Verband: BDE Bundesverband der Deutschen Entsorgungs-, Wasser- und Kreislaufwirtschaft e. V.

Stellungnahme des BDE Bundesverband der Deutschen Entsorgungs-, Wasser- und Kreislaufwirtschaft e. V. vom 28.07.2025 zum Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabebeschleunigungsgesetz)

Vorbemerkung:

Wir begrüßen das Ziel des Vergabebeschleunigungsgesetzes, dass die öffentliche Beschaffung einfacher, schneller und flexibler werden muss, um die staatliche Reaktion auf die derzeitigen großen und dringlichen Herausforderungen, etwa die Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit, die Erneuerung und Verbesserung der Infrastruktur und die beschleunigte Digitalisierung angemessen zu unterstützen.

Zu den derzeitigen großen und dringlichen Herausforderungen gehört aber nicht zuletzt die Transformation unseres Wirtschaftens hin zu einer Kreislaufwirtschaft. Die essentielle Bedeutung einer gelebten Kreislaufwirtschaft hat nicht zuletzt der vielbeachtete Draghi-Report für die EU-Kommission 2024 herausgearbeitet. Auch ist die strategische Bedeutung einer gelebten Kreislaufwirtschaft für den Produktionsstandort Europa und Deutschland im Lichte des Ukraine-Kriegs unstreitig. Recycling kommt eine wesentliche Bedeutung im Rohstoffmix der deutschen Wirtschaft zu. Diese große Bedeutung der Kreislaufwirtschaft spiegelt sich nicht im Entwurf des Vergabebeschleunigungsgesetzes wider.

Wir halten die beabsichtigte Streichung der ursprünglich im Entwurf des Vergaberechtstransformationsgesetzes 2024 vorgesehenen Zentralnorm zur nachhaltigen Beschaffung (§ 120a GWB-E) für das vollkommen falsche Signal. § 120a GWB-E des Entwurfs des Vergaberechtstransformationsgesetzes 2024 hätte vielmehr weiter geschärft und nicht gestrichen werden müssen.

Zumindest für das Sondervermögen Infrastruktur und Klimaneutralität finanzierte Infrastrukturvorhaben muss es **zwingende** Vorgaben geben, um dem damit verbundenen Ziel der Klimaneutralität bis 2045 Rechnung zu tragen.

Weiterhin fehlt Regulatorik für ein verständliches staatliches Recycling-Label, das Auskunft über den Rezyklateinsatz wie auch die Recyclingfähigkeit eines Produktes gibt. Dabei würde ein solches Recycling-Label Beschaffern den ökologischen Einkauf erleichtern und wäre ein regelrechter Turbo für nachhaltige ökologische Beschaffung. Ein Recycling-Label wäre so ein konkreter Beitrag zum Bürokratieabbau. Die Novelle sollte nun zumindest die Grundlagen für ein staatliches Recycling-Label schaffen.

Mit großer Sorge sehen wir die beabsichtigte Erleichterung der „öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit“, also insbesondere der sogenannten interkommunalen Zusammenarbeit (IKZ), in § 108 GWB-E. Entscheidend sind aus unserer Sicht vor allem zwei Änderungen. In der Überschrift wird das Wort „Ausnahmen“ durch das Wort „Anwendungsbereich“ ersetzt. Der bisherige § 108 Absatz 6 Nr. 1 GWB wird dahingehend neu gefasst, dass der öffentliche Auftrag eine auf einer gemeinsamen Kooperationsvereinbarung beruhende Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern zur

Erreichung gemeinsamer Ziele begründet oder erfüllen muss. In der Gesetzesbegründung wird ausgeführt, dass die Zusammenarbeit auf einem kooperativen Konzept beruhen muss. Dieses Erfordernis muss lediglich effektiv ausgestaltet sein. Es muss ein Kooperationskonzept festgelegt werden. Dadurch sollen sämtliche Aufgaben unter den öffentlichen Auftraggebern verteilt und so die Effektivität der Kooperation gesichert werden. Weitergehende Anforderungen sollen sich daraus nicht ergeben.

Gegenwärtig wird in der Rechtspraxis immer wieder darüber gestritten, was einen **kooperativen Beitrag eines kommunalen Partners** darstellt. Umstritten ist hierbei, ob die reine Entgeltzahlung oder aber auch Mitbestimmungsrechte im Aufsichtsrat solche Beiträge darstellen. In aller Regel wird ein „Geben und Nehmen“ gefordert, das einen eigenständigen, operativen Beitrag aller Kooperationspartner erfordert. Diese Anforderung würde aus unserer Sicht nach der neuen Regelung nicht mehr bestehen. Auch handelt es sich um keine Ausnahme mehr.

Wir halten die IKZ schon in der aktuellen Ausgestaltung für höchst problematisch und sehen sie als Gegensatz zu fairem Wettbewerb zwischen Privatwirtschaft und Staatswirtschaft. Zu Recht setzt unser System der freien sozialen Marktwirtschaft kommunaler wirtschaftlicher Betätigung Grenzen. Die IKZ ist hier ein Fremdkörper und entzieht letztlich Dienstleistungen dem freien Wettbewerb. Mitnichten betrifft die IKZ in der Praxis nur die Zusammenarbeit kleiner Samtgemeinden, sondern findet sogar bundeslandübergreifend zwischen großen Kommunen statt. IKZ schafft kommunale Monopole. Hinzukommt ein finanzieller Anreiz im Umsatzsteuergesetz (UStG), das sog. Umsatzsteuerprivileg, das dafür sorgt, dass Kommunen die Möglichkeiten der IKZ auch intensiv nutzen. Umsatzsteuerprivileg und IKZ sind in ihrer Kombination ein regelrechter Turbo für die Verstaatlichung.

Wir nehmen auf unsere Stellungnahme zum Entwurf des Vergaberechtstransformationsgesetz 2024 vom 28.10.2024 Bezug.

Wir halten die kurze Frist zur Stellungnahme für unangemessen. Eine vertiefte Prüfung und verbandsinterne Abstimmung sind so nicht möglich. Wir behalten uns ausdrücklich weitere Anmerkungen und ggf. Berichtigungen vor. Wir weisen darauf hin, dass unsere Hinweise auf einer ersten schnellen Durchsicht beruhen.

Norm	**Anmerkung / Änderung / Vorschlag / Synopse**
§ 97 Abs. 4 GWB	Die zuvor vorgesehene Beschränkung des Losgrundsatzes, wonach Teil- oder Fachlose ganz oder teilweise zusammen vergeben werden können, wenn wirtschaftliche, technische oder zeitliche Gründe dies „*rechtfertigen*“, wurde gestrichen. Stattdessen wird eine neue Abweichungsmöglichkeit vom Losgrundsatz geschaffen, die auf dringliche Infrastrukturvorhaben aus dem Sondervermögen Infrastruktur und Klimaneutralität, deren geschätzte Auftrags- oder Vertragswert die EU-Schwellenwerte um das 2,5-fache übersteigt, beschränkt wird. Warum zeitliche Gründe als anerkennenswerter Grund für gemeinsame Vergabe nunmehr keine Berücksichtigung mehr finden sollen, ist nicht in Gänze nachvollziehbar, insbesondere weil der Grundsatz des Mittelstandsschutzes nach Satz 1 weiterhin vornehmlich zu berücksichtigen ist.

	Zeitlicher Aufwand wurde auch nach der bisherigen Rechtslage von der Rechtsprechung teilweise bereits als zulässiger wirtschaftlicher oder technischer Grund anerkannt. Während die Verfahrensvereinfachung auch im Hinblick auf zeitliche Gründe zu begrüßen wäre, könnte die Möglichkeit zur Gesamtvergabe aus zeitlichen Gründen auf solche beschränkt werden, die nicht aus der Sphäre der Vergabestelle stammen.
§ 108 GWB	Neu gefasst wird u.a. § 108 Abs. 6 Nr. 1 GWB, wonach das Vergaberecht keine Anwendung findet auf einen öffentlichen Auftrag, der eine auf einer gemeinsamen Kooperationsvereinbarung beruhende Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern zur Erreichung gemeinsamer Ziele begründet oder erfüllt. Der Hauptstreitpunkt, was einen kooperativen Beitrag eines kommunalen Partners darstellen soll, bleibt hier bestehen. Dies gilt insbesondere für die umstrittene Frage, ob die reine Entgeltzahlung oder aber auch Mitbestimmungsrechte etwa über einen Aufsichtsrat solche Beiträge darstellen können. In der Gesetzesbegründung wird ausgeführt, dass die Zusammenarbeit auf einem kooperativen Konzept beruhen muss. Dies könne auch darin bestehen, dass sämtliche Aufgaben unter den öffentlichen Auftraggebern verteilt werden und so die Effektivität der Kooperation gesichert wird. Dies spricht dafür, dass auch auftragsähnliche Kooperationsmodelle in Zukunft vergaberechtsfrei zwischen öffentlichen Auftraggebern vereinbart werden können. Eine Klarstellung diesbezüglich wäre zu begrüßen.
§ 113 Abs. 1 S. 2 Nr. 9 GWB-E	Die Verordnungsermächtigung der Bundesregierung nach § 113 Abs. 1 GWB umfasst die Befugnis zur Regelung von verfahrensrechtlichen wie auch materiell-rechtlichen Anforderungen an den Auftragsgegenstand. Die in § 113 Abs. 1 S. 2 GWB beispielhafte Konkretisierung der Ermächtigung wird um eine neue Nummer 9 erweitert, wonach von der Regelung ausdrücklich auch vergaberechtliche Vorgaben an die Beschaffung von klimafreundlichen Leistungen umfasst ist. Diese Regelung war bisher nicht enthalten. Klimafreundliche Leistungen sind nach dem Referentenentwurf „*insbesondere mit geringen Treibhausgasemissionen verbunden*“, wobei sich die Klimafreundlichkeit auf die Treibhausgasemissionen sowohl in der Nutzungs- als auch in der Herstellungsphase beziehen kann. Erst durch diese Klarstellung wird deutlich, dass von der Ermächtigung sämtliche Leistungen erfasst sind, die die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben, also solche im Sinne des § 103 Abs. 1 GWB. Wünschenswert wäre an dieser Stelle eine eindeutigere Formulierung und umfassendere Konkretisierung gewesen, die verdeutlicht, dass sämtliche Waren und Güter, auch unter Einsatz von Rezyklaten, wie auch Infrastruktur von der Regelung umfasst sind. Als Anwendungsbeispiel wird im Referentenentwurf einleitend zwar benannt, dass durch die Regelung zur Verordnungsermächtigung die Investitionssicherheit von Unternehmen gestärkt wird, die klimafreundliche Leistungen, etwa von Stahl und Zement, anbieten. Nach allgemeinem, nicht-juristischem Sprachverständnis, insbesondere im Hinblick auf den Begriff „*Leistung*“, wirkt die Regelung indes weniger offen und allumfassend. Der Referentenentwurf stellt klar, dass die Vorgaben Anforderungen an den Auftragsgegenstand oder an das Vergabeverfahren sein können, insbesondere auch Anforderungen an die Unternehmen und deren Nachweise, etwa durch bestimmte Kennzeichnungssysteme. Die Ermächtigung umfasst daher insbesondere Regelungen zu verpflichtenden Anforderungen für die Beschaffungen klimafreundlicher Leistungen durch Zuschlagskriterien, den Inhalt der Leistungsbeschreibung oder

	Ausführungsbedingungen. Das Gesetz soll insgesamt das nachhaltige Wirtschaften stärken, zum Erreichen der Klimaziele Deutschlands beitragen und steht im Einklang mit der Deutschen Nachhaltigkeitsstrategie der Bundesregierung, die der Umsetzung der Agenda 2030 der Vereinten Nationen dient. Das Thema Nachhaltigkeit und die Etablierung grüner Leitmärkte rücken somit zwar weiter in den Vordergrund, auffällig ist aber, dass der ursprünglich vorgesehene § 120a GWB als neue Zentralnorm zur Berücksichtigung sozialer und umweltbezogener Kriterien ersatzlos gestrichen wurde. Danach sollten umweltbezogene und soziale Kriterien bei der Vergabe öffentlicher Aufträge berücksichtigt werden. Dies galt zwingend („*muss*“) für Beschaffungsgegenstände, die für eine umweltbezogene oder sozial nachhaltige Beschaffung besonders geeignet sind. Erfreulich war dabei, dass öffentliche Auftraggeber verpflichtet werden sollten, mindestens ein soziales oder ein umweltbezogenes Kriterium bei Vergaben vornehmlich in der Leistungsbeschreibung, wohl durch Mindestanforderungen, zu berücksichtigen. Umweltkriterium war unter anderem der Einsatz von Abfällen oder Rezyklaten. Einige Kriterien stammten ausweislich der Gesetzesbegründung ausdrücklich aus § 45 Abs. 2 KrWG. Damit würden auch Kommunen und Länder als öffentliche Auftraggeber nach § 45 Abs. 2 KrWG verpflichtet. Eine dem ursprünglich vorgesehenen § 120a GWB entsprechende Regelung ist wünschenswert, um Nachhaltigkeit zu einem „*Soll*“ und in bestimmten Bereichen zu einem „*Muss*“ zu machen. Wenigstens wäre aber zu begrüßen, dass in der Gesetzesbegründung zur weiteren Konkretisierung der Beschaffung von klimafreundlichen Leistungen auf § 45 Abs. 2 KrWG Bezug genommen wird.
§ 113 Abs 3 neu	Im Hinblick auf die besondere Bedeutung der Erreichung der Klimaneutralität Deutschlands bis 2045 muss eine Verordnung zu § 113 Absatz 1 Satz 2 Ziffer 9 vorsehen, dass derjenige, der von Vorgaben zur Beschaffung klimaschonender Recyclingmaterialien abweichen will und zwingend Neumaterialien einsetzen will, dies begründen muss.
§ 113 Abs. 4 neu	Damit das Sondervermögen seinen Zweck erfüllen kann, die Klimaneutralität Deutschlands bis 2045 zu erreichen, bedarf es klarer Vorgaben. Die Bundesregierung muss daher von ihrer vorgesehenen Ermächtigung gem. § 113 Abs. 1 zwingend Gebrauch machen. Dabei ist ein besonderes Augenmerk auf den Einsatz von Abfällen oder Rezyklaten zulegen, da diese in der Regel einen maßgeblichen Beitrag zum Klimaschutz leisten, wenn sie Neumaterialien substituieren. Recyclingmaterialien leisten zudem einen maßgeblichen Beitrag zur Resilienz des Produktionsstandorts Deutschland. **Ein Gesetzestext könnte wie folgt lauten:** Die Bundesregierung muss bis spätestens 30.06.2026 eine Rechtsverordnung gemäß § 113 Absatz 1 zumindest für die Beschaffung von klimafreundlichen Leistungen gem. Satz 2 Ziffer 9 erlassen. Abweichend von § 113 Absatz 1 ist im Hinblick auf das Sondervermögen des Bundes (ausgenommen Mittel für Länder und Kommune) die Zustimmung des Bundesrates

	entbehrlich. Die Verordnung muss insbesondere auch Regelungen zum Einsatz von Abfällen oder Rezyklaten enthalten und soll den Beitrag der Kreislaufwirtschaft zum Klimaschutz umfassen.
§ 121 Abs. 1 S. 1 GWB	Nach dem neuen § 121 Abs. 1 S. 1 GWB ist die Leistung zwar nach wie vor so eindeutig wie möglich zu beschreiben, sodass die Beschreibung für alle Unternehmen im gleichen Sinne verständlich ist und die Angebote miteinander verglichen werden können. Sie muss allerdings nicht mehr *„erschöpfend“* beschrieben werden. Es genügt also, wenn der Auftraggeber ausreichend Informationen zur Verfügung stellt, um vergleichbare Informationen zu erhalten. Daneben kommt es laut Gesetzesbegründung nicht darauf an, dass der Auftraggeber alle Unterlagen und Informationen, die ihm darüber hinaus vorliegen, zur Verfügung stellt. Begründet wird die Änderung mit einem geringeren Verwaltungsaufwand. Zudem sollen Auftraggeber ermutigt werden, mehr funktional auszuschreiben, um auch die Innovationsfähigkeit der Unternehmen zu fördern. Die Änderung ist bedenklich und könnte den Transparenzgrundsatz beeinträchtigen. Zudem wird auch der bereits jetzt begrenzte Schutz des Bieters vor unzumutbaren Bedingungen weiter eingeschränkt. Hierbei geht es um die Frage, welche Vertragsrisiken dem Auftragnehmer aufgebürdet werden dürfen. Indem die Leistung nicht mehr erschöpfend zu beschreiben ist, muss der Auftraggeber sich weniger festlegen und kann bei Abweichungen hiervon nicht mehr zur Verantwortung herangezogen werden. Bei funktionalen Ausschreibungen dürften Abweichungen im Rahmen der Leistungserbringung nunmehr ausschließlich dem Auftragnehmer zuzuordnen sein.
§ 127 GWB	Mit dem neuen § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB sollen die Anforderungen an den Nachweis des fakultativen Ausschlussgrundes der Schlechtleistung herabgesetzt werden. Danach sind erhebliche oder dauerhafte Mängel bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung bei Ausführung eines öffentlichen Auftrags nicht mehr nachzuweisen. Vielmehr ist ausreichend, wenn das Verhalten des Unternehmens solche Mängel *„erkennen lässt“*. Ein solcher Mangel könnte beispielsweise schon eine erfolgte Ersatzvornahme im Rahmen eines Vertrages sein. Unter der Neuregelung müsste also noch nicht einmal nachgewiesen werden, dass die Ersatzvornahme nachweislich zutreffend erfolgte. Indizien, die von einigem Gewicht sind und auf gesicherten Erkenntnissen basieren, sollen ausreichend sein. Dies wird damit begründet, dass es zum einen dem Wortlaut der entsprechenden Ausschlussgründe der EU-Vergaberichtlinien näherkommt und zum anderen die subjektiven Wertungskomponenten des Auftraggebers ein wichtiger Teil für die Einschätzung der Situationen der mangelhaften Erfüllung sind. Die Absenkung der Nachweisanforderungen ist bedenklich. Sie könnte dazu führen, dass eine Auseinandersetzung zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber bei der Vergabe neuer Aufträge sowie auch durch andere öffentliche Auftraggeber ausgenutzt wird, um einen Bieter vom Verfahren auszuschließen. Es wäre zu begrüßen, wenn die Schlechtleistung nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB, wie auch bei den Ausschlussgründen des Nr. 1 und Nr. 3, nachgewiesenermaßen erbracht worden sein muss. Subjektive Wertungskomponenten dürfen bei Ausschlussgründen keine Rolle spielen.

§ 135 Abs. 4 GWB-E	Der geplante § 135 Abs. 4 GWB sieht vor, dass auf Antrag des Auftraggebers oder von Amts wegen ein Vertrag im Fall einer sog. De-Facto Vergabe – also der vergaberechtswidrigen unmittelbaren Beauftragung eines Auftragnehmers – nicht als von Anfang an unwirksam erachtet werden kann, wenn nach Prüfung aller maßgeblichen Gesichtspunkte zwingende Gründe des Allgemeininteresses es ausnahmsweise rechtfertigen, die Wirkung des Vertrages zu erhalten. In diesem Fall hat die Vergabekammer oder das Beschwerdegericht alternative Sanktionen zur Feststellung der Unwirksamkeit zu erlassen. Nach der Gesetzesbegründung liegen im Allgemeininteresse Leistungen der Daseinsvorsorge, die nicht unterbrochen werden dürfen und somit in kaum auflösbaren Konflikt zur Funktionsgewährleistungspflicht stehen. Wirtschaftliche Gründe dürfen nur ausnahmsweise herangezogen werden. Dem unterlegenen Bieter wird im Nachprüfungsverfahren somit auch weiterhin kein Schadensersatz gewährt, diesen kann er nur im Wege des Sekundärrechtsschutzes erreichen.
§ 173 GWB	Dass bei Ablehnung des Nachprüfungsantrags durch die Vergabekammer die sofortige Beschwerde künftig keine aufschiebende Wirkung nach § 173 GWB mehr entfalten soll, ist eine der bedeutendsten Änderungen des Vergabebeschleunigungsgesetzes. Auch wenn hierdurch zweifelsfrei eine Beschleunigung des Vergabeverfahrens erreicht werden kann, werden vor den Vergabekammern unterlegene Bieter faktisch auf Sekundäransprüche beschränkt, wenn sie vor den Oberlandesgerichten obsiegen, da diese nur noch Feststellungsentscheidungen treffen. Der Primärrechtsschutz wird demnach bei Unterliegen des antragstellenden Bieters auf eine Instanz vor der Vergabekammer begrenzt, die kein ordentliches Gericht darstellt. Insofern bestehen außerordentliche Bedenken, ob diese erhebliche Einschränkung des Primärrechtsschutzes den Anforderungen des Art. 2 Abs. 9 der Nachprüfungsrichtlinie (89/665/EWG) und dem grundgesetzlich verankerten Gebot des effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG genügt.
Art 3 Bundeshaushaltsordnung (BHO) § 7 Abs. 4 BHO Neu	§ 7 BHO regelt die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, Kosten- und Leistungsrechnung. In der Praxis wird die Vorgabe der „Sparsamkeit“ oft als Vorwand missbraucht, eben nicht das wirtschaftlichste, sondern das günstigste Angebot zu nehmen. Dies ist meist sehr kurzfristig gedacht und zahlt nicht auf die großen Ziele der Resilienz des Standorts Deutschland und des Klimaschutzes ein. Zur Klarstellung sollte folgender Absatz 4 in § 7 BHO ergänzt werden (rot neu): (1) Bei Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans sind die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten zu beachten. Diese Grundsätze verpflichten zur Prüfung, inwieweit staatliche Aufgaben oder öffentlichen Zwecken dienende wirtschaftliche Tätigkeiten durch Ausgliederung und Entstaatlichung oder Privatisierung erfüllt werden können. (2) Für alle finanzwirksamen Maßnahmen sind angemessene Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen durchzuführen. Dabei ist auch die mit den Maßnahmen verbundene Risikoverteilung zu berücksichtigen. In geeigneten Fällen ist privaten Anbietern die Möglichkeit zu geben darzulegen, ob und inwieweit sie staatliche Aufgaben oder öffentlichen Zwecken dienende wirtschaftliche Tätigkeiten nicht ebenso gut oder besser erbringen können (Interessenbekundungsverfahren). (3) In geeigneten Bereichen ist eine Kosten- und Leistungsrechnung einzuführen.

	(4) Die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit beinhalten die Berücksichtigung des Beitrags von Ausgaben zur Erreichung des Ziels der Klimaneutralität im Jahr 2045 und sollen auch das Ziel der Resilienz des Standorts Deutschland im Hinblick auf bestehende Abhängigkeiten von Drittstaaten im Blick haben.