



Stellungnahme

Prof. Dr. Stefan Hertwig / CBH Rechtsanwälte

Gesetzentwurf der Bundesregierung
**Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Vergabe
öffentlicher Aufträge**
BT-Drucksache 21/1934

Siehe Anlage



CBH Rechtsanwälte | Franklinstraße 28/29 | 10587 Berlin
Ausschuss für Wirtschaft und Energie
Deutscher Bundestag
Platz der Republik 1
11011 Berlin

RECHTSANWÄLTE

KÖLN
BERLIN
BRÜSSEL
MÜNCHEN
HAMBURG

CBH Rechtsanwälte PartG mbB

Berlin, den 4. November 2025

Franklinstraße 28/29
10587 Berlin

**Juristische Stellungnahme zu dem Entwurf eines
Gesetzes zur Beschleunigung der Vergabe öffentlicher
Aufträge (Ds. 21/1934)**

Prof. Dr. Stefan Hertwig
Rechtsanwalt | Partner
Fachanwalt für Vergaberecht
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Sehr geehrte Damen und Herren,

E-Mail: s.hertwig@cbh.de

nachfolgend gebe ich eine juristische Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines „Gesetzes zur Beschleunigung der Vergabe öffentlicher Aufträge“ ab. Eine Beschleunigung und Vereinfachung des Vergaberechts ist uneingeschränkt zu begrüßen. Ich habe mich deshalb auf Punkte beschränkt, bei denen ich noch Verbesserungspotential sehe.

Deutsche Bank
IBAN: DE90 3707 0024 0234 0008 00
BIC: DEUTDEDDBKOE

Kreissparkasse Köln
IBAN: DE33 3705 0299 0000 3358 27
BIC: COKSDE33

Sparkasse KölnBonn
IBAN: DE58 3705 0198 0008 7129 78
BIC: COLSDE33

VR-Bank Rhein-Sieg eG
IBAN: DE03 3706 9520 1700 2030 14
BIC: GENODED1RST

USt-IdNr. DE 122743429
Amtsgericht Essen PR 3164



A. Zusammenfassung

1. Die geplante Neuregelung zur Losvergabe (§ 97 Abs. 4 Satz 3 GWB), wonach aus zeitlichen Gründen nur bei bestimmten Infrastrukturvorhaben eine Gesamtvergabe erfolgen darf, geht an der Rechtswirklichkeit vorbei und ist nicht rechtssicher handhabbar. Öffentliche Auftraggeber können sich, insbesondere als Zuwendungsempfänger, hierauf nicht einlassen. Es sollte auf den früheren Entwurf zurückgegangen werden, wonach generell auch „zeitliche“ Gründe eine Gesamtvergabe „rechtfertigen“ können.
2. KMU und Startups werden vor allem über die Referenzanforderungen vom Wettbewerb ausgeschlossen. Öffentliche Auftraggeber sollten deshalb veranlasst werden, bei der Prüfung der Bieterelignung die Referenzzeiträume auszuweiten und eine Bündelung von Referenzen zuzulassen, um kleineren Unternehmen und Newcomern eine Beteiligung zu ermöglichen (§ 122 Abs. 4 GWB).
3. Ein Zuschlag sollte weiterhin erst nach Ablauf der Beschwerdefrist erteilt werden dürfen, damit in der Beschwerdeinstanz immer eine Sachentscheidung ergeht (§ 169 Abs. 1 Satz 2 GWB). Das wäre nicht gewährleistet, wenn nach der Entscheidung der Vergabekammer erst der Zuschlag erteilt und dann die Beschwerde eingelegt wird (Erledigung „zwischen“ den Instanzen). In dieser Konstellation könnte ein zu Unrecht übergangener Bieter unter Umständen nicht einmal Schadensersatz geltend machen.
4. Ein genereller Ausschluss der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde ist abzulehnen (§ 173 Abs. 1 GWB). Die Auftraggeber werden dennoch den Zuschlag wegen der Gefahr sehr hoher Schadensersatzforderungen nicht vorab erteilen. Außerdem dürfen Verwaltungsakte der Vergabekammer aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht ausnahmslos für sofort vollziehbar erklärt werden. Das wäre aber mit der Neuregelung der Fall.
5. § 176 GWB (Vorabgestattung des Zuschlags in der Beschwerdeinstanz) hat keinen Anwendungsbereich mehr, wenn die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung hat. Er sollte dann insgesamt gestrichen werden.
6. In § 60 VgV (Ungewöhnlich niedrige Angebote) sollte geregelt werden, dass sich die Prüfung eines ungewöhnlich niedrigen Preises auch auf die Einhaltung eines Tariftreueversprechens beziehen kann. Es wäre dann bereits im Vergabeverfahren zu prüfen, ob bei einem auffallend niedrigen Preis die Einhaltung eines Tariftreueversprechens des Bieters überhaupt möglich ist. Bisher prüfen die Vergabestellen nur, ob das Versprechen formal abgegeben wurde.

B. Die einzelnen Kritikpunkte und Vorschläge

1. Zu Art. 1 Nr. 3 b) (§ 98 Abs. 4 S. 3 GWB):

Derzeit lautet die Vorschrift:

„Mittelständische Interessen sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen. Leistungen sind in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern.“

Nunmehr soll folgender Satz 3 neu hinzukommen:

„Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen auch zusammen vergeben werden, wenn zeitliche Gründe dies bei der Durchführung von aus dem Sondervermögen Infrastruktur und Klimaneutralität finanzierten Infrastrukturvorhaben, deren geschätzter Auftrags- oder Vertragswert ohne Umsatzsteuer das Zweieinhalb-fache der Schwellenwerte nach § 106 Absatz 2 GWB erreicht oder überschreitet, erfordern.“

Es wird empfohlen, nur die ursprünglich im Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie vom 08.07.2025 beabsichtigte Änderung von Satz 2 vorzunehmen:

„Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen ganz oder teilweise zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche, technische oder zeitliche Gründe dies rechtfertigen.“

Begründung

- a) Die bestehende und die vorgeschlagene Regelung gehen an der Rechtswirklichkeit vorbei.

Handwerksbetriebe und Startups beteiligen sich selbst kaum an europaweiten Vergabeverfahren. Glas & Eßig von der Hochschule der Bundeswehr kommen in einer empirischen Studie aus dem Jahre 2016 (Factors that influence the success of small and medium-sized suppliers in public procurement: evidence from a centralized agency in Germany, Supply Chain Management: An International Journal, Volume 23 (1) 2018 65) zu dem Ergebnis:

“The results show that a higher number of lots in a tender does not significantly increase the success rate of SME.

The findings stand in fundamental contrast to the legal regulations, which postulate that lots are the driving force for SME promotion in public procurement. This is also in contrast to public procurement policies that, for many years, have recommended splitting contracts into smaller lots to become SME-friendly.”

Nach einer Studie der Ökonomen Hoekmann und Tas aus dem Jahre 2020 wirkt sich die Aufteilung in Lose nur bei Werten bis zu 25.000 Euro positiv auf die Erfolgschancen von KMUs aus (Procurement policy and SME participation in public purchasing, Small Business Economics (2022) 58:383, 395).

Ich habe dazu nachfolgend die wesentlichen Entscheidungen der Oberlandesgerichte aus den letzten 10 Jahren aufgelistet, wobei die Beschlüsse kursiv aufgeführt sind, in denen eine Gesamtvergabe als unzulässig angesehen wurde:

01.06.2016	OLG Düsseldorf – VII Verg 6/16	Fahrkartenverkauf online und vor Ort
14.05.2018	OLG Frankfurt – 11 Verg 4/18	Erhaltung und Betrieb Kreisstraße
25.03.2019	OLG München – Verg 10/18	einzelne Sicherheitstechnik in JVA
13.03.2020	OLG Düsseldorf – Verg 10/20	Verkehrssicherung an Autobahn
30.09.2022	<i>OLG Düsseldorf – Verg 40/21</i>	<i>Postzustellung, Zustellregionen</i>
18.07.2024	OLG Rostock – 17 Verg 1/24	Lärmschutzwände
21.08.2024	<i>OLG Düsseldorf – Verg 6/24</i>	<i>Verkehrssicherungsleistungen</i>
10.01.2025	<i>OLG Rostock – 17 Verg 4/24</i>	<i>Architektenleistungen, Systembau.</i>

Den kursiv geschriebenen Entscheidungen lagen besondere Fallkonstellationen zu Grunde, die teilweise zu fragwürdigen Ergebnissen geführt haben:

30.09.2022 *OLG Düsseldorf*

Diese Entscheidung betraf den Sonderfall eines ehemaligen Monopols:

„Gerade bei einem noch im „Aufwuchs“ befindlichen Markt wie dem für Postdienstleistungen ist eine Auftragsgestaltung zu vermeiden, die entweder nur vom vormaligen Monopolisten oder von wenigen großen Dienstleistungsunternehmen bedient werden kann, weil die Mehrzahl der „neuen“ Marktteilnehmer die geforderten Dienstleistungen nur regional selbst erbringt“ (Rn. 54)

21.08.2024 *OLG Düsseldorf*

Der Senat kommt zu dem formal richtigen aber volkswirtschaftlich fragwürdigen Ergebnis, dass volkswirtschaftliche Vorteile bei § 97 Abs. 4 GWB allein nicht zählen:

„Nachteilige Folgen für den Straßenzustand, die Verkehrsteilnehmer, die Umwelt und die Volkswirtschaft können allenfalls bei der Gewichtung des wirtschaftlichen Nachteils für den öffentlichen Auftraggeber berücksichtigt werden. Sie können nicht an die Stelle eines von § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB geforderten wirtschaftlichen Nachteils des öffentlichen Auftraggebers treten“ (Rn. 54)

10.01.2025 *OLG Rostock*

Nach dieser Entscheidung würde die Aufgabenverteilung zwischen Planung und Bau über das Gebot zur Losaufteilung auf Dauer festgeschrieben werden:

„Die Planung ist gegenüber der Bauleistung grundsätzlich fachlosgeeignet, weil dieser Teil der Leistung - nur darauf kommt es an dieser Stelle an - von speziellen Fachkräften erbracht wird (eigenes „Gewerk“), zudem für Planungsleistungen gegenüber Bauleistungen ein eigener Markt besteht und Planungsleistungen auch regelmäßig gesondert beauftragt werden“ (Rn. 85).

Im Gegensatz dazu gibt es zahlreiche mittelständische Bauunternehmen, die als Generalunternehmer auftreten und sodann örtliche Unternehmen als Nachunternehmer einbinden. Das Management zahlreicher Einzelgewerke ist bei großen Bauvorhaben eine eigene Spezialkompetenz, die weder in Bauämtern noch in Architekturbüros flächendeckend vorhanden ist. Wenn eine Gesamtvergabe auch mit zeitlichen Gründen gerechtfertigt werden könnte, würde das erheblich zur Beschleunigung von größeren Bauvorhaben beitragen und es droht auch nur einmal ein Nachprüfungsverfahren.

b) Die vorgeschlagene Regelung ist nicht rechtssicher anwendbar

aa. Wenn darin von „Infrastrukturvorhaben“ die Rede ist, dann handelt es sich nicht um einen bereits eingeführten Rechtsbegriff. Es bestehen erhebliche rechtliche Unsicherheiten, ob etwa Erhaltungsaufwendungen oder Dienstleistungen, z.B. die bloße Sanierung eines Schulgebäudes oder die Entwicklung von Software in der Kommunalverwaltung, darunter subsummiert werden können. Das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 109, 115 und 143h) vom 22.03.2025 spricht von „zusätzlichen Investitionen in die Infrastruktur“ (Art. 143h Abs. 1 GG). Nach der Gesetzesbegründung (Ds.20/15096, S. 13) sind „Investitionen“ insbesondere Investitionen im Sinne des § 10 Absatz 3 Nummer 2 Satz 2 des Haushaltsgesetzes (insbesondere Hauptgruppen 7 und 8 des

Gruppierungsplans). Dort werden auch Umbauten und Erweiterungsbauten, nicht aber Sanierungen aufgeführt und Ausstattungen nur genannt, wenn sie wesentlicher Bestandteil werden (Hauptgruppe 7). Hauptgruppe 8 betrifft den Erwerb von beweglichen und unbeweglichen Sachen. In § 3 des bisher nur im Entwurf vorliegenden „Gesetzes zur Finanzierung von Infrastrukturinvestitionen von Ländern und Kommunen“ (Ds. 21/1085), ist von „Sachinvestitionen“ die Rede, was Dienstleistungen ausschließen könnte. In europaweiten Vergabeverfahren ist aber auch das Begriffsverständnis des Unionsrechts von Bedeutung. Der Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation (2022/C 414/01) definiert z.B. als „Forschungsinfrastruktur“ Einrichtungen, Ressourcen und damit verbundene Dienstleistungen (Rn. 16). Es würde mithin zahlreiche Vorhaben geben, deren Einordnung als „Infrastrukturvorhaben“ zumindest zweifelhaft ist.

bb. Weiter bleibt unklar, wann ein Infrastrukturvorhaben „aus dem Sondervermögen“ finanziert wird: muss es dazu zu 100 % daraus finanziert werden, genügen 51 % (Ko-Finanzierungen) oder reicht es aus, dass jedenfalls 1 Euro aus dem Sondervermögen beigesteuert wird? Letzteres würde Missbrauchsmöglichkeiten eröffnen.

Bereits diese Unsicherheiten werden öffentliche Auftraggeber davon abhalten, von dieser Ausnahme Gebrauch zu machen. Dies gilt umso mehr, wenn die Mittel aus dem Sondervermögen den Kommunen als „Zuwendungen“ bewilligt werden, weil dann jeder Fehler zu einem Widerruf des Zuwendungsbescheides und einer Rückforderung der Mittel führen kann.

cc. Schließlich darf auch nach der vorgesehenen Neuregelung von dem Gebot der Losvergabe nur abgewichen werden, wenn zeitliche Gründe dies „erfordern“. Damit wird aber das Ziel des neuen Satzes 3 nicht erreicht.

„Erfordern“ bedeutet, dass die (zeitlichen) Gründe, die für eine Gesamtvergabe sprechen, „überwiegen“ müssen (OLG Düsseldorf vom 01.06.2016, VII-Verg 6/16). Wenn es dazu in der Begründung des Entwurfs (S. 46) heißt, die Dringlichkeit eines Infrastrukturvorhabens im Sinne des § 97 Absatz 4 Satz 4 GWB könne vorliegen, wenn ohne Durchführung des Bauvorhabens eine deutliche Nutzungseinschränkung der betroffenen Infrastruktur zu erwarten sei, so ist damit gerade noch nicht zu begründen, dass die zeitlichen Vorteile

einer Gesamtvergabe „überwiegen“. Das wird zuallererst davon abhängen, wie lange die Nutzungseinschränkung in der Vergangenheit bereits bestanden hat. Soweit es sich dabei um längere Zeiträume handelt, wird dem zeitlichen Vorteil einer Gesamtvergabe kein überwiegendes Gewicht mehr beigemessen werden können.

Bereits dieses Beispiel aus der Gesetzesbegründung zeigt, dass es allein sinnvoll wäre, nur von „rechtfertigen“ zu sprechen.

Vor allem aber ist es fraglich, ob die Rechtsprechung den in der Begründung des Regierungsentwurfs vorgesehenen Paradigmenwechsel zwischen Satz 2 und dem neuen Satz 3 mittragen wird oder nicht. Bezuglich der in Satz 2 genannten „wirtschaftlichen“ und „technischen“ Gründe gehen die Vergabesenate nämlich in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass in der Losaufteilung selbst liegende Erschwernisse nicht als technische oder wirtschaftliche Gründe zählen, weil der Gesetzgeber diese bei der Anordnung des Vorrangs der Losvergabe gesehen und dennoch deren Vorrang angeordnet habe (etwa: OLG München vom 25.03.2019 – Verg 10/18, Rn. 66: erhöhter Koordinierungsaufwand, zahlreiche Schnittstellen; ebenso: OLG Düsseldorf vom 21.08.2024 – Verg 6/24, Rn. 50). Es müssen also weitere technische oder wirtschaftliche Gründe vorliegen und deren „Überwiegen“ nachgewiesen werden, um eine Gesamtvergabe durchführen zu können.

Ausweislich der Begründung im Regierungsentwurf (dort: S. 48) soll dies nun bei dem geplanten Satz 3 anders sein:

„Wenn die Anwendung des Losgrundsatzes die schnelle Realisierung dieser Infrastrukturvorhaben nachweislich verhindert, soll zukünftig auch bei Vorliegen von besonderen zeitlichen Gründen (Dringlichkeit) eine Ausnahme vom Losgrundsatz möglich sein.“

Nach dieser Begründung sollen also auch der Losvergabe immanente zeitliche Gründe eine Rolle spielen. Die Formulierung des Gesetzes bliebe aber in Satz 2 und in dem neuen Satz 3 insoweit gleich. Es spricht deshalb viel dafür, dass die Rechtsprechung auch in Anwendung des neuen Satzes 3 externe „zeitliche“ Gründe für das Absehen vom Gebot der Losvergabe verlangen wird, die über den zeitlichen Nachteil hinausgehen, der darin besteht, dass ein öffentlicher Auftraggeber überhaupt Lose bilden muss.

Damit würde aber ein Kernanliegen des neuen Satzes 3 in § 97 Abs. 4 GWB nicht erreicht. Auch unter diesem Gesichtspunkt spricht alles dafür, statt von „erfordern“ von

„rechtfertigen“ zu sprechen, um auf diese Weise das Gewicht der „externen“, nicht der Losaufteilung immanenten Gründe zu reduzieren und den öffentlichen Auftraggebern mehr Flexibilität einzuräumen.

2. Zu Art. 1 Nr. 13 (§ 122 Abs. 4 GWB)

„(4) Eignungskriterien und geforderte Eignungsnachweise müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem sowie dem Auftragswert in einem angemessenen Verhältnis stehen. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nach § 97 Absatz 1 Satz 2 ist zu wahren.“

Es wird empfohlen, in Absatz 4 nach Satz 1 an Stelle des vorgesehenen Satzes die folgenden beiden Sätze einzufügen:

„Erfahrungen werden ausreichend nachgewiesen, wenn der Bewerber oder Bieter vergleichbare Leistungen innerhalb der letzten 10 Jahre ausgeführt hat. Die Vergleichbarkeit der Leistung ist nicht nur anzuerkennen, wenn identischen Leistungen erbracht wurden, sondern auch dann, wenn ein Bewerber oder Bieter verschiedene Leistungen erbracht hat, die in ihrer Gesamtheit das Anforderungsprofil des öffentlichen Auftraggebers erfüllen.“

Begründung:

- a) Die bloße Verpflichtung zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist zu unbestimmt. Die öffentlichen Auftraggeber schränken den Wettbewerb regelmäßig durch sehr hohe Eignungsanforderungen vor allem zu Lasten von KMUs und Startups ein, oft, um den bisherigen Auftragnehmer weiter beauftragen zu können. Dazu werden Referenzen über sehr komplexe Aufträge aus der Vergangenheit gefordert, die noch dazu nicht älter als drei oder fünf Jahre sein dürfen (vgl. § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV, § 6a EU Abs. 3 Buchst. a VOB/A). Würde man den Referenzzeitraum generell ausweiten und die Bündelung von Nachweisen zulassen, hätte das für die Beteiligungsmöglichkeiten kleinerer und neuer Unternehmen eine weitaus größere Bedeutung als das Gebot der Losaufteilung.

Glas & Eßig schreiben dazu:

“This leads to the next question: which factors are responsible for the underrepresentation of SMEs in public procurement? According to Loader (2013, 2015), the most commonly reported barriers are **too strict qualification criteria**, unprecise tender specifications and **extreme resource requirement**“ (Ebenda, S. 74, Hervorhebung nicht im Original)

- b) Dieser Vorschlag nimmt dazu außerdem die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes auf, wonach ein Bieter grundsätzlich Erfahrungen geltend machen kann, indem er sich auf zwei oder mehr Verträge zusammen als einem Auftrag beruft, obwohl der

öffentliche Auftraggeber eine solche Möglichkeit weder in der Bekanntmachung noch in den Verdingungsunterlagen ausdrücklich vorgesehen hat (Urteil vom 04.05.2017, Rs. C-387/14, Rn. 85 ff.).

3. Zu Art. 1 Nr. 29 a) (§ 169 Abs. 1 Satz 2 GWB):

„Im Falle des Obsiegens des Auftraggebers vor der Vergabekammer endet das Zuschlagsverbot bereits mit der Bekanntgabe der Entscheidung der Vergabekammer über den Antrag auf Nachprüfung.“

Es wird empfohlen, dass Zuschlagsverbot in diesen Fällen jedenfalls weiterhin erst nach Ablauf der Beschwerdefrist entfallen zu lassen.

Begründung:

Wenn der Auftraggeber sofort nach der Bekanntgabe der Entscheidung der Vergabekammer den Zuschlag erteilt und der Antragsteller erst danach innerhalb der Beschwerdefrist seine Beschwerde einlegt, dann tritt eine Erledigung des Nachprüfungsverfahrens vor Einlegung der Beschwerde ein (zwischen den Instanzen). Es besteht dann die Gefahr, dass der Antragsteller in der Beschwerdeinstanz überhaupt keine Sachentscheidung mehr erhält und wegen der Bindung der Zivilgerichte an die Entscheidung der Vergabekammer auch keine Schadensersatzansprüche mehr geltend machen kann.

Für diesen Fall ordnet § 178 Satz 4 GWB nämlich die entsprechende Anwendung des § 168 Abs. 2 GWB an. § 168 Abs. 2 GWB regelt, dass ein wirksam erteilter Zuschlag nicht aufgehoben werden kann. Ein Nachprüfungsantrag, der nach Erteilung des Zuschlags erhoben wird, ist deshalb unzulässig.

Wenn § 168 Abs. 2 GWB „entsprechend“ für das Beschwerdeverfahren gilt, dann wäre eine Beschwerde, die erst nach Erteilung des Zuschlags eingelegt wird, unzulässig, auch wenn die Beschwerdefrist eingehalten wurde. Der Antragsteller hätte dann gar keinen Rechtsschutz mehr, weil die Zivilgerichte gemäß § 179 Abs. 1 GWB an die bestandskräftige Entscheidung der Vergabekammer – die einen Vergabeverstoß gerade verneint hat – nach § 179 GWB gebunden sind. Der Antragsteller könnte dann vor den Zivilgerichten in dieser Konstellation auch keinen Schadensersatzanspruch mehr geltend machen.

Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren wird in diesen Fällen im Klageverfahren ein Rechtsschutzbedürfnis für eine Berufung mit dem Ziel gesehen, den Rechtsstreit im zweitinstanzlichen Verfahren für erledigt zu erklären, um so das Urteil der ersten Instanz für unwirksam erklären zu lassen (VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 06.02.2020, 1 S 3300/19, Rn. 21).

Selbst wenn man diese Rechtsprechung auf das Nachprüfungsverfahren übertragen würde, obwohl es sich dabei nicht um ein „Klageverfahren“ handelt, könnte ein antragstellender Bieter in diesen Fällen damit allenfalls die Sachentscheidung der Vergabekammer aus der Welt schaffen. Er bekäme aber keine Sachentscheidung des Beschwerdegerichts mehr, weil dieses nur noch über die Erledigung entscheidet.

Ein solches Ergebnis steht mit dem Anspruch auf effektiven Rechtsschutz nach Art. 19 Abs. 4 GG nicht im Einklang.

4. Art. 1 Nr. 31 (§ 173 Abs. 1 GWB):

„(1) Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, hat die sofortige Beschwerde keine aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer.“

Es wird empfohlen, diese Regelung nicht Gesetz werden zu lassen.

Begründung:

- a) Die beabsichtigte Regelung setzt die öffentlichen Auftraggeber der Gefahr aus, entgangenen Gewinn, d.h. einen sehr hohen Schadensersatz, an den Antragsteller zahlen zu müssen, wenn dieser das Beschwerdeverfahren gewinnt.

Nach der Rechtsprechung (BGH vom 23.11.2021 – XIII ZR 20/19) hat ein Bieter Anspruch auf „großen Schadensersatz“, also auf Ersatz seines entgangenen Gewinns, wenn

- er bei richtiger Anwendung des Vergaberechts den Zuschlag hätte erhalten müssen und
- der Auftrag in unveränderter Form an ein anderes Unternehmen erteilt wurde.

Die öffentlichen Auftraggeber konnten bisher dieser Gefahr immer dadurch entgehen, dass sie den nachfolgenden tatsächlich erteilten Auftrag geringfügig veränderten. Diese Möglichkeit hätten sie in der vorliegenden Konstellation nicht, weil sie exakt den identischen Auftrag nach der für sie günstigen Entscheidung der Vergabekammer an einen anderen Bieter erteilen würden. Setzt sich der Antragsteller in der Beschwerdeinstanz durch, dann bekommt er auf diese Weise zwar nicht den Auftrag, aber den hiermit zu verdienenden Gewinn.

Weil diese Konsequenz droht, werden die öffentlichen Auftraggeber davor zurückschrecken (und haushaltrechtlich davor zurückschrecken müssen), vor Abschluss des Beschwerdeverfahrens den Zuschlag zu erteilen.

- b) Im Übrigen bestehen gegen die beabsichtigte Regelung verfassungsrechtliche Bedenken.

Die Vergabekammern entscheiden durch Verwaltungsakt (§ 168 Abs. 3 GWB). Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht nur einen Rechtsweg überhaupt, sondern darüber hinaus, dass der Rechtsschutz effektiv ist (siehe etwa BVerfG, Beschluss vom 01.10.2008 - 1 BvR 2466/08 - Rn. 12).

Andererseits gewährleistet Art. 19 Abs. 4 GG die aufschiebende Wirkung von Rechtsbehelfen im Verwaltungsprozess nicht schlechthin. Überwiegende öffentliche Belange können es rechtfertigen, den Rechtsschutzanspruch des Einzelnen einstweilen zurückzustellen, um unaufschiebbare Maßnahmen im Interesse des allgemeinen Wohls rechtzeitig in die Wege zu leiten. Dies muss jedoch die Ausnahme bleiben. Eine Verwaltungspraxis, die dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis umkehrte, indem zum Beispiel Verwaltungsakte generell für sofort vollziehbar erklärt würden, wäre mit der Verfassung nicht vereinbar (vgl. BVerfG, ebenda, Rn. 13 unter Hinweis auf BVerfGE 35, 382 <402>; 51, 268 <284>). §§ 80 ff. VwGO stellen dafür ein differenziertes System zur Verfügung.

Gegen den Verwaltungsakt, den eine Vergabekammer erlässt, gäbe es aber auf der Primärbene nach dem Entwurf überhaupt keinen Rechtsschutz mehr. Wenn aber schon eine Verwaltungspraxis, die dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis umkehrte, mit der Verfassung nicht vereinbar wäre, so muss dies auch für ein Gesetz gelten, und zwar umso

mehr, als dieses Gesetz vorliegend nicht nur das Regel-Ausnahme-Verhältnis umkehren, sondern vollständig abschaffen würde. Der Antragsteller wäre mit der Entscheidung der Vergabekammer immer einem sofort vollziehbaren Verwaltungsakt ausgesetzt und ausschließlich auf Schadensersatzansprüche verwiesen. Das dürfte mit Art. 19 Abs. 4 GG nicht vereinbar sein.

- c) Schließlich sind die Vergabekammern auch institutionell nicht darauf eingerichtet, endgültige Entscheidungen über einen Zuschlag zu fällen. Der zur alleinigen Entscheidung befugte Vorsitzende oder hauptamtliche Beisitzer muss nicht immer die Befähigung zum Richteramt haben (siehe Seite 61, 65 des Entwurfs). Beide sind in die Behördenorganisation im Übrigen eingegliedert. Sie könnten mit der Befugnis zur Letztentscheidung über den Zuschlag künftig erhöhtem politischen Druck ausgesetzt sein.

5. Zu Art. 1 Nr. 33 (§ 176 Abs. 1):

„a) In Satz 1 wird die Angabe „nachteiligen“ durch die Angabe „vorteilhaften“ und wird die Angabe „Vorteile“ durch die Angabe „Nachteile nicht“ ersetzt.“

b) In Satz 4 wird die Angabe „auch“ durch die Angabe „vorrangig“ ersetzt.“

Es wird empfohlen, § 176 GWB ganz zu streichen.

Begründung:

§ 176 GWB betrifft die Vorabentscheidung über den Zuschlag im Beschwerdeverfahren. Wenn die Beschwerde aber keine aufschiebende Wirkung mehr haben soll, besteht für eine Vorabentscheidung über den Zuschlag im Beschwerdeverfahren kein Anwendungsfall mehr. § 176 GWB müsste in der Konsequenz vollständig entfallen. § 169 Abs. 2 Satz 8 GWB wäre anzupassen.

6. Zu Art. 8 Nr. 19 (§ 60 VgV):

§ 60 VgV betrifft die Prüfung ungewöhnlich niedriger Angebote. Es wird empfohlen, in § 60 Abs. 2 Nr. 4 nach „Vorschriften“ einzufügen:

„sowie die Einhaltung eines Tariftreueversprechens“.

Begründung:

Die Einhaltung eines Tariftreueversprechens ist nach § 3 des geplanten Tariftreuegesetzes des Bundes (Ds. 21/1941) eine „Ausführungsbedingung“ im Sinne des § 128 Abs. 2 GWB. Hierauf erstreckt sich die Verweisung in § 60 Abs. 2 Nr. 4 VgV gerade nicht. Dort wird nur auf Abs. 1 des § 128 GWB verwiesen. In der Praxis werden jedoch häufig sehr niedrige Preise angeboten, bei denen die Einhaltung eines Tariftreueversprechens zumindest zweifelhaft erscheint.

Ohne eine Überprüfungsmöglichkeit im Vergabe(nachprüfungs)verfahren stehen die Tariftreuegesetze der Länder oder das geplante Tariftreuegesetz des Bundes in der Praxis häufig nur auf dem Papier. Die nachträglich während der Auftragsausführung vorgesehenen Kontrollen beschränken sich naturgemäß auf einzelne Stichproben. Bisher sehen die Auftraggeber und in der Folge auch die Vergabekammern – weil § 60 Abs. 2 Nr. 4 VgV nur auf § 128 Abs. 1 GWB verweist – keinen Anlass, die Einhaltung eines Tariftreueversprechens anhand der von einem Bieter vorgelegten Kalkulation zu überprüfen, was jedoch möglich wäre. Dem soll durch die vorgeschlagene Regelung abgeholfen werden.

Mit freundlichen Grüßen

Prof. Dr. Stefan Hertwig
Rechtsanwalt | Partner
Fachanwalt für Vergaberecht