



---

## Stellungnahme

Prof. Dr. Martin Burgi

Ludwig-Maximilians-Universität München

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Wirtschaftsverwaltungsrecht,  
Umwelt- und Sozialrecht; Forschungsstelle für Vergaberecht und  
Verwaltungskooperationen

---

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

Dem Ausschuss ist das vorliegende Dokument in nicht barrierefreier Form zugeleitet worden.

**Siehe Anlage**



LMU, Prof. Dr. Martin Burgi, Prof.-Huber-Platz 2, 80539 München

**Prof. Dr. Martin Burgi**

Telefon [REDACTED]

Telefax +49 (0)89 2180-3199

E-Mail: [REDACTED]

Postanschrift  
Professor-Huber-Platz 2  
80539 München

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom

Unser Zeichen

München, 6. November 2025

Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung  
im Ausschuss für Wirtschaft und Energie des  
Deutschen Bundestages am 10. November 2025

**Zum Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Vergabe öffentlicher  
Aufträge (BT-Drs. 21/1934)**

**I. Durchgehend positiv zu beurteilende Maßnahmen zur Vereinfachung  
und Beschleunigung**

Der Entwurf eines Vergabebeschleunigungsgesetzes löst die Versprechen, die sich mit der Gesetzesbezeichnung verbinden, in dem Umfang ein, in dem nationale Gesetzgeber innerhalb der ja unverändert fortbestehenden europäischen Richtlinien aus dem Jahre 2004 (v. a. der Richtlinie 2014/24/EU) überhaupt Gestaltungsspielräume hatten. Insoweit werden auch die im Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD vom 5. Mai 2025 formulierten Zielsetzungen erreicht (Zeile 2058 ff.).

Um weitere Beschleunigungseffekte und insbesondere eine dringend benötigte Professionalisierung des Beschaffungs- und Vergabewesens zu erreichen, müssen daneben nun auch die (nicht primär gesetzgeberischen) *organisatorischen* Reformen in Angriff genommen werden. Maßnahmen dieser Art betreffen die weitere Digitalisierung der öffentlichen Beschaffung durch Bund-Länder-Kooperation, durch die Nutzung des OZG für digitale Beschaffungsprozesse und durch

den Ausbau des Datenservice „Öffentlicher Einkauf“ zur zentralen Plattform (vgl. auch BT-Drs. 21/1934, S. 3). Auch die im Koalitionsvertrag unter Zeile 1828, Z. 2075 ff. genannten Vorhaben bedürfen noch der Umsetzung.

Positiv zu beurteilen ist jedenfalls die in

- § 107 Abs. 2 S. 3 Nr. 2 GWB-E vorgesehene Erweiterung der Ausnahmen vom Anwendungsbereich für Zwecke nachrichtendienstlicher Tätigkeiten sowie für die Schaffung militärisch nutzbarer Infrastrukturen,
- die in § 108 Abs. 4 S. 2 und 3 GWB-E vorgesehenen Präzisierungen betreffend die sog. Inhouse-Ausnahme,
- die Klarstellung zum Anwendungsbereich betreffend Bauaufträge in § 103 Abs. 3 S. 1 GWB-E,
- die (im Vergleich mit entsprechenden Aktivitäten auf Länderebene) durchaus moderaten und dadurch haushaltssensibleren Erleichterungen für die Auftragsvergabe unterhalb der Schwellenwerte in den § 30 HGrG und 55 Abs. 1 BHO sowie § 55 Abs. 2 BHO (Anhebung der Wertgrenze bei Direktaufträgen).
- Vergleichsweise unspektakulär, aber aller Voraussicht nach mit erheblichen Beschleunigungseffekten – und daher positiv zu beurteilen – sind die zum Nachweis der Eignung und des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen durch sog. Eigenerklärungen vorgesehenen Regelungen in § 122 Abs. 3 und 4 GWB. Hierzu gehören auch verschiedene kleinere Änderungen in den Vergabeverordnungen (vgl. z. B. § 10 Abs. 6 VSvgV-E, der die Einleitung eines Vergabeverfahrens ohne gesicherte Finanzierung in bestimmten Fällen erlaubt).

Abgesehen von der zu III eingehend gewürdigten Reduzierung des Rechtsschutzes durch die vorgeschlagene Neuregelung der § 169 Abs. 1 S. 2 und 173 Abs. 1 GWB-E sind sodann die zahlreichen, jeweils langjährigen Forderungen aus der Praxis entsprechenden Erleichterungen und Beschleunigungsmaßnahmen betreffend das Nachprüfungsverfahren positiv zu beurteilen:

- Erleichterung der Entscheidung nur durch den Vorsitzenden oder den hauptamtlichen Beisitzer der Vergabekammer (§ 157 Abs. 2 S. 1, 6, 7; 162 S. 2; 163 Abs. 2; 167 Abs. 1; 169 Abs. 1 S. 1; Abs. 4 S. 1 GWB-E),
- Ermöglichung einer Entscheidung nach Lage der Akten (§ 166 Abs. 1 S. 4 GWB-E),
- Die Regelungen betreffend die Digitalisierung des Nachprüfungsverfahrens (§ 158 Abs. 3; 161 Abs. 1 S. 1; Abs. 3 GWB-E) sowie die Ermöglichung von Videoverhandlungen (§ 166 Abs. 3; 175 Abs. 2 GWB-E).
- Ebenfalls positiv zu beurteilen ist die Einschränkung der Möglichkeit, in Schadensersatzkonstellationen Regress bei den Beamtinnen und Beamten der Vergabekammer zu nehmen (vgl. § 157 Abs. 4 S.3 GWB-E).

Von all diesen Maßnahmen profitieren insbesondere auch kleine und mittelständische Unternehmen. Zusätzlich sind weitere mittelstandsbezogene Maßnahmen kleineren Zuschnitts vorgesehen, etwa in § 42 Abs. 2 und § 45 Abs. 5 VgV-E (Berücksichtigung der besonderen Umstände von jungen sowie kleinen und mittleren Unternehmen bei der Auswahl der Eignungskriterien und der Eignungsnachweise bzw. der Prüfung der Leistungsfähigkeit); in § 29 Abs. 3 VgV-E (bessere Zahlungsmodalitäten für alle Bewerber und Bieter) und in § 35 Abs. 1 VgV-E (Entscheidungs- und Äußerungsgebot für eine stärkere Berücksichtigung von Nebenangeboten ohne Begründungserfordernis).

Fraglos wird auch der Verzicht auf die sehr ambitionierte, letztlich aber auch sehr bürokratierächtige Regelung über die sog. strategische Beschaffung, wie sie noch in § 120a GWB-E a.F. (Entwurf eines Vergabetransformationsgesetzes der vorherigen Bundesregierung) vorgesehen war, vereinfachend und beschleunigend zu wirken.

## **II. Zum Umgang mit dem Losvergabegrundsatz**

### **1. Einführung**

Das Vergaberecht soll die wirtschaftliche Auftragsvergabe durch die öffentliche Hand sicherstellen. Um dies zu erreichen, ist die Vergabe *im Wettbewerb* nach

§ 97 Abs. 1 S. 1 GWB Grundprinzip der öffentlichen Beschaffung. Die Gewährleistung eines funktionsfähigen Wettbewerbs bedeutet, dass sich möglichst viele geeignete Unternehmen um öffentliche Aufträge bewerben (Beteiligung am Wettbewerb) und der leistungsfähigste Bieter den Zuschlag erhält (Erfolg des Wettbewerbs). In einer mittelständisch geprägten Wirtschaft, wie sie insbesondere im Bau- und Handwerksgewerbe vorliegt, ist es von besonderer Bedeutung und für die öffentlichen Auftraggeber auch von besonderem Interesse, dass sich kleine und mittlere Unternehmen (KMU) um öffentliche Aufträge bewerben. § 97 Abs. 4 S. 1 GWB sieht deshalb vor, mittelständische Interessen „bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen.“ Das zentrale Instrument hierfür ist der Grundsatz der Losvergabe nach § 97 Abs. 4 S. 2 GWB, wonach Leistungen in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben sind. Eine Durchbrechung ist nur aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen möglich (§ 97 Abs. 4 S. 3 GWB).

Der von der Bundesregierung vorgelegte Entwurf eines Vergabebeschleunigungsgesetzes schlägt vor, den Grundsatz der losweisen Vergabe – zumindest partiell – einzuschränken. Künftig sollen auch großvolumige Vorhaben, die aus dem Sondervermögen „Infrastruktur und Klimaneutralität“ finanziert werden, als Gesamtvergaben möglich sein, wenn „zeitliche Gründe dies erfordern“ (BT-Drs. 21/1934, S. 8). Damit besteht die Gefahr, dass der Wettbewerb eingeschränkt wird und somit die Chance, den/die leistungsfähigste/n Bieter auszuwählen, sinkt. In der Folge wäre eine wirtschaftliche Auftragsvergabe nicht mehr gewährleistet. Diese Gefahr verschärft sich signifikant in dem Maße, in dem die am 26. September 2025 beschlossene Stellungnahme des Bundesrats noch deutlich weitgehendere Ausnahmen vom Losgrundsatz zulassen will (BR-Drs. 380/25(Beschluss)). Empirische Belege für die angeblichen Nachteile der Losvergabe werden jeweils nicht vorgelegt.

Vor diesem Hintergrund werden nachfolgend (inhaltlich weitgehend identisch mit der dem Zentralverband des Deutschen Handwerks und den Zentralverband des Deutschen Baugewerbes zusammen mit *Prof. Dr. Michael Eßig* am 6.10.2025 vorgelegten Kurzexpertise), die Auswirkungen einer mittelstandsfreundlichen öffentlichen Auftragsvergabe unter besonderer Berücksichtigung des Prinzips der

Losvergabe thematisiert. Der Kern der aktuellen Reformbestrebungen im Vergaberecht besteht ja richtigerweise darin, die komplexen Vergaberegelungen zu vereinfachen. Das in Rede stehende Vergabebeschleunigungsgesetz will insbesondere die Zugangshürden für den Mittelstand durch weitgehende Bürokratieentlastung senken (vgl. hierzu I). Eine Aufweichung des Losgrundsatzes würde hier kontraproduktiv wirken, wenn KMU und Handwerksbetriebe dadurch faktisch von der Teilnahme am Markt ausgeschlossen werden: Ihre „Befreiung“ von Bürokratielasten besteht dann darin, dass sie in Zukunft gar keine oder signifikant weniger Aufträge bekämen.

## **2. Beurteilung der bisherigen Rechtslage und Reformbestrebungen**

Die Skala möglicher gesetzgeberischer Aktivitäten reicht von der unveränderten Beibehaltung des § 97 Abs. 4 S. 2 u. 3 GWB bis hin zur vollständigen Suspendierung des Losgrundsatzes, wie sie im Bundeswehr-Planungs- und -Beschaffungsbeschleunigungsgesetz vorgesehen ist. Dazwischen lassen sich mehrere Abstufungen unterscheiden: Am stärksten in Richtung Suspendierung orientiert sich die Stellungnahme des Bundesrats zum Vergabebeschleunigungsgesetz, die inhaltlich dem von der Ampelregierung vorgelegten, der Diskontinuität zum Opfer gefallenen Entwurf eines Vergabetransformationsgesetzes entspricht. Der Entwurf der neuen Bundesregierung hingegen erweitert den Durchbrechungstatbestand lediglich für dringliche Großprojekte aus dem Sondervermögen.

Im Näheren ergibt sich folgendes Bild:

### **a) Bisherige Rechtslage nach § 97 Abs. 4 S. 2 und 3 GWB**

§ 97 Abs. 4 GWB statuiert ein klares Regel-Ausnahme-Verhältnis: Nach S. 2 sind die Auftraggeber grundsätzlich zur losweisen Vergabe verpflichtet. Die Losvergabe ist das „vornehmlichste“ Instrument zur Sicherung einer „mittelstandsgerechten Vergabe“ (grundlegend *Burgi*, NZBau 2006, 606). Eine Durchbrechung dieses Grundsatzes ist gemäß S. 3 nur zulässig, wenn „wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern.“ Solche Gründe müssen durch den Auftraggeber geltend gemacht und in der Abwägung mit dem Anliegen der Mittelstandsförderung als überwiegend erachtet werden (OLG Rostock, B. v. 18.7.2024, 17 Verg 1/24 Rn. 23 m. w. N.; *Burgi*, Vergaberecht, 4. Aufl. 2025, § 14 Rn. 16).

Allerdings birgt die Pflicht zur losweisen Vergabe namentlich bei Großprojekten Verzögerungsrisiken, die durch etwaige Rechtsstreitigkeiten über die restriktive Auslegung vergrößert werden (vgl. Stöß/Zech, GSZ 2022, 209 (210)). Dies hat auch in der Rechtswissenschaft (vereinzelt) Reformüberlegungen ausgelöst und zu dem Vorschlag geführt, im Kontext expliziter staatlicher Sofortprogramme zur Beschleunigung dringender Beschaffungsvorhaben eine weitere Durchbrechung des Losgrundsatzes vorzusehen (so bereits im Jahr 2022 Burgi/Nischwitz/Zimmermann, NVwZ 2022, 1321 (1327)).

Wenn allerdings behauptet wird, dass stets „objektiv zwingende Gründe“ für eine Durchbrechung vorliegen müssten (Empfehlungen der Ausschüsse des Bundesrats, BR-DRs. 380/1/25, S. 4; Stöß/Zech, GSZ 2022, 209 (210)), entspricht dies nicht dem Stand der aktuellen Rechtsprechung zu den Anforderungen an eine Durchbrechung des Losgrundsatzes. So hat das OLG Düsseldorf (B. v. 21.8.2024, Verg 6/24; ebenso das OLG Rostock, zuletzt B. v. 10.1.2025, 17 Verg 4/24) betont, dass es um eine Abwägung gehe. In diese müsse – zugunsten einer etwaigen Durchbrechung – auch der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit nach § 97 Abs. 1 S. 2 GWB eingehen (VK Niedersachsen, B. v. 29.11.2024, VgK-29/2024). Das OLG Rostock (B. v. 10.1.2025) hat erst Anfang 2025 festgestellt, dass auch „zeitliche“ Gründe jetzt schon ausreichen würden, wenn sich konkret zulasten des Auftraggebers unwirtschaftliche Auswirkungen ergeben könnten. Sodann wird den Auftraggebern ein *Beurteilungsspielraum* eingeräumt; die Nachprüfungsinstanzen prüfen lediglich, ob zutreffende Tatsachen verwertet wurden und ob nicht *Willkür* vorliegt. Zurecht verurteilt wurden daher in den genannten Senatsverfahren Auftraggeber, die die mittelstandsbezogenen Vorteile der Losvergabe vollständig ausgeblendet (also gar keine Abwägung durchgeführt) hatten.

### **b) Entwurf eines Bundeswehrplanungs- und -Beschaffungsbeschleunigungsgesetzes**

Eine erste gesetzgeberische Reaktion erfolgte im Bereich der Bundeswehrbeschaffung nach dem russischen Angriffskrieg in der Ukraine mit dem 2022 verabschiedeten Bundeswehrbeschaffungsbeschleunigungsgesetz (BGBl. I, 1078); in diesen Zusammenhang gehört auch § 9 LNG-Gesetz. Im BwBBG wurde ein

neuer Durchbrechungstatbestand aus „zeitlichen“ Gründen geschaffen (ausführlich zu § 3 BwBBG Stöß/Zech, GSZ 2022, 209 (210 f.)). Mit dem Entwurf für ein „Gesetz zur beschleunigten Planung und Beschaffung für die Bundeswehr“ (BR-Drs. 377/25) würde dies nun erheblich ausgeweitet: § 8 Abs. 1 u. 2 BwPBBG suspendiert die Pflicht zur Losvergabe bis Ende 2030 für öffentliche Aufträge zur Deckung der Bundeswehrbedarfe. Nach § 8 Abs. 3 BwPBBG gilt dies auch für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte. In § 117 Abs. 2 des Entwurfs für ein Vergabebeschleunigungsgesetz findet sich für verteidigungs- und sicherheitsspezifische Aufträge der Sicherheitsbehörden eine vergleichbare Regelung (die nachfolgend nicht näher betrachtet wird).

Damit bewegt sich der Regierungsentwurf gleichsam am anderen Ende der Skala möglicher Regelungen: Das Ziel der Mittelstandsförderung tritt vollständig hinter das Beschleunigungsinteresse zurück. Der Entwurf begründet dies damit, dass selbst deutlich flexibilisierte Losvorgaben aufgrund ihres bieterschützenden Charakters Anlass zeitkritischer Nachprüfungsverfahren sein können. Die veränderte sicherheitspolitische Lage erfordere jedoch eine maximale Beschleunigung der Vergabeverfahren. Für öffentliche Aufträge zur Deckung des Bundeswehrbedarfs brauche es daher eine Regelung, die zeitliche Risiken auf ein Minimum reduziert (BR-Drs. 377/25, S. 36).

### **c) Vergabebeschleunigungsgesetz in der Fassung des Regierungsentwurfs**

Der Entwurf eines „Gesetzes zur Beschleunigung der Vergabe öffentlicher Aufträge“ orientiert sich an der bisherigen Rechtslage und behält die § 97 Abs. 4 S. 2 und 3 GWB bei. Lediglich zur vergaberechtlichen Flankierung des Sondervermögens nach Art. 143h GG soll ein weiterer Ausnahmetatbestand, beschränkt auf „Infrastrukturvorhaben“, geschaffen werden. Der neue S. 4 ermöglicht eine Abweichung vom Losgrundsatz, wenn „zeitliche Gründe dies bei der Durchführung von aus dem Sondervermögen Infrastruktur und Klimaneutralität finanzierten Infrastrukturvorhaben, deren geschätzter Auftrags- oder Vertragswert ohne Umsatzsteuer das Zweieinhalfache der Schwellenwerte nach § 106 Abs. 2 GWB erreicht oder überschreitet, erfordern.“

Dadurch soll ein schneller Einsatz der dringend benötigten Mittel des Sondervermögens ermöglicht werden, ohne die zentralen Funktionen des Vergaberechts,

insbesondere Förderung des Mittelstands als „Rückgrat der deutschen Wirtschaft“ (BT-Drs. 21/1934, S. 1) aus dem Blick zu verlieren. Dies gelingt dem Regierungsentwurf, indem die Abweichungsmöglichkeit vom Losgrundsatz eng begrenzt bleibt: Zwar werden die bisherigen Durchbrechungsgründe um zeitliche Gründe erweitert, diese jedoch an zwei sachliche Kriterien geknüpft – die Finanzierung aus dem Sondervermögen und die Überschreitung eines Auftrags-Grenzwerts. Außerdem bleiben die hohen Begründungsanforderungen an die Gesamtvergabe bestehen („erfordern“).

Der Regierungsentwurf sieht die Mittelstandsinteressen weiterhin gewahrt, weil die Abweichungsmöglichkeit nur bei großvolumigen Projekten bestehe, die sich ohnehin nicht primär an KMU und Handwerksbetriebe richteten. Darüber hinaus ermöglicht § 97 Abs. 4 S. 5 GWB-E im Fall einer Gesamtvergabe, dass der Auftraggeber seinen Auftragnehmer dazu verpflichten kann, bei der Vergabe von Unteraufträgen die Interessen von KMU besonders zu berücksichtigen.

#### **d) Stellungnahme des Bundesrats zum Entwurf des Vergabebeschleunigungsgesetzes**

Der Regierungsentwurf hat inzwischen den ersten Durchgang im Bundesrat passiert, der dazu am 26. September 2025 Stellung genommen hat. Darin schlägt der Bundesrat eine weitergehende Lockerung des Losgrundsatzes vor, die sich eng am Vergabetransformationsgesetz der Ampelregierung orientiert (dazu sogleich e). Nach der beschlossenen Fassung soll eine Gesamtvergabe zulässig sein, „wenn wirtschaftliche, technische oder zeitliche Gründe dies rechtfertigen“ (BR-Drs. 380/25(B), S. 1 f.). In der Begründung wird zwar auf „öffentliche Bauvorhaben“ abgestellt (BR-DRs. 380/25, S. 2). Die vorgeschlagene Neufassung würde freilich für alle Arten von Aufträgen gelten, übrigens mit der Konsequenz, dass die dem Reformgesetzgeber (zurecht) eigentlich besonders am Herz liegenden (siehe Regierungsentwurf, S. 1, 37 f.) Start-up-Unternehmen im Dienstleistungssektor zu den ersten Opfern einer großzügigeren Durchbrechungsmöglichkeit gehören würden.

Gegenüber dem Kabinettsentwurf ergeben sich damit zwei wesentliche Änderungen: Zum einen entfällt die bisherige Einschränkung, wonach zeitliche Gründe

nur bei „Infrastrukturvorhaben“ und auch nur bei solchen aus dem Sondervermögen herangezogen werden konnten. Damit verlieren die zeitlichen Gründe ihre bisherige Bindung an sachliche Kriterien und werden zu einem deutlich unbestimmteren Durchbrechungsgrund. Zum anderen wird auf den Nachweis der „Erforderlichkeit“ verzichtet, so dass künftig die bloße Angabe von Gründen ausreichen soll. Beides führt dazu, dass den mittelständischen Interessen ein deutlich geringeres Gewicht eingeräumt wird als im Regierungsentwurf.

Noch weiter gingen die Empfehlungen der Bundesratsausschüsse vom 15. September 2025, die (teilweise) zusätzlich „sachliche Gründe“ als Rechtfertigungsgrund einführen wollten. Nach der Begründung sollte bereits der Umstand genügen, dass „öffentliche Auftraggeber nicht über ausreichend qualifiziertes Personal zur Koordination der verschiedenen Gewerke“ verfügen (BR-Drs. 380/1/25, S. 2). Eine derart weitreichende Erweiterung hätte den Ausnahmeharakter der Gesamtvergabe aufgehoben und wäre damit faktisch einer Suspendierung des Losgrundsatzes gleichgekommen. Freilich ist zu erwarten, dass in der Praxis vieler Auftraggeber nun genau jene personalbezogenen Umstände unter Berufung auf das Merkmal „zeitliche“ Gründe geltend machen werden.

### e) Entwurf eines Vergabetransformationsgesetzes

Die vorgeschlagene Neuregelung des Bundesrats entspricht wortgleich dem Entwurf der Ampelregierung für ein Vergabetransformationsgesetz (BT-Drs. 20/13433). Auch die darin enthaltene Ausgestaltung der Losvergabe war durch die uneingeschränkte Einführung der zeitlichen Durchbrechungsgründe sowie den Verzicht auf den Nachweis der Erforderlichkeit einer Gesamtvergabe signifikant weniger mittelstandsfreundlich als die Regelung des aktuellen Kabinettsentwurfs des Vergabebeschleunigungsgesetzes.

## 3. Blick auf die wirtschaftswissenschaftlichen Zusammenhänge

Aus *beschaffungswirtschaftlicher Perspektive* spielen KMU eine wichtige Rolle bei der öffentlichen Auftragsvergabe. Es ist ausdrücklich im Sinne der öffentlichen Auftraggeber, die Rolle von KMU zu stärken – sowohl um den Wettbewerb überhaupt zu ermöglichen, als auch, um die spätere Leistungserbringung sicherzustellen. Die empirische Analyse auf Basis der Ausschreibungsdatenbank der

Europäischen Kommission (TED) liefert Befunde zur Wettbewerbsintensität und zeigt, dass die durchschnittliche Zahl an Angeboten je Vergabe (als zentraler Indikator der Wettbewerbsintensität) für den Bereich Bau in den Jahren 2017 bis 2023 bei 3,71 Angeboten liegt (Mittelwert), während der Durchschnitt über alle Branchen hinweg 2,96 beträgt.

Der Anteil von KMU an der Anzahl vergebener Aufträge liegt zwischen 2017 und 2023 zwischen 59% und 83%, ihr Anteil am Volumen der vergebenen Aufträge zwischen 38% und 72%. Dies belegt die Schlüsselrolle von KMU im Bausektor, die damit einen wesentlichen Beitrag zur Umsetzung öffentlicher Investitionsprogramme leisten.

Eine Auswertung qualitätsgesicherter empirischer Studien zu den Einflussfaktoren zeigt, dass das Auftragsvolumen zentral und entscheidend für die prinzipielle wie auch erfolgreiche Beteiligung von KMU ist. Hier sind die Befunde eindeutig. Die Unterteilung von Aufträgen in „passende“ Volumina ermöglicht es KMU, überhaupt in Wettbewerbsverfahren einzutreten, da sie die Ressourcen für großvolumige Aufträge oftmals nicht bereitstellen können. Will der Gesetzgeber diesen Wettbewerb erhalten und sogar ausbauen, was angesichts der empirischen Daten geboten wäre, darf er auf Instrumente der Volumensteuerung nicht verzichten. Die losweise Vergabe ist im Moment das einzige vergaberechtliche Instrument, das ihm dazu zur Verfügung steht.

Selbstverständlich bedarf es neben der Regulierung insbesondere auch einer guten Implementierung. Die Studienergebnisse zeigen, dass es einer sorgfältigen Gestaltung der Lose bedarf. Die Gruppe der KMU „in sich“ ist nicht homogen, d.h. die Volumenaufteilung wirkt noch stärker bei kleinen und Kleinstunternehmen. Eine ausgewogene Losbildung ist daher von zentraler Bedeutung für Vergabestellen, wollen sie erfolgreich Aufträge am Lieferantenmarkt platzieren. Insofern sind die Rahmenbedingungen in der Beschaffung dafür zu schaffen, in den jeweiligen Teilmärkten (namentlich der Baubranche) angemessen tätig werden zu können. Will man die volle Wirkung eines „guten“ Wettbewerbs erreichen, sind flankierende Maßnahmen erforderlich. Die losweise Vergabe stellt einen wichtigen und relevanten, jedoch nicht allein ausschlaggebenden Einflussfaktor auf die Beteiligung von KMU an öffentlichen Vergaben dar.

## 4. Vergaberechtliche Perspektive

Die nachfolgende rechtswissenschaftliche Expertise untersucht unter Einbeziehung der beschaffungswirtschaftlichen Erkenntnisse, wie sich das Vergabebeschleunigungsgesetz insbesondere im Vergleich mit weitergehenden Reformbestrebungen zu den allgemeinen und spezifischen rechtlichen Rahmenbedingungen und zu der explizit mittelstandsfreundlichen Zielsetzung des Koalitionsvertrages verhält. Besonderes Augenmerk ist auf die aktuelle, seit September 2025 signifikant veränderte unionsrechtliche Entwicklung zu richten.

### a) Rechtsrahmen im Überblick

Im GWB-Vergaberecht bilden insbesondere der Wettbewerbsgrundsatz nach § 97 Abs. 1 S. 1 GWB und der Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 97 Abs. 2 GWB die beiden zentralen Auslegungsleitlinien für die nachfolgenden Vorschriften – so auch für den Losgrundsatz. Beide Prinzipien zielen darauf ab, einen fairen Wettbewerb und die Ermittlung des objektiv wirtschaftlichsten Angebots zu ermöglichen (*Weiner*, in; *Gabriel/Krohn/Neun*, Handbuch Vergaberecht, 4. Aufl. 2024, § 1 Rn. 12). Dies setzt voraus, dass für alle Bieter die gleichen Bedingungen gelten.

Auch auf europäischer Ebene wird die Möglichkeit der Losvergabe adressiert. Bislang bestimmt Art. 46 Abs. 1 UAbs. 1 Richtlinie EU 2014/25/EU, dass Auftraggeber die Leistung in Form mehrerer Lose vergeben können; eine Pflicht besteht jedoch nicht. Stets muss der Verzicht auf die Losvergabe aber begründet werden.

Dadurch, dass die Losvergabe auf die Herstellung gleicher Chancen zielt, kommt der allgemeine Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG ins Spiel, zumal das BVerfG schon sehr früh die Förderung des Mittelstands als unter Umständen sogar Gleichheitsverstöße legitimierendes wirtschaftspolitisches Ziel anerkannt hat (BVerfGE 19, 101 (114 ff.); 21, 160 (169 ff.); 37, 38 (51 ff.)).

Neben dem allgemeinen Gleichheitssatz ist zugunsten der Unternehmen auch das Grundrecht der Berufsfreiheit zu berücksichtigen. Zwar begründet Art. 12 Abs. 1 GG keinen Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb, der Schutzbereich umfasst aber die Teilnahme am Markt und das Nutzen der sich daraus ergebenden Chancen (*Burgi*, in: *Kahl/Waldhoff/Walter*, Bonner Kommentar zum Grundgesetz,

196. EL (Stand: Feb. 2019), Art. 12 Abs. 1 GG Rn. 155). Genau dies ermöglicht der Losgrundsatz, indem er KMU den Zugang zum Wettbewerb um öffentliche Aufträge erleichtert und so eine Teilnahme an den durch die Losaufteilung eröffneten Märkten möglich macht.

### **b) Mittelstandsfreundlichkeit als zentrale Zielsetzung im Koalitionsvertrag**

Der Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD vom 6. Mai 2025 verankert die Stärkung von Mittelstand und Handwerk als zentrale wirtschaftspolitische Zielsetzung (bereits in der Präambel, Z. 38 f. und in einem eigenen Abschnitt, Z. 328 ff.). Für das Vergaberecht konkretisieren die Koalitionspartner dieses Ziel dahingehend, dass das öffentliche Beschaffungswesen vereinfacht, beschleunigt und digitalisiert werden soll (Z. 2059 ff.). So sollen Bieter bspw. künftig ihre Eignung „möglichst bürokratiearm, digital und mittelstandsfreundlich nachweisen können“ (Z. 2082 f.).

Der Vertrag betont ausdrücklich die Bindung an den Grundsatz der mittelstandsfreundlichen Vergabe (Z. 2061: „Für uns gilt der Grundsatz der mittelstandsfreundlichen Vergabe.“). Daraus folgt, dass jede Vereinfachung der Vergabevorschriften mittelstandsgerecht zu erfolgen habe und nicht zu einer Erhöhung der Zugangshürden für KMU führen dürfe. Von einer (weitgehenden) Aufweichung des Losgrundsatzes ist im Koalitionsvertrag keine Rede. Sie liefe seiner mittelstandsbezogenen Intention im Ansatz auch zuwider.

### **c) Bestimmtheitsgrundsatz und Rechtssicherheit**

Zunächst ist festzuhalten, dass jede Gesetzesänderung ein gewisses Maß an Rechtsunsicherheit mit sich bringt, weil die Praxis sich erst auf die neuen Anforderungen und Begriffsmerkmale einstellen muss. Dies erhöht auch das Risiko neuer Rechtsstreitigkeiten, gerade im vorliegenden Zusammenhang, weil der Umgang mit den bisherigen Begriffsmerkmalen des Durchbrechungstatbestandes in § 97 Abs. 4 S. 3 GWB in vielen Jahren gefestigt und gerade erst (in den Jahren 2024 und 2025) durch das OLG Düsseldorf und das OLG Rostock nochmals für die Praxis bekräftigt worden ist (siehe Teil I 2 a). Alle diskutierten Änderungsvorschläge werden in der Praxis also zunächst für Rechtsunsicherheit

sorgen und Nachprüfungsverfahren auslösen, und zwar in Relation zur Bestimmtheit des jeweiligen Regelungsvorschlags.

Das Bestimmtheitsgebot ist Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips nach Art. 20 Abs. 3 GG und verpflichtet den Gesetzgeber, die Regelungen so zu fassen, dass die Betroffenen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach ausrichten können (BVerfGE 103, 332 (384); 113, 348 (375 f.); 131, 88 (123); 149, 293 (324); Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 18. Aufl. 2024, Art. 20 Rn. 82). Die vom Bundesrat vorgeschlagene Erweiterung der Durchbrechungsgründe um „zeitliche Gründe“ würde nun einen besonders unbestimmten Rechtsbegriff einführen. Zwar ist der Einsatz unbestimmter Rechtsbegriffe grundsätzlich zulässig, der Gesetzgeber darf die Grenzziehung im Einzelnen aber nicht dem Ermessen der Verwaltung überlassen (BVerfGE 6, 32 (42); 56, 1 (12)). Er muss vielmehr bereits im Gesetz klare Handlungsmaßstäbe vorsehen (BVerfGE 78, 214 (226); 149, 293, (324); Sommermann, in: Huber/Voßkuhle, GG, 8. Aufl. 2024, Art. 20 Rn. 289).

Diese Anforderungen des Bestimmtheitsgebots wahrt der *Regierungsentwurf*, indem er den zeitlichen Aspekt an drei sachliche und eindeutig definierte Kriterien knüpft: ein „Infrastrukturvorhaben“, dessen Finanzierung aus dem Sondervermögen sowie das Erreichen bzw. Überschreiten eines objektiv nachprüfbarer Auftrags-Grenzwerts („Zweieinhalbache der Schwellenwerte nach § 106 Abs. 2 GWB“). Das Sondervermögen ist verfassungsrechtlich definiert in Art. 143h GG, der insofern „Tatbestandswirkung“ entfaltet: Sobald ein Vorhaben mit Mitteln aus diesem Sondervermögen finanziert ist, greift § 97 Abs. 4 S. 4 GWB, ohne dass die Vergabestelle weiteren Prüfungsaufwand betreiben müsste. Auch die Anknüpfung an einen mathematisch exakt bestimmten Schwellenwert ist praktikabel und gewährleistet Rechtssicherheit. Die Behauptung in der Stellungnahme des Bundesrats, der Regierungsentwurf führe zu Rechtsunsicherheit und zusätzlichem Verwaltungsaufwand (BR-Drs. 380/25(B), S. 2), ist daher nicht nachvollziehbar.

Tatsächlich erweist sich die vom *Bundesrat* vorgeschlagene und dem Entwurf für ein Vergabetransformationsgesetz entsprechende Regelung als deutlich unbestimmter, da die „zeitlichen Gründe“ hier ohne die begrenzenden Kriterien des

Regierungsentwurfs eingeführt werden sollen. Noch problematischer erscheint die von Ausschüssen

des Bundesrates angeregte Durchbrechung aus „sachlichen Gründen“. Da staatliches Handeln ohnehin zweckmäßig und frei von Willkür (also sachlich) zu erfolgen hat (st. Rspr. seit BVerfGE 4, 1 (7); vgl. *Kischel*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 62. Edition (Stand: 15.6.2025), Art. 3 Rn. 83 mwN), eröffnete eine solche Formulierung faktisch unbegrenzte Rechtfertigungsmöglichkeiten.

#### **d) Losvergabe im Spiegel von Wettbewerbs- und Gleichbehandlungsgrundsatz**

Wie die betriebswirtschaftliche Analyse gezeigt hat, ist das Auftragsvolumen entscheidend für die Beteiligung von KMU. Erst die Aufteilung in passende Lose ermöglicht es ihnen, an Vergabeverfahren teilzunehmen (siehe Teil II 3 c). Eine Aufweichung des Losgrundsatzes, die zu mehr großvolumigen Gesamtvergaben führt, reduziert die Zahl der Märkte und damit auch die Chancen auf einen Marktzugang. So bringt etwa eine Ausschreibung, die nach bisheriger Rechtslage in drei Lose aufgeteilt ist und bei der pro Los drei Angebote eingehen, insgesamt neun Zuschlagschancen hervor; bei einer Gesamtvergabe wären es nur drei. Aus diesem Grund hat man es hier auch nicht mit der Verfolgung eines vergabefremden Zwecks, also mit einem Art Störfaktor zu tun. Im Gegenteil fungiert der Losvergabegrundsatz im Hinblick auf den Wettbewerbsgrundsatz als eine Art Katalysator (näher bereits *Burgi*, NZBau 2006, 608).

Bei den betroffenen Unternehmen führt dies zu geringeren Ertragschancen, wodurch Arbeitsplätze gefährdet werden. KMU und Handwerksbetriebe spielen gerade in ihrer Region und in der gesamten dortigen Wertschöpfungskette eine zentrale Rolle für wirtschaftliche Stabilität und Innovation. Eine Einschränkung ihrer Marktteilnahme hätte daher auch negative Folgen für den jeweiligen regionalen Wirtschaftsstandort und für andere Unternehmen in der Region. Diese reichen bis in die kommunalen Haushalte: Sinkende Erträge der örtlichen Betriebe führen zu geringeren Gewerbesteuereinnahmen. Betroffen ist damit gerade jene Steuerart, die nach Art. 106 Abs. 6 GG als originäre Gemeindesteuer vollständig

den Kommunen zusteht und damit eine der wichtigsten kommunalen Einnahmequellen bildet (vgl. Seiler, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Band 6, 107. EL (Stand: März 2025), Art. 106 Rn. 174 ff. m. w. N.).

Die in § 97 Abs. 4 S. 5 GWB-E in der Fassung des Regierungsentwurfs vorgesehene (für den Auftraggeber fakultative) Verpflichtung des Generalunternehmers zur Vergabe von Unteraufträgen unter Berücksichtigung der Interessen von KMU vermag diese Folgen übrigens nicht ansatzweise auszugleichen. Denn in der Praxis ist angesichts des wirtschaftlichen Ungleichgewichts zwischen Großunternehmen und Subunternehmern nicht zu erwarten, dass dieselben Standards wie bei öffentlichen Auftraggebern eingehalten werden. Nicht selten dürfte es sich um eine Art Almosen handeln, Verstöße wären kaum einmal sanktionierbar. Falls doch, würde sich hiermit ein erheblicher Bürokratieaufwand – beim soeben erst entlasteten öffentlichen Auftraggeber – verbinden. Zudem reduziert die Rolle von KMU als Subunternehmer ihre direkte Marktteilnahme zusätzlich (siehe Teil II 2).

Eine weitere Folge dürfte darin bestehen, dass die seit Jahren angemahnte stärkere Professionalisierung der Beschaffungsstrukturen bei den öffentlichen Auftraggebern insbesondere durch Bündelung und Zentrale Beschaffungsstellen (siehe auch Koalitionsvertrag, Zeile 2077 ff.) weiterhin ausbleibt, wenn erst einmal der (aus Sicht vieler Auftraggeber) „lästige“ Losvergabegrundsatz geschliffen worden ist. Diese Auftraggeber werden dann in den bisherigen Strukturen weitermachen, nun aber mit großen, vielfach internationalen Baukonzernen als jeweils einzigm Vertragspartner.

### **aa) Erhöhung der Wettbewerbsintensität**

Juristisch bedeutet die im Teil II.3 entfaltete These, wonach die Wettbewerbsintensität durch eine Losvergabe eindeutig und signifikant erhöht wird, dass der in § 97 Abs. 1 S. 1 GWB als erstes Prinzip des Vergaberechts oberhalb der Schwellenwerte normierte Wettbewerbsgrundsatz eindeutig und signifikant geschwächt würde. Die mit ihm verfolgten Zielsetzungen der Förderung unternehmerischer Entfaltung (und damit der Ausübung des Berufsfreiheitsgrundrechts nach Art. 12 Abs. 1 GG), der Bestenauslese nach Qualität und Preis und der Nut-

zung des Wettbewerbs als zentralem Ordnungsfaktor in der sozialen Marktwirtschaft (vgl. nur *Burgi*, Vergaberecht, § 6 Rn. 17) würden – je nach Umfang der Aufweichung – heruntergeschraubt, ebenso das Ziel der KMU-Förderung. Die Auftraggeber werden zwischen insgesamt weniger Angeboten von insgesamt weniger BieterInnen auswählen können, und sie werden es mit immer größeren, teilweise marktdominierenden AnbieterInnen zu haben. Dies mag in Ländern, die bislang keine Losvergabe kannten, schon immer so gewesen sein, würde aber in Deutschland mit seiner strukturell sehr stark durch mittelständische Unternehmen und Handwerksunternehmen geprägten Landschaft erhebliche Verwerfungen bedeuten.

### **bb) Schaffung von Wettbewerbsgerechtigkeit**

Eine Aufweichung des Losvergabegrundsatzes geriete aber auch mit dem vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 97 Abs. 2 GWB (in Spezifizierung des Art. 3 Abs. 1 GG) in Konflikt. Denn durch die Entscheidung für eine Losvergabe werden überhaupt erst gleiche Wettbewerbsbedingungen eröffnet. Wie im Teil II.3 gezeigt, könnten die KMU infolge ihrer Struktur und Größe die Ressourcen für großvolumige Aufträge oftmals nicht bereitstellen. Mit der Losvergabe werden sie erst in die Lage versetzt, auf gleicher Augenhöhe mit Großunternehmen um öffentliche Aufträge konkurrieren zu können. Die sich aus den in der deutschen Unternehmenslandschaft vorfindlichen Strukturen ergebenden Handicaps sollen überwunden und dadurch ein level playing field geschaffen werden (vgl. bereits *Burgi*, NZBau 2006, 606 (608)).

### **e) Losvergabe und Verantwortung für die Sachaufgabe**

Wie soeben festgestellt, liegt einer der Effekte, die sich mit einer wettbewerblichen Vergabe verbinden, in der Erzielung des bestmöglichen Preis-Leistungsverhältnisses. § 127 Abs. 1 S. 3 GWB betont dies ausdrücklich. Gibt es nur einen oder einige wenige größere Unternehmen, die oftmals zur Erzielung von Skaleneffekten standardisierte Angebote unterbreiten, droht Qualität, Originalität und Innovation ein geringerer Stellenwert. Angesichts des namentlich bei kleineren oder mittleren Auftraggebern (im Vergleich mit jenen Unternehmen) bestehenden Kompetenzgefälles in Sachen Bedarfs- und Vertragsmanagement, dürfte diesen

auch die Realisierung bestimmter individueller Bedarfe oder Vertragsinhalte eher schwerfallen.

In Teil II.3 wurde bereits festgestellt, dass die Resilienz nach Zuschlagserteilung, d.h. die Sicherstellung einer erfolgreichen Leistungserbringung auch im Falle des Wegfalls eines großen Vertragspartners, einen wichtigen Entscheidungsfaktor zugunsten der Losvergabe bildet. Man denke etwa an den Fall der Insolvenz des Generalunternehmers, in dessen Folge auf der gesamten Baustelle für längere Zeit überhaupt nichts mehr läuft; in zahlreichen deutschen Innenstädten finden sich hierfür Anwendungsbeispiele.

Diese Umstände führen zum Basiszweck eines jeden Beschaffungssystems, nämlich die Sicherstellung einer erfolgreichen und rechtskonformen Erfüllung der jeweiligen Sachaufgaben im Interesse der Bürgerinnen und Bürger: Sanierung einer Autobahnbrücke, Eröffnung und Betrieb einer Wasserstofftankstelle für Omnibusse etc. Diese Sicherstellung liegt in der Verantwortung des jeweiligen Aufgabenträgers und sie besteht vor und nach der Zuschlagserteilung. Sie hat eine zeitliche Komponente (Hoffnung auf raschere Realisierung bei Wegfall des mit der Losvergabe verbundenen Koordinierungsaufwands), aber auch die sachliche Komponente der qualitätsvollen und resilienten Realisierung des jeweiligen Vorhabens. Eine zu weitgehende Aufweichung des Grundsatzes der Losvergabe würde pauschal die eine zu Lasten der anderen Komponente priorisieren.

#### **f) Losgrundsatz als voraussichtlich künftige europarechtliche Pflicht**

Eine letzte, besonders wichtige Überlegung betrifft die nahezu parallel verlaufende Rechtsentwicklung auf Ebene der EU. Am 9. September 2025 hat das Europäische Parlament mit großer Mehrheit eine Entschließung zur Reform der Vergabерichtlinien angenommen, auf deren Grundlage die Europäische Kommission bis Ende 2026 einen Verordnungs- oder Richtlinienentwurf vorlegen will (Verfahrensgang: 2024/2103(INI)). Einer der Kerninhalte des Beschlusses besteht in der Forderung, die „*durchgehende Aufteilung von Aufträgen in kleinere Lose*“ zum Regelfall zu erheben. Eine Gesamtvergabe soll künftig nur zulässig sein, „wenn es handfeste technologische und effizienzbezogene Gründe dafür gibt“ (P10\_TA(2025)0174, Rn. 79). Damit würde erstmals auch im Unionsrecht ein striktes Regel-Ausnahme-Verhältnis etabliert, das – wie im deutschen Recht

- nur bei Vorliegen eines von zwei eng umgrenzten Gründen (technischer oder wirtschaftlicher Natur) eine Abweichung erlaubt.

Die Entschließung nennt drei Ziele der verpflichtenden Losvergabe: Stärkung des Wettbewerbs, Vermeidung der Dominanz großer Unternehmen sowie Eindämmung „praktisch nicht durchführbarer Untervergabeketten“. Dieser Zielsetzung liegt die Situation eines rückläufigen Wettbewerbs um öffentliche Aufträge und einer stärkeren Marktkonzentration im Binnenmarkt zugrunde: Laut dem Europäischen Rechnungshof (Öffentliches Auftragswesen in der EU: Weniger Wettbewerb bei der Vergabe von Aufträgen für Bauleistungen, Waren und Dienstleistungen im Zeitraum 2011–2021, 2023) wird bei immer mehr Ausschreibungen nur ein einziges oder gar kein Angebot abgegeben. Dies habe zur Folge, dass marktbeherrschende Akteure strukturell begünstigt werden, was den Zugang für KMU erschwert und Innovationspotenziale ungenutzt lässt. Es sei ein Gegensteuern erforderlich. Zu diesem Zweck soll durch die verpflichtende Losvergabe eine Auftragsstruktur geschaffen werden, die eine stärkere Beteiligung von KMU ermöglicht und so einen fairen Wettbewerb gewährleistet (Begründung des Plenarsitzungsdokuments A-10-2025-0147, S. 36).

Angesichts dieser absehbaren Entwicklung wäre es politisch inkonsequent, wenn ausgerechnet Deutschland – als derjenige Mitgliedstaat, der den Losgrundsatz maßgeblich geprägt und zur Blaupause der unionsrechtlichen Regelung gemacht hat – nun eine Aufweichung dieses Grundsatzes anstreben würde.

Spätestens ab dem Zeitpunkt der Verabschiedung des europäischen Reformpakets würde eine über die unionsrechtlich zulässigen Durchbrechungsgründe hinausgehende Aufweichung des Losgrundsatzes – wie sie die Stellungnahme des Bundesrats vorsieht – unionsrechtswidrig. Bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist einer Richtlinie würde das sog. unionsrechtliche Frustrationsverbot nach Art. 4 Abs. 3 EUV eingreifen, wonach die Mitgliedstaaten keine Vorschriften erlassen dürfen, die geeignet sind, das in der Richtlinie vorgeschriebene Ziel ernstlich in Frage zu stellen (*Kahl*, in: *Calliess/Rufert, EUV/AEUV*, 6. Aufl. 2022, Art. 4 EUV Rn. 165 mwN). Gelänge es, die nationale Reform vor Verabschie-

dung des EU-Pakets abzuschließen, müsste spätestens nach Ablauf der Umsetzungsfrist für eine künftige EU-Richtlinie (voraussichtlich 2028) der gegenwärtige Rechtszustand wiederhergestellt werden.

Auf die Praxis der Auftragsvergabe in Deutschland kämen in den Jahren zwischen 2026 und 2028 zwei ruckartige Regimewechsel zu. Dies spricht dafür, mit der Realisierung etwaiger weitergehender Durchbrechungen des Losgrundsatzes (über den Regierungsentwurf hinaus) zumindest solange zu warten, bis das neue EU-Vergaberecht in Kraft getreten ist.

### **III. Rechtsschutz**

1. Der Gesetzentwurf enthält einige begrüßenswerte Änderungen für das Nachprüfungsverfahren durch die Vergabekammern, die sowohl einen Beschleunigungseffekt haben können als auch mit dem höherrangigen Recht zu vereinbaren sind (siehe bereits I).
2. Aus rechtswissenschaftlicher Sicht abzulehnen sind jedoch die in § 169 Abs. 1 S. 2 GWB-E und § 173 Abs. 1 GWB-E enthaltenen Regelungen. Nach § 169 Abs. 1 S. 2 GWB-E endet das Zuschlagsverbot im Falle des Obsiegens des öffentlichen Auftraggebers vor der Vergabekammer bereits mit der Bekanntgabe der Entscheidung der Vergabekammer über den Antrag auf Nachprüfung. Nach § 173 Abs. 1 GWB-E hat eine sofortige Beschwerde gegen einen von der Vergabekammer abgelehnten Antrag auf Nachprüfung keine aufschiebende Wirkung. Damit darf der öffentliche Auftraggeber in diesem Fall den Auftrag an den erfolgreichen Bieter vergeben, während der vor der Vergabekammer unterlegene Antragsteller keinen Primärrechtsschutz mehr erhalten kann; der unterlegene Antragsteller ist in einem solchen Fall auf eine Feststellungsentscheidung als Grundlage einer Schadensersatzklage (Sekundärrechtsschutz) verwiesen. Für diese wären die Landgerichte zuständig, die sich sonst nicht mit Fragen des GWB-Vergaberechts beschäftigen, was weitere Erschwernisse und Verzögerungen befürchten lässt.

Ob diese beiden Regelungen gegen Unionsrecht, insbesondere Art. 2 Abs. 1 bis 3, 9 RL 2007/66/EG verstößen, kann an dieser Stelle nicht abschließend beurteilt werden.

Diese beiden Regelungen verstößen in ihrem Zusammenwirken aber m. E. gegen die verfassungsrechtliche Garantie effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG (so auch *Deutscher Anwaltverein (DAV)*, Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes Beschleunigung der Vergabe öffentlicher Aufträge, NZBau 8-2025, VII (VII f.); auch der Bundesrat hat im Gesetzgebungsverfahren von einer „erheblichen Verkürzung des Rechtsschutzes unterlegener Bieter“ gesprochen und Zweifel geäußert, ob „insgesamt ein noch ausreichendes Rechtsschutzniveau“ gewährleistet sei, BR-Drs 380/25 (Beschluss), S. 9 f.).

a) Die – durch den Gesetzesentwurf nicht veränderte – Möglichkeit eines unterlegenen Bieters, gegen die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers ein Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer einzuleiten, stellt keinen gerichtlichen Rechtsschutz i.S.v. Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG dar (*Huber*, in: *Huber/Voßkuhle* (Hrsg.), GG, 8. Aufl. 2024, Art. 19 GG Rn. 494). Die Vergabekammern sind keine Gerichte i.S.v. Art. 92 GG, sondern Verwaltungsbehörden (vgl. § 158 GWB), die gem. § 168 Abs. 3 S. 1 GWB durch Verwaltungsakt entscheiden (Zu allen Spezifika der Vergabekammern ausführlich *Burgi*, NZBau 2020, 3 (3 ff.)). Deshalb ist es unzutreffend, wenn die Gesetzesbegründung (S. 67) insoweit von Primärrechtsschutz spricht.

b) Vielmehr kann erst die sofortige Beschwerde zum Oberlandesgericht nach §§ 171 ff. GWB als gerichtlicher Rechtsschutz nach Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG qualifiziert werden (*Huber*, in: *Huber/Voßkuhle* (Hrsg.), GG, 8. Aufl. 2024, Art. 19 GG Rn. 494; vgl. auch BVerfG, NZBau 2004, 564 (565 f.)). Die Ablehnung eines Antrags im Nachprüfungsverfahren durch die Vergabekammer stellt einen belastenden Verwaltungsakt dar, der jedenfalls in das Grundrecht des Antragstellers aus Art. 2 Abs. 1 GG eingreift. Die Entscheidung der Vergabekammer stellt mithin einen Akt öffentlicher Gewalt dar, gegen den der Rechtsweg nach Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG offenstehen muss.

Der gebotene Rechtsschutz durch das Oberlandesgericht liefe durch den Gesetzesentwurf jedoch in verfassungswidriger Weise leer, da ein vor der Vergabekammer unterlegener Antragsteller nach Zuschlag des öffentlichen Auftraggebers überhaupt keinen Primärrechtsschutz gegen die Zuschlagsentscheidung mehr erhielte, obwohl Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG einen Vorrang des Primärrechtschutzes vor dem Sekundärrechtsschutz vorsieht (allg. BVerfGE 58, 300 (324) –

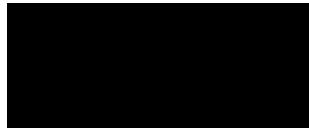
Nassauskiesung; aus der Lit. *Huber*, in: Huber/Voßkuhle (Hrsg.), GG, 8. Aufl. 2024, Art. 19 GG Rn. 500 ff. m.w.N.). Durch den Vorrang des Primärrechtsschutzes soll – soweit wie möglich – der Schaffung vollendeter Tatsachen (hier: dem wirksamen Zuschlag zugunsten eines anderen Bieters) zuvor gekommen werden (BVerfG, NZBau 2004, 564 (565); vgl. auch *Huber*, in: Huber/Voßkuhle (Hrsg.), GG, 8. Aufl. 2024, Art. 19 GG Rn. 500 ff.).

Soweit die Gesetzesbegründung auf den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zum Rechtsschutz bei der Unterschwellenvergabe (BVerfGE 116, 135 (149 ff.) – Unterschwellenvergabe) verweist und insinuiert, dass nur der allgemeine Justizgewährungsanspruch aus Art. 20 Abs. 3 GG einschlägig sei (S. 67), wird übersehen, dass das Bundesverfassungsgericht selbst Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG oberhalb der Schwellenwerte für anwendbar hält und die Effektivität der Rechtschutzgewährung durch das im Rahmen einer sofortigen Beschwerde angerufene Oberlandesgericht an dieser Vorschrift misst (BVerfG, NZBau 2004, 564 (565 f.)). Wenn dabei nach dem Bundesverfassungsgericht „schon“ überspannte Anforderungen an die Antragsbefugnis nach § 107 Abs. 2 GWB a.F. (heute: § 160 Abs. 2 GWB) eine Verletzung von Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG bedeuten (BVerfG, NZBau 2004, 564 (565 f.)), muss dies erst recht gelten, wenn überhaupt kein Rechtsschutz gegen eine ablehnende Entscheidung der Vergabekammer möglich ist. Vor allem betreffen all jene in der Gesetzesbegründung zitierten Fälle das Verhalten des öffentlichen Auftraggebers, während es nunmehr um den Rechtsschutz gegen das Verhalten der Vergabekammer – den Erlass eines belastenden Verwaltungsakts – geht.

c) Um dennoch eine weitere Beschleunigungswirkung zu erreichen, könnte der Gesetzgeber zumindest die im Entwurf eines Gesetzes zur Transformation des Vergaberechts (Vergaberechtstransformationsgesetz – VergRTransfG) (BT-Drs. 20/14344, S. 18) vorgeschlagene Erhöhung der Anforderungen für eine Verlängerung der aufschiebenden Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde nach § 173 GWB wieder aufgreifen – anstatt eine verfassungswidrige Reform im Hinblick auf § 169 Abs. 1 S. 2 GWB-E und § 173 Abs. 1 GWB-E weiterzuverfolgen.

Ein weiterer Vorschlag besteht darin, die Zuständigkeit für Nachprüfungsverfahren für große Beschaffungsvorhaben (z. B. im Anwendungsbereich des Sondervermögens für Infrastruktur und Klimaneutralität) bei den Oberlandesgerichten zu konzentrieren (dazu *Burgi/Nischwitz/Zimmermann*, NVwZ 2022, 1321 (1328 f.); *Burgi*, NZBau 2022, 497 (498)), zumal die Anzahl der sofortigen Beschwerden (Siehe dazu die durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (<https://www.bundeskonsument.de/Redaktion/DE/Artikel/Wirtschaft/vergabestatistik-und-monitoringbericht.html>) veröffentlichten „Gesamtübersichten OLG“. Eingegangene Beschwerden: 2022 – 123; 2023 – 119; 2024 – 122. Der historische Mittelwert liegt hingegen bei 187,2 Beschwerden/Jahr, vgl. *forum vergabe e. V.*, Monatsinfo 2025, 280 (281)) und die Verfahrensdauer bei den Oberlandesgerichten in den letzten Jahren (stark) rückläufig ist. Neben der Beschleunigung durch Konzentration bliebe damit jedenfalls eine – Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG genügende – gerichtliche Instanz erhalten.

München, den 6.11.2025



Prof. Dr. Martin Burgi