



Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Kleiser und die Hofräte Dr. Mayr und Mag. Brandl als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Vonier, über die Revision des S B, vertreten durch die RIHS Rechtsanwalt GmbH in Wien, gegen das Erkenntnis und den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. November 2022, Zlen. 1. W134 2222370-2/61E und 2. W134 2222370-3/10E, betreffend ein vergaberechtliches Feststellungsverfahren (mitbeteiligte Partei:

Monopolverwaltung GmbH, vertreten durch die Finanzprokuratur), den

Beschluss

gefasst:

Die Revision wird zurückgewiesen.

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

Begründung:

- 1 **1.1.** Zur Vorgeschichte ist auf den Beschluss und das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 21. Juli 2022, Ro 2020/04/0013, zu verweisen. Mit dieser Entscheidung hob der Verwaltungsgerichtshof - soweit vorliegend wesentlich - das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts vom 18. November 2019 im Umfang seiner Spruchpunkte 1) A) II. und 2) A), womit der Antrag des Revisionswerbers, das Nachprüfungsverfahren als Feststellungsverfahren fortzuführen und festzustellen, dass der Widerruf des Konzessionsvergabeverfahrens rechtswidrig gewesen sei, und der Antrag auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren jeweils abgewiesen wurden, wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes auf.
- 2 Die Aufhebung begründete der Verwaltungsgerichtshof zusammengefasst dahin, es sei grundsätzlich nicht von der Hand zu weisen, dass das Anliegen der Einbeziehung vorzugsberechtigter Personen iSd TabMG 1996 in das Vergabeverfahren betreffend die Bestellung eines Trafikanten, das sich in der gesetzlichen Bestimmung des § 25 Abs. 9 TabMG 1996 widerspiegle, eine sachliche Rechtfertigung für einen Widerruf darstellen könne. Dieser





Widerrufsgrund könne jedoch dann nicht mehr zum Tragen kommen, wenn Bewerbungen vorzugsberechtigter Personen zwar erfolgt seien, diese jedoch mangels Erfüllung der Ausschreibungsbedingungen gemäß § 27 Abs. 1 Z 10 TabMG 1996 auszuschneiden gewesen seien oder aus sonstigen Gründen in der Folge nicht zum Zug kommen könnten. § 25 Abs. 9 TabMG 1996 beziehe sich explizit auf das Ende der Angebotsfrist, welches mit dem Zeitpunkt nach Prüfung der eingelangten Angebote und dem allfälligen Ausscheiden eines oder mehrerer derselben nicht gleichgesetzt werden könne. Das Ausscheiden bestimmter Bewerber setze im Gegenteil den Ablauf der Angebotsfrist und die Öffnung der Angebote voraus. Das Verwaltungsgericht sei - offenbar - in rechtlicher Hinsicht zu Unrecht davon ausgegangen, dass vorliegend die Tatbestandsvoraussetzung des § 25 Abs. 9 TabMG 1996 schon deshalb erfüllt gewesen wäre, weil der nach Ausscheiden aller übrigen Angebote im Vergabeverfahren verbliebene Bieter nicht dem Kreis der vorzugsberechtigten Personen angehört habe. Vielmehr wäre aber im Zusammenhang mit dem angezogenen Widerrufsgrund zu prüfen gewesen, ob mit dem Ende der Angebotsfrist Bewerber aus dem Kreis vorzugsberechtigter Personen iSd § 25 Abs. 9 TabMG 1996 vorgelegen seien, wozu das Verwaltungsgericht wegen Verkennens der Rechtslage keine Feststellungen getroffen habe.

- 3 **1.2** Mit der angefochtenen Entscheidung wies das Verwaltungsgericht den Antrag, „das Nachprüfungsverfahren aufgrund des Nachprüfungsantrages vom 13.8.2019 gemäß § 97 Abs. 4 S. 1 BVergGKonz als Feststellungsverfahren weiterzuführen und dementsprechend [...] b. gemäß § 97 Abs. 4 Z 4 BVergGKonz festzustellen, dass der Widerruf des Konzessionsvergabeverfahrens wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen bzw. unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war,“ gemäß § 78 BVergGKonz 2018 erneut ab (Spruchpunkt 1) A). Überdies wies das Verwaltungsgericht den Antrag des Revisionswerbers auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die mitbeteiligte Partei gemäß § 85 BVergGKonz 2018 ab (Spruchpunkt 2) A). Die Revision erklärte das Verwaltungsgericht in Bezug auf Spruchpunkt 1) A für zulässig (Spruchpunkt 1) B) und betreffend Spruchpunkt 2) A für nicht zulässig (Spruchpunkt 2) B).



- 4 Das Verwaltungsgericht traf ergänzend zusammengefasst folgende wesentliche Feststellungen: Von den einschließlich des Revisionswerbers insgesamt 5 Bewerbern, die ein Angebot abgegeben hätten, habe die Bewerberin T M mit Schreiben vom 19. September 2019 ihre Bewerbung zurückgezogen. Die Bewerber M R und S F gehörten dem Kreis der begünstigten Behinderten an und seien somit vorzugsberechtigt. Beide Bewerber hätten jedoch bis zum Ende der Angebotsfrist unter anderem nicht den in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Kapitalnachweis erbracht. Die Bewerberin H T habe nicht dem Kreis der begünstigten Behinderten und somit vorzugsberechtigten Personen angehört. Auch sie habe bis zum Ende der Angebotsfrist unter anderem nicht den geforderten Kapitalnachweis erbracht. Sämtliche dieser Bewerbungen habe die mitbeteiligte Partei als gegenstandslos betrachtet.
- 5 Rechtlich führte das Verwaltungsgericht zusammengefasst aus, vorliegend handle es sich um eine Ausschreibung einer Dienstleistungskonzession iSd § 6 BVergGKonz 2018 im Oberschwellenbereich. Mangels eines in der Ausschreibung geforderten Kapitalnachweises hätten die beiden vorzugsberechtigten Personen kein geeignetes Angebot abgegeben. Die übrigen Bewerber gehörten nicht dem Kreis vorzugsberechtigter Personen iSd § 29 TabMG 1996 an. Da das TabMG 1996, wie aus den Materialien hervorgehe, das Ziel verfolge, für möglichst viele vorzugsberechtigte Menschen mit Behinderung durch Verleihung eines Tabakfachgeschäftes eine wirtschaftliche Existenzgrundlage zu schaffen, und auch die mitbeteiligte Partei die Intention verfolge, die Trafik aus sozialpolitischen Gründen an eine vorzugsberechtigte Person zu vergeben, stelle das Nichtvorliegen eines geeigneten Angebotes einer vorzugsberechtigten Person nach Ablauf der Angebotsfrist einen sachlichen Grund für einen Widerruf gemäß § 75 Abs. 1 BVergGKonz 2018 dar. Der Widerruf sei somit aus einem sachlichen Grund iSd § 75 BVergGKonz 2018 rechtmäßig erfolgt. Da der Revisionswerber nicht obsiegt habe, habe er gemäß § 85 BVergGKonz 2018 keinen Anspruch auf Gebührenersatz durch die mitbeteiligte Partei.
- 6 Den Zulässigkeitsausspruch begründete das Verwaltungsgericht mit fehlender „Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs, des Verfassungsgerichtshofs,



des Obersten Gerichtshofs oder des Europäischen Gerichtshofs“ zur Rechtsfrage, ob der Abschluss eines Vertrages über den Betrieb einer Tabaktrafik in den Anwendungsbereich des BVergGKonz 2018 falle, insbesondere ob der Betrieb einer Tabaktrafik eine Dienstleistung sei, die in den Anwendungsbereich des Vergaberechts falle.

- 7 **1.3** Gegen diese Entscheidung richtet sich die vorliegende ordentliche Revision mit dem Antrag, in der Sache selbst zu entscheiden und gemäß § 97 Abs. 1 Z 4 BVergGKonz 2018 festzustellen, dass der Widerruf des Konzessionsvergabeverfahrens wegen eines Verstoßes gegen das BVergGKonz 2018 bzw. unmittelbar anwendbares Unionsrechts rechtswidrig gewesen sei und die mitbeteiligte Partei zum Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren zu verpflichten, in eventuelle angefochtene Entscheidung wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts aufzuheben.
- 8 Die mitbeteiligte Partei erstattete eine Revisionsbeantwortung mit dem Antrag, die Revision kostenpflichtig zurück- in eventuelle abzuweisen.
- 9 **2.** Nach Art. 133 Abs. 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird. Auf Beschlüsse der Verwaltungsgerichte ist Art. 133 Abs. 4 B-VG sinngemäß anzuwenden (Art. 133 Abs. 9 B-VG).
- 10 Nach § 34 Abs. 1 VwGG sind Revisionen, die sich wegen Nichtvorliegen der Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zur Behandlung eignen, ohne weiteres Verfahren mit Beschluss zurückzuweisen.
- 11 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.



- 12 **3.** Die vom Verwaltungsgericht zur Begründung der Zulässigkeit der Revision herangezogene Rechtsfrage der Anwendbarkeit des BVergGKonz 2018 auf das Verfahren zur Bestellung von Tabaktrafikannten nach dem TabMG 1996 hat der Verwaltungsgerichtshof bereits in seinem Erkenntnis vom 20. Juli 2021, Ro 2019/04/0231, beantwortet. Diese Rechtsfrage kann somit die Zulässigkeit der Revision nicht begründen. Das Fehlen von Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes und des Obersten Gerichtshofes kann bereits im Hinblick auf den eindeutigen Wortlaut des Art. 133 Abs. 4 B-VG keine Zulässigkeit der Revision begründen (vgl. zum Fehlen von Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes VwGH 30.8.2017, Ra 2017/18/0155, Rn. 14; zum Fehlen von Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes VwGH 6.12.2021, Ra 2021/03/0303, Rn. 13). Schließlich kann zwar einer Rechtsfrage auch bei sich aus dem Unionsrecht ergebenden Bedenken eine grundsätzliche Bedeutung im Sinn des Art. 133 Abs. 4 B-VG zukommen; mit einem allgemein gehaltenen und nicht weiter begründeten Verweis auf fehlende Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union wird jedoch keine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung iSd Art. 133 Abs. 4 B-VG aufgezeigt (vgl. in diesem Sinn VwGH 30.9.2020, Ra 2020/03/0127, Rn. 18).
- 13 Es obliegt sohin der Revision, in ihrer Zulässigkeitsbegründung darzulegen, dass die Entscheidung über die Revision von der Beantwortung einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung abhängt (vgl. dazu VwGH 21.7.2022, Ro 2020/04/0013, Rn. 21).
- 14 **4.** Der Revisionswerber stützt die Zulässigkeit seiner Revision zunächst auf die Missachtung der Bindungswirkung des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes vom 21. Juli 2022, Ro 2020/04/0013.
- 15 Gemäß § 63 Abs. 1 VwGG sind die Verwaltungsgerichte und die Verwaltungsbehörden, wenn der Verwaltungsgerichtshof einer Revision stattgegeben hat, verpflichtet, in der betreffenden Rechtssache mit den ihnen zu Gebote stehenden rechtlichen Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtshofes entsprechenden Rechtszustand herzustellen. Bei der Erlassung der Folgeentscheidung ist das Verwaltungsgericht an die Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtshofes gebunden. Diese Bindung





besteht im Rahmen der für die Aufhebung tragenden Gründe. Die Bindung an die Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtshofes erstreckt sich dabei auch auf solche Fragen, die eine notwendige Voraussetzung für den Inhalt seines aufhebenden Erkenntnisses darstellen (vgl. zu alldem VwGH 7.5.2025, Ra 2023/15/0093, Rn. 26, mwN).

- 16 Der Verwaltungsgerichtshof prüfte in seinem aufhebenden Vorerkenntnis, Ro 2020/04/0013, ausschließlich den Widerrufsgrund des § 25 Abs. 9 TabMG 1996, BGBl. Nr. 830/1995 in der dort maßgeblichen Fassung vor Inkrafttreten des Abgabenänderungsgesetzes 2023, BGBl. I Nr. 110/2023, dessen Vorliegen das Verwaltungsgericht im ersten Rechtsgang im aufgehobenen Erkenntnis vom 18. November 2019 bejaht hat. Die tragenden Gründe für die Aufhebung des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichts durch den Verwaltungsgerichtshof bezogen sich somit ausschließlich auf den Widerrufsgrund des § 25 Abs. 9 TabMG 1996. Insofern vermag die Revision in ihrem Zulässigkeitsvorbringen kein Abweichen des angefochtenen tragend auf § 75 BVergGKonz 2018 gestützten Erkenntnisses von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zur Bindungswirkung gemäß § 63 Abs. 1 VwGG aufzuzeigen.
- 17 5. Des Weiteren erblickt der Revisionswerber die Zulässigkeit seiner Revision darin, dass das Verwaltungsgericht von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum Gebot der Begründung von Widerrufsentscheidungen und zur Unzulässigkeit des „Nachschiebens“ von Widerrufsgründen abgewichen sei. Der Revisionswerber verweist in diesem Zusammenhang auf die beiden Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 3. September 2008, 2008/04/0109, und vom 29. Mai 2012, 2008/04/0054.
- 18 In beiden Erkenntnissen hat der Verwaltungsgerichtshof in Zusammenhang mit einem Vergabeverfahren im Sektorenbereich nach dem BVergG 2006 ausgesprochen, dass die Nichtigerklärung einer Widerrufsentscheidung bloß auf Grund ihrer mangelhaften Begründung zu unterbleiben hat und der darauf gerichtete Nachprüfungsantrag abzuweisen ist, wenn sich die Widerrufsentscheidung aus einem anderen Grund als rechtmäßig erweist und die (rechtswidriger Weise) mangelhafte Begründung somit für den Ausgang



des Vergabeverfahrens nicht von wesentlichem Einfluss ist (vgl. dazu auch VwGH 16.11.2022, Ra 2019/04/0056, Rn. 20).

- 19 Aus der vom Revisionswerber angeführten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, die auf Verfahren zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen nach dem BVergGKonz 2018 übertragbar ist, ergibt sich demnach, dass entgegen der Rechtsansicht des Revisionswerbers das Verwaltungsgericht bei der Entscheidung über eine angefochtene Widerrufsentscheidung nicht an den ursprünglich von der Auftraggeberin angegebenen Widerrufsgrund gebunden ist und die Widerrufsentscheidung auch auf nachträglich von der Auftraggeberin geltend gemachte Widerrufsgründe gestützt werden kann. Insofern ist das Verwaltungsgericht nicht von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abgewichen.
- 20 Dem weiteren in diesem Zusammenhang vom Revisionswerber erstatteten Zulässigkeitsvorbringen, eine Einschränkung des Bieterkreises ausschließlich auf „Vorzugsberechtigte“ bzw. der Widerruf eines Vergabeverfahrens nach Ausscheiden aller Angebote von Vorzugsberechtigten seien auch iSd TabMG 1996 (Rechtslage vor dem Abgabenänderungsgesetz 2023, BGBl. I Nr. 110/2023) diskriminierend, ist entgegenzuhalten, dass das Vorzugsrecht iSd § 29 TabMG 1996 keinen Ausschluss nicht vorzugsberechtigter Bieter von der Teilnahme an der Ausschreibung bedeutet, sondern lediglich eine Bevorzugung von vorzugsberechtigten Personen iSd § 29 Abs. 3 TabMG 1996 bei der Vergabe des ausgeschriebenen Tabakfachgeschäftes. Ebenso hat der Verwaltungsgerichtshof bereits im Vorerkenntnis vom 21. Juli 2022, Ro 2020/04/0013, Rn. 37, klargestellt, dass das sich in § 25 Abs. 9 TabMG 1996 widerspiegelnde Anliegen der Einbeziehung vorzugsberechtigter Personen iSd TabMG 1996 in das Vergabeverfahren betreffend die Bestellung von Trafikanten eine sachliche Rechtfertigung für einen Widerruf darstellen kann.
- 21 **6.** Schließlich moniert der Revisionswerber in seinem Zulässigkeitsvorbringen fehlende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu der Rechtsfrage, ob ein Verstoß gegen die zwingenden Bekanntmachungsvorschriften





des BVergGKonz 2018 (§ 75 iVm § 33 BVergGKonz 2018) eine „(zumindest formale) Rechtswidrigkeit des Widerrufs“ begründe.

22 Gemäß § 75 Abs. 2 zweiter Satz BVergGKonz 2018 sind die Gründe für den Widerruf den im Konzessionsvergabeverfahren verbliebenen Bietern mitzuteilen, wenn der Auftraggeber den Widerruf nach Ablauf der Angebotsfrist erklärt. Dieser Verpflichtung ist die mitbeteiligte Partei mit ihrem Schreiben an den Revisionswerber über die Erklärung des Widerrufs des Konzessionsvergabeverfahrens vom 2. Oktober 2019 nachgekommen. Eine Rechtswidrigkeit ist bereits deshalb nicht gegeben.

23 7. Zulässigkeitsvorbringen zur Abweisung des Antrags auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren enthält die Revision nicht.

24 **8.** Weder vom Verwaltungsgericht noch in der Revision werden somit Rechtsfragen aufgeworfen, denen im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme. Die Revision war daher zurückzuweisen.

25 Von der Durchführung der beantragten mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z 1 VwGG abgesehen werden.

26 Der Ausspruch über den Aufwandsatz gründet sich auf die §§ 47 ff, insbesondere § 51 VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2014.

W i e n , am 10. März 2026

