

Felix Steengrafe

Ökologische Aspekte im öffentlich-rechtlichen Beschaffungswesen



Nomos

Schriftenreihe des
ZENTRUMS FÜR EUROPÄISCHE RECHTSPOLITIK
der Universität Bremen (ZERP)

Band 82

Felix Steengrafe

Ökologische Aspekte im öffentlich-rechtlichen Beschaffungswesen



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.: Bremen, Univ., Diss., 2020

ISBN 978-3-8487-8385-4 (Print)

ISBN 978-3-7489-2775-4 (ePDF)

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. 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.

Meinen Eltern

Vorwort

Das Promotionskolloquium für die vorliegende Dissertation, die der Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Bremen angenommen hat, fand am 13.8.2020 statt.

Für die intensive Betreuung mit umfangreichen Anregungen und die stetige Ermunterung – insbesondere nach den erheblichen rechtlichen Änderungen auf allen untersuchten Rechtsebenen – danke ich meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Josef Falke. Mein weiterer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Gerd Winter für das zügige Erstellen des Zweitgutachtens sowie Herrn Prof. Dr. Claudio Franzius und Herrn Prof. Dr. Jörn Reinhardt für ihre Bereitschaft das Promotionskolloquium flexibel durchzuführen, trotz aller Hindernisse, die die Covid-19-Pandemie mit sich brachte.

Mein besonderer Dank gilt Herrn Marco Körner für seine zahlreichen wertvollen Anregungen. Meinen Eltern, die mich stets unterstützt und mir diese Arbeit ermöglicht haben. Bei meiner Lebensgefährtin Olga Bauer, die mir die zeitlichen Freiräume geschaffen hat und mit ihren Anregungen zur Seite stand, kann ich mich für ihr Verständnis, Hilfe und Unterstützung nur bedanken.

Bremen im Juni 2021

Felix Rainer Steengrafe

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	19
B. Öffentliche Beschaffung	23
I. Definition	23
1. Unterschiede zwischen öffentlicher und privatwirtschaftlicher Beschaffung	24
2. Abgrenzung zu Subventionen	31
II. Der Staat als Wirtschaftsakteur	32
1. Das Verhältnis zwischen Staat und Wirtschaft	32
a. Der „fürsorgliche Staat“	32
b. Das Verhältnis von Staat und Wirtschaft im Liberalismus	35
c. Das Verhältnis von Staat und Wirtschaft im Sozialismus	36
d. Das Verhältnis von Staat und Wirtschaft im Neoliberalismus	36
e. Das Verhältnis von Staat und Wirtschaft im Ordoliberalismus	37
f. Gegenwärtiges Verständnis des Verhältnisses von Staat und Wirtschaft	38
g. Folgen für das öffentlich-rechtliche Beschaffungswesen	45
2. Arten der wirtschaftlichen Betätigung des Staates	46
a. Wirtschaftsaufsicht und Wirtschaftslenkung	47
b. Das Verwaltungsprivatrecht	48
c. Die fiskalische Hilfsverwaltung	49
III. Zwischenfazit	49
C. „Politische Ziele“ bei der Vergabe öffentlicher Aufträge	51
I. Definitionen	52
1. „Vergabefremde Kriterien“	52
2. „Politische Belange“	55
3. Zwischenfazit	56
4. Ökologische Aspekte als „politische Belange“	56

II. Gründe für „politische Ziele“	57
III. Mögliche Anknüpfungen für „politische Ziele“	64
1. Festlegung des zu beschaffenden Gutes durch die Vergabestellen	64
2. Technische Spezifikationen / Leistungsbeschreibung	65
3. Bieterauswahl	69
4. Zuschlagskriterien	71
5. Vertrags- oder Auftragsausführungsbedingungen	73
IV. Das Zusammenspiel von Ökologie und Ökonomie	75
1. Definition der Ökologie	75
2. Das Spannungsverhältnis zwischen Ökologie und Ökonomie	76
a. Die Interessen	76
b. “Sustainable Development”	78
c. Die Umweltökonomie als Teilgebiet der Wirtschaftswissenschaft	82
3. Steuerungsmechanismen der ordnungsrechtlichen Instrumentarien	82
4. Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung	83
a. Vorteile und Nachteile der indirekten Verhaltenssteuerung	84
b. Das öffentliche Beschaffungswesen als Instrument der indirekten Verhaltenssteuerung	87
aa. Wirtschaftliche Bedeutung des öffentlichen Beschaffungswesens	87
bb. Innovationsanreize	89
cc. Vorbildfunktion des Staates	93
V. Umweltethik	94
1. Anthropozentrismus	96
2. Physiozentrismus	97
3. Bedeutung der Umweltethik	98
VI. Zwischenfazit	100
D. Regelung der öffentlichen Beschaffung im Völkerrecht	101
I. Einleitung	101
II. Das UNCITRAL-Modellgesetz	102
1. Einleitung	102
2. Die grundsätzlichen Ziele von UNCITRAL	104

3. Das allgemeine Instrumentarium von UNCITRAL	107
4. Vorteile einer Harmonisierung und Angleichung von Rechtsnormen	108
a. Verbesserung der rechtlichen Lage	108
b. Ökonomische Aspekte	110
5. Probleme bei der Schaffung eines weltweit gleichen Rechts	112
a. Legitimität	113
b. Erforderlichkeit	121
c. Reduzierung eines Wettbewerbs von Rechtsordnungen	122
d. Verlust von Wertvorstellungen	126
6. Ziele des UNCITRAL-Modellgesetzes	128
a. Präambel des UNCITRAL-Modellgesetzes	129
b. Gründe für die Wahl eines Modellgesetzes	130
7. Der Anwendungsbereich des UNCITRAL-Modellgesetzes	131
8. Anerkennung „politischer Belange“ im UNCITRAL-Modellgesetz	133
9. Bieterauswahl	135
a. Die Bieterauswahl nach dem UNCITRAL-Modellgesetz 1994	136
b. Die Bieterauswahl nach dem UNCITRAL-Modellgesetz 2011	137
10. Zuschlagskriterien	139
a. Zuschlagskriterien nach dem UNCITRAL-Modellgesetz 1994	140
b. Zuschlagskriterien nach dem UNCITRAL-Modellgesetz 2011	140
11. Zwischenergebnis	143
III. Das Agreement on Government Procurement (GPA)	144
1. Einführung	144
2. Sinn und Zweck des GPA	149
a. Funktionen der WTO: Freihandel, Liberalisierung, aber nicht Deregulierung	149
b. Einschränkung des Protektionismus durch das GPA	154
c. Haushaltsentlastung	155
d. Entwicklung der Güter	155
e. Nachhaltige Entwicklung als künftige Option	156
f. Transparenz	157
3. Grundprinzipien des GPA	158
a. Die Inländerbehandlung	158
b. Der Meistbegünstigungsgrundsatz	162

c. Ausnahmen des Anhang I	163
d. Verbot der Diskriminierung	164
4. Der Anwendungsbereich des GPA	165
a. Persönlicher Anwendungsbereich	165
b. Sachlicher Anwendungsbereich	166
c. Räumlicher Anwendungsbereich	168
d. Das Verhältnis zum GATT und zum GATS	168
5. „Politische Ziele“ außerhalb des Anwendungsbereichs des GPA	171
a. Vereinbarkeit mit den Regelungen zum Anwendungsbereich des GPA	171
b. Ausschlussklauseln zur Verfolgung ökologischer Ziele	174
6. „Politische Belange“ im GPA	174
a. Terminus	175
b. Ökologische Aspekte	176
c. Vereinbarkeit mit den Grundsätzen der Meistbegünstigung und der Inländerbehandlung	179
d. Vereinbarkeit mit den Regelungen zu den Teilnahmebedingungen	181
e. Vereinbarkeit mit den Verfahren zur Selektion qualifizierter Bieter	182
f. Gestaltung der Anforderungen an Güter und Dienstleistungen, Bekanntgabe der Zuschlagskriterien	184
g. Zuschlagserteilung	186
h. Die Bedeutung von Art. III: 2 GPA 2012	187
i. Das „Purity Principle“ bzw. das fiskalische Reinhaltegebot	192
7. Bedeutung des GPA im Völkerrecht	193
a. Die Stellung der Entwicklungsländer im GPA	193
b. Überführung des GPA in einen multilateralen Rahmen	201
c. Vorbildcharakter des GPA	204
IV. Auswirkungen anderer völkerrechtlicher Verträge und des Gewohnheitsrechts auf das öffentliche Beschaffungswesen	205
1. Völkerrechtliche Verträge	207
a. Auslegung bei Konkurrenz zwischen dem GPA und Umweltabkommen	209
aa. Die Regel „lex posterior derogat priori“ nach Art. 30 Abs. 3 WVRK	210
bb. Die „harmonisierende“ Auslegung nach Art. 31 WVRK	211

cc. Die Regel „lex specialis derogat legi generali“	214
dd. Berücksichtigung umweltvölkerrechtlicher Verträge im GPA	214
b. Das Genfer Übereinkommen über weiträumige grenzüberschreitende Luftverunreinigung	215
c. Wiener Übereinkommen zum Schutz der Ozonschicht	217
d. Montrealer Protokoll	218
e. Bericht der Brundtlandt-Kommission	220
f. Aktivitäten der UN Conference on Environment and Development	222
aa. Klimarahmenkonvention	223
bb. Weltgipfel für nachhaltige Entwicklung in Johannesburg im Jahr 2002	228
cc. Biodiversitätskonvention	230
dd. Agenda 21	234
2. Völkergewohnheitsrecht	236
a. Verbot erheblicher grenzüberschreitender Umweltbelastungen	237
aa. Grundsatz der absoluten Souveränität	238
bb. Grundsatz der absoluten territorialen Integrität	239
cc. Trail-Smelter-Schiedsspruch	239
dd. Lac Lanoux-Schiedsspruch	240
ee. Zwischenergebnis	241
b. Gebot der Reduzierung bestehender und der Minimierung künftiger Umweltbelastungen	243
c. Vorsorgeprinzip	243
d. Verursacherprinzip	246
e. Bedeutung für das Völkervertragsrecht und das GPA	247
V. Zwischenfazit	248
E. Regelung der öffentlichen Beschaffung im Europarecht	250
I. Einleitung	250
II. Geschichtliche Entwicklung	251
III. Umwelt im Sinne des Europarechts	257
IV. Primärrechtliche Vorgaben für das Vergaberecht	259
1. Art. 37 GRC	259
a. Bindung der EU	260
b. Inhalt	260

c. Bedeutung des Art. 37 GRC	261
2. Art. 2 EMRK	266
3. Art. 8 EMRK	269
4. Art. 191 AEUV	271
a. Ziele der EU-Umweltpolitik	272
b. Vorsorge und Vorbeugung	279
c. Verursacherprinzip	282
d. Ursprungsprinzip	283
5. Art. 11 AEUV	285
a. Inhalt der Querschnittsklausel	287
b. Wirkung für andere Politikbereiche	288
aa. Klassische Ausrichtung des europäischen Vergaberechts	289
bb. EuGH-Urteil im Fall Concordia Bus Finland	290
cc. EuGH-Urteil im Wienstrom-Fall	295
dd. Die Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH	299
c. Zwischenergebnis	302
6. Beihilferecht	303
7. Art. 28 AEUV	311
a. Anwendbarkeit	312
b. Schutzbereich	312
c. Mengenmäßige Einfuhrbeschränkung oder Maßnahme gleicher Wirkung	313
aa. Regelung des Vergabewesens als Maßnahme gleicher Wirkung	313
bb. Die Keck-Rechtsprechung	315
(i.) Die Regelung des öffentlichen Beschaffungswesens als Verkaufsmodalität	315
(ii.) Einordnung als Produkt- oder Verkaufsmodalität	316
d. Beschränkung der Grundfreiheiten durch die Beschaffungsautonomie	318
e. Zwischenergebnis	323
f. Rechtfertigungsgründe bzw. immanente Schranken	323
aa. Rechtfertigungsgründe nach Art. 36 AEUV	324
(i.) Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen	324
(ii.) Schutz der Gesundheit von Tieren oder Pflanzen	325

bb. Cassis de Dijon-Doktrin – immanente Schranke der Warenverkehrsfreiheit	326
cc. Verhältnismäßigkeit	328
g. Zwischenergebnis	330
8. Art. 56 AEUV	330
9. Zwischenergebnis	331
V. Sekundärrechtliche Vorgaben für die Mitgliedstaaten	332
1. Überblick über die Richtlinien zum Vergaberecht	332
2. Der Anwendungsbereich der Richtlinien	337
3. Beschreibung des Auftragsgegenstandes	340
4. Leistungsbeschreibung	343
a. Umweltkriterien in der Leistungsbeschreibung	345
b. Zwischenfazit	351
5. Varianten	351
6. Zusätzliche Bedingungen für die Auftragsausführung	353
7. Eignungskriterien	357
a. Ausschlussgründe	358
aa. Zwingende Ausschlussgründe	358
bb. Fakultative Ausschlussgründe	359
cc. Nachweis der Zuverlässigkeit und Befristung des Ausschlusses	360
b. Die technische und berufliche Leistungsfähigkeit	361
8. Zuschlagskriterien	362
9. Beeinflussung durch das Völkerrecht	371
a. Die Regelung des Art. 216 Abs. 2 AEUV	372
b. UNCITRAL-Modellgesetz	373
c. GPA	374
d. Umweltvölkerrecht	381
VI. Zwischenergebnis	383
F. Nationales deutsches Recht	385
I. Einleitung	385
II. Geschichtliche Entwicklung des Vergaberechts innerhalb der BRD	385
III. Völkerrechtliche Vorgaben	390
1. Bindung an völkerrechtliche vergaberechtliche Regelungen	390
2. Bindung an das Umweltvölkerrecht	392
IV. Europarechtliche Vorgaben	394

V. Verfassungsrechtliche Vorgaben	399
1. Die wirtschaftspolitische Ausrichtung des Grundgesetzes	399
2. Staatsziele	403
a. Art. 109 Abs. 2 GG	404
b. Art. 20a GG	407
3. Die Grundrechte	413
a. Grundrechte und deren Funktion	413
b. Anwendbarkeit der Grundrechte im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe	415
c. Zwischenergebnis	417
d. Relevante Grundrechte	418
aa. Art. 3 Abs. 1 GG	418
(i.) Ungleichbehandlung	419
(ii.) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	420
bb. Art. 12 Abs. 1 GG	422
(i.) Schutzbereich	422
(ii.) Eingriff	425
(iii.) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	428
cc. Art. 14 Abs. 1 GG	429
dd. Art. 2 Abs. 1 GG	430
VI. Systematik des deutschen Vergaberechts	430
VII. Kartellvergaberecht	436
1. Anwendungsbereich	438
a. Persönlicher Anwendungsbereich nach §§ 98 ff. GWB	438
b. Sachlicher Anwendungsbereich	440
2. Bestimmung des Auftragsgegenstands	443
3. Leistungsbeschreibung	444
4. Eignungskriterien	448
a. Fachkunde	450
b. Leistungsfähigkeit	450
c. Zuverlässigkeit und Gesetzestreue	451
5. Zuschlagkriterien	453
6. § 45 KrWG als ein weiteres Kriterium für die Zuschlagserteilung	457
7. Zusätzliche Anforderungen für die Auftragsausführung	461
8. Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Liefer- oder Dienstleistungen	464
9. Beschaffung von Straßenfahrzeugen	465

VIII. Haushaltsrechtliche Regelungen zur öffentlichen Auftragsvergabe	466
1. Prinzipien des Haushaltsrechts	467
2. Das Bundeshaushaltsrecht	472
3. Einfluss des Europarechts im nationalen Vergaberecht unterhalb der EU-Schwellenwerte	474
4. Begriff des öffentlichen Auftraggebers	474
5. Beschreibung des Auftragsgegenstandes	475
6. Technische Spezifikationen und Gütezeichen	478
7. Eignungsprüfung	478
8. Zuschlagskriterien	480
9. Auftragsausführung	482
G. Zusammenfassung und Ausblick	484
Literaturverzeichnis	487

A. Einleitung

Das Vergaberecht dient nicht mehr nur der Frage, wie eine Ware oder Dienstleistung beschafft werden kann, es regelt nach einer Vielzahl von Novellierungen auch weitergehende Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge. Dies betont auch die Europäische Kommission in ihrer Leitlinie vom 15.5.2018¹. Die Kommission führt in diesem Zusammenhang aus:

„Public procurement rules are no longer only concerned with “how to buy” – they provide scope for incentives on “what to buy”, without prescribing them. The objective of spending tax-payers’ money well is gaining new dimensions, beyond merely satisfying the primary needs of public entities. With each public purchase, the public opinion is rightly interested to know whether the procured solution is not only formally compliant, but also whether it brings the best added value in terms of quality, cost-efficiency, environmental and social impact and whether it brings opportunities for the suppliers’ market.“²

Die Kommission greift damit eine Entwicklung des Vergaberechts auf. Ökologische Kriterien in Vergabeverfahren waren bereits Gegenstand verschiedenster Rechtsstreitigkeiten, zur Veranschaulichung wird an dieser Stelle auf die prominenten Entscheidungen des EuGH in den Rechtssachen *Wienstrom*³, *Concordia Bus Finland*⁴ sowie *Max Havelaar*⁵ verwiesen. Die Bedeutung, die diesen Urteilen beigemessen wird, kann der umfangreichen Resonanz innerhalb der Literatur entnommen werden. Trotz der bisherigen Aufarbeitung der Frage der Zulässigkeit von ökologischen Kriterien bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Wissenschaft und der Rechtsprechung ist diese Frage immer wieder Gegenstand von Diskussionen. Beispielsweise wandte sich die Mittelstands- und Wirtschaftsvereinigung der CDU/CSU (MIT) noch 2015 gegen die Aufnahme „vergabefremder Kriterien“ in das Vergaberecht des Bundes. Als Begründung führte die

1 Europäische Kommission, Commission notice, Guidance on Innovation Procurement, C(2018)3051 final vom 15.5.2018.

2 Ebenda, S. 3.

3 EuGH, Urt. v. 4.12.2003, Rs. C-448/01 – EVN und Wienstrom, Slg. 2003, I-14527.

4 EuGH, Urt. v. 17.9.2002, Rs. C-513/99 – Concordia Bus Finland, Slg. 2002, I-7251.

5 EuGH, Urt. v. 10.5.2012, Rs. C-368/10 – Kommission / Niederlande, digitale Slg.

A. Einleitung

Vereinigung an, dass über gesetzliche Pflichten hinausgehende Vorgaben die mittelständische Wirtschaft schwächen solle und zu einer weiteren Bürokratisierung sowie einem Missbrauch zur Durchsetzung politischer Zwecke führe.⁶

Zugleich erfuhr der Umweltschutz in den letzten Jahrzehnten eine Zunahme an Bedeutung, der sich auch in der Vielzahl rechtlicher Regelungen sowohl auf völkerrechtlicher, europäischer als auch nationaler Ebene widerspiegelt. Bei der wachsenden Bedeutung und rechtlichen Durchdringung stellt sich die Frage, wie der Schutz der Umwelt (rechtlich) effizient ausgestaltet werden kann. Naheliegend ist zunächst ein ordnungsrechtlicher Ansatz des Umweltrechts, in dem der Umweltschutz durch Verbote erfolgt. Eine rein ordnungsrechtliche Ausgestaltung des Umweltrechts dürfte keine Wirkung außerhalb der räumlichen Grenzen des Regelungsgebers bewirken. Dabei entstehen Umweltschäden häufig durch multikausale Ursachen und wirken sich grenzüberschreitend aus. Eine rein nationalstaatliche Bekämpfung oder Verhinderung von Umweltschäden dürfte dementsprechend nicht erfolgsversprechend sein. Insofern kann der Eindruck eines Steuerungsverlustes der „klassischen“ Nationalstaaten entstehen.

Neben dem Ordnungsrecht können allerdings auch Instrumente der indirekten Verhaltenssteuerung für ökologische Ziele eingesetzt werden. Das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe könnte ein solches Instrument der indirekten Verhaltenssteuerung sein. Die politische und auch die rechtswissenschaftliche Diskussion über die Zulässigkeit von ökologischen Aspekten bei der öffentlichen Auftragsvergabe werden durch die verschiedenen Standpunkte zur Wirtschaftspolitik mitgeprägt. Das Volumen der öffentlichen Aufträge in der Europäischen Union beträgt circa 14 % des Bruttoinlandsprodukts.⁷ Bereits dieses Volumen verdeutlicht die Steuerungsmöglichkeit durch die Vergabe öffentlicher Aufträge. Die Europäische Kommission betonte in ihrer Mitteilung an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, dass insbesondere bei einer gebotenen spar-

6 Mittelstands- und Wirtschaftsvereinigung der CDU/CSU (MIT), Beschluss des Bundesvorstandes vom 7.9.2015, abrufbar unter: https://www.mit-bund.de/sites/mit/files/dokumente/beschluesse/beschluss_vergabefremde_kriterien.pdf, letzter Abruf: 7.2.2021.

7 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Eine funktionierende öffentliche Auftragsvergabe in und für Europa, KOM(2017) 572 final vom 3.10.2017, S. 2.

samen Verwendung öffentlicher Mittel die Vergabe eines öffentlichen Auftrags ein „wirksames Instrument zur effizienten, nachhaltigen und strategischen Verwendung öffentlicher Gelder“⁸ darstellen könne. Bereits 2008 strebte die Europäische Kommission die Aufnahme von ökologischen Kriterien in 50 % aller öffentlichen Aufträge innerhalb der EU an.⁹ Dieses Ziel wurde allerdings verfehlt.¹⁰ Das 7. Umweltaktionsprogramm für die Jahre 2014 bis 2020 griff dieses Ziel (erneut) auf.¹¹ Aus dem zuvor angeführtem Zitat der Europäischen Kommission kann bereits die doppelte Bedeutung des Vergaberechts entnommen werden. Einerseits kann durch die Vergabe öffentlicher Aufträge eine Steuerung erreicht werden, andererseits sind öffentliche Gelder sparsam und effizient zu verwenden. Für eine solche sparsame und effiziente Verwendung der öffentlichen Finanzmittel ist ein Wettbewerb unabdingbar. Durch die völkerrechtlichen und europarechtlichen Regelungen sollen die nationalen Beschaffungsmärkte geöffnet und der Wettbewerb gesteigert werden. Ökologische Kriterien könnten in einem Widerspruch zu dem Ziel der Öffnung der Beschaffungsmärkte stehen und zugleich zu höheren Preisen für die zu beschaffende Leistung oder Ware führen. Umweltbelange können sich infolgedessen in einem Spannungsverhältnis zwischen den Zielen des Umweltschutzes und der sparsamen und wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel bewegen.

Die Frage der rechtlichen Zulässigkeit der Berücksichtigung von Umweltbelangen im Rahmen der Vergabe von öffentlichen Aufträgen wird aufgrund des zuvor aufgezeigten Spannungsverhältnisses kontrovers diskutiert. Insbesondere vor dem Hintergrund erheblicher und zahlreicher Novellierungen stellt sich die Frage der Auswirkungen der geänderten Rechtslage auf die Zulässigkeit von Umweltbelangen. Insbesondere die Novellierung des Government Procurement Agreement als plurilaterales welthandelsrechtliches Abkommens über die öffentliche Auftragsvergabe, des UNCITRAL Model Law on Public Procurement sowie auf europäischer Ebene der Vergaberichtlinien und infolge der Umsetzung dieser

8 Ebenda, S. 3.

9 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Umweltorientiertes Öffentliches Beschaffungswesen, KOM(2008) 400 endg. vom 16.7.2008, S. 12.

10 Herrmann, Rechtsgutachten umweltfreundliche öffentliche Beschaffung, S. 12.

11 Beschluss Nr. 1386/2013/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 20.11.2013 über ein allgemeines Umweltaktionsprogramm der Union für die Zeit bis 2020 „Gut leben innerhalb der Belastbarkeitsgrenzen unseres Planeten“, ABl. L 354 v. 28.12.2013, S. 172 – 200, Ziff. 38.

Richtlinien in das Kartellvergaberecht ist für die Frage der rechtlichen Zulässigkeit von ökologischen Kriterien bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrags von grundlegender Bedeutung.

Für die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit von ökologischen Kriterien in einem Vergabeverfahren wird zunächst die öffentliche Auftragsvergabe definiert und zu der privaten Beschaffung und Subventionen abgegrenzt (B. I.) sowie anschließend das Verhältnis zwischen der Wirtschaft und dem Staat aufgearbeitet (B. II.). Eine Begriffsbestimmung von der ökologischen Kriterien sowie der Gründe und möglicher Anknüpfungspunkte dieser Kriterien im Rahmen eines Vergabeverfahrens erfolgt unter C. I. bis III. Das Verhältnis zwischen Ökologie und Ökonomie ist Gegenstand von C. IV. Ebenfalls unter C. werden Aspekte der Umweltethik für die Berücksichtigung von ökologischen Kriterien bei der öffentlichen Auftragsvergabe dargestellt.

Die völkerrechtlichen Regelungen zur öffentlichen Auftragsvergabe werden unter D. untersucht. Dies umfasst sowohl die Regelungen des UNCITRAL Model Law on Public Procurement (D. II.) als auch des Government Procurement Agreement (D. III.). Im Rahmen des Government Procurement Agreement umfasst diese Untersuchung unter anderem auch die Wirkung von weiteren völkerrechtlichen Verträgen sowie des Völkergewohnheitsrechts auf das plurilaterale Abkommen (D. III. 7. und D. IV.).

Anschließend wird geprüft, ob europarechtliche Vorgaben einer Berücksichtigung ökologischer Aspekte im Vergabeverfahren entgegenstehen (E.). Diese Prüfung umfasst insbesondere neben Art. 37 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 2 und 8 der EMRK auch Art. 191, 11 und 28 AEUV (E. IV.) sowie die Regelungen der Vergaberichtlinien samt des Einflusses des Völkerrechts auf das europäische Vergaberecht (E. V.).

Auf der dritten Ebene wird die Zulässigkeit von Umweltschutzbefolgen im deutschen Vergaberecht dargestellt. Hierfür werden zunächst die Wechselwirkung mit den Vorschriften des Völker- und Europarechts (F. III und IV.) sowie anschließend die Auswirkungen der verfassungsrechtlichen Vorgaben, insbesondere der Staatsziele 109 Abs. 2 GG und Art. 20a GG sowie der Grundrechte Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 12 Abs. 1 GG, thematisiert (F. V.). Anschließend wird anhand der Vorschriften des Kartellvergaberechts (F. VII.) sowie der haushaltsrechtlichen Vorschriften (F. VIII.) die vergaberechtliche Zulässigkeit von ökologischen Kriterien bewertet.

B. Öffentliche Beschaffung

Die Termini des öffentlichen Auftragswesens, des Vergabewesens und des öffentlich-rechtlichen Beschaffungswesens sind synonym zueinander.¹²

I. Definition

Der Staat muss eine Vielzahl von Aufgaben bewältigen. Hierfür benötigt er u. a. Dienstleistungen und Güter.¹³ Die Deckung dieses Bedarfes kann grundsätzlich auf drei Arten erfolgen: durch Eigenproduktion, eine imperative, also auf Zwang beruhende, Beschaffung oder aufgrund von Verträgen mit Subjekten des Privatrechts.¹⁴ In einer demokratischen Gesellschaft kann eine Bedarfsdeckung durch eine imperative Beschaffung nur in Aus-

12 Horn, Public Procurement in Germany, Rn. 1; Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 18; so auch Marx, Einführung, S. 1.

13 Kunert, Vergaberecht und öffentliches Recht, S. 1; Crass, Der öffentliche Auftraggeber, S. 1; Püttner, Verwaltungslehre, § 11, Rn. 1; Schneider, Vergaberecht und Umweltschutz, S. 12; Büsing, Das WTO-Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, S. 5; Benedict, Sekundärzwecke, S. 17; Lester / Mercurio / Davies, World Trade Law, p. 697; Odendahl, EuZW 2004, 647 (647); Ölcüm, Die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Auftragswesen, S. 23; so wohl auch Wimmer, Zuverlässigkeit im Vergaberecht, S. 57; Waldhoff, Grundzüge des Finanzrechts des Grundgesetzes, in: Isensee / Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd. 5, § 116 Rn. 128; Puhl, VVDStRL 60 (2001), 456 (458); Ziekow, Faires Beschaffungswesen in Kommunen und die Kernarbeitsnorm, S. 9; Burgi, Secondary Considerations in Public Procurement in Germany, p. 105.

14 Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 24 ff.; Püttner, Verwaltungslehre, § 11, Rn. 18 ff.; Ölcüm, Die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Auftragswesen, S. 23; Crass, Der öffentliche Auftraggeber, S. 1; Odendahl, EuZW 2004, 647 (647); Büsing, Das WTO-Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, S. 7; Puhl, VVDStRL 60 (2001), 456 (459); Dageförde, Einführung in das Vergaberecht, Rn. 3; Marx, Einführung, S. 1; Bartl, Handbuch Öffentliche Aufträge, Rn. 60; Riese, Vergaberecht, S. 1; Göttsche, Öffentliches Beschaffungswesen, in: Hilf / Oeter, WTO-Recht, § 23, Rn. 1; Lester / Mercurio / Davies, World Trade Law, p. 697; Wallerath, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, S. 63 f.; so wohl auch Regler, Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 61 f.; Gramlich, RIW 1995, 793 (794); BGHZ 101, 72 (75).

nahmefällen erfolgen. Aus diesem Grund erfolgt der Erwerb von Gütern im Regelfall durch Verträge mit Privaten.

Eine umfassende Legaldefinition der eingangs genannten Termini, die sowohl für die völkerrechtlichen, europarechtlichen als auch nationalen Regelungen gilt, existiert nicht.¹⁵ Da im Rahmen dieser Dissertation sowohl die völkerrechtliche, europarechtliche sowie eine nationale Rechtsordnung untersucht werden, empfiehlt sich eine allgemeine Definition.

Gemäß § 99 Abs. 1 GWB in der bis zum 18.4.2016 geltenden Fassung waren öffentliche Aufträge entgeltliche Verträge von öffentlichen Auftraggebern mit Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand hatten. Hierdurch wurden die Begriffsbestimmungen des Art. 1 Abs. 2 lit. a) bis d) der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 31.3.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge¹⁶ (VKR) in die deutsche Rechtsordnung eingeführt. Beide Vorschriften waren trotz des leicht abweichenden Wortlautes äquivalent.¹⁷ Die Definition deckt sich auch mit dem in Art. I Nr. 1 GPA 1994 bzw. in Art. II GPA 2012 geregelten Anwendungsbereich des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen. Mit Verabschiedung des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes am 17.2.2016 ist eine Definition öffentlicher Aufträge in § 103 Abs. 1 GWB enthalten.

Als öffentliche Beschaffung gilt der Erwerb von Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen durch einen öffentlichen Auftraggeber aufgrund eines entgeltlichen Vertrages mit einem Privaten.

1. Unterschiede zwischen öffentlicher und privatwirtschaftlicher Beschaffung

Die öffentliche und private Beschaffung von Gütern unterscheiden sich voneinander. Diese Unterscheidung beruht auf den im Folgenden dargestellten Abweichungen im Bereich der Preispolitik, der rechtlichen Vorgaben für die Vergabestellen und der Stellung einiger Vergabestellen als

15 Büsing, Das WTO-Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, S. 10; Pietzcker, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, S. 235.

16 ABl. L 134 v. 30.4.2004, S. 114 -9 – 240.

17 Ziekow, in: Ziekow / Völlink, Vergaberecht, 2. Aufl., § 99, GWB, Rn. 4.

Monopsonisten sowie auf der unterschiedlichen Bedeutung des Gebots der Gewinnmaximierung für die Vertragspartner.

Jedes Subjekt des Privatrechts benötigt zur Erfüllung seiner Aufgaben Güter und/oder Dienstleistungen, dieses gilt gleichermaßen für staatliche Stellen. Die Tätigkeit zum Erwerb solcher Güter und/oder Dienstleistungen wird als Beschaffungspolitik bezeichnet.¹⁸ Die Güter und/oder Dienstleistungen beziehenden Personen bzw. Stellen können auf dem jeweiligen Beschaffungsmarkt eine Preis- und Qualitätspolitik betreiben. Die Unterschiede zwischen den öffentlichen und den privaten Subjekten sind die Nachfragemacht auf dem jeweiligen Markt, die rechtliche Bindung und der Ursprung der finanziellen Ressourcen.

Die Möglichkeit, eine Preispolitik zu betreiben, variiert nach den Gegebenheiten, nämlich dem Angebot und der Nachfrage auf dem relevanten Markt. Auf einem idealen Markt erfolgt eine vollkommene Allokation der Güter.¹⁹ Doch besteht häufig kein idealer, sondern ein „fehlerhafter Markt“.²⁰ Schließlich ist der ideale Markt nur ein theoretisches Modell. Ein „fehlerhafter Markt“ liegt vor, wenn die vollkommene Allokation der Güter nicht optimal erfolgt.²¹ Ein Aspekt eines „fehlerhaften Marktes“ ist die fehlende Anzahl von Anbietern bzw. Nachfragern.²² Die klassische Marktformenlehre differenziert auf der Angebotsseite nach der Anzahl der Anbieter. Existiert nur ein einziger Anbieter, liegt ein Monopol, bei einigen wenigen Anbietern ein Oligopol und bei vielen Anbietern ein Polypol vor.²³ Auf der Nachfrageseite liegt bei nur einem Nachfrager

18 Wolff, Betriebswirtschaftslehre, S. 105; so wohl im Ergebnis auch Regler, Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 64.

19 Mathis, Efficiency instead of justice, p. 18; Schwalbe / Zimmer, Kartellrecht und Ökonomie, S. 14; so wohl auch Hewel / Neubäumer, Zur Funktionsweise von Marktwirtschaften, S. 21 ff.; Hardes/ Mertes/ Schmitz, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, S. 47; Fritsch / Wein / Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 15.

20 Mathis, Efficiency instead of justice, p. 18.

21 Wildmann, Einführung in die Volkswirtschaftslehre, S. 39; so wohl auch Fritsch / Wein / Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 90; Mankiw / Taylor, VWL, S. 58.

22 Fritsch / Wein / Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, S. 182; Wildmann, Einführung in die Volkswirtschaftslehre, S. 39; Schwalbe / Zimmer, Kartellrecht und Ökonomie, S. 22; Hardes/ Mertes/ Schmitz, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, S. 209; so wohl auch Hewel / Neubäumer, Zur Funktionsweise von Marktwirtschaften, S. 21 ff.

23 Wolff, Betriebswirtschaftslehre, S. 105; Lenk, Preistheorie, S. 105 f.; Mankiw / Taylor, VWL, S. 59; Schwalbe / Zimmer, Kartellrecht und Ökonomie, S. 33 ff.; Hardes/ Mertes/ Schmitz, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, S. 179.

ein Monopson, bei einigen wenigen ein Oligopson und bei vielen ein Polypson vor.²⁴ Die stärkste Position der nachfragenden Seite liegt bei der Konstellation eines Monopson-Polypols vor.²⁵ Auf einem solchen Markt agiert nur ein Nachfrager bei vielen Anbietern, wodurch die Anbieter von dem Nachfrager abhängig sind und dieser hierdurch eine stärkere Preispolitik betreiben kann.²⁶ Insgesamt ist die Position der beschaffenden Seite stärker, je geringer die Anzahl der Nachfrager und je höher die Anzahl der Anbieter ist.²⁷ Diese Konkurrenz der Anbieter bewirkt nämlich einen stärkeren Wettbewerb. Weiterhin sind die abnehmende Gütermenge und die Häufigkeit der Nachfrage für eine starke Preispolitik von Bedeutung. So kann bspw. eine stärkere Preispolitik betrieben werden, wenn der Staat regelmäßig Büromaterial abnimmt, als wenn der Staat einmalig eine Bauleistung vergibt.²⁸

Sowohl der Staat als auch private Unternehmen treten am Markt als Anbieter und Abnehmer auf.²⁹ Behörden sind gesetzlich zur Erfüllung bestimmter Aufgaben verpflichtet. Dieser Pflicht kann sich der Staat

24 Schwalbe / Zimmer, Kartellrecht und Ökonomie, S. 50; Wolff, Betriebswirtschaftslehre, S. 105; Thiemeyer, Wirtschaftslehre öffentlicher Betriebe, S. 157.

25 Wolff, Betriebswirtschaftslehre, S. 106; Regler, Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 68; im Ergebnis so wohl auch Thiemeyer, Wirtschaftslehre öffentlicher Betriebe, S. 157 f.

26 Schwalbe / Zimmer, Kartellrecht und Ökonomie, S. 50; Wolff, Betriebswirtschaftslehre, S. 106; Wallerath, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, S. 52; Regler, Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 68; so wohl auch Thiemeyer, Wirtschaftslehre öffentlicher Betriebe, S. 158; im Ergebnis so auch Schmid, Staatliche Beschaffungspolitik, S. 34.

27 In einem Monopson-Oligopol besteht für den Nachfrager die Gefahr, dass die Anbieter eine Absprache vornehmen und somit ein Quasi-Monopol entsteht, welches die Position der Nachfragenden schwächt; Wolff, Betriebswirtschaftslehre, S. 106.

28 Wolff, Betriebswirtschaftslehre, S. 106; so wohl auch Regler, Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 68; Wallerath, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, S. 52; Müller, Staatliche Preislenkung, S. 19; Thiemeyer, Wirtschaftslehre öffentlicher Betriebe, S. 157 f.; Schmid, Staatliche Beschaffungspolitik, S. 34; Ziekow, Faires Beschaffungswesen in Kommunen und die Kernarbeitsnorm, S. 9; das Umweltbundesamt sieht in der öffentlichen Hand die größte Nachfragemacht in Deutschland: Umweltbundesamt, Umweltfreundliche öffentliche Beschaffung 2015, S. 5; ebenso de Leonardis, IJPA 34 (2011), 110 (110).

29 Regler, Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 64; Kirchhof, Verwalten durch mittelbares Einwirken, S. 327; Wallerath, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, S. 21; Light / Orts, Public and Private Procurement in Environmental Governance, p. 4; Malumfashi, „Green“ public

nicht entziehen; dies gilt auch, wenn das staatliche Handeln unter ökonomischen Gesichtspunkten nicht angezeigt ist, so ist im Bereich der Daseinsvorsorge auch ein nicht kostendeckender Personennahverkehr anzubieten.³⁰ Der Bedarf an diesen Gütern muss demnach befriedigt werden, dies ist als ein „Zwangsbedarf“³¹ anzusehen. Diese notwendige staatliche Befriedigung von Beschaffungsbedarfen ist im Verhältnis zu den Subjekten des Privatrechts nachteilig. Allerdings ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass auch Private in ihrer Bedarfsdeckung nicht völlig frei sind. Es existiert zwar keine gesetzliche, aber gleichwohl eine ökonomische Notwendigkeit für das Handeln. Diese ökonomischen Aspekte reduzieren den Entscheidungsspielraum bei der privaten Bedarfsdeckung.³² So ist ein Buchverlag z. B. nicht verpflichtet, Papier zu beschaffen. Allerdings kann dann kein Buch mehr gedruckt und verkauft werden. Daher existiert eine ökonomische Notwendigkeit, das Papier zu beschaffen.

Neben den Besonderheiten des „Zwangsbedarfs“ unterliegen staatliche Stellen den Einschränkungen des Haushaltsrechts;³³ zugleich sind sie in einen größeren Verwaltungsapparat eingebunden als private Unternehmen.³⁴ Nach § 30 HGRG und etwa § 55 BHO muss vor einer Beschaffung eine öffentliche Ausschreibung erfolgen. Eine solche Ausschreibung kann,

procurement policies, climate change mitigation and international trade regulation, p. 52.

30 Haak, Die Grundrechtsbindung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 10; Kurnert, Vergaberecht und öffentliches Recht, S. 19; Müller, Staatliche Preislenkung, S. 20; Regler, Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 67; im Ergebnis so wohl auch Wallerath, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, S. 51; Ziekow, Faires Beschaffungswesen in Kommunen und die Kernarbeitsnorm, S. 9.

31 Rittner, ZHR 152 (1988), 318 (322).

32 Wallerath, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, S. 51; Regler, Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 68.

33 So im Ergebnis auch Pietzecker, Der Staatsauftrag, S. 306; Regler, Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 68. Zur Reduzierung der staatlichen Position auf dem Markt: Rittner, ZHR 152 (1988), 318 (322); so wohl auch Thiemeyer, Wirtschaftslehre öffentlicher Betriebe, S. 158; eine Einschränkung der Flexibilität durch das Vergaberechtsanwendend: Leuphana, Öffentliche Beschaffung nachhaltig gestalten, S. 9; Grandia, Implementing Sustainable Public Procurement, p. 25; Malumfashi, „Green“ public procurement policies, climate change mitigation and international trade regulation, p. 52.

34 Regler, Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 68; so wohl auch Schmid, Staatliche Beschaffungspolitik, S. 35; Malumfashi, „Green“ public procurement policies, climate change mitigation and international trade regulation, p. 52.

insb. wenn ein Monopson-Oligopol existiert, eine Absprache der anbietenden Unternehmen bewirken.³⁵ Weiterhin können plötzlich auftretende Beschaffungsmöglichkeiten nicht genutzt werden.³⁶ Dieses ergibt sich einerseits aus den Haushaltsplänen und andererseits aus der Notwendigkeit der vorherigen Ausschreibung. Lediglich bei besonderen Umständen darf ein Gut außerplanmäßig beschafft werden.³⁷ Die Vergabestellen können oftmals nicht nach lediglich betriebswirtschaftlichen Kriterien entscheiden, so können gleichfalls volkswirtschaftliche Kriterien für die beschaffende Stelle von erheblicher Bedeutung sein. Die betriebswirtschaftlichen Kriterien stehen oftmals in einem Widerspruch zu den volkswirtschaftlichen Kriterien, so kann eine zeitliche Aufteilung der Beschaffung einen höheren Einzelpreis des Gutes bewirken.³⁸ Die öffentliche Beschaffung von Streusalz kann z. B. durch eine Bestellung oder durch mehrere Bestellungen erfolgen. Aus betriebswirtschaftlicher Sicht kann eine einzelne größere Bestellung den Einzelpreis des Salzes senken. Dies könnte jedoch eine volkswirtschaftlich bedenkliche Knappheit an Streusalz bewirken.

Diese Aspekte der Bedarfsdeckung schwächen die Position des Staates bei der Befriedigung des Bedarfes.

Gleichwohl wird die staatliche Position auch durch eine Vielzahl von Aspekten gestärkt. Einer dieser Aspekte ist die teilweise existierende Stellung als Monopsonist, wie bspw. im Straßenbau. Aufgrund dieser Stellung kann der Staat eine aktive Preispolitik betreiben. Diese Position wird durch die erhebliche Nachfragemacht des Staates ergänzt.³⁹ Die Nachfrage-

35 Wolff, Betriebswirtschaftslehre, S. 109; Regler, Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 69; eine Absprachegefahr bei einer oligopolistischer Angebotsstruktur annehmend: Thiemeyer, Wirtschaftslehre öffentlicher Betriebe, S. 157.

36 Wolff, Betriebswirtschaftslehre, S. 109. Im Ergebnis so auch Pietzecker, Der Staatsauftrag, S. 306; Müller, Staatliche Preislenkung, S. 20; Schmid, Staatliche Beschaffungspolitik, S. 35; Thiemeyer, Wirtschaftslehre öffentlicher Betriebe, S. 158; eine allgemeine fehlende Flexibilität annehmend: Leuphana, Öffentliche Beschaffung nachhaltig gestalten, S. 9.

37 Wolff, Betriebswirtschaftslehre, S. 109; im Ergebnis so auch Pietzecker, Der Staatsauftrag, S. 306; Schmid, Beschaffungspolitik, S. 35; Thiemeyer, Wirtschaftslehre öffentlicher Betriebe, S. 158.

38 Wolff, Betriebswirtschaftslehre, S. 108; im Ergebnis so wohl auch Müller, Staatliche Preislenkung, S. 20 f.

39 Wallerath, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, S. 141; Bunte, BB 2001, 2121 (2125); Gusy, JA 1989, 26 (26); Rittner, ZHR 152 (1988) 318 (323); Semple, Reform of the EU Procurement Directives and WTO GPA, p.1; Neumark, HB der Finanzwissenschaft, S. 785; Kirchhof, Verwalten durch mittelbares Einwirken, S. 327 f.; so wohl auch Ziekow, Faires Beschaffungswesen in Kommu-

macht folgt aus der großen wirtschaftlichen Bedeutung des öffentlichen Vergabewesens mit einem geschätzten weltweiten Volumen von 5,5 Billionen US-Dollar pro Jahr.⁴⁰ Nach einer Studie von McKinsey & Company aus dem Jahr 2008 ist die Nachfragemacht in einzelnen Bereichen von besonderer Bedeutung. Die öffentliche Hand ist beispielsweise fast der einzige Auftraggeber im Bereich von Verkehrsinfrastrukturmaßnahmen. In anderen Bereichen, wie im Gebäudebauwesen oder der Beschaffung von IT-Hardware, liegt die Nachfragemacht hingegen bei weniger als 10%. Dieses Bild kann sich bei einer Einzelbetrachtung allerdings revidieren, so macht der Staat 20% der Nachfrage nach Servern oder über 50% nach Omnibussen aus.⁴¹ Dennoch ist nicht auf jedem Markt dem Staat die Stellung als Monopsonist immanent. Diese Stellung kann durch eine dezentrale Nachfrage des Staates entfallen, bspw. wenn die verschiedenen Gemeinden eines Bundeslandes getrennt voneinander Aufträge im Tiefbau vergeben. Auf den jeweiligen Märkten bestehen zudem erhebliche Unterschiede, so ist der Staat bei einer Vielzahl von Gütern nur ein Nachfrager unter vielen.⁴² Bspw. wird Büromaterial nicht nur von staatlichen Stellen erworben,

nen und die Kernarbeitsnorm, S. 9; Hinderer, Rechtsschutz in der WTO, S. 99; Müller, Staatliche Preislenkung, S. 19; Pietzecker, Der Staatsauftrag, S. 308. Hertwig ordnet die Stellung des Staates auf dem Markt trotz dessen Nachfragepotentials als gering ein. Dem Staat fehle Marktübersicht und außerdem würde der Staat häufig Leistungen beschaffen wollen, für die kein Markt besteht. Vgl. Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, Rn. 4; zur Marktmacht des Staates: ICLEI, Procura Handbuch, S. 9 f.; Krämer, Die Koordinierung zwischen Umweltschutz und Freihandel im Mehrebenenverbund, S. 78; Berliner Energieagentur, Umweltfreundliche Beschaffung in der Praxis, S. 6; Wozniacki, Guidance to foster Green Public Procurement, p. 2.

- 40 Göttsche, Öffentliches Beschaffungswesen, in: Hilf / Oeter, WTO-Recht, § 23, Rn. 2; mit anderen Zahlen, aber die wirtschaftliche Bedeutung bejahend: Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 51; Bungenberg, Das primäre Binnenmarktrecht der öffentlichen Auftragsvergabe, Rn. 2 ff.; ebenso die wirtschaftliche Bedeutung bejahend, aber nur mit Werten für die Auftragsvergabe in Europa und Deutschland: Schwarze, EuZW 2000, 133 (133); nur für Deutschland: BMWi, Allianz für nachhaltige Beschaffung, S. 42; Eßig / Schaupp, Ermittlung des innovationsrelevanten Beschaffungsvolumen des öffentlichen Sektors für eine innovative öffentliche Beschaffung, S. 43.
- 41 McKinsey&Company, Potenziale der öffentlichen Beschaffung für ökologische Industriepolitik und Klimaschutz, S. 13 f.
- 42 Rittner, ZHR 152 (1988), 318 (323); Wallerath, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, S. 53; Müller, Staatliche Preislenkung, S. 19, das Umweltbundesamt ordnet den Staat dennoch als größten Nachfrager in Deutschland ein: Umweltbundesamt, Umweltfreundliche öffentliche Beschaffung 2015, S. 5; ebenso de Leonardis, IJPA 34 (2011), 110 (110).

sondern auch von Privaten. Daher existiert nicht immer eine besondere Stellung auf dem Markt zugunsten des Staates.

Weitere Unterschiede zwischen der privatwirtschaftlichen und der öffentlichen Beschaffung sind die Schwächung des Gebotes der Gewinnmaximierung und die Verwendung von Steuergeldern. Das Gebot der Gewinnmaximierung, wonach Unternehmen so agieren, dass sie ihren Gewinn optimal steigern, gilt nicht gleichermaßen uneingeschränkt für staatliches Handeln. Schließlich gefährdet eine Misswirtschaft den Bestand des Staates nicht im gleichen Maße, wie dies bei privaten Unternehmen der Fall ist.⁴³ Der zweite Aspekt ist, dass die finanziellen Mittel für die Beschaffung nicht selbstständig erwirtschaftet werden müssen, sondern aus Steuergeldern stammen.⁴⁴ Daher liegt eine Differenz zwischen einer privatwirtschaftlichen und der staatlichen Beschaffung vor.

Ein weiterer Unterschied resultiert aus der Sichtweise der Unternehmen. Teilweise wird der Staat als Gläubiger positiv bewertet, welches aus der Solvenz und dem Werbeeffekt folgt.⁴⁵ Schließlich gilt der Staat im Regelfall als zahlungsfähiger Gläubiger, sodass ihm eine höhere Kreditwürdigkeit eingeräumt wird.⁴⁶

Diese Besonderheiten verdeutlichen, dass die Bedarfsdeckung von Privaten sich von der staatlichen Bedarfsdeckung unterscheidet und daher einer besonderen Behandlung bedarf.

43 Crass, Der öffentliche Auftraggeber, S. 2; so wohl auch Göttsche, Öffentliches Beschaffungswesen, in: Hilf / Oeter, WTO-Recht, § 23, Rn. 3; Rittner, ZHR 152 (1988) 318 (323).

44 Prieß, Das Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen, in: Prieß / Berrisch, WTO-HB, Teil B, Rn. 2; Bungenberg, Nationales, supranationales und WTO-Vergaberecht, S. 258; Latzel, NZBau 2014, 673 (673); Göttsche, Öffentliches Beschaffungswesen, in: Hilf / Oeter, WTO-Recht, § 23, Rn. 3; Waller, Das internationale Recht des geregelten Vergabewesens, S. 13; Müller, Staatliche Preislenkung, S. 21; Pache, in: Pünder / Schellenberg, Vergaberecht, BHO, § 55, Rn. 4; Bunte, BB 2001, 2121 (2125).

45 Regler, Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 70; Wallerath, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, S. 58; im Ergebnis so auch Rittner, ZHR 152 (1988), 318 (323).

46 Wolff, Betriebswirtschaftslehre, S. 108; Regler, Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 70; Rittner, ZHR 152 (1988), 318 (323).

2. Abgrenzung zu Subventionen

Wie der Wert von 5,5 Billionen US-Dollar für öffentliche Beschaffungen weltweit verdeutlicht, kann der Staat durch das Vergabewesen einen erheblichen Einfluss auf die nationale Wirtschaft ausüben. Außer durch ihre Nachfragemacht können Staaten auch durch Subventionen die Wirtschaft erheblich beeinflussen. So betrug im Jahr 2016 die Höhe der Subventionen in Deutschland allein für den Bund 22,9, für den Bund, die Länder und die Gemeinden insgesamt 37,8 Mrd. Euro.⁴⁷

Für die Gewährung von Subventionen und für Vergabeentscheidungen existieren verschiedene rechtliche Grundlagen, sodass eine Abgrenzung geboten ist.

Subventionen werden u. a. in § 264 Abs. 7 StGB und § 1 SubvG definiert. Diese Definitionen haben jedoch keine allgemeine Gültigkeit und sind auf den Anwendungsbereich des jeweiligen Gesetzes beschränkt,⁴⁸ sodass keine generelle Definition existiert.⁴⁹ In der Literatur werden Subventionen als öffentliche Leistungen an Private ohne jegliche Gegenleistung zur Verwirklichung von Zielen, die im öffentlichen Interesse liegen, definiert.⁵⁰ Diese Definition gilt gleichermaßen im Völker-, Europa- und nationalen Recht. Das Merkmal der Gegenleistung grenzt mithin das Vergabewesen vom Subventionsrecht ab. Im Vergaberecht erhält der Staat – anders als bei einer Subvention – eine konkrete Gegenleistung.⁵¹

47 25. Subventionsbericht, BT-Drs. 16/5940 v. 2.9.2015, S. 15 und 23.

48 Frotscher / Kramer, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, Rn. 648; Jarass, Wirtschaftsverwaltungsrecht, § 10, Rn. 17; Gusy, JA 1991, 286 (287 f.); Maurer / Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 17, Rn. 3.

49 Reidt, in: Jarass, Wirtschaftsverwaltungsrecht, § 10, Rn. 17; Maurer / Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 17, Rn. 3. Gusy, JA 1991, 286 (287).

50 Waldhoff, Grundzüge des Finanzrechts des Grundgesetzes, in: Isensee / Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd. 5, § 116 Rn. 127 f.; Gusy, JA 1991, 286 (288); Ruthig / Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Rn. 750 ff.; Frotscher / Kramer, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, Rn. 649; Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 6, Rn. 5; Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil 1, § 4, Rn. 3; Vierhaus, NVwZ 2000, 734 (734); Waller, Das internationale Recht des geregelten Vergabewesens, S. 13.

51 Oberrath, Öffentliches Recht, Rn. 1199; Waldhoff, Grundzüge des Finanzrechts des Grundgesetzes, in: Isensee / Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd. 5, § 116 Rn. 127; Gusy, JA 1991, 286 (288); Waller, Das internationale Recht des geregelten Vergabewesens, S. 13; im Ergebnis so auch Maurer / Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 17, Rn. 8; Ax / Schneider / Siewert, Auftragsvergabe, Rn. 83; Puhl, VVDStRL 60 (2001), 456 (459); Pache, DVBl. 2001, 1781 (1782).

II. Der Staat als Wirtschaftsakteur

Der Staat kann auf verschiedenste Weise am Wirtschaftsleben teilnehmen. Diese Teilnahme und deren Intensität variieren je nachdem, in welchem Verhältnis der Staat zur Wirtschaft steht.

Im 14. Jahrhundert bildeten sich die Territorialstaaten, die über eine Subjektsqualität verfügten.⁵² Die Nationalstaaten sind für das öffentliche Wirtschaftsrecht von entscheidender Bedeutung.⁵³ Erst aufgrund der Souveränität konnten im Inneren einheitlich geltende Gesetze erlassen und nach außen hin völkerrechtliche Verträge geschlossen werden. Bis zur Entstehung der Staaten waren wirtschaftliche Beziehungen und deren rechtliche Bewertung ausschließlich eine Aufgabe der Kaufleute.⁵⁴ Die Regeln des Wirtschaftsverkehrs wurden mithin von Privaten geschaffen.

1. Das Verhältnis zwischen Staat und Wirtschaft

Das Verhältnis, in dem der Staat zur Wirtschaft steht, hat sich im Laufe der Jahrhunderte erheblich geändert. Hiervon ist auch das Ausmaß der staatlichen Eingriffe und Einflussnahme auf die Wirtschaft erfasst. Eine solche Einflussnahme kann auch durch die Vergabe staatlicher Aufträge erfolgen, wobei diese bspw. auf einer protektionistischen Haltung beruhen kann. Diese protektionistische Haltung kann dann z. B. bewirken, dass die Vergabestelle nur Büromaterial, welches in der jeweiligen Region gefertigt wird, beschafft.

a. Der „fürsorgliche Staat“

Mit dem Übergang der Agrarproduktion des Mittelalters zum neuzeitlichen Handel und Gewerbe änderte sich die Stellung der Wirtschaft innerhalb der Gesellschaft. In der mittelalterlichen Landesherrschaft, in der ein Landesherr über die staatliche Gewalt verfügte, galt die Wirtschaft

52 Götsche, Historische Entwicklungen der Weltwirtschaft, in: Hilf / Oeter, WTO-Recht, § 2, Rn. 3; so wohl auch Bautze, Völkerrecht, S. 22.

53 Jarass, in: Jarass, Wirtschaftsverwaltungsrecht, § 1, Rn. 3; Schöbener / Herbst / Perkams, Internationales Wirtschaftsrecht, Rn. 1.

54 Schöbener / Herbst / Perkams, Internationales Wirtschaftsrecht, Rn. 4; Hobe, Völkerrecht, S. 371.

lediglich der Grundversorgung. Das Verhältnis von der Hoheit und den Untergebenen war im Feudalismus durch Treueversprechen geprägt.⁵⁵ In dieser Zeit war die Scholastik für die Begründung von ökonomischen Fragen entscheidend. Die Scholastik befasste sich u. a. mit Zinsen und der Gerechtigkeit von Preisen.⁵⁶

Im Absolutismus wurde dieses feudalistische Machtverhältnis durch einen alleinigen Herrscher und eine Zentrierung der Macht ersetzt.⁵⁷ Diese Entwicklung beruhte auf der ständigen Verfügbarkeit eines stehenden Heeres und einer regional organisierten Bürokratie.⁵⁸ Die Wirtschaft diente dem absolutistischen Herrscher u. a. als Instrument der Macht und eines Strebens nach Autarkie.⁵⁹

Während der historischen Epoche des Absolutismus war der Merkantilismus die gängige Wirtschaftsform. Es gab keinen einheitlichen Merkantilismus, vielmehr ist dies Ausdruck verschiedener wirtschaftlicher Maßnahmen.⁶⁰ Grundsätzlich soll im Merkantilismus ein Staat Güter, die in seinem Hoheitsgebiet selbst erzeugt werden könnten, nicht einführen und „seine“ Güter exportieren. So soll ein möglichst großer Überschuss der

55 Jarass, Wirtschaftsverwaltungsrecht, § 1, Rn. 3; Brandt, Geschichte der deutschen VWL, Bd. 1, S. 39.

56 Brandt, Geschichte der deutschen VWL Bd. 1, S. 17.

57 Jarass, Wirtschaftsverwaltungsrecht, § 1, Rn. 3; Schliesky, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 13; so wohl auch Holub, Einführung in die Geschichte des ökonomischen Denkens, Bd. 2, S. 22 und 29; Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 2, Rn. 7; Brandt, Geschichte der deutschen VWL Bd. 1, S. 39.

58 Holub, Einführung in die Geschichte des ökonomischen Denkens, Bd. 2, S. 28; Jarass, Wirtschaftsverwaltungsrecht, § 1, Rn. 3; so wohl auch Forsthoff, Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, S. 39; Brandt, Geschichte der deutschen VWL, Bd. 1, S. 39.

59 Schliesky, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 13; Huber, in: Schoch, Besonderes Verwaltungsrecht, Kapitel 3 Rn. 6; Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allgemeiner Teil, S. 9; Cipolla / Borchardt, Europäische Wirtschaftsgeschichte, Bd. 2, S. 271; im Ergebnis so wohl auch Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 2, Rn. 7; Brandt, Geschichte der deutschen VWL, Bd. 1, S. 39; Haas / Neumair, Internationale Wirtschaft, S. 192; Schmidt, Merkantilismus, Kameralismus, Physiokratie, in: Issing, Geschichte der Nationalökonomie, S. 41.

60 Haas / Neumair, Internationale Wirtschaft, S. 192; Ruthig / Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Rn. 9; Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allgemeiner Teil, S. 9; Schöbener / Herbst / Perkams, Internationales Wirtschaftsrecht, Rn. 13; so wohl auch Kotulla, Deutsche Verfassungsgeschichte, Rn. 942; Kirchgässner, Einführung in die Wirtschaftsgeschichte, S. 180 f.; Brandt, Geschichte der deutschen VWL, Bd. 1, S. 40; Schmidt, Merkantilismus, Kameralismus, Physiokratie, in: Issing, Geschichte der Nationalökonomie, S. 40.

Handelsbilanz erreicht werden.⁶¹ Daher ist die Volkswirtschaft im Idealfall durch ein Maximum an Exporten und ein Minimum bzw. ein Fehlen von Importen gekennzeichnet.⁶² Hierfür war ein Protektionismus der eigenen Märkte erforderlich, welcher bspw. durch Zölle erfolgen konnte.⁶³ Zugleich wurde die eigene Wirtschaft gestärkt. Dies erfolgte z. B. durch Subventionen oder Monopolprivilegien⁶⁴ bspw. sollte die französische Kontinentalsperre aus dem Jahr 1806 auch die französische Textilindustrie gegen Importe schützen.⁶⁵

61 Wouters / De Meester, World Trade Organization, p. 1; Schmidt, Merkantilismus, Kameralismus, Physiokratie, in: Issing, Geschichte der Nationalökonomie, S. 43; Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 2, Rn. 7; Hermann / Weiß / Ohler, Welthandelsrecht, § 2, Rn. 19; Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allgemeiner Teil, S. 10; Wildmann, Einführung in die Volkswirtschaftslehre, S. 63; Huber, in: Schoch, Besonderes Verwaltungsrecht, Kapitel 3 Rn. 6; Schöbener / Herbst, in: Perkams, Internationales Wirtschaftsrecht, Rn. 14 ff.; Haas / Neumair, Internationale Wirtschaft, S. 192; Schmoeckel, Rechtsgeschichte der Wirtschaft, Rn. 57; Brandt, Geschichte der deutschen VWL, Bd. 1, S. 44.

62 Trebilcock / Howse, The Regulation of International Trade, p. 2; Hermann / Weiß / Ohler, Welthandelsrecht, § 2 Rn. 19; Huber, in: Schoch, Besonderes Verwaltungsrecht, Kapitel 3 Rn. 6; Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 2, Rn. 7; Schmoeckel, Rechtsgeschichte der Wirtschaft, Rn. 57; Brandt, Geschichte der deutschen VWL Bd. 1, S. 44; Haas / Neumair, Internationale Wirtschaft, S. 192; Wildmann, Einführung in die Volkswirtschaftslehre, S. 63.

63 Ruthig / Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Rn. 10; Cipolla / Borchardt, Europäische Wirtschaftsgeschichte Bd. 2, S. 271; Schmoeckel, Rechtsgeschichte der Wirtschaft, Rn. 57; im Ergebnis so auch Kotulla, Deutsche Verfassungsgeschichte, Rn. 942; Kirchgässner, Einführung in die Wirtschaftsgeschichte, S. 180 f.; Haas / Neumair, Internationale Wirtschaft, S. 192; Wildmann, Einführung in die Volkswirtschaftslehre, S. 63; Schmidt, Merkantilismus, Kameralismus, Physiokratie, in: Issing, Geschichte der Nationalökonomie, S. 44.

64 Cipolla / Borchardt, Europäische Wirtschaftsgeschichte, Bd. 2, S. 271; Jarass, Wirtschaftsverwaltungsrecht, § 1, Rn. 5; Huber, in: Schoch, Besonderes Verwaltungsrecht, Kapitel 3 Rn. 6; Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allgemeiner Teil, S. 11; Kotulla, Deutsche Verfassungsgeschichte, Rn. 942; Tietje, Begriff, Geschichte und Grundlagen des Internationalen Wirtschaftssystems und Wirtschaftsrechts, in: Tietje, Internationales Wirtschaftsrecht, § 1, Rn. 38; Schmoeckel, Rechtsgeschichte der Wirtschaft, Rn. 57; Kirchgässner, Einführung in die Wirtschaftsgeschichte, S. 180 ff.; Rübner, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, S. 17; Brandt, Geschichte der deutschen VWL, Bd. 1, S. 40; Haas / Neumair, Internationale Wirtschaft, S. 192; Schmidt, Merkantilismus, Kameralismus, Physiokratie, in: Issing, Geschichte der Nationalökonomie, S. 44.

65 Saalfeld, Die Kontinentalsperre, S. 121; so wohl auch Schäfer, Wirtschaftsgeschichte, S. 54.

Weiterhin sollte der Staat aktiv in die wirtschaftlichen Prozesse eingreifen und diese lenken. Dieses Verhalten, das als „gute Policy“ Teil des Polizeirechts war, sollte die Ordnung im Land gewährleisten.⁶⁶

b. Das Verhältnis von Staat und Wirtschaft im Liberalismus

In der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts entstand ein dem Merkantilismus gegenteiliges Verständnis, welches auch als „klassische Außenhandels-theorie“ bezeichnet wird. Diese behandelte Themen wie Wirtschaftswachstum, Preisbildung und die gerechte Verteilung von Einkommen.

Der Liberalismus wurde erheblich von Adam Smith geprägt. Seiner Ansicht nach sollten alle staatlichen Beschränkungen aufgehoben werden. Durch diese Freiheit entstehe eine gerechte Gesellschaft.⁶⁷ Schließlich sei jeder auf seinen persönlichen Vorteil bedacht.⁶⁸ Der Markt reguliere, so Smith, die Verteilung von Machtpositionen.⁶⁹ Der Staat und die Gesellschaft stehen nach dieser Auffassung strikt getrennt voneinander. Daher darf der Staat im Regelfall auch nicht in die Gesellschaft eingreifen. Nach diesem Prinzip des „Laissez-faire“ sollen die Kräfte in einem freien Spiel gegeneinanderstehen und der Staat sollte lediglich eine Wächterfunktion innehaben.⁷⁰ Dieses grenzt den Liberalismus vom Merkantilismus ab. Im

66 Schmidt, Merkantilismus, Kameralismus, Physiokratie, in: Issing, Geschichte der Nationalökonomie, S. 48; so wohl auch Brandt, Geschichte der deutschen VWL, Bd. 1, S. 39.

67 Smith, Wohlstand der Nationen, Viertes Buch, Kapitel 2; Holub, Einführung in die Geschichte des ökonomischen Denkens, Bd. 3, S. 143; Schmoeckel, Rechtsgeschichte der Wirtschaft, Rn. 74 ff.; Brandt, Geschichte der deutschen VWL, Bd. 1, S. 135 ff.; so wohl auch Horn, Soziale Marktwirtschaft, S. 37; Huber, in: Schoch, Besonderes Verwaltungsrecht, Kapitel 3 Rn. 8.

68 Smith, Wohlstand der Nationen, Viertes Buch, Kapitel 2; Schefold / Carstensen, Die klassische politische Ökonomie, in: Issing, Geschichte der Nationalökonomie, S. 70; Wildmann, Einführung in die Volkswirtschaftslehre, S. 51; Schmoeckel, Rechtsgeschichte der Wirtschaft, Rn. 75; Brandt, Geschichte der deutschen VWL, Bd. 1, S. 134.

69 Smith, Wohlstand der Nationen, Viertes Buch, Kapitel 2; Holub, Einführung in die Geschichte des ökonomischen Denkens, Bd. 3, S. 145; Brandt, Geschichte der deutschen VWL, Bd. 1, S. 139; Huber, in: Schoch, Besonderes Verwaltungsrecht, Kapitel 3 Rn. 7; Wildmann, Einführung in die Volkswirtschaftslehre, S. 51; Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allgemeiner Teil, S. 14.

70 Wildmann, Einführung in die Volkswirtschaftslehre, S. 52; so wohl auch Schmoeckel, Rechtsgeschichte der Wirtschaft, Rn. 76; Huber, in: Schoch, Besonderes Verwaltungsrecht, Kapitel 3 Rn. 8; Brandt, Geschichte der deutschen VWL, Bd. 1,

B. Öffentliche Beschaffung

Merkantilismus regulierte der Staat die Verteilung der Macht, im Liberalismus erfolgte dies ausschließlich durch den Wettbewerb.

c. Das Verhältnis von Staat und Wirtschaft im Sozialismus

Der Sozialismus entstand als Reaktion auf die Industrialisierung und auf den mit dieser einhergehenden Wandel der sozialen Gegebenheiten. Nach dieser von Karl Marx vertretenen ökonomischen Theorie sollte der Kapitalismus abgeschafft werden, wobei der Kapitalismus als eine Gesellschaftsform gesehen wird, welche vom Verhalten der Kapitalinhaber bestimmt wird und hierdurch alle sozialen Aspekte zurücktreten lässt.⁷¹ Das Ziel des Sozialismus ist eine gleiche, solidarische und gerechte Gesellschaft, weshalb individualistische und liberale Gesichtspunkte vermieden werden sollen.

d. Das Verhältnis von Staat und Wirtschaft im Neoliberalismus

Im Unterschied zum Sozialismus zielt der Neoliberalismus darauf ab, durch verschiedene Maßnahmen liberale Aspekte wieder zu stärken. Dennoch wird ein „Laissez-faire“ wie im Liberalismus abgelehnt. Nach dem neoliberalen Verständnis ist der Staat lediglich zu einer Ordnungspolitik berufen, wonach ein Schutz des Wettbewerbs, bspw. durch ein Einschreiten gegen Monopole, geboten ist.⁷² Inwieweit der Staat in die Wirtschaft eingreifen darf, wird innerhalb des Neoliberalismus unterschiedlich bewertet. Die deutschen Vertreter des Neoliberalismus, welche auch als Ordoliberaler bezeichnet werden, wollen einen starken Staat. Die angel-

S. 137; Schefold / Carstensen, Die klassische politische Ökonomie, in: Issing, Geschichte der Nationalökonomie, S. 71; Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 2, Rn. 10; Ruthig / Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Rn. 11; Jarass, Wirtschaftsverwaltungsrecht, § 1, Rn. 6; Schliesky, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 14; Schefold / Carstensen, Die klassische politische Ökonomie, in: Issing, Geschichte der Nationalökonomie, S. 70; Rübner, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, S. 52 ff.

71 Brandt, Geschichte der deutschen VWL, Bd. 2, S. 101 ff.; Wildmann, Einführung in die Volkswirtschaftslehre, S. 55; Dobias, Sozialismus – Marxismus, in: Issing, Geschichte der Nationalökonomie, S. 114.

72 Wimmer / Müller, Wirtschaftsrecht, Rn. 111; Wilke, Neoliberalismus, S. 84 ff.; Ptak, Soziale Marktwirtschaft und Neoliberalismus, S. 71.

sächsischen Neoliberalen glauben eher an die Regulierungsmacht des Marktes.⁷³

e. Das Verhältnis von Staat und Wirtschaft im Ordoliberalismus

Der Ordoliberalismus beruht auf dem Konzept der Freiburger Schule um Walter Eucken und Franz Böhm und steht als deutsche Schule des Neoliberalismus in der Tradition des Liberalismus.⁷⁴ Grundlage einer wirtschaftlichen Freiheit ist das Schaffen einer Rahmenbedingung (sog. Ordo). Diese ist der Rahmen, in dem Wettbewerb stattfinden kann. Der Wettbewerb im Rahmen der Ordo soll ohne staatliche Eingriffe erfolgen.⁷⁵ Der Ordoliberalismus weicht vom Liberalismus ab, weil seinen Vertretern bewusst ist, dass eine komplette Freiheit zugleich auch die Freiheit einschränken kann. Zum Ausgleich muss eine Einschränkung der Freiheit immer dann erfolgen, wenn Einzelne durch die unternehmerische Freiheit eine solche Macht erhalten würden, dass sie hierdurch den Wettbewerb aufheben könnten. Deshalb befürworten die Vertreter des Ordoliberalismus eine staatliche Gewährleistung des Wettbewerbs, bspw. durch eine Kartellkontrolle.⁷⁶ Aus diesem Grund muss der Staat die wirtschaftliche Ordnung gestalten können. Mit der Gestaltung der wirtschaftlichen Ordnung ist die Auflösung von privaten Machtstellungen verbunden. Diese staatliche Tätigkeit wird auf erheblichen Widerstand treffen und kann daher nur von einem „starken Staat“ vorgenommen werden.⁷⁷ Demnach muss nach dem Ordoliberalismus ein „starker Staat“ existieren, welcher auch Maßnahmen trotz des Widerstandes durch einzelne Private durchsetzen kann.

73 Wimmer / Müller, Wirtschaftsrecht, Rn. 112.

74 Kolev, Neoliberale Staatsverständnisse im Vergleich, S. 110.

75 Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, S. 336.

76 Ebenda, S. 336; Starbatty, Ordoliberalismus, in: Issing, Geschichte der Nationalökonomie, S. 256; so wohl auch Horn, Soziale Marktwirtschaft, S. 87; Ptak, Vom Ordoliberalismus zur Sozialen Marktwirtschaft, S. 174; Breker, Ordoliberalismus – Soziale Marktwirtschaft – Europäische Integration, S. 102; Wildmann, Einführung in die Volkswirtschaftslehre, S. 97.

77 Young, Ordoliberalismus – Neoliberalismus – Laissez-faire-Liberalismus, S. 39; Starbatty, Ordoliberalismus, in: Issing, Geschichte der Nationalökonomie, S. 257.

f. Gegenwärtiges Verständnis des Verhältnisses von Staat und Wirtschaft

Jede der oben angeführten ökonomischen Theorien ist nicht unerheblicher Kritik ausgesetzt. Im Folgenden werden die Vor- und Nachteile der ökonomischen Ansätze miteinander ins Verhältnis gesetzt und deren Vereinbarkeit mit den momentanen Gegebenheiten dargestellt. Das Verständnis vom Verhältnis zwischen Staat und Wirtschaft kann aufgrund der verschiedenen vorherrschenden Ansichten nicht für jedes Land dargestellt werden, sodass ich mich an dieser Stelle auf das Verständnis in Deutschland, der Europäischen Union und der WTO beschränke.

Mit einem auf den Nationalstaat ausgerichteten merkantilistischen Wirtschaftssystem ist der Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl von 1951 nicht vereinbar; schließlich wurden hier die Schlüsselindustrien einem dem Nationalstaaten übergeordnetem Organ unterstellt. Dieses ist in einem merkantilistischen Wirtschaftssystem nicht denkbar.

Nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 20 Abs. 1 und Art. 28 Abs. 1 GG ist Deutschland ein Sozialstaat. Die Staatszielbestimmung verpflichtet alle staatlichen Gewalten in Deutschland zur Herstellung und Erhaltung der sozialen Gerechtigkeit.⁷⁸ Die soziale Gerechtigkeit ist mit dem fürsorglichen Staat i.S.d. Merkantilismus vereinbar.

Ein rein liberales Wirtschaftsverständnis gilt in Deutschland nicht. Der Staat und die Wirtschaft sind nicht komplett voneinander getrennt. Vielmehr beeinflussen staatliche Maßnahmen, wie bspw. Subventionen, die wirtschaftlichen Gegebenheiten. Zudem kann der Staat aufgrund des Kartellrechts gegen private Unternehmen, die ihre Marktmacht missbrauchen, Maßnahmen ergreifen, sodass ein uneingeschränktes „Laissez-faire“ nicht existiert. Der 1949 berufene Bundeswirtschaftsminister Ludwig Erhard wurde erheblich vom Ordoliberalismus beeinflusst, sodass der Ordoliberalismus das Verhältnis von Wirtschaft und Staat mitprägte, bspw. durch das GWB i.d.F. von 1957. Der Aspekt der freien Marktwirtschaft – wie er in den liberalen Wirtschaftstheorien verwendet wird – wird in Deutschland mit einem sozialen Korrektiv kombiniert. Dieses soziale Korrektiv soll verschiedenen negativen Marktauswüchsen entgegenwirken, wie z. B. durch den besonderen Kündigungsschutz nach §§ 168 ff. SGB IX.

Das Grundgesetz enthält im ersten Abschnitt die klassischen Grundrechte und trifft keine Aussagen bezüglich der Wirtschaftsordnung. Anders als

78 Jarass / Piroth, in: Jarass / Piroth, GG, Art. 20, Rn. 155 ff.; Badura, Staatsrecht, D, Rn. 36 f.; Degenhart, Staatsrecht I, Rn. 598.

die Weimarer Reichsverfassung enthält das Grundgesetz keine verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Wirtschaftsordnung und überlässt deren Ausgestaltung dem Gesetzgeber, welcher in den durch die Verfassung vorgegebenen Grenzen hierüber frei entscheiden darf.⁷⁹ Die verfassungsrechtliche Vorgabe für das soziale Korrektiv ergibt sich aus Art. 20 Abs. 1 und Art. 28 Abs. 1 GG, welche zwar keine konkrete Wirtschaftsordnung vorschreiben, aber die sozialstaatliche Komponente der Wirtschaftsordnung verfassungsrechtlich hervorheben. Deutschland hat demgemäß nach seiner Verfassung eine Soziale Marktwirtschaft.

Die Europäische Union hat sich in Art. B, erster Bindestrich EUV i.d.F. vom 7.2.1992 (Vertrag von Maastricht) u. a. *„die Förderung eines ausgewogenen und dauerhaften wirtschaftlichen und sozialen Fortschritts, insbesondere durch Schaffung eines Raumes ohne Binnengrenzen“* zum Ziel gesetzt. Die Tätigkeit der Europäischen Gemeinschaft umfasste nach Art. 3 lit. c) EGV i.d.F. des Maastrichter Vertrages *„einen Binnenmarkt, der durch die Beseitigung der Hindernisse für den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten gekennzeichnet ist“*, und nach Art. 3 lit. g) EGV *„ein System, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützt“*. Gemäß Art. 3a Abs. 1 EGV i.d.F. des Maastrichter Vertrages umfasst die Tätigkeit der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft die Einführung einer Wirtschaftspolitik, die u. a. *„dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet ist“*. Gemäß Art. 102a S. 2 EGV i.d.F. des Maastrichter Vertrages handeln die Mitgliedstaaten und die Gemeinschaft *„im Einklang mit dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb, wodurch ein effizienter Einsatz der Ressourcen befördert wird“*. Diese Zielsetzungen verdeutlichen, dass der Markt grundsätzlich durch den Wettbewerb reguliert werden soll und staatliche Eingriffe nur ausnahmsweise geboten sind. In der Regulierung eines freien Marktsystems spielten, so Rosenkötter und Wuersig, *„weder soziale noch öffentliche Belange außerhalb des rein wirtschaftlichen Bereichs“* eine Rolle. Da die Regeln des öffentlichen Beschaffungswesens dem Schutz des Marktsystems dienen, sei ihr Ziel auf den Schutz der Bieter im öffentlichen Ausschreibungsverfahren beschränkt gewesen.⁸⁰ Die europäischen Grundfreiheiten basieren einerseits auf dem Gedanken der

79 BVerfGE 50, 290 (337).

80 Rosenkötter / Wuersig, Die Auswirkung des Vertrags von Lissabon auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungswesens, Brüssel 2010, S. 4, abrufbar unter: http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2010/429988/IPOL-IM_CO_NT%282010%29429988_DE.pdf, letzter Abruf: 7.2.2021.

Integration und andererseits auf der aus dem Liberalismus von Smith und Ricardo entwickelten Vorteilhaftigkeit von Außenhandel.⁸¹ Diese rein wirtschaftliche Orientierung im EGV entsprach demnach einer liberalen Ausrichtung.

Der Vertrag von Lissabon bewirkte erhebliche Änderungen im europäischen Primärrecht, so etwa die Übertragung der Rechtspersönlichkeit auf die EU nach Art. 47 EUV in der konsolidierten Fassung vom 9.5.2008. Nach Art. 3 Abs. 3 EUV errichtet die EU einen Binnenmarkt und „*wirkt auf die nachhaltige Entwicklung Europas auf der Grundlage eines ausgewogenen Wirtschaftswachstums und von Preisstabilität, eine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt, sowie ein hohes Maß an Umweltschutz und Verbesserung der Umweltqualität hin*“. Damit wird die liberale Grundausrichtung durch eine soziale Ausrichtung ergänzt.⁸² Gleichwohl ist die Wirtschaftspolitik nach Art. 119 Abs. 1 AEUV einer offenen Marktwirtschaft und dem freien Wettbewerb verpflichtet. Das Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb, wonach der Binnenmarkt ein System aufweist, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt, ist nach Art. 51 EUV Bestandteil der Verträge.⁸³ Dennoch ist zu beachten, dass die Regelung des Art. 3 Abs. 1 lit. g) EGV i.d.F. des Maastrichter Vertrages nicht in den Kompetenzkatalog der ausschließlichen Zuständigkeit der Union nach Art. 3 Abs. 1 lit. b) AEUV zur „Festlegung der für das Funktionieren des Binnenmarktes erforderlichen Wettbewerbsregeln“ übernommen wurde. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist der Schutz des Wettbewerbs vor Verfälschungen allerdings für das Funktionieren des Binnenmarktes unerlässlich.⁸⁴ Der offene und auf den Wettbewerb ausgerichtete Binnenmarkt ist daher auch nach dem Vertrag von Lissabon schützenswert, wobei aber die weiteren in Art. 3 EUV normierten Ziele beachtet werden müssen. Entsprechend diesem breiter angelegten Ansatz könnten, so Rosenkötter und Wuersig,

81 Ruthig / Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Rn. 16.

82 Heintschel von Heinegg, in: Vedder / von Heinegg, Europäisches Unionsrecht, EUV, Art. 3, Rn. 15; so wohl auch Geiger, in: Geiger / Khan / Kotzur, EUV / AEUV, EUV, Art. 3, Rn. 8; Rosenkötter / Wuersig, Die Auswirkung des Vertrags von Lissabon auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungswesen, Brüssel 2010, S. 4.

83 EuGH, Urt. v. 17.2.2011, Rs. C-52/09 – TeliaSonera Sverige, Slg. 2011, I-527, Rn. 20.

84 EuGH, Urt. v. 1.6.1999, Rs. C-126/97 – Eco Swiss, Slg. 1999, I-3055, Rn. 36; EuGH, Urt. v. 20.9.2001, Rs. C-453/99 – Courage und Crehan, Slg. 2001, I-6297, Rn. 20.

„bestimmte Aspekte, die außerhalb des Wirtschaftsbereichs liegen, bei Ausschreibungsverfahren in Betracht gezogen werden“. Das Ziel der vergaberechtlichen Vorschriften werde „von einem rein wirtschaftlichen Ansatz auf die neu aufgenommene soziale Verantwortung des Marktsystems ausgeweitet“.⁸⁵

Allerdings besteht im Rahmen der Währungsunion ein Vorrang für das Ziel der Preisstabilität. Die Wirtschafts- und Währungsunion wurde 1992 durch den Vertrag von Maastricht mit den Artikeln 102a bis 109m EG a. F. in den EGV eingeführt. Eine Novellierung erfolgte sowohl durch den Vertrag von Nizza im Jahre 2000 als auch durch den Vertrag von Lissabon, der 2009 in Kraft trat.

Wegen einer instabilen Währungslage sollte, wie auf der Haager Gipfelkonferenz 1969 verkündet worden war, die realwirtschaftliche Integration der EWG durch ein stabiles monetäres Gerüst geschützt und gefördert werden.⁸⁶ Ein Plan für die Realisierung dieses Vorhabens sollte zunächst von einer Arbeitsgruppe unter dem Vorsitz des luxemburgischen Ministerpräsidenten Werner erarbeitet werden, was jedoch scheiterte. In dieser Hinsicht war der sog. „Delors-Plan“ erfolgreicher, wonach drei Stufen notwendig sind: Die komplette Liberalisierung des Kapital- und des Zahlungsverkehrs stellte die erste Stufe dar, die zweite Stufe begann im Anschluss an die Ratifizierung des Vertrags von Maastricht und am 1.1.1999 wurde die dritte Stufe und damit die Währungsunion vollendet.

Die Wirtschaftspolitik und die Währungspolitik stehen in einem engen Zusammenhang, auch wenn der Integrationsgrad unterschiedlich stark ausgeprägt ist.⁸⁷ Die Verwirklichung der Wirtschafts- und Währungsunion ist gemäß Art. 3 Abs. 4 EUV eines der Ziele der EU, zu dessen Verwirklichung die Mitgliedstaaten und die EU zusammenwirken. Die Union hat gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. c) AEUV eine ausschließliche Zuständigkeit für die Währungspolitik der Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist. Gemäß Art. 5 Abs. 1 AEUV koordinieren die Mitgliedstaaten ihre Wirtschaftspolitik. Zu diesem Zweck erlässt der Rat Maßnahmen; insb. beschließt er die Grundzüge dieser Politik. Nach Art. 120 S. 2 AEUV handeln die Mitgliedstaaten und die Union im Bereich der Wirtschaftspolitik „im Einklang mit dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb, wodurch

85 Rosenkötter / Wuersig, Die Auswirkung des Vertrags von Lissabon auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungswesen, Brüssel 2010, S. 4; Burgi, NZBau 2009, 609 (613); Becker, in: Schwarze, EU-Kommentar, EUV, Art. 4, Rn. 13; Pechstein / Streinz, in: Streinz, EUV/AEUV, EUV, Art. 4, Rn. 7.

86 Rodi, in: Vedder / Heintschel von Heinegg, Europäisches Unionsrecht, AEUV, Art. 119, Rn. 1.

87 Ebenda, Art. 119, Rn. 6.

ein effizienter Einsatz der Ressourcen gefördert wird und halten sich dabei an die in Art. 119 AEUV genannten Grundsätze“. Gemäß Art. 121 Abs. 1 AEUV betrachten die Mitgliedstaaten ihre Wirtschaftspolitik als eine Angelegenheit von gemeinsamem Interesse und koordinieren sie im Rat.⁸⁸

Diese unterschiedlich weit vorangeschrittene Integration ist das Ergebnis einer asymmetrischen europäischen Wirtschafts- und Währungspolitik, die gekennzeichnet ist durch eine ausschließliche Kompetenz der EU im Bereich der Währungspolitik nach Art. 3 Abs. 1 lit. c) AEUV und eine bloße Koordinierungsfunktion der EU im Bereich der Wirtschaftspolitik nach Art. 5 Abs. 1 AEUV.⁸⁹ Die Koordinierung der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten soll eine annähernd vergleichbare Entwicklung der betreffenden Volkswirtschaften gewährleisten.⁹⁰ Gemäß Art. 5 Abs. 1 Unterabs. 2 AEUV geltend für die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist, besondere Regelungen.

Der Rat erstellt gemäß Art. 121 Abs. 2 AEUV auf Empfehlung der Europäischen Kommission einen Entwurf für die Grundzüge der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten und der Union und erstattet dem Europäischen Rat hierüber Bericht. Auf der Grundlage der hierzu vom Europäischen Rat erörterten Schlussfolgerungen verabschiedet der Rat eine Empfehlung, in der diese Grundzüge dargelegt werden. Die Grundzüge der Wirtschaftspolitik müssen gemäß Art. 120 S. 1 AEUV zur Verwirklichung der Ziele i.S.d. Art. 3 EUV beitragen.

Die Wirtschaftspolitik der EU basiert auf der Systementscheidung für eine offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb.⁹¹ Eine Entscheidung für ein anderes Wirtschaftssystem, wie z. B. eine Planwirtschaft, stünde im Widerspruch zu dieser Systementscheidung und wäre daher nicht zulässig.⁹² Das Wirtschaftsverständnis der EU basiert somit auf einer liberalen Grundausrichtung,⁹³ was u. a. an der Schaffung eines Binnenmarktes und an der Teilnahme am Welthandel durch Im- und Exporte deutlich

88 Hatje, in: Schwarze, EU-Kommentar, AEUV, Art. 119, Rn. 3.

89 Ebenda, Rn. 5; Rodi, in: Vedder Heintschel von Heinegg, Europäisches Unionsrecht, AEUV, Art. 119, Rn. 7; Häde, EuR 2009, 200 (202).

90 Hatje, in: Schwarze, EU-Kommentar, AEUV, Art. 119, Rn. 5.

91 Hatje, in: Schwarze, EU-Kommentar, AEUV, Art. 119, Rn. 9; so im Ergebnis auch EuGH, Urt.v. 3.10.2000, Rs. C-9/99 – Échirolles Distribution., Slg. 2000, I-8207, Rn. 25.

92 Hatje, in: Schwarze, EU-Kommentar, AEUV, Art. 119, Rn. 10; Nicolaysen, Europarecht II, S. 320; Müller-Graff, EuR 1997, 433 (440).

93 Frenz, Handbuch Europarecht Bd. 1, Rn. 12; EuGH, Urt. v. 3.10.2000, Rs. C-9/99 – Échirolles Distribution., Slg. 2000, I-8207, Rn. 25.

wird. Dennoch wurde durch den Vertrag von Lissabon ein sozialer bzw. gemeinwohlorientierter Charakter der innereuropäischen Wirtschaftspolitik in den folgenden in Art. 3 Abs. 3 EUV genannten Zielen normiert: in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt; hohes Maß an Umweltschutz und Verbesserung der Umweltqualität; Bekämpfung von sozialer Ausgrenzung und Diskriminierungen; Förderung sozialer Gerechtigkeit und sozialen Schutzes, der Gleichstellung von Frauen und Männern, der Solidarität zwischen den Generationen und des Schutzes der Rechte des Kindes; Förderung des wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalts und der Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten. Durch dieses Bekenntnis erklärt die EU, nicht einem rein marktorientierten Wirtschaftsverständnis zu folgen, sondern – auch durch ihre Wirtschaftspolitik – bspw. gegen soziale Ausgrenzung oder Diskriminierung eintreten zu wollen. Dieses entspricht dem Leitbild einer sozialen Marktwirtschaft.⁹⁴

Bereits im Europäischen Primärrecht wird der offene Markt eingeschränkt, so kann zum Schutz von Verbrauchern oder der Umwelt in das Geschehen auf dem Markt eingegriffen werden.⁹⁵ Der offene Markt mit einem freien Wettbewerb hat daher lediglich einen Leitbildcharakter und muss bei einer Abwägung gegen andere Zielbestimmungen, wie bspw. den Umweltschutz, abgewogen werden.⁹⁶

In der Währungspolitik hat die EU eine ausschließliche Kompetenz.⁹⁷ In diesem Zusammenhang gilt zu beachten, dass die EU über keinerlei weitere makroökonomische Instrumentarien verfügt, um die Ziele der Währungspolitik zu realisieren.⁹⁸

94 Heintschel von Heinegg, in: Vedder / von Heinegg, Europäisches Unionsrecht, EUV, Art. 3, Rn. 15; Hatje, in: Schwarze, EU-Kommentar, AEUV, Art. 119, Rn. 11; so wohl auch Schwarze, EuZW 2004, 135 (136).

95 Hatje, in: Schwarze, EU-Kommentar, AEUV, Art. 119, Rn. 12; Kempen, in: Streinz, EUV/AEUV; AEUV, Art. 119, Rn. 13; so wohl auch Nicolaysen, Europarecht II, S. 321.

96 Hatje, in: Schwarze, EU-Kommentar, AEUV, Art. 119, Rn. 13; so wohl auch Nicolaysen, Europarecht II, S. 321; im Ergebnis so wohl auch Streinz, in: Streinz, EUV / AEUV, EUV, Art. 4, Rn. 7; Ruffert, in: Calliess / Ruffert, EUV / AEUV, EUV, Art. 3 Rn. 22 ff.

97 Hatje, in: Schwarze, EU-Kommentar, AEUV, Art. 119, Rn. 14; Kilb, JA 1999, 262 (262); Häde, in: Calliess / Ruffert, EUV / AEUV, Art. 119, Rn. 13; Kempen, in: Streinz, EUV / AEUV, AEUV, Art. 119, Rn. 19.

98 Hatje, in: Schwarze, EU-Kommentar, AEUV, Art. 119, Rn. 14; von Bogdandy, EuZW 2001, 449 (449); so wohl auch Crowley, JCMS 39 (2001), 385 (386).

Art. 119 Abs. 3 AEUV benennt für die Tätigkeit der Mitgliedstaaten und der EU im Bereich der Wirtschafts- und Währungspolitik folgende „richtungsweisende Grundsätze“, welche auch als Grundsätze der Solidarität bezeichnet werden: stabile Preise, gesunde öffentliche Finanzen und monetäre Rahmenbedingungen sowie eine tragfähige Zahlungsbilanz. Der Terminus „stabile Preise“ ist als die Stabilität des Geldwertes zu verstehen.

Die in Art. 140 Abs. 1 AEUV genannten Konvergenzkriterien können bei der Auslegung des Begriffs „gesunde öffentliche Finanzen“ herangezogen werden. Erforderlich ist eine dauerhafte akzeptable öffentliche Haushaltslage, was bei Haushalten ohne ein übermäßiges Defizit der Fall ist. Wann ein Defizit übermäßig ist, bestimmt sich für die Haushalte der Mitgliedstaaten nach Art. 126 AEUV und dem Protokoll Nr. 12 über das Verfahren bei einem übermäßigen Defizit, für die EU nach der Haushaltsordnung und dem Eigenmittelbeschluss 2007/436/EG⁹⁹ vom 7.6.2007.¹⁰⁰ Mit „monetären Rahmenbedingungen“ ist die Versorgung der Wirtschaft mit finanziellen Mitteln, welche von der Europäischen Zentralbank (EZB) gesteuert wird, gemeint. Die Rahmenbedingungen sind stabil, wenn die Geldpolitik einerseits Wirtschaftswachstum ermöglicht und andererseits das Preisniveau stabil bleibt.

Die Preisstabilität ist das Schlüsselement im Rahmen der Währungspolitik und erhält durch Art. 127 Abs. 1 S. 1 und Art. 282 Abs. 2 S. 2 AEUV sowie Art. 2 S. 1 des Protokolls über die Satzung des Europäischen Systems der Zentralbanken und der Europäischen Zentralbank eine herausragende Stellung, wodurch diese zum primären Ziel der Währungspolitik wird.¹⁰¹ Soweit dies ohne Beeinträchtigung des Ziels der Preisstabilität möglich ist, unterstützt das Europäische System der Zentralbanken (ESZB) gemäß Art. 127 Abs. 1 S. 2 AEUV die allgemeine Wirtschaftspolitik in der Union, um zur Verwirklichung der in Art. 3 EUV festgelegten Ziele der Union beizutragen. Gemäß Art. 127 Abs. 1 S. 3 AEUV hat das ESZB dabei im Einklang mit dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb zu handeln, wodurch ein effizienter Einsatz der Ressourcen gefördert wird, und sich dabei an die in Art. 119 genannten Grundsätze

99 Beschluss über das System der Eigenmittel, ABl. L 163 v. 23.6.2007, S. 17 - 21.

100 Hatje, in: Schwarze, EU-Kommentar, AEUV, Art. 119, Rn. 18; zur Bestimmung des übermäßigen Defizits bei den Mitgliedstaaten: Kempen, in: Streinz, EUV / AEUV, AEUV, Art. 126, Rn. 7f.; Khan / Richter, in: Geiger / Khan / Kotzur, EUV / AEUV, AEUV, Art. 126, Rn. 6.

101 Hatje, in: Schwarze, EU-Kommentar, AEUV, Art. 119, Rn. 19; Stark, WM 1999 125 (125); Kilb, JA 1999, 262 (263); Heun, JZ 1998, 866 (869); Wildmann, Makroökonomie, S. 137.

zu halten.¹⁰² Die Ziele der Währungspolitik und die Ziele des Art. 3 EUV sind nicht identisch. Das für die Währungsunion primäre Ziel der Preisstabilität ist für die weiteren Politikbereiche der Union nicht von übergeordneter Bedeutung, sodass das Ziel der Preisstabilität gleichrangig neben den weiteren in Art. 3 Abs. 3 EUV genannten Zielen wie bspw. dem hohen Maß an Umweltschutz und der Verbesserung der Umweltqualität steht.

Das Welthandelsrecht wird maßgeblich vom Neoliberalismus geprägt.¹⁰³ Dieses folgt aus dem Meistbegünstigungsgrundsatz und dem Diskriminierungsverbot.¹⁰⁴

g. Folgen für das öffentlich-rechtliche Beschaffungswesen

Das Verständnis des Verhältnisses zwischen Wirtschaft und Staat ist für das öffentliche Beschaffungswesen von erheblicher Bedeutung. Schließlich sehen die verschiedenen Außenhandelstheorien unterschiedliche Ansätze für die Behandlung von ausländischen Gütern und Dienstleistungen vor, und die Einflussnahme des Staates wird verschieden bewertet.

Nach der merkantilistischen Außenhandelstheorie wäre es bspw. undenkbar, dass der Staat Güter nutzt, die nicht in seinem Hoheitsgebiet hergestellt wurden. Vielmehr würde der Staat dies durch protektionistische Maßnahmen unterbinden. Bei einem liberalen Verständnis würde hingegen eine Öffnung der Beschaffungsmärkte geboten sein.

Die Soziale Marktwirtschaft in Deutschland wurde in erheblichem Maße vom Ordoliberalismus geprägt und steht daher nicht *per se* im Ausland hergestellten Gütern entgegen. Dies wird auch durch die deutsche Teilnahme an der WTO und der Europäischen Union deutlich. Sowohl die Regelungen der WTO als auch die Normen der Europäischen Union wenden sich gegen protektionistische Maßnahmen des Staates.¹⁰⁵ Dennoch existiert

102 Vgl. auch die wortgleiche Regelung in Art. 2 Sätze 2 und 3 des Protokolls über die Satzung des Europäischen Systems der Zentralbanken und der Europäischen Zentralbank.

103 Wimmer / Müller, Wirtschaftsrecht, Rn. 109; Hermann / Weiß / Ohler, Welthandelsrecht, § 3, Rn. 37.

104 Hermann / Weiß / Ohler, Welthandelsrecht, § 3, Rn. 37; so wohl auch Neugärtner, GATT 1947, in: Hilf / Oeter, WTO-Recht, § 3, Rn. 2.

105 Für die Regelungen der WTO: Senti, WTO, Rn. 365; Bhala / Kennedy, World Trade Law, p. 3; Lowenfeld, International Economic Law, p. 3; Weiß, in: Hermann / Weiß / Ohler, Welthandelsrecht, § 9, Rn. 157; Wouters / De Meester, The World Trade Organization, pp. 19 ff. Für die Regelungen der EU: Wyatt /

in der Sozialen Marktwirtschaft ein Korrektiv zu den Märkten. Dieses Korrektiv wird im Vergaberecht z. B. durch ein bevorzugtes Angebot an anerkannte Werkstätten für behinderte Menschen nach § 224 SGB IX verwirklicht.

Das europäische Verständnis der Wirtschaftsordnung ist grundsätzlich liberal, auch wenn durch den Vertrag von Lissabon u. a. soziale und ökologische Ziele normiert wurden.

Durch das Welthandelsrecht soll eine Liberalisierung des Welthandels erfolgen. Diese Liberalisierung zielt auf eine Öffnung der Märkte und einen Abbau protektionistischer Maßnahmen ab.¹⁰⁶

Daher soll auf allen drei Ebenen ein vergrößerter Beschaffungsmarkt für die öffentlichen Vergabestellen entstehen, durch diese Liberalisierung sollen beschränkende Maßnahmen beseitigt werden. Den Beschaffungsstellen steht hierdurch auch die Möglichkeit offen, ihren Bedarf durch ausländische Güter zu decken, auch wenn in der europäischen und der deutschen Wirtschaftsordnung z. B. soziale Aspekte eine verfassungs- bzw. primärrechtliche Verankerung haben und hierdurch auf die verschiedenen Politikbereiche eine Wirkung entfalten.

2. Arten der wirtschaftlichen Betätigung des Staates

Der Staat kann sich auf verschiedener Weise wirtschaftlich betätigen. Diese Aktivitäten lassen sich nach Wirtschaftslenkung, Wirtschaftsaufsicht, Verwaltungsprivatrecht und fiskalischer Hilfsverwaltung differenzieren. Unbeachtet bleibt hierbei eine eigene wirtschaftliche Tätigkeit des Staates, wenn dieser bspw. selbst Computerchips herstellt und diese mit dem Ziel der Gewinnerzielung auf dem Markt anbietet. Die verschiedenen Arten der wirtschaftlichen Betätigung des Staates können sich auch in den Vergabeentscheidungen niederschlagen.

Dashwood, *European Union Law*, pp. 391 f.; Hobe, *Europarecht*, Rn. 608; Frenz, *Handbuch Europarecht* Bd. 1, Rn. 5 ff.; Schweitzer / Hummer / Obwexer, *Europarecht*, Rn. 1321; so wohl auch Herdegen, *Europarecht*, § 13, Rn. 1; Beispielhaft für die Rechtsprechung des EuGH, *Urt. v. 5.5.1982, Rs. 15/81 – Schul*, Slg. 1982 1409, Rn. 33.

106 Bungenberg, *Nationales, supranationales und WTO-Vergaberecht*, S. 262; Senti, *WTO*, Rn. 365; Bhala / Kennedy, *World Trade Law*, p. 3; Lowenfeld, *International Economic Law*, p. 3; Weiß, in: Hermann / Weiß / Ohler, *Welthandelsrecht*, § 9, Rn. 157; Wouters / De Meester, *The World Trade Organization*, pp. 19 ff.

a. Wirtschaftsaufsicht und Wirtschaftslenkung

Die Ausgestaltung der Wirtschaftsaufsicht folgt aus dem liberalen Verständnis von Staat und Wirtschaft.¹⁰⁷ Im Rahmen der Wirtschaftsaufsicht¹⁰⁸ stellt die Verwaltung sicher, dass bestimmte Anforderungen bei einem wirtschaftlichen Handeln von Privaten eingehalten werden.¹⁰⁹ Zur Durchsetzung der Anforderungen darf die Behörde – wie bspw. gemäß § 15 Abs. 2 GewO – die weitere wirtschaftliche Betätigung untersagen oder die Zulassung zu der angestrebten Tätigkeit versagen.¹¹⁰ Die Wirtschaftsaufsicht dient nicht einer inhaltlichen staatlichen Steuerung von wirtschaftlichen Vorgängen.¹¹¹

Im Gegensatz dazu umfasst die staatliche Wirtschaftslenkung Maßnahmen, die zur Verwirklichung von sozialen oder wirtschaftlichen Zielen¹¹² Einfluss auf die Wirtschaft nehmen sollen.¹¹³ Hierfür knüpft die wirtschaftslenkende Maßnahme an unternehmerischen Entscheidungen an, wie bspw. zur Produktion oder zur Preisbildung.¹¹⁴ Durch diese Maßnah-

107 Badura, *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung*, Rn. 206; Schmidt, *Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allgemeiner Teil*, S. 299; Henke, DVBl. 1983, 982 (982).

108 Der Begriff der Wirtschaftsaufsicht wird in diesem Zusammenhang unabhängig von der streitigen Abgrenzung zur Wirtschaftsüberwachung verwendet. Zur Abgrenzung näher Schliesky, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, S. 134 f.

109 Schmidt, *Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allgemeiner Teil*, S. 299 f. Gramlich, *VerwArch* 88 (1997), 598 (599); Henke, DVBl. 1983, 982 (982); Scholz, *Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz*, S. 168; Schmidt, *Wirtschaftspolitik, Wirtschaftsverwaltungsorganisation, Wirtschaftsförderung*, in: Achterberg / Püttner / Würtenberger, *Besonderes Verwaltungsrecht I*, § 1 Rn. 142.

110 Badura, *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung*, Rn. 207; Schmidt, *Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allgemeiner Teil*, S. 300; Scholz, *Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz*, S. 38.

111 Jarass, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, § 2 Rn. 5; Schliesky, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, S. 135; Schmidt, *Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allgemeiner Teil*, S. 300; im Ergebnis so wohl auch Gramlich, *VerwArch* 88 (1997), 598 (599).

112 BVerwGE 71, 183 (190); Schliesky, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, S. 135; Rn. 180; so wohl auch Scholz, *Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz*, S. 21; Schmidt, *Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allgemeiner Teil*, S. 299.

113 Die Wirtschaftslenkung wird uneinheitlich definiert. An dieser Stelle wird die weite Definition verwendet. Zur Umstrittenheit der Definition Schliesky, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, S. 135 f.

114 Jarass, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, § 2, Rn. 2; Schliesky, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, S. 135; Ziekow, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, § 5, Rn. 2; Scholz,

men werden politische Ziele gefördert, etwa der Umweltschutz. Einzelne staatliche Entscheidungen können durch wirtschaftslenkende Maßnahmen beeinflusst sein. Dieses gilt prinzipiell – inwieweit dieses auch rechtlich zulässig ist, wird an späterer Stelle erörtert – auch für die Beschaffungsentscheidungen der Vergabestellen.

b. Das Verwaltungsprivatrecht

Im Bereich der Leistungsverwaltung kann eine Behörde – soweit keine gesetzlichen oder sachlichen Gründe dem entgegenstehen – öffentlich-rechtlich oder in einer privatrechtlichen Rechtsform tätig werden, sog. Wahlfreiheit der Verwaltung. Wird als Betätigungsform eine privatrechtliche Gesellschaft gewählt und soll diese Ziele verwirklichen, die unmittelbar einem öffentlichen Zweck dienen, wie z. B. das Betreiben einer GmbH im Bereich des Personennahverkehrs,¹¹⁵ besteht trotz dieser privatrechtlichen Rechtsform eine Bindung an Vorgaben des öffentlichen Rechts. Aufgrund dieser öffentlich-rechtlichen Vorgaben ist die Verwaltung nicht in gleicher Weise frei wie eine Privatperson.¹¹⁶ So darf bspw. auch in Formen des Zivilrechts organisierter öffentlicher Personennahverkehr Kunden nur unter engen Voraussetzungen ablehnen, während zivilrechtlich organisierte Unternehmen, die nicht aufgrund der Daseinsvorsorge tätig sind, sich – im Rahmen des § 19 AGG auf die Privatautonomie berufen können.

Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz, S. 21 ff.; so im Ergebnis wohl auch Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allgemeiner Teil, S. 299; Stober, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 212.

115 Pestalozza, DÖV 1974, 188 (188); Burgi, Rechtsregime, in: Hoffmann-Riem / Schmidt-Aßmann / Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. 1, § 18, Rn. 65; Frotscher / Kramer, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, Rn. 45; BGH DVBl. 1985, 793 (794); so wohl auch HessVGH DÖV 2005, 210 (211); kritisch zur Wahlfreiheit allgemein Ehlers, DVBl. 1983, 422 (429).

116 BGH NJW 2003, 2451 (2453); Maurer / Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 17, Rn. 1; so wohl auch HessVGH DÖV 2005, 210 (211).

c. Die fiskalische Hilfsverwaltung

Die fiskalische Hilfsverwaltung verfolgt nicht primär öffentliche Ziele.¹¹⁷ Vielmehr wird hierdurch die Funktionalität der Verwaltung gewährleistet. Als ein Bereich der fiskalischen Hilfsgeschäfte ist das Beschaffungswesen einzuordnen, das der Staat einsetzt, um bspw. Büromaterial für die Verwaltung durch einen Kaufvertrag mit einem privaten Anbieter zu erwerben. Davon ist die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit des Staates abzugrenzen. Eine solche liegt bspw. vor, wenn der Staat Aktien an einer privaten Aktiengesellschaft hält, um hierdurch eine Dividende zu erzielen.¹¹⁸

Aus verfassungsrechtlicher Sicht kann es problematisch sein, wenn der Staat die Aufträge zur Beschaffung an nur ein Unternehmen vergibt. Dies kann die wirtschaftlichen Gegebenheiten, vor allem die Wettbewerbsverhältnisse zwischen Unternehmen, in erheblichem Maße beeinflussen und möglicherweise über das Fortbestehen einzelner Unternehmen entscheiden.¹¹⁹

III. Zwischenfazit

Das Verhältnis zwischen Staat und Wirtschaft hat sich in der Vergangenheit gewandelt. Mit dieser Veränderung sind auch Einflussnahmemöglichkeiten seitens des Staates verbunden. Der Staat kann die Wirtschaft gegenwärtig in einem erheblichen Maß beeinflussen. Insbesondere die Wirtschaftslenkung ist hierbei von Relevanz. Der Staat verfolgt hierbei direkt bestimmte Ziele und fördert deren Verwirklichung. Auch die Vergabe öffentlicher Aufträge kann vom Staat zur Förderung bestimmter Ziele, z. B. des Umweltschutzes, genutzt werden. Verstärkt wird die Bedeutung von Vergabeentscheidungen für eine staatliche Lenkung durch die (teilweise bestehende) Nachfragemacht des Staates und die wirtschaftliche

117 BGHZ 36, 91 (96); BGHZ 65, 284 (287); BGHZ 91, 84 (96); Arndt, Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: Steiner, Besonderes Verwaltungsrecht, VII Rn. 114, 188; Frotscher / Kramer, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, Rn. 46; Ehlers, DVBl. 1983, 422 (423).

118 Frotscher / Kramer, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, Rn. 46; Detterbeck, Öffentliches Recht, Rn. 850; Maurer / Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3, Rn. 24; zur grundrechtlichen Problematik einer erwerbswirtschaftlichen Betätigung des Staates: Cremer, DÖV 2003, 921 (921 ff.).

119 Frotscher / Kramer, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, Rn. 49.

B. Öffentliche Beschaffung

Bedeutung der öffentlichen Beschaffung. Die den staatlichen Gestaltungsspielraum einschränkenden Faktoren, wie die vergabe- und haushaltsrechtlichen Vorgaben oder das Bestehen eines „Zwangsbedarfes“, relativieren diese Lenkungsmöglichkeiten allenfalls geringfügig.

C. „Politische Ziele“ bei der Vergabe öffentlicher Aufträge

Die öffentliche Auftragsvergabe kann aufgrund ihres Volumens eine nicht unerhebliche Beeinflussung der Wirtschaft bewirken und zur Verfolgung verschiedenster Ziele – wie bspw. Umweltschutz, Mittelstandsförderung oder der wirtschaftlichen Stärkung von wirtschaftlich schwächeren Regionen – genutzt werden.¹²⁰ Eine solche Instrumentalisierung von Vergabeentscheidungen ist in nahezu allen Rechtsordnungen geläufig,¹²¹ so dass öffentlichen Aufträgen eine Steuerungs- und Förderungsfunktion immanent ist.

120 Pache, DVBl. 2001, 1781 (1782); Barth / Dross / Fischer, Analyse der rechtlichen Rahmenbedingungen im Hinblick auf die Berücksichtigung von Umweltkriterien bei der öffentlichen Auftragsvergabe, S. 188; Ölcüm, Die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Auftragswesen, S. 33; Breloer, Europäische Vergaben und das deutsche Vergaberecht, S. 54; Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, Rn. 7; Waller, Das internationale Recht des geregelten Vergabewesens, S. 14; Europäische Kommission, Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy, pp. 4.; Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission: EUROPA 2020 – Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum, vom 3.3.2010, KOM(2010) 2020 endg. S. 18 ff.; so wohl auch Wimmer, Zuverlässigkeit im Vergaberecht, S. 59; Arrowsmith, JIEL 2002, 761 (781).

121 Gaedtke, Politische Auftragsvergabe und Welthandelsrecht, S.74; Latzel, NZBau 2014, 673 (673); Kühling, VerwArch 2004, 337 (355); Semple, Reform of the EU Procurement Directives and WTO GPA, p.1; einschränkend: Fischer / Barth, NVwZ 2002, 1184 (1185); Matsushita / Schoenbaum / Mavroidis / Hahn, WTO, p. 676; Puhl, VVDStRL 60 (2001), 456, (460); Pietzcker, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, S. 119; Benedict, Sekundärzwecke, S. 35; Arrowsmith, CML Rev. 1999, 13 (46); mit einer schwächeren Formulierung: Ölcüm, Die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Auftragswesen, S. 23; Schneider, DVBl.2003, 1186 (1186); Pache, DVBl. 2001, 1781 (1782); im Ergebnis so wohl auch Krämer, Die Koordinierung zwischen Umweltschutz und Freihandel im Mehrebenenverbund, S. 77; Bungenberg, Das primäre Binnenmarktrecht der öffentlichen Auftragsvergabe, Rn. 2; Anderson / Arrowsmith, The WTO regime on government procurement: past, present and future, p. 3; Steiff, Vergaberecht 2009, 290 (290); Burgi, NZBau 2011, 577 (577); Rechten / Röbke, Basiswissen Vergaberecht, S. 42; Arrowsmith, JIEL 2002, 761 (781); Anderson / Müller, TL & D 2015, 42 (57); Grandia, Implementing Sustainable Public Procurement, p. 15; zur Zukunft des europäischen Vergaberechts und die Zunahme von Steuerungsmöglichkeiten: Glaser, Zwingende soziale Mindeststandards bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 77.

Zur Untersuchung der rechtlichen Zulässigkeit einer Instrumentalisierung des Vergaberechts muss zunächst geklärt werden, wann die Vergabestelle weitere Ziele verfolgt. Hierfür ist eine Definition solcher „vergabefremder“ Ziele unumgänglich. Zu beachten ist hierbei, dass die Frage, wann eine Instrumentalisierung der Vergabeentscheidung vorliegt, insb. in der deutschen Rechtsordnung thematisiert wird. In anderen Rechtsordnungen, wie bspw. der amerikanischen, wird die Zulässigkeit von weiteren Zielen neben dem eigentlichen Beschaffungszweck nach dem konkreten Zweck bestimmt, wovon wiederum die Zulässigkeit abhängt.¹²² In den USA wird daher stärker nach einer Einzelfallbewertung vorgegangen. In der deutschen Rechtsordnung hingegen wird die generelle Zulässigkeit von „vergabefremden Kriterien“ erörtert und hieraus auf den jeweiligen Einzelfall geschlossen.¹²³ Aus diesem Grund ist die Definition der über den eigentlichen Beschaffungszweck hinausgehenden Ziele gerade für das deutsche Vergaberecht relevant.

I. Definitionen

Für die Untersuchung der Zulässigkeit von weiteren Zielen, welche die Vergabestelle verfolgt, ist zunächst zu definieren, wann diese Ziele vorliegen. Bei der Definition von „politischen Zielen“ existieren zwei verschiedene Ansätze, welche im Folgenden dargestellt und hinsichtlich ihrer Eignung untersucht werden. Auch hierbei wird die Differenzierung im internationalen Recht nicht gleichermaßen intensiv wie im deutschen Recht vorgenommen.¹²⁴ Dennoch empfiehlt es sich, im Rahmen dieser Untersuchung eine einheitliche Terminologie zu verwenden.

1. „Vergabefremde Kriterien“

Der erste Definitionsansatz sieht weitere Ziele der Vergabestelle als „vergabefremde Kriterien“ an. Dieser Definitionsansatz stellt auf die „Fremd-

122 Gaedtke, Politische Auftragsvergabe und Welthandelsrecht, S. 74.

123 So wohl ebenda, S. 74.

124 Gaedtke, Politische Auftragsvergabe und Welthandelsrecht, S. 74; zu verschiedenen Bezeichnungen: Burgi, Secondary Considerations in Public Procurement in Germany, p. 105.

heit“ des Kriteriums ab.¹²⁵ Fremd ist ein Kriterium, wenn es nicht auf die Beschaffung des jeweiligen Gutes zielt, welche die Vergabestelle zur Erfüllung der hoheitlichen Tätigkeit benötigt.¹²⁶ Nach dieser Definition liegen daher „vergabefremde Kriterien“ etwa bei der Beschaffung von umweltfreundlich hergestellten Produkten vor.

Ein solcher Definitionsansatz ist keineswegs unproblematisch. Schließlich erfolgt durch diese Definition bereits eine Wertung. Diese folgt aus der Titulierung als „vergabefremdes Kriterium“. In der Literatur wird der Terminus der „vergabefremden Kriterien“ teilweise als ein Kampfbegriff gesehen.¹²⁷ Diese Wertung verkennt jedoch, dass das Vergaberecht durchaus ein legitimes Mittel zur Durchsetzung politischer Ziele sein kann,¹²⁸ zumal ein Vergabekriterium nicht mehr fremd ist, wenn es die Vergabestelle in der öffentlichen Ausschreibung zuvor benannt hat und seine

125 Ax / Schneider / Nette, HB Vergaberecht, Kapitel 1, Rn. 100; Dreher / Hoffmann / Kling, Das sekundäre Binnenmarktrecht der öffentlichen Auftragsvergabe, Rn. 161; so im Ergebnis auch Leinemann (Hrsg.), Die Vergabe öffentlicher Aufträge, Rn. 785; Prieß, HB des europäischen Vergaberechts, S. 277; Ölcüm, Die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Auftragswesen, S. 35; zur Terminologie von primary and secondary considerations: Comba, Green and Social Considerations in Public Procurements Contracts, p. 307 ff.; Arrowsmith / Kunzlik, Public Procurement and horizontal policies in EC law, pp. 13.

126 Leinemann (Hrsg.), Die Vergabe öffentlicher Aufträge, Rn. 783; Latzel, NZBau 2014, 673 (673); Fischer, EuZW 2004, 492 (492); Dageförde, Einführung in das Vergaberecht, Rn. 67; Weihrauch / Meyer-Hofmann, Vergabepaxis, S. 322; Gaedtke, Politische Auftragsvergabe und Welthandelsrecht, S. 75; Prieß, HB des europäischen Vergaberechts, S. 277; Benedict, Sekundärzwecke, S. 17; Hattig, Lexikon Vergaberecht, S. 234; Breloer, Europäische Vorgaben und das deutsche Vergaberecht, S. 48; Wimmer, Zuverlässigkeit im Vergaberecht, S. 59; zu der selben Problematik bei den Tariftreueerklärungen: Dobmann, Die Tariftreueerklärung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 61; Schwarze, Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, S. 27.

127 Gaedtke, Politische Auftragsvergabe und Welthandelsrecht, S. 75; Marx, Vergabefremde Aspekte im Lichte des europäischen und des deutschen Rechts, S. 77; im Ergebnis so wohl auch Weissenberg, DB 1984, 2285 (2285); Kühling, VerwArch 2004, 337 (339); Glaser, Zwingende soziale Mindeststandards bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 77.

128 Gaedtke, Politische Auftragsvergabe und Welthandelsrecht, S. 75; so wohl auch Ölcüm, Die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Auftragswesen, S. 35 f.; Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, Rn. 7, der betont, dass der Staat seiner Vorreiter- und Vorbildfunktion entsprechen kann; so im Ergebnis auch Kühling, VerwArch 2004, 337 (339); Glaser, Zwingende soziale Mindeststandards bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 77.