

Der Open-Access-Publikationsserver der ZBW – Leibniz-Informationzentrum Wirtschaft  
*The Open Access Publication Server of the ZBW – Leibniz Information Centre for Economics*

Krämer, Hans R.

**Working Paper**

## Nichttarifäre Handelsschranken im öffentlichen Auftragswesen der Bundesrepublik Deutschland

Kiel Working Papers, No. 15

**Provided in cooperation with:**

Institut für Weltwirtschaft (IfW)

Suggested citation: Krämer, Hans R. (1974) : Nichttarifäre Handelsschranken im öffentlichen Auftragswesen der Bundesrepublik Deutschland, Kiel Working Papers, No. 15, <http://hdl.handle.net/10419/47172>

**Nutzungsbedingungen:**

Die ZBW räumt Ihnen als Nutzerin/Nutzer das unentgeltliche, räumlich unbeschränkte und zeitlich auf die Dauer des Schutzrechts beschränkte einfache Recht ein, das ausgewählte Werk im Rahmen der unter

→ <http://www.econstor.eu/dspace/Nutzungsbedingungen> nachzulesenden vollständigen Nutzungsbedingungen zu vervielfältigen, mit denen die Nutzerin/der Nutzer sich durch die erste Nutzung einverstanden erklärt.

**Terms of use:**

*The ZBW grants you, the user, the non-exclusive right to use the selected work free of charge, territorially unrestricted and within the time limit of the term of the property rights according to the terms specified at*

→ <http://www.econstor.eu/dspace/Nutzungsbedingungen>  
*By the first use of the selected work the user agrees and declares to comply with these terms of use.*

# Kieler Arbeitspapiere Kiel Working Papers

Arbeitspapier Nr. 15

Nichttarifäre Handelsschranken im öffentlichen  
Auftragswesen der Bundesrepublik Deutschland

von

Hans R. Krämer

Institut für Weltwirtschaft an der Universität Kiel

Institut für Weltwirtschaft Kiel

Abteilung I

2300 Kiel, Düsternbrooker Weg 120

Arbeitspapier Nr. 15

Nichttarifäre Handelsschranken im öffentlichen  
Auftragswesen der Bundesrepublik Deutschland

von

Hans R. Krämer

März 1974

A 91-114 74  
Weltwirtschaft  
Kiel

Mit den Kieler Arbeitspapieren werden Manuskripte, die aus der Arbeit des Instituts für Weltwirtschaft hervorgegangen sind, von den Verfassern möglichen Interessenten in einer vorläufigen Fassung zugänglich gemacht. Für Inhalt und Verteilung ist der Autor verantwortlich. Es wird gebeten, sich mit Anregungen und Kritik direkt an ihn zu wenden und etwaige Zitate aus seiner Arbeit vorher mit ihm abzustimmen

1. Im Zuge der Vergabe öffentlicher Aufträge können Hemmnisse für den internationalen Handel dann eintreten, wenn einheimische Anbieter bevorzugt werden. Sind nämlich leistungsfähigere ausländische Lieferanten vorhanden und bereit, zu einem günstigeren Preis gleichwertige Produkte (bzw. andere Leistungen) zu liefern, dann wird infolge der bevorzugten Heranziehung heimischer Anbieter ein vorteilhaftes internationales Geschäft verhindert. Zwar wird nicht wie im Falle der mengenmäßigen Beschränkungen der Import ausländischer Erzeugnisse ausdrücklich, direkt und in bestimmter Höhe begrenzt. Das Verhalten des öffentlichen Auftraggebers wirkt sich aber indirekt als Einfuhrbeschränkung aus.

2. Als öffentliche Auftraggeber werden üblicherweise der Staat und die Gebietskörperschaften (in der Bundesrepublik also die Länder, Kreise und Gemeinden) sowie die Körperschaften, Anstalten, Stiftungen und Verbände öffentlichen Rechts angesehen<sup>1</sup>. Dazu gehören auch so gewichtige Nachfrager wie die Bundesbahn und die Bundespost, so daß sich ein sehr beachtliches Auftragsvolumen ergibt:

---

<sup>1</sup> Vgl. die Richtlinie der Kommission der Europäischen Gemeinschaften Nr. 70/32/EWG vom 17. Dezember 1969 über Lieferungen von Waren an den Staat, seine Gebietskörperschaften und die sonstigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts (Amtsblatt Nr. L. 13, S. 1).

Volumen der öffentlichen Aufträge (Bund, Länder, Gemeinden, Bundesbahn, Bundespost) von 1966 bis 1970 (1000 DM)

Jahr	Insgesamt <sup>a</sup>	Bauleistungen <sup>a</sup>	Andere Lieferungen <sup>a</sup>
1966	36 003	21 271	14 732
+ Post	3 132	424	2 708
+ Bahn	2 530	1 424	1 106
	41 665	23 119	18 546
1967	37 474	20 128	17 346
+ Post	3 271	475	2 796
+ Bahn	2 806	1 560	1 246
	43 551	22 163	21 388
1968	40 399	18 241	22 158
+ Post	3 861	508	3 353
+ Bahn	2 586	1 265	1 321
	46 846	20 014	26 832
1969 <sup>b</sup>			
Bund	25 642	13 939	11 703
Länder	8 194	3 728	4 466
Post	4 775	644	4 111
Bahn	2 890	1 499	1 391
1970			
+ Post	50 605	23 220	27 385
	6 094	956	5 138

<sup>a</sup> Die Zahlen für die Bundespost und die Bundesbahn sowie alle Zahlen für 1968 sind Ist-Zahlen. Die übrigen Zahlen sind aus den Haushaltsplänen entnommene Soll-Zahlen. - <sup>b</sup> Für 1969 liegen wegen der Umstellung der Haushaltssystematik keine Zahlen für die Gemeinden vor.

Quelle: Haushaltspläne und Einzelmeldungen des Bundesverkehrsministeriums und des Bundesministeriums für das Post- und Fernmeldewesen.

3. Ob ein solches Auftragsvolumen von rund 60 Mrd. DM vorwiegend inländischen Anbietern vorbehalten bleibt oder ob auch Ausländer zum Zuge kommen, ist naturgemäß von erheblicher Bedeutung für den internationalen Handel. Diskriminierungen, die bewirken, daß auslän-

dische Lieferanten trotz günstigeren Angebots keinen Auftrag erhalten, führen zu einer entsprechenden Verminderung der möglichen Einfuhren. Dabei können solche Diskriminierungen offen oder versteckt vorgenommen werden. Im ersten Fall sehen die Regeln, die für Aufträge der öffentlichen Stellen gelten, vor, daß entweder immer oder bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen heimische Anbieter den Vorrang vor ausländischen haben sollen. Die heimischen Anbieter können aber auch stillschweigend durch eine entsprechende Praxis der Vergabebeamten bevorzugt werden.

#### Die Bevorzugung heimischer Lieferanten in der Bundesrepublik Deutschland und ihre rechtlichen Grundlagen

4. Das bekannteste Beispiel für eine ausdrückliche Bevorzugung heimischer Anbieter ist der "Buy-American-Act", durch welchen den US-Produzenten bei der Vergabe öffentlicher Aufträge innerhalb bestimmter Grenzen ein Vorrang vor ihren ausländischen Konkurrenten eingeräumt wird<sup>1</sup>. Solche generellen Bestimmungen zugunsten der heimischen Erzeuger hat es früher auch in der Bundesrepublik Deutschland gegeben. Nach der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL) dürfen dann, wenn geeignete Erzeugnisse im Inland zu angemessenen Preisen hergestellt

<sup>1</sup> Der Buy-American-Act von 1933 (41 U. S. C. 10a to 10d) schreibt der Regierung vor, nur US-Erzeugnisse zu kaufen, falls das nicht dem öffentlichen Interesse widerspricht und der Preis der amerikanischen Produkte nicht übermäßig hoch (unreasonable) ist. Wann ein Preis "unreasonable" ist, wird durch die Executive Order 10 582 (19 F. R. 8723) näher beschrieben: Grundsätzlich dann, wenn er um mehr als 6 vH über dem Preis vergleichbarer ausländischer Erzeugnisse liegt.

Kleinere inländische Bieter und solche in notleidenden Gebieten (small business concerns and concerns in labour surplus areas) erhalten eine höhere Präferenz. Ihr Angebot kann 12 vH teurer sein als ausländische Angebote.

Bei Einkäufen des Verteidigungsministeriums haben die US-Erzeugnisse sogar eine Präferenz von 50 vH. Dasselbe gilt für Waren, die in Übersee verwendet werden sollen.

werden, keine ausländischen Produkte eingekauft werden<sup>1</sup>. Ebenso soll bei Bauleistungen nach der VOB<sup>2</sup> nicht die Verwendung von Stoffen und Bauteilen ausländischen Ursprungs gefordert werden, wenn geeignete einheimische Stoffe zu angemessenen Bedingungen vorhanden sind.

5. Diese Grundsätze sind aber bereits im Jahre 1954, als sich die Devisenlage der Bundesrepublik günstig entwickelt hatte, abgeschwächt worden. In einem Erlaß des Bundesministers der Finanzen vom 20. Mai 1954<sup>3</sup> heißt es, daß fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige ausländische Bewerber berücksichtigt werden können, wenn deutsche Erzeugnisse in dem entsprechenden Land genauso behandelt werden (d. h. der Grundsatz der Gegenseitigkeit gewahrt ist).

6. Auch der Grundsatz der Gegenseitigkeit wurde inzwischen fallengelassen. Am 29. April 1960 erging ein gemeinsamer Erlaß des Bundesministers für wirtschaftlichen Besitz des Bundes, des Bundesministers für Wirtschaft und des Auswärtigen Amtes, wonach die genannten Bestimmungen der Verdingungsordnungen im Einklang mit der allgemeinen wirtschaftlichen Entwicklung, insbesondere der fortschreitenden Integration im Rahmen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft anzuwenden sind<sup>4</sup>:

---

<sup>1</sup> VOL, Teil A, § 10, Abs. 4, Satz 2.

<sup>2</sup> Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB), Teil A, § 8, Abs. 1. Satz 1: "Bei öffentlicher Ausschreibung sind die Unterlagen an alle inländischen Bewerber abzugeben ..." (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>3</sup> IID-O 660-25/54. Ministerialblatt des Bundesministers für Wirtschaft (BWMBI), Nr. 12 vom 30. Juni 1954, S. 240.

<sup>4</sup> Erlaß über das Verdingungswesen. Berücksichtigung ausländischer Bewerber und ausländischer Erzeugnisse. Vom 29. April 1960 (BWMBI 1960, S. 269).

" ...

1. Die deutsche Wirtschaftslage läßt den Bezug ausländischer Erzeugnisse und die Berücksichtigung ausländischer Bewerber im Hinblick auf die zunehmende Liberalisierung insbesondere des europäischen Wirtschaftsverkehrs handels- und konjunkturpolitisch erwünscht erscheinen.
2. Die Vor- und Nachteile aus der Verwendung ausländischer Erzeugnisse oder der Beauftragung ausländischer Bewerber auf die inländische Beschäftigungslage dürfen nicht vom Standpunkt des einzelnen, unmittelbar betroffenen Wirtschaftszweiges beurteilt werden. Bei einzelnen Wirtschaftszweigen, bei denen besondere Verhältnisse gegeben sind (z. B. Bergbau), kann ein Schutzbedürfnis volkswirtschaftlich begründet sein; ...
3. Der Grundsatz der Gegenseitigkeit bei der Erteilung öffentlicher Aufträge an ausländische Bewerber, wie er im Rundschreiben des Bundesministers der Finanzen vom 20. Mai 1954 (II D - 0 6060 - 25/54) festgelegt worden war, wird bis auf weiteres nicht mehr angewendet .....

Gibt es somit - wenigstens zur Zeit - in der Bundesrepublik auch keine ausdrückliche allgemeine Bevorzugung heimischer Produzenten im Sinne eines Buy-National-Aktes mehr, so bestehen doch Regelungen zugunsten bestimmter Gruppen von Lieferanten.

Die ausdrückliche Bevorzugung bestimmter Gruppen von deutschen Anbietern

7. Bestimmungen, durch welche bestimmte Anbieter bei der Vergabe öffentlicher Aufträge ausdrücklich bevorzugt werden, hat die Bundesregierung aus regionalpolitischen und aus sozial- bzw. gesellschaftspolitischen Gründen erlassen. Aus dem erstgenannten Motiv heraus sind die "Richtlinien für die bevorzugte Berücksichtigung von Personen und Unternehmen aus dem Zonenrandgebiet<sup>1</sup> und Berlin (West) bei der Ver-

---

<sup>1</sup> Das Zonenrandgebiet ist in der Anlage zu den Richtlinien durch Aufzählung der betroffenen Stadt- und Landkreise in Schleswig-Holstein, Niedersachsen, Hessen und Bayern (von Flensburg bis Passau) definiert.

gabe öffentlicher Aufträge"<sup>1</sup> ergangen. Das zweite Motiv war maßgebend für den Erlass der "Richtlinien für die Berücksichtigung bevorzugter Bewerber bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Vertriebene, Sowjetzonenflüchtlinge, Verfolgte, Evakuierte, Schwerbeschädigte) vom 24. Februar 1969"<sup>2</sup>. Durch diese Richtlinien wurden frühere Einzelregelungen zugunsten von Vertriebenen und Flüchtlingen<sup>3</sup>, Verfolgten<sup>4</sup>, Evakuierten<sup>5</sup> und Schwerbeschädigten<sup>6</sup> zusammengefaßt und ersetzt.

8. Der Inhalt der Bevorzugung, die Bewerbern aus dem Zonenrandgebiet und Westberlin zuteil wird, ergibt sich aus § 3 der Richtlinien vom 19. Juli 1968:

"(1) Bei beschränkten Ausschreibungen oder freihändigen Vergaben sind regelmäßig Bewerber aus dem Zonenrandgebiet und aus Berlin (West) in angemessenem Umfang zur Angebotsabgabe mit aufzufordern.

(2) Die Landesauftragsstellen (Auftragsberatungsstellen) können den Vergabestellen Bewerber aus dem Zonenrandgebiet oder aus Berlin (West) benennen.

(3) Sofern das Angebot eines Bewerbers aus dem Zonenrandgebiet oder aus Berlin (West) ebenso wirtschaftlich (VOL) oder ebenso annehmbar (VOB) ist wie das eines anderen Bieters, soll ihm der Zuschlag erteilt werden. Ein Bewerber aus dem Zonenrandgebiet oder aus Berlin (West), der gleichzeitig auch Bevorzugungsmerkmale nach anderen Richtlinien erfüllt, geht einem bevorzugten Bewerber vor, der nur ein Bevorzugungsmerkmal in Anspruch nehmen kann.

---

<sup>1</sup> Richtlinien vom 19. Juli 1968 (Bundesanzeiger Nr. 138 vom 27. Juli 1968). Dadurch wurden die früheren, im Kabinettsbeschuß vom 31. März 1954 (Bundesanzeiger Nr. 68 vom 7. April 1954) enthaltenen Regeln ersetzt.

<sup>2</sup> Bundesanzeiger Nr. 42 vom 1. März 1969.

<sup>3</sup> Bundesanzeiger Nr. 68 vom 3. April 1954.

<sup>4</sup> Bundesanzeiger Nr. 199 vom 16. Oktober 1957.

<sup>5</sup> Bundesanzeiger Nr. 215 vom 7. November 1958.

<sup>6</sup> Bundesanzeiger Nr. 233 vom 5. Dezember 1961.

(4) Liegt das Angebot eines Bewerbers aus dem Zonenrandgebiet oder aus Berlin (West) nur geringfügig über dem wirtschaftlichsten oder annehmbarsten Angebot, so soll ihm auch in diesem Fall der Zuschlag erteilt werden. Als geringfügige Überschreitung des wirtschaftlichsten bzw. annehmbarsten Angebots gelten folgende Mehrpreise:

Bei Angeboten	-	5 000 DM	6 vH
f. d. Betrag über 5 000 DM	-	10 000 DM	5 vH
f. d. Betrag über 10 000 DM	-	50 000 DM	4 vH
f. d. Betrag über 50 000 DM	-	100 000 DM	3 vH
f. d. Betrag über 100 000 DM	-	500 000 DM	2 vH
f. d. Betrag über 500 000 DM	-	1 000 000 DM	1 vH
f. d. Betrag über 1 000 000 DM	-		0,5 vH

Der jeweils zulässige Mehrpreis ist, beginnend mit dem Satz von 6 vH, entsprechend der Angebotssumme stufenweise zu berechnen und zusammenzuzählen.

(5) Wird entgegen den Vorschriften der Absätze 1, 3 und 4 ein Bewerber nicht berücksichtigt, so sind die Gründe aktenkundig zu machen".

Außerdem haben Bewerber aus den notleidenden Gebieten unter Umständen die Möglichkeit, in das wirtschaftlichste Gebot eines anderen Bewerbers einzutreten<sup>1</sup>.

9. Die Vorteile, welche Vertriebenen, Flüchtlingen, Verfolgten, Evakuierten und Schwerbeschädigten eingeräumt werden, haben weitgehend den gleichen Inhalt<sup>2</sup>. Diese Personen haben aber nicht das erwähnte Eintrittsrecht in das wirtschaftlichste Gebot eines anderen Bewerbers.

Außerdem ist die Präferenz, die ihnen gewährt wird, etwas geringer.

Sie beträgt bei Angeboten	bis	5 000 DM	5 vH
für den Betrag über 5 000 DM	"	10 000 DM	4 vH
für den Betrag über 10 000 DM	"	50 000 DM	3 vH
für den Betrag über 50 000 DM	"	100 000 DM	2 vH
für den Betrag über 100 000 DM	"	500 000 DM	1 vH
für den Betrag über 500 000 DM			0,5 vH

<sup>1</sup> § 4 der Richtlinien.

<sup>2</sup> § 6 der Richtlinien vom 24. Februar 1969.

10. Betrachtet man die Bevorzugung dieser verschiedenen Gruppen von Bewerbern unter dem Blickwinkel, ob sie als nicht-tarifäre Handelshemmnisse anzusehen ist, dann steht jedenfalls fest, daß es sich dabei um keine nur gegen ausländische Anbieter gerichtete Diskriminierung handelt. Sie richtet sich ebenso gegen Deutsche, die den genannten Gruppen nicht angehören. Man kann also nicht - etwa im Sinne des EWG-Vertrags<sup>1</sup> - von einer Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit sprechen. Vielmehr liegt im Falle der notleidenden Gebiete eine auch innerhalb der Bundesrepublik wirksame regionalpolitische Maßnahme, in den anderen Fällen liegen sozial- oder gesellschaftspolitische Maßnahmen vor.

11. Die besondere Förderung bestimmter Gebiete auch im Rahmen der Vergabe öffentlicher Aufträge ist nun eine Erscheinung, die keineswegs auf die Bundesrepublik beschränkt ist, sondern in allen Ländern zu beobachten ist<sup>2</sup>. Sie wird allgemein als berechtigte Aufgabe des Staates anerkannt, gelegentlich gibt es sogar eine internationale Zusammenarbeit zur gemeinsamen Hebung des Lebensstandards in notleidenden Gebieten. Das gilt insbesondere für die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, die unter ihren Zielen auch das nennt, "den Abstand zwischen einzelnen Gebieten und den Rückstand weniger begünstigter Gebiete [zu] verringern"<sup>3</sup> und außerdem die Gewährung von Beihilfen zur Entwicklung solcher Gebiete anerkennt<sup>4</sup>. Dabei werden die notleidenden Gebiete in der Bundesrepublik, nämlich die durch die Teilung Deutschlands betroffenen Gebiete, ausdrücklich genannt und Beihilfen für zulässig erklärt, die "zum Ausgleich der durch die Teilung verursachten wirtschaftlichen Nachteile erforderlich sind"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Art. 7, Abs. 1 verbietet "unbeschadet besonderer Bestimmungen dieses Vertrages in seinem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit".

<sup>2</sup> Vgl. die Länderberichte in OECD: Government Purchasing in Europe, North American and Japan. Regulations and Procedures. Paris 1966.

<sup>3</sup> Präambel zum EWG-Vertrag.

<sup>4</sup> Art. 92, Abs. 3 EWG-Vertrag.

<sup>5</sup> Art. 92, Abs. 2, Buchst. c EWG-Vertrag.

12. Nun kann die wirtschaftliche Wirkung einer Präferenz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge durchaus mit der Gewährung einer Beihilfe verglichen werden, die zum Ausgleich von Kosten in entsprechender Höhe dienen kann. Ist die Gewährung einer Beihilfe zulässig, so kann gegen eine Bevorzugung, die sich ähnlich auswirkt, kaum etwas eingewandt werden. Zudem hat sich zumindest im internationalen Bereich - auf den es hier allein ankommt - die Auffassung durchgesetzt, daß die bevorzugte Öffnung von Märkten die Entwicklungsanstrengungen mehr fördern kann als die finanzielle Unterstützung. Man denke an die auf dem Grundsatz "Trade not aid" basierende Gewährung von Zollpräferenzen für Entwicklungsländer.

Mithin sind die Vorteile, die den notleidenden Gebieten bei der Vergabe öffentlicher Aufträge eingeräumt werden, hinreichend gerechtfertigt, obwohl sie auch eine Bevorzugung gegenüber ausländischen Anbietern darstellen und sich deshalb einfuhrmindernd auswirken können. Auch wenn sie der Sache nach zu den Maßnahmen zählen, die den internationalen Handel verzerren (gegenüber einem Zustand ohne jegliche staatliche Intervention), ist ihre Abschaffung nicht wünschenswert. Zudem handelt es sich um keine bedenklichen Größenordnungen, denn durchschnittlich werden nur etwas mehr als 5 vH des Auftragsvolumens an Bewerber aus den notleidenden Gebieten vergeben.

14. Von der Größenordnung her fallen die öffentlichen Aufträge an diejenigen Bevölkerungsgruppen, die aus sozial- oder gesellschaftspolitischen Gründen bevorzugt werden, noch viel weniger ins Gewicht. Die Begünstigung der Vertriebenen und Flüchtlinge schlägt sich nur in annähernd 1 vH des Auftragsvolumens nieder, die anderen bevorzugten Gruppen erreichen zusammen nicht einmal 0,1 vH des Auftragsvolumens. Da außerdem die Gründe, die dazu geführt haben, daß diesen Gruppen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge Vorteile eingeräumt werden, aus der deutschen Situation heraus gerechtfertigt sind, bestehen gegen die

Beibehaltung dieser Vorteile keine Bedenken, zumal sie sich - ebenso wie diejenigen zugunsten notleidender Gebiete - nur nebenbei auch auf den internationalen Handel auswirken.

#### Die stillschweigende Bevorzugung heimischer Arbeiter

14. Während die bisher genannten Präferenzen zugunsten bestimmter Gruppen deutscher Anbieter auf Gesetz oder Richtlinie bzw. Erlaß der Bundesregierung oder einzelner Ministerien beruhen, fehlt es bei der stillschweigenden Bevorzugung heimischer Bewerber an einer solchen Rechtsgrundlage. Sie besteht vielmehr in einer entsprechenden Verwaltungspraxis, die sich allerdings zur Begründung auf einzelne Vorschriften stützen kann. Solche Vorschriften finden sich in den Verdingungsordnungen für Leistungen (VOL) und für Bauleistungen (VOB).

15. Die Verdingungsordnungen sind weder Gesetze noch Verordnungen, sondern verwaltungsinterne Erlasse<sup>1</sup>, nach denen sich die Behörden innerdienstlich zu richten haben. Auch als "Dienstvorschriften" sind die Verdingungsordnungen aber für die Beschaffungsbeamten verbindlich, und zwar die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) soweit es sich um Bauarbeiten handelt und die Verdingungsordnung für Leistungen (VOL) für alle übrigen Lieferungen und Leistungen<sup>2</sup>.

Beide Verdingungsordnungen gliedern sich in die Teile A und B; die VOB enthält zusätzlich noch einen Teil C hinsichtlich der "allgemeinen

---

<sup>1</sup> Zu den Einzelheiten vgl. die Vorbemerkung zu Daub - Meierrose - Müller, Kommentar zur VOL, Düsseldorf 1960, und die allgemeine Einleitung von Ingenstau - Korbion, VOB, Teil A und B, Kommentar, Düsseldorf 1960.

<sup>2</sup> Das gilt genau genommen nur dort, wo sie durch vorgesetzte Dienststellen eingeführt worden sind, also auf Grund der Erlasse von Bundes- oder Landesministerien im Bund und in den Ländern. Wegen der Garantie der Selbstverwaltung (Art. 28 GG) müssen die Verdingungsordnungen von den Gemeinden selbst für ihren Bereich in Kraft gesetzt werden.

technischen Vorschriften für Bauleistungen". Die Teile A befassen sich mit den Regeln für die Auftragsvergabe, während die Teile B die Durchführung der Aufträge zum Gegenstand haben und zum Inhalt der Verträge zwischen der Dienststelle und dem Lieferanten zu machen sind.

Aus dieser Zweckbestimmung ergibt sich, daß vor allem die Teile A Gelegenheit zu einer Diskriminierung ausländischer Arbeiter geben können. Die Regeln der Teile B dagegen (über die Abwicklung und Beendigung der Verträge) werden kaum **beschwerlicher** für die Ausländer als für die Deutschen sein und können auch nicht so ausgelegt werden, daß sie Deutsche gegenüber Ausländern begünstigen.

16. Die Möglichkeiten, deutsche Bewerber bei der Anwendung von Teil A der Verdingungsordnungen zu bevorzugen, beginnen bereits mit der Wahl des Vergabeverfahrens. Sie bestehen danach bei der Art der Bekanntmachung von Ausschreibungen, bei den Ausschreibungsbedingungen, bei der Auswahl der geeigneten Bewerber und bei der Erteilung des Zuschlags.

Als Vergabeverfahren kommen sowohl nach der VOB als auch nach der VOL in Betracht:

- die öffentliche Ausschreibung,
- die beschränkte Ausschreibung und
- die freihändige Vergabe.

17. Von diesen Verfahren ist die öffentliche Ausschreibung die Regel, jedenfalls nach dem Wortlaut der Verdingungsordnungen<sup>1</sup>:

"Öffentliche Ausschreibung - öffentliche Aufforderung einer unbeschränkten Zahl von Unternehmern zur Einreichung von Angeboten unter Beachtung des vorgeschriebenen Verfahrens - soll stattfinden, wenn nicht die Eigenart der Leistungen oder besondere Umstände eine Abweichung rechtfertigen."

<sup>1</sup> § 3, Abs. 1 VOL, ähnlich § 3, Abs. 2 VOB.

Dennoch besteht eine Tendenz zur freihändigen Vergabe, wie sie etwa in der Feststellung des früheren Bundesministers für Wirtschaft deutlich wird: "Es mehren sich die Fälle, in denen Beschaffungsreferenten dazu übergehen, die öffentliche, aber auch die beschränkte Ausschreibung möglichst zu vermeiden."<sup>1</sup> Nach der "Note über das öffentliche Auftragswesen in der Bundesrepublik Deutschland", die von der EWG-Kommission erarbeitet wurde<sup>2</sup>, hat sich 1957 bei Bauleistungen ein zahlenmäßiges Verhältnis von 12,1 vH für öffentliche und 87,9 vH für beschränkte Ausschreibungen ergeben. Das wertmäßige Verhältnis fiel etwas stärker zugunsten der öffentlichen Ausschreibung aus: 38,8 vH öffentliche Ausschreibungen gegen 61,2 vH beschränkte Ausschreibungen<sup>3</sup>. Bei den übrigen Leistungen, d. h. den Gegenständen der VOL, kam die öffentliche Ausschreibung "fast nicht vor; hier findet auch die freihändige Vergabe (jedoch möglichst unter Einholung mehrerer Konkurrenzangebote) statt."<sup>4</sup>

18. Hierbei handelt es sich allerdings um ältere Beobachtungen. Immerhin sind die Gründe, welche die Behörden zu freihändiger Vergabe veranlassen können, in der Zwischenzeit wohl nicht seltener geworden. In der VOL sind folgende genannt<sup>5</sup>:

"Die freihändige Vergebung - Übertragungen einer Leistung nach freiem Ermessen des Auftraggebers ohne förmliche Ausschreibung - kann angewandt werden:

- a) bei Leistungen, für die nur bestimmte Ausführungsarten in Betracht kommen oder nur bestimmte Unternehmer vorhanden sind;
- b) bei von Syndikaten bewirtschafteten oder monopolartigen Leistungen wenn nicht außerhalb der Syndikate oder Monopole stehende Unternehmer vorhanden sind;

---

<sup>1</sup> BWMBI 1953, S. 216.

<sup>2</sup> EWG, Kommission, Generaldirektion für Wettbewerb, Note vom 15. Oktober 1960 - IV/2735/1/60 - D.

<sup>3</sup> Ebenda, S. 9.

<sup>4</sup> Ebenda.

<sup>5</sup> § 3, Abs. 3 VOL, ähnlich § 3, Abs. 4 VOB.

- c) bei gewissen Börsenwaren;
- d) bei Leistungen, die unter Patent- oder Musterschutz stehen, wenn nicht noch andere Lieferungsberechtigte bekannt sind;
- e) bei Leistungen, die besondere Kunstfertigkeit, Erfahrung oder Geheimhaltung erfordern;
- f) bei besonderer Dringlichkeit;
- g) wenn die Leistungen nach Art und Umfang vor der Vergebung nicht so genau und eindeutig festgelegt werden können, daß die Angebote genügend vergleichsfähig sind;
- h) bei geringfügigen Nachbestellungen im Anschluß an einen bestehenden Vertrag, wenn kein höherer Preis als für die Hauptleistungen gefordert wird und von einer erneuten Ausschreibung kein günstigerer Preis zu erwarten ist;
- i) wenn Leistungen von Reichs-, Staats- oder Gemeindebehörden oder von Gefangenenanstalten, Anstalten sozialer Art u. dergl. ausgeführt werden sollen;
- k) wenn nach Aufhebung einer öffentlichen oder beschränkten Ausschreibung eine Wiederholung dieser Vergebungsarten nicht angebracht erscheint;
- l) wenn es sich um eine vorteilhafte Gelegenheit handelt;
- m) wenn sie durch Ausführungsbestimmungen bis zu einem bestimmten Höchstwert ausdrücklich zugelassen ist;
- n) wenn Ersatzteile oder Zubehörstücke zu Maschinen, Geräten usw. vom Lieferer der Hauptteile beschafft und diese Stücke in brauchbarer Ausführung von anderen Lieferanten nicht oder nicht billiger bezogen werden können".

Von diesen Gründen sprechen fast alle für eine Erteilung des Auftrags an heimische Unternehmer, abgesehen von den (selteneren) Fällen, in denen die besondere Ausführung nur von bestimmten ausländischen Anbietern geleistet werden kann oder in denen ein ausländisches Unternehmen im Besitz der fraglichen Patente ist. Bei der freihändigen Vergabe besteht somit eine große Wahrscheinlichkeit dafür, daß inländische (häufig sogar örtliche) Bewerber<sup>1</sup> bevorzugt werden. Ähnliches gilt - wenn auch abgeschwächt - für die

---

<sup>1</sup> Vgl. den Hinweis des Bundeswirtschaftsministers "auf die ständig wachsende Gefahr . . . , die aus einem regional zu eng begrenzten Wettbewerb erwächst" (BWMBI 1953, S. 216).

beschränkte Ausschreibung, bei der nur besonders qualifizierte Bewerber zur Einreichung von Angeboten aufgefordert werden<sup>1</sup>.

19. Sollen auch ausländische Bewerber herangezogen werden, dann ist demnach in der Regel die öffentliche Ausschreibung das geeignetste Verfahren, und die in der Bundesrepublik (und anderen Ländern) vorherrschende Praxis, die freihändige Vergabe oder die beschränkte

---

<sup>1</sup> "Beschränkte Ausschreibung soll stattfinden, wenn Art und Umfang der Leistung besondere Zuverlässigkeit, Leistungsfähigkeit oder Fachkunde des Bewerbers erfordern und eine ausreichende Zahl leistungsfähiger Unternehmer vorhanden ist." (§ 3, Abs. 2 VOL). Ausführlicher § 3, Abs. 3 VOB: "Beschränkte Ausschreibung soll stattfinden,

- a) wenn die Leistung nach ihrer Eigenart nur von einem beschränkten Kreis von Unternehmern in geeigneter Weise ausgeführt werden kann, besonders, wenn außergewöhnliche Zuverlässigkeit oder Leistungsfähigkeit (z. B. Erfahrung, technische Einrichtungen oder fachkundige Arbeitskräfte) erforderlich ist;
- b) wenn die öffentliche Ausschreibung für den Auftraggeber oder die Bewerber einen Aufwand verursachen würde, der zu dem erreichbaren Vorteil oder dem Wert der Leistung im Mißverhältnis stehen würde;
- c) wenn eine öffentliche Ausschreibung kein annehmbares Ergebnis gehabt hat;
- d) wenn die öffentliche Ausschreibung aus anderen Gründen (z. B. Dringlichkeit, Geheimhaltung) unzweckmäßig ist."

Ausschreibung zu wählen<sup>1</sup>, benachteiligt also ausländische Anbieter. Dem ist aber in einer Vielzahl von Fällen schwerlich abzuhelfen, wie die in den Verdingungsordnungen aufgezählten Gründe für die freihändige Vergabe oder beschränkte Ausschreibung zeigen.

- 
- <sup>1</sup> Es muß betont werden, daß es sich hier um keine Eigenheit der BRD handelt. Vgl. die Berichte der EWG-Kommission über das öffentliche Auftragswesen in den Mitgliedstaaten in der Note vom 15. Oktober 1960 - IV/2735/1/60 - D. Zur Lage in den Vereinigten Staaten vgl. die folgende Liste:
- "Purchases and contracts may be negotiated without advertising if:
- 1) determined to be in the public interest during a period of national emergency declared by the President or Congress;
  - 2) the public exigency will not admit of the delay incident to advertising;
  - 3) the amount involved does not exceed \$ 2,500;
  - 4) for personal or professional services;
  - 5) for a service to be rendered by an educational institution;
  - 6) the property or services are to be procured and used outside the limits of the United States and its possessions;
  - 7) for medicines or medical property;
  - 8) for property purchased for authorised resale;
  - 9) for subsistence supplies;
  - 10) for property or services for which it is impracticable to secure competition;
  - 11) for research and development work;
  - 12) for property and services whose nature should not be disclosed (e. g. for security reasons);
  - 13) for technical equipment of a nature that requires standardisation and interchangeability of parts, in situations in which this can be assured only without advertising;
  - 14) bids received after advertising are unreasonable or appear not to have been independently arrived at in open competition;
  - 15) otherwise authorised by law; and, in addition, in the case of Armed Forces procurement:
  - 16) for technical or special property which requires substantial initial investment of an extended period of preparation for manufacture, when advertising might require duplication of investment or preparation already made or would unduly delay procurement.
  - 17) it is determined that it is in the interest of national defence to have a supplier available in case of national emergency; or the interest of industrial mobilisation in case of such emergency or the interest of national defence in maintaining active engineering, research, and development, would otherwise be subserved."

20. Wird die öffentliche Ausschreibung gewählt, dann kann sich schon die Art der Bekanntgabe zum Nachteil von Ausländern auswirken. Ausschreibungen im Bundesausschreibungsblatt, im Bundesanzeiger oder in deutschen Zeitungen sind deutschen Lesern leichter zugänglich als ausländischen. Das liegt aber in der Natur der Sache, und man wird von ausländischen Produzenten, die an deutschen Aufträgen interessiert sind, erwarten können, daß sie sich zumindest aus dem Bundesausschreibungsblatt informieren, das bei den Vertretungen der Bundesrepublik im Ausland und bei den internationalen Handelskammern verfügbar ist<sup>1</sup>.

21. Von den Bedingungen der Ausschreibung kann sich wiederum eine natürlicherweise zum Nachteil von Ausländern auswirken: nämlich die Frist. Das gilt jedenfalls dann, wenn die Frist kurz bemessen ist. Das ist häufig schon deswegen der Fall, weil die der Ausschreibung vorangehenden Entscheidungsverfahren oft sehr lange Zeit brauchen. Hier liegt aber ein Faktor vor, der alle entfernt ansässigen Bewerber (auch inländische) betrifft. Immerhin ist nicht von der Hand zu weisen, daß den Vergabebehörden mit der Bemessung der Frist ein Mittel zur Verfügung steht, das benutzt werden könnte, um (auch) ausländischen Bewerbern die Beteiligung an der Ausschreibung zu erschweren.

Auch andere Ausschreibungsbedingungen können so gestaltet werden, daß sie (auch) ausländische Bewerber ausschließen. So wird bei der Vergabe von Aufträgen gelegentlich die Verwendung bestimmter Werkstoffe oder die Anwendung bestimmter Arbeitsverfahren vorgeschrieben. Dadurch werden "praktisch diejenigen Unternehmen vom Wettbewerb ausgeschlossen, die aus patenturheberrechtlichen oder sonstigen Gründen andere Werkstoffe und Verfahren anwenden, obwohl sie da-

---

<sup>1</sup> "Die Beteiligung ausländischer Bewerber an öffentlichen Ausschreibungen wird durch vom Auswärtigen Amt veranlaßte Verbreitung des Bundesausschreibungsblattes im Ausland gefördert". (Gemeinsamer Erlaß vom 29. April 1960, BWMB1 1960, S. 269, Grundsatz 6).

mit unter Umständen gleichwertige Leistungen erbringen könnten"<sup>1</sup>. Wenn ein solches Vorgehen aber technisch oder wirtschaftlich angebracht ist, dann kann die Verwaltung auch nicht darauf verzichten, denn sie ist zu rentabler Verwendung der Haushaltsmittel und zur Sicherheitsüberwachung verpflichtet. Nur die willkürliche Benutzung derartiger Ausschreibungsbedingungen mit dem Ziel, bestimmte potentielle Bewerber (hier: ausländische) abzuschrecken, kann als diskriminierend angesehen werden.

22. Weitere Möglichkeiten, einheimischen Bewerbern Vorteile einzuräumen, ergeben sich im Auswahlverfahren bis zur Erteilung des Zuschlags. Nach der Eröffnung der Angebote werden zunächst die mit groben Mängeln ausgeschieden, das sind solche, die nicht den Anforderungen der Ausschreibung entsprechen, u. a. auch wegen offensichtlich nicht angemessener Preise. Während in dieser ersten Stufe des Auswahlverfahrens nach objektiven Kriterien vorgegangen werden kann, hängt in der zweiten und dritten Stufe des Verfahrens viel vom Ermessen der Vergabestelle ab. In der zweiten Stufe wird nämlich eine Vorauswahl nach der Eignung der Bieter und ihrer Betriebe getroffen<sup>2</sup>, wobei für ungeeignet befundene ausgeschieden werden. Die dritte Stufe dient dazu, aus den verbleibenden Angeboten das "wirtschaftlichste" herauszufinden.

In der zweiten und dritten Stufe des Auswahlverfahrens können nun Überlegungen und Umstände eine Rolle spielen, die sich ungerechtfertigterweise zum Nachteil ausländischer Bieter auswirken. Daß hier - wie in anderen Phasen des Vergabeverfahrens - nur ungerechtfertigte Benach-

---

<sup>1</sup> Erlaß des Bundesministers für Wirtschaft - IV A 6 - 26974/52 vom 26. August 1952 (BWMBI 1952, S. 221).

<sup>2</sup> "Bei der Auswahl der Angebote, die für den Zuschlag in Betracht kommen, sind nur Bieter zu berücksichtigen, die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen die notwendige Sicherheit bieten. Dazu gehört, daß sie die erforderliche Erfahrung, Sachkenntnis und Leistungsfähigkeit besitzen und über ausreichende technische und wirtschaftliche Mittel verfügen." (§ 25, Abs. 2 VOB. Ähnlich § 24, Abs. 2 VOL).

teiligungen zu betrachten sind, sei hervorgehoben. Wäre es anders, würden also echte Nachteile eines ausländischen Angebots nicht beachtet oder zu gering bewertet, dann läge eine Diskriminierung zum Vorteil ausländischer Anbieter vor. Man kann sich Situationen vorstellen, in denen ein solches Vorgehen (etwa aus zahlungsbilanzpolitischen, konjunkturpolitischen, entwicklungspolitischen Gründen) angebracht erscheint. Die Bevorzugung ausländischer Angebote ist aber nicht gleichbedeutend mit der Beseitigung nichttarifärer Handelshemmnisse, also der Abschaffung oder Verminderung sachlich nicht gerechtfertigter Benachteiligungen.

23. Sachlich nicht gerechtfertigte Benachteiligungen können sich in der zweiten Stufe des Auswahlverfahrens dann ergeben, wenn die Vergabebehörde einen ausländischen Bieter oder seinen Betrieb zur Durchführung des Auftrags unzutreffend für ungeeignet hält. Wenn man bedenkt, daß im Zuge der Prüfung Betrachtungen über die finanzielle Ausstattung und die technische Leistungsfähigkeit des Betriebs angestellt werden, um die ungestörte Durchführung des Auftrags und eventueller Nachfolgeleistungen zu sichern, dann ist anzunehmen, daß diese Prüfung schwerer fällt, wenn es sich um einen fremden Betrieb handelt, und noch mehr, wenn dieser Betrieb im Ausland ansässig ist. Das Risiko, daß sich ein positives Urteil als falsch erweist, erscheint jedenfalls größer als im Falle von bereits bekannten Betrieben. Hält sich unter diesen Umständen der Vergabebeamte lieber an Lieferanten, die jahrelang zuverlässig waren, so ist das zwar zu bedauern, aber es ist verständlich. Es braucht auch keineswegs eine bewußte Benachteiligung des ausländischen Konkurrenten beabsichtigt zu sein, auch wenn das Verhalten im Ergebnis objektiver zu einer Diskriminierung führt<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Diese Art von unbewußter Diskriminierung ist allerdings weniger wahrscheinlich, wenn es sich um bekannte ausländische Großunternehmen handelt.

24. Ähnlich liegen die Dinge in der dritten Stufe des Auswahlverfahrens, in der aus den verbleibenden Angeboten das "wirtschaftlichste" herausgesucht wird. Das gilt weniger hinsichtlich des wichtigsten Kriteriums, nämlich des Preises, denn der Preis ist aus jedem Angebot eindeutig ersichtlich. Es geht aber nicht nur darum, welcher Bieter den niedrigsten Preis genannt hat. Unter dem Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit sind noch eine ganze Reihe anderer Faktoren zu berücksichtigen<sup>1</sup>, von denen einige wiederum bei bekannten Lieferanten auf Grund der Erfahrung leichter zu prüfen sind als bei fremden und von diesen leichter bei inländischen Anbietern als bei ausländischen.

25. Hierzu gehört die Frage nach den Sicherheiten für die ordnungsgemäße Durchführung des Auftrags einschließlich der Gewährleistungsansprüche. Haben sich frühere Lieferanten in dieser Hinsicht zufriedenstellend verhalten, dann kann es als ein zusätzliches Risiko angesehen werden, wenn trotzdem ein unbekannter Bieter den Zuschlag bekommt. Bei ausländischen Bewerbern muß zudem berücksichtigt werden, daß es in der Regel schwieriger sein wird, gegen sie Ansprüche durchzusetzen. Das beruht einmal darauf, daß es sich um eine fremde Rechtsordnung handelt, zum zweiten aber auch darauf, daß ein ausländischer Anbieter weniger Grund hat - mit Rücksicht auf eventuelle spätere Aufträge oder solche von anderen deutschen Dienststellen - Verwaltungsbehörden in der Bundesrepublik nicht zu verärgern.

---

<sup>1</sup> Der Zuschlag soll "auf das Angebot erteilt werden, das unter Berücksichtigung aller technischen und wirtschaftlichen Gesichtspunkte als das annehmbarste erscheint. Der niedrigste Angebotspreis allein ist nicht entscheidend." (§ 25, Abs. 2, Unterabs. 2 VOB. Ähnlich § 24, Abs. 3 VOL).

Diese Überlegungen sind auch anwendbar, wenn es um den Kundendienst, die Wartungsmöglichkeiten und die Ersatzteilbeschaffung geht. Spielt dieser Service bei dem Gegenstand des Auftrags eine wichtige Rolle, dann muß die Vergabestelle schon sehr risikofreudig sein, wenn sie sich gegen einen Bieter mit gekannt effektivem Kundendienst zugunsten eines Ausländers entscheidet, über den sie nur Informationen von dritter Seite besitzt.

26. Weniger problematisch mag die (ebenfalls zu prüfende) Frage der Transportmöglichkeiten oder die nach der Verpackung (evtl. Spezialverpackung) sein. Hier dürfte die Erfahrung mit früheren Aufträgen nicht **sehr** wichtig sein, und es können auch präzise und zuverlässige Angaben verlangt werden, die eine objektive Beurteilung ermöglichen.

27. Schließlich ist noch der Fall von Lieferungen zu erwähnen, die in ein vorhandenes bestimmtes System eingepaßt werden sollen. Hier muß sich ein fremder (ausländischer) Bieter gegen die (verständliche) Vermutung durchsetzen, daß Teile des bisher benutzten Fabrikats am besten geeignet sind, das vorhandene System zu ergänzen. Wird eine solche Lieferung aber überhaupt ausgeschrieben, dann muß die Behörde Interesse an neuen Bietern haben, sonst hätte sie vermutlich die freihändige Vergabe an bisherige Lieferanten gewählt.

28. Insgesamt ergibt sich aus der Betrachtung des Vergabeverfahrens, daß in den einzelnen Phasen eine ganze Reihe von Gelegenheiten besteht, um ausländische Anbieter zu benachteiligen. Man muß zwar berücksichtigen, daß mangels vollständiger Informationen die Vergabestelle vielfach bei der Entscheidung nach pflichtgemäßem Ermessen dem bekannteren Bieter den Zuschlag geben wird, weil damit das geringste Risiko verbunden ist. Dennoch ist es sehr wahrscheinlich, daß die Berufung auf die erwähnten Gründe auch dazu benutzt wird, um nach Möglichkeit heimischen Bietern den Vorrang zu geben.

29. Ein Beweis für ein solches Motiv läßt sich freilich schwerlich führen, wenn etwa nach Ansicht der Vergabestelle die finanzielle oder technische Leistungsfähigkeit eines ausländischen Bieters geringer einzuschätzen ist als die eines heimischen Konkurrenten, wenn nach ihrer Meinung Kundendienst und Ersatzteilbeschaffung vermutlich bei einem Bieter aus dem Inland besser sein werden oder wenn sie hinsichtlich der Einordnung von Leistungen in ein bestehendes System ein inländisches Angebot für vorteilhafter hält. Die Vermutung, daß gelegentlich auf diese Weise stillschweigend zugunsten einheimischer Bieter diskriminiert wird, ist aber sehr nahe-  
liegend. Aufschlußreich ist dabei, daß der frühere Bundeswirtschaftsminister mehrfach Veranlassung hatte, die "bevorzugte Berücksichtigung einheimischer Firmen bei der Vergebung öffentlicher Aufträge"<sup>1</sup> zu beanstanden. Im großen ganzen erhalten die Firmen den Zuschlag aber wohl zu Recht<sup>2</sup>, denn immerhin werden in den weitaus meisten Fällen (nämlich zu 96 vH) die billigsten Angebote herangezogen.

30. Die erwähnten Erlasse des Bundeswirtschaftsministers machen außerdem auf einen Umstand aufmerksam, der für die Beurteilung der Aussichten für die Abschaffung oder Einschränkung nichttarifärer Handelshemmnisse durch die Bundesrepublik Deutschland sehr bedeutsam ist: nämlich auf den föderativen Aufbau der Bundesrepublik. Besonders aufschlußreich ist die Bemerkung: "Wie sehr sich die Situation in Bezug auf eine gesunde Streuung öffentlicher

---

<sup>1</sup> Erlaß des Bundesministers für Wirtschaft - IV/03602/50 - vom 28. September 1950 (BWMBI 1950, S. 217). Vgl. auch die Erlasse - IV A 6 - 26754/52 - und - IV A 6 - 26974/52 - (a. a. O., S. 218 und 221).

<sup>2</sup> Weil sie nicht nur heimisch bzw. bekannt sind, sondern auch preisgünstige Angebote machen.

Aufträge verschlechtert hat, ist daraus zu ersehen, daß in einem Falle der Meinungsverschiedenheit zwischen zwei Landesregierungen über die besondere Berücksichtigung der eingesessenen Unternehmer die eine Landesregierung sich bereits zu Repressalien berechtigt glaubt<sup>1</sup>. Anschließend muß der Minister "mit aller Entschiedenheit bitten", seiner Empfehlung vom 28. September 1950 "Rechnung zu tragen und in dem dort ausgeführten Sinne auf die Beschaffungsstellen der Länder- und Kommunalverwaltungen einzuwirken"<sup>2</sup>. Dabei ist noch nicht einmal erwähnt, daß wegen der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 GG auch die Einwirkungsmöglichkeiten der Länder auf die Gemeindeverwaltungen begrenzt sind.

Die Aktionsfreiheit der Bundesregierung ist aber nicht nur nach innen beschränkt, sondern wegen der Gründung der Europäischen Gemeinschaften sind auch Entscheidungsbefugnisse auf die Gemeinschaften übergegangen. Deshalb muß nun die Situation bezüglich der öffentlichen Aufträge in diesem Rahmen betrachtet werden.

#### Die Situation innerhalb der EWG

31. Im EWG-Vertrag gibt es keine Vorschrift, die sich ausdrücklich auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch Behörden der Mitgliedstaaten bezieht<sup>3</sup>. Das bedeutet aber nicht, daß die Gemeinschaft in dieser Materie nicht tätig werden dürfe. Sie muß ihre Maßnahmen nur - mangels spezieller Vorschriften - auf allgemeine Regeln des

---

<sup>1</sup> Erlaß des Bundesministers für Wirtschaft - IV A 6 - 26754/52 - vom 19. August 1952 (BWMBI 1952, S. 218).

<sup>2</sup> Ebenda.

<sup>3</sup> In Art. 132, Abs. 4 ist zwar von "Ausschreibungen und Lieferungen für Investitionen" die Rede. Dabei handelt es sich aber um Leistungen in den überseeischen Ländern und Hoheitsgebieten, die vom Entwicklungsfonds der Gemeinschaft finanziert werden.

Vertrags stützen und hat das auch getan. Dabei ist zu unterscheiden zwischen Bauleistungen und anderen Leistungen, wie das auch in den deutschen Verdingungsordnungen geschieht.

32. Bauleistungen werden im Vertrag unter der Überschrift "Dienstleistungen" behandelt. Das ergibt sich aus der Definition in Art. 60: "Dienstleistungen im Sinne dieses Vertrages sind Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen."<sup>1</sup>

Ob diese Definition vollständig paßt, könnte deshalb zweifelhaft sein, weil im Zuge von Bauleistungen auch in erheblichen Mengen Waren verbraucht werden. Diese Warenlieferungen müssen aber von den eigentlichen Bauleistungen getrennt werden<sup>2</sup>. Sie können deren Einordnung nicht bestimmen, weil sie neben der Ausführung der Bauten nur Nebenleistungen sind. Dabei ist auch bedeutsam, daß die verarbeiteten Waren aus ganz anderen Ländern (sei es aus dem Mitgliedstaat, der den Auftrag vergibt oder dem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit die Baufirma hat oder aus einem dritten Land) stammen können als die Baufirma.

Daß es sich bei den Bauleistungen im eigentlichen Sinne um Dienstleistungen nach dem EWG-Vertrag handelt, wird zudem durch Abs. 2 des Art. 60 deutlich, in dem es heißt: "Als Dienstleistungen gelten insbesondere: a) gewerbliche Tätigkeiten, b) kaufmännische Tätigkeiten, c) handwerkliche Tätigkeiten, d) freiberufliche Tätigkeiten."

---

<sup>1</sup> Art. 60, Abs. 1 EWG-Vertrag.

<sup>2</sup> Das geschieht auch in der deutschen Verdingungsordnung für Bauleistungen.

Hier handelt es sich hauptsächlich um gewerbliche und handwerkliche Tätigkeiten.

33. Auf Bauleistungen sind demnach die Bestimmungen des Vertrages anwendbar, die sich auf den Dienstleistungsverkehr beziehen<sup>1</sup>, ferner ggf. diejenigen über die Niederlassungsfreiheit<sup>2</sup>. Insbesondere kommt Art. 63 in Betracht, nach welchem die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft zu beseitigen sind. Als erste Etappe des vorgeschriebenen Verfahrens ist in Abs. 1 die Aufstellung eines Allgemeinen Programms vorgesehen. Das daraufhin vom Rat am 18. Dezember 1961 angenommene Programm<sup>3</sup> enthält einen Zeitplan für die Abschaffung von Behinderungen des freien Dienstleistungsverkehrs und des Niederlassungsrechts - darunter auch für Bauleistungen.

Auf Grund dieses Programms hat der Rat zwei Entscheidungen erlassen, die u. b. das Niederlassungsrecht für Bauunternehmen und den freien Verkehr für Bauleistungen vorsehen. Sie befassen sich aber nicht mit öffentlichen Bauaufträgen. Zwar hat die Kommission auch hierfür eine Entscheidung vorbereitet; diese ist aber vom Rat bisher noch nicht angenommen worden<sup>4</sup>.

34. Für die Bauleistungen ist also festzuhalten, daß grundsätzlich die Gemeinschaft die Zuständigkeit besitzt, um auf dem Gebiet der öffentlichen Aufträge Regelungen zu erlassen, aber bisher über die Aufstellung eines Allgemeinen Programms und die Vorlage einer

---

<sup>1</sup> Art. 59 ff. EWG-Vertrag.

<sup>2</sup> Art. 52 ff. EWG-Vertrag.

<sup>3</sup> Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften 1962, S. 36 und 167.

<sup>4</sup> Vgl. Vierter Gesamtbericht über die Tätigkeit der Gemeinschaften, Ziff. 65.

Richtlinie durch die Kommission an den Rat nicht hinausgekommen ist. Demnach sind die Mitgliedstaaten hinsichtlich ihrer nationalen Bestimmungen und Verwaltungspraktiken durch das EWG-Recht noch nicht eingeschränkt. Daran ändert auch das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 7<sup>1</sup> nichts, denn es gibt die erwähnten Spezialbestimmungen, nach welchen bestimmte Verfahren zur Abschaffung der Diskriminierung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge für Bauleistungen vorgeschrieben sind, und diese Spezialbestimmungen gehen vor.

35. Der im vorigen Abschnitt geschilderte Rechtszustand in der Bundesrepublik Deutschland hat also zunächst durch das Bestehen der Europäischen Gemeinschaften keine Änderung erfahren. Daraus folgt auch, daß bei der Vergabe von Bauleistungen die Bieter aus EWG-Ländern (einstweilen noch) keinen Vorrang vor Bietern aus Drittländern eingeräumt bekommen haben.

Anders ist es bei den Leistungen, die keine Bauleistungen sind. Hier ist die Rechtsetzung der Gemeinschaft erheblich vollständiger. Als Ausgangsbasis dienen andere Vorschriften des Vertrages als bei den Bauleistungen. Geht es dort im wesentlichen um Dienstleistungen gemäß Art. 60 des Vertrags, so handelt es sich bei den anderen Gegenständen öffentlicher Aufträge um Warenlieferungen, die unter die EWG-Regeln für den Warenverkehr fallen. Unter diesen Regeln findet sich das Verbot mengenmäßiger Einfuhrbeschränkungen sowie aller "Maßnahmen gleicher Wirkung"<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Art. 7, Abs. 1 EWG-Vertrag: "Unbeschadet besonderer Bestimmungen dieses Vertrages ist in seinem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten". Es sollte vielleicht angemerkt werden, daß dieses Verbot nur zugunsten von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten gilt.

<sup>2</sup> Art. 30 EWG-Vertrag.

36. Daß Diskriminierungen zugunsten einheimischer Lieferanten bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen zu den Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen gehören, ist nie bezweifelt worden. Es braucht deshalb nur auf die Begründung der Kommission zu ihrer Richtlinie vom 17. Dezember 1969 "über die Lieferung von Waren an den Staat, seine Gebietskörperschaften und die sonstigen Personen des öffentlichen Rechts"<sup>1</sup> verwiesen zu werden:

"Einige bei Inkrafttreten des Vertrages bestehende Rechts- und Verwaltungsvorschriften sowie Verwaltungspraktiken schließen ganz oder teilweise die Lieferung von eingeführten Waren an den Staat, seine Gebietskörperschaften und die sonstigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts aus.

Einige bei Inkrafttreten des Vertrages bestehende Rechts- und Verwaltungsvorschriften sowie Verwaltungspraktiken behalten die Lieferungen ganz oder teilweise den inländischen Waren vor oder räumen ihnen einen Vorzug ein, der auch an Bedingungen geknüpft sein kann.

Einige bei Inkrafttreten des Vertrages bestehende Rechts- und Verwaltungsvorschriften sowie Verwaltungspraktiken, die nur für eingeführte Waren gelten, erschweren oder verteuern in anderer Form als der einer Abgabe die Lieferung eingeführter Waren gegenüber der Lieferung inländischer Waren.

Derartige Vorschriften, die Absatzgebiete den inländischen Waren vorbehalten oder die Lieferung eingeführter Waren gegenüber der Lieferung inländischer Waren schwieriger oder kostspieliger gestalten, verhindern Einfuhren, die ohne diese Vorschriften stattfinden könnten, und haben somit die gleiche Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen.

Einige bei Inkrafttreten des Vertrages bestehende Rechts- und Verwaltungsvorschriften sowie Verwaltungspraktiken machen den Lieferanten inländischer und eingeführter Waren die Wahl einer Postanschrift oder die Eröffnung eines Postscheck- oder Bankkontos im Vergabe-Mitgliedstaat zur Pflicht.

Einige bei Inkrafttreten des Vertrages bestehende Rechts- und Verwaltungsvorschriften sowie Verwaltungspraktiken enthalten technische Vorschriften, die ohne Unterschied auf inländische und eingeführte Waren anwendbar sind.

---

<sup>1</sup> Amtsblatt 1970, Nr. L 13, S. 1.

Diese Vorschriften, mögen sie auch unterschiedslos auf inländische und eingeführte Waren anwendbar sein, können einschränkende Wirkungen auf den freien Warenverkehr hervorrufen, die den Rahmen der Eigenwirkungen solcher Maßnahmen überschreiten und somit die gleiche Wirkung haben wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung. "

37. Als Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen sind Diskriminierungen zugunsten einheimischer Lieferanten verboten. Hinsichtlich der Vorschriften und Verwaltungspraktiken, die bei Inkrafttreten des EWG-Vertrags bereits bestanden, hat die Kommission Richtlinien darüber zu erlassen, "nach welchen Verfahren und in welcher Zeitfolge ... [sie] zwischen den Mitgliedstaaten zu beseitigen sind"<sup>1</sup>.

Solche Richtlinien sind inzwischen erlassen, und zwar die bereits erwähnte Richtlinie vom 17. Dezember 1969<sup>2</sup> und eine Richtlinie vom 22. Dezember 1969<sup>3</sup>. Die zweite Richtlinie betrifft jedoch die öffentlichen Aufträge nur mittelbar, denn sie behandelt Vorschriften und Praktiken, welche die Einfuhren allgemein erschweren, unabhängig davon, ob sie für eine Behörde oder für private Abnehmer bestimmt sind. Auf diese Richtlinie braucht deshalb hier nur hingewiesen zu werden.

38. Die Richtlinie vom 17. Dezember 1969 dagegen beschäftigt sich ausschließlich mit den öffentlichen Lieferaufträgen. Sie zählt die Rechtsvorschriften und Praktiken auf, welche ausländische Bieter gegenüber einheimischen benachteiligen. Das geschieht in Art. 3 der Richtlinie nahezu mit den gleichen Worten wie in der einleitenden Begründung, die bereits ausführlich zitiert wurde<sup>4</sup>. Die genannten Vorschriften und Praktiken haben die Mitgliedstaaten gemäß Art. 4 der Richtlinie zu beseitigen. Dabei können sie selbst ent-

---

<sup>1</sup> Art. 33, Abs. 7 EWG-Vertrag.

<sup>2</sup> Amtsblatt 1970, Nr. L 13, S. 1.

<sup>3</sup> Ebenda, S. 29.

<sup>4</sup> Oben, Ziff. 36.

scheiden, welches Verfahren sie anwenden, da Richtlinien nur "hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich"<sup>1</sup> sind.

39. Daß den "innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel"<sup>2</sup> überlassen bleibt, erleichtert es einerseits erheblich, auf nationale Besonderheiten, die in diesem Bereich recht zahlreich sind, Rücksicht zu nehmen. Es führt aber andererseits dazu, daß Veränderungen nur dann eintreten, wenn entsprechende staatliche Vorschriften erlassen werden. Etwaige Benachteiligungen von Ausländern bei der Vergabe von öffentlichen Lieferaufträgen in der Bundesrepublik gelten also weiterhin, soweit sie nach deutschem Recht zulässig sind, bis sie von deutschen Stellen aufgehoben werden. Das trifft selbst dann zu, wenn die Auffassung der Kommission richtig sein sollte, daß die Mitgliedstaaten die Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen zu beseitigen haben, "selbst wenn eine Richtlinie der Kommission sie nicht ausdrücklich hierzu verpflichtete"<sup>3</sup>.

40. Bei diesem Stand der Dinge bemüht sich die Kommission einerseits, die EWG-Länder zur Ausführung der Richtlinie vom 17. Dezember 1969 zu drängen und andererseits darum, durch zusätzliche Maßnahmen die Beseitigung der Diskriminierungen sicherzustellen. Dem ersten Zweck dient die Bestimmung, daß die Mitgliedstaaten der Kommission mitteilen müssen, "welche Maßnahmen sie in Anwendung von Artikel 4 getroffen haben"<sup>4</sup>. Das zweite Ziel soll durch eine Richtlinie des Rates "betreffend die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge" erreicht werden, für welche die Kommission dem Rat einen Vorschlag unterbreitet hat<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Art. 189, Abs. 3 EWG-Vertrag.

<sup>2</sup> Ebenda.

<sup>3</sup> Einleitende Begründung zu der Richtlinie vom 17. Dezember 1969.

<sup>4</sup> Art. 6 der Richtlinie vom 17. Dezember 1969.

<sup>5</sup> Abgedruckt in der Bundestagsdrucksache Nr. VI/2088.

Nach dem Vorschlag ist es erforderlich, daß neben das (in Art. 30 des EWG-Vertrags enthaltene und durch die Richtlinie vom 17. Dezember 1969 ergänzte) Verbot der Benachteiligung von Staatsangehörigen der anderen Mitgliedstaaten "eine Koordinierung der Verfahren auf dem Gebiet der öffentlichen Lieferaufträge tritt, um durch die Einführung gleicher Bedingungen für die Beteiligung an diesen Ausschreibungen in allen Mitgliedstaaten eine übersichtliche Lage zu schaffen, die eine bessere Kontrolle dieses Verbots ermöglicht"<sup>1</sup>. Deshalb enthält der Vorschlag Bestimmungen, die in ihrer Gesamtheit der Sache nach eine EWG-einheitliche Verdingungsordnung für Leistungen bilden.

41. Obwohl es sich nur um einen Vorschlag der Kommission an den Rat handelt und mithin erst die Entscheidung des Rates abgewartet werden muß, ist das Dokument doch so wichtig, daß es wenigstens in den Grundzügen dargestellt werden soll. Es betrifft Aufträge von Dienststellen, die auch nach den in der Bundesrepublik geltenden Regeln als öffentliche Auftraggeber in Betracht kommen: Bund, Länder, Gemeinden, bundesunmittelbare Körperschaften, Anstalten und Stiftungen öffentlichen Rechts<sup>2</sup>, ausgenommen die Verkehrsunternehmen öffentlichen Rechts und Versorgungsbetriebe für Wasser und Energie<sup>3</sup>. Kleinere Aufträge mit einem geschätzten Volumen unter 60 000 Rechnungseinheiten (= US-Dollar) bleiben außer Betracht<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Einleitende Begründung zu dem Richtlinien-Vorschlag.

<sup>2</sup> Art. 1 und Anhang I des Richtlinien-Vorschlags.

<sup>3</sup> Art. 2 des Vorschlags. Die Ausnahme wird damit begründet, daß diese Betriebe in den Mitgliedstaaten teils unter Privatrecht, teils unter öffentliches Recht fallen. Es soll vermieden werden, daß sie je nach Rechtsform unterschiedlichen Regelungen unterliegen (Einleitende Begründung zu dem Vorschlag).

<sup>4</sup> Art. 5 des Vorschlags.

Als Vergabeverfahren sind offene Verfahren und nicht offene Verfahren vorgesehen. Außerdem gibt es die Möglichkeit, unter bestimmten Voraussetzungen keine der beiden Verfahrensarten anzuwenden. Das entspricht der deutschen Dreiteilung: öffentliche Ausschreibung, beschränkte Ausschreibung, freihändige Vergabe.

42. Da es darum geht, Bietern aus allen Mitgliedstaaten gleiche Chancen einzuräumen, ist in dem Vorschlag vorgesehen, daß die Absicht, einen öffentlichen Auftrag zu vergeben, im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften bekanntzumachen ist, und zwar sowohl bei der offenen als auch bei der nicht offenen Vergabe<sup>1</sup>. Soll auf diese Weise der Informationsvorsprung heimischer Bewerber verringert werden, so dient eine weitere Bestimmung dazu, Diskriminierungen mit Hilfe von Beschreibungen technischer Merkmale zu verhindern, "die zur Wirkung haben, daß bestimmte Unternehmen oder bestimmte Waren bevorzugt oder ausgeschlossen werden, sofern diese technischen Merkmale nicht durch den Gegenstand des Auftrags gerechtfertigt sind"<sup>2</sup>. Die Mitgliedstaaten haben derartige Beschreibungen zu untersagen, insbesondere "die Angabe von Marken, Patenten oder Typen und die Angabe eines bestimmten Ursprungs oder einer bestimmten Erzeugung"<sup>3</sup>. Um auch versteckte Benachteiligungen durch zu kurze Fristen zu verhindern, sind Mindestfristen vorgesehen<sup>4</sup>.

43. Die in den drei Stufen des Vergabeverfahrens nach der deutschen Verdingungsordnung für Leistungen beobachteten Diskriminierungsmöglichkeiten sind in dem Kommissionsvorschlag ebenfalls bedacht worden. Dabei ist die erste Stufe des Ausscheidens ungeeigneter Bieter

---

<sup>1</sup> Art. 5 des Vorschlags.

<sup>2</sup> Zu den Einzelheiten vgl. Art. 8 des Vorschlags.

<sup>3</sup> Art. 7 des Vorschlags.

<sup>4</sup> Für das offene Verfahren in Art. 9, für das nicht offene Verfahren in Art. 10 des Vorschlags.

am wenigsten problematisch. Die Kommission hat hierzu eine (abschließende) Liste von Umständen (Konkurs, Verurteilung, Abgabe falscher Erklärungen) aufgestellt, die den Ausschluß von der Teilnahme am Vergabeverfahren rechtfertigen<sup>1</sup>. Die Prüfung der finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit, die auf der zweiten Stufe vorzunehmen ist, soll durch eine Liste anerkannter Leistungsnachweise objektiver gestaltet werden<sup>2</sup>. Zudem sollen bereits in der Ausschreibung die Nachweise genannt werden, welche die Behörde verlangt, so daß ein Nachschieben mit der Absicht, einzelne Bewerber auszuschließen, verhindert wird<sup>3</sup>.

49. Wie bei der Betrachtung des deutschen Vergabeverfahrens nach der Verdingungsordnung zu erkennen war, bieten die Zuschlagskriterien, die in der dritten Stufe des Verfahrens zur Anwendung kommen, die meisten Möglichkeiten, um heimische Lieferanten (beabsichtigt oder unabsichtlich) zu bevorzugen. Dem versucht der Kommissionsvorschlag durch erhöhte Publizität abzuwehren. Das ist allerdings nur nötig, wenn der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgt, denn beim Kriterium des niedrigsten Preises gibt es kein Problem.

45. Die bei der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots angewandten Kriterien (Lieferfrist, Betriebskosten, Rentabilität, Qualität, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, technischer Wert<sup>4</sup>) sollen in der

---

<sup>1</sup> Art. 17 des Vorschlags.

<sup>2</sup> Art. 19 hinsichtlich der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (in Betracht kommen Bankerklärungen, Bilanzen, Erklärungen über den Umsatz), Art. 20 hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit (Volumen der Lieferungen in der Vergangenheit, Beschreibung der technischen Ausrüstung, Angaben über die technische Leistung).

<sup>3</sup> Art. 19, Abs. 2, Art. 20, Abs. 2.

<sup>4</sup> Ausdrücklich (aber nicht abschließend) aufgezählt in Art. 22, Abs. 1 des Vorschlags.

Ausschreibung genannt werden, und zwar "in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung"<sup>1</sup>. Dadurch wäre der Auftraggeber weitgehend festgelegt, und einer nachträglich willkürlich veränderten Bewertung wäre vorgebeugt. Eine solche Regelung dürfte aber zu erheblichen Schwierigkeiten führen, wenn sie vollständig durchgeführt werden soll.

Sicherlich kann angegeben werden, wenn z. B. eine ganz vorzügliche Qualität verlangt wird. Aber soll das wirklich bedeuten, daß der Zweckmäßigkeit nur ein geringer Wert zugemessen wird? Man kann in bestimmten Fällen auch sagen, daß eine relativ lange Lieferfrist in Kauf genommen wird. Aber kann die Behörde sagen, daß sie hohe (durchschnittliche) Betriebskosten akzeptiert, wenn sie technisch das neuere (das einigermaßen auf dem neuesten Stand der Technik befindliche) Erzeugnis erhält? Die Vergabestelle kann also wohl nicht mehr tun, als Zuschlagskriterien, auf die sie besonderen Wert legt, zu nennen.

46. Die bisher genannten Vorschläge der Kommission werden alle nur bedeutsam, wenn überhaupt eine Ausschreibung erfolgt. Da bei der freihändigen Vergabe kein Auswahlverfahren angewendet wird, bedarf es dort auch keiner Regeln, um Diskriminierungen zu verhindern. Um eine stärkere Berücksichtigung ausländischer Bieter zu erreichen, muß vielmehr früher eingesetzt werden, nämlich mit dem Versuch, die Fälle zu vermindern, in denen eine freihändige Vergabe erfolgt.

Entsprechende Bemühungen konnten schon im innerdeutschen Bereich registriert werden. Die für den EWG-Bereich gedachten Vorschläge der Kommission bringen in dieser Hinsicht wenig Neues. Die Liste der Tatbestände, bei denen auf die Ausschreibung verzichtet werden kann, lautet<sup>2</sup>:

---

<sup>1</sup> Art. 22, Abs. 2 des Vorschlags.

<sup>2</sup> Art. 6 des Vorschlags.

- "a) wenn nach Anwendung eines in der Richtlinie vorgesehenen Verfahrens keine oder nicht ordnungsgemäße Angebote abgegeben worden sind oder wenn die Angebote unter Berücksichtigung des Abschnitts IV nach den innerstaatlichen Vergabevorschriften unannehmbar sind, sofern die Bedingungen des ursprünglichen Auftrags nicht grundlegend geändert werden;
- b) wenn der Gegenstand der Lieferung wegen seiner technischen oder künstlerischen Eigentümlichkeit oder wegen eines Ausschließlichkeitsrechts nur von einem bestimmten Lieferanten hergestellt oder geliefert werden kann;
- c) wenn es sich um Gegenstände handelt, die nur zum Zwecke der Forschung, Versuche, Untersuchungen, der Überarbeitung oder der Weiterentwicklung hergestellt werden;
- d) soweit dies unbedingt erforderlich ist, weil die in sonstigen Verfahren vorgeschriebenen Fristen aus zwingenden und vom betreffenden öffentlichen Auftraggeber nicht vorhersehbaren Dringlichkeitsgründen nicht eingehalten werden können;
- e) bei zusätzlichen, vom ursprünglichen Lieferanten durchgeführten Lieferungen, die üblicherweise zur teilweisen Erneuerung der gelieferten Waren oder Einrichtungen bestimmt sind und deren Bedienung oder Unterhaltung wegen einer sehr spezialisierten Anwendungstechnik eine besondere Ausbildung erfordert;
- f) wenn es sich um Waren handelt, die innerhalb der Gemeinschaft an Börsen notiert und gekauft werden."

47. Abgesehen von der Verschärfung des Dringlichkeitskriteriums ("nicht vorhersehbare" Dringlichkeitsgründe), die aber praktisch wohl kaum große Bedeutung erlangen wird, gibt die Liste gegenüber der deutschen Regelung<sup>1</sup> wenig Veranlassung, eine etwa vorhandene Vorliebe für die freihändige Vergabe stärker zu dämpfen. Das könnte höchstens durch Kontrollen erreicht werden. Ein Mittel dafür könnte die von der Kommission vorgeschlagene Einsetzung eines Beratenden Ausschusses sein<sup>2</sup>, dem Fälle unterbreitet werden, in denen einer Dienststelle Ermessensmißbrauch zum Nachteil von Bewerbern aus anderen EWG-Ländern vorgeworfen wird. Auch wenn der Ausschuß keine Entscheidungsbefugnis erhält,

---

<sup>1</sup> Vgl. dazu oben, Ziff. 17 und 18.

<sup>2</sup> Der Ausschuß wird in den Schlußbestimmungen des Kommissionsvorschlags lediglich erwähnt (Art. 23).

sondern nur die Kommission berät, so kann doch die Einrichtung eines derartigen Kontrollgremiums dazu führen, sowohl die Wahl des Ausschreibungsverfahrens als auch die Auswahl der Lieferanten, die den Zuschlag erhalten, im gewünschten Sinne, nämlich in Richtung auf einen Abbau der bestehenden Diskriminierungen zu beeinflussen.

Es muß jedoch daran erinnert werden, daß der Beratende Ausschuß und überhaupt die besprochene "EWG-Verbindungsordnung für Leistungen" bisher nur von der Kommission dem Rat vorgeschlagen wurden. Wann sie Wirklichkeit werden, hängt von der Entscheidung des Rates ab. Geltendes (EWG-)Recht ist bisher nur die vorher behandelte Richtlinie der Kommission vom 17. Dezember 1969, die aber - um für die Vergabebehörden und für die Bewerber um öffentliche Aufträge Bedeutung zu erlangen - erst durch Rechtsakte der einzelnen Mitgliedstaaten ausgefüllt werden muß.

48. Zusammenfassend kann deshalb gesagt werden, daß das EWG-Recht betreffend die öffentlichen Aufträge noch in den Anfängen steckt. Bei der weiteren Entwicklung dieses Rechts könnten auch die Vorstellungen der Kommission eine Rolle spielen, die in dem Memorandum an den Rat über "die Industriepolitik der Gemeinschaft"<sup>1</sup> zum Thema öffentliche Aufträge niedergelegt wurden.

Die Kommission meint, daß dann, wenn andere Ziele für wichtiger erachtet werden als die wirtschaftliche Rentabilität, der "Tendenz zur Integration der Märkte entgegengewirkt"<sup>2</sup> wird und stellt fest: "Dies ist bei den öffentlichen Aufträgen der Fall, die von den Mitgliedstaaten zum Teil als Instrument der Industrie-, Regional- und Konjunkturpolitik eingesetzt werden"<sup>3</sup>. Der Anteil von ausländischen Lieferanten an den öffentlichen Aufträgen ist außerordentlich gering. Die Kommission kann sich dabei allerdings nur auf Zahlen aus Frankreich stützen, dem einzigen Land mit einer Zentral-

---

<sup>1</sup> Brüssel 1970.

<sup>2</sup> Memorandum, a. a. O., S. 132.

<sup>3</sup> Ebenda.

stelle für das öffentliche Auftragswesen, ist aber "der Überzeugung, daß in den übrigen Mitgliedstaaten ähnliche Bedingungen herrschen"<sup>1</sup>.

49. Die für Frankreich ermittelten Zahlen (die demnach auch für die Bundesrepublik annähernd gelten) sind<sup>2</sup>:

Jahr	Anteil an den öffentlichen Aufträgen	
	alle ausländischen Lieferanten	Lieferanten aus EWG-Ländern
1966	0,55 vH	0,29 vH
1967	0,99 vH	0,51 vH

50. Die zweite Information, welche die Kommission aus den Zahlen für Frankreich zieht, sind die Anteile der öffentlichen Aufträge am Gesamtverbrauch einzelner Erzeugnisse im Jahre 1966<sup>3</sup>:

Erzeugnis	Anteil der öffentlichen Aufträge (Frankreich) vH
Bau von Luftfahrzeugen	99,6
Erdgas	67,3
Schiffbau	59,1
Baugewerbe	43,0
Elektronisches Gerät	30,7
Steinkohle, Braunkohle, Briketts	30,5
See- und Luftverkehr	29,0
Elektrisches Gerät	25,5
Nachrichtenübermittlung	21,1
Hilfsgewerbe des Verkehrs	17,8
Elektrizität	17,4
Schweres Ausrüstungsgerät	17,0
Wasser und Verschiedenes	14,7
Feinmechanisches Gerät	12,5
Gas	12,2

<sup>1</sup> Memorandum, a. a. O., S. 132. Dabei sind die Verhältnisse in der Bundesrepublik und in Italien am ehesten vergleichbar, während "die kleineren Länder häufiger ausländische Lieferanten in Anspruch nehmen müssen."

<sup>2</sup> Ebenda. Nach "Le recensement des marchés publics en 1967".

<sup>3</sup> Ebenda, S. 133.

Erzeugnis	Anteil der öffentlichen Aufträge (Frankreich) vH
Presse- und Verlagswesen	11,2
Gummi- und Asbestzeugnisse	10,9
Mineralölverarbeitung	10,2
Erste Verarbeitung von Stahl	11,7
Erzeugnisse der Metallbearbeitung	11,0
Halbfertigwaren aus NE-Metall	10,1
Dienstleistungen an Unternehmen	9,6
Erzeugnisse aus Eisen und Stahl	8,8
Glaserzeugnisse	8,2
Kraftwagen, Krafträder, Fahrräder	7,7
Verschiedene Mineralien	7,5
Schienen- und Straßenverkehr	
Binnenschifffahrt	7,0
Papier und Pappe	6,8
Möbel und Bettzeug	6,4
Erzeugnisse der organischen Chemie	6,2
Pharmazeutische Erzeugnisse	6,1
Holz, unbearbeitet und gesägt	6,0
Erzeugnisse der Parachemie	5,2

51. Innerhalb dieser groben Gruppen sind sicherlich einzelne Erzeugnisse besonders stark von öffentlichen Aufträgen abhängig und andere weniger. Von diesen Einzelheiten abgesehen, ist aber zu erkennen, daß die sog. technologischen Spitzenbereiche (insbesondere Luftfahrt, Elektronik) in besonders hohem Maße auf die Erteilung öffentlicher Aufträge angewiesen sind. Es handelt sich zudem um Bereiche, in denen (jedenfalls für Frankreich) ein sehr hoher Anteil von freihändig vergebenen

öffentlichen Aufträgen festgestellt werden konnte<sup>1</sup>:

Wirtschaftszweig	Anteil der freihändig vergebenen Aufträge an den gesamten öffentlichen Aufträgen (vH)
Luftfahrt- und Raumfahrttechnik	99
Elektrotechnik und Elektronik	88
Maschinen- und Gerätebau	76
Wohnungsbau	46
Hoch- und Tiefbau	39

52. Aus diesen Werten für die freihändige Vergabe (von denen sie wohl zu Recht vermutet, daß sie nationalen Lieferanten zugute kamen) und den geringen öffentlichen Aufträgen an Ausländer schließt die Kommission - vermutlich ebenfalls zu Recht -, "daß der Gemeinsame Markt nicht für alle Industrien verwirklicht ist und jedenfalls im Bereich der öffentlichen Aufträge kaum Bedeutung hat"<sup>2</sup>.

53. Die hieraus resultierenden Bemühungen der Kommission zur Herstellung des Gemeinsamen Marktes mittels Richtlinien, die zu einer Art von EWG-weiten "Verdingungsordnungen" führen sollen, wurden schon beschrieben. Nachzutragen bleibt das Bestreben, im Rahmen einer gemeinsamen Industriepolitik das Instrument der öffentlichen Aufträge einzusetzen. Dabei kommt es hier weniger auf die Vergabe von Entwicklungsverträgen an, welche die Entwicklung und "Produktion von neuem Material oder von neuen Ausrüstungsgegenständen zum Ziel haben"<sup>3</sup>. Solche

<sup>1</sup> Memorandum, a. a. O., S. 135.

<sup>2</sup> Ebenda.

<sup>3</sup> Ebenda, S. 357.

Verträge sind keine öffentlichen Aufträge im engeren Sinne, obwohl sie für die Industriepolitik (Förderung technologischer Spitzenbereiche) eine große Bedeutung haben und deshalb auch von der Kommission bei der Gestaltung der gemeinsamen Industriepolitik eingesetzt werden sollen<sup>1</sup>.

Die eigentlichen öffentlichen Aufträge dagegen werden durch die von der Kommission vorgeschlagene "Konzertierung der Beschaffungspolitik"<sup>2</sup> betroffen. Diese Maßnahme ist nach Meinung der Kommission besonders für die Güter mit fortgeschrittener Technologie angezeigt "angesichts der fast völligen Abkapselung der nationalen Märkte" für diese Erzeugnisse<sup>3</sup>. Dabei faßt sie allerdings "die Notwendigkeit eines gewissen geographischen Gleichgewichts in der Gesamtaufteilung zunächst einmal"<sup>4</sup> ins Auge. Das heißt, daß bei realistischer Betrachtungsweise der Verhältnisse im Gemeinsamen Markt alle Mitgliedstaaten an den gemeinsamen öffentlichen Aufträgen angemessen beteiligt werden müssen, wenn überhaupt ihre Zustimmung zu der Einführung konzertierter Beschaffungspolitik erreicht werden soll<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Zur Erreichung der Ziele der Industriepolitik der Gemeinschaft erscheint es der Kommission "unerläßlich, einen Mechanismus für die Vergabe von Verträgen auf der Ebene der Gemeinschaft zu schaffen". (Memorandum, S. 358. Zur Methode der Vergabe gemeinschaftlicher Entwicklungsverträge vgl. ferner Memorandum, S. 362/363.)

<sup>2</sup> Memorandum, S. 365.

<sup>3</sup> Ebenda, S. 366.

<sup>4</sup> Ebenda, S. 371.

<sup>5</sup> Die Methoden hierfür sind auf S. 371 des Memorandums beschrieben:  
"- Die Konzertierung der Beschaffungspolitik müßte eine hinreichend große Anzahl von Industriezweigen umfassen, damit alle Staaten oder alle betroffenen Industriezweige Aussicht auf Berücksichtigung haben;  
- Können Industrien nicht in erster Linie bei der Vergabe dieser Aufträge berücksichtigt werden, so könnte durch die Vergabe von Zulieferungsaufträgen die Zahl der Begünstigten erhöht werden;  
- Schließlich wäre es erwünscht, daß die Aufträge nach Möglichkeit europäischen multinationalen Konsortien erteilt würden, anstatt Unternehmen gleicher Nationalität. Dies hätte ebenfalls den Vorteil, zur Umstrukturierung der Industrie beizutragen."

55. Im Ergebnis würde etwas ähnliches herauskommen wie die Regelung, welche die Staaten Mittelamerikas bei der Gründung ihres Gemeinsamen Marktes (auf einer niedrigeren technologischen Ebene) anstrebten: die Verteilung von Industrien auf die Mitgliedstaaten nach einem Schlüssel, der allen einen "angemessenen" Anteil an der Gesamtheit der Spitzenindustrien sichert. Wenn es richtig ist, daß die nationalen Märkte der einzelnen EWG-Länder für bestimmte, technologisch besonders fortgeschrittene Industrien nicht ausreichen und wenn man der These zustimmt, daß Europa eigene (nicht-amerikanische) technologisch fortgeschrittene Industrien fördern sollte, dann ist das Verfahren der konzertierten Beschaffungspolitik durchaus folgerichtig. Es ist aber ein Verfahren, das insoweit das Problem der nichttarifären Handelsschranken nicht löst, sondern auf eine höhere Ebene verlagert: Die Benutzung der öffentlichen Aufträge für Zwecke der nationalen Strukturpolitik wird ersetzt durch ihre Benutzung im Dienste einer Strukturpolitik der Benutzung im Dienste einer Strukturpolitik der Europäischen Gemeinschaften.

56. Dieses Konzept der Kommission trifft naturgemäß auf den Widerstand derjenigen, die entweder im Bereich der Industriepolitik die Förderung nationaler Industrien im Alleingang weiter betreiben wollen oder eine weltoffene (weder nationale noch "national-europäische") Linie verfolgen. Wird diese zweite Richtung eingeschlagen, dann kommt es darauf an, die öffentlichen Aufträge nicht zu einem wirtschaftspolitischen Instrument "auf höherer Ebene" zu machen, sondern ihnen die Eigenschaft als nicht-tarifäres Handelshemmnis zu nehmen. Diesem Zweck dienen die Arbeiten der internationalen Handelsorganisationen und - da internationale öffentliche Aufträge eigentlich nur die Industrienationen betreffen - vor allem die Bemühungen der OECD.

Möglichkeiten zum Abbau der Diskriminierungen  
gegenüber Drittländern

57. Die Arbeiten der OECD zeigen recht deutlich, wo die Ansatzpunkte zum Abbau der Diskriminierungen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge gesehen werden: ziemlich genau an den gleichen Stellen, auf welche die EWG ihre Bemühungen konzentriert. Wie bei der Untersuchung der deutschen Verhältnisse und des Vorschlags der EG-Kommission kann man hier wieder folgende "neuralgische" Punkte feststellen:

1. Die Wahl des Vergabeverfahrens
2. Die Bekanntmachung der Ausschreibung
3. Die Prüfung
  - a) der Eignung des Bewerbers und des Angebots
  - b) der finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit
  - c) zur Feststellung des billigsten oder wirtschaftlichsten Angebots.

58. Interessanterweise behandelt die zuständige Arbeitsgruppe der OECD<sup>1</sup> in ihrem Richtlinienvorschlag betreffend die öffentlichen Aufträge<sup>2</sup> unter anderem das Thema, das die EG-Kommission zwar in dem Memorandum über die Industriepolitik erwähnt, in der Richtlinie über die öffentlichen Aufträge aber nicht berührt: die Förderung von technologisch fortgeschrittenen Industrien. Das geschieht im Rahmen der Ausnahmen von den geplanten gemeinsamen Regeln für die Vergabe öffentlicher Aufträge,

---

<sup>1</sup> OECD, Working Party of the Trade Committee.

<sup>2</sup> Government Purchasing (TFD/TD/604 - 1<sup>st</sup> Rev.) vom 30. März 1971.

von denen über einige bereits Einigkeit erzielt wurde<sup>1</sup>, während andere noch streitig sind. Zur letzteren Gruppe gehören neben Ausnahmen zum Zwecke der Bekämpfung von Arbeitslosigkeit, im Dienste der Regionalpolitik und zur Unterstützung kleinerer Betriebe auch Ausnahmen mit dem Ziel der Förderung von Spitzenindustrien. Solche Ausnahmen forderten vor allem die Delegierten Frankreichs, Belgiens und Japans. Abgelehnt wurden sie von den Delegierten der Vereinigten Staaten<sup>2</sup>.

59. Angesichts der Tatsache, daß für Beschlüsse der OECD Einstimmigkeit erforderlich ist, kann man wohl davon ausgehen, daß in den geplanten OECD-Kodex eine Ausnahmeklausel aufgenommen werden wird, nach welcher die Förderung technologisch fortgeschrittener Industrien durch öffentliche Aufträge zugelassen wird. Das ist besonders dann zu erwarten, wenn sich die Mitgliedstaaten der EWG die Auffassung der Kommission über den Einsatz öffentlicher Aufträge im Rahmen der gemeinsamen Industriepolitik<sup>3</sup> zu eigen machen.

Daß damit den nationalen Regierungen (und im Falle der EWG dem Rat bzw. der Kommission) ein erheblicher Spielraum für Ermessensentscheidungen gelassen wird und daß ein beachtlicher Teil der öffentlichen Aufträge damit für nationale (bzw. in der EWG: Gemeinschafts-)Zwecke reserviert wird, ist ebenso offensichtlich wie wahrscheinlich. Zusammen mit den (zwar noch streitigen aber zu erwartenden) Ausnahmen im Falle von nationaler (bzw. EWG-)Arbeitsbeschaffungs- oder Regionalpolitik

---

<sup>1</sup> Es sind die in internationalen Verträgen üblichen Ausnahmen zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, ferner solche zugunsten von Waren, die durch Körperbehinderte usw. hergestellt wurden und - im Interesse der wirtschaftlichen Entwicklung dieser Länder - Ausnahmen zugunsten von Spanien, Griechenland und der Türkei (Abschnitt II A, B, C des Dokuments).

<sup>2</sup> Abschnitt II D des OECD-Dokuments.

<sup>3</sup> Vgl. dazu oben Ziff. 54.

wird damit die Bevorzugung nationaler (im Falle der EWG: gemeinsamer) Interessen weitgehend sanktioniert.

60. Die nächste Möglichkeit für Diskriminierungen, nämlich die Wahl der freihändigen Vergabe anstelle der Ausschreibung soll nach den Vorstellungen der OECD-Arbeitsgruppe durch die Bestimmung eingeschränkt werden: "Die Vergabebehörden sollen nur dann Aufträge freihändig vergeben, wenn unter den gegebenen Umständen nur ein Lieferant für den Auftrag in Betracht kommt."<sup>1</sup>

Welche Umstände einen Verzicht auf die Ausschreibung rechtfertigen, ergibt sich aus einer vorläufigen Liste, die noch umstritten ist und die üblichen Fälle enthält: Monopolstellung auf der Seite des Lieferanten, keine oder nicht ordnungsgemäße Angebote, nicht vorhersehbare Dringlichkeit, Lieferungen zur Ergänzung oder zum Austausch im Rahmen eingeführter Systeme, Lieferungen im Zusammenhang mit Forschungs- und Entwicklungsaufträgen<sup>2</sup>. Diese Liste, die sich ziemlich genau mit der von der EG-Kommission in dem besprochenen Richtlinienvorschlag deckt<sup>3</sup>, wurde in fast allen Punkten von den US-Delegierten abgelehnt, während vor allem die französischen, dänischen und britischen Delegierten dafür plädierten<sup>4</sup>.

Einigkeit bestand aber darüber, daß die freihändige Vergabe zulässig sein soll, wenn der Auftrag einen verhältnismäßig geringen Wert hat. Hinsichtlich der Summe, bis zu welcher von einem "kleinen" Auftrag gesprochen werden kann, wurden aber verschiedene Beträge vorgeschlagen, von \$ 5000 durch den US-Delegierten bis zu \$ 20000 durch den Delegierten des Vereinigten Königreichs.

---

<sup>1</sup> Abschnitt III A 10 des OECD-Dokuments. Eigene Übersetzung.

<sup>2</sup> Abschnitt III A, Liste zu Ziff. 10.

<sup>3</sup> Vgl. oben Ziff. 46.

<sup>4</sup> Anmerkungen (Notes) zu Abschnitt III A 10 des OECD-Dokuments.

61. Man sieht, die Bestrebungen der OECD-Arbeitsgruppe, die freihändige Vergabe von öffentlichen Aufträgen möglichst einzuschränken und eine stärkere Beteiligung von Ausländern über die (möglichst offene) Ausschreibung zu erreichen, sind den entsprechenden Bemühungen der EG-Kommission sehr ähnlich. Das gilt auch insofern, als sie realistisch genug sind, eine größere Zahl von sinnvollen Ausnahmen zuzulassen, obwohl diese zu Mißbrauch Anlaß geben könnten.

62. Die Ähnlichkeit zwischen den Vorschlägen der EG-Kommission und der OECD-Arbeitsgruppe ist auch bei der Behandlung der Ausschreibungen selbst zu bemerken: Die Benachteiligung von Ausländern infolge geringerer Information versucht die OECD-Arbeitsgruppe (ebenso wie die EG-Kommission in ihrem Richtlinien-Vorschlag) durch verstärkte Publizität zu mildern<sup>1</sup>, kann allerdings keine so präzisen Mittel vorschlagen wie die EG-Kommission mit der Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften.

63. Die Diskriminierung mit Hilfe von technischen Merkmalen sucht die Arbeitsgruppe (gleichfalls im Einklang mit der EG-Kommission) zu verhindern: "Die Beschaffungsstelle soll in dem Auftrag keine Eigenschaften verlangen, die den Zweck haben, fremde Lieferanten oder Produkte zu behindern bzw. einheimische Lieferanten oder Produkte zu begünstigen".<sup>2</sup>

64. Was die finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit der Bieter betrifft, so fehlen in dem OECD-Papier die Einzelheiten darü-

---

<sup>1</sup> Abschnitt III B des OECD-Dokuments. Zum Kommissionsvorschlag vgl. oben Ziff. 43.

<sup>2</sup> Abschnitt III C 16 des OECD-Dokuments. Eigene Übersetzung. Zum Kommissions-Vorschlag vgl. oben Ziff. 43.

ber, wie der Nachweis der Leistungsfähigkeit zu erbringen ist. Andererseits wurde von einigen Delegierten darauf hingewiesen, daß die Vergabebehörde von ausländischen Lieferanten besondere Sicherheiten sollte verlangen können, weil sie gegen diese nicht in gleicher Weise vorgehen könne wie gegen Lieferanten, die der nationalen Gerichtbarkeit unterstehen<sup>1</sup>.

65. Bei der Bewertung der Angebote sollen (wiederum entsprechend dem Kommissions-Vorschlag) Überraschungen für die Bieter möglichst ausgeschlossen werden dadurch, daß Bewertungskriterien, die außer dem Angebotspreis berücksichtigt werden, bereits in der Ausschreibung zu nennen sind<sup>2</sup>. Abweichend von den Vorstellungen der EG-Kommission wird aber nicht gefordert, daß auch Angaben über die Bedeutung gemacht werden, welche die Vergabebehörde den einzelnen Kriterien zumißt<sup>3</sup>.

66. Das Ausschreibungsergebnis selber soll nach den Vorschlägen einiger Delegationen bekanntgemacht werden<sup>4</sup>, während die EG-Kommission das nicht vorgesehen hat.

67. Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, daß die OECD-Arbeitsgruppe in Übereinstimmung mit der EG-Kommission ein Kontrollverfahren für notwendig hält. Vorgeschlagen werden bilaterale oder multilaterale Konsultationen zwischen den Regierungen der Mitgliedstaaten<sup>5</sup>, die Sammlung und Aufbereitung von statistischen Informationen<sup>6</sup>, die Errichtung eines Beratenden Ausschusses<sup>7</sup> und die jährliche Erstellung eines Berichts über

---

<sup>1</sup> Anmerkungen (Notes) zu Abschnitt III C 17 des OECD-Dokuments. Zum Kommissions-Vorschlag vgl. oben Ziff. 42 und 43.

<sup>2</sup> Abschnitt III D 20 des OECD-Dokuments.

<sup>3</sup> Vgl. oben Ziff. 45.

<sup>4</sup> Abschnitt III E 33 des OECD-Dokuments. Einzelheiten zu den drei voneinander abweichenden Vorschlägen in den Anmerkungen (Notes) zu diesem Abschnitt.

<sup>5</sup> Abschnitt IV 39 des OECD-Dokuments.

<sup>6</sup> Abschnitt IV 36-38 des OECD-Dokuments.

<sup>7</sup> Abschnitt IV 40 des OECD-Dokuments. Zum Kommissions-Vorschlag vgl. oben Ziff. 47.

die Anwendung der OECD-Regeln durch die Regierungen der Mitgliedstaaten<sup>1</sup>.

68. Aus dieser Gegenüberstellung der deutschen Regeln und der Richtlinien, Vorschläge und Ausarbeitungen der EG-Kommission und der Arbeitsgruppe "Öffentliche Aufträge" der OECD kann mit einiger Sicherheit entnommen werden, ob und inwieweit Regeln und Praxis hinsichtlich der Vergabe öffentlicher Aufträge in ihrer Wirkung als Handels-schranken abgebaut werden können:

1. Nicht jede im geltenden Recht verankerte Bevorzugung bestimmter Gruppen von Personen und Unternehmen ist abzulehnen. Die nach Bundesrecht vorgeschriebenen Vorteile für das Zonenrandgebiet und Westberlin sowie für Vertriebene, Flüchtlinge, Evakuierte, Verfolgte und Schwerbeschädigte haben zwar nebenbei auch handelsbeschränkende Wirkungen. Diese sind jedoch nicht beabsichtigt, aber auch nicht zu vermeiden, denn zu den Nichtbetroffenen zählen außer der Mehrzahl der Inländer notwendigerweise auch die Ausländer.

Da die (regionalpolitischen sowie sozial- und gesellschaftspolitischen) Motive für diese Regelungen anerkannt sind, ist mit einem Abbau nicht zu rechnen.

2. Die Vorschriften in den Verdingungsordnungen, nach welchen deutschen Erzeugnissen ein Vorrang einzuräumen ist, werden nicht angewendet. Die Bundesregierung fördert vielmehr die Beteiligung von ausländischen Bietern.

In der Verwaltungspraxis kann es aber zur Bevorzugung inländischer Lieferanten kommen. Eine solche Wirkung ist insbesondere wahrscheinlich,

- a) wenn öffentliche Aufträge freihändig vergeben statt (öffentlich oder beschränkt) ausgeschrieben werden;
- b) wenn ausländische Interessenten schlecht informiert werden.

---

<sup>1</sup> Abschnitt IV 37 des OECD-Dokuments.

- c) wenn in der Bundesrepublik übliche technische Daten bzw. Verfahren oder die Benutzung deutscher Patente usw. zur Bedingung gemacht werden;
- d) wenn sehr kurze Fristen gesetzt werden;
- e) wenn an die Zuverlässigkeit und/oder die finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit bei ausländischen Bewerbern größere Ansprüche gestellt werden als bei deutschen;
- f) wenn bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots Gewährleistung, Service usw. bei ausländischen Bietern kritischer beurteilt werden als bei deutschen.

In allen diesen Fällen braucht eine Benachteiligung ausländischer Lieferanten nicht beabsichtigt zu sein, kann sich aber als Folge von Gewohnheit, Nachlässigkeit oder Risikoscheu der Vergabebehörde ergeben.

3. Das Hindernis schlechter Information und zu kurzer Fristen läßt sich in der Regel beseitigen. Die Bemühungen (vor allem der EWG und der OECD), durch entsprechende Vorschriften Abhilfe zu schaffen, dürften Erfolg haben, denn es ist kein Grund ersichtlich, weshalb gegen sie opponiert werden sollte.
4. Weniger aussichtsreich sind die Bestrebungen, die Praxis der freihändigen Vergabe zugunsten der öffentlichen Ausschreibung einzuschränken, da sie bisher schon innerhalb der Bundesrepublik (und auch in anderen Ländern) nicht sehr erfolgreich waren und gewichtige Gründe (die in den Verdingungsordnungen und den Vorschlägen der EG-Kommission und der OECD-Arbeitsgruppe genannt sind) für die freihändige Vergabe in einer Reihe von Fällen sprechen.

Wenn aber trotz aller Bedenken öffentliche Aufträge vielfach freihändig vergeben werden, dann sollten die Bemühungen darauf konzentriert werden, bei dieser Vergabeart häufiger ausländische Firmen zu berücksichtigen. Um das den Vergabestellen zu erleichtern, müs-

sen diese mehr zuverlässige Informationen über mögliche ausländische Bewerber erhalten.

Gegen das in der Vergabe an ausländische Firmen liegende zusätzliche Risiko, das die Vergabebeamten wegen der Verpflichtung zur sparsamen Haushaltsführung verständlicherweise scheuen, könnte vielleicht ein Versicherungsschutz (etwa nach Art der Hermes-Versicherung für die Ausfuhr) gewährt werden. Zumindest in der Europäischen Gemeinschaft ließe sich eine entsprechende Einrichtung schaffen. Das könnte auch die von der EG-Kommission geplante gemeinsame Beschaffungspolitik erleichtern.

5. Bei der Kontrolle von Zuverlässigkeit, wirtschaftlicher, finanzieller und technischer Leistungsfähigkeit der Bieter sowie bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots ist die Gefahr der (willkürlich) oder durch Gewohnheit, Nachlässigkeit und Risikoscheu veranlaßter Benachteiligung ausländischer Bieter durch stärkere Publizität zu mildern. Das kann dadurch geschehen,
  - a) daß die Ansprüche, die an den Bieter hinsichtlich Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit gestellt werden, genau zu bezeichnen sind;
  - b) daß die Nachweise, die Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit beweisen sollen, genau festzulegen und bekanntzumachen sind;
  - c) daß die Kriterien, die außer dem Preis bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots angewandt werden, vollständig zu nennen sind;
  - d) daß der Wert, der diesen Kriterien zugemessen wird, genannt wird.

6. Eine internationale Kontrollinstanz dürfte dazu beitragen, die ungerechtfertigte Benachteiligung ausländischer Firmen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge seltener zu machen. Schon die Drohung mit einem möglichen Verfahren vor einer solchen Einrichtung hat wahrscheinlich eine heilsame Wirkung.
- a) In der EWG kann die Kontrolle - nach dem Vorschlag der Kommission - durch einen Ausschuss wahrgenommen werden, der die Kommission berät. Die Kommission könnte dann eine Stellungnahme an den Mitgliedstaat richten, dessen Behörden nach ihrer Meinung Firmen in anderen Mitgliedstaaten bei der Vergabe öffentlicher Aufträge benachteiligen. Schafft der Staat keine Abhilfe, könnte die Kommission gegen ihn vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften Klage erheben.
- b) Im Rahmen der lockerer organisierten OECD kämen zur Kontrolle der Vergabebehörden wohl nur Konsultationen zwischen den betroffenen Mitgliedstaaten (demjenigen, in dem die nach ihrer Meinung benachteiligte Firma ihren Sitz hat und demjenigen, in dem die beschuldigte Behörde tätig ist) in Betracht.
- c) Eine weltweite Kontrollinstanz scheint kaum realistisch zu sein. Vielleicht kann aber wegen der Abschreckungswirkung in besonders krassen Fällen eine Erörterung im GATT vorgesehen werden.