



Deutscher **Anwalt**Verein

# Stellungnahme

## des Deutschen Anwaltvereins vorbereitet durch den Ausschuss Vergaberecht

**zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für  
Wirtschaft und Energie eines Gesetzes zur Beschleunigung  
der Vergabe öffentlicher Aufträge  
(Vergaberechtsbeschleunigungsgesetz)  
Stand: 23.07.2025, 16:17 Uhr**

Stellungnahme Nr.: 41/2025

Berlin, im Juli 2025

### Mitglieder des Ausschusses

- Rechtsanwalt Dr. Olaf Otting, Hanau (Vorsitzender)
- Rechtsanwältin Dr. Nicola Ohrmann, Essen
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Marius Raabe, Kiel
- Rechtsanwalt Dr. Thomas Stickler, Leipzig
- Rechtsanwalt Bernhard Stolz, München
- Rechtsanwältin Dr. Andrea Vetter, Stuttgart

### Zuständig in der DAV-Geschäftsstelle

- Tim Sander, Geschäftsführer, Berlin

**Deutscher Anwaltverein**  
Littenstraße 11, 10179 Berlin  
Tel.: +49 30 726152-0  
Fax: +49 30 726152-190  
E-Mail: [dav@anwaltverein.de](mailto:dav@anwaltverein.de)

**Büro Brüssel**  
Rue Joseph II 40, Boîte 7B  
1000 Brüssel, Belgien  
Tel.: +32 2 28028-12  
Fax: +32 2 28028-13  
E-Mail: [bruessel@eu.anwaltverein.de](mailto:bruessel@eu.anwaltverein.de)  
EU-Transparenz-Registernummer:  
87980341522-66

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV versammelt ca. 60.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie Anwaltsnotarinnen und Anwaltsnotare, die in 253 lokalen Anwaltvereinen im In- und Ausland organisiert sind. Er vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene. Der DAV ist im Lobbyregister für die Interessenvertretung gegenüber dem Deutschen Bundestag und der Bundesregierung zur Registernummer R000952 eingetragen.

---

## **A Einleitung**

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie hat den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabebeschleunigungsgesetz) vorgelegt. Er beruht auf dem in der letzten Legislaturperiode bereits beratenen Entwurf eines „Vergabetransformationsgesetzes“.

Der DAV begrüßt die auch mit dem jetzigen Entwurf verfolgten **Ziele der Vereinfachung, Beschleunigung und Digitalisierung**.

Der DAV wendet sich indessen mit Nachdruck gegen die vorgesehenen **Einschränkungen des Vergaberechtsschutzes** durch den Entfall der aufschiebenden Wirkung in der Beschwerdeinstanz. Der Vorschlag wirft erhebliche verfassungs- und europarechtliche Bedenken auf. Er verkürzt den Rechtsschutz der Bieter, verursacht Rechtsunsicherheit und kann zur Zersplitterung der Rechtslage führen. Ein effizienter Vergaberechtsschutz ist als Garant für eine rechtskonforme öffentliche Auftragsvergabe unabdingbar. Mit dem Ziel der Beschleunigung kann dieser Vorschlag angesichts der überschaubaren Zahl der Beschwerdeverfahren nicht gerechtfertigt werden.

## **B Für einen effizienten vergaberechtlichen Rechtsschutz**

### **1. Ausschluss der aufschiebenden Wirkung gem. Art. 1 Nr. 29 des Referentenentwurfs**

§ 173 Abs. 1 und 2 GWB soll künftig durch folgende Vorschrift ersetzt werden (Art. 1 Nr. 29 des Gesetzentwurfs):

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

Ist der Antragsteller unterlegen, entfällt das Zuschlagsverbot künftig unmittelbar mit der Entscheidung der Vergabekammer, nicht erst nach Ablauf der Beschwerdefrist. Denn es wird mit Art. 1 Nr. 27 des Entwurfs auch ein neuer § 169 Abs. 1 Satz 2 GWB eingefügt. Das Zuschlagsverbot wirkt nur fort, wenn die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung durch Untersagung des Zuschlags abgelehnt hat. Der unterlegene Antragsteller kann künftig sein Ziel, den Auftrag zu erhalten, nach einer Niederlage vor der Vergabekammer nicht mehr mit der sofortigen Beschwerde durchsetzen („Primärrechtsschutz“). Allenfalls kann er mit einer „Feststellungsentscheidung“ noch den Boden für eine Schadensersatzklage bereiten („Sekundärrechtsschutz“).

### **2. Europarechtliche Bedenken**

Die Entwurfsbegründung (S. 71) hält diesen faktischen Ausschluss des gerichtlichen Primärrechtsschutzes für zulässig. Das Europarecht verlange nur eine gerichtliche Instanz, so der EuGH in der Sache CROSS (Urt. v. 18.01.2024, Rs. C-303/22).

Es kommt jedoch darauf an, dass die Instanz ein Gericht ist.

Art. 2 Abs. 9 der RI. 2007/66/EU lautet nämlich:

*„Eine Nachprüfungsstelle, die kein Gericht ist, muss ihre Entscheidung stets schriftlich begründen. Ferner ist in diesem Falle sicherzustellen, 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 Vertrags ist, gemacht werden können.“*

Die Richtlinie geht also davon aus, dass „Nachprüfungsstellen“ eingerichtet werden. Deren Entscheidungen müssen gerichtlich überprüfbar sein, wenn sie selbst keine Gerichte sind. Die Entwurfsbegründung argumentiert, die Vergabekammern seien Gerichte im Sinne der Rechtsmittelrichtlinie, da der EuGH die Vorlageberechtigung der Vergabekammer nach Art. 267 AEUV (früher: Art. 234 EGV) bekanntlich bejaht habe. Art. 2 Abs. 9 der Rechtsmittelrichtlinie 2007/66/EU verlange zwar die Überprüfung durch ein Gericht, jedoch nur die Überprüfung durch ein Gericht im Sinne des Art. 267 AEUV. Gericht in diesem Sinne sei die Vergabekammer, einer Überprüfung durch ein (weiteres) Gericht bedürfe es nicht.

Jedoch ist die Vergabekammer nach deutschem Recht eine „Nachprüfungsstelle, die kein Gericht ist“. Dass die Rechtsmittelrichtlinie die Entscheidungen solcher, nichtgerichtlicher Instanzen überprüfungs frei stellen will, kann aus der Entscheidung über die Vorlageberechtigung der Vergabekammern nicht geschlossen werden.

### **3. Verfassungsrechtliche Bedenken**

Einwänden begegnet auch die verfassungsrechtliche Argumentation der Entwurfsbegründung, Art. 19 Abs. 4 GG finde keine Anwendung. Das habe das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) bestätigt, da der Staat als Nachfrager nicht hoheitlich handele. Das BVerfG habe im Beschluss vom 13.06.2006 (1 BvR 1160/03) entschieden, es obliege der zulässigen Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, im Hinblick auf Vergabeentscheidungen das Interesse des Auftraggebers und des erfolgreichen Bieters an einer zügigen, wirtschaftlichen

Abwicklung des öffentlichen Auftrags dem Interesse des Beschwerdeführers an Primärrechtsschutz vorzuziehen und diesen auf Sekundärrechtsschutz zu beschränken. Diese zum Unterschwellenrecht ergangene Entscheidung sei auf den Anwendungsbereich des Vierten Teils des GWB übertragbar.

Die in Bezug genommene Entscheidung des BVerfG gibt diese Schlussfolgerungen freilich nicht her, im Gegenteil. In dem Verfahren ging es um die Frage, ob aufgrund des Gleichheitssatzes der Unterschwellenrechtsschutz ebenso effizient ausgestaltet sein muss wie das Rechtsschutzsystem des GWB. Das hat das BVerfG verneint. Daraus den Umkehrschluss zu ziehen, der europarechtlich determinierte Oberschwellenrechtsschutz dürfe ebenso ineffizient sein wie der unterhalb der Schwelle, ist nicht nur methodisch unkorrekt. Aus den Entscheidungsgründen des BVerfG folgt anderes. Das BVerfG betonte die Unterschiede zwischen dem europarechtlich determinierten Vergaberecht des GWB, das der Durchsetzung subjektiver Rechte dient, gegenüber dem Unterschwellenbereich, wo „das Vergaberecht Teil des öffentlichen Haushaltsrechts und insofern Innenrecht der Verwaltung“ bleibe (juris, Rn. 15). Daher dürfe der Gesetzgeber beide Sphären unterschiedlich behandeln. Damit legt die Entscheidung des BVerfG – ganz anders als von der Entwurfsbegründung dargestellt – eher sogar nahe, dass der Rechtsschutz oberhalb der Schwelle effizienter sein muss als unterhalb

Überhaupt nicht erwähnt wird in der Begründung die Entscheidung des BVerfG vom 29.07.2004 (2 BvR 2248/03), die zum Oberschwellenrechtsschutz ergangen ist. Das BVerfG geht entgegen der Entwurfsbegründung unzweifelhaft von der Anwendung des Art. 19 Abs. 4 GG aus und betont die Notwendigkeit effizienter gerichtlicher Überprüfung angesichts des Eilverfahrenscharakters des Vergaberechtsschutzes:

*„Art. 19 IV GG eröffnet den Rechtsweg gegen jede behauptete Verletzung subjektiver Rechte durch ein Verhalten der öffentlichen Gewalt. Gewährleistet wird nicht nur das formelle Recht, die Gerichte anzurufen, sondern auch eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle (vgl. BVerfGE 35, 263 [274] = NJW 1973, 1491; BVerfGE 35, 382 [401f.] = NJW 1974, 227; BVerfGE 37, 150 [153] = NJW 1974, 1079; BVerfGE 65, 1 [70] = NJW 1984, 419; BVerfGE 93, 1 [13] = NJW 1995, 2477; BVerfG [3. Kammer des Zweiten Senats], Beschl. v.*

*21. 8. 2001, NJW 2001, 3770; 2. Kammer des Ersten Senats], Beschl. v. 15. 8. 2002, NJW 2002, 3691). Das Erfordernis effektiven Rechtsschutzes enthält in Verfahren, in denen ein Primärrechtsschutz zur Abwendung von Gefahren und möglicher Nachteile begeht wird, auch das Gebot, dass durch den gerichtlichen Rechtsschutz so weit wie möglich der Schaffung vollendeter Tatsachen zuvor zu kommen ist (vgl. BVerfGE 93, 1 [13] = NJW 1995, 2477; BVerfG [2. Kammer des Ersten Senats], Beschl. v. 15. 8. 2002, NJW 2002, 3691 [3692]).“*

Die „Schaffung vollendeter Tatsachen“ wird entgegen dieser verfassungsrechtlichen Maßgabe die Regel, ohne dass ein Gericht i. S. d. Art. 19 Abs. 4 GG überhaupt die Gelegenheit zur Überprüfung bekommt.

#### **4. Sinn und Zweck des Vergaberechtsschutzes**

Vergaberechtsschutz ist kein lästiger Hemmschuh, sondern garantiert die Rechtmäßigkeit staatlichen Handelns. Aus guten Gründen hat sich der deutsche Gesetzgeber Ende der 1990er-Jahre zur Einführung subjektiver Rechte entscheiden.

Das Nachprüfungsverfahren vor Vergabekammer und OLG löste die „haushaltsrechtliche Lösung“ ab, die in Vorschriften des Haushaltsgundsätzgesetzes (HGrG) die Überprüfung der Vergabe öffentlicher Aufträge (nur) durch sog. Vergabeprüfstellen und Vergabeüberwachungsausschüsse vorsah, aber gerichtlichen Rechtsschutz ausschloss. Man musste aber – nicht zuletzt aufgrund eines Vertragsverletzungsverfahrens – einsehen, dass die Vergaberichtlinien (auch) der Durchsetzung fairer Marktzutrittschancen der Unternehmen dienen und mithin subjektive Rechte begründen. Die Zielsetzung des Vergaberechtsänderungsgesetzes wurde in der Gesetzesbegründung vom 03.12.1997 (BT-Drs. 13/9340) wie folgt formuliert:

*„Das Gesetz dient der vollständigen Umsetzung der EG-Richtlinien im Bereich des öffentlichen Auftragswesens. Im Einklang mit dem europäischen Recht sollen die Bieter einen Anspruch darauf haben, daß die ihren Schutz bezeichnenden Vergabevorschriften von den Vergabestellen eingehalten*

werden. **Dies zieht im Hinblick auf Artikel 19 Abs. 4 des Grundgesetzes notwendigerweise einen gerichtlichen Rechtsschutz nach sich.“**  
(Hervorhebung nicht im Orig.).

Die Anwendbarkeit der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG stand für den Gesetzgeber seinerzeit außer Frage. Der Staat beschafft zwar mit Mitteln des Zivilrechts, ist aber kein Nachfrager wie jeder andere. Schließlich gibt es aus guten Gründen ein Sonderbeschaffungsrecht, das eben nur für den öffentlichen Auftraggeber gilt.

Dass Bieter das Recht haben, rechtswidrige Entscheidungen einem Gericht zur Überprüfung zu stellen, ist die Konsequenz der durch die Umsetzung der EU-Richtlinie gebotenen „kopernikanischen Wende“ des deutschen Vergaberechts: Vom bloßen Verwaltungsbinnenrecht zum Instrument der Durchsetzung des fairen und transparenten Wettbewerbs, im Interesse der Wettbewerber.

Der faktische Ausschluss der gerichtlichen Überprüfbarkeit durch den vor der Vergabekammer unterlegenen Bieter ist nicht nur ein „Rollback“ in die 1990er-Jahre. Die Einheitlichkeit und die Fortentwicklung der vergaberechtlichen Rechtsprechung ist gefährdet, wenn die Oberlandesgerichte keine Gelegenheit mehr haben, Entscheidungen der Vergabekammern zu korrigieren. Die Spruchpraxis in den Ländern mag sich in Bereichen, in denen gegen die Antragsteller entschieden wird, unterschiedlich entwickeln. Gibt es faktisch keine Beschwerdemöglichkeit mehr, kann ein vergaberechtlicher Flickenteppich zwischen den Bundesländern und auch innerhalb eines Bundeslandes entstehen.

Gelegenheit zur Vorlage an den BGH – die nur den Oberlandesgerichten offensteht – wird es nicht mehr häufig geben.

Der empfindliche Verlust an Rechtsschutz und auch an Rechtssicherheit wird mit einem minimalen Beschleunigungseffekt erkauft. Im Verhältnis zur Gesamtzahl der Vergabeverfahren, aber auch im Verhältnis zur Zahl der Nachprüfungsverfahren, sind die Fallzahlen in der Beschwerdeinstanz gering. Der Ausschluss der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde bringt nichts für die Beschleunigung von Vergabeverfahren. Hier täte eine bessere personelle Ausstattung von Vergabekammern und Gerichten ein deutlich effizienteres Werk.

## C. Die Regelungen im Übrigen

Der DAV verweist im Übrigen auf seine [Stellungnahme Nr. 81/2024](#) vom 18.10.2024 zum Entwurf des Vergabetransformationsgesetzes.

Die demgegenüber veränderte Formulierung des § 97 Abs. 4 GWB lehnt der DAV ab. Es ist nicht nachvollziehbar, warum der im früheren Entwurf eingefügte „zeitliche“ Grund wieder gestrichen und stattdessen eine Relativierung des Losgrundsatzes abhängig von der Mittelherkunft, d. h. nur für aus Sondervermögen finanzierte Aufträge, eingeführt werden soll. Eine erhebliche weitergehende Liberalisierung des nicht im Europarecht gründenden Losaufteilungsgrundsatzes wäre, wie in der Stellungnahme vom 18.10.2024 bereits angemahnt, im Interesse beschleunigter Beschaffung sachgerecht.

## **Verteiler**

---

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie  
Bundesministerium der Justiz und Verbraucherschutz  
Wirtschaftsausschuss des Deutschen Bundestages  
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages  
Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA)  
CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag  
SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag  
AfD-Fraktion im Deutschen Bundestag  
Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag  
Fraktion Die Linke im Deutschen Bundestag  
Deutscher Verdingungsausschuss für Leistungen (DVAL)  
Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.  
Deutsche Industrie- und Handelskammer  
Bundesverband der Freien Berufe  
Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V.  
Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches e.V.  
Deutsche Vereinigung für Wasserwirtschaft, Abwasser und Abfall e.V.  
Deutscher Baugerichtstag e.V.  
Deutscher Städte- und Gemeindebund e.V.  
Deutscher Landkreistag  
Deutscher Städtetag  
Bund Deutscher Baumeister, Architekten und Ingenieure e.V.  
Institut für Baurecht Freiburg im Breisgau e.V.  
Forum Vergabe e.V.  
Bundesrechtsanwaltskammer  
Bundesnotarkammer  
Wirtschaftsprüferkammer  
Deutscher Richterbund e.V.  
Neue Richtervereinigung (NRV)  
Bund Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterinnen (BDVR)  
Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins  
Vorsitzende der Landesverbände des Deutschen Anwaltvereins  
Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des DAV

Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des DAV

Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Vergaberecht im DAV

Presse

Vergaberecht – Zeitschrift für das gesamte Vergaberecht

Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg (VBIBW)

VPR – Vergabepraxis- & -recht

NZBau - Neue Zeitschrift für Bau- und Vergaberecht

IBR Immobilien- und Baurecht

Redaktion NVwZ

Redaktion NJW