

werden können³⁴⁹, mit der Folge, daß der geschriebene Katalog der Vergaberichtlinien auch nur um Kriterien derselben Kategorie, i.e. durch produktbezogene Kriterien, ergänzt werden kann³⁵⁰.

5. *Eingeschränkte Bedeutung der Wortlautanalyse als Auslegungsmethode*

Allerdings wurde in der Diskussion um die Vergaberichtlinien bisher gänzlich vernachlässigt, daß der Wortlautanalyse im Kanon der gemeinschaftlichen Auslegungsmethoden lediglich eine nachrangige Bedeutung zukommt³⁵¹. Genauer gesagt konstituiert der Wortlaut – nicht zuletzt wegen des Problems der Mehrsprachenthauthentizität – im Gemeinschaftsrecht nicht automatisch die Grenze der Auslegung³⁵². Vom eindeutigen Wortlaut darf abgewichen werden, wenn „andere zwingende Gesichtspunkte für eine weite, über den Wortlaut der Norm hinausgehende Auslegung vorliegen“³⁵³. Nach Auffassung des EuGH ist aus der Gegenwartsperspektive der „vom Willen des Normgebers losgelöste, objektivierte Sinn“³⁵⁴ der Gemeinschaftsnormen zu herauszufiltern. Der EuGH sieht den Wortlaut nur dann als Obergrenze der Auslegung an, wenn durch die Aufgabe der Garantiefunktion des Wortlauts Grundrechtspositionen der Gemeinschaftsbürger bedroht würden³⁵⁵. Wegen der begrenzten Bedeutung der Wortlautanalyse als Auslegungsmethode kann ihr Ergebnis auch nur beschränkte Indizwirkung für die Frage der Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien haben.

II. *Historische Auslegung*

1. *Rechtsgrundlagen und Begründungserwägungen der Vergaberichtlinien*

Bei der historischen Auslegung im Gemeinschaftsrecht ist der Sinn zu ermitteln, welchen der Gemeinschaftsgesetzgeber der Norm *im Zeitpunkt ihres Erlasses* beigemessen hat³⁵⁶. Besonders ergiebig für die historische Auslegung sekundärrechtlicher Normen sind die

349 GA Darmon, Rs. 31/87 (Beentjes), Slg. 1988, 4643 Rdnr. 35; *Kommission*, Mitteilung vom 22. September 1989 „Öffentliches Auftragswesen – Regionale und soziale Aspekte“, ABl. 1989, C 311, S. 7 ff., Rdnr. 47; vgl. *Boesen*, Vergaberecht, § 97, Rdnrn. 113, 120; *Bultmann*, ZfBR 2004, 134 (136); *Dörr*, JZ 2004, 703 (710); *Dreher*, ZVgR 1999, 289 (290); *idem*, in: Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum GWB, § 97, Rdnr. 146; *Frenz*, WuW 2002, 352 (354, 357); *Gleichner*, in: Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. IV, 193 (233); *Götz*, Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europa, 158; *idem*, EuR 1999, 621 (631); *Heid*, wbl 1998, 194 (196); *Kämmerer/Thüsing*, ZIP 2002, 596 (597); *Karenfort/v. Koppenfels/Siebert*, BB 1999, 1825 (1831); *Kling*, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 178, 180; *Lehne/Haak*, ZfBR 2002, 656 (658); *Löwisch*, DB 2001, 1090 (1094); *Martin-Ehlers*, WuW 1999, 685 (692); *Meyer*, Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 269; *Neßler*, DÖV 2000, 145 (149); *Opitz*, NZBau 2001, 12 (14); *Pietzcker*, ZHR 1998, 427 (466); *Puhl*, VVdSTRL 2001, 456 (497); *Rittner*, EuZW 1999, 677 (679); *Seifert*, ZfA 2001, 1 (26); *Westphal*, PPLR 1999, 1 (10); *Wittig*, Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts, 52.

350 *Frenz*, WuW 2002, 352 (357); *Prieß*, Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union, 104.

351 *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. II, 28.

352 Vgl. *Anweiler*, Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 171; *Wegener*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.) (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, Art. 220, Rdnr. 7.

353 *EuGH*, Rs.107/84 (Kommission/Deutschland), Slg. 1985, 2655, Rdnr. 12.

354 *Anweiler*, Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 61.

355 *Anweiler*, Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 407.

356 *Anweiler*, Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 246.

Rechtsgrundlagen, auf die sich der Gemeinschaftsrechtsakt stützt. Daneben sind die Begründungserwägungen der Gemeinschaftsakte von Bedeutung, welche komprimiert die konkreten Ziele und Hintergründe des Normgebers wiedergeben.

RL 93/36/EWG stützte sich auf Art. 95 EG. RL 93/37/EWG und RL 93/38/EWG basierten auf Art. 47 Abs. 2 EG, Art. 55 EG, Art. 95 EG. RL 92/50/EWG beruhte auf Art. 47 Abs. 2 EG und Art. 55 EG. Im Vordergrund der Rechtsangleichung stand daher die Realisierung des Binnenmarktes sowie die Verwirklichung der Dienstleistungsfreiheit.

Zum gleichen Ergebnis gelangte man nach Durchsicht der Erwägungsgründe der ehemaligen Vergaberichtlinien: RL 93/37/EWG zielte auf die Verwirklichung des freien Dienstleistungsverkehrs ab³⁵⁷. RL 92/50/EWG nannte als erstes Ziel die Realisierung des Binnenmarktes³⁵⁸. Außerdem sollten Hemmnisse für den freien Dienstleistungsverkehr vermieden werden³⁵⁹. RL 93/36/EWG und RL 93/38/EWG fügten diesen Zielsbestimmungen noch die Verwirklichung des freien Warenverkehrs hinzu³⁶⁰. Insgesamt sollten die Vergaberichtlinien den Grundfreiheiten auf diesem noch von protektionistischer Abschottung geprägten Sektor zum Durchbruch verhelfen³⁶¹.

2. Novellierung der Vergaberichtlinien

Aufschluß über den subjektiven Willen des historischen Normengebers geben die Stellungnahmen des Europäischen Parlaments (EP)³⁶², die Vorschläge der Kommission und die Gemeinsamen Standpunkte des Rates³⁶³. Besonders signifikant sind in diesem Zusammenhang deren im Zuge der Novellierung der ehemaligen Vergaberichtlinien vertretenen Positionen.

a. Novellierung der Lieferkoordinierungsrichtlinie

Die intensivste Debatte über eine mögliche Einführung sozialer Vergabekriterien fand anläßlich des Erlasses von RL 88/295/EWG³⁶⁴ statt, welche die damalige Richtlinie für öffentliche Lieferaufträge, RL 77/62/EWG³⁶⁵, modifizieren sollte. In einer Erklärung „über den Schutz und die Förderung sozial schwacher Gruppen auf dem Arbeitsmarkt“ wies das EP darauf hin, daß öffentliche Aufträge ein wesentliches Element der Arbeitsbeschaffungs- und Regionalförderungspolitik sowie der Förderung der Chancengleichheit am Arbeitsplatz sein können³⁶⁶. Gleichzeitig schlug es vor, den öffentlichen Auftraggebern die Vergabe im nicht-offenen Verfahren zu gestatten, soweit die Chancengleichheit mit dem Ziel, der Diskriminierung von Frauen, Angehörigen ethnischer Minderheiten und Behinderten am Arbeitsplatz zu begegnen, es erfordert³⁶⁷. Obwohl der Rat diesen Vorstoß nicht in seinen Gemeinsamen

357 Präambel RL 93/37/EWG, 2. Erwägungsgrund.

358 Präambel RL 92/50/EWG, 1. und 2. Erwägungsgrund.

359 Präambel RL 92/50/EWG, 6. Erwägungsgrund.

360 Präambel RL 93/36/EWG, 4. Erwägungsgrund.

361 *Schwarze*, in: Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 13 (18).

362 *Wegener*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, Art. 220, Rdnr. 8.

363 *Kling*, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 168.

364 RL 88/295/EWG des Rates vom 22. März 1988 zur Änderung der Richtlinie 77/62/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge und zur Aufhebung einiger Bestimmungen der Richtlinie 80/767/EWG, ABl. 1988, L 127, S. 1 ff.

365 RL 77/62/EWG des Rates vom 21. Dezember 1976 über die Koordinierung des Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABl. 1977, L 13, S. 1 ff.

366 EP, legislative Entschließung vom 9. Juli 1987, ABl. 1987, C 264, S. 84 ff.

367 EP, Art. 4 Abs. 2 zu Vorschlag der Kommission zur Änderung der RL 77/62/EWG.

Standpunkt aufnahm, bestand das EP auch in zweiter Lesung auf seiner Fassung³⁶⁸ und schlug darüber hinaus vor, den öffentlichen Auftraggebern das Recht zuzugestehen, Bieterunternehmen vom Vergabeverfahren auszuschließen, die ihre Verpflichtungen in Bezug auf die Wahrung der Chancengleichheit nicht erfüllen³⁶⁹. Zwar paßte die Kommission ihren Vorschlag den Vorschlägen des EP an³⁷⁰, der Rat blieb jedoch bei seinem Nein. Dies änderte sich auch nicht, als das EP seinen Vorschlag in zweiter Lesung in eine Kann- und Ermessensvorschrift abwandelte³⁷¹. Im Endeffekt fand also keiner der Vorschläge des EP Eingang in die modifizierte Richtlinie.

b. Novellierung der Baukoordinierungsrichtlinie

Art. 29 Abs. 4 RL 71/305/EWG hatte vorgesehen, daß ausnahmsweise die Erteilung des Zuschlags nach anderen Kriterien als dem des wirtschaftlich günstigsten Angebotes erfolgen könne, sofern die angewandte Regelung mit dem Vertrag, insbesondere mit den Beihilfevorschriften der Art. 87 Abs. 1 EG ff. vereinbar sei. RL 89/440/EWG³⁷² beschränkte diese Ausnahmen über Art. 29 Abs. 4 inhaltlich auf *Altfälle* und durch Art. 29a Abs. 1 für die Regionalförderung zeitlich bis zum 31. Dezember 1992. Im Verfahren um die Novellierung von RL 71/305/EWG hatte das EP vorgeschlagen, den öffentlichen Auftraggebern zu erlauben, als Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit den Bieterunternehmen eine Tariftreueerklärung abzufordern³⁷³. Außerdem sollten Bieterunternehmen, welche die arbeitsrechtlichen Vorgaben sowie die Rechtsvorschriften zum Schutz der Chancengleichheit nicht einhalten, nicht zur Abgabe von Angeboten zugelassen werden³⁷⁴. Während die Kommission den Vorschlag aufgriff³⁷⁵, lehnte der Rat dessen Aufnahme in den Gemeinsamen Standpunkt ab³⁷⁶.

368 *EP*, Beschluß betreffend den Gemeinsamen Standpunkt des Rates zu dem Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie zur Abänderung der Richtlinie 77/62/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge und zur Streichung einiger Bestimmungen der Richtlinie 80/767/EWG, ABl. 1988, C 13, S. 62 ff. (63).

369 *EP*, legislative Entschließung und Stellungnahme zu dem Vorschlag der Kommission an den Rat für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinie 77/62/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge und zur Streichung einiger Bestimmungen der Richtlinie 80/767/EWG (erste Lesung), ABl. 1987, C 246, S. 84 ff.

370 *Kommission*, zweite Änderung des Vorschlags für Richtlinie des Rates zur Änderung der RL 77/62/EWG, KOM (87) 468 endg., ABl. 1987, C 303, S. 3 ff.

371 *EP*, Beschluß vom 16. Dezember 1987, betreffend den Gemeinsamen Standpunkt des Rates zum Vorschlag der Kommission für eine RL zur Änderung der RL 77/66/EWG, ABl. 1987, C 13, S. 62 ff.

372 RL 89/440/EWG des Rates vom 18. Juli 1989 zur Änderung der RL 71/305/EWG über die Koordination der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl. 1989, L 210, S. 1 ff.

373 *EP*, legislative Entschließung und Stellungnahme zu dem Vorschlag der Kommission an den Rat für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinie 71/305/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (erste Lesung), ABl. 1988, C 167, S. 76 ff.

374 *EP*, legislative Entschließung und Stellungnahme zu dem Vorschlag der Kommission an den Rat für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinie 77/62/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge und zur Streichung einiger Bestimmungen der Richtlinie 80/767/EWG (erste Lesung), ABl. 1987, C 246, S. 84 ff.

375 *Kommission*, zweite Änderung des Vorschlags für Richtlinie des Rates zur Änderung der RL 77/62/EWG, KOM (1987), 468 endg., ABl. 1987, C 303, S. 3 ff.

376 *Rat*, Gemeinsamer Standpunkt zu dem Vorschlag der Kommission für eine RL zur Änderung der RL 71/305/EWG. ABl. 1989, C 69, S. 69 ff. (71).

c. Novellierung der Koordinierungsrichtlinie für die Sektoren

Im Vorfeld der Beratungen für den Erlass der RL 90/531/EWG³⁷⁷ hatte der Wirtschafts- und Sozialausschuß betont, daß eine wirtschaftliche Liberalisierung nur dann akzeptabel sei, wenn parallel sozial- und beschäftigungspolitische Begleitmaßnahmen getroffen würden. Das EP wollte im Rahmen der Beratungen zusätzlich *unbefristete grandfather clauses* einführen, um die Chancengleichheit für Frauen, Behinderte und Wanderarbeiter zu fördern³⁷⁸. Weder die Kommission noch der Rat gingen auf diese Vorschläge ein. Die Sektorenrichtlinie wurde ohne Berücksichtigung dieser Anregungen verabschiedet.

d. Novellierung der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie

Im Verfahren zum Erlass der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie hatte das EP die Förderung von sozial schwächeren Gruppen auf dem Arbeitsmarkt (Frauen, Behinderte, Angehörige ethnischer Minderheiten, Wanderarbeiter, religiöse Gruppierungen, Langzeitarbeitslose, Empfänger von Sozialhilfe etc.) vorgeschlagen, sofern diese Bestimmungen mit dem EG-Vertrag vereinbar sind³⁷⁹. Auch dieser Vorstoß scheiterte an Rat und Kommission.

3. Ergebnis der historischen Auslegung

Die Geschichte der Reformen der ehemaligen Vergaberichtlinien zeigt, daß dem Gemeinschaftsgesetzgeber die Option durchaus bekannt war, das öffentliche Auftragswesen um soziale Vergabekriterien zu bereichern. Die Frage wurde ausführlich diskutiert³⁸⁰. Letztendlich wurden jedoch alle Initiativen des EP sowie des Wirtschafts- und Sozialausschusses abgeschmettert³⁸¹. Es darf allerdings nicht übersehen werden, daß sich die Kommission zeitweise die Vorschläge des EP zu eigen machte, zeitweise also soziale Vergabekriterien als mit dem Ziel der öffentlichen Auftragsvergabe vereinbar ansah³⁸². Der Argumentation, daß die fehlende Normierung sozialer Vergabekriterien lediglich auf einer unbewußten Regelungslücke des Gemeinschaftsgesetzgebers beruhte, ist der Boden jedenfalls entzogen³⁸³. Der Gemein-

377 RL 90/531/EWG des Rates vom 17. September 1990 betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. 1990, L 297, S. 1 ff.

378 EP, geänderter Text des von der Kommission KOM (1988), 377 endg. vorgeschlagenen Textes für eine RL des Rates betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, ABl. 1989, C 158, S. 258 ff., Art. 23 Abs. 2 a.

379 EP, geänderter Text des Vorschlags der Kommission KOM (1990), 372 endg. für eine RL des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABl. 1991, C 158, S. 90 ff. Art. 25 Abs. 2, Änderungen 82 und 71.

380 Boesen, Vergaberecht, § 97, Rdnr. 120; Fante, Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 206.

381 Benedict, Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, 87, 99, 105, 107; Fante, Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 206; Gleichner, in: Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. IV, München, 2002, 193 (236); Hailbronner, WiVerw 1994, 173 (205); Huber, ThürVBl. 2000, 193 (195); Kling, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 220; Prieß, Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union, 104; Puhl, VVdSTRL 2001, 456 (499); Schäfer, Öffentliche Belange im Auftragswesen und Europarecht, 223 ff.; Seidel, ZVgR 2000, 195 (197); eadem, BS Januar 2001, B IV (IV).

382 Rust, in: Recht und soziale Arbeitswelt, FS-Däubler, 900 (909).

383 Frenz, WuW 2002, 352 (354); Schenk, Das neue Vergaberecht, 67 f.

schaftsgesetzgeber wollte an der betriebswirtschaftlichen Ausrichtung der Vergaberichtlinien festhalten³⁸⁴.

4. Eingeschränkte Bedeutung der historischen Auslegung

Im Spektrum der Auslegungsmethoden kommt auch der am Willen des historischen Gemeinschaftsgesetzgebers orientierten Auslegung eine lediglich untergeordnete Bedeutung zu³⁸⁵. Grund für den niedrigen Stellenwert ist der einzigartige „Kompromiß- und Verhandlungsscharakter“³⁸⁶ des gemeinschaftlichen Rechtsetzungsprozesses. Dieser wird noch verstärkt durch die seinerzeit im Vergleich zu Rat und Kommission institutionell schwach ausgeprägte Stellung des EP, des einzigen unmittelbar demokratisch legitimierten Gemeinschaftsorgans. Auch im Fall der Novellierung der Vergaberichtlinien hatte sich diese institutionelle Schwäche wieder bestätigt. Zwar hatte das EP im Verfahren der Zusammenarbeit gemäß Art. 252 EG jeweils die Möglichkeit, sich zu den Vorschlägen der Kommission und zum Gemeinsamen Standpunkt des Rates zu äußern, hatte jedoch in seinen Reformbestrebungen nie eine Chance, seine Vorstellungen zu sozialen Vergabekriterien durchzusetzen. Zuallererst erweist sich eine Auslegung, welche streng auf den Willen des historischen Normgebers abstellt, als viel zu statisch, um dem unaufhörlichen gesellschaftlichen Wandel gerecht zu werden. Angesichts der genannten Schwächen ist wie im Fall der Wortlautanalyse auch das Ergebnis der historischen Auslegung zu relativieren.

III. Systematische Auslegung

1. Definition und Funktion

Die systematische Auslegung orientiert sich daran, auf welche Art und Weise die auszuliegende Norm in ihren Regelungskomplex eingebettet ist³⁸⁷. Will man die Bedeutung des einzelnen Elementes bestimmen, gilt es, das Sinnganze ins Auge fassen³⁸⁸. Der von dem EuGH in der berühmten *Van Gend & Loos*-Entscheidung³⁸⁹ geprägte Begriff einer „neuen Rechtsordnung“ impliziert ein einheitliches Rechtssystem. Alle gemeinschaftlichen Normen sind dahingehend als miteinander verknüpft anzusehen, daß sie sich gegenseitig ergänzen und einen kohärenten Regelungszusammenhang bilden. Zur Wahrung der so postulierten Rechtseinheit sind die Normbefehle so auszulegen, daß logische Widersprüche vermieden und Zielkonflikte in einen schonenden Ausgleich gebracht werden³⁹⁰. Die systematische Auslegung von gemeinschaftlichem Sekundärrecht ist auf zweierlei Art und Weise möglich. Im ersten Fall wird der „engere Zusammenhang der Norm“ erschlossen, indem sie zu anderen Vorschriften desselben Normenkomplexes in Relation gesetzt wird. Für den Kasus der sozialen

384 *Schenk*, Das neue Vergaberecht, 68; *Seidel*, EuZW 2000, 762 (763).

385 *Anweiler*, Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 262; *Kling*, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 168, 215; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. II, 57; *Wegener*, in: *Callies/Ruffert* (Hrsg.) (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, Art. 220, Rdnr. 8.

386 *Wegener*, in: *Callies/Ruffert* (Hrsg.) (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, Art. 220, Rdnr. 8.

387 Vgl. *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 43.

388 *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 48.

389 *EuGH*, Rs. 26/62 (*van Gend & Loos*), Slg. 1963, 3, 3. Leitsatz.

390 *Anweiler*, Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 172.