



Ausschussdrucksache 20(9)82

30.06.2022

**Prof. Dr. jur. Martin Burgi
Forschungsstelle für Vergaberecht und
Verwaltungskooperationen (FVV)
Ludwig-Maximilians-Universität München**

Stellungnahme

Öffentliche Anhörung

zum

**„Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung von
Beschaffungsmaßnahmen für die Bundeswehr
(Bundeswehrbeschaffungsbeschleunigungsgesetz – BwBBG)“**

am 4. Juli 2022



LUDWIG-
MAXIMILIANS-
UNIVERSITÄT
MÜNCHEN

FORSCHUNGSSTELLE FÜR VERGABERECHT UND
VERWALTUNGSKOOPERATIONEN (FVV)
JURISTISCHE FAKULTÄT



Prof. Dr. iur. Martin Burgi

München, 30. Juni 2022

Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung im Wirtschaftsausschuss des
Deutschen Bundestages am 4. Juli 2022

**Zum Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung von Beschaffungsmaßnahmen
für die Bundeswehr (Bundeswehrbeschaffungsbeschleunigungsgesetz – BwBBG);
BT-Drs. 20/2353**

I. Ausgangslage

Innerhalb des die öffentliche Auftragsvergabe oberhalb der Schwellenwerte regelnden GWB-Vergaberechts (mit Verordnungen und VOB/A-EU) bildet die Beschaffung von Militärgütern für die Bundeswehr von vornherein einen Sonderbereich. Er wird im Wesentlichen gebildet durch die §§ 104, 107 Abs. 2, 144-147 GWB, der Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV) und der VOB/A-VS. Dieses Sonderregime bewegt sich innerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie 2009/81/EG, die sowohl für die Vergabe- als auch für die Nachprüfungsverfahren ihrerseits einen spezifischen Rechtsrahmen errichtet hat. Über alledem steht wiederum die im AEU-Vertrag vorgesehene Ausnahmebestimmung zugunsten der mitgliedstaatlichen Souveränität im Falle der Betroffenheit „wesentlicher Sicherheitsinteressen“ (Art. 346). Die für die Beschaffung von Militärgütern maßgeblichen Vorschriften in Deutschland sind zuletzt durch das „Gesetz zur beschleunigten Beschaffung im Bereich der Verteidigung und Sicherheit und zur Optimierung der Vergabestatistik“ vom 25.3.2020 (BGBl. I, vom 1.4.2020, S. 674) geändert worden.

Der nunmehr vorgelegte Entwurf eines Bundeswehrbeschaffungsbeschleunigungsgesetzes wird plausibel durch die politisch mit dem Angriffskrieg Russlands gegen die Ukraine manifestierte „Zeitenwende“ begründet und juristisch mit der Einführung eines Art. 87a Abs. 1a in das Grundgesetz, der die Zurverfügungstellung eines sog. Sondervermögens im Umfang von 100 Milliarden Euro ermöglicht. Aus rechtswissenschaftlicher Sicht kann der Gesetzentwurf ebenso wie die in seinem § 9 Abs. 2 vorgesehene Befristung zum

31.12.2025 als sachlich nachvollziehbare, kohärente Weiterentwicklung des bereits bestehenden Sonderregimes bei der Bundeswehrbeschaffung angesehen werden.

Die nachfolgende Stellungnahme untersucht zunächst, ob die vorgeschlagenen Rechtsänderungen mit dem zwingenden Rahmen der EU-Richtlinie 2009/81/EG vereinbar sind (II). Sodann wird die Notwendigkeit weiterer Beschleunigungsmaßnahmen im Vergaberecht begründet, verbunden mit zwei konkreten Erweiterungsvorschlägen (III). Abschließend wird darauf aufmerksam gemacht, dass noch so gut gemachte Gesetze zur Änderung des Vergaberechts nicht ausreichen werden, um die hier verfolgten legitimen politischen Ziele zu erreichen. Hierzu bedarf es vielmehr einer weitergehenden Reform der Beschaffungsstrukturen und einer verbesserten Implementierung der bestehenden Vorgaben.

II. Zur Vereinbarkeit mit dem EU-Vergaberecht

Der Gesetzentwurf ist erkennbar von dem Bemühen geprägt, vergleichsweise moderate Änderungen am bestehenden Rechtsrahmen vorzusehen, möglicherweise auch aufgrund der Sorge um eine etwaige Unvereinbarkeit weitergehender Vorschläge mit dem europäischen Rechtsrahmen. Wie bei III gezeigt wird, hätte der europäische Rechtsrahmen durchaus weitergehende Vorschläge ermöglicht. Den nun vorgesehenen Regelungen kann aber die Vereinbarkeit mit der Richtlinie 2009/81/EG bescheinigt werden.

1. Dies gilt zum einen für die vorgeschlagenen Regeln betreffend die *Losvergabe* in § 3 Abs. 1-3 des Entwurfs. Zwar besitzt dieses Instrument einer „mittelstandsfreundlichen Vergabe“ (grundlegend *Burgi*, NZBau 2006, 606) zahlreiche Vorteile, jedoch birgt die Losvergabe gerade bei Großprojekten auch erhebliche Verzögerungsrisiken. Die bestehende Ausnahmvorschrift in § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB wurde bislang restriktiv ausgelegt und gab wiederholt Anlass zu wiederum verzögernd wirkenden Rechtsstreitigkeiten. Die vorgeschlagene Maßnahme einer Erweiterung der Durchbrechungsgründe um „zeitliche Gründe“ sowie der Verzicht auf den Nachweis der „Erforderlichkeit“ einer Durchbrechung der Losvergabe (die bloße Angabe der Gründe soll künftig ausreichen) dürften daher beschleunigend wirken.

Der hieran u.U. geäußerten Kritik aus der Sicht des Mittelstands ist zu entgegen, dass der Regelungsvorschlag in § 3 Abs. 1-3 BwBBG eine vergleichsweise moderate Modifizierung darstellt; in dem erst vor wenigen Wochen verabschiedeten Gesetz zur Beschleunigung des Einsatzes verflüssigten Erdgases (LNG-Beschleunigungsgesetz) ist in § 9

Abs. 1 Nr. 1 und 2 die Pflicht zur Losvergabe vollständig suspendiert worden. Noch weitergehend hätte in dieses Gesetz wie auch in das BwBBG eine Vorschrift dahingehend aufgenommen werden können, dass die öffentlichen Auftraggeber bei der Beschaffung von Militärgütern mehrere Lose zusammengefasst vergeben „sollen“. Die stattdessen vorgesehene Regelung belässt bei den zuständigen Vergabestellen ein Ermessen dahingehend, bei bestimmten Marktstrukturen weiterhin eine losweise Vergabe (mit deren Vorteilen) zu realisieren.

Mit den europäischen Vorgaben ist dies vereinbar (ebenso wie die soeben skizzierten weitergehenden Handlungsoptionen hiermit vereinbar gewesen wären). Zwar sieht das Europarecht für den Bereich der „normalen“ Auftragsvergabe mittlerweile vor, dass öffentliche Auftraggeber einen Auftrag in Form mehrerer Lose vergeben können (Art. 46 Abs. 1 UAbs. 1 Richtlinie 2014/24/EU); eine Verpflichtung hierzu wird aber nicht statuiert und die Verteidigungsrichtlinie 2009/81/EG kennt eine Bestimmung über die Losvergabe überhaupt nicht.

2. Die die Anwendung der *Unwirksamkeitsvorschrift* des § 135 Abs. 1 GWB (und damit v.a. den Fall einer Auftragsvergabe unter Verstoß gegen die Informations- und Wartepflicht nach § 134 GWB bzw. einer Auftragsvergabe ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung) betreffenden Rechtsänderungen in § 3 Abs. 4 und 5 BwBBG-Entwurf nutzen erstmals bereits bislang durch die Richtlinie 2009/81/EG zugunsten der Mitgliedstaaten eröffnete Gestaltungsspielräume aus. Damit dürften sich (vergleichsweise) kleinere Beschleunigungseffekte verbinden.

3. Vergleichbares gilt für die in § 4 geregelte „*Gemeinsame europäische Beschaffung*“. Mit ihr verbindet sich ebenso wie mit der Vorschrift des § 7 „*Verstärkte Berücksichtigung von Sicherheitsinteressen im Vergabeverfahren*“ eine Schlechterstellung von Unternehmen aus Staaten außerhalb der Europäischen Union. Auch dies wäre bereits bislang europarechtlich (im Rahmen des völkerrechtlichen „Agreement on Government Procurement“) möglich gewesen. Allerdings dürfte aufgrund der großen technischen Leistungsfähigkeit insbesondere der US-amerikanischen Verteidigungswirtschaft der Anwendungsbereich dieser Vorschriften beschränkt sein. Nachvollziehbarerweise überlässt der Gesetzgeber es insoweit jeweils den zuständigen Vergabestellen, in entsprechender Weise vorzugehen.

4. In den §§ 5 und 6 BwBBG-Entwurf werden kleinere Änderungen im *Nachprüfungsverfahren* vorgenommen. Soweit diese Vorschriften Vorgaben für die jeweils zu treffenden Abwägungsentscheidungen betreffen und hierbei den Zweck des Gesetzes (§ 1 BwBBG-

Entwurf) stärker zur Geltung bringen wollen, ist hiergegen nichts einzuwenden. Von den jeweils vorgeschlagenen (in der Sache weitgehend an § 9 Abs. 2 und 3 des soeben erst verabschiedeten LGG orientierten) Fristverkürzungen (die letztlich zulasten einer rechtssicheren Entscheidungsfindung durch Vergabekammer bzw. OLG gehen werden) darf man sich allerdings einen aufs Ganze gesehen nicht sehr großen Beschleunigungseffekt erwarten. Insoweit könnte mit der Konzentration der gesamten Nachprüfungszuständigkeit beim OLG (Vergabesenat), wie nachfolgend zu III vorgeschlagen, ein deutlich größerer Effekt erzielt werden.

III. Notwendigkeit und erste Inhalte eines „Zweiten Bundeswehrbeschaffungsbeschleunigungsgesetzes“

Wie die Begründung des Gesetzentwurfs selbst mitteilt, müssen Beschleunigungsmaßnahmen im Verteidigungssektor in den kommenden Jahren darauf gerichtet sein, die Einsatzfähigkeit der Bundeswehr „unverzüglich und schnellstmöglich“ zu erhöhen (S. 1). Auf dem Weg zur Erreichung dieses Ziels kann der vorliegende Gesetzentwurf freilich nur einen ersten (durchaus plausiblen und auch mit höherrangigem Recht vereinbaren) Schritt darstellen. Nicht zuletzt das durch Art. 87a Abs. 1a GG veränderte verfassungsrechtliche Koordinatensystem, aber auch die internationalen Bündnisverpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland machen vielmehr weitere Rechtsänderungen auch im Hinblick auf das Vergaberecht erforderlich. Diese könnten gesetzestechnisch mit einem „Zweiten Bundeswehrbeschaffungsbeschleunigungsgesetz“ bewirkt werden.

1. An dieser Stelle können nur zwei Vorschläge skizziert werden, die mit einem solchen weiteren Beschleunigungsgesetz sinnvollerweise eingeführt werden könnten. Der erste Vorschlag knüpft daran an, dass das wichtigste strukturelle Instrument des ja seit jeher bestehenden Sondervergaberegimes für den Verteidigungssektor, die Eröffnung von Ausnahmetatbeständen (vgl. insbesondere § 107 Abs. 2 GWB), durch den nun vorgelegten BwBBG-Entwurf gar nicht genutzt, d.h. nicht weiterentwickelt und ggf. ausgedehnt wird. Dabei ist es diese Vorschrift, die in Anknüpfung an Art. 346 Abs. 1 lit. b) AEUV den Mitgliedstaaten „einen weiten Ermessensspielraum bei der Entscheidung über die Maßnahme, die sie für den Schutz ihrer wesentlichen Sicherheitsinteressen für erforderlich halten“ (Stichwort: Schlüsseltechnologien) einräumt (so OLG Düsseldorf, B. v. 18.8.2021, Verg51/20, Rn. 27). Das OLG Düsseldorf hat allerdings aus der europarechtlichen Vorschrift verschiedene Verpflichtungen der Bundesrepublik dahingehend formuliert, dass nachgewiesen werden müsse, „welche Sicherheitsinteressen betroffen sind oder welcher

Zusammenhang zwischen diesen Sicherheitsinteressen und der konkreten Beschaffung besteht“ (Rn. 28); dabei genüge eine „pauschale oder floskelhafte Bezugnahme auf ein nicht näher spezifiziertes Sicherheitsinteresse“ (Rn. 28) nicht, ferner müsse das betroffene Sicherheitsinteresse „wesentlich“ sein. Dies bezieht sich auf die zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffe in § 107 Abs. 2 GWB, die durch den Gesetzgeber selbst (dann auch mit Bindung gegenüber den Gerichten), nicht zuletzt aufgrund in der Rechtsanwendungspraxis seit der letzten Rechtsänderung 2019 gesammelten Erfahrungen, präzisiert werden könnten. Dies würde der künftigen Beschaffung militärischer Güter deutlich mehr Rechtssicherheit verschaffen und allein dadurch einen Beschleunigungseffekt erzeugen.

2. Eine weitere Beschleunigungsmaßnahme läge darin, die Zuständigkeit für Nachprüfungsverfahren nach dem GWB-Vergaberecht in erster und letzter Instanz beim Oberlandesgericht (Vergabesenat) zu konzentrieren (befristet auf den Zeitraum der Beschaffung aus dem Sondervermögen). Im Vergleich zur bloßen Änderung von Fristen- und Verfahrensregeln könnte hiermit ein deutlich größerer Beschleunigungseffekt erzielt werden. Die Vergabesenate an den Oberlandesgerichten sind bislang im Verfahren der sofortigen Beschwerde zuständig. Um den hier gemachten Vorschlag zu realisieren, wären lediglich einige Anpassungen in den §§ 171 ff. GWB erforderlich; weiterhin bestünde die Möglichkeit der sog. Divergenzvorlage an den BGH gem. § 179 Abs. 2 GWB.

Gegen höherrangiges Recht würde hiermit nicht verstoßen, weil Art. 47 Abs. 1 und Abs. 2 der Charta der Grundrechte der EU zwar ebenso das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf vor einem unparteiischen Gericht fordert wie Art. 55 der Richtlinie 2009/81/EG. Diese formuliert (in Art. 56 Abs. 9) zusätzliche Anforderungen, wenn in erster Instanz eine Nachprüfungsstelle tätig wird, die nicht selbst ein Gericht ist (wie in Deutschland die Vergabekammern), verlangt im Übrigen aber nicht, dass es eine solche erste Instanz geben muss, und auch nicht, dass dann, wenn ein „richtiges Gericht“ als erste Instanz agiert, auch eine zweite Instanz geschaffen werden müsste; im Gegenteil eröffnet Art. 56 Abs. 2 lediglich die Möglichkeit, die justiziellen Befugnisse auf mehrere Stellen zu übertragen. Nach ganz herrschender Auffassung ist schließlich weder Art. 19 Abs. 4 noch Art. 103 Abs. 1 GG oder dem allgemeinen Rechtsstaatsprinzip eine Pflicht zur Gewährleistung eines mehrstufigen Instanzenzuges zu entnehmen (vgl. nur BVerfGE 138, 33 (39)).

Etwaige weitere Inhalte eines „Zweiten Bundeswehrbeschaffungsbeschleunigungsgesetzes“ würden sich u.U. nach Durchführung der zu IV geforderten Reform der Beschaffungsstrukturen ergeben.

3. Keine Änderungen im Vergaberecht für die Beschaffung von Militärgütern ist hingegen durch die (in der Sache fraglos auch hier bestehende) Notwendigkeit und Sinnhaftigkeit der Einbeziehung von Umweltbelangen, nicht zuletzt des CO₂-Ausstoßes (hierzu Entwurf, S. 2 und 14) indiziert. Denn die hierfür existierenden Vorschriften des allgemeinen GWB-Vergaberechts (flankiert durch § 13 Bundesklimaschutzgesetz) ermöglichen bereits in weitem Umfang und auch mit Geltung für den Verteidigungssektor ein effektives sog. Green Procurement (vertiefend *Burgi*, Vergaberecht, 3. Auflage 2021, § 7).

IV. Zur Notwendigkeit einer (auch wissenschaftlich begleiteten) Reform der Beschaffungsstrukturen nebst verbesserter Implementierung

Der Gesetzentwurf selbst lässt erkennen, dass es neben Änderungen im Vergaberecht auch um eine „Optimierung des Beschaffungswesens der Bundeswehr“ im Sinne einer „gesamtsystemischen und integrativen Betrachtung von Bedarfsermittlung und Bedarfsdeckung einschließlich deren Prozessschnittstellen“ gehe (S. 1 und 2). Aus Sicht des Rechtswissenschaftlers kann nur bekräftigt werden, dass das Recht nicht die einzige und manchmal auch nicht die wichtigste Steuerungsressource zur Verwirklichung politischer Ziele ist. Gerade im vorliegenden Zusammenhang wird schon seit längerem beklagt, dass die Implementierung der bestehenden Regeln vielfach ein größeres Problem sei als diese selbst. Will man eine (freilich schon länger angemahnte) Reform der Beschaffungsstrukturen angehen, sollte der hierfür vorhandene Sachverstand in der Wissenschaft, insbesondere auch in der Universität der Bundeswehr München, konsequenter als bislang genutzt werden.

Inhaltlich betrifft dies vor allem Themen wie eine stärker funktional ausgerichtete Beschaffung (anstatt der Formulierung stoisch abzuarbeitender Leistungsverzeichnisse), die stärkere Nutzung der Verfahrensart des wettbewerblichen Dialogs nach § 13 VSVgV, aber auch die Setzung von Liefer- bzw. Ausführungsfristen als Zuschlagskriterien und als Ausführungsbedingungen mit Sanktionierung durch Vertragsstrafe und sog. Bonus-/Malus-Systeme o.ä. (sog. Performance base contracting).

Mit Skepsis sollten m.E. rein organisationsbezogene Maßnahmen betrachtet werden, etwa die Organisationsprivatisierung in Gestalt einer Umwandlung des bestehenden Bundesamts in eine Kapitalgesellschaft. Die hier drohenden Transaktionskosten und -zeiten lassen jedenfalls nicht ohne Weiteres Beschleunigungseffekte erhoffen; nach den Erfahrungen aus anderen Aufgabenfeldern lähmt überdies nichts mehr das vorhandene, in

weiten Teilen motivierte und fachlich kompetente Personal in den bestehenden Beschaffungseinheiten mehr, als von außen oktroyierte Organisations- und Personalreformen.