

Felix Steengrafe

# Ökologische Aspekte im öffentlich-rechtlichen Beschaffungswesen



**Nomos**

# 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 öffentliche 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