

FLORIAN HUERKAMP

Gleichbehandlung
und Transparenz
als gemeinschaftsrechtliche
Prinzipien der staatlichen
Auftragsvergabe

Jus Internationale et Europaeum

37

Mohr Siebeck

Jus Internationale et Europaeum

herausgegeben von
Thilo Marauhn und Christian Walter

37



Florian Huerkamp

Gleichbehandlung und
Transparenz als gemeinschafts-
rechtliche Prinzipien der
staatlichen Auftragsvergabe

Mohr Siebeck

Florian Huerkamp, geboren 1980; Studium der Rechtswissenschaften in Bonn, Sussex und Oxford; 2009 Promotion an der Universität Regensburg; seit 2008 Rechtsreferendar am Landgericht Köln.

e-ISBN PDF 978-3-16-151176-9

ISBN 978-3-16-150231-6

ISSN 1861-1893 (Jus Internationale et Europaeum)

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

© 2010 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Held in Rottenburg gebunden.

Für Dinah

„Gerechtigkeit ist Gleichheit (...) Aber Gleichheit ist (...) immer nur Abstraktion von gegebener Ungleichheit unter einem bestimmten Gesichtspunkte.“

Gustav Radbruch

Vorwort

Das Vergaberecht befindet sich in einem grundlegenden Wandel. Angestoßen durch den Europäischen Gerichtshof wird das staatliche Beschaffungswesen mehr und mehr von einer „*matter of policy*“ zu einer „*matter of principle*“. Es rücken also die Rechte der potentiellen Bewerber um einen Staatsauftrag in den Mittelpunkt anstelle einer Fokussierung auf die Zweckmäßigkeitserwägungen der beschaffenden Stellen. Dreh- und Angelpunkt dieser Bewegung ist der gemeinschaftsrechtliche Grundsatz der Gleichbehandlung, dem der Gerichtshof in seiner neueren Rechtsprechung nun auch eine Verpflichtung der staatlichen Stellen zur transparenten Auftragsvergabe entnimmt. Dieser Wandel stellt die Praxis vor nicht unerhebliche Schwierigkeiten. Was genau verlangt der Grundsatz der Gleichbehandlung? Kann er die Öffentliche Hand auch außerhalb des in der Vergabekoordinierungsrichtlinie niedergelegten Sekundärrechts binden? Wie weit reichen insgesamt die über die Gleichbehandlung vermittelten Teilhabensprüche der (potentiellen) Bewerber um einen Staatsauftrag?

Hauptursache für die Schwierigkeiten, die mit dem gewandelten Verständnis des Vergaberechts entstehen, ist aus meiner Sicht die mangelnde dogmatische Durchdringung dieses amorphen Gebiets, das sich bislang lediglich aus einer Reihe von Einzelfallentscheidungen des Gerichtshofs und der sie kommentierenden Literatur zusammensetzt. Genau an diesem Punkt setzt die vorliegende Untersuchung an und versucht, eine Dogmatik der grundlegenden gemeinschaftsrechtlichen Vergabeprinzipien zu erarbeiten.

Die Arbeit ist im Sommersemester 2009 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Regensburg als Dissertation angenommen worden. Für die Drucklegung konnten Rechtsprechung und Literatur bis zum Spätsommer 2009 berücksichtigt werden.

Mein Dank gilt zuerst meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. *Kühling*, der die Entstehung der Arbeit wahrhaft „väterlich“ betreut hat: unermüdlich, mit großem Engagement, viel Wohlwollen und der steten Ermunterung, zu eigenständigen Ergebnissen zu gelangen. Bei Herrn Professor Dr. *Kingreen* bedanke ich mich für die Erstellung des Zweitgutachtens und für wertvolle Hinweise, die ich bei der Drucklegung berücksichtigen konnte.

Danken möchte ich auch meinem Vater, Dr. *Josef Huerkamp*, der geduldig das Korrekturlesen der Arbeit übernommen hat. Auch meinem Bruder *Felix* danke ich für seine Unterstützung.

Ermöglicht wurde die Arbeit durch ein großzügiges Stipendium der Studienstiftung des deutschen Volkes. Der Arbeitskreis Wirtschaft und Recht des Stifterverbandes für die deutsche Wissenschaft hat durch einen Druckkostenzuschuss die Veröffentlichung der Untersuchung gefördert. Auch dafür sei an dieser Stelle herzlich gedankt.

Bonn im Herbst 2009

FH

Inhaltsübersicht

Einführung	1
------------------	---

Allgemeiner Teil Die Gleichheitsrechte im Vergaberecht

<i>Erstes Kapitel: Art. 2 VKR und die Grundfreiheiten</i>	13
§ 1. Art. 2 VKR.....	13
§ 2. Grundfreiheiten	16
<i>Zweites Kapitel: Der allgemeine primärrechtliche Gleichheitssatz</i>	18
§ 1. Allgemeiner Gleichheitssatz und Vergaberecht	18
§ 2. Tatbestand: Wesentliche Gleichheit bzw. wesentliche Ungleichheit..	22
§ 3. Reaktion auf eine Ungleichbehandlung: Rechtfertigung.....	37
<i>Drittes Kapitel: Reichweite der Gleichheitssätze im Vergaberecht</i>	57
§ 1. Geltung des allgemeinen Gleichheitssatzes im Vergaberecht	57
§ 2. Binnenmarktbezug als Voraussetzung jeglichen Gleichheitsrechts....	74
<i>Viertes Kapitel: Einheitliche Struktur der Gleichheitssätze im Vergaberecht und ihr Verhältnis untereinander</i>	87
§ 1. Tatbestand und Rechtsfolge.....	87
§ 2. Konkurrenzen der Gleichheitssätze im Vergaberecht	101
<i>Fünftes Kapitel: Der Gemeinsame Markt als vergaberechtliches tertium comparationis</i>	108
§ 1. Wertungsvorgaben aus dem Ziel des Gemeinsamen Marktes.....	109
§ 2. Konkretisierung eines Gerechtigkeitsmaßstabs.....	131
§ 3. Zusammenfassung des Allgemeinen Teils: Prüfungsstruktur der Gleichheitssätze im Vergaberecht.....	135

Besonderer Teil
Die einzelnen Stationen des staatlichen Einkaufs

<i>Sechstes Kapitel: Festlegung des Bedarfsgegenstandes</i>	141
§ 1. Beschaffungsautonomie	141
§ 2. Beschaffungsautonomie und Gleichheitssätze	145
<i>Siebttes Kapitel: Gleichbehandlung und Ausschreibung</i>	157
§ 1. Allgemeines	158
§ 2. Wesentliche Gleichheit der Unternehmen bei einer Vergabe ohne allgemeine Beteiligungsmöglichkeit	161
§ 3. Rechtfertigung einer Vergabe ohne allgemeine Beteiligungs- möglichkeit trotz wesentlicher Gleichheit	181
<i>Achstes Kapitel: Chancengleichheit</i>	198
§ 1. Allgemeines	198
§ 2. Einzelne Beeinträchtigungen der Chancengleichheit	200
<i>Neuntes Kapitel: Materielle Gleichbehandlung im Vergabeverfahren</i>	226
§ 1. Allgemeines	226
§ 2. Politisch motivierte Vergabe	231
§ 3. Übliche Auftragsvergabe	286
§ 4. Sonderproblem: Typisierungen	294
§ 5. Sonderproblem: Teilnehmerwettbewerb und beschränkte Ausschreibung	304
<i>Zehntes Kapitel: Transparenz</i>	312
§ 1. Allgemeines	312
§ 2. Transparenz als Publizitätsgebot und als Gebot der Nachprüfbarkeit	315
Kurze Zusammenfassung, Schlussbemerkungen und Ausblick	341
Literaturverzeichnis	345
Sachverzeichnis	359

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXIII

Einführung	1
I. Problemaufriss	1
1. Prinzipien und Regeln.....	1
2. Gleichbehandlung als umfassendes Prinzip der Auftragsvergabe.....	2
a. Vom Diskriminierungsverbot zur materiellen Rechts- gleichheit.....	2
b. Das Gebot der Transparenz	3
c. Vom sekundärrechtlichen zum primärrechtlichen Vergabeverfahren	4
3. Schwierigkeiten dieser Entwicklung	5
II. Ziel der Untersuchung: Dogmatik der gemeinschaftsrechtlichen Prinzipien.....	7
III. Gegenstand und Gang der Untersuchung.....	9
1. Gegenstand der Untersuchung	9
2. Gang der Untersuchung	10

Allgemeiner Teil Die Gleichheitsrechte im Vergaberecht

<i>Erstes Kapitel: Art. 2 VKR und die Grundfreiheiten</i>	13
§ 1. Art. 2 VKR.....	13
I. Genese	13
II. Anwendungsbereich	14
III. Pflicht zur Ungleichbehandlung?	14
IV. Gleichbehandlungsgebot und Diskriminierungsverbot	15
§ 2. Grundfreiheiten	16

I.	Grundfreiheiten als Gleichheitsrechte	16
II.	Grundfreiheiten und Vergaberecht	17
III.	Pflicht zur Ungleichbehandlung	17
<i>Zweites Kapitel: Der allgemeine primärrechtliche Gleichheitssatz</i>		18
§ 1.	Allgemeiner Gleichheitssatz und Vergaberecht	18
I.	Aussagekraft und Herleitung	18
II.	Anwendung im Vergaberecht	20
§ 2.	Tatbestand: Wesentliche Gleichheit bzw. wesentliche Ungleichheit..	22
I.	Rein deskriptive Bildung von Vergleichsgruppen	22
II.	Normative Bestimmung der Gleichheit	24
1.	Dogmatische Bedenken gegen einen deskriptiven Ansatz	24
2.	Theoretische Bedenken gegen einen deskriptiven Ansatz	26
3.	Rechtsprechung des EuGH	28
a.	Wertung durch den EuGH auf Tatbestandsebene	28
b.	Objektives Kriterium als Anknüpfungspunkt	31
c.	Zwischenergebnis	33
4.	Schlussfolgerungen für den normativen Maßstab	33
a.	Gerechtigkeit und Gleichheit	33
b.	Spielraum bei der Feststellung – Willkür	35
c.	Die Besonderheit im Gemeinschaftsrecht	35
d.	Zwischenergebnis	36
§ 3.	Reaktion auf eine Ungleichbehandlung: Rechtfertigung	37
I.	Ausgangslage	37
1.	Möglichkeit einer Rechtfertigung trotz normativer Gleichheit der Sachverhalte?	37
2.	Der Konflikt in der Rechtfertigung	38
3.	Präzisierung des Konflikts	39
4.	Zusammenfassung und weiteres Arbeitsprogramm	41
II.	Prinzip der Verhältnismäßigkeit	42
1.	Dogmatische Begründung für die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips	42
2.	Rechtsprechung des EuGH	46
III.	Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes	47
1.	Verhältnismäßigkeitsprüfung als Reaktion auf eine relevante Ungleichbehandlung	47
a.	Die vorgeschlagene Konzeption	47
b.	Die Rechtsprechung des EuGH	49
c.	Zwischenergebnis	52
2.	Abweichende Konzeptionen der Verhältnismäßigkeits- prüfung	52
a.	Ungleichbehandlung und Maß der Ungleichheit?	52

b. Doppelte Prüfung der Rechtfertigung?	54
IV. Zusammenfassend: Das Prüfungsschema für den allgemeinen Gleichheitssatz	55
<i>Drittes Kapitel: Reichweite der Gleichheitssätze im Vergaberecht</i>	57
§ 1. Geltung des allgemeinen Gleichheitssatzes im Vergaberecht	57
I. Bei Anwendung von Richtlinienrecht.....	58
II. Außerhalb des Richtlinienrechts.....	59
1. Ausgangspunkt: Die Urteile <i>Parking Brixen</i> und <i>ANAV</i>	59
2. Dogmatische Begründung.....	61
a. Bindung bei der Einschränkung von Grundfreiheiten	61
b. Andere Möglichkeiten zur Begründung einer Anwendung der Gemeinschaftsgrundrechte	63
aa. Bindung wegen Entscheidungsbefugnis des EuGH?	64
bb. Grundrechtsschutz als Teil der Grundfreiheiten	65
(1) Ansatzpunkt der Überlegung.....	65
(2) Nähere Konturierung des Gedankengangs	68
(3) Unterschied zur Grundrechtsberücksichtigung auf Ebene der Schranken-Schranken	69
(4) Vorzüge dieses Ansatzes.....	71
(5) <i>Civis europaeus sum?</i>	72
3. Ergebnis.....	73
§ 2. Binnenmarktbezug als Voraussetzung jeglichen Gleichheitsrechts	74
I. Dienstleistungskonzession.....	75
II. Unterschwellenvergabe und II-B Dienstleistungen.....	76
1. Typisierungswirkung des Sekundärrechts?	76
2. Binnenmarktbezug als Frage des Einzelfalls	78
III. Binnenmarktbezug und Empirie	82
IV. Sonderproblem: Inländerdiskriminierung	84
V. Ergebnis	85
<i>Viertes Kapitel: Einheitliche Struktur der Gleichheitssätze im Vergaberecht und ihr Verhältnis untereinander</i>	87
§ 1. Tatbestand und Rechtsfolge.....	87
I. Wesentliche Gleichheit als Tatbestand der Gleichheitssätze.....	87
1. Vergleichsmaßstab bei den Grundfreiheiten	89
2. Vergleichsmaßstab beim allgemeinen Gleichheitssatz	92
3. Vergleichsmaßstab bei Art. 2 VKR.....	94
4. Ergebnis: Ziel des Gemeinsamen Marktes als einheitlicher Vergleichsmaßstab.....	95
II. Verhältnismäßigkeitsprüfung als Rechtsfolge	96

1. Verhältnismäßigkeitsprüfung als Reaktion auf relevante Gleich- oder Ungleichbehandlung.....	96
2. Durchführung der Verhältnismäßigkeitsprüfung	96
3. Vergaberechtliche Anwendung durch den EuGH.....	98
a. Andeutungen im Urteil Hospital Ingenieure	98
b. Deutliche Signale in den Urteilen Wienstrom und Fabricom	99
c. Ergebnis	100
§ 2. Konkurrenzen der Gleichheitssätze im Vergaberecht	101
I. Anwendungsbereich des Sekundärrechts	101
1. Schnittmenge	101
2. Spezialität	102
II. Außerhalb des Anwendungsbereichs des VKR.....	103
1. Schnittmenge	103
2. Spezialität	103
III. Sonderproblem: Primärrecht und Sekundärrecht	105
IV. Sonderproblem: Beihilferecht und Gleichheitssätze	105
V. Ergebnis	107

Fünftes Kapitel: Der Gemeinsame Markt als vergaberechtliches tertium comparationis 108

§ 1. Wertungsvorgaben aus dem Ziel des Gemeinsamen Marktes.....	109
I. Integratives Element	109
II. Markt als Gebot unverzerrten Wettbewerbs	110
1. Zusammenspiel: Markt und Integration	111
2. Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch den staatlichen Auftraggeber.....	114
a. Vergabe ohne allgemeine Beteiligungsmöglichkeit	115
b. Wettbewerbsverzerrung mangels fairen Wettbewerbs um den Auftrag	117
c. Bevorzugung von Bietern	117
III. Konsequenzen für den Vergleichsmaßstab	118
1. Wesentliche Gleichheit vor Durchführung eines Vergabeverfahrens	119
2. Wesentliche Gleichheit als Chancengleichheit.....	119
3. Wettbewerbswidrige Bevorzugung	120
a. Der <i>market-economy-investor</i> -Test.....	122
b. Parallelität der Problemlage im Vergaberecht.....	123
c. Unterschiede zwischen vergaberechtlicher und beihilferechtlicher Problematik	124
aa. Fokus auf monetärer Begünstigung	125
bb. <i>Market-economy-investor</i> -Test und Wettbewerbsverfälschung... ..	125

d. Der market-economy-purchaser-Test.....	127
4. Spürbarkeitserfordernis?.....	128
IV. Zusammenfassung: Ziel des Gemeinsamen Marktes als Wertungsmaßstab	130
§ 2. Konkretisierung eines Gerechtigkeitsmaßstabs.....	131
I. Notwendigkeit.....	131
II. Gemeinsamer Markt als Gerechtigkeitsmaßstab	131
III. Gemeinsamer Markt als externes Ziel?.....	134
§ 3. Zusammenfassung des Allgemeinen Teils: Prüfungsstruktur der Gleichheitssätze im Vergaberecht.....	135
I. Anwendbarkeit.....	135
II. Tatbestand.....	136
III. Rechtsfolge	136

Besonderer Teil

Die einzelnen Stationen des staatlichen Einkaufs

<i>Sechstes Kapitel: Festlegung des Bedarfsgegenstandes</i>	141
§ 1. Beschaffungsautonomie	141
I. Literatur und Kommission.....	141
II. Rechtsprechung des EuGH.....	143
§ 2. Beschaffungsautonomie und Gleichheitssätze	145
I. Praktikabilität einer gleichheitsrechtlichen Bindung auf Ebene der Bedarfsdefinition	145
II. Die Beschaffungsautonomie in der Dogmatik der Gleichheitssätze	147
1. Wettbewerb und Nachfrage im System des EG Vertrags	148
a. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung.....	149
b. Beihilferecht.....	150
c. Ergebnis	152
2. Beschaffungsautonomie und Verteilungsgerechtigkeit.....	152
III. Ergebnis	155
<i>Siebttes Kapitel: Gleichbehandlung und Ausschreibung.....</i>	157
§ 1. Allgemeines	158
I. Inhalt eines Anspruchs auf Teilhabe.....	158
II. Grundlage und Voraussetzungen dieses Anspruchs.....	159
III. Bedeutung des Gleichbehandlungsanspruchs auf Ausschreibung.....	161
§ 2. Wesentliche Gleichheit der Unternehmen bei einer Vergabe ohne allgemeine Beteiligungsmöglichkeit	161

I.	Auftragserteilung an ein In-House-Unternehmen	161
1.	Grundsätzliche Problematik	161
2.	Erklärung über die Unanwendbarkeit der primärrechtlichen Gleichheitssätze?	163
3.	Wesentliche Ungleichheit von In-House-Unternehmen und sonstigen Unternehmen	165
a.	Keine wesentliche Unterschiedlichkeit wegen Art. 86 Abs. 1 EG?	165
b.	Wesentliche Unterschiedlichkeit vor dem Hintergrund des Vergleichsmaßstabs	166
aa.	Erstes- <i>Teckal</i> -Kriterium: Kontrolle	166
bb.	Zweites <i>Teckal</i> -Kriterium: Tätigkeit im wesentlichen für den Auftraggeber	170
cc.	Einwände gegen diese Position	172
(1)	Rechtsprechung des EuGH	172
(2)	Schärfere Anforderungen im Primär- als im Sekundärrecht?	173
(3)	Zwischenergebnis	173
dd.	Sonderproblem: Gegenwärtige und zukünftige Öffnung für privates Kapital	174
(1)	Die Position des Gerichtshofs	174
(2)	Wesentliche Gleichheit bei privater Beteiligung	175
(3)	Indirekte Bestätigung für eine strikte Auslegung des zweiten <i>Teckal</i> -Kriteriums	176
ee.	Zusammenfassung	177
II.	Dienstleistungskonzession, Unterschwellenvergabe und II-B Dienstleistungen	177
III.	Verfahrensarten ohne vorherige Bekanntmachung	178
1.	Abstellen auf Besonderheiten des Unternehmens	178
2.	Abstellen auf die besonderen Umstände der Beschaffung	180
IV.	Zusammenfassung	180
§ 3.	Rechtfertigung einer Vergabe ohne allgemeine Beteiligungsmöglichkeit trotz wesentlicher Gleichheit	181
I.	Probleme einer Rechtfertigung: Die Möglichkeit einer Effizienzeinrede	181
1.	Allgemeine Rechtsprechung und Literatur	183
2.	Übertragung auf das Vergaberecht	184
a.	Bisherige Stellungnahmen	184
b.	Marktgemäße Selbststeuerung statt allgemeiner Wirtschaftslenkung	185
c.	Ein „more economic approach“ für die Grundfreiheiten?	185
d.	Einschränkungen	189
e.	Ergebnis	191
II.	Einzelfälle	191

1. Vergabe ohne allgemeine Beteiligungsmöglichkeit aufgrund besonderer Umstände.....	191
a. Die in Art. 31 VKR vorgesehenen Rechtfertigungs- möglichkeiten.....	191
b. Die Möglichkeit einer freihändigen Vergabe nach der VOL/A.....	192
c. Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb nach VOB/A und VOL/A	194
2. Ungleichbehandlung bei II-B Dienstleistungen, Dienst- leistungskonzessionen, In-House-Vergabe.....	195
a. Keine sekundärrechtlichen Ausschreibungspflichten.....	195
b. Rechtslage in Deutschland.....	196
III. Ergebnis	196
<i>Achtes Kapitel: Chancengleichheit</i>	198
§ 1. Allgemeines	198
I. Herleitung einer Ungleichbehandlungspflicht	199
II. Umsetzung einer Ungleichbehandlungspflicht	199
§ 2. Einzelne Beeinträchtigungen der Chancengleichheit	200
I. Projektanten	200
1. Wesentlicher Unterschied zu anderen Bietern.....	200
a. Unterschiede zu anderen Bietern	200
b. Die Rechtsprechung des EuGH	202
2. Rechtfertigung einer Gleichbehandlung.....	203
3. Umsetzung einer Pflicht zur Ungleichbehandlung	203
a. Möglichkeit einer Ungleichbehandlung.....	203
b. Zeitpunkt einer Ungleichbehandlung.....	204
c. Rechtslage außerhalb des Kartellvergaberechts	205
d. Ergebnis	205
II. Beihilfempfänger.....	206
1. Wesentliche Unterschiede und Rechtfertigungsmöglichkeit..	207
a. Empfänger materiell rechtswidriger Beihilfe.....	209
b. Empfänger formell rechtswidriger Beihilfe	209
c. Rechtfertigung einer Gleichbehandlung.....	210
2. Ausschluss besonders niedriger Angebote nach Art. 55 Abs. 3 VKR	211
a. Keine rechtmäßige Gewährung der Beihilfe	211
aa. Wortlaut der Vorschrift.....	211
bb. Genese der Vorschrift.....	212
cc. Einräumung einer angemessenen Frist.....	212
dd. Sinn und Zweck des Art. 55 Abs. 3 VKR	213
(1) Schutz vor möglichen Rückzahlungsverpflichtungen?	213
(2) Chancengleichheit als Zweck	215

ee. Problem: Prüfungsmonopol der Kommission?	216
ff. Risiko einer Fehlentscheidung	217
gg. Überforderung der Vergabestelle.....	217
hh. Zwischenergebnis	218
b. Befugnis oder Pflicht zum Ausschluss?	219
3. Rechtslage außerhalb der VKR	220
III. Chancenasymmetrien ohne staatliches Zutun	221
1. Generell: Kein relevanter Chancenvorsprung bei unter- nehmerisch erarbeiteten Vorteilen	221
2. Ausnahme: Wettbewerbswidriges Verhalten.....	223
IV. Zusammenfassung	224
 <i>Neuntes Kapitel: Materielle Gleichbehandlung im Vergabeverfahren</i>	 226
§ 1. Allgemeines	226
I. Problemaufriss und Erkenntnisinteresse	226
II. Vorgehen.....	228
III. Begriffe.....	228
1. Instrumente zur Differenzierung	228
2. Beurteilte Eigenschaften der Bieter.....	229
§ 2. Politisch motivierte Vergabe	231
I. Allgemeine Problematik.....	231
1. Begriff der politisch motivierten Auftragsvergabe	231
2. Die Perspektive der gemeinschaftsrechtlichen Gleichheitssätze: Der <i>market-economy-purchaser</i>	231
a. Betriebswirtschaftlicher Rentabilitätsbegriff	232
b. Präferenzneutralität des <i>market-economy-purchaser</i> ?	234
c. Zwischenergebnis und Klarstellung.....	235
3. Anknüpfen an unterschiedliche Eigenschaften der Bieter	236
a. Gleichheitsrechtliche Restriktionen der Auftraggeber innerhalb der VKR	237
b. Gleichheitsrechtliche Restriktionen der Auftraggeber außerhalb der VKR.....	238
II. Produktbezogene Eigenschaften der Bieter als Anknüpfungspunkt.....	239
1. Produktbezogene Eigenschaften als wesentlicher Unterschied.....	239
a. Erst-Recht-Schluss	240
b. Wesentlicher Unterschied zwischen den Bietern	240
c. Produktbezogene Entscheidungskriterien bei Dienst- leistungen	241
d. Rechtsprechung des EuGH	242
2. Rechtfertigungszwang	244

3. Folgen innerhalb und außerhalb der VKR.....	244
III. Bieterbezogene Eigenschaften als Anknüpfungspunkt	245
1. Kein wesentlicher Unterschied	245
a. <i>Market-economy-purchaser</i> -Test.....	245
b. Rechtsprechung des EuGH	245
2. Rechtfertigungszwang	247
a. Keine Rechtfertigung bei Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit	247
b. Allgemeine Verhältnismäßigkeitsprüfung	248
aa. Legitimes Ziel	249
bb. Geeignetheit	249
(1) Modus der Zielverfolgung	250
(2) Tauglichkeit des Modus	251
(a) Theoretische Bedenken	251
(b) Praktische Bedenken.....	252
(c) Ergebnis	254
c. Erforderlichkeit.....	254
aa. Erforderlichkeit und andere Steuerungsinstrumente	255
bb. Absolute Grenzen der Erforderlichkeit	257
d. Angemessenheit bzw. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.....	257
aa. Vorgehen des EuGH.....	257
bb. Intensität eines Gleichheitseingriffs	257
cc. Vergaberechtliche Anwendung	259
(1) Standpunkt der Kommission	259
(2) Literatur	260
(3) Stellungnahme.....	260
(a) Grad der Geeignetheit	260
(b) Schwere des Eingriffs	261
(c) Schlussfolgerung	263
dd. Rechtsprechung des EuGH	264
3. Folgen.....	265
a. Im Anwendungsbereich der VKR.....	265
b. Außerhalb des Anwendungsbereichs der VKR	265
IV. Modaleigenschaften der Bieter als Anknüpfungspunkt.....	267
1. Kein wesentlicher Unterschied	267
a. <i>Market-economy-purchaser</i> -Test.....	267
b. Rechtsprechung des EuGH	268
c. Abgrenzung gegenüber produktbezogenen Eigenschaften	269
2. Rechtfertigungszwang	272
a. Legitimes Ziel	272
b. Geeignetheit	273
c. Erforderlichkeit	274

d. Angemessenheit bzw. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne	275
3. Folgen.....	278
a. Im Anwendungsbereich der VKR.....	278
aa. Eignungskontrolle.....	278
(1) Spielraum des Auftraggebers	278
(2) Zusätzliche Anforderungen aus Art. 2 VKR	280
bb. Zuschlagskriterien	280
(1) Was bedeutet Auftragsbezug?	281
(2) Auftragsbezug hinreichend?	282
cc. Auftragsbedingungen	284
b. Außerhalb des Anwendungsbereichs der VKR	285
V. Ergebnis	285
§ 3. Übliche Auftragsvergabe	286
I. Situation.....	286
II. Wesentliche Unterschiede	286
1. Produktbezogene Eigenschaften und Modaleigenschaften	286
2. Bieterbezogene Eigenschaften	288
3. Ergebnis.....	289
III. Rechtfertigung	290
1. Grundfreiheitliche Diskriminierungsverbote.....	290
a. Ortspräsenz als Diskriminierung?.....	290
b. Das Urteil des EuGH in der Rechtssache Insalud	291
c. Zwischenergebnis.....	292
2. Allgemeiner Gleichheitssatz und Art. 2 VKR	293
IV. Folgen	293
§ 4. Sonderproblem: Typisierungen.....	294
I. Ausgangslage	294
1. Begriff der Typisierung und Konflikt mit dem Gleichheitsrecht	294
2. Typisierung und Vergaberecht	295
3. Rechtsprechung des EuGH	296
II. Folgerungen	298
1. Projektanten.....	300
2. Empfänger formell rechtswidriger Beihilfe.....	301
3. Erfahrung.....	302
III. Ergebnis	303
§ 5. Sonderproblem: Teilnehmerwettbewerb und beschränkte Ausschreibung.....	304
I. Rechtslage innerhalb der VKR	304
1. Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung	305
2. Anzulegende Kriterien bei der Beschränkung des Teilnehmerkreises	308

3. Zwischenergebnis	310
II. Teilnahmewettbewerb und beschränkte Ausschreibung außerhalb der VKR	310
III. Ergebnis	311
<i>Zehntes Kapitel: Transparenz</i>	312
§ 1. Allgemeines	312
I. Untersuchungsgegenstand	312
II. Die Trias der Transparenz in der Rechtsprechung des EuGH ...	313
III. Vorgehen.....	313
IV. Transparenz im Spannungsfeld von mitgliedstaatlicher Verfahrensautonomie und primärrechtlichen Anforderungen ...	314
§ 2. Transparenz als Publizitätsgebot und als Gebot der Nachprüfbarkeit.....	315
I. Transparenz als Publizität	315
1. Rechtsquelle	315
a. Grundfreiheitsliche Diskriminierungsverbote als Rechtsquelle.....	315
b. Publizitätsgebot aus grundfreiheitslichen Beschränkungs- verboten?.....	317
c. Problem der positiven Verpflichtung.....	319
d. Zwischenergebnis.....	320
e. Konsequenz.....	321
2. Informationsdichte.....	322
a. Relational gebundene Publizitätspflichten: Großer Spielraum für die Verwaltung	322
b. Rechtsprechung des EuGH	323
c. Gegenposition: Absolutes Informationsniveau	325
3. Medium für die Herstellung der Transparenz.....	326
a. Initiative des Auftraggebers	326
b. Arten von Medien.....	327
c. Reichweite des Mediums.....	328
4. Weitere Vorgaben für den Ablauf des Verfahrens.....	329
5. Ergebnis.....	330
II. Transparenz als Nachprüfbarkeit.....	330
1. Nachprüfbarkeit und Gleichheitsrechte	330
2. Notwendiges behördliches Handeln zur Nachprüfung der Unparteilichkeit	332
a. Begriff der Unparteilichkeit	332
b. Notwendiges Handeln der Behörde	334
aa. Einblick in die Entscheidungskriterien und deren Anwendung ...	334
bb. Zeitpunkt zur Festlegung der Entscheidungskriterien	335

cc. Präzision der Entscheidungskriterien.....	337
dd. Medium der Festlegung.....	338
ee. Sonderproblem: Vorabinformation bei Zuschlag.....	338
3. Ergebnis.....	339
III. Zusammenfassung.....	339
Kurze Zusammenfassung, Schlussbemerkungen und Ausblick.....	341
Literaturverzeichnis.....	345
Sachverzeichnis.....	359

Abkürzungsverzeichnis

aaO	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
BAnz	Bundesanzeiger
BauR	Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht
BayBauVG	Gesetz über die Vergabe von Bauaufträgen im Freistaat Bayern
BB	Betriebs-Berater
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVFG	Bundesvertriebenengesetz
CMLRev	Common Market Law Review
DB	Der Betrieb
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
EG	Vertrag über die Europäische Gemeinschaft
ELJ	European Law Journal
ELRev	European Law Review
EU	Vertrag über die Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
EuR	Europarecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
FrauVöF	Verordnung über die bevorzugte Berücksichtigung von Unternehmen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zur Förderung von Frauen im Berufsleben
FS	Festschrift
GABl	Gemeinsames Amtsblatt
GG	Grundgesetz
GVBl	Gesetz- und Verordnungsblatt
JZ	Juristenzeitung
KommJur	Kommunaljurist
LAbfG	Landesabfallgesetz
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
LQR	Law Quarterly Review
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht

OLG	Oberlandesgericht
PPLR	Public Procurement Law Review
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
StAnz	Staatsanzeiger
StuW	Steuer und Wirtschaft
VergabeR	Zeitschrift für das gesamte Vergaberecht
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VG	Verwaltungsgericht
VK	Vergabekammer
VkBl	Amtsblatt des Bundesministeriums für Verkehr und Stadtentwicklung der Bundesrepublik Deutschland
VKR	Vergaberechtskoordinierungsrichtlinie
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
YEL	Yearbook of European Law
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZögU	Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen

Einführung

I. Problemaufriss

„Es braucht kaum betont zu werden, dass im Rahmen einer Ausschreibung, bei der verschiedene Bieter miteinander konkurrieren, die Gleichheit aller an diesem Wettbewerb teilnehmenden Unternehmen gewährleistet sein muss“, stellte *GA Tesauro* im Jahre 1992 fest¹. „Anderenfalls“, so fuhr er fort, „würde es sich nicht um die Vergabe eines öffentlichen Bauauftrags handeln, sondern eher um private Verhandlungen. Alles in allem ist Gleichbehandlung die Grundlage jeglicher Ausschreibungsregelung, da sie das Wesen einer Ausschreibung ausmacht.“

Der Europäische Gerichtshof hat diese Aussage von *GA Tesauro* aus dem Jahr 1992 offenbar sehr ernst genommen. Die Gleichheit der Bieter oder besser die Gleichbehandlung der Bewerber um einen Staatsauftrag hat seit dieser Zeit eine zentrale Rolle in seiner vergaberechtlichen Rechtsprechung gespielt. Dabei hat der Gerichtshof das Prinzip (1) der Gleichbehandlung im Fortgang seiner Judikate extensiv ausgedehnt (2) und so den Rechtsanwender vor nicht unerhebliche Schwierigkeiten gestellt (3).

1. Prinzipien und Regeln

Von Gleichbehandlung und Transparenz wird in dieser Untersuchung als *Prinzipien* der Auftragsvergabe behandelt. Dabei wird der Begriff hier aber nicht im streng rechtsmethodischen Sinne als Gegenstück zum Begriff der *Rechtsregel* verstanden². Die Methodenlehre unterscheidet das Prinzip dadurch von der Regel, dass es sich nicht in Tatbestand und Rechtsfolge gliedert und damit auch nicht der Subsumtion zugänglich ist, sondern durch Abwägung zur Anwendung gelangt³. Demgegenüber soll hier durch den Gebrauch des Wortes Prinzip keine derartige Verengung erfolgen. Vielmehr wird der Begriff im Sinne seiner lateinischen Wurzel „*principium*“ (Ursprung, Anfang) gebraucht, um die wesentliche Bedeutung, die Gleichbehandlung und Transparenz auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts haben, zu unterstreichen. Grund hierfür ist vor allem, dass es sich mittlerweile

¹ *GA Tesauro*, Rs. C-243/89, *Kommission/Dänemark*, Slg. 1993 I-3353, Rn. 18.

² Dazu *Penski*, JZ 1989, 105 (106 ff.); *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre (2001), S. 254 f.

³ Für das Vergaberecht *Burgi*, NZBau 2008, 29 (31).

im Bereich des Gemeinschaftsvergaberechts eingebürgert hat, von Prinzipien und Grundsätzen der Auftragvergabe zu sprechen⁴, obwohl es eigentlich um die Anwendung von Rechtssätzen geht. Die Begriffe „Grundsatz“, „Prinzip“ und „Gebot“ werden also im Folgenden synonym gebraucht, ohne dabei die Qualität eines Rechtssatzcharakters in Abrede zu stellen.

2. Gleichbehandlung als umfassendes Prinzip der Auftragsvergabe

Der EuGH hat im Laufe der Zeit die Wirkungsintensität von Gleichheitssätzen immer weiter ausgebaut. Die Entwicklung bewegt sich dabei auf mehreren Ebenen, die in ihrer Gesamtheit ein umfassendes Verständnis von Gleichbehandlung im gemeinschaftsrechtlichen Vergabewesen erkennen lassen. Zum einen hat der Gerichtshof sich vom Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit gelöst und sich mehr und mehr zum Prinzip der materiellen Rechtsgleichheit bekannt (a). Zum anderen hat er dem Gebot der Gleichbehandlung auch ein Gebot zur Transparenz entnommen (b). Schließlich hat das Gericht das Gleichbehandlungsrecht und das Gebot zur Transparenz im EG-Primärrecht verankert und so dafür Sorge getragen, dass diese Grundsätze ihre Steuerungskraft auch über den Bereich des Sekundärrechts hinaus entfalten können (c).

a. Vom Diskriminierungsverbot zur materiellen Rechtsgleichheit

Der Gerichtshof hat begonnen, die Staatsauftragsvergabe nicht nur daraufhin zu überprüfen, ob ein Bewerber aufgrund seiner Staatsangehörigkeit diskriminiert worden ist, sondern er hat ganz allgemein verlangt, alle Unternehmer gleich zu behandeln. Um dies zu begründen, berief sich das Gericht auf den Grundsatz der Gleichbehandlung, dessen Beachtung dem Wesen der Vergabekoordinierungsrichtlinien entspreche⁵. Bereits früh ist gemutmaßt worden, dass es sich hierbei um den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz handele⁶, der ungeschriebener Bestandteil des Primärrechts ist. Der Gerichtshof selbst hat diese Mutmaßungen mittlerweile bestätigt, indem er sich bei Erörterung von vergaberechtlichen Gleichbehandlungsproblemen auf seine Rechtsprechung zum allgemeinen Gleichheitssatz be-

⁴ Der EuGH spricht vom *Grundsatz* der Gleichbehandlung der Bieter und *Grundsatz* der Transparenz, vgl. Rs. C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, Slg. 2005 I-8612, Rn. 48. *Frenz*, Handbuch Europarecht Band 3 (2006), Rn. 1829 spricht von *Vergabegrundsätzen*; *Egger*, Europäisches Vergaberecht (2008), Rn. 832 gebraucht die Begriffe *Prinzip* und *Grundsatz* synonym, ohne sie von konkreten Rechtsregeln zu unterscheiden.

⁵ EuGH, Rs. C-513/99, *Concordia Bus Finland*, Slg. 2002 I-7213, Rn. 81; Rs. C-94/99, *ARGE Gewässerschutz*, Slg. 2000 I-11037, Rn. 25; Rs. C-87/94, *Kommission/Belgien*, Slg. 1996 I-2043, Rn. 51.

⁶ So z.B. *Neumayr*, PPLR 2002, 215 (230).

rief⁷. Von Anfang an hat sich das Gericht dabei nicht darauf beschränkt, dem Gleichbehandlungsgebot lediglich die Forderung zu entnehmen, dass die Vergaberegeln auf alle Bewerber gleichermaßen Anwendung finden müssen⁸, sondern hat verlangt, dass das Verfahren so gestaltet sein müsse, dass die Chancengleichheit der Wirtschaftsteilnehmer gewahrt bleibe⁹.

Durchaus konsequent hat der EuGH dabei parallel eine weitere Entwicklung angestoßen. Mit Berufung auf den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz, den das Gericht in ständiger Rechtsprechung mit der Formel beschreibt, dass „vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden dürfen, es sei denn, dass eine solche Behandlung objektiv gerechtfertigt wäre“¹⁰, ist der Weg geebnet, das nationale Vergabeverfahren auch auf das Gebot materieller Rechtsgleichheit hin zu überprüfen. Das bedeutet, dass dem Gleichbehandlungsgrundsatz nicht bereits dann Genüge getan ist, wenn nur für alle Bewerber dieselben Bedingungen gelten, sondern dass die verschiedenen von den nationalen Stellen angelegten Kriterien auch wesentlich gleiche Bewerber gleich und wesentlich ungleiche Bewerber ungleich behandeln müssen. Aus diesem Grund hat der EuGH bereits Entscheidungskriterien anhand des Gleichbehandlungsgrundsatzes überprüft und sogar verworfen (!), obwohl sie für alle Bewerber gleichermaßen galten¹¹. Inhaltlich hat sich der Gerichtshof also mittlerweile von einer reinen Diskriminierungskontrolle verabschiedet und begonnen, den allgemeinen Gleichheitssatz, verstanden als ein Gebot der materiellen Rechtsgleichheit, auf die nationalen Vergabeverfahren anzuwenden.

b. Das Gebot der Transparenz

Zum zweiten hat das Gericht aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung heraus begonnen, ein Recht der Bewerber auf eine transparente Auftragsvergabe zu entwickeln. Ausgangspunkt für diese Entwicklung war zunächst das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, das eine Verpflichtung zur Transparenz für den staatlichen Auftrag-

⁷ EuGH, Rs. C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, Slg. 2005 I-8612, Rn. 48; verb. Rs. C-21/03 u. 34/03, *Fabricom SA*, Slg. 2005 I-1559, Rn. 26.

⁸ Dies wird freilich auch verlangt, vgl. EuGH, Rs. C-448/01, *Wienstrom GmbH*, Slg. 2003 I-14527, Rn. 48; Rs. C-243/89, *Kommission/Dänemark*, Slg. 1993 I-3353, Rn. 37.

⁹ EuGH, Rs. C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, Rn. 48; Rs. C-448/01, *Wienstrom GmbH*, Slg. 2003 I-14527, Rn. 56; Rs. C-470/99, *Universale Bau*, Slg. 2002 I-11617, Rn. 93; Rs. C-87/94, *Kommission/Belgien*, Slg. 1996 I-2043, Rn. 54.

¹⁰ Vgl. aus neuerer Zeit EuGH, Rs. C-126/04, *Heineken*, Slg. 2005 I-331, Rn. 16; Rs. C-14/01, *Niemann*, Slg. 2003 I-2279, Rn. 49.

¹¹ EuGH, verb. Rs. C-21/03 u. 34/03, *Fabricom SA*, Slg. 2005 I-1559, Rn. 26 f.; Rs. C-448/01, *Wienstrom GmbH*, Slg. 2003 I-14527, Rn. 69; Rs. C-513/99, *Concordia Bus Finland*, Slg. 2002 I-7213, Rn. 83.

geber beinhalte¹². Mittlerweile stützt der EuGH sich bei seiner Forderung nach Transparenz aber offenbar direkt auf den allgemeinen primärrechtlichen Gleichheitssatz¹³.

Inhaltlich ordnet das Gericht dem Grundsatz der Transparenz zumindest in seiner jüngeren Rechtsprechung drei Aufgaben zu¹⁴: Zunächst soll die Behörde selbst in die Lage versetzt werden zu überprüfen, ob sie den Grundsatz der Gleichbehandlung eingehalten hat. Zum zweiten soll durch die Transparenz ein angemessener Grad von Öffentlichkeit hergestellt werden, der den Auftrag dem Wettbewerb öffnet. Schließlich soll dieser Grundsatz dafür sorgen, dass die Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung für die Bieter überprüfbar bleibt.

Auch insoweit hat also eine inhaltliche Erweiterung des Gleichbehandlungsgrundsatzes stattgefunden.

c. Vom sekundärrechtlichen zum primärrechtlichen Vergabeverfahren

Eine weitere Entwicklung der Rechtsprechung ist gekennzeichnet durch die hervorgehobene Bedeutung des gemeinschaftlichen Primärrechts für die staatliche Auftragsvergabe. So hat der Gerichtshof zunächst für die Grundfreiheiten deutlich gemacht, dass er diese nicht nur neben dem Sekundärrecht weiterhin für anwendbar halte¹⁵, sondern auch außerhalb des Sekundärrechts ihre Einhaltung überwachen werde¹⁶. Ähnlich hat sich der EuGH auch für den allgemeinen Gleichheitssatz und das daraus abgeleitete Gebot der Transparenz geäußert¹⁷.

Entscheidende Bedeutung kommt diesen Aussagen für die Bereiche zu, in denen das Sekundärrecht den Auftraggebern keine Bindungen auferlegt. Ein primärrechtlicher Mindeststandard kann folglich relevant werden bei Dienstleistungskonzessionen, die nach Art. 17 der Vergaberechtskoordinierungsrichtlinie (VKR¹⁸) von der VKR nicht erfasst werden, bei Aufträgen

¹² EuGH, Rs. C-324/98, *Telaustria und Telefonadress*, Slg. 2000 I-10745, Rn. 61; Rs. C-275/98, *Unitron Scandinavia*, Slg. 1999 I-8291, Rn. 31.

¹³ EuGH, Rs. C-410/04, *ANAV*, Slg. 2006 I-3303, Rn. 21; Rs. C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, Slg. 2005 I-8612, Rn. 49; Rs. C-470/99, *Universale Bau*, Slg. 2002 I-11617, Rn. 91.

¹⁴ EuGH, Rs. C-410/04, *ANAV*, Slg. 2006 I-3303, Rn. 21; Rs. C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, Slg. 2005 I-8612, Rn. 49.

¹⁵ EuGH, Rs. 45/87, *Kommission/Irland*, Slg. 1988, 4929, Rn. 27; Rs. C-21/88, *Du Pont de Nemours*, Slg. 1990 I-889, Rn. 9.

¹⁶ EuGH, Rs. C-231/03, *Coname*, Slg. 2005 I-7287, Rn. 16; Rs. C-264/03, *Kommission/Frankreich*, Slg. 2005 I-8831, Rn. 32; Rs. C-324/98, *Telaustria und Telefonadress*, Slg. 2000 I-10745, Rn. 60; Rs. 45/87, *Dundalk*, Slg. 1988, 4929, Rn. 12 ff.

¹⁷ EuGH, Rs. C-410/04, *ANAV*, Slg. 2006 I-3303, Rn. 18 f.; Rs. C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, Rn. 46 ff.

¹⁸ Richtlinie 2004/18/EG vom 31. März 2004, ABl. EG L 134, S. 114 ff.

deren Wert unterhalb der Schwellenwerte liegt, bei Aufträgen, für die nach Art. 21 VKR die Richtlinie nur sehr beschränkt gilt, und für so genannte In-House-Geschäfte, die nach der Rechtsprechung des EuGH vom Sekundärrecht ausgenommen sind.

3. Schwierigkeiten dieser Entwicklung

Die so vorgestellte Entwicklung der Rechtsprechung zur Gleichbehandlung, die für den sekundärrechtlichen Bereich in Art. 2 VKR eine kodifizierte Bestätigung gefunden hat, wirft für den nationalen Rechtsanwender Schwierigkeiten auf, die sich ihm nun sowohl innerhalb als auch außerhalb des Sekundärrechts stellen.

Verlässt man die ausgetretenen Pfade des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, in dem auch der nationale Rechtsanwender mittlerweile einige Übung besitzen dürfte, und bewegt sich weiter hin zu einem allgemeinen Gleichbehandlungsanspruch, der sich nicht mit einer unterschiedlosen und einheitlichen Anwendung der Vergaberegeln zufrieden gibt, sondern Gleichbehandlung im materiellen Sinne einfordert, dann bewegt man sich auf rechtlich schwierigem Terrain. Zum einen ist mit einem solchen Verständnis des Gleichheitssatzes nämlich die Herkulesaufgabe verbunden zu entscheiden, wann zwei Bewerber oder Sachverhalte so vergleichbar oder wesentlich gleich sind, dass ihre Gleichbehandlung geboten ist. Die Forderung, vergleichbare Sachverhalte gleich zu behandeln, greift die *Ulpianische* Formel des „*sum cuique tribuere*“¹⁹ und damit ein ganz grundlegendes Rechtspostulat auf²⁰. Die Vergabeentscheidung wird damit zu einer Frage des gerechten Differenzierens erhoben. Dies erscheint allerdings fast als zwingender Vorgang, wenn man berücksichtigt, dass es bei Vergabeentscheidungen um staatliche Allokationsentscheidungen geht²¹ und zwischen diesem Typ von Zuteilungsentscheidung und Gerechtigkeitsanforderungen an das Recht ein sehr enger Zusammenhang besteht²². Es geht im *aristotelischen* Sinn bei der Staatsauftragsvergabe um einen Aspekt der austeilenden Gerechtigkeit²³. Nicht zuletzt dieser Bezug zum Gerechtigkeitsproblem hat dem Gleichheitssatz den Vorwurf eingebracht, ein inhaltloses Konzept zu sein²⁴, und auch im Vergaberecht

¹⁹ *Ulpian*, Digesten, 1, 1, 10.

²⁰ Zu dieser Verbindung *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht (2005), S. 535.

²¹ Vgl. *Voßkuhle*, VVDSTiRL (62), 226 (314), der davon spricht, der Staat verteile „knappe Ressourcen in Form von Marktchancen“.

²² Vgl. zu diesem engen Zusammenhang *Gardner*, The Virtue of Justice and the Character of Law, Current Legal Problems 2000, 1 (5 ff.).

²³ Ähnlich *Voßkuhle*, Die Verwaltung 1999, 21 (30 ff.).

²⁴ *Kelsen*, Was ist Gerechtigkeit? (2005), S. 34 f.; *Westen*, Harvard Law Review (1982), 537 (543 ff., insbes. 547).