

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie

Per E-Mail: [buero-ib3@bmwe.bund.de](mailto:buero-ib3@bmwe.bund.de)

#### Aktenzeichen

340/25

#### Datum

28. Juli 2025

### Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie eines Gesetzes zur Beschleunigung der Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabebeschleunigungsgesetz) vom 8. Juli 2025

Sehr geehrte Damen und Herren,

die mit dem Entwurf verfolgten Ziele werden zwar grundsätzlich begrüßt. Soweit wir die Einzelregelungen nicht kommentiert haben, steht ihnen aus unserer Sicht auch nichts entgegen.

Einige Regelungen sind allerdings nur schwer handhabbar und werden den Verwaltungsaufwand eher vergrößern als verkleinern.

Wir nehmen hierzu im Einzelnen Stellung, möchten aber drei Gesichtspunkte voranstellen. Wir sehen in unserer anwaltlichen Praxis in derzeit allein mehr als zehn Bundesländern drei Problemschwerpunkte des geltenden Vergaberechts bzw. des Umgangs damit, derer sich die neue Bundesregierung und der neue Bundestag annehmen sollten. Der vorliegende Entwurf behandelt nur einen davon, und dies leider unzureichend.

1)

Die vorgesehenen Neuregelungen zum Rechtsschutz erweisen sich als beinahe gänzlich verzichtbar, illiberal und grundrechtsfeindlich. Förderlich ist es – ganz im Gegenteil zur jetzigen Stoßrichtung und so wie in den USA, wo die Anrufung der GAO nur einen symbolischen Betrag kostet –, das

**Dr. Christoph Kins** <sup>N,1,2,3</sup>  
**Ronny Lohmann** <sup>L,1,2,3</sup>  
**Daniel Hohmann** <sup>MD,2,3</sup>  
**Christian Wiere** <sup>MD,2</sup>  
**Prof. Dr. Marc Gabriel** <sup>B,1,2,3,5,6,7</sup>  
**Dr. Stefan Schmidt** <sup>L,2,3</sup>  
**Christian Schötzig** <sup>L,2,3</sup>  
**René Gesse** <sup>L,2,3</sup>  
**Stefan Didt** <sup>L,2,4</sup>  
**Anne Grahl** <sup>L,2,3</sup>  
**Karl Heuser** <sup>M,2,3</sup>  
**Friedrich Schnoor** <sup>L,2</sup>  
**Dr. Ferdinand Moors** <sup>L,2</sup>  
**Achim Wiesmann** <sup>L,2</sup>  
**Margarita Bruch** <sup>L,2</sup>  
**Valerie Keck** <sup>L,2</sup>  
**Daniel Schölzel** <sup>L,2</sup>  
**Jürgen Leindecker** <sup>2,8</sup>

<sup>1</sup> Geschäftsführer

<sup>2</sup> Rechtsanwalt

<sup>3</sup> Fachanwalt für Vergaberecht

<sup>4</sup> Fachanwalt für Bau- und

Architektenrecht

<sup>5</sup> Fachanwalt für Verwaltungsrecht

<sup>6</sup> Fachanwalt für Medizinrecht

<sup>7</sup> LL.M. (NTU UK)

<sup>8</sup> Of Counsel

<sup>8</sup> Berlin

<sup>L</sup> Leipzig

<sup>M</sup> München

<sup>MD</sup> Magdeburg

<sup>N</sup> Naumburg

#### Rechtsform

Sitz: Leipzig

AG Leipzig HRA 19638

phG: **abante** Management

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Sitz: Leipzig

AG Leipzig HRB 37278

#### Kontakt

[info@abante.de](mailto:info@abante.de)

[www.abante.de](http://www.abante.de)

#### Bankverbindung

DE14 1203 0000 1033 0683 11

Deutsche Kreditbank

USt-IdNr.: DE294948107

#### Leipzig

Lessingstr. 2  
04109 Leipzig  
T 0341 238 203 00  
F 0341 238 203 29

#### Magdeburg

Hegelstr. 39  
39104 Magdeburg  
T 0391 289 227 70  
F 0391 289 227 79

#### Berlin

Pariser Platz 6 A  
10117 Berlin  
T 030 300 149 3099  
F 030 300 149 3030

#### Naumburg

Kösener Str. 14  
06618 Naumburg

Nachprüfungsverfahren 1. Instanz kostenfrei zu stellen. Dies hebt die Vergabequalität, spart Geld, indem fehlerhafte Zuschläge verhindert werden, und trägt dazu bei, dass auch tatsächlich der beste Bieter gewinnt – und nicht derjenige mit den größten finanziellen Ressourcen.

2)

Weiterhin ist es sinnvoll, anstatt lückenhafte, schwer anzuwendende Einzelfall-Ausnahmeregelungen zum Losaufteilungsgrundsatz vorzusehen, die Abwägung als Auftraggeber-Proprium zu definieren und der richterlichen Kontrolle stärker zu entziehen als bisher. Denn das Kernproblem ist, dass die Anforderungen, die ein Teil der Rechtsprechung aus den gesetzlichen Vorgaben entwickelt hat, oft genug schlichtweg nicht zu erfüllen sind. Es sollte also angestrebt werden, die Neigung der Rechtsprechung einzuhegen, Detailbetrachtungen zur Güte der Abwägungen anzustellen.

Flankierend hierzu ist es sinnvoll, die Aufnahme und Bewertung eines gesetzlich näher zu definierenden Mittelstandsförderungskonzepts durch den Auftraggeber als Kompensationsmaßnahme gesetzlich anzuerkennen, sodass auch – infolge fehlerhafter Abwägung: rechtswidrige – Gesamtvergaben als geheilt anzusehen sind, wenn nur ein solches Mittelstandsförderungskonzept Vertrags- und Vergabebestandteil wurde.

3)

Die Vergabepraxis leidet schließlich unter einer oftmals erratischen, regelrecht zufällig wirkenden Praxis der Verwendungsnachweisprüfung. Wir verweisen insoweit auf die einstimmig beschlossene 5. Empfehlung des 10. Deutschen Baugerichtstags vom 23./24. Mai 2025, wonach die Normgeber durch eine Überarbeitung der bestehenden Bestimmungen (VV zu § 44 LHO/BHO, ANBest etc.) investitionshemmende Rückforderungsrisiken reduzieren sollen, insbesondere Rechtsklarheit über die Anwendung des jeweiligen Vergaberegimes schaffen und Rückforderungen auf solche Fälle begrenzen sollen, in denen der zur Rückforderung berechtigende Verstoß gegen das Vergaberecht nachweislich wirtschaftliche Folgen hatte.

Im Folgenden nehmen wir im Einzelnen zu den beabsichtigten Neuregelungen Stellung:

#### Artikel 1 Nr. 2 lit. a)

Der Regelungsentwurf wird begrüßt.

#### Artikel 1 Nr. 2 lit. b)

§ 97 Abs. 4 S. 4 GWB-RefE wird abgelehnt.

Es ist schon vom Wortlaut her unklar, ob alle aus dem Sondervermögen Infrastruktur und Klimaneutralität finanzierten Vorhaben dringlich sind, oder ob es sich um ausgewählte

Vorhaben handelt. Es erschließt sich zudem nicht, warum bei verhältnismäßig größeren Vorhaben eher auf die Losaufteilung verzichtet werden soll als bei verhältnismäßig kleineren Vorhaben. Kleinstlose, die zudem eher anfällig für Nachprüfungsverfahren sind, entstehen eher bei kleineren Vorhaben. Drittens bereitet es vielen Auftraggebern große Schwierigkeiten den Auftragswert zu bestimmen. Zum einen werden die teils unklaren Bestimmungen des § 3 VgV (z.B. Absatz 6) nicht beherrscht. Zum anderen sind die Schätzungen nicht hinreichend konkret oder veraltet. Die Zulässigkeit einer Gesamtvergabe von der fehleranfälligen Auftragswertschätzung abhängig zu machen, überzeugt – auch – unter diesem Gesichtspunkt nicht.

§ 97 Abs. 4 S. 5 GWB-RefE wird ebenfalls abgelehnt.

Die Regelung erhöht den Verwaltungsaufwand, anstatt ihn zu verringern, weil die Auftraggeber vor jeder Gesamtvergabe dokumentieren müssen, ob und auf welche Weise sie von ihrem Ermessen („können“) Gebrauch machen. Zugleich wird nicht deutlich, in welchem Zusammenhang die Wahl der Möglichkeit im neuen Satz 5 mit der Zulässigkeit der Gesamtvergabe steht.

#### Artikel 1 Nr. 3 lit. a)

§ 103 Abs. 1 GWB-RefE wird ebenfalls abgelehnt.

Offenbar wird versucht, die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in Gesetzesform zu gießen, z.B. EuGH vom 21.12.2016 (Rs. C-51/15), vom 18.10.2026 (Rs. C-606/17), vom 28.05.2020 (Rs. C-796/18) und vom 10.09.2020 (Rs. C-367/19). Die Gefahr besteht, eine Zivilrechtsakzessorietät des Vergaberechts des vierten Teils des GWB zu behaupten, die aufgrund der europarechtlichen Herkunft des Entgeltlichkeitsbegriffs gar nicht besteht. Besser ist es, auf eine Schärfung des Begriffs der Entgeltlichkeit bei der anstehenden Neufassung der EU-Vergaberichtlinien zu drängen, anstatt vorzupreschen und den irrigen Eindruck zu erwecken, die Begriffsbildung lehne sich an das deutsche Zivilrecht an.

#### Art. 1 Nr. 7 lit. c)

§ 108 Abs. 6 GWB-RefE kann wie vorgeschlagen geändert werden.

Offenbar wird versucht, die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in Gesetzesform zu gießen (vgl. EuGH vom 10.09.2020 (Rs. C-367/19)). Besser ist es, die Neufassung der Richtlinien zu beeinflussen und abzuwarten. In der Zwischenzeit schafft die vorgeschlagene Regelung allerdings größere Klarheit als § 108 Abs. 6 GWB in der derzeitigen Fassung.

#### Art. 1 Nr. 7 lit. d)

§ 108 Abs. 7 GWB-RefE wird abgelehnt.

Es stellen sich Zweifelsfragen, z.B.:

Die Rechtspraxis arbeitet bisher schon mit Betrauungsakten, sodass sich zunächst die Frage stellt, warum es dieser Klarstellung überhaupt bedarf.

Es ist unklar, für wen die Erkennbarkeit bestehen muss, ob die Betrauung künftig veröffentlicht werden muss etc.

Art. 1 Nr. 11

§ 122 Abs. 3 GWB-RefE wird begrüßt.

Art. 1 Nr. 11

§ 122 Abs. 4 GWB-RefE wird abgelehnt.

Diese Änderung versucht, für Fragen der Verhältnismäßigkeit zu sensibilisieren, erhöht jedoch den bürokratischen Aufwand, da sie abzuarbeitende Prüfungsstationen etabliert (insbesondere „sowie dem Auftragswert in einem angemessenen Verhältnis stehen“), die derzeit regelmäßig schlicht mitgedacht werden und keine echten Probleme in der Vergabepraxis bereiten.

§ 122 Abs. 4 S. 3 GWB-RefE reagiert auf die Rechtsprechung zur Bekanntmachung von Eignungskriterien und die Frage, ob und ggf. welche Verlinkung der Fundstelle der Eignungskriterien künftig ausreicht. Die Rechtsprechung ist jedoch bereits an einen vorläufigen Endpunkt gekommen, nämlich dass der „Deeplink“ auf die Eignungskriterien ausreicht.

Wieder wird also nicht deutlich, warum der Gesetzgeber nun deutsche Rechtsprechung kodifizieren möchte, anstatt auf die derzeit erörterte Richtlinienfassung Einfluss zu nehmen, die möglicherweise sowieso eine Neufassung des Gesetzes bedingen wird.

Auch erscheint die vorgeschlagene Regelung in Satz 3 als zu kleinteilig, um in den vierten Teil des GWB aufgenommen zu werden.

Schließlich macht die sprachliche Fassung nicht so recht deutlich, ob nun ein Deeplink auf ein gesondertes Dokument ausreicht, oder ob ein Link nebst Erläuterungen als zureichend empfunden wird. Wenn letzteres der Fall ist, ist die Regelung unionsrechtswidrig, denn sie verletzt Art. 58 Abs. 5 RL 2014/24/EU.

Artikel 1 Nr. 12 lit. a)

§ 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB-RefE wird abgelehnt.

Fehlerhafte Ausschlüsse, gestützt auf § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB, verursachen beträchtliche Schadensersatzrisiken für öffentliche Auftraggeber. Daher sind vermeintliche Absenkungen des Beweismaßes, die noch dazu inhärent unklar sind („nachweislich“ versus „auf geeignete Weise nachweisen“), abzulehnen.

#### Artikel 1 Nr. 12 lit. b)

§ 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB-RefE wird – im Ergebnis – abgelehnt.

Dies ist eine grundsätzlich bedeutsame Veränderung. Das Kernproblem des Schlechtleistungsausschlusses ist jedoch die Nachweisbarkeit der Schlechtleistung in einem anderen Auftrag; es wird durch diese Regelung nicht angetastet.

Ferner ist darauf hinzuweisen, dass nicht jede Forderung nach Schadensersatz als ausreichend angesehen werden wird. So sind Schadensersatzbegehren schnell erhoben, später werden sie dann still und heimlich fallen gelassen. Hier wird die Rechtspraxis sich Gedanken machen müssen, wie mit dem nur zum Zwecke der Herbeiführung der Voraussetzungen von § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB erhobenen Schadensersatzforderung und wie mit Schadensersatzforderungen, die sich als letztlich unbegründet erweisen, umzugehen ist. Dies wird eine erhebliche Rechtsunsicherheit mit sich bringen.

Wenn tatsächlich das Ziel verfolgt werden soll, Bürokratie abzubauen, ist die Regelung abzulehnen. Die aufgezeigten Folgeprobleme wiegen aus hiesiger Sicht zu schwer.

#### Artikel 1 Nr. 15 lit. b)

§ 135 Abs. 4 GWB-RefE wird abgelehnt.

Zum einen trifft die Regelung kaum auf nennenswerten Anwendungsfälle. Nichtigkeitsfeststellungsverfahren sind selten. Zum anderen löst sie das Problem der Nachprüfungsverfahrensdauer nicht. Im Gegenteil: Es verschärft dieses Problem, weil die Nachprüfungsinstanzen nun auch über die Verhängung einer Geldsanktion befinden müssen. Die Verfahrensdauer ist insbesondere bei Nichtigkeitsfeststellungsverfahren problematisch, weil die anfechtbaren Verträge in der Zwischenzeit oftmals vollzogen werden und bei Erfolg des Nichtigkeitsfeststellungsantrags rückabzuwickeln sind. Zum Dritten verkürzt die Regelung den Rechtsschutz massiv, und zwar in den oftmals besonders „roten“ Fällen, in denen das Vergaberecht mit Füßen getreten wurde.

Zugleich werden ganz wesentliche Fragen nicht beantwortet: Wer erhält die Geldsanktion? Kann der Antragsteller bei Wahl der Laufzeitverkürzung Beschwerde mit dem Ziel der Verhängung einer Geldsanktion erheben?

Schließlich ist die Verhängung einer Geldsanktion u.U. gravierender als die Nichtigkeitssanktion. Ein nichtiger Vertrag ist das eine. Leistung und Gegenleistung werden dem Wert nach saldiert, oftmals passiert nach entsprechender Nichtigkeitsfeststellung wirtschaftlich betrachtet nichts. Anders sieht es bei einer Geldsanktion aus. Die Sanktion muss bezahlt werden, und dafür haften u.U. auch Mitarbeiter des Auftraggebers. Für viele Auftraggeber – und ihre Mitarbeiter – stellte eine solche Sanktion ein weitaus größeres Problem dar als die derzeitige Nichtigkeitsfolge. Daher kann nicht nachvollzogen werden, warum die Regelung zu einer Beschleunigung von Vergabeverfahren führen soll. Das Gegenteil wird der Fall sein.

Auch in Fällen, in denen sich der Auftraggeber – was vor allem im Bereich der Daseinsvorsorge geschieht – über die Nichtigkeitsfolge hinwegsetzt, vermag die zusätzliche Sanktionsmöglichkeit keine sachgerechte Lösung zu schaffen. Wirtschaftsteilnehmer, deren subjektive Rechte verletzt wurden, müssen durch Einlegung eines primärrechtlichen Rechtsbehelfs diese fortdauernde Verletzung abstellen können. Mit diesem essenziellen Grundsatz bricht die Neuregelung und führt dazu, dass Antragsteller objektive Rechte einklagen. Konsequenz zu Ende gedacht, öffnet dies Möglichkeiten zur Popularklage, was zu einem deutlich erhöhten Verfahrensaufkommen führen dürfte und somit das Ziel der Novelle konterkarieren.

#### Art. 1 Nr. 18 lit. a) bb)

§ 157 Abs. 5 S. 7 GWB-RefE soll dahin geändert werden, dass die Geschäftsordnungen zu veröffentlichen sind.

#### Art. 1 Nr. 20

§ 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 GWB-RefE wird abgelehnt.

Die Entwurfsbegründung kann keinen Beispielsfall für einen solchen Missbrauch nennen. Abgesehen davon steht jeder Rechtsbehelf in Deutschland unter dem Missbrauchsverbot; es fehlt dann das Rechtsschutzbedürfnis. Offensichtlich unzulässige, weil missbräuchliche Anträge stellt die Vergabekammer schon jetzt nicht zu. Daher scheint es so, als sollte mit dieser Regelung ein – rechtsstaatswidriges – Signal gesetzt werden. Das passt – leider – ins Bild.

#### Art. 1 Nr. 25

§ 166 Abs. 1 S. 4 GWB-RefE wird abgelehnt.

Eine Ausweitung des Rechts, nach der Lage der Akten zu entscheiden, verletzt die Verfahrensgrundrechte der Antragstellerseite und schadet dem Rechtsfrieden, der vor allem durch eine mündliche Verhandlung gefördert werden kann.

#### Art. 1 Nr. 26

Wenn an § 166 Abs. 1 S. 4 GWB-RefE festgehalten wird, sollte § 167 Abs. 1 S. 1 GWB-RefE dahin ergänzt werden, dass bei Verlängerung wegen besonderer rechtlicher oder tatsächlicher Schwierigkeiten eine Entscheidung nach Lage der Akten ausscheidet.

#### Art. 1 Nr. 29

§ 173 Abs. 1 GWB-RefE wird abgelehnt.

Wir verweisen zunächst auf die Stellungnahme des DAV vom 23. Juli 2025.

Darüber hinaus wird die Beschränkung des effektiven vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes zu einem erhöhten Aufkommen an Schadensersatzklagen führen. Die Verfasser des Referentenentwurfs gehen selbst davon aus, dass die Grundsätze aus EuGH-Ingsteel (C-547/22) Anwendung finden. Danach können Wirtschaftsteilnehmer den Verlust ihrer Umsatzchance, der in Folge des rechtswidrigen Zuschlags besteht, als Schadensposition geltend machen.

Öffentliche Auftraggeber werden selbst nach für sie positiver erstinstanzlicher Entscheidung eine risikoreiche Entscheidung treffen müssen, die den Vergabeprozess insgesamt eher lähmen als beschleunigen wird: Erteilen wir bereits jetzt den Zuschlag mit dem Wissen, dass wir – sollte die zweite Instanz zu einem anderen Ergebnis kommen – uns schadensersatzpflichtig machen? Letztlich könnte diese Regelung dazu führen, dass neben der ohnehin für die Auftragsvergabe zu zahlenden Vergütung weitere Unternehmen, die unterlegenen Bieter aus dem rechtswidrig durchgeführten Vergabeverfahren, zu kompensieren sind. Im für ihn negativsten Szenario zahlt der öffentliche Auftraggeber den für die Leistung vorgesehenen Betrag zweifach.

Es ist nicht unwahrscheinlich, dass die hervorgerufene Rechtsunsicherheit, bei gleichzeitigen schwerwiegenden tatsächlichen Folgen einer präjudiziellen zweitinstanzlichen Entscheidung, Vergabeprozesse lähmt.

#### Art. 1 Nr. 32

Die Streichung des § 177 GWB wird abgelehnt.

Die bisherige Regelung diszipliniert den Auftraggeber dahin, keine von vornherein aussichtslosen Vorabgestattungsanträge zu stellen. Dies entlastet und beschleunigt zugleich das Nachprüfungsverfahren 2. Instanz.

Art. 7 Nr. 2

§ 2 S. 2 VgV-RefE wird abgelehnt.

Planungsleistungen sind auch von Unionsrechts wegen keine Bauauftragslose. Wir verweisen auf die Ausarbeitung von Kins, in: Vergabeblog.de vom 21/05/2024 Nr. 56576. Das Gutachten von Prof. Burgi weist zahlreiche argumentative und systematische Schwächen auf. Die Regelung ist unionsrechtswidrig.

Abgesehen davon verführt sie zu Fehlern in der Rechtsanwendung. Die Auftraggeber sind im Zeitpunkt der Planungsleistungsleistungvergabe nicht in der Lage, die späteren Ausführungsleistungen als wie auch immer geartete Lose zu beschreiben. Sie können also z.B. keinen Gebrauch machen von der 80/20-Regel, zu deren Anwendbarkeit der vorliegende Entwurf keine (nötige) Klarstellung enthält.

Gezeichnet: Die Rechtsanwälte der Kanzlei