

MARC BUNGENBERG

Vergaberecht
im Wettbewerb der
Systeme

Jus Publicum

163

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM
Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 163



Marc Bungenberg

Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme

Eine rechtsebenenübergreifende
Analyse des Vergaberechts

Mohr Siebeck

Marc Bungenberg (Priv.-Doz. Dr. jur. habil., LL.M.), geboren 1968, 1990 bis 1994 Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Hannover, 1994/95 Graduiertenstudium im Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrecht an der Universität Lausanne, 1996 bis 1998 Referendariat am Kammergericht Berlin, 1999 Promotion an der Universität Hannover mit einer europarechtlichen Dissertation, 1998–2006 Wissenschaftlicher Mitarbeiter bzw. Assistent am Jean-Monnet-Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht, Völkerrecht und Internationales Wirtschaftsrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena, Habilitation dort im SS 2006, Erteilung der *venia legendi* für die Fächer Öffentliches Recht, Europarecht, Völkerrecht und Internationales Wirtschaftsrecht, ab WS 2006 Vertretung einer Professur für Öffentliches Recht an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

e-ISBN PDF 978-3-16-151244-5
ISBN 978-3-16-149309-6
ISSN 0941-0503 (Jus Publicum)

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

© 2007 Mohr Siebeck Tübingen.

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

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Garamond Antiqua gesetzt und auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Meiner Familie

Vorwort

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Friedrich-Schiller-Universität Jena hat diese Arbeit im Wintersemester 2005/2006 als Habilitationsschrift angenommen. Für die Veröffentlichung wurde wo notwendig die zwischenzeitliche Rechtsentwicklung berücksichtigt.

Mein herzlichster Dank gilt Herrn Professor Dr. Karl M. Meessen für die spannenden, anregenden und lehrreichen Jahre an seinem Lehrstuhl an der Friedrich-Schiller-Universität Jena, die permanente Aufforderung zu kritischer Diskussion, alle Förderung sowie natürlich für die Betreuung dieser Arbeit.

Dank sagen möchte ich an dieser Stelle auch Herrn Professor Dr. Michael Brenner für die – überaus schnelle – Erstellung des Zweitgutachtens.

Ohne die Geduld, Ermunterung und Unterstützung meiner Familie, insbesondere meiner Frau Daniela, hätte diese Arbeit nicht entstehen können; ich freue mich, Moritz nun endlich das Buch zeigen zu können, das immer wieder Grund für Entschuldigungen gewesen ist.

Hannover, im Mai 2007

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	XI
Einleitung	1
Kapitel 1: Die Ökonomisierung staatlichen Handelns und die neue Bedeutung des Vergaberechts	17
A. Zu erfüllende Staatsaufgaben als Ausgangspunkt	18
B. Alternativen staatlicher Aufgabenerfüllung.	24
C. Privatisierung als ebenenübergreifendes Phänomen.	26
D. Staatsmodernisierung, Verantwortungsteilung und das öffentliche Beschaffungswesen.	42
E. Ökonomische Bedeutung der öffentlichen Auftragsvergabe	51
F. Referenzbereiche für den Bedeutungsanstieg des Vergaberechts	54
G. Ergebnis Kapitel 1	63
Kapitel 2: Rechtsebenenübergreifende Analyse und vertikales Kollisionsrecht	67
A. Von der offenen Wirtschaftsverfassung zur rechtsebenenübergreifenden Analyse	75
B. Das vertikale Kollisionsrecht einer rechtsebenenübergreifenden Untersuchung	100
C. Ergebnis Kapitel 2	130

Kapitel 3: Vergaberechtliche Grundprinzipien und ihre Konkretisierungen	133
A. „Wirtschaftlichkeit“ als Leitprinzip	135
B. Grundrechtsschutz der Marktgegenseite: Freiheits- und Gleichheitsgewährleistungen sowie Rechtsschutzgarantien	199
C. Die Verpflichtung zur Berücksichtigung ökologischer und sozialer Gesichtspunkte bei der öffentlichen Beschaffung	270
D. Ergebnis Kapitel 3	328
Ergebnisse der Arbeit und Schlussbetrachtung	331
Literaturverzeichnis	343
Sachregister	371

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
Kapitel 1: Die Ökonomisierung staatlichen Handelns und die neue Bedeutung des Vergaberechts	17
A. Zu erfüllende Staatsaufgaben als Ausgangspunkt	18
B. Alternativen staatlicher Aufgabenerfüllung	24
C. Privatisierung als ebenenübergreifendes Phänomen	26
1. Privatisierungswettbewerb auf Grund des Wettbewerbs der Systeme?	28
2. Privatisierungsimplicationen im internationalen Wirtschaftsrecht	29
3. Privatisierungsimplicationen im Gemeinschaftsrecht	32
4. Privatisierungspflicht im nationalen Recht	35
a) Verfassungsrechtliche Privatisierungspflicht	35
b) Bundes- und Landeshaushaltsordnung und Haushaltsgrundsatzgesetz	37
c) Kommunalrecht	38
D. Staatsmodernisierung, Verantwortungsteilung und das öffentliche Beschaffungswesen	42
E. Ökonomische Bedeutung der öffentlichen Auftragsvergabe	51
F. Referenzbereiche für den Bedeutungsanstieg des Vergaberechts bei Ökonomisierung des Staates und Privatisierung von Staatsaufgaben	54
1. Übergang zur Gewährleistungsverantwortung und Rolle der Auftragsvergabe in der Abfallwirtschaft.	54
a) Abfallentsorgung durch staatliche Eigenerbringung	55
b) Abfallentsorgung durch Dritte nach öffentlicher Auftragsvergabe	56
c) Abfallentsorgung durch Dritte nach Konzessionsvergabe	57
2. Erbringung von Schienenpersonennahverkehrsleistungen und öffentliche Auftragsvergabe	58

a) Entwicklung des Eisenbahnwesens in Deutschland	58
b) Gewährleistungsverantwortung und Ausschreibung	60
G. Ergebnis Kapitel 1	63
 Kapitel 2: Rechtsebenenübergreifende Analyse und vertikales Kollisionsrecht.	 67
A. Von der offenen Wirtschaftsverfassung zur rechtsebenen- übergreifenden Analyse	75
1. Verfassungsbindungen der öffentlichen Hand als Ausgangspunkt der rechtsebenenübergreifenden Analyse	75
2. Begriff der Wirtschaftsverfassung	78
3. Offene Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes	80
4. Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung	83
5. Ordnungspolitische Bedeutung des internationalen Wirtschaftsrechts.	88
6. Internationale Wirtschaftsordnung und öffentliche Auftragsvergabe	93
B. Das vertikale Kollisionsrecht einer rechtsebenenübergreifenden Untersuchung	100
1. Das Government Procurement Agreement als mixed agreement	101
2. Bedeutung völkerrechtlicher Vorgaben für die gemeinschafts- rechtliche wie auch die nationale Ausgestaltung des Beschaffungswesens	108
a) Unmittelbare Wirkung von WTO-Recht, insbesondere dem GPA, im Gemeinschaftsrecht	108
b) Völkerrechtskonforme Auslegung des Gemeinschaftsrechts	109
c) Wirkung der EMRK im Gemeinschaftsrecht	112
d) Unmittelbare Anwendbarkeit des GPA im nationalen Recht	113
e) GPA-konforme Auslegung nationalen Rechts	114
f) Anwendbarkeit der EMRK im nationalen Recht.	116
3. Verhältnis von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht	117
a) Vorrang des Gemeinschaftsrechts	118
b) Unmittelbare Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts	118
c) Gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts	119
4. Bedeutung der europäischen Grundrechte für das nationale Beschaffungswesen.	121
C. Ergebnis Kapitel 2	130

Kapitel 3: Vergaberechtliche Grundprinzipien und ihre Konkretisierungen	133
A. „Wirtschaftlichkeit“ als Leitprinzip	135
1. Wirtschaftlichkeitsgebot als rechtsebenenübergreifendes Gebot	137
a) Wirtschaftlichkeit im Wirtschaftsvölkerrecht	137
b) Wirtschaftlichkeitsgrundsatz im Gemeinschaftsrecht.	139
c) Das Wirtschaftlichkeitsprinzip im nationalen Recht	143
2. Wirtschaftlichkeit durch internationale Beschaffung im Ausschreibungswettbewerb	145
a) Wirtschaftlichkeit durch Marktöffnung	147
aa) Ökonomische Grundüberlegungen des Beschaffungsprotektionismus	149
bb) Rechtliche Verpflichtungen zur Marktöffnung	157
b) Wirtschaftlichkeit durch „Vergabe im Wettbewerb“	162
aa) Verfahrensgrundsätze effizienter wettbewerblicher Vergabe	163
bb) Effizienz durch e-procurement und elektronische Auktionen	171
cc) Grundsatz des Zuschlags auf das wirtschaftlichste Angebot	174
3. Wettbewerbsaufsicht und Wettbewerbsrecht als Marktrecht des Beschaffungswesens	178
a) Bieterwettbewerb	181
aa) Wettbewerbsbeschränkende Absprachen	182
bb) Fusionskontrolle	184
b) Kartellrechtliche Bindungen der Nachfrageseite	187
aa) Absprachen und Vereinbarungen zwischen Beschaffungsstellen	190
bb) Monopolstellung oder marktbeherrschende Stellung der öffentlichen Hand	192
c) Beihilfenrecht	194
aa) Auftragsvergabe als Beihilfe	194
bb) Von der Auftragsvergabe unabhängige Beihilfen	196
4. Zwischenergebnis Wirtschaftlichkeit	198
B. Grundrechtsschutz der Marktgegenseite: Freiheits- und Gleichheitsgewährleistungen sowie Rechtsschutzgarantien	199
1. Gleichheitsgrundrechte und Diskriminierungsverbote	201
a) Vergaberechtliche Gleichbehandlung als völkerrechtliches Gebot	201
aa) Vergaberechtsspezifische Gleichheitsgewährleistungen des GPA.	201

bb) Gleichheitsgewährleistungen der EMRK	203
b) Gleichheitsverbürgungen im Gemeinschaftsrecht	204
aa) Grundfreiheiten und allgemeines Diskriminierungsverbot	204
bb) Der Gleichbehandlungsgrundsatz als Gemeinschafts-	
grundrecht und allgemeiner Rechtsgrundsatz	211
cc) Aus dem vergabespezifischen Sekundärrecht resultierende	
Gleichheitsgebote	212
c) Grundgesetzliches Gleichbehandlungsgebot bei der Auftrags-	
vergabe	213
aa) Aus dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz resultierende	
materielle Verfahrensvorgaben	214
bb) Aus dem Gleichheitsgrundsatz resultierende prozessuale	
Vorgaben	223
2. Freiheitsgewährleistungen.	230
a) Gemeinschaftsrechtliche Freiheitsverbürgungen und	
öffentliches Beschaffungswesen	230
aa) Wirtschaftsgrundrechte	230
bb) Grundfreiheiten als Freiheitsrechte?	232
b) Grundgesetzliche Freiheitsgrundrechte und öffentliches	
Beschaffungswesen	234
aa) Art. 2 Abs. 1 GG – allgemeine Wirtschaftsfreiheit	235
bb) Art. 12 GG – Berufsfreiheit	236
cc) Art. 14 GG – Eigentumsfreiheit	244
3. Rechtsschutzgarantien und öffentliche Auftragsvergabe.	245
a) Rechtsschutz nach dem Government Procurement Agreement	245
b) EMRK-Gewährleistungen und öffentliche Auftragsvergabe . .	247
aa) Verfahrensgarantien nach Art. 6 EMRK	247
bb) Beschwerdegarantien nach Art. 13 EMRK.	251
c) Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz im Europäischen	
Gemeinschaftsrecht.	252
d) Verfassungsrechtliche Rechtsschutzgewährleistungen –	
Art. 19 Abs. 4 GG – oder Justizgewährleistungsanspruch? . . .	255
4. Zwischenergebnis Schutz der Marktgegenseite	268
C. Die Verpflichtung zur Berücksichtigung ökologischer und sozialer	
Gesichtspunkte bei der öffentlichen Beschaffung	270
1. Umweltschutz als rechtsebenenübergreifendes, die Auftrags-	
vergabe steuerndes Prinzip	270
a) Umweltschutz als die Beschaffung leitendes Prinzip im	
Welthandelsrecht	272
b) Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben der Berücksichtigung	
von ökologischen Aspekten	275

c) Der „Umweltstaat“ des Grundgesetzes	278
d) Verfahrensrechtliche Berücksichtigungsmöglichkeiten des Umweltschutzes.	280
aa) Technische Spezifikationen und Leistungsbeschreibung . .	282
bb) Eignungskriterien	285
cc) Zuschlagskriterien	286
dd) Die Ausnahmeklausel des Art. XXIII GPA und Auftrags- ausführungsbedingungen im Gemeinschaftsrecht	289
2. Berücksichtigung von Sozialstandards.	293
a) Völkerrechtliche Verpflichtungen zur Einbeziehung sozialer Standards	294
b) Die Berücksichtigung sozialer Aspekte im Gemeinschaftsrecht	296
c) Nationales Verfassungsrecht und soziale Verpflichtungen . . .	299
d) Verfahrensrechtliche Einbeziehungsmöglichkeiten sozialer Aspekte bei der öffentlichen Beschaffung	300
aa) Leistungsbeschreibung und Eignungskriterien	300
bb) Zuschlagskriterien	302
cc) Die Ausnahmeklausel des Art. XXIII GPA und Vorgaben für die Auftragsausführung im Gemeinschaftsrecht	304
e) Zulässigkeit von Tariftreueklauseln bei der öffentlichen Auftragsvergabe.	306
aa) Materiellrechtliche Probleme von Tariftreueregelungen . .	307
bb) Rechtswegfragen bei der Überprüfung von Tariftreue- klauseln	318
f) Menschenrechtsschutz durch Auftragsvergabe?	320
aa) Sanktionsgesetze zum Menschenrechtsschutz und das „Massachusetts Burma Law“	321
bb) Einleitung eines Dispute Settlement Verfahrens gegen die USA	322
cc) Rechtliche Bewertung des Massachusetts Burma Law . . .	323
3. Zwischenergebnis zur Berücksichtigungspflicht sozialer und ökologischer Aspekte	327
D. Ergebnis Kapitel 3	328
Ergebnisse der Arbeit und Schlussbetrachtung	331
Literaturverzeichnis	343
Sachregister	371

Einleitung

Auf Grund der Einbindung des Staates in ein internationales Regelwerk und des hieraus resultierenden allgemeinen Systemwettbewerbs ist eine Ökonomisierung des Staates und seines Handelns erfolgt, die die Bedeutung des Beschaffungswesens ansteigen lässt und dessen Funktionen verändert hat. Zugleich geben Internationalisierung und Europäisierung die rechtliche Ausgestaltung des nationalen Vergaberechts in weiten Teilen vor.

Der Ausgabenanstieg der öffentlichen Hand¹ sowie der eingetretene Systemwettbewerb der Gebietskörperschaften gehören zu den bedeutendsten ökonomischen Veränderungen des 20. Jahrhunderts. Ersterer wurde insbesondere durch steigende Sozialausgaben, die Theorie der öffentlichen Güter, den Wettbewerb mit den sozialistischen bzw. kommunistischen Wirtschaftssystemen sowie die keynesianische Wirtschaftslehre bewirkt.² Doch in Zeiten globalisierender Märkte³ sind auch die Gebietskörperschaften zu effizientem Handeln gezwungen. Weltweite wie auch regionale Marktöffnungen durch internationale Abkommen bewirken verstärkten Wettbewerb nicht nur der privaten Akteure – im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe auf der Bieterseite – sondern auch einen Wettbewerb der Regionen, Staaten, Kommunen etc.; die durch die Nationalstaaten eingegangenen völker- und europarechtlichen Verpflichtungen führen zu einem System- und Standortwettbewerb der „Gebietskörperschaften“.⁴

Systemwettbewerb bezeichnet dabei im Allgemeinen einen komplexen Interaktionsprozess, der sowohl Elemente des ökonomischen als auch des politischen Wettbewerbs umfasst⁵ und der zumeist im Sinne von *von Hayek*⁶ als Kontroll- und Entdeckungsverfahren verstanden wird, welches Defizite des politischen Systems reduziert⁷ und den Nationalstaat vor neue Aufgaben stellt.⁸

¹ Vgl. *L. Schuknecht/V. Tenzi*, Public Spending in the 20th Century: A Global Perspective, 2000.

² Insoweit *R. Pitschas*, Deutschland und Japan im Fokus internationaler Staats- und Verwaltungsmodernisierung, in: *R. Pitschas* (Hrsg.), Globalisierung als Herausforderung für die Verwaltung, 2005, S.2ff. (3).

³ Hierzu umfassend *K.M. Meessen*, Economic Law in Globalizing Markets, 2004.

⁴ *K.M. Meessen*, ebenda, S.7ff.

⁵ So u.a. *G. Hönn*, Europäisches Wettbewerbs- und Kartellrecht und die Freiheit des nationalen Gesetzgebers im Systemwettbewerb, in: FS für G. Ress, 2005, S.505ff. (512).

⁶ Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, in: *Freiburger Studien*, 1969, S.249ff.

⁷ *G. Hönn*, Europäisches Wettbewerbs- und Kartellrecht und die Freiheit des nationalen

Dieser Wettbewerb der Systeme übt einen Sachzwang zur Wirtschaftlichkeit aus, denn die staatliche Haushaltsentwicklung ist zu einem internationalen Wettbewerbsfaktor geworden; hohe Steuern und Abgaben bedeuten einen elementaren Standortnachteil.

Der durch die „Globalisierung“ hervorgerufene Wettbewerb der Nationalstaaten (und ihrer Untergliederungen) zwingt diese in Teilbereichen in ein Gefangenendilemma:⁹ Transnationale Unternehmen können auf Grund weltweiter Liberalisierung unter verschiedenen institutionellen Rahmenbedingungen wählen und sich jeweils die „Rosinen“ herauspicken.¹⁰ Als „Gegenseite“ dieser privaten Wirtschaftsteilnehmer setzen die von politischen Akteuren bestimmten politischen Einheiten, die hinsichtlich Abwanderung von Unternehmen und Kapital im Wettbewerb stehen, zwar die institutionellen Rahmenbedingungen fest.¹¹ Doch als Folge globaler Unternehmensstrategien schwindet der tatsächliche Einfluss dieser nationalstaatlichen Gesetzgebung auf die Standortbedingungen, da sie sich am Standortwettbewerb orientieren muss.¹² Der auf Grund der internationalen Verrechtlichung entstehende Systemwettbewerb schwächt also die territorial begrenzte Macht des Staates im Sinne seiner nationalstaatlichen Handlungsmöglichkeiten.¹³

Die Wettbewerbsfähigkeit von Gebietskörperschaften im Standortwettbewerb um Unternehmenssitze, Investitionen und wirtschaftliches Engagement wird bestimmt durch die Gesamtheit der Bedingungen, die den Unternehmen angeboten werden – von der Rechtsordnung über administrative Infrastruktur bis hin zum Angebot an öffentlichen Gütern im Bereich der Daseinsvorsorge.¹⁴ Um den Wohlstand der Bevölkerung zu sichern und Investitionsanreize zu

Gesetzgebers im Systemwettbewerb, in: FS für G. Ress, Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte, 2005, S. 505ff. (S. 512); *Monopolkommission*, Sondergutachten 27, Systemwettbewerb, S. 12.

⁸ R. Schmidt, Der Verfassungsstaat im Wandel, in: FS für W. Brohm, Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart, 2002, S. 535ff.

⁹ F. W. Scharpf, Globalisierung als Beschränkung der Handlungsmöglichkeiten nationalstaatlicher Politik, JNPÖ Bd. 17 (1998) S. 41 ff.

¹⁰ Hierzu u.a. T. Straubhaar, Unternehmen und Staaten: Internationaler Leistungswettbewerb der immobilien um die mobilen Faktoren – Neue Maßstäbe für innerstaatliche Strukturveränderungen? in: F. Hilterhaus/R. Scholz (Hrsg.), Rechtsstaat – Finanzverfassung – Globalisierung, 1998, S. 37ff.

¹¹ *Monopolkommission*, Sondergutachten 27, Systemwettbewerb; M. Streit, Systemwettbewerb im europäischen Integrationsprozeß, in: FS für Mestmäcker, 1996, S. 521ff.; R. Windisch, Modellierung von Systemwettbewerb: Grundlagen, Konzepte und Thesen, JNPÖ 1998, S. 121.

¹² R. Streinz, Sinn und Zweck des Nationalstaats in der Zeit der Europäisierung und der Globalisierung, in: FS für G. Ress, 2005, S. 1277ff. (1279).

¹³ F. W. Scharpf, Globalisierung als Beschränkung der Handlungsmöglichkeiten nationalstaatlicher Politik, JNPÖ Bd. 17 (1998) S. 41 ff. (65).

¹⁴ So u.a. *Monopolkommission*, 15. Hauptgutachten 2002/2003, „Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions““, Abschnitt Wettbewerbspolitik und Industriepolitik.

schaffen, Daseinsvorsorge zu betreiben und öffentliche Aufgaben zu erfüllen, sind Gebietskörperschaften gezwungen, über die in internationalen Abkommen festgelegten Verpflichtungen hinaus tätig zu werden und die Standortqualität zu erhöhen.¹⁵ Öffentliche Leistungen im Standortwettbewerb, z.B. Investitionsanreize durch Infrastrukturförderung, müssen verbessert werden, dies bei schlechter Haushaltslage und, soweit möglich, bei sinkender Belastung von Bürgern und Unternehmen durch Steuern und Abgaben. „Wirtschaftlichkeit“ stellt mithin eine Notwendigkeit in einem den Standortwettbewerb der Gebietskörperschaften hervorrufenden Gemeinsamen (Europäischen) Markt sowie der durch die WTO-Rechtsordnung bewirkten internationalen Handelsliberalisierung dar.¹⁶ Unwirtschaftliches Verhalten der öffentlichen Hand kann auf Grund der rechtlichen Einbindungen des Staates in die internationale Gemeinschaft keine Option sein.

Unmittelbare Konsequenz der zunehmenden weltwirtschaftlichen Verflechtung ist ein Anpassungsdruck der Nationalstaaten hinsichtlich eines Abbaus staatlicher Wettbewerbsbehinderungen, der zu einer „marktwirtschaftlichen Erneuerung“ führt.¹⁷ Die Folge für die Staatsfunktionen und die Erfüllung der Staatsaufgaben sind Modernisierungen durch interne wie externe Rationalisierung auf marktwirtschaftlicher Grundlage verbunden mit einer neuen Verantwortungsteilung und umfassender Kooperation mit der privaten Seite, die vielfach durch rechtliche Vorgaben resultierend aus der europäischen und internationalen Einbindung determiniert wird.

Effizienzreserven in der öffentlichen Verwaltung wie auch bei der Haushaltsführung sollen vollumfänglich ausgeschöpft werden. Diese Einsicht einer notwendigen Ökonomisierung des gesamten Verwaltungshandelns wie auch der Verwaltungsorganisation führt in der Konsequenz zu einer Modifikation des staatlichen Unternehmertums. Der Staat muss sich grundsätzlich effizient mit den zu seiner Aufgabenerfüllung erforderlichen Produkten/Waren, Dienstleistungen und Bauwerken wie auch Personal versorgen. Hierbei handelt es sich um eine ökonomische Notwendigkeit, die – neben den diesbezüglich bestehenden rechtlichen Verpflichtungen – aus dem aus der Globalisierung resultierenden System- und Standortwettbewerb resultiert, denn ineffiziente nationale Beschaffung bedeutet Verschwendung öffentlicher Ressourcen und dies wiederum einen Nachteil im internationalen Standortwettbewerb. Aus diesen Grundannahmen resultieren ein quantitativer und qualitativer Bedeutungsanstieg sowie eine Funktionserweiterung des öffentlichen Beschaffungswesens.

¹⁵ W. Junge, Die Macht des Marktes, in: FS für Schlechtriem, 2003, S. 817 (818).

¹⁶ R. Frey/C. Kilchenmann/N. Krautter, Geltende Rechtsetzungskompetenz im schweizerischen Vergaberecht und Alternativen: Eine bewertende Studie aus volkswirtschaftlicher Sicht, 2003, S. 24.

¹⁷ Vgl. H. Koller, Globalisierung und Internationalisierung des Wirtschaftsrechts – Auswirkungen auf die nationale Gesetzgebung, ZSR 2000, 313ff.

Auftrags- und Konzessionsvergabe werden als Mittel ökonomischer Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch eine verstärkte Einbindung Privater genutzt. Die Bedeutung externer Beschaffung steigt auf Grund des Systemwettbewerbs, was folglich gleichzeitig zu einem Bedeutungsanstieg des diese externen Beschaffungen regelnden Rechtsrahmens – des Vergaberechts – führt.

Die Neuausrichtung des Beschaffungswesens ist somit Resultat der Neuausrichtung der Staatsorganisation, in der Private nunmehr im Rahmen von contracting out und outsourcing in die Leistungserbringung eingebunden werden sollen. Es kommt der Verwaltung u. a. zu, die privaten Leistungserbringer nach einer öffentlichen und „gerechten“ Ausschreibung auszuwählen und auf sie im Interesse effektiver Verwaltung einzuwirken. Das hier behandelte öffentliche Wirtschaftsrecht in Form des Vergaberechts dient dabei als Instrument zur effizienten Bewirtschaftung von Haushaltsmitteln.

Voraussetzung wirksamer Verantwortungsteilung ist die effiziente Ausgestaltung und Absicherung der vertraglichen Auftragsvergabe zwischen „Staat“ und „Privaten“. Interne Faktoren, wie etwa eine angespannte Haushaltslage oder die bloße Erkenntnis über die Existenz des Systemwettbewerbs bewirken zumeist noch keine Vergabe nach Effizienzgesichtspunkten, es sind vielmehr externe Faktoren notwendig: verpflichtende Regeln müssen geschaffen und wo solche bereits vorhanden sind, Mittel zu ihrer Durchsetzung gefunden werden. Angesichts der ökonomischen Bedeutung des Beschaffungswesens¹⁸ und vor dem Hintergrund der schlechten öffentlichen Haushaltslage¹⁹ sowie der gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtung zur Absenkung des Staatsdefizits muss also ein rechtlicher Ordnungsrahmen existieren um sicherzustellen, dass die eingesetzten Geldmittel im Sinne der ökonomischen und rechtlichen Vorgaben (Legitimation, Effizienz) ausgegeben werden.

Gelingt es, durch effiziente Vergabe Einsparungen vorzunehmen, so können hier wenige Prozentpunkte bereits erhebliche Auswirkungen auf die Gesamthaushaltssituation haben und durch Wohlfahrtssteigerung die Stellung einer Gebietskörperschaft im internationalen Standortwettbewerb stärken. Die *Kommission*²⁰ gibt an, dass die im Rahmen des Binnenmarktprogramms verabschiedeten Vergaberichtlinien den Wettbewerb auf den Beschaffungsmärkten verstärken und die Preise, die öffentliche Auftraggeber für Waren und Dienstleistungen zu zahlen haben, um durchschnittlich etwa 30% gesenkt haben. Könnte die Leistungsfähigkeit auf den Beschaffungsmärkten der EU so ver-

¹⁸ Hierzu unten Kap. 1 E.

¹⁹ Vgl. u. a. B. Jochimsen/K. A. Konrad, Anreize statt Haushaltsnotlagen, in: dies. (Hrsg.), Finanzkrise im Bundesstaat, 2006, S. 11 ff.

²⁰ *Kommission*, A Report on the functioning of public procurement markets in the EU: benefits from the application of EU directives and challenges for the future, v. 3.2. 2004; abrufbar unter http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/docs/public-proc-market-final-report_en.pdf.

bessert werden, dass der Wettbewerb nochmals zunehmen und die Wettbewerber weitere 10% weniger für Waren und Dienstleistungen ausgeben, würde nach den Kommissionsberechnungen das Haushaltsdefizit in keinem Mitgliedstaat die 3%-Marke überschreiten. Vielmehr würden nur noch vier der zwölf Staaten des Euro-Raums überhaupt ein Defizit verzeichnen. Ähnlich stellt sich die Situation in der Schweiz dar. *Frey/Kilchenmann/Krautter*²¹ meinen, dass bei Einsparungen von 10% nicht nur das Gesamtdefizit von Bund, Kantonen und Gemeinden beseitigt würde – im Durchschnitt der Jahre 1996–2000 immerhin 2,5 Mrd. Franken – sondern darüber hinaus Spielraum für die im Interesse der Stärkung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der Schweizer Volkswirtschaft immer wieder geforderten Steuersenkungen gegeben sei.

Ein Wettbewerb von Bietern auf den Beschaffungsmärkten kann zudem als Verfahren zur Entdeckung von Produkten und Leistungen führen – im Wettbewerb stehende Unternehmen versuchen durch Innovationen ihre Konkurrenten auszustechen. Zusätzlich zu Einsparungen ist daher eine Verbesserung der Qualität der einzukaufenden Waren und Dienstleistungen und ihrer Erzeugungsprozesse (Funktion des Verfahrensfortschritts) und eine größere Produktvielfalt (Funktion des Produktfortschritts) Ausfluss des Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren; der Bieterwettbewerb beinhaltet damit eine wichtige dynamische Komponente im Sinne einer Fortschrittsfunktion.

In den USA wurde 1993 auf der Bundesebene das National Performance Review (NPR) (sodann bezeichnet als das „National Partnership for Reinventing Government“) initiiert, dessen wesentliches Element die Erneuerung der Praktiken des Beschaffungswesens war.²² Das NPR konzentriert sich auf die qualitative Verbesserung der Verwaltung. Im Anschluss an Bürokratieabbau sowie einer Verwaltungs- und Vergaberechtsreform hatte sich in den USA in den späten neunziger Jahren die Diskussion nur noch mit der Verwendung der Haushaltsüberschüsse entweder zur Senkung von Steuern oder zur Sanierung der sozialen Sicherungssysteme auseinandergesetzt.²³

Zu den institutionellen Rahmenbedingungen erfolgreichen öffentlichen Wirtschaftens gehört also neben der Infrastruktur, allgemeiner Daseinsvorsorge und Steuern auch die jeweilige und immer komplexer werdende Rechts-

²¹ R. Frey/C. Kilchenmann/N. Krautter, *Geltende Rechtsetzungskompetenz im schweizerischen Vergaberecht und Alternativen: Eine bewertende Studie aus volkswirtschaftlicher Sicht*, 2003, S. 6f.

²² Vgl. u.a. S. Schooner, *Commercial Purchasing: The Chasm between the United States Government's Evolving Policy and Practice*, in: S. Arrowsmith/M. Trybus (Hrsg.), *Public Procurement: Continuing Revolution*, 2003; W. N. Keyes, *Government Contracts*, 1996; A. Gore, *Businesslike Government*, National Performance Review 1997.

²³ M. Schubert, *Deutschland vor der Jahrtausendwende: Wirtschaftspolitische Herausforderungen im Zeitalter von Standortkonkurrenz und Globalisierung aus Sicht der Politik*, in: T. Apolte/R. Caspers/P. Welfens (Hrsg.), *Standortwettbewerb, wirtschaftspolitische Rationalität und internationale Ordnungspolitik*, 1999, S. 213ff. (216).

ordnung. Man spricht insofern vom Wettbewerb der Rechtsordnungen.²⁴ Das Vergaberecht stellt zusammen mit dem Kartellrecht einen Wettbewerbsfaktor dar; eine schlechte Ausgestaltung des nationalen Vergaberechts kann vielgestaltige unmittelbare Auswirkungen im Systemwettbewerb haben. Die Ausgestaltung und Durchsetzung des „Rechts der Vergabe öffentlicher Aufträge“ kann enormen Einfluss auf die staatliche Haushaltslage haben. Nur wenn das Vergaberecht selbst effizient ist und Effizienz bewirkt, wird es mittels der externen Beschaffung auch zu einer effizienten Haushaltsmittelbewirtschaftung kommen. Erforderlich ist daher eine Rechtsordnung, die nationale Erschwernisse abschafft, Korruption verhindert, Handelsbeschränkungen aufhebt, verständlich ist und Rechtssicherheit wie auch Rechtsschutz schafft.

Das Beschaffungswesen ist in den vergangenen Jahren auf nahezu allen Ebenen neu normiert worden, und noch immer sind die verschiedenen Institutionen darum bemüht, „im Wettbewerb“ die besten Vergaberegeln zu finden. Als mögliches Erklärungsparadigma der Zukunft wird insoweit der Standortwettbewerb bzw. der institutionelle Wettbewerb angesehen, nach dem Länder mit ihren institutionellen Regulierungen um die mobilen Produktionsfaktoren konkurrieren;²⁵ dieser Wettbewerb kann als Entdeckungsverfahren zum Auffinden der besten Regulierungen angesehen werden.²⁶ Aus dem grundsätzlichen System- und Standortwettbewerb zwischen Gebietskörperschaften resultiert daher auch im Beschaffungsbereich eine verstärkte Innovationstätigkeit, die zu geringeren administrativen Kosten, effizienterer Beschaffung wie auch einer Qualitätsverbesserung der Rechtsprechung führen kann.²⁷

Zudem müssen die Beschaffungsmärkte auch für ausländische Investoren und Bieter – um Wettbewerbseffekte und Einsparungen beim Einkauf der öffentlichen Hand zu erzielen – attraktiv sein. Ist es für ausländische Unternehmen grundsätzlich uninteressant, sich in Deutschland um einen öffentlichen Auftrag oder eine Konzession zu bewerben, so können die von den Ökonomen erwarteten Effekte²⁸ nicht eintreten und Gewinne nicht erzielt werden. Fehlende, unterschiedliche oder auch unübersichtliche Rechtsmittel, strenge Gewährleistungsvorschriften sowie kompliziertes Vertragsrecht können potentielle Bieter auf Grund steigender Transaktionskosten davon abhalten, sich um einen öffentlichen Auftrag in einem anderen Mitgliedstaat zu bewerben.²⁹ So

²⁴ Hierzu ausf. *K. M. Meessen*, *Wirtschaftsrecht im Wettbewerb der Systeme*, 2005, S. 8ff.

²⁵ *H. Siebert/M. Koop*, *Institutional Competition: A Concept for Europe*, *Aussenwirtschaft*, 45 (1990), 439ff.

²⁶ *K. M. Meessen*, *Economic Law in Globalizing Markets*, 2004, S. 9ff.; *ders.*, *Wirtschaftsrecht im Wettbewerb der Systeme*, 2005, S. 10ff.

²⁷ *R. Frey/C. Kilchenmann/N. Krautter*, *Geltende Rechtsetzungskompetenz im schweizerischen Vergaberecht und Alternativen: Eine bewertende Studie aus volkswirtschaftlicher Sicht*, 2003, S. 41

²⁸ Hierzu u.a. unten Kapitel 3 A.1.

²⁹ *Kommission*, *The Cost of Non-Europe in Public Sector Procurement*, 1988, S. 3.

ist zu vermuten, dass Unternehmen auf die Abgabe von Angeboten eher verzichten, wenn eine Rechtsordnung keinen ausreichenden Schutz vor „Hoflieferantentum“, „Vetternwirtschaft“ und „Korruption“, keine ausreichenden Rechtsschutzmöglichkeiten gegen fehlerhafte Vergabeverfahren bzw. im Rahmen der Vertragsdurchführung oder den Schutz geistigen Eigentums vorsieht. Schließlich führt auch ein Mangel an Transparenz zu Korruption und ebenfalls zu weniger Wettbewerb. Sich hieraus ergebende „unnötige Ausgaben“ haben gleichzeitig zur Folge, dass „künftig weniger (aber teurere) Straßen, weniger (aber teurere) Schulen und weniger (aber teurere) Krankenhäuser gebaut werden.“³⁰

Die Beispiele für „ineffizientes“ Vergaberecht sind noch immer vielfältig.

Nichtdiskriminierung soll Wettbewerb um Aufträge steigern und Beschaffungskosten senken. Internationale Ausschreibung und nichtdiskriminierende Vergabe sind für die einzelnen Gebietskörperschaften wie auch deren Gemeinwesen von Vorteil, dennoch weisen noch immer – aus Gründen politischer Ökonomie – viele „Vergaberechtsordnungen“ Niederlassungs- oder Sitzerfordernisse, Prozentklauseln und local content Erfordernisse auf oder begünstigen nationale Anbieter mittelbar und verschaffen ihnen so Wettbewerbsvorteile.³¹ Im Ergebnis entstehen hierdurch langfristig Kosten für die Allgemeinheit, d.h. Wohlfahrtsverluste. Dabei handelt es sich keinesfalls um Anforderungen aus Entwicklungsländern oder längst vergangenen Zeiten. So legt der Freistaat Thüringen in einer sich im Jahr 2006 in Kraft befindlichen Mittelstandsförderungsrichtlinie³² fest, dass bei aus thüringischen Landesmitteln geförderten Projekten soweit möglich Baustoffe aus den neuen Ländern verwendet werden sollen.

Bei rechtlicher Zulässigkeit von Direktvergaben bzw. der Auftragsvergabe ohne Wettbewerb verschiedener Bieter um den Auftrag geht die Chance verloren, Marktpreise zu erzielen.³³ Auch Tariftreueregelungen in den Vergabegesetzen können gravierende Auswirkungen auf die öffentlichen Haushalte haben, denn sie führen grundsätzlich zu einer Verteuerung öffentlicher Bauaufträge. Nach zurückhaltenden Schätzungen erhöhen sich mit der Einführung dieser Regelung die Ausgaben für die entsprechenden Aufträge um ca. 5%³⁴ und engen die ohnehin schon minimalen Investitionsspielräume der öffentlichen Hand weiter ein. Solche finanziellen Folgen der Verfolgung von Sekundärzwecken – bei dem gegebenen Tariftreuebeispiel u.a. der Schutz des regionalen Arbeitsmarktes – sind angesichts der wachsenden Bedeutung des Leistungseinkaufs als eine Folge der Ökonomisierung des öffentlich-rechtlichen Bereiches und des Über-

³⁰ So *Monopolkommission*, 14. Hauptgutachten 2000/2001, BT-Drs. 14/9903 v. 28. 8. 2002, S. 77.

³¹ S. z.B. den Beschluss des Landtages von Sachsen-Anhalt v. 15.4. 2005, LT-Drs. 4/58/2119 B, den Kommunen bei der Auftragsvergabe „mehr Spielräume“ einzuräumen, um dem einheimischen Mittelstand „mehr Chancen“ zu geben.

³² Richtlinie zur Mittelstandsförderung und Berücksichtigung freier Berufe sowie zum Ausschluss ungeeigneter Bewerber bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 20.4. 2001, StAnz. S. 1142 (Gesetze des Freistaates Thüringen Nr. 534c), Punkt 4.4.2.

³³ Hierauf weist z.B. der *Bundesrechnungshof*, Bemerkungen 2004 zur Bundes- und Haushaltsführung des Bundes, S. 96ff. ausführlich hin.

³⁴ BT-Drs. 14/8285 v. 20.02. 2002, Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur tariflichen Entlohnung bei öffentlichen Aufträgen.

gangs staatlicher Erfüllungsverantwortung zur Gewährleistungsverantwortung³⁵ um so stärker zu berücksichtigen.

Die geringe Zahl ausländischer Bieter auf den deutschen Beschaffungsmärkten wird seitens der Kommission auf die umständliche kaskadenförmige Ausgestaltung des deutschen Vergaberechts und die komplexen Rechtsvorschriften des Bundes und der Länder zurückgeführt.³⁶ Die Vergabe öffentlicher Aufträge ist in Deutschland wie auch z. B. in der Schweiz auf verschiedenen Rechtsebenen in einer Vielzahl von Rechtstexten geregelt,³⁷ was potentielle ausländische Bieter eher abschreckt. In Deutschland führen „Kaskadenprinzip“ und „Schubladensystem“ – in Verbindung mit Gemeinschafts- und Wirtschaftsvölkerrecht – sowie einer Vielzahl weiterer vergaberechtlicher Regelungstexte zu einem nur schwer überschaubaren Regelungsgeflecht. Auf Bundesebene sind das GWB-Vergaberecht,³⁸ die Vergabeverordnung,³⁹ drei Verdingungsordnungen⁴⁰ mit insgesamt neun Regelungsabschnitten, das Haushaltsgrundsätzegesetz,⁴¹ die Bundeshaushaltsordnung⁴² und eine Vielzahl von Verwaltungserlassen anzuführen. Hinzu kommen Vergabegesetze der Länder,⁴³ weitere Ausführungsvorschriften auf Landese-

³⁵ Hierzu unten Kap. 1 D.

³⁶ *Kommission*, A Report on the Functioning of Public Procurement Markets in the EU: Benefits from the Application of the EU Directives and Challenges for the Future, Brüssel, 3.2. 2004, S.12, abrufbar unter http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/docs/public-proc-market-final-report_en.pdf.

³⁷ Hierzu im Überblick *M. Bungenberg*, Einführung zu den §§ 97ff. GWB, in U. Löwenheim/K.M. Meessen/A. Riesenkampff (Hrsg.). Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band II, 2006.

³⁸ BGBl. 1998 I 2546f.; §§ 57a–57c des Haushaltsgrundsätzegesetzes wurden aufgehoben.

³⁹ Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge, BGBl. 2001 I 10ff.; Erste Verordnung zur Änderung der Vergabeverordnung v. 7.11. 2002, BGBl. 2002 I 4338.; Zweite Verordnung zur Änderung der Vergabeverordnung v. 11.2. 2003, BGBl. 2003 I 168; Dritte Verordnung zur Änderung der Vergabeverordnung v. 23.10. 2006, BGBl. 2006 I 2334.

⁴⁰ BA n. Nr. 202a v. 29.10. 2002; BA n. Nr. 216a v. 20.11. 2002; BA n. Nr. 203a v. 30.10. 2002.

⁴¹ BGBl. 1969 I 1273, zuletzt geändert durch Gesetz v. 20.11. 2001, BGBl. 2001 I 3656.

⁴² BGBl. 1969 I 1284, zuletzt geändert durch Gesetz v. 17.6. 1999, BGBl. 1999 I 1334.

⁴³ Vgl. die Übersicht des forum vergabe, Stand März 2003, Monatsinfo 2/2003, Anlage 1. Eine Mehrzahl der Bundesländer hat mittlerweile eigene Landesvergabegesetze erlassen. Bayern hat am 28.6. 2000 ein Bauaufträge-Vergabegesetz erlassen (GVBl. S. 364). Dieses beinhaltet eine landesgesetzliche Verpflichtung zur Tariftreue unter Abgabe einer entsprechenden Erklärung sowie eine Verlängerung des unterhalb der Schwellenwerte geltenden „Lehrlingserlasses“ bis zum 31.12. 2003 (AllMBl. 2001, S.3). Frauenförderung durch die Vergabe öffentlicher Aufträge soll gem. § 13 Landesgleichstellungsgesetz vom 31.12. 1999 (GVBl. S. 8, zuletzt geänd. durch Gesetz v. 16.6. 1999, GVBl. S. 341) in Verbindung mit der Frauenförderungsverordnung vom 23.8. 1999 (GVBl. S. 498) erreicht werden. In Brandenburg ist die Frauenförderung bei der Auftragsvergabe durch eine Frauenförderungsverordnung vom 25.4. 1996 (GVBl. S. 354) vorgesehen. Bremen hat am 17.12. 2002 ein Landesvergabegesetz (GVBl. S. 594, in Kraft getreten am 1.1. 2003) verabschiedet. Niedersachsen hat am 2.9. 2002 ein Landesvergabegesetz verabschiedet (GVBl. S. 370, in Kraft getreten am 1.1. 2003.). Nordrhein-Westfalen hat am 17.12. 2002 ein Gesetz zur tariflichen Entlohnung von öffentlichen Aufträgen im Land NRW (TariftG NRW) verabschiedet (GVBl. 2003, S. 8., in Kraft getreten am 1.3. 2003), welches mit Gesetz v. 31.10. 2006 (GVBl. 2006 S. 515, in Kraft getreten am 21.11. 2006) wieder aufgehoben wurde. Das Saarland hat am 3.11. 2000 ein saarländisches Bauaufträge-Vergabegesetz verabschiedet (Abl. S. 1846). Sachsen hat am 8.7. 2002

bene sowie Regelungstexte, die mittelbar wichtigen Einfluss auf die Auftragsvergabe nehmen, etwa Vorschriften zu Schwarzarbeit,⁴⁴ Tariftreue,⁴⁵ Korruption⁴⁶ etc. Diese Vielfalt führt zu einem zum Teil widersprüchlichen, unsystematischen und überfrachteten Regelungssystem,⁴⁷ welches lange Zeit neben politökonomischen und eigennütigen Gründen auch auf Grund seiner Komplexität unangewendet geblieben ist. Häufig sind diese Regelungen kompliziert und selbst für die Rechtsabteilung eines sich an einer Ausschreibung beteiligenden Unternehmens nur schwer verständlich. Signifikant ist hier, dass die Vergabekammern und Oberlandesgerichte in vergaberechtlichen Streitigkeiten regelmäßig „auf Grund der besonderen Komplexität der Rechtsmaterie Vergaberecht“ Rechtsbeistand für erforderlich halten, was in den Kostenentscheidungen zum Ausdruck kommt.⁴⁸ Im Hinblick auf das Gemeinschaftsziel eines funktionierenden grenzüberschreitenden Wettbewerbs bei der öffentlichen Beschaffung wirkt sich das Kaskadensystem insofern hemmend aus, als Bieter aus anderen Mitgliedstaaten Schwierigkeiten haben, die einschlägigen und unmittelbar verbindlichen Rechtsnormen für den Bereich der Auftragsvergabe in Deutschland zu ermitteln und ihre Gebote den daraus resultierenden Anforderungen anzupassen.⁴⁹

Ein Standortnachteil ergibt sich auch daraus, dass die öffentliche Investitionstätigkeit stockt, sobald öffentliche Gelder wegen zu großer Komplexität der rechtlichen Vorgaben nicht schnell und effizient ausgegeben werden können. Dies führt zu unnötigen Verzögerungen für die Volkswirtschaft und den Arbeitsmarkt.⁵⁰ Ein diesbezüglich schlechtes Vergaberecht bedeutet somit grundsätzlich ein Investitionshemmnis.

ein Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge im Freistaat Sachsen verabschiedet (GVBl. S.218). Am 17.12.2002 wurde eine Verordnung der Sächsischen Staatsregierung zur Durchführung des Sächsischen Vergabegesetzes (SächsVergabeDVO) verabschiedet (GVBl. S.378). In Sachsen-Anhalt wurde mittlerweile das Gesetz über die Vergabe öffentlicher Bauaufträge im Land Sachsen-Anhalt vom 29.6.2001 (GVBl. S.234) durch das Erste Investitionshilferleichterungsgesetz vom 13.8.2002 aufgehoben. In Hessen und Schleswig-Holstein werden derzeit Entwürfe von Landesvergabegesetzen beraten. Mecklenburg-Vorpommern beabsichtigt ein eigenes Landestariftreuegesetz in Thüringen wurde ein Gesetzentwurf behandelt und abgelehnt in Hamburg und Baden-Württemberg ist derzeit kein Erlass eines Landesgesetzes beabsichtigt.

⁴⁴ Vgl. z.B. das neue „Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit“, BGBl. 2004 I 1842.

⁴⁵ Auf Bundesebene ist es nur zu einem Gesetzentwurf gekommen, vgl. BT-Drs. 14/8285 v. 20.2.2002; auf Landesebene vgl. z.B. das Landesvergabegesetz Niedersachsen v. 2.9.2002 (GVBl. S.370, in Kraft getreten am 1.1.2003).

⁴⁶ Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Korruption, BGBl. 1974 I 547.

⁴⁷ *M. Dreher*, Kaskaden-, Schubladen- und Ausschussprinzip – Tragende oder verzichtbare Elemente im Wandel des Vergaberechts?, in: *forum vergabe e.V.* (Hrsg.), Neunte Badenweiler Gespräche, Berlin 2003, S.71.

⁴⁸ VK Bund, Beschl. v. 26.9.2001 VK 2–30/01; KG Berlin, Beschl. v. 23.6.01 KartVerg 18/00; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.7.2000 Verg 1/00; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.8.2000, Verg 9/00; hierzu *M. Bungenberg*, in: U. Löwenheim/K.M. Meessen/A. Riesenkampff (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band II 2006, § 128 GWB Rn.22ff.

⁴⁹ Vgl. *M. Kau*, Vergaberechtliches Kaskadenprinzip und europäisches Gemeinschaftsrecht, *EuZW* 2005, 492ff.

⁵⁰ *F. Marx*, EU-Legislativpaket und Erfahrungen mit dem Vergaberechtsänderungsgesetz – wirtschaftspolitische Weichenstellungen, in: *forum vergabe* (Hrsg.), 9. Badenweiler Gespräche, 2003, S.51ff. (60).

Privatisierung und externer Leistungseinkauf bieten viele Ansatzpunkte für Korruption. Nach OECD-Studien⁵¹ können die Kosten öffentlicher Beschaffung durch Korruption um bis zu 20% steigen, *Hoekman* verweist gar auf Projektstudien, die eine Kostensteigerung von bis zu 50% belegen.⁵² Hierdurch wiederum verschieben sich die Ausgaben und Investitionen insbesondere für Infrastruktur zu Lasten von Gesundheit und Bildung.⁵³ Hinzu kommen oft höhere Devisendarlehen sowie erhebliche (nicht-finanzielle) Schäden durch die Nichtbeachtung von Umweltschutz- und sozialen Kriterien. Die Auftragsvergabe wird dann auch nicht für die Verfolgung von Sekundärzielen genutzt; es entstehen Vertrauensverluste gegenüber der eigenen Administration.⁵⁴ Um gegen Korruption etc. anzugehen, kann auf eine weitere Einbeziehung Privater verzichtet werden; in der Konsequenz übernehmen dann staatseigene Unternehmen im weitesten Sinne die Leistungserstellung. Alternativ bietet sich die Verrechtlichung dieses Einkaufsprozesses an: neben Strafrecht mit Abschreckungswirkungen – in der Volksrepublik China werden beispielsweise bei Korruption von Staatsbeamten drakonische Strafen ausgesprochen – tritt die verfahrensrechtliche Regelung der Ausschreibung durch ein Vergabeverfahrensrecht ins Blickfeld. Eine Regelung des Vergabewesens wird als effizienteste Möglichkeit der Ausschaltung bzw. Reduzierung von Korruption angesehen. Hauptinstrumente sind mehr Transparenz im Vergabeprozess, mehr Verantwortlichkeit der (teilweise korrupten) Entscheidungsträger sowie umfassender Rechtsschutz.⁵⁵

Existiert ein modernes, schlankes und verständliches Vergaberecht, kann dieses neben den oben angeführten möglichen Haushaltseinsparungen auch als Modell für solche Staaten dienen, die sich erstmals ein Vergaberecht zulegen wollen. Bei der Bewerbung um Aufträge in diesen Staaten resultieren hieraus Standortvorteile für Unternehmen des das Recht exportierenden Staates, da ihnen die (Spiel-)Regeln vertraut und ihre Betriebsstrukturen auf die nachgefragten Leistungen – z.B. umweltverträgliche Produktion – eingestellt sind, vorausgesetzt, auch die jeweiligen ausländischen Beschaffungsmärkte sind „offen“. Das deutsche Modell ist bislang allerdings noch von keinem Drittstaat kopiert worden.⁵⁶

Eine Initiative zum Bürokratieabbau sieht vor, auch im Bereich des Vergaberechts aktiv zu werden, um den Standort Deutschland für inländische und aus-

⁵¹ *OECD, DAC Network on Governance: Synthesis Report of Lessons Learned of Donor Practices in Fighting Corruption, DCD/DAC/GOVNET (2003)1.*

⁵² *B. Hoekman, Multilateral Disciplines on Government Procurement: What's in it for Developing Countries?, Centre for Economic Research Discussion Paper Series No. 1502, 1996, S.25f.*

⁵³ *S. Lamy, Curbing Corruption in a Globalised World: A tribute to Peter Eigen and Transparency International, Vortrag Berlin 8.1. 2004, abrufbar unter http://www.europa.eu.int/comm/commissioners/lamy/speeches_articles/spla202en.htm.*

⁵⁴ *J. Graf Lambsdorff, How Corruption affects Productivity, KYKLOS 56 (2003) 457ff.*
⁵⁵ Vgl. hier auch die Mindeststandards von *Transparency International* zur Vergabe öffentlicher Aufträge, in: *Global Corruption Report 2005*, S. 4–6.

⁵⁶ *F. Marx, EU-Legislativpaket und Erfahrungen mit dem Vergaberechtsänderungsgesetz – wirtschaftspolitische Weichenstellungen, in: forum vergabe (Hrsg.), 9. Badenweiler Gespräche, 2003, S. 51ff. (59).*

ländische Investoren attraktiver und damit insgesamt auch wettbewerbsfähiger zu machen. Von einer geplanten „Verschlankung des Vergaberechts“ – d.h. einem „einfacheren und transparenteren Vergaberecht“⁵⁷ – erhofft man sich, dass der Wettbewerb um öffentliche Aufträge gestärkt wird und mehr Unternehmen die Chance erhalten, sich an Ausschreibungen der öffentlichen Hand zu beteiligen. Zudem soll besonderer Wert auf die Berücksichtigungsmöglichkeiten elektronischer Anwendungsformen bei der Auftragsvergabe gelegt werden, um zusätzlich Effizienzsteigerungen zu ermöglichen. Neben den mit dem Kaskadensystem überregulierten Bereichen gibt es aber auch solche Bereiche, die bislang keinerlei oder nur eingeschränkter Regelung unterfallen, wie etwa die Auftragsvergabe unterhalb der spezifischen Schwellenwerte und die Vergaben von Dienstleistungskonzessionen.

Die Rechtsquellenvielfalt des Vergaberechts ist bereits angedeutet worden. Das angestrebte möglichst effiziente „einfache“ Vergaberecht muss gleichzeitig einer Vielzahl von Vorgaben unterschiedlicher Verfassungs- und Normebenen folgen. Die öffentliche Hand und ihr zuzurechnende Einheiten sind im demokratischen Rechts- und Sozialstaat bei ihrer Aufgabenbewältigung auf den rechtsstaatlich vorgegebenen Rahmen verwiesen. Insbesondere die Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 2 und 3 GG sowie auch Art. 10 EG verlangen die Berücksichtigung der legislativen Verfassungs- sowie der administrativen Gesetzes- und Verfassungsbindung, die es verbietet, „der Verwaltung Vertragsfreiheit zuzuerkennen und es gebietet, sie in ihrem gesamten Verhalten und folglich auch als verhandelnde Verwaltung auf ihre Kompetenzgebundenheit zu verpflichten.“⁵⁸ Es gilt die Rechtsbindung der Verwaltung und damit der Vorrang der Rechtsordnung vor der Zweckordnung,⁵⁹ was im Rahmen von Globalisierung und im mit dieser unmittelbar verbundenen Standort- und Systemwettbewerb in allen Bereichen des öffentlichen Wirtschaftens und bei der Ausgestaltung des öffentlichen Wirtschaftsrechts eine besondere Herausforderung bedeutet.

Bei der externen Leistungsbeziehung und deren rechtlicher Ausgestaltung sind umfassende verfassungs-, europa- und völkerrechtliche Vorgaben zu beachten. Die rechtlichen Vorgaben des Grundgesetzes und der deutschen Wirtschaftsverfassung sollten für alle der öffentlichen Hand zuzurechnenden Einheiten offensichtlich sein; die Gemeinschaftsebene nimmt die Auftragsvergabe auf der Primärrechts- wie auch auf der Sekundärrechtsebene zunehmend ins Visier, und auch dem Völkerrecht sind Vorgaben zu entnehmen. Im Interesse

⁵⁷ So Kabinettsvorlage *BMI*, Initiative zum Bürokratieabbau, Strategie und Maßnahmen, 4.7. 2003, S. 10; vgl. auch das Eckpunktepapier zur Reform des Vergaberechts v. 12.5. 2004.

⁵⁸ So *E. Schmidt-Aßmann*, Zur Gesetzesbindung der verhandelnden Verwaltung, in: FS W. Brohm, 2002, S. 547ff. (549 u. 556), der sich allerdings nicht auf Art. 10 EG stützt.

⁵⁹ *R. Pitschas*, Deutschland und Japan im Fokus internationaler Staats- und Verwaltungsmodernisierung, in: ders. (Hrsg.) *Globalisierung als Herausforderung für die Verwaltung*, 2005, S. 2ff. (10).

einer Liberalisierung der Wirtschaft werden den staatlichen wirtschaftspolitischen Steuerungsspielräumen durch Europäisierung und Internationalisierung Grenzen gezogen, d.h. eine Beschränkung der Wirtschaftsfreiheiten wird insbesondere durch die Grundfreiheiten des EG-Vertrages sowie durch Völkervertragsrecht verboten oder erschwert. Die Integration Deutschlands und der EG in eine internationale Wirtschaftsordnung auf der Basis eines umfassenden Netzwerkes bi- und multilateraler völkerrechtlicher Verträge hat zumindest umfassende ordnungspolitische⁶⁰ wie auch rechtliche Relevanz, der in Bezug auf die Auftragsvergabe nachzugehen sein wird.

Die Möglichkeiten für eine Ausgestaltung des Vergaberechts sind vielfältig und u.a. davon abhängig, welche ordnungspolitischen Grundannahmen die Politik für richtig und sinnvoll erachtet. Die nationale und europäische Wirtschaftsverfassung sowie die internationale Wirtschaftsordnung geben der Politik dabei allerdings den äußeren Handlungsrahmen vor: Die Regelung des öffentlichen Beschaffungswesens im Rahmen der WTO wie auch der EU ist marktwirtschaftlich geprägt und beruht deshalb – der Wettbewerbsphilosophie der EU entsprechend – auf außenhandels- ebenso wie auf wettbewerbstheoretischen Grundlagen. Ein obligatorischer Ausschreibungswettbewerb wird grundsätzlich – unter Berücksichtigung der bei der Ausschreibung anfallenden Transaktionskosten – als Garant für optimale Marktergebnisse angesehen.⁶¹ Die Verschmelzung nationaler Beschaffungsmärkte zu einem um ein vielfaches vergrößerten Markt ist die Aufgabe der verschiedenen Handelsabkommen.⁶² Bestandteil internationaler Handelsverträge sind, wie unten ausführlich aufgezeigt werden wird, seit längerem Klauseln, die eine internationale Liberalisierung des Beschaffungswesens durch gegenseitige Marktöffnung anstreben. Daneben werden auch reine „Beschaffungsabkommen“ mit der EG als Vertragspartei abgeschlossen. Im Rahmen der WTO wurde als diesbezüglich wichtigstes Abkommen das plurilaterale „Agreement on Government Procurement“⁶³ abgeschlossen. Obwohl das WTO-Beschaffungsabkommen hauptsächlich ein „Marktzugangsabkommen“ sein soll, befasst sich der Großteil des Abkommens doch mit Eckpunkten des eigentlichen Vergabeverfahrens: Transparenz, Fairness, Objektivität, Verlässlichkeit/Bestimmtheit.⁶⁴

⁶⁰ Hierzu u.a. *D. Bender*, Die WTO als Träger und Garant einer marktwirtschaftlichen Weltwirtschaftsordnung, in: T. Apolte/R. Caspers/P. Welfens (Hrsg.), Standortwettbewerb, wirtschaftspolitische Rationalität und internationale Ordnungspolitik, 1999, S. 227ff.

⁶¹ *H. Cox*, Öffentliche Dienstleistungen im obligatorischen Ausschreibungswettbewerb?, in: ders. (Hrsg.), Ausschreibungswettbewerb bei öffentlichen Dienstleistungen, 2003, S. 43 ff. (56); zum ökonomischen Transaktionskostenansatz vgl. *O.E. Williamson*, Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations, *Journal of Law and Economics* 22 (1979) 233 ff.

⁶² Hierzu unten Kap. 3 A.

⁶³ ABl. 1994 L 336/273ff.

⁶⁴ *OECD*, Working party of the Trade Committee, Transparency in Government Pro-

Dem WTO-“Agreement on Government Procurement“ sind unmittelbare und der EMRK zudem mittelbare Vorgaben zu entnehmen, innerhalb der ihnen rechtlich verbliebenen Gestaltungsspielräume müssen die jeweiligen Steuerungseinheiten im Wettbewerb zu anderen um Investitionen konkurrierenden Gebietskörperschaften ein möglichst effizientes Recht für die öffentliche Beschaffung schaffen. Wie aufgezeigt werden wird, lassen die bislang auf globaler wie auch auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene getroffenen Regelungen den politischen Entscheidungsträgern in den Nationalstaaten noch immer einen erheblichen Spielraum für die konkrete Ausgestaltung des Vergabewesens und der damit verbundenen Verfolgung wirtschaftspolitischer oder auch allgemeiner Zielsetzungen durch die Nationalstaaten.

Europäisierung und Internationalisierung des Rechts und Globalisierung der Märkte haben nicht automatisch zur Folge, dass sich letztlich alles der Ökonomie unterordnet. Wirtschaftsliberalisierung bedeutet nicht Verzicht auf die Verfolgung anderer öffentlicher Ziele und Aufgaben.⁶⁵ Vielmehr setzt sich das Weltwirtschaftsrecht auch mit nationalen Sicherheitsinteressen, Sozialstandards, Menschenrechten und Umweltschutz auseinander; in das Gemeinschaftsrecht wurde mittels Richterrecht die Kategorie der „zwingenden Erfordernisse des Allgemeininteresses“⁶⁶ eingefügt, die die ökonomisch begründeten Grundfreiheiten mit Allgemeinwohlinteressen in einen Ausgleich bringt. Die auf allen Ebenen aufzufindenden nichtökonomischen Aspekte sind in die rechtsebenenübergreifende Betrachtung einzubeziehen, d.h. auch in der Methodik im Rahmen des Zusammenspiels der Rechtsebenen zum Ausdruck zu bringen. Dabei entsteht insbesondere auf der völkerrechtlichen Ebene die Aufgabe, das Verhältnis zwischen verschiedenen völkerrechtlichen Regelungen zu bestimmen,⁶⁷ und in ihren Auswirkungen auf die anderen Rechtsebenen einzuordnen.

Globalisierung der Märkte, Ökonomisierung des Staatshandelns sowie die Übertragung von Hoheitsgewalt auf supranationale und internationale Einheiten mit ihren Auswirkungen und hieraus resultierende Europäisierung und Internationalisierung des Rechts wird nachfolgend in dem Teilbereich der staatlichen Aufgabenbewältigung mittels der Einschaltung Privater behandelt. Die Ökonomisierung des öffentlichen Sektors mit ihren Auswirkungen auf

curement: The Benefits of Efficient Governance and Orientations for Achieving It, Doc. Nr. TD/TC/WP(2002)31/FINAL, 5.5. 2003, S.6.

⁶⁵ C. Ohler, Die Zukunft des Wirtschaftsverwaltungsrechts unter den Bedingungen globaler Märkte, in: M. Bungenberg u. a. (Hrsg.), Recht und Ökonomik, 2004, S. 311.

⁶⁶ EuGH, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649 – *Cassis de Dijon*.

⁶⁷ Vgl. hierzu J. Pauwelyn, Conflict of Norms in Public International Law, 2003; s. auch R. Michaels, Welche Globalisierung für das Recht? Welches Recht für die Globalisierung?, *RabelsZ* 69 (2005) 525ff. (543).