

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 KAEUBLE

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 Klopfer, 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

Einführung	29
-------------------------	----

1. Teil

Faktische Beeinträchtigung der Berufsfreiheit, der Grundfreiheiten und des Beihilfenverbots	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

Anforderungen an das Vergabeverfahren	156
--	-----

1. Abschnitt

Rechtsschutz durch Verfahren im Vergabeverfahren	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

2. Abschnitt

Prozedurale Anforderungen der Berufsfreiheit, der Grundfreiheiten und des Beihilfenverbots	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

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

3. Teil

	Anforderungen an das Gesetzgebungsverfahren (Gesetzesvorbehalt)	293
--	--	-----

1. Abschnitt

	Erforderlichkeit einer gesetzlichen Regelung, Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG	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

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

3. Abschnitt

	Überprüfung ausgewählter Regelungen	333
19. Kapitel	Umweltmanagement-Zertifizierung	333
20. Kapitel	Tariftreue-Regelung des Landes Bayern	339

4. Teil

	Ergebnisse der Untersuchung	345
	Literaturverzeichnis	353
	Sachverzeichnis	400

Inhaltsverzeichnis

Einführung	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

Faktische Beeinträchtigung der Berufsfreiheit, der Grundfreiheiten und des Beihilfenverbots	46
--	----

1. Kapitel

Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG	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 öffent- licher 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 Erfolgszwecks (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 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 Verwaltungsverfahren – Recht auf gute Verwaltung	161
II. Deutsches Verwaltungsverfahren – Grundrechtsschutz durch Verfahren	163

III. Gesetzgebungsverfahren – 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

197

7. Kapitel

Grundrechte – Grundrechtsschutz durch Verfahren

197

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

Beihilfenverbot – Beihilfenausschluss durch Verfahren	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

Ergebnis	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	
Verhandlungsverfahren	285
A. Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung (wettbewerbliches Verhandlungsverfahren)	285
I. Teilnahmewettbewerb: Durchbrechung der Wettbewerbslichkeit bei nur einem geeigneten Bewerber	285
II. Verhandlungsphase: Wettbewerbslichkeit	286
III. Ergebnis	289
B. Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung	289
13. Kapitel	
Nicht offenes und offenes Verfahren	291
14. Kapitel	
Ergebnis	291
3. Teil	
Anforderungen an das Gesetzgebungsverfahren (Gesetzesvorbehalt)	293
1. Abschnitt	
Erforderlichkeit einer gesetzlichen Regelung, Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG	294
15. Kapitel	
Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG als Beeinträchtigungsvorbehalt	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

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

2. Abschnitt

Bestimmtheit der gesetzlichen Regelung	311
---	-----

17. Kapitel

Mindestinhalt: Regelung von Inhalt, Zweck und Ausmaß	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

Erforderliche Regelungsdichte	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

Ergebnisse der Untersuchung	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
Literaturverzeichnis	353
Sachverzeichnis	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
DVB1	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 Quarterly
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
ThürVB1	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/Hildebert 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.¹ Mit dem Einkauf am Markt deckt der Staat seinen Beschaffungsbedarf, so dass er seine öffentlichen Aufgaben wahrnehmen kann.² 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.³ Im Sinne eines Sekundärzwecks⁴ wird die staatliche Nachfrage zur Wirtschaftslenkung eingesetzt. Dies auszublenden wäre naiv. Denn als Verhaltenslenkung durch Anreize⁵ ist die Auftragsvergabe ein wesentliches Instrument des modernen Steuerungsstaates.⁶ 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,⁷ so verwundert es nicht, wenn gerade dem Land Berlin in seiner finanziellen Krise die Vergabe öffentlicher Aufträge als Instrument einer innovativen Wirtschaftspolitik empfohlen wird.⁸ In der Umwelt-,⁹ Sozial- und Arbeitsmarktpolitik,¹⁰ der Förderung von Forschung und technischer Entwicklung¹¹ oder der Rüstungs- und Bündnispolitik¹² sind weitere Anwendungs-

¹ Welter, Der Staat als Kunde, S. 2.

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

³ Pietzcker, Staatsauftrag, S. 155 ff., 304 ff.

⁴ 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.

⁵ Krohn, Auftragsvergabe, S. 26.

⁶ Steinberg, Steuerung, S. 28 ff.

⁷ Bultmann, Beihilfenrecht und Vergaberecht, S. 165 ff.

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

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

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

¹¹ Art. 163 Abs. 2 EG und Arrowsmith, LQR 111 (1995), 235 (259).

felder denkbar.¹³ Ob eine solche Instrumentalisierung öffentlicher Aufträge grundsätzlich zulässig sein soll, ist eine andere Frage, die nach einigem Streit in der Vergangenheit¹⁴ nunmehr durch die neu gefassten europäischen Vergaberichtlinien beantwortet wird.¹⁵

Während der staatliche Einkauf am Markt für die Unternehmen vor allem Chancen eröffnet,¹⁶ 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.¹⁷

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.¹⁸ Dennoch verfolgt er originär staatliche, das heißt öffentliche Interessen und entfaltet damit staatstypische Wirkungen bei den betroffenen Pri-

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

¹³ 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.

¹⁴ Siehe nur die Streitdarstellung bei *Benedict*, Sekundärzwecke, S. 6 ff.

¹⁵ 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/Wöllenschläger*, 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).

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

¹⁷ 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).

¹⁸ *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.¹⁹ Auch ohne Verwaltungsakt kann der Staat Grundrechte beeinträchtigen. Wirkungsbezogen werden auch die Grundfreiheiten des EG-Vertrages ausgelegt.²⁰ 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.²¹ 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“²² 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.²³

¹⁹ Etwa *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 240.

²⁰ Etwa *Ehlers*, in: Ehlers, EurGrGrfRht, § 7, Rn. 62.

²¹ 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.

²² *Wahl*, VVDStRL 41 (1983), 151 (171).

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