins, und 3, Paragraphen 42, bis 45, sowie die Neubezeichnung des Paragraph 47,, jeweils in der Fassung des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 110 aus 2023,, treten mit dem der Kundmachung im Bundesgesetzblatt folgenden Tag in Kraft.

[...]

(3) Für Angehörige nach § 27 Abs. 2 Z 2 in der Fassung des BundesgesetzesBGBl. I Nr. 110/2023 (ausgenommen Lebensgefährten) von Tabaktrafikanen, die die Anforderungen nach § 27 Abs. 2 Z 1 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 110/2023 erfüllt haben, gilt die Anforderung nach § 27 Abs. 1 erster Satz auch dann erfüllt, wenn der Angehörige die Voraussetzungen nach § 27 Abs. 2 Z 3 bis 5 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 110/2023 erfüllt und(3) Für Angehörige nach Paragraph 27, Absatz 2, Ziffer 2, in der Fassung des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 110 aus 2023, (ausgenommen Lebensgefährten) von Tabaktrafikanen, die die Anforderungen nach Paragraph 27, Absatz 2, Ziffer eins, in der Fassung des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 110 aus 2023, erfüllt haben, gilt die Anforderung nach Paragraph 27, Absatz eins, erster Satz auch dann erfüllt, wenn der Angehörige die Voraussetzungen nach Paragraph 27, Absatz 2, Ziffer 3, bis 5 in der Fassung des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 110 aus 2023, erfüllt und

1.

in den 42 Monaten vor dem 24. August 2021 mindestens 30 Monate als mittätig gemeldet war (§ 31 Abs. 8 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 104/2019, wobei im Falle des Vorliegens einer Anmeldung zur Sozialversicherung nach dieser Bestimmung auf eine Anzeige an die Monopolverwaltung GmbH verzichtet werden kann) und seitdem weiter mittätig war, oderin den 42 Monaten vor dem 24. August 2021 mindestens 30 Monate als mittätig gemeldet war (Paragraph 31, Absatz 8, in der Fassung des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 104 aus 2019,, wobei im Falle des Vorliegens einer Anmeldung zur Sozialversicherung nach dieser Bestimmung auf eine Anzeige an die Monopolverwaltung GmbH verzichtet werden kann) und seitdem weiter mittätig war, oder

2.

vor dem 24. August 1971 geboren wurde und am 24. August 2021 als mittätig gemeldet war (§ 31 Abs. 8 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 104/2019, wobei im Falle des Vorliegens einer Anmeldung zur Sozialversicherung nach dieser Bestimmung auf eine Anzeige an die Monopolverwaltung GmbH verzichtet werden kann) und seitdem weiter mittätig war.“vor dem 24. August 1971 geboren wurde und am 24. August 2021 als mittätig gemeldet war (Paragraph 31, Absatz 8, in der Fassung des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 104 aus 2019,, wobei im Falle des Vorliegens einer Anmeldung zur Sozialversicherung nach dieser Bestimmung auf eine Anzeige an die Monopolverwaltung GmbH verzichtet werden kann) und seitdem weiter mittätig war.“

39

§ 22 Abs. 1 bis 3 Bundesvergabegezet Konzessionen 2018 (BVergGKonz 2018) idF des Vergaberechtsreformgesetzes 2018, BGBl. I Nr. 65/2018, lauten:Paragraph 22, Absatz eins, bis 3

Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 (BVerGKonz 2018) in der Fassung , des Vergaberechtsreformgesetzes 2018, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 65 aus 2018,, lauten:

„§ 22. (1) Der Auftraggeber kann das Verfahren zur Wahl des Konzessionärs unter Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes frei gestalten.

(2) Der Auftraggeber hat die beabsichtigte Vergabe einer Konzession bekannt zu machen.

(3) Abweichend von Abs. 2 kann eine Konzession ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden, wenn(3) Abweichend von Absatz 2, kann eine Konzession ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden, wenn

1.

im Rahmen eines durchgeführten Konzessionsvergabeverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung kein oder kein im Sinne des Abs. 4 geeignetes Angebot abgegeben oder kein oder kein im Sinne des Abs. 4 geeigneter Teilnahmeantrag gestellt worden ist und die ursprünglichen Bedingungen für den Konzessionsvertrag nicht wesentlich geändert werden oder im Rahmen eines durchgeführten Konzessionsvergabeverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung kein oder kein im Sinne des Absatz 4, geeignetes Angebot abgegeben oder kein oder kein im Sinne des Absatz 4, geeigneter Teilnahmeantrag gestellt worden ist und die ursprünglichen Bedingungen für den Konzessionsvertrag nicht wesentlich geändert werden oder

2.

die Bau- oder Dienstleistung nur von einem bestimmten Unternehmer erbracht werden kann, weil das Ziel der Konzession die Erschaffung oder der Erwerb eines einzigartigen Kunstwerkes oder einer einzigartigen künstlerischen Leistung ist, oder

3.

die Bau- oder Dienstleistung nur von einem bestimmten Unternehmer erbracht werden kann, weil

a)

aus technischen Gründen ein Wettbewerb nicht vorhanden ist, oder

b)

die Bau- oder Dienstleistung aufgrund des Schutzes von ausschließlichen Rechten gemäß § 4 Abs. 4 nur von einem bestimmten Unternehmer erbracht werden kann, oder die Bau- oder Dienstleistung aufgrund des Schutzes von ausschließlichen Rechten gemäß Paragraph 4, Absatz 4, nur von einem bestimmten Unternehmer erbracht werden kann, oder

c)

die Bau- oder Dienstleistung aufgrund des Schutzes von sonstigen ausschließlichen Rechten, wie etwa der Rechte am geistigen Eigentum, nur von einem bestimmten Unternehmer erbracht werden kann,

und es keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung gibt und der mangelnde Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Anforderungen des Konzessionsvergabeverfahrens ist, oder

4.

im Unterschwellenbereich im Hinblick auf die spezifischen Merkmale der Konzession kein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht.

Im Fall der Z 1 hat der Auftraggeber der Kommission auf Verlangen einen Bericht über das Vorliegen der Voraussetzungen gemäß Z 1 vorzulegen. Im Fall der Ziffer eins, hat der Auftraggeber der Kommission auf Verlangen einen Bericht über das Vorliegen der Voraussetzungen gemäß Ziffer eins, vorzulegen.

[...]“

40

3.1. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist Gegenstand des Bestellungsvertrages iSd TabMG 1996 aF die Vergabe einer Dienstleistungskonzession iSd BVerGKonz 2018. Die Bestimmungen des BVerGKonz 2018 sind daher auf das Verfahren zur Bestellung von Tabaktrafikanten nach dem TabMG 1996 aF anzuwenden (vgl. VwGH 20.7.2021, Ro 2019/04/0231, Rn. 48). 3.1. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist Gegenstand des Bestellungsvertrages iSd TabMG 1996 aF die Vergabe einer Dienstleistungskonzession iSd BVerGKonz 2018. Die Bestimmungen des BVerGKonz 2018 sind daher auf das Verfahren zur Bestellung von Tabaktrafikanten nach dem TabMG 1996 aF anzuwenden vergleiche , VwGH 20.7.2021,

Ro 2019/04/0231, Rn. 48).

41

Das TabMG 1996 wurde infolge des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes vom 20. Juli 2021, Ro 2019/04/0231, mit dem Abgabenänderungsgesetz 2023 an die Bestimmungen des BVerGKonz 2018 angepasst (vgl. ErläutRV 2086 BlgNR 27. GP, 3). Das TabMG 1996 wurde infolge des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes vom 20. Juli 2021, Ro 2019/04/0231, mit dem Abgabenänderungsgesetz 2023 an die Bestimmungen des BVerGKonz 2018 angepasst vergleiche , ErläutRV 2086 BlgNR 27. GP, 3).

42

3.2. Im Revisionsverfahren ist strittig, ob die Auftraggeberin die Dienstleistungskonzession für den Betrieb des Tabakfachgeschäftes gemäß § 22 Abs. 3 Z 3 lit. c BVerGKonz 2018 ohne vorherige Bekanntmachung vergeben durfte. 3.2. Im Revisionsverfahren ist strittig, ob die Auftraggeberin die Dienstleistungskonzession für den Betrieb des Tabakfachgeschäftes gemäß Paragraph 22, Absatz 3, Ziffer 3, Litera c, BVerGKonz 2018 ohne vorherige Bekanntmachung vergeben durfte.

43

4.1. In § 27 TabMG 1996 nF wurde ein persönliches, ausschließliches Recht zum Betrieb eines Tabakfachgeschäftes für Angehörige für den Fall geschaffen, dass der Konzessionsvertrag eines Tabaktrafikanten endet. Dieses persönliche, ausschließliche Recht soll - ausweislich der Materialien - bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 27 Abs. 2 TabMG 1996 nF die Vergabe der Konzession ohne Bekanntmachung nach § 22 Abs. 3 Z 3 lit. c BVerGKonz 2018 ermöglichen (vgl. ErläutRV 2086 BlgNR 27. GP, 37). Das persönliche, ausschließliche Recht eines Angehörigen gemäß § 27 Abs. 1 TabMG 1996 nF ist an die Stelle der Ansprüche von Angehörigen gemäß § 31 TabMG 1996 aF im Fall der Beendigung des Bestellungsvertrages eines Tabaktrafikanten getreten. § 27 TabMG 1996 nF trat gemäß § 46 Abs. 1 TabMG 1996 nF mit dem der Kundmachung im Bundesgesetzblatt folgenden Tag, somit am 22. Juli 2023, in Kraft. 4.1. In Paragraph 27, TabMG 1996 nF wurde ein persönliches, ausschließliches Recht zum Betrieb eines Tabakfachgeschäftes für Angehörige für den Fall geschaffen, dass der Konzessionsvertrag eines Tabaktrafikanten endet. Dieses persönliche, ausschließliche Recht soll - ausweislich der Materialien - bei Vorliegen der Voraussetzungen des Paragraph 27, Absatz 2, TabMG 1996 nF die Vergabe der Konzession ohne Bekanntmachung nach Paragraph 22, Absatz 3, Ziffer 3, Litera c, BVerGKonz 2018 ermöglichen vergleiche , ErläutRV 2086 BlgNR 27. GP, 37). Das persönliche, ausschließliche Recht eines Angehörigen gemäß Paragraph 27, Absatz eins, TabMG 1996 nF ist an die Stelle der Ansprüche von Angehörigen gemäß Paragraph 31, TabMG 1996 aF im Fall der Beendigung des Bestellungsvertrages eines Tabaktrafikanten getreten. Paragraph 27, TabMG 1996 nF trat gemäß Paragraph 46, Absatz eins, TabMG 1996 nF mit dem der Kundmachung im Bundesgesetzblatt folgenden Tag, somit am 22. Juli 2023, in Kraft.

44

Das revisionsgegenständliche Konzessionsvergabeverfahren wurde von der Auftraggeberin nach den Feststellungen des Verwaltungsgerichts am 27. Juli 2023 durch Kontaktaufnahme mit der Zweitmitbeteiligten eingeleitet. Die Besonderheit des Konzessionsvergabeverfahrens besteht darin, dass E N, der ehemalige Tabaktrafikant, im April 2020 verstarb und der Bestellungsvertrag mit E N somit vor Inkrafttreten des TabMG 1996 nF endete.

45

§ 27 Abs. 1 TabMG 1996 nF sieht als Voraussetzung des Bestehens eines persönlichen, ausschließlichen Rechts eines Angehörigen vor, dass der Konzessionsvertrag eines Tabaktrafikanten, der zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses oder danach dem Kreis der Menschen mit Behinderung gemäß § 2 Z 7 TabMG 1996 nF angehörte oder angehört, endet. Für die vor Inkrafttreten des AbgÄG 2023 abgeschlossenen Bestellungsverträge sieht § 45 Abs. 2 TabMG 1996 nF vor, dass diese als Konzessionsverträge nach § 28 TabMG 1996 nF gelten. Paragraph 27, Absatz eins, TabMG 1996 nF sieht als Voraussetzung des Bestehens eines persönlichen, ausschließlichen Rechts eines Angehörigen vor, dass der Konzessionsvertrag eines Tabaktrafikanten, der zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses oder danach dem Kreis der Menschen mit Behinderung gemäß Paragraph 2, Ziffer 7, TabMG 1996 nF angehörte oder angehört, endet. Für die vor Inkrafttreten des AbgÄG 2023 abgeschlossenen Bestellungsverträge sieht Paragraph 45 A, b, s, 2 TabMG 1996 nF vor, dass diese als Konzessionsverträge nach Paragraph 28, TabMG 1996 nF gelten.

46

§ 46 Abs. 3 TabMG 1996 nF enthält außerdem eine Übergangsregelung zur Berücksichtigung von im Zeitpunkt der Zustellung des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes vom 20. Juli 2021, Ro 2019/04/0231, bestehenden Anwartschaften von Angehörigen (vgl. ErläutRV 2086 BlgNR 27. GP, 38). Weitere Übergangsregelungen für den Fall der

Beendigung des Bestellungsvertrages eines Trafikanten vor Inkrafttreten des AbgÄG 2023 sieht das TabMG 1996 nF nicht vor. Aufgrund der Klarstellung des § 45 TabMG 1996 nF, dass Bestellungsverträge nach dem TabMG 1996 aF als Konzessionsverträge gelten, ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber von der Kontinuität der Regelung der Eintrittsmöglichkeiten von Angehörigen in Konzessionsverträge nach § 27 Abs. 1 TabMG 1996 nF ausging. Paragraph 46, Absatz 3, TabMG 1996 nF enthält außerdem eine Übergangsregelung zur Berücksichtigung von im Zeitpunkt der Zustellung des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes vom 20. Juli 2021, Ro 2019/04/0231, bestehenden Anwartschaften von Angehörigen vergleiche , ErläutRV 2086 BlgNR 27. GP, 38). Weitere Übergangsregelungen für den Fall der Beendigung des Bestellungsvertrages eines Trafikanten vor Inkrafttreten des AbgÄG 2023 sieht das TabMG 1996 nF nicht vor. Aufgrund der Klarstellung des Paragraph 45, TabMG 1996 nF, dass Bestellungsverträge nach dem TabMG 1996 aF als Konzessionsverträge gelten, ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber von der Kontinuität der Regelung der Eintrittsmöglichkeiten von Angehörigen in Konzessionsverträge nach Paragraph 27, Absatz eins, TabMG 1996 nF ausging.

47

Im Fall der Beendigung eines Bestellungsvertrages vor dem 22. Juli 2023 ist die Weitergabe an Angehörige nach Inkrafttreten des § 27 TabMG 1996 nF - mangels anderslautender Übergangsregelungen des TabMG 1996 nF - daher nach dieser Bestimmung zu prüfen. Im Fall der Beendigung eines Bestellungsvertrages vor dem 22. Juli 2023 ist die Weitergabe an Angehörige nach Inkrafttreten des Paragraph 27, TabMG 1996 nF - mangels anderslautender Übergangsregelungen des TabMG 1996 nF - daher nach dieser Bestimmung zu prüfen.

48

Es wird vom Revisionswerber nicht bestritten, dass die Zweitmitbeteiligte die Voraussetzungen des § 27 Abs. 2 TabMG 1996 nF erfüllte. Es wird vom Revisionswerber nicht bestritten, dass die Zweitmitbeteiligte die Voraussetzungen des Paragraph 27, Absatz 2, TabMG 1996 nF erfüllte.

49

4.2. Der Revisionswerber bringt nun vor, das persönliche, ausschließliche Recht der Zweitmitbeteiligten sei aufgrund des Abschlusses eines Bestellungsvertrages der Auftraggeberin mit der Verlassenschaft nach dem verstorbenen Trafikanten am 16. Juni 2020 erloschen.

50

Dem ist zu entgegnen, dass Gegenstand des Feststellungsverfahrens ausschließlich der aufgrund des am 27. Juli 2023 eingeleiteten Konzessionsvergabeverfahrens mit der Zweitmitbeteiligten abgeschlossene Konzessionsvertrag war. § 27 Abs. 4 TabMG 1996 nF regelt den Anspruchsverlust eines Angehörigen im Fall des Bestehens eines persönlichen, ausschließlichen Rechts nach § 27 TabMG 1996 nF abschließend. Der Abschluss eines Bestellungsvertrages der Auftraggeberin mit der Verlassenschaft bewirkt hingegen keinen Anspruchsverlust eines Angehörigen. Dem ist zu entgegnen, dass Gegenstand des Feststellungsverfahrens ausschließlich der aufgrund des am 27. Juli 2023 eingeleiteten Konzessionsvergabeverfahrens mit der Zweitmitbeteiligten abgeschlossene Konzessionsvertrag war. Paragraph 27, Absatz 4, TabMG 1996 nF regelt den Anspruchsverlust eines Angehörigen im Fall des Bestehens eines persönlichen, ausschließlichen Rechts nach Paragraph 27, TabMG 1996 nF abschließend. Der Abschluss eines Bestellungsvertrages der Auftraggeberin mit der Verlassenschaft bewirkt hingegen keinen Anspruchsverlust eines Angehörigen.

51

4.3. Soweit der Revisionswerber des Weiteren ins Treffen führt, die Zweitmitbeteiligte habe ihren Anspruch nach § 27 Abs. 1 TabMG 1996 nF verloren, weil sie nicht innerhalb eines Monats nach Beendigung des Konzessionsvertrages gegenüber der Auftraggeberin schriftlich ihr Interesse am Betrieb des Tabakfachgeschäfts bekundet habe (§ 27 Abs. 4 Z 1 TabMG 1996 nF), ist dem Folgendes zu entgegnen. 4.3. Soweit der Revisionswerber des Weiteren ins Treffen führt, die Zweitmitbeteiligte habe ihren Anspruch nach Paragraph 27, Absatz eins, TabMG 1996 nF verloren, weil sie nicht innerhalb eines Monats nach Beendigung des Konzessionsvertrages gegenüber der Auftraggeberin schriftlich ihr Interesse am Betrieb des Tabakfachgeschäfts bekundet habe (Paragraph 27, Absatz 4, Ziffer eins, TabMG 1996 nF), ist dem Folgendes zu entgegnen:

52

Gemäß § 27 Abs. 4 Z 1 TabMG 1996 nF setzt das persönliche, ausschließliche Recht eines Angehörigen zum Betrieb des Tabakfachgeschäfts bei sonstigem Anspruchsverlust eine schriftliche Interessenbekundung des Angehörigen gegenüber der Auftraggeberin voraus. Diese Regelung entspricht im Wesentlichen § 31 Abs. 10 TabMG 1996

idF BGBl. Nr. 830/1995, und geht auf schon in früheren Regelungen bestehende ähnliche Voraussetzungen zurück (vgl. etwa § 26 Abs. 5 Tabakmonopolgesetz 1968, BGBl. Nr. 38/1968). Gemäß Paragraph 27, Absatz 4, Ziffer eins, TabMG 1996 nF setzt das persönliche, ausschließliche Recht eines Angehörigen zum Betrieb des Tabakfachgeschäfts bei sonstigem Anspruchsverlust eine schriftliche Interessenbekundung des Angehörigen gegenüber der Auftraggeberin voraus. Diese Regelung entspricht im Wesentlichen Paragraph 31, Absatz 10, TabMG 1996 in der Fassung, Bundesgesetzblatt Nr. 830 aus 1995,, und geht auf schon in früheren Regelungen bestehende ähnliche Voraussetzungen zurück vergleiche , etwa Paragraph 26, Absatz 5, Tabakmonopolgesetz 1968, Bundesgesetzblatt Nr. 38 aus 1968,).

53

Zwar enthält das TabMG 1996 nF keine Übergangsregelung für den Fall einer Bewerbung eines Angehörigen nach § 31 Abs. 10 TabMG 1996 aF vor Inkrafttreten des TabMG 1996 nF. Angesichts der vom Gesetzgeber offenkundig bezweckten Kontinuität der Regelungen des TabMG 1996 aF betreffend Ansprüche der Angehörigen von Tabaktrafikanten (vgl. ErläutRV 2086 BlgNR 27. GP, 38) ist davon auszugehen, dass eine nach § 31 Abs. 10 TabMG 1996 aF abgegebene Bewerbung eines Angehörigen innerhalb eines Monats nach Beendigung des Bestellungsvertrages bewirkt, dass nach Inkrafttreten des TabMG 1996 nF ein Anspruchsverlust gemäß § 27 Abs. 4 Z 1 TabMG 1996 nF nicht eintritt. Zwar enthält das TabMG 1996 nF keine Übergangsregelung für den Fall einer Bewerbung eines Angehörigen nach Paragraph 31, Absatz 10, TabMG 1996 aF vor Inkrafttreten des TabMG 1996 nF. Angesichts der vom Gesetzgeber offenkundig bezweckten Kontinuität der Regelungen des TabMG 1996 aF betreffend Ansprüche der Angehörigen von Tabaktrafikanten vergleiche , ErläutRV 2086 BlgNR 27. GP, 38) ist davon auszugehen, dass eine nach Paragraph 31, Absatz 10, TabMG 1996 aF abgegebene Bewerbung eines Angehörigen innerhalb eines Monats nach Beendigung des Bestellungsvertrages bewirkt, dass nach Inkrafttreten des TabMG 1996 nF ein Anspruchsverlust gemäß Paragraph 27, Absatz 4, Ziffer eins, TabMG 1996 nF nicht eintritt.

54

Nach den Feststellungen des Verwaltungsgerichts bewarb sich die Zweitmitbeteiligte am 13. Mai 2020 - somit innerhalb eines Monats nach dem Ableben des Tabaktrafikanten und dem damit verbundenen Erlöschen des Bestellungsvertrages - um die Weiterführung des Tabakfachgeschäfts. Da die Zweitmitbeteiligte dadurch die Voraussetzung des § 31 Abs. 10 TabMG 1996 aF erfüllte, ging ihr Anspruch nicht nach der mit § 31 Abs. 10 TabMG 1996 aF korrespondierenden Bestimmung des § 27 Abs. 4 Z 1 TabMG 1996 nF verloren. Nach den Feststellungen des Verwaltungsgerichts bewarb sich die Zweitmitbeteiligte am 13. Mai 2020 - somit innerhalb eines Monats nach dem Ableben des Tabaktrafikanten und dem damit verbundenen Erlöschen des Bestellungsvertrages - um die Weiterführung des Tabakfachgeschäfts. Da die Zweitmitbeteiligte dadurch die Voraussetzung des Paragraph 31, Absatz 10, TabMG 1996 aF erfüllte, ging ihr Anspruch nicht nach der mit Paragraph 31, Absatz 10, TabMG 1996 aF korrespondierenden Bestimmung des Paragraph 27, Absatz 4, Ziffer eins, TabMG 1996 nF verloren.

55

Der Zweitmitbeteiligten stand nach dem Gesagten und den Feststellungen des Verwaltungsgerichts im Zeitpunkt der Einleitung des Konzessionsvergabeverfahrens durch die Auftraggeberin am 27. Juli 2023 ein persönliches, ausschließliches Recht zum Betrieb des Tabakfachgeschäfts gemäß § 27 Abs. 1 TabMG 1996 nF zu. Die Voraussetzung des § 22 Abs. 3 Z 3 lit. c BVergGKonz 2018, dass die Dienstleistung aufgrund des Schutzes eines ausschließlichen Rechts nur von einem bestimmten Unternehmer erbracht werden kann, war damit gegeben. Der Zweitmitbeteiligten stand nach dem Gesagten und den Feststellungen des Verwaltungsgerichts im Zeitpunkt der Einleitung des Konzessionsvergabeverfahrens durch die Auftraggeberin am 27. Juli 2023 ein persönliches, ausschließliches Recht zum Betrieb des Tabakfachgeschäfts gemäß Paragraph 27, Absatz eins, TabMG 1996 nF zu. Die Voraussetzung des Paragraph 22, Absatz 3, Ziffer 3, Litera c, BVergGKonz 2018, dass die Dienstleistung aufgrund des Schutzes eines ausschließlichen Rechts nur von einem bestimmten Unternehmer erbracht werden kann, war damit gegeben.

56

4.4. Der Ausnahmetatbestand des § 22 Abs. 3 Z 3 lit. c BVergGKonz 2018 setzt des Weiteren voraus, dass es keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung gibt und der mangelnde Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Anforderungen des Konzessionsvergabeverfahrens ist. 4.4. Der Ausnahmetatbestand des Paragraph 22, Absatz 3, Ziffer 3, Litera c, BVergGKonz 2018 setzt des Weiteren voraus, dass es keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung gibt und der mangelnde Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Anforderungen des Konzessionsvergabeverfahrens ist.

57

Nach den Materialien kommt als vernünftige Ersatzlösung etwa die Nutzung alternativer Vertriebswege oder die Erwägung funktionell vergleichbarer Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen in Betracht. Eine künstliche Einschränkung der Anforderung des Vergabeverfahrens liegt etwa dann vor, wenn der öffentliche Auftraggeber - ohne Durchführung eines bekanntgemachten Verfahrens - eine Vorselektion durchführt und damit die „Exklusivität“, auf die er sich bei der Wahl des Verhandlungsverfahrens beruft, erst geschaffen hat (vgl. ErläutRV 69 BlgNR 25. GP, 68 und 245, mHa ErwGr 50 der Richtlinie 2014/24/EU [VergabeRL]). Nach den Materialien kommt als vernünftige Ersatzlösung etwa die Nutzung alternativer Vertriebswege oder die Erwägung funktionell vergleichbarer Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen in Betracht. Eine künstliche Einschränkung der Anforderung des Vergabeverfahrens liegt etwa dann vor, wenn der öffentliche Auftraggeber - ohne Durchführung eines bekanntgemachten Verfahrens - eine Vorselektion durchführt und damit die „Exklusivität“, auf die er sich bei der Wahl des Verhandlungsverfahrens beruft, erst geschaffen hat vergleiche , ErläutRV 69 BlgNR 25. GP, 68 und 245, mHa ErwGr 50 der Richtlinie 2014/24/EU [VergabeRL]).

58

Das Verwaltungsgericht hat sich bei der Prüfung dieser Anforderung zutreffend auf § 27 Abs. 1 letzter Satz TabMG 1996 nF bezogen. Im Falle des Bestehens eines persönlichen, ausschließlichen Rechts eines Angehörigen zum Betrieb des Tabakfachgeschäfts darf die Auftraggeberin den Standort weder schließen, noch für diesen Standort eine Konzession an eine nicht anspruchsberechtigte Person vergeben, ausgenommen an Verlassenschaften. Das Bestehen des ausschließlichen Rechts eines Angehörigen steht demnach einer Alternative oder Ersatzlösung für den Standort entgegen. Der mangelnde Wettbewerb ist auch nicht das Ergebnis einer von der Auftraggeberin getroffenen Vorauswahl an potentiellen Konzessionären, sondern resultiert aus dem eine Vergabe an andere Personen ausschließenden Recht des Angehörigen gemäß § 27 Abs. 1 TabMG 1996 nF. Damit lagen die Voraussetzungen zur Vergabe der Konzession ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 22 Abs. 3 Z 3 lit. c BVergGKonz 2018 im Zeitpunkt der Durchführung des Vergabeverfahrens vor. Das Verwaltungsgericht hat sich bei der Prüfung dieser Anforderung zutreffend auf Paragraph 27, Absatz eins, letzter Satz TabMG 1996 nF bezogen. Im Falle des Bestehens eines persönlichen, ausschließlichen Rechts eines Angehörigen zum Betrieb des Tabakfachgeschäfts darf die Auftraggeberin den Standort weder schließen, noch für diesen Standort eine Konzession an eine nicht anspruchsberechtigte Person vergeben, ausgenommen an Verlassenschaften. Das Bestehen des ausschließlichen Rechts eines Angehörigen steht demnach einer Alternative oder Ersatzlösung für den Standort entgegen. Der mangelnde Wettbewerb ist auch nicht das Ergebnis einer von der Auftraggeberin getroffenen Vorauswahl an potentiellen Konzessionären, sondern resultiert aus dem eine Vergabe an andere Personen ausschließenden Recht des Angehörigen gemäß Paragraph 27, Absatz eins, TabMG 1996 nF. Damit lagen die Voraussetzungen zur Vergabe der Konzession ohne vorherige Bekanntmachung gemäß Paragraph 22, Absatz 3, Ziffer 3, Litera c, BVergGKonz 2018 im Zeitpunkt der Durchführung des Vergabeverfahrens vor.

59

5. Soweit der Revisionswerber in der Revision erstmals vorbringt, die Laufzeit des Konzessionsvertrages übersteige entgegen § 13 Abs. 2 BVergGKonz 2018 fünf Jahre und sei aus diesem Grund rechtswidrig, steht der Berücksichtigung dieses Vorbringens das im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof aus § 41 Abs. 1 VwGG abzuleitende Neuerungsverbot entgegen (vgl. etwa VwGH 11.12.2024, Ro 2022/05/0010, Rn. 78; 30.4.2019, Ro 2017/06/0001, Rn. 33, mwN). 5. Soweit der Revisionswerber in der Revision erstmals vorbringt, die Laufzeit des Konzessionsvertrages übersteige entgegen Paragraph 13, Absatz 2, BVergGKonz 2018 fünf Jahre und sei aus diesem Grund rechtswidrig, steht der Berücksichtigung dieses Vorbringens das im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof aus Paragraph 41, Absatz eins, VwGG abzuleitende Neuerungsverbot entgegen vergleiche , etwa VwGH 11.12.2024, Ro 2022/05/0010, Rn. 78; 30.4.2019, Ro 2017/06/0001, Rn. 33, mwN).

60

Auf dieses Vorbringen ist daher im Revisionsverfahren nicht näher einzugehen. Die in der Revision zu diesem Vorbringen angeregte (Vorlage-)Frage an den EuGH ist somit nicht entscheidungserheblich (vgl. EuGH 15.10.2024, KUBERA, C-144/23, Rn. 36, 62, mwN), weshalb die Pflicht zur Vorlage entfällt (vgl. VwGH 29.1.2026, Ra 2025/01/0322, Rn. 10, mwN). Auf dieses Vorbringen ist daher im Revisionsverfahren nicht näher einzugehen. Die in der Revision zu diesem Vorbringen angeregte (Vorlage-)Frage an den EuGH ist somit nicht entscheidungserheblich vergleiche , EuGH 15.10.2024, KUBERA, C-144/23, Rn. 36, 62, mwN), weshalb die Pflicht zur Vorlage entfällt vergleiche ,

VwGH 29.1.2026, Ra 2025/01/0322, Rn. 10, mwN).

61

6. Die Revision war aus den dargelegten Gründen gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen⁶. Die Revision war aus den dargelegten Gründen gemäß Paragraph 42, Absatz eins, VwGG als unbegründet abzuweisen.

62

7. Gemäß § 39 Abs. 2 Z 6 VwGG konnte von der Durchführung der beantragten mündlichen Verhandlung abgesehen werden, zumal das Verwaltungsgericht, ein Tribunal iSd MRK bzw. ein Gericht im Sinne des Art. 47 GRC, eine mündliche Verhandlung durchgeführt hat (vgl. VwGH 18.5.2016, Ra 2016/04/0001, Rn. 20, mwN). 7. Gemäß Paragraph 39, Absatz 2, Ziffer 6, VwGG konnte von der Durchführung der beantragten mündlichen Verhandlung abgesehen werden, zumal das Verwaltungsgericht, ein Tribunal iSd MRK bzw. ein Gericht im Sinne des Artikel 47, GRC, eine mündliche Verhandlung durchgeführt hat vergleiche , VwGH 18.5.2016, Ra 2016/04/0001, Rn. 20, mwN).

63

Die Entscheidung über den Aufwandsersatz stützt sich auf die §§ 47 ff, in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsersatzverordnung 2014. Die Entscheidung über den Aufwandsersatz stützt sich auf die Paragraphen 47, ff, in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsersatzverordnung 2014.

Wien, am 18. März 2026

Schlagworte

Anzuwendendes Recht Maßgebende Rechtslage VwRallg2 Auslegung Anwendung der Auslegungsmethoden Verhältnis der wörtlichen Auslegung zur teleologischen und historischen Auslegung Bedeutung der Gesetzesmaterialien VwRallg3/2/2

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2026:RO2024040029.J00

Im RIS seit

21.04.2026

Zuletzt aktualisiert am

28.04.2026

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at