

Judikatur / BVwG

Sozial verantwortliche Vergabe: Ausschließlichkeitsrechte bei Tabaktrafikan*innen aus dem Kreis der Menschen mit Behinderungen

1. Bestellsverträge nach dem Tabakmonopolgesetz 1996 sind als Dienstleistungskonzessionen (Konzessionsvertrag) gemäß Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 zu qualifizieren.
2. Endet der Konzessionsvertrag einer – dem Kreis der Menschen mit Behinderungen angehörenden – Tabaktrafikan*in (zB durch deren Tod), kommt ihren mittätigen Angehörigen bei Erfüllung bestimmter Voraussetzungen ein ausschließliches, persönliches Recht zum (Weiter-)Betrieb dieser Tabaktrafik zu.
3. Bei der Durchführung von Vergabeverfahren ist die zum Zeitpunkt der Vergabe maßgebliche Rechtslage anzuwenden. Somit ist auch eine allfällige Änderung der Rechtslage im Rahmen eines bereits eingeleiteten Konzessionsvergabeverfahrens zu beachten.

Deskriptoren: Nachhaltigkeitsrecht; SRPP; Soziale Vergabe; Ausschließlichkeitsrecht; Dienstleistungskonzession; Beginn Fristenlauf; Antrag auf Verfahrenshilfe.

Normen: §§ 4 Abs 4, 22 Abs 1, Abs 2 und Abs 3 Z 3 lit c und, 77, 79 Abs 1, 2 und 4, 84 Abs 1, 98 Abs 2 BVergGKonz 2018; § 2 Z 7, 14 Abs 1, 23 Abs 5 Z 4, 25 Abs 1, 26 Abs 1 und 2, 27 Abs 1, Abs 2 und Abs 4, 28 Abs 4, 36 Abs 3 TabMG 1996

BVwG 24. 6. 2024, W606 2286002-2/25E

Von Berthold Hofbauer (am Verfahren beteiligt)

Abstract

Die Monopolverwaltung GmbH (in der Folge „Auftraggeberin“) hat nach dem Todesfall eines Tabaktrafikan*en „Herr A“, der dem Kreis der Menschen mit Behinderungen angehörte, mit der in der Tabaktrafik mittätigen Witwe „Frau B“ einen Konzessionsvertrag für den Weiterbetrieb der Tabaktrafik abgeschlossen. Vergaberechtlich wurde der Auftrag zum Weiterbetrieb im Rahmen eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung aufgrund eines – zeitlich nach dem Todesfall dieses Tabaktrafikan*en – gesetzlich verankerten Ausschließlichkeitsrechts gemäß § 27 TabMG vergeben.¹

Gegen diese Vergabe wurde vom Antragsteller ein Rechtsmittel erhoben und im Wesentlichen vorgebracht, dass im vorliegenden Fall (noch) kein Ausschließlichkeitsrecht bestehe bzw die einschlägige Bestimmung nach § 27 TabMG nicht anwendbar sei. § 27 TabMG habe erst nachträglich im Zuge der Novelle seinen Weg in das TabMG gefunden, während der vorherige Konzessionär bereits vor diesem Zeitpunkt verstorben sei.

¹ Tabakmonopolgesetz 1996, BGBl I Nr 110/2023 idgF (in der Folge „TabMG“).

Das BVwG hat dieser Ansicht eine Abfuhr erteilt und festgehalten, dass bei der Durchführung von Vergabeverfahren die zum Zeitpunkt der Vergabe maßgebliche Rechtslage anzuwenden ist und somit auch eine allfällige Änderung der Rechtslage im Rahmen eines bereits eingeleiteten Konzessionsvergabeverfahrens vom Auftraggeber zu beachten ist. Demnach erhalten Angehörige von Tabaktrafikan*innen aus dem Kreis der Menschen mit Behinderung im Sinne des § 22 Abs 3 Z 3 lit c BVergGKonz 2018² ein persönliches, ausschließliches Recht zum Betrieb des Tabakfachgeschäftes, sofern die weiteren Voraussetzungen des § 27 Abs 2 TabMG erfüllt sind (zB müssen die Angehörigen in diesem Tabakfachgeschäft bis dato zufriedenstellend vollbeschäftigt erwerbstätig gewesen sein).

Sachverhalt

Die Auftraggeberin verwaltet das österreichische Tabakmonopol und organisiert die Vergabe und Betreuung der Tabaktrafiken in Österreich.

Die Auftraggeberin schrieb gegenständlich den ursprünglichen Betrieb eines Tabakfachgeschäftes gemäß § 25 TabMG alt³ aus. Dieser (ursprüngliche) Konzessionsvertrag wurde mit Herrn A, der als begünstigter Behinderter ein Vorzugsrecht gemäß § 29 TabMG alt besaß, abgeschlossen. Nach dem Tod von Herrn A bewarb sich dessen Witwe Frau B – fristgerecht gemäß § 31 Abs 10 TabMG alt – um die Weiterführung des Tabakfachgeschäftes. Da Frau B zum damaligen Zeitpunkt alle weiteren Voraussetzungen gemäß § 31 TabMG alt erfüllte (zB voll geschäftsfähig war), erwarb sie durch die Bewerbung *ex lege* einen Anspruch auf Bestellung.

Vor Abschluss des Bestellungsvertrags mit Frau B wurde vom Verwaltungsgerichtshof (in der Folge „VwGH“) jedoch entschieden, dass diese Verträge nach TabMG alt als Dienstleistungskonzessionen gemäß BVergGKonz 2018 zu qualifizieren sind (VwGH 20. 7. 2021, Ro 2019/04/0231 und VwGH 9. 8. 2021, Ro 2020/04/001). Am 25. Juli 2023 trat die erforderliche Novelle zum TabMG in Kraft und bestätigte im neuen § 27 Abs 2 TabMG die Vergabe von Konzessionen an Angehörige im Sinne eines gesetzlich verankerten Ausschließlichkeitsrechts.

Die Auftraggeberin führte auf Basis der nunmehr geltenden (novellierten) Rechtslage gemäß § 27 TabMG iVm § 22 Abs 3 Z 3 lit c BVergGKonz 2018 aufgrund eines vorhandenen Ausschließlichkeitsrechts ein einstufiges Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit Frau B durch, derer in Folge auch der Zuschlag erteilt wurde.

Gegen diese Entscheidung der Auftraggeberin richtete sich der Feststellungsantrag des Antragsstellers. Im Wesentlichen wird darin vorgebracht, dass im vorliegenden Fall kein Ausschließlichkeitsrecht bestehe bzw § 27 TabMG nicht anwendbar sei. § 27 TabMG habe erst nachträglich im Zuge der Novelle seinen Weg in das TabMG gefunden, während der vorherige Konzessionär (Herr A) bereits vor diesem Zeitpunkt verstorben sei. Es sei somit die Konzessionsvergabe anhand des TabMG alt zu beurteilen.

Nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung hat das BVwG den Feststellungsantrag abgewiesen und die Revision für zulässig erklärt. Das Revisionsverfahren ist derzeit beim VwGH anhängig.

Entscheidungsgründe

[...]

3.3.2. Zur maßgeblichen Rechtslage:

² Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018, BGBl I Nr 100/2018 idGF (in der Folge „BVergGKonz 2018“).

³ Tabakmonopolgesetz 1996, BGBl I Nr 104/2019 (in der Folge „TabMG alt“).

3.3.2.1. Der Antragsteller behauptet, dass die Durchführung eines Konzessionsvergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 22 Abs. 3 Z 3 lit. c BVergGKonz 2018 iVm § 27 TabMG 1996 nicht zulässig gewesen sei. In seinem Antrag vom 10.04.2024 führte er aus, dass § 27 TabMG 1996-neu erst am 22.07.2023 in Kraft getreten und auf die gegenständliche Konzessionsvergabe deshalb gar nicht anwendbar sei. Es sei nicht zulässig, dass sich die Auftraggeberin auf eine Bestimmung, die erst drei Jahre nach dem Ableben des vorherigen Konzessionärs in Kraft getreten sei, berufe.

[...]

3.3.2.2. Die Auftraggeberin wendete bereits in der Stellungnahme vom 26.04.2024 im Wesentlichen ein, dass sie die zum Zeitpunkt der Vergabe geltende Rechtslage anzuwenden habe, womit sie auch im Recht ist. Als Auftraggeberin hat sie – mangels anderslautender (Übergangs-)Bestimmung im BVergGKonz 2018 (oder auch im TabMG 1996) – die zum Zeitpunkt der Vergabe maßgebliche Rechtslage anzuwenden. Ob ein Konzessionsvergabeverfahren bereits zuvor eingeleitet wurde, ist nicht entscheidend, weil auch eine allfällige Änderung der Rechtslage im Rahmen eines bereits eingeleiteten Konzessionsvergabeverfahrens, soweit nichts Anderes angeordnet ist (vgl. etwa § 118 Abs. 4 BVergGKonz 2018), mit ihrem Inkrafttreten von der Auftraggeberin zu beachten ist.

3.3.3. Zur Vergabe von Konzessionen von Tabakfachgeschäften:

3.3.3.1. Mit Erkenntnis vom 20.07.2021, Ro 2019/04/0231, erkannte der Verwaltungsgerichtshof, dass die Bestellung von Tabaktrafikantinnen bzw. Tabaktrafikanten als Konzessionsvergabe im Sinne des BVergGKonz 2018 zu qualifizieren sei (siehe dazu auch Lanser, Tabaktrafik-Konzessionen unterliegen nunmehr dem Vergaberegime, RdW 2022, 248). Mit dem Abgabenänderungsgesetzes 2023, BGBl. I Nr. 110/2023, wurden folglich zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten Begleitregelungen im TabMG 1996 erlassen (vgl. ErläutRV 2086 BlgNR XXVII. GP, 3, 34).

Gemäß § 14 Abs 1 TabMG 1996 gehören zu der Monopolverwaltung, die von der Monopolverwaltung GmbH zu besorgen ist, die Angelegenheiten des Kleinhandels mit Tabakerzeugnissen unter Verfolgung von gesundheits-, sozial-, struktur- und fiskalpolitischen Zielen. Dazu zählen insbesondere die Festlegung der Anzahl von Konzessionen als Tabaktrafikantin bzw. Tabaktrafikant, die zur Nahversorgung mit Tabakerzeugnissen erforderlich ist, die Vergabe dieser Konzessionen nach den Bestimmungen des BVergGKonz 2018, unter Beachtung des TabMG 1996 und die damit in Zusammenhang stehenden Angelegenheiten, wobei bei der Ausgestaltung und Vergabe solcher Konzessionen der Förderung von Menschen mit Behinderungen besondere Berücksichtigung zu geben ist.

Tabaktrafiken dürfen auch nur auf Grund einer aufrechten Konzession der Monopolverwaltung GmbH betrieben werden. Gemäß § 25 TabMG 1996 ist die Neuerrichtung einer Tabaktrafik nur zulässig, wenn hiefür ein dringender Bedarf besteht und eine nicht zumutbare Schmälerung des Ertrages benachbarter Tabaktrafiken ausgeschlossen erscheint. Ebenso ist die Verlegung einer Tabaktrafik innerhalb ihres Einzugsgebietes nur zulässig, wenn eine nicht zumutbare Schmälerung des Ertrages benachbarter Tabaktrafiken ausgeschlossen erscheint. Die Einrichtung eines gesundheits-, sozial- und fiskalpolitischen Zielsetzungen verpflichteten Tabakmonopols ist dabei unionsrechtlich unbedenklich, so lange der Warenhandel innerhalb der europäischen Union dadurch nicht behindert wird (vgl. EuGH 14.12.1995, Rs. C-387/93, Banchemo, Rz 27 ff.; vgl. auch VwGH 20.07.2021, Ro 2019/04/0231; Koppensteiner/Weber, Die Monopolisierung des Vertriebs von E-Zigaretten aus unions- und verfassungsrechtlicher Sicht, ÖZW 2016, 32).

3.3.3.2. Zur Erfüllung der sozialpolitischen Zielsetzung dürfen Konzessionen für den Betrieb von Tabakfachgeschäften grundsätzlich nur an voll geschäftsfähige Menschen mit Behinderungen gemäß § 2 Z 7 TabMG 1996 vergeben werden, die in der Lage sind, das Tabakfachgeschäft während der gesamten Laufzeit persönlich, eigenverantwortlich und selbständig zu führen (vgl. § 26 Abs. 1 und 2 TabMG 1996; vgl. auch § 28 Abs. 4 TabMG 1996). Der Gesetzgeber bedachte dabei, dass vielfach für Menschen mit Behinderungen eine eigenständige Geschäftstätigkeit als Tabaktrafikantin bzw. Tabaktrafikant erst durch die Mitarbeit naher Angehöriger möglich wird, die ihre beruflichen Karrierechancen der

Unterstützung ihrer behinderten Angehörigen bzw. ihres behinderten Angehörigen unterordnen. Infolge einer mehrjährigen vollbeschäftigten Erwerbstätigkeit im Tabakfachgeschäft verfügen sie oftmals über keine eigenen Einkünfte außer den Einkünften aus diesem oder nur über Einkünfte, die zur Bestreitung ihres Unterhalts nicht ausreichen (vgl. ErläutRV 2086 BlgNR XXVII. GP, 37).

§ 27 TabMG 1996 räumt (deshalb) in bestimmten, eng umschriebenen, an das Vorliegen mehrerer Voraussetzungen geknüpften Fällen einer natürlichen Person – einer mittätigen Angehörigen bzw. einem mittätigen Angehörigen einer Tabaktrafikanin bzw. eines Tabaktrafikanten – ein ausschließliches, persönliches Recht zum (Weiter-)Betrieb eines bestimmten Tabakfachgeschäftes ein (vgl. auch ErläutRV 2086 BlgNR XXVII. GP, 37). Grundvoraussetzung ist, dass ein Mensch mit Behinderung seine Tätigkeit als Tabaktrafikanin bzw. Tabaktrafikant aufgibt, weil sie bzw. er das Pensionsalter erreicht hat, nicht mehr in der Lage ist, ihr bzw. sein Tabakfachgeschäft zu führen oder verstorben ist (Abs. 1 iVm Abs 2 Z 1 leg. cit.).

In einem solchen Fall darf die Monopolverwaltung GmbH gemäß § 27 Abs. 1 TabMG 1996 den Standort weder schließen (womit iSv § 23 Abs. 5 Z 4 TabMG 1996 das Absehen von der Vergabe einer weiteren Konzession für einen Standort, für den die Konzession beendet ist, gemeint ist) noch für diesen Standort eine Konzession an eine nicht anspruchsberechtigte Person vergeben, ausgenommen an betreffende Verlassenschaften. Dem Grunde nach berechnete Angehörige verlieren gemäß § 27 Abs. 4 TabMG 1996 jedenfalls ihren Anspruch, wenn sie (unter anderem) nicht innerhalb eines Monats nach Beendigung des Konzessionsvertrages gegenüber der Monopolverwaltung GmbH schriftlich ihr Interesse am Betrieb des Tabakfachgeschäftes erklären (Z 1 leg. cit.) oder sich trotz Einladung durch die Monopolverwaltung GmbH an einem auf den Abschluss des Konzessionsvertrages gerichteten Verfahren nicht beteiligen (Z 2 leg. cit.).

3.3.3.3. Soll im Fall des Ablebens der Konzessionärin bzw. des Konzessionärs zunächst die Verlassenschaft beauftragt werden, muss die Monopolverwaltung GmbH mit der Verlassenschaft einen eigenen Konzessionsvertrag abschließen (vgl. § 36 Abs 3 TabMG 1996; zur GewO 1994 siehe Nemeth, in Schwimann/Kodek [Hrsg.], ABGB: Praxiskommentar, Bd. 4 5 [2018] § 531 ABGB, Rz 40). Bereits aus dem Wortlaut von § 27 Abs. 1 Satz 2 TabMG 1996 (arg. „vergeben“) folgt, dass es sich dabei um eine (eigenständige) Vergabe nach dem BVergGKonz 2018 handelt. Wird in der Folge eine anspruchsberechtigte Angehörige bzw. ein anspruchsberechtigter Angehöriger gemäß § 27 TabMG 1996 mit dem (Weiter-)Betrieb des Tabakfachgeschäftes beauftragt, bedarf es dazu ebenfalls den Abschluss eines Konzessionsvertrages. Dabei handelt es sich jedoch um einen von der zuvor erfolgten Konzessionsvergabe an die betreffende Verlassenschaft getrennten konzessionsvergaberechtlichen Vorgang, bei dem dennoch ein persönliches, ausschließliches Recht zum (Weiter-)Betrieb eines Tabakfachgeschäftes gemäß § 27 TabMG 1996 relevant sein kann.

Der Systematik von § 27 TabMG 1996 ist nämlich zu entnehmen, dass eine Vergabe an die Verlassenschaft zum (Weiter-)Betrieb des Tabakfachgeschäftes insoweit nur eine temporäre Beauftragung darstellt, ohne dass anspruchsberechtigte Angehörige dadurch ihr ausschließliches, persönliches Recht verlieren. Dass im Ablebensfall einer Konzessionärin bzw. eines Konzessionärs selbst bei Bestehen eines persönlichen, ausschließlichen Rechtes zum Betrieb des Tabakfachgeschäftes eine Vergabe an die betreffende Verlassenschaft gesetzlich möglich ist, dient dem Zwecke der Aufrechterhaltung der Nahversorgung mit Tabakerzeugnissen (vgl. § 14 Abs. 1 TabMG 1996) und soll einen ehestmöglichen Weiterbetrieb des betreffenden Tabakfachgeschäftes sicherstellen, zumal Verlassenschaftsverfahren unterschiedlich lange dauern können.

Spätestens mit Ende des Verlassenschaftsverfahrens muss aber eine anspruchsberechtigte Angehörige bzw. ein anspruchsberechtigter Angehöriger beauftragt werden, sofern nicht der Anspruch zwischenzeitlich gemäß § 27 Abs. 4 TabMG 1996 verloren gegangen ist. § 27 TabMG 1996 verlangt aber zugleich nicht, dass im Ablebensfall die betreffende Verlassenschaft überhaupt beauftragt wird bzw. eine Beauftragung einer Angehörigen bzw. eines Angehörigen erst mit Ende des Verlassenschaftsverfahrens zulässig wäre. Auch während eines laufenden Verlassenschaftsverfahrens kann im Namen der Verlassenschaft

über deren Rechte und Pflichten durch Vertretungsbefugte verfügt werden (vgl. Werkusch-Christ, in Kletečka/Schauer [Hrsg.], ABGB-ON [15.12.2023, rdb.at], § 546 ABGB, Rz 1).

3.3.3.4. § 22 Abs 1 und 2 BVergGKonz 2018 sehen vor, dass die Auftraggeberin das Verfahren zur Wahl der Konzessionärin unter Einhaltung der Bestimmungen des BVergGKonz 2018 grundsätzlich frei gestalten kann, wenngleich die beabsichtigte Vergabe einer Konzession bekannt zu machen ist. Abweichend von der grundsätzlichen Verpflichtung zur vorherigen Bekanntmachung einer beabsichtigten Konzessionsvergabe führt § 22 Abs. 3 BVergGKonz 2018 jene Ausnahmefälle an, in denen eine vorherige Bekanntmachung unterbleiben kann (vgl. Hamerl, in Elsner [Hrsg.], Vergaberecht [2023], Rz 11.4 ff.).

Gemäß § 22 Abs. 3 Z 3 lit. c BVergGKonz 2018 kann eine Auftraggeberin eine Dienstleistungskonzession in einem Konzessionsvergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben, wenn die Dienstleistung aufgrund des Schutzes von sonstigen ausschließlichen Rechten, wie etwa der Rechte am geistigen Eigentum, nur von einer bestimmten Unternehmerin bzw. einem bestimmten Unternehmer erbracht werden kann, es keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung gibt und der mangelnde Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Anforderungen des Konzessionsvergabeverfahrens ist.

Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes sind angesichts der durch ein solches Verfahren bewirkten Einschränkung des Vergabewettbewerbs die Voraussetzungen für ihre Wahl eng auszulegen und die Beweislast für allenfalls rechtfertigende Umstände trägt die Auftraggeberin (vgl. jeweils mwN EuGH 08.04.2008, Rs. C-337/05, Kommission/Italien, Rz 57 f.; 15.10.2009, Rs. C-275/08, Kommission/Deutschland, Rz 54 ff.; siehe auch VwGH 04.05.2020, Ra 2018/04/0152; 09.09.2015, Ro 2015/04/0013).

3.3.4. Zum Vorliegen eines ausschließlichen Rechts gemäß § 22 Abs. 3 Z 3 lit. c BVergGKonz 2018:

3.3.4.1. Eingangs ist darauf hinzuweisen, dass ein sonstiges ausschließliches Recht im Sinne von § 22 Abs. 3 Z 3 lit. c BVergGKonz 2018 kein ausschließliches Recht im Sinne von § 4 Abs. 4 BVergGKonz 2018 darstellen muss (vgl. demgegenüber § 22 Abs. 3 Z 3 lit. b BVergGKonz 2018: „ausschließlichen Rechten gemäß § 4 Abs. 4“; siehe auch Art. 3a Abs. 4 lit. d der RL 2014/23/EU). Unter den Tatbestand können, neben Patent-, Urheber-, Marken- und Musterschutzrechten, auch jene Fälle zu subsumieren sein, in denen eine bestimmte Unternehmerin bzw. ein bestimmter Unternehmer das ausschließliche Verfügungs- oder Nutzungsrecht besitzt (vgl. ErläutRV 69 BlgNR XXVI. GP, 68). In Zusammenhang mit Arzneimitteln hat der Europäische Gerichtshof ausgesprochen, dass deren alleiniger Schutz durch Ausschließlichkeitsrechte nicht ausreicht, sondern es auch erforderlich ist, dass nur eine bestimmte Unternehmerin bzw. ein bestimmter Unternehmer zur ihrer Herstellung bzw. Lieferung in der Lage sein müsse. Es dürfe kein Wettbewerb auf dem Markt bestehen (vgl. EuGH 03.05.1994, C-328/92, Kommission/Spanien, Rz 17). Die vertragsgegenständliche Leistung an sich muss zum Schutz von Ausschließlichkeitsrechten nur von einer Unternehmerin bzw. einem Unternehmer erbracht werden können (vgl. VwGH 09.09.2015, Ro 2015/04/0013).

Aus Sicht einer Auftraggeberin, die eine Konzession vergeben bzw. einen Konzessionsvertrag abschließen möchte, ist zum Zwecke dieser Beurteilung der Zeitpunkt der Vergabe maßgeblich (vgl. in diesem Sinne auch VwGH 04.05.2020, Ra 2018/04/0152: „Zeitpunkt des Beschaffungsvorganges“) und die Frage, ob sie zu diesem Zeitpunkt ausschließliche Rechte berücksichtigen muss oder die Leistung aufgrund eines bestehenden Wettbewerbes am Markt nicht gemäß § 22 Abs. 3 Z 3 lit. c BVergGKonz 2018 in einem Konzessionsvergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben darf.

3.3.4.2. Hat eine Angehörige bzw. ein Angehöriger ein persönliches, ausschließliches Recht zum Betrieb des Tabakfachgeschäftes gemäß § 27 TabMG 1996, bedeutet dies für die Auftraggeberin, dass sie den Standort weder schließen noch für diesen Standort eine Konzession an eine nicht anspruchsberechtigte Person, ausgenommen an betreffende Verlassenschaften, vergeben darf. Folglich besteht kein Wettbewerb am Markt, weil von vorneherein nur eine Vergabe der Konzession an eine bestimmte Person, eine

anspruchsberechtigte Angehörige bzw. einen anspruchsberechtigten Angehörigen, in Betracht kommt.

Folglich gibt es für die Auftraggeberin auch keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung und der mangelnde Wettbewerb ist nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Anforderungen des Konzessionsvergabeverfahrens. Das in § 27 TabMG 1996 vorgesehene ausschließliche, persönliche Recht zum (Weiter-)Betrieb eines Tabakfachgeschäftes verfolgt vielmehr die Durchsetzung sozialpolitischer Zielsetzungen (vgl. bereits Pkt. 3.3.3.2.). Angesichts des Gebietsschutzes ist auch die Neuerrichtung einer (anderen) Tabaktrafik nur zulässig, wenn hierfür ein dringender Bedarf besteht und eine nicht zumutbare Schmälerung des Ertrages benachbarter Tabaktrafiken ausgeschlossen erscheint (vgl. § 25 Abs. 1 TabMG 1996).

3.3.5. Zum Vorliegen eines ausschließlichen Rechts im gegenständlichen Konzessionsvergabeverfahren:

[...]

3.3.5.2. Der Konzessionsvertrag mit dem vorherigen Konzessionär endete aufgrund dessen Ablebens, wobei der vorherige Konzessionär dem Kreis der Menschen mit Behinderung gemäß § 2 Z 7 TabMG 1996 angehörte.

Die Konzessionärin erfüllt die Voraussetzungen gemäß § 27 Abs. 2 TabMG 1996. Der bisherige Tabaktrafikant ist während der Ausübung der Tätigkeit als Tabaktrafikant verstorben (Z 1 leg. cit.) und bei der Konzessionärin handelt es sich um seine Witwe, wobei die Haushaltsgemeinschaft bis zum Tod des bisherigen Konzessionärs mit der nunmehrigen Konzessionärin bestanden hat (Z 2 leg. cit.). Die Konzessionärin ist auch voll geschäftsfähig (Z 3 leg. cit.). Aufgrund der vorangehenden, zufriedenstellenden Mitarbeit der (nunmehrigen) Konzessionärin im Tabakfachgeschäft ihres Ehemannes im festgestellten Umfang ist des Weiteren bereits § 27 Abs. 2 Z 4 lit. a TabMG 1996 erfüllt (auf das Vorliegen des alternativen Tatbestandes gemäß lit. b leg. cit. kommt es gegenständlich somit nicht an). Die Konzessionärin hat 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 iSv § 27 Abs. 2 Z 5 TabMG 1996 vorliegt. Hinzutritt, dass sie aufgrund ihres Alters sowie von Verbindlichkeiten ohne Einkünfte aus dem Tabakfachgeschäft ebenfalls eine wesentliche Existenzerschwerung hätte.

3.3.5.3. Da der Konzessionärin somit ein ausschließliches Recht zukam, durfte die Auftraggeberin gemäß § 27 Abs 1 TabMG 1996 den Standort weder schließen noch für diesen Standort eine Konzession an eine nicht anspruchsberechtigte Person vergeben, ausgenommen an betreffende Verlassenschaften (siehe dazu bereits Pkt. 3.3.3.3.). Für die Auftraggeberin gab es daher auch keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung. Der mangelnde Wettbewerb ist auch nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Anforderungen des Konzessionsvergabeverfahrens (siehe bereits Pkt. 3.3.4.2.).

3.3.6. Vor diesem Hintergrund führte die Auftraggeberin zu Recht ein Konzessionsvergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung aufgrund des Bestehens eines Ausschließlichkeitsrechts gemäß § 22 Abs. 3 Z 3 lit. c. BVergGKonz 2018 durch. [...]

Praxisrelevante Anmerkungen

Klar ist nunmehr, dass Angehörige einer Tabaktrafikant*in aus dem Kreis der Menschen mit Behinderung ein persönliches, ausschließliches Recht im Sinne des § 22 Abs 3 Z 3 lit c BVergGKonz 2018 zum Betrieb des Tabakfachgeschäftes erhalten, sofern die weiteren Voraussetzungen des § 27 Abs 2 TabMG erfüllt sind. So müssen zB die Angehörigen voll geschäftsfähig und im bisherigen Tabakfachgeschäft zufriedenstellend vollbeschäftigt erwerbstätig gewesen sein. Eine weitere Voraussetzung gemäß § 27 Abs 2 TabMG ist, dass für die Angehörigen im Falle einer „Nicht-Vergabe“ eine wesentliche Existenzerschwerung zu befürchten ist. Diese Erschwerung der Existenz liegt vor, wenn die Angehörigen außer den Einkünften aus dem Tabakfachgeschäft über keine eigenen Einkünfte oder nur über Einkünfte verfügen, die zur Bestreitung ihres Unterhalts nicht ausreichen, und ihr Unterhalt

bisher ganz oder teilweise aus den Erträgen des Tabakfachgeschäfts oder aus ihren Einkommen aus der Erwerbstätigkeit in dem Tabakfachgeschäft bestritten wurden.

Die – aus rechtspolitischer Sicht erfreuliche – richterliche Bestätigung der Gesetzeslage ist auch aus sozialpolitischer Sicht sowie aus dem Blickwinkel des „Social Public Procurement (SRPP)“ zu begrüßen.⁴ Denn: Gegenständlich übernimmt nicht ein Unternehmen einen (allenfalls) zusätzlichen gewinnbringenden Auftrag, sondern eine Angehörige, die ihre primäre Erwerbstätigkeit darauf ausgerichtet hat, einen Menschen mit Behinderung bei der Führung des Tabakfachgeschäfts zu unterstützen. Diese Unterstützungsleistung kann für die Angehörigen nicht nur den vollständigen Verzicht auf andere Erwerbsmöglichkeiten bedeuten, sondern auch den Verzicht auf spezifische anderweitige Berufserfahrung, die ihre Ertragschancen in einem anderen Bereich verbessern würde. Umgekehrt können die Erfahrungen als Trafikant*in von den Angehörigen außerhalb des Konzessionsgegenstands nicht mehr branchenspezifisch genutzt werden. Die Unterstützung durch eine Angehörige ist in vielen Fällen allerdings *conditio sine qua non* dafür, dass Menschen mit Behinderungen überhaupt ein Tabakfachgeschäft übernehmen können. Angehörige wiederum werden – und hier schließt sich der Kreis – eine Unterstützung wohl nur dann anbieten (können), wenn sie dadurch ihren späteren Lebensunterhalt nicht selbst gefährden bzw zumindest die Möglichkeit haben, das Tabakfachgeschäft – auch nach Ableben der Tab Trafikant*in – weiterzuführen.

Wie vom BVwG festgestellt, hat das Vorliegen des Ausschließlichkeitsrechts zur Folge, dass der Auftraggeber das betreffende Tabakfachgeschäft weder schließen noch dafür eine Konzession an eine nicht anspruchsberechtigte Person vergeben darf. Da es sich zudem um ein persönliches (Ausschließlichkeits-)Recht handelt, können Dritte auch nicht Lizenzen zur Nutzung des ausschließlichen Rechts erhalten. Folglich besteht für das betreffende Tabakfachgeschäft kein Wettbewerb am Markt, weil von vorneherein nur eine Vergabe der Konzession an eine bestimmte Person (konkret: an die anspruchsberechtigte Angehörige) in Betracht kommt. Unabhängig der rechtlichen Klarstellung empfiehlt es sich in diesem Zusammenhang jedenfalls – wie bei jeder Heranziehung von vergaberechtlichen Ausnahmetatbeständen – auf eine sorgfältige Dokumentation zu achten (insbesondere ist es empfehlenswert, die Erfüllung sämtlicher Voraussetzungen gemäß § 27 Abs 2 TabMG 1996 nachvollziehbar zu prüfen und deren Vorliegen schriftlich zu dokumentieren).⁵

Nachhaltig gedacht

Das TabMG 1996 verwirklicht einen wichtigen inklusionssichernden Auftrag der Gesellschaft und ermöglicht Menschen mit Behinderungen eine unternehmerische Existenz. Grundsätzlich dürfen freiwerdende Trafiken in Österreich nämlich nur an Menschen mit einem Behinderungsgrad von mindestens 50 % vergeben werden. Umgesetzt von der Monopolverwaltung GmbH – als größtes inklusives Unternehmer*innen-Netzwerk Österreichs – führen dadurch rund 1.228 Menschen mit Behinderungen Tabakfachgeschäfte (Stand 31. Dezember 2022).⁶

Diese begrüßenswerten Zahlen dürfen jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass die einkaufsstrategische Berücksichtigung sozialer Aspekte eine Lenkungsverantwortung der öffentlichen Hand ist, die über den Bereich der Tabaktrafiken hinausgeht und elementarer

⁴ Über die sozialpolitische Verantwortung öffentlicher Aufträge siehe auch: *Hofbauer/Reisner* in Hofbauer/Heid/Beham (Hrsg), Handbuch Vergabe-Compliance (2024), Kap 27, Rn 21 ff; *Kranabetter*, Soziale Kriterien in der öffentlichen Auftragsvergabe, NR 2024, 47; *Reisinger/Ullreich/Theiner*, Vergaben unter Bedachtnahme sozialpolitischer Zielsetzungen, RPA 2022, 50; *Reisinger/Ullreich/Theiner*, Weiter Spielraum bei sozialpolitischen Zielsetzungen bei öffentlichen Auftragsvergaben, NR 2022, 199.

⁵ Zur Dokumentationspflicht bei der Heranziehung vergaberechtlicher Ausnahmetatbestände siehe *Fuschlberger/Honedder* in Hofbauer/Heid/Beham, Handbuch Vergabe-Compliance, Kap 4, Rn 10 ff.

⁶ Siehe MVG, Sozialpolitisches Ziel, <https://www.mvg.at/ueber-uns/ziele-und-strategien/#box-3> (1. 2. 2025).

Bestandteil einer modernen Vergabepolitik sein sollte.⁷ Abgesehen von einigen sozialen Sonderbestimmungen (wie zB im TabMG oder im BaFG⁸) beschränkt sich der Gesetzgeber bei der Berücksichtigung von sozialpolitischen Zielen in Vergabeverfahren auf eine „Kann-Bestimmung“ bzw auf einen freiwillig anwendbaren Spielraum (§ 14 Abs 6 BVergGKonz 2018).⁹ Dies ist insoweit bemerkenswert, als bei ökologischen Aspekten – zumindest im Anwendungsbereich des „klassischen“ BVergG 2018¹⁰ – sehr wohl eine aktive Berücksichtigungspflicht des Auftraggebers besteht.¹¹ Wurde somit in einem „klassischen“ Vergabeverfahren die Umweltgerechtigkeit der Leistung nicht berücksichtigt, sind die Ausschreibungsunterlagen wegen Grundsatzverletzung rechtswidrig und bekämpfbar¹²; wohingegen eine Nichtberücksichtigung sozialer Ziele grundsätzlich folgenlos bleibt. Diese vergaberechtliche Ungleichbehandlung der beiden gesellschaftspolitischen Zielen „Ökologie“ und „Soziales“ spiegelt jedenfalls nicht die Intention des EU-Gesetzgebers wider, wonach die soziale Beschaffung grundsätzlich gleichwertig mit der umweltorientierten Beschaffung ist¹³ und ist zudem nicht mit den gleichrangigen 17 Sustainable Development Goals (SDGs) in Einklang zu bringen. Vor dem Hintergrund der gegenständlichen Klarstellung des BVwG und insbesondere im Hinblick auf SDG 12 („Sicherstellung nachhaltiger Konsum- und Produktionsmuster“) wäre eine vergaberechtliche Gleichstellung der beiden Zielsetzungen systemkonform und aus nachhaltigkeitsrechtlicher Sicht zu begrüßen. Die dem Vernehmen nach bereits anstehende Novelle des BVergG 2018 wäre dafür eine gute Gelegenheit.

⁷ Siehe *Hofbauer/Reisner* in Hofbauer/Heid/Beham, Handbuch Vergabe-Compliance, Kap 27, Rn 10 ff.

⁸ Bundesgesetz über Barrierefreiheitsanforderungen für Produkte und Dienstleistungen, BGBl I Nr 76/2023 idgF (in der Folge „BaFG“); konkret werden darin verpflichtende Zugänglichkeitserfordernisse vorgegeben, die bei der Festlegung der technischen Spezifikationen des Ausschreibungsgegenstandes berücksichtigt werden müssen. Wenn demnach das zu beschaffende IT-Produkt zB visuelle Bedienungsformen anbietet, muss mindestens eine Bedienungsform vorhanden sein, die kein Sehvermögen erfordert; siehe dazu auch *Kos/Pertl*, Das Barrierefreiheitsgesetz und seine Auswirkungen auf Vergabeverfahren gemäß Bundesvergabegesetz 2018, NR 2024, 205.

⁹ § 14 Abs 6 BVergG 2018: „Im Konzessionsvergabeverfahren kann auf die Beschäftigung von Frauen, von Personen im Ausbildungsverhältnis, von Langzeitarbeitslosen, von Menschen mit Behinderung und älteren Arbeitnehmern sowie auf Maßnahmen zur Umsetzung sonstiger sozialpolitischer Belange Bedacht genommen werden.“

¹⁰ Bundesvergabegesetz 2018, BGBl I Nr 65/2018 idgF (in der Folge „BVergG 2018“).

¹¹ § 20 Abs 5 BVergG 2018: „Im Vergabeverfahren ist auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung Bedacht zu nehmen.“

¹² BVwG 11. 2. 2020, W139 2222479-2: „Das Vergabegesetz sieht ausdrücklich vor, dass im Zuge eines Vergabeverfahrens auf Umweltaspekte Bedacht zu nehmen ist. Dies kann ua durch die Vorgaben von Mindestanforderungen und die Gestaltung von Zuschlagskriterien erfolgen.“

¹³ ErwG 75 RL 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABI L 2014/94, 65 (Vergabe RL); siehe auch *Hattinger*, „Die sozialen Wirkungen des öffentlichen Auftragswesens – Kann die EU mehr tun?“ – Eine Studie des Europäischen Parlaments, NR 2024, 85.