Neue Zeitschrift für
Baurecht und Vergaberecht

Privates Baurecht · Recht der Architekten und Ingenieure · Vergaberecht

Sonderausgabe
Digitale Transformation und vergaberechtlicher Geheimnisschutz

Oktober 2023

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift herausgegeben von:

Prof. Dr. Meinrad Dreher, LL.M., Mainz; Rechtsanwalt Prof. Dr. Heiko Fuchs, Mönchengladbach; Rechtsanwalt Prof. Dr. Klaus Englert, Schrobenhausen; Vors. Richter am OLG a. D. Wolfgang Jaeger, Düsseldorf; Vors. Richter am OLG a. D. Günther Jansen, Hamm; Ministerialrat Reinhard Janssen, Berlin; Rechtsanwalt Prof. Dr. Ralf Leinemann, Berlin; Rechtsanwalt Prof. Dr. Burkhard Messerschmidt, Bonn; Vors. Richter am OLG a. D. Rechtsanwalt Prof. Dr. Gerd Motzke, Augsburg; Rechtsanwalt Dr. Marc Opitz, Frankfurt a. M.; Rechtsanwalt Dr. Hans-Joachim Prieß, Berlin; Richter am OLG Dr. Tobias Rodemann, Düsseldorf; Richterin am BGH Dagmar Sacher, Karlsruhe; Vors. Richter am OLG a. D. Ulrich Schröder, Frankfurt a. M.

Schriftleitung: Prof. Dr. Meinrad Dreher, LL.M., Mainz; Rechtsanwalt Prof. Dr. Heiko Fuchs, Mönchengladbach

Redaktion: Rechtsanwältin Elisabeth Jackisch, M. A., Rechtsanwältin Kerstin Korn, Frankfurt a. M.

Vorwort

Liebe Leserinnen und Leser,

mit der diesjährigen Sonderausgabe geben wir Ihnen einen Überblick über die aktuellen Schwerpunktthemen, die die NZBau bis in den Herbst 2023 behandelt hat.

Im Vordergrund steht dabei zunächst das Vergabetransformationspaket des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz, dessen abschließendes parlamentarisches Verfahren für das erste Halbjahr 2024 erwartet wird. Es umfasst fünf Aktionsfelder, die auf die Stärkung der umwelt- und klimafreundlichen sowie der sozial-nachhaltigen Beschaffung, die Vereinfachung und Beschleunigung des Vergabeverfahrens, die Förderung von Mittelstand und Innovationen und auf die Digitalisierung des Beschaffungswesens abzielen. In diesem Heft finden Sie daher zwei Beiträge, die das Transformationspaket grundsätzlich bzw. im Detail beleuchten und damit einen Beitrag zum Gelingen der Transformation des Vergaberechts leisten können.

Der im Vergabetransformationspaket enthaltenen Forderung nach Digitalisierung tragen des Weiteren die drei grundlegenden Aufsätze zum geplanten „Onlinezugangsgesetz 2.0“, zur Künstlichen Intelligenz als Auslöser neuer Regelungsbedarfe im Architekten- und Ingenieurrecht sowie zur Künstlichen Intelligenz im Vergabeverfahren Rechnung. Nicht zuletzt das im Dezember 2022 veröffentlichte textbasierte Dialogsystem „ChatGPT“ ist in aller Munde und wird im Hinblick auf eine rechtlich zulässige Nutzung im Rahmen des Architekten-, Vergabe- und Verwaltungsrechts einer eingehenden Prüfung unterzogen.

Ein weiteres Schwerpunktthema war in diesem NZBau-Jahr ferner der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Nachprüfungsverfahren und – hinsichtlich des Anspruchs auf rechtliches Gehör – deren prozessuale Behandlung, die Gegenstand eines ebenfalls in diesem Heft zu findenden ausführlichen Aufsatzes ist. Die für die Fachwelt aufsehenerregende Entscheidung des KG vom Mai des vergangenen Jahres ist schließlich ebenso in diesem Heft nachlesbar wie auch eine hierzu gehörende detaillierte Entscheidungsbesprechung.

Wir hoffen, Ihnen mit dieser Zusammenfassung von hochaktuellen und praxisrelevanten NZBau-Themen eine informative Lektüre anbieten zu können und Ihr Interesse an den kommenden Heften der NZBau geweckt zu haben.

Wir freuen uns, Sie zukünftig als regelmäßige Leserinnen und Leser willkommen zu heißen.

Schriftleitung, Herausgeber und Redaktion der NZBau

Inhaltsverzeichnis

Chr. Kins

Statt „Vergabetransformation“: Komplexität reduzieren, Bestehendes fortentwickeln (NZBau 2023, 209) 3

M. Jansen/F. Knoblauch

Vertragsunwirksamkeit nach § 135 GWB im Lichte des Vergabetransformationspakets (NZBau 2023, 211) 5

M. Ahlers

Der Referentenentwurf zum „Onlinezugangsgesetz 2.0“ aus vergaberechtlicher Sicht (NZBau 2023, 147) 9

W. Kluth

Künstliche Intelligenz als Auslöser neuer Regelungsbedarfe im Architekten- und Ingenieurrecht (NZBau 2023, 283) 13

Chr. Braun

Künstliche Intelligenz im Vergabeverfahren (NZBau 2023, 563) 18

J. Gröning

Prozessuale Behandlung von Geschäftsgeheimnissen im Nachprüfungsverfahren (NZBau 2023, 291) 23

Th. Kirch

Alles Nichts Oder? – Rechtliches Gehör und Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen (NZBau 2023, 295) 28

KG

Keine Berücksichtigung „geschwärzter“ Unterlagen – Geheimwettbewerb (NZBau 2023, 134) 31

NZBau –
Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht

Sonderausgabe

Schriftleitung (V.i.S.d.P.): *Prof. Dr. Meinrad Dreher,* LL.M. (Vergaberecht), Johannes Gutenberg-Universität Mainz, Haus Recht und Wirtschaft, 55099 Mainz, Telefon: (0 61 31) 39-2 56 72, Telefax: (0 61 31) 39-2 56 75, E-Mail: m.dreher@uni-mainz.de; Rechtsanwalt *Prof. Dr. Heiko Fuchs* (Privates Baurecht), Viersener Straße 16, 41061 Mönchengladbach, Telefon: (0 21 61) 8 11-601, Telefax: (0 21 61) 8 11-777, E-Mail: heiko.fuchs@kapellmann.de

Verlagsredaktion: (verantwortlich für den Textteil): Rechtsanwältin *Elisabeth Jackisch, M. A.* (Rechtsprechung), Rechtsanwältin *Kerstin Korn* (Aufsätze und Schlussredaktion); Rechtsanwalt *Dr. Hans von Gehlen.* Beethovenstraße 7 b, 60325 Frankfurt a. M., Telefon: (0 69) 75 60 91-0, Telefax: (0 69) 75 60 91-49. E-Mail: NZBau@beck-frankfurt.de

Redaktionsrichtlinie C.H.BECK: Redaktionsrichtlinien und Werkabkürzungen sind im Zitierportal des Verlags C.H.BECK abrufbar: www.zitierportal.de

Urheber- und Verlagsrechte: Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze, soweit sie vom Einsendenden oder von der Schriftleitung erarbeitet oder redigiert worden sind. Der Rechtsschutz gilt auch im Hinblick auf Datenbanken und ähnliche Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlags in irgendeiner Form vervielfältigt, verbreitet oder öffentlich wiedergegeben oder zugänglich gemacht, in Datenbanken aufgenommen, auf elektronischen Datenträgern gespeichert oder in sonstiger Weise elektronisch vervielfältigt, verbreitet oder verwertet werden. Der Verlag behält sich auch das Recht vor, Vervielfältigungen dieses Werkes zum Zwecke des Text and Data Mining vorzunehmen.

Anzeigenabteilung: Verlag C.H.BECK, Anzeigenabteilung, Wilhelmstraße 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 40 03 40, 80703 München. Media-Beratung: Telefon (0 89) 3 81 89-687, Telefax (0 89) 3 81 89-589. Disposition, Herstellung Anzeigen, technische Daten: Telefon (0 89) 3 81 89-609, Telefax (0 89) 3 81 89-589, E-Mail: anzeigen@beck.de Verantwortlich für den Anzeigenteil: *Bertram Mehling.*

Verlag: Verlag C.H.BECK oHG, Wilhelmstr. 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 40 03 40, 80703 München, Telefon: (0 89) 3 81 89-0, Telefax: (0 89) 3 81 89-398, Postbank München IBAN: DE82 7001 0080 0006 2298 02, BIC: PBNKDEFFXXX. Amtsgericht München, HRA 48 045. Gesellschafter sind Dr. Hans Dieter Beck und Dr. h. c. Wolfgang Beck, beide Verleger in München.

Bestellungen über jede Buchhandlung und beim Verlag.

KundenServiceCenter: Telefon: (0 89) 3 81 89-750 Telefax: (0 89) 3 81 89-358 E-Mail: kundenservice@beck.de

Druck: Druckerei Himmer GmbH, Steinerne Furt 95, 86167 Augsburg.

CO_2 neutral
chbeck.de/nachhaltig

Editorial

Rechtsanwalt Dr. Christoph Kins, Leipzig

Statt „Vergabetransformation“: Komplexität reduzieren, Bestehendes fortentwickeln

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) lässt in der Konsultation zu seinem „Vergabetransformationspaket“ vom 29.12.2022 die „Stakeholder“ wissen, dass es „Mindestquoten für klimafreundliche Produkte“ anstrebe, „die öffentliche Beschaffung sozial ausrichten“ möchte und „eine anwenderfreundliche zentrale Plattform“ schaffen werde. Zugleich wolle es „die öffentlichen Vergabeverfahren vereinfachen und beschleunigen sowie schnelle Entscheidungen bei Vergabeverfahren der öffentlichen Hand fördern“.

Es ist zweifelhaft, ob die soziale Ausrichtung der Beschaffung bei gleichzeitiger Einführung von Mindestquoten für klimafreundliche Produkte zu einer Beschleunigung oder Vereinfachung von Vergabeverfahren beitragen wird. Wahrscheinlicher scheint das Gegenteil zu sein. Diese Gefahr sieht auch das Ministerium („Zielkonflikte“) und bittet daher um Priorisierung. Dies nicht nur dahingehend, „welche rechtlichen oder praktischen Punkte (…) am besten zu einer nachhaltigen öffentlichen Beschaffung beitragen“ könnten und in Bezug darauf, „welche Aspekte einer sozial verantwortlichen Beschaffung (…) über die Berücksichtigung von Tarifverträgen hinaus (…) prioritär bei der öffentlichen Beschaffung verfolgt oder intensiviert werden“ sollen, sondern am Ende insbesondere dahingehend, welches der fünf Aktionsfelder nach eigenem Empfinden oder Wissen vorrangig behandelt werden sollte. Ganz schön anspruchsvoll und ziemlich kompliziert.

Ein eher unspektakulärer, womöglich aber äußerst wirksamer Vorschlag zur Priorisierung könnte lauten, das Beste aus dem zu machen, was man bereits hat. Das heißt, bei der Anwendung des geltenden Rechts des öffentlichen Einkaufs (das ist keineswegs das Vergaberecht allein) zu unterstützen. Wie könnte das aussehen?

Im „Aktionsfeld 1: Stärkung der umwelt- und klimafreundlichen Beschaffung“ wäre schon viel gewonnen, wenn zB die Regelungen über die Berechnung von Lebenszykluskosten (§ 59 VgV) oder über die Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Liefer- oder Dienstleistungen (§ 67 VgV) stärker ins allgemeine Bewusstsein rücken würden. Hier fehlt es jedoch an Schulungen und Vorlagen (besser: Best-Practice-Beispielen).

Ganz im Sinne von „Aktionsfeld 2: Stärkung der sozial-nachhaltigen Beschaffung“ wäre es, Bieter von Vergabeverfahren auszuschließen, wenn ihre Angebote so kalkuliert sind, dass sie bei der Auftragsausführung zwangsläufig gegen geltendes Recht verstoßen. Akzeptiert ein öffentlicher Auftraggeber zB im Sicherheitsdienst 0 % Wagnis und Gewinn, 1 % unternehmensbezogene Kosten und 1,34 % auftragsbezogene Kosten, macht er sich mitschuldig an der als sicher vorauszusehenden Nichtzahlung des Mindestlohns. Die Aufschlüsselung des Stundenverrechnungssatzes im Vergabeverfahren zu verlangen, ist dennoch längst nicht überall Praxis. Wird sie verlangt, so fehlen oftmals die erforderlichen arbeitsrechtlichen bzw. lohnbuchhalterischen Kenntnisse, um die Angaben auch tatsächlich zu überprüfen. Überhaupt wären gelegentliche Überprüfungen im Bestandsvertragsverhältnis kein Schaden; hier sticht, aus anwaltlicher Sicht, die Bundesagentur für Arbeit zumindest gelegentlich sehr positiv heraus. Vielleicht könnten sich andere öffentliche Auftraggeber einmal mit der Bundesagentur für Arbeit austauschen, einander Amtshilfe leisten?

Auch das „Aktionsfeld 3: Digitalisierung des Beschaffungswesens“ lässt sich leicht bestellen. Wie wäre es etwa, wenn die Nutzung von E-Mail und Post endlich untersagt und ausschließlich die Nutzung einer der vielen vorhandenen, gut funktionierenden elektronischen Vergabeplattformen erlaubt werden würde? Wobei der Auftraggeber die freie Wahl haben sollte, welche Plattform er verwendet, so dass der Markt die An- und Einbindungsprobleme, die dabei entstehen, lösen kann – vielleicht sogar besser als die „anwenderfreundliche zentrale Plattform“, mit welcher das Ministerium droht. Die weitere Frage des Ministeriums, ob „etwas … gegen virtuelle mündliche Verhandlungen in Nachprüfungsverfahren“ spreche, lässt sich mit „Gar nichts!“ und einem Verweis auf § 128 a ZPO beantworten (Ahlers NZBau 2020, 628). Allein, die meisten Vergabekammern und OLG-Senate sehen dies anders – oder machen schlicht nicht mit. Kein Grund, ein Lamento über die richterliche Unabhängigkeit anzustimmen, vielleicht helfen auch hier kollegiale Gespräche oder Erfahrungsaustausche.

Im „Aktionsfeld 4: Vereinfachung und Beschleunigung der Vergabeverfahren“ ist der größte Hemmschuh einer „Flexibilisierung des Losgrundsatzes“ sicherlich nicht die Nachprüfungspraxis, sie fällt schon zahlenmäßig kaum ins Gewicht. Sinnvollen Gesamtvergaben stehen eher die Zuwendungsgeber – oder die Furcht vor ihnen – im Weg. Hier wäre schon viel gewonnen, wenn die Zuwendungsempfänger, die ihre beabsichtigte Vorgehensweise dem Zuwendungsgeber mitteilen, eine verbindliche Bestätigung, dass dies in Ordnung ist, oder überhaupt eine Antwort erhalten würden. Schon das ist oft genug nicht der Fall. Auf der anderen Seite ist die öffentliche Bekanntgabe von Prüfungsleitlinien – soweit sie existieren und sich nicht in der Wiedergabe allgemeiner Regeln erschöpfen – der richtige Ansatz, und zwar vor allem für die vergaberechtlichen Klassiker produktspezifische Vergabe, Auftragswertberechnung, Verfahrensart, Losaufteilung (s. hierzu auch nachfolgend Jansen/Knoblauch NZBau 2023, 211).

Was das „Aktionsfeld 5: Förderung von Mittelstand, Start-Ups und Innovationen“ anbetrifft, lassen sich „Innovationen und Start-Ups im Design von Vergabeverfahren“ sehr gut durch niedrige Eignungsanforderungen voranbringen. Das Gesetz erlaubt dies schon heute, aber manche Vergabestellen lieben die Eignungsprüfung oder haben schlicht Angst davor, sich Pleitiers ins Haus zu holen. Hier begegnet ein Führungs- und kein Rechtsproblem; gefragt ist die Hausleitung. Eine andere Möglichkeit etwa bei der Vergabe von Forschungs- und Entwicklungsleistungen wäre es, nach Festkosten zu vergeben und einen reinen Leistungs- und Konzeptwettbewerb durchzuführen. Vergaberechtlich ist auch dies schon lange zulässig (§ 58 II 3 VgV) – und wird doch oft genug unter Verweis auf das Haushaltsrecht abgelehnt. Aber ist es wirklich so, dass eine vergaberechtlich zulässige Gestaltung den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit verletzt? Ein weiteres Thema für die Hausleitung, das auf einen allgemeineren Problemzusammenhang verweist: die gelegentlich mangelnde Sensibilität für die Verzahnung der Rechtsgebiete, die den öffentlichen Einkauf regeln. Diese Sensibilität lässt sich steigern, etwa durch intelligente Checklisten.

Gegen kleinere, behutsame Gesetzesanpassungen spricht nach alledem nichts, zumindest wenn sie auf einer sorgfältigen Beobachtung der Realität beruhen. Die Rechtsanwendung zu erleichtern – durch Checklisten, Handreichungen, anwendungsbezogene Schulungen, Beispiele etc. –, dürfte der Vergabepraxis aber am meisten bringen. Das Loblied des Bestehenden wird offenbar auch vernommen, das Ministerium hat längst nicht nur neue Gesetze im Blick. Es fragt viel breiter und fordert dadurch alle Vergabepraktiker positiv heraus. Die Rede ist von „praktische(n) Anleitungen“, „Vorbilder(n)“ und „praktische(n) Punkte(n)“. Die eigentliche Leistung besteht nun aber nicht im Sammeln und Bereitstellen solcher Praxisbeispiele. 17 Matrizen, die Nachhaltigkeitskriterien beinhalten – und keine einzige wird gelesen. Vita brevis!

Wer die Early Adopter des öffentlichen Einkaufs erreichen will, muss prüfen und wägen, Orientierung geben und zunächst einmal Komplexität reduzieren – in der Hoffnung, dass sie anschließend sinnvoll erhöht wird.

Absichern und richtig reagieren bei Störungen im Bauablauf.

Vorteile auf einen Blick

- **Muster zur optimalen Vertragsgestaltung**
- **Erläuterung des rechtssicheren Vorgehens bei Behinderungsanzeigen**
- **Bewertung der Ansprüche bei verschiedenen Verzögerungsgründen**

Oppler/Hennig/Franz
Bauzeitverzögerung

2024. Rund 350 Seiten.
Kartoniert ca. € 79,–
ISBN 978-3-406-72623-1
Neu im Mai 2024

beck-shop.de/24098291

Schutz vor Zusatzkosten

Bauzeitverzögerungen sind oft mit hohen Kosten verbunden. So hat z.B. die Bauherrin oder der Bauherr eventuell schon bindende Mietverträge vereinbart und setzt sich damit **Schadensersatzansprüchen** aus. Die Bauunternehmerin oder der Bauunternehmer hat oft Mehrkosten für den weiteren Vorhalt der Baustelleneinrichtung.

Die Neuerscheinung zeigt, wie sich die Beteiligten durch entsprechende **Vertragsgestaltung** absichern oder während des verzögerten Bauablaufs fallbezogen reagieren können.

Dabei werden die Störungen und die daraus resultierenden Ansprüche **spiegelbildlich behandelt:** Zum einen wird die Situation aus der Sicht des Auftraggebers (Bauherrin/Bauherr), zum anderen aus der Perspektive des Auftragnehmers (Bauunternehmerin/Bauunternehmer) dargestellt.

Inhalt

- Anspruchsgrundlagen
- Störungen, Pflichtverletzungen
- Änderungsanordnungen
- Dokumentation der Störungen
- Behinderungsanzeigen
- Verjährungsfristen
- Kausalitätsnachweis
- Einzelstörungen, Bewertung
- Nachträge zum gestörten Ablauf
- Schadensersatzansprüche
- Anspruchshöhe des Auftragnehmers
- Anspruchshöhe des Auftragsgebers
- Prozessuales

Erhältlich im Buchhandel oder bei: **beck-shop.de** | Verlag C.H.BECK oHG · 80791 München | kundenservice@beck.de | Preise inkl. MwSt. | 176077
Folgen Sie uns auf Mehr Infos: ch.beck.de/socialmedia

C.H.BECK

Aufsätze

Rechtsanwalt Dr. Martin Jansen und Wiss. Mitarbeiter Finn Knoblauch*

Vertragsunwirksamkeit nach § 135 GWB im Lichte des Vergabetransformationspakets

Gesetzliche Notwendigkeit oder Gebotenheit alternativer Sanktionen in Ausnahmefällen?

Gerade die öffentliche Beschaffung während der Pandemie hat ausweislich der jüngeren Literatur und Rechtsprechung einmal mehr demonstriert, dass die Zeit für eine Abkehr von der starren spezialgesetzlichen Unwirksamkeitsfolge des § 135 GWB gekommen ist. Das Vergabetransformationspaket bietet dem Bundesgesetzgeber dazu nun eine ideale Gelegenheit, indem er höherrangiges Unionsrecht durch maßvolle Implementierung alternativer Sanktionen erschöpfend umsetzt.

I. Einleitung

Seit geraumer Zeit beschäftigt die vergaberechtliche Rechtsprechung und Literatur die Frage nach der zivilrechtlichen Behandlung vergaberechtswidriger Verträge. Bis zur bundesdeutschen Umsetzung der unionsrechtlichen Rechtsmittelrichtlinien[1] konnten Vergabefehler allenfalls über die allgemeinen zivilrechtlichen Unwirksamkeitsgründe, insbesondere über die §§ 134, 138 BGB, Berücksichtigung finden. Mit der Regelung in § 13 VI VgV aF, dann in § 101 b GWB aF sowie anschließend in § 135 GWB hat der Gesetzgeber eine spezifische Vorschrift mit Alleinstellungscharakter zu den Folgen von Vergabefehlern für die Vertragswirksamkeit implementiert. Bestimmte Vergabefehler begründen danach bei Feststellung im Nachprüfungsverfahren stets die Unwirksamkeit eines Vertrags. Die jüngeren gesetzgeberischen Aktivitäten im Rahmen der beiden Beschleunigungsgesetze BwBBG[2] (Militärausrüstung) und LNGG[3] (Flüssiggasterminals) geben indes berechtigten Anlass, die Regelung der Vertragsunwirksamkeit in § 135 I GWB kritisch auf den Prüfstand zu stellen und notwendige gesetzgeberische Handlungspotenziale zeitnah herauszuarbeiten. Denn zur legislativen Umsetzung dessen bietet sich bereits eine günstige Möglichkeit: Das sog. „Vergabetransformationspaket" des Bundes, dessen erkennbares Ziel ua in der – praxisgerechten – Vereinfachung und Beschleunigung der Vergabeverfahren („Aktionsfeld 4") liegt.[4]

Dafür soll zunächst der rechtliche Anknüpfungspunkt für Abweichungen von der gesetzlichen Unwirksamkeitssanktion des § 135 I GWB identifiziert werden (II). Anschließend werden Ausnahmen der vergaberechtlichen Judikatur in den Blick genommen (III), bevor ausgehend von einer Darstellung der unionsrechtlichen Handlungsspielräume des Gesetzgebers (IV) eine Verortung des BwBBG und des LNGG im Koordinatensystem des § 135 I GWB (V) erfolgt, um im Fazit mit einem entsprechenden Appell an den Gesetzgeber zu schließen (VI).

II. Zwingende Rechtsfolge des § 135 I GWB?

Hat ein öffentlicher Auftraggeber gegen die Informations- und Wartepflicht des § 134 I GWB verstoßen (§ 135 I Nr. 1 GWB) oder den Auftrag unzulässig ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im EU-Amtsblatt vergeben (§ 135 I Nr. 2 GWB), hängt der Bestand des abgeschlossenen Vertrags davon ab, ob die Nachprüfungsinstanzen diesen Verstoß (rechtskräftig) feststellen (§ 135 I Hs. 2 GWB). Erst wenn diese beiden Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind, ist ein entsprechender Vertrag nach § 135 I GWB nichtig. Eine zentrale Bedeutung für die Unwirksamkeitssanktion des § 135 I GWB hat daher nicht nur der Katalog der Unwirksamkeitsgründe in § 135 I GWB, sondern vor allem deren (rechtzeitige) Feststellung im Rahmen eines Vergabenachprüfungsverfahrens nach § 135 II GWB.[5]

Ob für den Eintritt der Unwirksamkeitssanktion bereits die Feststellung des Verstoßes im Nachprüfungsverfahren genügt (tatbestandliche Lösung) oder zusätzlich die „Feststellung" der Unwirksamkeit durch die Nachprüfungsinstanzen erforderlich ist (rechtsfolgenseitige Lösung), wird in der vergaberechtlichen Spruchpraxis und Literatur uneinheitlich beantwortet.[6] Praktische Relevanz erlangt die Frage gerade dann, wenn die Vergabekammern oder Beschwerdegerichte trotz festgestellten Verstoßes gegen § 135 I Nr. 1 oder 2 GWB (Tatbestandsebene) wegen der besonderen Umstände des Einzelfalls auf der Rechtsfolgenseite von der gesetzlich angeordneten Unwirksamkeitsfolge abweichen wollen, indem sie womöglich – weil praxisgerechter – alternative Sanktionen verhängen. Soweit der Eintritt der Unwirksamkeitsfolge von der Feststellung der Nachprüfungsinstanzen abhängen sollte, könnten die Nachprüfungsinstanzen – sofern zu ihren Gunsten Entscheidungsspielräume bestehen[7] – in Ausnahmefällen und außerhalb des § 135 III GWB von der grundsätzlichen Fehlerfolge der Unwirksamkeit abweichen. Ergibt sich die Unwirksamkeit dagegen konstitutiv aus der Feststellung eines Verstoßes gegen § 135 I Nrn. 1, 2 GWB oder besteht kein Entscheidungsspielraum der Nachprüfungsinstanzen, liegt die Anerkennung von Ausnahmemöglichkeiten allein in der Hand des Gesetzgebers.

---

* Der Autor Jansen ist Fachanwalt für Vergaberecht und Partner der Kanzlei Kapellmann Rechtsanwälte in Berlin, der Autor Knoblauch ist dort Wissenschaftlicher Mitarbeiter.

1 RL 89/665/EWG, RL 92/13/EWG, beide idF RL 2007/66/EG v. 11.12.2007 – S. ABl. 2007 L 335, 31 sowie Art. 55-64 RL 2009/81/EG.

2 Bundeswehrbeschaffungsbeschleunigungsgesetz v. 11.7.2022 (BGBl. 2022 I 1078).

3 LNGG, Beschleunigungsgesetz v. 24.5.2022 (BGBl. 2022 I 802), zuletzt geändert durch Gesetz v. 8.10.2022 (BGBl. 2022 I 1726).

4 https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/F/fragebogen-stakeholder-vergabetransformationspaket.pdf?__blob = publicationFile&v = 10 (zuletzt abgerufen am 17.3.2023). S. hierzu auch das vorstehend abgedruckte Editorial von Kins NZBau 2023, 209.

5 Zur akzessorischen Zulässigkeit der Unwirksamkeitsfeststellung Röwekamp/Kus/Portz/Prieß/Maimann, GWB-Vergaberecht, 5. Aufl. 2020, GWB § 135 Rn. 18 ff.

6 Zur tatbestandlichen Lösung etwa OLG Rostock NZBau 2021, 484 (486) Rn. 40 – Corona-Tests; Burgi/Dreher/Opitz/Hoffmann, Beck VergabeR I, 4. Aufl. 2022, GWB § 135 Rn. 42; vgl. OLG Rostock NZBau 2022, 50 (53) Rn. 34 – Luca App II. Zur rechtsfolgenseitigen Lösung etwa Chen, Vergaberechtsschutz im Spannungsfeld zwischen Beschleunigungsgebot und Gewährung effektiven Rechtsschutzes, 2019, S. 403; Herrmann VergabeR 2021, 13 (16 f.); vgl. KG NZBau 2022, 544 (545f.) Rn. 17, 31 – Corona-Testzentren; OLG Koblenz NZBau 2022, 434 (440) Rn. 80 f. – PPK-Verpackungen. S. auch OLG Schleswig 7.1.2011 – 1 Verg 1/11, BeckRS 2015, 20222, das sogar die Möglichkeit anerkennt, die Vergabestelle bei sicherem Beschaffungsbedarf und fortbestehender Vergabeabsicht zur Einleitung eines Vergabeverfahrens zu verpflichten. Zweifel an der Unionsrechtskonformität der beiden Lösungsmöglichkeiten ergeben sich nicht, da Art. 2 d I RL 2007/66/EG sowie Art. 60 I RL 2009/81/EG beide Möglichkeiten umfassen.

7 Hierzu etwa Herrmann VergabeR 2021, 13; vgl. auch Ziekow/Völlink/Braun, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, GWB § 135 Rn. 131, der allerdings das Bestehen eines Entscheidungsspielraums ausschließt; ebenso auch die Gesetzesbegr. zu § 3 IV BwBBG, BT-Drs. 20/2353, 16 sowie die Gesetzesbegr. zu § 9 I Nr. 4 LNGG, BT-Drs. 20/1742, 27.

Für die tatbestandliche und damit gegen die rechtsfolgenseitige Lösung spricht bereits der Wortlaut des § 135 GWB. Denn die Regelung in § 135 I GWB stellt explizit auf die Feststellung eines Verstoßes gegen § 135 I Nr. 1 oder 2 GWB – und nicht auf die Feststellung der Vertragsunwirksamkeit – ab. Soweit die rechtsfolgenseitige Lösung unter Bezugnahme auf § 135 II GWB, der strukturell an § 135 I GWB anknüpft und die dort in Bezug genommene Feststellung auf die Vertragsunwirksamkeit erstreckt, begründet wird,[8] steht dieser Annahme der eindeutige Wortlaut der Vorschrift entgegen. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch richtet sich der Begriff der „Feststellung" darauf, das Vorliegen einer bestimmten Situation oder eines bestimmten Zustands zu ermitteln.[9] Die Feststellung der Unwirksamkeit setzt deshalb begriffslogisch voraus, dass der Vertrag bereits unwirksam ist und der Ausspruch der Nachprüfungsinstanzen diese Rechtslage rein deklaratorisch wiedergibt.[10] Anderenfalls handelte es sich begrifflich nicht mehr um eine Feststellung, sondern vielmehr um eine Anordnung der Nachprüfungsinstanzen. Nach vorzugswürdiger Auffassung tritt deshalb die Unwirksamkeitssanktion bereits mit der rechtskräftigen Feststellung eines Verstoßes gegen die beiden Verbotstatbestände in § 135 I GWB – und nicht erst mit der Unwirksamkeitserklärung der Nachprüfungsinstanzen – ein.[11] Eine Ausnahme kommt deshalb nur in Betracht, soweit die gesetzlichen Vorschriften bei der Feststellung eines Verstoßes im Nachprüfungsverfahren nicht automatisch die Unwirksamkeitsfolge vorsehen.

Sofern allerdings der rechtsfolgenseitigen Lösung der Vorzug eingeräumt wird, kann eine Ausnahme von der Unwirksamkeitssanktion des § 135 I GWB lediglich dann bestehen, wenn die Nachprüfungsinstanzen auch zur Abweichung befugt sind, insbesondere wenn ihnen insoweit ein Entscheidungsspielraum zusteht. Die Vorschriften des nationalen Rechts bieten dafür jedoch keinerlei Anhaltspunkte. Gerade umgekehrt verbietet die Norm des § 168 II 1 GWB (ggf. iVm § 178 S. 4 GWB) den Nachprüfungsinstanzen sogar ausdrücklich die nachträgliche Aufhebung eines einmal wirksam erteilten Zuschlags. Demzufolge kommt zur Ableitung und Begründung solcher Befugnisse allein das höherrangige Unionsrecht, namentlich die Rechtsmittelrichtlinien, in Betracht.[12] Die Struktur der einschlägigen unionsrechtlichen Vorschriften wiederum weist lediglich die Unwirksamkeitssanktion als unionsrechtlich zwingende Rechtsfolge aus (Art. 2 d I RL 2007/66/EG, Art. 60 I RL 2009/81/EG). Die ausnahmsweise Wirksamkeit eines abgeschlossenen Vertrags stellt das Unionsrecht explizit in den Gestaltungsspielraum der Mitliedstaaten (Art. 2 d III RL 2007/66/EG, Art. 60 III RL 2009/81/EG), so dass auch im Wege richtlinienkonformer Auslegung keine entsprechende Befugnis der Nachprüfungsinstanzen abzuleiten ist.[13] Richtigerweise eröffnet § 135 I GWB damit auch unter Zugrundelegung der rechtsfolgenseitigen Lösung keine Ausnahmemöglichkeit von der Unwirksamkeitssanktion. Als Konsequenz steht den Vergabenachprüfungsinstanzen auch nicht etwa die Befugnis zu, von der zwingenden Rechtsfolge des § 135 I GWB abzuweichen. Unter Zugrundelegung der rechtsfolgenseitigen Lösung hängt die Anerkennung von Ausnahmen zur Unwirksamkeitsfolge des § 135 I GWB folglich ebenfalls von der Änderung bzw. Fortentwicklung bestehender gesetzlicher Vorschriften ab.

III. Anerkannte Ausnahmen in der Vergaberechtsprechung

Ungeachtet des obigen Befunds hat die jüngere Vergaberechtsprechung allerdings bereits Ausnahmen anerkannt. Sie lassen sich in „echte" und „unechte" Ausnahmen unterteilen, die sich maßgeblich darin unterscheiden, dass die Feststellung des Vergabeverstoßes nach § 135 I GWB entweder unzulässig („unecht") oder unbegründet („echt") ist.

1. „Unechte" Ausnahmen – Endgültige Befriedigung des Beschaffungsbedarfs

Eine „unechte" Ausnahme von der Unwirksamkeitssanktion des § 135 I GWB liegt vor, wenn der öffentliche Auftraggeber zwar gegen § 135 I Nr. 1 oder 2 GWB verstoßen hat, dieser aber wegen endgültiger Befriedigung des Beschaffungsbedarfs nicht mehr in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt werden kann. Der Ausnahmegrund liegt also weniger in der Anerkennung einer materiell-rechtlichen Ausnahme zu § 135 I GWB, sondern vielmehr in der prozessualen Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags. Denn soweit der Auftragnehmer seine Leistung bereits unumkehrbar erbracht hat, erledigt sich das Vergabeverfahren gem. § 168 II 2 GWB „in sonstiger Weise".[14] Die Zulässigkeit eines Nachprüfungsverfahrens in den Fällen des § 135 GWB erfordert jedoch ein Feststellungsinteresse an der Unwirksamkeit des angegriffenen Vertrags.[15] Dieses liegt immer dann vor, wenn das antragstellende Wirtschaftsunternehmen bei unterstellter Vertragsunwirksamkeit effektiv Primärrechtsschutz beanspruchen kann, also neben der Unwirksamkeitsfeststellung zulässigerweise einen weiteren Vergabeverstoß gerichtlich durchsetzen kann. Das Feststellungsinteresse fehlt deshalb insbesondere dann, wenn sich das Vergabeverfahren aufgrund der unumkehrbaren Befriedigung des Beschaffungsbedarfs endgültig erledigt hat und somit keine Antragsbefugnis mehr gem. § 160 II GWB besteht.[16] Für die Unionsrechtskonformität dieses Auslegungsergebnisses sprechen insbesondere teleologische Gründe: Kann das antragstellende Wirtschaftsunternehmen aufgrund der eingetretenen Erledigung keine zulässige Nachprüfung erreichen, besteht auch kein Bedürfnis mehr, die Unwirksamkeitssanktion des § 135 I GWB auszulösen.[17] Gerade, wenn die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung lediglich auf Wertersatz (§ 818 II BGB) gerichtet ist, kann der unionsvergaberechtliche Zweck der Unwirksamkeitsfolge, die bestehenden vertraglichen Pflichten zugunsten einer Wiederherstellung des status quo

8 Herrmann VergabeR 2021, 13 (16 f.); s. auch Willenbruch/Wieddekind/Stumpf, VergabeR, 5. Aufl. 2023, GWB § 135 Rn. 13, 15, nach dem erst der Ausspruch der Unwirksamkeit die Rechtsfolge des § 135 I GWB herbeiführt.

9 Vgl. die Begriffsbedeutungen zum Wort „Feststellung" unter https://www.duden.de/rechtschreibung/Feststellung (zuletzt abgerufen am 17.3.2023).

10 Vgl. zu diesem Argument bereits Dreher/Hoffmann NZBau 2010, 201 (203) zur Frage der schwebenden Unwirksamkeit des Vertrags.

11 Dies dürfte auch dem gesetzgeberischen Verständnis entsprechen, da der Gesetzgeber in der Begr. zu § 3 IV BwBBG sowie § 9 I Nr. 4 LNGG davon ausgeht, dass die Unwirksamkeitsfolge „automatisch" bei der Feststellung eines Verstoßes gegen § 135 I Nrn. 1, 2 GWB eintritt, zum BwBBG BT-Drs. 20/2353, 16; zum LNGG BT-Drs. 20/1742, 27.

12 So Herrmann VergabeR 2021, 13 (16 ff.); ähnl. VK Bund 19.9.2022 – VK 2-80/22, BeckRS 2022, 31569 Rn. 99; vgl. zur alten Rechtslage Shirvani VergabeR 2013, 669 (677).

13 Ebenso Burgi/Dreher/Opitz/Hoffmann, GWB § 135 Rn. 42; aA Herrmann VergabeR 2021, 13 (21); vgl. VK Bund BeckRS 2022, 31569 Rn. 122.

14 MüKoWettbR/Fett, Bd. 3, 4. Aufl. 2022, GWB § 168 Rn. 60 mwN.

15 Hierzu KG NZBau 2022, 544 (545) Rn. 16; OLG Bremen NZBau 2022, 548 (551 f.) Rn. 66 – Immobilien Bremen; OLG Düsseldorf NZS 2012, 747 (750) Rn. 16; Müller-Wrede GWB/Gnittke/Hattig, 2. Aufl. 2023, GWB § 135 Rn. 50.

16 KG NZBau 2022, 544 (545) Rn. 17; OLG Hamburg NZBau 2019, 398 (400) Rn. 116 f. – GWG mbH; OLG Düsseldorf NZBau 2018, 628 (629) Rn. 21 – Soziale Betreuungsleistungen für Flüchtlinge.

17 KG NZBau 2022, 544 (545 f.) Rn. 17; vgl. auch zum Fall der vollständigen oder fast vollständigen Vertragserfüllung ErwGr. 21 der RL 2007/66/EG.

ante aufzuheben (vgl. ErwGr. 21 der RL 2007/66/EG), nicht mehr erreicht werden.[18]

Ein solches Verständnis trägt allerdings den Wertungen der unionsrechtlichen Rechtsmittelrichtlinien nicht hinreichend Rechnung. So geht ErwGr. 21 der RL 2007/66/EG offenbar davon aus, dass auch Fälle der vollständigen oder fast vollständigen Leistungserbringung der vergaberechtlichen Nachprüfung unterliegen. Sofern unter der eingangs genannten Begründung eine Nachprüfbarkeit zulässigerweise abgelehnt wird, ist die Rechtsanwendung durch die Spruchkörper zumindest an den materiell-rechtlichen Vorgaben der RL 2007/66/EG bzw. der RL 2009/81/EG zu messen. Bei wertender Betrachtung gleicht die Rechtslage zur Beschaffungserledigung aufgrund unumkehrbarer Leistungsbefriedigung in seiner Wirkung der in Art. 2 d II RL 2007/66/EG und Art. 60 II RL 2009/81/EG eröffneten Möglichkeit zur Festlegung der ex nunc Unwirksamkeit des Vertrags. Die Vorschriften des Art. 2 d II UAbs. 2 S. 2 RL 2007/66/EG, Art. 60 II 3 RL 2009/81/EG sehen dort allerdings die Festlegung alternativer Sanktionen vor, die jedoch im nationalen Recht nicht explizit erwähnt werden. Eine Regelung wäre jedoch erforderlich, da aufgrund der Unzulässigkeit des Antrags nicht auf die Vorschriften zur Entscheidung der VK (§§ 168, 178 GWB) zurückgegriffen werden kann. Somit verstößt die Rechtsanwendung durch die Vergabenachprüfungsinstanzen aufgrund der fehlenden Möglichkeit zur alternativen Sanktionierung de lege lata gegen die unionsrechtlichen Vorschriften der RL 2007/66/EG bzw. der RL 2009/81/EG.[19]

2. „Echte" Ausnahmen – Versorgungskontinuität im Bereich der Daseinsvorsorge

Eine „echte" Ausnahme von der zwingenden Rechtsfolge des § 135 I GWB wird bisweilen in der vergaberechtlichen Judikatur diskutiert, um die Kontinuität der Versorgungsleistung durch den Fortbestand des vergaberechtswidrigen Vertrags – zumindest interimsweise – zu gewährleisten.[20] Den normativen Anknüpfungspunkt bildet dabei die Frage, ob die Nachprüfungsinstanzen ausnahmsweise von der Unwirksamkeitsfeststellung gem. § 135 I GWB zugunsten der fortgeltenden (ggf. befristeten) Vertragswirksamkeit absehen dürfen.[21] Diese Rechtsauffassung begegnet jedoch verschiedenartigen rechtlichen Bedenken: Sofern mit der tatbestandlichen Lösung die Unwirksamkeitssanktion mit der Feststellung des Verstoßes im Nachprüfungsverfahren eintritt, hat die (ausbleibende) Feststellung der Unwirksamkeit keine Auswirkungen auf den Eintritt der gesetzlich angeordneten Rechtsfolge. Sofern die Unwirksamkeitssanktion mit der rechtsfolgenseitigen Lösung konstitutiv von der Feststellung der Nachprüfungsinstanzen abhängt,[22] scheitert eine Ausnahme an der gebundenen Entscheidungsstruktur der Unwirksamkeitsfeststellung.[23] Zudem setzte die Annahme einer Ausnahme nach Art. 2 d II bzw. III RL 2007/66/EG und Art. 60 II bzw. III RL 2009/81/EG die notwendige Festsetzung einer alternativen Sanktion voraus. Zwar stellt die befristete Vertragswirksamkeit faktisch eine Verkürzung der Vertragslaufzeit und damit eine alternative Sanktion iSd Art. 2 e II UAbs. 1 RL 2007/66/EG, Art. 61 II UAbs. 1 RL 2009/81/EG dar,[24] gleichwohl fehlt den Nachprüfungsinstanzen de lege lata die Befugnis zum Erlass einer solchen Anordnung. Eine entsprechende gesetzliche Regelung, die zur Gewährleistung der Kontinuität von Versorgungsleistungen eine Ausnahme von der grundsätzlichen Vertragsunwirksamkeit zuließe, stünde jedenfalls nach der Rechtsprechung des EuGH nicht von vornherein im Widerspruch zu den Rechtsmittelrichtlinien.[25]

Konsequenterweise wird deshalb in der vergaberechtlichen Spruchpraxis sowie auch dem Schrifttum die Frage diskutiert, ob ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb gem. § 14 IV Nr. 3 VgV im Bereich der verpflichtend zugewiesenen Daseinsvorsorge zulässig ist, auch wenn die Umstände, die zur äußersten Dringlichkeit geführt haben, dem öffentlichen Auftraggeber zuzurechnen sind. Das Meinungsbild, insbesondere der vergaberechtlichen Rechtsprechung, ist hierzu uneinheitlich.[26] Das OLG Düsseldorf hat zur Klärung dieser Frage jüngst beim EuGH ein Vorabentscheidungsersuchen gestellt.[27] Sofern die Zulässigkeit einer interimsweisen Direktbeauftragung bejaht wird, scheidet die Unwirksamkeitsfeststellung nach § 135 I GWB bereits tatbestandlich aus.

IV. Unionsrechtliche Umsetzungsspielräume für gesetzliche Ausnahmen?

Da die Eröffnung von Ausnahmemöglichkeiten zur Unwirksamkeitsfolge des § 135 I GWB im Ergebnis allein dem deutschen Gesetzgeber obliegt, stellt sich schlussendlich die zentrale Frage, welche Spielräume ihm das höherrangige Unionsrecht vor dem Hintergrund der weitgehenden richtlinienförmigen Determinierung insoweit belässt. Die Regelung des § 135 GWB dient der Umsetzung der Art. 2 d RL 2007/66/EG sowie Art. 60 RL 2009/81/EG, die zwar ausdrücklich die Fehlerfolge der Unwirksamkeit in den Fällen des Art. 2 d I Buchst. a-c RL 2007/66/EG, Art. 60 I Buchst. a-c RL 2009/81/EG erfordern, die konkrete Ausgestaltung dessen im Grundsatz jedoch wiederum den Mitgliedstaaten übertragen (Art. 2 d II d UAbs. 1 sowie ErwGr. 21 RL 2007/66/EG, Art. 60 II 1 RL 2009/81/EG). Für sie bestehen Umsetzungsoptionen insbesondere

- hinsichtlich der *zeitlichen Geltung der Vertragsunwirksamkeit* (ex tunc oder ex nunc), Art. 2 d II UAbs. 2 RL 2007/66/EG, Art. 60 II 2 RL 2009/81/EG,
- hinsichtlich der Regelung einer *Ausnahme zur Unwirksamkeitssanktion* Art. 2 d III RL 2007/66/EG, Art. 60 III RL 2009/81/EG,
- hinsichtlich der *zeitlichen Begrenzung der (gerichtlichen) Nachprüfungsmöglichkeit* des Vergabehandelns, Art. 2 f RL 2007/66/EG, Art. 62 RL 2009/81/EG.

Soweit der nationale Gesetzgeber die zeitliche Geltung der Unwirksamkeitssanktion auf noch ausstehende Verpflichtungen beschränkt (ex nunc) (erster Spiegelstrich) oder eine Ausnahmemöglichkeit (zweiter Spiegelstrich) vorsieht, muss

18 Instruktiv Chen, S. 437 ff. mwN.
19 Ebenso Shirvani, Optimierung des Rechtsschutzes im Vergaberecht, 2016, S. 156.
20 Vgl. VK Rheinland-Pfalz 22.5.2014 – VK 1-7/14, BeckRS 2015, 15353; KG NZBau 2022, 544 (547) Rn. 31.
21 Befürwortend VK Bund BeckRS 2022, 31569 Rn. 96 ff., das jedoch die Frage nach der Ausnahme zu § 135 I GWB und der Zulässigkeit eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb gem. § 14 IV Nr. 3 VgV vermengt.
22 Zu beiden Lösungsvorschlägen s. o. unter I.
23 Kritisch Junge COVuR 2022, 584 (587).
24 Hierzu Chen, S. 446.
25 S. EuGH ECLI:EU:C:2008:190 = NZBau 2008, 524 (527) Rn. 53 ff. – Kommission/Spanien; die Entscheidung erging allerdings zur RechtsmittelRL idF v. 21.12.1989.
26 Befürwortend OLG Frankfurt a. M. NZBau 2023, 263 – Aufzugsarbeiten (unter Nr. 14 in diesem Heft); NZBau 2014, 386 (389) – Stadtverkehr L.; VK Südbayern 12.8.2016 – Z3-3-3194-1-27-07-16, BeckRS 2016, 15052; Ziekow/Völlink/Völlink, VgV § 14 Rn. 64; abl. KG NZBau 2022, 544 (547) Rn. 30 f.; Burgi/Dreher/Dörn, Beck VergabeR II, 3. Aufl. 2019, VgV § 14 Rn. 51. Kritisch jüngst Schnitzler, vergabeblog.de v. 3.2.2023, Nr. 52327.
27 S. den Aussetzungs- u. Vorlagebeschl. d. OLG Düsseldorf NZBau 2023, 263 Ls. = BeckRS 2023, 3362 – Förderschule a. d. Ruhraue (EuGH: Rs. C-128/23).

er für diese Fälle zugleich alternative Sanktionen festlegen (Art. 2 d II UAbs. 2 S. 2 RL 2007/66/EG, Art. 60 II 3 RL 2009/81/EG). Diese müssen nach Art. 2 e II RL 2007/66/EG, Art. 61 RL 2009/81/EG *wirksam, verhältnismäßig und abschreckend* sein und insbesondere die *Verhängung von Geldbußen bzw. -strafen* gegen den Auftraggeber oder die *Verkürzung der Laufzeit* des Vertrags umfassen. Dieses Erfordernis stützt sich auf die Vorstellung des Unionsgesetzgebers, einen Verstoß gegen Art. 2 d I Buchst. a-c RL 2007/66/EG, Art. 60 I Buchst. a-c RL 2009/81/EG in jedem Fall zu sanktionieren. Kommt eine Unwirksamkeitssanktion ausnahmsweise nicht in Betracht, soll durch die alternativen Sanktionen derselbe Abschreckungseffekt erzielt werden.[28] Die Verhängung alternativer Sanktionen zielt deshalb darauf ab, (erneuten) Verstößen des Auftraggebers gegen Art. 2 d I Buchst. a-c RL 2007/66/EG, Art. 60 I Buchst. a-c RL 2009/81/EG vorzubeugen.

Eine echte Ausnahme enthält das Unionsrecht lediglich in Art. 2 d IV RL 2007/66/EG, Art. 60 IV RL 2009/81/EG, die der bundesdeutsche Gesetzgeber in § 135 III GWB umgesetzt hat.[29] Im Übrigen hat er von den unionsrechtlich eröffneten Umsetzungsspielräumen bislang nur zurückhaltend Gebrauch gemacht. So findet sich allein in § 135 II GWB eine Regelung zur zeitlichen Begrenzung der Nachprüfbarkeit des Vergabehandelns (dritter Spiegelstrich).

V. Flexibilisierung durch das BwBBG und LNGG

Mit dem Erlass der Beschleunigungsgesetze BwBBG und LNGG hat der nationale Gesetzgeber nun allerdings „aus der Not heraus" erstmalig von den ihm unionsrechtlich eingeräumten Umsetzungsspielräumen Gebrauch gemacht:[30]

1. Ausnahme vom Eintritt der Unwirksamkeitssanktion (BwBBG und LNGG)

Die Regelungen im BwBBG sowie im LNGG sehen vor, dass ein Vertrag abweichend von § 135 I GWB nicht als unwirksam „erachtet" werden kann, wenn *zwingende Gründe des Allgemeininteresses* ausnahmsweise die *Aufrechterhaltung der Vertragswirksamkeit* rechtfertigen. Bereichsspezifisch sind dabei im BwBBG die Zwecke des § 1, die besonderen Verteidigungs- und Sicherheitsinteressen sowie die unmittelbare Stärkung der Einsatzfähigkeit der Bundeswehr (§ 3 IV 1 BwBBG) bzw. im LNGG die Zwecke des § 1 und des besonderen Interesses nach § 3 (§ 9 I Nr. 4 S. 1 LNGG) als Gründe für die Vertragswirksamkeit in der *Abwägung* zu berücksichtigen. Die Vorschriften eröffnen damit erstmalig einen gesetzlich legitimierten Entscheidungsspielraum zugunsten der Vergabenachprüfungsinstanzen hinsichtlich des Eintritts der Fehlerfolge des § 135 I GWB. Nach § 3 IV 1 BwBBG findet eine Abwägungsentscheidung nur auf Antrag des öffentlichen Auftraggebers statt; anderenfalls besteht kein solcher Entscheidungsspielraum der Nachprüfungsinstanzen. Selbiges gilt nach § 9 I Nr. 4 S. 1 LNGG für Vergaben im Anwendungsbereich des LNGG, wenngleich von der Ausnahmemöglichkeit dort auch von Amts wegen Gebrauch gemacht werden darf.

a) *Inhalt der Ermessensentscheidung.* Dieses rechtsfolgenseitig erstmals eingeräumte Ermessen der Nachprüfungsinstanzen unterscheidet sich jedoch normstrukturell nach den verschiedenen Regelungsbereichen. Während § 3 IV BwBBG das Ergebnis der Abwägungsentscheidung vollständig offenlässt, normiert § 9 I Nr. 4 S. 2 LNGG jedenfalls bei Vorliegen eines besonderen Interesses nach § 3 LNGG ein *intendiertes Ermessen* zugunsten der Beibehaltung der Vertragswirksamkeit.[31] Lediglich in besonders engen Ausnahmefällen tritt dort daher die Unwirksamkeitssanktion des § 135 I GWB ein. Ein solcher Fall könnte etwa vorliegen, wenn in dem Verhalten des öffentlichen Auftraggebers die Absicht zum Ausdruck gelangt, die Erleichterungen als Vorwand zur Umgehung des Vergaberechts zu nutzen. Trotz des Wortlauts sind die Nachprüfungsinstanzen auch bei der Entscheidung nach § 3 IV BwBBG keineswegs inhaltlich frei. Die Ermessensentscheidung wird vielmehr von Art. 60 III UAbs. 4 RL 2009/81/EG überlagert, wonach die Vertragswirksamkeit dann anzuordnen ist, wenn die Folgen der Unwirksamkeit die Existenz eines umfassenderen Verteidigungs- oder Sicherheitsprogramms, das für die Sicherheitsinteressen eines Mitgliedstaats von grundlegender Bedeutung ist, erheblich gefährden würden.

Im Übrigen kann sich die Abwägungsentscheidung insbesondere daran ausrichten, ob sich eine Unterbrechung der aufgrund des rechtswidrigen Zuschlags bezogenen Leistungen negativ auf die mit dem BwBBG und LNGG verfolgten Ziele und den konkreten Beschaffungsbedarf auswirkt.[32] Allerdings können wirtschaftliche Interessen, insbesondere die durch die Verzögerung, die Neuausschreibung und den Wechsel des Auftragnehmers verursachten Kosten, grundsätzlich nicht die ausnahmsweise Wirksamkeit des Vertrags rechtfertigen. Dies gilt vorbehaltlich solcher Ausnahmefälle, in denen die Unwirksamkeit des Vertrags unverhältnismäßige Folgen hätte.[33] Hinsichtlich der abzuwägenden Belange haben die Nachprüfungsinstanzen zu berücksichtigen, dass deren Gewicht keineswegs statisch ist, sondern sich kurzfristig aufgrund der aktuellen politischen Entwicklungen (erheblich) verändern kann.[34] Sie können deshalb in ihre Entscheidung einbeziehen, ob ein rechtmäßiges Alternativverhalten des öffentlichen Auftraggebers überhaupt realistisch zu besorgen war und wie schwer der Vergabeverstoß wiegt. Eine allzu strenge Anwendung der Vorschriften durch die Nachprüfungsinstanzen sollte dabei den engen Anwendungsbereich des BwBBG und des LNGG (jeweils § 2) sowie ihre rechtstatsächlichen Steuerungsoptionen durch die obligatorischen alternativen Sanktionsmöglichkeiten berücksichtigen.

b) *Alternative Sanktionen.* Ordnen die Vergabekammern und Beschwerdegerichte in den Fällen des § 135 I GWB ausnahmsweise die Wirksamkeit des Vertrags nach Maßgabe des § 3 IV 1 BwBBG, § 9 I Nr. 4 S. 1 LNGG an, haben sie gem. § 3 IV 2 BwBBG, § 9 I Nr. 4 S. 2 LNGG alternative Sanktionen zur Feststellung der Unwirksamkeit zu erlassen.[35] Nach § 3 V BwBBG, § 9 I Nr. 6 LNGG müssen die Sanktionen *wirksam, verhältnismäßig und abschreckend* sein. Sie umfassen die *Verhängung einer Geldsanktion* gegen den Auftraggeber (höchstens 15 % des Auftragswerts) oder die *Verkürzung der Laufzeit* des Vertrags. Der Gesetzgeber übernimmt damit wortgleich die Sanktionsmöglichkeiten des Unionsrechts, ohne den Nachprüfungsinstanzen einen Entscheidungsspielraum über weitere in Betracht kommende Sanktionen einzuräumen.[36] Nach den unionsrechtlichen Vorschriften der Art. 2 e II UAbs. 2 RL 2007/66/EG, Art. 61 II UAbs. 2 RL 2009/81/EG wäre der Gesetzgeber erkennbar nicht hierauf beschränkt gewesen, sondern hätte den Nachprüfungsinstanzen sogar noch weiterreichende Auswahlmöglichkeiten

28 Vgl. ErwGr. 18 der RL 2007/66/EG.
29 Hierzu Linke NZBau 2022, 199. S. auch EuGH ECLI:EU:C:2013:448 = NZBau 2013, 589 Rn. 45, 53 f. – Fastweb SpA, wonach es den Mitgliedstaaten insbesondere verwehrt ist, den mitgliedstaatlichen Gerichten bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 2 d IV RL 2007/66/EG bzw. § 135 III GWB einen Entscheidungsspielraum über die Vertragswirksamkeit zuzubilligen.
30 S. auch die Gesetzesbegr. zum BwBBG, BT-Drs. 20/2353, 16; LNGG, BT-Drs. 20/1742, 27.
31 BT-Drs. 20/1742, 27.
32 Vgl. VK Bund BeckRS 2022, 31569 Rn. 96 f.
33 Art. 2 d III RMRL/Sekt-RMRL, Art. 60 III RL 2009/81/EG; weitestgehend wortgleich BT-Drs. 20/2353, 16.
34 Vgl. Stein/Ebel VergabeR 2022, 709 (715).
35 Die Vorschriften setzen damit die unionsrechtlichen Vorgaben des Art. 2 d III UAbs. 1 S. 2 RL 2007/66/EG, Art. 60 III UAbs. 5 RL 2009/81/EG um.
36 Nach Stein/Ebel VergabeR 2022, 709 (715 f.) soll es sich hingegen um gesetzliche Regelbeispiele handeln.

einräumen können. Hinsichtlich der Auswahl der „richtigen“ Sanktion, belassen § 3 IV 2 BwBBG und § 9 I Nr. 4 S. 2 LNGG den Nachprüfungsinstanzen einen zulässigen Spielraum. Sie müssen daher entscheiden, welche Sanktion vor dem konkreten Vergaberechtsverstoß wirksam, verhältnismäßig und abschreckend ist. Die aufgezählten Möglichkeiten begegnen hinsichtlich ihrer Effektivität von vornherein keinen grundlegenden Bedenken, da insbesondere dem Auftraggeber bei der Verhängung einer Geldsanktion weniger finanzielle Mittel im Rahmen seiner Haushaltsposition zur Verfügung stehen und somit durchaus dessen Verhaltensänderung erreichen können.[37] Im Einzelfall können sie sich aber – verglichen mit der Unwirksamkeitsfolge – lediglich als stumpfes Schwert erweisen oder sogar im Widerspruch zur gesetzlich bezweckten Beschaffungsbeschleunigung stehen. Zu denken sei etwa an Beschaffungen mit kurzen Ausführungsfristen oder Beschaffungsgegenstände, für die keine einheitlichen Marktpreise bestehen. Die Eröffnung von Entscheidungsspielräumen, etwa in Form von Regelbeispielen, könnte daher dazu beitragen, im konkreten Einzelfall abschreckende Sanktion zu verhängen und den Nachprüfungsinstanzen zugleich die Entscheidung über die Vertragswirksamkeit zu erleichtern. Denn die Vergabekammern und Beschwerdegerichte haben dabei zu berücksichtigen, dass die Sanktionen nicht vorrangig dem Ausgleich (dies betonen § 3 IV 3 BwBBG, § 9 I Nr. 4 S. 4 LNGG) oder der Bestrafung vergangenen Fehlverhaltens dienen, sondern generalpräventiv vor der Etablierung oder Perpetuierung vergaberechtswidrigen Verhaltens abschrecken sollen.[38] Kommen die Nachprüfungsinstanzen zu dem Ergebnis, dass dieser Effekt mit den beiden bestehenden Möglichkeiten nicht zu erreichen ist, so stellt dies einen gewichtigen Grund gegen die ausnahmsweise Vertragswirksamkeit dar.

2. Ausnahme von der zeitlichen Geltung der Unwirksamkeitssanktion (LNGG)

Darüber hinaus modifiziert der Gesetzgeber für Auftragsvergaben im Anwendungsbereich des LNGG die *zeitliche Geltung* der Unwirksamkeitssanktion.[39] Während nach dem Regelfall des § 135 I GWB die Unwirksamkeit ex tunc eintritt, gilt sie nach § 9 I Nr. 5 S. 1 LNGG lediglich für die noch zu erfüllenden Verpflichtungen (ex nunc). Konsequenterweise findet *keine zivilrechtliche Rückabwicklung* der bereits erbrachten Leistungen statt. Es handelt sich bei der einfachgesetzlichen Regelung um eine zwingende Vorgabe, die keinen Spielraum zugunsten der Nachprüfungsinstanzen eröffnet.[40] Allerdings erfordert die Geltung der Unwirksamkeit ex nunc die Festlegung alternativer Sanktionen durch die Nachprüfungsinstanzen (Art. 2 d II UAbs. 2 S. 2 RL 2007/66/EG, Art. 60 II 3 RL 2009/81/EG), wobei sich die inhaltlichen Anforderungen an die Sanktionen mit denjenigen zur Ausnahme von der Unwirksamkeitsfolge überschneiden.[41]

3. Zwischenergebnis

Der Gesetzgeber folgt bei der Umsetzung der Ausnahmemöglichkeiten zu § 135 I GWB der durch das Unionsrecht vorgezeichneten Struktur. Hinsichtlich der Verhängung alternativer Sanktionen hat der Gesetzgeber jedoch noch nicht das volle Potential der ihm insoweit unionsrechtlich eingeräumten Möglichkeiten ausgenutzt. Stattdessen könnte er durch eine offenere Gestaltung der alternativen Sanktionen – etwa in Form von Regelbeispielen – zu einer einheitlicheren praxisgerechten Rechtsanwendung der Beschleunigungsvorschriften der § 3 IV 1 BwBBG, § 9 I Nr. 4 S. 1 LNGG durch die Nachprüfungsinstanzen beitragen.

VI. Fazit

Die aktuelle bundesgesetzliche Ausgestaltung zur vergabespezifischen Unwirksamkeitsfolge in § 135 I GWB eröffnet den Vergabenachprüfungsinstanzen wie gezeigt kaum Spielräume, um flexibel und praxisgerecht auf schwerwiegendes vergaberechtswidriges Fehlverhalten des öffentlichen Auftraggebers reagieren zu können. Gerade die jüngeren Versuche der Rechtsprechung, hiervon Ausnahmen zu etablieren, stehen auf rechtsdogmatisch brüchigem Fundament und zumindest teilweise in Widerspruch zum höherrangigen Unionsrecht. Der letzte Vorstoß des Bundesgesetzgebers in Gestalt der beiden Beschleunigungsgesetze BwBBG und LNGG ist deshalb aus Sicht der gesamten Vergabepraxis ausdrücklich zu begrüßen, sollte ihm also bereits im anstehenden Vergabetransformationspaket weitergehenden Anlass geben, das bestehende Sanktionensystem im Anwendungsbereich der Rechtsmittelrichtlinien „mit Augenmaß“ praxisgerecht zu öffnen. ■

37 Anders Stein/Ebel VergabeR 2022, 709 (716).
38 Dies schließt es etwa aus, die verhängte Geldsanktionen an die unterlegenen Bieter auszuzahlen; zu diesem Vorschlag Stein/Ebel VergabeR 2022, 709 (716).
39 Eine vergleichbare Regelung findet sich im BwBBG nicht.
40 S. auch BT-Drs. 20/1742, 27 f.
41 Hierzu bereits o. unter V 1 b.

Rechtsanwalt Moritz Ahlers, LL.B.*

Der Referentenentwurf zum „Onlinezugangsgesetz 2.0“ aus vergaberechtlicher Sicht

In seinem am 26.1.2023 veröffentlichten Referentenentwurf zum sog. OZG 2.0 (im Folgenden auch: OZG-E) bezeichnet das Bundesministerium für Inneres und Heimat die OZG-Umsetzung zutreffend als das „bis dato größte Modernisierungsprojekt der Verwaltung“. Um das Ziel einer „einfachen, modernen und digitalen Verfahrensabwicklung“ zu fördern, will der Entwurf das gemeinsame und arbeitsteilige Vorgehen zwischen Bund und Ländern und die dabei geschaffenen neuen Strukturen der Bund-Länder-Zusammenarbeit verstetigen. Auch wenn der Entwurf keine genuin vergaberechtlichen Regelungen enthält, könnte die eindeutige Einbeziehung der Kommunen in den Anwendungsbereich des Gesetzes ganz erhebliche Auswirkungen für die rechtssichere Gestaltbarkeit ebenenübergreifender vergaberechtsfreier IT-Kooperationen haben.

I. Einleitung

Die umfassende und bundeseinheitliche Verwaltungsdigitalisierung der Bundesrepublik Deutschland als föderalem Bun-

* Der Autor ist Rechtsanwalt in Hamburg und promoviert zudem an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer. Er dankt Rechtsreferendar Jonas Böhme und Assessor David Rappenglück für die wertvollen Anregungen.