

An alle
öffentlichen Auftraggeber:innen und
Sektorenauftraggeber:innen

Mag. Dr. Michael FRUHMANN
Sachbearbeiter

michael.fruhmann@bmj.gv.at
+43 1 521 52-302913
Museumstraße 7, 1070 Wien

E-Mail-Antworten sind bitte
unter Anführung der Geschäftszahl an
vergaberecht@bmj.gv.at zu richten.

Geschäftszahl: 2026-0.071.777

Verordnung (EU) 2024/1083 zur Schaffung eines gemeinsamen Rahmens für Mediendienste im Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 2010/13/EU (Europäisches Medienfreiheitsgesetz bzw. European Media Freedom Act – EMFG bzw. EMFA); neue vergaberechtliche Verpflichtungen; Rundschreiben

Das Bundesministerium für Justiz - Stabsstelle Vergaberecht (idF: BMJ) erlaubt sich, folgende Information an öffentliche Auftraggeber:innen und Sektorenauftraggeber:innen (idF: Auftraggeber:innen) gemäß dem Bundesvergabegesetz 2018 (BVergG 2018) und dem Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 (BVergGKonz 2018) zu übermitteln.

1. Kundmachung der VO (EU) 2024/1083

Am 17. April 2024 wurde die Verordnung (EU) 2024/1083 zur Schaffung eines gemeinsamen Rahmens für Mediendienste im Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 2010/13/EU (Europäisches Medienfreiheitsgesetz bzw. European Media Freedom Act, idF: EMFA), im Amtsblatt der Europäischen Union, ABl. Nr. L 2024/1083, kundgemacht.¹

¹ Zur geplanten Umsetzung in Österreich vgl. *Zöchling*, Die Durchführung des Europäischen Medienfreiheitsgesetzes in Österreich, MUR 2025, 207.

Der EMFA hat das Ziel, einen gemeinsamen Rahmen für Mediendienste im europäischen Binnenmarkt zu schaffen. Damit wird nach Auffassung der Kommission der Politisierung der Medien sowie der mangelnden Transparenz der Eigentumsverhältnisse im Medienbereich und der Zuweisung staatlicher Werbung an Mediendiensteanbieter Rechnung getragen.² Ziele des EMFA sind insbesondere die Förderung grenzüberschreitender Erbringung von (Medien)Dienstleistungen, die Verhinderung einer „Medienvereinnahmung“ bzw. Einmischung in die redaktionelle Freiheit von Mediendiensteanbietern und die Gewährleistung eines unverfälschten Wettbewerbes bei der Zuweisung staatlicher Mittel für staatliche Werbung oder beim Erwerb von Waren und Dienstleistungen.³ Dazu legt die Verordnung Regelungen zur Bekämpfung politischer Einflussnahme auf redaktionelle Entscheidungen öffentlich-rechtlicher und privater Mediendienste sowie zum Schutz von Journalist:innen und deren Quellen fest, um die Ziele der Medienfreiheit und Medienpluralität zu gewährleisten.

Der EMFA ist als Verordnung seit dem 1. Mai 2024 in Kraft und gilt grundsätzlich seit dem 8. August 2025.⁴ Die neuen „sondervergaberechtlichen“ Bestimmungen bedürfen **keiner** gesonderten Umsetzung in die nationale Rechtsordnung und sind somit seit dem 8. August 2025 **unmittelbar** auf die seit diesem Zeitpunkt eingeleiteten⁵ Vergabeverfahren und Konzessionsvergabeverfahren (idF: Vergabeverfahren) **anwendbar**.⁶

² So die Pressemitteilung der EK 464/23 vom 21.6.2023.

³ Vgl. dazu die ErwGr 4, 27, 30, 31, 72 und 73 EMFA.

⁴ Vgl. Art. 29 EMFA (Inkrafttreten und Geltung). Darin sind für diverse Bestimmungen des EMFA unterschiedliche Inkrafttretenszeitpunkte vorgesehen; der im gegenständlichen Kontext einschlägige Art. 25 EMFA ist davon jedoch nicht betroffen.

⁵ Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH sind grundsätzlich jene Bestimmungen anwendbar, die zu jenem Zeitpunkt gelten, „zu dem der Auftraggeber die Art des Verfahrens auswählt und endgültig entscheidet, ob die Verpflichtung zu einem vorherigen Aufruf zum Wettbewerb für die Vergabe eines öffentlichen Auftrags [oder einer Konzession] besteht“ (vgl. EuGH 14.1.2021, Rs C-387/19, *RTS infra und Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel*, ECLI:EU:C:2021:13, Rz 23, EuGH 10.7.2014, Rs C-213/13, *Impresa Pizzarotti*, ECLI:EU:C:2014:2067, Rz 31, und EuGH 3.10.2019, Rs C-285/18, *Irgita*, ECLI:EU:C:2019:829, Rz 31, alle mwN der Rechtsprechung). Es sind daher bei Vergabeverfahren jene Bestimmungen anzuwenden, die zum Zeitpunkt der Absendung einer Veröffentlichung oder bei Kontaktaufnahme mit Unternehmen im Zusammenhang mit der (Konzessions-)Vergabe gelten. Siehe dazu auch Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 RL 2014/23/EU, Art. 5 Abs. 4 RL 2014/24/EU und Art. 16 Abs. 4 RL 2014/25/EU sowie etwa § 13 Abs. 3 BVergG 2018; zum Begriff der Verfahrenseinleitung vgl. auch die Erläuternden Bemerkungen zu § 13 Abs. 3 BVergG 2018 (ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 48) und VwGH 21.12.2005, 2003/04/0048.

⁶ Siehe Art. 288 AEUV. Eine „Umsetzung“ des EMFA in nationales Recht wäre nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union (idF: EuGH) auch unzulässig.

2. Vergaberechtlich relevante Bestimmungen des EMFA

Zur Erreichung seiner Ziele sieht der EMFA in seinem Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 unter anderem vor, dass „[ö]ffentliche Mittel oder sonstige Gegenleistungen oder Vorteile, die für staatliche Werbung Mediendiensteanbietern oder Anbietern von Online-Plattformen von Behörden oder öffentlichen Stellen unmittelbar oder mittelbar zur Verfügung gestellt oder gewährt werden, oder an Mediendiensteanbieter oder Anbieter von Online-Plattformen erteilte Liefer- oder Dienstleistungsaufträge, ... nach transparenten, objektiven, verhältnismäßigen und nichtdiskriminierenden Kriterien, die vorab öffentlich auf elektronischem und benutzerfreundlichem Weg zur Verfügung gestellt werden, und in offenen, verhältnismäßigen und nichtdiskriminierenden Verfahren bewilligt [werden].“.

Art. 25 Abs. 1 UAbs. 2 EMFA bestimmt, dass „[d]ie Mitgliedstaaten [...] bestrebt [sind], sicherzustellen, dass die jährlichen öffentlichen Gesamtausgaben, die für staatliche Werbung zugewiesen werden, unter Berücksichtigung der nationalen und lokalen Besonderheiten der betreffenden Medienmärkte einer großen Vielfalt verschiedener auf dem Markt vertretener Mediendiensteanbieter verteilt werden“.

Gemäß Art. 25 Abs. 1 UAbs. 3 EMFA berührt „[d]ieser Artikel [...] nicht die Vergabe öffentlicher Aufträge und von Konzessionsverträgen gemäß den Vorschriften der Union für die Vergabe öffentlicher Aufträge oder die Anwendung der Vorschriften der Union über staatliche Beihilfen“. Die Mitgliedstaaten können jedoch nach Art. 1 Abs. 3 EMFA „ausführlichere oder strengere Vorschriften“ im Kontext des Art. 25 leg.cit. erlassen, sofern diese Vorschriften ein höheres Schutzniveau für Medienpluralismus oder redaktionelle Unabhängigkeit im Einklang mit dem EMFA gewährleisten und mit dem Unionsrecht vereinbar sind.

3. Grundsätzlicher Regelungsinhalt des EMFA und Verhältnis zu den Regelungen der VergabeRL bzw. des BVergG 2018 und des BVergGKonz 2018

Art. 25 Abs. 1 UAbs. 3 EMFA statuiert, dass er die Vorschriften des öffentlichen Auftragswesens (i.e. die RL 2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU) „nicht berührt“.⁷

⁷ Vgl. EN „This Article shall not affect the awarding of public contracts and concession contracts ...“, FR “Le présent article n’affecte en rien l’attribution de marchés publics et de contrats de concession ...”, IT “Il presente articolo non pregiudica l’aggiudicazione di appalti pubblici e di contratti di concessione ...”.

Derartige „Unberührtheitsklauseln“⁸ bedeuten, dass die verwiesenen Regelungen unbeschadet der Regelungen der verweisenden Norm weiterhin zu beachten sind.⁹ Dies hat zur Konsequenz, dass die **Regelungen des EMFA zu den Regelungen der RL 2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU hinzutreten und diese ergänzen.**¹⁰

Im Fall des EMFA „erschöpft“ sich die Regelung darin vorzuschreiben, dass

1. Auftrags- oder Konzessionsvergaben¹¹ über „staatliche Werbung“ an Mediendiensteanbieter oder Anbieter von Online-Plattformen und
2. an Mediendiensteanbieter oder Anbieter von Online-Plattformen erteilte Liefer- oder Dienstleistungsaufträge bzw. Dienstleistungskonzessionen¹²

„nach transparenten, objektiven, verhältnismäßigen und nichtdiskriminierenden Kriterien“ in *„offenen, verhältnismäßigen und nichtdiskriminierenden Verfahren“* vergeben werden müssen und die diesbezüglichen „Kriterien“ vorab *„öffentlich auf elektronischem und benutzerfreundlichem Weg zur Verfügung“* gestellt werden müssen.¹³

Vordergründig scheint damit lediglich die Beachtung der vergaberechtlichen Grundsätze bei der Vergabe bestimmter Aufträge bzw. Konzessionen vorgeschrieben zu werden. Bei näherer Betrachtung wirft diese Regelung jedoch vielfältige Auslegungs- und

⁸ Vgl. etwa Art. 351 AEUV, Art. 1 Abs. 6 des „Data Act“, VO (EU) 2023/2854, ABl. 2023/2854 vom 22.12.2023, § 379 BVergG 2018.

⁹ „Unberührtheitsklauseln“ sind insbesondere dann problematisch, wenn unklar ist, ob und in welchem Ausmaß die verweisende Norm abweichende Regelungen zur verwiesenen Norm statuiert.

¹⁰ Wie hier schon *Jürschik-Grau/Witte Paz*, Ausdehnung des Vergaberechts auf sämtliche Medienaufträge?, *EuZW* 2024, 596. Eine „parallele“ Anwendung der VergabeRL und des EMFA explizit bejahend *Ferreaux in Ferreux* (Hrsg.), *Das neue EU-Medienfreiheitsgesetz (2025)*, § 9 Rz 3, und BeckOK InfoMedienR/Oster VO (EU) 2024/1083 Art. 25 Rz 3. Vgl. auch ErwGr 72 und 73 die in klar erkennbarer Weise davon ausgehen, dass die Regelungen des EMFA jene der VergabeRL ergänzen.

¹¹ Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 erster Satzteil EMFA spricht ganz allgemein von der „zur Verfügung Stellung“ bzw. „Gewährung“ öffentlicher Mittel oder sonstiger Gegenleistungen oder Vorteile und stellt nicht explizit auf einen bestimmten vergaberechtlichen Vertragstypus (Auftrag, Konzession) ab. Aus dem systematischen Zusammenhang (vgl. Art. 25 Abs. 1 UAbs. 3 EMFA mit der ausdrücklichen Bezugnahme auf Konzessionsverträge) und dem weiten Regelungsziel des EMFA selbst und insbesondere auch dessen vergaberechtlicher Regelungen (vgl. ErwGr 13 und 72) ergibt sich nach Auffassung des BMJ, dass sowohl Auftrags- wie auch Konzessionsvergaben hinsichtlich „staatlicher Werbung“ erfasst sind.

¹² Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 bezieht sich zwar ausdrücklich nur auf „Liefer- oder Dienstleistungsaufträge“, aufgrund systematischer und teleologischer Überlegungen (vgl. dazu FN 11) geht das BMJ davon aus, dass es sich hier um ein Redaktionsversehen handelt und sowohl Dienstleistungsaufträge wie auch Dienstleistungskonzessionen von EMFA erfasst werden.

¹³ Die aus vergaberechtlicher Sicht unklare Wortwahl des Unionsgesetzgebers ist wohl dem Ansinnen geschuldet, den Anwendungsbereich des Art. 25 Abs. 1 EMFA möglichst weit zu ziehen („sonstige Gegenleistungen oder Vorteile“, „zur Verfügung gestellt oder gewährt werden“).

Anwendungsprobleme auf und ist ein weiteres Beispiel für eine problematische sektorale Vergaberegung. In weiterer Folge soll – unvorgreiflich des für die Auslegung des Unionsrechts letztlich zuständigen EuGH – die Auffassung des BMJ hinsichtlich der Interpretation der vergaberechtlichen Regelungen des Art. 25 EMFA dargelegt werden.

4. Der persönliche Anwendungsbereich von Art. 25 EMFA

Gemäß Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 EMFA gelten dessen Verpflichtungen für Vergaben durch eine „Behörde oder öffentliche Stelle“. Gemäß Art. 2 Z 18 EMFA handelt es sich hierbei um „eine nationale oder subnationale Regierung, eine Regulierungsbehörde oder -stelle sowie eine von einer nationalen oder subnationalen Regierung direkt oder indirekt kontrollierte Stelle“.

Wie sich aus der englischen bzw. französischen Sprachfassung¹⁴ erschließen lässt, werden damit jedenfalls alle Gebietskörperschaften, sämtliche nationalen Regulierungsbehörden¹⁵ und sonstige Rechtsträger erfasst, die von staatlichen Stellen (direkt oder indirekt) „kontrolliert“ werden. Aus ErwGr 13 EMFA lässt sich erschließen, dass sich eine derartige Kontrolle „aus Rechten, Verträgen oder anderen Mitteln ergeben [kann], durch die die Möglichkeit, einen bestimmenden Einfluss auf eine Stelle auszuüben, gewährt wird.“ Mit Hinweis auf Art. 3 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 139/2004¹⁶ erklärt ErwGr 13 EMFA insbesondere das Eigentum an Kapital oder Nutzungsrechte an der Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens eines Unternehmens oder Rechte oder Verträge, die einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Abstimmungen oder Beschlüsse der Organe einer Stelle gewähren, zu entscheidenden Faktoren bei der Beurteilung, ob eine (direkte oder indirekte) Kontrolle vorliegt oder nicht. Ob die geforderte (direkte oder indirekte) Kontrolle vorliegt oder nicht, ist an Hand der Umstände des Einzelfalles zu beurteilen. Ebenso wie in den VergabeRL reicht bereits die Möglichkeit der Einflussnahme, um eine Kontrolle im Sinne des EMFA zu begründen.

¹⁴ Die EN bzw FR Fassung der Definition lautet: „*‘public authority or entity’ means a national or subnational government, a regulatory authority or body, or an entity controlled, directly or indirectly, by a national or subnational government.*“ bzw. „*‘autorité ou entité publique’ : un gouvernement national ou infranational, une autorité ou un organisme de régulation, ou une entité contrôlée, directement ou indirectement, par un gouvernement national ou infranational.*“

¹⁵ In Österreich etwa die „E-Control“ gemäß E-ControlG, BGBl. I Nr. 110/2010 idGF, oder die KommAustria gemäß § 1 KOG, BGBl. I Nr. 32/2001 idGF. Eine Einschränkung auf die Regulierungsbehörden oder -stellen gemäß Art. 7 EMFA oder auf „nationale Regulierungsbehörden“ gemäß Art. 2 Z 13 EMFA kommt angesichts des nicht differenzierenden Wortlautes von Art. 2 Z 18 EMFA nach Auffassung des BMJ nicht in Betracht.

¹⁶ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (EG-Fusionskontrollverordnung), ABl. Nr. L 24 vom 29.1.2004 S 1.

Der persönliche Anwendungsbereich des EMFA ist somit weit gezogen,¹⁷ jedoch ist zu betonen, dass der Unionsgesetzgeber darauf verzichtete, die vergaberechtlichen Begriffe zu verwenden, um eine Kohärenz zwischen Art. 25 EMFA und den VergabeRL herzustellen; die Begriffe des EMFA sind vielmehr autonom auszulegen.¹⁸ Hinzuweisen ist auch darauf, dass Art. 25 EMFA – im Gegensatz zu den RL 2014/25/EU und 2014/23/EU – in Bezug auf den persönlichen Geltungsbereich nicht auf ein bestimmtes „Tätigkeitsfeld“ (Stichwort: Sektorentätigkeit) der von ihm erfassten „Behörden oder öffentlichen Stellen“ abstellt.

Nach Auffassung des BMJ umfasst der persönliche Anwendungsbereich des Art. 25 EMFA in einer ersten Einschätzung und unabhängig von der erforderlichen Einzelfallbetrachtung **grundsätzlich**¹⁹ den Kreis der öffentlichen Auftraggeber:innen gemäß § 4 BVergG 2018, der Sektorenauftraggeber:innen gemäß den §§ 167 und 168 BVergG 2018 und der Auftraggeber:innen gemäß § 4 Abs. 2 und 3 Z 1 und 2 BVergGKonz 2018; **ausgenommen** hiervon sind jedoch jene **Auftraggeber:innen, die der Gesetzgebung bzw. der Rechtsprechung zuzurechnen sind**.²⁰ Das BMJ neigt überdies der Auffassung zu, dass (Sektoren)Auftraggeber:innen gemäß § 169 BVergG 2018 bzw. § 4 Abs. 3 Z 3 BVergGKonz 2018 **nicht** in den Anwendungsbereich von Art. 25 EMFA fallen, da die Gewährung von besonderen oder ausschließlichen Rechten gemäß BVergG 2018 bzw. BVergGKonz 2018 nicht dazu führt, dass die derartige Rechte gewährende Behörde die Möglichkeit hat, einen bestimmenden Einfluss im Sinne des EMFA auf den betroffenen Rechtsträger auszuüben.

Festzuhalten ist somit, dass der **persönliche Anwendungsbereich von Art. 25 Abs. 1 EMFA nicht vollständig mit jenem der VergabeRL übereinstimmt**. Innerstaatlich haben die

¹⁷ Ebenso BeckOK Art. 25 Rz 12, *Ferreaux*, aaO § 9 Rz 14.

¹⁸ Vgl. für viele EuGH 9.7.2020, Rs C-199/19, *RL sp. z o.o.*, ECLI:EU:C:2020:548, Rz 27 mwN der Rspr.

¹⁹ Im Einzelnen stellen sich jedoch komplexe Zuordnungsprobleme im Kontext des persönlichen Anwendungsbereiches: beispielhaft seien Vereine (zu deren möglicher Charakterisierung als öffentliche Auftraggeber:innen vgl. EuGH 3.2.2021, verb Rs C-155/19 und C-156/19, *FIGC*, ECLI:EU:C:2021:88) und Kammern (zu deren Qualifikation als öffentliche Auftraggeber:innen vgl. VwGH 12.4.2018, Ra 2015/04/0054) erwähnt.

²⁰ Im Bereich des öffentlichen Auftragswesens ist seit dem Urteil des EuGH vom 17.9.1998, Rs C-323/96, *Kommission gegen Belgien*, ECLI:EU:C:1998:441, Rz 27, unbestritten, dass der in den VergabeRL verwendete Begriff des „Staates“ alle Organe umfasst, die der gesetzgebenden, vollziehenden und rechtsprechende Gewalt zuzurechnen sind. Demgegenüber stellt die Definition in Art. 2 Z 18 EMFA explizit nur auf „Regierungen“ und von „Regierungen direkt oder indirekt kontrollierte Stellen“ ab. Nach Auffassung des BMJ umfasst der Begriff der „Regierung“ (EN „government“, FR „gouvernement“) bereits nach allgemeinem Begriffsverständnis keinesfalls die rechtsprechende oder gesetzgebende Staatsgewalt. Auftragsvergaben etwa des Parlamentes, von Landtagen, des VfGH, des VwGH, des OGH, des BVwG oder von Oberlandesgerichten (ggf als eigenständige Organisationseinheiten gemäß § 13 Abs. 4 BVergG 2018; vgl. dazu die §§ 6 und 7 BHG, BGBl. I Nr. 139/2009 idgF, iVm der VO BGBl. II Nr. 22/2018) unterliegen somit nicht dem Anwendungsbereich des Art. 25 EMFA. Das BMJ als Teil der Exekutive wird hingegen von Art. 25 EMFA erfasst.

Divergenzen des persönlichen Anwendungsbereiches jedoch aufgrund des umfassenderen persönlichen Anwendungsbereiches des Vergaberechts nur **begrenzte Konsequenzen**. So gelten für Auftraggeber:innen gemäß den VergabeRL, die nicht auch in den Anwendungsbereich von Art. 25 Abs. 1 EMFA fallen, die Ausnahmen der VergabeRL (vgl. dazu unten Punkt 5.1.) weiterhin.

5. Der sachliche Anwendungsbereich von Art. 25 EMFA

5.1. Die erfassten Aufträge bzw. Konzessionen

a. Die Vergabe von Aufträgen oder Konzessionen für „staatliche Werbung“

Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 EMFA erfasst zunächst die Vergabe von Aufträgen oder Konzessionen für „**staatliche Werbung**“. Diese wird gemäß Art. 2 Z 19 EMFA definiert als „*die Platzierung, Herausstellung, Veröffentlichung oder Verbreitung einer Werbebotschaft²¹ oder von Eigenwerbung²² oder einer öffentlichen Mitteilung oder Informationskampagne in einem Mediendienst oder auf einer Online-Plattform, in der Regel gegen Entgelt oder jegliche sonstige Gegenleistungen, durch oder für eine Behörde oder öffentliche Stelle*“. ErwGr 13 führt dazu aus, dass diese Definition weit auszulegen ist und (Werbe)Leistungen umfasst, die für Behörden oder öffentlichen Stellen unmittelbar oder mittelbar erbracht werden.²³

„Öffentliche Mitteilungen“, die durch einen überwiegenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind, stellen gemäß ErwGr 13 hingegen **keine staatliche Werbung** dar. Derartige Mitteilungen umfassen etwa **Notfallmeldungen** von Behörden oder Stellen, die z.B. bei Naturkatastrophen oder Gesundheitskrisen, Unfällen oder anderen plötzlichen Zwischenfällen, die Einzelpersonen schaden können, erforderlich sind. **Sobald die Notlage**

²¹ Dem Begriff der Werbebotschaft soll nach *Ferreaux*, aaO § 9 Rz 23, in Abgrenzung zu den Begriffen „Eigenwerbung“, „öffentliche Mitteilung“ und „Informationskampagne“ eine Auffangfunktion zukommen und etwa die touristische Werbung einer Stadt udglm. erfassen.

²² Als „Eigenwerbung“ wird man die Werbung in eigener Sache, somit die Werbung für die beauftragende Behörde oder öffentliche Stelle, verstehen können.

²³ In ErwGr 73 EMFA wird ausdrücklich hervorgehoben, dass die „*gemeinsamen Anforderungen an staatliche Werbe- und Liefer- oder Dienstleistungsverträge ... die direkte sowie die indirekte Vergabe öffentlicher Mittel, z.B. über spezialisierte Vermittler wie Werbeagenturen und Anbieter von Werbebörsen abdecken* [sollten]“. Dies wirft die Frage auf, ob die vergaberechtlichen Verpflichtungen des Art. 25 Abs. 1 EMFA auch in der Subunternehmerkette zu implementieren sind, z.B. bei der Auswahl von Mediendiensteanbietern durch Werbeagenturen. Der Wortlaut des Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 EMFA bezieht sich zwar auch auf die „mittelbare“ zur Verfügung Stellung von öffentlichen Mitteln, Gegenleistungen oder Vorteilen, enthält aber in weiterer Folge keine Regelungen für derartige (private) „Auftragnehmer:innen erster Stufe“. Das BMJ geht daher in einer ersten Einschätzung davon aus, dass Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 EMFA keine Verpflichtungen für die Subunternehmerkette enthält.

beendet ist, gelten Mitteilungen, die mit dieser Notlage im Zusammenhang stehen und gegen Entgelt oder eine andere Gegenleistung herausgegeben, gefördert, veröffentlicht oder verbreitet werden, hingegen als **staatliche Werbung** im Sinne des Art. 25 EMFA.

Gemäß der Definition wird staatliche Werbung „*in der Regel gegen Entgelt oder sonstige Gegenleistung*“ erbracht bzw. erfasst Art. 25 EMFA nur die Zuweisung von öffentlichen Mitteln oder sonstigen Gegenleistungen oder Vorteilen für staatliche Werbung.²⁴ Daraus folgt, dass „Werbepostschaften“ in Interviews, Pressekonferenzen o.ä. von Behördenvertreter:innen keine staatliche Werbung im Sinne des EMFA darstellen. Nach Auffassung des BMJ gibt es gute Gründe dafür davon auszugehen, dass das „Entgeltlichkeits- bzw. Vorteilskonzept“²⁵ des EMFA weiter gezogen ist als der vergaberechtliche „Entgeltlichkeitsbegriff“.²⁶

Aufgrund der Definition, wonach die staatliche Werbung „*in einem Mediendienst oder auf einer Online-Plattform*“ platziert sein muss, ergeben sich gewisse **Einschränkungen** im Hinblick auf die von Art. 25 EMFA erfassten **Werbeformen**:²⁷ Während analoge Plakatwerbung – weil weder als „Sendung“ noch „Presseveröffentlichung“ zu qualifizieren – wohl nicht unter staatliche Werbung im Sinne des EMFA fallen wird, könnte eine digitale Außenwerbung sehr wohl darunter subsumiert werden.²⁸

²⁴ Vgl. auch ErwGr 13 am Ende „... sollten Mitteilungen... gegen Entgelt oder eine andere Gegenleistung ... als staatliche Werbung gelten“. Vgl. auch die EN bzw FR Fassung von Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1: „Public funds or any other consideration or advantage made available“ bzw. „Les fonds publics ou les contreparties ou avantages de tout ordre mis à la disposition“.

²⁵ Unter Verweis auf ErwGr 73 geht nach BeckOK Art. 25, Rz 12, Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 EMFA von einem „denkbar weiten“ Konzept aus und umfasst jeden materiellen und immateriellen Vorteil unabhängig von seiner Quelle. Erfasst seien nicht nur finanzielle (geldwerte) Gegenleistungen, sondern etwa auch „*persönliches Entgegenkommen etwa durch Verschaffung einer Stelle*“. Vgl. dazu auch insbesondere die FR Sprachfassung (vgl. FN 24) die ein derart weites Verständnis stützen würde.

²⁶ Vgl. dazu etwa EuGH 28.5.2020, Rs C-796/18, *ISE*, ECLI:EU:C:2020:395, Rz 40 und 45/46, EuGH 19.8.2022, Rs C-436/20, *ASADE*, ECLI:EU:C:2022:599, Rz 67 mwN.

²⁷ Mediendienste stellen gemäß der Definition in Art. 2 Z 1 EMFA der Allgemeinheit „Sendungen oder Presseveröffentlichungen“ bereit und umfassen gemäß ErwGr 9 insbesondere Fernseh- oder Hörfunksendungen, audiovisuelle Mediendienste auf Abruf, Audio-Podcasts oder Presseveröffentlichungen. Eine „Sendung“ ist gemäß Art. 2 Z 4 EMFA „*eine Abfolge von bewegten Bildern oder von Ton, die unabhängig von ihrer Länge Einzelbestandteil eines von einem Mediendiensteanbieter erstellten Sendepfades oder Katalogs ist*“. Eine „Presseveröffentlichung“ wird gemäß Art. 2 Z 5 EMFA als „*eine Presseveröffentlichung im Sinne des Artikels 2 Nummer 4 der Richtlinie (EU) 2019/790*“ definiert. Die RL (EU) 2019/790 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG, ABl. Nr. L 130 vom 17.5.2019 S 92 definiert „Presseveröffentlichung“ grundsätzlich als eine Sammlung von literarischen Werken journalistischer Art.

²⁸ Ebenso *Ferreux*, aaO, § 9 Rz 28, BeckOK Art. 25 Rz 9.

Die dem **Vergaberecht** unterliegenden „Werbedienstleistungen“ werden hingegen – wie im Bereich der VergabeRL üblich – über deren Klassifizierung gemäß dem CPV²⁹ erfasst. Die Klasse 7934 des CPV (“Advertising and marketing services”) umfasst insbesondere „Advertising services such as sale or leasing services for advertising space or time; planning, creating and placement services for advertising; outdoor and aerial advertising services; delivery services for samples and other advertising material“.³⁰ Weder die VergabeRL noch der CPV definieren jedoch die Begriffe „Werbung“ oder „Werbedienstleistung“. Diese Dienstleistungen werden im Übrigen auch nicht als besondere Dienstleistungsaufträge qualifiziert,³¹ sodass bei deren Vergabe das reguläre Vergaberegime der VergabeRL (bzw. des BVergG 2018 oder des BVergGKonz 2018) zur Anwendung gelangt.

Nach Auffassung des BMJ ist „Werbung“ gemäß dem allgemeinen Sprachgebrauch³² die Beeinflussung von (verhaltensrelevanten) Einstellungen mittels spezifischer Kommunikationsmittel, die über Kommunikationsmedien verbreitet werden.³³ Demgemäß sind als Werbedienstleistungen ganz allgemein jene Dienstleistungen anzusehen, die der Ausarbeitung, Platzierung, Förderung, Veröffentlichung, Zustellung oder Verbreitung einer (Werbe)Botschaft mithilfe eines beliebigen Kommunikationsmittels, dienen.³⁴

Bereits aus der Einschränkung des EMFA hinsichtlich der von ihm erfassten Werbeformen ist klar erkennbar, dass hinsichtlich des sachlichen Anwendungsbereiches in Bezug auf „Werbung“ eine **Divergenz zwischen EMFA und den VergabeRL (bzw. dem BVergG 2018 und BVergGKonz 2018)** besteht. Da nach Auffassung des BMJ der sachliche Anwendungsbereich der VergabeRL jedoch weiter als jener des EMFA gezogen ist, hat diese

²⁹ Common Procurement Vocabulary – das etwa gemäß § 30 BVergG 2018 und Art. 23 der RL 2014/24/EU im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe einschlägige Klassifikationssystem (vgl. dazu VO (EG) Nr. 2195/2002).

³⁰ Vgl. dazu auch CPV Codes 79340000-9 „Werbe- und Marketingdienstleistungen“ welche auch „Dienstleistungen im Bereich Druck und Veröffentlichung sowie zugehörige Leistungen“ umfassen, 79341000-6 „Werbedienste“, 79341100-7 „Werbeberatung“, 79341200-8 „Werbeverwaltung“ und 79341200-8 „Werbekampagnen“. Dass Werbedienstleistungen als Dienstleistungsaufträge dem BVergG unterliegen, wurde bereits in BKA GZ 600.883/21-V/95 (Informationskampagne der Bundesregierung) festgehalten.

³¹ Vgl. dazu etwa Anhang XVI BVergG 2018 bzw. Anhang XIV der RL 2014/24/EU.

³² Nach stRspr des EuGH sind die Bedeutung und die Tragweite von Begriffen, die das Unionsrecht nicht definiert, entsprechend ihrem üblichen Sinn nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch zu bestimmen, wobei zu berücksichtigen ist, in welchem Zusammenhang sie verwendet werden und welche Ziele mit der Regelung verfolgt werden, zu der sie gehören (vgl. etwa EuGH 28.2.2019, Rs C-388/17, SJ, ECLI:EU:C:2019:161, Rz 48 mwN der Rspr).

³³ Vgl. dazu etwa für viele Gabler online Wirtschaftslexikon (<https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/werbung-48161>; zuletzt abgerufen am 3.2.2026).

³⁴ Vgl. dazu beispielsweise auch die Definition von „politischer Werbung“ in Art. 3 Z 2 der Verordnung (EU) 2024/900 über die Transparenz und das Targeting politischer Werbung, ABl. Nr. L 2024/900 vom 20.3.2024. Andere Definitionen von Werbung finden sich etwa in Art. 2 lit. a der RL 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung, ABl. Nr. L 376 vom 27.12.2006 S 21, § 1a Z 8 des ORF-G, BGBl. Nr. 379/1984 idgF, § 2 Z 40 AMD-G, BGBl. I Nr. 84/2001 idgF.

Divergenz, soweit die VergabeRL (bzw. das BVergG 2018 oder das BVergGKonz 2018) anzuwenden sind, **grundsätzlich keine weitere Konsequenz** (zur Ausnahme von diesem Grundsatz vgl. unten Punkt 5.1.d).

b. Die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen sowie von Dienstleistungskonzessionen

Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 EMFA erfasst überdies die **Vergabe von Liefer- oder Dienstleistungsaufträgen** bzw. **Dienstleistungskonzessionen** an bestimmte Auftragnehmer:innen. Mangels Definition im EMFA ist für das Verständnis der Begriffe „Lieferauftrag“, „Dienstleistungsauftrag“ bzw. „Dienstleistungskonzession“ auf die jeweilige Definition der VergabeRL zurückzugreifen.³⁵ Lege non distinguente ist davon auszugehen, dass die Vergabe jedweder Art von Liefer- oder Dienstleistungsaufträgen und von Dienstleistungskonzessionen von Art. 25 Abs. 1 EMFA erfasst wird (zur Einschränkung im Hinblick auf die Auftragnehmer:innen bzw. Konzessionär:innen vgl. näher Punkt 5.3.).³⁶ Insoweit besteht somit eine **Kongruenz** zwischen EMFA und den VergabeRL.

c. Keine wertmäßige Beschränkung der erfassten Aufträge und Konzessionen

Während die VergabeRL nur auf Auftrags- bzw. Konzessionsvergaben ab gewissen (geschätzten) Werten, den sogenannten Schwellenwerten, anwendbar sind,³⁷ nimmt Art. 25 Abs. 1 EMFA davon Abstand, gewisse de minimis Werte zu verankern. Das BMJ weist darauf hin, dass während der Verhandlungen im Rat erfolglos versucht wurde, derartige Schwellenwerte zu verankern. Aus der Entstehungsgeschichte der Regelung und aufgrund des Umstandes, dass im Kontext des Art. 25 Abs. 2 EMFA sehr wohl eine von den Mitgliedstaaten nutzbare de minimis – Schwelle verankert wurde, ergibt sich nach Auffassung des BMJ eindeutig, dass das **Vergaberegime des Art. 25 Abs. 1 EMFA** auch für

³⁵ Dieser Rückgriff auf die Definition der VergabeRL folgt aus der entsprechenden systematischen Verknüpfung, die ErwGr 72 EMFA herstellt. Ebenso *Ferreaux* § 9 Rz 25. Vgl. zu den Definitionen Art. 2 Abs. 1 Z 8 und 9 RL 2014/24/EU, Art. 5 Z 1 lit. b RL 2014/23/EU und Art. 2 Z 4 und 5 RL 2014/25/EU.

³⁶ Auch BeckOK Art. 25 Rz 15, und *Ferreaux* § 9 Rz 30, gehen davon aus, dass Art. 25 Abs. 1 EMFA nicht nur „mediennahe“ sondern auch „medienferne“ Vergaben erfasst. Dies wird beispielsweise bei Mischkonzernen, die u.a. auch Mediendienstanbieter sind, relevant (vgl. dazu etwa den der Rs C-213/07, *Michaniki*, zugrundeliegenden Sachverhalt). Auch aus den ErwGr 72 und 73 lässt sich nach Auffassung des BMJ klar erschließen, dass keine Einschränkung hinsichtlich der von EMFA erfassten Liefer- und Dienstleistungsaufträge oder Dienstleistungskonzessionen angedacht ist (vgl. die in ErwGr 72 erwähnten audiovisuellen Produktionen, Marktdaten und Beratungs- oder Schulungsdienste).

³⁷ Vgl. dazu Art. 4 der RL 2014/24/EU, Art. 15 der RL 2014/25/EU und Art. 8 Abs. 1 der RL 2014/23/EU.

Auftrags- und Konzessionsvergaben **unterhalb der in den VergabeRL verankerten Schwellenwerte anwendbar** ist.³⁸

d. Vom Vergaberecht ausgenommene Aufträge bzw. Konzessionen

Gemäß Art. 10 lit. b der RL 2014/24/EU (bzw. § 9 Abs. 1 Z 19 BVergG 2018) gilt die RL (bzw. das BVergG) nicht für Dienstleistungsaufträge

„über den Erwerb, die Entwicklung, Produktion oder Koproduktion von Sendematerial, das für audiovisuelle Mediendienste oder Hörfunkmediendienste bestimmt ist, sowie Aufträge über Ausstrahlungszeit oder Bereitstellung von Sendungen, die an Anbieter von audiovisuellen oder Hörfunkmediendiensten vergeben werden.“

Zum Verständnis der bei der Ausnahme verwendeten Begriffe verweist die RL auf entsprechende Definitionen in der RL 2010/13/EU.³⁹ Analoge Ausnahmen vom Anwendungsbereich enthalten Art. 21 lit. i RL 2014/25/EU⁴⁰ und Art. 10 Abs. 8 lit. b der RL 2014/23/EU.⁴¹

Aus den ErwGr 72 und 73 EMFA geht die klare Intention des Unionsgesetzgebers hervor, die durch die soeben genannten Ausnahmen im Unionsvergaberecht erfassten Dienstleistungen in das Vergaberegime des EMFA einzubeziehen.⁴² Nicht zuletzt deshalb hat die undifferenzierte Regelung des Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 EMFA zur Folge, dass **diese bislang auf Unionsebene bzw. auf nationaler Ebene ausgenommenen Dienstleistungsaufträge und Dienstleistungskonzessionen aufgrund des EMFA einem (vereinfachten) Vergaberegime** (vgl. unten Punkte 6 und 7) **unterworfen** werden. Dies betrifft insbesondere Aufträge über „staatliche Werbung“ in audiovisuellen Mediendiensten oder Hörfunkdiensten.

³⁸ Ebenso *Ferreaux* § 9 Rz 10, BeckOK Art. 25 Rz 3.

³⁹ Richtlinie 2010/13/EU zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste), ABl. Nr. L 95 vom 15.4.2010 S 1, idgF.

⁴⁰ Vgl. § 178 Abs. 1 Z 19 BVergG 2018.

⁴¹ Vgl. § 8 Abs. 1 Z 22 BVergGKonz 2018.

⁴² Ebenso *Jürschik-Grau/Witte Paz*, aaO, 597, BeckOK Art. 25 Rz 3 und 15, *Ferreaux*, § 9 Rz 10. ErwGr 72 hebt ausdrücklich hervor, dass die Unionsvorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge „keinen ausreichenden Schutz vor Bevorzugung“ bieten.

5.2. Die gemäß Art. 25 EMFA erforderliche „Gegenleistung“

Im Bereich des öffentlichen Auftragswesens wird auf die „Entgeltlichkeit“ der vertraglichen Beziehung zwischen einem:r Auftraggeber:in und einem:r Unternehmer:in abgestellt.⁴³ Die Herkunft der geldwerten Gegenleistung des:r Auftraggeber:in ist in diesem Zusammenhang irrelevant. Demgegenüber stellt Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 EMFA in einem ersten Schritt darauf ab, dass es sich um – im EMFA nicht näher definierte – „unmittelbar oder mittelbar zur Verfügung gestellte öffentliche Mittel“ handeln muss, die für staatliche Werbung bzw. für Liefer- oder Dienstleistungsaufträge oder Dienstleistungskonzessionen verwendet werden. Es kann aber nach Auffassung des BMJ dahingestellt bleiben, ob damit eine Einschränkung im Vergleich zum Entgeltlichkeitskonzept gemäß den VergabeRL einhergeht, denn aufgrund Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 EMFA sind auch die Zuwendung von „sonstigen Gegenleistungen oder Vorteilen“ durch Behörden oder öffentliche Stellen relevant für die Einbeziehung der Vergabe von staatlicher Werbung in den Anwendungsbereich der Bestimmung. Art. 25 EMFA implementiert damit nach Auffassung des BMJ ein „Entgeltlichkeits- bzw. Vorteilskonzept“⁴⁴ welches weiter gefasst ist als das „Entgeltlichkeitskonzept“ der VergabeRL. Insoweit ist somit aus vergaberechtlicher Sicht festzustellen, dass **jeder „entgeltliche“ Vertrag gemäß den VergabeRL (bzw. dem BVergG 2018 oder dem BVergGKonz 2018) auch als Vergabe gemäß EMFA zu qualifizieren ist.**

5.3. Eingrenzung auf spezifische Auftragnehmer:innen und Konzessionär:innen

Bemerkenswert ist, dass Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 EMFA, anders als die VergabeRL, **nur Vergaben an bestimmte Auftragnehmer:innen, konkret Mediendiensteanbieter:innen oder Anbieter:innen von Online-Plattformen, erfasst.**

Mediendiensteanbieter:in ist gemäß der Definition des Art. 2 Z 2 EMFA eine *„natürliche oder juristische Person, deren berufliche Tätigkeit in der Bereitstellung eines Mediendienstes besteht und die die redaktionelle Verantwortung für die Auswahl des Inhalts des Mediendienstes trägt und bestimmt, wie dieser gestaltet wird“*.⁴⁵ Als **„Mediendienst“**

⁴³ Vgl. dazu schon oben FN 26.

⁴⁴ Vgl. dazu schon oben FN 25.

⁴⁵ ErwGr 11 führt zu dieser Definition aus: *„Auf dem Markt für digitalisierte Medien könnten Video-Sharing-Plattform-Anbieter oder Anbieter von sehr großen Online-Plattformen unter die Begriffsbestimmung „Mediendiensteanbieter“ fallen. Im Allgemeinen spielen solche Anbieter eine Schlüsselrolle bei der Organisation von Inhalten, auch durch Automatisierung oder Algorithmen, tragen jedoch keine redaktionelle Verantwortung für die Inhalte, zu denen sie Zugang gewähren. In der zunehmend konvergierenden Medienlandschaft haben einige Video-Sharing-Plattform-Anbieter oder Anbieter von sehr großen Online-Plattformen jedoch damit begonnen, redaktionelle Kontrolle über einen oder mehrere Teile ihrer Dienste auszuüben. Daher könnten solche Anbieter,*

definiert Art. 2 Z 1 EMFA eine „Dienstleistung im Sinne der Art. 56 und 57 AEUV, bei der der Hauptzweck der Dienstleistung oder ein abtrennbarer Teil der Dienstleistung darin besteht, unter der redaktionellen Verantwortung eines Mediendienstanbieters der Allgemeinheit — gleich auf welche Weise — Sendungen oder Presseveröffentlichungen zur Information, Unterhaltung oder Bildung bereitzustellen“.⁴⁶

Online-Plattformen definiert Art. 2 Z 9 EMFA unter Verweis auf die Definition in Art. 3 lit. i der Verordnung (EU) 2022/2065⁴⁷ als einen „Hostingdienst, der im Auftrag eines Nutzers Informationen speichert und öffentlich verbreitet, sofern es sich bei dieser Tätigkeit nicht nur um eine unbedeutende und reine Nebenfunktion eines anderen Dienstes oder um eine unbedeutende Funktion des Hauptdienstes handelt, die aus objektiven und technischen Gründen nicht ohne diesen anderen Dienst genutzt werden kann, und sofern die Integration der Funktion der Nebenfunktion oder der unbedeutenden Funktion in den anderen Dienst nicht dazu dient, die Anwendbarkeit [des DSA] zu umgehen“.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass Art. 25 EMFA Vergaben, insbesondere daher auch die Vergabe von staatlicher Werbung, an Betreiber von **Online-**

wenn sie redaktionelle Kontrolle über einen oder mehrere Teile ihrer Dienste ausüben, als Anbieter von Video-Sharing-Plattform-Anbieter oder als Anbieter von sehr großen Online-Plattformen als auch als Mediendienstanbieter eingestuft werden.“ ErwGr 9 betont folgendes: „Da die Tätigkeit von Mediendienstanbietern im Binnenmarkt zudem verschiedene Formen annehmen kann, sollte die Begriffsbestimmung „Mediendienstanbieter“ ein breites Spektrum professioneller Medienakteure, die in den Anwendungsbereich der Begriffsbestimmung „Mediendienst“ fallen, abdecken, einschließlich Freiberufler.“

⁴⁶ ErwGr 9 EMFA führt zu dieser Definition aus, dass diese auf Dienstleistungen iSd AEUV beschränkt ist und daher jede Form wirtschaftlicher Tätigkeit umfasst. Die Definition sollte „insbesondere Fernseh- oder Hörfunksendungen, audiovisuelle Mediendienste auf Abruf, Audio-Podcasts oder Presseveröffentlichungen umfassen. Sie sollte nutzergenerierte Inhalte ausschließen, die auf eine Online-Plattform hochgeladen werden, es sei denn, es handelt sich um eine berufliche Tätigkeit, die in der Regel gegen Gegenleistung, finanzieller oder sonstiger Art, erbracht wird. Sie sollte auch rein privaten Schriftwechsel wie E-Mails sowie alle Dienste, deren Hauptzweck nicht die Bereitstellung von Sendungen oder Presseveröffentlichungen ist, ausschließen, d.h. wenn der Inhalt nur von untergeordneter Bedeutung für den Dienst und nicht dessen Hauptzweck ist, wie etwa Werbung oder Informationen im Zusammenhang mit einem Produkt oder einem Dienst, das bzw. der von Websites bereitgestellt wird, die keine Mediendienste anbieten. Die Unternehmenskommunikation und die Verbreitung von Informations- oder Werbematerial für öffentliche oder private Einrichtungen sollte vom Anwendungsbereich dieser Begriffsbestimmung ausgenommen werden.“

⁴⁷ VO (EU) 2022/2065 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste), ABl. Nr. L 277 vom 27.10.2022 S 1 (Digital Services Act – DSA).

Suchmaschinen nicht erfasst.^{48, 49} Hingegen **unterliegen Vergaben an den ORF** den Vorgaben gemäß Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 EMFA.⁵⁰ Dass der ORF selbst als öffentlicher Auftraggeber gemäß § 4 BVergG zu qualifizieren ist, ist irrelevant.⁵¹

Aus einer rein auf die „EMFA-Perspektive“ reduzierten Betrachtungsweise, wirft die in Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 EMFA verankerte Einschränkung des Geltungsbereiches auf bestimmte Auftragnehmer:innen bzw. Konzessionär:innen folgendes grundsätzliches vergaberechtliches Problem auf: wie sollen Auftraggeber:innen ex ante beurteilen können, ob bestimmte Unternehmer:innen erfolgreich sein werden, wenn Vergaben in einem „offenen Verfahren“ (vgl. dazu näher unten Punkt 7) durchgeführt werden müssen? Soweit sich die Anwendungsbereiche des EMFA und des (unionalen bzw. nationalen) Vergaberechtes überschneiden, wird dieses Problem nicht schlagend. Anderes gilt, wenn das (unionale oder nationale) Vergaberecht nicht zur Anwendung gelangt.

5.4. Schlussfolgerung

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der **sachliche Anwendungsbereich** von Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 EMFA **gravierende Unterschiede** zum sachlichen Anwendungsbereich der VergabeRL aufweist. Aufgrund des umfassenderen Anwendungsbereiches der VergabeRL kommt Art. 25 Abs. 1 EMFA nur in jenen Bereichen Relevanz zu, die nicht von den VergabeRL erfasst werden (somit dem Unterschwellenbereich und hinsichtlich ausgenommener Vergaben). In diesen Bereichen gilt aber aus vergaberechtlicher Perspektive nach ständiger Rechtsprechung des EuGH schon bisher das Primärrecht,⁵² sodass der Mehrwert von EMFA unter diesem Blickwinkel unklar ist. Im Hinblick auf die innerstaatliche Rechtslage gemäß BVergG 2018 und BVergGKonz 2018 ist festzuhalten, dass

⁴⁸ Online-Suchmaschinen werden etwa im nicht verwiesenen Art. 3 lit. j DSA definiert. Das Europäische Parlament forderte auch die Einbeziehung von Werbung in Online-Suchmaschinen, drang aber letztlich mit diesem Wunsch nicht durch (vgl. Abänderung Nr. 270 ABl. Nr. C/2024/1196 vom 23.2.2024). Aufgrund der Entstehungsgeschichte ist somit die klare Intention des Unionsgesetzgebers erkennbar, Vergaben an Online-Suchmaschinen nicht in Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 EMFA einzubeziehen.

⁴⁹ Die sachliche Rechtfertigung dieser Einschränkung wird von *Ferreaux*, aaO, § 9 Rz 26 und BeckOK Art. 25 Rz 9 kritisiert.

⁵⁰ Vgl. zur Qualifikation des ORF als öffentlich-rechtlicher Mediendiensteanbieter gemäß Art. 2 Z 3 EMFA *Zöchling*, aaO, 209 f.

⁵¹ Vgl. dazu grundsätzlich EuGH 18.11.2004, Rs C-126/03, *Kommission gegen Deutschland*, ECLI:EU:C:2004:728, Rz 18 ff. Zur Qualifikation des ORF als öffentlicher Auftraggeber vgl. 69 BlgNR XXVI. GP 38 mit Verweis auf VwGH 23.11.2016, Ra 2016/04/0021 und die dort zitierte Rspr.

⁵² Vgl. dazu für viele EuGH 25.5.2020, Rs C-643/19, *Resopre*, ECLI:EU:C:2020:388, Rz 33, EuGH 13.10.2005, Rs C-458/03, *Parking Brixen*, ECLI:EU:C:2005:605, Rz 46. Siehe ferner die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, ABL Nr. C 179 vom 1.8.2006 S 2.

Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 EMFA zu einer nunmehr ausdrücklich angeordneten **unmittelbaren Geltung der vergaberechtlichen Grundsätze in Bezug auf bestimmte, bislang ausgenommene Vergaben** führt.

6. Anforderungen an die „zur Verfügung Stellung“ der Vergabekriterien

Gemäß Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 EMFA sind die Vergaben „nach transparenten, objektiven, verhältnismäßigen und nichtdiskriminierenden Kriterien, die vorab öffentlich auf elektronischem und benutzerfreundlichem Weg zur Verfügung gestellt werden“ abzuwickeln.

Damit wird für die von Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 EMFA erfassten Vergabeverfahren ein **Verfahren nach primärrechtlichen Vergabegrundsätzen** vorgeschrieben.⁵³

Die Vergabe soll an Hand transparenter,⁵⁴ objektiver, verhältnismäßiger und nichtdiskriminierender Kriterien erfolgen. Diese Anforderungen decken sich grundsätzlich mit jenen des Vergaberechts. Der dabei verwendete Begriff der **Kriterien** ist nach Auffassung des BMJ weit zu verstehen und erfasst nicht nur Eignungs-, Auswahl- oder Zuschlagskriterien, sondern etwa auch technische Spezifikationen oder Ausführungsbedingungen.⁵⁵

Diese Kriterien sind vorab „öffentlich auf elektronischem und benutzerfreundlichem Weg zur Verfügung“ zu stellen. „Vorab“⁵⁶ bedeutet nach Auffassung des BMJ, dass die zur Verfügung Stellung der Kriterien vor der tatsächlichen Durchführung eines konkreten Vergabeverfahrens erfolgen muss. Abgesehen von der begrifflichen Unschärfe („benutzerfreundlich“) wirft die Anforderung des öffentlichen zur Verfügung Stellens der Kriterien einige Fragen auf.

⁵³ Vgl. dazu Art. 18 Abs. 1 RL 2014/24/EU, Art. 36 Abs. 1 RL 2014/25/EU und Art. 30 Abs. 2 iVm Art. 3 RL 2014/23/EU. Aus der reichhaltigen Judikatur vgl. etwa EuGH 17.6.2021, Rs C-23/20, *Simonsen & Weel*, ECLI:EU:C:2021:490, Rz 54 und 61, VwGH 5.6.2025, Ra 2022/04/0063.

⁵⁴ Die doppelte Formulierung der Transparenzanforderung „transparente ... Kriterien, die vorab öffentlich ... zur Verfügung gestellt werden“ ist allerdings verwirrend und unklar. Gemeint dürfte wohl sein, dass die Kriterien transparent zu machen sind (vgl. dazu sogleich unten).

⁵⁵ Dies folgt nach Auffassung des BMJ aus dem nicht differenzierenden Wortlaut, der diesbezüglich nicht auf die VergabeRL verweisenden autonomen Regelungstechnik des EMFA und dem dem EMFA zugrundeliegenden Regelungsziel (vgl. ErwGr 72/73 EMFA). *Jürschik-Grau/Paz Witte*, aaO, 597, beschränken die Vorgaben ohne weitere Begründung auf „Bewilligungskriterien ... vergleichbar mit den Zuschlagskriterien“.

⁵⁶ EN „in advance“, FR „à l'avance“, IT „preventivamente“.

Nach Auffassung des BMJ fordert Art. 25 Abs. 1 EMFA keine ex ante Bekanntmachung im Sinne der VergabeRL sondern lediglich eine ex ante Publizität im Sinne des Primärrechtes. Eine allgemeine zur Verfügung Stellung der Kriterien (insbesondere durch Veröffentlichung im Internet), unabhängig von der Durchführung von konkreten Vergabeverfahren als allgemein vorformulierte Bedingungen für die Vergabe zukünftiger Leistungen (etwa in der Art von Allgemeinen Geschäftsbedingungen), wäre damit hinreichend, um den Anforderungen des EMFA zu genügen. Damit würde transparent gemacht, dass die solcherart publizierten Kriterien in weiterer Folge nachfolgenden Vergabeverfahren zugrunde gelegt werden, unabhängig von der Art des tatsächlich durchgeführten Vergabeverfahrens. Nach Auffassung des BMJ sprechen folgende Gründe dafür, dass diese Form der Publizität im Kontext von EMFA bereits ausreicht: Einerseits verwendet der Unionsgesetzgeber offensichtlich bewusst eine von den VergabeRL abweichenden Terminologie („zur Verfügung Stellen“⁵⁷) und schreibt bewusst keine „Bekanntmachung“ oder (förmliche) „Ausschreibung“ im Sinne des Unionsvergaberechts vor. Andererseits wollte der Unionsgesetzgeber bewusst ein an den unionsrechtlichen Vergabegrundsätzen orientiertes „Vergaberegime light“ implementieren. In diesem Zusammenhang hat der EuGH schon festgehalten, dass die primärrechtliche Transparenzpflicht nicht „*zwangsläufig eine Ausschreibung verlangt*“.⁵⁸ Vor diesem Hintergrund sprechen nach Ansicht des BMJ die besseren Gründe dafür, dass es im Kontext von Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 EMFA ausreichend ist, die Kriterien unabhängig von der Durchführung eines Vergabeverfahrens ex ante elektronisch auf der Website der Auftraggeber:innen zu publizieren.⁵⁹ Eine „zur Verfügung Stellung“ der Kriterien im Wege einer vergaberechtlichen Bekanntmachung erfüllt diese Anforderung aber jedenfalls auch. Falls daher Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Anwendungsbereich der VergabeRL (bzw. des BVergG 2018 oder des BVergGKonz 2018) in Bezug auf von Art. 25 Abs. 1 EMFA erfasste Auftragsgegenstände durchgeführt werden, werden gleichzeitig die Publizitätsanforderungen des EMFA hinsichtlich der Vergabekriterien erfüllt. Bei Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung müsste demgegenüber grundsätzlich⁶⁰ eine ex ante elektronische Publikation der Kriterien in oben genannter Weise vorgenommen werden, da eine rein elektronische Übermittlung der Kriterien an die

⁵⁷ EN „*made publicly available in advance*“, FR „*mis à la disposition du public*“, IT „*disponibili al pubblico*“.

⁵⁸ So explizit EuGH 19.4.2018, Rs C-65/17, *Oftalma Hospital*, ECLI:EU:C:2018:263, Rz 36, EuGH 13.11.2008, Rs C-324/07, *Coditel Brabant*, EU:C:2008:621, Rz 25. Der Transparenzgrundsatz verpflichtet nach stRspr „nur“ dazu, einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit zu gewährleisten, der zum einen eine Öffnung für den Wettbewerb und zum anderen die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind.

⁵⁹ In diesem Sinn auch (allerdings ohne weitere Begründung) *Ferreaux*, § 9 Rz 12.

⁶⁰ Zur Differenzierung im Hinblick auf die Durchführung von Vergabeverfahren ohne vorherige Transparenz im Unterschwellenbereich vgl. sogleich unten.

ausgewählten Bieter:innen keine „*vorab öffentliche*“ zur Verfügung Stellung der Kriterien darstellt.

Soweit Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich durchgeführt werden, ist die „*elektronische*“ zur Verfügung Stellung bereits aufgrund der geltenden VergabeRL grundsätzlich erforderlich.⁶¹ Bei Vergaben im Unterschwellenbereich und bei von den VergabeRL ausgenommenen Vergabeverfahren wird dadurch jedoch – aus unionsrechtlicher Sicht – zumindest dem Grundsatz nach,⁶² eine neue Verpflichtung kreiert.

Hinzuweisen ist darauf, dass im Anwendungsbereich der VergabeRL bzw. des BVergG 2018 und des BVergGKonz 2018, allfällige weitere Anforderungen an „Kriterien“ im Zusammenhang mit Vergaben gemäß EMFA zu beachten sind. Dies betrifft insbesondere die Anforderungen gemäß § 2 Z 22 BVergG 2018 (Unternehmens- oder Auftragsbezogenheit, Gewichtung oder Reihung der Kriterien).

Gemäß Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 EMFA sind die Kriterien „*vorab öffentlich auf ... benutzerfreundlichem Weg*“⁶³ zur Verfügung zu stellen. Diese Anforderung wird im EMFA nicht näher definiert.⁶⁴ Die „Benutzerfreundlichkeit“ wird allgemein⁶⁵ als einfache und leichte Zugänglichkeit,⁶⁶ Barrierefreiheit sowie leichte Verständlichkeit und einfache Anwendbarkeit⁶⁷ verstanden. Im Kontext des Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 EMFA wird man daraus ableiten können, dass die Kriterien zumindest entweder auf einschlägigen (zentralen) Webseiten, Beschaffungsportalen oder sonstigen elektronischen Vergabepublikationsmedien in einer Weise veröffentlicht werden müssen, die einen einfachen Zugang zu diesen (veröffentlichten) Kriterien ermöglicht (zB durch Hervorhebungen auf der zentralen Einstiegsseite). Nach Auffassung des BMJ gilt aber auch

⁶¹ Vgl. Art. 22 und 53 RL 2014/24/EU, Art. 40 und 73 RL 2014/25/EU, Art. 29 iVm 33 und 34 RL 2014/23/EU. In gewissen Situationen kann nach diesen Bestimmungen von der elektronischen Kommunikation bei der Durchführung von Vergabeverfahren Abstand genommen werden. Abgesehen vom Fall der Verletzung der Sicherheit der elektronischen Kommunikationsmittel (Hackerangriff) kann nach Auffassung des BMJ aber keiner der anderen dort genannten Tatbestände einschlägig sein, um nicht der Vorgabe des EMFA nachzukommen.

⁶² Zur gebotenen differenzierenden Betrachtung vgl. sogleich unten.

⁶³ EN „*by ... user-friendly means*“, FR „*mis à la disposition du public ... conviviaux*“, IT „*disponibili al pubblico ... di facile utilizzo*“.

⁶⁴ Auch Art. 25 Abs. 2 EMFA verlangt eine nicht näher definierte „benutzerfreundliche“ Veröffentlichung.

⁶⁵ Zur Relevanz des „allgemeinen Sprachgebrauches“ bei der Auslegung von Unionsrecht vgl. schon oben FN 32.

⁶⁶ Unklar ist diesbezüglich ErwGr 57 EMFA, der die Benutzerfreundlichkeit in einen Kontext mit „Einfachheit“ und „leichter Zugänglichkeit“ setzt, aber offenkundig davon ausgeht, dass damit ein zusätzlicher Aspekt angesprochen wird (arg. „und“). Vgl. zu diesem Konzept auch ErwGr 59 der VO (EU) 2024/900.

⁶⁷ Vgl. ErwGr 21 der RL 2014/55/EU über die elektronische Rechnungsstellung bei öffentlichen Aufträgen, ABl. Nr. L 133 vom 6.5.2014 S 1, Art. 12 Abs. 3 UAbs. 2 der VO (EU) 2024/900.

hier, dass eine „zur Verfügung Stellung“ der Kriterien im Wege einer vergaberechtlichen Bekanntmachung jedenfalls auch die Anforderung an die Benutzerfreundlichkeit erfüllt.

Im Hinblick darauf, dass Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 EMFA ein Verfahren nach primärrechtlichen Grundsätzen implementiert, diese Grundsätze aber nur zur Anwendung kommen, sofern an einem Vergabeverfahren ein „eindeutiges und konkretes grenzüberschreitendes Interesse“ besteht⁶⁸ und diese Kriterien im Kontext von „verhältnismäßigen“ Verfahren (vgl. dazu unten Punkt 7) zur Anwendung kommen sollen, geht das BMJ davon aus, dass die Anforderung, wonach die Kriterien „*vorab öffentlich auf elektronischem und benutzerfreundlichen Weg*“ zur Verfügung zu stellen sind, bei **Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich differenziert zu betrachten** und bei geringen Auftrags- oder Konzessionswerten nicht erforderlich ist.⁶⁹

7. Anforderungen an das Vergabeverfahren

Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 EMFA fordert, dass staatliche Werbung, Liefer- und Dienstleistungsaufträge sowie Dienstleistungskonzessionen „*in offenen, verhältnismäßigen und nichtdiskriminierenden Verfahren*“ vergeben werden. Wie bereits unter Punkt 6 ausgeführt, wollte der Unionsgesetzgeber mit dieser Bestimmung ein an den unionsrechtlichen Vergabegrundsätzen orientiertes „Vergaberegime light“ schaffen.⁷⁰

Als „**offenes**“ Verfahren wird man im Kontext von Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 EMFA – ohne Rückgriff auf bestimmte Verfahrenstypen gemäß den VergabeRL⁷¹ - alle Verfahren bezeichnen können, die vorab keine Zugangsbeschränkungen für interessierte und für die Leistungserbringung in Betracht kommende Unternehmer:innen aufweisen.⁷² Dies schließt

⁶⁸ Vgl. etwa EuGH 14.7.2022, Rs C-436/20, *Asade*, ECLI:EU:C:2022:559, Rz 49 sowie die dort angeführte Rspr, und zuletzt EuGH 5.7.2024, Rs C-788/23, *EUROCASH1*, ECLI:EU:C:2024:589, Rz 25/26 mwN der Judikatur. Zur Prüfung des „grenzüberschreitenden Interesses“ vgl. die Erledigung des BMJ, GZ 2025-0.159.324, abrufbar unter <https://www.bmj.gv.at/themen/Vergaberecht/dokumente-zum-vergaberecht/vergaberechtliche-stellungnahmen.html>.

⁶⁹ Es wäre im Hinblick auf den Grundsatz der primärrechtskonformen Auslegung des Sekundärrechts auch nicht zulässig, dass das Sekundärrecht über das Primärrecht hinausgehende Verpflichtungen generiert. Zu diesem Auslegungsgrundsatz vgl. etwa EuGH 2.2.2021, Rs C-481/19, *Consob*, ECLI:EU:C:2021:84, Rz 50, EuGH 3.6.2025, Rs C-460/23, *Kinsa*, ECLI:EU:C:2025:392, Rz 37, 69 und 72, beide mwN der Rspr.

⁷⁰ Zur gebotenen differenzierenden und primärrechtskonformen Auslegung vgl. schon oben in Punkt 6 bei FN 69.

⁷¹ Aufgrund der Formulierung des Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 EMFA („*werden ... in offenen, transparenten und nichtdiskriminierenden Verfahren bewilligt*“) ist nach Auffassung des BMJ evident, dass der Unionsgesetzgeber keinen Verweis auf den Verfahrenstypus des „offenen Verfahrens“ gemäß den VergabeRL (vgl. etwa Art. 27 der RL 2014/24/EU) implementieren wollte. In diesem Sinne auch *Jürschik-Grau/Witte Paz*, aaO, 597, und *Ferreaux*, aaO, Rz 31/32.

⁷² Ebenso BeckOK, Art. 25 Rz 17.

nach Ansicht des BMJ auch Verfahren mit einem objektiven und nichtdiskriminierenden Selektionsprozess ein.⁷³ Ein „**verhältnismäßiges**“ Verfahren ist ein Verfahren, das einerseits lediglich sachlich gerechtfertigte Anforderungen an die Teilnehmer:innen stellt und andererseits auch keine übermäßigen und sachlich nicht gerechtfertigte Belastungen oder Nachteile für die Auftraggeber:innen (insbesondere im Hinblick auf die Verfahrensgestaltung) verursacht.⁷⁴ Ein „**nichtdiskriminierendes**“ Verfahren ist ein Verfahren ohne sachlich nicht gerechtfertigte Bevorzugungen oder Benachteiligungen bestimmter Verfahrensteilnehmer:innen.⁷⁵

Zwei Aspekte sind in diesem Zusammenhang erwähnenswert: Einerseits fordert der Unionsgesetzgeber des EMFA - anders als im Zusammenhang mit den anzuwendenden Kriterien (vgl. oben Punkt 6) – nicht explizit, dass das durchzuführende Verfahren transparent abzuwickeln ist. Andererseits bleibt das Verhältnis der Kriterien zueinander offen.

Aufgrund der Ausrichtung des Vergaberegimes des Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 EMFA an den primärrechtlichen Vergabegrundsätzen und aufgrund des Gebotes der primärrechtskonformen Auslegung⁷⁶ geht das BMJ davon aus, dass der Transparenzgrundsatz⁷⁷ auch im Kontext der Verfahrensgestaltung zu beachten ist. Hinsichtlich des Verhältnisses der Kriterien zueinander weist das BMJ darauf hin, dass schon in der bisherigen Judikatur des EuGH die primärrechtlichen Grundsätze im Kontext

⁷³ Wie zB nicht-offene Verfahren oder Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung.

⁷⁴ Nach stRspr des EuGH verlangt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der zu den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts gehört insbesondere, dass die von einer Unionsvorschrift eingesetzten Mittel zur Erreichung des angestrebten Zieles geeignet sind und nicht über das dazu Erforderliche hinausgehen (vgl. etwa EuGH 12.9.2006, Rs C-479/04, *Laserdisken*, ECLI:EU:C:2006:549, Rz 53 mwN der Judikatur) bzw. dass, wenn mehrere geeignete Maßnahmen zur Auswahl stehen, die am wenigsten belastende zu wählen ist und die dadurch bedingten Nachteile in angemessenem Verhältnis zu den angestrebten Zielen stehen müssen (vgl. etwa EuGH 29.6.2017, Rs C-126/15, *EK gg Portugal*, ECLI:EU:C:2017:504, Rz 64 mwN der Judikatur).

⁷⁵ Art. 18 AEUV, der jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verbietet, ist nach stRspr des EuGH nur ein spezifischer Ausdruck des allgemeinen Gleichheitssatzes, der eines der Grundprinzipien des Unionsrechts darstellt; so schon EuGH 27.10.2009, Rs C-115/08, *ČEZ*, ECLI:EU:C:2009:60, Rz 89 (mwN der Judikatur). Der Gleichbehandlungsgrundsatz verlangt wiederum, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden dürfen, es sei denn, dass eine solche Behandlung objektiv gerechtfertigt ist; vgl. EuGH 6.10.2021, Rs C-598/19, *Conacee*, ECLI:EU:C:2021:810, Rz 36 mwN der Judikatur.

⁷⁶ Vgl. dazu schon oben FN 69.

⁷⁷ Vgl. zu diesem aus dem Diskriminierungsgrundsatz abgeleiteten Grundsatz EuGH 7.12.2000, Rs C-324/98, *Telaustria*, ECLI:EU:C:2000:669, Rz 61/62, zuletzt etwa EuGH 5.6.2025, Rs C-82/24, *Veolia*, ECLI:EU:C:2025:396, Rz 33 ff.

der jeweiligen Einzelfälle stets in einer systematischen Zusammenschau angewendet wurden.

Ausgehend von der Rechtsprechung, wonach diese Grundsätze nur dann zur Anwendung gelangen, wenn an einem Vergabeverfahren ein „eindeutiges und konkretes grenzüberschreitendes Interesse“ besteht,⁷⁸ wird – sofern nicht ohnehin die Vorgaben der VergabeRL hinsichtlich der Wahl von Vergabeverfahren zur Anwendung gelangen – die konkrete Verfahrensgestaltung durch den:die Auftraggeber:in in einer Weise festzulegen sein, die die Beachtung dieser Grundsätze gewährleistet. Sofern nach den VergabeRL ein Verfahren ohne Transparenz zulässig sein sollte, wird dies nach Auffassung des BMJ auch im Kontext von EMFA nicht anders zu beurteilen sein. Im Hinblick auf die von Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 EMFA erfassten Vergaben im Unterschwellenbereich wird bei der Verfahrensgestaltung ferner der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit besonders relevant sein. Damit kann insbesondere die Zulässigkeit von „Direktvergaben mit vorheriger Bekanntmachung“ gemäß den §§ 47 und 214 BVergG 2018 gerechtfertigt werden. Hinsichtlich der „Direktvergaben“ gemäß den §§ 46 und 213 BVergG 2018 wird seitens des BMJ jedoch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass bezüglich der wertmäßigen Zulässigkeitsgrenze (Schwellenwerte) dieser „Direktvergaben“ im Hinblick auf den Transparenzgrundsatz ein unionsrechtlicher Beurteilungsmaßstab im Einzelfall zu beachten ist, der insbesondere nicht mit den im BVergG 2018 verankerten Schwellenwerten übereinstimmen muss.⁷⁹

Im Kontext der Verfahrensgestaltung ist auch auf die Bestimmung des Art. 25 Abs. 1 UAbs. 2 EMFA aufmerksam zu machen. Danach sind „[d]ie Mitgliedstaaten ... bestrebt, sicherzustellen, dass die jährlichen öffentlichen Gesamtausgaben, die für staatliche Werbung zugewiesen werden, unter Berücksichtigung der nationalen und lokalen Besonderheiten der betreffenden Medienmärkte einer großen Vielfalt verschiedener auf dem Markt vertretener Mediendiensteanbieter verteilt werden“. Gemäß ErwGr 73 soll dadurch die Medienvielfalt gewährleistet werden, eine Vielzahl verschiedener

⁷⁸ Vgl. dazu schon oben Punkt 6 und FN 68.

⁷⁹ In diesem Sinn führen die Erläuterungen 69 BldNR XXVI. GP 73 aus, dass § 46 als eine „Ermächtigung“ an Auftraggeber:innen zu verstehen ist, bis zu gewissen Schwellenwerten eine Direktvergabe durchführen zu können. Im Lichte der Rspr des EuGH zum Transparenzgrundsatz hat daher gemäß den Erläuterungen der:die Auftraggeber:in, der:die eine Direktvergabe durchführen möchte, zu prüfen, ob nicht aufgrund der Umstände des Einzelfalles eine Direktvergabe (ohne vorherige Transparenz) trotz Unterschreitung der gesetzlich festgelegten Schwellenwerte ausnahmsweise nicht doch unzulässig wäre. Zur Prüfung des „grenzüberschreitenden Interesses“ anhand der vom EuGH entwickelten Kriterien vgl. die Erledigung des BMJ, GZ 2025-0.159.324, abrufbar unter <https://www.bmj.gv.at/themen/Vergaberecht/dokumente-zum-vergaberecht/vergaberechtliche-stellungnahmen.html>.

Mediendiensteanbieter und Anbieter von Online-Plattformen sollen vom „Vergabesystem“ profitieren und ungerechtfertigte und unverhältnismäßige Vorteile für bestimmte Anbieter sollen hintangehalten werden. Bemerkenswert ist, dass diese Vorgabe *expressis verbis* nur für die Vergabe „staatlicher Werbung“ aber nicht auch für die Vergabe sonstiger von UAbs. 1 erfasster Leistungen gelten soll. Nach Auffassung des BMJ indiziert die Wortwahl der Regelung („*bestrebt sicherzustellen*“), dass dieser keine normative Bedeutung zukommen soll.⁸⁰ Freilich hindert die innerstaatliche Rechtslage Auftraggeber:innen nicht daran, etwa durch Lose oder sonstige Maßnahmen⁸¹ Vergabeverfahren so zu gestalten, dass möglichst viele und unterschiedliche Unternehmer:innen beauftragt werden.

Zusammenfassend lässt sich somit nach Auffassung des BMJ festhalten, dass die von Art. 25 Abs. 1 EMFA erfassten Aufträge und Konzessionen, sofern diese nicht ohnehin vom Anwendungsbereich der VergabeRL erfasst werden, in einem „Vergaberegime light“ gemäß den unionsrechtlichen Vergabegrundsätzen zu vergeben sind.

8. Rechtsschutz in Bezug auf die von EMFA erfassten Aufträge und Konzessionen

Art. 25 Abs. 1 EMFA spricht den Gesichtspunkt eines allfälligen Rechtsschutzes nicht an. Darüber hinaus beziehen sich die RechtsmittelRL 89/665/EWG und 92/13/EG gemäß ihrem jeweiligen Art. 1 Abs. 1 explizit nur auf Vergaben gemäß den VergabeRL 2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU. Unbestritten ist jedoch, dass der Grundsatz des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts ist. Dieser kommt in Art. 47 der Charta zum Ausdruck.⁸²

Soweit die Vergabe von Aufträgen und Konzessionen gemäß EMFA auch in den Anwendungsbereich der VergabeRL fällt, wird der effektive Rechtsschutz bereits durch die RechtsmittelRL und deren nationale Umsetzung gewährleistet. Hinsichtlich der Verfahren im Unterschwellenbereich kommt bei der Vergabe von Aufträgen bzw. Konzessionen das Rechtsschutzsystem des BVergG 2018, des BVergGKonz 2018 oder der Länder zur

⁸⁰ Ebenso BeckOK, Art. 25 Rz 20, *Jürschik-Grau/Witte Paz*, aaO, 597. AA *Ferreaux*, aaO, Rz 34 ff (36), der auf ein weites Ermessen der Auftraggeber:innen und auf die Zulässigkeit sachlich gerechtfertigter Kriterien (mit Einfluss auf die Verteilung der Werbemittel) hinweist und die Justiziabilität offenbar auf „offensichtlich missbräuchliche“ Vergaben einschränkt.

⁸¹ Vgl. etwa § 122 Abs. 2 BVergG 2018 wonach die aufzufordernden Teilnehmer:innen im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung und im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung „*so häufig wie möglich zu wechseln* [sind]“.

⁸² Vgl. etwa zuletzt EuGH 15.1.2026, Rs C-588/24, *Imballaggi Piemontesi Srl*, ECLI:EU:C:2026:14, Rz 42.

Anwendung.⁸³ Anderes gilt hingegen für die bislang vom BVergG 2018 und BVergGKonz 2018 ausgenommenen Verfahren: Der Rechtsschutz im Zusammenhang mit diesen Verfahren fällt als bürgerliche Rechtssache im Sinne des § 1 JN in die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte.⁸⁴

9. Zusammenfassung

Die Regelung des Art. 25 Abs. 1 EMFA beinhaltet ein neues Vergaberegime für die Vergabe bestimmter Leistungen. Dieses Regime ist mit dem Vergaberegime der VergabeRL nicht deckungsgleich: Beispielsweise erfasst die Regelung nicht alle Auftraggeber:innen gemäß den VergabeRL und bezieht andererseits bislang von den VergabeRL ausgenommene Leistungen in ein „Vergaberegime light“ ein. Soweit innerstaatlich Werbedienstleistungen, Liefer- und Dienstleistungsaufträge oder Dienstleistungskonzessionen gemäß den Bestimmungen des BVergG 2018 und des BVergGKonz 2018 an Mediendiensteanbieter oder Anbieter von Online-Plattformen vergeben werden, erfüllen die Auftraggeber:innen grundsätzlich gleichzeitig die Vorgaben von Art. 25 Abs. 1 EMFA. Bei der Durchführung von Leistungsvergaben im Unterschwellenbereich in Verfahren ohne vorherige Transparenz ist jedoch besondere Sorgfalt geboten und die Zulässigkeit und Ausgestaltung dieser Verfahren sorgfältig im Licht der Rechtsprechung des EuGH zu prüfen.

Die wesentlichste Konsequenz des Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 EMFA ist, dass die bisher von den VergabeRL bzw. gemäß den §§ 9 Abs. 1 Z 19 und 178 Abs. 1 Z 19 BVergG 2018 und § 8 Abs. 1 Z 22 BVergGKonz 2018 ausgenommenen Vergaben an Mediendiensteanbieter nunmehr unter ein primärrechtliches Vergaberegime fallen, welches durch EMFA positivrechtlich verankert wurde. Der Rechtsschutz für derartige Vergaben obliegt den ordentlichen Gerichten.

Die Bundesministerien und die Länder werden ersucht, ihre nachgeordneten Dienststellen sowie die ihrem Wirkungsbereich zugeordneten Auftraggeber:innen von diesem Rundschreiben zu informieren.

3. Februar 2026

Für die Bundesministerin:

⁸³ So weist § 327 BVergG 2018 dem BVwG die Zuständigkeit „zur Entscheidung über Anträge wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 1 B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen“, zu.

⁸⁴ Vgl. dazu schon VfGH 11.12.2018, G 205/2018.

FRUHMANN

Elektronisch gefertigt