

Christian Hillen

Die gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit im Vergaberecht



Schriften zum Vergaberecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Martin Burgi,
Ludwig-Maximilians-Universität München
Prof. Dr. Hermann Pünder, LL.M. (Iowa),
Bucerius Law School Hamburg

Band 48

Christian Hillen

Die gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit im Vergaberecht



Nomos

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

Zugl.: Osnabrück, Univ., Diss., 2017

ISBN 978-3-8487-4760-3 (Print)

ISBN 978-3-8452-9017-1 (ePDF)

1. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit entstand zu großen Teilen während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am European Legal Studies Institute der Universität Osnabrück und wurde im Sommersemester 2017 von der Juristischen Fakultät der Universität Osnabrück als Dissertation angenommen. Das Manuskript wurde im August 2016 fertiggestellt. Für die Veröffentlichung konnten Rechtsetzung, Rechtsprechung und Literatur bis zum Oktober 2017 berücksichtigt werden.

Es ist mir ein Anliegen, an dieser Stelle all jenen aufrichtig zu danken, die mich bei der Erstellung dieser Arbeit menschlich und fachlich begleitet haben. Mein besonderer Dank gilt zunächst Herrn *Prof. Dr. Oliver Dörr, LL.M. (Lond.)*, der bereits früh mein Interesse für das Vergaberecht weckte und mein Dissertationsvorhaben mit großem Engagement und Interesse begleitete. Die hervorragende Betreuung hat maßgeblich zum Gelingen der Dissertation beigetragen. Herrn *Prof. Dr. Steffen Lampert* danke ich für die freundliche Übernahme des Zweitgutachtens und seine wertvollen fachlichen Anregungen.

Ich freue mich sehr, dass die vorliegende Arbeit in der renommierten Reihe „Schriften zum Vergaberecht“ veröffentlicht wird und danke den Herausgebern Herrn *Prof. Dr. Martin Burgi* sowie Herrn *Prof. Dr. Hermann Pünder, LL.M. (Iowa)* für die wohlwollende Aufnahme.

Ich empfinde es als Ehre und ganz besondere Anerkennung, dass diese Arbeit mit dem International Public Procurement Award 2018 ausgezeichnet wurde. Ich danke dem forum vergabe e. V. für die Verleihung dieses Preises.

Eine Dissertation ist immer auch das Ergebnis des Umfelds, in dem sie entsteht. Mein Dank gilt daher ebenfalls meinen ehemaligen Kolleginnen und Kollegen für eine ebenso herzliche wie produktive Arbeitsatmosphäre. Für das freundschaftliche Miteinander, die Hilfsbereitschaft und Motivation danke ich insbesondere Herrn *Dr. Marco Athen*, Frau *Dr. Carina Behre*, Frau *Dr. Lisa-Karen Mannefeld*, Herrn *Dr. Markus Stuke* sowie Herrn *Dr. Sebastian König* und Frau *Dr. Beatrix Metelski*.

Herrn *Christian Busch* bin ich zutiefst dafür dankbar, dass er – trotz beruflicher Verpflichtungen – die Mühen des Korrekturlesens mit großem

Einsatz und noch größerer Sorgfalt auf sich genommen hat. Seine vielfältige Unterstützung kann ihm nicht hoch genug angerechnet werden.

Mein ganz persönlicher Dank gilt *Nadine Winkler*, die mich liebevoll durch die Höhen und Tiefen der Dissertationsphase begleitet hat. Durch ihren unermüdlichen Zuspruch, ihren Optimismus und ihr Verständnis hat sie maßgeblich zum Entstehen dieser Arbeit beigetragen und sie zu unserem gemeinsamen Projekt gemacht. Von Herzen danke ich schließlich meiner gesamten Familie, deren bedingungslosen Rückhalts ich mir immer gewiss sein durfte. Ohne ihre geduldige Aufmunterung wäre dieser Lebensabschnitt wohl kaum zu meistern gewesen. Meinen Eltern, *Michael und Marianne Hillen*, danke ich zudem dafür, dass sie mir das juristische Studium ermöglicht und mich in all meinen Vorhaben stets uneingeschränkt bestärkt und gefördert haben. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Osnabrück, im Mai 2018

Christian Hillen

Inhaltsverzeichnis

Schaubildverzeichnis	17
Abkürzungsverzeichnis	19
A. Einführung	25
B. Die Wirtschaftlichkeit in der Ökonomik	33
I. Der ökonomische Begriff der Wirtschaftlichkeit	33
1. Das ökonomische Prinzip	34
a) Maximal-/Minimalprinzip	35
b) Extremumprinzip	37
2. Die Kennzahl der Wirtschaftlichkeit	39
a) Einzelwirtschaftliches Wirtschaftlichkeitsverständnis	43
b) Gesamtwirtschaftliches Wirtschaftlichkeitsverständnis	46
II. Methoden der Wirtschaftlichkeitsbewertung	48
1. Einzelwirtschaftliche Verfahren	49
a) Statische Verfahren	50
aa) Kostenvergleichsrechnung	51
bb) Gewinnvergleichsrechnung	51
cc) Rentabilitätsvergleichsrechnung	52
dd) Amortisationsrechnung	53
ee) Kritische Beurteilung der Verfahren	54
b) Dynamische Verfahren	56
aa) Kapitalwertmethode	58
bb) Interne Zinsfuß-Methode	60
cc) Kritische Beurteilung der Verfahren	61
2. Gesamtwirtschaftliche Verfahren	63
a) Nutzwertanalyse	66
b) Kosten-Wirksamkeits-Analyse	76
aa) Kosten-Wirksamkeits-Analyse i. e. S.	76
bb) Kosten-Nutzwert-Analyse	78
c) Kosten-Nutzen-Analyse	91
d) Kritische Beurteilung der Verfahren	103
3. Zum Wesen der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung	108

C. Das Gebot der Wirtschaftlichkeit im Recht	112
I. Das ökonomische Prinzip im Recht	113
1. Nachhaltigkeit	114
2. Verhältnismäßigkeit	115
II. Konkretisierungen von Wirtschaftlichkeit im Recht	120
1. Durch Verwaltungsvorschrift	121
a) § 7 VV-BHO	121
b) Arbeitsanleitung BMF	125
c) § 4 Abs. 3 PO-BRH	126
2. Durch gerichtliche Präzisierung	126
3. Zwischenergebnis	127
III. Wirtschaftlichkeit und Effizienz: Zur Schwierigkeit juristischer Abgrenzung	128
IV. Wirkungsfelder von Wirtschaftlichkeitsgeboten im Recht	130
1. Wirtschaftlichkeit als Haushaltsgrundsatz	133
2. Wirtschaftlichkeit als verfassungsrechtliches Gebot	135
a) Art. 114 Abs. 2 S. 1 GG als Kontroll- und Bindungsnorm	136
b) Wirtschaftlichkeit als allgemeiner Verfassungsgrundsatz	139
aa) Ansätze zur Herleitung eines verfassungsrechtlich vermittelten Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes	141
(1) Grundrechte	141
(2) Rechtsstaatsprinzip	143
(3) Verfassungsrechtliche Grundausrichtung	145
(4) Gemeinwohlbindung des Staates	146
(5) Art. 20a GG als Sonderausprägung des Gedankens der Ressourcenschonung	148
(6) Zwischenergebnis	149
bb) Normativer Gehalt des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes	151
3. Einfachgesetzliche Normierung im Vergaberecht	155
a) Regelungsrahmen des Vergaberechts	156
aa) Regelung durch Unionssekundärrecht	157
bb) Regelung durch nationales Recht	161
b) Vergaberechtliche Funktionen der Wirtschaftlichkeit	172
aa) Wirtschaftlichkeit als allgemeiner Vergabegrundsatz	173
bb) Wirtschaftlichkeit als Ausschlussgrund	183

cc) Wirtschaftlichkeit als Aufhebungsgrund	197
dd) Verfahrensmodifizierende Funktion der Wirtschaftlichkeit?	204
ee) Wirtschaftlichkeit als Maßstab der Zuschlagsentscheidung	219
4. Das Verhältnis von haushalts- und vergaberechtlicher Wirtschaftlichkeit	222
V. Wirtschaftlichkeit im Vergaberecht: zwischen Ökonomisierung und politischer Instrumentalisierung	227
1. Sekundärzwecke und Wirtschaftlichkeit	228
a) Zwecke der Auftragsvergabe	228
aa) Primärzweck	228
bb) Sekundärzweck	229
b) Ökonomische Kategorisierung des Sekundärzwecks	232
aa) Direkte Kosten	232
bb) Indirekte Kosten	233
cc) Externe Kosten	234
2. Ausrichtung der Wirtschaftlichkeit im Vergaberecht	235
a) Wirtschaftlichkeit als allgemeiner Vergabegrundsatz	235
b) Wirtschaftlichkeit als Ausschlussgrund	243
c) Wirtschaftlichkeit als Aufhebungsgrund	244
d) Wirtschaftlichkeit als Maßstab der Zuschlagsentscheidung	246
aa) Zulässigkeit sekundärer Zuschlagskriterien	247
bb) Anforderungen an die Einbeziehung sekundärer Zuschlagskriterien	252
(1) Auftragsgegenstandsbezug	253
(2) Keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit	259
(3) Ausdrückliche Erwähnung in den Vergabeunterlagen	262
(4) Beachtung der unionsprimärrechtlich geprägten Grundsätze des Vergabesekundärrechts	264
(a) Diskriminierungsverbot	266
(b) Transparenzgrundsatz	269
cc) Zwischenergebnis	272
3. Zusammenführung: Zur Uniformität des vergaberechtlichen Wirtschaftlichkeitsbegriffs	277

D. Die gerichtliche Kontrolle unbestimmter Rechtsbegriffe	279
I. Vorgaben des Unionsprimärrechts	283
1. Das Unionsgrundrecht auf Gewährleistung wirksamen Rechtsschutzes	285
2. Ableitungen aus dem Grundsatz der Unionstreue	294
a) Äquivalenzgebot	296
b) Effektivitätsgebot	297
3. Die Kontrolldichte der Unionsgerichte	300
a) Primärrechtliche Vorgaben an die Ermessenskontrolle	301
b) Ermessensspielräume im Unionsrecht	303
c) Grenzen des Ermessensspielraums	315
4. Zwischenergebnis	318
II. Vorgaben des deutschen Rechts	320
1. Die Garantie effektiven Rechtsschutzes	321
2. Das System der Spielräume bei der behördlichen Rechtsanwendung	323
a) Planerische Gestaltungsfreiheit	323
b) Ermessen	327
c) Beurteilungsspielraum	330
aa) Methodologische Dimension	331
bb) Kompetenzielle Dimension	335
3. Die normative Ermächtigungslehre	343
a) Typologie	346
aa) Prüfungs- bzw. prüfungsähnliche Entscheidungen	348
bb) Beamtenrechtliche Beurteilungen	350
cc) Einschätzungen weisungsfreier Gremien	353
dd) Prognosen	358
b) Funktionaler Ansatz	368
aa) Grundlagen	369
bb) Verhältnis zur normativen Ermächtigungslehre	373
cc) Kriterium: Funktionsgrenzen der Rechtsprechung	376
4. Kritische Würdigung der dogmatischen Konzeption	382
5. Grenzen des Beurteilungsspielraums	388
a) Keine Verfahrensfehler	389
b) Vollständige Sachverhaltsermittlung	390
c) Korrekte Auslegung des anzuwendenden Rechts	391
d) Beachtung allgemeingültiger Bewertungsgrundsätze	393
e) Keine Willkür	394

6. Beurteilungsspielraum und Grundrechtsbetroffenheit	395
III. Gerichtliche Kontrolle im europäischen Mehrebenensystem	399
E. Die gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit im Vergaberecht	408
I. Rechtsrahmen der gerichtlichen Kontrolle	408
1. Europäisches Vergaberecht	408
a) Europäisches Sekundärrecht	409
aa) Vergaberichtlinie (VRL 2014)	410
bb) Rechtsmittelrichtlinie (RMRL)	414
b) Europäisches Primärrecht	418
c) Zwischenergebnis	424
2. Nationales Verfassungsrecht	426
a) Die Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG	428
b) Der allgemeine Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG	434
aa) Derivatives Teilhaberecht	435
bb) Allgemeiner Gleichbehandlungsanspruch	437
c) Die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes, Art. 19 Abs. 4 GG	448
aa) Die Auftragsvergabe als Ausübung öffentlicher Gewalt	448
bb) Die Subsidiarität des allgemeinen Justizgewährungsanspruchs	450
d) Zwischenergebnis	456
II. Die gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit in ihrer vergaberechtlichen Funktionsvielfalt	458
1. Wirtschaftlichkeit als allgemeiner Vergabegrundsatz	459
2. Wirtschaftlichkeit als Ausschlussgrund	463
a) Feststellung des Prüfungsanlasses	463
aa) Bestimmung der Vergleichsgröße	464
bb) Bestimmung der Aufgreifschwelle	475
b) Beurteilung der Angemessenheit i. w. S.	485
aa) Beurteilung der Auskömmlichkeit	487
bb) Beurteilung der Angemessenheit i. e. S.	494
c) Grenzen des Beurteilungsspielraums	502
d) Rechtsfolge: Ermessen	506
3. Wirtschaftlichkeit als Aufhebungsgrund	509
a) Bestimmung der Vergleichsgröße	510

b) Beurteilung der Angemessenheit	511
c) Rechtsfolge: Ermessen	521
4. Wirtschaftlichkeit als Maßstab der Zuschlagsentscheidung	522
a) Entscheidungsfreiräume im Rahmen der Zuschlagsentscheidung	523
aa) Angebotsbewertung anhand von Zuschlagskriterien	524
(1) Anwendung der Zuschlagskriterien auf das Angebot	525
(a) Preis	528
(b) Qualität	537
(c) Technischer Wert	545
(d) Ästhetik	550
(e) Umwelteigenschaften	551
(f) Betriebskosten	556
(g) Liefertermin und Liefer- oder Ausführungsfrist	563
(h) Zwischenergebnis	564
(2) Anwendung der Bewertungsmatrix	565
bb) Vereinigung in der Wirtschaftlichkeitsentscheidung	578
cc) Zwischenergebnis	579
b) Beurteilungsspielräume im Rahmen der Zuschlagsentscheidung	581
aa) Gesamtheitliche Begründungsansätze	581
(1) Angebotsbewertung als prüfungsähnliche Entscheidung	582
(2) Angebotsbewertung als Einschätzung eines weisungsfreien Gremiums	584
(3) Angebotsbewertung als Prognoseentscheidung	587
(4) Angebotsbewertung als Gesamtschau zahlreicher Einzelfälle	589
(5) Begrenzte Steuerungskraft des Wirtschaftlichkeitsmaßstabs	597
(6) Besondere Entscheidungsverantwortung infolge Beschaffungsautonomie	599
(7) Besondere Komplexität der Angebotsbewertung	601
(8) Zwischenergebnis	603
bb) Differenzierung nach Zuschlagskriterien	605
(1) Höchstpersönliche Beurteilungen	606

(2) Beurteilungen mit Prognoseelementen	614
(3) Sonstige Wertungsentscheidungen	619
c) Grenzen des Beurteilungsspielraums	624
aa) Kontrolle der Verwendung eines Zuschlagskriteriums	625
bb) Restkontrolle der Anwendung eines Zuschlagskriteriums	627
5. Ergebnis der Untersuchung	634
F. Zusammenfassung	640
Literaturverzeichnis	651

Schaubildverzeichnis

Schaubild 1:	Das Minimal-/Maximalprinzip	36
Schaubild 2:	Das Extremumprinzip	38
Schaubild 3:	Zielsystem, Wirksamkeitsmaßstäbe und Bewertungsschlüssel alternativer Trassenführungen	69
Schaubild 4:	Nutzwertanalyse alternativer Trassenführungen	70
Schaubild 5:	Die QALY-Ermittlung in der grafischen Darstellung	82
Schaubild 6:	Zytostatikabehandlung bei malignem Tumor	84

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. F.	alte Fassung
a. M.	am Main
a. R.	am Rhein
Abb.	Abbildung
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AEG	Allgemeines Eisenbahngesetz
AEntG	Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
AufenthG	Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet
Az.	Aktenzeichen
BAnz.	Bundesanzeiger
BauGB	Baugesetzbuch
BauR	Baurecht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVGh	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie
Begr.	Begründer
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGG	Gesetz zur Gleichstellung von Menschen mit Behinderung
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BHO	Bundeshaushaltsordnung
BImSchG	Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksache

Abkürzungsverzeichnis

BRD	Bundesrepublik Deutschland
BRHG	Gesetz über den Bundesrechnungshof
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BuchPrG	Gesetz über die Preisbindung für Bücher
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BWL	Betriebswirtschaftslehre
bzw.	beziehungsweise
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
CO ₂	Kohlenstoffdioxid
d. h.	das heißt
DB	Der Betrieb
dB	Dezibel
ders.	derselbe
dies.	dieselbe / dieselben
Diss.	Dissertation
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DStR	Deutsche Steuer-Rundschau
DV	Die Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
e. V.	eingetragener Verein
EAGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft
ECLI	European Case Law Identifier
EGKSV	Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
EL	Ergänzungslieferung
EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und der Grundfreiheiten
Erl.	Erläuterung
etc.	et cetera
EU	Europäische Union / European Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht

f. / ff.	folgende / fortfolgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FG	Festgabe
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
FStrG	Bundesfernstraßengesetz
GA	Generalanwältin / Generalanwalt
gem.	gemäß
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GMBL	Gemeinsames Ministerialblatt
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h. M.	herrschende Meinung
Habil.	Habilitation
Hervorh. i. Orig.	Hervorhebung im Original
HGRG	Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder
HOAI	Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i. Br.	im Breisgau
i. E.	im Ergebnis
i. V. m.	in Verbindung mit
IT	Informationstechnik
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JuSchG	Jugendschutzgesetz
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
km	Kilometer
KohleG	Gesetz zur Anpassung und Gesundung des deutschen Steinkohlebergbaus und der deutschen Steinkohlebergbauegebiete
KommJur	Kommunaljurist
KonzRL	Konzessionsrichtlinie
KonzVgV	Verordnung über die Vergabe von Konzessionen
kWh	Kilowattstunde
lit.	littera
Ls.	Leitsatz
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
m. Verw.	mit Verweis
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen

Abkürzungsverzeichnis

MiLoG	Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns
n. b.	nicht bekannt
Nds. LHO	Niedersächsische Landeshaushaltsordnung
Nds. SOG	Niedersächsisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NKomVG	Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz
NKPG	Niedersächsisches Gesetz über die überörtliche Kommunalprüfung
NordÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht in Norddeutschland
Nr.	Nummer
NV	Niedersächsische Verfassung
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Rechtsprechungs-Report
NWVBl.	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
NWZ	Nordwest-Zeitung
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
o. g.	oben genannt
OLG	Oberlandesgericht
ÖPNV	Öffentlicher Personennahverkehr
OVG	Oberverwaltungsgericht
PBefG	Personenbeförderungsgesetz
PO-BRHG	Prüfungsordnung des Bundesrechnungshofes
PWP	Perspektiven der Wirtschaftspolitik
RdA	Recht der Arbeit
RMRL	Rechtsmittelrichtlinie
Rn.	Randnummer
ROG	Raumordnungsgesetz
Rs.	Rechtssache
RVG	Gesetz über die Vergütung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte
S.	Satz / Seite / Siehe
SchwarzArbG	Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung
Sec.	Section
SektVO	Verordnung über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung
SGB	Sozialgesetzbuch
SKR	Sektorenkoordinierungsrichtlinie (bis 2014)
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des EuGH
sog.	sogenannt
SRL	Sektorenrichtlinie (ab 2014)
SRML	Sektorenrechtsmittelrichtlinie
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung

StGB	Strafgesetzbuch
StuW	Steuer und Wirtschaft
SVR	Straßenverkehrsrecht
TKG	Telekommunikationsgesetz
Tz.	Textziffer
u.	und
u. a.	und andere
UAbs.	Unterabsatz
Urt.	Urteil
UVgO	Unterschwelvenvergabeordnung
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	vom / von
VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
verb. Rs.	verbundene Rechtssachen
VergabeR	Vergaberecht
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VgV	Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge
ViH	Value in Health
VK	Vergabekammer
VKR	Vergabekoordinierungsrichtlinie (bis 2014)
VOB/A	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A
VOF	Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen
VOL/A	Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen Teil A
Vorb.	Vorbemerkung
VRL	Vergaberichtlinie (ab 2014)
VSRL	Richtlinie zur Vergabe von Leistungen in den Bereichen der Verteidigung und Sicherheit
VSVgV	Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit
VÜA	Vergabüberwachungsausschuss
VuM	Verwaltung und Management
VV-BHO	Allgemeine Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushaltsordnung
VV-Nds. LHO	Verwaltungsvorschriften zur Landeshaushaltsordnung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VWL	Volkswirtschaftslehre
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WD	Wirtschaftsdienst
WeinG	Weingesetz
WeinV	Weinverordnung
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht

Abkürzungsverzeichnis

WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb – Entscheidungssammlung zum Kartellrecht
z. B.	zum Beispiel
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZJS	Zeitschrift für das juristische Studium
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
zugl.	zugleich
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

Im Übrigen wird auf das Abkürzungsverzeichnis von *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 8. Auflage, Berlin u. a. 2015 verwiesen.

A. Einführung

Bisweilen kommt es vor, dass Satire von der Realität eingeholt wird. Ein gutes Beispiel hierfür geben die schier endlos anmutenden Eskapaden um den Bau des Flughafens Berlin Brandenburg (BER) ab. Dessen Bauherren, die Länder Berlin und Brandenburg sowie der Bund, mussten den ursprünglich für Oktober 2011 avisierten Eröffnungstermin aufgrund zahlloser Komplikationen fortlaufend verschieben¹ und die Kosten des Bauprojekts in entsprechender Kontinuität nach oben korrigieren. Nachdem auch der zuletzt ausgerufenen Eröffnungstermin im Herbst 2018 nicht gehalten werden konnte,² gehen die Verantwortlichen inzwischen von einer Inbetriebnahme im Oktober 2020 aus.³ Gleichzeitig sind die anfänglich angesetzten Ausgaben in Höhe von zwei Milliarden Euro schon jetzt tatsächlichen Baukosten von über sieben Milliarden Euro gewichen.⁴ In Anbetracht dieser Entwicklung verbreitete das Online-Satiremagazin „*Der Postillon*“ bereits im Dezember 2014 die Meldung, dass sich die Projektbeteiligten zu einem Abriss des Flughafens BER entschieden hätten. Die Finanzmittel, die auf diese Weise eingespart würden, sollten zur Errichtung eines neuen Flughafens verwendet werden.⁵ Was hier noch sarkastisch gemeint war, bildete nur wenige Monate später den Gegenstand eines ernstlich geführten politischen Diskurses. Unter dem Eindruck der andauernden Probleme brachten mit *Jens Koeppen* (CDU) und *Renate Künast* (Die Grünen) im September 2015 gleich zwei Abgeordnete des Deutschen Bundestages tatsächlich einen Abriss und vollständigen Neubau des Haupt-

1 *Spangenberg*, Die Eröffnungstermine, *Der Tagesspiegel* v. 5. September 2012, S. 7.

2 *Fahrer*, BER kann frühestens 2019 starten, *Berliner Morgenpost* v. 1. September 2017, S. 1.

3 *Metzner*, Zahlen, bitte!, *Potsdamer Neueste Nachrichten* v. 3. März 2018, S. 14; *Fraune*, Zeitenwandel in Berlin, *Rhein-Zeitung* v. 16. Dezember 2017, S. 8.

4 *Abel*, BER-Kosten steigen auf mehr als sieben Milliarden Euro, *Berliner Morgenpost* v. 24. Februar 2018, S. 9; *Fraune/Görgen*, BER wird nochmals 770 Millionen Euro teurer, *Der Prignitzer* v. 24. Februar 2018, S. 1; *Blankennagel*, Traurige Wahrheiten, *Berliner Zeitung* v. 19. März 2018, S. 8.

5 Fertigstellung zu teuer: Mehdorn lässt Flughafen BER abreißen, *Der Postillon* v. 3. Dezember 2014, abrufbar unter: <http://bit.ly/1Bd3H9E> [letzter Aufruf: 11. Mai 2018, 12:46 Uhr].

stadtflughafens ins Gespräch.⁶ Ein Projektkonzept, mit dem wenige Monate zuvor noch ein Kübel voller Hohn und Spott über überforderte staatliche Gesellschafter und ihre offensichtlich unzureichende Kompetenz bei der Wahrnehmung der bestehenden koordinativen Aufgaben ausgeschüttet wurde, avancierte so innerhalb kürzester Zeit zu einer ernsthaft diskutierten Option auf dem politischen Parkett.⁷

Die Kostenexplosion im Zuge der Errichtung des Flughafens Berlin Brandenburg besitzt als Negativbeispiel für den wirtschaftlichen Umgang mit Steuermitteln gewiss einen unrühmlichen Leuchtturmcharakter. Gleichzeitig darf die besondere Prominenz dieses Einzelfalls nicht darüber hinwegtäuschen, dass es sich bei der Verteuerung öffentlicher Großprojekte keinesfalls um eine Ausnahme, sondern vielmehr um die Regel handelt. Eine wissenschaftliche Studie untersuchte jüngst 119 abgeschlossene Infrastruktur-Großprojekte der öffentlichen Hand und wies in diesem Zusammenhang eine durchschnittliche Kostensteigerung von 73 % nach.⁸ Es mag vor diesem Hintergrund kaum verwundern, dass sich ohne größere Anstrengungen weitere öffentliche Projekte anführen lassen, bei deren Umsetzung die Kosten in beträchtlicher Weise aus dem Ruder liefen. Lediglich beispielhaft sei an dieser Stelle auf den Bau der neuen BND-Zentrale in Berlin⁹, der Elbphilharmonie in Hamburg¹⁰, der Oper Köln¹¹ oder des Libeskind-Hauptgebäudes an der Leuphana Universität Lüneburg¹² verwiesen.

Großprojekte wie diese sind es, die neben ihrer Kostenintensität regelmäßig auch aufgrund ihres ausgeprägten repräsentativen Charakters im Zentrum der medialen Berichterstattung und nicht zuletzt dadurch auch im besonderen Fokus der öffentlichen Wahrnehmung stehen. Dem Einzelnen drängt sich dadurch wohl unweigerlich der Eindruck auf, dass die Begriffe des staatlichen Handelns einerseits und des wirtschaftlichen Handelns andererseits ein unvereinbares Gegensatzpaar bilden. Nun mag man mit süffisantem Unterton einwenden, dass es immer einfacher ist, das Geld der

6 Diskussion über Neubau von BER, Handelsblatt v. 28. September 2015, S. 10; *Decker*, Großprojekte werden zu optimistisch geplant, FAZ v. 5. Oktober 2015, S. 24.

7 Zu Vorstehendem *Decker*, Großprojekte werden zu optimistisch geplant, FAZ v. 5. Oktober 2015, S. 24.

8 *Kostka/Anzinger*, Large Infrastructure Projects in Germany, S. 7f.

9 *Lohse*, Angekommen in Berlin, FAZ v. 6. März 2015, S. 4.

10 Elbphilharmonie wird noch teurer, FAZ v. 24. April 2013, S. 15.

11 Kölner Oper doppelt so teuer, NWZ v. 1. Juli 2017, S. 20.

12 91 Millionen für Universitätsbau, FAZ v. 14. Februar 2014, S. 4.

Anderen auszugeben. Diese Begründung greift jedoch zu kurz, verkennt sie doch die Tatsache, dass staatliche Stellen aufgrund entsprechender normativer Vorgaben zu einem wirtschaftlichen Umgang mit den ihnen überlassenen Finanzmitteln verpflichtet sind.

Ein solches Gebot der Wirtschaftlichkeit richtet sich dabei nicht ausschließlich von Seiten des Haushaltsrechts an die öffentlichen Stellen und die durch sie erfolgende Durchführung finanzwirksamer Maßnahmen. Sofern ein in Rede stehender Vorgang – wie etwa die Verwirklichung eines der vorstehend erwähnten Großprojekte – nach einer Beschaffung von Liefer-, Bau- und Dienstleistungen am Markt verlangt,¹³ enthält auch das Vergaberecht verschiedene Regelungen, innerhalb derer dem Maßstab der Wirtschaftlichkeit entweder explizit oder implizit ein entscheidungserheblicher Charakter zugesprochen wird.¹⁴ Für den Teilbereich des unionsrechtlich determinierten Kartellvergaberichts zeichnen sich diese Vorschriften durch eine zentrale Besonderheit aus, die sie nicht nur von den entsprechenden Regelungen des unterschweligen, rein national geprägten Vergaberichts, sondern auch vom haushaltsrechtlichen Gebot der Wirtschaftlichkeit unterscheidet: Die Vorschriften für die sog. *Oberschwellenvergabe* dienen nicht ausschließlich dem haushaltsrechtlich motivierten Bedürfnis nach einer sachgerechten Verwendung von Steuermitteln; ein nicht weniger zentrales Anliegen liegt ferner darin begründet, (auch) auf dem Gebiet der öffentlichen Auftragsvergabe einen gemeinsamen europäischen Binnenmarkt zu etablieren. Das Kartellvergabericht strebt demnach eine Öffnung der nationalen Beschaffungsmärkte an, um auf diesem Wege einen ebenso umfassenden wie unverfälschten Wettbewerb um die Vergabe öffentlicher Aufträge innerhalb des gesamten Unionsgebiets zu gewährleisten. In seiner Eigenschaft als besonderes Wettbewerbsrecht dient das Kartellvergabericht dabei gerade auch dem Schutz der an einem Vergabeverfahren interessierten bzw. beteiligten Marktteilnehmer. Durch die Gewährleistung einer transparenten und nichtdiskriminierenden Auftragsvergabe soll sichergestellt werden, dass alle Bewerber grundsätzlich die gleiche Chance auf einen erfolgreichen Abschluss des Vergabeverfahrens

13 Gleichzeitig sind ebenso haushaltswirksame Maßnahmen denkbar, die keine Beschaffung von Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen am Markt erfordern und denen dadurch keine vergaberichtliche Relevanz zukommt. Ein solcher Fall ist etwa bei der Entscheidung über die Privatisierung staatlicher Aufgaben gegeben.

14 Zum Verhältnis von haushaltsrechtlichem und vergaberichtlichem Wirtschaftlichkeitsgebot s. noch ausführlicher unter C. IV. 4.

rens besitzen. In diesem Zusammenhang ist es unabdingbar, dass die Bieter einen einklagbaren Rechtsanspruch auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren besitzen. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) stellte in diesem Zusammenhang schon früh fest, dass die Vorschriften zur Publizität und zur Teilnahme an einem Vergabeverfahren, durch welche der Bieter vor der Willkür des öffentlichen Auftraggebers geschützt werden soll, keine Wirksamkeit entfalten, „wenn der Bieter sich nicht gegenüber dem Auftraggeber auf diese Vorschriften berufen und gegebenenfalls deren Verletzung vor den nationalen Gerichten geltend machen kann.“¹⁵ Das zur Umsetzung des europäischen Vergabesekundärrechts ergangene Kartellvergaberecht räumt den Unternehmen aus diesem Grund gem. § 97 Abs. 6 GWB einen Anspruch gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren ein. Dieses subjektive Recht erstreckt sich dabei auch auf jene vergaberechtlichen Vorschriften, deren Entscheidungsprogramm maßgeblich durch die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit geprägt ist. Ein Bieter hat dadurch einen Anspruch darauf, dass sich die zur Überprüfung des Vergabeverfahrens berufene Nachprüfungsinstanz mit der von Seiten des öffentlichen Auftraggebers getroffenen Wirtschaftlichkeitsbeurteilung auseinandersetzt. Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied zur Wirtschaftlichkeit in ihrer haushaltsrechtlichen bzw. unterschwellenspezifischen Einbindung: Als reines Innenrecht der Verwaltung vermittelt das Wirtschaftlichkeitsgebot dort keine subjektiven Rechte. Diese bilden jedoch die grundlegende Voraussetzung für die Einforderung gerichtlichen Rechtsschutzes.

Die spezifische Durchschlagskraft des unionsrechtlich determinierten Vergaberechts in dessen Funktion als bieterschützendes Außenrecht hängt derweil nicht ausschließlich von der Einräumung subjektiver Rechte und dem hiermit verbundenen Zugang zu gerichtlicher Kontrolle ab. Als kaum weniger bedeutsam erweist sich die Intensität des in diesem Zusammenhang gewährleisteten Rechtsschutzes. Gemeinsam mit der Ausgestaltung des Kontrollprogramms variiert dadurch letztlich auch der tatsächliche Wert der kartellvergaberechtlich statuierten Verfahrensgewährleistungen. Dies gilt nicht zuletzt für jene Regelungen, die eine bestimmte Rechtsfolge von der Wirtschaftlichkeit eines Angebots abhängig machen. Auch der durch sie gewährleistete Bieterrechtsschutz hängt in maßgeblicher Weise

15 EuGH, Urt. v. 11. August 1995, Rs. C-433/93 – *Kommission / Bundesrepublik Deutschland*, Slg. 1995, I-2303 (2317, Tz. 19).

von der sog. *Kontrolldichte* der Nachprüfungsinstanzen ab. Parallel zur Einschränkung des vergaberechtlichen Kontrollauftrags verliert der normativ zugesprochene Anspruch auf Einhaltung der vergaberechtlichen Vorschriften zunehmend an Bedeutung. In Anbetracht dieser Relevanz der Kontrolldichte für die Wirksamkeit des Kartellvergaberechts als Instrument zur Öffnung des nationalen Beschaffungswesens zugunsten eines europaweit angelegten Bieterwettbewerbs befasst sich die vorliegende Untersuchung mit der gerichtlichen Kontrolle von Wirtschaftlichkeit im Vergaberecht. Im Mittelpunkt der Betrachtungen steht dabei die Nachzeichnung von Umfang und Grenzen der vergaberechtlichen Nachschau in Bezug auf jene Vorschriften des Kartellvergaberechts, deren Entscheidungsprogramm wesentlich durch den Gedanken der Wirtschaftlichkeit geprägt wird.

Mitunter steht der Anspruch, eine Rechtsfrage sorgfältig aufbereiten und beantworten zu wollen, in einem gewissen Widerspruch zum Wesen des Rechts als wandelbare und dadurch dynamische Grundlage wissenschaftlicher Erkenntnis. Kaum ein Feld der wissenschaftlichen Betätigung sieht sich demnach einer vergleichbar ausgeprägten Gefahr ausgesetzt, dass sich die Determinanten der hiermit verfolgten Wahrheitssuche in derart grundlegender Weise ändern. Eine Untersuchung, die sich notwendigerweise mit dem rechtlichen *status quo* im Zeitpunkt ihrer Abfassung befasst, droht daher bei einer Gesetzesnovelle zu einer rechtshistorischen Arbeit zu verkommen, noch ehe ihr letzter Punkt gesetzt ist. Ein derartiges Schicksal ist auch und gerade bei der Behandlung einer vergaberechtlichen Thematik zu befürchten, handelt es sich hierbei doch um ein recht junges und zugleich unionsrechtlich determiniertes Rechtsgebiet, wodurch den entsprechenden Regelungen eine vergleichsweise kurze Halbwertszeit beschieden ist. Mit dem Abschluss des größten vergaberechtlichen Gesetzgebungsverfahrens der vergangenen zehn Jahre erfuhr das nationale Vergaberechtsregime zuletzt im Jahr 2016 eine vollständige Neuordnung. Auf Einzelheiten dieser Vergaberechtsreform soll im späteren Verlauf der Untersuchung ausführlicher eingegangen werden; an dieser Stelle sei den folgenden Ausführungen lediglich insoweit vorgegriffen, dass sich die Frage nach der gerichtlichen Kontrolle von Wirtschaftlichkeit auch unter Zugrundelegung der nunmehr geltenden vergaberechtlichen Bestimmungen in (nahezu) unveränderter Weise stellt. Während das jüngst in Kraft getretene Vergaberecht die normative Basis der nachfolgenden Untersuchungen bildet, soll in ausgewählten Zusammenhängen ebenfalls auf die entsprechenden unionalen bzw. nationalen Bestimmungen des durch sie abgelös-

ten Vergaberechtsregimes hingewiesen werden. Neben dem Ziel, durch eine solche Darstellung den Wechsel vom alten hin zum neuen, vor allem auch strukturell grundlegend überarbeiteten Vergaberecht zu erleichtern, kann ein genauere Blick in die Bestimmungen der alten vergaberechtlichen Regelwerke mitunter auch dabei helfen, Unklarheiten in Bezug auf den genauen Regelungsinhalt der entsprechenden Vorschrift im neuen vergaberechtlichen Normgefüge auszuräumen.

Zunächst soll sich dem Titel der vorliegenden Untersuchung jedoch von begrifflicher Seite genähert werden. Während der genaue Begriffsinhalt der „*Wirtschaftlichkeit*“ einen wesentlichen Betrachtungsgegenstand des folgenden Kapitels bildet, stellt sich ebenfalls die Frage, was unter dem Ausdruck der „*gerichtlichen Kontrolle*“ als weiterem zentralen Element des Titels dieser Arbeit zu verstehen ist. Die gerichtliche Kontrolle setzt zunächst die Justiziabilität eines in Rede stehenden Sachverhalts voraus. Eine Handlung, eine Entscheidung oder ein Zustand ist justiziabel, wenn sie bzw. er gerichtlich entscheidbar ist.¹⁶ Nur dann, wenn ein solches Rechtsverhältnis überhaupt der richterlichen Überprüfung zugänglich ist, stellt sich im Anschluss hieran die Frage nach ihrer konkreten Ausgestaltung. In diesem Zusammenhang kommt dem bereits erwähnten Gesichtspunkt der gerichtlichen Kontrolldichte eine besondere Bedeutung zu. Sie nimmt den genauen Umfang der gerichtlichen Kontrolle in den Blick und liefert dadurch wertvolle Erkenntnisse im Hinblick auf die spezifische Rechtsschutzintensität. Der Begriff der gerichtlichen Kontrolle ist insofern dahingehend zu präzisieren, dass er nicht nur nach der gerichtlichen Entscheidbarkeit, sondern gerade auch nach der in diesem Zusammenhang gewährleisteten Kontrolldichte fragt.

Wenn es im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen daher darum geht, neben der Justiziabilität insbesondere auch die Kontrolldichte von Wirtschaftlichkeit im Vergaberecht zu erörtern, sind nicht nur die an den Oberlandesgerichten eingesetzten Vergabesenate von der Begrifflichkeit des „*Gerichts*“ umfasst, sondern auch die ihnen unterstehenden Vergabekammern, deren Beschlüsse den Gegenstand des Beschwerdeverfahrens vor den Vergabesenaten bilden (vgl. § 171 Abs. 1 GWB). Zwar ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass es sich bei den Vergabekammern von Bund und Ländern um Einrichtungen der Exekutive handelt. So sind die beiden Vergabekammern des Bundes gem. § 158 Abs. 1 S. 1

16 Köbler in Tilch/Arloth, Deutsches Rechtslexikon, S. 2414, Stichwort: *justiziabel*.