

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	37
A. Die Diskussion um die sogenannten beschaffungsfremden Kriterien	37
I. Beispielfälle	37
II. Die Diskussion im Zuge der Beratung des Vergaberechtsänderungsge- setzes	42
B. Wirtschaftliche Bedeutung öffentlicher Aufträge und Entwicklung des Ver- gaberechts	45
I. Wirtschaftliche Bedeutung öffentlicher Aufträge	46
II. Europäische und internationale Harmonisierung des Vergaberechts ...	47
III. Umsetzung der EG-Richtlinien in Deutschland	49
IV. Folgen für die sogenannten beschaffungsfremden Kriterien	55
C. Abgrenzung des Untersuchungsgegenstandes und Gang der Untersuchung ..	55
I. Begriffsklärungen	55
II. Ziel der Arbeit und Gang der Untersuchung	58

1. Teil

Begriff und Arten der sogenannten beschaffungsfremden Kriterien 60

1. Kapitel

Der Begriff „beschaffungsfremde Kriterien“ 60

A. Die Problematik des Begriffs	60
I. Herkunft des Begriffs	60
II. Doppelte Unklarheit des Begriffs	62
1. Beschriebener Tatbestand	62
2. Rechtsfolge der Klassifizierung	65
III. Ergebnis	66
B. Das Sachproblem: Die Entscheidungskriterien bei der öffentlichen Beschaf- fung	67
I. Unterscheidung „neutrale“ versus „politisierte“ Beschaffung	67
II. Die Unterscheidung in der Phase der Bedarfsdefinition	69
1. Relativität jedes „Bedarfs“	69
2. Politische Implikation jeder öffentlichen Beschaffung	69

3. Verfolgung zusätzlicher Zielsetzungen durch die Beschaffung als solche	71
4. Einbeziehung von Gesichtspunkten des Umweltschutzes und des fairen Handels	72
5. Zusammenfassung und rechtliche Folgerungen	74
III. Die Unterscheidung in der Phase der Bedarfsdeckung	75
1. Ansatzpunkte der Einbeziehung politischer Zielsetzungen	75
2. Zusammenfassung und rechtliche Folgerungen	77
IV. Ergebnis: Notwendige Differenzierungen und Relativierungen	79
1. Differenzierungen	79
a) Bedarfsdefinitions- und Bedarfsdeckungsphase	79
b) Bloße Einbeziehung und Instrumentalisierung im eigentlichen Sinne	80
2. Relativierungen	81

2. Kapitel

Die Arten der sogenannten beschaffungsfremden Kriterien 82

A. Politikbereiche	82
I. Rechtliche Bedeutung der Unterscheidung nach Politikbereichen	82
II. Die einzelnen Politikbereiche	84
1. Wirtschaftspolitik	84
2. Sozialpolitik und Fiskalpolitik	88
3. Bekämpfung illegalen Verhaltens	90
4. Umweltpolitik, fairer Handel und Außenpolitik	92
5. Ausschluß von Unternehmen mit „mißliebigen“ Anschauungen	94
B. Rechtliche Gestalt	95
I. Anknüpfungspunkte	95
1. Ansatzpunkt im Verfahren	95
a) Die einzelnen Ansatzpunkte	96
aa) Bedarfsdefinition	96
bb) Leistungsbeschreibung	96
cc) Vertragsbedingungen	96
dd) Teilung von Aufträgen in Lose	97
ee) Wahl der Verfahrensart	98
ff) Eignungsprüfung und Zuschlagserteilung	99
b) Abgrenzung zwischen Bedarfsdefinition, Leistungsbeschreibung und Vertragsbedingungen	101
aa) Bedarfsdefinition und Leistungsbeschreibung	101
bb) Leistungsbeschreibung und Vertragsbedingungen	101
c) Folgerungen	104
2. Spezifischer Anknüpfungspunkt: Leistung oder Eigenschaften resp. Verhaltensweisen des Unternehmens	106

3. Gesetzesaufgreifende und gesetzserweiternde Anforderungen	107
II. Rechtsgrundlage	109
1. Rechtsform	110
2. Normgeber und Geltungsbereich	111
3. Einbeziehung politischer Zielsetzungen ohne besondere Rechts- grundlage	112
III. Schwellenwertgrenze	112

2. Teil

**Die rechtliche Zulässigkeit der Verwendung sogenannter
beschaffungsfremder Kriterien** 115

1. Kapitel

Generelle Unzulässigkeit „beschaffungsfremder“ Kriterien? 115

A. Befürworter einer generellen Unzulässigkeit	115
B. Untersuchung der rechtlichen Grundlage dieser Ansichten	117
I. EG-Primärrecht	117
II. Verfassungsrecht	120

2. Kapitel

**Europarechtliche Bindungen und völkerrechtliche Verträge
der Gemeinschaften** 123

A. Bindungen des EG-Primärrechts	124
I. Überblick über die in Betracht kommenden Vorschriften	124
II. Wettbewerbsregeln für Unternehmen	126
1. Unternehmen	127
a) Der Begriff „Unternehmen“ i. S. d. Wettbewerbsregeln	127
b) Öffentliche Auftraggeber als „Unternehmen“ i. S. d. Wettbe- werbsregeln?	130
aa) Gebietskörperschaften	130
(1) Erfordernis einer zumindest organisatorischen Verselb- ständigung?	130
(2) Erfassung der Nachfrage für nichtwirtschaftliche Tätig- keiten?	132
bb) Sonstige öffentliche Auftraggeber	135
c) Ergebnis	137
2. Beherrschende Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf ei- nem wesentlichen Teil desselben	137
a) Relevanter Markt	138
b) Beherrschende Stellung	138

aa)	Keine pauschal anzunehmende Marktbeherrschung öffentlicher Auftraggeber	138
bb)	Marktbeherrschende Stellung mehrerer öffentlicher Auftraggeber gemeinsam	139
c)	Auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben	140
d)	Mögliche Fälle einer Marktbeherrschung öffentlicher Auftraggeber	141
3.	Mißbrauch	142
a)	Grundsätze zur Auslegung, insbs. zur Berücksichtigung öffentlicher Interessen	142
b)	Einzelbewertung	143
4.	Eignung zur Handelsbeeinträchtigung	145
5.	Bedeutung des Art. 86 I (90 I a.F.) EGV im vorliegenden Zusammenhang	145
6.	Ergebnis	146
III.	Beihilfenvorschriften	146
1.	Das Problem	146
2.	Verhältnis der Beihilfenvorschriften zu den Grundfreiheiten, insbs. zur Warenverkehrsfreiheit	148
a)	Rechtsprechung des EuGH	148
aa)	Das Urteil im Fall <i>Du Pont</i>	148
bb)	Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH	150
(1)	Das Urteil im Fall <i>Iannelli</i>	150
(2)	Abkehr vom Urteil <i>Iannelli</i>	151
b)	Bewertung	154
aa)	Beihilfen als Spezialfall handelsbeeinträchtigender Maßnahmen	154
bb)	Unterschiede zwischen den Art. 87 ff. und Art. 28 ff. EGV	156
cc)	Ausnahmsweise Prüfung einzelner Bestandteile am Maßstab der Grundfreiheiten?	158
3.	Bevorzugungen im öffentlichen Auftragswesen als Beihilfe	159
a)	Vorteilsgewährung	159
aa)	Beihilfe als Gewährung eines Vorteils ohne adäquate Gegenleistung	159
bb)	Qualifikation von Bevorzugungsregelungen als Vorteilsgewährung i. d. S.	161
cc)	Qualifikation von Tariftreuerregelungen als Vorteilsgewährung i. d. S.?	164
b)	Staatliches Finanzopfer	165
c)	Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige	167
d)	Zurechenbarkeit an den Staat	169

4. Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt	170
a) Wettbewerbsverfälschung	170
b) Handelsbeeinträchtigung	170
c) Ausnahmen nach Art. 87 II, III (92 II, III a.F.) EGV	171
5. Anmeldepflicht	172
6. Ergebnis	174
IV. Grundfreiheiten	175
1. Anwendungsbereich und Gehalt der Grundfreiheiten	176
a) Einschlägige Vorschriften	176
aa) Allgemeines Diskriminierungsverbot des Art. 12 I (6 I a.F.) EGV?	176
bb) Grundfreiheiten	177
b) Anwendungsvoraussetzungen der Grundfreiheiten	179
aa) Öffentliche Auftraggeber als Adressaten der Grundfreiheiten	179
bb) Vergabe öffentlicher Aufträge als den Grundfreiheiten unterliegendes Handeln	179
cc) Grenzüberschreitender Bezug	181
c) Gehalt der Grundfreiheiten	183
aa) Gewährleistungen (Tatbestandliche Reichweite)	183
(1) Diskriminierungsverbot	183
(2) Beschränkungsverbot	184
(3) Einschränkungen der tatbestandlichen Reichweite	185
(4) Einschränkungen der tatbestandlichen Reichweite im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens	186
α) Beschaffungsregelungen als „Verkaufsmodalitäten“ im Sinne der <i>Keck</i> -Rechtsprechung?	186
β) Berücksichtigung der „Beschaffungsautonomie“	188
bb) Schranken	191
(1) Geschriebene Schranken	191
(2) Ungeschriebene Schranken	191
cc) Wirkungen der Grundfreiheiten	191
2. Bedeutung der Grundfreiheiten für die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung	192
a) Keine spezifische Bedeutung für gesetzesaufgreifende Kriterien	192
b) Bedeutung des Verbotes offener Diskriminierungen	193
c) Versteckte Diskriminierungen und sonstige Beschränkungen bei der Leistungsbeschreibung	194
aa) Grundsätzliche Freiheit der Auftraggeber	194
bb) Einschränkungen aus Sekundärrecht	195
cc) Rechtfertigungsgründe	197
d) Versteckte Diskriminierungen und sonstige Beschränkungen bei der Auswahl der Unternehmen	198
aa) Strukturpolitik, insbesondere Regionalförderung	198

(1) Rechtsprechung des EuGH	198
(2) Strukturpolitische Regelungen in der Bundesrepublik ..	199
bb) Sozialpolitik	201
e) Versteckte Diskriminierungen und sonstige Beschränkungen bei der Auferlegung von Vertragsbedingungen	205
f) Insbesondere: Die Tariftreueerklärungen	206
aa) Einschlägige Grundfreiheit	206
(1) Dienstleistungsfreiheit	207
(2) Arbeitnehmerfreizügigkeit?	207
(3) Folgen, die sich bei Anwendung der Arbeitnehmerfreizügigkeit ergeben würden	209
bb) Mindestlohnvorschriften und Dienstleistungsfreiheit	211
cc) Tariftreueerklärungen und Dienstleistungsfreiheit	215
(1) Gesetzesaufgreifende Tariftreueerklärungen	215
α) Vereinbarkeit der Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie mit dem EG-Vertrag	216
β) Verfassungsmäßigkeit des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes	217
γ) Vereinbarkeit der gesetzesaufgreifenden Tariftreueerklärungen mit der Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie ..	218
(2) Gesetzeserweiternde Tariftreueerklärungen	218
α) Vereinbarkeit mit der Dienstleistungsfreiheit	218
β) Vereinbarkeit mit der Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie	220
3. Folge: Dilemma der Mitgliedstaaten	221
a) Begrenzung auf Sachverhalte ohne grenzüberschreitenden Bezug	221
b) Anwendung auch auf grenzüberschreitende Sachverhalte unter Beachtung der Grundfreiheiten	222
B. Bindungen der EG-Vergaberichtlinien	225
I. Anwendungsbereich und Gehalt der EG-Vergaberichtlinien	225
1. Die vier Koordinierungsrichtlinien der EG und ihr persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich	225
2. Überblick über die Regelungen der Richtlinien	227
a) Bau- und Lieferkoordinierungsrichtlinie	227
b) Besonderheiten der Dienstleistungs koordinierungsrichtlinie	228
c) Besonderheiten der Sektorenkoordinierungsrichtlinie	228
3. Verhältnis zu den Grundfreiheiten	229
4. Bedeutung von Richtlinien für das nationale Recht	230
II. Bedeutung der EG-Vergaberichtlinien für die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung	231
1. Regelungsbereich der Richtlinien	232
a) Erste Position: Einbeziehung politischer Zielsetzungen außerhalb des Regelungsbereichs	233

aa)	Für diese Deutung angeführte Urteile – <i>Beentjes, Schulgebäude</i> – und Argumente	233
bb)	Nicht mit dieser Deutung vereinbare Urteile	236
b)	Zweite Position: Einbeziehung politischer Zielsetzungen teilweise innerhalb des Regelungsbereichs	237
c)	Dritte Position: Einbeziehung politischer Zielsetzungen von den Richtlinien grundsätzlich verboten	240
d)	Ergebnis	243
2.	Die Begrenzungen der Richtlinien für die Einbeziehung politischer Zielsetzungen im einzelnen	245
a)	Leistungsbeschreibung	245
aa)	Bezugnahme auf Normen bei der Festlegung der technischen Spezifikationen	245
(1)	Begriff der technischen Spezifikationen	245
(2)	Zu verwendende Spezifikationen	247
bb)	Verbot der Erwähnung von Erzeugnissen einer bestimmten Produktion etc.	249
cc)	Ergebnis	251
b)	Vergabe nach Losen	252
c)	Wahl der Verfahrensart und Vorfeld der Auswahl der zur Teilnahme an einem nicht offenen oder Verhandlungsverfahren aufzufordernden Unternehmen	252
aa)	Wahl der Verfahrensart	253
bb)	Vorfeld der Auswahl der zur Teilnahme an einem nicht offenen oder Verhandlungsverfahren aufzufordernden Unternehmen	253
d)	Auswahl der zur Teilnahme an einem nicht offenen oder Verhandlungsverfahren aufzufordernden Unternehmen	255
aa)	Bau-, Liefer- und Dienstleistungskoordinerungsrichtlinie ..	255
bb)	Sektorenkoordinierungsrichtlinie	257
e)	Zulassung der Unternehmen zur Wertung der Angebote im offenen Verfahren	258
aa)	Bau-, Liefer- und Dienstleistungskoordinerungsrichtlinie ..	258
(1)	Abschließender Charakter der Bestimmungen?	259
(2)	Berücksichtigung politischer Zielsetzungen i.R. der Bestimmungen	261
bb)	Sektorenkoordinierungsrichtlinie	262
f)	Zuschlagserteilung	262
aa)	Zuschlagskriterien	263
(1)	Niedrigster Preis oder wirtschaftlich günstigstes Angebot	263
(2)	Ausnahmen	265
α)	Stand-still-Ausnahme bei Bevorzugungen	265
β)	Ausgelaufene Ausnahme für strukturpolitisch begründete Bestimmungen	266

γ) Außenhandelspolitisch begründete Ausnahme	267
δ) Ausnahmen in früheren Fassungen der Richtlinien . .	267
bb) Berücksichtigung politischer Zielsetzungen i.R. des Kriteriums des wirtschaftlich günstigsten Angebots?	268
cc) Ungewöhnlich niedrige Angebote	271
g) Vertragsbedingungen	272
aa) Bau-, Liefer- und Dienstleistungskordinierungsrichtlinie . .	273
(1) Aufstellung von Vertragsbedingungen	273
(2) Ausschluß wegen fehlender Eignung zur Erfüllung	274
(3) Ausschluß wegen vergangener Verstöße	277
bb) Sektorenkordinierungsrichtlinie	278
h) Insbesondere: Die Tariftreueerklärungen	278
aa) Ausschlußgrund der fehlenden Angabe zu Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen	278
bb) Voraussetzungen für den Ausschluß	279
cc) Abschließender Charakter der Vorschrift?	281
3. Ergebnis	282
a) Bau-, Liefer- und Dienstleistungskordinierungsrichtlinie	282
b) Besonderheiten der Sektorenkordinierungsrichtlinie	282
c) Bewertung	283
C. Völkerrechtliche Verträge	284
I. EWR-Abkommen, Europa-Abkommen und bilaterale Beschaffungsabkommen	284
II. Agreement on Government Procurement (GPA)	286
III. Exkurs: UNCITRAL-Modellgesetz	291
IV. Bedeutung der Internationalisierung für die Einbeziehung politischer Zielsetzungen	291

3. Kapitel

Bindungen des nationalen Rechts	293
A. Der Standort des öffentlichen Auftragswesens zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht	293
I. Konzeptionen grundrechtlich nicht oder nur mittelbar gebundenen privatrechtlichen Handelns	294
II. Konzeptionen grundrechtlich gebundenen privatrechtlichen Handelns . .	295
III. Öffentlich-rechtliche Konzeptionen	296
IV. Stellungnahme	298
B. Bindungen des Verfassungsrechts	300
I. Freiheitsgrundrechte	301
1. Grundrechte konkurrierender Unternehmen	301

a)	Schutz der Möglichkeit zur Teilhabe an öffentlichen Aufträgen durch die Berufsfreiheit?	302
aa)	Ansicht Hubers: Anspruch auf Möglichkeit zur Teilhabe an öffentlichen Aufträgen	303
bb)	Judikatur des BVerfG und des BVerwG	305
cc)	Untersuchung der Hubers Ansicht zugrundeliegenden Prämisse	306
b)	Situation bei Nachfragemonopol oder marktbeherrschender Stellung als Nachfrager	308
c)	Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei der Auftragsperre	311
d)	Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit durch Subventionselemente?	314
e)	Ergebnis	317
2.	Grundrechte der Auftragnehmer	317
a)	Verhaltensbezogene Bevorzugungs- und Ausschlußregelungen ..	317
b)	Vertragsbedingungen	318
aa)	Problemstellung	318
bb)	Die „privatrechtliche Lösung“ Osterlohs	320
cc)	Grundrechtsverzicht?	321
(1)	Vergleich mit der Situation bei öffentlich-rechtlichen Verträgen	321
(2)	Vergleich mit der Situation bei Verhaltenspflichten für Subventionsempfänger	323
(3)	Leitlinien zur Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes	326
c)	Ergebnis	329
3.	Sonderfall: Tarifreueerklärungen	329
a)	Koalitionsfreiheit	329
aa)	Gehalt der negativen Koalitionsfreiheit	330
bb)	Gesetzeserweiternde Tarifreueerklärungen	333
cc)	Gesetzesaufgreifende Tarifreueerklärungen	335
b)	Demokratieprinzip	336
c)	Berufsfreiheit	337
d)	Ergebnis	338
II.	Gleichheitsgrundrechte	338
1.	Art. 3 III S. 1 GG	338
a)	Frauenförderung	339
b)	Bevorzugung von Spätaussiedlern	341
c)	Bevorzugung von Ortsansässigen	343
d)	Bekämpfung verfassungsfeindlicher Bestrebungen	344
e)	Schutzerklärungen gegen Scientology	344
f)	Ergebnis	347

2. Art. 3 I GG	347
a) Ungleichbehandlungen innerhalb des Bereichs öffentlicher Auftragsvergabe	347
aa) Generelle Zulässigkeit „beschaffungsfremder“ Kriterien nach Art. 3 I GG	347
bb) Eignungs- und Zuschlagskriterien	348
(1) Prüfungsmaßstab	348
(2) Bevorzugungsregelungen	351
(3) Ausschlußregelungen	353
(4) Maßstab bei Verwaltungsvorschriften	354
cc) Bedarfsdefinition und Leistungsbeschreibung	354
(1) Art. 3 I GG als objektives Recht	354
(2) Art. 3 I GG als subjektives Recht	357
dd) Vertragsbedingungen	359
(1) Vertragsbedingungen im allgemeinen	359
(2) Insbesondere: Gesetzeserweiternde Tarifreueerklärungen	360
ee) Verfahrensart	362
ff) Ergebnis	363
b) Ungleichbehandlungen im Verhältnis zum Bereich außerhalb öffentlicher Auftragsvergabe	363
aa) Subventionselemente	363
bb) Sanktionierung bestehender Rechtspflichten	364
cc) Statuierung zusätzlicher Anforderungen	365
dd) Ergebnis	367
III. Koppelungsverbot	368
1. Rechtsprechung und Literatur zum Koppelungsverbot	368
2. Ausgrenzung der anderen Grundsätzen bzw. Normen zuzurechnenden Aspekte	370
3. Verbleibende Bedeutung des Koppelungsverbotes für die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung ...	371
a) Prüfungsmaßstab	371
b) Gesetzesaufgreifende Anforderungen	373
c) Gesetzeserweiternde Anforderungen	375
4. Ergebnis	376
IV. Vorbehalt des Gesetzes	376
1. Allgemeiner Gesetzesvorbehalt	377
a) Rechtslage unterhalb der Schwellenwerte	377
aa) Reichweite des allgemeinen Gesetzesvorbehalts	378
bb) Bedeutung für die öffentliche Beschaffung	380
(1) Gesetzesvorbehalt aus Art. 3 I GG?	381
α) Gesetzesvorbehalt bei Abweichung von „neutralen“ Kriterien?	382

β) Gesetzesvorbehalt aufgrund der Grundrechte als Verfahrensgarantien?	383
(2) Gesetzesvorbehalt aus Art. 3 III S. 1 GG	384
(3) Gesetzesvorbehalt aufgrund Wesentlichkeit außerhalb von Grundrechtseingriffen	385
α) Leistung oder Lenkung durch öffentliche Aufträge? .	385
β) Faktische Bedeutung öffentlicher Aufträge für inter- essierte Unternehmen und für die öffentlichen Haus- halte	386
γ) Vergleich mit dem Gesetzesvorbehalt bei Subventio- nen?	387
δ) Zwischenergebnis	388
ε) Praktische Hindernisse?	388
ζ) Ersatz durch Verdingungsordnungen und Selbstbin- dung der Verwaltung?	389
η) Ergebnis	390
cc) Reichweite des Gesetzesvorbehalts für die öffentliche Be- schaffung im einzelnen	390
(1) Bedarfsdefinition und Leistungsbeschreibung	391
(2) Frage der Teilung in Lose	392
(3) Wahl der Verfahrensart	392
(4) Eignungs- und Zuschlagskriterien	393
(5) Vertragsbedingungen	394
dd) Ergebnis	396
b) Rechtslage oberhalb der Schwellenwerte	396
2. Institutionell-organisatorischer Gesetzesvorbehalt bei Verpflichtung der Gemeinden	398
a) Verpflichtung der Gemeinden auf das Vergaberecht	398
b) Gesetzesvorbehalt bei Verpflichtung auf die Einbeziehung politi- scher Zielsetzungen	400
V. Vorrang des Gesetzes	402
1. Gesetzesaufgreifende Anforderungen	402
2. Gesetzeserweiternde Anforderungen	405
a) Gesetzeserweiternde Anforderungen im allgemeinen	405
b) Insbesondere: Gesetzeserweiternde Tariftreueerklärungen	407
3. Ergebnis	409
VI. Gesetzgebungskompetenz	409
1. Das Problem	409
2. Beschaffungsgesetzgebungskompetenz	410
a) Art. 74 I Nr. 1 GG: Bürgerliches Recht	411
b) Art. 74 I Nr. 16 GG: Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung	411
c) Art. 74 I Nr. 11 GG: Recht der Wirtschaft	412
aa) Bedeutung des Klammerzusatzes der Nr. 11	412

bb)	Ansatzpunkt für die Zuordnung	413
cc)	Qualifikation der öffentlichen Auftragsvergabe als wirtschaftliche Tätigkeit?	413
dd)	Kein Sonderrecht für die öffentliche Hand	415
ee)	Ergebnis	415
d)	Art. 84 I, 85 I GG: Regelung des Verfahrens	416
e)	Kompetenz zur Regelung des Haushaltsrechts	417
aa)	Art. 109 III GG: Grundsätze für das Haushaltsrecht	417
bb)	Ungeschriebene Kompetenzen	417
f)	Ergebnis	418
3.	Kompetenz zur Regelung der Einbeziehung politischer Zielsetzungen	419
a)	Primär maßgebliche Kompetenz: Beschaffungsgesetzgebungskompetenz	419
aa)	Auffassung des BGH: Maßgeblichkeit der Sachgesetzgebungskompetenz	419
bb)	Zuordnung nach der historischen Zugehörigkeit	421
cc)	Zuordnung nach der wesensmäßigen Zugehörigkeit	421
b)	Zusätzliches Erfordernis der Sachgesetzgebungskompetenz?	423
aa)	Argumente gegen zusätzliches Erfordernis der Sachgesetzgebungskompetenz	424
bb)	Argumente für zusätzliches Erfordernis der Sachgesetzgebungskompetenz	425
cc)	Vorliegen einer „Sachregelung im Gewand einer Beschaffungsregelung“?	426
dd)	Vermeidung von Konflikten zwischen Sachregelungen und Beschaffungsregelungen	427
c)	Ergebnis	428
4.	Verhältnis von Gesetzen zur Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung zu den allgemeinen privatrechtlichen Gesetzen	429
a)	Das Problem	429
b)	Anwendbarkeit und Kompetenzgemäßheit der jeweiligen Regelungen	431
aa)	§ 1 I 2 VgG Bln	431
bb)	§§ 20 und 14 GWB	431
cc)	Ergebnis: Vorliegen einer Doppelkompetenz?	432
c)	Lösung etwaiger Konflikte	434
aa)	Das Problem	434
bb)	Lösung bei § 14 GWB: Kompetenzausübungsschranken ...	435
cc)	Lösung bei § 20 I GWB: Einbeziehung in die Auslegung der Norm	436
d)	Bedeutung des § 97 IV Hs. 2 GWB in diesem Konfliktfeld	438
e)	Ergebnis	440

VII. Verwaltungskompetenz	441
1. Beschaffungskompetenz im allgemeinen	442
2. Kompetenz zur Einbeziehung politischer Zielsetzungen im besonderen	443
3. Behördenzuständigkeit	445
C. Bindungen des einfachen Rechts	446
I. Haushaltsrecht	446
1. Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit	447
2. Grundsätze der Haushaltsklarheit und der Spezialität	449
II. Vergaberecht	450
1. Oberhalb der Schwellenwerte: GWB-Vergaberecht	451
a) § 97 IV Hs. 2 GWB: „andere oder weitergehende Anforderungen [...] an Auftragnehmer“	452
aa) Tatbestand	452
(1) Anforderungen an die Leistung?	452
(2) Teilung von Aufträgen in Lose?	453
(3) Wahl der Verfahrensart?	454
(4) Zuschlagserteilung?	454
(5) Verbleibender Anwendungsbereich	456
α) Vertragsbedingungen	456
β) Bevorzugungen bei der Aufforderung zur Angebotsabgabe bzw. zu Verhandlungen	458
γ) Zusätzliche Ausschlußgründe	458
(6) Abgrenzung der Anforderungen nach § 97 IV Hs. 2 von § 97 IV Hs. 1 GWB	459
α) Begriff der „anderen oder weitergehenden“ Anforderungen i. S. d. Hs. 2	459
β) Abgrenzung zur Zuverlässigkeit i. S. d. Hs. 1	460
bb) Rechtsfolge	464
(1) Anforderungen des Gesetzesvorbehalts	464
α) Begriff des Gesetzes i. S. d. § 97 IV Hs. 2 GWB	464
β) Reichweite des Parlamentsvorbehalts	466
(2) Bedeutung des Gesetzesvorbehalts	468
α) Erfordernis eines Gesetzes	468
β) Zulassung anderer oder weitergehender Anforderungen	469
cc) Ergebnis	470
b) Weitere Vorschriften der §§ 97 ff. GWB	471
aa) § 97 III GWB: Berücksichtigung mittelständischer Interessen	471
(1) Reichweite des Berücksichtigungsauftrags	471
(2) Verhältnis zu § 97 V GWB	472
(3) Verhältnis zu § 97 IV Hs. 2 GWB	473

(4) Verhältnis zu § 97 II GWB	474
bb) § 97 V GWB: Zuschlagserteilung auf das wirtschaftlichste Angebot	474
cc) § 97 II GWB: Gleichbehandlungsgebot	475
dd) § 97 I GWB: Wettbewerbsprinzip und Transparenzgebot ...	478
(1) Wettbewerbsprinzip	478
(2) Transparenzgebot	479
ee) § 101 GWB: Verfahrensarten	480
ff) Ergebnis	480
c) Vereinbarkeit der einzelnen Ansatzpunkte für die Einbeziehung politischer Zielsetzungen mit dem GWB-Vergaberecht	481
aa) Überblick über Aufbau und Anwendungsbereich der Verdingungsordnungen	482
bb) Untersuchung der einzelnen Ansatzpunkte für die Einbeziehung politischer Zielsetzungen	483
(1) Leistungsbeschreibung	483
(2) Teilung von Aufträgen in Lose	485
(3) Wahl der Verfahrensart	487
(4) Bevorzungen bei der Aufforderung zur Angebotsabgabe bzw. zu Verhandlungen	487
(5) Ausschlußgründe	488
(6) Zuschlagserteilung	488
(7) Vertragsbedingungen	489
2. Unterhalb der Schwellenwerte: Verdingungsordnungen als Verwaltungsvorschriften	491
a) Überblick über den rechtlichen Rahmen	491
b) Gesetzlicher Vorrang der öffentlichen Ausschreibung	493
c) Die Bestimmungen der Verdingungsordnungen	494
3. Ergebnis	497
III. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen	498
1. Anwendbarkeit des GWB auf die öffentliche Beschaffung	499
a) Vierter Teil des GWB (§§ 97 ff. GWB) als abschließende Sonderregelung?	499
b) Herrschende Auffassung: Öffentliche Auftragsvergabe als unternehmerische Tätigkeit	500
c) Untersuchung der Einordnung als unternehmerische Tätigkeit ..	503
aa) Erfordernis einer zumindest organisatorischen Verselbständigung?	504
bb) Kartellrechtliche Verfügungen und Bußgeldbescheide gegen andere Behörden?	504
cc) Erfassung der Nachfrage für nichtwirtschaftliche Tätigkeiten?	505
dd) Ergebnis	507
2. Diskriminierungs- und Behinderungsverbot, § 20 I GWB	508

a)	Normadressaten	508
aa)	Marktbeherrschende Unternehmen	508
bb)	Marktstarke Unternehmen	511
b)	Gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglicher Geschäftsverkehr	512
c)	Unbillige Behinderung oder unterschiedliche Behandlung ohne sachlich gerechtfertigten Grund	512
aa)	Behinderung oder unterschiedliche Behandlung	513
bb)	Unbilligkeit bzw. Fehlen eines sachlich gerechtfertigten Grundes	514
(1)	Grundsätze	514
α)	Interessenabwägung, insbesondere Berücksichtigung öffentlicher Interessen	515
β)	Bedeutung der Verdingungsordnungen im Rahmen der Vorschrift	519
(2)	Einzelne Fälle der Einbeziehung politischer Zielsetzungen	521
α)	Bevorzugungsregelungen	521
β)	Ausschlußregelungen	522
γ)	Wahl der Verfahrensart und Bevorzungen bei der Aufforderung zur Angebotsabgabe	524
δ)	Vertragsbedingungen	524
cc)	Insbesondere: Die Tariftreueerklärungen	525
(1)	Gesetzesaufgreifende Tariftreueerklärungen	525
(2)	Gesetzeserweiternde Tariftreueerklärungen	525
α)	Behinderung oder unterschiedliche Behandlung	525
β)	Unbilligkeit der Behinderung	526
3.	Weitere relevante Vorschriften des GWB	529
a)	Mißbrauchsverbot, § 19 I, IV GWB	529
b)	Preis- und Konditionenbindungsverbot, § 14 GWB	530
c)	Sonstige	531
IV.	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb	532
1.	Anwendbarkeit des UWG auf die öffentliche Beschaffung	532
2.	Handeln im geschäftlichen Verkehr	533
3.	Handeln zu Zwecken des Wettbewerbes	534
4.	Verstoß gegen die guten Sitten	535
5.	Ergebnis	537
V.	Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen	538
1.	Anwendbarkeit des AGB-Rechts auf die öffentliche Beschaffung ..	538
2.	Überraschende Klauseln, § 305c I BGB n.F. (bisher § 3 AGBG) ..	539
3.	Generalklausel, § 307 I, II BGB n.F. (bisher § 9 AGBG)	539
a)	Schranken der Inhaltskontrolle gemäß § 307 III 1 BGB n.F. (bisher § 8 AGBG)	539
b)	Inhaltskontrolle nach § 307 I, II BGB n.F. (bisher § 9 AGBG) ..	541

aa) Maßstab	541
bb) Vertragliche Pflichten	542
cc) Sanktionen	544
4. Ergebnis	545
VI. Bürgerliches Gesetzbuch	546
Zusammenfassung der Ergebnisse und rechtspolitische Bewertung	547
A. Zusammenfassung der Ergebnisse	547
I. Begriff und Arten der sogenannten beschaffungsfremden Kriterien	547
II. Die rechtliche Zulässigkeit der Verwendung sogenannter beschaffungsfremder Kriterien	548
1. Grundsätze	548
2. EG-Recht und Völkerrecht	548
a) EG-Primärrecht	548
b) EG-Vergaberichtlinien	549
c) Völkerrecht	550
3. Nationales Recht	550
a) Verfassungsrecht	550
b) Einfaches Recht	552
4. Insbesondere: Die Tariftreueerklärungen	553
B. Rechtspolitische Bewertung	555
I. Rechtlicher Rahmen	555
II. Politische Entscheidung	556
Literaturverzeichnis	558
Sachwortverzeichnis	582