

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

---

**Band 1089**

# **Vergabeentscheidung und Verfahrensgerechtigkeit**

**Zur wirtschaftslenkenden Auftragsvergabe  
gemessen an der Berufsfreiheit, den Grundfreiheiten  
und dem Beihilfenverbot**

**Von**

**Hendrik Kaelble**



**Duncker & Humblot · Berlin**

HENDRIK KAELBLE

Vergabeentscheidung und  
Verfahrensgerechtigkeit

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1089

# Vergabeentscheidung und Verfahrensgerechtigkeit

Zur wirtschaftslenkenden Auftragsvergabe  
gemessen an der Berufsfreiheit, den Grundfreiheiten  
und dem Beihilfenverbot

Von

Hendrik Kaelble



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät  
der Humboldt-Universität zu Berlin  
hat diese Arbeit im Jahre 2007  
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten  
© 2010 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fremddatenübernahme und Druck:  
Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin  
Printed in Germany

ISSN 0582-0200  
ISBN 978-3-428-12657-6

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Für Laure und Maxim,  
für Brigitte und Hartmut*



## Vorwort

Die nachfolgende Arbeit wurde im Sommersemester 2007 von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen. Das Manuskript wurde im Februar 2007 abgeschlossen. Nachfolgende Rechtsprechung konnte bis Oktober 2007 nachgetragen werden.

Ohne Förderung und Unterstützung wäre diese Dissertation nicht entstanden. Herzlicher Dank gebührt zuvörderst Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Battis für die Betreuung der Arbeit, die wertvollen Anregungen und das zügig vorangetriebene Promotionsverfahren. Gedankt sei auch Herrn Prof. Dr. Gunnar Folke Schuppert für die nicht minder zügige Zweitbegutachtung und Herrn Prof. Dr. Michael Kloepfer, dem die Klarheit des Titels geschuldet ist. Besonderer Dank gebührt zudem Herrn Privatdozent Dr. Peter Friedrich Bultmann, der die Arbeit von Beginn an mit Anregung und Kritik begleitet hat.

Gefördert wurde die Arbeit von der Friedrich-Ebert-Stiftung, der ich für das Promotionsstipendium ebenso verbunden bin wie für die interessanten Kontakte, die ich während meines Aufenthalts in Brüssel knüpfen konnte. Großzügig unterstützt hat die Arbeit darüber hinaus Herr Rechtsanwalt Malte Müller-Wrede, nicht zuletzt durch einen Arbeitsplatz in den Kanzleiräumen. Ihm verdanke ich auch die gründliche vergaberechtliche Ausbildung, auf der diese Arbeit aufbauen konnte.

Für fruchtbaren Austausch über viele Jahre der Zusammenarbeit haben Herr Sebastian Lischka und Frau Verena Poschmann gesorgt. Gedankt sei Ihnen und abermals Herrn Dr. Peter Friedrich Bultmann für das gründliche Durcharbeiten von Entwürfen der Arbeit. Von Herzen danke ich auch meinen Eltern, Brigitte und Hartmut Kaelble, für die Unterstützung während meines Studiums, das hiermit seinen Abschluss findet, und für das finale Korrekturlesen.

Die wichtigste Stütze war und ist mir jedoch meine Frau Laure, deren Verstand, Pragmatismus und Humor einen verirrtten Doktoranden stets wieder auf die rechten Bahnen brachten. Ihr gebührt mehr als Dank. Für unseren Sohn Maxim freue ich mich, dass er nachgeboren ist und daher allenfalls Ergebnisse, nicht Entwürfe lesen wird. Meiner Frau und meinem Sohn, wie auch meinen Eltern, ist diese Arbeit gewidmet.

Berlin, im November 2007

*Hendrik Kaelble*



# Inhaltsübersicht

<b>Einführung</b> .....	29
1. Teil	
<b>Faktische Beeinträchtigung der Berufsfreiheit, der Grundfreiheiten und des Beihilfenverbots</b>	
	46
1. Kapitel Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG .....	46
2. Kapitel Grundfreiheiten, Art. 28, 38, 43, 49 EG .....	104
3. Kapitel Beihilfenverbot, Art. 87 Abs. 1 EG .....	121
2. Teil	
<b>Anforderungen an das Vergabeverfahren</b>	
	156
<i>1. Abschnitt</i>	
<b>Rechtsschutz durch Verfahren im Vergabeverfahren</b>	
	156
4. Kapitel Verfahrensgerechtigkeit / Rechtsschutz durch Verfahren .....	157
5. Kapitel Die Herleitung prozeduraler Rechte .....	180
6. Kapitel Das Vergabeverfahren – Ansatzpunkte für den Rechtsschutz durch Ver- fahren .....	184
<i>2. Abschnitt</i>	
<b>Prozedurale Anforderungen der Berufsfreiheit, der Grundfreiheiten und des Beihilfenverbots</b>	
	197
7. Kapitel Grundrechte – Grundrechtsschutz durch Verfahren .....	197
8. Kapitel Grundfreiheiten – Grundfreiheitenschutz durch Verfahren .....	227
9. Kapitel Beihilfenverbot – Beihilfenausschluss durch Verfahren .....	245
10. Kapitel Ergebnis .....	268

*3. Abschnitt*

	<b>Überprüfung der Verfahrenstypen der VKR</b>	269
11. Kapitel	Wettbewerblicher Dialog .....	269
12. Kapitel	Verhandlungsverfahren .....	285
13. Kapitel	Nicht offenes und offenes Verfahren .....	291
14. Kapitel	Ergebnis .....	291

## 3. Teil

	<b>Anforderungen an das Gesetzgebungsverfahren (Gesetzesvorbehalt)</b>	293
--	--	-----

*1. Abschnitt*

	<b>Erforderlichkeit einer gesetzlichen Regelung, Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG</b>	294
15. Kapitel	Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG als Beeinträchtigungsvorbehalt .....	294
16. Kapitel	Verfahrensanforderungen des Gesetzesvorbehalts aus Art. 12 Abs. 1 GG	308

*2. Abschnitt*

	<b>Bestimmtheit der gesetzlichen Regelung</b>	311
17. Kapitel	Mindestinhalt: Regelung von Inhalt, Zweck und Ausmaß .....	312
18. Kapitel	Erforderliche Regelungsdichte .....	318

*3. Abschnitt*

	<b>Überprüfung ausgewählter Regelungen</b>	333
19. Kapitel	Umweltmanagement-Zertifizierung .....	333
20. Kapitel	Tariffreie-Regelung des Landes Bayern .....	339

## 4. Teil

	<b>Ergebnisse der Untersuchung</b>	345
	<b>Literaturverzeichnis</b> .....	353
	<b>Sachverzeichnis</b> .....	400

# Inhaltsverzeichnis

<b>Einführung</b> .....	29
A. Fragestellung .....	29
B. Gang der Untersuchung .....	33
C. Gegenstand der Untersuchung .....	34
I. Beschaffungsfremde Leistungsanforderungen und Kriterien im Vergabeverfahren .....	35
II. Subventionsähnliche Wirkung auf den Markt .....	38
1. Wirtschaftlicher Vorteil des Auftragnehmers und Belastung der Konkurrenten	38
a) Mehrpreis .....	38
b) Wirtschaftlicher Vorteil des öffentlichen Auftrags .....	39
c) Begünstigung und Belastung als Konnex .....	41
2. Subventionsnähe .....	42
III. Grenzfälle .....	43
1. Politisch motivierter Primärzweck .....	43
2. Dienstleistungen der Daseinsvorsorge .....	44
3. Allgemeine gesetzliche Pflichten .....	45

## 1. Teil

<b>Faktische Beeinträchtigung der Berufsfreiheit, der Grundfreiheiten und des Beihilfenverbots</b>	46
--	----

## 1. Kapitel

<b>Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG</b>	46
A. Anwendbarkeit – Fiskalgeltung der Grundrechte .....	47
B. Schutzbereich .....	48
I. Sachbereich – Beruf .....	48
1. Beruf und Marktteilnahme .....	48

2. Verhaltensweisen betreffend beschaffungsfremde Leistungsanforderungen/ Kriterien .....	50
II. Gewährleistungsgehalt – Grundrechtsfunktionen .....	53
1. Kein institutioneller Schutz des Wettbewerbs .....	53
2. Abwehrfunktion .....	55
a) Abwehrfunktion bei faktischen Wirkungen .....	55
b) Kein Schutz gegen systemimmanente Einwirkungen (BVerwG, Literatur) .....	56
c) Abwehrrecht nach Maßgabe der Funktionsbedingungen des Wettbewerbs (BVerfG „Glykol“ und Folgerechtsprechung) .....	57
aa) BVerfG „Glykol“ und „Festbeträge“ – Funktionsbedingungen des Wettbewerbs .....	58
bb) BVerfG „Vergaberechtsschutz“ und „Tariftreue“ – Vergabe öffentlicher Aufträge und „besondere Umstände“ .....	60
cc) Auswertung und grundrechtsdogmatische Einordnung .....	61
d) Ergebnis .....	64
C. Beeinträchtigung .....	65
I. Beeinträchtigungen im multipolaren Wirkungsgeflecht der Vergabe öffentlicher Aufträge .....	65
1. Erweiterung des Beeinträchtigungsbegriffs .....	65
2. Wirkungsbeziehungen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge .....	66
3. Grenzen des Beeinträchtigungsbegriffs .....	67
II. Berufsfreiheit des Auftragnehmers .....	67
1. BVerfG „Tariftreue“ – Beeinträchtigung der Vertragsinhaltsfreiheit .....	68
a) Sachverhalt und Entscheidungsgründe .....	68
b) Kritik .....	68
2. Grundrechtsverzicht .....	70
III. Berufsfreiheit der Teilnehmer am Vergabeverfahren .....	73
IV. Berufsfreiheit der Konkurrenten des Auftragnehmers am Markt .....	76
1. Grundvoraussetzung: kausale Freiheitseinwirkung .....	76
a) Grundlagen .....	76
b) Subvention .....	80
aa) Belastung durch Begünstigung des Konkurrenten .....	80
(1) Begünstigung und Belastung als Konnex .....	80
(2) Konkurrenzverhältnis als Vermutungstatbestand .....	80

Inhaltsverzeichnis	13
bb) Verhaltenslenkung durch Anreize .....	83
(1) Positive und negative Anreize .....	83
(2) Verknüpfung mit Subventionszweck .....	84
cc) Ergebnis .....	84
c) Vergabe mit beschaffungsfremden Leistungsanforderungen / Kriterien ....	85
aa) Belastung durch Begünstigung des Konkurrenten .....	85
(1) Begünstigung und Belastung als Konnex .....	85
(2) Konkurrenzverhältnis als Vermutungstatbestand .....	86
bb) Verhaltenslenkung durch Anreize .....	86
(1) Positive und negative Anreize .....	86
(2) Verknüpfung mit kriteriengerechtem Verhalten .....	87
cc) Ergebnis .....	88
2. Finalität: berufsregelnde Tendenz .....	88
a) Grundlagen .....	88
aa) Finalität, Reflex und Wirtschaftslenkung .....	88
bb) Grundrechtsspezifität .....	90
cc) Keine berufsregelnde Tendenz auch des Erfolgsw zwecks (BVerfG „Festbeträge“) .....	91
dd) Geltung für faktische Beeinträchtigungen oder „funktionales Äquivalent eines Eingriffs“ (BVerfG „Glykol“) .....	93
ee) Ergebnis .....	96
b) Subvention .....	96
c) Vergabe mit beschaffungsfremden Leistungsanforderungen / Kriterien ....	97
aa) Beschaffungsfremdheit als Indiz .....	98
bb) Intention des Gesetzgebers und / oder des Auftraggebers .....	98
cc) Ergebnis .....	102
V. Ergebnis .....	103
D. Verhältnismäßigkeit .....	103
E. Ergebnis .....	103

## 2. Kapitel

### **Grundfreiheiten, Art. 28, 38, 43, 49 EG** 104

A. Anwendbarkeit .....	104
I. Sachliche Anwendungsbereiche / grenzüberschreitender Bezug .....	104
II. Keine Sperrwirkung durch abschließendes Sekundärrecht .....	107

B. Versteckte Diskriminierungen .....	108
I. Diskriminierende Wirkung .....	108
1. Grundsatz .....	108
2. Nationale oder regionale Wirtschaftsförderung .....	109
3. Sonstige Sekundärzwecke bei diskriminierender Wirkung .....	110
4. Ergebnis .....	112
II. „Objektive Umstände“ als Tatbestandsausschluss .....	112
1. „Objektive Umstände“ als Tatbestandsausschluss (EuGH „Co.Na.Me“) .....	113
2. Berücksichtigungsfähige Sekundärzwecke / Verhältnismäßigkeit .....	116
3. Ergebnis .....	118
III. Ergebnis .....	118
C. Beschränkungsverbote .....	119
D. Ergebnis .....	121

### 3. Kapitel

#### **Beihilfenverbot, Art. 87 Abs. 1 EG**

<b>Beihilfenverbot, Art. 87 Abs. 1 EG</b> .....	121
A. Anwendbarkeit – Verhältnis zu den Grundfreiheiten .....	121
B. Beihilfenbegriff – Schutzzweck, Wirkungsbezug und faktische Beeinträchtigung ...	123
C. Begünstigung – Marktrelativität bei Austauschverträgen .....	124
D. Begünstigung durch beschaffungsfremde Leistungsanforderungen / Kriterien .....	127
I. Das Mehrpreis-Argument .....	128
1. Mehrpreis und Mehrleistung .....	128
2. Trennung oder Saldierung von Mehrpreis und Mehrleistung – Beihilfen- oder Ausgleichsansatz .....	129
3. Schlussfolgerungen .....	132
II. Der Market Economy Investor / Private Operator Test .....	133
1. Renditeorientierung als Vergleichsmaßstab .....	133
a) „Private Operator Test“ .....	133
b) Beschaffungsfremdes Verhalten privater Marktteilnehmer (Corporate So- cial Responsibility) .....	136

Inhaltsverzeichnis	15
2. Modifikation des Vergleichsmaßstabs für öffentliche Auftraggeber .....	138
a) Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (EuGH „Chronopost“) .....	138
b) Öffentliche Auftragsvergabe .....	139
3. Schlussfolgerungen .....	142
III. Schutzzweckgeleitete Auslegung .....	143
1. EuG „BAI“ und „P&O“ – Trennung von öffentlicher und privater Sphäre ....	143
a) Sachverhalt und Entscheidungsgründe .....	143
b) Auswertung .....	144
2. EuGH „Altmark-Trans“ – Schutz des wettbewerblichen Funktionsmechanismus .....	145
a) Sachverhalt und Entscheidungsgründe .....	145
b) Auswertung .....	146
3. Folgerungen für die Vergabe mit beschaffungsfremden Leistungsanforderungen / Kriterien .....	148
a) Fallgruppen .....	149
b) Vergabe mit beschaffungsfremden Leistungsanforderungen / Kriterien ....	149
c) Verlorener Zuschuss als Außengrenze .....	153
4. Ergebnis .....	154
E. Ergebnis .....	155

## 2. Teil

### **Anforderungen an das Vergabeverfahren** 156

#### *1. Abschnitt*

### **Rechtsschutz durch Verfahren im Vergabeverfahren** 156

#### 4. Kapitel

### **Verfahrensgerechtigkeit / Rechtsschutz durch Verfahren** 157

A. Grundlagen .....	157
I. Der Verfahrensgedanke .....	157
II. Prozedurale Rechte .....	159
B. Entwicklungslinien .....	160
I. Europäisches Verwaltungsverfahrenrecht – Recht auf gute Verwaltung .....	161
II. Deutsches Verwaltungsverfahrenrecht – Grundrechtsschutz durch Verfahren ...	163

III. Gesetzgebungsverfahrenrecht – die prozedurale Dimension des Gesetzesvorbehalts .....	166
C. Die Unzulänglichkeit einer binären Wertung und deren Kompensation durch prozedurales Recht .....	166
I. Kompensation durch prozedurale Steuerung .....	167
1. Komplexe Entscheidungssituationen .....	167
2. Parallele Kompetenzen für eine materielle Wertung .....	169
3. Wertungswidersprüche in beiden Alternativen .....	171
II. Kompensation durch Rechtsschutz durch Verfahren .....	172
1. Vorverlagerte Rechtskontrolle .....	173
2. Eigenständiger Rechtsschutz durch Gestaltung des Verwaltungsverfahrens ..	174
3. Grenzen des Rechtsschutzes durch Verfahren .....	175
a) Balance zwischen Rechtsschutzauftrag und Verfahrensziel .....	176
b) Effizienz des Verfahrens .....	176
c) Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers – Optimum oder Minimum des Rechtsschutzes durch Verfahren .....	178
III. Ergebnis .....	179

## 5. Kapitel

### **Die Herleitung prozeduraler Rechte** 180

A. Die Abhängigkeit des prozeduralen Rechts vom materiellen Recht .....	181
B. Wirkungszusammenhang zwischen Verfahrensgestaltung und Entscheidungsinhalt ..	182
C. Analyse des Verfahrens als Grundlage .....	183
D. Ergebnis .....	184

## 6. Kapitel

### **Das Vergabeverfahren – Ansatzpunkte für den Rechtsschutz durch Verfahren** 184

A. Zwecke des Vergabeverfahrens und deren prozedurale Integration .....	185
B. Vorbereitungsphase .....	186
I. Ziel, Gegenstand und Modus .....	187
II. Zugang zur Vorbereitungsphase / Beteiligte .....	188
III. Ergebnis .....	189

C. Vergabephase ..... 189

- I. Ziel und Gegenstand ..... 189
- II. Zugang zur Vergabephase/ Beteiligte ..... 190
- III. Verfahrensmodi ..... 192
  - 1. Auktion und Verhandlung ..... 192
  - 2. Wettbewerb ..... 195
- IV. Ergebnis ..... 196

2. Abschnitt

**Prozedurale Anforderungen der Berufsfreiheit,  
der Grundfreiheiten und des Beihilfenverbots**

7. Kapitel

**Grundrechte – Grundrechtsschutz durch Verfahren**

A. Dogmatische Grundlagen ..... 197

B. Typen prozeduraler Grundrechtsgehalte ..... 199

- I. Verteidigungsrechte ..... 200
- II. Verfahrensmodus ..... 201

C. Grundrechtsspezifische Konkretisierung – Parameter der Beeinträchtigung ..... 201

D. Verfahrensspezifische Konkretisierung ..... 203

- I. Inhalt der beschaffungsfremden Leistungsanforderungen/ Kriterien ..... 204
  - 1. Keine Verteidigungsrechte in der Vorbereitungsphase aus dem Vergaberecht 204
  - 2. Keine unmittelbare Geltung der Verteidigungsrechte des VwVfG ..... 205
    - a) Vergabe öffentlicher Aufträge ..... 205
      - aa) Öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit ..... 205
      - bb) Zwei-Stufen-Theorie ..... 208
      - cc) Ergebnis ..... 212
    - b) Vergabe mit beschaffungsfremden Leistungsanforderungen/ Kriterien .... 212
      - aa) Öffentlich-rechtliche Einordnung ..... 212
      - bb) Zwei-Stufen-Theorie ..... 214
      - cc) Ergebnis ..... 216
- c) Ergebnis ..... 216

3. Verwaltungsprivatrecht – Keine Verteidigungsrechte aus Art. 12 Abs. 1 GG	216
a) Anwendbarkeit des Verwaltungsprivatrechts	216
b) Verfahrensspezifische Konkretisierung	218
aa) Prüffrage 1: Verteidigungsrechte bei vertraglichem, nicht-hoheitlichem Verwaltungshandeln	218
bb) Prüffrage 2: Abwägung zwischen Verteidigungsrecht und Effizienz des Verfahrens	220
(1) Folgen der Integration von Verteidigungsrechten in das Vergabeverfahren	220
(2) Abwägung mit dem Verfahrensziel und der Verfahrenseffizienz	222
(3) Kompensation durch erhöhte Bestimmtheitsanforderungen beim Gesetzesvorbehalt	223
c) Ergebnis	224
4. Ergebnis	224
II. Höhe der Förderung	224
1. Keine Integration von Verteidigungsrechten	224
2. Prozeduraler Grundrechtsschutz durch den Verfahrensmodus Wettbewerb	225
E. Ergebnis	226

## 8. Kapitel

### **Grundfreiheiten – Grundfreiheitschutz durch Verfahren** 227

A. Dogmatische Grundlagen	227
I. Prozeduraler Grundfreiheitschutz	227
II. Verfahrensspezifische Herleitung durch den EuGH	229
III. Schutz vor dem Sekundärzweck der nationalen Wirtschaftsförderung	230
B. Gleichbehandlung	232
I. Herleitung	232
II. Inhalt	234
C. Transparenz	236
I. Herleitung	236
II. Inhalt	236
1. Publizität	237
2. Auftragsgegenstand und Auswahlkriterien	239
3. Begründung der Auswahlentscheidung	242

Inhaltsverzeichnis	19
D. Kein Verfahrensgrundsatz des Wettbewerbs	242
E. Ergebnis	245

## 9. Kapitel

<b>Beihilfenverbot – Beihilfenausschluss durch Verfahren</b>	245
A. Dogmatische Grundlagen	246
I. Schutz des Beihilfenverbots durch Verfahren	246
II. Anpassungen für die Vergabe mit beschaffungsfremden Leistungsanforderungen / Kriterien	248
1. Die Funktionen des Bietverfahrens	249
a) Ermittlung des Marktpreises	249
b) Ermittlung des Vertragspartners	251
c) Herstellung eines eigenständigen Wettbewerbs	252
2. Anpassungen für die Vergabe mit beschaffungsfremden Leistungsanforderungen / Kriterien	253
a) Wettbewerbliches Vergabeverfahren als Sicherung des Schutzzweckes	253
b) Entfallen der Alternative des Marktgutachtens	255
III. Ergebnis	256
B. Wettbewerb	256
I. Verhältnis der beihilfenrechtlichen Verfahrensanforderungen zu den Vergaberichtlinien	257
II. Grundzüge des Wettbewerbsgrundsatzes	259
III. Wettbewerbsoffenheit	262
1. Tatsächliche Wettbewerbsoffenheit: Publizität und Bearbeitungsfrist	262
2. Rechtliche Wettbewerbsoffenheit: Bedingungsfreiheit	264
IV. Leistungskonkurrenz	265
C. Ergebnis	267

## 10. Kapitel

<b>Ergebnis</b>	268
-----------------	-----

## 3. Abschnitt

**Überprüfung der Verfahrenstypen der VKR** 269

## 11. Kapitel

**Wettbewerblicher Dialog** 269

A. Grundsatz der wettbewerblichen Gestaltung .....	270
B. Teilnahmewettbewerb .....	270
I. Grundsatz: Wettbewerbliche Eignungsauswahl .....	271
II. Durchbrechung: Nur ein geeigneter Bewerber .....	272
III. Ergebnis .....	273
C. Dialogphase .....	273
I. Grundsatz: Wettbewerbliche Verhandlung .....	273
II. Sukzessives Abschichten .....	274
1. Sukzessives Abschichten anhand der Zuschlagskriterien .....	274
2. Grenzen der Reduktion der Teilnehmerzahl .....	276
3. Ergebnis .....	277
III. Unzulässigkeit einer linearen Dialogstrategie .....	278
IV. Wettbewerbsvorteile aussichtsreicher Lösungsvorschläge .....	278
V. Ergebnis .....	279
D. Angebotsphase .....	280
I. Leistungsbeschreibung: Einheitlichkeit der Leistungsanforderungen .....	280
II. Formelle Angebotsprüfung: Vereinbarkeit der „Präzisierungen, Klarstellungen und Ergänzungen“ mit dem Wettbewerbsgrundsatz .....	282
III. Wirtschaftlichkeitswertung: Vereinbarkeit der Erläuterungen und Bestätigung von Zusagen mit dem Wettbewerbsgrundsatz .....	283
IV. Ergebnis .....	284
E. Ergebnis .....	284

Inhaltsverzeichnis	21
12. Kapitel	
<b>Verhandlungsverfahren</b>	285
A. Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung (wettbewerbliches Verhandlungsverfahren) .....	285
I. Teilnahmewettbewerb: Durchbrechung der Wettbewerbsfähigkeit bei nur einem geeigneten Bewerber .....	285
II. Verhandlungsphase: Wettbewerbsfähigkeit .....	286
III. Ergebnis .....	289
B. Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung .....	289
13. Kapitel	
<b>Nicht offenes und offenes Verfahren</b>	291
14. Kapitel	
<b>Ergebnis</b>	291
3. Teil	
<b>Anforderungen an das Gesetzgebungsverfahren (Gesetzesvorbehalt)</b>	293
<i>1. Abschnitt</i>	
<b>Erforderlichkeit einer gesetzlichen Regelung, Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG</b>	294
15. Kapitel	
<b>Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG als Beeinträchtigungsvorbehalt</b>	294
A. Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG als automatischer Eingriffsvorbehalt .....	295
B. Dekonstruktion eines automatischen Beeinträchtigungsvorbehalts (BVerfG „Osho“) .....	296
C. Rekonstruktion des Beeinträchtigungsvorbehalts als Grundrechtsschutz durch Verfahren .....	297
I. Der Gesetzesvorbehalt als Grundrechtsschutz durch Verfahren .....	297
1. Rechtsstaatliche Komponente .....	298
2. Demokratische Komponente .....	300
3. Das abwehrrechtliche Anliegen des Gesetzesvorbehalts .....	302

II. Verknüpfung mit faktischen Beeinträchtigungen (Beeinträchtigungsautomatismus) .....	303
1. Grundsatz – Beeinträchtigungsautomatismus .....	303
2. Ausnahme – Unerfüllbarkeit des Anliegens des Gesetzesvorbehalts .....	304
3. Fallgruppen und deren Anwendung auf den Einsatz beschaffungsfremder Leistungsanforderungen / Kriterien .....	304
a) Sachbereich besonderer Dynamik .....	305
b) Nicht vorhersehbare Folgewirkungen .....	306
D. Ergebnis .....	307

## 16. Kapitel

<b>Verfahrensanforderungen des Gesetzesvorbehalts aus Art. 12 Abs. 1 GG</b> .....	308
A. Parlamentsgesetz im Verfahren der Art. 76 ff. GG .....	308
B. Haushaltsplangesetz in Verbindung mit verwaltungsinternen Anweisungen .....	308
C. Ergebnis .....	311

### 2. Abschnitt

<b>Bestimmtheit der gesetzlichen Regelung</b> .....	311
---	-----

## 17. Kapitel

<b>Mindestinhalt: Regelung von Inhalt, Zweck und Ausmaß</b> .....	312
A. Verordnungsermächtigung, Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG .....	312
I. Inhalt, Zweck und Ausmaß als Mindestinhalt .....	312
II. Umsetzung von Gemeinschaftsrecht .....	315
B. Einzelaktsermächtigung, arg. ex Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG .....	317
C. Ergebnis .....	318

## 18. Kapitel

<b>Erforderliche Regelungsdichte</b> .....	318
A. Regelungsdichte .....	318
B. Eigenart der Regelungsmaterie .....	320
I. Erforderliche Regelungsdichte und Eigenart der Regelungsmaterie .....	321

	Inhaltsverzeichnis	23
II.	Ausgleich von Steuerungsverlusten durch erhöhte Anforderungen an das Verwaltungsverfahren .....	323
III.	Beschaffungsfremde Leistungsanforderungen / Kriterien .....	324
C.	Grundrechtsbezug .....	326
I.	Grundrechtsbezug und Intensität der Beeinträchtigung .....	326
II.	Folgerungen für die Regelungsdichte (Regelungsstruktur, Abstraktionsgrad) ....	328
D.	Erforderliche Dichte der Regelung beschaffungsfremder Leistungsanforderungen / Kriterien .....	328
I.	Inhalt .....	329
1.	Höhe der Förderung .....	329
2.	Gefordertes Verhalten – beschaffungsfremde(s) Leistungsanforderung / Kriterium .....	330
II.	Zweck .....	331
III.	Ausmaß .....	332
IV.	Ergebnis .....	332

### *3. Abschnitt*

## **Überprüfung ausgewählter Regelungen** 333

### 19. Kapitel

## **Umweltmanagement-Zertifizierung** 333

A.	Beschaffungsfremdes Kriterium und Beeinträchtigung der Berufsfreiheit .....	333
B.	Regelungsdichte der Verordnungsermächtigung .....	334
I.	§ 97 Abs. 6 GWB .....	334
II.	§ 97 Abs. 4 2. HS GWB .....	337
III.	Ergebnis .....	338

### 20. Kapitel

## **Tariftreue-Regelung des Landes Bayern** 339

A.	Beschaffungsfremdes Kriterium und Beeinträchtigung der Berufsfreiheit .....	340
B.	Erforderliche Regelungsdichte .....	341
I.	BVerfG „Tariftreue“ .....	341
II.	Regelung des Verfahrens zur Ermittlung des einschlägigen Tarifvertrages .....	342

## 4. Teil

<b>Ergebnisse der Untersuchung</b>	345
A. Faktische Beeinträchtigung der Berufsfreiheit, der Grundfreiheiten und des Beihilfenverbots .....	345
B. Anforderungen an das Vergabeverfahren .....	347
C. Anforderungen an das Gesetzgebungsverfahren (Gesetzesvorbehalt) .....	350
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	353
<b>Sachverzeichnis</b> .....	400

## Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AmerEconRev	The American Economic Review
APCE	Annals of Public and Cooperative Economics
BauR	Zeitschrift für das gesamte private und öffentliche Baurecht
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Betriebs-Berater
BKartA	Bundeskartellamt
BMU	Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit
BMVBW	Bundesministerium für Verkehr, Bauen und Wohnungswesen (bis 2005)
BMWA	Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit (bis 2005)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfG (K)	Bundesverfassungsgericht – Kammerentscheidung
CMLRev	Common Market Law Review
CPNI	Competition Policy Newsletter
DB	Der Betrieb
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
ECLRev	European Competition Law Review
EG	Europäische Gemeinschaften, Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 07. 02. 1992 in der Fassung des Vertrages von Nizza, EG-ABl. 2002, C 325, 154.
ELRev	European Law Review
EMAS	Europäisches Umweltmanagement- und Audit-System
EP	Europäisches Parlament
EStAL	European State Aid Law Quaterly
EStALI	European State Aid Law Institute
EU	Europäische Union
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Europarecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
Fs.	Festschrift
GA	Generalanwalt / Generalanwältin
GD	Generaldirektion
GewArch	Gewerbe Archiv
GLJ	German Law Journal

GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GWPLE	German Working Papers in Law and Economics
HarvCR-CLLRev	Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review
HarvLRev	Harvard Law Review
HStR	Handbuch des Staatsrechts
HVerfR	Handbuch des Verfassungsrechts
JA	Juristische Arbeitsblätter
JBL	Journal of Business Law
JEconLit	Journal of Economic Literature
JEconPersp	The Journal of Economic Perspectives
JFinance	Journal of Finance
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JUTR	Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts
LQR	The Law Quarterly Review
MINEFI	Ministre de l'économie des finances et de l'industrie
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NuR	Natur und Recht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
ÖPNV-VO	VO(EG) 1370 / 2007
ÖPP-BeschlG	ÖPP-Beschleunigungsgesetz
ÖsterrBVergG	Österreichisches Bundesvergabegesetz
PPLR	Public Procurement Law Review
RdA	Recht der Arbeit
RTDeur	Revue trimestrielle de droit européen
SKR	Richtlinie 2004 / 17 / EG
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes und des Gerichts erster Instanz
Staat	Der Staat
ThürVBl	Thüringer Verwaltungsblätter
VDstRL	Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VergabeR	Zeitschrift für Vergaberecht
Verw	Die Verwaltung
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VgRÄG	Vergaberechtsänderungsgesetz
VK	Vergabekammer
VKR	Richtlinie 2004 / 18 / EG
VO	Verordnung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis

WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZeuS	Zeitschrift für europarechtliche Studien
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht
ZfRSoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie
zfwu	Zeitschrift für Wirtschafts- und Unternehmensethik
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
ZVgR	Zeitschrift für deutsches und internationales Vergaberecht
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

Für weitere Abkürzungen siehe *Cornelie Butz/Hilbert Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 5. Aufl., Berlin/New York 2007 und Bundesministerium der Justiz, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 2. Aufl., Bonn, 1999.



# Einführung

## A. Fragestellung

Die staatliche Auftragsvergabe ist in den Worten der Ökonomie ein Einkauf am Markt.<sup>1</sup> Mit dem Einkauf am Markt deckt der Staat seinen Beschaffungsbedarf, so dass er seine öffentlichen Aufgaben wahrnehmen kann.<sup>2</sup> Hierin liegt der Primärzweck der staatlichen Auftragsvergabe. Allein mit dem Primärzweck ist die staatliche Nachfrage am Markt jedoch nicht abschließend beschrieben. Seit jeher dient die Vergabeentscheidung auch der politischen Einflussnahme auf das Marktgeschehen.<sup>3</sup> Im Sinne eines Sekundärzwecks<sup>4</sup> wird die staatliche Nachfrage zur Wirtschaftslenkung eingesetzt. Dies auszublenden wäre naiv. Denn als Verhaltenslenkung durch Anreize<sup>5</sup> ist die Auftragsvergabe ein wesentliches Instrument des modernen Steuerungsstaates.<sup>6</sup> Dies gilt umso mehr in Zeiten knapper Haushaltsmittel, die zu einer effektiven Verwendung der verbliebenen Ressourcen zwingen. Können dieselben politischen Ziele statt mit der teureren Subvention auch mit öffentlichen Aufträgen erreicht werden,<sup>7</sup> so verwundert es nicht, wenn gerade dem Land Berlin in seiner finanziellen Krise die Vergabe öffentlicher Aufträge als Instrument einer innovativen Wirtschaftspolitik empfohlen wird.<sup>8</sup> In der Umwelt-,<sup>9</sup> Sozial- und Arbeitsmarktpolitik,<sup>10</sup> der Förderung von Forschung und technischer Entwicklung<sup>11</sup> oder der Rüstungs- und Bündnispolitik<sup>12</sup> sind weitere Anwendungs-

---

<sup>1</sup> *Welter*, Der Staat als Kunde, S. 2.

<sup>2</sup> *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 202; *Arrowsmith*, The Law of Public and Utilities Procurement, Rn. 19.1.

<sup>3</sup> *Pietzcker*, Staatsauftrag, S. 155 ff., 304 ff.

<sup>4</sup> Infolge *Benedict*, Sekundärzwecke, S. 17, in Anlehnung an die „secondary policies“ des englischsprachigen Schrifttums, siehe nur *Arrowsmith*, PPLR 1 (1992), 408 (408 ff.). Der Begriff des Sekundärzwecks wird im geltenden Recht nicht aufgegriffen. Die 1. Begrerw. der VKR erwähnt „Bedürfnisse der betroffenen Allgemeinheit, einschließlich im ökologischen und/oder sozialen Bereich“. § 97 Abs. 4 2. HS GWB bezieht sich allein auf „weitere Anforderungen“ an die Verfahrensteilnehmer, lässt aber die dahinter stehenden Zwecke unerwähnt.

<sup>5</sup> *Krohn*, Auftragsvergabe, S. 26.

<sup>6</sup> *Steinberg*, Steuerung, S. 28 ff.

<sup>7</sup> *Bultmann*, Beihilfenrecht und Vergaberecht, S. 165 ff.

<sup>8</sup> *Boehme-Neßler/Hildebrandt/Semlinger*, Von der innovativen Wertschöpfungskette zum Lead Market – Die öffentliche Hand als Innovationsnachfrager.

<sup>9</sup> 1. und 5. Begrerw. VKR, § 37 Abs. 1 KrW-/AbfG; § 21 Abs. 6 Satz 1 ÖsterrBVergG.

<sup>10</sup> 1., 28., 33. und 34. Begrerw. VKR, § 21 Abs. 7 Satz 1 ÖsterrBVergG.

<sup>11</sup> Art. 163 Abs. 2 EG und *Arrowsmith*, LQR 111 (1995), 235 (259).

felder denkbar.<sup>13</sup> Ob eine solche Instrumentalisierung öffentlicher Aufträge grundsätzlich zulässig sein soll, ist eine andere Frage, die nach einigem Streit in der Vergangenheit<sup>14</sup> nunmehr durch die neu gefassten europäischen Vergaberichtlinien beantwortet wird.<sup>15</sup>

Während der staatliche Einkauf am Markt für die Unternehmen vor allem Chancen eröffnet,<sup>16</sup> werden durch die wirtschaftslenkende Vergabeentscheidung auch Rechte beeinträchtigt. Diese Beeinträchtigungen unterscheiden sich von denjenigen des klassischen staatlichen Handelns. Sie sind faktischer Natur. Der Staat lenkt nicht durch Befehl und Zwang, sondern durch Anreize, wie ungewöhnliche Verdienstmöglichkeiten. Damit fördert die wirtschaftslenkende Vergabeentscheidung wie eine Subvention. Der Staat zahlt für sein Anliegen einen höheren Preis oder ermöglicht dem förderungswürdigen Auftragnehmer zumindest, Gewinn zu erwirtschaften. Um den Sekundärzweck zu erreichen, verwendet der Auftraggeber im Vergabeverfahren beschaffungsfremde Leistungsanforderungen oder Auswahlkriterien.<sup>17</sup>

Die Vergabeentscheidung mit Sekundärzwecken ist damit ein Beispiel für die Wandlung des modernen Staates. Dieser bedient sich weniger der staatlichen Handlungsformen, sondern verwendet zunehmend Mittel, die auch Privaten zur Verfügung stehen.<sup>18</sup> Dennoch verfolgt er originär staatliche, das heißt öffentliche Interessen und entfaltet damit staatstypische Wirkungen bei den betroffenen Pri-

<sup>12</sup> VG Koblenz, Beschl. v. 31. 01. 2005 – 6 L 2617/04.KO, NZBau 2005, 412 (413).

<sup>13</sup> Die denkbaren Sekundärzwecke sind so vielfältig wie das öffentliche Interesse selbst, siehe *Kling*, Zulässigkeit, S. 263 ff.; *N. Meyer*, Einbeziehung, S. 82 ff.; *A. Schäfer*, Öffentliche Belange, S. 61 ff. und ergänzend etwa *Ziekow*, VergabeR 2004, 1 (1 ff.) zur Entwicklungshilfe sowie *Hanley*, ELRev 27 (2002), 714 (714 ff.) zur Menschenrechtspolitik.

<sup>14</sup> Siehe nur die Streitdarstellung bei *Benedict*, Sekundärzwecke, S. 6 ff.

<sup>15</sup> Die VKR/SKR gestatten in den geregelten Fällen die Verwendung beschaffungsfremder Leistungsanforderungen und Kriterien, siehe *Arnould*, PPLR 13 (2004), 178 (178 ff.); *Beckmann*, NZBau 2004, 600 (600 ff.); *Dageförde/Dross*, NVwZ 2005, 19 (19 ff.); *Dobmann*, Traiftreueerklärung, S. 96 ff.; *Frenz*, NZBau 2007, 17 (17 ff.); *P. M. Huber/Wollenschläger*, WiVerw 2005, 212 (215); *Keßler/Ölcüm*, EWS 2004, 337 (338); *Kühling*, VerwArch 95 (2004), 337 (340); *Kunzlik*, in: Nielsen/Treumer, The New EU Public Procurement Directives, 117 (122); *Losch*, EuR 2005, 231 (238 ff.); *Mechel*, Förderung des Umweltschutzes, S. 117 ff., 149 ff., 162 f., 183 ff., 207 ff., 244 ff.; *Opitz*, VergabeR 2004, 421 (421 ff.); *Steinberg*, NZBau 2005, 85 (90).

<sup>16</sup> BVerfG, Beschl. v. 13. 06. 2006 – 1 BvR 1160/03, NJW 2006, 3701 (3704), Rn. 79.

<sup>17</sup> Beschaffungsfremd wird hier im Sinne von „nicht dem Primärzweck der Beschaffung dienend“ verstanden. Nicht gemeint ist „der Vergabe als Ganzes fremd“, *Benedict*, Sekundärzwecke, S. 22, Fn. 91. Damit wird die mit dem alternativen Begriff der Vergabefremde einhergehende Wertung der Unzulässigkeit gemildert, ohne jedoch einen neuen Begriff vorzuschlagen. Zur Begriffsdiskussion siehe *Benedict*, Sekundärzwecke, S. 22 ff.; *Marx*, in: Schwarze, Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des Europäischen Wirtschaftsrechts, 77 (77); *N. Meyer*, Einbeziehung, S. 60 f.; *Schima*, NZBau 2002, 1 (1).

<sup>18</sup> *Shuppert*, Staatswissenschaft, S. 681; *ders.*, Verwaltungswissenschaft, S. 115 ff., 434 ff. und *Ladeur/Gostomzyk*, Verw 36 (2003), 141 (154).

vaten. Die Beeinträchtigung von Rechten wird daher nicht mehr über die Handlungsform definiert, sondern über die Ziele und die Wirkungen, die beim Betroffenen eintreten. Wirkungsbezogen wird etwa die Beeinträchtigung von Grundrechten des Grundgesetzes verstanden.<sup>19</sup> Auch ohne Verwaltungsakt kann der Staat Grundrechte beeinträchtigen. Wirkungsbezogen werden auch die Grundfreiheiten des EG-Vertrages ausgelegt.<sup>20</sup> Ob der Staat EU-Ausländer ausdrücklich diskriminiert, ist nicht der alleinige Maßstab der Beeinträchtigung der Grundfreiheiten. Wirkungsbezogen definiert sich schließlich die staatliche Beihilfe im Sinne des EG-Vertrages.<sup>21</sup> Sie erstreckt sich längst über den klassischen verlorenen Zuschuss hinaus auf sämtliche staatlichen Wirtschaftshilfen „gleich welcher Art“ (Art. 87 Abs. 1 EG), soweit sie nur auf den Wettbewerb einwirken.

Wird die Beeinträchtigung über Wirkungen definiert, nicht aber über die Handlungsform, so verliert sie jedoch notwendig an Kontur. Eine Vielzahl von Wirkungen, direkt oder mittelbar, weiter getragen von zahlreichen Mittlern, kann dann als Beeinträchtigung zu bewerten sein. Dies gilt umso mehr in einem komplexen Geflecht von Beziehungen, wie dem wirtschaftlichen Wettbewerb. Beinahe jedes staatliche Handeln im Wettbewerb wird etwaig beeinträchtigende Wirkungen auslösen. Diese Vielzahl von Beeinträchtigungen kann nicht mehr allein als zulässig oder unzulässig beurteilt werden. Andernfalls würden entweder die beeinträchtigten Rechte nicht hinreichend geschützt oder das staatliche Handeln würde blockiert. Auch kann die staatliche Entscheidung so komplex sein, dass die Rechte der Betroffenen durch die bloße Bewertung des Entscheidungsergebnisses nicht effektiv geschützt würden. Die wirtschaftslenkende Vergabeentscheidung ist hierfür ein Beispiel. Möglicherweise beeinträchtigende Wirkungen treten beim Auftragnehmer, bei den Teilnehmern des Vergabeverfahrens und insbesondere auch bei Marktteilnehmern auf, ungeachtet ihrer Teilnahme am Vergabeverfahren. Die dergestalt zusammenfallenden öffentlichen und privaten Rechte und Interessen müssen integriert werden.

Als Mittel der Integration bietet sich das Verfahren an. Mittels des Verfahrens kann es gelingen, zugleich die beeinträchtigten Rechte zu schützen und die Handlungsspielräume der Verwaltung zu bewahren. Eine „heroische Vorrangentscheidung“<sup>22</sup> zugunsten des einen oder des anderen würde entbehrlich. Unzulässig wäre nur noch die Missachtung der Verfahrensanforderungen. Auch insofern ist die Vergabeentscheidung mit Sekundärzwecken eine Miniatur größerer rechtlicher Ströme. Der Grundrechtsschutz durch Verfahren ist ein anerkanntes Institut, welches das BVerfG zuletzt auf die Vergabe von Insolvenzverwalteraufträgen anwandte.<sup>23</sup>

---

<sup>19</sup> Etwa *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 240.

<sup>20</sup> Etwa *Ehlers*, in: Ehlers, EurGrGrfrrt, § 7, Rn. 62.

<sup>21</sup> Siehe etwa EuGH, Urt. v. 24. 02. 1987 – 310/85 (Deufil/Kommission), Slg. 1987, 901, Rn. 8; Urt. v. 02. 07. 1974 – 173/73 (Italien/Kommission), Slg. 1974, 709, Rn. 26, 28.

<sup>22</sup> *Wahl*, VVDStRL 41 (1983), 151 (171).

<sup>23</sup> BVerfG (K), Beschl. v. 03. 08. 2004 – 1 BvR 135/00 u. a., NJW 2004, 2725 (2727).