

Schriften zum Europäischen recht

Band 88

**Die Einbeziehung
politischer Zielsetzungen
bei der öffentlichen Beschaffung**

Von

Nina Meyer



Duncker & Humblot · Berlin

NINA MEYER

Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen
bei der öffentlichen Beschaffung

Schriften zum Europäischen Recht
Herausgegeben von
Siegfried Magiera und Detlef Merten

Band 88

Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung

Zur Zulässigkeit der Verwendung sogenannter
„beschaffungsfremder Kriterien“ unter besonderer
Berücksichtigung der Tariftreueerklärungen

Von

Nina Meyer



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn
hat diese Arbeit im Jahre 2001 / 2002
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

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

D 5

Alle Rechte vorbehalten
© 2002 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0937-6305
ISBN 3-428-10816-7

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2001/2002 von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn als Dissertation angenommen. Die nach Abschluß der Arbeit erschienene Literatur und Rechtsprechung konnten bis Januar 2002 berücksichtigt werden.

Großer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Jost Pietzcker für die Anregung des Themas, die Betreuung der Arbeit und die mir bei der Bearbeitung gewährte Freiheit. Auch von der Tätigkeit an seinem Lehrstuhl am Institut für Öffentliches Recht der Universität Bonn habe ich für meine Arbeit sehr profitiert. Ferner möchte ich Herrn Prof. Dr. Jost Pietzcker sowie Herrn Prof. Dr. Christian Koenig, der freundlicherweise das Zweitgutachten übernommen hat, für die rasche Begutachtung der Arbeit danken.

Dank schulde ich auch dem Graduiertenkolleg „Europäisches und internationales Wirtschaftsrecht“ der Universität Bonn, das mir ein einjähriges Promotionsstipendium gewährt hat.

Den Herausgebern der Schriftenreihe, Herrn Prof. Dr. Siegfried Magiera und Herrn Prof. Dr. Detlef Merten, danke ich für die Aufnahme meiner Arbeit in die „Schriften zum Europäischen Recht“.

Des weiteren möchte ich meinen Kollegen am Lehrstuhl meinen Dank aussprechen, die durch ihre Bereitschaft zur Diskussion Wichtiges zu der Arbeit beigetragen haben. Sehr geholfen haben mir außerdem mein Bruder, meine Mutter, Freunde und Freundinnen, die die mühevollen Aufgabe des Korrekturlesens übernommen haben und mit denen ich teilweise auch inhaltliche Fragen besprechen konnte.

Ein großer Dank geht ferner an alle diejenigen, die mir während der Promotionszeit den Rücken gestärkt haben. Ganz besonders gilt dies für meine Eltern, denen ich diese Arbeit widme. Schließlich möchte ich auch meiner Großmutter für ihre Unterstützung sehr herzlich danken.

Bonn, im Februar 2002

Nina Meyer

Inhaltsübersicht

Einleitung	37
A. Die Diskussion um die sogenannten beschaffungsfremden Kriterien	37
B. Wirtschaftliche Bedeutung öffentlicher Aufträge und Entwicklung des Ver- gaberechts	45
C. Abgrenzung des Untersuchungsgegenstandes und Gang der Untersuchung ..	55

1. Teil

Begriff und Arten der sogenannten beschaffungsfremden Kriterien 60

1. Kapitel: Der Begriff „beschaffungsfremde Kriterien“	60
A. Die Problematik des Begriffs	60
I. Herkunft des Begriffs	60
II. Doppelte Unklarheit des Begriffs	62
III. Ergebnis	66
B. Das Sachproblem: Die Entscheidungskriterien bei der öffentlichen Beschaf- fung	67
I. Unterscheidung „neutrale“ versus „politisierte“ Beschaffung	67
II. Die Unterscheidung in der Phase der Bedarfsdefinition	69
III. Die Unterscheidung in der Phase der Bedarfsdeckung	75
IV. Ergebnis: Notwendige Differenzierungen und Relativierungen	79
2. Kapitel: Die Arten der sogenannten beschaffungsfremden Kriterien ...	82
A. Politikbereiche	82
I. Rechtliche Bedeutung der Unterscheidung nach Politikbereichen	82
II. Die einzelnen Politikbereiche	84
B. Rechtliche Gestalt	95
I. Anknüpfungspunkte	95
II. Rechtsgrundlage	109
III. Schwellenwertgrenze	112

2. Teil

Die rechtliche Zulässigkeit der Verwendung sogenannter beschaffungsfremder Kriterien 115

1. Kapitel: Generelle Unzulässigkeit „beschaffungsfremder“ Kriterien?	115
A. Befürworter einer generellen Unzulässigkeit	115
B. Untersuchung der rechtlichen Grundlage dieser Ansichten	117
I. EG-Primärrecht	117
II. Verfassungsrecht	120
2. Kapitel: Europarechtliche Bindungen und völkerrechtliche Verträge der Gemeinschaften	123
A. Bindungen des EG-Primärrechts	124
I. Überblick über die in Betracht kommenden Vorschriften	124
II. Wettbewerbsregeln für Unternehmen	126
III. Beihilfavorschriften	146
IV. Grundfreiheiten	175
B. Bindungen der EG-Vergaberichtlinien	225
I. Anwendungsbereich und Gehalt der EG-Vergaberichtlinien	225
II. Bedeutung der EG-Vergaberichtlinien für die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung	231
C. Völkerrechtliche Verträge	284
I. EWR-Abkommen, Europa-Abkommen und bilaterale Beschaffungsabkommen	284
II. Agreement on Government Procurement (GPA)	286
III. Exkurs: UNCITRAL-Modellgesetz	291
IV. Bedeutung der Internationalisierung für die Einbeziehung politischer Zielsetzungen	291
3. Kapitel: Bindungen des nationalen Rechts	293
A. Der Standort des öffentlichen Auftragswesens zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht	293
I. Konzeptionen grundrechtlich nicht oder nur mittelbar gebundenen privatrechtlichen Handelns	294
II. Konzeptionen grundrechtlich gebundenen privatrechtlichen Handelns	295
III. Öffentlich-rechtliche Konzeptionen	296
IV. Stellungnahme	298
B. Bindungen des Verfassungsrechts	300
I. Freiheitsgrundrechte	301
II. Gleichheitsgrundrechte	338
III. Koppelungsverbot	368
IV. Vorbehalt des Gesetzes	376

V. Vorrang des Gesetzes	402
VI. Gesetzgebungskompetenz	409
VII. Verwaltungskompetenz	441
C. Bindungen des einfachen Rechts	446
I. Haushaltsrecht	446
II. Vergaberecht	450
III. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen	498
IV. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb	532
V. Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen	538
VI. Bürgerliches Gesetzbuch	546
Zusammenfassung der Ergebnisse und rechtspolitische Bewertung	547
A. Zusammenfassung der Ergebnisse	547
B. Rechtspolitische Bewertung	555
Literaturverzeichnis	558
Sachwortverzeichnis	582

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	37
A. Die Diskussion um die sogenannten beschaffungsfremden Kriterien	37
I. Beispielfälle	37
II. Die Diskussion im Zuge der Beratung des Vergaberechtsänderungsge- setzes	42
B. Wirtschaftliche Bedeutung öffentlicher Aufträge und Entwicklung des Ver- gaberechts	45
I. Wirtschaftliche Bedeutung öffentlicher Aufträge	46
II. Europäische und internationale Harmonisierung des Vergaberechts	47
III. Umsetzung der EG-Richtlinien in Deutschland	49
IV. Folgen für die sogenannten beschaffungsfremden Kriterien	55
C. Abgrenzung des Untersuchungsgegenstandes und Gang der Untersuchung ..	55
I. Begriffsklärungen	55
II. Ziel der Arbeit und Gang der Untersuchung	58

1. Teil

Begriff und Arten der sogenannten beschaffungsfremden Kriterien 60

1. Kapitel

Der Begriff „beschaffungsfremde Kriterien“ 60

A. Die Problematik des Begriffs	60
I. Herkunft des Begriffs	60
II. Doppelte Unklarheit des Begriffs	62
1. Beschriebener Tatbestand	62
2. Rechtsfolge der Klassifizierung	65
III. Ergebnis	66
B. Das Sachproblem: Die Entscheidungskriterien bei der öffentlichen Beschaf- fung	67
I. Unterscheidung „neutrale“ versus „politisierte“ Beschaffung	67
II. Die Unterscheidung in der Phase der Bedarfsdefinition	69
1. Relativität jedes „Bedarfs“	69
2. Politische Implikation jeder öffentlichen Beschaffung	69

3. Verfolgung zusätzlicher Zielsetzungen durch die Beschaffung als solche	71
4. Einbeziehung von Gesichtspunkten des Umweltschutzes und des fairen Handels	72
5. Zusammenfassung und rechtliche Folgerungen	74
III. Die Unterscheidung in der Phase der Bedarfsdeckung	75
1. Ansatzpunkte der Einbeziehung politischer Zielsetzungen	75
2. Zusammenfassung und rechtliche Folgerungen	77
IV. Ergebnis: Notwendige Differenzierungen und Relativierungen	79
1. Differenzierungen	79
a) Bedarfsdefinitions- und Bedarfsdeckungsphase	79
b) Bloße Einbeziehung und Instrumentalisierung im eigentlichen Sinne	80
2. Relativierungen	81

2. Kapitel

Die Arten der sogenannten beschaffungsfremden Kriterien	82
A. Politikbereiche	82
I. Rechtliche Bedeutung der Unterscheidung nach Politikbereichen	82
II. Die einzelnen Politikbereiche	84
1. Wirtschaftspolitik	84
2. Sozialpolitik und Fiskalpolitik	88
3. Bekämpfung illegalen Verhaltens	90
4. Umweltpolitik, fairer Handel und Außenpolitik	92
5. Ausschluß von Unternehmen mit „mißliebigen“ Anschauungen ...	94
B. Rechtliche Gestalt	95
I. Anknüpfungspunkte	95
1. Ansatzpunkt im Verfahren	95
a) Die einzelnen Ansatzpunkte	96
aa) Bedarfsdefinition	96
bb) Leistungsbeschreibung	96
cc) Vertragsbedingungen	96
dd) Teilung von Aufträgen in Lose	97
ee) Wahl der Verfahrensart	98
ff) Eignungsprüfung und Zuschlagserteilung	99
b) Abgrenzung zwischen Bedarfsdefinition, Leistungsbeschreibung und Vertragsbedingungen	101
aa) Bedarfsdefinition und Leistungsbeschreibung	101
bb) Leistungsbeschreibung und Vertragsbedingungen	101
c) Folgerungen	104
2. Spezifischer Anknüpfungspunkt: Leistung oder Eigenschaften resp. Verhaltensweisen des Unternehmens	106

3. Gesetzesaufgreifende und gesetzserweiternde Anforderungen	107
II. Rechtsgrundlage	109
1. Rechtsform	110
2. Normgeber und Geltungsbereich	111
3. Einbeziehung politischer Zielsetzungen ohne besondere Rechts- grundlage	112
III. Schwellenwertgrenze	112

2. Teil

**Die rechtliche Zulässigkeit der Verwendung sogenannter
beschaffungsfremder Kriterien** 115

1. Kapitel

Generelle Unzulässigkeit „beschaffungsfremder“ Kriterien? 115

A. Befürworter einer generellen Unzulässigkeit	115
B. Untersuchung der rechtlichen Grundlage dieser Ansichten	117
I. EG-Primärrecht	117
II. Verfassungsrecht	120

2. Kapitel

**Europarechtliche Bindungen und völkerrechtliche Verträge
der Gemeinschaften** 123

A. Bindungen des EG-Primärrechts	124
I. Überblick über die in Betracht kommenden Vorschriften	124
II. Wettbewerbsregeln für Unternehmen	126
1. Unternehmen	127
a) Der Begriff „Unternehmen“ i. S. d. Wettbewerbsregeln	127
b) Öffentliche Auftraggeber als „Unternehmen“ i. S. d. Wettbe- werbsregeln?	130
aa) Gebietskörperschaften	130
(1) Erfordernis einer zumindest organisatorischen Verselb- ständigung?	130
(2) Erfassung der Nachfrage für nichtwirtschaftliche Tätig- keiten?	132
bb) Sonstige öffentliche Auftraggeber	135
c) Ergebnis	137
2. Beherrschende Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf ein- nem wesentlichen Teil desselben	137
a) Relevanter Markt	138
b) Beherrschende Stellung	138

aa)	Keine pauschal anzunehmende Marktbeherrschung öffentlicher Auftraggeber	138
bb)	Marktbeherrschende Stellung mehrerer öffentlicher Auftraggeber gemeinsam	139
c)	Auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben	140
d)	Mögliche Fälle einer Marktbeherrschung öffentlicher Auftraggeber	141
3.	Mißbrauch	142
a)	Grundsätze zur Auslegung, insbs. zur Berücksichtigung öffentlicher Interessen	142
b)	Einzelbewertung	143
4.	Eignung zur Handelsbeeinträchtigung	145
5.	Bedeutung des Art. 86 I (90 I a.F.) EGV im vorliegenden Zusammenhang	145
6.	Ergebnis	146
III.	Beihilfavorschriften	146
1.	Das Problem	146
2.	Verhältnis der Beihilfavorschriften zu den Grundfreiheiten, insbs. zur Warenverkehrsfreiheit	148
a)	Rechtsprechung des EuGH	148
aa)	Das Urteil im Fall <i>Du Pont</i>	148
bb)	Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH	150
(1)	Das Urteil im Fall <i>Iannelli</i>	150
(2)	Abkehr vom Urteil <i>Iannelli</i>	151
b)	Bewertung	154
aa)	Beihilfen als Spezialfall handelsbeeinträchtigender Maßnahmen	154
bb)	Unterschiede zwischen den Art. 87 ff. und Art. 28 ff. EGV	156
cc)	Ausnahmsweise Prüfung einzelner Bestandteile am Maßstab der Grundfreiheiten?	158
3.	Bevorzugungen im öffentlichen Auftragswesen als Beihilfe	159
a)	Vorteilsgewährung	159
aa)	Beihilfe als Gewährung eines Vorteils ohne adäquate Gegenleistung	159
bb)	Qualifikation von Bevorzugungsregelungen als Vorteilsgewährung i. d. S.	161
cc)	Qualifikation von Tariftreuerregelungen als Vorteilsgewährung i. d. S.?	164
b)	Staatliches Finanzopfer	165
c)	Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige	167
d)	Zurechenbarkeit an den Staat	169

4. Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt	170
a) Wettbewerbsverfälschung	170
b) Handelsbeeinträchtigung	170
c) Ausnahmen nach Art. 87 II, III (92 II, III a.F.) EGV	171
5. Anmeldepflicht	172
6. Ergebnis	174
IV. Grundfreiheiten	175
1. Anwendungsbereich und Gehalt der Grundfreiheiten	176
a) Einschlägige Vorschriften	176
aa) Allgemeines Diskriminierungsverbot des Art. 12 I (6 I a.F.) EGV?	176
bb) Grundfreiheiten	177
b) Anwendungsvoraussetzungen der Grundfreiheiten	179
aa) Öffentliche Auftraggeber als Adressaten der Grundfreiheiten	179
bb) Vergabe öffentlicher Aufträge als den Grundfreiheiten unterliegendes Handeln	179
cc) Grenzüberschreitender Bezug	181
c) Gehalt der Grundfreiheiten	183
aa) Gewährleistungen (Tatbestandliche Reichweite)	183
(1) Diskriminierungsverbot	183
(2) Beschränkungsverbot	184
(3) Einschränkungen der tatbestandlichen Reichweite	185
(4) Einschränkungen der tatbestandlichen Reichweite im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens	186
α) Beschaffungsregelungen als „Verkaufsmodalitäten“ im Sinne der <i>Keck</i> -Rechtsprechung?	186
β) Berücksichtigung der „Beschaffungsautonomie“	188
bb) Schranken	191
(1) Geschriebene Schranken	191
(2) Ungeschriebene Schranken	191
cc) Wirkungen der Grundfreiheiten	191
2. Bedeutung der Grundfreiheiten für die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung	192
a) Keine spezifische Bedeutung für gesetzesaufgreifende Kriterien	192
b) Bedeutung des Verbotes offener Diskriminierungen	193
c) Versteckte Diskriminierungen und sonstige Beschränkungen bei der Leistungsbeschreibung	194
aa) Grundsätzliche Freiheit der Auftraggeber	194
bb) Einschränkungen aus Sekundärrecht	195
cc) Rechtfertigungsgründe	197
d) Versteckte Diskriminierungen und sonstige Beschränkungen bei der Auswahl der Unternehmen	198
aa) Strukturpolitik, insbesondere Regionalförderung	198

(1) Rechtsprechung des EuGH	198
(2) Strukturpolitische Regelungen in der Bundesrepublik ..	199
bb) Sozialpolitik	201
e) Versteckte Diskriminierungen und sonstige Beschränkungen bei der Auferlegung von Vertragsbedingungen	205
f) Insbesondere: Die Tariftreueerklärungen	206
aa) Einschlägige Grundfreiheit	206
(1) Dienstleistungsfreiheit	207
(2) Arbeitnehmerfreizügigkeit?	207
(3) Folgen, die sich bei Anwendung der Arbeitnehmerfrei- zügigkeit ergeben würden	209
bb) Mindestlohnvorschriften und Dienstleistungsfreiheit	211
cc) Tariftreueerklärungen und Dienstleistungsfreiheit	215
(1) Gesetzesaufgreifende Tariftreueerklärungen	215
α) Vereinbarkeit der Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie mit dem EG-Vertrag	216
β) Verfassungsmäßigkeit des Arbeitnehmer-Entsende- gesetzes	217
γ) Vereinbarkeit der gesetzesaufgreifenden Tariftreueer- klärungen mit der Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie ..	218
(2) Gesetzeserweiternde Tariftreueerklärungen	218
α) Vereinbarkeit mit der Dienstleistungsfreiheit	218
β) Vereinbarkeit mit der Arbeitnehmer-Entsendericht- linie	220
3. Folge: Dilemma der Mitgliedstaaten	221
a) Begrenzung auf Sachverhalte ohne grenzüberschreitenden Be- zug	221
b) Anwendung auch auf grenzüberschreitende Sachverhalte unter Beachtung der Grundfreiheiten	222
B. Bindungen der EG-Vergaberichtlinien	225
I. Anwendungsbereich und Gehalt der EG-Vergaberichtlinien	225
1. Die vier Koordinierungsrichtlinien der EG und ihr persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich	225
2. Überblick über die Regelungen der Richtlinien	227
a) Bau- und Lieferkoordinierungsrichtlinie	227
b) Besonderheiten der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie	228
c) Besonderheiten der Sektorenkoordinierungsrichtlinie	228
3. Verhältnis zu den Grundfreiheiten	229
4. Bedeutung von Richtlinien für das nationale Recht	230
II. Bedeutung der EG-Vergaberichtlinien für die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung	231
1. Regelungsbereich der Richtlinien	232
a) Erste Position: Einbeziehung politischer Zielsetzungen außer- halb des Regelungsbereichs	233

aa)	Für diese Deutung angeführte Urteile – <i>Beentjes, Schulgebäude</i> – und Argumente	233
bb)	Nicht mit dieser Deutung vereinbare Urteile	236
b)	Zweite Position: Einbeziehung politischer Zielsetzungen teilweise innerhalb des Regelungsbereichs	237
c)	Dritte Position: Einbeziehung politischer Zielsetzungen von den Richtlinien grundsätzlich verboten	240
d)	Ergebnis	243
2.	Die Begrenzungen der Richtlinien für die Einbeziehung politischer Zielsetzungen im einzelnen	245
a)	Leistungsbeschreibung	245
aa)	Bezugnahme auf Normen bei der Festlegung der technischen Spezifikationen	245
(1)	Begriff der technischen Spezifikationen	245
(2)	Zu verwendende Spezifikationen	247
bb)	Verbot der Erwähnung von Erzeugnissen einer bestimmten Produktion etc.	249
cc)	Ergebnis	251
b)	Vergabe nach Losen	252
c)	Wahl der Verfahrensart und Vorfeld der Auswahl der zur Teilnahme an einem nicht offenen oder Verhandlungsverfahren aufzufordernden Unternehmen	252
aa)	Wahl der Verfahrensart	253
bb)	Vorfeld der Auswahl der zur Teilnahme an einem nicht offenen oder Verhandlungsverfahren aufzufordernden Unternehmen	253
d)	Auswahl der zur Teilnahme an einem nicht offenen oder Verhandlungsverfahren aufzufordernden Unternehmen	255
aa)	Bau-, Liefer- und Dienstleistungskordinierungsrichtlinie ..	255
bb)	Sektorenkordinierungsrichtlinie	257
e)	Zulassung der Unternehmen zur Wertung der Angebote im offenen Verfahren	258
aa)	Bau-, Liefer- und Dienstleistungskordinierungsrichtlinie ..	258
(1)	Abschließender Charakter der Bestimmungen?	259
(2)	Berücksichtigung politischer Zielsetzungen i.R. der Bestimmungen	261
bb)	Sektorenkordinierungsrichtlinie	262
f)	Zuschlagserteilung	262
aa)	Zuschlagskriterien	263
(1)	Niedrigster Preis oder wirtschaftlich günstigstes Angebot	263
(2)	Ausnahmen	265
α)	Stand-still-Ausnahme bei Bevorzugungen	265
β)	Ausgelaufene Ausnahme für strukturpolitisch begründete Bestimmungen	266

γ) Außenhandelspolitisch begründete Ausnahme	267
δ) Ausnahmen in früheren Fassungen der Richtlinien ..	267
bb) Berücksichtigung politischer Zielsetzungen i.R. des Kriteriums des wirtschaftlich günstigsten Angebots?	268
cc) Ungewöhnlich niedrige Angebote	271
g) Vertragsbedingungen	272
aa) Bau-, Liefer- und Dienstleistungskordinierungsrichtlinie ..	273
(1) Aufstellung von Vertragsbedingungen	273
(2) Ausschluß wegen fehlender Eignung zur Erfüllung	274
(3) Ausschluß wegen vergangener Verstöße	277
bb) Sektorenkordinierungsrichtlinie	278
h) Insbesondere: Die Tariftreueerklärungen	278
aa) Ausschlußgrund der fehlenden Angabe zu Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen	278
bb) Voraussetzungen für den Ausschluß	279
cc) Abschließender Charakter der Vorschrift?	281
3. Ergebnis	282
a) Bau-, Liefer- und Dienstleistungskordinierungsrichtlinie	282
b) Besonderheiten der Sektorenkordinierungsrichtlinie	282
c) Bewertung	283
C. Völkerrechtliche Verträge	284
I. EWR-Abkommen, Europa-Abkommen und bilaterale Beschaffungsabkommen	284
II. Agreement on Government Procurement (GPA)	286
III. Exkurs: UNCITRAL-Modellgesetz	291
IV. Bedeutung der Internationalisierung für die Einbeziehung politischer Zielsetzungen	291

3. Kapitel

Bindungen des nationalen Rechts	293
A. Der Standort des öffentlichen Auftragswesens zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht	293
I. Konzeptionen grundrechtlich nicht oder nur mittelbar gebundenen privatrechtlichen Handelns	294
II. Konzeptionen grundrechtlich gebundenen privatrechtlichen Handelns ..	295
III. Öffentlich-rechtliche Konzeptionen	296
IV. Stellungnahme	298
B. Bindungen des Verfassungsrechts	300
I. Freiheitsgrundrechte	301
1. Grundrechte konkurrierender Unternehmen	301

a)	Schutz der Möglichkeit zur Teilhabe an öffentlichen Aufträgen durch die Berufsfreiheit?	302
aa)	Ansicht Hubers: Anspruch auf Möglichkeit zur Teilhabe an öffentlichen Aufträgen	303
bb)	Judikatur des BVerfG und des BVerwG	305
cc)	Untersuchung der Hubers Ansicht zugrundeliegenden Prämissen	306
b)	Situation bei Nachfragemonopol oder marktbeherrschender Stellung als Nachfrager	308
c)	Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei der Auftragsperre	311
d)	Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit durch Subventionselemente?	314
e)	Ergebnis	317
2.	Grundrechte der Auftragnehmer	317
a)	Verhaltensbezogene Bevorzugungs- und Ausschlußregelungen ..	317
b)	Vertragsbedingungen	318
aa)	Problemstellung	318
bb)	Die „privatrechtliche Lösung“ Osterlohs	320
cc)	Grundrechtsverzicht?	321
(1)	Vergleich mit der Situation bei öffentlich-rechtlichen Verträgen	321
(2)	Vergleich mit der Situation bei Verhaltenspflichten für Subventionsempfänger	323
(3)	Leitlinien zur Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes	326
c)	Ergebnis	329
3.	Sonderfall: Tarifreueklärungen	329
a)	Koalitionsfreiheit	329
aa)	Gehalt der negativen Koalitionsfreiheit	330
bb)	Gesetzeserweiternde Tarifreueklärungen	333
cc)	Gesetzesaufgreifende Tarifreueklärungen	335
b)	Demokratieprinzip	336
c)	Berufsfreiheit	337
d)	Ergebnis	338
II.	Gleichheitsgrundrechte	338
1.	Art. 3 III S. 1 GG	338
a)	Frauenförderung	339
b)	Bevorzugung von Spätaussiedlern	341
c)	Bevorzugung von Ortsansässigen	343
d)	Bekämpfung verfassungsfeindlicher Bestrebungen	344
e)	Schutzerklärungen gegen Scientology	344
f)	Ergebnis	347

2. Art. 3 I GG	347
a) Ungleichbehandlungen innerhalb des Bereichs öffentlicher Auftragsvergabe	347
aa) Generelle Zulässigkeit „beschaffungsfremder“ Kriterien nach Art. 3 I GG	347
bb) Eignungs- und Zuschlagskriterien	348
(1) Prüfungsmaßstab	348
(2) Bevorzugungsregelungen	351
(3) Ausschlußregelungen	353
(4) Maßstab bei Verwaltungsvorschriften	354
cc) Bedarfsdefinition und Leistungsbeschreibung	354
(1) Art. 3 I GG als objektives Recht	354
(2) Art. 3 I GG als subjektives Recht	357
dd) Vertragsbedingungen	359
(1) Vertragsbedingungen im allgemeinen	359
(2) Insbesondere: Gesetzeserweiternde Tariftreueerklärungen	360
ee) Verfahrensart	362
ff) Ergebnis	363
b) Ungleichbehandlungen im Verhältnis zum Bereich außerhalb öffentlicher Auftragsvergabe	363
aa) Subventionselemente	363
bb) Sanktionierung bestehender Rechtspflichten	364
cc) Statuierung zusätzlicher Anforderungen	365
dd) Ergebnis	367
III. Koppelungsverbot	368
1. Rechtsprechung und Literatur zum Koppelungsverbot	368
2. Ausgrenzung der anderen Grundsätzen bzw. Normen zuzurechnenden Aspekte	370
3. Verbleibende Bedeutung des Koppelungsverbotes für die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung ...	371
a) Prüfungsmaßstab	371
b) Gesetzesaufgreifende Anforderungen	373
c) Gesetzeserweiternde Anforderungen	375
4. Ergebnis	376
IV. Vorbehalt des Gesetzes	376
1. Allgemeiner Gesetzesvorbehalt	377
a) Rechtslage unterhalb der Schwellenwerte	377
aa) Reichweite des allgemeinen Gesetzesvorbehalts	378
bb) Bedeutung für die öffentliche Beschaffung	380
(1) Gesetzesvorbehalt aus Art. 3 I GG?	381
α) Gesetzesvorbehalt bei Abweichung von „neutralen“ Kriterien?	382

β) Gesetzesvorbehalt aufgrund der Grundrechte als Verfahrensgarantien?	383
(2) Gesetzesvorbehalt aus Art. 3 III S. 1 GG	384
(3) Gesetzesvorbehalt aufgrund Wesentlichkeit außerhalb von Grundrechtseingriffen	385
α) Leistung oder Lenkung durch öffentliche Aufträge? ..	385
β) Faktische Bedeutung öffentlicher Aufträge für interessierte Unternehmen und für die öffentlichen Haushalte	386
γ) Vergleich mit dem Gesetzesvorbehalt bei Subventionen?	387
δ) Zwischenergebnis	388
ε) Praktische Hindernisse?	388
ζ) Ersatz durch Verdingungsordnungen und Selbstbindung der Verwaltung?	389
η) Ergebnis	390
cc) Reichweite des Gesetzesvorbehalts für die öffentliche Beschaffung im einzelnen	390
(1) Bedarfsdefinition und Leistungsbeschreibung	391
(2) Frage der Teilung in Lose	392
(3) Wahl der Verfahrensart	392
(4) Eignungs- und Zuschlagskriterien	393
(5) Vertragsbedingungen	394
dd) Ergebnis	396
b) Rechtslage oberhalb der Schwellenwerte	396
2. Institutionell-organisatorischer Gesetzesvorbehalt bei Verpflichtung der Gemeinden	398
a) Verpflichtung der Gemeinden auf das Vergaberecht	398
b) Gesetzesvorbehalt bei Verpflichtung auf die Einbeziehung politischer Zielsetzungen	400
V. Vorrang des Gesetzes	402
1. Gesetzesaufgreifende Anforderungen	402
2. Gesetzeserweiternde Anforderungen	405
a) Gesetzeserweiternde Anforderungen im allgemeinen	405
b) Insbesondere: Gesetzeserweiternde Tariftreueerklärungen	407
3. Ergebnis	409
VI. Gesetzgebungskompetenz	409
1. Das Problem	409
2. Beschaffungsgesetzgebungskompetenz	410
a) Art. 74 I Nr. 1 GG: Bürgerliches Recht	411
b) Art. 74 I Nr. 16 GG: Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung	411
c) Art. 74 I Nr. 11 GG: Recht der Wirtschaft	412
aa) Bedeutung des Klammerzusatzes der Nr. 11	412

bb)	Ansatzpunkt für die Zuordnung	413
cc)	Qualifikation der öffentlichen Auftragsvergabe als wirtschaftliche Tätigkeit?	413
dd)	Kein Sonderrecht für die öffentliche Hand	415
ee)	Ergebnis	415
d)	Art. 84 I, 85 I GG: Regelung des Verwaltungsverfahrens	416
e)	Kompetenz zur Regelung des Haushaltsrechts	417
aa)	Art. 109 III GG: Grundsätze für das Haushaltsrecht	417
bb)	Ungeschriebene Kompetenzen	417
f)	Ergebnis	418
3.	Kompetenz zur Regelung der Einbeziehung politischer Zielsetzungen	419
a)	Primär maßgebliche Kompetenz: Beschaffungsgesetzgebungskompetenz	419
aa)	Auffassung des BGH: Maßgeblichkeit der Sachgesetzgebungskompetenz	419
bb)	Zuordnung nach der historischen Zugehörigkeit	421
cc)	Zuordnung nach der wesensmäßigen Zugehörigkeit	421
b)	Zusätzliches Erfordernis der Sachgesetzgebungskompetenz? ...	423
aa)	Argumente gegen zusätzliches Erfordernis der Sachgesetzgebungskompetenz	424
bb)	Argumente für zusätzliches Erfordernis der Sachgesetzgebungskompetenz	425
cc)	Vorliegen einer „Sachregelung im Gewand einer Beschaffungsregelung“?	426
dd)	Vermeidung von Konflikten zwischen Sachregelungen und Beschaffungsregelungen	427
c)	Ergebnis	428
4.	Verhältnis von Gesetzen zur Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung zu den allgemeinen privatrechtlichen Gesetzen	429
a)	Das Problem	429
b)	Anwendbarkeit und Kompetenzgemäßheit der jeweiligen Regelungen	431
aa)	§ 1 I 2 VgG Bln	431
bb)	§§ 20 und 14 GWB	431
cc)	Ergebnis: Vorliegen einer Doppelkompetenz?	432
c)	Lösung etwaiger Konflikte	434
aa)	Das Problem	434
bb)	Lösung bei § 14 GWB: Kompetenzausübungsschranken ..	435
cc)	Lösung bei § 20 I GWB: Einbeziehung in die Auslegung der Norm	436
d)	Bedeutung des § 97 IV Hs. 2 GWB in diesem Konfliktfeld ...	438
e)	Ergebnis	440

VII. Verwaltungskompetenz	441
1. Beschaffungskompetenz im allgemeinen	442
2. Kompetenz zur Einbeziehung politischer Zielsetzungen im besonderen	443
3. Behördenzuständigkeit	445
C. Bindungen des einfachen Rechts	446
I. Haushaltsrecht	446
1. Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit	447
2. Grundsätze der Haushaltsklarheit und der Spezialität	449
II. Vergaberecht	450
1. Oberhalb der Schwellenwerte: GWB-Vergaberecht	451
a) § 97 IV Hs. 2 GWB: „andere oder weitergehende Anforderungen [...] an Auftragnehmer“	452
aa) Tatbestand	452
(1) Anforderungen an die Leistung?	452
(2) Teilung von Aufträgen in Lose?	453
(3) Wahl der Verfahrensart?	454
(4) Zuschlagserteilung?	454
(5) Verbleibender Anwendungsbereich	456
α) Vertragsbedingungen	456
β) Bevorzugungen bei der Aufforderung zur Angebotsabgabe bzw. zu Verhandlungen	458
γ) Zusätzliche Ausschlußgründe	458
(6) Abgrenzung der Anforderungen nach § 97 IV Hs. 2 von § 97 IV Hs. 1 GWB	459
α) Begriff der „anderen oder weitergehenden“ Anforderungen i. S. d. Hs. 2	459
β) Abgrenzung zur Zuverlässigkeit i. S. d. Hs. 1	460
bb) Rechtsfolge	464
(1) Anforderungen des Gesetzesvorbehalts	464
α) Begriff des Gesetzes i. S. d. § 97 IV Hs. 2 GWB ..	464
β) Reichweite des Parlamentsvorbehalts	466
(2) Bedeutung des Gesetzesvorbehalts	468
α) Erfordernis eines Gesetzes	468
β) Zulassung anderer oder weitergehender Anforderungen	469
cc) Ergebnis	470
b) Weitere Vorschriften der §§ 97 ff. GWB	471
aa) § 97 III GWB: Berücksichtigung mittelständischer Interessen	471
(1) Reichweite des Berücksichtigungsauftrags	471
(2) Verhältnis zu § 97 V GWB	472
(3) Verhältnis zu § 97 IV Hs. 2 GWB	473

(4) Verhältnis zu § 97 II GWB	474
bb) § 97 V GWB: Zuschlagserteilung auf das wirtschaftlichste Angebot	474
cc) § 97 II GWB: Gleichbehandlungsgebot	475
dd) § 97 I GWB: Wettbewerbsprinzip und Transparenzgebot ...	478
(1) Wettbewerbsprinzip	478
(2) Transparenzgebot	479
ee) § 101 GWB: Verfahrensarten	480
ff) Ergebnis	480
c) Vereinbarkeit der einzelnen Ansatzpunkte für die Einbeziehung politischer Zielsetzungen mit dem GWB-Vergaberecht	481
aa) Überblick über Aufbau und Anwendungsbereich der Verdingungsordnungen	482
bb) Untersuchung der einzelnen Ansatzpunkte für die Einbeziehung politischer Zielsetzungen	483
(1) Leistungsbeschreibung	483
(2) Teilung von Aufträgen in Lose	485
(3) Wahl der Verfahrensart	487
(4) Bevorzugungen bei der Aufforderung zur Angebotsabgabe bzw. zu Verhandlungen	487
(5) Ausschlußgründe	488
(6) Zuschlagserteilung	488
(7) Vertragsbedingungen	489
2. Unterhalb der Schwellenwerte: Verdingungsordnungen als Verwaltungsvorschriften	491
a) Überblick über den rechtlichen Rahmen	491
b) Gesetzlicher Vorrang der öffentlichen Ausschreibung	493
c) Die Bestimmungen der Verdingungsordnungen	494
3. Ergebnis	497
III. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen	498
1. Anwendbarkeit des GWB auf die öffentliche Beschaffung	499
a) Vierter Teil des GWB (§§ 97 ff. GWB) als abschließende Sonderregelung?	499
b) Herrschende Auffassung: Öffentliche Auftragsvergabe als unternehmerische Tätigkeit	500
c) Untersuchung der Einordnung als unternehmerische Tätigkeit ..	503
aa) Erfordernis einer zumindest organisatorischen Verselbständigung?	504
bb) Kartellrechtliche Verfügungen und Bußgeldbescheide gegen andere Behörden?	504
cc) Erfassung der Nachfrage für nichtwirtschaftliche Tätigkeiten?	505
dd) Ergebnis	507
2. Diskriminierungs- und Behinderungsverbot, § 20 I GWB	508

a) Normadressaten	508
aa) Marktbeherrschende Unternehmen	508
bb) Marktstarke Unternehmen	511
b) Gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglicher Geschäftsverkehr	512
c) Unbillige Behinderung oder unterschiedliche Behandlung ohne sachlich gerechtfertigten Grund	512
aa) Behinderung oder unterschiedliche Behandlung	513
bb) Unbilligkeit bzw. Fehlen eines sachlich gerechtfertigten Grundes	514
(1) Grundsätze	514
α) Interessenabwägung, insbesondere Berücksichtigung öffentlicher Interessen	515
β) Bedeutung der Verdingungsordnungen im Rahmen der Vorschrift	519
(2) Einzelne Fälle der Einbeziehung politischer Zielsetzungen	521
α) Bevorzugungsregelungen	521
β) Ausschlußregelungen	522
γ) Wahl der Verfahrensart und Bevorzugungen bei der Aufforderung zur Angebotsabgabe	524
δ) Vertragsbedingungen	524
cc) Insbesondere: Die Tariftreueerklärungen	525
(1) Gesetzesaufgreifende Tariftreueerklärungen	525
(2) Gesetzeserweiternde Tariftreueerklärungen	525
α) Behinderung oder unterschiedliche Behandlung	525
β) Unbilligkeit der Behinderung	526
3. Weitere relevante Vorschriften des GWB	529
a) Mißbrauchsverbot, § 19 I, IV GWB	529
b) Preis- und Konditionenbindungsverbot, § 14 GWB	530
c) Sonstige	531
IV. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb	532
1. Anwendbarkeit des UWG auf die öffentliche Beschaffung	532
2. Handeln im geschäftlichen Verkehr	533
3. Handeln zu Zwecken des Wettbewerbes	534
4. Verstoß gegen die guten Sitten	535
5. Ergebnis	537
V. Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen	538
1. Anwendbarkeit des AGB-Rechts auf die öffentliche Beschaffung ..	538
2. Überraschende Klauseln, § 305c I BGB n.F. (bisher § 3 AGBG) ..	539
3. Generalklausel, § 307 I, II BGB n.F. (bisher § 9 AGBG)	539
a) Schranken der Inhaltskontrolle gemäß § 307 III 1 BGB n.F. (bisher § 8 AGBG)	539
b) Inhaltskontrolle nach § 307 I, II BGB n.F. (bisher § 9 AGBG) .	541

aa) Maßstab	541
bb) Vertragliche Pflichten	542
cc) Sanktionen	544
4. Ergebnis	545
VI. Bürgerliches Gesetzbuch	546
Zusammenfassung der Ergebnisse und rechtspolitische Bewertung	547
A. Zusammenfassung der Ergebnisse	547
I. Begriff und Arten der sogenannten beschaffungsfremden Kriterien	547
II. Die rechtliche Zulässigkeit der Verwendung sogenannter beschaffungsfremder Kriterien	548
1. Grundsätze	548
2. EG-Recht und Völkerrecht	548
a) EG-Primärrecht	548
b) EG-Vergaberichtlinien	549
c) Völkerrecht	550
3. Nationales Recht	550
a) Verfassungsrecht	550
b) Einfaches Recht	552
4. Insbesondere: Die Tariftreueerklärungen	553
B. Rechtspolitische Bewertung	555
I. Rechtlicher Rahmen	555
II. Politische Entscheidung	556
Literaturverzeichnis	558
Sachwortverzeichnis	582

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
Abk.	Abkommen
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
a. E.	am Ende
AEntG	Arbeitnehmer-Entsendegesetz
AEntRL	Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie
a. F.	alte Fassung
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AllMBL.	Allgemeines Ministerialblatt der Bayerischen Staatsregierung
Alt.	Alternative
Altbd.	Altband
amtl.	amtlich
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ArbuR	Arbeit und Recht
Art.	Artikel
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht
Aufl.	Auflage
AVBWasserVO	Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAnz	Bundesanzeiger
BauR	Baurecht
BaWü	Baden-Württemberg
bay.	bayerisch
BayBauVG	Bayerisches Bauaufträge-Vergabegesetz
BayJustizMBL.	Bayerisches Justizministerialblatt
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichtes in Zivilsachen
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter

BB	Der Betriebs-Berater
Bbg.	Brandenburg
Bd.	Band
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie
bearb.	bearbeitet
Bearb.	Bearbeiter
BEG	Bundesentschädigungsgesetz
Begr.	Begründer
BehSp/VgR	Bonner Behörden Spiegel/VergabeRecht (Fortführung der VgR, s. unten, als Teil des Behörden Spiegels)
Bekanntm.	Bekanntmachung
ber.	berichtigt
bes.	besonders
Beschl.	Beschluß
betreff.	betreffend
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BEvakG	Bundesevakuiertengesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BHO	Bundeshaushaltsordnung
BImSchG	Bundes-Immissionsschutzgesetz
BIP	Bruttoinlandsprodukt
BKartA	Bundeskartellamt
BKR	Baukoordinierungsrichtlinie
BLand	Bundesland
BMA	Bundesminister(ium) für Arbeit und Sozialordnung
BMBau	Bundesminister(ium) für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau
BMin	Bundesminister(ium)
BMVBau	Bundesminister(ium) für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen
BMWi	Bundesminister(ium) für Wirtschaft
BoeB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (Schweiz)
BPost	Bundespost
BRat	Bundesrat
BReg.	Bundesregierung
BRTV-Bau	Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe
Bsp.	Beispiel
bspw.	beispielsweise
BT	Bundestag
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

BVergG	Bundesvergabegesetz (Österreich)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BVFG	Bundesvertriebenengesetz
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
c. i. c.	culpa in contrahendo
CMLR	Common Market Law Review
DB	Der Betrieb
dens.	denselben
ders.	derselbe
dgl.	dergleichen
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe, dieselben
DIHT	Deutscher Industrie- und Handelstag
Diss.	Dissertation
DKR	Dienstleistungskordinierungsrichtlinie
DM	Deutsche Mark
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
Drs.	Drucksache
dt.	deutsch
Dtl.	Deutschland
dtv	Deutscher Taschenbuch Verlag
DV	Datenverarbeitung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DVO	Durchführungsverordnung
DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EAGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft
ebd.	ebenda
ECU	European Currency Unit
EEA	Einheitliche Europäische Akte
EFTA	European Free Trade Association
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGKS	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
ELR	European Law Review
endg.	endgültig
Erl.	Erlaß
EU	Europäische Union
EuG	Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften

EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuVgR	Europäisches Vergaberecht (Fortführung ab Heft 4/1996: VgR, s. u.)
EuZW e. V.	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht eingetragener Verein
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f.	folgende (Seite)
ff.	folgende (Seiten)
FFV	Frauenförderverordnung
Fn.	Fußnote
Fortf.	Fortführer
FrauFöV	Frauenförderverordnung
FrFG	Frauenfördergesetz
FS	Festschrift
FSC	Forest Stewardship Council
G	Gesetz (in Zusammensetzungen)
GATS	General Agreement on Trade in Services
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
geänd.	geändert
gem.	gemeinsam
GemHVO	Gemeindehaushaltsverordnung
GemO	Gemeindeordnung
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GMBL	Gemeinsames Ministerialblatt
GO	Gemeindeordnung
GPA	Agreement on Government Procurement
grds.	grundsätzlich
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GVBl.	Gesetz- und Ordnungsblatt
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWB-E	GWB-Geszentwurf
hess.	hessisch
HGrG	Haushaltsgrundsätzegesetz
h. M.	herrschende Meinung
hrsg.	herausgegeben
Hrsg.	Herausgeber

Hs.	Halbsatz
i. d. F.	in der Fassung
i. d. S.	in diesem Sinn
i. e.	id est
i. E.	im Ergebnis
IG	Industriegewerkschaft
insbs.	insbesondere
insgs.	insgesamt
i. S.	im Sinne
i. S. d.	im Sinne des, im Sinne der
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinne
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jb.	Jahrbuch
Jb. BauR	Jahrbuch Baurecht
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JWT	Journal of World Trade
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
Kfz	Kraftfahrzeug
KG	Kammergericht (Berlin)
KJ	Kritische Justiz
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
KOM	Kommission der Europäischen Gemeinschaften
KR	Koordinierungsrichtlinie
krit.	kritisch
KrW-/AbfG	Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz
KV M-V	Kommunalverfassung Mecklenburg-Vorpommern
LABfG	Landesabfallgesetz
LADG	Landesantidiskriminierungsgesetz
LG	Landgericht
LGG	Landesgleichstellungsgesetz
LHO	Landeshaushaltsordnung
lit.	litera
Lit.	Literatur
LKR	Lieferkoordinierungsrichtlinie
LQR	The Law Quarterly Review
LReg.	Landesregierung
LSA	Land Sachsen-Anhalt
l. Sp.	linke Spalte
LVerf.	Landesverfassung

m. Anm.	mit Anmerkung
m. a. W.	mit anderen Worten
MBau	Minister(ium) für Bauen und Wohnen (Land)
MBI.	Ministerialblatt
MBI.Wi	Ministerialblatt des BMWi
m. E.	meines Erachtens
MI	Innenminister(ium) (Land)
Mio.	Million
Mitt.	Mitteilung
MittVw	Mitteilungen für die Verwaltung
m. N.	mit Nachweisen
mod.	modifiziert
Mrd.	Milliarde
MUMw	Minister(ium) für Umwelt (Land)
MV	Mecklenburg-Vorpommern
MVk	Verkehrsminister(ium) (Land)
MWi	Wirtschaftsminister(ium) (Land)
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
Nachw.	Nachweise
nds.	niedersächsisch
Nds.	Niedersachsen
n. F.	neue Fassung
NGemHVO	Niedersächsische Gemeindehaushaltsverordnung
NGO	Niedersächsische Gemeindeordnung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
No.	Number
NpV	Nachprüfungsverordnung
Nr.	Nummer
nrw.	nordrhein-westfälisch
NRW	Nordrhein-Westfalen
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	NVwZ-Rechtsprechungs-Report Verwaltungsrecht
NW	Nordrhein-Westfalen
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
o.	oder
OLG	Oberlandesgericht
o.V.	ohne Verfasser
OVG	Oberverwaltungsgericht
PPLR	Public Procurement Law Review
R	Recht (in Zusammensetzungen)
RdA	Recht der Arbeit
RdErl.	Runderlaß

rechtl.	rechtlich
Reg.	Regierung
rh.-pf.	rheinland-pfälzisch
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RIW/AWD	RIW/Außenwirtschaftsdienst
RL	Richtlinie
RMC	Revue du marché commun/ seit 1991: Revue du marché commun et de l'union européenne
RMR	Rechtsmittelrichtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
r. Sp.	rechte Spalte
Rspr.	Rechtsprechung
s.	siehe
S.	Seite
SaarBauVG	Saarländisches Bauaufträge-VergabeG
saarl.	saarländisch
SächsGemHVO	Gemeindehaushaltsordnung für den Freistaat Sachsen
SächsGemO	Gemeindeordnung für den Freistaat Sachsen
SächsVBl.	Sächsische Verwaltungsblätter
sc.	scilicet
SchwarzArbG	Schwarzarbeitsgesetz
Schwbg	Schwerbehindertengesetz
SchwbschG	Schwerbeschädigtengesetz
SGB	Sozialgesetzbuch
SKR	Sektorenkoordinierungsrichtlinie
Slg.	Sammlung der Entscheidungen des EuGH und des EuG
s. o.	siehe oben
sog.	sogenannt
SozSich	Soziale Sicherheit
Sp.	Spalte
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
SRMR	Sektorenrechtsmittelrichtlinie
Staatsreg.	Staatsregierung
StAnz	Staatsanzeiger
Sten.Ber.	Stenographische Berichte
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StWG	Stabilitäts- und Wachstumsgesetz
s. u.	siehe unten
SZR	Sonderziehungsrecht
thür.	thüringisch
ThürGemHV	Thüringer Gemeindehaushaltsverordnung
ThürGleichG	Thüringer Gleichstellungsgesetz

ThürKO	Thüringer Kommunalordnung
TRIPs	Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights
TVG	Tarifvertragsgesetz
Tz.	Teilziffer
u.	und
u. a.	und andere, unter anderem
UAbs.	Unterabsatz (auch für unbezifferte Absätze)
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UPR	Umwelt- und Planungsrecht
Urt.	Urteil
US	United States
USA	United States of America
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	vom, von; versus
Var.	Variante
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VG	Verwaltungsgericht
VgG Bln	Berliner Vergabegesetz
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VgR	VergabeRecht (Fortführung von EuVgR, s. o.; ab 10/1998: BehSp/VgR, s. o.)
VgRÄG	Vergaberechtsänderungsgesetz
VgV	Vergabeverordnung
VHB	Vergabehandbuch für die Durchführung von Bauaufgaben des Bundes im Zuständigkeitsbereich der Finanzbauverwaltungen
VK	Vergabekammer
VO	Verordnung
VOB	Verdingungsordnung für Bauleistungen
VOF	Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen
VOL	Verdingungsordnung für Leistungen
Vorbem.	Vorbemerkung
Vorl. VV-BHO	Vorläufige Verwaltungsvorschriften-BHO
VÜA	Vergabeüberwachungsausschuß
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwV	Verwaltungsvorschrift
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WBl.	Wirtschaftsrechtliche Blätter (Österreich)
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis

WSI	Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut des Deutschen Gewerkschaftsbundes
WTO	World Trade Organization
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb/Entscheidungssammlung zum Kartellrecht
z. B.	zum Beispiel
ZBl.	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZDH	Zentralverband des Deutschen Handwerks
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
z. T.	zum Teil
zul.	zuletzt
zust.	zustimmend
ZVgR	Zeitschrift für deutsches und internationales Vergaberecht

Einleitung

A. Die Diskussion um die sogenannten beschaffungsfremden Kriterien

Das Problem der Zulässigkeit der Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung wird in Deutschland zumeist unter dem Stichwort „beschaffungsfremde Kriterien“¹ diskutiert. Es geht dabei um die Frage, ob öffentliche Auftraggeber ihre Entscheidungen über die Vergabe von Aufträgen allein an „neutralen“ Kriterien wie der Leistungsfähigkeit der Anbieter und Qualität und Preis der Leistung auszurichten haben, oder ob – bzw. inwieweit – auch andere, „politisch“ determinierte Kriterien (i. e. „beschaffungsfremde“ Kriterien) einbezogen werden dürfen.²

Die Frage ist mit anderen Worten, ob bzw. inwieweit eine „Politisierung“ der öffentlichen Beschaffung zulässig ist.

I. Beispielfälle

In der Bundesrepublik finden sich – ebenso wie in anderen Staaten³ – zahlreiche Regelungen, die eine Berücksichtigung „beschaffungsfremder“

¹ Synonym wird vielfach auch von „vergabefremden Kriterien“ sowie von „beschaffungsfremden“ bzw. „vergabefremden Aspekten“ gesprochen.

² Dies ist als vorläufige, an der aktuellen Diskussion orientierte Umschreibung des Problems zu verstehen. Was genau „beschaffungsfremde Kriterien“ sind, ist nicht geklärt; auch ist der Begriff selbst problematisch, s. ausführlich unten, 1. Teil, 1. Kap.

³ Für Beispiele aus anderen Staaten s. etwa für das Vereinigte Königreich *S. Arrowsmith*, *Procurement* (1996), S. 800 ff.; *dies.*, *LQR* 111 (1995), 235 (236 ff.); für die USA *J. Pietzcker*, *Staatsauftrag* (1978), S. 119 ff.; speziell zum Bereich Frauenförderung im Vereinigten Königreich und in den USA *U. Knapp*, *WSI Mitteilungen* 1990, 738 (741 ff.); für Südafrika (Bevorzugung diskriminierter Gruppen) *M. M. Gabbert*, *RIW* 2000, 613 ff.; für Österreich (Umweltschutz und Lehrlingsausbildung) *S. Heid*, *WBl.* 1998, 194 ff.; allgemein, insbs. aber für die Schweiz *Ch. Bock*, *Europäisches VergabeR* (1993), S. 9 ff.; einzelne Beispiele aus verschiedenen EU-Staaten schließlich bei *Ch. Benedict*, *Sekundärzwecke* (2000), S. 30 u. 37 ff. *passim*. Vgl. außerdem die – im 2. Teil dieser Arbeit ausführlich besprochenen – Urteile des EuGH in den Rs. 31/87 – *Beentjes*, *Slg.* 1988, 4635 (Fall aus den Niederlanden); C-21/88 – *Du Pont de Nemours*, *Slg.* 1990 I, 889; C-360/89, *Slg.* 1992 I, 3401 (Fälle aus Italien); C-225/98 – *Schulgebäude (Nord-Pas-de-Calais)*, *Slg.* 2000 I, 7445 (Fall aus Frankreich).

Aspekte bei der Auftragsvergabe vorschreiben. Als Schlaglicht darauf, was unter diesem Begriff diskutiert wird, seien hier einige der prominentesten Beispiele aus den letzten Jahren genannt.

Einer der am meisten diskutierten Fälle ist die Frauenförderung mittels öffentlicher Auftragsvergabe: Das Land Brandenburg etwa schreibt vor, daß bei gleichwertigen Angeboten derjenige Bieter bevorzugt werden soll, „der sich der Gleichstellung von Frauen im Erwerbsleben angenommen hat“.⁴ Über eine ganz ähnliche Regelung verfügt Sachsen-Anhalt.⁵ Eine Verknüpfung von Frauenförderung und Auftragsvergabe in der Form, daß Auftragnehmer sich verpflichten müssen, Maßnahmen zur Frauenförderung durchzuführen, ist im Berliner Landesgleichstellungsgesetz vorgesehen.⁶ Auch das saarländische⁷ und das thüringische⁸ Gleichstellungsgesetz nehmen sich in verschiedener Form des Themas an. Auf Bundesebene ist im Frühjahr 1998 ein Antrag von Bündnis 90/Die Grünen im Bundestag gescheitert, nach dem die damalige Bundesregierung zur Vorlage eines Gesetzentwurfes zur Koppelung der Auftragsvergabe an Frauenfördermaßnahmen aufgefordert werden sollte.⁹ Der Koalitionsvertrag der rot-grünen Bundesregierung vom Herbst 1998 sieht zwar unter Punkt VIII im Rahmen des Aktionsprogramms „Frau und Beruf“ eine „Bindung der öffentlichen Auftragsvergabe an frauenfördernde Maßnahmen“ vor.¹⁰ Dieses Vorhaben wird aber offensichtlich nicht mehr verwirklicht werden, nachdem das Gleichstellungsgesetz für die Privatwirtschaft gescheitert ist.¹¹

Des weiteren wird die Vergabe öffentlicher Aufträge eingesetzt, um wirtschaftlich benachteiligte Regionen zu fördern. So sind in Sachsen-Anhalt Unternehmen aus „Regionen der Europäischen Union mit Entwicklungsrückstand“ – das sind in Deutschland die neuen Bundesländer und Ostberlin –

⁴ § 14 Landesgleichstellungsg (LGG) vom 4.7.1994, GVBl. I S. 254; i. V. m. FrauenförderVO (FrauFöV) vom 25.4.1996, GVBl. II S. 354; Zitat aus § 14 I LGG.

⁵ § 20a FrauenförderG (FrFG); eingefügt in das FrFG vom 7.12.1993, GVBl. S. 734, mit Gesetz vom 25.3.1997, GVBl. S. 460; Bekanntm. der Neufassung vom 27.5.1997, GVBl. S. 516. Die Regelung des Näheren durch eine Rechtsverordnung (s. § 20a II FrFG) ist bisher indes nicht erfolgt.

⁶ § 13 LGG; das LGG wurde erlassen als LandesantidiskriminierungsG vom 31.12.1990 (LADG), GVBl. 1991, S. 8; umbenannt in Landesgleichstellungsg mit Gesetz vom 13.4.1993, GVBl. S. 184; § 13 grundlegend neu gefaßt durch Gesetz vom 16.6.1999, GVBl. S. 341; i. V. m. FrauenförderVO (FFV) vom 23.8.1999, GVBl. S. 498.

⁷ § 27 LGG vom 24.4.1996, ABl. S. 623.

⁸ § 22 Thüringer Gleichstellungsg (ThürGleichG) vom 3.11.1998, GVBl. S. 309.

⁹ BT-Drs. 13/9813 vom 6.2.1998; abgelehnt in der Sitzung des BT vom 23.4.1998, s. Sten.Ber. 13/230, S. 21027 (21127 (B)).

¹⁰ s. ZRP 1998, 485 (497).

¹¹ Vgl. Süddeutsche Zeitung vom 04.07.2001, S. 5.

besonders zu berücksichtigen.¹² Auf Bundesebene galten von 1991 an Bevorzugungsregelungen für Unternehmen aus den neuen Bundesländern und Ostberlin.¹³ Sie wurden wegen eines von der EG-Kommission eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahrens, das die mit dieser Bevorzugung verbundene Benachteiligung EG-ausländischer Unternehmen rügte, jedoch nicht weiter verlängert und liefen Ende 1995 aus.¹⁴ Auch zahlreiche Länder hatten entsprechende Bestimmungen erlassen,¹⁵ welche aber ebenfalls nicht mehr in Geltung sind.

Eine große Kontroverse haben schließlich die sog. Tarifreueerklärungen hervorgerufen. So verlangte etwa das Land Berlin von Auftragnehmern bei Bauaufträgen die Abgabe einer Erklärung, daß sie bei Auftragserteilung ihre Arbeitnehmer nicht unter den jeweils geltenden Berliner Tariflöhnen entlohnen werden.¹⁶ Entsprechende Regelungen wurden auch in anderen Bundesländern erlassen.¹⁷ Die Regelung sollte der „Wahrung eines geordneten Wettbewerbs“ dienen, die Existenz der Berliner Bauunternehmen si-

¹² RdErl. des MWi vom 11.12.1995, MBl. S. 2461; verlängert bis 31.12.1998 durch RdErl. des MWi vom 24.10.1996, MBl. S. 2438; bis 31.12.2000 durch RdErl. des MWi vom 1.9.1998, MBl. S. 1995; bis 31.12.2002 durch RdErl. des MWi vom 23.11.2000, MBl. S. 1439. Bei den „Regionen mit Entwicklungsrückstand“ handelt es sich um die sog. Ziel-1-Gebiete im Sinne der EG-Strukturfonds-Verordnung, s. die Erläuterung unter Punkt II. des RdErl. des MWi LSA vom 16.7.1996, MBl. S. 2358 (Erlaß betreffend Leistungen von Architekten und Ingenieuren).

¹³ Erlaß des BMBau vom 26.6.1991, BAnz Nr. 124 (S. 4467) (zur VOB); Erlaß des BMWi vom 15.5.1992, BAnz Nr. 94 (S. 4153) (zur VOL); jeweils mit nachfolgenden Änderungen und Verlängerungen, s. zul.: Erlaß des BMWi vom 15.11.1993, BAnz Nr. 227 (S. 10455 (10456)) (zur VOL); Erlaß des BMBau vom 14.10.1993, BAnz Nr. 201 (S. 9679) (zur VOB).

¹⁴ s. Meldung in EuVgR 2/1996, S. 133 und die Antwort der BReg. auf eine Große Anfrage der SPD, BT-Drs. 13/7137 vom 5.3.1997, zu Frage 21 (S. 11).

¹⁵ Vgl. die bei *T. R. Meyer/H.-G. Uekermann*, Sammlung Öffentliches Auftragswesen, Bd. 2, Teil 1 unter IV. C.-Q., u. Bd. 3, Teil 1 unter IV. C., abgedruckten Erlasse.

¹⁶ Rundschreiben der Senatsverwaltung für Bau- und Wohnungswesen VI Nr. 7/95 vom 9.2.1995, mod. durch Rundschreiben VI Nr. 10/95 vom 16.5.1995, beide auszugsweise abgedruckt im Beschl. des KG v. 20.5.1998, Kart 24/97 – *Tarifreueerklärung*, WuW 1998, 1023 = WuW/E Verg 111 = ZIP 1998, 1600, insoweit abgedruckt nur in ZIP 1998, 1600.

¹⁷ So etwa in Bayern, s. Bekanntm. der Bay. Staatsreg. vom 2.7.1996, AllMBl. S. 443 = StAnz Nr. 27 S. 1 (beachte aber noch Fn. 22); Nordrhein-Westfalen, s. RdErl. des MWi vom 27.9.1996, MBl. S. 1660 (befristet bis 27.9.1998); Sachsen-Anhalt, s. RdErl. des MWi vom 29.11.1996, MBl. 1997, S. 48 (anders aber wohl für ausländische Unternehmen, vgl. Anlage 2 des Erlasses, Nr. 5 S. 2); Niedersachsen, s. RdErl. des MWi vom 4.6.1998, MBl. S. 819 (allerdings mit einer unklaren Ausweichklausel, s. Nr. 1 S. 2 u. 3 des Erlasses), geändert durch Bekanntm. des MWi vom 6.4.2000, MBl. S. 216; etwas abweichend die Brandenburger VwV zur Bekämpfung unlauterer Beschäftigung vom 6.2.1996, ABl. S. 302 unter Punkt 6.2. (Tariflohn oder ortsüblicher Lohn).