

Berlin, 11. Juli 2011  
Stellungnahme Nr. 38/11

# **Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins**

**durch den Ausschuss Vergaberecht**

**zum**

**Gesetzentwurf zur Änderung des Vergaberechts für die Bereiche  
Verteidigung und Sicherheit**

Mitglieder des Vergaberechtsausschusses:

Rechtsanwalt Dr. Olaf Otting, Frankfurt/Main (Vorsitzender)

Rechtsanwältin Gritt Diercks-Oppler, Hamburg

Rechtsanwalt Prof. Dr. Marius Raabe, Kiel

Rechtsanwalt Hans Christian Schwenker, Hannover

Rechtsanwalt Dr. Thomas Stickler, Leipzig

Rechtsanwältin Dr. Andrea Vetter, Stuttgart

zuständige DAV-Geschäftsführerin:

Rechtsanwältin Bettina Bachmann, DAV-Berlin

## Verteiler:

- Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie
- Bundesministerium der Justiz
- Bundesministerium der Verteidigung
- Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA)
- Deutscher Bundestag - Ausschuss für Wirtschaft und Technologie
- Deutscher Bundestag – Rechtsausschuss
- Deutscher Bundestag – Verteidigungsausschuss
- Deutscher Verdingungsausschuss für Leistungen (DVAL)
- Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.
- Deutscher Industrie- und Handelskammertag e.V.
- 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 Verwaltungsrichterrinnen (BDVR)
- DAV-Vorstand und Geschäftsführung
- Vorsitzende der DAV-Gesetzgebungsausschüsse
- NZBau - Neue Zeitschrift für Bau- und Vergaberecht
- IBR Immobilien- und Baurecht
- Redaktion NVwZ
- Redaktion NJW

*Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit 68.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.*

---

1. Der Deutsche Anwaltverein befürwortet die im Gesetzentwurf der Bundesregierung vorgesehene Umsetzung der Richtlinie 2009/81/EG im Rahmen der bestehenden vergaberechtlichen Regelungssystematik. Die Einfügung der Vorschriften zum Anwendungsbereich in das GWB und die Einführung einer eigenständiger Rechtsverordnung zur Vergabe verteidigungs- und sicherheitsrelevanter Aufträge ist systematisch sinnvoll.
2. Der Regelungsvorschlag beschränkt sich in einem ersten Schritt zur Umsetzung der Verteidigungsrichtlinie auf die Regelungen zum Anwendungsbereich und auf die Einführung einer „Rumpfverordnung“, die lediglich die Schwellenwerte für verteidigungs- und sicherheitsrelevante Aufträge regeln soll. Die Umsetzung der Verfahrensvorschriften der Richtlinie 2009/81/EG soll erst zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen. Da zugleich durch die vorgeschlagenen Änderungen der VgV und der SektVO deren Anwendbarkeit auf die Vergabe verteidigungs- und sicherheitsrelevanter Aufträgen ausgeschlossen wird, entsteht mit Ablauf der Umsetzungsfrist zum 21.08.2011 Rechtsunsicherheit, da ungewiss sein wird, welche Regelungen der Richtlinie unmittelbar anzuwenden sind. Der DAV bedauert, dass die Richtlinie innerhalb der Umsetzungsfrist nicht vollständig umgesetzt werden konnte.
3. Die vorgeschlagene neue Systematisierung der Ausnahmetatbestände im GWB erscheint sinnvoll, da der bisherige § 100 Abs. 2 GWB sehr umfangreich war und durch die Einfügung weiterer spezifischer Ausnahmetatbestände für Verteidigungsaufträge noch unübersichtlicher würde. Ausnahmetatbestände, die für alle Auftragsarten gelten, sollten in § 100 GWB dabei aber sämtlich vor die Klammer gezogen werden, wie etwa der Tatbestand des § 100 Abs. 5 GWB. Ausnahmen, die sowohl für klassische als auch für sektorspezifische Aufträge gelten, sollten nicht wortgleich in § 100a GWB und § 100b GWB geregelt werden (z.B. in § 100a Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 3 einerseits, § 100b Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 3 andererseits), sondern in § 100 GWB.

4. Der DAV hält es grundsätzlich für richtig, außerhalb des Anwendungsbereichs der Verteidigungsrichtlinie weiterhin Ausnahmebestimmungen für sicherheitsrelevante Aufträge i.S.d. bisherigen § 100 Abs. 2 lit. d GWB anzuerkennen (vgl. § 100 Abs. 6 Nr. 3 des Gesetzentwurfs). Allerdings droht ein Wertungswiderspruch, wenn für diese Aufträge nur die Alternative besteht, sie nach den Verfahrensbestimmungen der VOL/A-EG bzw. des 2. Abschnitts der VOB/A zu vergeben oder das Vergaberecht nicht anzuwenden, während für verteidigungs- und sicherheitsrelevante Aufträge i.S.d. neuen § 99 Abs. 7 GWB grundsätzlich die Anwendung der Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV) vorgesehen ist. Da die Rechtsprechung zu den Ausnahmetatbeständen eine Abwägung des Sicherheitsinteresses mit dem vergaberechtlichen Wettbewerb fordert, sollte erwogen werden, eine Vergabe solcher Aufträge nach den künftigen Regeln der VSVgV als „milderes Mittel“ gegenüber der Nichtanwendung des Vergaberechts zu ermöglichen.
5. Der DAV regt die Streichung des § 115 Abs. 4 GWB an. Die Vereinbarkeit dieser Vorschrift mit der Rechtsmittelrichtlinie und der Richtlinie 2009/81/EG ist zweifelhaft (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 08.06.2011 – VII - Verg 49/11; OLG Koblenz, Beschl. v. 15.09.2010 – 1 Verg 7/10 –, NZBau 2010, 778). Sie führt zu einer kaum erträglichen Verkürzung des Rechtsschutzes für Bieter und belastet den Auftraggeber, der von dieser Möglichkeit Gebrauch macht, mit dem Risiko des Vorwurfs eines Rechtsmissbrauchs.