

Bundesministerium für Justiz
Stabsstelle für Vergaberecht

Rechtsabteilung
wettbewerb@bwb.gv.at
+43 1 245 08-0
Radetzkystraße 2, 1030 Wien

Per E-Mail:
vergaberecht@bmj.gv.at

Geschäftszahl: 2025-0.832.769

**Betreff: do. GZ. 2025-0.439.687; Entwurf eines Vergaberechtsgesetz 2026;
Stellungnahme der Bundeswettbewerbsbehörde**

Wien, 26. November 2025

Sehr geehrte Damen und Herren,

die Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) bedankt sich für die Übermittlung des Entwurfs und nutzt die Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme zu jenen Aspekten, welche an der Schnittstelle von Vergaberecht und Wettbewerbsrecht angesiedelt sind; aufforderungsgemäß wird die Stellungnahme auch dem Präsidium des Nationalrates direkt zur Kenntnis gebracht.

Allgemein sei angemerkt: Absprachen in Vergabeverfahren verstoßen gegen das Wettbewerbsrecht, mindern das Vertrauen in die Integrität des öffentlichen Beschaffungsprozesses und verursachen einen beträchtlichen volkswirtschaftlichen Schaden. Die Aufdeckung von Absprachen im Vergabeverfahren steht daher auch unvermindert im Fokus der Tätigkeit der BWB.

Im Zusammenhang mit öffentlichen Auftragsvergaben untersucht die BWB regelmäßig Sachverhalte, bei denen als Bieter beteiligte Unternehmen wettbewerbsbeschränkende Absprachen getroffen haben (zB über die Abgabe oder Nichtabgabe eines Angebots, die Aufteilung von Aufträgen, die Kalkulation eines Angebots) und führt Verfahren zur Feststellung bzw Sanktionierung derartiger Verstöße.

Die Verhinderung sowie das frühzeitige Erkennen von wettbewerbsbeschränkenden Absprachen bei Auftragsvergaben sind dabei essentiell.

Die BWB begrüßt die Einführung von „eForms“ nun auch zur Bekanntmachung und Bekanntgabe in Österreich. Gleichzeitig nimmt die BWB zur Kenntnis, dass sich damit der verpflichtende Inhalt von Bekanntmachung und Bekanntgaben nicht ändert. Die BWB regt an, in diesem Zusammenhang eine weitergehende Veröffentlichungspflicht für Auftraggeber vorzusehen.

Sowohl eine laufende vorbeugende Überwachung öffentlicher Auftragsvergabe auf den Verdacht wettbewerbsbeschränkender Absprachen als auch die Aufdeckung und der Nachweis konkreter Verstöße, sei es durch die Auftraggeber selbst, sei es durch Wettbewerbsbehörden oder andere Kontrollorgane, gestaltet sich mitunter angesichts des Fehlens einer geeigneten Datengrundlage schwierig.

Dem könnte Abhilfe geschaffen werden, indem weitergehende Regelungen über eine verpflichtende Dokumentation öffentlicher Vergabeverfahren erlassen werden. In diesem Kontext wäre es sinnvoll, die Erfassung wesentlicher Daten eines Vergabeverfahrens sowie der gelegten Angebote, insbesondere auch der nicht erfolgreichen, in einem einheitlichen strukturierten Format in einem zentralen Register vorzusehen. Die bisher bereits bestehenden Verpflichtungen reichen nicht aus, um in allen Bereichen und für alle Auftraggeber eine flächendeckende Erfassung von Daten sicherzustellen. Eine solche wäre letztlich aber unabdingbar, um Muster oder Anzeichen in Daten zu identifizieren, die auf potenzielle Wettbewerbsverstöße hindeuten können. Dafür müssten wie bereits erwähnt aber zB auch Angebote unterlegener Bieter abgebildet werden. Desweiteren ist ein aktives Qualitätsmanagement notwendig, das Monitoring, Qualitäts- und Plausibilitätskontrollen sicherstellt.

Eine effektive wettbewerbsrechtliche Bekämpfung von Wettbewerbsbeschränkungen ist maßgeblich von einem strukturierten und effizienten Datenmanagement abhängig. Dafür ist es unerlässlich, die relevanten Informationen zu sammeln und in einer zentralen Datenbank zu organisieren. Solange eine solche einheitliche Vergabedatenbank nicht besteht, sind die Wettbewerbsbehörden bei der Beschaffung von Daten letztlich von den ausschreibenden Stellen abhängig.

Darüberhinausgehend nimmt die BWB zur Kenntnis, dass der Entwurf nun im § 78 Abs 1 Z 1 BVergG dezidiert den § 168b StGB als Ausschlussgrund für die Teilnahme am Vergabeverfahren anführt.

Ebenso wird die explizite Übernahme der Regelungen der Richtlinie (EU) 2019/633 sowie der korrespondierenden Bestimmungen des FWBG betreffend Zahlungsfristen für Agrar- und

Lebensmittelerzeugnisse in die §§ 100 Abs. 3 bis 7, 111 Abs. 3 bis 8 sowie §§ 269 Abs. 3 bis 7 und 278 Abs. 3 bis 8 BVergG begrüßt.

Näherer Betrachtung bedürfen die Regelungen im Zusammenhang mit der sogenannten „Selbstreinigung“ - Z 58 und 59 des Entwurfs (§ 83 Abs. 2 Z 2 und Z 2a BVergG):

§ 83 Abs 2 BVergG gilt für sämtliche der in § 78 Abs 1 und 2 BVergG genannten Ausschlussgründe. Dementsprechend bildet weder die geltende noch die vorgeschlagene Regelung jene Besonderheiten ab, die sich aus den unionsrechtlichen Wettbewerbsregeln bzw den darauf Bezug habenden spezifischen Schadenersatzregeln in Bezug auf Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen (vgl dazu die Begriffsbestimmungen in § 37b Z 4 und 5 KartG) ergeben. Aber auch die vorgeschlagene Regelung der neuen Z 2a, welche spezifisch auf den Ausschlussgrund der wettbewerbsbeschränkenden Abrede (§ 78 Abs 1 Z 4 BVergG) Bezug nimmt, berücksichtigt diesen Rechtsrahmen bedauerlicherweise nicht.

In der Praxis hat sich aber schon bisher gezeigt, dass die konkrete Reichweite dieser vergaberechtlichen Verpflichtungen iZm der Selbstreinigung immer wieder Probleme bereitet. Die von Auftraggebern bisweilen daraus abgeleiteten Anforderungen führen zunächst zu einer möglichen (unzulässigen) Umgehung des unionsrechtlich für die genannten Dokumentkategorien Schutzes vor Offenlegung und Verwendung außerhalb des wettbewerbsrechtlichen Verfahrens (siehe dazu sogleich).¹

Außerdem müssten Unternehmen, die (vorläufigen) wettbewerbsrechtlichen Kronzeugenstatus erlangt haben, befürchten, bei Folgeleistung dieser Anforderungen gleichzeitig gegen Verpflichtungen aus der Kronzeugenregelung zu verstoßen (und damit ggf den Verlust ihres Status zu riskieren). Dies gilt insbesondere bei noch nicht abgeschlossenen Verfahren iSd vorgeschlagenen Z 2a. Hier können sich aus den nach Wettbewerbsrecht bestehenden Verpflichtungen des Kronzeugen und der nunmehr iSd Rechtsprechung auf die öffentlichen Auftraggeber erweiterten vergaberechtlichen Zusammenarbeitspflicht (Z 2) kaum auflösbare Widersprüche ergeben.

Verwiesen sei auf die umfassende Kooperationspflicht des Kronzeugen gemäß § 11b Abs 1 Z 2 WettbG (näher ausgeführt durch § 6 der Verordnung BGBl. II Nr. 487/2021). Aus dieser lässt sich ableiten, dass der Kronzeuge alles zu unterlassen hat, was die Ermittlungen der Wettbewerbsbehörde oder Führung wettbewerbsrechtlicher Durchsetzungsverfahren beeinträchtigen oder vereiteln könnte. Ausdrücklich verankert ist dabei das Verbot der

¹ Siehe die in Reaktion darauf veröffentlichte Klarstellung der BWB unter:

https://www.bwb.gv.at/fileadmin/user_upload/Verwendung_von_Kronzeugenunterlagen_barrierefrei.pdf

Offenlegung der Tatsache sowie des Inhalts des Ersuchens (um Kronzeugenbehandlung) sowie ggf sogar die Verpflichtung zur vorläufigen Aufrechterhaltung des Verstoßes (in Abstimmung mit der Wettbewerbsbehörde) gem § 11b Abs 1 Z 1 WettbG. Würde ein öffentlicher Auftraggeber entgegen dieser Bestimmung frühzeitig Notiz von diesen Umständen nehmen und dann etwa andere involvierte Bieter, welche von den Ermittlungen der Wettbewerbsbehörde noch keine Kenntnis erlangt haben, mit diesem Vorwurf konfrontieren, wäre der Erfolg von Ermittlungen akut gefährdet.

Dazu kommt, dass öffentliche Auftraggeber neben ihrer vergaberechtlichen Verpflichtung zur Prüfung der beruflichen Zuverlässigkeit eines Bieters mitunter auch ein Eigeninteresse an der Erlangung möglichst umfassender Informationen im Hinblick auf die Geltendmachung eigener Schadenersatzansprüche haben. Die aus dem drohenden Ausschluss eines Bieters resultierende Drucksituation könnte dann dazu verwendet werden, auf die Herausgabe geschützter Dokumente zu dringen. Derartige Dokumente (insbesondere, wenn es sich um solche handelt, die von Dritten erstellt wurden) entstammen aber regelmäßig wettbewerbsrechtlichen Durchsetzungsverfahren und dienen dort ausschließlich der Ausübung der Verteidigungsrechte. Somit kommt es unweigerlich zu Konflikten mit jenen unionsrechtlichen Vorschriften, welche die Offenlegung, Weitergabe und Verwendung ebendieser Informationen beschränken. Konkret angesprochen sind hier insbesondere die Regelungen der RL 2014/104 sowie der RL 2019/1 in Bezug auf (wettbewerbsrechtliche) Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen. Diese genießen einen besonderen (absoluten und zeitlich unbegrenzten) Schutz vor Offenlegung und unterliegen auch weitreichenden Verwendungsbeschränkungen (Vgl Art 6 Abs 6, Art 7 Abs 1, Art 8 RL 2014/104 bzw Art 31 Abs 3 und 4 RL 2019/1 und deren Umsetzung ins nationale Recht insb in den §§ 37a ff und 39 Abs 2 KartG).

Hintergrund dieser weitgehenden Privilegierung ist die Schaffung von Anreizen für an Absprachen beteiligte Unternehmen zu einer umfassenden Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden. Vielfach wird überhaupt erst dadurch eine Aufdeckung von Kartellverstößen und in der Folge die wirksame Geltendmachung von Ersatzansprüchen durch Geschädigte wegen eines Schadens aus Verletzungen des Wettbewerbsrechts ermöglicht. Solche Anreize zur Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden könnten allerdings geschmälert werden, wenn Unternehmen, die sich durch Abgabe einer Kronzeugenerklärung oder einer Vergleichsausführung selbst belasten, befürchten müssten, dass dieses Material außerhalb der Untersuchung, für die es übermittelt wurde, offengelegt wird und sie sich somit einer zivilrechtlichen Haftung oder strafrechtlichen Verfolgung unter schlechteren Bedingungen ausgesetzt sähen als andere Rechtsverletzer, die nicht mit den Wettbewerbsbehörden zusammenarbeiten (Vgl EG 72 RL 2019/1 sowie EG 26 RL 2014/104).

Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass auch weitere Dokumente, insb solche, die eigens für ein wettbewerbsrechtliches Verfahren erstellt wurden, vor Abschluss des Verfahrens der Wettbewerbsbehörde weder offengelegt noch verwendet werden dürfen, um die Integrität des Verfahrens der Wettbewerbsbehörde zu gewährleisten (Vgl Art 6 Abs 5, Art 7 Abs 2, Art 8 RL 2014/104 sowie Art 31 Abs 5 RL 2019/1).

Eine Umgehung dieser Vorschriften durch öffentliche Auftraggeber im vorstehend genannten Weg könnte sich somit nachteilig auf den einheitlichen und wirksamen Vollzug des Wettbewerbsrechts auswirken, wodurch wiederum die Wahrscheinlichkeit der Aufdeckung von Absprachen bei öffentlichen Auftragsvergaben geschmälert würde. Der EuGH hat erst jüngst wieder die Bedeutung von Kronzeugenprogrammen zur Aufdeckung von Wettbewerbsverstößen betont und auf die Gefahr einer Beeinträchtigung der wirksamen Anwendung des Wettbewerbsrechts hingewiesen, sollten geschützte Dokumente außerhalb des Verfahrens für das sie erstellt wurden zugänglich gemacht werden.²

Die BWB regt daher an, explizit festzuhalten, dass die genannten wettbewerbs- bzw schadenersatzrechtlichen Vorschriften jedenfalls unberührt bleiben.

Zu den Erläuterungen zu den genannten Bestimmungen erlaubt sich die BWB ergänzend folgende Hinweise:

- Im Zusammenhang mit der Erweiterung der Zusammenarbeitsverpflichtung auf Tatsachen und Umstände bezüglich des verursachten Schadens ist festzuhalten, dass dessen Ermittlung im Rahmen wettbewerbsrechtlicher Verfahren regelmäßig nur von untergeordneter Bedeutung ist und lediglich mittelbar über das für die Geldbußenbemessung allenfalls relevante Kriterium der erzielten Bereicherung (§ 30 Abs 1 KartG) einfließt. Weder ist allerdings der Nachweis einer Bereicherung Voraussetzung für die Verhängung wettbewerbsrechtlicher Geldbußen, noch stellt die Rechtsprechung hohe Anforderungen an deren Nachweis.
- Grundsätzlich zutreffend ausgeführt wird, dass sich „hinreichend plausible Anhaltspunkte“ für einen Wettbewerbsverstoß ua bereits aus dem Laufen eines Verfahrens vor der BWB ergeben können. Dazu ist anzumerken, dass solche „Verfahren“ von höchst unterschiedlicher Intensität sein können und eine große Bandbreite von zunächst formlosen Maßnahmen zur Informationsgewinnung (desk research, Informationsgespräche) über gesetzlich geregelte Instrumente (insb Auskunftsverlangen/-bescheide, Zeugen-

² EuGH 30.10.2025, C-2/23 FL und KM Baugesellschaft m.b.H. & Co. KG, S AG, insb Rn 54f, 63ff, 87ff.

einvernahmen, Hausdurchsuchungen) bis zu den einer Antragstellung an das Kartellgericht vorausgehenden Schritten (rechtliches Gehör gemäß § 13 Abs 2 WettbG) aufweisen können. Publizität erlangen solche Verfahren idR allerdings erst mit der nach § 10b Abs 2 WettbG gebotenen Bekanntmachung der Stellung eines Antrags an das Kartellgericht. Davor erteilt die BWB grundsätzlich keine Auskünfte über laufende Ermittlungen; solche können aber aufgrund Unternehmen treffender Meldepflichten bekannt werden und können dann ggf, insbesondere bei Vorliegen einer öffentlichen Bedeutung, durch die BWB bestätigt werden (§ 2 Abs 4 WettbG).

- In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass selbst eine Antragstellung durch die BWB noch kein förmlicher Nachweis eines Verstoßes ist; diesbezügliche Feststellungen trifft in Österreich ausschließlich das Kartell(ober)gericht.
- Hinzuweisen ist darauf, dass eine (Zusage der) Schadenswiedergutmachung selbst vor Vorliegen einer rechtskräftigen Feststellung des Verstoßes nicht ausgeschlossen ist. Vielmehr können sich kooperationswillige Unternehmen dadurch weitere Vorteile im Schadenersatz- sowie im Wettbewerbsverfahren sichern (vgl Art 18 Abs 3 RL 2014/104, Art 14 Abs 2 RL 2019/1 sowie deren Umsetzung in § 37g bzw § 30 Abs 3 Z 4 KartG)

Die BWB bittet um Berücksichtigung ihrer Anmerkungen und steht für einen weiteren Austausch zu den genannten Themen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Martin Janda i.V.
GD für Wettbewerb