

Die Landesvereinigung der Unternehmensverbände Nordrhein-Westfalen e.V. (unternehmer nrw) ist der Zusammenschluss von 129 Verbänden mit 80.000 Betrieben und drei Millionen Beschäftigten. unternehmer nrw ist Mitglied der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA) und vertritt die Interessen des Bundesverbandes der Deutschen Industrie e. V. (BDI) als dessen Landesvertretung.

26.08.2025

Im Zuge eines Clearingverfahrens bittet das Ministerium für Wirtschaft, Industrie, Klimaschutz und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen um Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabebesleunigungsgesetz).

Vorbemerkung

Mit dem Vergabebesleunigungsgesetz verfolgt das Bundeswirtschaftsministerium das Ziel, das Vergaberecht zu vereinfachen, zu beschleunigen, zu flexibilisieren und zu digitalisieren, den Mittelstand zu fördern sowie junge und innovative Unternehmen an der öffentlichen Auftragsvergabe stärker zu beteiligen. Diese Ziele unterstützen wir grundsätzlich. Der Gesetzentwurf lässt zum Teil erfreuliche Ansätze erkennen, die insbesondere für mittelständige Unternehmen wichtig sind (z. B. Vereinfachungen von Eigenerklärungen und Eignungsnachweisen, Äußerungspflicht zu Nebenangeboten), ist aber teilweise nicht ambitioniert genug (z. B. Vereinheitlichung des Vergaberechts im Unterschwellenbereich, Stärkung der umwelt- und klimafreundlichen Beschaffung) und schießt an anderer Stelle übers Ziel hinaus (z. B. Einschränkung des Rechtsschutzes).

Für die beabsichtigte Vereinfachung des Vergaberechts fehlt im Gesetzentwurf vor allem ein Vorschlag für eine bundesweite Vereinheitlichung im Unterschwellenbereich. Zwar kündigt das Bundeswirtschaftsministerium im Entwurf an, dass die Bundesregierung zusammen mit den Ländern eine Neufassung der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) erarbeitet, die durch Bund und Länder im Sinne der Vereinheitlichung möglichst weitgehend zur Anwendung gebracht werden soll. Wir unterstützen eine Vereinheitlichung des Vergaberechts im Unterschwellenbereich, sehen diese aber stattdessen in einer bundesweit einheitlichen und verbindlich anzuwendenden Regelung auf Basis der UVgO und der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (Teil A, Abschnitt 1 – VOB/A). Denn wirkliche Vereinfachung würde bedeuten, den rechtlichen

„Flickenteppich“ durch die verschiedenen Landesregelungen endlich zu beseitigen und auch unterhalb der europäischen Schwellenwerte für bundesweit einheitliche Vergabebestimmungen und damit Standards und Formulare zu sorgen. Eine Regelung, die den Bundesländern explizit die Möglichkeit einräumen würde, Abweichungen von UVgO und VOB/A zu beschließen, würde demgegenüber die Chance verpassen, das bisherige Dickicht aus Bundes- und Landesvergaberegeln zu lichten und für bundesweit einheitliche Vergaberegeln im Unterschwellenbereich und damit für erhebliche Vereinfachungen zugunsten der anbietenden Unternehmen zu sorgen und ginge somit vor allem zulasten des Mittelstandes, der weiterhin in jedem Bundesland unterschiedliche Regelungen, Schwellenwerte, Standards und Formulare beachten muss.

Auch zur Beschleunigung gibt es aus unserer Sicht bessere Ansätze als immer mehr öffentliche Aufträge dem Vergaberecht zu entziehen und den Rechtsschutz zu verkürzen. Denn dies geht eindeutig zulasten von Wettbewerb und Transparenz und damit gegen die Grundsätze des Vergaberechts. Das Bundeswirtschaftsministerium hat selbst in seinem Entwurf das Vergaberecht als „wichtige Grundlage für den fairen Wettbewerb um öffentliche Aufträge, ein transparentes staatliches Handeln, die Gleichbehandlung der Unternehmen und Wahrung des freien Marktzugangs sowie einen wirtschaftlichen Umgang mit öffentlichen Haushaltsmitteln und schließlich elementaren Bestandteil einer funktionierenden Sozialen Marktwirtschaft“ beschrieben. Nicht vergessen werden darf, dass das Vergaberecht und der effektive Rechtsschutz im Oberschwellenbereich darüber hinaus für korruptionsfreie Beschaffungen im Wettbewerb sorgen. Den Vergaberechtsschutz beschneiden zu wollen, ist nicht nur rechtspolitisch, sondern auch rechtlich bedenklich. Hinzu kommt, dass die Durchführung von Vergabeverfahren nur einen unbedeutend geringen zeitlichen Anteil am gesamten Beschaffungsprozess hat. Demzufolge ist auch das zeitliche Einsparpotenzial im Vergabeverfahren selbst gering. Stattdessen sollte der Fokus auf die dem Vergabeverfahren vorgelagerten Prozesse – wie Bedarfsermittlung, Fähigkeitsanforderungen, Planungs- und Genehmigungsverfahren sowie interne Abstimmungen – gelegt und dort beschleunigende Maßnahmen ergriffen werden. Auch eine seit Jahren notwendige Professionalisierung und vollständige Digitalisierung der Vergabeverfahren ist aus Sicht des Mittelstandes ein wirkungsvoller Beitrag zur Beschleunigung aller öffentlichen Beschaffungen ebenso wie eine adäquate personelle und technische Ausstattung der ausführenden Behörden.

Im Übrigen konterkariert die Bundesregierung ihre Bemühungen zur Vereinfachung und Beschleunigung der öffentlichen Auftragsvergabe durch den parallel vorgelegten Entwurf für ein "Gesetz zur Stärkung der Tarifautonomie durch die Sicherung von Tariftreue bei der Vergabe öffentlicher Aufträge des Bundes (Tariftreuegesetz)". Dieses Gesetz wäre nicht nur ein unzulässiger massiver Eingriff in die Tarifautonomie, sondern auch mit einem enormen Bürokratiewachstum und Belastungen für Vergabeverfahren verbunden.

Im Einzelnen

Änderungen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

1. Gleichbehandlung – Drittstaatsbieter (§ 97 Abs. 2 GWB)

Wir befürworten die Möglichkeit, dass öffentliche Auftraggeber Unternehmen aus Drittstaaten jenseits der EU und des EWR, die keinerlei Marktöffnungsvereinbarung zum öffentlichen Auftragswesen mit der EU abgeschlossen haben, von Vergaben ausschließen können. Unternehmen aus diesen Ländern treten inzwischen immer häufiger mit dumpingverdächtigen Tiefpreisangeboten auf, was zunehmend zu nicht akzeptablen Wettbewerbsverzerrungen und Marktungleichgewichten zulasten von Anbietern aus der EU bzw. aus dem EWR führt. Auch wenn die Mitgliedstaaten nach der Rechtsprechung des EuGH insoweit nicht gesetzgeberisch tätig werden oder verbindliche Rechtsakte mit allgemeiner Geltung erlassen dürfen, regen wir erläuternde Hinweise vonseiten des Bundeswirtschaftsministeriums an Auftraggeber insbesondere dazu an, dass die Möglichkeit des Ausschlusses von Drittstaatsbieter besteht und welche Staaten davon betroffen sind.

2. Flexibilisierung des Losgrundsatzes (§ 97 Abs. 4 GWB)

Die derzeitige gesetzliche Regelung des § 97 Absatz 4 Satz 3 GWB, wonach öffentliche Aufträge grundsätzlich in Einzelleistungen („Lose“) aufzuteilen sind und eine Gesamtvergabe nur ausnahmsweise zulässig ist, wenn „wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern“, hat sich in der Praxis als nicht zielführend erwiesen und bedarf dringend einer Korrektur. Seit ihrer Einführung im Jahr 2016 zeigt sich zunehmend, dass diese Regelung vordringliche Infrastrukturvorhaben behindert. So hat das Oberlandesgericht Düsseldorf in seinem Beschluss vom 21. August 2024 (Az. VII Verg 7/24) klargestellt, dass selbst gravierende Nachteile für Verkehrsteilnehmer, Umwelt und Volkswirtschaft nicht ausreichen, um eine Gesamtvergabe zu rechtfertigen, wenn kein erheblicher wirtschaftlicher Nachteil für die Vergabestelle nachgewiesen werden kann.

Diese restriktive Auslegung führt zu zeitlichen Verzögerungen, bürokratischem Mehraufwand und Unsicherheiten in der Praxis, insbesondere bei komplexen Bau- und Infrastrukturprojekten. Die zwingende Losvergabe erschwert die Koordination, erhöht Schnittstellenrisiken und behindert die Umsetzung innovativer und effizienter Projektmodelle. Zudem werden Unternehmen, die Gesamtleistungen anbieten, durch zusätzliche Vorgaben belastet, etwa zur Berücksichtigung mittelständischer Interessen bei Unteraufträgen. Dies führt zu Rechtsunsicherheit, insbesondere durch die unklaren Begriffe im Gesetz, die regelmäßig zu Nachprüfungsverfahren führen und die angestrebte Beschleunigung und Vereinfachung der Vergabe konterkarieren

Die aktuelle Regelung berücksichtigt auch dringend erforderliche Vorhaben im Wohnungsbau und Infrastruktur unterhalb des 2,5-fachen EU-Schwellenwertes

nicht ausreichend, obwohl gerade dort eine flexible und praxisgerechte Vergabeform dringend notwendig wäre.

3. Absenkung der Hürden für Interkommunale Zusammenarbeit (§ 108 GWB)

Besorgniserregend ist die beabsichtigte „Erleichterung der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit“, insbesondere der Interkommunalen Zusammenarbeit (IKZ), in § 108 GWB. Entscheidend sind vor allem zwei Änderungen. In der Überschrift wird das Wort „Ausnahmen“ durch das Wort „Anwendbarkeit“ ersetzt. Der bisherige § 108 Abs. 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 Begründung 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. Was einen kooperativen Beitrag eines kommunalen Partners darstellt, ist gegenwärtig in der Rechtspraxis umstritten, insbesondere, ob die reine Entgeltzahlung oder Mitbestimmungsrechte über den Aufsichtsrat solche Beiträge darstellen. In aller Regel wird ein „Geben und Nehmen“ gefordert, das einen eigenständigen, operativen Beitrag aller Kooperationspartner erfordert. Diese Anforderung würde nach der neuen Regelung nicht mehr bestehen. Auch handelt es sich um keine Ausnahme mehr.

Die IKZ ist bereits in der aktuellen Ausgestaltung höchst problematisch. Zu Recht wird kommunaler wirtschaftlicher Betätigung Grenzen gesetzt. Denn die IKZ entzieht letztlich Leistungen dem freien Wettbewerb. Mitnichten betrifft sie in der Praxis nur die Zusammenarbeit kleiner Gemeinden, sondern findet sogar bundeslandübergreifend zwischen großen Kommunen statt und schafft kommunale Monopole. Hinzu kommt ein finanzieller Anreiz im Umsatzsteuergesetz (UStG), das sog. Umsatzsteuerprivileg, das dafür sorgt, dass Kommunen die Möglichkeiten der IKZ intensiv nutzen. Umsatzsteuerprivileg und IKZ sind in ihrer Kombination ein regelrechter „Turbo“ für weniger Wettbewerb.

Wir regen daher an, die bisherige Überschrift von § 108 GWB (Ausnahmen bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit) unverändert zu lassen, um zu verdeutlichen, dass es sich bei IKZ weiterhin um eine Ausnahme handelt, die als solche auch nur restriktiv zur Anwendung kommen darf. Zudem muss die beabsichtigte Änderung in § 108 Abs. 6 Nr. 1 GWB gestrichen werden. Gerade vor dem Hintergrund der aktuellen krisenhaften Situation für die private Wirtschaft in Deutschland sind Weichenstellungen zu mehr Staatswirtschaft ausdrücklich abzulehnen.

4. Leistungsbeschreibung (§ 121 Abs. 1 Satz 1 GWB)

Die Leistung soll nach § 121 Abs. 1 Satz 1 GWB zwar nach wie vor so eindeutig wie möglich, jedoch nicht mehr „erschöpfend“ beschrieben werden. Begründet wird dies mit einem geringeren Verwaltungsaufwand und der Ermutigung der Auftraggeber, mehr funktional auszuschreiben. Die Absicht, eine funktionale Beschreibung der Leistung zu erleichtern, wird ausdrücklich begrüßt. Das Wort „erschöpfend“ aus den Vorgaben für alle Formen der Leistungsbeschreibung zu streichen, ist für das angestrebte Ziel jedoch ungeeignet und schafft Probleme.

Bereits heute sind Bauunternehmen damit konfrontiert, dass Vergabestellen die zu erbringende Leistung teilweise nicht ausreichend beschreiben (Beispiel: erforderliche Baugrundgutachten werden nicht beigefügt). Ein „Weniger“ in der Leistungsbeschreibung führt dann entweder dazu, dass keine Angebote abgegeben werden (können) oder Angebote vorgelegt werden, die auf unterschiedlichen Annahmen der Unternehmen beruhen und damit nicht vergleichbar sind. Gerade bei Angeboten, die auf unterschiedlichen Annahmen beruhen, besteht als Risiko, dass zunächst eine unerkannte fehlende Vergleichbarkeit vorliegt, deren Auswirkungen im Falle eines Zuschlags das Risiko von Missverständnissen bedeutet, die im Nachgang bei der Bauausführung zu Fragen des geschuldeten Leistungsumfangs und der Vergütung („Nachtragsstreitigkeiten“) führen können.

Gestärkt würde die funktionale Ausschreibung durch die Aufnahme eines Satzes, dass die Vergabestelle frei ist in ihrer Entscheidung, ob sie funktional ausschreibt.

5. Stärkung von Eigenerklärungen in Bezug auf die Eignung der Bewerber bzw. Bieter und Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (§ 122 Abs. 3 und 4 GWB)

Wir begrüßen die Vereinfachungen in Bezug auf Eigenerklärungen und -nachweise in § 122 Abs. 3 und 4 GWB, insbesondere betreffend den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, die Verwendung von Eigenerklärungen und die Forderung weitergehender Nachweise nur von aussichtsreichen Bewerbern oder Bietern. Das Verfahren weiter erleichtern würde, wenn diese der Vergabestelle bereits vorliegende Nachweise nicht erneut vorlegen müssten („Only-Once-Prinzip“).

6. Ausschluss wegen Schlechtleistung (§ 124 GWB)

Der Gesetzentwurf senkt die Anforderungen an den Nachweis des fakultativen Ausschlussgrundes der Schlechtleistung deutlich ab. Danach ist der Grund nicht mehr nachzuweisen, ausreichend ist, wenn das Verhalten des Unternehmens entsprechende Mängel „erkennen“ lässt. Indiztatsachen, die von einigem Gewicht und auf gesicherten Erkenntnissen basieren, sollen ausreichend sein. Hier besteht die Gefahr, dass Unstimmigkeiten zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber dafür genutzt werden, einen Bieter vom Verfahren auszuschließen. Aus unserer Sicht muss wie bei § 124 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 GWB eine entsprechende Schlechtleistung nachweislich erbracht worden sein. Subjektive

Wertungskomponenten können bei Ausschlussgründen keine Rolle spielen. Die niedrigere Schwelle birgt zudem die Gefahr erhöhter Rechtsunsicherheit und könnte zu mehr Nachprüfungsverfahren führen, so dass Auftraggeber zurückhaltender von einem Ausschluss Gebrauch machen könnten.

7. Alternativsanktionen (§ 135 Abs. 4 GWB)

§ 135 Abs. 4 GWB sieht alternative Sanktionen zur Unwirksamkeitsfolge im Einklang mit Art. 2e Abs. 2 Richtlinie 2007/66/EG (Rechtsmittelrichtlinie) vor. Sie stellen die Verhängung einer Geldsanktion bzw. einer Verkürzung der Laufzeit in das Ermessen der Vergabekammer bzw. des Vergabesenats. Unklar bleibt jedoch, nach welchen Maßstäben die Nachprüfungsinstanzen ihr Ermessen ausüben sollen, was insbesondere bezüglich der Geldsanktionen rechtsstaatlich bedenklich erscheint. Hier wären klare gesetzgeberische Vorgaben wünschenswert, auch wenn diese Sanktionen mildere Mittel als die Unwirksamkeitsfolge darstellen.

8. Nachprüfungsverfahren (§§ 158 Abs. 3, 166 Abs. 1 Satz 4 und Abs. 3 GWB)

Obwohl die Digitalisierung des Nachprüfungsverfahrens grundsätzlich begrüßt wird – etwa durch die Möglichkeit, das Verfahren vollständig elektronisch zu führen (§§ 158 Abs. 3, 161 Abs. 1 GWB), Entscheidungen nach Aktenlage zu treffen (§ 166 Abs. 1 Satz 4 GWB) und mündliche Verhandlungen per Videokonferenz durchzuführen (§ 166 Abs. 3 GWB) – bleibt festzuhalten, dass das eigentliche Beschleunigungspotenzial bei öffentlichen Auftragsvergaben nicht im Vergabeverfahren selbst liegt. Vielmehr sind die vorgelagerten Prozesse entscheidend, in denen die größten zeitlichen Einsparungen möglich sind. Das Vergabeverfahren an sich bietet nur begrenzte Möglichkeiten zur Zeitersparnis. Die digitalen Reformansätze sind daher ein wichtiger Schritt in Richtung Effizienz und Modernisierung, können jedoch die strukturellen Verzögerungen, die bereits vor Beginn des Vergabeverfahrens entstehen, nicht vollständig kompensieren. Gegenüber dem Entwurf für ein Vergaberechtstransformationsgesetz ist allerdings in den §§ 158 Abs. 3 und 161 Abs. 1 GWB nun nicht mehr die „Textform“ sondern „schriftlich oder elektronisch“ vorgesehen. Hier wäre die Vorgabe der Textform hilfreicher, um die Digitalisierung voranzutreiben.

Weil die Bedeutung der Unmittelbarkeit einer mündlichen Verhandlung nicht zu unterschätzen ist, wurde aus unserer Mitgliedschaft zu § 166 Abs. 3 GWB vorgeschlagen, die mündliche Verhandlung „im Einvernehmen mit den Beteiligten“ anstatt auf Antrag oder von Amts wegen als Videoverhandlung durchführen oder – um der Befürchtung der Verzögerungstaktik zu begegnen – auch zuzulassen, dass die Beteiligten einer von Amts wegen angesetzten Videokonferenz widersprechen können, es sei denn, dass dies objektiv zu einer Verzögerung führt oder die Vergabekammer dies als Verzögerungstaktik einer der Beteiligten einschätzt.

9. Wegfall der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde gegenüber Entscheidungen der Vergabekammern (§ 173 GWB)

Zu kritisieren ist die Einschränkung des effektiven Primärrechtsschutzes durch den Wegfall der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde gegenüber Entscheidungen der Vergabekammern. Der effektive Rechtsschutz sichert die Rechtmäßigkeit von öffentlichen Beschaffungen und dient der Durchsetzung der Rechte der Bieter auf Einhaltung der ihren Schutz bezweckenden Vergabevorschriften durch die Vergabestellen. Der Gesetzentwurf sieht vor, dass das Zuschlagsverbot künftig nicht erst nach Ablauf der Beschwerdefrist, sondern bereits unmittelbar mit der ablehnenden Entscheidung der Vergabekammer endet. Die vorgeschlagene Änderung beschränkt den effektiven Rechtsschutz, indem sie faktisch die zweite Instanz in den Fällen abschafft, in denen die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag ablehnt. Das ist nicht akzeptabel und zumindest rechtlich bedenklich.

Die EU-Rechtsmittelrichtlinie verlangt die Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung. Vergabekammern sind keine Gerichte. Der EuGH hat die Vergabekammern nur als „gerichtsähnlich“ anerkannt, so dass deren Entscheidungen nicht bereits die Anforderungen der Rechtsmittelrichtlinie erfüllen. Zudem sind Vergabekammern nicht unabhängig von der Verwaltung wie Gerichte.

Darüber hinaus hätte die Änderung erhebliche Auswirkungen auf die Entwicklung der Rechtsprechung. Entfielen die Möglichkeiten zur Korrektur durch Oberlandesgerichte in Fällen abgelehnter Nachprüfungsanträge, droht eine erhebliche Rechtszersplitterung. Auch im Divergenzvorlagen an den BGH, die vereinheitlichend wirken, wären noch seltener. Überregional tätige Unternehmen wären damit deutlich stärker als bisher Rechtsunsicherheiten in Vergabeverfahren ausgesetzt.

Hinzu kommt, dass der vergaberechtliche Rechtsschutz gegenüber anderen Gerichtsbarkeiten bereits deutlich schneller ist. Selbst wenn man hier ein Problem verorten wollte, hätte eine Straffung der maximalen Entscheidungsfrist der Vergabekammern sowie die Einführung einer vergleichbaren Frist für die Beschwerdeinstanz näher gelegen als eine Reduktion des effektiven Primärrechtsschutzes. Der BDI hat bereits im Jahr 2022 in seinem Positionspapier „Beschleunigung von Vergabeverfahren“ eine Strukturreform bei der Vergabejustiz vorgeschlagen. Danach könnte ein Personalaufwuchs entlastend und generell beschleunigend wirken, wenn sich Nachprüfungsverfahren deshalb verzögern, weil Vergabekammern und OLG-Senate überlastet sind. Haben Vergabekammern oder OLG-Senate hingegen nur wenige Nachprüfungsverfahren pro Jahr zu bearbeiten, könnte darüber hinaus die Einführung zentraler Vergabekammern oder Gerichte mit entsprechender Personalausstattung und Spezialisierung auf das Vergaberecht bewirken, dass möglichst zügig qualifizierte Entscheidungen getroffen werden.

Schließlich hätte der Wegfall der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde gegenüber Entscheidungen der Vergabekammern insgesamt gesehen nur minimale Beschleunigungswirkung, weil nur in einem Bruchteil aller Vergabeverfahren sofortige Beschwerde eingelegt wird. Der Verlust an Rechtssicherheit und Rechtsschutz, der damit einherginge, ist demgegenüber höher zu bewerten. sollen. Wir regen eine entsprechende Ergänzung im Gesetzentwurf an.