



Dokumentation

Vergaberecht – Entwicklung und Reformbestrebungen

Vergaberecht – Entwicklung und Reformbestrebungen

Aktenzeichen: WD 7 - 3000 - 202/18
Abschluss der Arbeit: 21. September 2018
Fachbereich: WD 7: Zivil-, Straf- und Verfahrensrecht, Umweltschutzrecht, Bau und Stadtentwicklung

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Entwicklung	4
2.	Auswirkungen der Vergaberechtsreform 2016	6
3.	Reformvorschläge	7

1. Entwicklung

Die **Ursprünge** des deutschen Vergaberechts liegen im **Haushaltsrecht**. Im Interesse eines wirtschaftlichen und sparsamen Umgangs mit Haushaltsmitteln schrieb (und schreiben) die Haushaltsordnungen von Bund und Ländern vor, dass dem Abschluss von Verträgen über Lieferungen und Leistungen grundsätzlich eine Ausschreibung vorangehen muss.¹ Einzelheiten wurden in Verwaltungsvorschriften geregelt. Diese nahmen wiederum auf „Verdingungsordnungen“ (später: „Vergabe- und Vertragsordnungen“, abgekürzt jeweils „VO“) Bezug, welche von Sachverständigen- und Ausschussgremien für die Vergabe von Bauleistungen (VOB), freiberuflichen Leistungen (VOF) und sonstigen Leistungen (VOL) entwickelt worden waren². Dadurch entstand das für das deutsche Vergaberecht typische, sich über mehrere Regelungsebenen erstreckende „**Kaskadensystem**“.

In den **1970er Jahren** begann die Prägung des Vergaberechts durch das sekundäre **Europarecht**. In Form von Richtlinien hat der Unionsgesetzgeber Maßstäbe für die Vergabe von Aufträgen oberhalb bestimmter Schwellenwerte definiert. Dabei steht nicht der Gedanke des wirtschaftlichen und sparsamen Umgangs mit öffentlichen Haushaltsmitteln im Vordergrund, sondern die Gleichbehandlung von Wettbewerbern im europäischen Binnenmarkt. In Deutschland wurden diese europarechtlichen Vorgaben durch Schaffung eines speziellen „**Kartellvergaberechts**“ umgesetzt, welches zum „**Haushaltsvergaberecht**“ hinzutrat. Dadurch entstand das für das heutige deutsche Vergaberecht typische sog. **Zweiklassensystem**. Oberhalb der europarechtlich definierten Schwellenwerte³ ist das Kartellvergaberecht einschlägig, unterhalb das Haushaltsvergaberecht. Die auf den europäischen Binnenmarkt ausgerichtete Zielsetzung des Kartellvergaberechts zeigt sich unter anderem darin, dass es im Grundsatz europaweite Ausschreibungen fordert sowie Wettbewerbern in weit stärkerem Maße als das Haushaltsvergaberecht subjektive Rechte auf Einhaltung der Vergaberegeln einräumt und einen entsprechenden Rechtsschutz gewährleistet.

Rechtstechnisch hat man sich bei der Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben wiederum des Kaskadenprinzips bedient. Grundsätzliche Vorgaben wurden im **Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)**⁴ verankert und in **Rechtsverordnungen** konkretisiert, die wiederum auf an die europarechtlichen Vorgaben angepasste Teile der VOB, VOL und VOF Bezug nahmen. Ansonsten spiegelt die Systematik des deutschen Kartellvergaberechts die des zugrunde liegenden

1 Vgl. § 55 der Bundeshaushaltsordnung (BHO) vom 19. August 1969 (BGBl. I S. 1284), zuletzt geändert durch Gesetz vom 14. August 2017 (BGBl. I S. 3122).

2 Z.B. dem Verdingungsausschuss für Bauleistungen (seit 2000: Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen), der sich aus Vertretern der Regierungsressorts von Bund und Ländern, sonstiger Spitzenbehörden, kommunaler Verbände und von Organisationen der Wirtschaft und Technik zusammensetzt.

3 Die Schwellenwerte, die nach Auftragsart differieren, sind im Monitoring-Bericht der Bundesregierung zur Anwendung des Vergaberechts 2017 (beigefügt als Anlage 2; online abrufbar unter https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/M-O/monitoring-bericht-der-bundesregierung-zur-anwendung-des-vergaberechts-2017.pdf?__blob=publicationFile&v=6, letzter Zugriff am 21. September 2018), S. 10, aufgeführt.

4 In der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, ber. S. 3245), zuletzt geändert durch Gesetz vom 12. Juli 2018 (BGBl. I S. 1151). Die Vorschriften zur Vergabe finden sich in §§ 97 - 184 GWB.

sekundären Unionsrechts wider: Neben einer allgemeinen Vergabeverordnung (VgV)⁵ gibt es spezielle Rechtsverordnungen für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit [VSVgV]⁶ und die Sektoren Verkehr, Trinkwasser- und Energieversorgung (Sektorenverordnung – SektVO)⁷ sowie (seit 2016) für die Vergabe von Konzessionen (Konzessionsvergabeverordnung [KonzVgV])⁸.

Die letzte größere Vergaberechtsreform fand, veranlasst durch den Erlass neuer EU-Richtlinien im Jahre 2014⁹, in den Jahren **2016/2017** statt. Mit der sog. **Vergaberechtsmodernisierung**¹⁰ wurde das gesamte Rechtsgebiet etwas übersichtlicher gestaltet, ohne die Zweiteilung in oberschwelliges Kartellvergaberecht und unterschwelliges Haushaltsvergaberecht oder das Kaskadenprinzip als solches zu beseitigen. Für alle Auftragsarten geltende Grundsätze wurden auf der Ebene des GWB zusammengefasst. Ferner wurde – von Bauleistungen abgesehen – die Bedeutung der Vergabe- und Vertragsordnungen (VOL, VOF und VOB) sowohl im Kartell- als auch im Haushaltsvergaberecht erheblich reduziert. Die Regelungen der VOL und VOF wurden in die VgV bzw. in eine neue **Unterschwelvenvergabeordnung (UVgO)**¹¹ integriert. Lediglich Teile der VOB, die ebenfalls im Jahre 2016 überarbeitet wurde, gelten weiterhin sowohl im Ober- als auch im

-
- 5 Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung - VgV) vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624), zuletzt geändert durch Gesetz vom 10. Juli 2018 (BGBl. I S. 1117); sie dient der Umsetzung der allgemeinen Vergabe-Richtlinie 2014/24/EU vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 65).
 - 6 Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit zur Umsetzung der Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG (Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit - VSVgV) vom 12. Juli 2012 (BGBl. I S. 1509), zuletzt geändert durch Gesetz vom 18. Juli 2017 (BGBl. I S. 2745).
 - 7 Verordnung über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung (Sektorenverordnung - SektVO) vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624, 657), zuletzt geändert durch Gesetz vom 10. Juli 2018 (BGBl. I S. 1117); sie dient der Umsetzung der Richtlinie 2014/25/EU vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG (ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 243). – Diese Sektoren zeichnen sich durch die Besonderheit aus, dass nicht nur staatliche Einrichtungen und Unternehmen in staatlicher Hand dem Vergaberecht unterworfen sind, sondern auch private Unternehmen.
 - 8 Verordnung über die Vergabe von Konzessionen (Konzessionsvergabeverordnung - KonzVgV) vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624, 683), zuletzt geändert durch Gesetz vom 10. Juli 2018 (BGBl. I S. 1117); sie dient der Umsetzung der Richtlinie 2014/23/EU vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe (ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 1). – Die Besonderheit bei Konzessionen ist, dass der Konzessionsnehmer eine Bau- oder Dienstleistung auf eigenes wirtschaftliches Risiko erbringt, indem er sich im Wesentlichen durch das Recht der Nutzung des Bauwerks oder der Verwertung der Dienstleistung refinanziert (vgl. § 105 GBW).
 - 9 Richtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU vom 26. Februar 2014 (siehe Fn. 5-8).
 - 10 Das Kartellvergaberecht wurde durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz - VergRModG) vom 17. Februar 2016 (BGBl. I S. 203) reformiert, das Haushaltsvergaberecht durch die Unterschwelvenvergabeordnung (dazu sogleich).
 - 11 Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterschwelvenvergabeordnung - UVgO) vom 2. Februar 2017 (BAnz AT 07.02.2017 B1, ber. 08.02.2017 B1).

Unterschwellenbereich.¹² Die UVgO, die den Charakter einer Verwaltungsvorschrift hat, hat zudem das Haushaltsvergaberecht inhaltlich dem Kartellvergaberecht angenähert. Allerdings ist sie noch nicht von allen Bundesländern in Kraft gesetzt worden.

Die **Entwicklung des Vergaberechts** wird ausführlich von **Dietlein/Fandrey**¹³ geschildert, auf deren Darstellung im Wesentlichen die obigen Ausführungen beruhen.

Anlage 1 (Rn. 12 - 41)

Die **Inhalte der Vergaberechtsreform 2016** werden im Einzelnen im **Monitoring-Bericht der Bundesregierung zur Anwendung des Vergaberechts 2017**¹⁴ dargestellt.

Anlage 2 (S. 5, 9 - 15)

Einen knappen und verständlichen Überblick über die **Grundzüge des neuen Vergaberechts** gibt **Fritz**¹⁵ in ihrem gleichnamigen Aufsatz.

Anlage 3

Im Monitoring-Bericht 2017 (auf S. 11) sowie bei Fritz (auf S. 619 und 620) finden sich auch graphische Darstellungen zur Systematik des Kartell- und Haushaltsvergaberechts.

2. Auswirkungen der Vergaberechtsreform 2016

Die EU-Vergaberichtlinien verpflichten die Mitgliedstaaten dazu, der EU-Kommission erstmals bis zum 18. April 2017 und dann alle drei Jahre einen Monitoring-Bericht zur Anwendung des Vergaberechts zu übermitteln. Darin sind unter anderem die häufigsten Ursachen einer falschen Anwendung oder Rechtsunsicherheit einschließlich möglicher struktureller oder wiederkehrender Probleme bei der Anwendung des Vergaberechts darzulegen. Ferner soll das Ausmaß der Beteiligung von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) an der Vergabe sowie die praktische Umsetzung der nationalen strategischen Beschaffungspolitik dargestellt werden.¹⁶

Der erste Monitoring-Bericht der Bundesregierung aus dem Jahre 2017, der sich auf Vergabeverfahren bezieht, die ab dem 18. April 2016 begonnen haben, vermochte bei den obersten Bundesbehörden im Allgemeinen keine Anhaltspunkte für eine falsche Rechtsanwendung oder Rechts-

12 Für den Oberschwellenbereich ergibt sich das aus der Bezugnahme auf die VOB in § 2 Satz 2 VgV und § 2 Abs. 2 Satz 2 VSVgV, für den Unterschwellenbereich daraus, dass die UVgO Bauleistungen nicht erfasst (vgl. § 1 UVgO).

13 In: Byok/Jaeger (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, Einleitung.

14 Oben Fn. 3.

15 Fritz, Grundzüge des neuen Vergaberechts, in: ZJS 2017, S. 619 - 624.

16 Vgl. Monitoring-Bericht S. 4 (Anlage 2).

unsicherheit festzustellen. Ebenso wenig konnten hier strukturelle oder wiederkehrende Probleme bei der Anwendung des Vergaberechts identifiziert werden.¹⁷ Die im Monitoring-Bericht ebenfalls berücksichtigten Bundesländer haben als häufigste Ursache von Rechtsunsicherheit und falscher Rechtsanwendung die Komplexität und die als wenig anwenderfreundlich empfundene Struktur des Vergaberechts benannt.¹⁸

Da die Voraussetzungen für eine statistische Erfassung insoweit noch nicht vorlagen, konnten im Monitoring-Bericht 2017 noch keine allgemeinen Aussagen zum prozentualen Anteil von KMU an Vergaben oder zur Praxis der strategischen Beschaffung unter Berücksichtigung innovativer, umweltbezogener und sozialer Aspekte gemacht werden.¹⁹

Anlage 2 (S. 6 - 8).

3. Reformvorschläge

Der Deutsche Städte- und Gemeindebund (DStGB) ist der Auffassung, dass „das vergaberechtliche Verfahrensrecht [...] sowohl oberhalb wie unterhalb der Schwellenwerte einer **Vereinheitlichung** zugeführt werden“ muss. Insbesondere die Beibehaltung des in der **VOB** statuierten Sonderregelungsregimes für die Vergabe von Bauleistungen sei hier ein Hindernis.²⁰ Im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD wird insoweit angekündigt, „[z]ur weiteren Vereinheitlichung des Vergaberechts [...] die **Zusammenführung von Verfahrensregeln für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen einerseits und von Bauleistungen andererseits in einer einheitlichen Vergabeverordnung** zu prüfen.“ Später heißt es dann allerdings: „Die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) als faire, wettbewerbsneutrale und von allen Bauverbänden getragene Verfahrensregelung garantiert gute Bauleistungen. Sie ist zu sichern und anwenderorientiert weiterzuentwickeln.“²¹ Während des Gesetzgebungsverfahrens zur Vergaberechtsmodernisierung im Jahre 2016 hatten Bundestag und Bundesrat die Bundesregierung aufgefordert, im Rahmen der Evaluierung der damaligen Reform eine mögliche Anpassung zu prüfen und, soweit erforderlich, weitere Änderungen vorzuschlagen.²² Auch bei Teilen des wissen-

17 Monitoring-Bericht S. 6.

18 Vgl. Monitoring-Bericht S. 8.

19 Vgl. Monitoring-Bericht S. 7 f.

20 Deutscher Städte- und Gemeindebund, Zur Zukunft der VOB/A, Vergabeblog.de vom 23.5.2018, Nr. 37051 (abrufbar unter <https://www.vergabeblog.de/2018-05-23/zur-zukunft-der-voba-eine-stellungnahme-des-deutschen-staedte-und-gemeindebundes/#more-37051>, letzter Zugriff am 18. September 2018).

21 Ein neuer Aufbruch für Europa, Eine neue Dynamik für Deutschland, Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, Rn. 2915 - 2918, 5383-5386 (abrufbar unter https://www.cdu.de/system/tdf/media/dokumente/koalitionsvertrag_2018.pdf?file=1, letzter Zugriff am 18. September 2018; Hervorhebung nicht im Original).

22 Monitoring-Bericht S. 11.

schaftlichen Schrifttums stieße eine weitere Vereinheitlichung des Vergaberechts und eine Zusammenfassung des vergaberechtlichen „Normen-Konglomerates“ auf Zustimmung.²³ Neben der damit verbundenen Vereinfachung der Rechtsanwendung wird hierfür angeführt, dass das bestehende „Zweiklassensystem“ nur schwer mit dem europarechtlichen Transparenzgebot in Einklang zu bringen sei, das auch im Unterschwellenbereich gelte. Die Verweisung der Vergabeverordnung auf die VOB sei zudem unter dem Gesichtspunkt der demokratischen Legitimation der im Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen vereinbarten Lösungen bedenklich.²⁴

Kritisiert wird zum Teil auch das weitgehende **Fehlen von Primärrechtsschutz im Unterschwellenbereich**.²⁵ Im Oberschwellenbereich solle zudem geprüft werden, in welchen Punkten eine „**Überumsetzung“ des europäischen Rechts** vorliege und deshalb ein partiell seitens der EU nicht gefordertes, rigides Vergaberegime geschaffen worden sei.²⁶

Weitere Entwicklungspotentiale des Vergaberechts zeigen **Dietlein/Fandrey** in ihrer Kommentierung des Vergaberechts auf, ohne damit konkrete Reformvorschläge zu verbinden.

Anlage 1 (Rn. 138-158)

23 Vgl. Dietlein/Fandrey, in: Byok/Jaeger (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, Einl. Rn. 82.

24 Vgl. Dietlein/Fandrey, in: Byok/Jaeger (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, Einl. Rn. 82, 124 f.

25 Vgl. Dietlein/Fandrey, in: Byok/Jaeger (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, Einl. Rn. 125.

26 Vgl. Dietlein/Fandrey, in: Byok/Jaeger (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, Einl. Rn. 83.