

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 Bruttoinlandprodukts.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 Umweltschutzbelangen 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; Götsche, 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.; Hardses/ 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; Hardses/ 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.; Hardses/ 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).