

# Einleitung

Die Liberalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens durch die Harmonisierung bestehender internationaler Regelungen stellt aufgrund seiner wirtschaftlichen Bedeutung eine große Herausforderung für global agierende Wirtschaftsorganisationen dar. Allein in der EU entfallen über 14 Prozent des Bruttoinlandsprodukts, das sind umgerechnet circa 2 Billionen Euro, auf Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträge beziehungsweise Konzessionen, welche von staatlichen Stellen oder Unternehmen, die unter staatlichem Einfluss stehen, vergeben werden.<sup>1</sup> Um zu verhindern, dass unter anderem öffentliche Gelder ins Ausland fließen und Arbeitsplätze verloren gehen, oder um unterentwickelte Regionen zu fördern, bedient sich der Staat, insbesondere in Zeiten der Wirtschaftskrise, protektionistischer Vergabepraktiken und bevorzugt seine einheimischen Anbieter.<sup>2</sup> Aus diesem Grund ist es allgemeines Ziel und Aufgabe sowohl auf nationaler als auch europäischer und internationaler Ebene, transparente, diskriminierungsfreie und rechtlich durchsetzbare Vergabebestimmungen zu entwickeln. Hierdurch kann der zur Kosten- und Qualitätsoptimierung erforderliche Wettbewerb im öffentlichen Beschaffungssystem gewährleistet werden, um eine Ausweitung des Welthandels zu ermöglichen.<sup>3</sup>

In diesem Zusammenhang wird der WTO eine übergeordnete Rolle zuteil. Diese versucht durch das GPA einen vertraglichen Rahmen zu schaffen, um auf multilateraler Ebene spezifische Hemmnisse des grenzüberschreitenden Wettbewerbs bei der Vergabe öffentlicher Aufträge abzubauen.<sup>4</sup> Da das GPA allerdings nur für diejenigen WTO-Mitglieder verbindlich ist, die es ratifiziert haben – und eben nicht für alle 164 WTO-Mitglieder –, begründet es über den begrenzten Teilnehmerkreis hinaus weder Rechte noch Pflichten.<sup>5</sup>

Wie die Entwicklung des GPA – und dies gilt auch in anderen Bereichen des internationalen Wirtschaftsrechts – in den letzten Jahrzehnten

---

<sup>1</sup> Kommission, Leitlinien zur Teilnahme von Bieter und Waren aus Drittländern am EU-Beschaffungsmarkt, siehe Mitteilung der Kommission, ABl. 2019 C 271, 2; Kommission, Pressemitteilung IP/19/4491 v. 24.07.2019.

<sup>2</sup> *Pünder*, in: Müller-Wrede, Kompendium des Vergaberechts, Kapitel 1, Rn. 1.

<sup>3</sup> *Weiss*, in: Tietje, Internationales Wirtschaftsrecht, § 5, Rn. 4.

<sup>4</sup> *Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 339.

<sup>5</sup> *Bungenberg* in EuR 2016, Beiheft 1, 183 (184).

gezeigt hat, ist der Weg zur Multilateralisierung des WTO-Beschaffungsabkommens von erheblichen Schwierigkeiten geprägt. Hierfür gibt es zahlreiche Gründe, die letztendlich sowohl auf protektionistischen Erwägungen politischer Kräfte als auch den Verlust beziehungsweise die Beschränkung staatlicher Souveränität zurückzuführen sind.<sup>6</sup>

Der mangelnde Fortschritt bei der Weiterentwicklung des GPA macht ein Voranschreiten außerhalb des multilateralen WTO-Rahmens attraktiver, da es Ziel eines jeden global agierenden Wirtschaftsakteurs ist, den wichtigen Zugang anderer Märkte für sich zu erschließen.<sup>7</sup> Aus diesem Grund wurden schon früher, aber doch in besonderem Maße in der jüngsten Vergangenheit, bi- und plurilaterale Handelsabkommen rund um den Globus ausgehandelt, die insbesondere ein Kapitel über das öffentliche Beschaffungswesen enthalten. Dies gilt auch für die EU, die in den letzten Jahren mehrere Freihandelsabkommen mit vergaberechtlichen Bestimmungen abgeschlossen hat. So hat die EU zuletzt entsprechende Freihandelsabkommen unter anderem mit Kolumbien, Peru und Ecuador, Kanada, Japan, Singapur, Südkorea und Vietnam abgeschlossen und bereits ein abschließendes Freihandelsabkommen mit den Mercosur-Staaten verhandelt.

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich im Kern mit den Vergaberechtsbestimmungen in europäischen Freihandelsabkommen. Es wird untersucht, wie Kapitel des öffentlichen Beschaffungswesens dazu beitragen können, die Liberalisierung des Welthandels auf dem Gebiet der öffentlichen Auftragsvergabe, bestenfalls unter dem Schirm des WTO-GPA-Abkommens, voranzutreiben und langfristig zu ermöglichen. Ein übergeordnetes Ziel ist es zu untersuchen, ob sich die Vielfalt aus bilateralen Freihandelsabkommen der EU in eine gemeinsame Richtung bewegt und sie kohärent im Sinne gleichwertiger Ziele und Ansätze sind. Von besonderem Interesse ist dabei, ob und inwieweit die internationalen Beschaffungsnormen sich wechselseitig befruchten und so Einfluss auf die Entwicklung des internationalen Beschaffungswesens nehmen.

Hierbei betrachtet der Verfasser einerseits Freihandelsabkommen der EU, die als sogenannte WTO-GPA-Abkommen geschlossen werden. Das bedeutet, beide Vertragsstaaten sind Mitglieder des GPA, dessen Ausgestaltung

---

<sup>6</sup> *Rodrigues* in PPLR 2017, 135 (137); *Weiss*, in: Tietje, Internationales Wirtschaftsrecht, § 5, Rn. 50.

<sup>7</sup> *Altemöller* in EuZW 2016, 374 (376).

im Rahmen von WTO-Runden verhandelt und vorgegeben wird. Andererseits analysiert die Arbeit Freihandelsabkommen der EU, die als sogenannte NON-WTO-GPA-Abkommen ausgehandelt werden. In diesem Fall ist der Vertragsstaat der EU kein Mitglied des GPA und somit nicht an die Rechte und Pflichten des plurilateralen Abkommens gebunden.

Die vorliegende Promotionsschrift gliedert sich in fünf Kapitel, die im Folgenden kurz skizziert werden:

Im ersten Kapitel möchte sich der Verfasser mit dem Vergaberecht im internationalen Kontext auseinandersetzen und erörtern, wie sich die Bestimmungen des öffentlichen Auftragswesens als sogenannte WTO-Plus-Themen vom multilateralen Ansatz zu einem ständigen Kapitel in bilateralen Freihandelsabkommen (**Kapitel 1**) entwickelt haben. Nachdem die historische Entwicklung des öffentlichen Beschaffungswesens im internationalen Kontext nachgezeichnet wurde, setzt sich die Arbeit mit dem Regelungsgehalt des GPA 2012 auseinander. Darauf aufbauend diskutiert das Kapitel die Probleme bei der Ausweitung vergaberechtlicher Bestimmungen im internationalen Umfeld – warum stagniert das GPA? – und folgert daraus die gegenständliche Entwicklung der letzten Jahre: die zunehmende Bilateralisierung im Vergaberecht durch den Abschluss internationaler Freihandelsabkommen. In diesem Zusammenhang geht der Verfasser ebenfalls auf die politökonomischen Auswirkungen – Chancen und Risiken – bilateraler Freihandelsabkommen für den Multilateralismus ein.

Im zweiten Kapitel stellt der Verfasser Freihandelsabkommen als neue Form der Marktintegration (**Kapitel 2**) vor. Neben der Begriffsbestimmung von Freihandelsabkommen werden die Erscheinungsformen von Wirtschaftsräumen aufgezeigt. Es erfolgt eine Abgrenzung zwischen Freihandelsabkommen und Assoziierungsabkommen. Sodann wird die Rechtsnatur und insbesondere die Abschlusskompetenz von völkerrechtlichen Verträgen ausführlich erörtert und anhand des EUSFTA-Gutachtens, in dem sich der EuGH umfassend mit der Kompetenzverteilung zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten auseinandergesetzt hat, dargestellt.

Weitere Erwägungen beziehen sich auf die europäische Handelspolitik. Hier ist zu beobachten, dass die EU ihre einstige Strategie zur Wahrung der Chancen auf dem internationalen Wirtschaftsparkett ausschließlich über den multilateralen Rahmen der WTO aufgegeben hat. Um weiterhin ein wettbewerbsfähiges Europa in einer globalen Welt darzustellen, schließt die EU vermehrt Freihandelsabkommen ab. In diesem Zusammenhang

unterscheidet der Verfasser einerseits zwischen Freihandelsabkommen der ersten, zweiten und neuen Generation, andererseits wird zwischen Freihandelsabkommen mit WTO-GPA-Vertragsparteien und NON-WTO-GPA-Vertragsparteien differenziert.

Im dritten Kapitel wird auf das Verhältnis beziehungsweise die wechselseitige Einflussnahme von Vergaberechtsbestimmungen zwischen der EU, WTO und jenen in Freihandelsabkommen (**Kapitel 3**) eingegangen. Ausgangspunkt ist die historische Nachzeichnung des europäischen Vergaberechts. Die Harmonisierung der unterschiedlichen nationalen Vergabebestimmungen zu einem kongruenten Rechtsregime verdeutlicht, wie die EU erfolgreich ihren Politikansatz im Binnenmarktrecht verankert hat.

Ausgehend hiervon erläutert der Verfasser, wie die Union auch nach außen in das internationale Vergaberecht zu wirken versucht. Durch teils kongruente Vorgaben exportiert sie sowohl auf WTO-GPA-Ebene als auch in bilateralen Freihandelsabkommen unionale vergaberechtliche Grundsätze in das internationale Vergaberecht. Neben einem parallelen Verlauf der Entstehungs- und Diskussionsverläufe normieren das EU- und WTO-Vergaberecht gleichlaufende Regelungsmaterien sowie eine vergleichbare Zielsetzung ihrer Beschaffungspolitik. Dies führt schließlich beim Abschluss von Freihandelsabkommen der EU – unabhängig davon, ob sie mit GPA-Mitgliedern oder Nicht-GPA-Mitgliedern geschlossen werden – zu einer Übertragung des europäischen Wirtschaftsverwaltungsrechts, das mit den internationalen Vergabebestimmungen des GPA weitestgehend kohärent ist. Hierdurch wird die Attraktivität für Vertragsstaaten, ihr bislang ausgebliebenes Engagement durch einen Beitritt zum GPA zu überdenken, deutlich erhöht. Die mit der EU abgeschlossenen Freihandelsabkommen können somit als Sprungbrett dienen und zu einem späteren GPA-Beitritt führen.

Die beiden letzten Kapitel beschäftigen sich mit der wirtschaftlichen und politischen Instrumentalisierung, die durch die Bestimmungen der öffentlichen Auftragsvergabe in bilateralen Freihandelsabkommen der EU forciert werden.

Vergaberechtskapitel in Freihandelsabkommen dienen in erster Linie als Mittel zur Schaffung von Marktzugangsrechten im Staat des Vertragspartners (**Kapitel 4**). Obwohl mit dem GPA 2012 bestehende Marktzugangsmöglichkeiten ausgedehnt wurden, besteht weiterhin eine Lücke im WTO-Handelssystem. Dies wird durch die unzureichende Wechselwirkung

zwischen dem GPA 2012 und GATS verdeutlicht. Um die Lücke zu schließen und tiefgreifendere Marktzugangsrechte zu schaffen, bedient sich die EU des Instruments von Freihandelsabkommen. So veranschaulicht unter anderem das Wirtschafts- und Handelsabkommen CETA, wie die Marktintegration im Beschaffungswesen durch den Abschluss neuer Freihandelsabkommen sukzessive voranschreitet.

Ferner zeigt der Verfasser im Rahmen einer vergleichenden Analyse zwischen WTO-GPA-Abkommen und NON-WTO-GPA-Abkommen auf, welche Unterschiede bei der Schaffung von Marktzugangsrechten bestehen. Dabei wird zu beobachten sein, dass insbesondere die Beschaffungsmärkte in WTO-GPA-Abkommen oftmals über das im WTO-Beschaffungsübereinkommen erzielte Niveau hinaus liberalisiert werden. NON-WTO-GPA-Abkommen hingegen sind derzeit nicht so weitreichend. Sie haben jedoch das Potenzial, in der Zukunft tiefgreifende Vergaberechtsbestimmungen vorzusehen. In diesem Zusammenhang werden drei WTO-GPA-Abkommen – CETA, EU-Singapur, EU-Japan – sowie drei NON-WTO-GPA-Abkommen – EU-CARIFORUM, EU-Mexiko, EU-Kolumbien, Peru, Ecuador – näher beleuchtet.

Die Realisierung der Vorteile der Handelsliberalisierung hängt jedoch nicht allein von der Marktöffnung ab, sondern auch von der Existenz von Regeln und Institutionen, die einen gesunden Wettbewerb fördern. Aus diesem Grund verfolgen die Vergaberechtskapitel in Freihandelsabkommen der EU neben der wirtschaftlichen Instrumentalisierung noch einen weiteren Zweck. Sie übernehmen durch die Schaffung von Good-Governance-Strukturen die Funktion, korrupte Praktiken bei der Auftragsvergabe zu verhüten. Dies gilt vordergründig in bilateralen Freihandelsabkommen der Union, die mit NON-WTO-GPA-Vertragspartnern geschlossen werden. Das letzte Kapitel beschäftigt sich daher in Anlehnung an die EU-Strategie, bilaterale Wirtschaftsbeziehungen im Einzelfall auf ein integriertes und rechtlich funktionsfähiges Fundament zu stellen, mit der politischen Instrumentalisierung, die durch die Bestimmungen der öffentlichen Auftragsvergabe in bilateralen Freihandelsabkommen forciert wird (**Kapitel 5**).

Aufbauend auf dem Wesen und Wirken von Korruption im Allgemeinen wird im Speziellen die Korruptionsanfälligkeit der öffentlichen Auftragsvergabe beleuchtet. Neben den korruptionsbegünstigenden Faktoren – monetäre Interessen, geringes Entdeckungsrisiko, großer Ermessensspielraum der Entscheidungsträger – werden die Korruptionsrisiken bei der Durch-

führung von Vergabeverfahren dargestellt. Um die Risiken zu minimieren, kann das Vergaberecht als Mittel zur Korruptionsbekämpfung eingesetzt werden. Die Regelungsziele des Beschaffungswesens, zu denen insbesondere Integrität, Transparenz, ein funktionierender Wettbewerb sowie Kontrolle und Rechtsschutz gehören, bilden dabei die Eckpfeiler des Systems.

Am Beispiel des Wirtschaftspartnerschaftsabkommens EU-CARIFORUM veranschaulicht der Verfasser, wie Vergaberechtskapitel in bilateralen Freihandelsabkommen der EU dazu beitragen, korrupte Praktiken bei der Auftragsvergabe zu vermeiden. Das Vergaberecht schafft einen präventiv-wirksamen Ansatz, der zu einem nachvollziehbaren Umgang mit Haushaltsmitteln des Staates führt. Von dem schonenden Ressourceneinsatz können wiederum andere Bereiche profitieren, da nun Haushaltsmittel für Reformvorhaben zur Verfügung stehen. Schließlich stärkt ein funktionierendes Beschaffungssystem das Vertrauen der Bevölkerung in die politische Regierungsführung.

Darüber hinaus kann das EU-CARIFORUM-Wirtschaftspartnerschafts-abkommen als Vorbild im Rahmen der regionalen Integration innerhalb der AKP-Staaten angesehen werden. Bis heute ist die Übereinkunft innerhalb der afrikanischen, karibischen und pazifischen Staatengemeinschaft das einzige Freihandelsabkommen, das ein eigenständiges und inhaltlich weitreichendes Kapitel über die Regulierung der öffentlichen Beschaffungspolitik beinhaltet. Eine regionale Integration würde bedeuten, dass sukzessiv mehr Länder GPA-artige Regeln effektiv anwenden. Sofern sich das GPA 2012 zum internationalen Standard entwickelt, könnten die AKP-Staaten gewillt sein, dem internationalen Vergaberegime beizutreten.

# Kapitel 1

## Das Beschaffungswesen im internationalen Kontext – der Weg vom Multilateralismus zu bilateralen Freihandelsabkommen

Die Regulierung der öffentlichen Auftragsvergabe ist alles andere als ein neues Phänomen. Seit jeher sind die Beschaffungen von Waren, Bau- und Dienstleistungen durch staatliche Stellen, die öffentliche Mittel verwenden, mit der Idee der Rechenschaftspflicht verbunden. Dies gilt insbesondere dort, wo der Staat die wichtigste oder gar einzige infrage kommende Beschaffungsstelle ist, um die Chancen- und Verteilungsgerechtigkeit im Hinblick auf die an öffentlichen Aufträgen interessierten Wirtschaftsteilnehmer zu gewährleisten.<sup>8</sup> Obwohl die Regulierung der öffentlichen Auftragsvergabe in vielen nationalen Rechtsordnungen verankert ist und zumindest in einigen Teilen der Welt eine lange Geschichte aufweist, gilt dies nicht für das öffentliche Beschaffungswesen im internationalen Kontext. Die Regulierung dieses Wirtschaftsbereichs stellt ein viel jüngerer Phänomen dar.<sup>9</sup>

Frühere Anstrengungen zur Internationalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens gehen, nachdem erste Versuche bereits Mitte des 20. Jahrhunderts im Rahmen der Verhandlungen zur Errichtung der International Trade Organisation scheiterten<sup>10</sup>, allein auf die frühen 1970er Jahre zurück. In diesem Zeitraum wurden auf europäischer Ebene die ersten Rechtsakte mit vergaberechtlichen Bestimmungen, namentlich die Richtlinien 71/305/EWG<sup>11</sup> und 77/62/EWG<sup>12</sup>, erlassen. Zudem konnte im Jahr 1976 die Angelegenheit der öffentlichen Auftragsvergabe Eingang in die Tokio-Runde finden und so unter der Schirmherrschaft des GATT – wenn auch separiert – verhandelt werden. Infolgedessen wurde 1979 das erste internationale Ab-

---

<sup>8</sup> *Burgi*, Vergaberecht, § 1, Rn. 13.

<sup>9</sup> *Georgopoulos/Hoekman/Mavroidis*, in: *Georgopoulos/Hoekman/Mavroidis*, The Internationalization of Government Procurement Regulation, 1 (1).

<sup>10</sup> *Weiss*, in: *Tietje*, Internationales Wirtschaftsrecht, § 5, Rn. 6.

<sup>11</sup> Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl. 1971 L 185, 5.

<sup>12</sup> Richtlinie 77/62/EWG des Rates vom 21. Dezember 1976 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABl. 1977 L 13, 1.

kommen über das öffentliche Beschaffungswesen unterzeichnet, welches 1981 als „Agreement on Government Procurement“ beziehungsweise als „Vergabekodex“ in Kraft trat.

Bis zum heutigen Tag wurde das GPA zweimal neu verhandelt: Während der Uruguay-Runde entwickelte sich der Vergabekodex zu einem plurilateralen Abkommen weiter und wurde schließlich, nach langjährigen Verhandlungen während der Doha-Runde, revidiert. Das derzeit geltende WTO-Beschaffungsübereinkommen als sogenanntes „revidiertes GPA“ beziehungsweise „GPA 2012“ trat am 6. April 2014 in Kraft.

Das GPA 2012 ist allerdings nicht das einzige Abkommen über die öffentliche Auftragsvergabe auf internationaler Ebene. Es gibt sowohl weitere verbindliche als auch unverbindliche Regime, die versuchen, diesen Wirtschaftsbereich fortzuentwickeln.<sup>13</sup> So umfassen die regionalen Wirtschaftsorganisationen wie die EU oder MERCOSUR sowie das nordamerikanische Freihandelsabkommen NAFTA wichtige parallele Bemühungen im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe. Darüber hinaus versuchen auch die Weltbankgruppe (IBRD, IDA)<sup>14</sup> und andere regionale Entwicklungsbanken<sup>15</sup>, die OECD und die Kommission der Vereinten Nationen für Internationales Handelsrecht (UNCITRAL)<sup>16</sup>, das öffentliche Beschaffungswesen zu entwickeln.

Keines dieser internationalen Systeme kann als vollständig ausgereift bezeichnet werden. Insbesondere die Entwicklung des GPA hat in den letzten Jahrzehnten gezeigt, dass der Weg zur Multilateralisierung des WTO-Beschaffungsabkommens von erheblichen Schwierigkeiten geprägt ist. Aus diesem Grund versuchen zahlreiche Staaten außerhalb des multilateralen WTO-Rahmens voranzuschreiten. So wurden nachweislich in der jüngsten Vergangenheit vermehrt bi- beziehungsweise plurilaterale Handelsabkommen rund um den Globus ausgehandelt, die nun Bestimmungen über das öffentliche Beschaffungswesen enthalten.<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> Weiss, in: Tietje, Internationales Wirtschaftsrecht, § 5, Rn. 17.

<sup>14</sup> IBRD = International Bank for Reconstruction and Development; IDA = International Development Association.

<sup>15</sup> So zum Beispiel die Europäische Bank für Wiederaufbau und Entwicklung (EBWE = European Bank of Reconstruction and Development), die Afrikanische Entwicklungsbank (African Development Bank) oder die Asiatische Entwicklungsbank (Asian Development Bank) etc.

<sup>16</sup> UNCITRAL = United Nations Commission on International Trade Law.

<sup>17</sup> Vgl. <https://rtais.wto.org/UI/PublicMaintainRTAHome.aspx> (Stand: 14.10.2019).