



Stellungnahme

Prof. Dr. Stefan Hertwig / CBH Rechtsanwälte

Öffentliche Anhörung zu Vorlagen zur 12. GWB-Novelle auf BT-Drucksache 21/7865, 21/8302, 21/8395

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

Siehe Anlage

CBH Rechtsanwälte | Franklinstraße 28/29 | 10587 Berlin

Ausschuss für Wirtschaft und Energie

Deutscher Bundestag
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Berlin, den 08. Oktober 2026

Juristische Stellungnahme zu dem Entwurf eines Zwölften Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und anderer Gesetze (12. GWB-Novelle)

Drs. 21/7865

Sehr geehrte Damen und Herren

nachfolgend gebe ich eine juristische Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines „Zwölften Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen“ ab. Ich möchte mich dabei als Fachanwalt für Vergaberecht auf das in § 32 h des Entwurfs vorgesehene „Vergabescreening“ und die damit im Zusammenhang stehende Ergänzung des § 114 GWB über die Vergabestatistik konzentrieren.

„Vergabescreening“ bedeutet, dass das Bundeskartellamt anhand einer großen Anzahl von Preisen auffällige Preismuster von möglichen Kartellanten erkennen und zum Anlass weitergehender Ermittlungen nehmen kann. Diese Preismuster (z.B.



KÖLN
BERLIN
BRÜSSEL
MÜNCHEN
HAMBURG

CBH Rechtsanwälte PartG mbB

Franklinstraße 28/29
10587 Berlin

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

Email: s.hertwig@cbh.de

Deutsche Bank
IBAN: DE90 3707 0024 0234 0008 00
BIC: DEUTDE33HAN

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: GENODE33HAN

USt-IdNr. DE 122743429
Amtsgericht Essen PR 3164



www.iurope.eu

konstante Preisabstände oder wiederkehrende Kalkulationsfehler) können auf Preisabsprachen, auf Marktaufteilungen im Rahmen von Quotenkartellen oder auf Gebietsabsprachen hindeuten. Dabei macht man sich u.a. das Benford'sche Gesetz zu Nutze, wonach in natürlichen Datenströmen kleinere Ziffern weitaus häufiger an erster Stelle auftauchen als größere Ziffern. Wenn Kartellanten Preise absprechen, fingieren sie „Zufälligkeiten“ und verstoßen dabei gegen dieses Gesetz.

Dies vorausgeschickt, ist die mit § 32 h vorgesehene Bestimmung sinnvoll und zutreffend formuliert. Dem Bundeskartellamt wird – auch im Rahmen von Bußgeldverfahren (§ 82 Abs. 1 GWB) – der Zugriff auf Daten erlaubt, die nunmehr von öffentlichen Auftraggebern an den Datenservice Öffentlicher Einkauf zu übermitteln sind. Das regelt der geplante Absatz 4 des § 114 GWB.

Fünf Punkte möchte ich dazu anmerken:

1. Zu viele Berichtswege/Schnittstellen
2. Keine Beschränkung auf europaweite Vergaben
3. Berücksichtigung des Erfüllungsaufwandes beim Bundeskartellamt
4. Abschaffung der Information der Bieter über die Preise bei Bauvergaben
5. Screening auch der öffentlichen Auftraggeber

Zu 1. Zu viele Berichtswege/Schnittstellen

Der Entwurf sieht vor, dass öffentliche Auftraggeber nach Abschluss eines Vergabeverfahrens die Namen der Bieter und die Preise der Angebote an den „Datenservice Öffentlicher Einkauf“ zu melden haben, der beim Beschaffungsamt des BMI betrieben wird. Von dort kann dann wiederum das Bundeskartellamt die Daten abrufen.

Nach dem bereits vorhandenen Absatz 2 derselben Vorschrift (§ 114 GWB) haben die Auftraggeber wiederum andere „Daten zu öffentlichen Aufträgen“ an das Statistische Bundesamt zu übermitteln. Welche das sind, regelt die Vergabestatistikverordnung.

Schließlich müssen die Auftraggeber gemäß § 39 Abs. 1 VgV spätestens 30 Tage nach der Vergabe eines öffentlichen Auftrags oder nach dem Abschluss einer Rahmenvereinbarung eine Vergabebekanntmachung mit den Ergebnissen des Vergabeverfahrens an das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union über den Datenservice Öffentlicher Einkauf übermitteln.

Es wird empfohlen, diese Berichtspflichten und Berichtswege zu kanalisieren und über eine Schnittstelle zu vereinheitlichen. Es sollte von den öffentlichen Auftraggebern nur ein einziges Formular gegenüber dem Datenservice Öffentlicher Einkauf zu verwenden sein.

Zu 2: Keine Beschränkung auf europaweite Vergaben

Da ein Datenscreening nur bei einer großen Anzahl von Daten effektiv ist, rege ich an, § 32 h nicht – wie bisher vorgesehen – auf europaweite Vergabeverfahren zu beschränken. Diese großen Vergabeverfahren enthalten vielfach Einzelfälle, z.B. den Kauf eines Kampfflugzeuges, die sich für das Erkennen von Preismustern nicht eignen.

Eine derartige Beschränkung ist auch nicht bei der Abfragepflicht vorgesehen, die öffentliche Auftraggeber nach dem Wettbewerbsregistergesetz trifft.

Ebenso wie dort könnten auch hier jedoch Bagatellgrenzen, z.B. für Auftragswerte unter 100.000 Euro, eingeführt werden.

Zu 3: Berücksichtigung des Erfüllungsaufwandes beim Bundeskartellamt

Der Gesetzentwurf geht davon aus, dass die Einführung des Vergabescreenings keinen Erfüllungsaufwand beim Bundeskartellamt auslöst (S. 28). Das halte ich für unrealistisch.

Die Beschlussabteilungen des Bundeskartellamtes sind ausgelastet. Wenn sie Anhaltspunkten für ein kartellrechtswidriges Verhalten aus einem Vergabescreening nachgehen sollen, dann löst dies einen zusätzlichen Erfüllungsaufwand aus. Das Vergabescreening ist erst der erste Schritt. Die eigentliche Arbeit kommt dann erst. Das Bundeskartellamt muss bereits jetzt priorisieren, für welche Bußgeldverfahren Ressourcen bereitgestellt werden. Hier bieten Bonusanträge Kartellbeteiligter in der Regel konkretere Anhaltspunkte. Ein Vergabescreening liefert erst einmal nur abstrakte Daten.

- Wenn hiernach zusätzliche Verfahren geführt werden sollen, bedarf es m.E. auch zusätzlichen Personals. Sonst droht die Vorschrift leerzulaufen, wenn sich die zuständigen Beschlussabteilungen im Rahmen der Ressourcenpriorisierung für die Verfolgung von Kartellabsprachen entscheiden, bei denen Bonusanträge vorliegen.
- Allerdings kann das Vergabescreening die Verfolgung von Submissionsabsprachen, zu denen bereits Bonusanträge vorliegen, durch die Erkennung der Datenmuster unterstützen.
- Außerdem soll nicht verkannt werden, dass allein die Einführung des Vergabescreenings eine generalpräventive Abschreckungswirkung auf potentielle Kartellanten ausüben wird.

Zu 4: Abschaffung der Information der Bieter über die Preise bei Bauvergaben.

Wenn man die Einführung eines Vergabescreenings erwägt, weil durch Submissionsabsprachen der öffentlichen Hand und damit dem Steuerzahler erhebliche Schäden entstehen, dann sollte man auch über einen „alten Zopf“ in der Vergabeordnung für Bauleistungen nachdenken:

Gemäß § 14 a Absatz 7 VOB/A sind den Bietern nach Öffnung der Angebote die Namen der Bieter sowie die verlesenen und die nachgerechneten Endbeträge der Angebote unverzüglich mitzuteilen. Das gilt auch in europaweiten offenen und nichtoffenen Vergabeverfahren (vgl. § 14 EU Abs. 6 VOB/A).

Es handelt sich dabei um eine historische Besonderheit bei Bauvergaben, die bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen nicht gilt.

Die Bieter erfahren dadurch nicht nur den Preis des Bestbieters, sondern auch die Namen und Preise aller anderen Bieter. Jedes Mitglied eines verbotenen Preis- oder Gebietskartells kann dadurch überprüfen, ob sich auch die anderen Mitglieder des Kartells an die vereinbarten Absprachen gehalten haben. Hierdurch wird die Effizienz derartiger Kartelle gestützt, was dem Anliegen des Gesetzgebers zuwiderläuft.

Die ursprünglich für diese Besonderheit bei Bauvergaben gegebenen Begründungen greifen heute nicht mehr. Die früher, vor der elektronischen Abwicklung eines Vergabeverfahrens sogar vor-

gesehene Anwesenheit der Bieter bei der Öffnung der Angebote sollte Manipulationen des öffentlichen Auftraggebers verhindern, die er heute ohnehin elektronisch nicht mehr vornehmen könnte.

Außerdem sollten die Bieter sofort nach Angebotsabgabe wissen, ob sie den Zuschlag erhalten oder ihre Kapazitäten wieder anderweitig verplanen können. Auch das gilt heute nicht mehr, weil nicht mehr in allen Fällen nur nach dem Angebotspreis vergeben wird, sondern der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot, also nach dem besten Verhältnis von Preis und Qualität, vergeben wird, das im Anschluss an den Eröffnungstermin erst noch ermittelt werden muss.

Die VOB/A ist kein Gesetz, sondern das Werk von paritätisch besetzten Vergabeausschüssen. Ich empfehle deshalb, in das Haushaltsgrundsätzegesetz, dort: § 30, und in die Vergabeverordnung, dort: § 2 (Vergabe von Bauleistungen) einen Satz aufzunehmen, wonach die Bieter keinen Anspruch darauf haben, Informationen aus dem Eröffnungstermin zu erhalten.

Zu 5: Screening auch der öffentlichen Auftraggeber

Wenn man – durchaus zu Recht – mit dem Vergabescreening eine Meta-Kontrolle der Anbieterseite einführt, dann gebietet nicht zuletzt der Gedanke der Fairness, auch die Nachfrageseite in diesen Blick zu nehmen. Die öffentlichen Auftraggeber sind nämlich keineswegs über alle wettbewerbsrechtlichen Zweifel erhaben. Manchmal präferieren sie von Anfang an einen bestimmten Bieter und sei es nur unter dem Gesichtspunkt „bekannt und bewährt“. Das Vergabeverfahren wird dann nicht mehr ergebnisoffen durchgeführt. Wenn ein Auftraggeber etwa immer wieder denselben Dienstleister beauftragt oder wenn in einer Region immer nur dort ansässige Bieter zum Zuge kommen, dann kann dies auch am Verhalten des betreffenden öffentlichen Auftraggebers liegen. Dazu bietet das Vergaberecht den öffentlichen Auftraggebern zahlreiche Möglichkeiten, denen bei einer Einzelfallprüfung durch Nachprüfungsinstanzen oder Rechnungshöfe kaum beizukommen ist.

Ich möchte drei Beispiele nennen:

a) Unnötige formale Anforderungen begünstigen den Bestandsbieter

Verlangt wird z.B. regelmäßig, dass alle Nachunternehmer bereits vor dem Vertragschluss benannt werden müssen. Das stellt Bieter aus anderen Bundesländern vor große

Probleme, die nicht bereits über entsprechende lokale Netzwerke verfügen. Die öffentlichen Auftraggeber verwenden diese Information aber im weiteren Wertungsprozess überhaupt nicht, sondern nutzen dies Forderung nur, um unvollständige Angebote ggf. auszuschließen.

b) Ermessensspielräume durch die Wertung von inhaltlich bedeutungslosen „Konzepten“

Öffentliche Auftraggeber verlangen von den Bietern mit dem Angebot oftmals allerlei „Konzepte“, z.B. zu deren „Personaleinsatz“, zur „Kommunikation mit dem Auftraggeber“ oder zur „Projektorganisation“, die sie sodann mit Punkten bewerten. Die Punkte werden anschließend zum Angebotspreis ins Verhältnis gesetzt mit der Folge, dass auch ein teureres Angebot den Zuschlag erhalten kann, wenn dessen beigefügte Konzepte entsprechend besser bewertet wurden. Für die auszuführende Aufgabe sind diese Konzepte in der Regel belanglos und werden bei der Auftragsausführung gar nicht mehr angesehen.

Die öffentlichen Auftraggeber haben aber bei der Bewertung derartiger Konzepte einen Ermessensspielraum, den sie auch in unzulässiger Weise zu Gunsten des von Anfang an gewollten Bieters nutzen können.

Dieses Verhalten ist nicht zuletzt haushaltsrechtlich problematisch, weil ein Angebot mit einem höheren Preis beauftragt wird, nur, weil der betreffende Bieter einen schöneren „Aufsatz“ geschrieben hat. Kein privater Auftraggeber würde für ein solches Konzept Geld bezahlen, weil es die ureigene Aufgabe des Auftragnehmers ist, seinen Personaleinsatz zu planen und seinen Projektablauf zu organisieren.

c) Unnötig detaillierte Leistungsbeschreibungen

Es ist vergaberechtlich verboten, in der Leistungsbeschreibung bestimmte Produkte oder Hersteller vorzuschreiben. Dies kann aber auch „verdeckt“ dadurch geschehen, dass die Leistungsbeschreibung an bestimmten Stellen detaillierte Vorgaben enthält, die für die Erfüllung der ausgeschriebenen Aufgabe nicht unbedingt erforderlich sind aber besonders zu dem Produkt eines Herstellers passen. Mit einer derart verdeckten herstellerbe-

zogenen Leistungsbeschreibung kann man wiederum einen präferierten Bieter – den Hersteller – vergaberechtswidrig begünstigen. Die öffentlichen Auftraggeber berufen sich dabei auf die ihnen zustehende „Beschaffungsautonomie“ und es ist für konkurrierende Bieter im Einzelfall nur sehr schwer nachweisbar, wenn dabei verdeckt herstellerbezogen ausgeschrieben wurde.

Für derartig missbräuchliche Verhaltensweisen marktbeherrschender oder jedenfalls marktmächtiger öffentlicher Nachfrager würde das vorgesehene Vergabescreening ebenfalls Anhaltspunkte liefern. Ich empfehle, diese auch insoweit zu nutzen.

Mit freundlichen Grüßen

Prof. Dr. Stefan Hertwig

Rechtsanwalt

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Vergaberecht