



Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Kleiser und die Hofräte Dr. Mayr und Mag. Brandl als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Dr.<sup>in</sup> Zeitfogel, über die Revision des Mag. S B, vertreten durch die RIHS Rechtsanwalt GmbH in Wien, gegen das Erkenntnis und den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. März 2022, Zl. W187 2229586-1/37E, betreffend ein vergaberechtliches Feststellungsverfahren (mitbeteiligte Parteien: 1. Monopolverwaltung GmbH, vertreten durch die Finanzprokuratur in Wien, und 2. U S), den **Beschluss** gefasst:

Die Revision wird zurückgewiesen.

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

**Begründung:**

- 1 1. Zur Vorgeschichte wird auf die beiden Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 20. Juli 2021, Ro 2019/04/0231, und vom 10. August 2021, Ro 2020/04/0030, verwiesen.
- 2 Daraus ist - wie auch im angefochtenen Erkenntnis bei der Darstellung des Verfahrensgangs dargelegt - zusammengefasst festzuhalten: Mit Eingabe vom 13. März 2020 beantragte der Revisionswerber in Bezug auf die Bestellung der Zweitmitbeteiligten als Tabaktrafikanterin für die Tabaktrafik am Standort Flughafen Wien für den Zeitraum von 1. November 2019 bis 31. März 2020 - soweit vorliegend wesentlich - 1. die Feststellung gemäß § 97 Abs. 1 Z 2 Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 (BVergGKonz 2018), dass die Durchführung des Konzessionsvergabeverfahrens zur Besetzung dieser Tabaktrafik ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen das BVergGKonz 2018 bzw. unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig gewesen sei, und 2. die Feststellung gemäß § 97 Abs. 1 Z 3 BVergGKonz 2018, dass die Zuschlagserteilung an die Zweitmitbeteiligte ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung wegen eines Verstoßes gegen das





BVergGKonz 2018 bzw. unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig gewesen sei.

- 3 Mit Beschluss vom 12. Juni 2020 wies das Verwaltungsgericht die Anträge als unzulässig zurück. Der dagegen vom Revisionswerber erhobenen Revision gab der Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 10. August 2021, Ro 2020/04/0030, in Bezug auf die Zurückweisung der beiden Feststellungsanträge Folge und hob den Beschluss in diesem Umfang wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts auf.
- 4 Die Aufhebung begründete der Verwaltungsgerichtshof unter Verweis auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 20. Juli 2021, Ro 2019/04/0231, zusammengefasst dahin, dass der Vorgang zur Vergabe eines nach dem Tabakmonopolgesetz 1996 (TabMG 1996) zu vergebenden Bestellungsvertrags den Vorschriften des BVergGKonz 2018 unterliege, weshalb die auf die irrige Rechtsansicht der Nichtanwendbarkeit des BVergGKonz 2018 gestützte Zurückweisung der Feststellungsanträge wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts aufzuheben sei.
- 5 **2.1** Mit der nunmehr angefochtenen Entscheidung wies das Verwaltungsgericht - nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung - den Antrag des Revisionswerbers gemäß § 97 Abs. 1 Z 2 BVergGKonz 2018 festzustellen, dass die Durchführung des Konzessionsvergabeverfahrens zur Besetzung der Tabaktrafik am Standort Flughafen Wien ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen das BVergGKonz 2018 bzw. unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig gewesen sei, zurück (Spruchpunkt I. A) 1.) und den Antrag des Revisionswerbers gemäß § 97 Abs. 1 Z 3 BVergGKonz 2018 festzustellen, dass die Zuschlagserteilung an die Zweitmitbeteiligte ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung wegen eines Verstoßes gegen das BVergGKonz 2018 bzw. die hierzu ergangenen Verordnungen und unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig gewesen sei, ab (Spruchpunkt I. A) 2.). Überdies wies das Verwaltungsgericht den Antrag des Revisionswerbers, die erstmitbeteiligte Partei gemäß § 85 BVergGKonz 2018 zum Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren zu



verpflichten, zurück (Spruchpunkt II. A). Die Revision erklärte das Verwaltungsgericht jeweils für nicht zulässig (Spruchpunkte I. B und II. B).

6 **2.2** Das Verwaltungsgericht traf ergänzend zusammengefasst folgende wesentliche Feststellungen:

Mit Eingabe an das Verwaltungsgericht vom 15. Oktober 2019 habe der Revisionswerber im Hinblick auf die mündliche Äußerung des Geschäftsführers der erstmitbeteiligten Partei (im Folgenden: Auftraggeberin), dass „ab 1. November 2019 ein bestimmter Interessent zum Tabaktrafikanter betreffend die verfahrensgegenständliche Trafik bestellt werden solle“, die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung gemäß § 91 BVergGKonz 2018 beantragt. Der Revisionswerber habe insbesondere geltend gemacht, die Auftraggeberin habe gegen die Verpflichtung zur Bekanntmachung und zur Vergabe im Rahmen eines Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung (mit mehreren Unternehmen) verstoßen.

Die Auftraggeberin habe mit der Zweitmitbeteiligten am 29. Oktober 2019 einen „Vorläufigen Bestellungsvertrag“ gemäß § 32 Abs. 3 TabMG 1996 betreffend den Betrieb des verfahrensgegenständlichen Tabakfachgeschäftes für die Dauer von 1. November 2019 bis 31. März 2020 geschlossen. Der Bestellung der Zweitmitbeteiligten als Tabaktrafikanterin sei keine Ausschreibung oder Kundmachung nach dem TabMG 1996 oder dem BVergGKonz 2018 vorausgegangen. Bereits zuvor habe die Auftraggeberin einen vom 1. November 2018 bis 31. Oktober 2019 befristeten Vertrag über den Betrieb des verfahrensgegenständlichen Tabakfachgeschäftes, mit einem zu erwartenden erzielbaren Tabakwarenjahresumsatz von € 3,3 Mio. abgeschlossen. Die Zweitmitbeteiligte sei somit vom 1. November 2018 bis 31. Oktober 2019 sowie vom 1. November 2019 bis 31. März 2020 Betreiberin der verfahrensgegenständlichen Trafik gewesen. Seit April 2020 sei die Trafik geschlossen.

Der geschätzte Auftragswert des vom 1. November 2019 bis 31. März 2020 befristet vergebenen Tabakfachgeschäftes liege ausgehend von einem





Jahresbruttoumsatz von € 3.486.000,-- bei einer Laufzeit von nur fünf Monaten bei € 1.452,500,--.

- 7 **2.3** Rechtlich führte das Verwaltungsgericht zusammengefasst aus, der Revisionswerber habe bereits am 15. Oktober 2019 einen auf die Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung gemäß § 91 BVergGKonz 2018 gerichteten Nachprüfungsantrag eingebracht. Im Zuge dieses Verfahrens habe der Revisionswerber die Rechtswidrigkeit der Durchführung des Konzessionsvergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung geltend machen können. Er habe auch tatsächlich vorgebracht, dass die Auftraggeberin gegen ihre Verpflichtung zur Bekanntmachung und zur Vergabe im Rahmen eines Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung (mit mehreren Unternehmern) verstoßen habe. Im Sinne näher zitierter Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sei es dem Revisionswerber verwehrt, die bereits im Nachprüfungsverfahren monierten Verstöße in einem Feststellungsverfahren neuerlich geltend zu machen. Der Feststellungsantrag nach § 97 Abs. 1 Z 2 BVergGKonz 2018 erweise sich insofern gemäß § 98 Abs. 4 BVergGKonz 2018 als unzulässig und sei daher zurückzuweisen.
- 8 Der Feststellungsantrag nach § 97 Abs. 1 Z 3 BVergGKonz 2018 sei hingegen zulässig. In Hinblick auf die Zurückweisung des Nachprüfungsantrags des Revisionswerbers mit Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 29. Oktober 2019, und die Kenntnisnahme vom vorläufigen Bestellungsvertrag vom gleichen Tag durch den Revisionswerber am 6. November 2019 sei es dem Revisionswerber nicht mehr möglich gewesen, den behaupteten Verstoß wegen Zuschlagserteilung an die Zweitmitbeteiligte ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens geltend zu machen. Vorliegend habe sich der Sachverhalt durch die Erteilung des Zuschlags an die Zweitmitbeteiligte am 29. Oktober 2019 wesentlich geändert, weshalb keine Identität der Sache gegeben sei und damit keine „res iudicata“ vorliege. Der Feststellungsantrag sei daher entgegen dem Vorbringen der Auftraggeberin nicht wegen entschiedener Sache zurückzuweisen.
- 9 Vorliegend handle es sich um eine Dienstleistungskonzession im Unterschwellenbereich, an der aufgrund ihrer spezifischen Merkmale kein



grenzüberschreitendes Interesse bestehe. Zu den spezifischen Merkmalen gehörten neben Vorschriften des TabMG 1996 über die Ausübung der Konzession die Vorzugsberechtigung für bestimmte Bewerber gemäß § 29 Abs. 3 TabMG 1996. Nach näher zitierter Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH) sei das grenzüberschreitende Interesse an der tatsächlichen Beteiligung am Vergabeverfahren nicht hypothetisch oder auf der Grundlage von Vermutungen zu beurteilen. Es sei nicht von der Nationalität oder Staatsbürgerschaft des an der Konzession Interessierten, sondern von seinem Sitz, seiner Niederlassung oder seinem Wohnort auszugehen. Vorliegend biete daher die slowakische Staatsangehörigkeit des Sohnes des Revisionswerbers, der sich in jüngerer Zeit ebenfalls um die Vergabe einer Tabaktrafik bemüht habe, keinen Hinweis für ein grenzüberschreitendes Interesse, weil der Sohn beim Revisionswerber in Wien lebe. Alleine der wirtschaftliche Wert sei ebenfalls nicht ausschlaggebend. Selbst bei Vorliegen eines grenzüberschreitenden Interesses könne eine Ungleichbehandlung ausländischer Interessenten im öffentlichen Interesse gerechtfertigt sein. Die sozialpolitische Ausrichtung des § 29 TabMG 1996 sei eine solche Rechtfertigung im öffentlichen Interesse, weil damit eine Erwerbsgrundlage für die in § 29 Abs. 3 TabMG 1996 näher genannten Personen geschaffen werden solle. § 14 Abs. 6 BVergGKonz 2018 erlaube die Berücksichtigung sozialer Aspekte im Verfahren zur Vergabe einer Konzession. Daraus ergebe sich, dass die Auftraggeberin gemäß § 22 Abs. 3 Z 4 BVergGKonz 2018 ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung wählen können. Daher sei gemäß § 72 Abs. 2 Z 2 BVergGKonz 2018 auch keine Zuschlagsentscheidung bekannt zu geben.

10 Der Feststellungsantrag nach § 97 Abs. 1 Z 3 BVergGKonz 2018 sei daher abzuweisen.

11 Da das Verwaltungsgericht bereits mit dem unangefochten gebliebenen und daher rechtskräftigen Beschluss vom 19. Juni 2020 den Antrag des Revisionswerbers auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr abgewiesen und somit inhaltlich entschieden habe, stehe einer neuerlichen Entscheidung über den mit Schriftsatz vom 22. März 2022 erneuten Antrag des Revisionswerbers



auf Ersatz der Pauschalgebühren „res iudicata“ entgegen. Eine Änderung des Sachverhalts oder der Rechtslage sei nicht eingetreten.

- 12 **3.1** Gegen diese Entscheidung erhob der Revisionswerber zunächst Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, der deren Behandlung mit Beschluss vom 14. Juni 2022, E 1223/2022-5, ablehnte und die Beschwerde über nachträglichen Antrag mit Beschluss vom 28. Juni 2022, E 1223/2022-7, dem Verwaltungsgerichtshof gemäß Art. 144 Abs. 3 B-VG zur Entscheidung abtrat.
- 13 **3.2** In der Folge erhob der Revisionswerber die vorliegende außerordentliche Revision mit dem Antrag, die angefochtene Entscheidung kostenpflichtig aufzuheben. Die erstmitbeteiligte Partei erstattete nach Einleitung des Vorverfahrens durch den Verwaltungsgerichtshof eine Revisionsbeantwortung mit dem Antrag, die Revision kostenpflichtig zurück- in eventu abzuweisen.
- 14 **4.** 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).
- 15 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.
- 16 Nach § 34 Abs. 1a VwGG hat der Verwaltungsgerichtshof die Zulässigkeit einer außerordentlichen Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG im Rahmen der dafür in der Revision vorgebrachten Gründe (§ 28 Abs. 3 VwGG) zu überprüfen.
- 17 **5.1** Der Revisionswerber bringt zur Zulässigkeit der Revision zunächst vor, die Zuweisung der zuerst bei der Gerichtsabteilung W120 protokollierten



gegenständlichen Rechtssache zur Gerichtsabteilung W187 sei anhand der anzuwendenden Geschäftsverteilung des Verwaltungsgerichts, der Angaben auf der Amtstafel und der vom Verwaltungsgericht vorgelegten Dokumentation über die Neuzuweisung nach Auflösung der Gerichtsabteilung W120 nicht nachvollziehbar. Die Begründung der Zuständigkeit im angefochtenen Erkenntnis, dass sowohl eine allgemeine Abnahme und Neuzuweisung sämtlicher in der mit 1. November 2021 aufgelösten Gerichtsabteilung W120 anhängiger Rechtssachen durch Beschluss des Geschäftsverteilungsausschusses vom 21. Oktober 2021, als auch eine besondere Neuzuweisung der gegenständlichen Rechtssache am 2. November 2021 mit Hinweis auf näher bezeichneten Aktenvermerk erfolgt sein solle, sei widersprüchlich. Es sei nicht verständlich, dass einzelne Rechtssachen zusätzlich zum Beschluss des Geschäftsverteilungsausschusses noch mittels Aktenvermerk neu zugewiesen worden seien. Eine Aufstellung bzw. Auflistung der bei der Gerichtsabteilung W120 zum relevanten Zeitpunkt anhängigen Rechtssachen der Zuweisungsgruppe VER und eine Aufstellung der zeitgleichen Zuweisung der an die übrigen Gerichtsabteilungen neu zuzuweisenden Rechtssachen seien nicht vorgelegt worden. Ein „willkürliches und erratisches“ Zuweisen einzelner Rechtssachen der aufgelösten Gerichtsabteilung zu einem beliebigen Zeitpunkt - und damit ein „eingreifendes Steuern“ im Hinblick auf die Zuständigkeit - stehe jedenfalls in einem schwerwiegenden Widerspruch zum Grundsatz der festen Geschäftsverteilung.

- 18 **5.2** Soweit der Revisionswerber die fehlende Nachvollziehbarkeit der Zuständigkeit der Gerichtsabteilung W187 und damit der vorliegend maßgeblichen Geschäftsverteilung des Verwaltungsgerichts sowie der Verfügung des Geschäftsverteilungsausschusses des Verwaltungsgerichts vom 21. Oktober 2021 geltend macht, ist zunächst auf Folgendes hinzuweisen:

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist die vom Personalsenat eines Gerichtes beschlossene Geschäftsverteilung als gemäß Art. 87 Abs. 2 B-VG zu qualifizierender Akt der Gerichtsbarkeit der Überprüfung durch den Verwaltungsgerichtshof entzogen. Auch der Verfassungsgerichtshof geht davon aus, dass es sich bei der von einem



Personalsenat eines Gerichtes als Kollegialorgan erlassenen Geschäftsverteilung im Sinne des Art. 87 Abs. 2 B-VG nicht um eine Verordnung, sondern um einen Akt der (ordentlichen) Gerichtsbarkeit handelt. Demnach erachtet sich auch der Verfassungsgerichtshof zur Überprüfung dieser Akte der Gerichtsbarkeit für nicht zuständig. Das gilt vor dem Hintergrund des Art. 134 Abs. 7 B-VG, der unter anderem die sinngemäße Anwendung des Art. 87 Abs. 2 B-VG für die Mitglieder der Verwaltungsgerichte normiert, auch für die vom Geschäftsverteilungsausschuss des Bundesverwaltungsgerichts - siehe zu dessen Zusammensetzung und zur sinngemäßen Anwendbarkeit der Vorschriften des RStDG über die Personalsenate § 11 BVwGG - gemäß § 15 Abs. 1 BVwGG jeweils für das nächste Jahr zu beschließende Geschäftsverteilung und für deren Änderungen während des laufenden Jahres nach § 15 Abs. 4 BVwGG sowie für Verfügungen des Geschäftsverteilungsausschusses nach § 17 Abs. 3 BVwGG (vgl. etwa VwGH 2.12.2025, Ra 2022/04/0053, Rn. 17, mwN).

19 **5.3** Im vom Verwaltungsgerichtshof durchgeführten Vorverfahren nahm der Präsident des Bundesverwaltungsgerichts auftragsgemäß zum Vorbringen des Revisionswerbers über die behauptete Unzuständigkeit der Gerichtsabteilung W187 mit Schreiben vom 9. März 2026 Stellung und legte dazu diverse zeitbezogene Unterlagen vor. Der Revisionswerber äußerte sich dazu mit Schriftsatz vom 25. März 2026 innerhalb der den Parteien vom Verwaltungsgerichtshof eingeräumten Frist.

20 **5.4** Aus der Stellungnahme des Präsidenten des Bundesverwaltungsgerichts samt den damit vorgelegten Unterlagen ergibt sich zur Neuzuweisung der vorliegenden Rechtssache gemäß § 41 VwGG folgender Sachverhalt:

Die vorliegende, der Zuweisungsgruppe VER zugehörige Rechtssache langte erstmals am 16. März 2020 beim Verwaltungsgericht ein und war zunächst der Gerichtsabteilung W120 zugewiesen. Angesichts der bevorstehenden beruflichen Veränderung des damaligen Leiters der Gerichtsabteilung W120 wurde mit Verfügung des Geschäftsverteilungsausschusses des Verwaltungsgerichts vom 21. Oktober 2021 die Abnahme und Neuzuweisung aller anhängigen Rechtssachen der Gerichtsabteilung W120 mit Wirksamkeit



vom 31. Oktober 2021 verfügt. Gemäß § 2 Abs. 3 lit. d dieser Verfügung waren alle zum 31. Oktober 2021 anhängigen Rechtssachen der Zuweisungsgruppe VER wie neu eingelangte Rechtssachen (gemäß der zum Zeitpunkt der Neuzuteilung geltenden Fassung der Geschäftsverteilung des Verwaltungsgerichts 2021) neu zuzuweisen.

Zum 31. Oktober 2021 war in der Gerichtsabteilung W120 in der Zuweisungsgruppe VER lediglich die vorliegende Rechtssache anhängig. Da es sich beim 31. Oktober 2021 um einen Sonntag und beim 1. November 2021 um einen gesetzlichen Feiertag handelte, erfolgte die tatsächliche Abnahme und Neuzuteilung der vorliegenden Rechtssache erst mit 2. November 2021. Entsprechend dem nach der Geschäftsverteilung des Verwaltungsgerichts 2021 in der zum 2. November 2021 geltenden Fassung des Beschlusses des Geschäftsverteilungsausschusses vom 21. Oktober 2021 gültigen Zuweisungsrad der Zuweisungsgruppe VER erfolgte die Neuzuweisung der vorliegenden Rechtssache an die am 2. November 2021 in der Reihenfolge nächstzuständige Gerichtsabteilung W187.

**5.5** Diese Feststellungen, insbesondere die Neuzuteilung der vorliegenden Rechtssache am 2. November 2021 an die Gerichtsabteilung W187 entsprechend dem nach der Geschäftsverteilung des Verwaltungsgerichts 2021 in der damals geltenden Fassung des Beschlusses des Geschäftsverteilungsausschusses vom 21. Oktober 2021 gültigen Zuweisungsrad der Zuweisungsgruppe VER, ergeben sich aus den nachvollziehbaren Ausführungen des Präsidenten des Bundesverwaltungsgerichts vom 9. März 2026 und den gleichzeitig vorgelegten, unbedenklichen Unterlagen. Diese Ausführungen finden in den Unterlagen, insbesondere im elektronisch geführten Zuweisungsprotokoll betreffend die Zuweisungsgruppe VER für den Zeitraum 27. September 2021 bis 2. November 2021, der Auflistung der zum 31. Oktober 2021 in der Gerichtsabteilung W120 anhängigen Verfahren und der Anlage 2 der Geschäftsverteilung des Verwaltungsgerichts 2021 in der Fassung des Beschlusses des Geschäftsverteilungsausschusses vom 21. Oktober 2021, Deckung.



Der Revisionswerber vermochte demgegenüber in seiner Stellungnahme vom 25. März 2026 gegen die Unbedenklichkeit der Ausführungen des Präsidenten des Bundesverwaltungsgerichts und der vorgelegten Unterlagen keine hinreichenden Argumente darzulegen.

- 21 **5.6** Demnach hat die Neuzuweisung der vorliegenden Rechtssache am 2. November 2021 der Verfügung des Geschäftsverteilungsausschusses des Verwaltungsgerichts vom 21. Oktober 2021 in Verbindung mit der am 2. November 2021 geltenden Geschäftsverteilung des Verwaltungsgerichts 2021 in der Fassung des Beschlusses des Geschäftsverteilungsausschusses vom 21. Oktober 2021 entsprochen. Der Einwand der Unzuständigkeit des Entscheidungsorgans ist somit nicht berechtigt.
- 22 **6.1** Überdies moniert der Revisionswerber zur Zulässigkeit, die angefochtene Entscheidung stehe im Widerspruch zum Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 10. August 2021, Ro 2020/04/0030. In diesem Erkenntnis habe der Verwaltungsgerichtshof ausdrücklich die Anwendbarkeit des BVergGKonz 2018 auf den gegenständlichen Fall bejaht, der Revision des Revisionswerbers stattgegeben und dem Verwaltungsgericht mit Hinweis auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 20. Juli 2021, Ro 2019/04/0231, die Durchführung weiterer Ermittlungen aufgetragen. Wäre der Verwaltungsgerichtshof davon ausgegangen, dass infolge des Nachprüfungsantrags des Revisionswerbers gegen die Zuschlagsentscheidung ein späterer Feststellungsantrag nicht zulässig sei, hätte er dem Verwaltungsgericht im Erkenntnis Ro 2020/04/0030 nicht aufgetragen, eine inhaltliche Entscheidung über die Feststellungsanträge zu treffen.
- 23 Mit diesem Zulässigkeitsvorbringen macht der Revisionswerber eine Missachtung der Bindungswirkung des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes vom 10. August 2021, Ro 2020/04/0030, geltend.
- 24 **6.2** 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. VwGH 10.3.2026, Ro 2023/04/0007, Rn. 15, mwN).

25 **6.3** Das Verwaltungsgericht begründete die Zurückweisung der gegenständlichen Feststellungsanträge im ersten Rechtsgang damit, dass es sich bei der Vergabe einer Tabaktrafik nicht um eine Dienstleistungskonzession gemäß § 6 BVergGKonz 2018 handle und die Feststellungsanträge wegen der Nichtanwendbarkeit des BVergGKonz 2018 unzulässig seien. Der Verwaltungsgerichtshof prüfte im Vorerkenntnis Ro 2020/04/0030 somit die Zurückweisung der Feststellungsanträge durch das Verwaltungsgericht ausschließlich in Bezug auf die Anwendbarkeit des BVergGKonz 2018, und bejahte Letzteres unter Verweis auf das Erkenntnis Ro 2019/04/0231 gemäß § 43 Abs. 2 VwGG, ohne sich mit den Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Feststellungsanträge gemäß dem BVergGKonz 2018 auseinanderzusetzen. Der tragende Grund für die Aufhebung des Beschlusses des Verwaltungsgerichts durch den Verwaltungsgerichtshof war somit ausschließlich die - im Gegensatz zur Rechtsansicht des Verwaltungsgerichts im ersten Rechtsgang - vorliegend bejahte Anwendbarkeit des BVergGKonz 2018. Insofern zeigt der Revisionswerber in seinem Zulässigkeitsvorbringen keine Verletzung der Bindungswirkung gemäß § 63 Abs. 1 VwGG auf.

26 **7.** Des Weiteren vermeint der Revisionswerber in seinem Zulässigkeitsvorbringen, das Verwaltungsgericht sei mit der Zurückweisung des Feststellungsantrags in Spruchpunkt I. A) 1. von näher zitierter Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum Vorliegen von



„res iudicata“ und den Bindungswirkungen einer rechtskräftigen Entscheidung abgewichen.

27 Dem ist entgegenzuhalten, dass das Verwaltungsgericht die Zurückweisung des auf § 97 Abs. 1 Z 2 BVergGKonz 2018 gestützten Feststellungsantrags nicht mit „res iudicata“, sondern dahin begründet hat, dass der in diesem Feststellungsantrag behauptete Verstoß bereits im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens hätte geltend gemacht werden können und deshalb nach näher zitierter Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes gemäß § 98 Abs. 4 BVergGKonz 2018 als unzulässig zurückzuweisen gewesen sei. Gegen die in der angefochtenen Entscheidung somit begründend herangezogene Subsidiarität des Feststellungsantrags wendet sich der Revisionswerber in seinem Zulässigkeitsvorbringen nicht, weshalb auf die Frage des Zutreffens dieser Rechtsansicht des Verwaltungsgerichtes vom Verwaltungsgerichtshof aus Anlass der vorliegenden Revision nicht einzugehen war. Der diese Rechtsansicht des Verwaltungsgerichts nicht betreffenden, vom Revisionswerber geltend gemachten Rechtsfrage mangelt es daher vorliegend an rechtlicher Relevanz. Der Verwaltungsgerichtshof ist jedoch gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zur Lösung theoretischer Rechtsfragen befugt, sondern nur solcher, von deren Lösung der Erfolg der Revision tatsächlich abhängt. Zur Lösung abstrakter Rechtsfragen ist der Verwaltungsgerichtshof nicht zuständig (vgl. etwa VwGH 20.2.2026, Ra 2024/04/0010, Rn. 17, mwN).

28 **8.1** Der Revisionswerber brachte zur Zulässigkeit seiner Revision überdies vor, es fehle aufgrund „der (verhältnismäßigen) ‚Neuheit‘ der Rechtsmaterie“ an Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Berechnung des Auftragswerts und damit zur Zuordnung zum Ober- oder Unterschwellenbereich im Anwendungsbereich des BVergGKonz 2018 im Fall der Vergabe unmittelbar aufeinanderfolgender Dienstleistungskonzessionen an dieselbe Person sowie zur Rechtsfrage, wann ein grenzüberschreitendes Interesse an einer Auftragsvergabe iSd § 22 Abs. 3 Z 4 BVergGKonz 2018 bestehe und daher die Vergabe einer Konzession ohne vorherige Bekanntmachung vergaberechtswidrig sei.



- 29 **8.2** Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hat die revisionswerbende Partei in der gesonderten Zulassungsbegründung konkret darzulegen, welche Rechtsfrage der Verwaltungsgerichtshof noch nicht beantwortet hat. Lediglich pauschale Behauptungen erfüllen diese Voraussetzungen nicht. Diesem Erfordernis wird das Zulässigkeitsvorbringen, das sich ohne näher konkretisierte Ausführungen auf die beiden Voraussetzungen für die Vergabe einer Konzession ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 22 Abs. 3 Z 4 BVergGKonz 2018 bezieht, nicht gerecht (vgl. zum weitgehend wortidenten Zulässigkeitsvorbringen des Revisionswerbers VwGH 2.12.2025, Ra 2022/04/0053, Rn. 22, mwN).
- 30 **8.3** Mit seinem Vorbringen, es fehle Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Berechnung des Auftragswerts im Fall der Vergabe unmittelbar aufeinanderfolgender Dienstleistungskonzessionen an dieselbe Person gemäß § 12 Abs. 4 Z 1 BVergGKonz 2018, hat der Revisionswerber in Bezug auf die vorliegend vergebene Konzession keine konkrete, fallbezogen entscheidungsrelevante Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung aufgezeigt.
- 31 Unabhängig davon ist darauf hinzuweisen, dass selbst wenn man vorliegend die Auftragswerte der beiden aufeinanderfolgenden Bestellungen der Zweitmitbeteiligten als Tabaktrafikanterin für die verfahrensgegenständliche Tabaktrafik, und zwar € 3,3 Mio. in Bezug auf die erstmalige Bestellung vom 1. November 2018 bis 31. Oktober 2019, und € 1.452.500,-- für die verfahrensgegenständliche Bestellung vom 1. November 2019 bis 31. März 2020, zusammenrechnen würde, der Gesamtbetrag nicht den gemäß § 11 Abs. 1 BVergGKonz 2018 wesentlichen Wert der Konzession von € 5.382.000,-- für ein Konzessionsvergabeverfahren im Oberschwellenbereich erreichen würde.
- 32 **8.4** Im Zulässigkeitsvorbringen zu dem vom Verwaltungsgericht verneinten Vorliegen eines eindeutig grenzüberschreitenden Interesses iSd § 22 Abs. 3 Z 4 BVergGKonz 2018 hat der Revisionswerber in Bezug auf die vorliegend vergebene Konzession ebenso wenig eine konkrete, fallbezogen entscheidungsrelevante Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung aufgezeigt.



- 33 **9.** Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes setzt die Zulässigkeit einer Revision im Zusammenhang mit einem eine grundsätzliche Rechtsfrage im Sinn des Art. 133 Abs. 4 B-VG aufwerfenden Verfahrensmangel voraus, dass die Revision von der Lösung dieser geltend gemachten Rechtsfrage abhängt. Davon kann bei einem Verfahrensmangel aber nur dann ausgegangen werden, wenn auch die Relevanz des Mangels für den Verfahrensausgang dargetan wird, das heißt, dass im Fall der Durchführung eines mängelfreien Verfahrens abstrakt die Möglichkeit bestehen muss, zu einer anderen - für den Revisionswerber günstigeren - Sachverhaltsgrundlage zu gelangen (vgl. etwa VwGH 21.10.2025, Ro 2024/04/0021, Rn. 21, mwN). Dies setzt voraus, dass - auf das Wesentliche zusammengefasst - jene Tatsachen dargestellt werden, die sich bei Vermeidung des behaupteten Verfahrensmangels als erwiesen ergeben hätten (vgl. etwa VwGH 5.9.2024, Ra 2024/19/0262, Rn. 7, mwN).
- 34 Eine solche Darlegung enthält das vorliegende Zulässigkeitsvorbringen zur unterlassenen Aufnahme verschiedener näher angeführter, vom Revisionswerber im verwaltungsgerichtlichen Verfahren beantragter Beweise nicht. Es wird lediglich ein Verfahrensmangel behauptet, ohne konkret darzulegen, anhand welcher zusätzlichen oder anders zu treffenden Feststellungen das Verwaltungsgericht zu einem für den Revisionswerber günstigeren Ergebnis hätte kommen können.
- 35 **10.1** Gegen die Zurückweisung seines Antrags, die erstmitbeteiligte Partei gemäß § 85 BVergGKonz 2018 zum Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren zu verpflichten, wegen „res iudicata“ brachte der Revisionswerber zusammengefasst vor, es fehle Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Rechtsfrage, ob das Verwaltungsgericht in einem fortgesetzten vergaberechtlichen Feststellungsverfahren nach Aufhebung ausschließlich der Entscheidung in der Hauptsache nicht jedoch - mangels Bekämpfung - auch der Entscheidung über den begehrten Ersatz der Pauschalgebühren neuerlich über letzteren Antrag zu entscheiden habe.
- 36 **10.2** Dem ist entgegenzuhalten, dass nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes Entscheidungen über den



Pauschalgebührenersatz - zwar hinsichtlich ihrer Rechtmäßigkeit - nicht jedoch in ihrem rechtlichen Bestand von der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes über den zugrunde liegenden vergaberechtlichen Nachprüfungs- oder Feststellungsantrag abhängig sind. Insofern liegt keine in derselben Rechtssache ergangene Entscheidung vor, die mit der Aufhebung der Entscheidung in der Sache, auf deren Grundlage sie ergangen ist, außer Kraft tritt (vgl. VwGH 26.6.2019, Ra 2018/04/0161, 0177, Rn. 74). Ausgehend von dieser Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zeigt der Revisionswerber keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung auf.

- 37 Vorliegend führt demnach die Aufhebung der Zurückweisung der Feststellungsanträge des Revisionswerbers nach § 97 Abs. 1 Z 2 und 3 BVergGKonz 2018 mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes, Ro 2020/04/0030, nicht auch zum außer Kraft treten des mangels Anfechtung in Rechtskraft erwachsenen Beschlusses des Verwaltungsgerichts vom 19. Juni 2020 über die Abweisung des Antrags auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren.
- 38 Im Übrigen käme dem Revisionswerber angesichts der Unzulässigkeit seiner Revision in Bezug auf die Zurück- bzw. Abweisung seiner Feststellungsanträge und dem damit verbundenen gänzlichen Unterliegen mit seinen Feststellungsanträgen auch sonst kein Ersatzanspruch nach § 85 Abs. 1 BVergGKonz 2018 zu.
- 39 **11.** In der Revision werden daher insgesamt keine Rechtsfragen aufgeworfen, denen im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme. Die Revision war somit gemäß § 34 Abs. 1 und 3 VwGG zurückzuweisen.
- 40 Von der in der Revision beantragten Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z 1 VwGG abgesehen werden.





- 41 Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff, insbesondere § 51 VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014.

W i e n , am 14. April 2026

