BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Stellungnahme Nr. 28
Juli 2025

zum

Referentenentwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabebeschleunigungsgesetz)[1]

Mitglieder des Ausschusses Verwaltungsrecht:

RAin Dr. Tina Bergmann (Berichterstatterin)
RA Dr. Peter Eichhorn
RAin Dr. jur. Mara Gerbig
RA Dr. Peter Kersandt
RA Lars Mörchen (Berichterstatter)
RAin Dr. Barbara Stamm
RA Dr. Henning Struck
RA Jan Weidemann
RAin Dr. Sigrid Wienhues (Vorsitzende)

RA Dr. Ulrich Wessels, Präsident der Bundesrechtsanwaltskammer
Ass. jur. Lissa Gerking, LL.M. (Norwich), Bundesrechtsanwaltskammer

[1] vorgelegt vom BMWE am 22.07.2025.

Bundesrechtsanwaltskammer
The German Federal Bar
Barreau Fédéral Allemand
www.brak.de

Büro Berlin – Hans Litten Haus
Littenstraße 9
10179 Berlin
Deutschland
Tel. +49.30.28 49 39 - 0
Fax +49.30.28 49 39 -11
Mail zentrale@brak.de

Büro Brüssel
Avenue des Nerviens 85/9
1040 Brüssel
Belgien
Tel. +32.2.743 86 46
Fax +32.2.743 86 56
Mail brak.bxl@brak.eu

Verteiler: Bundesministerium für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen (BMWSB)
Bundesministerium der Justiz und Verbraucherschutz (BMJV)
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen
Fraktionsvorsitzende
Justizminister/Justizsenatoren der Länder
Präsident des Bundesverwaltungsgerichts
Bund Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterinnen
Rechtsanwaltskammern
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Wirtschaftsprüferkammer
Bundesverband der Deutschen Industrie
Deutscher Anwaltverein
Deutscher Notarverein
Deutscher Steuerberaterverband e. V.
Deutscher Richterbund
Deutscher Juristinnenbund
Deutscher Notarverein
Bundesverband der Unternehmensjuristen e.V. (BUJ)
Bundesverband der Freien Berufe
Neue Richtervereinigung
Deutscher Industrie- und Handelskammertag
ABV e. V.
Redaktion der Neuen Juristischen Wochenschrift/NJW
Redaktion der Neuen Zeitschrift für Verwaltungsrecht/NVwZ
ZAP, AnwBl, FAZ, Süddeutsche Zeitung, Deubner Verlag Online Recht, Beck aktuell, Jurion Expertenbriefing, Juris Nachrichten, Otto Schmidt

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit rund 166.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Stellungnahme

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWE) hat den Referentenentwurf eines „Gesetzes zur Beschleunigung der Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabebeschleunigungsgesetz)“ vorgelegt. Der Referentenentwurf hat das Ziel, öffentliche Auftragsvergaben effizienter und schneller durchzuführen und in Bezug auf die anstehenden Transformationserfordernisse strategischer auszurichten. Der Entwurf soll der Erneuerung und Verbesserung der Infrastruktur (Investitionsstau) dienen und der sicherheitspolitischen Dringlichkeit gerecht werden.

Der Referentenentwurf greift die Bestrebungen des in der letzten Legislaturperiode angestoßenen, aber nicht verabschiedeten Vergabetransformationsgesetzes auf und betrifft vorwiegend Änderungen des GWB.

Die Bundesrechtsanwaltskammer begrüßt die Zielsetzung des Entwurfs zur Vereinfachung, Beschleunigung und Digitalisierung des Vergaberechts.

1. Flexibilisierung des Losgrundsatzes

§ 97 Abs. 4 GWB, der den Losgrundsatz regelt, soll um folgende neue Sätze 4 und 5 ergänzt werden:

> *„Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen auch zusammen vergeben werden, wenn die Realisierung dringlicher, aus dem Sondervermögen Infrastruktur und Klimaneutralität finanzierter Infrastrukturvorhaben, deren geschätzter Auftrags- oder Vertragswert ohne Umsatzsteuer die Schwellenwerte nach § 106 Absatz 2 GWB um das Zweieinhalbfache übersteigt, dies erfordert. Auftraggeber können im Falle einer Gesamtvergabe gemäß Satz 3 oder 4 Auftragnehmer verpflichten, bei der Erteilung von Unteraufträgen die Interessen von kleinen und mittleren Unternehmen besonders zu berücksichtigen.“*

Auf Seite 46 der Entwurfsbegründung wird dazu ausgeführt, dass die Ergänzung zur vergaberechtlichen Flankierung des Sondervermögens Infrastruktur und Klimaneutralität erfolgt. Dabei könne für dringliche, aus dem Sondervermögen gemäß des Gesetzes zur Errichtung eines Sondervermögens Infrastruktur und Klimaneutralität finanzierte Infrastrukturvorhaben vom Losgrundsatz abgewichen werden, auch wenn dies nicht von den bisher für die Abweichung vom Losgrundsatz anerkennenswerten Gründen wirtschaftlicher und technischer Natur umfasst ist. Um die dringend benötigten Investitionen mit den Mitteln des zeitlich befristeten Sondervermögens schnell zu tätigen, sollen auch die Möglichkeiten zur Beschleunigung der Vergabe der Infrastrukturprojekte aus dem Sondervermögen ausgeschöpft werden.

Die Bundesrechtsanwaltskammer teilt die Einschätzung, dass der Losgrundsatz, von dem nach der derzeitigen Rechtslage nur in Ausnahmefällen abgewichen werden kann, insbesondere die Realisierung von Infrastrukturvorhaben verzögert. Dies gilt jedoch nicht nur für Großprojekte, die die einschlägigen EU-Schwellenwerte um das Zweieinhalbfache übersteigen, sondern auch für Infrastrukturvorhaben, die die einschlägigen EU-Schwellenwerte teilweise nur knapp überschreiten wie beispielsweise die Realisierung dringend benötigter Infrastrukturprojekte im Bildungsbereich, insbesondere Kindertagesstätten, Kindergärten und Schulen. Das Sondervermögen „Infrastruktur und

Klimaneutralität“ umfasst auch die Titelgruppe 04 „Investitionen in die Bildungs- und Betreuungsinfrastruktur“, auch wenn dieser Titel bislang nicht mit Mitteln hinterlegt ist.

Gerade bei Infrastrukturvorhaben, die den einschlägigen Schwellenwert nur knapp überschreiten, führt der Losgrundsatz nicht nur zu einer verzögerten Realisierung, sondern auch zu einem Mehraufwand, der insbesondere von kleineren Kommunen nur schwer zu stemmen ist.

Die Bundesrechtsanwaltskammer regt daher an, die Ausnahme vom Losgrundsatz nicht auf das Zweieinhalbfache der einschlägigen EU-Schwellenwerte zu begrenzen.

Auf Seite 46 der Entwurfsbegründung wird ferner ausgeführt, dass eine Ausnahme vom Losgrundsatz auch bei Vorliegen von besonderen zeitlichen Gründen (Dringlichkeit) möglich sein soll, wenn die Anwendung des Losgrundsatzes die schnelle Realisierung dieser Infrastrukturvorhaben nachweislich verhindert. Damit wird die Ausnahme sehr eingeschränkt. Ein entsprechender Nachweis dürfte nur schwer möglich sein. Die Bundesrechtsanwaltskammer regt an, in der Gesetzesbegründung klarzustellen, dass die Voraussetzungen der neu eingefügten Ausnahme nicht strenger sind als in der bereits in Satz 3 geregelten Ausnahme. Nach dem Wortlaut ist dies auch nicht der Fall, da in beiden Fällen § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB und § 97 Abs. 4 Satz 4 GWB-E auf die „Erforderlichkeit“ abgestellt wird.

2. Abschaffung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde

Eine der wesentlichsten Änderungen stellt der beabsichtigte Entfall der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsmittels gegen die dem Nachprüfungsantrag abweisende Entscheidung der Vergabekammer dar.

§ 173 Abs. 1 und 2 GWB sollen zukünftig durch folgende Regelung ersetzt werden:

> *„Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, hat die sofortige Beschwerde keine aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer.“*

Konsequenz dieser Regelung ist, dass, wenn der Antragsteller erstinstanzlich unterliegt, das Zuschlagsverbot unmittelbar mit der Entscheidung der Vergabekammer und nicht erst nach Ablauf der Beschwerdefrist entfällt.

Ziel ist eine Beschleunigung der Vergabe öffentlicher Aufträge, so wie es bereits im Koalitionsvertrag aufgenommen wurde. Dort heißt es in den Zeilen 2084-2086:

> *„Wir werden die Vergabe öffentlicher Aufträge beschleunigen, indem die aufschiebende Wirkung der Rechtsmittel gegen Entscheidungen der Vergabekammer zu den Oberlandesgerichten entfällt.“*

Damit entfällt die Bedeutung des Beschwerdeverfahrens. Ein Auftraggeber kann mit sofortiger Beschwerde sein – eigentliches – Rechtsschutzbedürfnis nicht mehr erreichen. Sein primäres Ziel, den Auftrag zu erhalten, wird er nach einer Niederlage vor der Vergabekammer nicht mehr durchsetzen können. Ihm verbleibt dann nur noch die Möglichkeit einer Schadensersatzklage vor den Zivilgerichten.

Die mit der Änderung beabsichtigte Einschränkung der gerichtlichen Überprüfbarkeit der Entscheidungen der Vergabekammern, könnte außerdem auch die Einheitlichkeit und Fortentwicklung der vergaberechtlichen Rechtsprechung gefährden. In der Konsequenz werden die Oberlandesgerichte zukünftig keine Möglichkeit mehr haben, die Entscheidungen der Vergabekammern abzuändern.

Aus Sicht der Bundesrechtsanwaltskammer bestehen gegen die Neuregelung vor allem europarechtliche und verfassungsrechtliche Bedenken.

2.1 Vereinbarkeit der Neuregelung mit EU-Recht?

Ausweislich der Begründung des Referentenentwurfs hält der Gesetzgeber den Ausschluss des gerichtlichen Primärrechtsschutzes für zulässig. Dabei **wird verkannt, dass die Vergabekammern „Nachprüfungsstellen“ sind, jedoch keine „Gerichte“ im Sinne des deutschen oder europäischen Rechts.**

Art. 2 Abs. 9 der Richtlinie 2007/66/EU legt fest, dass eine behauptete rechtswidrige Maßnahme der Nachprüfungsstelle oder ein behaupteter Verstoß bei der Ausübung der ihr übertragenen Befugnisse zum Gegenstand einer Klage oder einer Nachprüfung bei einer anderen von dem öffentlichen Auftraggeber und der Nachprüfungsstelle unabhängigen Stelle, die ein Gericht im Sinne des Artikels 234 des Vertrages ist, gemacht werden können muss.

Diesem Wortlaut ist zu entnehmen, dass die **Entscheidungen der Vergabekammern gerichtlich überprüfbar sein müssen, wenn sie selbst keine Gerichte sind**. Nach dem Referentenentwurf des BMWE seien die Vergabekammern jedoch überprüfungsfähige Gerichte, weshalb es keiner weiteren Überprüfung durch ein (weiteres) Gericht bedarf.

Wie dargelegt, stellen die Vergabekammern jedoch gerade keine „Gerichte“ im deutschen bzw. europarechtlichen Sinne dar.

2.2 Vereinbarkeit der Neuregelung mit Verfassungsrecht?

Ausweislich der Begründung zum Referentenentwurf würde kein verfassungswidriger Verstoß gegen das Rechtsschutzprinzip aus Art. 19 Abs. 4 GG vorliegen. Zur Begründung wird der Beschluss des BVerfG vom 13. Juni 2006 (1 BvR 1160/03) herangezogen. In dieser Entscheidung – die aber den Unterschwellenbereich betrifft – stellt das BVerfG darauf ab, dass sich der Staat in der Rolle des Nachfolgers nicht grundlegend von anderen Marktteilnehmern unterscheide und deshalb keine öffentliche Gewalt ausüben würde.

Gerade weil die zur Begründung herangezogene Entscheidung „lediglich“ den Unterschwellenbereich betrifft, kann sie nicht zur Begründung der beabsichtigten Neuregelung herangezogen werden. Das Rechtsschutzsystem des GWB – also im Oberschwellenbereich – dient gerade der Durchsetzung subjektiver Rechte.

Im Vergleich mit dem Vergaberecht des GWB stellt das BVerfG in der benannten Entscheidung gerade ausdrücklich klar, dass das Vergaberecht im Unterschwellenbereich anders zu behandeln ist. Im Unterschwellenbereich ist das Vergaberecht Teil des öffentlichen Haushaltsrechts und bleibt daher Innenrecht der Verwaltung.

Mit der Abschaffung der aufschiebenden Wirkung wird die Möglichkeit der Überprüfung der Entscheidung der Vergabekammern durch ein Gericht genommen. Damit besteht nicht mehr die Möglichkeit im Bereich der Auftragsvergaben gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen, **es wird gegen das Gebot effektiven Rechtsschutzes verstoßen**.

Einem Bieter steht damit faktisch kein Primärrechtsschutz bei öffentlichen Auftragsvergaben zu.

Die Bundesrechtsanwaltskammer lehnt die Abschaffung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsmittels gegen die den Nachprüfungsantrag abweisende Entscheidung der Vergabekammer ab.

* * *