



**VERWALTUNGSGERICHT
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (+43 1) 4000 DW 38730
Telefax: (+43 1) 4000 99 38730
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at
ERV-Anschriftcode: Z011300
ERsB: 9110019835300

GZ: VGW-123/077/5299/2026/E-5
A. GmbH

Wien, 21.04.2026

Geschäftsabteilung: VGW-R

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Dr.ⁱⁿ Lettner als Vorsitzende, den Richter Dr. Oppel und die Richterin Mag.^a Mandl über den Antrag der A. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte, auf Nichtigerklärung der Entscheidung über den Abschluss einer Rahmenvereinbarung in den Losen 1, 2, 4, 5, 6, und 8 betreffend das Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung über die Lieferung von Särgen an die Bestattung Wien GmbH“ - Lose 1,2,4,5,6,8, der Bestattung Wien GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, den

BESCHLUSS

gefasst

I. Der Antrag vom 28.08.2025, die Entscheidung vom 18.08.2025, mit welchem Unternehmen die Rahmenvereinbarung hinsichtlich der Lose 1, 2, 4, 5, 6 und 8 abgeschlossen werden soll, nichtig zu erklären, wird wegen Unzuständigkeit des Verwaltungsgerichts Wien zurückgewiesen.

II. Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

III. Gegen diesen Beschluss ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

B e g r ü n d u n g

Die A. GmbH hat am 28.08.2025 einen Antrag auf Nichtigerklärung der von ihr behaupteten gesondert anfechtbaren Entscheidung vom 18.08.2025 betreffend den behaupteten beabsichtigten Abschluss einer Rahmenvereinbarung der Bestattung Wien GmbH (im Folgenden: Antragsgegnerin) mit der B. d.o.o. (im Folgenden: Mitbeteiligte Partei) über die Lieferung von Särgen an die Antragsgegnerin beantragt. Diesem Nichtigerklärungsantrag waren der Antrag, der Antragstellerin Einsicht in den Vergabeakt zu gewähren, eine mündliche Verhandlung durchzuführen und der Antragsgegnerin den Ersatz der Pauschalgebühren aufzutragen, angeschlossen.

Das Verwaltungsgericht hat im ersten Rechtsgang festgestellt, dass die von der Antragstellerin behauptete gesondert anfechtbare Entscheidung nicht vorliegt, weil die Antragsgegnerin die Rahmenvereinbarung in den gegenständlichen Losen abgeschlossen und die Antragstellerin nachträglich vom erfolgten Abschluss der Rahmenvereinbarung mit einem Mitbewerber verständigt hat. Aufgrund dieser Feststellungen hat das Verwaltungsgericht den Nachprüfungsantrag mit Beschluss vom 09.10.2025, VGW-123/077/13026/2025-21, als unzulässig zurückgewiesen. Die Antragstellerin hat gegen diesen Beschluss Beschwerde an den VfGH erhoben.

Der VfGH hat den obgenannten Beschluss mit Erkenntnis vom 02.03.2026, E 3699/2025-11, aufgehoben und im Wesentlichen ausgeführt, das Verwaltungsgericht Wien habe im Rahmen der Prüfung seiner Zuständigkeit zunächst zu prüfen gehabt, ob es sich bei den von der Antragsgegnerin wahrgenommenen Aufgaben um im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art im Sinne des § 4 Abs. 1 Ziffer 2 lit. a BVergG 2018 handelt und ob das Verwaltungsgericht Wien für die Prüfung des gegenständlichen Antrags überhaupt zuständig ist. Die Prüfung, ob die von der Antragstellerin behauptete gesondert anfechtbare Entscheidung überhaupt vorliege, stelle insoweit bereits eine „inhaltliche“ Prüfung dar, welche die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts Wien voraussetze.

Es wurde am 09.04.2026 eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Diese hatte folgenden Verlauf und Inhalt:

[...]

Folgender entscheidungswesentliche Sachverhalt steht als erwiesen fest:

Zu dem von der Antragsgegnerin durchgeführten Vergabeverfahren:

Die Antragsgegnerin hat mit 17.02.2025 ein einstufiges Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einem Partner je Los für die Lieferung von Särgen ausgeschrieben. Die Ausschreibung war in 8 Lose gegliedert. Zuschlagskriterien waren der Preis sowie die Qualität, wobei mehrere Subkriterien zur Qualität bestanden.

In den Besonderen Bestimmungen der Ausschreibung ist unter A.2. Rechtliche Grundlagen festgehalten, dass die Vergabe der ausgeschriebenen Leistung nicht nach den Sektorenbestimmungen des Bundesvergabegesetzes erfolge und ein einstufiges Verhandlungsverfahren geführt werde. Analoge Verweise auf Paragraphen des BVergG würden der leichteren Lesbarkeit und der Vermeidung von vollständigen Zitierungen aus dem BVergG dienen. Die Bestimmungen des WVRG 2020 würden nicht zur Anwendung gelangen.

Die Antragstellerin und weitere Bieter haben Angebote gelegt, wobei unter anderem die Antragstellerin in allen Losen angeboten hat.

Die Antragsgegnerin hat im Verfahren vom Shortlisting Gebrauch gemacht und Angebote ausgeschieden. Die Antragstellerin ist unter anderem mit den antragsgegenständlichen Losen im Vergabeverfahren geblieben.

Die Antragsgegnerin hat eine Angebotsbewertung durchgeführt. Nach der erfolgten Punktbewertung sind die Angebote der Antragstellerin in allen antragsgegenständlichen Losen hinter dem jeweiligen Angebot der mitbeteiligten Partei gereiht.

Der Antragstellerin wurden im Vergabeverfahren Informationen aus den von ihr erreichten Bewertungsergebnissen und den Bewertungsergebnissen der erstgereihten Bieterin mitgeteilt. Diese Informationen erwiesen sich als für die Antragstellerin ausreichend, um entnehmen zu können, dass die Angebote der mitbeteiligten Partei ein besseres Punkteergebnis erzielt haben als die Angebote der Antragstellerin. Darüber hinaus gehende Informationen, warum die Angebote der mitbeteiligten Partei besser bewertet worden sind als die Angebote der Antragstellerin, konnte die Antragstellerin diesen Informationen lediglich in ihr nicht ausreichend erscheinendem Ausmaß entnehmen. Das Bewertungsergebnis ist im Vergabeakt für jedes Los umfassend in jeweils einem Bewertungsbogen über die durchgeführte Jurybewertung dokumentiert.

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin für das nicht antragsgegenständliche Los 7 am 14.08.2025 mitgeteilt, dass mit der Antragstellerin im Los 7 die Rahmenvereinbarung unter Zugrundelegung „dieses Abschlusses der Rahmenvereinbarung“, der Vergabeverhandlung mit Angabe des Verhandlungstages, der technischen und kaufmännischen Aufklärung mit Datumsangabe der Aufklärung, der Ausschreibungsunterlagen und des Angebotes der Antragstellerin abgeschlossen wird.

Ein inhaltlich entsprechender Abschluss der Rahmenvereinbarung für die antragsgegenständlichen Lose 1, 2, 4, 5, 6 und 8 erfolgte ebenfalls am 14.08.2025 mit der mitbeteiligten Partei.

Die Absagen an die nicht zum Zuge gekommenen Bieter erfolgten am 18.08.2025. Unter diesen Absagen befindet sich die Absage an die Antragstellerin vom 18.08.2025.

In dieser Absage wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass ihr Angebot jeweils für die Lose 1, 2, 4, 5, 6 und 8 für den Zuschlag nicht infrage komme und daher eine Absage erteilt werden müsse. Informationen darüber, mit welchem Bieter in diesen Losen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen wurde oder allenfalls abgeschlossen werden soll, enthält dieses Schreiben nicht.

Zur Frage der Eigenschaft der Antragsgegnerin als öffentliche Auftraggeberin:

Die Antragsgegnerin ist Teil des Konzerns Wiener Stadtwerke. Sie wurde im Jahr 2010 als Teilbetrieb der Bestattung aus der damaligen Bestattung Wien GmbH (heute B&F Wien – Bestattung und Friedhöfe GmbH) zur Aufnahme abgespalten. Ihr Zweck ist die Erbringung von Bestattungsleistungen.

Die Antragsgegnerin erbringt Leistungen im Zusammenhang mit dem Bestattungsgewerbe. Es handelt sich dabei um die Durchführung von Totenaufbahrungen, -feierlichkeiten und -überführungen sowie von Bestattungen und Exhumierungen.

[...]

Bei der Beweiswürdigung hat das Verwaltungsgericht Wien erwogen:

Die Sachverhaltsfeststellungen beruhen auf der Aktenlage, dem Vorbringen der Verfahrensparteien und der durchgeführten mündlichen Verhandlung.

In rechtlicher Hinsicht ist auszuführen:

Entsprechend dem Erkenntnis des VfGH vom 02.03.2026, E 3699/2025-11, war zunächst zu prüfen, ob die Antragsgegnerin in den persönlichen Anwendungsbereich des BVergG 2018 fällt.

Eine Prüfung, ob der Antrag zulässig ist, stellt diesem Erkenntnis zu Folge insoweit eine „inhaltliche“ Prüfung dar, als eine solche Prüfung voraussetzt, dass die Antragsgegnerin in den persönlichen Anwendungsbereich des BVergG 2018 fällt, zumal der Abschluss einschlägiger Leistungsverträge, die keiner spezifischen gesetzlichen Regelung des Vergabeverfahrens unterliegen, als bürgerliche Rechtssache im Sinne des § 1 in die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte fällt. Eine etwaige Prüfung der Zulässigkeitsvoraussetzungen des Antrags nach dem Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2020 durch das Verwaltungsgericht verletzt dann, wenn die Antragsgegnerin nicht in den persönlichen Anwendungsbereich des BVergG 2018 fällt und das WVRG 2020 daher nicht anwendbar ist, das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter (vgl. näher VfGH vom 02.03.2026, E 3699/2025-11).

Die Prüfung hatte sich daher vor allen anderen Prüfschritten auf die Lösung der Rechtsfrage zu beziehen, ob die Antragsgegnerin in den persönlichen Anwendungsbereich des BVergG 2018 fällt.

Die für die Lösung dieser Rechtsfrage maßgebliche Bestimmung des § 4 Abs. 1 BVergG 2018 lautet:

„§ 4. (1) Dieses Bundesgesetz gilt mit Ausnahme seines 3. Teiles für Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern, das sind

- 1. der Bund, die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände oder*
- 2. Einrichtungen, die*
 - a) zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen,*
 - b) zumindest teilrechtsfähig sind und*
 - c) überwiegend von öffentlichen Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch diese unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von öffentlichen Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 ernannt worden sind, oder*
- 3. Verbände, die aus einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern gemäß Z 1 oder 2 bestehen.“*

Die im § 4 Absatz 1 Ziffer 2 lit. a bis c BVergG 2018 normierten Voraussetzungen dafür, dass eine Auftraggeberin in den persönlichen Anwendungsbereich des BVergG 2018 fällt, müssen kumulativ vorliegen.

Aus der Rechtsprechung des EuGH geht dazu hervor, dass die Voraussetzungen, ob ein Auftraggeber in den persönlichen Anwendungsbereich des Vergaberechts fällt, in einer bestimmten Reihenfolge zu prüfen sind.

Demnach ist zunächst zu prüfen, ob die Einrichtung zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen. Erst dann, wenn die Prüfung ergeben hat, dass es sich um Aufgaben im Allgemeininteresse handelt, ist in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob diese Aufgaben nicht-gewerblicher Art sind (EuGH C-18/01, Korhonen).

Die Antragsgegnerin wurde gegründet, um das Gewerbe der Bestattung auszuüben und somit Leistungen des Bestattungsgewerbes zu erbringen.

Aufgaben im Allgemeininteresse sind solche, die der Staat üblicherweise selbst wahrnimmt oder bei denen er einen entscheidenden Einfluss behalten möchte (EuGH C-360/96, BFI Holding). Dass es sich bei den von der Antragsgegnerin erbrachten Bestattungsleistungen um Leistungen im Allgemeininteresse handelt, geht schließlich aus dem EuGH-Urteil C-373/00, Adolf Truley, hervor. Das Vorliegen von Aufgaben im Allgemeininteresse ergibt sich dabei auch daraus, dass Bestattungsleistungen eng mit der öffentlichen Gesundheit und der öffentlichen Ordnung verbunden sind und der Staat (die Gemeinden) daher diese Aufgaben üblicherweise selbst wahrnimmt bzw. sich einen entscheidenden Einfluss auf ausgegliederte Einrichtungen, welche diese Leistungen erbringen, wahrt.

Nach der Reihenfolge der Prüfschritte, die der Rechtsprechung des EuGH zu entnehmen ist (EuGH C-18/01, Korhonen), ist als nächstes zu prüfen, ob die von der Antragsgegnerin erbrachten Bestattungsleistungen nicht-gewerblicher Art sind.

Dem Urteil des EuGH in der Rechtssache Adolf Truley ist zu entnehmen, dass zunächst zu prüfen ist, ob die Einrichtung im Wettbewerb steht oder unter Bedingungen agiert, die keinen wirksamen Wettbewerb zulassen (z.B. durch eine Monopolstellung oder rechtliche Exklusivität).

Dazu ist auszuführen, dass die Antragsgegnerin zum Zeitpunkt der in Rede stehenden Beschaffung unter Bedingungen agiert hat, die einen wirksamen Wettbewerb durchaus zulassen. Die Antragsgegnerin besitzt keine rechtliche Exklusivität und keine Monopolstellung dahingehend, dass andere Bestattungsunternehmen daran gehindert wären, mit der Antragsgegnerin wirksam in Wettbewerb zu treten. Darüber hinaus haben auch mehrere Bestattungsunternehmen von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, mit der Antragsgegnerin auch auf dem Wiener Markt in Wettbewerb zu treten, und verfügen gemeinsam auf dem Wiener Bestattungsmarkt über einen Marktanteil von knapp über 50 %.

Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang insbesondere, dass sämtliche befugten Bestattungsunternehmen unter gleichen Voraussetzungen Zugang haben, um Bestattungen auf Friedhöfen der Stadt Wien bzw. der Wiener Friedhofsverwaltung durchzuführen. Hervorzuheben ist weiters, dass die Stadt Wien etwaige von ihr beauftragte Bestattungsleistungen (zum Beispiel Armenbestattungen) im Wettbewerb vergibt und die Antragsgegnerin die entsprechenden Aufträge dann erhält, wenn sie sich im Wettbewerb gegen ihre Mitbewerber durchsetzt. Hervorzuheben ist weiters, dass im Zuge der erfolgten Liberalisierung des Bestattungswesens eine Tarifregelung für Bestattungsleistungen nicht mehr besteht.

Es ist zutreffend, dass die Antragsgegnerin auf dem regionalen Wiener Bestattungsmarkt mit einem Marktanteil von knapp unter 50 % einen vergleichsweise hohen Marktanteil hat. Die Antragsgegnerin hat in ihrem Antrag im Wesentlichen versucht, aus dem hohen Marktanteil der Antragsgegnerin eine Monopolstellung abzuleiten. Dem ist entgegenzuhalten, dass ein hoher Marktanteil nicht bewirkt, dass eine Monopolstellung im Sinne des Vorliegens einer Aufgabe nicht-gewerblicher Art vorliegt.

Dem diesbezüglichen Vorbringen der Antragstellerin ist entgegenzuhalten, dass die Judikatur des EuGH zwischen Monopolen einerseits und „Quasi-Monopolen“ bzw. marktbeherrschender Stellung andererseits unterscheidet. Ein Monopol liegt demnach nur bei einem Marktanteil von 100 % vor. Ein Marktanteil von mehr als 50 % begründet lediglich das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung. Im Detail ist dazu insbesondere auf die Urteile des EuGH Rs 85/76, Hoffmann-La Roche, und C-62/86, AKZO, zu verweisen. Da die Antragsgegnerin nicht über einen Marktanteil von 100 % verfügt, lässt sich aus dem Marktanteil allein ein etwaiges Monopol der Antragsgegnerin nicht ableiten. Im Einklang mit der zitierten Rechtsprechung des EuGH vermag ein hoher Marktanteil damit lediglich ein Indiz dafür zu begründen, dass möglicherweise eine Monopolstellung der Antragsgegnerin und damit kein echter Wettbewerb vorliegen könnte. Bei dem gegenständlich vorliegenden Marktanteil von knapp unter 50 % ist dieses Indiz allerdings als schwach anzusehen.

Die Antragsgegnerin verfolgt mit der Erbringung der Bestattungsleistungen die Absicht der Gewinnerzielung.

Auch dem Vorliegen der Absicht von Gewinnerzielungsabsicht kommt nach der Rechtsprechung des EuGH lediglich untergeordnete Bedeutung in der Form eines nicht allzu gewichtigen Indizes zu. Diesbezüglich ist unter anderem auf die Urteile des EuGH in den Rechtssachen C-18/01 (Korhonen), C-373/00 (Adolf Truley) und C-155/19 und C-156/19 (FIGC) zu verweisen. Wenn die Antragsgegnerin daher darauf verweist, dass sie mit den von ihr erbrachten Bestattungsleistungen Gewinnerzielungsabsicht verfolgt, so reicht dies nicht aus, um darzulegen, dass es sich bei diesen Leistungen um Aufgaben gewerblicher Art handeln würde.

Ein zentrales Kriterium für die Abgrenzung der gewerblichen oder nicht-gewerblichen Art der Aufgaben liegt entsprechend der Rechtsprechung des EuGH weiters darin, ob die zu beurteilende Einrichtung das wirtschaftliche Risiko etwaiger Verluste selbst zu tragen hat oder die öffentliche Hand etwaige Verluste abdecken würde. Diesbezüglich wird insbesondere auf die Urteile des EuGH in den Rechtssachen C-373/00 (Adolf Truley), C-18/01 (Korhonen), C-360/96 (BFI Holding) und C-567/15 (LitSpecMet) verwiesen. Dieser Rechtsprechung zufolge reicht es nicht aus, wenn die Einrichtung den vertraglichen Regelungen zu Folge das wirtschaftliche Risiko selbst zu tragen hat und eine Verlustabdeckung bzw. ein Nachschuss durch die Muttergesellschaft oder durch die öffentliche Hand vertraglich nicht vorgesehen ist, wie dies vorliegend der Fall ist. Es kommt auf eine funktionale Auslegung an. Entscheidend ist, ob die öffentliche Hand die Einrichtung im Krisenfall faktisch in den Konkurs gehen lassen würde. Es kommt somit auf die wirtschaftliche Realität und nicht auf die formale Vertragsgestaltung an.

Die bloße Tatsache, dass eine Einrichtung mit dem Staat konzernmäßig verbunden ist, reicht jedoch nicht aus, um daraus abzuleiten, dass diese Einrichtung das wirtschaftliche Risiko ihrer Tätigkeit nicht selbst zu tragen hätte. Daraus folgt, dass es nicht ausreicht, von einer Risikoabdeckung durch die öffentliche Hand deswegen auszugehen, weil die öffentliche Hand im Fall des Konkurses der Einrichtung ihre Beteiligung an der Einrichtung verlieren würde. Eine über diesen Aspekt hinausgehende Risikoabdeckung durch die Stadt Wien oder durch die Konzernmutter der Antragsgegnerin ist im Nachprüfungsverfahren nicht

hervorgekommen. Dies spricht dafür, dass keine rechtlich relevante Abdeckung des Verlustrisikos der Antragsgegnerin durch die Stadt Wien oder durch die Konzernmutter vorliegt.

Im Anlassfall kommt noch hinzu, dass ein etwaiger Eintritt von Verlusten bei der Antragsgegnerin eine lediglich hypothetische Möglichkeit darstellt, zumal die Ausübung der Bestattungstätigkeit sowohl durch die Antragsgegnerin als auch durch ihre Rechtsvorgänger durchgehend mit Gewinnen verbunden war. Bei Bestattungsleistungen kann auch davon ausgegangen werden, dass die Nachfrage gesichert ist und zumindest keine relevanten Einbrüche in der Nachfrage auftreten. Im Ergebnis folgt daraus, dass die Antragsgegnerin eine Risikoabdeckung durch die Stadt Wien oder durch ihre Konzernmutter überhaupt nicht benötigt. Wenn die Antragsgegnerin gegenständlich aufgrund gesicherter Nachfrage eine Risikoabdeckung durch die Stadt Wien oder durch ihre Konzernmutter erst gar nicht benötigt, so muss aus dem fehlenden Bedarf einer Risikoabdeckung geschlossen werden, dass das Kriterium der Risikoabdeckung mangels eines diesbezüglichen Bedarfs nicht vorliegt.

Im Ergebnis ist dem Vorbringen der Antragsgegnerin, dass sie das wirtschaftliche Risiko der von ihr erbrachten Bestattungsleistungen selbst trägt und eine Risikoabdeckung durch die Stadt Wien oder durch ihre Konzernmutter nicht besteht, daher zuzustimmen. Eine Risikoabdeckung, die weder vertraglich vorgesehen ist noch (aufgrund der Eigenart der ausgeübten Tätigkeit) erforderlich ist, kann daher nicht angenommen werden und liegt auch nicht vor.

Zur Frage des Rückgriffs auf Ressourcen des Konzerns und der Stadt Wien ist der Rechtsprechung des EuGH (insbesondere EuGH C-373/00, Adolf Truley) zu entnehmen, dass es nicht entscheidend darauf ankommt, ob die Antragsgegnerin für die Leistungen, die sie in Anspruch nehmen, mittels konzerninterner Verrechnung ein marktgerechtes Entgelt zahlt oder nicht. Insbesondere folgt aus der Bezahlung eines marktgerechten Entgelts durch die Antragsgegnerin nicht, dass damit der gewerbliche Charakter ihrer Leistungen gestützt wäre. Rechtlich entscheidend ist, inwieweit die Antragsgegnerin damit (wenn auch zu einem Entgelt in zumindest marktgerechter Höhe) auf Ressourcen zurückgreifen kann, die am Markt knapp sind und auf die ihre Mitbewerber nicht zurückgreifen können.

Bei den Leistungen, die im Konzern, den die Antragsgegnerin zugehört, gebündelt sind, handelt es sich durchgehend um Leistungen, die auf dem freien Markt zu vergleichbaren Konditionen erhältlich sind. So können beispielsweise am freien Markt Leistungen der Lohnverrechnung und der Personalschulung zugekauft werden und beeinträchtigt die konzerninterne Bündelung derartiger Leistungen im Konzern daher den Wettbewerb in der Bestattungsbranche nicht.

Wesentliche Bedeutung kommt auch der Frage zu, ob die Antragsgegnerin städtische Friedhöfe und Aufbahrungshallen auf konzerninterne Weise nutzen kann und ihren Mitbewerbern eine solche Nutzungsmöglichkeit nicht in gleicher Weise zusteht.

Insoweit ist auf der Sachverhaltsebene seit der Erlassung des Bescheids des Vergabekontrollsenats Wien vom 25.07.2003, VKS-296/03, eine entscheidende Änderung eingetreten, als nunmehr alle befugten Bestattungsunternehmen in gleicher Weise und zu gleichen Bedingungen städtische Friedhöfe und Aufbahrungshallen nutzen können. Es besteht insoweit kein Unterschied im Marktzugang für befugte Bestattungsunternehmen.

Zum Betrieb des Bestattungsmuseums ist auszuführen, dass es sich dabei um eine Tätigkeit handelt, welche die Antragsgegnerin freiwillig erbringt, um mit dieser Tätigkeit wirtschaftliche Zwecke des Marketings zu verfolgen. Der Betrieb des Bestattungsmuseums stellt somit eine wirtschaftliche Tätigkeit dar, aus der eine Eigenschaft der Antragsgegnerin als öffentliche Auftraggeberin gemäß der Infektionstheorie nicht abgeleitet werden kann. Da Marketing für Unternehmer einen wirtschaftlichen Wert darstellt, kommt es nicht darauf an, ob die Antragsgegnerin die Kosten des Betriebs des Bestattungsmuseums durch Entgelte für Eintritte und für den Verkauf von Produkten vollständig abdecken kann. Maßgeblich ist jedoch, dass die Antragsgegnerin für diesen Betrieb keine öffentlichen Zuschüsse erhält, wobei hinzukommt, dass der Betrieb des Bestattungsmuseums auch keine Aufgabe im Allgemeininteresse darstellt, sondern eine Aufgabe primär im Marketinginteresse der Antragsgegnerin ist.

Zum Betrieb der Social Media Beratung für Bestattungsunternehmen ist auszuführen, dass es sich auch dabei nicht um die Wahrnehmung einer Aufgabe

im Allgemeininteresse handelt, zu der die Antragsgegnerin verpflichtet wäre. Es handelt sich vielmehr um eine wirtschaftliche Tätigkeit der Antragsgegnerin, die von ihr aus wirtschaftlichen Gründen erbracht wird, ohne dass die Antragsgegnerin dazu verpflichtet wäre. Auch aus dieser Tätigkeit lässt sich daher eine etwaige Eigenschaft der Antragsgegnerin als öffentliche Auftraggeberin nicht ableiten.

Beim Betrieb des Bestattungsmuseums und bei der Social Media Beratung handelt es sich nicht um Aufgaben, zu deren besonderen Zweck die Antragsgegnerin gegründet wurde, und vermitteln diese Aufgaben der Antragsgegnerin bereits aus diesem Grund nicht die Eigenschaft eines öffentlichen Auftraggebers.

Im Ergebnis folgt, dass die Antragsgegnerin keine Einrichtung im Sinne des § 4 Abs. 1 Z 2 BVergG 2018 ist und nicht in den persönlichen Anwendungsbereich des BVergG 2018 fällt. Soweit die Antragsgegnerin Leistungen des Bestattergewerbes erbringt, handelt es sich dabei um Aufgaben im Allgemeininteresse, deren Erbringung besonderer Zweck der Gründung der Antragsgegnerin im Sinne des § 4 Abs. 1 Z 2 BVergG 2018 ist und die nicht in den persönlichen Anwendungsbereich des BVergG 2018 fallen. Allerdings steht die Antragsgegnerin bei der Erbringung dieser Leistungen im Wettbewerb mit anderen Bestattungsunternehmen und erbringt diese Leistungen in gewerblicher Art. Die anderen Tätigkeiten der Antragsgegnerin, das sind der Betrieb eines Bestattungsmuseums und Social Media Beratung für Bestattungsunternehmen, stellen keine im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben, zu deren besonderen Zweck die Antragsgegnerin gegründet worden ist, dar und vermitteln der Antragsgegnerin daher ebenfalls nicht die Eigenschaft eines öffentlichen Auftraggebers.

Zur Frage der Zulässigkeit des Nichtigkeitsantrags ist auszuführen, dass das Verwaltungsgericht gemäß dem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs vom 02.03.2026 erst dann berechtigt ist, die Zulässigkeit des Antrags zu prüfen, wenn das Verwaltungsgericht zuvor zu dem Ergebnis gekommen ist, dass die Antragsgegnerin in den persönlichen Anwendungsbereich des BVergG 2018 und des WVRG 2020 fällt. Soweit dies nicht zutrifft, ist das Verwaltungsgericht - bei sonstiger Verletzung des verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechts auf den gesetzlichen Richter - nicht berechtigt, zu prüfen, ob die gesetzlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen des Antrags, wie sie sich aus dem BVergG 2018 und

dem WVRG 2020 ergeben, erfüllt sind. Das Verwaltungsgericht war daher im Rahmen des gegenständlichen Verfahrens nicht berechtigt, die Frage zu prüfen, ob die Entscheidung, deren Nichtigerklärung von der Antragstellerin beantragt wurde, überhaupt existiert, weil dies bereits eine inhaltliche Prüfung wäre, zu der das Gericht, wie aus dem zit. Erkenntnis des VfGH abzuleiten ist, nicht zuständig wäre (vgl. VfGH 02.03.2026, E 3699/2025-11).

Zu den Pauschalgebühren ist auszuführen, dass die Verpflichtung der Antragstellerin zur Entrichtung der Pauschalgebühren mit der Einbringung des Antrags in Verbindung mit der von der Antragstellerin im Antrag behaupteten Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts Wien entstanden ist. Das Verfahrensergebnis, wonach die Antragsgegnerin nicht in den persönlichen Anwendungsbereich des BVergG 2018 fällt, ändert an der Verpflichtung zur Entrichtung der Pauschalgebühren nichts. Für die Gebührenbemessung war das Vorbringen der Antragstellerin, wonach die Führung eines Vergabeverfahrens im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages behauptet wurde, ausschlaggebend. Für die inhaltliche Prüfung, ob ein solches Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich tatsächlich geführt wird, ist das Verwaltungsgericht, wie aus dem Erkenntnis VfGH 02.03.2026, E 3699/2025-11, abzuleiten ist, infolge des Fehlens der Eigenschaft der Antragsgegnerin als öffentliche Auftraggeberin nicht zuständig, und hat eine solche inhaltliche Prüfung auch nicht zum Zwecke der Gebührenbemessung zu erfolgen. Für die Höhe der Gebühr ist daher die Behauptung im Nichtigerklärungsantrag, dass ein solches Vergabeverfahren geführt werde, ausschlaggebend.

Zur Frage eines Gebührenersatzes durch die Antragsgegnerin hat der VfGH in seinem Erkenntnis vom 02.03.2026, E 3699/2025, darauf hingewiesen, dass der Abschluss einschlägiger Leistungsverträge, die keiner spezifischen gesetzlichen Regelung des Vergabeverfahrens unterliegen, als bürgerliche Rechtssache im Sinn des § 1 JN in die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte fällt. Dies gilt auch für den Ersatz der Prozesskosten. Einer Entscheidung der Zivilgerichte darüber, ob die Antragsgegnerin der Antragstellerin die Pauschalgebühren allenfalls als vorprozessuale Kosten zu ersetzen hätte, obliegt ebenfalls den ordentlichen Gerichten. Eine Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts Wien, darüber zu entscheiden, ob die Antragsgegnerin der Antragstellerin die von dieser

entrichteten Pauschalgebühren zu ersetzen hat, bestand aufgrund des Verfahrensergebnisses, wonach die Antragsgegnerin nicht in den persönlichen Anwendungsbereich des BVergG 2018 fällt, nicht.

Zu dem in der mündlichen Verhandlung gestellten Antrag auf gemeinsame Entscheidung ist auszuführen, dass es sich um zwei getrennte Verfahren mit jeweils unterschiedlichem Verfahrensgang und jeweils unterschiedlicher Vorschreibung von Pauschalgebühren handelt. Getrennte Entscheidungen liegen daher im Interesse der besseren Übersichtlichkeit und der besseren Nachvollziehbarkeit.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

B e l e h r u n g

Gegen diesen Beschluss besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin bzw. einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabengebühr von je EUR 340,-- beim Finanzamt Österreich, Dienststelle Sonderzuständigkeiten zu entrichten, sofern gesetzlich nicht anderes bestimmt ist.

Es besteht die Möglichkeit, Verfahrenshilfe für das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof bzw. Verfassungsgerichtshof zu beantragen.

Verfahrenshilfe ist einer Partei so weit zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen als sie außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist für ein Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Für ein außerordentliches Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist der Antrag unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Dies in beiden Fällen jeweils innerhalb der oben genannten sechswöchigen Beschwerde- bzw. Revisionsfrist.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.