

**Tübinger Schriften  
zum internationalen und europäischen Recht**

---

**Band 63**

# **Öffentliche Belange im Auftragswesen und Europarecht**

**Von**

**Alexander Schäfer**



**Duncker & Humblot · Berlin**

ALEXANDER SCHÄFER

Öffentliche Belange im Auftragswesen und Europarecht

**Tübinger Schriften**  
**zum internationalen und europäischen Recht**

Herausgegeben von

**Thomas Oppermann**

in Gemeinschaft mit

**Heinz-Dieter Assmann, Burkhard Heß**

**Kristian Kühl, Hans v. Mangoldt**

**Wernhard Möschel, Martin Nettesheim**

**Wolfgang Graf Vitzthum, Joachim Vogel**

sämtlich in Tübingen

**Band 63**

# Öffentliche Belange im Auftragswesen und Europarecht

Von

Alexander Schäfer



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät  
der Eberhard-Karls-Universität Tübingen hat diese Arbeit  
im Jahre 2001 als Dissertation angenommen.

**Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek**

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische  
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

D 21

Alle Rechte vorbehalten  
© 2003 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin  
Printed in Germany

ISSN 0720-7654  
ISBN 3-428-10990-2

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

*Meinen Eltern*



## Vorwort

„Alles fließt.“ Heraklits Erkenntnis vor 2500 Jahren wird heute im öffentlichen Auftragswesen eindrucksvoll bestätigt. Das deutsche und europäische Vergaberecht entwickelte sich auch nach Einreichung meiner Dissertationsschrift bei der Juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen im November 2001 rasant weiter, so dass für ihre Veröffentlichung etliche Neuerungen zu berücksichtigen waren und ein günstiges Erscheinungsdatum abzupassen war. Der Europäische Gerichtshof hat sich am 17. September 2002 zur Vereinbarkeit von Umweltkriterien mit den europäischen Vergaberichtlinien geäußert. Die Entscheidung wurde in die vorliegende Arbeit noch mit aufgenommen, so dass die für das Thema grundlegenden Urteile Beentjes und Nord-Pas-de-Calais nun um Concordia Bus ergänzt wurden. Daneben behandelt die Arbeit auch den aktuellen Stand der Überarbeitung der europäischen Vergaberichtlinien und das gescheiterte deutsche Tarifreugesetz. Der Text wurde im Oktober 2002 abgeschlossen.

Dank schulde ich meinem Doktorvater und ehemaligen Vorgesetzten Professor Dr. Dr. h.c. *Günter Püttner* für den Freiraum, den er mir für die Arbeit an der Dissertation eingeräumt hat, sowie für die zügige Erstellung des Erstgutachtens. Herrn Professor Dr. *Martin Nettesheim* danke ich für das nicht minder rasche Zweitgutachten und Herrn Professor Dr. *Thomas Oppermann* für die Aufnahme in die Tübinger Schriften zum internationalen und europäischen Recht. Ein besonderer Dank geht an Herrn Assessor Dr. *Johannes Rux* für die häufige und zeitintensive Unterstützung bei der Computertechnik und Layout-Gestaltung. Dankenswerte technische Hilfe leistete auch Frau *Rosi Croizier*. Dem Team der Tübinger Seminarbibliothek, insbesondere Frau *Sigrid Lattemann*, danke ich für die Unterstützung bei der Literaturbeschaffung. Frau Assessorin *Karin Günther* möchte ich schließlich dafür danken, dass sie im Juristen immer wieder den Menschen geweckt hat.

Bonn, im Juli 2003

*Alexander Schäfer*





# Inhaltsverzeichnis

|                         |    |
|-------------------------|----|
| <b>Einleitung</b> ..... | 31 |
|-------------------------|----|

## *1. Teil*

|  |    |
|--|----|
| <b>Beschaffung und öffentliche Belange</b> | 38 |
|--|----|

|   |    |
|---|----|
| 1. Kapitel: Einführung ins öffentliche Auftragswesen .....                  | 38 |
| A. Abgrenzungen .....   | 38 |
| B. Öffentliche Auftraggeber .....   | 39 |
| C. Die wirtschaftliche Bedeutung .....                                      | 40 |
| D. Der rechtliche Rahmen .....  | 43 |
| 2. Kapitel: Öffentliche Belange im Vergabeverfahren .....                   | 47 |
| A. Freier Wettbewerb versus öffentliche Belange .....                       | 47 |
| B. Begriff der „vergabefremden Kriterien“ .....                             | 48 |
| C. Die Berücksichtigung öffentlicher Belange .....                          | 51 |
| I. Die Legitimität .....  | 51 |
| II. Die Effizienz .....   | 53 |
| III. Die Praktikabilität .....  | 56 |
| D. Anknüpfungspunkte im Vergabeverfahren .....                              | 56 |
| I. Der Verfahrensablauf .....   | 56 |
| II. Die Regelungstechnik .....  | 58 |
| 3. Kapitel: Öffentliche Belange in deutschen Beschaffungsvorschriften ..... | 60 |
| A. Überblick über die Vorschriftsarten .....                                | 60 |
| B. Zusammenstellung der öffentlichen Belange .....                          | 61 |
| I. Soziale und beschäftigungspolitische Ziele .....                         | 62 |
| 1. Bevorzugte Bevölkerungsgruppen .....                                     | 62 |
| 2. Justizvollzugsanstalten .....  | 70 |
| 3. Ausbildungsbetriebe .....  | 71 |
| 4. Beschäftigung von ABM-Kräften .....                                      | 73 |
| 5. Frauenförderung .....  | 75 |
| 6. Anwendung von Tarifvertragsnormen .....                                  | 79 |

|   |     |
|---|-----|
| 7. Sozialversicherungspflichtige Beschäftigung                                  | 87  |
| 8. Schwarzarbeit, illegale Beschäftigung und Nichtabführen von Sozialbeiträgen  | 89  |
| 9. Sonstige arbeits- und sozialrechtliche Pflichten                             | 93  |
| II. Ökologische Ziele   | 94  |
| III. Strukturpolitische Ziele   | 101 |
| 1. Mittelstandsförderung  | 101 |
| 2. Regionalförderung  | 109 |
| IV. Wirtschaftsethische Ziele und der Schutz vor schädlichen Geschäftspraktiken | 114 |
| 1. Wettbewerbsbeschränkendes und unlauteres Verhalten                           | 114 |
| 2. Vertraute und bewährte Unternehmen   | 120 |
| 3. Kontakte zu Scientology  | 120 |
| C. Exkurs: Geltung für die öffentlichen Auftraggeber                            | 124 |
| I. Die Adressaten   | 124 |
| II. Unmittelbare Verbindlichkeit  | 126 |
| 1. Unmittelbare Bundesverwaltung  | 126 |
| 2. Unmittelbare Landesverwaltung  | 126 |
| 3. Kommunen   | 128 |
| 4. Sonstige Selbstverwaltungseinrichtungen                                      | 134 |
| 5. Personen des Privatrechts  | 136 |
| III. Mittelbare Verbindlichkeit   | 136 |

## *2. Teil*

|  |            |
|--|------------|
| <b>Anforderungen der Vergaberichtlinien</b>        | <b>140</b> |
| 1. Kapitel: Überblick und historische Entwicklung  | 140        |
| 2. Kapitel: Grundzüge                              | 145        |
| A. Ziele und Grundsätze                            | 145        |
| I. Allgemeine Ziele                                | 145        |
| II. Grundsatz der Gleichbehandlung                 | 146        |
| III. Grundsatz der Transparenz                     | 147        |
| B. Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich   | 147        |
| C. Sonderfall öffentlicher Personenverkehr         | 150        |
| D. Unmittelbare Anwendbarkeit                      | 152        |
| E. Berücksichtigungsfähigkeit öffentlicher Belange | 157        |
| 3. Kapitel: Einzelbestimmungen                     | 159        |
| A. Teilnahme am Vergabeverfahren                   | 159        |
| I. Verfahrensarten                                 | 159        |

|   |     |
|---|-----|
| II. Eingrenzung des Bieterkreises .....                         | 160 |
| 1. Wortlaut der Vergaberichtlinien .....                        | 160 |
| 2. Unzulässige Kriterien .....                                  | 161 |
| 3. Zulässige Kriterien .....                                    | 163 |
| 4. Subsumtion .....   | 165 |
| B. Eignungskriterien .....                                      | 166 |
| I. Ausschlussgründe .....                                       | 166 |
| 1. Abschließender Katalog .....                                 | 166 |
| 2. Änderungswünsche .....                                       | 168 |
| 3. Zweck der Ausschlussgründe .....                             | 170 |
| 4. Rechtskräftige Verurteilung und schwere Verfehlung .....     | 171 |
| a) Tatbestände .....  | 171 |
| b) Zurechnung .....   | 175 |
| c) Dauer des Ausschlusses .....                                 | 176 |
| d) Verfahrenübergreifende und koordinierte Auftragsperren ..... | 176 |
| 5. Falsche Erklärungen .....                                    | 179 |
| II. Befähigung zur Berufsausübung .....                         | 180 |
| III. Fachliche Eignung .....                                    | 181 |
| 1. Finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit .....     | 181 |
| a) Nachweise .....  | 182 |
| b) Niveau der Leistungsfähigkeit .....                          | 182 |
| c) Prüfbare Merkmale .....                                      | 184 |
| (1) Bezug zur Leistungsfähigkeit .....                          | 184 |
| (2) Anforderungen von Gesetz und Auftraggeber .....             | 185 |
| (3) Relative Größen .....                                       | 187 |
| (4) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit .....                     | 187 |
| d) Änderungswünsche .....                                       | 189 |
| 2. Technische Leistungsfähigkeit .....                          | 189 |
| a) Nachweise .....  | 189 |
| b) Niveau der Leistungsfähigkeit .....                          | 190 |
| c) Prüfbare Merkmale .....                                      | 190 |
| (1) Schranken formeller Art .....                               | 190 |
| (2) Schranken materieller Art .....                             | 192 |
| (a) Verhältnis zum Katalog der Nachweise .....                  | 192 |
| (b) Bezug zu Leistungsfähigkeit und Auftragsgegenstand .....    | 192 |
| (c) Sozialkompetenz .....                                       | 193 |
| (d) Umweltkompetenz und Umweltmanagementsysteme .....           | 193 |
| (e) Andere Anforderungen .....                                  | 194 |
| 3. Darüber hinausgehende fachliche Eignung .....                | 196 |
| a) Liefer- und Bauaufträge .....                                | 196 |
| b) Dienstleistungsaufträge .....                                | 197 |
| c) Änderungswünsche .....                                       | 198 |

|   |     |
|---|-----|
| 4. Subsumtion .....   | 199 |
| 5. Angabe der Nachweise und Merkmale .....                                  | 201 |
| C. Technische Spezifikationen .....   | 202 |
| I. Legaldefinition .....  | 202 |
| II. Abgrenzungen .....  | 202 |
| 1. Festsetzung des Leistungsgegenstandes .....                              | 202 |
| 2. Gestalterische Anforderungen .....                                       | 204 |
| III. Vorgabe technischer Anforderungen .....                                | 204 |
| 1. Bezugnahme auf Normen, Zulassungen und Spezifikationen .....             | 204 |
| 2. Eigene Definition durch Auftraggeber .....                               | 206 |
| 3. Vorgabe von Grundstoffen und Ausgangsmaterialien .....                   | 207 |
| 4. Vorgaben an das Produktionsverfahren .....                               | 208 |
| 5. Bezugnahme auf Umweltzeichen .....                                       | 209 |
| 6. Leistungs- und Funktionsanforderungen .....                              | 209 |
| 7. Verbot bestimmter Verweise .....   | 210 |
| IV. Änderungswünsche .....  | 212 |
| V. Subsumtion .....   | 214 |
| D. Änderungsvorschläge .....  | 214 |
| E. Verpflichtungen im Hinblick auf Arbeitsschutz und Arbeitsbedingungen ... | 215 |
| I. Tatbestand .....   | 215 |
| II. Änderungswünsche .....  | 217 |
| III. Subsumtion .....   | 218 |
| F. Zuschlagskriterien und Ausführungsbedingungen .....                      | 219 |
| I. Bestimmungen der Vergaberichtlinien .....                                | 219 |
| 1. Zuschlagskriterien .....   | 219 |
| a) Die Regel .....  | 219 |
| b) Ausnahmen .....  | 220 |
| c) Änderungswünsche .....   | 223 |
| d) Angabe der Kriterien .....   | 226 |
| e) Ungewöhnlich niedrige Angebote .....                                     | 226 |
| 2. Ausführungsbedingungen .....   | 229 |
| II. Das Urteil Beentjes .....   | 231 |
| 1. Zusammenfassung des Urteils .....  | 231 |
| 2. Weitere Rechtsprechung .....   | 235 |
| III. Herkömmliches Verständnis der Zuschlagskriterien .....                 | 236 |
| 1. Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots .....                 | 236 |
| 2. Berücksichtigungsfähige Faktoren .....                                   | 237 |
| a) Hauptleistung und Leistungspaket .....                                   | 237 |
| b) Anschaffungs- und Folgekosten .....                                      | 237 |
| c) Wirtschaftlich quantifizierbare und ideelle Vor- und Nachteile ..        | 238 |
| d) Betriebswirtschaftliche und volkswirtschaftliche Kosten .....            | 239 |
| (1) Betriebswirtschaftliche Kosten .....                                    | 239 |
| (2) Volkswirtschaftliche Kosten .....                                       | 241 |

|  |     |
|--|-----|
| 3. Bevorzugungen   | 243 |
| 4. Zeitpunkt der Prüfung                                 | 244 |
| IV. Herkömmliches Verständnis der Ausführungsbedingungen | 245 |
| 1. Ausführungsbedingungen als dritte Kategorie           | 245 |
| 2. Einbeziehung öffentlicher Belange                     | 248 |
| a) Argumente gegen die Einbeziehung                      | 248 |
| b) Argumente für die Einbeziehung                        | 250 |
| 3. Keine verdeckten Eignungs- oder Zuschlagskriterien    | 252 |
| 4. Bezug zur Auftragsausführung                          | 253 |
| 5. Zeitpunkt der Prüfung                                 | 255 |
| V. Das Urteil Nord-Pas-de-Calais                         | 257 |
| 1. Sachverhalt   | 257 |
| 2. Schlussanträge des Generalanwalts                     | 259 |
| 3. Urteil des Gerichtshofs                               | 260 |
| 4. Bewertung in der Literatur                            | 261 |
| 5. Eigene Bewertung                                      | 262 |
| a) Mögliche Widersprüche                                 | 262 |
| b) Formelle und/oder materielle Rechtmäßigkeit           | 263 |
| c) Verhältnis zum Urteil Beentjes                        | 264 |
| d) Haupt- und Zusatzkriterium                            | 265 |
| e) Die doppelte Bedeutung der Zuschlagskriterien         | 265 |
| f) Versuch einer Systematisierung                        | 266 |
| VI. Das Urteil Concordia Bus                             | 267 |
| 1. Sachverhalt   | 267 |
| 2. Schlussanträge des Generalanwalts                     | 269 |
| 3. Urteil des Gerichtshofs                               | 272 |
| 4. Bewertung   | 274 |
| VII. Subsumtion  | 276 |
| 1. Zuschlagskriterien                                    | 276 |
| 2. Ausführungsbedingungen                                | 278 |
| G. Losweise Vergabe                                      | 279 |
| 4. Kapitel: Zwischenergebnis                             | 280 |

*3. Teil*

|   |            |
|---|------------|
| <b>Anforderungen des EG-Vertrags</b>    | <b>285</b> |
| I. Kapitel: Grundzüge                   | 285        |
| A. Ziele und Aufgaben der EG            | 285        |
| B. Anwendung auf öffentliche Aufträge   | 286        |
| C. Verhältnis zu den Vergaberichtlinien | 287        |

|   |     |
|---|-----|
| D. Ausscherrechte von den Vergaberichtlinien .....                | 288 |
| 2. Kapitel: Die Marktfreiheiten .....                             | 292 |
| A. Grundzüge .....  | 292 |
| I. Allgemeines .....  | 292 |
| II. Bindungswirkung .....   | 293 |
| III. Innerstaatliche und grenzüberschreitende Sachverhalte .....  | 295 |
| B. Warenverkehrsfreiheit .....                                    | 296 |
| I. Tatbestand .....   | 296 |
| 1. Verbotene Maßnahmen .....                                      | 296 |
| 2. Eignung zur Handelsbehinderung .....                           | 298 |
| a) Neu geschaffene Nachfrage .....                                | 298 |
| b) Hinreichende Substanziierung .....                             | 299 |
| c) Bagatellaufträge .....   | 300 |
| d) Bevorzugungen im weiteren Sinne .....                          | 301 |
| II. Einschränkung durch die Keck-Rechtsprechung .....             | 302 |
| 1. Vertragsbedingungen .....                                      | 304 |
| a) „Ankaufmodalitäten“ .....                                      | 304 |
| b) Aufgreifen von Vorgaben des EG-Rechts .....                    | 309 |
| c) Beispiele der Kommission .....                                 | 309 |
| d) Subsumtion .....   | 311 |
| 2. Auswahlkriterien .....   | 314 |
| a) Prüfungsmaßstab .....  | 314 |
| b) Subsumtion .....   | 317 |
| 3. Verfahrensbeteiligung .....                                    | 318 |
| a) Prüfungsmaßstab .....  | 318 |
| b) Subsumtion .....   | 320 |
| 4. Festsetzung des Leistungsgegenstandes .....                    | 322 |
| a) Stärkere Behinderung .....                                     | 322 |
| b) Rechtsprechung des Gerichtshofs .....                          | 323 |
| c) Berücksichtigung öffentlicher Belange .....                    | 326 |
| d) Subsumtion .....   | 326 |
| e) Exkurs: Richtlinien über Wareneigenschaften .....              | 327 |
| (1) Richtlinien zur technischen Harmonisierung und Normung ..     | 327 |
| (2) Richtlinien über Umwelteigenschaften von Kraftfahrzeugen .    | 330 |
| III. Zwingende Erfordernisse nach der Cassis-Rechtsprechung ..... | 331 |
| 1. Allgemeine Voraussetzungen .....                               | 331 |
| a) Erfordernisse im eigenen und fremden Interesse .....           | 334 |
| (1) Ansichten der europäischen Institutionen .....                | 334 |
| (2) Ansichten in der Literatur .....                              | 337 |
| (3) Eigene Stellungnahme .....                                    | 338 |

|  |     |
|--|-----|
| b) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit .....                         | 339 |
| (1) Prüfungspunkte .....   | 339 |
| (2) Allgemeine Aussagen zum Auftragswesen .....                    | 341 |
| 2. Die einzelnen zwingenden Erfordernisse .....                    | 343 |
| a) Sozialpolitik .....   | 343 |
| (1) Tarifvertragliche Bestimmungen .....                           | 343 |
| (2) Erhaltung der Systeme der sozialen Sicherheit .....            | 345 |
| (3) Frauenförderung .....  | 345 |
| (4) Berufsausbildung .....   | 347 |
| (5) Benachteiligte Personengruppen .....                           | 348 |
| b) Umweltschutz .....  | 350 |
| c) Regionalförderung .....   | 351 |
| d) Mittelstandsförderung .....                                     | 354 |
| e) Lauterkeit des Handelsverkehrs und unverfälschter Wettbewerb .. | 356 |
| f) Verbraucherschutz .....   | 360 |
| IV. Rechtfertigungsgründe .....                                    | 362 |
| 1. Voraussetzungen .....   | 362 |
| 2. Subsumtion .....  | 363 |
| C. Dienstleistungsfreiheit .....                                   | 365 |
| I. Tatbestand .....  | 365 |
| II. Einschränkung entsprechend der Keck-Rechtsprechung .....       | 366 |
| 1. Vertragsbedingungen .....                                       | 366 |
| a) Übertragbarkeit der Keck-Rechtsprechung .....                   | 366 |
| b) Subsumtion .....  | 368 |
| 2. Auswahlkriterien .....  | 372 |
| 3. Verfahrensbeteiligung .....                                     | 373 |
| 4. Festsetzung des Leistungsgegenstandes .....                     | 373 |
| III. Zwingende Gründe des Allgemeininteresses .....                | 374 |
| 1. Allgemeine Voraussetzungen .....                                | 374 |
| 2. Die einzelnen zwingenden Gründe .....                           | 375 |
| a) Sozialpolitik .....   | 375 |
| (1) Tarifvertragliche Bestimmungen .....                           | 376 |
| (2) Erhaltung der Systeme der sozialen Sicherheit .....            | 380 |
| (3) Frauenförderung .....  | 380 |
| (4) Berufsausbildung .....   | 380 |
| (5) Benachteiligte Personengruppen .....                           | 380 |
| b) Umweltschutz .....  | 381 |
| c) Regionalförderung .....   | 381 |
| d) Regionale kulturelle Besonderheiten .....                       | 381 |
| e) Mittelstandsförderung .....                                     | 382 |
| f) Lauterkeit des Handelsverkehrs und unverfälschter Wettbewerb .. | 382 |



|   |     |
|---|-----|
| g) Schutz der Empfänger von Dienstleistungen .....                    | 382 |
| h) Öffentliche Ordnung und Sicherheit .....                           | 383 |
| IV. Rechtfertigungsgründe .....                                       | 384 |
| D. Niederlassungsfreiheit .....                                       | 385 |
| I. Tatbestand .....   | 385 |
| II. Unterscheidung von Zugangs- und Ausübungsbeschränkungen .....     | 386 |
| III. Zwingende Gründe und Rechtfertigungsgründe .....                 | 388 |
| E. Arbeitnehmerfreizügigkeit .....                                    | 388 |
| I. Tatbestand .....   | 388 |
| II. Unterscheidung von Zugangs- und Ausübungsbeschränkungen .....     | 389 |
| 1. Vertragsbedingungen .....  | 390 |
| 2. Auswahlkriterien .....   | 391 |
| 3. Verfahrensbeteiligung und Festsetzung des Leistungsgegenstandes .. | 392 |
| III. Zwingende Gründe des Allgemeininteresses .....                   | 392 |
| 1. Langzeitarbeitslose .....  | 392 |
| 2. Frauenförderung .....  | 393 |
| 3. Exkurs: Gleichbehandlungsrichtlinie .....                          | 393 |
| IV. Rechtfertigungsgründe .....                                       | 396 |
| F. Zwischenergebnis .....   | 396 |
| 3. Kapitel: Allgemeines Diskriminierungsverbot .....                  | 401 |
| A. Tatbestand .....   | 401 |
| I. Anwendungsbereich .....  | 401 |
| II. Besondere Bestimmungen .....                                      | 402 |
| III. Diskriminierungsformen .....                                     | 404 |
| IV. Subsumtion .....  | 405 |
| B. Rechtfertigung .....   | 406 |
| 4. Kapitel: Unerlaubte staatliche Beihilfen .....                     | 408 |
| A. Anwendbarkeit .....  | 408 |
| I. Konkurrenzen .....   | 408 |
| II. Keine unmittelbare Anwendbarkeit .....                            | 410 |
| B. Tatbestand .....   | 411 |
| I. Unternehmensbegriff .....  | 413 |
| II. Begünstigung .....  | 414 |
| 1. Ansichten zum öffentlichen Auftragswesen .....                     | 415 |
| 2. Vergleich von Leistung und Gegenleistung .....                     | 416 |
| a) Ermittlung des Marktwerts .....                                    | 417 |
| (1) Sachverständigengutachten .....                                   | 417 |
| (2) Bietverfahren .....   | 418 |
| b) Subsumtion .....   | 420 |
| 3. Verhalten eines privaten Unternehmens .....                        | 421 |

|  |     |
|--|-----|
| III. Selektivität . . . . .                                      | 422 |
| IV. Aus staatlichen Mitteln . . . . .                            | 423 |
| V. Wettbewerbsverfälschung . . . . .                             | 423 |
| VI. Zwischenstaatliche Handelsbeeinträchtigung . . . . .         | 426 |
| 1. Die verschiedenen Märkte . . . . .                            | 426 |
| 2. De-minimis-Beihilfen . . . . .                                | 428 |
| C. Ausnahmen . . . . .   | 430 |
| I. Legalausnahmen . . . . .                                      | 430 |
| 1. Teilung Deutschlands . . . . .                                | 430 |
| 2. Verkehrsunternehmen . . . . .                                 | 432 |
| II. Ermessensausnahmen . . . . .                                 | 434 |
| 1. Allgemeine Voraussetzungen . . . . .                          | 434 |
| 2. Regionalbeihilfen für Ziel-1-Gebiete . . . . .                | 435 |
| 3. Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse . . . . .     | 437 |
| 4. Beträchtliche Wirtschaftsstörungen . . . . .                  | 437 |
| 5. Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige und -gebiete . . . . . | 438 |
| a) Regionalbeihilfen für weitere Gebiete . . . . .               | 439 |
| b) Sektorale Beihilfen . . . . .                                 | 439 |
| c) Horizontale Beihilfen . . . . .                               | 440 |
| (1) Ausbildungsbeihilfen . . . . .                               | 441 |
| (2) Kleine und mittlere Unternehmen . . . . .                    | 442 |
| (3) Umweltschutzmaßnahmen . . . . .                              | 443 |
| (4) Forschungs- und Entwicklungsbeihilfen . . . . .              | 443 |
| (5) Beschäftigungsbeihilfen . . . . .                            | 444 |
| (6) Unternehmen in Schwierigkeiten . . . . .                     | 446 |
| (7) Benachteiligte Stadtviertel . . . . .                        | 447 |
| 6. Kulturförderung . . . . .                                     | 447 |
| 7. Sonstige Beihilfen . . . . .                                  | 448 |
| D. Zwischenergebnis . . . . .                                    | 448 |
| 5. Kapitel: Wettbewerbsvorschriften . . . . .                    | 450 |
| A. Kartellverbot . . . . .                                       | 451 |
| I. Unmittelbare Anwendbarkeit . . . . .                          | 451 |
| II. Tatbestand . . . . .   | 452 |
| 1. Adressaten . . . . .  | 452 |
| a) Unternehmen . . . . .   | 452 |
| b) Wirtschaftliche Einheiten . . . . .                           | 454 |
| c) Unternehmensvereinigungen . . . . .                           | 455 |
| 2. Kartellmaßnahmen . . . . .                                    | 457 |
| a) Vereinbarungen zwischen Unternehmen . . . . .                 | 457 |
| b) Aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen . . . . .            | 459 |
| (1) Indizien für eine Abstimmung . . . . .                       | 461 |

|  |     |
|--|-----|
| (2) Indizien gegen eine Abstimmung .....                           | 462 |
| (a) Keine Handlungsalternativen .....                              | 462 |
| (b) Vernünftige Reaktion auf Marktbedingungen .....                | 463 |
| (c) Vernünftige Reaktion auf öffentliche Belange .....             | 464 |
| 3. Zurechenbarkeit .....   | 466 |
| 4. Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeeinträchtigung ..... | 466 |
| a) Wettbewerbsbeeinträchtigung .....                               | 466 |
| (1) Einschränkung der geschäftlichen Handlungsfreiheit .....       | 467 |
| (2) Künstliche Änderung der Wettbewerbslage .....                  | 468 |
| b) Bezwecken oder Bewirken .....                                   | 469 |
| c) Wettbewerbsfördernde Regelungen .....                           | 471 |
| d) Beispielstatbestände .....                                      | 473 |
| (1) Festsetzung der An- oder Verkaufspreise .....                  | 473 |
| (2) Festsetzung von Geschäftsbedingungen .....                     | 475 |
| (3) Unterschiedliche Bedingungen gegenüber Handelspartnern ..      | 478 |
| e) Generalklausel .....  | 478 |
| (1) Ausschluss vom Vertragsschluss .....                           | 479 |
| (a) Verhinderung unlauteren Wettbewerbs .....                      | 480 |
| (b) Dem Leistungswettbewerb verpflichtetes Beschaffungs-           |     |
| konzept .....  | 482 |
| (c) Ordnungsgemäßes Funktionieren der Geschäftstätigkeit ..        | 482 |
| (2) Vorgaben an das geschäftliche Verhalten .....                  | 484 |
| f) Zwischenergebnis .....  | 486 |
| g) Kausalität .....  | 486 |
| (1) Nennenswerter Wettbewerb unmöglich .....                       | 486 |
| (2) Unausweichliche Folge staatlicher Maßnahmen .....              | 487 |
| 5. Handelsbeeinträchtigung zwischen Mitgliedstaaten .....          | 489 |
| 6. Spürbarkeit .....   | 491 |
| a) Marktanteil .....   | 491 |
| b) Bündel gleichartiger Verträge .....                             | 492 |
| III. Freistellung .....  | 494 |
| IV. Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse .....       | 497 |
| V. Übertragbarkeit der Cassis-Rechtsprechung .....                 | 500 |
| B. Missbrauchsverbot .....   | 501 |
| I. Beherrschende Stellung .....                                    | 501 |
| 1. Relevanter Markt .....  | 501 |
| 2. Definition der beherrschenden Stellung .....                    | 504 |
| 3. Marktanteile und weitere Indizien .....                         | 505 |
| a) Allgemeine Voraussetzungen .....                                | 505 |
| b) Öffentliche Auftraggeber .....                                  | 507 |
| 4. Absolute und relative Marktmacht .....                          | 508 |
| 5. Kollektive beherrschende Stellung .....                         | 511 |

|  |     |
|--|-----|
| II. Wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes .....                        | 513 |
| III. Missbräuchliche Ausnutzung .....                                      | 514 |
| 1. Grundzüge .....   | 514 |
| 2. Unausweichliche Folge von Gesetzen .....                                | 517 |
| 3. Beispielstatbestände .....  | 518 |
| a) Erzwingung unangemessener Preise .....                                  | 518 |
| b) Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen .....                    | 518 |
| (1) Legitime Ziele .....   | 519 |
| (a) Eigene Geschäftsinteressen .....                                       | 519 |
| (b) Öffentliche Belange .....  | 519 |
| (c) Verhältnismäßigkeit .....  | 523 |
| (2) Wettbewerbsfördernde Maßnahmen .....                                   | 524 |
| (3) Subsumtion .....   | 524 |
| (a) Arbeitsbedingungen .....   | 525 |
| (b) Arbeitsorganisation .....  | 526 |
| (c) Umweltschutz .....   | 527 |
| (d) Vertragsstrafenversprechen .....                                       | 527 |
| (e) Unteraufträge .....  | 527 |
| (f) Scientology .....  | 528 |
| c) Einschränkung von Erzeugung, Absatz, technischer Entwicklung ..         | 528 |
| d) Unterschiedliche Bedingungen gegenüber Handelspartnern .....            | 528 |
| 4. Generalklausel .....  | 529 |
| a) Geschäftsverweigerung .....   | 529 |
| b) Behinderung mit Ausschluss vom Wettbewerb .....                         | 530 |
| c) Subsumtion .....  | 530 |
| (1) Tariftreueerklärung .....  | 531 |
| (2) Ausbildungsbetriebe .....  | 531 |
| (3) Regionalförderung .....  | 531 |
| (4) Schädliches Geschäftsverhalten .....                                   | 532 |
| IV. Handelsbeeinträchtigung zwischen Mitgliedstaaten .....                 | 533 |
| V. Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse .....                | 533 |
| C. Verbot vertragswidriger Maßnahmen in Bezug auf öffentliche und monopol- |     |
| artige Unternehmen .....   | 534 |
| I. Öffentliche und monopolartige Unternehmen .....                         | 534 |
| II. Staatliche Maßnahmen .....   | 535 |
| III. Vertragswidrigkeit .....  | 536 |
| 1. Vorschreiben, Erleichtern oder Verstärken von Kartellabsprachen ..      | 537 |
| 2. Einräumen einer wirtschaftlichen Machtstellung .....                    | 538 |
| D. Verpflichtung zur loyalen Zusammenarbeit .....                          | 539 |
| E. Zwischenergebnis .....  | 540 |
| I. Kartellverbot .....   | 540 |

|   |            |
|---|------------|
| II. Missbrauchsverbot .....                                   | 543        |
| III. Sonstige an die Mitgliedstaaten gerichtete Verbote ..... | 545        |
| <b>Zusammenfassung .....</b>                                  | <b>546</b> |
| <b>Literaturverzeichnis .....</b>                             | <b>552</b> |
| <b>Sachwortverzeichnis .....</b>                              | <b>570</b> |

## Abkürzungsverzeichnis<sup>1</sup>

|          |   |
|----------|---|
| a.A.     | andere Ansicht                                    |
| a.a.O.   | am angegebenen Ort                                |
| Abänd.   | Abänderung  |
| AbfAG    | Abfall- und Altlastengesetz                       |
| AbfAlG   | Abfall- und Altlastengesetz                       |
| AbfG     | Abfallgesetz, Abfallwirtschaftsgesetz             |
| AbfWG    | Abfallwirtschaftsgesetz                           |
| abgedr.  | abgedruckt  |
| ABl.     | Amtsblatt   |
| ABM      | Arbeitsbeschaffungsmaßnahme                       |
| Abs.     | Absatz  |
| Abschn.  | Abschnitt   |
| AdR      | Ausschuss der Regionen                            |
| AEntG    | Arbeitnehmer-Entsendegesetz                       |
| a.F.     | alter Fassung                                     |
| AG       | Aktiengesellschaft, Ausführungsgesetz             |
| AK       | Alternativkommentar                               |
| ALB      | Allgemeine Liefer- und Zahlungsbedingungen        |
| AllMBl.  | Allgemeines Ministerialblatt                      |
| a.M.     | am Main   |
| amtl.    | amtlich   |
| Amtsbl.  | Amtsblatt   |
| ANBA     | Amtliche Nachrichten der Bundesanstalt für Arbeit |
| ANBest   | Allgemeine Nebenbestimmungen für Zuwendungen      |
| Anh.     | Anhang  |
| Anl.     | Anlage  |
| Anm.     | Anmerkung   |
| AO       | Anordnung   |
| AöR      | Archiv des öffentlichen Rechts                    |
| ArbSchG  | Arbeitsschutzgesetz                               |
| ArbSichG | Arbeitssicherheitsgesetz                          |
| Art.     | Artikel   |
| AÜG      | Arbeitnehmerüberlassungsgesetz                    |
| Aufl.    | Auflage   |

---

<sup>1</sup> Sofern im Text Abkürzungen verwendet wurden, die hier nicht erklärt werden, wird auf das Abkürzungsverzeichnis der Neuen Juristischen Wochenschrift (NJW) und *Hildebert Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, Berlin, 4. Aufl. 1993, verwiesen.

|              |   |
|--------------|---|
| AV           | Ausführungsvorschriften                               |
| AWG          | Abfallwirtschaftsgesetz                               |
| Az.          | Aktenzeichen  |
| b.           | bei   |
| B-           | Bundes-   |
| BAnz.        | Bundesanzeiger  |
| BauR         | Baurecht (Zeitschrift)                                |
| BauVG        | Bauaufträge-Vergabegesetz                             |
| Bay., bay.   | Bayern, bayerisch                                     |
| BayVBl.      | Bayerische Verwaltungsblätter                         |
| BB           | Betriebs-Berater                                      |
| Bbg., bbg.   | Brandenburg, brandenburgisch                          |
| Bd.          | Band  |
| Bearb.       | Bearbeiter(in)  |
| BEG          | Bundesentschädigungsgesetz                            |
| Begr.        | Begründer(in), Begründung                             |
| Beil.        | Beilage   |
| Bek.         | Bekanntmachung  |
| ber.         | berichtigt  |
| Beschl.      | Beschluss   |
| Best.        | Bestimmung  |
| betr.        | betreffend  |
| BGB          | Bürgerliches Gesetzbuch                               |
| BGBI.        | Bundesgesetzblatt                                     |
| BGH          | Bundesgerichtshof                                     |
| BGHZ         | Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen |
| BHO          | Bundeshaushaltsordnung                                |
| BJDCP        | Bulletin Juridique Des Contrats Publics               |
| BKartA       | Bundeskartellamt                                      |
| BKR          | Baukoordinierungsrichtlinie                           |
| BliwaG       | Blindenwarenvertriebsgesetz                           |
| Bln., bln.   | Berlin, Berliner                                      |
| BLR          | Bauliberalisierungsrichtlinie                         |
| BM           | Bundesministerium                                     |
| BP-RL        | Bauproduktenrichtlinie                                |
| BRAGO        | Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte               |
| BR-Drs.      | Bundesrats-Drucksache                                 |
| Brem., brem. | Bremen, bremisch                                      |
| BRöA         | Bevorzugtenrichtlinien für öffentliche Aufträge       |
| BT-Drs.      | Bundestags-Drucksache                                 |
| BT-Prot.     | Bundestags-Protokoll                                  |
| Buchst.      | Buchstabe   |
| BVerfG       | Bundesverfassungsgericht                              |
| BVerfGE      | Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts          |
| BVerwG       | Bundesverwaltungsgericht                              |
| BVerwGE      | Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts          |

|            |   |
|------------|---|
| BVFG       | Bundesvertriebenengesetz  |
| BW, bw.    | Baden-Württemberg, baden-württembergisch  |
| bzw.       | beziehungsweise   |
| ca.        | circa   |
| CCAP       | cahier des clauses administratives particulières (besondere Vertragsbedingungen)                                      |
| CDU        | Christlich Demokratische Union Deutschlands   |
| CE         | Communauté Européenne (Europäische Gemeinschaft), Conformité Européenne (Europäische Konformität)                     |
| CEE        | Communauté Economique Européenne (Europäische Wirtschaftsgemeinschaft)  |
| CML Rev.   | Common Market Law Review  |
| CPV        | Gemeinsames Vokabular für öffentliche Aufträge  |
| CSU        | Christlich-Soziale Union  |
| d.         | der   |
| D.         | Recueil Dalloz Sirey  |
| dB         | Dezibel   |
| DB         | Der Betrieb   |
| DDR        | Deutsche Demokratische Republik   |
| ders.      | derselbe  |
| d.h.       | das heißt   |
| dies.      | dieselbe(n)   |
| Diss.      | Dissertation  |
| DKR        | Dienstleistungsrichtlinie   |
| DM         | Deutsche Mark   |
| DÖV        | Die öffentliche Verwaltung  |
| Dr.        | Doktor  |
| Drs.       | Drucksache  |
| DVA        | Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (früher: Deutscher Verdingungsausschuss für Bauleistungen) |
| DVAL       | Deutscher Verdingungsausschuss für Leistungen   |
| DVBl.      | Deutsches Verwaltungsblatt  |
| EAG        | Europäische Atomgemeinschaft  |
| EAS        | Europäisches Arbeits- und Sozialrecht   |
| EC         | European Community (Europäische Gemeinschaft)   |
| ECU        | European Currency Unit (Europäische Währungseinheit)  |
| EG         | Europäische Gemeinschaft  |
| EGKS       | Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl  |
| EGV        | Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft  |
| EG-Vertrag | Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft  |
| Einf.      | Einführung  |
| Einl.      | Einleitung  |
| einschl.   | einschließlich  |
| E.L.Rev.   | European Law Review   |
| EMAS       | Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung  |



|            |  |
|------------|--|
| endg.      | endgültig  |
| Entsch.    | Entscheidung   |
| EP         | Europäisches Parlament   |
| Erg.       | Ergebnis   |
| Erg. lfg.  | Ergänzungslieferung  |
| Erl., erl. | Erlass, erlassen   |
| ERP        | European Recovery Program (Europäisches Wiederaufbauprogramm)                              |
| Erw.grd.   | Erwägungsgrund   |
| ESVGH      | Entscheidungssammlung des Hess. Verwaltungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs BW |
| EU         | Europäische Union  |
| EuG        | Europäisches Gericht erster Instanz  |
| EuGH       | Europäischer Gerichtshof   |
| EuR        | Europarecht (Zeitschrift)  |
| EUV        | Vertrag über die Europäische Union   |
| EU-Vertrag | Vertrag über die Europäische Union   |
| EuZW       | Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht   |
| e.V.       | eingetragener Verein   |
| EWG        | Europäische Wirtschaftsgemeinschaft  |
| EWGV       | Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft                              |
| EWiR       | Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht  |
| EWR        | Europäischer Wirtschaftsraum   |
| EWS        | Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht  |
| f.         | folgender  |
| F.A.Z.     | Frankfurter Allgemeine Zeitung   |
| F.D.P.     | Freie Demokratische Partei   |
| ff.        | folgende   |
| FFV        | Frauenförderverordnung   |
| Fn.        | Fußnote  |
| FrauFöV    | Frauenförderverordnung   |
| FrFG       | Frauenförderungsgesetz   |
| FuE        | Forschung und Entwicklung  |
| g          | Gramm  |
| G          | Gesetz   |
| GA         | Generalanwalt  |
| GABl.      | Gemeinsames Amtsblatt  |
| GATT       | General Agreement on Tariffs and Trade (Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen)             |
| GBI.       | Gesetzblatt  |
| Gde.       | Gemeinde   |
| geänd.     | geändert   |
| gem.       | gemeinsam  |
| GemHVO     | Gemeindehaushaltsverordnung  |
| GemO       | Gemeindeordnung  |

|              |   |
|--------------|---|
| GewArch.     | Gewerbearchiv   |
| GewO         | Gewerbeordnung  |
| GG           | Grundgesetz   |
| GK           | Gemeinschaftskommentar  |
| GleichG      | Gleichstellungsgesetz   |
| GmbH         | Gesellschaft mit beschränkter Haftung   |
| GMBL         | Gemeinsames Ministerialblatt  |
| GO           | Gemeindeordnung   |
| GPA          | Government Procurement Agreement (Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen) |
| grds.        | grundsätzlich   |
| GRUR Int.    | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil                         |
| Gült.        | Gültigkeit  |
| GVBl.        | Gesetz- und Verordnungsblatt  |
| GVObI.       | Gesetz- und Verordnungsblatt  |
| GWB          | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen  |
| Gz.          | Geschäftszeichen  |
| Habil.       | Habilitation  |
| HdWW         | Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft  |
| Hess., hess. | Hessen, hessisch  |
| HGrG         | Haushaltsgrundsätze-gesetz  |
| HK           | Handkommentar   |
| Hmb., hmb.   | Hamburg, hamburgisch  |
| HO           | Haushaltsordnung  |
| HOAI         | Honorarordnung für Architekten und Ingenieure   |
| Hrsg.        | Herausgeber(in)   |
| HS.          | Halbsatz  |
| HStR         | Handbuch des Staatsrechts   |
| i.d.F.       | in der Fassung  |
| i.d.R.       | in der Regel  |
| i.e.S.       | im engeren Sinne  |
| IG           | Industriegewerkschaft   |
| ILO          | International Labour Organization (Internationale Arbeits-Organisation)                 |
| insbes.      | insbesondere  |
| i.S.         | im Sinne  |
| i.S.d.       | im Sinne des/der  |
| ISO          | Internationale Standardisierungs-Organisation   |
| i.V.m.       | in Verbindung mit   |
| i.w.S.       | im weiteren Sinne   |
| JA           | Juristische Ausbildung  |
| J.D.I.       | Journal du Droit International  |
| Jur.         | Jurisprudence   |
| JuS          | Juristische Schulung  |
| JZ           | Juristenzeitung   |

|              |  |
|--------------|--|
| KfbG         | Kriegsfolgenbereinigungsgesetz   |
| Kfz          | Kraftfahrzeug(e)   |
| KG           | Kammergericht  |
| KMU          | kleine und mittlere Unternehmen  |
| KO           | Kommunalordnung  |
| Kom.         | Europäische Kommission   |
| KommHV       | Kommunalhaushaltsverordnung  |
| KR           | Koordinierungsrichtlinie   |
| krit.        | kritisch   |
| KrO          | Kreisordnung   |
| KrW-/AbfG    | Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz   |
| kWh          | Kilowattstunde   |
| L-           | Land(es)-  |
| LGG          | Landesgleichstellungsgesetz  |
| LHO          | Landeshaushaltsordnung   |
| Lit.         | Literatur  |
| LKO          | Landkreisordnung   |
| LKR          | Lieferkoordinierungsrichtlinie   |
| LKrO         | Landkreisordnung   |
| LKV          | Landes- und Kommunalverwaltung   |
| LLR          | Lieferliberalisierungsrichtlinie   |
| LO           | Landkreisordnung   |
| L.Quart.Rev. | The Law Quarterly Review   |
| LSA          | Sachsen-Anhalt   |
| LT-Drs.      | Landtags-Drucksache  |
| LT-Prot.     | Landtags-Protokoll   |
| LVerf.       | Landesverfassung   |
| MA           | Arbeitsministerium   |
| MBau         | Bauministerium   |
| MBI.         | Ministerialblatt   |
| MF           | Finanzministerium  |
| MFG, MfG     | Mittelstandsförderungsgesetz   |
| MG           | Gesundheitsministerium   |
| MI           | Innenministerium   |
| MinBl.       | Ministerialblatt   |
| MinBlFin.    | Ministerialblatt des Bundesministers der Finanzen und des Bundesministers für Wirtschaft |
| Mio.         | Million(en)  |
| Mitt.        | Mitteilung   |
| MittVw.      | Mitteilungen für die Verwaltung  |
| MJ           | Justizministerium  |
| ML           | Landwirtschaftsministerium   |
| MOE          | Mittel- und Osteuropa  |
| Mon. TP      | Moniteur des Travaux Publics et du Bâtiment  |
| Mrd.         | Milliarde(n)   |
| MRöA         | Mittelstandsrichtlinien öffentliche Aufträge   |

|                |  |
|----------------|--|
| MS             | Sozialministerium                                |
| MSp.           | Sportministerium                                 |
| MU             | Umweltministerium                                |
| MV, mv.        | Mecklenburg-Vorpommern, mecklenburg-vorpommersch |
| MVg.           | Verteidigungsministerium                         |
| MVk.           | Verkehrsministerium                              |
| MWi.           | Wirtschaftsministerium                           |
| m.w.N.         | mit weiteren Nachweisen                          |
| Nds., nds.     | Niedersachsen, niedersächsisch                   |
| n.F.           | neuer Fassung                                    |
| NJW            | Neue Juristische Wochenschrift                   |
| No.            | numéro (Nummer)                                  |
| Nr.            | Nummer   |
| NRW, nrw.      | Nordrhein-Westfalen, nordrhein-westfälisch       |
| NStZ           | Neue Zeitschrift für Strafrecht                  |
| NuR            | Natur und Recht                                  |
| NVwZ           | Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht            |
| NVwZ-RR        | NVwZ-Rechtsprechungsreport Verwaltungsrecht      |
| o.D.           | ohne Datumsangabe                                |
| o.g.           | oben genannt                                     |
| o.J.           | ohne Jahresangabe                                |
| OVG            | Oberverwaltungsgericht                           |
| OWiG           | Gesetz über Ordnungswidrigkeiten                 |
| PE             | Parlement Européen (Europäisches Parlament)      |
| P.P.L.R.       | Public Procurement Law Review                    |
| Prot.          | Protokoll  |
| RdErl.         | Runderlass                                       |
| RechtsVO       | Rechtsverordnung                                 |
| Reg.           | Regierung  |
| RIW            | Recht der internationalen Wirtschaft             |
| RL             | Richtlinie                                       |
| Rlp., rlp.     | Rheinland-Pfalz, rheinland-pfälzisch             |
| RMC            | Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne  |
| RMR            | Rechtsmittelrichtlinie                           |
| RMSKR          | Rechtsmittelsektorenrichtlinie                   |
| Rn.            | Randnummer                                       |
| Rs.            | Rechtssache                                      |
| RzW            | Rechtsprechung zum Wiedergutmachungsrecht        |
| s.             | siehe  |
| S.             | Seite  |
| SaAnh., saanh. | Sachsen-Anhalt, sachsen-anhaltinisch             |
| Saarl., saarl. | Saarland, saarländisch                           |
| Sachs., sächs. | Sachsen, sächsisch                               |
| SchIH, schlh.  | Schleswig-Holstein, schleswig-holsteinisch       |
| SchwarbG       | Schwarzarbeitsgesetz                             |
| Schwbg         | Schwerbehindertengesetz                          |

|              |   |
|--------------|---|
| SchwWV       | Werkstättenverordnung Schwerbehindertengesetz |
| SGB          | Sozialgesetzbuch                              |
| SKR          | Sektorenrichtlinie                            |
| Slg.         | Sammlung                                      |
| s.o.         | siehe oben                                    |
| SO           | Scientology-Organisation                      |
| sog.         | sogenannt                                     |
| Somm.        | Sommaire                                      |
| SPD          | Sozialdemokratische Partei Deutschlands       |
| SSW          | Südschleswigscher Wählerverband               |
| StabG        | Stabilitätsgesetz                             |
| StAnz.       | Staatsanzeiger                                |
| StB          | Straßen- und Brückenbau                       |
| StGB         | Strafgesetzbuch                               |
| StM          | Staatsministerium                             |
| StPO         | Strafprozessordnung                           |
| StReg.       | Staatsregierung                               |
| s.u.         | siehe unten                                   |
| SZ           | Süddeutsche Zeitung                           |
| SZR          | Sonderziehungsrecht(e)                        |
| Tab.         | Tabelle                                       |
| Thür., thür. | Thüringen, thüringisch                        |
| TO           | Tagesordnung                                  |
| TVG          | Tarifvertragsgesetz                           |
| u.           | und   |
| u.a.         | und andere                                    |
| UAbs.        | Unterabsatz                                   |
| UE           | Union Européenne (Europäische Union)          |
| UN           | United Nations (Vereinte Nationen)            |
| UPR          | Umwelt- und Planungsrecht                     |
| Urt.         | Urteil  |
| US           | United States (Vereinigte Staaten)            |
| u.U.         | unter Umständen                               |
| UWG          | Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb        |
| v.           | vom   |
| VBIBW        | Verwaltungsblätter Baden-Württemberg          |
| Verf.        | Verfassung                                    |
| verl.        | verlängert                                    |
| VerwArch.    | Verwaltungsarchiv                             |
| VgG          | Vergabegesetz                                 |
| VGH          | Verwaltungsgerichtshof                        |
| vgl.         | vergleiche                                    |
| VgRÄG        | Vergaberechtsänderungsgesetz                  |
| VgV          | Vergabeverordnung                             |
| VHB          | Vergabehandbuch                               |
| VkBl.        | Verkehrsblatt                                 |

|         |   |
|---------|---|
| VO      | Verordnung  |
| VOB     | Verdingungsordnung für Bauleistungen                              |
| VOB/A   | Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil A                       |
| VOB/B   | Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil B                       |
| VOF     | Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen                  |
| VOL     | Verdingungsordnung für Leistungen                                 |
| VOL/A   | Verdingungsordnung für Leistungen Teil A                          |
| VOL/B   | Verdingungsordnung für Leistungen Teil B                          |
| Vorb.   | Vorbemerkung  |
| vorl.   | vorläufig   |
| VÜA     | Vergabeüberwachungsausschuss                                      |
| VV      | Verwaltungsvorschrift   |
| Vw.     | Verwaltung  |
| VwV     | Verwaltungsvorschrift   |
| VwVfG   | Verwaltungsverfahrensgesetz                                       |
| WiGBI.  | Gesetzblatt der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes    |
| WiVerw. | Wirtschaft und Verwaltung   |
| WRP     | Wettbewerb in Recht und Praxis                                    |
| WSA     | Wirtschafts- und Sozialausschuss                                  |
| WTO     | World Trade Organization (Welthandelsorganisation)                |
| WuW     | Wirtschaft und Wettbewerb   |
| WuW/E   | Wirtschaft und Wettbewerb Entscheidungssammlung                   |
| WVMBl.  | Amtsblatt des Bay. Staatsministeriums für Wirtschaft und Verkehr  |
| WVO     | Werkstättenverordnung   |
| z.B.    | zum Beispiel  |
| ZfBR    | Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht            |
| ZHR     | Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht     |
| ZIP     | Zeitschrift für Wirtschaftsrecht                                  |
| zit.    | zitiert   |
| ZögU    | Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen |
| zul.    | zuletzt   |
| ZVB     | Zusätzliche Vertragsbedingungen                                   |



## Einleitung

Die öffentliche Hand deckt ihren Bedarf an Waren, Bauwerken und Dienstleistungen, indem sie öffentliche Aufträge vergibt. Hinzu kommen die sog. Sektorenauftraggeber in den Bereichen Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie Telekommunikation. Zusammen vergeben sie in Deutschland jährlich Aufträge im Wert von über 200 Mrd. €. Europaweit beträgt die Auftragssumme über 1.000 Mrd. €, was rund 14% des Bruttoinlandsprodukts entspricht.

Bei ihren Beschaffungen vergisst die öffentliche Hand nicht ihre öffentlichen Aufgaben: „Man darf sich den Staat, der öffentliche Aufträge vergibt, nicht als Beamten vorstellen, der nach Feierabend in das Privatleben untertaucht und dort als Hobby möglicherweise Catch-as-catch-can betreibt.“<sup>1</sup> Die öffentlichen Auftraggeber verfolgen häufig nicht einfach nur das Ziel, ein benötigtes Wirtschaftsgut zu einem möglichst günstigen Preis zu erlangen, sondern versuchen, darüber hinaus auch soziale, ökologische, strukturpolitische und wirtschaftsethische Belange zu berücksichtigen. Im Einzelnen können als soziale und beschäftigungspolitische Ziele genannt werden die Bevorzugung bestimmter Bevölkerungsgruppen (Vertriebene, Spätaussiedler, Verfolgte, Werkstätten für behinderte Menschen und Blindenwerkstätten), die Auftragsvergabe an Justizvollzugsanstalten, die Bevorzugung von Ausbildungsbetrieben, die Frauenförderung, die Anforderung einer Tariftreueerklärung, die Beschäftigung von ABM-Kräften, die sozialversicherungspflichtige Beschäftigung, die Bekämpfung der Schwarzarbeit, der illegalen Beschäftigung und des Nichtabführens von Sozialbeiträgen sowie die Einhaltung sonstiger arbeits- und sozialrechtlicher Pflichten. Die ökologischen Ziele betreffen die umweltfreundliche Beschaffung, die Einhaltung von Umweltschutzbestimmungen und die Bevorzugung von Betrieben mit besonders umweltfreundlicher Produktionsweise. Als strukturpolitische Ziele sind die Mittelstandsförderung, die Regionalförderung und die Bevorzugung ortsansässiger Unternehmen zu nennen. Wirtschaftsethischen Zielen und dem Schutz vor schädlichen Geschäftspraktiken dienen die Bekämpfung von wettbewerbsbeschränkendem und unlauterem Verhalten, die Erklärung der Nichtzugehörigkeit zu Scientology und möglicherweise auch der Rückgriff auf vertraute und bewährte Unternehmen.

---

<sup>1</sup> Lange, S. 74.



Wollen die öffentlichen Auftraggeber die genannten öffentlichen Belange bei der Auftragsvergabe berücksichtigen, werden sie hierbei aber durch zahlreiche Rechtsvorschriften eingeschränkt. Auf internationaler Ebene wurde im Rahmen der Welthandelsorganisation ein Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen abgeschlossen. Im Europarecht machen die sog. Vergaberichtlinien detaillierte Vorgaben an das Vergabeverfahren und muss außerdem der EG-Vertrag hinsichtlich der Marktfreiheiten, staatlichen Beihilfen und Wettbewerbsvorschriften beachtet werden. In Deutschland ist das Vergaberecht im vierten Teil des GWB und in den Verdingungsordnungen geregelt und dürfen haushalts- und kartellrechtliche Bestimmungen nicht verletzt werden. Diesen Vorschriften ist gemeinsam, dass sie von der Vergabeentscheidung möglichst alle Einflüsse, die nicht ausschließlich dazu dienen, die preisgünstigste und zuverlässige Beschaffung sicherzustellen, fernhalten wollen. Sie stellen damit allein auf die Versorgungsfunktion des öffentlichen Auftrags ab. Diese besteht darin, die Funktionsfähigkeit der Verwaltung zu sichern, indem die Verwaltung diejenigen Sachmittel und Leistungen beschafft, die sie zur Erfüllung ihrer bestimmungsgemäßen Aufgaben benötigt. Der Wettbewerb zwischen den Bietern um den öffentlichen Auftrag soll hierbei möglichst frei und unbeeinflusst ablaufen. Demgegenüber erfüllt die Berücksichtigung öffentlicher Belange eine Instrumentalfunktion. Versorgungs- und Instrumentalfunktion der Beschaffung stehen somit in einem Spannungsverhältnis.

Dieser Konflikt trat in Deutschland vor Kurzem bei den sog. Tarifreueerklärungen zu Tage. Hierbei handelt es sich um eine Erklärung des Bieters, dass er im Falle der Auftragserteilung seine Arbeitnehmer, die er zur Ausführung des Auftrags einsetzt, entsprechend den Tarifverträgen entlohnen wird. Die öffentliche Hand verspricht sich hiervon, Wettbewerbsverzerrungen durch ein unterschiedliches Lohnniveau zu vermeiden, den Anpassungsdruck auf die Löhne abzuschwächen und schließlich der Gefahr von Unternehmenszusammenbrüchen und Arbeitslosigkeit zu begegnen.

Mitte der 90-er Jahre haben der Bund und die Länder begonnen, entsprechende Verwaltungsvorschriften zu erlassen. Die Reichweite der Bestimmungen ist hierbei unterschiedlich: Während die einen Verwaltungsvorschriften sich darauf beschränken, bereits bestehende gesetzliche Verpflichtungen zur Einhaltung der Tarifverträge durch eine entsprechende vertragliche Verpflichtung zu verstärken, schaffen die anderen unabhängig hiervon eine eigenständige vertragliche Verpflichtung. Ein Arbeitgeber ist schon gesetzlich zur Einhaltung der Tarifverträge verpflichtet, wenn er selbst tarifgebunden ist oder der Tarifvertrag für allgemein verbindlich erklärt worden ist. Die letztere Möglichkeit sieht insbesondere das Arbeitnehmer-Entsendegesetz aus dem Jahre 1996 vor, das europarechtlich durch

die Entsende-Richtlinie abgesichert worden ist. Dieses Gesetz gilt aber nur für die Baubranche und erlaubt nur die Festsetzung von Mindestlöhnen, die erheblich unter den normalen Tariflöhnen liegen. So betrug Ende der 90-er Jahre der Mindestlohn für die Baubranche in West-Berlin 16 DM (8,18 €) und in Ost-Berlin 15,14 DM (7,74 €), während der Ecklohn für einen Facharbeiter bei 25,26 DM (12,92 €) lag.

Das Bundeskartellamt<sup>2</sup> nahm alsbald Anstoß an einer Verwaltungsvorschrift der Berliner Senatsverwaltung für Bauen, Wohnen und Verkehr von 1995, die für Bauaufträge eine Entlohnung nach den vor Ort einschlägigen Tariflöhnen vorsah, unabhängig davon, ob eine entsprechende gesetzliche Verpflichtung besteht. In seinem Beschluss von 1997 erkannte das BKartA hierin den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung und untersagte es dem Land Berlin, die Verwaltungsvorschrift weiterhin anzuwenden. Die hiergegen eingelegte Beschwerde wies das Kammergericht Berlin<sup>3</sup> 1998 ab. Der Bundesgerichtshof<sup>4</sup> lehnte es im Eilverfahren ab, den Vollzug des Beschlusses des BKartA auszusetzen. Auch der Vergabeüberwachungsausschuss des Bundes<sup>5</sup> hat 1998 eine entsprechende Tariftreueerklärung für rechtswidrig erklärt, die ein gemeinnütziger Verein für den Bau einer überbetrieblichen Ausbildungsstätte in Cottbus verlangt hatte.

Das Land Berlin erließ 1999 ein Vergabegesetz und stellte hiermit die Tariftreueerklärung bei Bauaufträgen und bestimmten Dienstleistungen auf eine gesetzliche Grundlage. Der Bundesgerichtshof<sup>6</sup> musste die veränderte Rechtslage im Hauptsacheverfahren gegen den Beschluss des BKartA berücksichtigen. In seinem Beschluss vom 18. Januar 2000 bestätigte der BGH, dass die Anforderung einer Tariftreueerklärung im vorliegenden Fall grundsätzlich einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung bedeute. Dies gelte allerdings dann nicht, wenn der Auftraggeber damit nur einem gesetzlichen Gebot nachkommt. Der BGH hatte aber an der Verfassungsmäßigkeit des zu Grunde liegenden Berliner Vergabegesetzes seine Zweifel. Das Land habe die Gesetzgebungskompetenz des Bundes, den Vorrang des Bundesrechts und die negative Koalitionsfreiheit verletzt. Der BGH setzte daher das Verfahren aus und forderte eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts an, die noch aussteht.

---

<sup>2</sup> BKartA, Beschl. v. 3.11.1997, WuW/E Verg 7.

<sup>3</sup> KG Berlin, Beschl. v. 20.5.1998, WuW/E Verg 111.

<sup>4</sup> BGH, Beschl. v. 8.12.1998, WuW/E Verg 175.

<sup>5</sup> VÜA Bund, Beschl. v. 16.12.1998, WuW/E Verg 192.

<sup>6</sup> BGH, Beschl. v. 18.1.2000, JZ 2000, 514.