

Schriften des Frankfurter Instituts  
für das Recht der Europäischen Union  
Band 11



Helene Gerhardt

# Möglichkeiten und Grenzen einer strategischen Vergabe öffentlicher Aufträge



**Nomos**

Schriften des Frankfurter Instituts für  
das Recht der Europäischen Union

Herausgegeben von

Prof. Dr. Christoph Brömmelmeyer  
Prof. Dr. Ulrich Häde  
Prof. Dr. Wolff Heintschel von Heinegg  
Prof. Dr. Gudrun Hochmayr  
Prof. Dr. Eva Kocher  
Prof. Dr. Carsten Nowak  
Prof. Dr. Matthias Pechstein  
Prof. Dr. Michael Stürner

Band 11

Helene Gerhardt

# Möglichkeiten und Grenzen einer strategischen Vergabe öffentlicher Aufträge



**Nomos**



Onlineversion  
Nomos eLibrary

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

Zugl.: Frankfurt (Oder), Univ., Diss., 2020

ISBN 978-3-8487-7935-2 (Print)

ISBN 978-3-7489-2320-6 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Diese Arbeit lag der Juristischen Fakultät der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder) im Sommersemester 2019 als Dissertation vor. Die mündliche Prüfung fand am 2. Juli 2020 statt. Rechtsprechung und Literatur konnten im Wesentlichen bis zum Zeitpunkt des Abschlusses des Manuskripts im Mai 2019 berücksichtigt werden, einige neuere Entwicklungen wurden vor Drucklegung im September 2020 nachträglich ergänzt.

Mein Dank gilt in erster Linie meinem Doktorvater Prof. Dr. Carsten Nowak, der mein Promotionsvorhaben in vielfältiger Weise gefördert und betreut und wichtige Impulse gegeben hat. Ich bedanke mich auch bei Prof. Dr. Ines Härtel für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und die anregende Diskussion im Rahmen der Disputation.

Viele weitere Menschen haben zu dem Gelingen dieser Arbeit mittelbar und unmittelbar beigetragen. An erster Stelle sind dabei Dr. Carolin Strauß-Dürig und Dr. Ernst Pfeiffer zu nennen, die mir wertvolle Hinweise und Anregungen bei der mühevollen Schlusskorrektur des Manuskripts gaben. Die gemeinsame Zeit mit Philipp Strauß und Dr. André Gilles in der Bibliothek sowie den damit verbundenen wertvollen Austausch behalte ich in sehr schöner Erinnerung. Dr. Annette Mutschler-Siebert hat mir die nötigen Freiheiten für eine berufsbegleitende Promotion eingeräumt und den langwierigen Prozess geduldig begleitet und damit den Abschluss des Vorhabens überhaupt erst ermöglicht. Ihnen allen bin ich in besonderem Maße zum Dank verpflichtet. Mein größter Dank gilt Philip Pfeiffer für seine unschätzbare Unterstützung auf allen Ebenen.



# Inhaltsverzeichnis

<i>Abkürzungsverzeichnis</i>	17
<i>1. Kapitel: Einleitung</i>	27
A. Hintergrund und Fragestellung	28
B. Gang der Untersuchung	34
C. Terminologische Vorüberlegungen	35
I. Vergabefremde Kriterien – Sekundärzwecke – strategische Beschaffung	35
II. Das Konzept der nachhaltigen Entwicklung	42
<i>2. Kapitel: Chronologischer Überblick zur Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten: Vom reinen Haushaltsrecht zur strategischen Vergabe mit Leitbildcharakter</i>	47
A. Systematik des Vergaberechts und Überblick über den Rechtsrahmen	47
I. Ober- und Unterschwellenvergaben	47
II. Kaskadenprinzip	49
III. Maßgebliches Regelwerk für eine nachhaltige Beschaffung	50
1. Völkerrecht	50
2. Unionsrechtliche Vorgaben	52
3. Deutsches Recht	53
B. Rechtslage bis 2004 – normative Vorgaben	54
I. EG-weit: Erste Konsolidierung und Schaffung der Basisrichtlinien	55
1. Normativer Rahmen	55
a) Primärrecht	55
b) Sekundärrecht	55
2. Nachhaltigkeit in den Gründungsverträgen	57
3. Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten im europäischen Richtlinienrecht	59

II. National: Von der „haushaltsrechtlichen Lösung“ zum Kartellvergaberecht	64
1. Normatives Gerüst	64
2. Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten im deutschen Vergaberecht ab 1999	66
a) Schutz mittelständischer Interessen	67
b) „Andere oder weitergehende Anforderungen“	68
c) Wertung und Zuschlagsentscheidung	74
III. Zusammenfassung	76
C. Nachhaltige Vergabekriterien in der Rechtsprechung des EuGH vor 2004	76
I. EuGH – <i>Beentjes</i> (1988)	77
1. Die Entscheidung im Einzelnen	78
2. Diskussion	80
3. Zusammenfassung und Bewertung	83
II. EuGH – <i>Evans Medical Ltd und Macfarlan Smith Ltd</i> (1995)	84
1. Die Entscheidung im Einzelnen	85
2. Interpretation und Zwischenergebnis	86
III. EuGH – <i>Nord-Pas-de-Calais</i> (2000)	87
1. Die Entscheidung und ihre Interpretation	88
2. Rezeption	90
3. Bewertung und Zwischenergebnis	92
IV. EuGH – <i>Concordia Bus Finland</i> (2002)	93
1. Die Entscheidung im Einzelnen	94
2. Rezeption	97
3. Bewertung und Ergebnis	99
V. EuGH – <i>Wienstrom</i> (2003)	101
1. Die Entscheidung im Einzelnen	101
2. Interpretation und Bewertung	103
VI. Zusammenfassung der EuGH-Rechtsprechung zu „vergabefremden Aspekten“ bis 2004	105
D. Der neue Rechtsrahmen 2004 – Die Vergabekoordinierungsrichtlinie und ihre Umsetzung	106
I. Das neue Europäische Vergaberecht ab der Koordinierung 2004	107
1. Novellierungsvorhaben	107

2. Berücksichtigung von politischen Zwecken im neuen EU-Vergaberechtsrahmen	108
a) Bestimmung des Auftragsgegenstandes und Vorgaben in der Leistungsbeschreibung	111
b) Eignungsprüfung	113
c) Zuschlag	116
(1) Wirtschaftlichkeitsbegriff in der neuen Richtlinie	117
(2) Kriterienkatalog	120
(3) Gewichtung	121
(4) Zusammenfassung	121
d) Ausführungsbedingungen	122
e) Ergebnis	124
II. Umsetzung in Deutschland 2009	126
1. GWB, neue Rechtslage 2009	127
a) Mittelstandsklausel	128
b) Eignung	130
c) Auftragsausführungsbedingungen	131
d) „Andere oder weitergehende Anforderungen“	134
2. Landesvergaberecht	136
a) Einer landeseigenen Regelung zugängliche Rechtsmaterien	137
b) Überblick über Festlegungen auf Landesebene	138
c) Exkurs: Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes zur Berliner Tarifregelung	138
III. Zusammenfassung	141
E. Rechtsprechung des EuGH auf der Grundlage des durch die Vergabekoordinierungsrichtlinie gebildeten Rechtsrahmens	142
I. EuGH – <i>Rüffert</i> (2008)	143
1. Die Entscheidung im Einzelnen	144
2. Interpretation	147
3. Vorläufiger Befund	152
II. EuGH – <i>Bundesdruckerei</i> (2014)	154
1. Die Entscheidung im Einzelnen	154
2. Wertung und Rezeption	156
3. Zwischenergebnis	159
III. EuGH – <i>RegioPost</i> (2015)	160
1. Die Entscheidung im Einzelnen	161
2. Wertung und Rezeption	164

3. Zusammenfassung	166
IV. Zwischenfazit	168
V. EuGH – <i>MAX HAVELAAR/EKO</i> (2012)	169
1. Die Entscheidung im Einzelnen	169
a) Umweltgütezeichen zur Definition des Auftragsgegenstandes	170
b) Rückgriff auf Umweltgütezeichen bei der Zuschlagsentscheidung	172
c) Eignungsanforderungen im Hinblick auf die Nachhaltigkeit der Unternehmen	174
2. Wertung und Rezeption	174
3. Ergebnis	176
F. Die neuen Vergaberichtlinien von 2014	177
I. Primärrechtlicher und politischer Hintergrund	177
II. Das Richtlinienpaket im Überblick	182
III. Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsanliegen in der neuen VRL	184
1. Mittelstandsschutz	185
2. Leistungsbeschreibung; Verwendung von Gütezeichen	186
3. Eignung	189
4. Zuschlagskriterien	191
5. Ausführungsbedingungen	195
IV. Zusammenfassung	199
G. Grundlagen der Umsetzung in deutsches Recht 2016	200
I. Die neue Struktur des deutschen Vergaberechts	201
1. Grundlagen des Vergaberechts im GWB	202
2. Untergesetzliche Regelungen	202
3. Vergaben unterhalb der Schwellenwerte	204
II. Materielle Neuerungen des neuen deutschen Vergaberechts im Allgemeinen	204
III. Stärkung der sozialen, ökologischen und innovativen Aspekte – Überblick	205
1. Hervorhebung von Nachhaltigkeitsaspekten in den Grundsätzen	206
2. Sonstige Neuerungen	209
a) Leistungsbeschreibung	209
b) Eignungsprüfung	210
c) Auswahlentscheidung und Zuschlag	211
d) Ausführungsbedingungen	211

e) Soziale und andere besondere Dienstleistungen	212
IV. Zusammenfassung	213
H.Zwischenfazit: Nachhaltigkeit als neue Grundannahme?	214
<i>3. Kapitel: Völker-, unions- und verfassungsrechtliche Schranken sowie Gestaltungsspielräume für die Einbindung von Nachhaltigkeitsaspekten in die öffentliche Beschaffung</i>	<i>223</i>
A. Übergeordnete rechtliche Grenzen	223
I. Völkerrecht	223
1. Öffentliche Beschaffung innerhalb des WTO-Regimes	224
2. Maßgebliche Vorgaben des GPA 2012 für die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten	226
3. Sonstiges internationales Vergaberecht	228
II. Übergeordnetes Unionsrecht	229
1. Wesentliche Grundsätze des Primärrechts	230
a) Allgemeines Diskriminierungsverbot, Art. 18 AEUV	232
b) Grundfreiheiten	234
c) Abgeleitete Grundprinzipien des Vergaberechts	239
2. Kollidierendes europäisches Wirtschaftsrecht	241
a) EU-Beihilfenrecht, Art. 107 ff. AEUV	242
b) Kartellrechtliches Missbrauchsverbot, Art. 102 AEUV	249
III. Nationales Recht	254
1. Verfassungsrecht	254
2. Übergeordnete Rechtsprinzipien des deutschen Vergaberechts	258
a) Wettbewerbsgrundsatz und Gleichbehandlung	259
b) Transparenzgrundsatz	261
c) Wirtschaftlichkeitsgebot und Verhältnismäßigkeit	261
3. Besonderheiten für das Landesvergaberecht	263
a) Anwendungsbereich des vergabespezifischen Landesrechts	264
b) Sonderfall: Tariftreue und Mindestlöhne	266
B. Entscheidungs- und Gestaltungsspielräume der öffentlichen Auftraggeber	268
I. Ausgangspunkt: Weitgehende Beschaffungsfreiheit	269
II. Gestaltungsfreiheit im weiteren Verfahrensverlauf	271
C. Ergebnisse des dritten Kapitels	275

<i>4. Kapitel: Anknüpfungspunkte für die strategische Vergabe im konkreten Beschaffungsvorgang</i>	278
A. Überblick: Phasen der öffentlichen Auftragsvergabe	278
B. Erste Phase: Festlegung der Eckpfeiler des Beschaffungsvorhabens	279
I. Ermittlung des Bedarfs und Festlegung des Auftragsgegenstandes	280
1. Bedarfsanalyse	280
2. Festlegung der Eigenschaften des Beschaffungsgegenstandes	281
3. Markterkundung	283
II. Erstellung der Leistungsbeschreibung; technische Spezifikationen	285
1. Möglichkeiten zur Berücksichtigung strategischer Aspekte im Allgemeinen	287
a) Anforderungen an ausgewählte Merkmale in der Leistungsbeschreibung	288
b) Nachweisführung durch Gütezeichen	292
2. Pflichten zur Berücksichtigung strategischer Aspekte im Speziellen	295
a) Energieverbrauchsrelevante Liefer- und Dienstleistungen	295
b) Beschaffung von Straßenfahrzeugen	297
c) Zugänglichkeitsanforderungen; Design für Alle	299
d) Verpflichtend einzubindende Vorgaben auf Landesebene	302
3. Zulassung von Nebenangeboten	303
III. Einflussmöglichkeiten durch die Auswahl der Verfahrensart	305
IV. Sonderfall: Privilegierte Vergabe an sog. geschützte Werkstätten u.ä. Unternehmen	307
V. Zusammenfassung mit Praxisbeispiel	308
C. Zweite Phase: Überprüfung der Eignung der interessierten Unternehmen	310
I. Zuverlässigkeit; Ausschlussgründe	311
1. Zwingende Ausschlussgründe	311
2. Fakultative Ausschlussgründe	313
II. Eignung im engeren Sinne	316
1. Berücksichtigung umweltbezogener oder sozialer Eignungsanforderungen	317

2. Verbindung zum Auftragsgegenstand; Verhältnismäßigkeit	321
III. Vergaberechtliche Compliance dritter, in den Auftrag einzubeziehender Unternehmen	323
1. Eignungsprüfung bei Unterauftragnehmern und sonstigen Dritten	324
2. Eignungsprüfung bei eignungsleihenden Unternehmen	326
IV. Zusammenfassung	329
D. Dritte Phase: Wertung und Zuschlag	330
I. Die Zuschlagsentscheidung; Rechtsrahmen	330
II. Kernfrage: Wirtschaftlichkeitsbegriff	331
III. Auswahl nachhaltiger Zuschlagskriterien	335
1. Sonderfall: Zwingend einzubindende Nachhaltigkeitskriterien	336
2. Gesetzliche Anforderungen an frei gewählte strategische Zuschlagskriterien	339
a) Auftragsgegenstandsverbindung	341
b) Überprüfbarkeit	345
c) Verhältnismäßigkeit	347
d) Transparenz	350
3. Beispiele frei gewählter strategischer Zuschlagskriterien	350
a) Lebenszykluskosten	351
b) Umweltbezogene Zuschlagskriterien	354
c) Soziale Zuschlagskriterien	355
IV. Gewichtung	359
V. Besonderheiten bei der Durchführung der Wertung	362
VI. Zusammenfassung mit Praxisbeispiel	365
E. Vierte Phase: Verpflichtungen für die Auftragsdurchführung	367
I. Überblick	367
II. Bei der Ausführung aller öffentlichen Aufträge einzuhaltende Rechtsvorschriften, § 128 Abs. 1 GWB	368
1. Regelungsgehalt der Norm	368
a) Bezugsort – welche Rechtsordnung ist einschlägig?	369
b) Besondere Behandlung der völkerrechtlichen Verpflichtungen?	372
c) Zwischenergebnis	374
2. Anwendung auf Unterauftragnehmer oder andere Dritte	374
3. Kontrollierbarkeit und Durchsetzbarkeit	376

III. Individualvertraglich festgelegte besondere Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags, § 128 Abs. 2 GWB	378
1. Wesen der Ausführungsbedingungen	378
2. Mögliche strategische Ausführungsbedingungen	380
3. Anforderungen für die Einbeziehung	383
a) Verbindung zum Auftragsgegenstand	383
b) Verhältnismäßigkeit	384
c) Transparenz	386
4. Anwendung auf Unterauftragnehmer und andere Dritte	387
5. Überprüfbarkeit der Bieterangaben	388
6. Kontroll- und Durchsetzungsmechanismen	390
IV. Zwingend zu berücksichtigende Ausführungsbedingungen, § 129 GWB	391
1. Inhalt der Norm	391
2. Materielle Anforderungen	393
3. Beispiele für zwingend einzubeziehende strategische Ausführungsbedingungen	395
a) Tariflohnvorgaben und Mindestlöhne	396
b) ILO-Kernarbeitsnormen	398
c) Umweltbezogene Ausführungsbedingungen auf Länderebene	400
d) Maßnahmen zur Frauenförderung und zur Förderung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie	401
4. Folgen einer Verletzung solcher Ausführungsbedingungen; Durchsetzbarkeit	403
V. Zusammenfassung und Praxisbeispiel	403
F. Konsequenzen einer fehlerhaften strategischen Vergabe und Rechtsschutz	406
G. Zwischenergebnisse und Entscheidungsdirektiven für die Auswahl und Einbeziehung strategischer Aspekte	409
5. Kapitel: <i>Die strategische Vergabe in der Rechtsanwendung anhand thematischer Problemkreise – Beispiele, Umsetzungsschwierigkeiten und Perspektiven</i>	414
A. Überblick: Anwendungshürden und Lösungsansätze im Allgemeinen	414
I. Erwartungen der Europäischen Kommission an die Intensivierung der strategischen Vergabe in der Praxis	417

II. Umsetzung in Deutschland	419
B. Gewährleistung nachhaltiger Warenkreisläufe bzw. Wertschöpfungsketten	423
I. Soziale Mindeststandards entlang der gesamten Produktions- bzw. Lieferkette	426
1. Schutzbereich der Mindeststandards und relevante Verstöße	426
2. Umsetzung in der Praxis	429
a) Einbeziehung als Ausführungsbedingungen: Inhalte von Klauseln und Verpflichtungserklärungen	429
b) Formulierungsvorschläge	434
c) Einbeziehung auf der Wertungsebene	436
II. Berücksichtigung umweltschutzrelevanter Merkmale im Lebenszyklus einer Ware bzw. Dienstleistung	439
1. Potentielle Umweltgefährdungen im Lebenszyklus von Waren bzw. Dienstleistungen	439
2. Umsetzung in der Praxis	441
3. Problemkreis Transportentfernungen und Standortnähe	443
III. Zusammenfassung	446
C. Einbindung gesellschaftspolitischer Belange in die öffentliche Beschaffung	447
I. Maßnahmen der Inklusion bzw. der sozialen Teilhabe	448
1. Bevorzugung von Inklusionswerkstätten oder -betrieben	449
2. Maßgaben in der Leistungsbeschreibung	450
3. Zuschlagskriterien, die an Aspekte der Inklusion anknüpfen	451
4. Auftragsausführung	452
II. Gleichstellungspolitik, Frauenförderung, Maßnahmen zur Vereinbarkeit von Beruf und Familie, Ausbildungsförderung	453
1. Vorgaben auf Bundesebene	454
2. Vorgaben auf Länderebene	456
3. Umsetzung in der Praxis	460
III. Quotenregelungen	461
1. Fragen der Verbindung zum Auftragsgegenstand	463
2. Fragen der Verhältnismäßigkeit	464
IV. Sonderfall: Scientology-Schutzklauseln	465
1. Grundrechtseingriff	466
2. Vergaberechtsspezifische Anforderungen	467

V. Zusammenfassung	470
D. Durchsetzung primär wirtschafts- sowie sicherheitspolitischer Interessen	471
I. Mittelstandsförderung	472
1. Grundsatz der losweisen Vergabe	476
2. Nachweiserleichterungen im Bereich der Leistungsfähigkeit	478
3. Regelungen zu Bietergemeinschaften	480
4. Weitere Instrumente zur Förderung des Mittelstands	481
5. Landesrechtliche Vorgaben	481
II. Förderung von Innovation	483
1. Instrumente der Innovationsförderung im geltenden Vergaberecht	486
2. Hemmnisse für den innovationsfördernden Einkauf	488
3. Lösungsvorschläge für die Praxis	490
III. Maßnahmen zum Schutz der Vertraulichkeit von Informationen; No-Spy-Garantie	492
1. Gegenstand möglicher Ausführungsbedingungen	493
2. Besonderer Anwendungsfall: Der No-Spy-Erlass des BMI	495
IV. Zusammenfassung	501
E. Ergebnisse	502
<i>6. Kapitel: Schlussbetrachtungen</i>	<i>505</i>
A. Zusammenfassung der Ergebnisse	505
I. Erstes Kapitel – Einleitung	505
II. Zweites Kapitel – Rechtsentwicklung	506
III. Drittes Kapitel – Übergeordnete Schranken und Gestaltungsspielräume	508
IV. Viertes Kapitel – Konkrete Anknüpfungspunkte für eine strategische Vergabe	509
V. Fünftes Kapitel – Strategische Vergabe in der Praxis	512
B. Ausblick	513
<i>Literaturverzeichnis</i>	<i>515</i>

## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere(r) Auffassung
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften/Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz/Absätze
a.E.	am Ende
AEntG	Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz) vom 20.4.2009 (BGBl. I S. 799), zuletzt geändert durch Gesetz vom 18.7.2017 (BGBl. I S. 2739)
AEnt-RL	Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (Entsenderichtlinie), ABl. 1997, Nr. L 18, S. 1 ff.
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
Anm.	Anmerkung
AnwZert BauR	AnwaltZertifikatOnline – Bau- und Architektenrecht (Online Publikationen)
ArbuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BAnz.	Bundesanzeiger
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BbgVergG	Brandenburgisches Gesetz über Mindestanforderungen für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen (Brandenburgisches Vergabegesetz) vom 29.9.2016 (GVBl. I Nr. 21)
Bd.	Band/Bände
Begr.	Begründer(in)
BerlAVG	Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz vom 8.7.2010 (GVBl. S. 399), zuletzt geändert durch Gesetz vom 5.6.2012 (GVBl. S. 159)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch

## *Abkürzungsverzeichnis*

BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGG	Gesetz zur Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz) vom 27.4.2002 (BGBI. I S. 1467), zuletzt geändert durch Gesetz vom 10.7.2018 (BGBI. I S. 1117)
BGH	Bundesgerichtshof
BHO	Bundshaushaltsordnung vom 19.8.1969 (BGBI. I S. 1284), zuletzt geändert durch Gesetz vom 14.8.2017 (BGBI. I S. 3122)
BMI	Bundesministerium des Innern
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BMUB bzw. BMU	Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit bzw. Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie bzw. Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie
BMZ	Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
BR-Drs.	Drucksache des Deutschen Bundesrates
BT-Drs.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CR	Computer und Recht (Zeitschrift)
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders./dies.	derselbe/dieselbe(n)
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DSRI	Deutsche Stiftung für Recht und Informatik
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
ebd.	ebenda
EDV	Elektronische Datenverarbeitung
EEA	Einheitliche Europäische Akte
EEE	Einheitliche Europäische Eigenerklärung
EG	Erwägungsgrund/Erwägungsgründe bzw. Europäische Gemeinschaften/Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft

EL	Ergänzungslieferung
endg.	endgültig
engl.	englisch
EPPPL	European Procurement & Public Private Partnership Law Review (Zeitschrift)
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuG	Gericht als Teil des Gerichtshofs der Europäischen Union i.S.v. Art. 19 EUV der Europäischen Union
EuGH	Gerichtshof als Teil des Gerichtshofs der Europäischen Union i.S.v. Art. 19 EUV
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
e.V.	eingetragener Verein
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f./ff.	folgend(e)
Fn.	Fußnote(n)
FFV	Verordnung über die Förderung von Frauen und die Vereinbarkeit von Beruf und Familie bei der Vergabe öffentlicher Aufträge des Landes Berlin (Frauenförderverordnung) i.d.F. vom 23.8.1999 (GVBl. S. 498), zuletzt geändert durch Verordnung vom 19.7.2011 (GVBl. S. 362)
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GewArch	Gewerbearchiv (Zeitschrift)
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbH & Co. KG	Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Compagnie Kommanditgesellschaft
GMBL	Gemeinsames Ministerialblatt
GPA	<i>Government Procurement Agreement</i> – Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen
GPP	<i>Green Public Procurement</i> – Leitinitiative der Europäischen Kommission zur umweltgerechten Beschaffung
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Grundrechtecharta)

## Abkürzungsverzeichnis

grds.	grundsätzlich
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 26.6.2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), zuletzt geändert durch Gesetz vom 30.10.2017 (BGBl. I S. 3618)
GWB 1999	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen i.d.F. der durch das Gesetz zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgRÄG) vom 26.8.1998 (BGBl. I S. 2512) bewirkten Änderungen
GWB 2009	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen i.d.F. der durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20.4.2009 (BGBl. I S. 709) bewirkten Änderungen
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
HGrG	Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder (Haushaltsgrundsätzegesetz) vom 19.8.1969 (BGBl. I S. 1273), zuletzt geändert durch Gesetz vom 14.8.2017 (BGBl. I S. 3122)
h.M.	herrschende Meinung
HmbVgG	Hamburgisches Vergabegesetz vom 13.2.2006 (HmbGVBl. S. 57), zuletzt geändert durch Gesetz vom 18.7.2017 (HmbGVBl. S. 222)
Hrsg.	Herausgeber(in)
Hs.	Halbsatz
HVTG	Hessisches Vergabe- und Tariftreuegesetz vom 19.12.2014 (GVBl. S. 354), zuletzt geändert durch Gesetz vom 5.10.2017 (GVBl. S. 294)
IAO/ILO	Internationale Arbeitsorganisation bzw. <i>International Labour Organization</i> – UN-Sonderorganisation
IBRRS	IBR-Rechtssachen – Entscheidungssammlung der online-Datenbank für das Bau-, Architekten- und Immobilienrecht IBR ( <a href="http://www.ibr-online.de">www.ibr-online.de</a> )
i.d.F.	in der Fassung
i.E.	im Ergebnis
insb.	insbesondere
i.S.d./i.S.v.	im Sinne des/der, im Sinne von
IT	Informationstechnologie
i.Ü.	im Übrigen
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)

JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
KMU	kleine und mittlere Unternehmen
KommJur	Kommunaljurist (Zeitschrift)
KonzVgV	Verordnung über die Vergabe von Konzessionen (Konzessionsvergabeverordnung) vom 12.4.2016 (BGBl. I S. 624, 683), zuletzt geändert durch Gesetz vom 18.7.2017 (BGBl. I S. 2745)
krit.	kritisch
KRL	Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2.2014 über die Konzessionsvergabe (Konzessionsrichtlinie), ABl. 2014, Nr. L 94, S. 243 ff.
LGG	Landesgleichstellungsgesetz
LHO	Landeshaushaltsordnung
lit.	litera
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung (Zeitschrift)
LTMG-BW	Tariftreue- und Mindestlohngesetz für öffentliche Aufträge in Baden- Württemberg (Landestariftreue- und Mindestlohngesetz) vom 16.4.2013 (GBl. S. 50), zuletzt geändert durch Gesetz vom 21.11.2017 (GBl. S. 597, 606)
LTTG-RhPf	Landesgesetz zur Gewährleistung von Tariftreue und Mindestentgelt bei öffentlichen Auftragsvergaben in Rheinland-Pfalz (Landestariftreuegesetz) vom 1.12.2010 (GVBl. S. 426), zuletzt geändert durch Gesetz vom 8.3.2016 (GVBl. S. 178)
LVerf	Landesverfassung
LVG-SA	Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge in Sachsen-Anhalt (Landesvergabegesetz) vom 19.11.2012 (GVBl. S. 536), zuletzt geändert durch Gesetz vom 27.10.2015 (GVBl. S. 562)
MiLoG	Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns (Mindestlohngesetz) vom 11.8.2014 (BGBl. I S. 1348), zuletzt geändert durch Gesetz vom 18.7.2017 (BGBl. I S. 2739)
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NGO	<i>Non-Governmental Organisation</i> – Nichtregierungsorganisation
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NordÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht in Norddeutschland
Nr.	Nummer(n)
NRW	Nordrhein-Westfalen

## Abkürzungsverzeichnis

NTVergG	Niedersächsisches Gesetz zur Sicherung von Tariftreue und Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Niedersächsisches Tariftreue- und Vergabegesetz) vom 31.10.2013 (GVBl. S. 259), zuletzt geändert durch Gesetz vom 15.12.2016 (GVBl. S. 301)
NuR	Natur und Recht (Zeitschrift)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
o.a.	oder andere
OLG	Oberlandesgericht
ÖPNV	Öffentlicher Personennahverkehr
ÖPP	öffentlich-private Partnerschaft(en)
ParlStS	Parlamentarische(r) Staatssekretär(in)
<i>pass.</i>	passim
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)
Rn.	Randnummer(n)
Rs.	Rechtssache(n)
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite(n) bzw. Satz/Sätze
s.	siehe
SektVO	Verordnung über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung (Sektorenverordnung) vom 12.4.2016 (BGBl. I, S. 624, 657), zuletzt geändert durch Gesetz vom 18.7.2017 (BGBl. I S. 2745)
SGB	Sozialgesetzbuch
Slg.	Amtliche Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs und des Gerichts der Europäischen Union
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannte(r)
SPNV	Schienenpersonennahverkehr

SRL	Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2.2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG (Sektorenrichtlinie), ABl. 2014, Nr. L 94, S. 243 ff.
SRPP	<i>Socially Responsible Public Procurement</i> – Leitinitiative der Europäischen Kommission zur sozialgerechten Beschaffung
std. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StGB	Strafgesetzbuch
s.u.	siehe unten
TED	<i>Tenders Electronic Daily</i> – Online Version des Supplements zum Amtsblatt der Europäischen Union für das europäische öffentliche Auftragswesen, zugänglich über <a href="http://www.ted.europa.eu">www.ted.europa.eu</a>
ThürVgG	Thüringer Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Thüringer Vergabegesetz) vom 18.4.2011 (GVBl. S. 69), zuletzt geändert durch Gesetz vom 23.7.2013 (GVBl. S. 202)
TTG-SH	Schleswig-Holsteinisches Gesetz über die Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Tariftreue- und Vergabegesetz Schleswig-Holstein) vom 31.5.2013 (GVOBl. S. 239)
TVgG-NRW	Nordrhein-westfälisches Gesetz über die Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen) i.d.F. vom 31.1.2017 (GVBl. S. 261)
TVgG-Br	Bremisches Gesetz zur Sicherung von Tariftreue, Sozialstandards und Wettbewerb bei öffentlicher Auftragsvergabe (Tariftreue- und Vergabegesetz) vom 24.11.2009 (Brem.GBl. S. 476), zuletzt geändert durch Gesetz vom 12.12.2017 (Brem.GBl. S. 773)
Tz.	Textziffer
UA	Unterabsatz
u.a.	unter anderem bzw. und andere
u.ä.	und ähnliche
UBA	Umweltbundesamt
UN	<i>United Nations</i> – Vereinte Nationen
usw.	und so weiter

## Abkürzungsverzeichnis

UVgO	Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterschwellenvergabeordnung) – Ausgabe 2017 – vom 2.2.2017 (BAnz. AT vom 7.2.2017, B1)
v.a.	vor allem
verb. Rs.	verbundene Rechtssachen
VerfGH NRW	Verfassungsgerichtshof des Landes Nordrhein-Westfalen
VergabeR	Zeitschrift für das gesamte Vergaberecht
VergStatVO	Verordnung zur Statistik über die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen (Vergabestatistikverordnung) vom 12.4.2016 (BGBl. I S. 624, 691)
VG	Verwaltungsgericht
VgG M-V	Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge in Mecklenburg-Vorpommern (Vergabegesetz Mecklenburg-Vorpommern) vom 7.7.2011 (GVOBl. M-V S. 411), zuletzt geändert durch Gesetz vom 21.12.2015 (GVOBl. M-V S. 587)
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VgV	Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung) vom 12.4.2016 (BGBl. I S. 624), zuletzt geändert durch Gesetz vom 18.7.2017 (BGBl. I S. 2745)
VK	Vergabekammer
VKR	Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.3.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (Vergabekoordinierungsrichtlinie), ABl. 2004, Nr. L 134, S. 114 ff.
VOB/A 2009	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil A (VOB/A) – Ausgabe 2009 – i.d.F. vom 31.7.2009 (BAnz. Nr. 155a vom 15.10.2009)
VOB/A 2012	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil A (VOB/A) – Ausgabe 2012 – i.d.F. vom 24.10.2011 (BAnz. Nr. 182a vom 2.12.2011)
VOB/A 2016	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil A (VOB/A) – Ausgabe 2016 – vom 7.1.2016 (BAnz. AT vom 19.1.2016 B3)
VOF	Vergabeordnung für freiberufliche Dienstleistungen (VOF) – Ausgabe 2009 – i.d.F. vom 18.11.2009 (BAnz. Nr. 185a vom 8.12.2009)

VOL/A	Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen – Teil A (VOL/A) – Ausgabe 2009 – i.d.F. vom 20.11.2009 (BAnz. Nr. 196a vom 29.12.2009)
VPR	Vergabep Praxis & -recht (Zeitschrift)
VRL	Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (allgemeine Vergaberichtlinie), ABl. 2014, Nr. L 94, S. 65 ff.
VSVgV	Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit zur Umsetzung der Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.7.2009 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG (Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit – VSVgV) vom 12.7.2012 (BGBl. I S. 1509), zuletzt geändert durch Gesetz vom 18.7.2017 (BGBl. I S. 2745)
VwV	Verwaltungsvorschrift
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung (Zeitschrift)
WSI-Mitteilungen	Zeitschrift des Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Instituts der Hans-Böckler-Stiftung
WTO	<i>World Trade Organization</i> – Welthandelsorganisation
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
z.B.	zum Beispiel
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Zi.	Ziffer(n)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
z.T.	zum Teil
zugl.	zugleich
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht



## 1. Kapitel: Einleitung

Die Beschäftigung mit dem öffentlichen Beschaffungswesen als Rechtsmaterie führt schnell zu der Frage, ob und inwieweit dieses auch zur Durchsetzung politischer Zwecke fruchtbar gemacht werden kann, indem z.B. Fragen des Umweltschutzes, der Sozial- und Gesellschaftspolitik oder der Wirtschafts- und Strukturpolitik bei der Vergabeentscheidung berücksichtigt werden. Eine solche Fruchtbarmachung – kritische Stimmen sprechen von Instrumentalisierung – wird heute unter dem Begriff der strategischen Vergabe behandelt.

Die Präsenz des Themas in wissenschaftlicher Rezeption und Praxis, aber auch im positiven Recht selbst, ist im Kern zum einen mit der ökonomischen Bedeutung des Vergabewesens insgesamt und mit der daraus erwachsenden Wirksamkeit und zugleich Eingriffsintensivität politischer Lenkung zu erklären. Zum anderen enthält die Thematik Fragen von inhaltlicher Brisanz, die sich aus dem Aufeinanderprallen von den Gesetzen des Marktes unterworfenen rationaler Nachfrage einerseits und gemeinwohlorientierter – und damit multifunktional ausgerichteter – Steuerung andererseits ergibt. Dass hierbei eine Vielzahl widerstreitender Interessen betroffen sind, liegt auf der Hand. Zu nennen sind in erster Linie die Belange der auf verschiedene Weise positiv oder negativ betroffenen Unternehmen in den Beschaffungsmärkten und die potentiellen Nutznießer politischer Lenkungsprozesse sowie die an einer kostengünstigen und effizienten Beschaffung interessierten Steuerzahlerinnen und Steuerzahler. Nicht zuletzt sind politische Entscheidungen – und erst recht solche im Bereich der Nachhaltigkeit – per se ideologisch besetzt und Nutzen wie Schaden Gegenstand kontrovers geführter Debatten.

In dem skizzierten Spannungsfeld bewegt sich die vorliegende Arbeit, die den Blick auf die rechtlichen Implikationen richtet.

Die Auswahl eines Themas für diese Arbeit stützt sich aber nicht nur auf die damit verbundenen interessanten und vielseitigen Fragestellungen, sondern verspricht auch aus rechtswissenschaftlicher Perspektive Erkenntnisgewinn. Denn zur fraglichen Thematik liegt zwar bereits umfangreiches und zum Teil zeitlich weit zurückreichendes Material vor. Wenngleich die über viele Jahre kritisch hinterfragte Zulässigkeit der Einbeziehung strate-

gischer Zwecke überhaupt<sup>1</sup> nunmehr im Grundsatz geklärt sein mag, wurden die Möglichkeiten und die Grenzen einer strategischen Vergabe aus heutiger Sicht aber keineswegs erschöpfend und übergreifend behandelt. Vielmehr ist die Thematik weiterhin Aufhänger für einige der meistumstrittenen Fragen des Vergaberechts, die von den äußeren Grenzen bis zu Einzelheiten in der Detailschärfe der gesetzlichen Ausformung reichen. Zudem bestehen insbesondere unter Berücksichtigung der zuletzt grundlegend novellierten Rechtslage weiterhin vielfach Unsicherheiten und mannigfaltige Streitfragen bei der Anwendung der Möglichkeiten strategischer Vergabe, denen sich die vorliegende Arbeit stellt.

### A. Hintergrund und Fragestellung

Untersuchungen zur politischen Lenkung öffentlicher Beschaffungsvorgänge beginnen oftmals mit einem Verweis auf die enorme volkswirtschaftliche Bedeutung des Beschaffungswesens und die damit verbundene gewaltige Nachfragemacht der öffentlichen Hand, die wiederum der strategischen Vergabe ein besonderes Gewicht verleiht. Auch die vorliegende Untersuchung will sich nicht der Tatsache entziehen, dass die öffentliche Vergabe in Deutschland wie in Europa aufgrund des wirtschaftlichen Gewichts ein herausragendes Instrument staatlicher Wirtschaftspolitik ist und damit zugleich erhebliches Steuerungspotential aufweist.<sup>2</sup> Der Staat ist in Deutschland der größte Nachfrager. Die EU Kommission schätzt, dass EU-weit jährlich öffentliche Aufträge im Wert von 2 Billionen Euro vergeben

---

1 S. etwa grundlegend *Benedict*, Sekundärzwecke, *pass.*; des Weiteren *Beuttenmüller*, Vergabefremde Kriterien, *pass.*; *Meyer*, Politische Zielsetzungen, *pass.*; *Ölcüm*, Soziale Belange, *pass.*; *Arrowsmith*, Social and environmental policies, *pass.*

2 Die Kommission hatte bereits in einem Grünbuch von 1996 darauf hingewiesen, dass öffentliche Beschaffungen erheblich dazu beitragen können, die Wirtschaftsteilnehmer in ihrem Handeln zu lenken, s. Grünbuch der Kommission vom 27.11.1996, Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union – Überlegungen für die Zukunft, KOM (1996) 583 endg., Tz. 5.38 ff. S. auch zuletzt in einer Mitteilung der Kommission vom 3.10.2017, Eine funktionierende öffentliche Auftragsvergabe in und für Europa, KOM (2017) 572 endg., S. 2: „Ein beträchtlicher Teil der Investitionen in unsere Wirtschaft erfolgt durch Ausgaben im Rahmen der Vergabe öffentlicher Aufträge, die mit einem Anteil von 14 % am BIP der EU ein grundlegendes Element des ‚Ökosystems‘ für Investitionen bilden. Die Behörden können diesen Hebel strategisch geschickter einsetzen, um für die eingesetzten öffentlichen Gelder bessere Erträge zu erhalten und um zu einer innovativeren, nachhaltigeren, inklusiveren und wettbewerbsfähigeren Wirtschaft beizutragen.“

werden.<sup>3</sup> Dies entspricht ca. 14 % des europäischen Bruttoinlandsproduktes. Eine strategische Ausrichtung der öffentlichen Nachfrage am Maßstab bestimmter Nachhaltigkeitsvorgaben betrifft deshalb nicht nur die Auswahl von Produkten und Leistungen selbst, weil die so beschafften Waren umweltfreundlicher, öffentliche Einrichtungen inklusiver oder in Anspruch genommene Leistungen innovativer werden. Die enorme Nachfrage macht hat vielmehr auch Anreizwirkung<sup>4</sup> auf Unternehmen, die sich auf einen gestiegenen Bedarf an nachhaltigen Angeboten einstellen und entsprechende Produktionsverfahren und interne Strukturen etablieren. Hierdurch können wiederum Verbrauchstendenzen insgesamt beeinflusst werden, wenn Märkte für nachhaltige Produkte und Dienstleistungen geschaffen oder ausgebaut werden.<sup>5</sup> Die öffentliche Beschaffung hat also gleichsam Vorbildfunktion für die freie Wirtschaft und ist Mittel indirekter Steuerung.<sup>6</sup>

Es liegt folglich nahe zu behaupten, die Frage nach einer Fruchtbarmachung des Beschaffungswesens für besondere politische Zielsetzungen stelle sich vor dem Hintergrund der gewaltigen volkswirtschaftlichen Bedeutung des Vergaberechts bereits aus sich selbst heraus.<sup>7</sup> Gleichwohl will die vorliegende Untersuchung den Blick auch auf den politischen Druck von außen richten, der in besonderem Maße von der Europäischen Union ausgeht, aber auch von der völkerrechtlichen Bindung an bestimmte Nachhaltigkeitsziele und nicht zuletzt von den innerstaatlichen Erwartungen an ein umweltpolitisches und sozialgerechtes Handeln des Staates. So geht etwa auch die Europäische Kommission davon aus, dass die EU-Bürgerinnen und Bürger von der öffentlichen Beschaffung mehr erwarten als den Einkauf zum kleinsten Preis. Sie verlangten vielmehr „faire Gegenleistungen

---

3 S. Mitteilung der Kommission über eine funktionierende öffentliche Auftragsvergabe (Fn. 2); Schätzungen auf der Grundlage von Eurostat-Daten. S. auch ausführlich die Erhebungen der Kommission in dem Papier Public Procurement Indicators 2015 vom 19.12.2016, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/20679>.

4 *Kühling*, VerwArch 2004, 337 (337 f.), spricht von einer doppelten „ökologischen Rendite“: einerseits unmittelbarer Nutzen bei der konkreten Beschaffung und andererseits mittelbare Steuerungseffekte durch die Nachahmung der Vergabepraktiken. *Mosters*, Ethische Beschaffung, S. 139 ff.: Wirkung als Multiplikator.

5 S. *Wegener*, NZBau 2010, 273 (274), sowie eingehend *Mosters*, Ethische Beschaffung, S. 139 ff.

6 Vgl. *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, GWB § 97 Rn. 1.

7 Vgl. bereits *Pietzcker*, Staatsauftrag, S. 309 f.

in Form qualitativ hochwertiger öffentlicher Dienstleistungen“<sup>8</sup>, die den Ansprüchen der Gemeinschaft an eine gesunde und intelligente Umgebung und eine sichere und innovative Infrastruktur genügen. Hierfür sei nach Auffassung der Kommission ein strategisches Vorgehen bei der Beschaffung notwendig.

Der politische Druck zu mehr Nachhaltigkeit im staatlichen Handeln von außen kommt auf europäischer Ebene etwa in der Grundsatzstrategie Europa 2020<sup>9</sup> zum Ausdruck, die im Sinne eines intelligenten, nachhaltigen und inklusiven Wachstums konkrete umwelt- und sozialpolitische Ziele formuliert und das Konzept der nachhaltigen Entwicklung als Leitmaxime für staatliche Tätigkeiten vorgibt. Und auch die internationale Staatengemeinschaft hat sich mit der sog. Agenda 2030<sup>10</sup> sowie mit dem Pariser Klimaschutzabkommen<sup>11</sup> ambitionierte Ziele für eine nachhaltige Entwicklung gesetzt. Bei der Umsetzung der Ziele spielt jeweils ausdrücklich auch das öffentliche Beschaffungswesen eine Rolle.<sup>12</sup> Diese politischen Erwartungen setzen sich auch im deutschen Regierungshandeln fort. So hat die Bundesregierung in ihrer Deutschen Nachhaltigkeitsstrategie bestimmte Indikatoren für eine nachhaltige öffentliche Beschaffung definiert.<sup>13</sup>

Damit sind einleitend zunächst Potential des öffentlichen Beschaffungswesens einerseits sowie Erwartungen an eine Nutzbarmachung zugunsten strategischer Zwecke andererseits grob umrissen. Zum Hintergrund soll al-

---

8 S. Mitteilung der Kommission (Fn. 2), S. 2.

9 S. Mitteilung der Kommission vom 3.3.2010, Europa 2020: Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum, KOM (2010) 2020 endg. (im Folgenden: Europa 2020). Der Europäische Rat hat die Strategie am 17.6.2010 verabschiedet und sich damit zur Umsetzung der Kernziele in den Mitgliedstaaten bekannt, s. die Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom 25.3.2010 (EUCO 7/10) bzw. 17.6.2010 (EUCO 13/10).

10 S. Resolution der UN-Generalversammlung vom 25.9.2015, Transformation unserer Welt: Die Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung, A/Res/70/1.

11 Vertragstext in deutscher Sprache abrufbar unter [http://m.bmu.de/fileadmin/Daten\\_BMU/Download\\_PDF/Klimaschutz/paris\\_abkommen\\_bf.pdf](http://m.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Klimaschutz/paris_abkommen_bf.pdf).

12 Im Rahmen der Leitinitiative „Ressourcenschonendes Europa“ der Strategie Europa 2020 sind die Mitgliedstaaten etwa aufgefordert, „marktwirtschaftliche Instrumente wie Steueranreize und öffentliche Aufträge dazu zu nutzen, Produktions- und Verbrauchsgewohnheiten anzupassen“ sowie dazu, „den Verbrauch von Energie und Ressourcen zu reduzieren“, s. Strategiepapier (Fn. 9), S. 19. Der Resolutionstext der Agenda 2030 (s. Fn. 10) nennt als eine Zielvorgabe „in der öffentlichen Beschaffung nachhaltige Verfahren [zu] fördern“, s. S. 24.

13 S. Deutsche Nachhaltigkeitsstrategie, Aktualisierung 2018, S. 43 f.; abrufbar über [www.bundesregierung.de](http://www.bundesregierung.de).

lerdings keineswegs verschwiegen werden, dass insbesondere die deutsche Debatte maßgeblich von der Kritik an einer von politischen Vorstellungen beeinflussten öffentlichen Auftragsvergabe bestimmt wurde und zum Teil weiterhin wird. Der Bundestagsabgeordnete *Heider* (CDU) verlangte etwa noch 2012: „Eine politische Instrumentalisierung des Auftragsrechts und der Auftragsvergabe darf es nicht geben.“<sup>14</sup> Eine so pauschale Ablehnung erfährt die Materie der strategischen Beschaffung heute nur noch selten, zumal der Grundstein für ihre Zulässigkeit, wie zu zeigen sein wird, normativ längst gelegt ist. Gleichwohl existieren weiterhin diverse Vorbehalte gegen eine Nutzbarmachung der Beschaffung zugunsten von gemeinwohlorientierten Belangen, die sich insbesondere in der Zurückhaltung bei der tatsächlichen Anwendung der vorhandenen Instrumente der strategischen Beschaffung in den Vergabestellen zeigt.

Diese Skepsis gegenüber dem tatsächlichen Nutzen einer strategischen Vergabe ist zum Teil rechtshistorisch bedingt.<sup>15</sup> So zielte das Vergaberecht in seiner ursprünglichen Gestalt primär auf die Öffnung der Beschaffungsmärkte sowie die Vermeidung von Korruption bzw. auf die sparsame Verwendung der Haushaltsmittel. Die Ausrichtung war also ausschließlich wettbewerbspolitisch sowie haushaltsrechtlich geprägt. Demgegenüber steht die politikorientierte Beschaffung traditionell im Verdacht, den staatlichen Einkauf zu verteuern und den Wettbewerb zu beschränken. So ging man lange davon aus, dass jeder das Vergabeverfahren betreffende Aspekt, der nicht unmittelbar auf preislichen Erwägungen beruht, einer wirtschaftlichen Beschaffung entgegenstehe und darüber hinaus auch in wettbewerbswidriger Weise bestimmte Unternehmen bevorzuge.<sup>16</sup> Darüber hinaus haftet der strategischen Vergabe teilweise ein Protektionismusvorwurf an, der auf der Annahme beruht, die Ausrichtung der Beschaffung an bestimmten qualitativen oder gar umweltbezogenen bzw. sozialen Stan-

---

14 Aussage anlässlich einer Debatte im Bundestag zu fehlenden Frauenquoten als Wettbewerbsnachteil für deutsche Unternehmen bei der Teilnahme an europaweiten öffentlichen Aufträgen am 28.3.2012, s. Plenarprotokoll 17/171, 20174 ff.

15 S. zu den Grundkonflikten auch *Ziekow*, DÖV 2015, 897 (897 f.).

16 Diese Vorstellung lag offenbar auch einer Antwort der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage der SPD-Fraktion 1998 zugrunde: „Die Aussage, daß die Mitberücksichtigung anderer gesellschaftspolitischer Ziele, den Einkauf prinzipiell verteuert, ist unmittelbar einsichtig: Wenn nicht die Ware oder die Leistung gekauft wird, deren Preis-Leistungs-Verhältnis die beste Relation aufweist, muß das Ergebnis Unwirtschaftlichkeit und damit Verteuerung der öffentlichen Aufträge sein.“, s. BT-Drs. 19/10726, S. 23. Zum vermeintlichen Widerspruch von Wirtschaftlichkeit und Nachhaltigkeit s. umfassend *Ekarde*, Theorie der Nachhaltigkeit, S. 52 ff.

dards bewirke eine Abschottung gegenüber weniger entwickelten Volkswirtschaften, die diese Standards nicht gewährleisten können.<sup>17</sup>

Als Nachteil der strategischen Beschaffung wird nicht zuletzt auch ein damit verbundener Zusatzaufwand für Vergabestellen und Unternehmen benannt, der unter Umständen personelle und finanzielle Ressourcen bereits im Vorfeld der eigentlichen Beschaffung bindet. So verlangt die umweltgerechte Beschaffung von Vergabestellen ggf. eine umfassende Ökobilanzierung oder Kosten-Nutzen-Rechnung, die sämtliche Auswirkungen des Beschaffungsvorhabens und ihrer Alternativen im Blick hat. Ein zusätzlicher Aufwand kann auch durch die Ausarbeitung anforderungsgerechter Kriterien sowie durch die umfangreichere Prüfung und Bewertung von Angeboten entstehen. Die strategische Beschaffung erfordert damit eine größere politische Eigenverantwortung der öffentlichen Auftraggeber<sup>18</sup> sowie eine Veränderung der Gewohnheiten im Zusammenhang mit der Vergabe öffentlicher Aufträge.<sup>19</sup> Auf Seiten der Unternehmen gestaltet sich die Ausarbeitung anforderungsgerechter Angebote tendenziell schwieriger, wenn qualitative Aspekte berücksichtigt werden. Solche zusätzlichen Verwaltungsaufwände stehen schließlich im Verdacht, insbesondere kleinere und mittlere Unternehmen stärker zu belasten oder von einer Teilnahme sogar gänzlich abzuschrecken.

Dem gegenüberzustellen sind die diversen positiven Aspekte der strategischen Beschaffung. Hierunter fallen zum einen die unmittelbaren Vorteile für den öffentlichen Auftraggeber selbst, die durch den zielgerichteten Einkauf von am individuellen Bedarf ausgerichteten Produkten und Leistungen entstehen. Der öffentliche Auftraggeber profitiert womöglich von gesteigerten Innovations- und Kreativitätspotentialen.<sup>20</sup> Darüber hinaus besteht im Einzelfall auch Kostensenkungspotential, wenn aufgrund strategischer Erwägungen z.B. besonders energieeffiziente, langlebige oder

---

17 Diese Befürchtungen werden etwa auch von der EU-Kommission geteilt, s. Study on 'Strategic use of public procurement in promoting green, social and innovation policies' – Final Report vom 4.3.2016, S. 6, 65 f., abrufbar unter <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/17261>. Die Kommission verlangt vor diesem Hintergrund präzise Leitlinien darüber, welche Maßnahmen zulässig sind und welche nicht.

18 Die Verfasserin dieser Arbeit ist um eine geschlechtergerechte Sprache bemüht. Bestimmte, dem Vergaberecht inhärente Begriffe, wie etwa „Auftraggeber“, „Auftragnehmer“, „Bewerber“ oder „Bieter“, werden aber als in der Rechtsordnung so verwendete feststehende Rechtsbegriffe verstanden, auf die die Grundsätze der sprachlichen Gleichbehandlung nicht angewendet werden.

19 Vgl. Mitteilung der Kommission (Fn. 2), S. 4.

20 Zu den Vorteilen vgl. weiter *Wiedmann*, Soziale Vergabekriterien, S. 180 ff.

innovative Produkte eingekauft werden. Gesamtwirtschaftlich gesehen profitiert die Allgemeinheit von Verbesserungen beim Umweltschutz oder von besonderen Maßgaben für die sozialgerechte Leistungserbringung. Dabei wirkt das Beschaffungswesen als Multiplikator für das Konsumverhalten insgesamt. Mit Blick auf den befürchteten Mehraufwand kann argumentiert werden, dass dieser langfristig durch eine zunehmende Professionalisierung bei den Vergabestellen und durch entsprechend bereitgestellte Hilfsmittel (d.h. Textbausteine, Leitfäden, Schulungen etc.) abgedeckt würde.

Abgesehen von den skizzierten ideologischen – aber auch praktischen – Gräben, die die strategische Vergabe zu überwinden sucht, kann zuletzt gefragt werden, ob der Staat nicht nur infolge einer Abwägung von Vor- und Nachteilen zur Eröffnung von Möglichkeiten der strategischen Beschaffung gehalten, sondern aus seiner Verantwortung für entwicklungs- politische Prozesse insgesamt sogar dazu verpflichtet ist.<sup>21</sup> Denn die öffentliche Hand ist nicht nur den Interessen der Haushaltsschonung unterworfen; das Grundgesetz bindet sie vielmehr an Aufträge mit unterschiedlichen Zielrichtungen – also an die Wirtschaftlichkeit staatlichen Handelns und die Freiheit unternehmerischer Tätigkeit ebenso wie an soziale Interessen und den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen. Und schließlich hat sich der Staat, wie beschrieben, auch verschiedene Verpflichtungen im Bereich des Umweltschutzes und der sozialen Mindeststandards selbst auferlegt.<sup>22</sup> Die politische Gestaltung der rechtlichen Rahmenbedingungen ist nicht zuletzt Hauptaufgabe des Gesetzgebers.<sup>23</sup> Das Konzept der strategischen Beschaffung wird für die vorliegende Untersuchung allerdings von der (wirtschafts-)verfassungsrechtlichen Frage nach ihrer grundsätzlichen Zulässigkeit bzw. Gebotenheit gelöst und soll vielmehr – ganz im Sinne

---

21 Vgl. hierzu *Pietzcker*, Staatsauftrag, S. 399: die öffentliche-rechtlichen Bindungen des Staatshandelns. S. auch *Kühnast*, in: MüKo Wettbewerbsrecht – Bd. 3, 2. Aufl. 2018, § 97 Rn. 82. Eine solche Verantwortung und Vorbildfunktion der öffentlichen Hand nahm etwa auch der Gesetzgeber bei Erlass des Gesetzes zur Einführung eines Bundes-Klimaschutzgesetzes an, s. Gesetzesbegründung zu § 13, BT-Drs. 19/14337, S. 36.

22 S. *Mosters*, Ethische Beschaffung, S. 139 ff., der insofern eine Kohärenz des staatlichen Handelns verlangt.

23 S. hierzu *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, GWB § 97 Rn. 97: „Methoden indirekter Steuerung sind keineswegs eine Anomalie, sondern angesichts der beschränkten Wirkung traditionellen Ordnungsrechts vielfach eine sachliche Notwendigkeit, um die Gestaltungskraft der Politik in komplexen Gesellschaften zu sichern. In diese Tendenz fügt sich auch die Instrumentalisierung staatlicher Nachfragemacht zu Steuerungszwecken ein.“

## *1. Kapitel: Einleitung*

des Titels der vorliegenden Arbeit – an den Fragen der Möglichkeiten und Grenzen ihrer Implementierung im Einzelnen gemessen werden. Die Antworten hierauf liefert in erster Linie das positive Recht, das spätestens seit der letzten umfassenden Neuordnung enormes Potential für eine strategische Ausrichtung von Beschaffungsvorgängen bietet und von dem Konzept der nachhaltigen Entwicklung geradezu leitmotivartig durchsetzt ist.

Aufgabe der vorliegenden Arbeit ist es, das durch die Rechtsentwicklung vermittelte tatsächliche Potential des Beschaffungswesens für die politische Lenkung aus rechtlicher Sicht zu beleuchten um rechtliche und praktische Möglichkeiten und Grenzen der strategischen Beschaffung auszuloten. Hierzu dient als Grundlage der geltende Rechtsrahmen, dessen Implikationen für eine nachhaltigkeitsorientierte Vergabe nicht ohne die entsprechende rückblickende Betrachtung der Rechtsentwicklung verstanden werden können. Gegenstand der Untersuchung sind überdies die praktischen Umsetzungshürden sowie Hemmnisse und die bislang nicht ausgeschöpften Potentiale im Einzelfall.

## *B. Gang der Untersuchung*

Die vorliegende Untersuchung erschließt den Gegenstand der Arbeit nach dieser Einleitung über fünf weitere Kapitel. Das zweite Kapitel enthält eine umfassende chronologische Aufarbeitung der nationalen und europäischen Rechtsgrundlagen sowie der einschlägigen Rechtsprechung im Bereich der Einbindung von Nachhaltigkeitszwecken in die öffentliche Auftragsvergabe bis zur heute gültigen Rechtslage. Hierbei sollen Hintergründe und Umstände eines signifikanten Bedeutungswandels der strategischen Vergabe im Laufe der Rechtsentwicklung ausgeleuchtet werden. In dem sich anschließenden dritten Kapitel wird untersucht, ob und inwieweit sich aus dem übergeordneten völker-, unions- und verfassungsrechtlichen Rahmen Schranken für eine strategische Vergabe in Deutschland ergeben und innerhalb welcher Entscheidungs- und Gestaltungsräume sich öffentliche Auftraggeber vor diesem Hintergrund bewegen. Das vierte Kapitel beleuchtet die rechtlichen Möglichkeiten sowie Grenzen einer strategischen Beschaffung im deutschen Vergaberecht im Einzelnen. Die dogmatische Annäherung erfolgt dabei über eine Betrachtung der einzelnen Phasen des Vergabeverfahrens und der dort jeweils verorteten Schnittstellen, die eine Berücksichtigung strategischer Aspekte erlauben. Das nachfolgende fünfte Kapitel widmet sich sodann der praktischen Seite der strategischen Vergabe. Hier sollen anhand verschiedener Problemkreise Umset-

zungsschwierigkeiten und Hürden bei der Anwendung der Instrumente der strategischen Vergabe benannt und Lösungsansätze aufgezeigt werden. Eine Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse sowie Schlussbetrachtungen schließen die Arbeit im letzten Kapitel ab.

Um den Fokus der Untersuchung auf die wesentlichen rechtlichen Fragen innerhalb der ohnehin schon umfangreichen Materie zu richten, wird der Forschungsgegenstand in einigen grundlegenden Punkten beschränkt und damit der „Grundfall“ eines öffentlichen Vergabeverfahrens abgebildet: Gegenstand der Arbeit sind im Wesentlichen nur öffentliche Aufträge im Anwendungsbereich des vierten Teils des GWB, d.h. im Bereich oberhalb der EU-Schwellenwerte, sowie reguläre Vergaben im Anwendungsbereich der Allgemeinen Vergaberichtlinie 2014/24/EU. Auf Besonderheiten für Konzessionsvergaben, für Sektorentätigkeiten oder für verteidigungs- und sicherheitsspezifische öffentliche Aufträge wird also allenfalls am Rande hingewiesen. Darüber hinaus wird sich die Darstellung weitestgehend auf die von der VgV abgebildete Rechtslage für Liefer- und Dienstleistungen konzentrieren, wenngleich sich diese von der Rechtslage im Bereich der Bauvergaben nur unwesentlich unterscheidet. Auf Besonderheiten im Bereich der öffentlichen Bauaufträge wird ggf. gesondert – aber nicht abschließend – hingewiesen.

### *C. Terminologische Vorüberlegungen*

Bevor sich die Untersuchung ihrem eigentlichen Gegenstand zuwendet, soll einführend auf terminologische Besonderheiten eingegangen werden, die zur Erschließung des bearbeiteten Themas von nicht unwesentlicher Bedeutung sind.

Dabei drängt sich angesichts der in Wissenschaft und Praxis aufgegriffenen Vielfalt an Begrifflichkeiten zunächst die Frage auf, welche Bezeichnung die den Bearbeitungsgegenstand selbst erfassenden Vorgänge am besten beschreibt (s. unter I.). Daneben soll auch der für die Arbeit grundlegende Begriff der nachhaltigen Entwicklung geklärt werden (s. unter II.).

#### **I. Vergabefremde Kriterien – Sekundärzwecke – strategische Beschaffung**

Gegenstand der Arbeit sind all jene Faktoren bei der öffentlichen Auftragsvergabe, die nicht unmittelbar und ausschließlich der Beschaffung im Sinne eines Einkaufs zum günstigsten Preis zu dienen bestimmt sind. Die Be-

zeichnung dieser Faktoren ist in der wissenschaftlichen Rezeption nicht eindeutig geklärt, was bereits auf die kritische Auseinandersetzung mit der Thematik insgesamt schließen lässt. Zu Beginn wurde die entsprechende Diskussion ausschließlich unter dem Stichwort „vergabefremde Aspekte“ geführt. Bald darauf tauchte die Bezeichnung „Sekundärzwecke“<sup>24</sup> auf, die teilweise bis heute fortgeführt wird. Schließlich wird vor allem in der letzten Zeit von einer „nachhaltigen“ oder „strategischen Beschaffung“ gesprochen, wenn es um die Einbeziehung ebenjener zusätzlicher Faktoren geht. Es fällt auf, dass die Wahl der Begrifflichkeit sich zum Teil kongruent zur inhaltlichen Akzeptanz verhält: Nicht selten wohnt der einzelnen Bezeichnung dieser Faktoren bereits eine Wertung inne. So scheint der Begriff „vergabefremd“ (oder auch beschaffungs- oder wettbewerbsfremd) zu implizieren, dass über die reine Beschaffung hinausgehende Zwecke bei der Vergabe im eigentlichen Sinne nichts zu suchen haben. Demgegenüber hat derjenige, der von einer „strategischen Beschaffung“ spricht, vermeintlich einen besonderen Zusatznutzen in der Verwendung solcher Kriterien entdeckt. Insgesamt ist festzustellen, dass parallel zur zeitlichen Entwicklung der Thematik auch eine terminologische Entwicklung stattgefunden hat, die bereits von zunehmender Akzeptanz geprägt ist.

Das Verständnis über die Verwendung einer bestimmten Begrifflichkeit ist eng verknüpft mit der Betrachtung der Ziele und Aufgaben des Vergaberechts.

Allgemein gesprochen ist das Vergaberecht in seiner heutigen Form mit Aufgaben von verschiedenem Zweck ausgestattet. Es handelt sich dabei einerseits um verhaltenslenkende Aufgaben nach außen, die also den Wettbewerb und den Markt mit seinen Teilnehmern treffen sollen. Auf der anderen Seite verfolgt das Vergaberecht auch Zwecke der Machtbegrenzung nach innen, nämlich dann, wenn die öffentliche Hand etwa zu wirtschaftlichem Handeln und zur Gleichbehandlung, Transparenz und Gewährleistung von Wettbewerb aufgefordert ist.<sup>25</sup>

Im Konkreten sind die folgenden Aufgaben des Vergaberechts zu nennen: Es wird zunächst ein sog. Basiszweck<sup>26</sup> zugrunde gelegt, der in der

---

24 Hier ist insbesondere *Benedict* zu erwähnen, der sich gerade vor dem Hintergrund der negativen Konnotation des Begriffs „vergabefremd“ für eine neue Bezeichnung entschieden hat, s. *Sekundärzwecke*, *pass*. Interessant ist hierbei, dass er dennoch bereits im Untertitel der Arbeit wiederum von einer „Instrumentalisierung des Vergaberechts durch vergabefremde Aspekte“ ausgeht.

25 Vgl. hierzu ausführlich *Holoubek/Fuchs*, in: FS Marx, S. 267 ff.

26 Begriff nach *Burgi*, in: FS Marx, S. 75 ff.

bloßen Beschaffung zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben liegt.<sup>27</sup> Dieser Basiszweck braucht für sich kein formalisiertes Vergaberecht, denn der Staat ist grundsätzlich darin frei sich Leistungen am Markt zu beschaffen um die ihm obliegenden Aufgaben ordnungsgemäß zu erfüllen. Wird aber von „Vergaberecht“ gesprochen, also dem Regelwerk zur öffentlichen Auftragsbeschaffung, so liegt diesem zumindest auch ein sog. Primärzweck<sup>28</sup> (oder mehrere Primärzwecke) zugrunde. Bereits vor seiner europarechtlichen Überformung – als das öffentliche Beschaffungswesen noch dem Haushaltsrecht zugeordnet und als reines Innenrecht behandelt wurde – zielten die haushaltsrechtlichen Vorgaben auf Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit. Primärzweck der öffentlichen Beschaffung war also in dieser frühen Phase die Schonung öffentlicher Mittel. Begleitender Primärzweck war zudem die Sicherstellung willkürfreier staatlicher Nachfrage. Für das Vergaberecht in seiner heutigen Ausformung stehen die Gewährleistung wettbewerblicher Verhältnisse sowie die Effizienzsicherung im Mittelpunkt. Primärzwecke bilden nun also vor allem Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, Transparenz, Verteilungsgerechtigkeit und Korruptionsbekämpfung sowie die Festlegung auf das ökonomisch beste Ergebnis.

Die über den beschriebenen Basis- und Primärzweck hinausgehenden Beschaffungsziele sind Gegenstand der vorliegenden Arbeit. Solche Zwecke sind beispielsweise der Umweltschutz, die Mittelstandsförderung, die Begünstigung von Innovation oder die besondere Berücksichtigung gesellschaftspolitischer oder sozialer Angelegenheiten. Diese Zwecke könnten – unter Fortführung der begonnenen Kategorisierung – als „Sekundärzwecke“ beschrieben werden. Anderer Auffassung nach sind ebenjene Zwecke als „vergabefremd“ oder „beschaffungsfremd“ zu bezeichnen.<sup>29</sup> Wieder anderem Verständnis nach handelt es sich um „strategische Beschaffung“.

---

27 Demgegenüber sieht *Beuttenmüller*, Vergabefremde Kriterien, S. 47, schon die Beschaffung selbst (Befriedigung des Bedarfs) als Primärzweck an; alle weiteren, von der wirtschaftlichen Beschaffung selbst differierenden Zwecke seien dann Sekundärzweck. Dagegen wird argumentiert, dass etwa auch die Maßgaben der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit nicht bereits der Beschaffung immanent seien, sondern willkürlicher bzw. politischer Zweck, vgl. *Benedict*, Sekundärzwecke, S. 17.

28 *Fante*, Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens, S. 29, 56 f., geht demgegenüber von den Begriffspaaren Haupt- und Nebenzweck bzw. Beschaffungsziel – beschaffungsfremdes Ziel aus, erkennt aber selbst, dass eine Zuordnung der Zwecke nicht immer trennscharf vorgenommen werden kann.

29 So etwa bei *Dreber*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht – Bd. 2, 5. Aufl. 2014, GWB Vorb. vor §§ 97 ff. Rn. 3, der davon ausgeht, dass bei solchen „vergabefremden Zielen“ die Verfolgung politischer Ziele im Vergaberecht zu einer

Ausgehend von dem reinen Beschaffungsgedanken und unter Berücksichtigung der Haushaltsgrundsätze, die größtmögliche Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit verlangen, war die Auswahl des Auftragnehmers in den vergaberechtlichen Anfängen zunächst ausschließlich am Preis orientiert. Darauf stützt sich eine Vielzahl der Verfasser zu dem Thema, die von „vergabefremden“ Kriterien sprechen, wenn bei ihrer Einbindung nicht lediglich der reine Beschaffungszweck im Vordergrund steht.<sup>30</sup> Insbesondere *Beuttenmüller* nimmt an, dass jene Kriterien „weder die fachliche Eignung des Bieters betreffen noch der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen“ – und daher per se „in der Regel nicht leistungs- bzw. auftragsbezogen“ seien.<sup>31</sup> Am Ende der Argumentationskette für die gewählte Begrifflichkeit steht die Einschätzung, dass die in Rede stehenden Aspekte „der Beschaffung selbst gegenüber ‘fremd’“<sup>32</sup> seien.

Diese Auffassung geht nach heutigem Verständnis aber aus verschiedenen Gründen zu weit. Zum einen ist der Begriff „vergabefremd“ historisch mit sog. Regionalpräferenzen verknüpft. Danach konnten übergangsweise bestimmte einheimische oder lokale Unternehmen zugunsten von Regional- und Strukturpolitik und unter Inkaufnahme eines Mehrpreises präferiert werden.<sup>33</sup> Die Berücksichtigung nachhaltiger Aspekte nach heutigem Verständnis hat damit nichts mehr zu tun.

Zum anderen kann auch nach dem Wortlaut bzw. der vergaberechtlichen Systematik dem Vergaberecht nichts „fremd“ sein, was die Vergaberechtsordnung ausdrücklich zulässt. Dass politikorientierte Kriterien – zwar innerhalb bestimmter rechtlicher Grenzen, jedenfalls aber im Grundsatz – verwendet werden dürfen, wird diese Untersuchung zeigen.

---

Abweichung von der wirtschaftlichsten Beschaffung auf der Basis des Bieterwettbewerbs und der Bietergleichheit führt.

30 Auch *Opitz*, in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Aufl. 2013, GWB § 97 Abs. 4 Rn. 80, ging offenbar davon aus, dass sich eine „bestmögliche Güterbeschaffung“ und die Verwendung „vergabefremder“ Anforderungen gegenseitig ausschließen: „Anforderungen [...], deren Zweck nicht auf eine bestmögliche Güterbeschaffung gerichtet ist, sondern die in erster Linie der Verfolgung politischer Ziele dienen.“

31 *Beuttenmüller*, Vergabefremde Kriterien, S. 44. Ähnlich *Riese*, Vergaberecht, S. 201: „Das vergabefremde Kriterium ist also nicht in erster Linie auf die fachlich einwandfreie Auftragsbefreiung gerichtet.“ Besonders drastisch *Martin-Ehlers*, WuW 1999, 685: „Kriterien, die zu einer Diskriminierung bestimmter Bieter oder einer Abweichung vom Grundsatz des wirtschaftlichsten Angebots führen, [können] als 'vergabefremde Kriterien' definiert werden.“

32 *Beuttenmüller*, Vergabefremde Kriterien, S. 47.

33 Vgl. dazu *Rust*, EuZW 2000, 205 (206).

Und schließlich geht die beschriebene Einordnung der weitergehenden Zwecke als „vergabefremd“ auch im Hinblick auf das vergaberechtliche Telos fehl. Denn einerseits kann argumentiert werden, dass bereits jeder Primärzweck willkürlich bzw. politisch vorgegeben ist. Denn die Beschaffung steht nicht zwingend aus sich selbst heraus unter der Leitmaxime der Wirtschaftlichkeit, sondern vielmehr aufgrund seiner ursprünglichen Verankerung im Haushaltsrecht. Es wäre also – zumindest in der Theorie – denkbar, dass das Vergaberecht nicht primär dem Wirtschaftlichkeitspostulat, sondern ausschließlich der Gleichbehandlung verpflichtet ist, was z.B. durch ein striktes Rotationsprinzip umgesetzt würde, sodass die Teilhabe jedes potentiell interessierten Unternehmens garantiert wird. Dass ein derart ausgestaltetes Vergaberecht nur unter Inkaufnahme größter Effizienz- und Mitteleinbußen zu realisieren wäre und deshalb eine theoretische Überlegung bleibt, muss nicht diskutiert werden. Weniger drastisch zeigt aber z.B. der Übergang zu einem nun stark wettbewerbsorientierten Vergaberecht, dass durchaus auch andere Zwecke neben den der Wirtschaftlichkeit treten können, ohne sogleich „der Beschaffung selbst gegenüber fremd“ zu sein. Auf der anderen Seite ist festzustellen, dass sich Wirtschaftlichkeit und die Berücksichtigung weiterer, vom Preis losgelöster Aspekte nicht dem Grunde nach ausschließen. Ausgangspunkt hierfür ist die Auslegung des Begriffs der Wirtschaftlichkeit. Mit einem engen Verständnis kann behauptet werden, der Einkauf zum nominal günstigsten Preis sei der wirtschaftlichste Einkauf. Mit einem weiteren Verständnis von Wirtschaftlichkeit können aber auch andere Aspekte die Entscheidung darüber beeinflussen, wann eine Beschaffung besonders wirtschaftlich ist.<sup>34</sup> Dies liegt etwa auf der Hand bei Aspekten, die das Produkt oder die Leistung selbst betreffen und sich auch mittelbar auf den Preis auswirken – wie etwa eine besonders günstige Energiebilanz oder die umweltgerechte Entsorgbarkeit eines Produktes. Denkbar ist aber auch ein noch weitergehendes Wirtschaftlichkeitsverständnis, das gesamtwirtschaftliche Fragen und eine langfristig nachhaltige Volkswirtschaft im Blick hat – wie etwa bei der Einforderung eines bestimmten Lohnniveaus oder bei der Berücksichtigung von Frauen- oder Ausbildungsförderung. Danach könnten etwa

---

34 So geht etwa das Umweltbundesamt in dem von ihm im September 2015 herausgegebenen Hintergrundpapier *Umweltfreundliche öffentliche Beschaffung* (abrufbar unter <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/umweltfreundlich-e-oeffentliche-beschaffung>) davon aus, dass „umweltfreundliche Produkte [häufig] auch wirtschaftlicher [sind], vor allem unter Betrachtung des gesamten Lebenszyklus eines Produkts“, vgl. S. 4.

auch die negativen externen Effekte von sozialer Benachteiligung oder von Umweltverschmutzung bei der Bestimmung des Wertes eines Produktes oder einer Leistung berücksichtigt werden.<sup>35</sup> Inwiefern solche Überlegungen mit der vergaberechtlichen Regelungsordnung übereinstimmen, soll im weiteren Verlauf der Arbeit diskutiert werden. An dieser Stelle soll vorerst nur die Austauschbarkeit politischer Zwecksetzung für das Vergaberecht selbst demonstriert werden, die eine Kategorisierbarkeit in „beschaffungsimmanent“ und „vergabefremd“ widerlegt. Ein gutes Beispiel ist etwa die Förderung des Mittelstandes, die zum Teil bewusst auf Kosten der Wirtschaftlichkeit im engeren Sinne, aber zugunsten von Wettbewerb und aufgrund der besonderen Bedeutung des Mittelstandes für die deutsche Wirtschaft insgesamt schon zu einem frühen Zeitpunkt Eingang in das Beschaffungswesen gefunden hat. Hier wird also nicht das Vergabewesen zur Durchsetzung politischer Zwecke (Mittelstandsförderung) missbraucht, sondern es werden vielmehr die verschiedenen Zwecke miteinander in Einklang gebracht, und dadurch zum Teil durch ein Mehr an Wettbewerb wirtschaftlichere Ergebnisse erzielt.

Als Zwischenergebnis dieser Betrachtung bleibt festzuhalten, dass von einer Bezeichnung der hier gegenständlichen Aspekte als „vergabefremde Zwecke“ Abstand genommen wird.

Demgegenüber ist die Verwendung des Begriffes „Sekundärzwecke“ jedenfalls nicht im Kern verfehlt, weil damit zwar eine gewisse Priorisierung hinsichtlich der verschiedenen Zwecke des Vergaberechts zum Ausdruck kommt, aber keine Wertung über deren Nützlichkeit oder Zulässigkeit in der Verwendung vorweggenommen wird.<sup>36</sup> Dennoch wird vorliegend – insbesondere vor dem Hintergrund der neueren Rechtsentwicklung – eine Trennung von Primär- und Sekundärzwecken als ungeeignet zur Beschreibung des behandelten Themas erachtet. Ausschlaggebend ist die hier vertretene Auffassung, dass Nachhaltigkeitsüberlegungen auch nicht – wie es der Begriff „Sekundärzwecke“ suggeriert – den anderen Aufgaben und Zielen des Vergaberechts im Rang per se unterlegen sind. Vielmehr wohnen sie dem Beschaffungsvorgang in natürlicherweise Weise inne und stehen daher auf gleicher Stufe mit etwa dem Gebot der Gleichbehandlung und

---

35 S. *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, GWB § 97 Rn. 97.

36 *Schäfer*, Öffentliche Belange, S. 51, hält den Begriff dennoch für ungeeignet, weil er nur in Zusammenschau mit dem Begriff der Primärzwecke verständlich sei und spricht in seiner Arbeit von „öffentlichen Belangen“.

des Wettbewerbs.<sup>37</sup> Dies hat auch der deutsche Gesetzgeber im Rahmen der letzten Novellierung des GWB-Vergaberechts 2016 zum Ausdruck gebracht. Denn während zuvor noch Zwecke der Wirtschaftlichkeit und des Wettbewerbs klar priorisiert<sup>38</sup> und Nachhaltigkeitsinteressen nicht explizit, sondern allenfalls nachgeordnet in einem Nebensatz, berücksichtigt waren<sup>39</sup>, stehen nun ausdrücklich Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte<sup>40</sup> als Leitmaxime der Vergabe neben den Geboten der Wirtschaftlichkeit, des Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung.<sup>41</sup> Die strategische Vergabe wird damit zum allgemeinen Grundsatz des Vergaberechts erhoben. Das Herausstellen von Rangverhältnissen durch die Kategorisierung als Primär- oder Sekundärzweck wird vor diesem Hintergrund als veraltet zurückgewiesen. Zur Eingrenzung der hier gegenständlichen Thematik sollte deshalb ein terminologischer Wechsel zu den in erster Linie deskriptiven und insofern in der Sache unvoreingenommenen Begriffen der „nachhaltigen“ oder „strategischen“ Beschaffung vollzogen werden.

Im Ergebnis wird die beschriebene Thematik unter dem Begriff der „strategischen“ oder der „nachhaltigen“ Beschaffung nach der hier vertretenen Auffassung in treffender Weise erfasst. Der vorliegenden Untersuchung liegt demzufolge diese Bezeichnungen zugrunde.<sup>42</sup>

---

37 S. hierzu ausführlich die Betrachtungen unter Abschnitt H. im zweiten Kapitel.

38 S. Abs. 1, 2 und 5 § 97 GWB a.F., in denen die Grundsätze ausdrücklich als solche benannt werden.

39 Vgl. Abs. 4 S. 2 und 3 („zusätzliche“ bzw. „andere oder weitergehende“ Anforderungen) sowie Abs. 5 („wirtschaftlichstes Angebot“, worunter auch andere Kriterien als der Preis subsumiert werden) § 97 GWB a.F.

40 Vgl. § 97 Abs. 3 GWB.

41 Vgl. auch die Gesetzesbegründung zum Vergaberechtsmodernisierungsgesetz, BT-Drs. 18/6281, S. 68: „Durch die Richtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU wird die Einbeziehung strategischer Ziele bei der Beschaffung umfassend gestärkt. [...] Diesem Umstand trägt § 97 Absatz 3 Rechnung, indem bereits bei den Grundsätzen der Auftragsvergabe auf diese Möglichkeit für den Auftraggeber hingewiesen wird.“

42 Ausnahmsweise werden im Rahmen der rechtsgeschichtlichen Betrachtung im zweiten Kapitel teilweise die nach der hier vertretenen Auffassung veralteten bzw. sachlich verfehlten Begriffe im historischen Kontext verwendet.

## II. Das Konzept der nachhaltigen Entwicklung

Nach einer kontextuellen Einbettung verlangt ferner der Begriff der nachhaltigen Entwicklung, der für die vorliegende Untersuchung eine zentrale Rolle einnimmt.

Dabei ist zunächst klarzustellen, dass das Konzept der nachhaltigen Entwicklung begrifflich von dem allgemeineren Terminus der Nachhaltigkeit zu unterscheiden ist. Der bereits 1713 von *Hans Carl von Carlowitz* geprägte Begriff der Nachhaltigkeit wurde ursprünglich als ein ressourcenökonomisches Prinzip aus dem Bereich der Forstwirtschaft verstanden, „nach dem nicht mehr Holz gefällt werden darf, als jeweils nachwachsen kann“.43 Der Begriff wird mittlerweile weiter verstanden und gleichwohl weiterhin in erster Linie auf Sachverhalte im umweltschutzspezifischen Kontext angewandt. Grundlegend für ein nachhaltiges Handeln ist jeweils der Anspruch, dass durch den Eingriff in natürliche Lebensgrundlagen nicht mehr verbraucht wird, „als jeweils nachwachsen, sich regenerieren [oder] künftig wieder bereitgestellt werden kann.“44 Als nachhaltig gilt also vor allem ein umweltbewusstes Handeln, das auf Ressourcenschonung bzw. die Wahrung der Regenerationsfähigkeit natürlicher Systeme sowie die Minimierung von Eingriffen in die Umwelt45 zum Zwecke ihrer Erhaltung setzt. Vor diesem Hintergrund werden sowohl pauschal ganze Wirtschaftszweige am Maßstab der Nachhaltigkeit gemessen (z.B. der Fischfang, die Landwirtschaft, die Energiegewinnung) als auch einzelne Erzeugnisse, wobei hier wiederum in erster Linie die Art der Gewinnung bzw. der Herstellung ausschlaggebend ist (z.B. Papier, Kleidung, Kosmetik).

Demgegenüber muss das Konzept der nachhaltigen Entwicklung deutlich weiter verstanden werden, wengleich sich die beschriebene Ursprungsidee darin wiederfindet.

Den maßgeblichen ersten Impuls für die weltweite Beachtung und die darauffolgende bemerkenswerte Bedeutungssteigerung des Konzepts der nachhaltigen Entwicklung gab 1987 der Abschlussbericht der von der Generalversammlung der UN eingesetzten World Commission on Environ-

---

43 Definition laut DUDEN. Zur originären Begriffsprägung durch *von Carlowitz* in dem 1713 erschienenen Werk *Sylvicultura oeconomica*: Anweisung zur wilden Baumzucht s. ausführlich *Grober*, in: *Die Erfindung der Nachhaltigkeit*, S. 13 ff. S. auch die ausführliche begriffsgeschichtliche Aufarbeitung bei *Klippel/Otto*, in: *Nachhaltigkeit als Verbundbegriff*, S. 39 ff.

44 Definition laut DUDEN.

45 Vgl. hierzu etwa *Hepperle*, *Nachhaltigkeit in der öffentlichen Beschaffung*, S. 14 f., m.w.N.

ment and Development mit dem Titel „Our Common Future“ (sog. Brundtland-Bericht<sup>46</sup>). Der Bericht stellte das Konzept der nachhaltigen Entwicklung in das Zentrum der Überlegungen und lieferte erstmals eine Begriffsdefinition. Danach bedeutet nachhaltige Entwicklung „development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs“. In Erweiterung des Begriffsverständnisses zur Nachhaltigkeit im Allgemeinen wohnt dem Konzept der nachhaltigen Entwicklung also eine gesellschafts- bzw. sozialpolitische Komponente inne<sup>47</sup> und es werden Fragen der Verteilungs- bzw. Generationengerechtigkeit<sup>48</sup> aufgegriffen. Die Ausrichtung des staatlichen Handels an einer solchen gesamtgesellschaftlich verorteten Zielvorstellung von „Nachhaltigkeit“ kann allerdings nicht losgelöst von den jeweiligen ökonomischen Verhältnissen realisiert werden. Das Konzept der nachhaltigen Entwicklung bleibt deshalb nicht auf Fragen des Umweltschutzes oder der Ressourcenschonung beschränkt, sondern wird gerade dadurch charakterisiert, dass es auf der Grundlage eines integrativen Ansatzes die Koordinierung ökologischer und sozialpolitischer Interessen mit ökonomischen Belangen verlangt.<sup>49</sup> Nachhaltige Entwicklung bedeutet mit anderen Worten das Herstellen eines langfristig stabilen Gleichgewichts zwischen den drei Säulen der Wirtschaft, des Umweltschutzes und der sozialen Ge-

---

46 Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future, Anhang zu UN Dokument A/42/427 vom 4.8.1987, abrufbar unter <http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>.

47 *Lunner*, EPPPL 2018, 198 (200), hält die Wahrung der grundlegenden Menschenrechte für das „minimum requirement of the social dimension of sustainable development“.

48 Nach Auffassung von *Ekardt* steht die Erweiterung der Gerechtigkeitsidee in raumzeitlicher Hinsicht (also hin zu einer „intertemporalen und global-grenzüberschreitenden Gerechtigkeit“) im Mittelpunkt des Nachhaltigkeitskonzeptes, s. eingehend in: *Theorie der Nachhaltigkeit*, S. 65 ff.

49 Oftmals wird mit Blick auf die in Einklang zu bringenden Konzepte der Ökologie, Ökonomie und des Sozialen von drei Dimensionen bzw. Säulen gesprochen, s. nur *Nolte*, *Lokale Agenda* 21, S. 59 ff.; *Hepperle*, *Nachhaltigkeit in der öffentlichen Beschaffung*, S. 11; *Brackmann*, *VergabeR* 2014, 310. Vgl. auch *Nowak*, *NuR* 2015, 306 (309), m.w.N. zum Nachhaltigkeitsbegriff (s. Fn. 33 ebd.). *Ekardt* spricht sich dagegen eher gegen das sog. Säulenmodell aus zugunsten einer sonst in den Hintergrund tretenden Fokussierung auf Aspekte der Generationen- und globalen Gerechtigkeit, s. *Theorie der Nachhaltigkeit*, S. 68 ff.

rechtigkeit.<sup>50</sup> Dabei besteht grundsätzlich ein Gleichrangigkeitsverhältnis zwischen den verschiedenen Zielen.<sup>51</sup>

Als Rechts- oder Strukturprinzip ist der Nachhaltigkeitsbegriff aber keine leere Hülle geblieben.<sup>52</sup> Die nachhaltige Entwicklung ist vielmehr mittlerweile als Konzept mit Leitbildcharakter<sup>53</sup> zu einem allgemeinen Grundsatz staatlichen Handelns herangereift.<sup>54</sup> Es wird sowohl auf völkerrechtlicher<sup>55</sup> als auch auf europäischer sowie einzelstaatlicher Ebene vielfach aufgegriffen und zum Teil als Rechtsbegriff positiv in die Rechtsordnungen überführt.<sup>56</sup> Das Leitbild der nachhaltigen Entwicklung ist Bestandteil des

---

50 S. dazu auch grundlegend das Umweltgutachten des Sachverständigenrates für Umweltfragen von 1994, BT-Drs. 12/6995, S. 9: „Mit diesem Leitbegriff wird kenntlich gemacht, daß ökonomische, soziale und ökologische Entwicklung notwendig als eine innere Einheit zu sehen sind. [...] Dauerhafte Entwicklung schließt sonach eine umweltgerechte, an der Tragkapazität der ökologischen Systeme ausgerichtete Koordination der ökonomischen Prozesse ebenso ein, wie entsprechende soziale Ausgleichsprozesse zwischen den in ihrer Leistungskraft immer weiter divergierenden Volkswirtschaften.“

51 Vgl. *Kabl*, in: Nachhaltigkeit als Verbundbegriff, S. 9 f., der darauf hinweist, dass gleichwohl nicht ausgeschlossen sei, dass leitplankenartig ein äußerer nicht anzu-tastender (z.B. ökologischer) Rahmen festgelegt wird.

52 Vgl. zur Notwendigkeit einer „gestaltenden Konkretisierung“ durch „inhaltliche Ausdifferenzierung und instrumentelle Ausstattung“ *Kabl*, in: Nachhaltigkeit als Verbundbegriff, S. 4 f.

53 Vgl. *Nowak*, NuR 2015, 306 (309), zum Konzept der nachhaltigen Entwicklung als „politisches, rechtliches und ökonomisches Leitbild, Prinzip und/oder Theoriegebilde“, bei dem es sich um einen „Rechtsbegriff, um eine rechtliche Gestaltungsaufgabe und Ordnungsidee sowie um einen sowohl das internationale Umweltrecht als auch das Umweltverfassungsrecht der EU prägenden Grundsatz“ handle. Zum Leitprinzipcharakter s. auch *Härtel*, in: Nachhaltigkeit, Energiewende, Klimawandel, Welternährung, S. 22 f.

54 Vgl. zur Entwicklung ausführlich *Bärenbrinker*, Nachhaltige Stadtentwicklung, S. 87 ff. Vgl. auch *Lübbig*, WuW 2012, 1142 (1145 f.). *Kabl* sieht die Tendenz, dass Nachhaltigkeit das überkommene wirtschafts- und gesellschaftspolitische Paradigma „Wachstum“ ablöse und zu dem „neuen ‚alten‘ Paradigma für die Entwicklung von Gesellschaften im 21. Jahrhundert“ werde, s. in: Nachhaltigkeit als Verbundbegriff, S. 1.

55 Hierzu insb. *Gärditz*, in: Nachhaltigkeit als Verbundbegriff, S. 138 ff.; *Bärenbrinker*, Nachhaltige Stadtentwicklung, S. 88 ff.

56 Zur Normqualität der Nachhaltigkeitsvorgabe eingehend *Kabl*, in: Nachhaltigkeit als Verbundbegriff, S. 4 ff.; *Gebne*, Nachhaltige Entwicklung als Rechtsprinzip, S. 217 ff. Zur Verankerung in den verschiedenen Rechtsordnungssystemen *Monien*, in: Nachhaltigkeit, Energiewende, Klimawandel, Welternährung, S. 151 ff.

EU-Primärrechts<sup>57</sup> und in Deutschland ist der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen verfassungsrechtlich<sup>58</sup> verankert. Für den Gesetzgeber ergibt sich daraus ein entsprechender Rechtsetzungsauftrag<sup>59</sup> und für die staatliche Gewalt insgesamt sind die Ziele der nachhaltigen Entwicklung als Auslegungs-, Abwägungs- und Ermessensdirektive zu berücksichtigen.<sup>60</sup>

Zum Zweck der Entwicklung entsprechender Konzepte hat die deutsche Bundesregierung 2001 den sog. Rat für nachhaltige Entwicklung ins Leben gerufen und 2002 erstmals eine nationale Nachhaltigkeitsstrategie veröffentlicht, die konkrete Maßnahmen und Umsetzungsstrategien zur Förderung von nachhaltiger Entwicklung enthält und in diverse Politikbereiche ausstrahlt.<sup>61</sup>

Das Konzept der nachhaltigen Entwicklung ist aber nicht nur Paradigma staatlichen Handelns, sondern erfasst zunehmend auch das gesellschaftliche, unternehmerische und eigenverantwortliche Handeln.<sup>62</sup> Zwar können sich einzelne Wirtschaftssubjekte abgesehen von geltenden (z.B. naturschutz- oder immissionsschutzrechtlichen) verbindlichen Vorgaben frei unternehmerisch betätigen und sind ungeachtet des Leitbildcharakters nicht etwa grundsätzlich an das Nachhaltigkeitskonzept gebunden. Gleichwohl ist festzustellen, dass – sei es aufgrund stärkeren konsumethischen Drucks vonseiten der Öffentlichkeit oder von NGOs oder aufgrund eines entsprechend angepassten Nachfrageverhaltens der Verbraucher – eine

---

57 S. nur die Präambel zum EUV sowie Art. 3 Abs. 3 EUV, der insbesondere den Koordinationsaspekt von Wirtschaftswachstum, sozialem Fortschritt und Umweltschutz betont. Vgl. hierzu umfassend *Frenz/Unnerstall*, Nachhaltige Entwicklung im Europarecht, S. 153 ff.; *Häberle*, in: Nachhaltigkeit als Verbundbegriff, S. 180 ff.

58 S. Art. 20a GG, der insbesondere den Aspekt der Generationengerechtigkeit betont: „Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung [...]“. S. hierzu umfassend *Beaucamp*, Zukunftsfähige Entwicklung im Recht, S. 165 ff.; *Berg*, in: Nachhaltigkeit als Verbundbegriff, S. 425 ff. S. ausführlich zu Überlegungen, ein Staatsziel der Nachhaltigkeit explizit in das Grundgesetz aufzunehmen, *Kahl*, Nachhaltigkeitsverfassung, *pass.*

59 S. etwa *Härtel*, in: Nachhaltigkeit, Energiewende, Klimawandel, Welternährung, S. 22 f.

60 Vgl. *Kahl*, in: Nachhaltigkeit als Verbundbegriff, S. 11. S. konkret zu einer „gerechten“ Abwägung Nachhaltigkeit versus Wirtschaftswachstum *Ekarde*, Das Prinzip Nachhaltigkeit, S. 182 ff.

61 Die Veröffentlichungen des Rats für nachhaltige Entwicklung sind abrufbar unter [www.nachhaltigkeitsrat.de](http://www.nachhaltigkeitsrat.de).

62 Vgl. im Zusammenhang mit kartellrechtlichen Fragen *Lübbig*, WuW 2012, 1142 (1146).

deutliche Tendenz zur freiwilligen Bindung an entsprechende Zielvorstellungen besteht.<sup>63</sup> Insbesondere große Unternehmen und Konzerne sowie zunehmend auch mittelständische Unternehmen orientieren sich an Kodizes zur sozial- oder umweltverträglichen Unternehmensführung oder entwerfen eigene Nachhaltigkeitsstrategien.<sup>64</sup> Dass hierzu auch die öffentliche Hand als größter Nachfrager durch die Ausrichtung des Beschaffungswesens an Nachhaltigkeitsaspekten mittelbar einen Beitrag zu leisten vermag, wurde bereits eingangs angedeutet.

Die Bedeutung des Konzepts der nachhaltigen Entwicklung für den Gegenstand dieser Arbeit wird in Ansehung der vorgenommenen Begriffsbestimmung besonders klar, denn gerade die Koordinierung ökonomischer Interessen einerseits sowie potentiell allgemeinwohlbezogener umwelt- oder sozialpolitischer Belange andererseits spiegelt den zum Hintergrund skizzierten Zielkonflikt der strategischen Vergabe wider. Das Nachhaltigkeitskonzept erfasst die unterschiedlichen, im Zuge dieser Arbeit zu behandelnden Aspekte der strategischen Vergabe, also eine umweltgerechte bzw. ressourcenschonende Beschaffung ebenso wie eine auf die Einhaltung sozialer Mindeststandards bei der Wertschöpfung von Waren und Leistungen bedachte Beschaffung, die Aspekte der Verteilungsgerechtigkeit im Blick hat. Aber auch der staatliche Einkauf unter Berücksichtigung gesellschaftspolitischer Allgemeinwohlbelange, wie der Inklusion oder der Gleichstellungspolitik, kann als Ausprägung der dritten Säule des Nachhaltigkeitskonzepts – der sozialen Gerechtigkeit – zu einer nachhaltigen Entwicklung beitragen. Welchen Beitrag die öffentliche Beschaffung konkret zu einer nachhaltigen Entwicklung aus rechtlicher Sicht zu leisten imstande ist, wird die vorliegende Arbeit zeigen.

---

63 S. zu diesbezüglichen Unternehmensstrategien ausführlich *Brink*, in: *Nachhaltigkeit als Verbundbegriff*, S. 593 ff.

64 Ende 2017 hat etwa der Rat für nachhaltige Entwicklung gemeldet, dass bereits 700 Unternehmen in der Datenbank des von ihm entwickelten Deutschen Nachhaltigkeitskodex registriert sind, s. <https://www.nachhaltigkeitsrat.de/aktuelles/unternehmen-setzen-verstaerkt-auf-den-deutschen-nachhaltigkeitskodex>.

## 2. Kapitel: Chronologischer Überblick zur Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten: Vom reinen Haushaltsrecht zur strategischen Vergabe mit Leitbildcharakter

Der Einführung in die Thematik dient ein chronologischer Überblick über nationale und europäische Rechtsgrundlagen und Rechtsprechung, der die Entwicklungsschritte der Einbindung von Nachhaltigkeitszwecken in die öffentliche Auftragsvergabe nachvollzieht. Hierbei wird insbesondere zu zeigen sein, wie ausgehend von einem vollständigen Fehlen solcher Aspekte in dem Rechtsrahmen nach und nach – vermittelt durch eine europarechtliche Überformung und in ständigem Wechselspiel von gerichtlicher Interpretation und entsprechender normativer Kodifizierung – auch politische Zwecke Eingang in das Beschaffungswesen gefunden haben und nun sogar eine nicht unerhebliche Rolle in den Vergabevorgängen der Vergabestellen spielen. Der Darstellung wird zum Verständnis ein kurzer Überblick über Systematik und Funktionsweise des deutschen Vergaberechts vorangestellt.

### *A. Systematik des Vergaberechts und Überblick über den Rechtsrahmen*

Die deutsche Vergaberechtsordnung ist maßgeblich bestimmt durch die Aufspaltung der Beschaffungsvorgänge in Ober- und Unterschwellenaufträge (s. unter I.). Vor der grundlegenden Novellierung 2016 war die Vergaberechtssystematik außerdem von dem sog. Kaskadenprinzip beherrscht, das nunmehr als weitgehend abgeschafft gilt (s. unter II.). Es folgt sodann ein Überblick über das maßgebliche völkerrechtliche, unionsrechtliche und nationale Regelwerk für eine nachhaltige Beschaffung (s. unter III.).

#### I. Ober- und Unterschwellenvergaben

Das Vergaberecht in Deutschland ist in seiner heutigen Gestalt zunächst durch eine Zweiteilung geprägt, die sich durch die Aufteilung der öffentlichen Aufträge in solche unter einem bestimmten Auftragswert (sog. Un-

terschwellenvergabe) und solche oberhalb dieser Grenze<sup>65</sup> (sog. Oberschwellenvergabe) vollzieht. Die entsprechende Zuordnung eines Auftrags zu einer der genannten Kategorien entscheidet maßgeblich darüber, welcher normative Rahmen die Vergabeentscheidung begleitet. Oberschwellenvergaben sind an das europäische Primär- und Sekundärrecht gebunden sowie auf nationaler Ebene in Deutschland an das sog. Kartellvergaberecht, das maßgeblich im vierten Teil des GWB sowie in untergesetzlichen Rechtsnormen geregelt ist. Die Anwendbarkeit des vierten Teils des GWB setzt im Übrigen voraus, dass ein Auftraggeber im Sinne des § 98 GWB einen öffentlichen Auftrag über dem Schwellenwert (§§ 103 Abs. 1, 106 Abs. 1 GWB) vergibt, der nicht ausnahmsweise gem. §§ 107 bis 109 GWB vom Anwendungsbereich des GWB ausgenommen ist. Auch die Vergabe von Konzessionen über dem Schwellenwert behandelt das GWB-Vergaberecht seit der letzten Novellierung ausdrücklich (§§ 101, 105 GWB).

Aufträge unter dem Schwellenwert und ohne Binnenmarktrelevanz sind lediglich an die Grundprinzipien des Vergaberechts gebunden und folgen im Übrigen den Geboten des Haushaltsinnenrechts.<sup>66</sup> Nur am Rande sei auf Folgendes hingewiesen: Zwar scheint der Vergabe im Oberschwellenbereich aufgrund der besonders engmaschigen normativen Ausgestaltung die weit überwiegende Relevanz zuzukommen. In der Praxis wird aber ein zahlenmäßig weit überwiegender Anteil der öffentlichen Auftragsvergaben im Bereich unterhalb der Schwellenwerte – und damit außerhalb des Anwendungsbereichs des GWB – vergeben.<sup>67</sup>

Ungeachtet der beschriebenen Zweiteilung des Vergaberechts beansprucht das EU-Primärrecht auch für solche Beschaffungsvorgänge Geltung, deren Auftragswert zwar unterhalb des einschlägigen Schwellenwerts liegt, bei denen ein grenzüberschreitender Bezug aber dennoch vor-

---

65 Dieser sog. Schwellenwert (vgl. § 106 GWB mit entsprechenden Verweisen) löst die unwiderlegliche Vermutung aus, dass öffentliche Aufträge ab Erreichen eben dieses Gegenstandswertes binnenmarktrelevant sind. Bei Aufträgen unter dem Schwellenwert ist stets im Einzelfall zu prüfen, ob diese potentiell auch auf das Interesse ausländischer Bieter stoßen und damit ein grenzüberschreitendes Interesse an dem Auftrag gegeben ist.

66 Durch entsprechenden Anwendungsbefehl in § 55 BHO bzw. in den Landeshaushaltsordnungen finden dabei – je nach Anwendungsbereich – die neu erlassene UVgO, der erste Abschnitt der VOB/A 2016 und Landesvergaberegelungen Anwendung.

67 Vgl. etwa die Erhebungen der EU-Kommission, in: Public Procurement Indicators 2015 (s. Fn. 3).

handen ist (sog. Binnenmarktkonzept).<sup>68</sup> Ein solcher grenzüberschreitender Bezug ist gegeben, wenn zumindest potentiell auch ausländische Unternehmen ein Interesse an dem Auftrag haben. Die tatsächliche Teilnahme eines ausländischen Bieters ist nicht erforderlich. Weitreichende Folge der Geltung des Primärrechts ist insbesondere das Gebot zur Herstellung von Transparenz – und konkret zur Sicherstellung eines „angemessenen Grades an Öffentlichkeit“<sup>69</sup> bei der Auftragsvergabe.<sup>70</sup> Dies ist gegeben, wenn Aufträge europaweit bekanntgemacht wurden, sodass alle potentiellen Teilnehmer von der geplanten Vergabe Kenntnis erlangen können und dadurch einerseits eine Marktöffnung sowie andererseits die Möglichkeit zur Nachprüfung des Beschaffungsvorgangs vorhanden ist.<sup>71</sup>

## II. Kaskadenprinzip

Das bis April 2016 das Vergaberecht außerdem beherrschende „Kaskadenprinzip“ ist durch die jüngste Novelle zu weiten Teilen abgeschafft – jedenfalls aber stark aufgeweicht – worden. Als Kaskadenprinzip wurde die Verweisungskette von der durch das GWB vermittelten gesetzlichen Ebene über die VgV als Scharnier auf Verordnungsebene zu den Vergabe- und Vertragsordnungen<sup>72</sup> auf der Ebene von Verwaltungsvorschriften bezeichnet. Dieses Kaskadenprinzip war von Anbeginn starker Kritik ausgesetzt, weil das Normenkonstrukt für Rechtsanwender – also sowohl für Auftraggeber und interessierte Wirtschaftsteilnehmer als auch für die nachprüfenden Instanzen – unübersichtlich und schwer handhabbar und in einigen Bereichen aufgrund der Durchbrechung des Prinzips<sup>73</sup> auch aus systematischer Sicht inkonsistent war. Diese Normsystematik war auch aufgrund

---

68 Vgl. etwa EuGH, Urteil vom 15.5.2008, verb. Rs. C-147/06, C-148/06 – *SECAP und Santorso*, Slg. 2008, I-3565 = ECLI:EU:C:2008:277.

69 EuGH, Urteil vom 7.12.2000, Rs. C-324/98 – *Telaustria* (Rn. 62), Slg. 2000, I-10745 = ECLI:EU:C:2000:669.

70 Vgl. zu den grundlegenden Anforderungen („*basic standards*“) des Primärrechts für die Vergabe von Unterschwellenaufträgen *Röwekamp*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. 2016, § 106 Rn. 17.

71 S. *Gutknecht*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union – Sekundärrecht, 40. EL 2009, B 10 Rn. 6.

72 Dies waren vor der Novellierung die VOB/A 2012, die VOL/A sowie die VOF.

73 So etwa im Fall der SektVO oder VSVgV. Hier fanden sich die materiellen Verfahrensregeln bereits auf der Verordnungsebene selbst, ohne dass es einer Konkretisierung durch Verwaltungsvorschriften bedurfte. In Ausnahme hierzu waren wiederum für sog. Verschlussachen innerhalb der VSVgV-Vergaben qua Verweis

der Tatsache problematisch, dass der wesentliche Teil der Verfahrensbestimmungen in Vergabe- und Vertragsordnungen verlagert war, die nicht im regulären Normsetzungsprozess entstehen, sondern von privatrechtlich organisierten Vereinen<sup>74</sup> erarbeitet werden. Diese Regelungswerke sind nicht selbst und unmittelbar demokratisch legitimiert, sondern werden nur qua Verweisung in der VgV in Bezug genommen.

Mit der Vergaberechtsnovelle von 2016<sup>75</sup> wurde das GWB umfassend überarbeitet und ein wesentlicher Teil der Verfahrensregelungen für öffentliche Auftragsvergaben in das GWB selbst überführt. Auch die gesamte vergaberechtliche Verordnungsebene wurde maßgeblich erneuert und in erheblicher Weise mit Regelungsinhalten angereichert. Die Systematik des deutschen Vergaberechts folgt damit nun im Grundsatz dem klassischen normativen Zweiklang von gesetzlichen Grundregeln und deren Konkretisierung auf Verordnungsebene. Die Ebene der Vergabe- und Vertragsordnungen ist zwar nicht gänzlich abgeschafft, spielt aber nur noch eine deutlich untergeordnete Rolle.<sup>76</sup>

### III. Maßgebliches Regelwerk für eine nachhaltige Beschaffung

#### 1. Völkerrecht

Aus völkerrechtlicher Sicht ist der europäische Gesetzgeber an die Vorgaben des plurilateralen *Government Procurement Agreement* (GPA)<sup>77</sup> gebunden, welches das erste und einzige Regelwerk zum öffentlichen Beschaffungswesen im WTO-System darstellt und bereits seit 1.1.1996 in Kraft ist.

---

auf die VOB/A VS besondere Regelungen auf der Ebene der Vergabeordnung vorgesehen.

74 Die VOB wird vom Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA), die VOL wurde vom Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Lieferungen und Dienstleistungen (DVAL) erarbeitet. Die VOF entstand im Ausschuss zur Erarbeitung der Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen.

75 Vgl. hierzu den Gesetzesentwurf mit Begründung, BT-Drs. 18/6281.

76 Die VOL/A, 2. Abschnitt, sowie die VOF wurden bereits mit Erlass der VgV aufgehoben, die VOL/A, 1. Abschnitt, verlor mit Inkrafttreten der UVgO und nach deren sukzessiver Inbezugnahme auf Landesebene nach und nach ihre Relevanz. Die VOB/A 2016 gilt hingegen per Verweis in § 2 VgV fort. Vgl. dazu im Einzelnen unten in diesem Kapitel, Abschnitt G.I.

77 Der Ratsbeschluss 94/800/EG zum Beitritt der Europäischen Gemeinschaft zum WTO-Übereinkommen enthält in Anhang 4 das GPA, s. ABl. 1994, Nr. L 336, S. 273 ff. (engl. Fassung).

Dem GPA sind die EU selbst (nicht aber ihre Mitgliedstaaten) und 16 weitere Mitglieder der WTO beigetreten, darunter die USA, Japan, Schweiz und Kanada. Kernelemente des GPA sind – getreu den üblichen WTO-Prinzipien – die Inländergleichbehandlung und Meistbegünstigung<sup>78</sup>, Transparenz<sup>79</sup> und eine Mindestgarantie an Rechtsschutz<sup>80,81</sup>. Das GPA wurde in EU-Sekundärrecht umgesetzt<sup>82</sup> und die Regelungen sind damit auch für die einzelnen Mitgliedstaaten der Europäischen Union verbindlich geworden.<sup>83</sup>

Das ursprüngliche GPA enthielt keinerlei Anhaltspunkte für den Umgang mit ökologischer oder sozialer Beschaffung. Zwar liefert auch das 2012 neu verhandelte GPA<sup>84</sup>, das nun seit 6. April 2014 in einer überarbeiteten Fassung in Kraft ist, keine verbindlichen Pflichten im Hinblick auf die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten. Immerhin ist aber für technische Spezifikationen<sup>85</sup> sowie bei Auswahlkriterien<sup>86</sup> die – nicht näher konkretisierte – grundsätzliche Möglichkeit aufgenommen worden, Umweltzwecke in das Vergabeverfahren einzubeziehen. Im Übrigen ist unter Art. XXII, No. 8 (sog. *Future Work Programmes*) der Wille der Vertragsparteien festgehalten worden, in Zukunft vermehrt Vorgaben in Bezug auf nachhaltige Beschaffung einfließen zu lassen: „The Committee shall undertake further work to facilitate the implementation of this Agreement

---

78 S. Art. IV Nr. 1 und 2 GPA.

79 S. Art. IV Nr. 4 GPA.

80 S. Art. XVIII GPA.

81 Für einen vertieften Einblick in das Zusammenspiel von EU- und WTO-Vergaberecht vgl. *Gaedtke*, Politische Auftragsvergabe und Welthandelsrecht, *pass.*; *Weiß*, NZBau 2016, 198. Einen detaillierteren Überblick über die GPA-Pflichten liefert *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, GWB § 97 Rn. 24 ff.

82 Vgl. etwa EG 17 f., 80 und 98 sowie Art. 6 und 25 VRL oder Art. 43 SRL.

83 Zur Rechtsverbindlichkeit der GPA-Regelungen in den Mitgliedstaaten vgl. auch *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 97 GWB Rn. 26, m.w.N.

84 Sog. Revised Agreement on Government Procurement, abrufbar unter [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/rev-gpr-94\\_01\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/rev-gpr-94_01_e.pdf). S. zu den Implikationen im Einzelnen unten, Abschnitt A.I.2. im dritten Kapitel.

85 S. Art. X, No. 6: „For greater certainty, a Party, including its procuring entities, may, in accordance with this Article, prepare, adopt or apply technical specifications to promote the conservation of natural resources or protect the environment.“ (Hervorhebung durch die Verfasserin).

86 S. Art. X, No. 9: „The evaluation criteria [...] may include, among others, price and other cost factors, quality, technical merit, *environmental characteristics* and terms of delivery.“ (Hervorhebung durch die Verfasserin).

[...] through the adoption of work programmes for the following items:  
[...] (iii) the treatment of sustainable procurement.”

## 2. Unionsrechtliche Vorgaben

Auf europäischer Ebene überlagert das gesamte Primärrecht als oberstes Glied in der Normenhierarchie das europäische Vergaberecht. Zwar gewinnt das Primärrecht, wie geschildert,<sup>87</sup> vornehmlich dort eigenständige Bedeutung, wo öffentliche Aufträge gerade nicht in den Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien fallen. Seine wesentlichen Grundsätze sind aber stets nach Maßgabe des *effet utile* als Leitmaxime bei der Auslegung des Sekundärrechts zu beachten. Zu den wesentlichen primärrechtlichen Grundsätzen gehören u.a. das allgemeine Gleichbehandlungsgebot gem. Art. 18 AEUV sowie die besonderen Diskriminierungsverbote, die aus den verschiedenen Grundfreiheiten abgeleitet werden, also etwa die Dienstleistungsfreiheit, die Warenverkehrsfreiheit und die Personenfreizügigkeit in ihren verschiedenen Facetten. Allgemeine primärrechtliche Grundsätze sind daneben etwa die Förderung von Wettbewerb und Transparenz sowie die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes.

Im Hinblick auf die zu betrachtende Einbindung von Nachhaltigkeitszwecken in den Beschaffungsvorgang spielt bereits dieser primärrechtliche Rahmen eine nicht unerhebliche Rolle – auch wenn der vorliegend im Fokus stehende Bereich der Oberschwellenvergaben nahezu vollständig durch Vergaberichtlinien überformt ist und daher einer gesonderten Konfliktlösung am Maßstab des Primärrechts in der Regel nicht mehr zugänglich ist.<sup>88</sup> Dessen ungeachtet wird aber im Rahmen der primärrechtskonformen Auslegung und zur Auskleidung von Lücken sowie bei Vergaben außerhalb des Anwendungsbereiches der Vergaberichtlinien zu überlegen sein, ob das allgemeine Diskriminierungsverbot<sup>89</sup> betroffen ist oder eine Beschränkung von Grundfreiheiten<sup>90</sup> droht, wenn der Staat als Beschaffer bei der Auftragsvergabe andere als rein wirtschaftliche Interessen zugrunde legt und aus diesem Grund ein Unternehmen den Zuschlag nicht erhält. Die gleiche Frage stellt sich, wenn Unternehmen von einem Vergabever-

---

87 S. oben, Abschnitt A.I. in diesem Kapitel.

88 Vgl. *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, GWB § 97 Rn. 13.

89 S. dazu unten im dritten Kapitel, A.II.1.

90 S. dazu unten im dritten Kapitel, A.II.1.

fahren ausgeschlossen werden, weil sie (mutmaßlich) gegen bestimmte soziale Verpflichtungen verstoßen haben. Etwaige Beschränkungen oder Eingriffe können aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls gerechtfertigt sein. Hierzu sind insbesondere auch die Zielbestimmungen der Europäischen Union ins Visier zu nehmen, die sich mit wachsender Integrationsdichte immer weiter von bloßen wirtschaftlichen Überlegungen entfernt haben und nach und nach weitere Politikfelder erschlossen haben.<sup>91</sup>

Unionsrechtliche Schranken können sich außerdem aus einer möglichen Kollision des Europäischen Wettbewerbsrechts<sup>92</sup> (Art. 101 ff. AEUV) oder des Beihilfenrechts<sup>93</sup> (Art. 107 ff. AEUV) mit der strategischen Beschaffung ergeben.

Schließlich existieren auf der Ebene des Sekundärrechts die sog. Vergaberichtlinien<sup>94</sup> in mittlerweile stark ausdifferenzierter Form, die mehr oder weniger konkrete Vorgaben für die Durchführung einer nachhaltigen Beschaffung auf den verschiedenen Ebenen der Auftragsvergabe enthalten und im Rahmen dieser Untersuchung *en detail* zu entschlüsseln sein werden.

### 3. Deutsches Recht

Auf nationaler Ebene bildet der vierte Teil des GWB den gesetzlichen Rahmen für Oberschwellenvergaben. Konkretisierende Regelungen finden sich in der VgV und in anderen Rechtsverordnungen,<sup>95</sup> die jeweils spezielle Anwendungsbereiche innerhalb des Vergaberechts abdecken. Die VgV verweist wiederum für Aufträge im Baubereich auf die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A 2016).

Das materielle Vergaberecht und die konkreten Verfahrensregeln waren Gegenstand tiefgreifender Veränderungen in den letzten Jahrzehnten, in

---

91 Vgl. hierzu grundlegend unten in diesem Kapitel, Abschnitt H.

92 S. hierzu unten im dritten Kapitel, A.II.2.b), mit weiteren Ausführungen.

93 S. hierzu unten im dritten Kapitel, A.II.2.a), mit weiteren Ausführungen.

94 Das aktuelle Richtlinienpaket besteht aus der allgemeinen Vergaberichtlinie 2014/24/EU, der Sektorenrichtlinie 2014/25/EU, der Konzessionsrichtlinie 2014/23/EU, der Vergaberichtlinie für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit 2009/81/EG und der Rechtsmittelrichtlinie 2007/66/EG. S. ausführlich unten in diesem Kapitel, F.II.

95 Konkret die VSVgV für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit, die SektVO für die Bereiche Verkehr, Trinkwasserversorgung und Energieversorgung und die KonzVgV für Bau- und Dienstleistungskonzessionen.

denen das Vergaberecht eine Entwicklung vom reinen Haushaltsrecht zum heutigen bieterschützenden, wettbewerbsrechtlich verankerten Vergaberecht vollzogen hat. Eine Entwicklung hat sich auch hinsichtlich der Nachhaltigkeitserwägungen vollzogen, denen zu Beginn nahezu keine Beachtung zuteil wurde und die nunmehr in einigen Bereichen sogar verpflichtend einzubeziehen sind. Eine detaillierte Darstellung und Analyse der hierfür maßgeblichen Normen und deren Interpretation ist Aufgabe der vorliegenden Arbeit.

### *B. Rechtslage bis 2004 – normative Vorgaben*

In diesem Abschnitt soll die erste für die gegenständliche Fragestellung relevante<sup>96</sup> Epoche des Vergaberechts beleuchtet werden, die auf europäischer Ebene mit den ersten Richtlinien im Bereich des öffentlichen Auftragswesens sowie in Deutschland mit haushaltsrechtlichen Vorgaben begann und die beendet wurde durch das Inkrafttreten der ersten umfassenden vergaberechtlichen Richtlinie von 2004 (sog. Vergabekoordinierungsrichtlinie). Gegenstand dieses ersten Abschnitts sind also die normativen Anfänge für eine nachhaltige Beschaffung.

Nach einem kursorischen Überblick über Regelungswerke und Regelungssystematik des europäischen und deutschen Vergaberechts soll jeweils das Augenmerk auf das eigentliche Thema gelenkt werden: Die normative Verankerung der Berücksichtigung von – nach damaliger Terminologie – „vergabefremden Aspekten“ in den jeweiligen Regelungsbereichen.

---

96 Selbstverständlich ist auch eine Betrachtung der noch deutlich früher ansetzenden ersten Hinweise auf eine Beachtung weitergehender politischer Zwecke im öffentlichen Auftragswesen interessant. Auf eine historische Aufarbeitung wurde hier aber verzichtet. Vgl. stattdessen im Überblick *Ölcüm*, Soziale Belange, S. 38 ff., m.w.N.