Studien aus dem Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales Sozialrecht 38

Ariane Wiedmann

Die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien im Lichte des Gemeinschaftsrechts

Nomos

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Studien aus dem Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales Sozialrecht

Band 38

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ariane Wiedmann, MJur (Oxon)

Die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien im Lichte des Gemeinschaftsrechts

Nomos

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

Zugl.: München, Univ., Diss., 2006

ISBN 978-3-8329-2660-1

1. Auflage 2007
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2007. Printed in Germany. Alle Rechte,
auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und
der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2006 von der Hohen Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität zu München als Dissertation angenommen. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Zulässigkeit der Tariftreueerklärung steht leider immer noch aus. Im übrigen jedoch wurden Literatur und Rechtsprechung bis zu diesem Zeitpunkt berücksichtigt.

Die Arbeit entstand in meiner Zeit als Doktorandin am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht in München unter der Leitung meines Doktorvaters, Herrn Prof. Dr. Ulrich Becker, LL.M. (EHI), dem ich für die Annahme des Themenvorschlags und der nun folgenden Aufnahme der Doktorarbeit in die von ihm herausgegebene Schriftenreihe „Studien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht“ sehr herzlich danke. Ebenso danke ich Herrn Prof. Dr. Josef Drexl, LL.M. (Berkeley) für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Ungemein hilfreich für das Fortschreiten der Arbeit erwiesen sich weiterhin das positive Feedback und die Anregungen von Prof. Dr. Sue Arrowsmith, B.A. (Oxon) und Prof. Dr. Christopher McCrudden, LL.M. (Yale), die mir im Rahmen der von der *Public Procurement Research Group* in Nottingham veranstalteten Doktoranden-Konferenz zuteil wurden. Äußerst wertvolle Unterstützung bei dem Feinschliff des Manuskripts habe ich durch die unbestechlichen Dr. Michael Kuss, Dr. Peter Köhler, Dr. Thomas Lakenberg, MJur (Oxon), Dr. Thomas Pickartz, Dr. Philipp Schweitzer und Herrn Dan Tidten erhalten. Uneingeschränkten Zuspruch habe ich schließlich gerade in den letzten Phasen der Arbeit durch den uneigennützigen Dr. Bernd Schulte sowie Herrn Prof. Dr. Rudolf Streinz und meine Lehrstuhlkollegen Dr. Christoph Herrmann, LL.M. (London) und Prof. Dr. Christoph Ohler, LL.M. (Brügge) erhalten. *Last but not least* möchte ich meiner Kollegin und Freundin, der schlicht unersetzlichen Dr. Mona Goller, für die stets bereichernde Kohabitation danken.

Die Arbeit ist meinen Eltern gewidmet.

München im August 2006

Ariane Monika Isabel Wiedmann, MJur (Oxon)

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis 19

Einleitung 23

A. Gegenstand der Untersuchung 23
B. Gang der Untersuchung 29

Kapitel Eins: Das gemeinschaftliche Vergaberegime 33

A. Gemeinschaftsrechtlicher Rahmen für die öffentliche Auftragsvergabe 33
I. Verankerung der öffentlichen Auftragsvergabe auf Sekundärrechtsebene 33
II. Anwendbarkeit der Vergaberichtlinien 34
III. Transparenz- und Publizitätsvorgaben 34
IV. Prüfungsstationen des Vergabeverfahrens 35

B. Definition, Funktion und Ausgestaltung sozialer Vergabekriterien 36
I. Terminologie 36
II. Definition und Funktion 37
III. Einsatz- und Anwendungsmöglichkeiten für soziale Vergabekriterien 38

C. Rechtsprechung des EuGH 39
I. Urteil des EuGH in der Rechtssache *Beentjes* 39
1. Sachverhalt 39
2. Position des EuGH 40
3. Analyse und Bewertung 40
II. Urteil des EuGH in der Rechtsache *Französische Schulen* 43
1. Sachverhalt 43
2. Position des EuGH 43
3. Analyse und Bewertung 44
III. Urteil des EuGH in der Rechtssache *Concordia Bus* 47
1. Sachverhalt 47
2. Position des EuGH 47
3. Analyse und Bewertung 48
a. Zulässigkeit nicht-wirtschaftlicher Zuschlagskriterien 48
b. Subjektive Perspektive des öffentlichen Auftraggebers 49
c. Aussagegehalt des Zusammenhangserfordernisses 50
d. Auslegung der Vergaberichtlinien anhand der Ziele des EG-Vertrages 51
e. Transparenz, Willkürverbot und Gleichbehandlungsgrundsatz 52
f. Ergebnis 53
IV. Urteil des EuGH in der Rechtssache *EVN und Wienstrom* 54
1. Sachverhalt 54
2. Position des EuGH 55
3. Analyse und Würdigung 55
a. Zulässigkeit nicht-wirtschaftlicher Zuschlagskriterien 55
b. Aussagegehalt des Zusammenhangserfordernisses 56
c. Konsequenzen für die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien 58
d. Ergebnis 59

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

D. Auslegung der RL 93/37/EWG, RL 93/36/EWG und RL 92/50/EWG 59
I. Wortlautanalyse 59
1. Definition und Funktion 59
2. Kein explizites Verbot sozialer Vergabekriterien 59
3. Der unbestimmte Rechtsbegriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots 60
a. Neutralität des Begriffs der Wirtschaftlichkeit 60
b. Betriebswirtschaftliche Konnotation durch Alternativ- und Subkriterien 61
4. Ergebnis der Wortlautanalyse 61
5. Eingeschränkte Bedeutung der Wortlautanalyse als Auslegungsmethode 62
II. Historische Auslegung 62
1. Rechtsgrundlagen und Begründungserwägungen der Vergaberichtlinien 62
2. Novellierung der Vergaberichtlinien 63
a. Novellierung der Lieferkoordinierungsrichtlinie 63
b. Novellierung der Baukoordinierungsrichtlinie 64
c. Novellierung der Koordinierungsrichtlinie für die Sektoren 65
d. Novellierung der Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie 65
3. Ergebnis der historischen Auslegung 65
4. Eingeschränkte Bedeutung der historischen Auslegung 66
III. Systematische Auslegung 66
1. Definition und Funktion 66
2. Gemeinsame Teilnahmebestimmungen 67
3. Eignungskriterien 67
4. *Grand father clauses* 68
5. Normen mit sozialpolitischem Gehalt 68
6. Nachweisvorschriften 69
7. Losvergabe 69
a. Definition der Losvergabe 69
b. Nachteile der Losvergabe 70
aa. Erhöhte Beschaffungskosten 70
bb. Erhöhter Verwaltungsaufwand 70
cc. Erhöhtes Prozeßkostenrisiko 70
dd. Diskriminierungspotential 71
ee. Zusammenfassung 71
c. Wettbewerbsnachteile für KMU auf dem öffentlichen Markt 71
d. Funktion und Wirkungsweise der Losvergabe: Mittelstandsförderung 72
e. Losvergabe als Wettbewerbseingriff 72
aa. Europäische Charta für Kleinunternehmen 73
bb. Berichte der Kommission zur KMU-Förderung 73
f. Ergebnis zur Losvergabe 74
8. Ergebnis zur systematischen Auslegung 75
IV. Teleologische Auslegung 75
1. Definition und Funktion 75
2. Verquickung von systematischer und teleologischer Auslegung 76
3. Dynamische Natur der Gemeinschaftsrechtsordnung 76
4. Telos der Vergaberichtlinien 77
a. Kein gemeinschaftliches Gebot sparsamer Haushaltsführung 77
b. Ziel der Wettbewerbsöffnung 78
5. Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH 80
a. Institutionelles Gleichgewicht innerhalb der Gemeinschaftsorgane 81
b. Höherer Argumentationsaufwand bei Rechtsfortbildung 81
c. Gefahr der Unglaubwürdigkeit des EuGH 81

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

d. Gefahr der Unglaubwürdigkeit des vertretenen Standpunktes 82

Kapitel Zwei: Die Entwicklung des gemeinschaftlichen Beihilfenrechts 83

A. Einleitung 83
I. Traditionelle Sichtweise: Beihilfen- und Vergaberecht als getrennte Rechtsgebiete 83
II. Moderne Sichtweise: Beihilfen- und Vergaberecht als verwandte Rechtsgebiete 83
III. Ratio des gemeinschaftlichen Beihilfenregimes 86
IV. Objektivität des Beihilfenbegriffs 86
1. Beihilfentatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG 87
a. Vorteilswirkung der staatlichen Maßnahme 87
aa. Definition des *market economy investor test* 87
bb. Ratio des *market economy investor test* 88
cc. *Long term investor test* 88
dd. Kontrolldichte der nationalen Gerichte 89
b. Selektivität der staatlichen Maßnahme 89
c. Transfer staatlicher Mittel 90
aa. Definition des Transfers staatlicher Mittel 90
bb. Mittelsmannkonstellationen 90
cc. Zurechenbarkeitskriterium nach der Rechtsprechung des EuGH 90
d. Wettbewerbsverfälschung und Beeinträchtigung des inter-mitgliedstaatlichen Handels 91
2. Legalausnahmen gemäß Art. 87 Abs. 2 und 3 EG sowie 73 EG 91
3. Beihilfenaufsicht durch die Kommission 92
a. Zweistufigkeit des Kontrollverfahrens 92
b. Notifizierungspflicht und Durchführungsverbot 93
4. Gruppenfreistellungsverordnungen 93
5. Analyse und Bewertung 94

B. Praxis der Kommission 94
I. Instrumentalisierung des offenen Ausschreibungsverfahrens 94
1. Vereinbarkeitsvermutung 94
a. Kriterium der Diskriminierungsfreiheit 95
b. Kriterium der Publizität 95
c. Kriterium der Bedingungslosigkeit 96
2. Unvereinbarkeitsvermutung 97
3. Einsatzgebiete für die Vereinbarkeitsvermutung 97
4. Rezeption der Instrumentalisierung des offenen Ausschreibungsverfahrens 98
a. Vereinbarkeitsvermutung 98
b. Unvereinbarkeitsvermutung 98
II. Analyse und Bewertung 99
1. Unvereinbarkeitsvermutung 99
2. Implikationen für soziale Vergabekriterien 100

C. Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte 100
I. Urteil des EuGH in der Rechtssache *Du Pont de Nemours Italiana* 101
1. Sachverhalt 101
2. Position des EuGH 101

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Analyse und Bewertung 101
II. Urteil des EuG in der Rechtssache *BAI* 104
1. Sachverhalt 104
2. Rechtliche Würdigung des EuG 104
3. Analyse und Bewertung 105
a. Anwendung des *market economy investor test* auf das staatliche Nachfrageverhalten 105
b. Vorteilscharakter sozialer Vergabekriterien 105
c. Rechtsfolgen der Qualifikation als Beihilfe 106
d. Implikationen für die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien 106
III. Urteil des EuG in der Rechtssache *FFSA/Kommission* 107
1. Sachverhalt 107
2. Rechtliche Würdigung des EuG 107
3. Beschluß des EuGH 108
4. Analyse und Bewertung 108
IV. Urteil des EuG in der Rechtssache *SIC/Kommission* 110
1. Sachverhalt 110
2. Rechtliche Würdigung des EuG 110
3. Analyse und Bewertung 111
V. Urteil des EuGH in der Rechtssache *CELF* 111
1. Sachverhalt 111
2. Position des EuGH 112
3. Analyse und Bewertung 112
VI. Urteil des EuGH in der Rechtssache *Ferring* 113
1. Sachverhalt 113
2. Position des EuGH 114
3. Analyse und Bewertung 114
VII. Prolog 118
VIII. Urteil des EuGH in der Rechtssache *Altmark* 119
1. Sachverhalt 119
2. Position des EuGH 120
3. Analyse und Bewertung 120
a. Bekenntnis des EuGH zum Transparenzansatz 120
b. Regel-/Ausnahmeverhältnis von Ausschreibungsverfahren und Kostenanalyse 124
c. Problemzonen des *Altmark*-Urteils 126
d. Ausschreibungsverfahren im Sinne der Vergaberichtlinien 126
e. *Altmark*-Katalog vor dem Hintergrund der bisherigen Kommissionspraxis 127
IX. Urteil des EuGH in der Rechtssache *GEMO* 128
1. Sachverhalt 128
2. Position des EuGH 129
3. Analyse und Bewertung 129
X. Urteil des EuGH in der Rechtssache *Enirisorse* 130
1. Sachverhalt 130
2. Position des EuGH in der Rechtssache Enirisorse 130
3. Analyse und Bewertung 130
XI. Ergebnis der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte 131

D. Analyse und Bewertung des Transparenzansatzes 131
I. Objektivität des Beihilfenbegriffs 132

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

1. Vorwurf des Verlusts der Objektivität des Beihilfenbegriffs 132
2. Analyse und Bewertung des *market economy investor test* 132
a. Fehlen eines vergleichbaren typischen privaten Nachfrageverhaltens 133
b. Fehlen eines privaten Referenzmarktes bzw. Phänomen des Marktversagens 134
c. Besondere Fürsorge und sozialpolitische Verantwortung des Staates 135
d. Saldierungsfähigkeit der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse 136
aa. Parallele zu Rechtsinstituten des Zivilrechts 137
bb. Marktbedingungen auf Anbieterseite 138
e. Ergebnis zum *market economy investor test* 140
II. Funktionalität der Legalausnahmen von Art. 87 Abs. 1 EG 141
1. Vorwurf der Marginalisierung der Legalausnahmen 141
2. Analyse und Bewertung 142
III. Effizienz der Beihilfenkontrolle 143
1. Vorwurf der Verschlechterung der Beihilfenkontrolle 143
2. Analyse und Bewertung 145
a. Ineffizienz des Notifikationssystems 146
b. Mobilisierung der privaten Wirtschaftsteilnehmer 147
c. Begrenzte Leistungsfähigkeit der Kommission 148
d. Zeitgewinn und Planungssicherheit für Mitgliedstaat und Wirtschaftsteilnehmer 149
e. Ergebnis 150
IV. Status der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse 150
1. Definition der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse 150
2. Wirtschaftsverfassung der Gemeinschaft 153
3. Bedeutung von Art. 16 EG und Art. 36 GR-Charta 153
4. Analyse und Bewertung: 154
a. Dienstleistungen von allgemeinem Interesse als Querschnittsziel der Gemeinschaft 154
b. Art. 16 EG und Art. 36 GR-Charta als Auslegungsmaxime 156
V. Transparenzansatz als Ausfluß des Subsidiaritätsprinzips 156
1. Ratio des Subsidiaritätsprinzips 157
2. Funktion des Subsidiaritätsprinzips 157
3. Rechtsprechung des EuGH 158
4. Analyse und Bewertung 159
a. Dogmatische Redundanz des Subsidiaritätsprinzips 159
b. Subsidiaritätsprinzip als Auslegungsmaxime 160
c. Subsidiaritätsprinzip und Dienstleistungen von allgemeinem Interesse 160
VI. Einheitliche Verfahrensanforderungen 161
1. Vorwurf fehlender einheitlicher Verfahrensanforderungen 161
2. Analyse und Bewertung 162
VII. Gesamtergebnis zum Transparenzansatz 162

Kapitel Drei: Indizwirkung des Transparenzansatzes 164

A. Einleitung 164
I. Ausgangsthese 164
II. Differenzierung innerhalb der sozialen Vergabekriterien 165

B. Generelle Gemeinsamkeiten zwischen Beihilfen- und Vergaberecht 166
I. Investitionsverhalten der öffentlichen Hand 166

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

II. Definitionsmacht der Mitgliedstaaten 166
III. Ratio der beiden Normenkomplexe: Realisierung des Binnenmarktes gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. c EG 167
IV. Traditionell betriebswirtschaftlicher Prüfungsmaßstab 167
V. Aufbau und Struktur von Beihilfen- und Vergaberecht 168

C. Konkrete Gemeinsamkeiten zwischen staatlichen Kompensationszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und sozialen Vergabekriterien 168
I. Vergleichbarkeit der Gemeinwohlbelange 168
1. Vorwurf fehlender Übereinstimmung der Gemeinwohlbelange 168
2. Vorwurf fehlender Quantifizierbarkeit der durch soziale Vergabekriterien geförderten Gemeinwohlbelange 169
3. Analyse und Bewertung 170
a. Identität der Gemeinwohlbelange 170
aa. Überschneidung von Gemeinwohl- und Partikularinteresse 170
bb. Zugänglichkeit für sozial benachteiligte Bevölkerungs- und Arbeitnehmergruppen 171
(1). Kriterium der Erschwinglichkeit 171
(2). Ziel der Chancengleichheit 171
(3). Ergebnis 173
b. Quantifizierbarkeit der Gemeinwohlbelange 173
aa. Volkswirtschaftliche Kalkulation 173
bb. Betriebswirtschaftliche Kalkulation 174
cc. Keine Geltung des *market economy investor test* 174
dd. Ergebnis zur Quantifizierbarkeit der 176
c. Ergebnis zur Vergleichbarkeit der Gemeinwohlbelange 177
II. Rückzug des Staates aus der Eigenwahrnehmung öffentlicher Aufgaben 177
1. Erfolgreiche Privatisierung der Wirtschaftszweige 177
2. Soziale Vergabekriterien als Kompensation für den Verlust der Erfüllungshoheit 178
III. Soziale Vergabekriterien als Ausfluß des Subsidiaritätsprinzips 179
IV. Vorbildwirkung des primärrechtlichen Auslegungswandels 179

D. Vorteile sozialer Vergabekriterien 180
I. Mobilisierung von Humankapital 180
1. Steigerung von Innovation, Kreativität, Loyalität und Produktivität 181
2. Idee der *corporate social responsibility* 182
3. Ergebnis 182
II. Soziale Vergabekriterien als Ausfluß des Querschnittsinstruments *mainstreaming* 182
1. Definition des *mainstreaming*-Ansatzes 183
2. Vorteile des *mainstreaming*-Ansatzes 184
3. Analyse und Bewertung 184
a. Chancengleichheit als Querschnittsstrategie 184
b. Soziale Vergabekriterien als Bindeglied zwischen *mainstreaming* und gemeinschaftlicher Beschäftigungsstrategie 185
c. Anforderungen des *mainstreaming* an soziale Vergabekriterien 186
III. Soziale Vergabekriterien als Ausfluß der sozialen Integration der Gemeinschaft 186
1. Primärrecht 186

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

a. EWG-Vertrag als Ausgangspunkt 186
b. Vertrag von Amsterdam als vorläufiger Endpunkt 187
aa. Integratationsauftrag gemäß Art. 1 EU und Art. 2 EG 187
bb. Arbeitsmarkt- und Beschäftigungspolitik gemäß Art. 125 ff. EG und Art. 136 ff. EG 187
cc. Chancengleichheit gemäß Art. 13 EG und Art. 141 EG 187
2. Sekundärrecht 188
3. *Soft law* 189
4. *Not (yet) law*: Vertrag über eine Verfassung von Europa 190
5. Analyse und Bewertung 190
a. Sozialer *acquis communautaire* 190
b. Notwendigkeit der sozialen Integration 192
c. Ergebnis 192
IV. Verhältnismäßigkeit sozialer Vergabekriterien 193
1. Definition und Funktion des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes 193
2. Betroffene Gemeinwohlbelange 193
a. Freier Wettbewerb gemäß Art. 4 Abs. 1 EG 193
b. Keine Grundrechtsbetroffenheit der Bieterunternehmen und deren Arbeitnehmer 194
c. Chancengleichheits-, Integrations- und Beschäftigungsziele gemäß Art. 2, 3, 13, 141 Abs. 4 und 150 Abs. 4 EG 194
3. Geeignetheit sozialer Vergabekriterien 195
a. Wiedereingliederungseffekt sozialer Vergabekriterien 195
aa. Vorwurf fehlender Wiedereingliederungseffekte 195
bb. Analyse und Bewertung 196
b. Diskriminierungspotential sozialer Vergabekriterien 197
aa. Vorwurf mittelbarer Diskriminierungswirkung sozialer Vergabekriterien 197
bb. Analyse und Bewertung 198
(1). Kein spezifisches Diskriminierungspotential 198
(2). Generelle Mißbrauchsgefahr der Vergabekriterien 198
(3). Generelles Problem mangelnder Umsetzung der Transparenzvorgaben 199
(4). Mangel an Sanktionspotential 200
(5). Anknüpfungspunkt sozialer Vergabekriterien 200
(6). Ergebnis 204
c. Kontrolle auf Einhaltung sozialer Vergabekriterien 204
aa. Vorwurf der Überforderung der öffentlichen Auftraggeber 204
bb. Analyse und Bewertung 205
(1). Generelles Problem mangelnder Professionalität 205
(2). Zuständigkeit von kompetenten Entscheidungsgremien 205
(3). Gemeinschaftseinheitliche Definition der zu fördernden Personengruppen 206
d. Soziale Vergabekriterien und KMU 207
e. Ergebnis 207
4. Erforderlichkeit sozialer Vergabekriterien 207
a. Definition und Funktion der Erforderlichkeitsprüfung 207
b. Alternative Maßnahmen 207
aa. Freiwillige Initiativen der Privatwirtschaft 207
bb. Individuelle Durchsetzung des Diskriminierungsverbots 208
cc. Direkte Subventionen und gesetzliche Beschäftigungsquoten 208

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(1). Freikaufeffekt und schwerer wiegender Eingriff durch direkte Subventionen und gesetzliche Beschäftigungsquoten 209
(2). Marginalität der durch soziale Vergabekriterien verursachte Kostensteigerung 210
(3). Appell- und Erinnerungsfunktion der sozialen Vergabekriterien 210
(4). Abbau der psychologischen Hemmschwelle bei den öffentlichen Auftraggebern 211
(5). Prognosecharakter der Erforderlichkeitsprüfung 212
c. Ergebnis 212
5. Angemessenheit sozialer Vergabekriterien 213
a. Definition und Funktion der Angemessenheitsprüfung 213
b. Querschnittscharakter der durch sozialen Vergabekriterien geförderten Ziele 213
c. Vorgabe quantitativer Klassenziele 214
d. Vorbildfunktion der öffentlichen Auftraggeber 215
e. Begrenzung der Mehrkosten durch Maximalabstandsgebote 215
f. Katalog von Vergabekriterien 216
g. Kumulationsverbot sozialer Vergabekriterien 216
h. Gewichtung der sozialen Vergabekriterien im Verhältnis zu rein betriebswirtschaftlichen Vergabekriterien 217
i. Effektivität der Vergabekontrolle 218
aa. Rechtsschutzniveau im Vergaberecht 218
bb. Reformvorschläge 220
cc. Ergebnis 221
j. Individuelle Zumutbarkeit sozialer Vergabekriterien 221
aa. Vorwurf individueller Unzumutbarkeit 221
bb. Analyse und Bewertung 222
(1). Standard eines durchschnittlich gut geführten Unternehmens 222
(2). Vorhersehbarkeit der sozialen Anforderungen 222
(3). Vergleich mit der Privatwirtschaft 222
k. Ergebnis 223

Kapitel Vier: Indizwirkung von *affirmative action*-Maßnahmen 224

A. Einleitung 224
I. Gemeinschaftsrechtlicher Maßstab für *affirmative action*-Maßnahmen 224
II. Gleichheitsbegriff 225
1. Der formelle Gleichheitsbegriff 225
2. Der materielle Gleichheitsbegriff 225
3. Der Chancengleichheitsansatz 226

B. Rechtsprechung des EuGH 227
I. Urteil des EuGH in der Rechtssache *Kalanke* 227
1. Sachverhalt 227
2. Position des EuGH 227
3. Analyse und Bewertung 227
II. Urteil des EuGH in der Rechtssache *Marschall* 228
1. Sachverhalt 228
2. Position des EuGH 228
3. Analyse und Bewertung 229
III. Urteil des EuGH in der Rechtssache *Badeck* 230

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

1. Sachverhalt 230
2. Position des EuGH 231
3. Analyse und Bewertung 231
IV. Urteil des EuGH in der Rechtssache *Abrahamsson* 231
1. Sachverhalt 231
2. Position des EuGH 232
3. Analyse und Bewertung 232
V. Ergebnis zur Rechtsprechung des EuGH 233
VI. Vorteile von *affirmative action*-Maßnahmen 233
1. Beseitigung bestehender Zugangshindernisse 233
2. Optimierung der Entscheidungsprozesse 234
3. *Role-Model*-Wirkung 234
VII. Generelle Gemeinsamkeiten zwischen *affirmative action*-Maßnahmen und sozialen Vergabekriterien 234
1. Leistungswettbewerb 235
2. Identität der Gemeinwohlbelange 235
3. Entwicklung der Rechtsprechungslinie des EuGH 235
4. Fehlgeschlagene Reformversuche in der Vergangenheit 236
5. Gemeinsamkeit zwischen *affirmative action*-Maßnahmen und subsidiären sozialen Zuschlagskriterien 236
VIII. Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen *affirmative action*-Maßnahmen und sozialen Zuschlagskriterien 237
1. Individuelle Verantwortung der Bieterunternehmen 237
2. Öffnungsklausel und Relative Ausschlußwirkung sozialer Zuschlagskriterien 238
3. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit 238
4. Objektives Verfahren 239
5. Fiktion der Gleichwertigkeit 239
6. Ergebnis 240

Kapitel Fünf: Tariftreueverpflichtung 241

A. Einleitung 241
I. Besonderheit der Tariftreueverpflichtung 241
II. Ratio der Tariftreueverpflichtung 241
1. Wettbewerbsdruck auf die nationalen Sozialstandards 241
2. Mindestlöhne im Sinne RL 96/71/EG im Hochlohnmitgliedstaat Deutschland 242
3. Definition und Ausgestaltung der Tariftreueverpflichtung 243
a. Deklaratorische Tariftreueverpflichtungen 243
b. Konstitutive Tariftreueverpflichtungen 243
4. Beispiel des gescheiterten deutschen Tariftreuegesetzes (TTG) 243

B. Gemeinschaftlicher Maßstab für die Tariftreueverpflichtung 244
I. Keine Einschlägigkeit der Art. 81 EG ff. 244
II. Keine Einschlägigkeit von Art. 87 Abs. 1 EG 245
III. Keine Einschlägigkeit von Art. 39 EG 245
IV. Einschlägigkeit der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 49 EG 246
1. Aktive Dienstleistungs- und Entsendefreiheit 246
2. Umfassendes Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot 246
3. Rechtfertigung durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls 247

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

C. Rechtsprechung des EuGH 247
I. Urteil des EuGH in der Rechtssache *Rush Portuguesa* 247
1. Sachverhalt 247
2. Position des EuGH 248
II. Urteil des EuGH in der Rechtssache *Arblade* 248
1. Sachverhalt 248
2. Position des EuGH 248
III. Urteil des EuGH in der Rechtssache *Finalarte* 249
1. Sachverhalt 249
2. Position des EuGH 249
IV. Urteil des EuGH in der Rechtssache *Mazzoleni und ISA* 250
1. Sachverhalt 250
2. Position des EuGH 250
V. Urteil des EuGH in der Rechtssache *Portugaia Construções* 251
1. Sachverhalt 251
2. Position des EuGH 251

D. Analyse und Bewertung 252
I. Vorbildwirkung der Mindestlohnrechtsprechung 252
II. Verhältnismäßigkeit der Tariftreueverpflichtung 254
1. Mittelbare Diskriminierungs- bzw. Beeinträchtigungswirkung 254
2. Rechtfertigung durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls 256
a. Schutz der entsandten EG-ausländischen Arbeitnehmer 256
b. Schutz der inländischen Arbeitnehmer 257
c. Schutz aller Arbeitnehmer in der Gemeinschaft 258
3. Geeignetheit 259
a. Vorwurf der Überforderung der öffentlichen Auftraggeber sowie mangelnder Durchsetzbarkeit der Tariftreueverpflichtung 259
b. Analyse und Bewertung 259
4. Erforderlichkeitsprüfung 260
a. Vorwurf fehlender Erforderlichkeit 260
b. Analyse und Bewertung 261
aa. Besondere Bedeutung des Baugewerbes 261
bb. Flexibilität der Tariftreueverpflichtung 261
cc. Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten bei der Festsetzung des nationalen Mindestlohns 261
dd. Gemeinschaftsrechtliches Prinzip der Optimierung der Sozialstandards 263
ee. Mangelnde Effizienz und unzureichender Schutz der Altarnativmaßnahmen 263
5. Angemessenheitsprüfung 264
a. Vorwurf der Kostensteigerung, Marktabschottung und Bürokratisierung 264
b. Analyse und Bewertung 264
aa. Moderate Mehrbelastung für die öffentlichen Auftraggeber 264
bb. Kein Firmentarif-Dispens für nationale Dienstleister 265
cc. Individuelle Zumutbarkeit 266
dd. Soziale Integration der Gemeinschaft 266
6. Ergebnis zur Verhältnismäßigkeit der Tariftreueverpflichtung 267
Kapitel Sechs: Die neuen Vergaberichtlinien 269

A. Einleitung 269

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

I. Inhalt des Legislativpakets 269
II. Chronologie des Normsetzungsverfahrens 269
III. Ziele der Konsolidierung 270

B. Darstellung der für soziale Vergabekriterien relevanten Normen 271
I. Vergaberechtliche Grundsätze und Prinzipien 271
II. Zuschlagserteilung 271
1. Bewertung des wirtschaftlich günstigsten Angebost aus der subjektiven Perspektive des öffentlichen Auftraggebers 271
2. Wirtschaftliche und qualitative Kriterien 272
3. Verankerung sozialer Aspekte 272
a. Bekenntnis zur EuGH-Rechtsprechung 272
b. Bekenntnis zum Ziel der sozialen Integration in Beruf und Beschäftigung sowie Vorbehalt von öffentlichen Aufträgen für Behindertenwerkstätten 272
c. Kriterium der Zugänglichkeit bei der Festlegung technischer Spezifikationen 273
d. Berücksichtigung sozialer Aspekte bei der Festlegung von Ausführungsbedingungen 273
e. Anwendbarkeit nationaler Arbeitsbedingungen 273
f. Ausschluß von Bieterunternehmen bei Verstoß gegen Gleichbehandlungsrichtlinien 274

C. Analyse und Bewertung 274
I. Breite positiv-rechtliche Verankerung sozialer Aspekte 274
II. Berücksichtigung sozialer Aspekte als Zuschlagskriterien *de lege lata* 275
III. Berücksichtigung sozialer Aspekte als Ausführungsbedingung 277
IV. Berücksichtigung sozialer Aspekte bei der Zuschlagsentscheidung qua Auslegung 279
1. *Argumentum a maiore ad minus* 279
2. Bewertung der wirtschaftlichen Günstigkeit aus der subjektiven Perspektive der öffentlichen Auftraggeber 280
3. Vorbildwirkung umweltbezogener Zuschlagskriterien 281
4. Durchschlagswirkung sozialer Aspekte auf die Definitionshoheit der Mitgliedstaaten über den Auftragsgegenstand 283
5. Vorzugsstellung der KMU 284
6. Berücksichtigung des Vergabekriteriums der Tariftreueverpflichtung 285
7. Anhebung der Transparenzanforderungen 286
a. Gewichtung der Zuschlagskriterien 287
b. Verpflichtung zur Unterrichtung der Bieterunternehmen 288
c. Angebotsvarianten 288
d. Stärkung des Sanktionspotentials bei Korruption 288
V. Erhöhung der Schwellenwerte 289
VI. Keine Verschärfung der statistischen Pflichten 290
VII. Ergebnis zum Legislativpaket 290

Kapitel Sieben: Zusammenfassung und Gesamtergebnis 292
A. Rechtsprechung des EuGH 292
B. Auslegung der RL 93/37/EWG, RL 93/36/EWG und RL 92/50/EWG 292

C. Vergleich zwischen Kompensationsmaßnahmen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und sozialen Vergabekriterien 293

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

D. Vorteile sozialer Vergabekriterien 297

E. Vorteile Verhältnismäßigkeit sozialer Vergabekriterien 298

F. Vergleich zwischen *affirmative action*-Maßnahmen und sozialen Vergabekriterien 300

G. Vergabekriterium der Tariftreueverpflichtung 301

H. Auslegung von RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG 302

I. Resümee und Ausblick 303

Literaturverzeichnis 305

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Abkürzungsverzeichnis

AbfallR	Abfallrecht
AJDA	L'actualité juridique du droit administratif
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht
AuR	Arbeit und Recht
BauR	Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht
BayGT	Bayerischer Gemeindetag
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Betriebsberater
BuW	Betrieb und Wirtschaft
BS	Behördenspiegel
CELS	Centre for European Legal Studies Occasional Paper
CMLR	Common Market Law Review
DB	Der Betrieb
DNV	Die Neue Verwaltung
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DRV	Deutsche Rentenversicherung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EBLR	European Business Law Review
ECLR	European Competition Law Review
Einf.	Einführung
ELF	The European Legal Forum
ELR	European Law Review
EP	Europäisches Parlament
EPL	European Public Law
EStAL	European State Aid Law Quarterly
EuG	Europäisches Gericht erster Instanz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Europarecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
FILJ	Fordham International Law Journal
GA	Generalanwalt
GD	Generaldirektion
GemHH	Der Gemeindehaushalt
GewArch	Gewerbearchiv
JBL	Journal of Business Law
JbUTR	Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts
JCMS	Journal of Common Market Studies
JEPP	Journal of European Public Policy
JIEL	Journal of International Economic Law
JuS	Juristische Schulung
JWT	Journal of World Trade
JZ	Juristenzeitung
ILJ	Industrial Law Journal
i.e.	*id est*
i.V.m.	in Verbindung mit

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

KJ	Kritische Justiz
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
LQR	The Law Quarterly Review
Natur und Recht	Zeitschrift für das gesamte Recht zum Schutze der natürlichen Lebensgrundlagen und der Umwelt
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NdsVBl.	Niedersächsische Verwaltungsblätter
NST-N	Niedersächsischer Städtetag
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Bau- und Vergaberecht
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
PPLR	Public Procurement Law Review
RdA	Recht der Arbeit
RdE	Recht der Energiewirtschaft
RDUE	Revue du droit de l'union européenne
RiA	Recht im Amt
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rs.	Rechtssache
StG	Stadt und Gemeinde
ThürVBl.	Thüringische Verwaltungsblätter
VBlBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
VergabeR	Zeitschrift für das gesamte Vergaberecht
VerwArch	Verwaltungs-Archiv
Vgl.	Vergleiche
VO	Verordnung
Vorbem.	Vorbemerkung
VR	Verwaltungsrundschau
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WSI-Mitteilungen	Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut Mitteilungen
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
z.B.	zum Beispiel
ZeuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien
ZfA	Zeitschrift für Arbeitswissenschaft
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht
ZFK	Zeitschrift für kommunale Wirtschaft
ZfSH/SGB	Zeitschrift für Sozialhilfe und Sozialgesetzbuch
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIAS	Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ZögU	Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
ZVgR	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Einleitung

A. Gegenstand der Untersuchung

Das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe regelt, unter welchen Konditionen der Staat und seine Untergliederungen (öffentliche Auftraggeber) von privaten Unternehmen Güter und Dienstleistungen entgeltlich erwerben können. Die primäre Funktion der öffentlichen Auftragsvergabe liegt in der Bedarfsdeckung der öffentlichen Hand zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben nach dem Prinzip *best value for public money*[1]. Gleichwohl besteht in vielen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft eine lange Tradition, die öffentliche Auftragsvergabe für die Erreichung nicht-wirtschaftlicher, über die reine Bedarfsdeckung hinausgehender Ziele fruchtbar zu machen[2]. Angesichts der angespannten Lage auf den meist gruppenspezifisch segregierten Arbeitsmärkten in den Mitgliedstaaten nutzen die öffentlichen Auftraggeber die öffentliche Auftragsvergabe zunehmend dazu, die Bieter und Bewerber (Bieterunternehmen) zur Einstellung von Langzeitarbeitslosen, Frauen, Auszubildenden, älteren und behinderten Arbeitnehmern sowie Angehörigen ethnischer Minderheiten zu bewegen bzw. zur Einhaltung der örtlich geltenden Tariflöhne anzuhalten. Noch verbreiteter ist allerdings auch weiterhin die protektionistische Angewohnheit, öffentliche Aufträge bevorzugt an die heimische Wirtschaft zu vergeben[3]. Vor diesem konfliktbeladenen Hintergrund ist Gegenstand der vorliegenden Untersuchung die Beantwortung der Frage, ob und inwiefern das Gemeinschaftsrecht es zuläßt, daß die öffentlichen Auftraggeber die Vergabe eines öffentlichen Auftrags an die Erfüllung sozialer Vergabekriterien knüpfen.

Die gegenwärtige Praxis der Mitgliedstaaten bietet reichhaltig Beispiele für derartige sozial- und beschäftigungspolitischen Vergabekriterien. In Deutschland erlaubt § 97 Abs. 4 2. HS Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) seit dem 1999 erlassenen Vergaberechtsänderungsgesetz (VgRÄG)[4] den öffentlichen Auftraggebern die Anwendung „weiterer Anforderungen, wenn dies durch (formelles) Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist“. Die

1 *Kommission,* Mitteilung vom 28. November 2001 über das auf das Öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, KOM (2001), 274 endg., ABl. 2001, C 333, S. 13 ff., Rdnr. 3; *eadem,* Mitteilung vom 15. Oktober 2001 über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, KOM (2001), 566 endg., ABl. 2001, C 333, S. 27 ff, Einleitung.

2 Vgl. *Arrowsmith,* PPLR 1992, 408 (408); *eadem/Linarelli/Wallace,* Regulating Public Procurement, 11, 237; *Götzke,* Die Berücksichtigung des Umweltschutzes bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge, 17; *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 284; *McCrudden,* JIEL 1999, 3 (7); *idem,* in: Public Procurement: Global Revolution, 219 (219); *Meyer,* Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 40; *Neßler,* DÖV 2000, 145 (147); *Odendahl,* EuZW 2004, 647 (647); *Pietzcker,* Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, 304; *Schneider*, DVBl. 2003, 1186 (1186).

3 *Kommission,* A report on the functioning of public procurement markets in the EU: benefits from the application of EU directives and challenges for the future, 1 (3), Doc. 03/02/2004; abrufbar unter: http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/publproc/general/public-proc-market-finalreport_en.pdf.

4 GWB, Bekanntmachung der Neufassung vom 26. August 1998, in der Fassung der Änderung vom 2. September 2002, BGBl. I, S. 3448 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Bundesländer Bayern[5], Berlin[6], Bremen[7], Niedersachsen[8], Nordrhein-Westfalen[9], Schleswig-Holstein[10] und das Saarland[11] haben von dieser Ermächtigungsnorm Gebrauch gemacht. Auch der am 8. September 2001 in Kraft getretene französische Vergaberechtskodex (*Nouveau Code des Marchés Publics*[12]) eröffnet den öffentlichen Auftraggebern in Art. 14 die Möglichkeit, den Bietern soziale Ausführungsbedingungen (*conditions d'exécution sociales*) abzuverlangen. Die können darauf gerichtet sein, „die Anstellung derjenigen Personen zu fördern, die schwer in den Arbeitsmarkt zu integrieren sind, im Kampf gegen die Arbeitslosigkeit zu helfen“[13]. Das Vergaberecht des Vereinigten Königreichs, die *Public Works Contracts Regulations* 1991[14], *Public Services Contracts Regulations* 1994[15], *Public Supply Contracts Regulations* 1995[16] in Gestalt der *Public Contracts (Works, Services and Supply) (Amendment) Regulations 2000*[17] und der *Public Contracts (Works, Services and Supply) and Utilities Contracts (Amendment) Regulations 2003*[18], enthält zwar momentan keine sozialen Vergabekriterien. Jedoch erwägt die durch den *Local Government Act 1988* gestärkte *Greater London Authority* (GLA) die Einführung von *fair wages clauses* bei der Vergabe öffentlicher Aufträge[19].

In den Lichtkegel des Gemeinschaftsrechts rückte die Frage der Berücksichtigung sozialer Aspekte im Vergaberecht mit dem Schlüsselurteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zur Rechtssache *Beentjes*: Darin hatte der EuGH das Vergabekriterium der Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen mit der damals geltenden Baukoordinierungsrichtlinie, RL

5 Art. 4 Abs. 1 Bayerisches Bauaufträge-Vergabegesetz (BayBauVG) vom 28. Juni 2000, BayGVBl. 2000, S. 364.

6 § 1 Abs. 1 Berliner Vergabegesetz (VgG Bln) vom 9. Juli 1999, GVBl. Bln 1999, S. 369.

7 § 4 Vergabegesetz für das Land Bremen vom 17. Dezember 2002, GVBl. Bremen 2002, S. 594.

8 § 3 Abs. 1 Landesvergabegesetz Niedersachsen (NdsLVG) vom 2. September 2002, GVBl. 2002, S. 370.

9 § 3 Abs. 1 Tariftreuegesetz Nordrhein-Westfalen (TariftG NRW) vom 17. Dezember 2002, GVBl. NRW 2003, S. 8.

10 § 3 Gesetz zur tariflichen Entlohnung bei öffentlichen Aufträgen (Tariftreuegesetz Schl.-H.) vom 7. März 2003, GVBl. Schl.-H. 2003, S. 136.

11 § 4 Saarländisches Bauaufträge-Vergabegesetz (SaarBauVG) vom 23. August 2000, Saar ABl. 2000, S. 218.

12 Décret Nr. 2001-210 portant Code des marchés publics vom 7. März 2001, J.O.R.F. Nr. 571 vom 8. März 2001, S. 37003, Art. 1 und, Art. 2.

13 La définition des conditions d'exécution d'un marché dans les cahiers des charges peut viser à promouvoir l'emploi de personnes rencontrant des difficultés particulières d'insertion, à lutter contre le chômage ou à protéger l'environnement. Ces conditions d'exécution ne doivent pas avoir d'effet discriminatoire à l'égard des candidats potentiels.

14 Statutory Instrument 1991 Nr. 2680, Public Works Contracts Regulations 1991, in Kraft getreten am 21. Dezember 1991.

15 Statutory Instrument 1993 Nr. 3228, Public Services Contracts Regulations 1993, in Kraft getreten am 13. Januar 1994.

16 Statutory Instrument 1995 Nr. 201, Public Supply Contracts Regulations 1995, in Kraft getreten am 21. Februar 1995.

17 Statutory Instrument 2000 Nr. 2009, Public Contracts (Works, Services and Supply) (Amendment) Regulations 2000, in Kraft getreten am 16. August 2000.

18 Statutory Instrument 2003 Nr. 46, Public Contracts (Works, Services and Supply) and Utilities Contracts (Amendment) Regulations 2003, in Kraft getreten am 4. Februar 2003.

19 “Each employee of the Contractor who is at any time engaged in the contract work shall be employed by the Contractor at that time on terms and conditions of service which are, when considered as a whole, no less favourable to that employee than the terms and conditions of service which the GLA would at that time afford an employee engaged in equivalent work or of equivalent seniority”; abrufbar unter: http://www.unison.org.uk.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

71/305/EWG[20], sowie dem primären Gemeinschaftsrecht für vereinbar erklärt[21]. Dieses Urteil stieß auf vehemente Opposition der Kommission und erregte einen Sturm der Entrüstung in der rechtswissenschaftlichen Literatur („groteskes Fehlurteil"[22]). Diese sah aufgrund der sozialpolitisch motivierten Nachfragemacht der Mitgliedstaaten die gemeinschaftliche Wettbewerbsordnung bedroht[23] und die Büchse der Pandora geöffnet[24]. Daher einigte man sich schnell darauf, *Beentjes* als isolierte Einzelentscheidung zu bagatellisieren[25]. Allerdings bestätigte der EuGH im folgenden in den Urteilen *Französische Schulen*[26] vom 26. September 2000, *Concordia Bus*[27] vom 17. September 2002 und *Wienstrom*[28] vom 4. Dezember 2003 die in *Beentjes* eingenommene Position und gab damit der Debatte um die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien weiter Nahrung.

Trotz dieser Rechtsprechungsserie blieb die sich sonst üblicherweise einstellende Akzeptanz der EuGH-Entscheidungen aus. In der rechtswissenschaftlichen Literatur hielt man weiterhin an der Unzulässigkeit sozialer Vergabekriterien fest. Der Grund für diese Ablehnung ist darin zu suchen, daß der EuGH nicht wirklich die Anstrengung unternahm, die Gegner sozialer Vergabekriterien durch Argumente zu überzeugen. Die Urteilssprüche des EuGH zur Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien fallen im Hinblick auf Herleitung und Argumentation eher dürftig aus. Auch erweckten einige Urteile des EuGH zwischenzeitlich den Eindruck, der EuGH habe seine in *Beentjes* eingenommene Position wieder aufgegeben. Davon abgesehen beruht die Ablehnung sozialer Vergabekriterien jedoch nicht zuletzt darauf, daß die Berücksichtigung sozialer Aspekte im Vergaberecht an das Spannungsverhältnis zwischen den wirtschaftlichen Zielen des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts und dem Interesse von Mitgliedstaaten und Gemeinschaft an sozialer Kohäsion rührt[29].

Den Eifer, mit dem die Kontroverse um die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien ausgetragen wird, versteht daher nur, wer sich der immensen Bedeutung des öffentlichen Auftragswesens für die Volkswirtschaften der Mitgliedstaaten und die gemeinschaftliche Wettbewerbsordnung insgesamt bewußt ist. Laut den Statistiken der Generaldirektion (GD) Binnenmarkt der Kommission ist der Anteil des öffentlichen Auftragswesens am Bruttoinlandsprodukt (BIP) gemeinschaftsweit auf 16,3% zu veranschlagen[30]. In absoluten Zahlen gesprochen beläuft sich das Gesamtvolumen aller öffentlicher Aufträge in der Gemeinschaft

---

20 RL 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl. 1971, L 185, S. 5 ff.

21 *EuGH*, Rs. 31/87 (Beentjes), Slg. 1988, 4635, Rdnr. 29.

22 *Dreher,* in: Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum GWB, § 97, Rdnr. 127; *Götz,* Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, 174; *idem,* EuR 1999, 621 (634); *Schenk,* Das neue Vergaberecht, 64.

23 *Schenk,* Das neue Vergaberecht, 69.

24 *Rittner,* EuZW 1999, 677 (678); *Seidel,* ZVgR 2000, 195 (196).

25 *Dreher,* in: Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum GWB, § 97, Rdnr. 127; *Fante,* Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 200; *Götz,* EuR *1999, 621 (625); Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 150; *Schenk,* Das neue Vergaberecht, 60; *Seifert,* ZfA 2001, 1 (28).

26 *EuGH,* Rs. C-225/98 (Kommission/Französische Frankreich – Französische Schulen), Slg. 2000 I-7445, Rdnr. 50.

27 *EuGH*, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 64.

28 *EuGH*, Rs. C-448/01 (EVN und Wienstrom), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 33.

29 *Bultmann,* BuW 2001, 244 (251).

30 *Kommission,* Statistik vom 16. Dezember 2003 „Indikatoren des öffentlichen Auftragswesens 2002", *CC/2003/22 DE, S. 1* (5); *eadem,* A report on the functioning of public procurement markets in the EU: benefits from the application of EU directives and challenges for the future, 1 (2, 4), Doc. 03/02/2004; abrufbar unter: http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/publproc/general/public-proc-market-final-report_en.pdf.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

momentan auf knapp 1,5 Billionen EUR und entspricht damit der volkswirtschaftlichen Leistung mehrerer mittlerer Mitgliedstaaten[31]. Für die Bundesrepublik Deutschland geht man von einem BIP-Anteil in Höhe von 17% aus, in Frankreich sind es 16,6%, und im Vereinigten Königreich erreicht das öffentlichen Auftragswesen einen Wert von 18,4%[32]. In der Summe führt die Bundesrepublik Deutschland die Ausgabenrangliste an, dort beschaffen die öffentlichen Auftraggeber jährlich Produkte und Dienstleistungen im Wert von circa 360 Milliarden EUR an, dicht gefolgt vom Vereinigten Königreich mit mehr als 305 Milliarden EUR und schließlich Frankreich mit über 252 EUR Milliarden[33]. Berücksichtigt man überdies, daß diese Zahlen nicht die Ausgaben im Verteidigungssektor sowie die öffentlichen Aufträge unterhalb der Schwellenwerte der Vergaberichtlinien miteinbeziehen, dann wird deutlich, welch gewaltigen Wirtschaftskreislauf das Regelwerk des öffentlichen Auftragswesens steuert. Die Vergaberichtlinien regeln das Nachfrageverhalten von gemeinschaftsweit schätzungsweise 500.000 öffentlichen Auftraggebern[34]. Dazu indizieren die Statistiken eine steigende Tendenz. Der Wert der im Amtsblatt der Gemeinschaft veröffentlichten Aufforderungen zur Angebotsabgabe hat sich von ursprünglich 108 Milliarden EUR im Jahr 1996 auf nunmehr 241 Milliarden EUR mehr als verdoppelt[35].

In Anbetracht der weiterhin ablehnenden Haltung der rechtswissenschaftlichen Literatur gegenüber sozialen Vergabekriterien herrschte insbesondere unter den deutschen Gerichten weiterhin große Verunsicherung, wie die Zulässigkeit soziale Vergabekriterien gemeinschaftsrechtlich zu bewerten ist. So erkannte das Bayerische Oberlandesgericht (BayOLG) zwar, daß die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien „höchst umstritten sei“[36]. Wegen der gesetzgeberischen Entscheidung für § 97 Abs. 4 GWB, vermochte es sich jedoch nicht dazu durchzuringen, zum Streit selbst Position zu beziehen. Das Oberlandesgericht Celle (OLG Celle) stellte sogar fest, daß die Frage der Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien „aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht äußerst umstritten sei“[37]. Trotzdem erachtete sich das OLG Celle ausdrücklich nicht zur Vorlage verpflichtet, „da sich die angefochtene Entscheidung der Vergabekammer aus anderen Gründen als richtig erwiesen habe und die Rechtsfrage somit nicht entscheidungserheblich sei“[38].

Noch weiter ging allerdings die mangelnde Kooperation des Kartellsenats des BGH. In dem vom Land Berlin gegen eine Entscheidung des Kammergerichts Berlin[39] zum Berliner Vergabegesetz initiierten Verfahren war dieser zu dem Ergebnis gelangt, daß die Verfassungsmäßigkeit der Tariftreueverpflichtung zweifelhaft sei[40]. *Ergo* legte der BGH dem Bundesverfassungsgericht im Wege der konkreten Normenkontrolle gemäß Art. 100 Abs. 1 GG vor. Dabei hatte der BGH zu erkennen gegeben, daß die Frage der Vereinbarkeit der Tarif-

31 Vgl. *Schwarze,* in: Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 13 (14).

32 *Kommission,* Statistik vom 16. Dezember 2003 „Indikatoren des öffentlichen Auftragswesens 2002“, CC/2003/22 DE, S. 1 (5).

33 *Kommission,* Statistik „Indikatoren des öffentlichen Auftragswesens 2002“ vom 16. Dezember 2003, CC/2003/22 DE, S. 1 (2).

34 *Wuermeling,* BS Oktober 2001, 22 (22).

35 *Kommission,* Statistik „Indikatoren des öffentlichen Auftragswesens 2002“ vom 16. Dezember 2003, CC/2003/22 DE, S. 1 (3); *forum vergabe,* Monatsinfo 12/2003, 196.

36 *BayObLG*, NVwZ 1999, 1138 (1141).

37 *OLG Jena,* NZBau 2001, 39 (42).

38 *OLG Jena*, NZBau 2001, 39 (42).

39 *KG*, ZIP 1998, 1600 ff.

40 *BGH*, NZBau 2000, 189 (194).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

treueverpflichtung mit Art. 49 EG sowie den Vergaberichtlinien eigentlich durch ein Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art. 234 EG geklärt werden müßte[41]. Die Vorlage an den EuGH lehnte der BGH jedoch mit der Begründung ab, daß „sich nicht feststellen ließe, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang EG-ausländische Anbieter von der Tariftreueverpflichtung betroffen wären“[42]. Die Tariftreueverpflichtung sei „außerdem bereits nach nationalem Verfassungsrecht ungültig“[43]. Im übrigen sei der BGH an die nationalen Vorgaben gebunden[44]. Kurz, obwohl der BGH ernste Zweifel an der gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien artikulierte, legte er dem EuGH nicht vor und verletzte damit seine Vorlagepflicht gemäß Art. 234 Abs. 3 EG[45]. Denn es bestand offensichtlich ein Bedürfnis für eine die Einheit der Gemeinschaftsrechtsordnung sichernde[46] Auslegung des EuGH, da sich der BGH in Wiederspruch zu der im *Beentjes*-Urteil[47] eingenommenen Rechtsauffassung des EuGH begab[48]. Dabei wäre eine Rücksichtnahme gegenüber dem höchsten Gemeinschaftsgericht besonders angesagt gewesen, weil just zum Zeitpunkt des Vorlagebeschlusses an das BVerfG beim EuGH die Rechtsache *Französische Schulen* anhängig war.

Abgesehen von der zögerlichen Annahme der vergaberechtlichen EuGH-Rechtsprechung durch die nationalen Gerichte erscheint eine Auseinandersetzung zum gegenwärtigen Zeitpunkt unter einer Reihe von Gesichtspunkten lohnenswert und auch erforderlich. Die vorliegende Untersuchung geht nämlich von der Prämisse aus, daß die Frage nach der Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien nur auf der Grundlage der gesamten Gemeinschaftsrechtsordnung beantwortet werden kann. Der EG-Vertrag, welcher gleichsam die Verfassung der Gemeinschaftsrechtsordnung bildet, hat sich seit Schaffung der ersten Vergaberichtlinien fundamental gewandelt. Dieser Umstand macht auch ein geändertes Verständnis des Rechts der öffentlichen Auftragsvergabe notwendig. Die vorliegende Untersuchung stellt sich daher insbesondere der Aufgabe, das von den Gegnern sozialer Vergabekriterien neuerdings vorgebrachte Argument der beihilfenrechtlichen Unzulässigkeit zu *widerlegen*. Beflügelt von dem Urteil des Europäischen Gerichts erster Instanz (EuG) in der Rechtssache *BAI*[49] wird nämlich vielfach versucht, die Unzulässigkeit sozialer Vergabekriterien *qua* gemeinschaftlichen Primärrechts mit dem Argument zu begründen, daß die Vergabe eines öffentlichen Auftrags unter Berücksichtigung sozialer Aspekte gegen das Beihilfenverbot gemäß Art. 87 Abs. 1 EG verstößt.

Es soll aber nicht nur der Vorwurf der beihilferechtlichen Unzulässigkeit sozialer Vergabekriterien entkräftet werden. Darüber hinaus soll der Versuch unternommen werden, aus dem Vergleich zwischen Beihilfen- und Vergaberecht Argumente *für* die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien herzuleiten. Dieses Vorhaben erfordert es, sich den durch den EuGH angestoßenen seismischen Entwicklungen im Beihilfenrecht zu widmen, die sich im Hinblick auf mitgliedstaatliche Kompensationszahlungen für die Erbringung von

41 *BGH*, NZBau 2000, 189 (193).

42 *BGH*, NZBau 2000, 189 (193).

43 *BGH*, NZBau 2000, 189 (193).

44 *BGH*, NZBau 2000, 189 (193).

45 *Berrisch/Nehl*, ZIP 2000, 434 (435); *Böhm/Danker,* NVwZ 2000, 767 (768); *Kämmerer/Thüsing,* ZIP 2002, 96 (598); *Seifert,* ZfA 2001, 1 (29); *Weinacht*, WuW 2000, 382 (387, 388).

46 Vgl. *EuGH*, Rs. 283/81 (CILFIT), Slg. 1982, 3415, Rdnr. 7; Rs. C-337/95 (Parfums Christian Dior), Slg. 1997, I-6013 Rdnr. 23; C-393/98, (Gomes Valente), Slg. 2001, I-1327 Rdnr. 17; vgl. *Schwarze*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 234, Rdnr. 2.

47 *EuGH,* Rs. 31/87 (Beentjes), Slg. 1988, 4635, Rdnr. 37.

48 Vgl. *Groh,* EuZW 2002, 460 (463, Fn. 30).

49 *EuG*, Rs. T-14/96 (BAI/Kommission), Slg. 1999 II-139, Rdnr. 71.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dienstleistungen von allgemeinem Interesse ergeben haben. In diesem Zusammenhang wird der sogenannte *market economy investor test* kritisch beleuchtet werden. Die angestrebte Gegenüberstellung von Beihilfen- und Vergaberecht bedeutet zwar, sich angesichts der rasanten Entwicklungen auf einen publizistischen Hase-Igel-Wettlauf einzulassen[50], gleichwohl liegt darin der spezifische Reiz und die besondere Aktualität der vorliegenden Untersuchung. Denn bei diesem Vergleich treffen die zwei dynamischsten Rechtsgebiete der Gemeinschaftsrechtsordnung aufeinander: Nicht umsonst betonen Rat[51] und Kommission[52] seit geraumer Zeit die herausragende Bedeutung der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse. In ihrem Weißbuch *Dienstleistungen von allgemeinem Interesse* aus dem Jahr 2004 kürte die Kommission deren zukünftige Ausgestaltung gar zum „zentralen Thema der Debatte über das europäische Gesellschaftsmodell"[53]. Im Vergaberecht tragen die fortschrittliche Rechtsprechung des EuGH sowie die Reformen, die das im Mai 2004 verabschiedete Legislativpaket, i.e. RL 2004/18/EG[54] und RL 2004/17/EG[55], gebracht hat, zur Dynamik dieses Rechtsgebietes bei.

Ein weiterer Anlaß sich zum gegenwärtigen Zeitpunkt mit der Frage der gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien zu beschäftigen, ist die Entwicklung der EuGH-Rechtsprechung anhand von Art. 141 EG und Art. 2 Abs. 1 und 4 RL 76/207/EWG[56] zu den *affirmative action*-Maßnahmen der Mitgliedstaaten destilliert werden können. Da der eingangs erwähnte Wandel der Gemeinschaftsordnung auch nicht vor den grundlegenden Prinzipien der Gemeinschaft Halt macht, sollen die veränderte Bedeutung und Funktion des Subsidiaritätsprinzips gemäß Art. 1 Abs. 2 EU und Art. 5 Abs. 2 EG sowie das in Mitgliedstaaten mit einer Verfassungstradition eher unbekannte verwaltungsrechtliche Instrument des *mainstreaming* für den Fall der sozialen Vergabekriterien urbar gemacht werden. Neben der Analyse all dieser neueren Entwicklungen zieht die vorliegende Untersuchung zudem Konse-

50 Vgl. *Bultmann,* Beihilfenrecht und Vergaberecht, Vorwort.

51 *Vorsitz des Europäischen Rates (Nizza),* Schlußfolgerungen vom 7.-9. Dezember 2000, Rdnr. 47; *(Laeken),* Schlußfolgerungen vom 14. und 15. Dezember 2001, Rdnr. 26; *(Barcelona)* Schlußfolgerungen vom 15.-16. März 2002, Rdnr. 42; *(Sevilla)* Schlußfolgerungen vom 21.-22. Juni 2002, Rdnr. 54.

52 *Kommission*, Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, KOM (2000), 580 endg.; *eadem,* Bericht vom 17. Oktober 2001 für den Europäischen Rat in Laeken – Leistungen der Daseinsvorsorge, KOM (2001), 598 endg.; *eadem,* Mitteilung über die Anwendung der Vorschriften über Staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl. 2001, C 320, S. 5 ff.; *eadem,* Bericht vom 16. Juni 2002 über den Stand der Arbeiten im Bereich der Leitlinien für staatliche Beihilfen im Rahmen der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, KOM (2002), 280 endg.; *eadem,* Bericht vom 27. November 2002 über den Stand der Arbeiten betreffend die Leitlinien für staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, KOM (2002), 636 endg.; *eadem,* Mitteilung über eine Methodik der horizontalen Bewertung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, KOM (2002), 331 endg.; *eadem,* Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge von 1996, ABl. 1996, C 281, S. 3 ff.; *eadem,* Mitteilung über die Anwendung der Vorschriften über Staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl. 2001, C 320, S. 5 ff.

53 *Kommission,* Mitteilung vom 12. Mai 2004 an das EP, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuß und den Ausschuß der Regionen „Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse", KOM (2004), 374 endg., Rdnr. 1.

54 RL 2004/18/EG des EP und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. 2004, L 134, S. 114 ff.

55 RL 2004/17/EG des EP und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. 2004, L 134, S. 1 ff.

56 RL 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. 1976, L 39, S. 40 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

quenzen aus der Tatsache, daß keine der bisherigen rechtswissenschaftlichen Arbeiten, die sich dezidiert mit diesem Thema beschäftigt haben[57], die sozialen Vergabekriterien, insbesondere das Vergabekriterium der Tariftreueverpflichtung, einer umfassenden Verhältnismäßigkeitskontrolle unterworfen haben. Daher werden die gemeinschaftsrechtlichen Freiräume für soziale Vergabekriterien *en détail* im Hinblick auf ihre Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit ausgelotet und konkrete Voraussetzungen für deren Zulässigkeit zu erarbeitet.

Insgesamt soll die vorliegende Untersuchung darauf aufmerksam machen, daß der eingangs erwähnte Interessenskonflikt keinen unversöhnlichen *clash of the civilisations* darstellt. Die Ziele Wettbewerb und Marktöffnung vertragen sich nur auf den ersten Blick nicht mit der sozialen Dimension der Gemeinschaft[58]. Ausgehend von der Feststellung, daß die Gemeinschaft nicht mehr nur ein gemeinsamer Wirtschaftsraum ist, soll aufgezeigt werden, daß soziale Vergabekriterien eine gangbare Möglichkeit sind, die konfligierenden Interessen im Sinne praktischer Konkordanz schonend miteinander in Ausgleich zu bringen.

B. Gang der Untersuchung

Im ersten Kapitel der Untersuchung wird nach einer Einführung in die für die Fragestellung einschlägigen Normen der ehemaligen und der aktuellen Vergaberichtlinien die bisherige Rechtsprechung des EuGH anhand der Urteile in den Rechtssachen *Beentjes*[59], *Französische Schulen*[60], *Concordia Bus*[61] und *Wienstrom*[62] nachgezeichnet. Hierbei folgt auf jede Zusammenfassung der rechtlichen Erwägungen des EuGH eine kurze Hintergrundanalyse, die den Diskussionsstand, i.e. die Positionen der GAe und der Kommission, wiedergibt und zum Aussagegehalt der Urteile Stellung nimmt. Daran schließt sich eine Auslegung des allen Vergaberichtlinien gemeinsamen Begriffs „wirtschaftlich günstigstes Angebot" an, die sich an Wortlaut, Genese, interner Systematik sowie Telos der jeweiligen Vorschriften orientiert. Unter systematischen Gesichtspunkten wird ein besonderes Augenmerk auf die mittelstandsfördernde Zielsetzung der Losvergabe gerichtet werden.

Das zweite Kapitel skizziert nach einer knappen Einführung in das gemeinschaftliche Beihilfenregime die Praxis der Kommission, um das Vorliegen eines „wirtschaftlichen Vorteils" im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG festzustellen. Anschließend geht die vorliegende Untersuchung auf die Urteile von EuGH und EuG in den Rechtssachen *Du Pont de Nemours Italiana*[63], *BAI*[64], *FFSA*[65], *SIC*[66], *CELF*[67], *Ferring*[68], *Altmark*[69], *GEMO*[70] und *Enirisorse*[71] ein.

57 *Benedict,* Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, 69 ff.; *Fante,* Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 109 ff.; *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 7 ff.; *Meyer,* Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 123 ff.; *Schäfer,* Öffentliche Belange im Auftragswesen und Europarecht, 140 ff.

58 *Bovis,* EC Public Procurement Law, 118.

59 *EuGH* Rs. 31/87 (Beentjes) Slg. 1988, 4635, Rdnr. 29.

60 *EuGH,* Rs. C-225/98 (Kommission/Französische Frankreich), Slg. 2000 I-7445, Rdnr. 50.

61 *EuGH*, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 64.

62 *EuGH*, Rs. C-448/01 (EVN und Wienstrom), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 33.

63 *EuGH,* Rs. 21/88 (Du Pont de Nemours Italiana), Slg. 1990, I-889, Rdnr. 20.

64 *EuG*, Rs. T-14/96 (BAI/Kommission), Slg. 1999 II-139, Rdnr. 71.

65 *EuG*, Rs. T-106/95 (FFSA/Kommission), Slg. 1997, II-229, Rdnr. 172.

66 E*uG, R*s. T-46/97 (SIC/Kommission), Slg. 2000, II-2125, Rdnr. 84.

67 *EuGH,* Rs. C-332/98 (Frankreich/Kommission), Slg. 2000, I-4833, Rdnr. 31.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Auch hier folgt auf jedes Urteil eine kurze Hintergrundanalyse, die den Diskussionsstand, i.e. die Positionen der GAe und der Kommission, wiedergibt und zum Aussagegehalt der Urteile Stellung nimmt. Daran schließt sich eine Analyse des sogenannten Transparenzansatzes an, der von GA Jacobs in seinen Schlußanträgen in der Rechtssache *GEMO* vorgeschlagen und vom EuGH im Altmark-Urteil konkretisiert wurde. Diese Analyse berücksichtigt insbesondere die Anwendbarkeit des *market economy investor test*, die Frage der Effizienz der Beihilfenkontrolle, den Status der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse sowie die Auswirkungen der veränderten Funktion des Subsidiaritätsprinzips.

Das dritte Kapitel bildet das Herzstück der vorliegenden Untersuchung. Darin werden zunächst die generellen Gemeinsamkeiten zwischen Beihilfen- und Vergaberecht aufgezeigt. Sodann werden die Parallelen zwischen mitgliedstaatlichen Kompensationszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und sozialen Vergabekriterien diskutiert. Im Vordergrund stehen hier die Vergleichbarkeit der betroffenen Gemeinwohlbelange, die Vorbildwirkung des primärrechtlichen Bedeutungswandels im Beihilfenrecht, der Trend zur Privatisierung öffentlicher Aufgaben sowie die Übereinstimmung mit der gewandelten Funktion des Subsidiaritätsprinzips. Zudem werden die Vorteile sozialer Vergabekriterien herausgearbeitet wie die Mobilisierung von Humankapital, die gleichläufige Entwicklung mit dem Querschnittsinstrument *mainstreaming* sowie die soziale Integration der Gemeinschaft. Den Abschluß bildet eine ausführliche Verhältnismäßigkeitsprüfung, die sich insbesondere mit dem Diskriminierungspotential sozialer Vergabekriterien auseinandersetzt.

Das vierte Kapitel schlägt den Bogen zur Rechtsprechung des EuGH anhand von Art. 141 EG und Art. 2 Abs. 1 und 4 RL 76/207/EWG[72] in den Rechtssachen *Kalanke*[73], *Marschall*[74], *Badeck*[75] und *Abrahamsson*[76] im Hinblick auf die mitgliedstaatliche *affirmative action*-Maßnahmen. Hier sollen die relevanten Gemeinsamkeiten und Unterschiede von *affirmative action*-Maßnahmen zu sozialen Vergabekriterien aufgezeigt werden.

Das fünfte Kapitel hat das in der Praxis besonders relevante und gleichzeitig höchst umstrittene Vergabekriterium der Tariftreueverpflichtung zum Gegenstand. Nach einer konzisen Einführung in die Funktionsweise der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 49 EG wird anhand der Urteile in den Rechtssachen *Rush Portuguesa*[77], *Arblade*[78], *Finalarte*[79], *Mazzoleni und ISA*[80] und *Portugaia*[81] die sogenannten Mindestlohnrechtsprechung des EuGH dargestellt. Anschließend wird die Vorbildwirkung der Mindestlohnrechtsprechung für die Integration sozialer Vergabekriterien erörtert, um dann das Vergabekriterium der Tariftreueverpflichtung

68 *EuGH,* Rs. C-53/00 (Ferring), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 27.

69 *EuGH,* Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 88 ff.

70 *EuGH,* Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 44.

71 *EuGH,* Rs. C-34/01 (Enirisorse), Slg. 2003, I-14527, Rdnrn. 31, 34.

72 RL 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. 1976, L 39, S. 40 ff.

73 *EuGH,* Rs. C-450/93 (Kalanke), Slg. 1995, I-3051, Rdnr. 22.

74 *EuGH,* Rs. C-409/95 (Marschall), Slg. 1997, I-6363, Rdnr. 33.

75 *EuGH,* Rs. C-158/97 (Badeck), Slg. 2000, I-1875, Rdnrn. 38, 44, 55, 63, 66.

76 *EuGH,* Rs. C-407/98 (Abrahamsson), Slg. 2000, I-5539, Rdnr. 56.

77 *EuGH,* Rs. C-113/89 (Rush Portuguesa), Slg. 1990, I-1417, Rdnr. 18.

78 *EuGH,* Rs. 369/96 (Arblade), Slg. 1999, I-8453, Rdnr. 42.

79 *EuGH,* Rs. C-49/98 (Finalarte), Slg. 2001, I-7831, Rdnr. 58.

80 *EuGH,* Rs. C-165/98 (Mazzoleni und ISA), Slg. 2001, I-2189, Rdnr. 29.

81 *EuGH,* Rs. 164/99 (Portugaia Construções), Slg. 2002, I-787, Rdnr. 22.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

einer ausführlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit zu unterziehen.

Im sechsten Kapitel schließlich werden die für soziale Vergabekriterien relevanten Neuerungen der konsolidierten klassischen Richtlinie RL 2004/18/EG und der neuen Sektorenrichtlinie RL 2004/17/EG vorgestellt, welche die bisherige Baukoordinierungsrichtlinie, RL 93/37/EWG, die Koordinierungsrichtlinie für Lieferaufträge, RL 93/36/EWG und die Koordinierungsrichtlinie für Dienstleistungsaufträge, RL 92/50/EWG, ersetzen. Hier wird auf die Entscheidung des Gemeinschaftsgesetzgebers für die Einführung sozialer Ausführungsbedingungen *de lege lata* eingegangen. Außerdem wird die Frage erörtert, ob und inwiefern Raum für eine Auslegung ist, welche die Berücksichtigung sozialer Aspekte in der *Zuschlagsentscheidung* erlaubt.

Den Abschluß bildet das siebte Kapitel mit einer Zusammenfassung der erarbeiteten Ergebnisse.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kapitel Eins: Das gemeinschaftliche Vergaberegime

A. Gemeinschaftsrechtlicher Rahmen für die öffentliche Auftragsvergabe

I. Verankerung der öffentlichen Auftragsvergabe auf Sekundärrechtsebene

Ebenso wie seine Vorgänger enthält der EG-Vertrag auch in der Fassung des Vertrags von Nizza keine spezifische Rechtsgrundlage zur Regelung des Rechts der öffentlichen Auftragsvergabe. Art. 163 Abs. 2 EG, der auf die Öffnung der mitgliedstaatlichen Beschaffungsmärkte anspielt, setzt die Existenz eines gemeinschaftlichen Vergaberegimes lediglich voraus. Das liegt nicht daran, daß sich die Mitgliedstaaten der erheblichen wirtschaftlichen Bedeutung der öffentlichen Auftragsvergabe nicht bewußt gewesen wären[82]. Eine Verankerung des Rechts der öffentlichen Auftragsvergabe auf Primärrechtsebene war deshalb nicht möglich, weil sich die Mitgliedstaaten dieses traditionellen Steuerungsinstruments nicht begeben wollten, so daß über die konkrete Ausgestaltung keine Einigung erzielt werden konnte (*„a highly sensitive topic)*[83]. Der EuGH hat sich jedoch mit Zustimmung der Literatur[84] frühzeitig dafür entschieden, in seinen vergaberechtlichen Entscheidungen auf die Grundfreiheiten Rückgriff zu nehmen[85].

Sedes materiae des gemeinschaftsrechtlichen Vergaberegimes sind die Vergaberichtlinien in Gestalt von mittlerweile RL 2004/17/EG und RL 2004/18/EG, welche die Baukoordinierungsrichtlinie RL 93/37/EWG[86], die Koordinierungsrichtlinie für Lieferaufträge RL 93/36/EWG[87], die Koordinierungsrichtlinie für Dienstleistungsaufträge RL 92/50/EWG[88] sowie die Sektorenrichtlinie RL 93/38/EWG[89] ersetzen. Die neuen Vergaberichtlinien müssen gemäß Art. 80 Abs. 1 RL 2004/18 und Art. 71 Abs. 1 RL 2004/17 spätestens bis zum 31. Januar 2006 in nationales Recht umgesetzt sein. Um die Einhaltung der materiellen Vergaberichtlinien zu gewährleisten, stehen diesen überdies die Rechtsmittelrichtlinien RL 89/665/EWG[90] sowie RL 92/13/EWG[91] zur Seite. Im folgenden wird insbesondere auf die

82 *Schwarze,* EuZW 2000, 133 (134).

83 *Schwarze,* EuZW 2000, 133 (134).

84 Vgl. *Schardt,* Öffentliche Aufträge und das Beihilfenregime des Gemeinschaftsrechts, 81.

85 *EuGH,* Rs. 76/81 (Transporoute), Slg. 1982, 419, 1. Leitsatz und Rdnr. 14.

86 RL 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl. 1993, L 199, S. 54 ff.

87 RL 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABl. 1993, L 199, S. 1 ff.

88 RL 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABl. 1992, L 209, S. 1 ff.

89 RL 93/38/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. 1994, L 82, S. 39 ff.

90 RL 98/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung er Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Lieferund Bauaufträge, ABl. 1989, L 395, S. 33 ff.

91 RL 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. 1992, L 76, S. 14 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

drei ehemaligen klassischen Vergaberichtlinien eingegangen werden. Das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe im Bereich der Sektoren, i.e. die Sektorenrichtlinie, war und ist nämlich durch eine Reihe von Sondervorschriften gekennzeichnet, da ihre Regelungsdomäne noch nicht das Stadium der vollständigen Deregulierung erreicht hat. Außerdem hat die zu diskutierende Rechtsprechung des EuGH zum Recht der öffentlichen Auftragsvergabe in erster Linie die drei klassischen Vergaberichtlinien zum Gegenstand.

II. Anwendbarkeit der Vergaberichtlinien

Die Vergaberichtlinien finden Anwendung, wenn das Volumen des jeweiligen öffentlichen Auftrags einen bestimmten Schwellenwert erreicht. Dahinter verbirgt sich die Überlegung, daß erst ab einer gewissen Größenordnung der öffentliche Auftrag auch für EG-ausländische Anbieter attraktiv ist, so daß potentiell ein grenzüberschreitendes Element vorliegt und damit eine binnenmarktrelevante Relevanz gegeben ist.

Der Schwellenwert für öffentliche Bauaufträge wurde von ehemals 5.000.000 EUR[92] auf mittlerweile 6.242.000 EUR gemäß Art. 7 lit. c RL 2004/18/EG heraufgesetzt. Liefer- und Dienstleistungsaufträge müssen neuerdings ein Auftragsvolumen in Höhe von entweder 162.000 EUR gemäß Art. 7 lit. a RL 2004/18/EG (zentrale Regierungsbehörden) oder in Höhe von 249.000 EUR gemäß Art. 7 lit. b RL 2004/18/EG (sonstige öffentliche Auftraggeber) erreichen gegenüber dem alten Auftragswert in Höhe von 200.000 EUR[93]. Im Bereich der Sektoren beläuft sich der Schwellenwert für Liefer- und Dienstleistungsaufträgen anstatt 400.000 EUR bzw. 600.000 EUR[94] auf nunmehr einheitlich 499.000 EUR gemäß Art. 16 RL lit. a 2004/17/EG. Der Schwellenwert für Bauaufträge wurde gemäß Art. 16 RL lit. b 2004/17/EG von 5.000.000 EUR[95] auf 6.242.000 EUR heraufgesetzt.

III. Transparenz- und Publizitätsvorgaben

Die ehemaligen Vergaberichtlinien verpflichteten die öffentlichen Auftraggeber gemäß Art. 11 ff. RL 93/37/EWG, Art. 9 ff. RL 93/36/EWG und Art. 15 ff. RL 92/50/EWG, in einer Bekanntmachung im Amtblatt der Gemeinschaft die wesentlichen Merkmale des öffentlichen Auftrags zu veröffentlichen, deren Vergabe sie beabsichtigen. Gemäß Art. 8 Abs. 1 RL 93/37/EWG, Art. 7 RL 93/36/EWG und Art. 12 RL 92/50/EWG hatte der öffentliche Auftraggeber den nicht berücksichtigten Bieterunternehmen, die dies beantragen, innerhalb einer Frist von fünfzehn Tagen nach Eingang ihres Antrags die Gründe für die Ablehnung ihres Angebots sowie den Namen des erfolgreichen Bieterunternehmens mitzuteilen. Außerdem hatten die öffentlichen Auftraggeber gemäß Art. 8 Abs. 3 RL 93/37/EWG, Art. 7 Abs. 3 RL 93/36/EWG einen Vermerk über jeden vergebenen Auftrag anzufertigen, der unter anderem Gegenstand und Wert des öffentlichen Auftrags, die Namen der berücksichtigten Bieterunternehmen und die Gründe für ihre Auswahl, die Namen der ausgeschlossenen Bieterunternehmen und die Gründe für die Ablehnung aufführte. Dieser Vergabevermerk wurde der Kommission auf Anfrage übermittelt. Auf die Transparenz und Publizitätsvorgaben nach RL

92 Art. 6 Abs. 1 RL 93/37/EWG.

93 Art. 5 Abs. 1 RL 93/36/EWG; Art. 7 Abs. 1 RL 92/50/EWG.

94 Art 14 Abs. 1 lit. a, b RL 93/38/EG.

95 Art. 14 Abs. 1 lit. c RL 93/38/EG.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2004/18/EG und RL 2004/17EG wird in dem eigens den neuen Vergaberichtlinien gewidmeten Kapitel näher eingegangen[96].

IV. Prüfungsstationen des Vergabeverfahrens

Die Prüfung der eingereichten Angebote im Vergabeverfahren durchläuft mehrere Prüfungsstationen. Daran hat sich durch Erlaß des von RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG nichts geändert. Zunächst haben die öffentlichen Auftraggeber festzustellen, ob das Angebot des jeweiligen Bieterunternehmens überhaupt berücksichtigt werden darf. In den ehemaligen Vergaberichtlinien waren die Ausschlußgründe in Art. 24 RL 93/37/EWG, Art. 20 Abs. 1 93/36/EWG und Art. 29 RL 92/50/EWG normiert. In den neuen Vergaberichtlinien sind die Ausschlußgründe mittlerweile in Art. 45, 46 RL 2004/18/EG und Art. 54 Abs. 4 EG i.V.m. Art. 45 RL 2004/18/EG geregelt. So können beispielsweise Angebote von Bieterunternehmen ausgeschlossen werden, die ihrer Verpflichtung zur Zahlung der Sozialbeiträge nach den Vorschriften des Mitgliedstaates, in dem sie ansässig sind, oder nach den Vorschriften des Mitgliedstaates des öffentlichen Auftraggebers nicht erfüllt haben[97].

In einem zweiten Schritt haben die öffentlichen Auftraggeber die Eignung der Bieterunternehmen nach den Kriterien der wirtschaftlichen, finanziellen Leistungsfähigkeit sowie der beruflichen und technischen Fachkunde zu prüfen. Dies war früher in Art. 18 i.V.m. Art. 26, 27 RL 93/37/EWG, Art. 15 i.V.m. Art. 22, 23 RL 93/36/EWG und Art. 23 i.V.m. Art. 31, 32 RL 92/50/EWG geregelt. In den neuen Vergaberichtlinien findet sich die Eignungsprüfung in Art. 47 ff. RL 2004/18/EG und 54 ff. RL 2004/17/EG. Die Vergaberichtlinien bestimmen hierbei auch, welche Nachweise die nationalen Behörden zur Prüfung dieser Voraussetzungen verlangen können. Der beispielhafte („in der Regel“) Katalog der Nachweise für die Eignungskriterien war in Art. 26 RL 93/37/EWG, Art. 22 RL 93/36/EWG und Art. 31 RL 92/50/EWG aufgeführt. Dies ist mittlerweile in Art. 47 ff. RL 2004/18/EG und Art. 52 RL 2004/17/EG geregelt.

Im Rahmen der Zuschlagserteilung, bei der die eingereichten Angebote miteinander verglichen werden, haben die öffentlichen Auftraggeber die Wahl, entweder das Zuschlagskriterium des „niedrigsten Preises“(*le prix le plus bas*, *the lowest price*) oder des „des wirtschaftlich günstigsten Angebots“ (*l'offre économiquement la plus avantageuse, the most economically advantageous tender*) heranzuziehen. In den ehemaligen Vergaberichtlinien war die Zuschlagserteilung in Art. 30 Abs. 1 lit. a und b RL 93/37/EWG, Art. 26 Abs. 1 lit. a und b RL 93/36/EWG und Art. 36 Abs. 1 lit. a und b RL 92/50/EWG normiert. In den neuen Vergaberichtlinien geschieht dies in Art. 53 Abs. 1 lit. a und lit. b RL 2004/18/EG sowie Art. 55 Abs. 1 lit. a und b RL 2004/17/EG.

Das Kriterium des „wirtschaftlich günstigsten Angebots“ wurde in den ehemaligen Vergaberichtlinien durch Subkriterien beispielhaft konkretisiert. Die ehemaligen Vergaberichtlinien für öffentliche Dienstleistungsaufträge und öffentliche Bauaufträge sprachen von „verschiedenen auf den jeweiligen Auftrag bezogene Kriterien, wie zum Beispiel Preis, Ausführungsfrist, Betriebskosten, Rentabilität oder technischer Wert“[98]. Die ehemalige Vergaberichtlinie für Lieferaufträge verwendete den Begriff „verschiedene Kriterien, die je nach Auftrag wech-

96 Infra: S. 286 ff.

97 Vgl. Art. 24 lit. e RL 93/37/EWG; Art. 20 Abs. 1 lit. e; 93/36/EWG; Art. 29 lit. e RL 92/50/EWG; Art. 45 Abs. 2 lit. e RL 2004/18/EG.

98 Art. 30 Abs. 1 lit. b RL 93/37/EWG ; Art. 36 Abs. 1 lit. b RL 92/50/EWG.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

seln, zum Beispiel der Preis, die Lieferfrist, die Betriebskosten, die Rentabilität, die Qualität, die Ästhetik, die Zweckmäßigkeit, der technische Wert, der Kundendienst und die technische Hilfe[99]. Auf die Regelung der Zuschlagserteilung gemäß RL 2004/18/EG und RL 2004/17EG wird in dem eigens den neuen Vergaberichtlinien gewidmeten Kapitel näher eingegangen[100].

B. Definition, Funktion und Ausgestaltung sozialer Vergabekriterien

I. Terminologie

Obwohl sich in der rechtswissenschaftlichen Diskussion der Terminus der vergabe- bzw. beschaffungsfremden Kriterien durchsetzen konnte[101], soll auf diesen Begriff in der folgenden Untersuchung nicht rekurriert werden. Das negativ konnotierte Adjektiv „-fremd" oder sogar „-feindlich"[102] ruft unwillkürlich die Assoziation der „Sachfremdheit" hervor[103] und

99 Art. 26 Abs. 1 lit. b RL 93/36/EWG.

100 Infra: S. 271 ff.; 275 ff.

101 *Bartl,* RiA 1999, 3 (7); Bartosch*,* EuZW 2001, 229 (229); *Berrisch/Nehl,* ZIP 2000, 434 (434); *Böhm/Danker,* NVwZ 2000, 767 (767); *Boesen,* Vergaberecht, § 97, Rdnr. 100 ff.; *Breloer,* Europäische Vorgaben und das deutsche Vergaberecht, 71; *Brenner,* JbUTR 1997, 141 (149); *Bultmann,* ZfBR 2004, 134 (134); *idem,* BuW 2001, 244 (245); *idem,* ZfBR 2002, 204 (204); *idem,* Beihilfenrecht und Vergaberecht, 65; *Burgi,* Öffentliche Unternehmen im Wettbewerb und Vergaberecht, 97 (106); *idem,* GewArch 2001, 217 (222); *idem,* NZBau 2001, 64 (66); *Byok,* NJW 2001, 2295 (2296); *Dabringhausen,* GemHH 2004, 133 (133); *Dageförde,* NZBau 2002, 597 (598); *Dippel/Zeiss,* NZBau 2002, 376 (376); *Dreher,* WuW 1997, 949 (951); *idem,* JZ 2001, 140 (140); *idem,* EuZW 1998, 197 (203); *idem,* ZVgR 1999, 289 (289); *idem,* in: Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum GWB, § 97, Rdnr. 121; *idem/Haas/v. Rintelen,* Vergabefremde Regelungen und Beihilfenrecht, 8; *Eilmansberger,* WuW 2004, 384 (384); *Fante,* Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 56; H. *Fischer,* VergabeR 2004, 1 (3); K. *Fischer,* EuZW 2004, 492 (492); *Frenz,* WuW 2002, 352 (253); *Gleichner,* in: Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. IV, 193 (194); *Götz,* Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, 162; *idem,* EuR 1999, 621 (621); *Götzke,* Die Berücksichtigung des Umweltschutzes bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge, 107; *Griem,* NVwZ 1999, 1171 (1171); *Gröning,* ZIP 1999, 52 (55); *Heid,* wbl 1998, 194 (194 ff.); *Heintzen,* ZHR 2001, 62 (62); *Hopp,* DB 2000, 29 (30); *Huber,* ThürVBl. 2000, 193 (193); *Jennert,* EuR 2003, 343 (344); *Kaelble,* VergabeR 2002, 604 (605); *Kämmerer/Thüsing, ZIP 2002, 596 (596); Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 1; *Knauff,* EuZW 2004, 141 (143); *Krohn,* NZBau 2004, 92 (92); *Leinemann/Weihrauch,* Die Vergabe öffentlicher Aufträge, Rdnr. 4.3.2; *Losch,* NdsVBl. 2003, 73 (74); *Mader,* EuZW 2004, 425 (427); *Martin-Ehlers,* WuW 1999, 685 (685); *Meyer,* Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 1; *Neßler,* DÖV 2000, 145 (145); *Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, K*ommentar zum Vergaberecht, § 97, Rdnr. 212; *Noch,* Vergaberecht und subjektiver Rechtsschutz, 50; *idem,* WuW 1998, 1059 (1066); *Odendahl,* EuZW 2004, 647 (647); *Opitz,* NZBau 2001, 12 (14); *idem,* NZBau 2003, 252 (257); *Osterloh,* Rechtsgutachten zu Fragen der Frauenförderung im Rahmen der öffentlichen Mittelvergabe, 27; *Otting,* StG 1996, 461 (461); *Pietzcker*, ZHR 1998, 427 (464); *Prieß,* EuZW 1999, 196 (199); *idem/Pitschas,* ZVgR 1999, 144 (144); *Rechten,* NZBau 2004, 366 (369); *Riese,* Vergaberecht, 202; *Rittner,* VergabeR 1998, 30 (30); *idem,* EuZW 1999, 677 (678); *Schabel/Zellmeier-Neunteufel,* VergabeR 2001, 79 (92); *Schardt,* Öffentliche Aufträge und das Beihilfenregime des Gemeinschaftsrechts, 77; *Schenk,* Das neue Vergaberecht, 70; *Schmitges-Thees,* Die öffentliche Auftragsvergabe als Instrument des Umweltschutzes*, 57; Schumacher,* DVBl. 2000, 467 (467); *Schwarze,* in: Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 13 (28); *idem,* EuZW 2000, 133 (138); *Seifert,* ZfA 2001, 1 (5); *Versteyl/Jacobi,* NST-N 2001, 83 (84); *Waldner,* Bieterschutz im Vergaberecht unter Berücksichtigung der europäischen Vorgaben, 98; *Weinacht,* WuW 2000, 382 (382); *Willems,* Die Förderung des Mittelstandes, 163; *Wittig,* Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts*, 47; Ziekow,* VergabeR 2003, 1 (2).

102 *Brenner,* JbUTR 1997, 141 (162).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

impliziert damit, daß soziale Vergabekriterien von vornherein nicht in das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe gehören[104]. Ein solches Etikett kann Voreingenommenheit erzeugen und daher im Diskurs vorwegnehmen, was es erst zu beweisen gilt[105]. Insofern verwundert auch nicht, daß insbesondere die Gegner sozialer Vergabekriterien diesen Begriff ins Feld führen, um so ihrer Ablehnung Ausdruck zu verleihen. Angesichts der äußerst polarisierten und nicht zuletzt auch polemisch[106] geführten Debatte sollte in der Diskussion über die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien auf diesen „Kampfbegriff"[107] verzichtet werden[108].

Gleiches gilt für den Begriff der „externen Zwecksetzungen"[109] und der „politisierten Beschaffung"[110]. Auch der Ausdruck „Sekundärzwecke"[111] bzw. *secondary policies or objectives*[112] vermag nicht zu überzeugen, da Zweit- und Nachrangigkeit generell nicht positiv belegt ist. Die „Einbeziehung politischer Zielsetzungen[113]" ist ausgesprochen vage. Im folgenden soll daher der wertneutrale Begriff der sozialen Vergabekriterien verwendet sowie von der Berücksichtigung sozialer Aspekte bei der öffentlichen Auftragsvergabe gesprochen werden, da hierdurch der Diskussionsgegenstand am besten beschrieben wird. Der Einfachheit halber werden alle Teilnehmer am Vergabeverfahren einheitlich als Bieterunternehmen bezeichnet, ob sie nun „Bieter" sind, also im offenen Verfahren bereits ein Angebot vorgelegt haben, oder den Status eines „Bewerbers" haben im Sinne des nicht-offenen Verfahrens, des Verhandlungsverfahrens oder des wettbewerblichen Dialogs[114].

II. Definition und Funktion

Sinn und Zweck der öffentlichen Auftragsvergabe besteht darin, diejenigen Sachmittel und -leistungen zu beschaffen, welche der öffentliche Auftraggeber zur bestimmungsgemäßen Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben benötigt[115]. Mithilfe sozialer Vergabekriterien verfolgen die öffentlichen Auftraggeber Ziele, die über den reinen Beschaffungsvorgang hinausweisen. Sie beziehen sich auf Art und Weise der Herstellung (*product-related processes and production methods*[116]).

---

103 *Benedict,* Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, 26; *Kühling,* VerwArch 2004, 337 (339); *Meyer,* Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, *65, 547; Schäfer,* Öffentliche Belange im Auftragswesen und Europarecht, 50.

104 Vgl. *Willems,* Die Förderung des Mittelstandes, 196; *Ziekow,* NZBau 2001, 72 (72).

105 *Kühling,* VerwArch 2004, 337 (339); *Schima*, NZBau 2002, 1 (1).

106 *Steinberg,* EuZW 2004, 76 (76).

107 *Ziekow,* NZBau 2001, 72 (72).

108 Vgl. *Rust*, EuZW 2000, 205 (206).

109 *Ziekow,* NZBau 2001, 72 (72).

110 *Meyer,* Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 37.

111 *Benedict*, Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, 13 ff.; *idem,* NJW 2001, 947 (947); *Dörr,* JZ 2004, 703 (710); *Herma,* Natur und Recht 2002, 8 (8); *Keßler/Ipek,* EWS 2004, 337 (337); *Löwisch, DB 2001, 1090 (1094); Mühlbach,* RdA 2003, 339 (339); *Schnabl,* in: Norm und Normvorstellung, 453 (460); *Seidel,* BS Januar 2001, B IV (IV).

112 *Arrowsmith,* ELR 2002, 3 (6); *eadem,* LQR 1995, 235 (235); *eadem/Linarelli/Wallace,* Regulating Public Procurement, 237; *Bovis,* EC Public Procurement Law, 118; *Doern*, PPLR 2004, 97 (97).

113 *Meyer,* Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Auftragsvergabe, 58.

114 Vgl. Art. 1 Abs. 8 RL 2004/18/EG; Art. 1 Abs. 7 RL 2004/17/EG.

115 *Benedict*, Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, 17; *Mühlbach,* RdA 2003, 339 (339); *Neßler,* DÖV 2000, 145 (147).

116 *Krohn,* NZBau 2004, 92 (94).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Der Charme des Instruments des öffentlichen Auftrags liegt in seinen vielfältigen Anwendungsmöglichkeiten[117]: Die öffentlichen Auftraggeber können die Befolgung von Sozialstandards forcieren, beispielsweise die Einhaltung der am Ort der Auftragsausführung geltenden Tariflöhne, und die Bieterunternehmen zur Förderung von gesellschaftlich benachteiligten Gruppen anhalten. Im Vordergrund steht hierbei die Einstellung von Langzeitarbeitslosen, Frauen, Auszubildenden, älteren und behinderten Arbeitnehmern sowie Angehörigen ethnischer Minderheiten. Entgegen anderer Ansicht[118] ist die Berücksichtigung sozialer Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge ein Instrument *indirekter* Verhaltenssteuerung[119]. Anstatt ein Ge- oder Verbot auszusprechen, werten die öffentlichen Auftraggeber bei der Auswahl der Angebote ein bestimmtes Verhalten der Bieterunternehmen positiv. Die Aussicht auf den Zuschlag des öffentlichen Auftrags wirkt als Anreiz, bestimmte sozialpolitische Zielvorgaben auf betrieblicher Ebene in die Tat umzusetzen.

III. Einsatz- und Anwendungsmöglichkeiten für soziale Vergabekriterien

Soziale Vergabekriterien können bei der Zuschlagsentscheidung relevant werden. Wie den betriebswirtschaftlichen Zuschlagskriterien auch wird dem sozialen Zuschlagskriterium ein bestimmter absoluter Punktwert oder Prozentsatz zugesprochen. Das Bieterunternehmen das die meisten Punkte oder den höchsten Prozentsatz auf sein Angebot vereinigt, erhält den Zuschlag. Es kann also sein, daß ein Angebot den Zuschlag davonträgt, obwohl es nicht das betriebswirtschaftlich günstigste Angebot ist. Die daraus resultierende potentielle Verteuerung heißt Mehrpreis[120]. Teilweise legen öffentliche Auftraggeber fest, daß Angebote, welche das geforderte soziale Zuschlagskriterium erfüllen, genauso wie das betriebswirtschaftlich günstigste Angebot behandelt werden, „soweit erstere nicht um mehr als einen bestimmten Prozentsatz oder Punktwert von letzteren abweichen“. Das Bieterunternehmen kann auf den Zuschlag des öffentlichen Auftrags hoffen, wenn es das geforderte Zuschlagskriterium *aktuell* erfüllt[121]. Des weiteren kann der soziale Aspekt bei der Zuschlagsentscheidung *subsidiär* als *Hilfskriterium* das Zünglein an der Waage spielen, um zwischen mehreren gleich günstigen Angeboten auszuwählen[122].

Ein Spezialfall ist das Eintrittsrecht, bei dem diejenigen Bieterunternehmen, die das geforderte Vergabekriterium erfüllen, zu den Konditionen des bis dato rein betriebswirtschaftlich günstigsten abgegebenen Angebots in das Vergabeverfahren eintreten können[123]. In dieser Form ist das Eintrittsrecht gemeinschaftsrechtlich unproblematisch, da sich der Einkauf nicht verteuert[124]. Gleiches gilt im übrigen, wenn die öffentlichen Auftraggeber Bieterunternehmen, welche den sozialen Vergabekriterien genügen, zur Teilnahme am Vergabever-

117 *Dörr,* JZ 2004, 703 (706).

118 *Kloepfer,* Umweltrecht, § 5, Rdnr. 204.

119 *Boesen,* Vergaberecht, § 97, Rdnr. 101.

120 *Dreher/Haas/v. Rintelen,* Vergabefremde Regelungen und Beihilfenrecht, 37; *Fante,* Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 131.

121 *Boesen,* Vergaberecht, § 97, Rdnr. 108.

122 *Pünder,* NZBau 2003, 530 (533).

123 *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 548; *Pünder,* NZBau 2003, 530 (533).

124 *Boesen,* Vergaberecht, § 97, Rdnr. 131; *Bultmann,* Beihilfenrecht und Vergaberecht, 113; *Dreher/Haas/v. Rintelen,* Vergabefremde Regelungen und Beihilfenrecht, 38; *Schäfer,* Öffentliche Belange im Auftragswesen und Europarecht, 448.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

fahren einladen[125]. Gemeinschaftsrechtlich erklärungsbedürftig ist allerdings der Fall, wenn Eintrittsrechte „zu einem ähnlich günstigen Preis“ gewährt werden[126].

Die dritte Möglichkeit, soziale Aspekte bei der öffentlichen Auftragsvergabe zu berücksichtigen, ist die Ausgestaltung über sogenannte Ausführungs- bzw. Auftragsbedingungen (*contract performance conditions, conditions d'exécution d'un marché)* in Form einer vertraglichen Nebenpflicht[127]. Ausführungsbedingungen beeinflussen die *zukünftige* Unternehmenspolitik der Bieterunternehmen, da diese sich verpflichten, fürderhin bestimmte Maßnahmen zu ergreifen[128]. Ausführungsbedingung werden erst bei der nachgeschalteten Vertragsabwicklung relevant. Die vorliegende Untersuchung widmet sich in erster Linie dem Hauptanwendungsfall der sozialen Vergabekriterien, i.e. den sozialen Zuschlagskriterien.

C. Rechtsprechung des EuGH

Im Anwendungsbereich gemeinschaftlichen Sekundärrechts verbleibt den Mitgliedstaaten nur dann ein eigener Handlungsspielraum, soweit der zu regelnde Sachverhalt nicht bereits auf Gemeinschaftsebene erschöpfend normiert ist. Sind die Vergaberichtlinien daher im Hinblick auf ihren Kriterienkatalog abschließend, dann ist oberhalb der dort festgelegten Schwellenwerte für die Berücksichtigung sozialer Aspekte kein Raum. Da insbesondere der EuGH mit seiner Judikatur die Frage der gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien vorangetrieben hat, sollen die Urteile in den Rechtssachen *Beentjes*, *Französische Schulen*, *Concordia Bus* und *Wienstrom* vorgestellt und analysiert werden.

I. Urteil des EuGH in der Rechtssache Beentjes

1. Sachverhalt

Den Stein des Anstoßes brachte das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Beentjes* ins Rollen. Im Ausgangsrechtstreit zu diesem Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art. 234 EG hatte das Bieterunternehmen *Beentjes* geltend gemacht, die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers, ihrem Angebot den Zuschlag zu verweigern, verstoße gegen die damals geltende Baukoordinierungsrichtlinie 71/305/EWG[129]. Die Ablehnung war unter anderem damit begründet worden, daß die Firma Beentjes nicht bereit und in der Lage gewesen sei, für das die Ausführgung des Projekts Langzeitarbeitslose zu beschäftigen, die ihr vom örtlichen Arbeitsamt vermittelt werden sollten. Diese Bedingung war in der Bekanntmachung des Auftrags und in den Verdingungsunterlagen als Ausführungsbedingung vorgesehen[130].

125 *Ziekow,* NZBau 2001, 72 (73).

126 *Wittig,* Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts, 58.

127 *Boesen,* Vergaberecht, § 97, Rdnr. 105.

128 *Boesen,* Vergaberecht, § 97, Rdnr. 106.

129 RL 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl. 1971, L 185, S. 5 ff.; abgesehen von einigen redaktionellen Feinheiten entsprach RL 71/305/EWG im Wortlaut den Vorschriften von RL 93/37/EWG. RL 71/305/EWG wurde lediglich aus Gründen der Klarheit und Übersichtlichkeit neu kodifiziert, vgl. RL 93/37/EWG, Präambel, Erwägungsgrund 1.

130 *EuGH,* Rs. 31/87 (Beentjes), Slg. 1988, 4635, Rdnrn. 3, 5.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Position des EuGH

Der EuGH leitete seine Erwägungen – unter Verweis auf das *CEI und Bellini*-Urteil[131] – mit der Feststellung ein, daß die Richtlinie kein einheitliches und erschöpfendes Gemeinschaftsrecht schaffe[132]. Sodann befand der EuGH, daß das Kriterium der Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen weder mit der Prüfung der fachlichen Eignung noch mit Zuschlagskriterien etwas zu tun habe[133]. Bei der Bedingung der Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen handele es sich um „eine besondere zusätzliche Bedingung"[134]. Eine solche Bedingung habe lediglich alle einschlägigen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts zu beachten, insbesondere die Verbote, die aufgrund der Dienstleistungsfreiheit zu befolgen seien[135]. Sie sei mit der Vergaberichtlinie vereinbar, wenn sie nicht unmittelbar oder mittelbar zu einer Diskriminierung der Bieter aus anderen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft führt[136]. Die Prüfung, ob das fragliche Kriterium im konkreten Fall diskriminierende Wirkung entfaltet, überließ der EuGH den nationalen Gerichten[137].

Der EuGH betonte, daß es bei der Auswahl der Zuschlagskriterien wesentlich darauf ankomme, einer Manipulierbarkeit des Vergabeverfahrens entgegenzuwirken. Ein besonderes Augenmerk schenkte der EuGH in diesem Zusammenhang dem Publizitäts- und Transparenzerfordernis. Dieses verpflichte die öffentlichen Auftraggeber, die Subkriterien zu veröffentlichen, die das wirtschaftlich günstigste Angebot konkretisieren[138]. Dementsprechend postulierte der EuGH, daß eine „besondere zusätzliche Bedingung" in der Bekanntmachung der Ausschreibung angegeben werden müsse[139]. Zweck der Publizitätsvorschriften sei es, den Bieterunternehmen ein Urteil darüber zu ermöglichen, ob die vorgesehenen Aufträge für sie von Interesse sind[140], und auf diese Weise die Entwicklung eines echten Wettbewerbs auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge sicherzustellen[141].

3. Analyse und Bewertung

Die *Beentjes*-Entscheidung gehört sicherlich zu den kontroversesten und auch mißverständlichsten Urteilen des EuGH. Letzteres spiegelt sich insbesondere in der Tatsache wider, daß in der rechtswissenschaftlichen Literatur über die in *Beentjes* getroffene Aussage die widersprüchlichsten Ansichten vorherrschen: Neben der Interpretation, der EuGH habe soziale Vergabekriterien als Eignungskriterien[142], Zuschlagskriterien[143], Ausführungsbedingun-

131 *EuGH,* Rs. 27 bis 29/86 (CEI und Bellini), Slg. 1987, 3347, Rdnr. 15.
132 *EuGH,* Rs. 31/87 (Beentjes), Slg. 1988, 4635, Rdnr. 20.
133 *EuGH,* Rs. 31/87 (Beentjes), Slg. 1988, 4635, Rdnr. 28.
134 *EuGH,* Rs. 31/87 (Beentjes), Slg. 1988, 4635, Rdnr. 36.
135 *EuGH,* Rs. 31/87 (Beentjes), Slg. 1988, 4635, Rdnr. 29.
136 *EuGH,* Rs. 31/87 (Beentjes), Slg. 1988, 4635, Rdnr. 37, 3. Spiegelstrich.
137 *EuGH,* Rs. 31/87 (Beentjes), Slg. 1988, 4635, Rdnr. 30.
138 *EuGH,* Rs. 31/87 (Beentjes), Slg. 1988, 4635, Rdnr. 22; 37, 2. Spiegelstrich.
139 *EuGH,* Rs. 31/87 (Beentjes), Slg. 1988, 4635, Rdnr. 31; 37, 3. Spiegelstrich.
140 *EuGH,* Rs. 31/87 (Beentjes), Slg. 1988, 4635, Rdnr. 22.
141 *EuGH,* Rs. 31/87 (Beentjes), Slg. 1988, 4635, Rdnr. 21.
142 *Fernández-Martín,* The EC Public Procurement Rules, 62.
143 *Bovis,* EC Public Procurement Law, 94; *McCrudden,* in: Öffentliche Auftragsvergabe und staatliche Leistungsgewährung – ein Instrument der Frauenförderung?, Teil 1, 72 (84).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gen[144], Vorbedingungen[145], zusätzliche Bedingungen[146] oder gar als „die Leistung näher charakterisierende Merkmale“[147] zugelassen, finden sich auch Stellungnahmen, der EuGH habe an dem Kriterium der Auftragsbezogenheit festgehalten und „das Kriterium der Einstellung von Langzeitarbeitslosen als klar richtlinienwidrig angesehen“[148]. Mancher Autor sah sich daher zu der Aussage veranlaßt, es sei nicht sicher, welchen Status sozialen Vergabekriterien nach dem *Beentjes*-Urteil nun hätten[149].

Trotz aller Unklarheiten lassen sich aus dem *Beentjes*-Urteil folgende Schlußfolgerungen ziehen: Der EuGH hat in *Beentjes* die Berücksichtigung sozialer Aspekte bei der öffentlichen Auftragsvergabe gutgeheißen. Grundsätzlich haben die Mitgliedstaaten die Befugnis, die Vergabe öffentlicher Aufträge auch im Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien für sozialpolitische Zielsetzungen zu instrumentalisieren. Der EuGH ordnete die sozialen Vergabekriterien jedoch ausdrücklich nicht den Zuschlagskriterien zu[150], sondern kreierte eine Kategorie *sui generis*.

Das Unverständnis, das der *Beentjes*-Entscheidung entgegengebracht wurde, beruht nicht nur darauf, daß sich der EuGH gegen die Schlußanträge von GA Darmon gestellt hatte, der sich dezidiert gegen soziale Vergabekriterien ausgesprochen hatte[151]. Zwar wurde mit Zustimmung aufgenommen, daß der EuGH sowohl das sekundäre als auch primäre Gemeinschaftsrecht zum Maßstab für soziale Vergabekriterien erklärte[152]. Allerdings wurde die Hauptaussage des *Beentjes*-Urteils, i.e. die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien, ausgesprochen negativ aufgenommen („Fehlurteil“[153])[154]. Insbesondere die Vorgehensweise des EuGH, neben den Eignungs- und Zuschlagskriterien eine zusätzliche Kategorie *sui generis* zu schaffen, stieß bis auf wenige Ausnahmen[155] auf massive Kritik[156]. Die Argumentation „eben weil soziale Kriterien nicht zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots herangezogen werden können, sind sie keine Zuschlagskriterien und daher von der Koordinie-

144 *Arnould,* PPLR 2001, NA 13 (16); *Fischer,* EuZW 2004, 492 (494); *Gurlit,* in: Recht und Geschlecht, 153 (165); *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 152; *McCrudden,* in: Public Procurement: Global Revolution, 219 (231); *Osterloh,* Rechtsgutachten zu Fragen der Frauenförderung im Rahmen der öffentlichen Mittelvergabe, 59; *Schäfer,* Öffentliche Belange im Auftragswesen und Europarecht, 245 ff.

145 *Rust*, EuZW 2000, 205 (207).

146 *Benedict,* Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, 176.

147 *Frenz,* WuW 2002, 352 (360).

148 *Schmitges-Thees,* Die öffentliche Auftragsvergabe als Instrument des Umweltschutzes*, 57.*

149 *Arrowsmith,* CMLR 1999, 13 (45); *Bultmann,* Beihilfenrecht und Vergaberecht, 97; *Meyer,* Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 232, 244; *Schneider*, DVBl 2003, 1186 (1188); *Schumacher*, DVBl. 2000, 467 (469); *Waldner,* Bieterschutz im Vergaberecht unter Berücksichtigung der europäischen Vorgaben, 100.

150 *Dreher,* JZ 2001, 140 (141).

151 *Ga Darmon*, Rs. 31/87 (Beentjes), Slg. 1988, 4643 Rdnr. 38.

152 *Hailbronner/Weber,* EWS 1997, 73 (75); *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 7; *Meyer,* Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 229; *Schumacher,* DVBl. 2000, 467 (470).

153 *Götz,* Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, 174.

154 *Götz*, Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, 164; *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 150; *Rittner*, EuZW 1999, 677 (679); *idem,* in: Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 87 (94).

155 *Böttger,* AuA 1996, 148 (150); *Bovis,* EC Public Procurement Law, 68; *Hailbronner/Weber,* EWS 1997, 73 (74); *Losch,* NdsVBl. 2003, 73 (76); *Riese,* Vergaberecht, 230; *Schima*, NZBau 2002, 1 (3); *Ziekow,* NZBau 2001, 72 (76); *idem,* VergabeR 2003, 1 (3).

156 *Braun,* PPLR 2001, 1 (4); *Bultmann,* Beihilfenrecht und Vergaberecht, 99, 100; *Götz,* Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, 164; *idem,* EuR 999, 621 (626); *Osterloh,* Rechtsgutachten zu Fragen der Frauenförderung im Rahmen der öffentlichen Mittelvergabe, 61.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rungswirkung der Vergaberichtlinien nicht erfaßt“[157], überzeugt nicht und kann nicht darüber hinwegtäuschen, daß der EuGH *de facto* keinen ernsthaften Versuch unternahm, die Vergaberichtlinien auszulegen[158]. Der EuGH beraubte sich vielmehr der Möglichkeit, soziale Vergabekriterien unter den unbestimmten Rechtsbegriff des „wirtschaftlich günstigsten Angebots“ zu fassen und so zu legitimieren. Mit dem Konstrukt besonderer zusätzlicher und damit dogmatisch frei schwebender Kriterien betonte der EuGH vielmehr den Fremdkörpercharakter sozialer Vergabekriterien.

Die Geneigtheit seines Publikums verscherzte sich der EuGH zudem mit dem Schachzug, auf die *CEI und Bellini*-Entscheidung zu verweisen. Denn damit erweckte der EuGH zu Unrecht den Eindruck, das *Beentjes*-Urteil befinde sich im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung zum öffentlichen Auftragswesen[159]. Zwar hatte der EuGH tatsächlich in *CEI und Bellini* den Ausspruch getan, daß die „Vergaberichtlinien kein einheitliches und erschöpfendes Gemeinschaftsrecht schaffen“[160]. Gegenstand der Vorlage war jedoch ein gänzlich anderes Problem gewesen, nämlich ob es den öffentlichen Auftraggebern gestattet sein soll, eine wertmäßige Obergrenze für die Summe aller öffentlichen Aufträge festzulegen, die *ein* Bieterunternehmen für die öffentliche Hand ausführen darf[161]. Das Argumentationsdefizit („*confusing and deficient*“[162]) wurde in der rechtswissenschaftlichen Literatur auch deshalb so negativ aufgenommen[163], weil der EuGH zum Zeitpunkt der *Beentjes*-Entscheidung bereits mehrfach festgestellt hatte, daß die gemeinsamen Teilnahmebestimmungen abschließend sind und nicht um zusätzliche Kriterien erweitert werden dürfen[164]. Bei einer für die öffentliche Auftragsvergabe so wichtigen Weichenstellung hätte der EuGH daher schon aus Gründen der Rechtssicherheit anzeigen müssen, daß der vorherige Standpunkt überholt ist[165]. Der Begriff der „besonderen zusätzlichen Bedingungen“ verträgt sich nicht mit der bisherigen *closed-shop*-Natur der Vergabekriterien[166].

Keine Zustimmung verdient auch die Art und Weise, in welcher der EuGH in *Beentjes* das Diskriminierungspotential sozialer Vergabekriterien abhandelte[167]. Konkret sah sich der EuGH vor folgendes Problem gestellt: Gemäß der Bekanntmachung der Ausschreibung mußte sich das beschäftigte Personal zu mindestens 70 % aus Langzeitarbeitslosen zusammensetzen, die von der örtlichen Arbeitsbeschaffungsstelle vermittelt wurden[168]. Zwar definierte sich das

157 *Boesen,* Vergaberecht, § 97, Rdnrn. 100, 114; *Ziekow,* NZBau 2001, 72 (75 f.).

158 Vgl. *Burgbacher,* VergabeR 2001, 169 (170); *Götz,* EuR 1999, 621 (625); *Hailbronner,* WiVerw 1994, 173 (226); *Seidel*, EuZW 2000, 762 (763); *Tobler,* ELR 2000, 618 (626); *Wittig,* Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts, 54.

159 Vgl. *Götz,* Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, 164; *idem,* EuR 1999, 621 (625, 626); *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 150; *Schenk,* Das neue Vergaberecht, 62; *Wittig,* Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts, 53.

160 *EuGH,* Rs. 27 u. 29/86 (CEI), Slg. 1987, 3347, Rdnr. 15.

161 *EuGH,* Rs. 27 u. 29/86 (CEI), Slg. 1987, 3347, Rdnr. 6.

162 *Fernández-Martín,* The EC Public Procurement Rules, 59.

163 *Arrowsmith,* LQR 1995, 235 (275); *Boesen,* Vergaberecht, § 97, Rdnr. 118; *Götz,* Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, 166; *idem,* EuR 1999, 621 (627); *Schenk,* Das neue Vergaberecht, 60, 63, 64.

164 *EuGH*, Rs. 10/76 (Kommission/Italien) Slg. 1976, 1359, 1364 Rdnr, 3/8; Rs. 274/83 (Kommission/Italien) Slg. 1985, 1077, 1092, Rdnr. 29 f; Rs. 76/81 (Transporoute), Slg. 1982, 417, Rdnr. 10.

165 *Prieß/Pitschas*, ZVgR 1999, 144 (149).

166 *Tobler,* ELR 2000, 618 (626).

167 Vgl. *Fante,* Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 122; *Fernández-Martín,* The EC Public Procurement Rules, 63; *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 155.

168 *GA Darmon,* Rs. 31/87 (Beentjes), Slg. 1988, 4635, Rndr. 32.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kriterium damit über den unterschiedslos wirkenden Parameter eines Prozentsatzes – gemessen an der Gesamtzahl der im Betrieb des Bieterunternehmens Beschäftigten. Darüber hinaus besaß das streitige Vergabekriterium jedoch durch die *Anbindung an die örtliche Arbeitsbeschaffungsstelle* einen geographischen Bezug. Der EuGH ging zwar grundsätzlich davon aus, daß die Kategorie sogenannter besonderer zusätzlicher Kriterien diskriminierungsfrei ausgestaltet werden kann, versäumte es aber, hierfür Maßstäbe zu nennen.

Mit dem *Beentjes*-Urteil versuchte der EuGH erstmals, sozialen Vergabekriterien den Weg zu ebnen. Insoweit ist die *Beentjes*-Entscheidung in der Tat als „*good law*" zu bezeichnen[169]. Insgesamt verhinderte die allenthalben beklagte[170] Begründungsanämie, daß *Beentjes* anstatt als Grundsatzentscheidung gleichsam als Ausreißer angesehen wurde[171].

II. Urteil des EuGH in der Rechtsache Französische Schulen

1. Sachverhalt

Der zweite Streich des EuGH in Sachen sozialer Vergabekriterien folgte über eine Dekade später mit der Entscheidung in der Rechtssache *Französische Schulen.* Die Region Nord-Pas-de-Calais und das Departement du Nord hatten bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge für die Sanierung von Schulgebäuden von den Bieterunternehmen unter anderem gefordert, sich einem lokalen Pakt zur Beschäftigungsförderung zu engagieren. Das Erfordernis, sich in dem Beschäftigungspakt anzuschließen, firmierte innerhalb der mit „Zuschlagskriterien" überschriebenen Rubrik ausdrücklich als „zusätzliches Kriterium". Die französische Regierung präzisierte später, daß es sich bei dem Beschäftigungsaspekt um ein subsidiäres Zuschlagskriterium handele, das nur dann zum Tragen komme, wenn mehrere gleichwertige Angebote vorliegen. Insofern sei es kein ausschlaggebendes Zusatzkriterium. Die Kommission leitete wegen Verletzung der Vergaberichtlinien[172] ein Vertragsverletzungsverfahren gemäß Art. 226 EG ein[173].

2. Position des EuGH

Der EuGH reduzierte das Vorbringen der Kommission auf den Vorwurf, daß die französischen Vergabestellen das Beschäftigungspaktkriterium in den streitigen Bekanntmachungen als Zuschlagskriterium aufgeführt hatten[174]. Nach Ansicht des EuGH hatte die Kommission jedoch niemals behauptet, das Beschäftigungspaktkriterium als solches verstoße gegen die wesentlichen Grundzüge des Gemeinschaftsrechts, berücksichtige das Diskrimi-

169 *Fernández-Martín,* The EC Public Procurement Rules, 68.

170 *Arrowsmith,* LQR 1995, 235 (275); *Götz,* Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, 164; *Rittner,* EuZW 1999, 677 (679 f.); *Schenk,* Das neue Vergaberecht, 60; *Seifert,* ZfA 2001, 1 (28).

171 *Boesen,* Vergaberecht, § 97, Rdnr. 119; *Götz*, EuR 1999, 621 (625); *Karenfort/v. Koppenfels/Siebert*, BB 1999, 1825 (1831); *Puhl,* VVdSTRL 2001, 456 (498).

172 Da die Kommission Verstöße rügte, die über einen Zeitraum von drei Jahren vorgefallen waren und damit teilweise vor dem Inkrafttreten der RL 93/37/EWG lagen, fanden sowohl die RL 71/305/EWG als auch die RL 93/37/EWG Anwendung.

173 *EuGH,* Rs. 225/98 (Kommission/Frankreich – Französische Schulen), Slg. 2000, I-7445, Rdnr 47, *GA Alber,* Rs. 225/98 (Kommission/Frankreich – Französische Schulen), Slg. 2000 I-7445, Rdnr. 35, 37, 41, 45.

174 *EuGH,* Rs. C-225/98 (Kommission/Frankreich – Französische Schulen), Slg. 2000, I-7445, Rdnr 48.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nierungsverbot nicht oder sei nicht ordnungsgemäß veröffentlicht worden[175]. An seine Ausführungen im *Beentjes*-Urteil[176] anknüpfend urteilte der EuGH, daß die öffentlichen Auftraggeber nach Art. 30 RL 93/37/EWG nicht daran gehindert seien, eine mit dem Kampf gegen die Arbeitslosigkeit zusammenhängende Bedingung als Kriterium zu verwenden, solange diese die wesentlichen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, vor allem das Diskriminierungsverbot, beachte, das aus der Dienstleistungsfreiheit folge[177].

Der EuGH wiederholte zudem seinen Ausspruch im *Beentjes*-Urteil[178], wonach ein derartiges Kriterium in Übereinstimmung mit den Publizitätsvorschriften angewendet werden müsse. Der EuGH scheute auch nicht die Mühe, nochmals[179] darauf hinzuweisen, daß ein solches Vergabekriterium in der Bekanntmachung des Auftrags bzw. in den Verdingungsunterlagen ausdrücklich genannt werden müsse, damit die Unternehmer in der Lage seien, vom Bestehen einer solchen Bedingung Kenntnis zu nehmen[180]. Soweit die Kommission vorbringe, das Urteil *Beentjes* betreffe eine Ausführungsbedingung und kein Zuschlagskriterium, so bemerkte der EuGH süffisant, aus Rdnr. 14 des *Beentjes*-Urteils ergebe sich eindeutig, daß die damals streitige Bedingung der Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen als Grund für den Ausschluß eines Bieters gedient und daher nur als ein Zuschlagskriterium gedient haben konnte[181]. Der Vorwurf der Kommission hinsichtlich des Beschäftigungspaktkriteriums sei daher zurückzuweisen[182].

3. Analyse und Bewertung

In der Quintessenz ist das Urteil in der Rechtssache *Französische Schulen* sicherlich eine Bestätigung der *Beentjes*-Enscheidung. Es geht jedoch über *Beentjes* hinaus, weil der EuGH soziale Vergabekriterien eindeutig als *Zuschlagskriterien* etablierte[183]. Somit gab der EuGH die Position auf, der Typus der „besonderen zusätzlichen Kriterien" stehe außerhalb der Vorschriften der Vergaberichtlinien. Der EuGH sprach es zwar nicht aus, aber wenn das streitige Beschäftigungskriterium ein Zuschlagskriterium im Sinne der Vergaberichtlinien ist, dann kann damit nur ein Subkriterium zur Konkretisierung des „wirtschaftlich günstigsten Angebots" gemeint sein. Positiv zu vermerken ist zudem, daß der EuGH mit der Betonung der Publizitätsvorschriften das verfahrensrechtlichen Instrument der Transparenz zum Schlüssel zur gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien erklärte. Gleiches gilt für das Festhalten am doppelten Maßstab anhand der Vergaberichtlinien und des EG-Vertrages.

Auf die Erklärung der französischen Regierung, das Beschäftigungspaktkriterium komme lediglich als Stichentscheid zwischen zwei gleich wirtschaftlichen Angeboten zum Zuge, ging

175 *EuGH,* Rs. C-225/98 (Kommission/Frankreich – Französische Schulen), Slg. 2000, I-7445, Rdnr 53.

176 *EuGH, R*s. 31/87 (Beentjes), Slg. 1988, 4635, Rdnr. 29.

177 *EuGH,* Rs. C-225/98 (Kommission/Frankreich – Französische Schulen), Slg. 2000, I-7445, Rdnr 50.

178 *EuGH,* Rs. 31/87 (Beentjes), Slg. 1988, 4635, Rdnrn. 31.

179 *EuGH,* Rs. 31/87 (Beentjes), Slg. 1988, 4635, Rdnr. 36.

180 *EuGH,* Rs. C-225/98 (Kommission/Frankreich – Französische Schulen), Slg. 2000, I-7445, 2. Leitsatz und Rdnrn. 49 ff., 73.

181 *EuGH,* Rs. C-225/98 (Kommission/Frankreich – Französische Schulen), Slg. 2000, I-7445, Rdnr 52.

182 *EuGH,* Rs. C-225/98 (Kommission/Frankreich – Französische Schulen), Slg. 2000, I-7445, Rdnr 54.

183 *Breloer,* Europäische Vorgaben und das deutsche Vergaberecht, 85; *Fante,* Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 213; *Gurlit,* in: Recht und Geschlecht, 153 (167); *Meyer,* Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 235; *Rust,* NJ 2001, 113 (115); *Schäfer,* Öffentliche Belange im Auftragswesen und Europarecht, 263; *Schneider*, DVBl. 2003, 1186 (1188).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der EuGH nicht ein. Anstatt von „subsidiären“ oder „lediglich zusätzlichen“ Kriterien ist in der Entscheidung allgemein von „Kriterien“ die Rede[184]. Diese Wortwahl ist dahingehend zu interpretieren, daß der EuGH auch solche soziale Zuschlagskriterien für zulässig hält, welche rein betriebswirtschaftlich günstigere Angebote ausstechen können[185].

Angedeutet hatte sich dieser Kurs des EuGH bereits mit dem Urteil in der Rechtssache *Evans Medical*[186]. In *Evans Medical* hatte der EuGH den Katalog der Zuschlagskriterien im Rahmen der damals geltenden Vergaberichtlinie für Lieferaufträge, RL 77/62/EWG[187], für nicht abschließend erklärt und damit zugelassen, daß öffentliche Auftraggeber die Zuverlässigkeit und Kontinuität der Belieferung als Zuschlagskriterium berücksichtigen dürfen[188]. Zwar waren nicht soziale Vergabekriterien Gegenstand des Verfahrens gewesen, wohl aber hat der EuGH bereits mit *Evans Medical* unmißverständlich zum Ausdruck gebracht, daß die öffentlichen Auftraggeber die „Herren des Vergabeverfahrens“ sind. Die öffentlichen Auftraggeber haben demnach das Recht auf freie Wahl der Zuschlagskriterien[189].

Anstatt jedoch die *Französische Schulen*-Entscheidung zum Anlaß zu nehmen, seinen Standpunkt mit einer Auslegung der Vergaberichtlinien zu untermauern, flüchtete sich der EuGH geflissentlich in die formell-rechtliche Frage, ob die Ausgestaltung des Beschäftigungspaktkriteriums als Zuschlagskriterium zulässig sei. Mit dem Begriff der wirtschaftliche Günstigkeit setzte sich der EuGH leider nicht auseinander[190]. Auch fehlen Erläuterungen zur relativen Gewichtung, welche den sozialen Vergabekriterien im Vergleich zu rein betriebswirtschaftlichen Vergabekriterien zukommt[191]. Auf das Diskriminierungspotential durch den geographischen Anknüpfungspunkt in Form des lokalen Beschäftigungspakts geht das Urteil ebenfalls nicht ein[192]. Obwohl selbst GA Alber als überzeugter Gegner sozialer Vergabekriterien davon gesprochen hatte, daß „sich der Beschäftigungsaspekt gesellschaftspolitisch inzwischen anders darstelle als zum Zeitpunkt des Erlasses der Vergaberichtlinie“[193], mochte der EuGH für sein Verdikt nicht aus dem durch den Vertrag von Amsterdam novellierten Ziel- und Aufgabenkatalog des EG-Vertrags schöpfen.

Dabei hätte der EuGH in zweierlei Hinsicht Anlaß gehabt, sich mit der Frage der materiellen Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien zu beschäftigen. Zum einen hatten sich aber sowohl die Kommission als auch GA Albers dezidiert gegen Berücksichtigung beschäftigungspolitischer Aspekte in der Zuschlagsentscheidung ausgesprochen. Derartige Aspekte könnten lediglich bei der Auftragsausführung berücksichtigt werden[194]. Zum anderen war aufmerksamen

184 *Arnould,* PPLR 2001, NA 13 (18); *Fischer/Barth,* NVwZ 2002, 1184 (1190); *Schneider*, DVBl. 2003, 1186 (1188).

185 *Fischer/Barth,* NVwZ 2002, 1184 (1190).

186 *EuGH,* Rs. C-324/93 (Evans Medical & Macfarlan Smith), Slg. 1995, I-563, Rdnr. 42.

187 Art. 25 RL 77/62/EWG des Rates vom 21. Dezember 1976 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABl. 1977, L 13, S. 1 ff., in der Fassung von RL 88/295/EWG des Rates vom 22. März 1988, ABl. 1988, L 127, S. 1 ff.

188 *EuGH*, Rs. C-324/93 (Evans Medical & Macfarlan Smith) Slg. 1995, I-563, Rdnr. 42.

189 Vgl. *EuGH* Rs. C-324/93 (Evans Medical and Macfarlan Smith), Slg. 1995, I-563, Rdnr. 42.

190 *Mühlbach,* RdA 2003, 339 (343).

191 *Arnould,* PPLR 2001, NA 13 (18).

192 *Arnould,* PPLR 2001, NA 13 (18).

193 *GA Alber,* Rs. C-225/98 (Kommission/Frankreich – Französische Schulen), Slg. 2000, I-7445, Rdnr. 47.

194 *GA Alber,* Rs. C-225/98 (Kommission/Frankreich – Französische Schulen), Slg. 2000, I-7445, Rdnrn. 36, 48; *Kommission,* Mitteilung vom 22. September 1989 „Öffentliches Auftragswesen – Regionale und soziale Aspekte“, KOM (1989), 400 endg., ABl. 1989, C 311, S. 7 ff., Rdnr. 43 ff.; *eadem,* Grünbuch vom 27. November 1996 „Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union: Überlegungen für die Zu-

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Beobachtern in der rechtswissenschaftlichen Literatur nicht entgangen[195], daß der EuGH mit der Entscheidung in *Französische Schulen* von seiner Judikatur der Post-*Beentjes*-Ära[196] abgewichen war. Der EuGH hatte nämlich im Anschluß an das *Beentjes*-Urteil wiederholt regionalpolitisch motivierte Präferenzsysteme bei der öffentlichen Auftragsvergabe als unvereinbar mit Art. 28 EG und RL 71/305/EWG gebrandmarkt[197]. Wegen dieser Rechtsprechungslinie war *Beentjes* von der Literatur als überholt *ad acta* gelegt worden[198]. Der EuGH hätte klarstellen müssen, daß die von den Gegnern sozialer Vergabekriterien vorgebrachten Entscheidungen *Kommission/Italien* und *Transporoute* sich lediglich auf den abschließenden Charakter der *Eignungs*-, nicht jedoch auf Zuschlagskriterien bezogen[199]. Zudem handelte es sich bei den in *Kommission/Italien, Du Pont de Nemours Italiana*[200] und *Laboratori Bruneau*[201] einschlägigen regionalen Proporzkriterien um Merkmale mit unmittelbar diskriminierender Wirkung gegen EG-ausländische Bieterunternehmen, da sie an die Herkunft der Bieterunternehmen angeknüpften[202].

Das *Französische Schulen*-Urteil erntete in der rechtswissenschaftlichen Literatur bis auf vereinzelte Ausnahmen[203] wegen seiner Begründungsarmut herbe Kritik („groteskes Fehlurteil“[204])[205]. Das Urteil diskreditiere den EuGH als Rechtsprechungsorgan und trage nicht dazu bei, die Akzeptanz seiner Entscheidungen in den Mitgliedstaaten zu erhöhen[206]. Ein Teil der Literatur war sich weiterhin unschlüssig, ob der EuGH nun wirklich auf die Kategorie *sui generis* verzichtet hatte[207].

---

kunft“, KOM (1996), 583 endg., Rdnr. 5.52; *eadem,* Mitteilung vom 11. März 1998 „Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union“, KOM (1998), 143 endg., Rdnr. II. 4.3.

195 *Arrowsmith,* PPLR 1992, 408 (414); *Fante,* Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 201; *Fernández-Martín,* The EC Public Procurement Rules, 63; *Götz,* Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, 164; *idem,* EuR 1999, 621 (626 ff.); *Huber,* ThürVBl. 2000, 193 (195); *Karenfort/v. Koppenfels/Siebert,* BB 1999, 1825 (1831); *Prieß,* Handbuch des europäischen Vergaberechts, 164; *Schardt,* Öffentliche Aufträge und das Beihilfenregime des Gemeinschaftsrechts, 27.

196 *EuGH,* Rs. C-45/87 (Kommission/Irland – Dundalk), Slg. 1988, 4929, Rdnr. 27; Rs. C-21/88 (Dupont de Nemours Italiana), Slg. 1990, 889, Rdnr. 11; Rs. C-351/88 (Laboratori Bruneau), Slg. 1991, I-3641, Rdnr. 7; Rs. C-360/89 (Kommission/Italien), Slg. 1992, I-3401, Rdnrn. 20, 21; Rs. C-272/91 (Lottomatica), Slg. 1994, I-1409, Rdnr. 35.

197 *EuGH*, Rs. C-21/88 (Pont Nemours), Slg. 1990, I-889, 919, Rdnr. 7; Rs. C-351/88 (Laboratori Bruneau) Slg. 1991, I-3641, 3656, Rdnr. 7; Rs. 360/89 (Kommission/Italien), Slg. 1992, I-3401, Rdnr. 18.

198 *Fernandez-Martin/Stehmann,* ELR 1991, 216 (235); *Götz,* Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, 164, 168; *idem,* EuR 999, 621 (625, 633); *Karenfort/v. Koppenfels/Siebert*, BB 1999, 1825 (1830, 1831); *Puhl,* VVdSTRL 2001, 456 (492); *Wittig,* Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts, 54.

199 *EuGH,* Rs. C-360/89 (Kommission/Italien), Slg. 1992, I-3401, Rdnrn. 18; Rs. 76/81 (Transporoute), Slg. 1982, 417, Rdnr. 15.

200 *EuGH,* Rs. C-21/88 (Du Pont de Nemours Italiana) , Slg. 1990, I-889, Rdnr. 18.

201 *EuGH,* Rs. C-351/88 (Laboratori Bruneau), Slg. 1991, I-3641, Rdnr. 7 f.

202 *EuGH,* Rs. C-360/89 (Kommission/Italien), Slg. 1992, I-3401, Rdnrn. 8, 15.

203 *Benedict,* NJW 2001, 947 (948); *idem,* EWS 514 (514); *Bovis,* CMLR 2002, 1025 (1052); *Ziekow,* NZBau 2001, 72 (78).

204 *Dreher,* JZ 2001, 140 (140).

205 *Arnould,* PPLR 2001, NA 13 (15); *idem,* PPLR 2004, 187 (195); *Bartosch,* EuZW 2001, 229 (230); *idem,* CMLR 2002, 551 (572); *Breloer,* Europäische Vorgaben und das deutsche Vergaberecht, 86; *Bultmann,* ZfBR 2004, 134 (135); *Dreher,* JZ 2001, 140 (141); *Fante,* Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 213, 214; *Opitz,* NZBau 2001, 12 (14); *Seidel,* EuZW 2000, 762 (762, 763); *Williams,* PPLR 2002, NA 1 (6).

206 *Dreher,* JZ 2001, 140 (141).

207 Vgl. *Mühlbach,* RdA 2003, 339 (343).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

III. Urteil des EuGH in der Rechtssache Concordia Bus

1. Sachverhalt

Die dritte Gelegenheit, sich zur gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit nicht-wirtschaftlicher Vergabekriterien zu äußern, bot sich dem EuGH in der *Concordia Bus*-Entscheidung. Die Stadt Helsinki hatte beschlossen, den innerstädtischen Busverkehr auszuschreiben und den Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot zu erteilen. Eines der Beurteilungskriterien war das Niveau der Stickoxid- und Lärmemissionen**.** Die höchste Punktzahl, nämlich 92,69 Punkte, erreichte die wirtschaftlich selbständige Produktionseinheit der Verkehrsbetriebe der Stadt Helsinki, HKL. Die Klägerin Concordia Bus belegte mit 88,56 Punkten knapp den zweiten Platz. Zwar hatte die Klägerin das preisgünstigste Angebot abgegeben, aber die HKL konnte in der Kategorie für das Emissionsniveau zusätzlich Punkte sammeln. Demgemäß gab der Wirtschaftsausschuß der Stadt Helsinki dem Angebot der HKL den Zuschlag. Im Ausgangsverfahren bemängelte die Klägerin, daß das Umweltschutzkriterium eine Begünstigung der HKL darstelle, da *de facto* nur sie in der Lage gewesen sei, einen entsprechenden Fuhrpark einzusetzen. Die HKL habe mit einer Bestellung von elf neuen gasbetriebenen Bussen die Kapazitäten der einzigen Tankanlage Finnlands für Erdgas erschöpft, die für fünfzehn Busse ausgerichtet ist, so daß es unmöglich geworden sei, dort weitere Fahrzeuge zu betanken. Das vorlegende Gericht hoffte vom EuGH zu erfahren, ob Art. 36 Abs. 1 RL 92/50/EWG den öffentlichen Auftraggebern die Verwendung eines derartigen Zuschlagskriteriums gestattet. Zum anderen begehrte es zu wissen, ob das Umweltschutzkriterium auch dann zulässig ist, wenn von vornherein feststeht, daß mit hoher Wahrscheinlichkeit nur die eine eigene Produktionseinheit der öffentlichen Auftraggeberin einen solchen Fuhrpark anbieten kann[208].

2. Position des EuGH

Der EuGH urteilte, daß aus dem Wortlaut von Art. 36 Abs. 1 lit. a 92/50/EWG, i.e. aus der Verwendung des Ausdrucks „zum Beispiel“, eindeutig hervorgehe, daß die Subkriterien, zur Konkretisierung des wirtschaftlich günstigsten Angebots nicht abschließend aufgezählt seien[209]. Nicht jedes Subkriterium müsse notwendigerweise rein wirtschaftlicher Natur sein. Es könne nicht ausgeschlossen werden, daß Faktoren, die nicht rein wirtschaftlich sind, sich auf den Wert eines Angebots für diesen Auftraggeber auswirken könnten. Diese Feststellung werde auch durch den Wortlaut dieser Vorschrift, in dem die Ästhetik eines Angebots ausdrücklich als Kriterium genannt wird, bekräftigt[210]. Diese Auslegung sah der EuGH im übrigen durch Art. 6 EG sowie Art. 174 EG bestätigt[211].

In Anlehnung an die Urteilserwägungen in den Rechtssachen *Beentjes*[212] und *Französische Schulen*[213] befand der EuGH erneut, daß alle Zuschlagskriterien im Leistungsverzeichnis oder in der Bekanntmachung des Auftrags ausdrücklich angegeben werden müßten[214].

---

208 *GA Mischo,* Schlußanträge, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnrn. 11, 16, 18, 21, 22, 62, 124, 125; *EuGH,* Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnrn. 37, 70.

209 *EuGH*, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 54.

210 *EuGH*, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 55.

211 *EuGH,* Rs. C-513/99 (Concordia), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 57.

212 *EuGH,* Rs. 31/87 (Beentjes), Slg. 1988, 4635, Rdnrn. 31,36.

213 *EuGH,* Rs. C-225/98 (Kommission/Frankreich – Französische Schulen), Slg. 2000, I-7445, Rdnr. 51.

214 *EuGH,* Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 62.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Abschließend bejahte der EuGH die Zulässigkeit von Umweltschutzkriterien als Zuschlagskriterien, unter der Voraussetzung, daß diese Kriterien erstens mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängen[215], zweitens dem Auftraggeber keine unbeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen, drittens ausdrücklich im Leistungsverzeichnis oder in der Bekanntmachung des Auftrags genannt sind und viertens alle wesentlichen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts beachten[216].

Im konkreten Fall sei das Umweltschutzkriterium objektiv und ohne Unterschied auf alle Angebote anwendbar gewesen. Es stünde in einem unmittelbaren Zusammenhang mit dem angebotenen Fuhrpark und sei in ein System der Zuteilung von Punkten integriert[217]. Der Umstand, daß eines der Subkriterien zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots nur von einer sehr kleinen Zahl von Unternehmen erfüllt werden könne, von denen eines überdies eine der öffentlichen Auftraggeberin gehörende Produktionseinheit sei, stelle keinen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz dar[218].

3. Analyse und Bewertung

a. Zulässigkeit nicht-wirtschaftlicher Zuschlagskriterien

Daß sich der EuGH im *Concordia Bus*-Urteil dazu durchrang, nicht-wirtschaftliche Vergabekriterien unter das Auffangbecken des „wirtschaftlich günstigsten Angebots“ zu fassen, ist sicherlich den Schlußanträgen von GA Mischo zu verdanken, der ein flammendes Plädoyer für deren gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit gehalten hatte. Indem der EuGH beim Stichwort „wirtschaftlich günstigstes Angebot“ via Fußnote auf die Urteile in den Rechtssachen *Beentjes* und *Evans Medical*[219] verwies[220], legitimierte er über diesen unbestimmten Rechtsbegriff rückwirkend seine bisherige Rechtsprechung. Man kann sich allerdings fragen, warum aus Gründen der Klarheit und Verständlichkeit nicht auch die Entscheidung *Französische Schulen* genannt ist. Jedenfalls wäre es wünschenswert gewesen, der EuGH hätte sich offen zum dogmatischen Standort bekannt. Obwohl das Vorlagefrageverfahren im *Concordia Bus*-Urteil allein Umweltschutzkriterien zum Gegenstand hatte, beschränkte der EuGH seine rechtliche Würdigung begrifflich nicht auf Umweltschutzkriterien, sondern gebrauchte den Ausdruck der nicht-wirtschaftlichen Kriterien. Der allgemein gehaltene *Begriff der nicht-wirtschaftlichen Kriterien* geht über reine Umweltschutzgesichtspunkte hinaus und schließt damit auch soziale Vergabekriterien mit ein[221]. Hier hat sich der EuGH bei seiner großzügigen Wortwahl von den Schlußanträgen des GA, i.e. den „Kriterien im Allgemeinwohlinteresse“[222], inspirieren lassen.

Als positiv ist zu werten ist der Umstand, daß der EuGH in *Concordia Bus* erstmals Erwartungen bezüglich einer Wortlautauslegung nachkam. Der auf die Schlußanträge von GA Mi-

---

215 *EuGH,* Rs. C-513/99 (Concordia), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 59.
Englische Fassung: (…) provided that they are linked to the subject-matter of the contract.
Französische Fassung: (…) pour autant que ces critères sont liés à l'objet du marché.

216 *EuGH,* Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 64.

217 *EuGH,* Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 83.

218 *EuGH,* Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 85.

219 *EuGH,* Rs. 31/87 (Beentjes), Slg. 1988, 4635, Rdnr. 19; Rs. C-324/93 (Evans Medical & Macfarlan Smith), Slg. 1995, I-563,Rdnr. 42.

220 *EuGH,* Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7113, Rdnr. 59.

221 Vgl. *Fischer,* RIW 2003, 347 (351).

222 *GA Mischo,* Schlußanträge, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7113, Rdnrn. 91, 93.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

scho[223] zurückgehende Versuch des EuGH, die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien mit einem Verweis auf das Subkriterium der Ästhetik zu untermauern[224], ist jedoch nur bedingt tragfähig. Tatsächlich sind Ästhetik und äußeres Erscheinungsbild eines Produktes Eigenschaften, für die auch ein privater Investor bereit ist, Geld zu zahlen. Insofern steht dieses Subkriterium nicht ohne weiteres unter einem nicht-wirtschaftlichen Vorzeichen. Wohl aber läßt sich daraus ablesen, daß das Vergabeverfahren keine wertentscheidungsfreier Raum ist[225].

b. Subjektive Perspektive des öffentlichen Auftraggebers

Gewichtig wiegt weiterhin das Argument, daß der EuGH mit der Phrase „Wert eines Angebots *für diesen Auftraggeber*" erstmals offen ausgesprochen hat, daß für die Günstigkeit des Angebots die subjektive Perspektive des öffentlichen Auftraggebers maßgeblich ist[226]. Im Gegensatz zur rein betriebswirtschaftlichen Perspektive, welche lediglich auf die konkret-individuellen Auswirkungen der Gegenleistung abhebt, hat sich der EuGH nun entgegen den Stimmen von Kommission[227] und Literatur[228] mit dieser Subjektivierung definitiv für den weiten volkswirtschaftlich geprägten und gemeinwohlorientierten (wohlfahrtsökonomischen[229]) Wirtschaftlichkeitsbegriff entschieden[230]. Der EuGH erkannte damit implizit das Vorbringen der Stadt Helsinki an, die geltend gemacht hatte, das Umweltschutzkriterium befriedige in gleichem Maße ihre Interessen und die ihrer Bürger. Für die Stadt Helsinki ergäben sich unmittelbare Spareffekte, insbesondere im medizinisch-sozialen Bereich, der etwa 50% ihres Gesamthaushalts ausmache[231].

In diesem Zusammenhang ist jedoch zu bedauern, daß der EuGH im *Concordia Bus*-Urteil die Argumentation von GA Mischo nicht aufgegriffen und sich nicht näher zur besonderen staatlichen Verantwortung der öffentlichen Arbeitgeber geäußert hat. Wenn nämlich öffentliche Auftraggeber dazu berufen seien, das Allgemeininteresse zu wahren, so dürften sie sich nach Ansicht von GA Mischo hiervon auch im Rahmen der Vergabe öffentlicher Aufträge leiten lassen[232]. GA Mischo hatte sich auf den Standpunkt gestellt, daß es sich bei der Befugnis, Umweltaspekte zu Zuschlagskriterien zu erheben, gegenüber der Befugnis, den Gegenstand des öffentlichen Auftrags festzulegen, um eine qualitatives Minus handelt, das im erstrecht-Schluß zulässig sein muß[233]. Angesichts dieser Vorlage wäre es nur folgerichtig gewesen, den Aspekt der maßgeblichen Perspektive um die Fürsorgeverantwortung der öffentlichen Auftraggeber zu ergänzen, da zweitere für erstere von essentieller Bedeutung ist. Bis zu diesem Punkt schien der EuGH daher die Frage, ob ein Zuschlagskriterium für den öffentlichen Auftraggeber stets einen unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteil bedeuten muß, negativ beschieden zu haben[234].

---

223 *GA Mischo,* Schlußanträge, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnrn. 104, 114.

224 *EuGH,* Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7113, Rdnr. 55.

225 Vgl. *Opitz,* BauR 2000, 1564 (1573).

226 *Bungenberg,* NVwZ 2003, 314 (315); *Doern,* PPLR 2004, 97 (115).

227 *GA Mischo,* Schlußanträge, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 73.

228 Vgl. *Egger,* NZBau 2002, 601 (602).

229 Vgl. *Bungenberg,* NVwZ 2003, 314 (315).

230 *Doern,* PPLR 2004, 97 (115); *Schneider*, DVBl. 2003, 1186 (1190).

231 *EuGH*, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 46; *GA Mischo,* Schlußanträge, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 66.

232 *GA Mischo,* Schlußanträge, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 93.

233 *GA Mischo,* Schlußanträge, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 80.

234 *Steinberg,* EuZW 2002, 634 (634).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c. Aussagegehalt des Zusammenhangserfordernisses

Allerdings gab der EuGH keine eindeutige Antwort auf die Frage, welche Anforderungen für die nicht-wirtschaftlichen Kriterien gelten. Anlaß für Verwirrung sorgte der Relativsatz „die je nach Auftrag wechseln“[235]. Dazu berief sich der EuGH auf ein Urteil aus den 80er Jahren vor Erlaß des *Beentjes*-Urteils[236], zu einem Zeitpunkt also, als das Problem nicht-wirtschaftlicher Vergabekriterien noch gar nicht akut war. Jedoch bezieht sich der Relativsatz in allen drei sprachlichen Fassungen nicht auf das Produkt oder die Dienstleistung an sich, sondern auf den öffentlichen Auftrag, so daß man diese Aussage dahingehend interpretieren könnte, daß die öffentlichen Auftraggeber frei sind, sich für jeden öffentlichen Auftrag diejenigen Vergabekriterien herauszusuchen, welche ihrer sozialen Verantwortung am besten entsprechen.

Allerdings klingt noch eine weitere Urteilspassage danach, als würde der EuGH seine generöse Interpretation des wirtschaftlich günstigsten Angebots wieder relativieren wollen. In Opposition zu GA Mischo[237] hatte der EuGH nämlich die Forderung aufgestellt, daß „Vergabekriterien mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängen müssen“[238]. Dies klingt so, als habe sich der EuGH dem kategorischen Imperativ der Produktbezogenheit angeschlossen. Wörtlich genommen würde dies eine Abkehr von den Urteilen in den Rechtssachen *Beentjes* und *Französische Schulen* und damit eine Absage an soziale Vergabekriterien bedeuten[239]. Im Kontext der Umweltschutzkriterien allein wäre dieses Erfordernis jedenfalls eher redundant. Schließlich wird sich die umweltfreundliche Herstellung eines Produktes oder einer Dienstleistung in den meisten Fällen ohnehin in meßbare Eigenschaften übersetzen lassen, die dem Produkt oder der Dienstleistung inhärent sind. Im übrigen war bei dem in *Concordia Bus* einschlägigen Umweltschutzkriterium der Zusammenhang unproblematisch gegeben, so daß für den EuGH eigentlich kein Anlaß bestand, dieses Erfordernis herauszustellen[240]. An dieser entscheidenden Stelle weist das *Concordia Bus*-Urteil daher einen inneren Widerspruch auf: Denn einerseits dürfen *expressis verbis* auch lediglich mittelbar betriebswirtschaftlich vorteilhafte Ziele mit der öffentlichen Auftragsvergabe verfolgt werden, andererseits müssen sie einen Bezug zum Auftragsgegenstand haben[241].

Auf der anderen Seite untermauerte der EuGH in *Concordia Bus* seinen Kriterienkatalog mit einem Verweis auf die Urteile *Beentjes* und *Französische Schulen*[242], ohne sich inhaltlich davon abzugrenzen oder Einschränkungen vorzunehmen[243]. An keiner Stelle seiner Erwägungen ist eine offizielle Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung auszumachen[244]. Eine Auslegung, welche soziale und damit produktionsbezogene Vergabekriterien unmöglich

235 *EuGH,* Rs. C-513/99 (Concordia), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 60.
Englische Fassung: qualitative and quantitative criteria relating to the contract in question.
Französische Fassung: critères qualitatifs et quantitatifs variables selon le marché en question.

236 *EuGH,* Rs. C-274/83 (Kommission/Italien), Slg. 1985, 1077, 2. Leitsatz, Rdnr. 25.

237 *GA Mischo,* Schlußanträge, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 112.

238 *EuGH,* Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnrn. 59, 64.

239 Vgl. *Bungenberg,* NVwZ 2003, 314 (316); *Fante,* Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 219; *Egger,* NZBau 2002, 601 (602); *Opitz,* NZBau 2003, 252 (257).

240 *Bungenberg,* NVwZ 2003, 314 (316).

241 *Bultmann,* ZfBR 2004, 134 (137).

242 *EuGH,* Rs. 31/87 (Beentjes), Slg. 1988, 4635, Rdnr. 29; Rs. C-225/98 (Kommission/Frankreich – Französische Schulen), Slg. 2000, I-7445, Rdnr. 50.

243 *EuGH,* Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 63.

244 *Bungenberg,* NVwZ 2003, 314 (316).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

machen würde, erscheint umso zweifelhafter, als der EuGH das von der Kommission im Laufe der mündlichen Verhandlung in die Runde geworfene Stichwort einer „engen Verbindung zum Auftragsgegenstand“[245] sowie des „wirtschaftlichen Vorteils zu unmittelbarem Nutzen des öffentlichen Auftraggebers“[246] nicht aufgegriffen hatte.

Die Kommission hatte es abgelehnt, allgemeine Umweltschutzaspekte als eigenständigen Nutzenfaktor anzuerkennen und externe Umweltkosten zu internalisieren[247]. Ihr schwebte als Paradefall die Konstellation vor, daß sich das Umweltschutzkriterium konkret in niedrigeren Betriebskosten niederschlägt, wie beispielsweise bei Einsparungen im Energieverbrauch und -aufwand sowie in höheren Einnahmen. Im konkreten Fall sah sie das Erfordernis eines engen Zusammenhangs mit dem öffentlichen Auftragsgegenstand als gegeben an, da die Emissionen untrennbar mit der Beschaffenheit des Fuhrparks verbunden seien[248]. Ebenso bejahte sie das Vorliegen eines unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteils, da Behinderte und ältere Menschen verstärkt das öffentliche Transportsystem nutzen würden[249]. Diese Argumentation erscheint jedoch ein wenig gezwungen. Betrachtet man die Fortbewegungsoptionen dieser Bevölkerungsgruppen, so erscheint es angemessener, mit GA Mischo[250] den Einsatz von Niederflurbussen als Dienstleistung gegenüber gewissen Teilen der Bevölkerung und nicht als Mittel zur Erhöhung der Einnahmen des Auftraggebers anzusehen. Da sich die Kommission mit ihrer Forderung nach der Einfügung des Wörtchens „eng“ bzw. „unmittelbar“ nicht durchzusetzen vermochte, kann jedenfalls im Umkehrschluß davon ausgegangen werden, daß kein direkter Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand bzw. unmittelbarer wirtschaftlicher Vorteil notwendig ist[251]. Aus der Formulierung der „mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängenden Kriterien“ kann daher kein inhaltliches Kopplungsverbot von öffentlichem Auftrag und sozialen Zielsetzungen abgeleitet werden[252].

d. Auslegung der Vergaberichtlinien anhand der Ziele des EG-Vertrages

Es ist in höchstem Maße begrüßenswert, daß der EuGH in *Concordia Bus* – mit der Formulierung „mit Rücksicht auf die Ziele von Art. 6 EG und Art. 174 EG“[253] dem Anraten von GA Mischo[254] und Stimmen aus der Literatur[255] folgte und die Ziele des EG-Vertrags als Rechtserkenntnisquellen hinzuzog[256]. Damit ist grundsätzlich der Weg geebnet, um die für die sozialen Vergabekriterien einschlägigen sozialpolitischen Zielbestimmungen des EG-Vertrags fruchtbar zu machen. Angesichts der zahlreichen Querschnittsklauseln wie bei-

245 *GA Mischo,* Schlußanträge, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 73.

246 *GA Mischo,* Schlußanträge, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnrn. 73, 108; Vgl. *Kommission,* Mitteilung über das auf das Öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge KOM (2001), 274 endg., ABl. 2001, C 333, S. 12 ff., Rdnr. 3.1.

247 Vgl. *Kommission,* Mitteilung über das auf das Öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge KOM (2001), 274 endg., ABl. 2001, C 333, S. 12 ff., Rdnr. 3.3; vgl. *Krohn,* NZBau 2004, 92 (93).

248 *GA Mischo,* Schlußanträge, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 77.

249 *GA Mischo,* Schlußanträge, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 106.

250 *GA Mischo,* Schlußanträge, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 107.

251 Vgl. *Steinberg,* EuZW 2002, 634 (635).

252 *Grzeszick,* DÖV 2003, 649 (650).

253 *EuGH,* Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 57.

254 *GA Mischo,* Schlußanträge, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 92.

255 *Rößner/Schalast,* NJW 2003, 2361 (2363).

256 Vgl. *Steinberg,* EuZW 2002, 634 (635).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

spielsweise das Streben nach einem hohen Beschäftigungsniveau gemäß Art. 127 Abs. 2 EG hat das *Concordia Bus*-Urteil auch Signalwirkung für soziale Zielsetzungen wie die Beschäftigungsförderung[257]. Konsequenterweise wird sich der EuGH dann aber in Zukunft nicht damit begnügen dürfen, negativ die primärrechtlichen Grenzen für die Ausgestaltung von Vergabekriterien aufzuzeigen, wie sie insbesondere aus dem Diskriminierungsverbot der Dienstleistungsfreiheit folgen[258]. Diese zur Formel erstarrte Voraussetzung ist zu ungenau[259]. Es gilt, unter Berücksichtigung der sozialpolitischen Ziele des EG-Vertrages den Inhalt des Begriffs des „wirtschaftlich günstigsten Angebots" positiv zu umreißen. In diesem Zusammenhang ist jedoch zu bemängeln, daß der EuGH nicht wirklich eine Abwägung zwischen dem Ziel der Realisierung des Binnenmarktes und dem Umweltschutz vorgenommen hat[260].

e. Transparenz, Willkürverbot und Gleichbehandlungsgrundsatz

In *Concordia Bus* befand sich der EuGH in der komfortablen Situation, daß sich die Kommission als ärgste Gegnerin nicht-wirtschaftlicher Vergabekriterien nicht in der Lage sah zu entscheiden, ob das streitige Umweltschutzkriterium diskriminierende Wirkung hatte oder nicht[261]. An sich bestand für den EuGH damit keine besondere Veranlassung, dem Diskriminierungspotential der streitigen Kriterien nachzuspüren. Andererseits wollte der EuGH zeigen, daß er die von ihm aufgestellten Voraussetzungen für die Zulässigkeit nicht-wirtschaftlicher Kriterien ernst nimmt, insbesondere das Willkürverbot („keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit") und das Diskriminierungsverbot[262]. Entgegen sonstigen Gepflogenheiten überließ der EuGH die Prüfung jedenfalls nicht dem nationalen Gericht, sondern überzeugte sich eigenhändig vom Fehlen jeglicher Diskriminierungselemente[263]. Den Schlußanträgen von GA Mischo[264] folgend signalisierte der EuGH, daß es bei nicht-wirtschaftlichen Kriterien nicht *per se* eine Vermutung für diskriminierendes Verhalten auf Seiten der öffentlichen Auftraggeber gibt. Laut GA Mischo müssen vielmehr konkrete Beweise vorliegen, daß die Verwendung des streitigen Vergabekriteriums einzig und allein der Bevorzugung bestimmter Bieterunternehmen gedient habe[265]. Derartige Anhaltspunkte würden sich nur dann ergeben, wenn das Kriterium im Hinblick auf die Art des öffentlichen Auftrags und die Bedürfnisse des öffentlichen Auftraggebers objektiv nicht gerechtfertigt war[266]. Selbst wenn aufgrund gewisser Umstände und Gegebenheiten Verdachtsmomente aufkeimen, könnten diese durch Gegenindizien widerlegt werden, solange die Vergabekriterien nur objektiv und ohne Unterschied auf alle Angebote anwendbar sind[267]. Insofern schenkte der EuGH dem Vorbringen der Stadt Helsinki Glauben, daß sie kein Interesse an einer diskriminierenden Ausschreibung gehabt hatte[268]. Zwar hatte der EuGH bereits in der Rechtssache *Fracasso und Leitschutz*[269] geurteilt, daß Vergabekriterien nicht alleine deshalb unzulässig sind, weil sie dazu führen, daß

257 *Kaelble,* VergabeR 2002, 604 (606); *Steinberg,* EuZW 2002, 634 (635).
258 *EuGH,* Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 63.
259 *Egger,* NZBau 2002, 601 (603).
260 *Bultmann,* ZfBR 2004, 134 (137).
261 *EuGH,* Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 80.
262 *EuGH,* Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 64.
263 Vgl. *Egger,* NZBau 2002, 601 (602).
264 *GA Mischo,* Schlußanträge, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 157.
265 *GA Mischo,* Schlußanträge, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 157.
266 *GA Mischo,* Schlußanträge, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 151.
267 Vgl. *EuGH,* Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 83.
268 *GA Mischo,* Schlußanträge, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 127.
269 *EuGH* Rs. C-27/98 (Fracasso/Leitschutz), Slg. 1999, I-5697, Rdnr. 31.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nur noch ein einziges Bieterunternehmen übrig bleibt. Es ist jedoch bemerkenswert, daß der EuGH den Gleichbehandlungsgrundsatz auch bei einem nicht-wirtschaftlichen Vergabekriterium als gewahrt ansah, auch wenn es nur von einer kleinen Gruppe von Bieterunternehmen erfüllt werden kann[270].

Auch hier hatte GA Mischo ganze Vorarbeit geleistet. Er hatte argumentiert, daß die beiden Bieterunternehmen allein deshalb unterschiedlich behandelt worden wären, weil sie sich nicht in derselben Lage befunden hätten. Das eine Bieterunternehmen war in der Lage, den geforderten Fuhrpark anzubieten, das andere nicht[271]. Die öffentlichen Auftraggeber müßten ihre Auswahlkriterien nicht an dem Leistungsvermögen der Bieterunternehmen orientieren. Im Gegenteil, verzichte nämlich ein öffentlicher Auftraggeber auf ein Zuschlagskriterium, weil einer oder mehrere Bieterunternehmen nicht in der Lage seien, es zu erfüllen, so würden hierdurch diejenigen Bieter benachteiligt, die dazu in der Lage gewesen wären[272].

So erkenntnisreich das *Concordia Bus*-Urteil im Hinblick auf das Diskriminierungspotential nicht-wirtschaftlicher Vergabekriterien auch ist, der EuGH beschäftigte sich nicht mit der Problematik, die öffentlichen Auftraggeber könnten ökologische Standards vorschreiben, welche über das in den anderen Mitgliedstaaten übliche Niveau hinausgehen[273]. Im *Concordia Bus*-Verfahren war zu keinem Zeitpunkt von den beteiligten Mitgliedstaaten, der Kommission oder auch GA Mischo die Frage diskutiert worden, ob die finnischen Emissionswerte signifikant vom Gemeinschaftsdurchschnitt abweichen. Eine solche Konstellation sieht sich wegen der Anknüpfung an nationale Standards dem Verdacht der mittelbaren Diskriminierung ausgesetzt. Es ist offensichtlich, daß die Lösung dieser Frage im Kontext sozialer Vergabekriterien für die Zukunft die dringlichste ist. Auf sie wird daher im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung näher einzugehen sein[274]. Ebenso wenig äußerte sich der EuGH zu der Frage der Leistungsadäquanz zwischen der vom Bieterunternehmen erbrachten Leistung und der Entlohnung durch den öffentlichen Auftraggeber. Zwar hatte GA Mischo im Hinblick auf Objektivität und der Allgemeingültigkeit der Zuschlagskriterien festgestellt, daß das Umweltkriterium „quantifizierbar" sei und keinen Spielraum für subjektive Ermessensentscheidungen ließe[275]. Allerdings meinte GA Mischo damit wohl nicht Quantifizierbarkeit in Bezug auf das angemessene Entgelt, sondern daß die geforderten Emissionswerte sich in der Ausschreibung in Prozentsätzen oder absoluten Zahlen darstellen lassen.

Das *Concordia Bus*-Urteil ist eine gelungene Fortsetzung der Urteile *Beentjes*[276] und *Französische Schulen*[277], weil auch diese Entscheidung beweist, daß der EuGH dem Transparenz- und Publizitätsgebot im Vergaberecht kardinale Bedeutung zuspricht[278].

f. Ergebnis

Trotz seiner von der Warte der sozialen Vergabekriterien durchaus positiven Aussagen fällt das Fazit über das *Concordia Bus*-Urteil zwiespältig aus. Denn die erhoffte eindeutige

---

270 *EuGH,* Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 85; *GA Mischo,* Schlußanträge, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 157.

271 *GA Mischo,* Schlußanträge, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 150.

272 *GA Mischo,* Schlußanträge, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 154.

273 Vgl. *Bultmann,* ZfBR 2004, 134 (136).

274 Infra: S. 198 ff.

275 *GA Mischo,* Schlußanträge, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 115.

276 *EuGH,* Rs. 31/87 (Beentjes), Slg. 1988, 4635, Rdnrn. 31, 36.

277 Vgl. *EuGH*, Rs. C-225/98 (Kommission/Frankreich – Französische Schulen), Slg. 2000, I-7445, Rdnr. 51.

278 *EuGH*, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 62.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Klärung der Kontroverse um die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien brachte es nicht[279]. Einerseits schien der EuGH allgemein von der Zulässigkeit nicht-wirtschaftlicher Kriterien auszugehen, andererseits beharrte er auf einem – wie auch immer gearteten – Zusammenhang zwischen Vergabekriterium und Auftragsgegenstand. Der EuGH eierte zwischen einer eng auf die Vorlagefrage zugeschnittenen und einer allgemeinen Antwort sowie zwischen den Extrempositionen von GA Mischo und der Kommission hin und her („einen Schritt vor, zwei zurück"[280]), ohne sich definitiv festzulegen. Zwar bedarf es häufig einer ganzen Kette von Entscheidungen, um die Bedeutung eines unbestimmten Rechtsbegriffs zu erhellen, aber der EuGH erweckte im *Concordia Bus*-Fall, dem immerhin dritten Verfahren in dieser Angelegenheit, den Eindruck, als habe er in einer *policy of appeasement* allen recht machen wollen.

Die Ambivalenz des *Concordia Bus*-Urteils resultierte in einer gesteigerten Unsicherheit in der Literatur bezüglich der Implikationen für soziale Vergabekriterien. Man war sich nicht schlüssig, ob sich der EuGH nun von seiner Rechtsprechung in *Beentjes* und *Französische Schulen* distanzieren oder sie im Gegenteil bestärken wollte[281]. Das *Concordia Bus*-Urteil lasse offen, welche Sorte von Vergabekriterien zulässig sei[282], der EuGH habe keine Aussage zur Zulässigkeit von sozialen Vergabekriterien treffen wollen[283]. Ein Teil der Literatur stellte sich sogar auf den Standpunkt, der EuGH habe sich im *Concordia Bus*-Urteil eindeutig gegen die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien ausgesprochen[284]. Einige Autoren wollten einen Unterschied zwischen Auftragsgegenstandsbezogenheit und Auftragsbezogenheit ausgemacht haben[285]. Andere hofften schlicht auf eine endgültige Klärung der Frage durch das Urteil in der Rechtssache *Wienstrom*[286].

IV. Urteil des EuGH in der Rechtssache EVN und Wienstrom

Den vorläufigen Schlußpunkt der Rechtsprechungsserie bildet die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *EVN und Wienstrom*. Die Vorlagefrage gemäß Art. 234 EG wurde gestellt, bevor der EuGH das Concordia Bus-Urteil erlassen hatte[287].

1. Sachverhalt

Gegenstand des Ausgangsverfahren war die Ausschreibung eines öffentlichen Auftrags der Republik Österreich über die Belieferung der kärntnerischen Verwaltung mit elektrischem Strom. Von den Bieterunternehmen wurde *inter alia* gefordert, elektrische Energie aus erneuerbaren Energieträgern zu liefern. Für den Fall der Verletzung dieser Pflichten drohten dem Bieterunternehmen Vertragsstrafe und Vertragsauflösung. Ferner wurden diejenigen Angebote ausgeschieden, die keinen Nachweis dafür enthielten, daß das Bieterunternehmen in den

279 Vgl. *Bungenberg,* NVwZ, 314 (316); *Egger,* NZBau 2002, 601 (603).
280 *Bungenberg,* NVwZ, 314 (314).
281 Vgl. *Bungenberg,* NVwZ, 314 (316).
282 *Egger,* NZBau 2002, 601 (603).
283 *Rößner/Schalast,* NJW 2003, 2361 (2363).
284 *Opitz,* NZBau 2003, 252 (257).
285 *Bultmann,* ZfBR 2004, 134 (136).
286 *Bungenberg,* NVwZ 2003, 314 (317).
287 *GA Mischo,* Schlußanträge, Rs. C-448/01 (EVN und Wienstrom), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 34.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

vergangenen zwei Jahren und/oder in den kommenden zwei Jahren einen gewissen Anteil an elektrischer Energie, die aus erneuerbaren Energieträgern stammt, erzeugt oder zugekauft hat und/oder erzeugen oder zukaufen wird. Die Bietergemeinschaft EVN AG und Wienstrom GmbH erzielte in der Kategorie „erneuerbare Energie" die jeweils geringste Punktezahl und erhob daraufhin Nichtigkeitsklage. Das nationale Gericht begehrte zu wissen, ob Art. 26 RL 93/36/EWG es einem öffentlichen Auftraggeber verwehrt, im Rahmen der Beurteilung des wirtschaftlich günstigsten Angebots bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrags ein Kriterium festzulegen, das die Lieferung von Strom aus erneuerbaren Energieträgern verlangt. Bejahendenfalls wollte das nationale Gericht in Erfahrung bringen, ob es zulässig ist, ein solches Umweltschutzkriterium mit 45 % zu gewichten. Das Gericht hegte Zweifel an der Zulässigkeit einer solchen Gewichtung, da es dem öffentlichen Auftraggeber möglicherweise verwehrt sei, finanziell nicht unmittelbar Bewertbares in dieser Höhe in die Vergabeentscheidung einfließen zu lassen[288].

2. Position des EuGH

Der EuGH bestätigte unter Hinweis auf die Voraussetzungen des *Concordia Bus*-Katalogs[289] die Zulässigkeit von umweltfreundlichen Zuschlagskriterien[290]. Bezüglich des Gewichtungsproblems stellte er in Anlehnung an die Schlußanträge von GA Mischo[291] fest, daß bei Beachtung der Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts die öffentlichen Auftraggeber nicht nur bei der Auswahl der Zuschlagskriterien frei sind, sondern auch bei deren Gewichtung[292]. Unter Berücksichtigung der hohen Priorität, welche das Ziel eines hohen Umweltschutzniveaus in der Gemeinschaft genießt[293], erschien dem EuGH eine Gewichtung mit 45 % als angemessen[294]. Da der EuGH auch im übrigen keine Anhaltspunkte für eine Verletzung der Vorschriften des Gemeinschaftsrechts festzustellen konnte, sah er die Gewichtung des Umweltschutzkriteriums mit 45 % als zulässig an[295].

3. Analyse und Würdigung

a. Zulässigkeit nicht-wirtschaftlicher Zuschlagskriterien

Die *Wienstrom*-Entscheidung bedeutet zweifellos einen Etappensieg auf dem Weg zur Verwirklichung des Gemeinschaftsziels Umweltschutz. Sie beseitigt die Diskrepanz zwischen der Auslegung des Rechts der öffentlichen Auftragsvergabe und der fortschrittlichen umweltpolitischen Linie der Gemeinschaft[296]. Aus Sicht der sozialen Vergabekriterien ist positiv zu vermerken, daß der EuGH in der *Wienstrom*-Entscheidung[297] seine in *Concordia Bus* getrof-

288 *EuGH*, Rs. C-448/01 (EVN und Wienstrom), Slg. 2003, I-14527, Rdnrn. 16, 18, 21, 27, 29, 35.
289 *EuGH,* Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 69.
290 *EuGH,* Rs. C-448/01 (EVN und Wienstrom), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 33.
291 *GA Mischo,* Schlußanträge, Rs. C-448/01 (EVN und Wienstrom), Slg. 2003, I-14527 , Rdnr. 78.
292 *EuGH,* Rs. C-448/01 (EVN und Wienstrom), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 39.
293 Vgl. Art. 1 und 2 RL 2001/77/EG des EP und des Rates vom 27. September 2001 zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen im Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl. 2001, L 283, S. 33 ff.
294 *EuGH,* Rs. C-448/01 (EVN und Wienstrom), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 42.
295 *EuGH,* Rs. C-448/01 (EVN und Wienstrom), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 43.
296 Vgl. *Krohn,* NZBau 2004, 92 (94).
297 *EuGH,* Rs. C-448/01 (EVN und Wienstrom), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 32.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

fene Aussage über den „nicht notwendigerweise rein wirtschaftlichen Charakter der Vergabekriterien“ wiederholte und damit den weiten volkswirtschaftlich geprägten und gemeinwohlorientierten Wirtschaftlichkeitsbegriff bestätigte[298]. Die öffentlichen Auftraggeber sind bei der Definition ihres Anforderungsprofils für den öffentlichen Auftrag frei[299]. Um einem in der Literatur aufgetretenen Mißverständnis[300] entgegenzutreten ist jedoch festzustellen, daß sich der EuGH auch in der *Wienstrom*-Entscheidung nicht bequemt hat zu präzisieren, was unter wirtschaftlichen Vergabekriterien bzw. ihrem Gegenpart, den nicht-wirtschaftlichen Vergabekriterien, zu verstehen ist.

b. Aussagegehalt des Zusammenhangserfordernisses

Daß es zu dem *Wienstrom*-Verfahren kam, ist auf den Schlangenlinienkurs des EuGH in *Concordia Bus* zurückzuführen. In seinen Schlußanträgen wies GA Mischo den EuGH zutreffend auf den Widerspruch zwischen den Entscheidungen in den Rechtssachen *Französische Schulen* und *Concordia Bus* hin. Der EuGH habe mit der letztgenannten Entscheidung durch die Formulierung „sofern diese Kriterien mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängen“ zu erkennen gegeben, daß er seine in *Französische Schulen* eingenommene Position aufgegeben habe[301]. Da ein Kriterium, das Punkte für die Energiemenge aus erneuerbaren Energieträgern gewährt, keinen Bezug zum Gegenstand des Auftrags aufweist, sah sich GA Mischo, bis dato einer der glühendsten Verfechter nicht-wirtschaftlicher Vergabekriterien, zu der Aussage gezwungen, daß dieses Kriterium gegen die Anforderungen der RL 93/96/EWG verstößt[302].

Zwar liefert der EuGH auch im *Wienstrom*-Urteil keine explizite Antwort auf die Frage, wie sich der nicht-wirtschaftliche Charakter der Vergabekriterien mit dem in *Concordia Bus* postulierten Zusammenhangserfordernis verträgt. Als eine „nennenswerte Konkretisierung“[303] des Zusammenhangserfordernisses kann man das Urteil gewiß nicht bezeichnen. Daß letzterem für die Frage der Zulässigkeit nicht-wirtschaftlicher Vergabekriterien jedoch keine entscheidende Bedeutung zukommt, beweist die Tatsache, daß der EuGH in *Wienstrom* einen solchen Zusammenhang bejahte, obwohl es technisch unmöglich ist zurückzuverfolgen, ob die gelieferte elektrische Energie tatsächlich aus erneuerbaren Energieträgern gewonnen worden ist[304]. Einmal in ein öffentliches Versorgungsnetz eingespeist, kann elektrische Energie nicht mehr einer spezifischen Energiequelle zugeordnet werden[305]. Damit schlägt sich das an das Herstellungsverfahren (Gewinnung aus erneuerbaren Energieträgern) anknüpfende Umweltschutzkriterium nicht in physisch faßbaren Produkteigenschaften nieder. Wenn sich das jeweilige Vergabekriterium nicht in physisch faßbaren Produkteigenschaften niederschlagen muß, dann hat das Zusammenhangserfordernis jedenfalls eine andere Bedeutung als die von den Gegnern sozialer Vergabekriterien herkömmlich propagierte Produktbezogenheit. Die erforderliche Konnexität zwischen Kriterium und Auftragsgegenstand im Sinne der *Wienstrom*-Entscheidung ergibt sich schlicht aus der konkreten Leistungsbeschreibung in der Ausschreibung. Die öffentlichen Auftraggeber können den erforderlichen Zusammenhang zwi-

298 *Steinberg,* EuZW 2004, 76 (76).
299 *Steinberg,* EuZW 2004, 76 (78).
300 *Krohn,* NZBau 2004, 92 (95).
301 *GA Mischo,* Schlußanträge, Rs. C-448/01 (EVN und Wienstrom), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 67.
302 *GA Mischo,* Schlußanträge, Rs. C-448/01 (EVN und Wienstrom), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 69.
303 *Kühling,* VerwArch 2004, 337 (347).
304 *EuGH,* Rs. C-448/01 (EVN und Wienstrom), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 17.
305 *Krohn,* NZBau 2004, 92 (94).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schen Kriterium und Auftragsgegenstand selbst herstellen. Diese These wird durch die Tatsache gestützt, daß der EuGH erneut keinen „direkten oder engen Zusammenhang“ mit dem Auftragsgegenstand oder eines meßbaren „unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteil“ forderte[306].

In diesem Kontext drängt sich eine Parallele zu dem Begriff der verkehrswesentlichen Eigenschaften im deutschen Zivilrecht auf. Auf den Fall des Vergaberechts bezogen wären als derartige Eigenschaften – neben den auf der natürlichen Beschaffenheit beruhenden Merkmalen – auch *tatsächliche und rechtliche Verhältnisse und Beziehungen des Auftragsgegenstandes zur Umwelt* zu bezeichnen, soweit sie nach der Verkehrsanschauung für die Wertschätzung oder Verwendbarkeit von Bedeutung sind[307]. Die Hauptsache ist, daß diese Beziehungen in dem Gegenstand des öffentlichen Auftrags, dem Produkt oder der Dienstleistung, ihren Grund haben, von ihr ausgehen oder sie unmittelbar kennzeichnen, wobei sich die Verkehrswesentlichkeit wiederum aus dem konkreten Rechtsgeschäft ergibt. Die Art und Weise der Herstellung ist ein solche Beziehung des Auftragsgegenstandes zur Umwelt. Die Entstehung der noch zu untersuchenden[308] Idee der *corporate social responsibility* zeigt, daß die Frage, ob ein Produkt oder eine Dienstleistung auf sozial verträgliche Art und Weise hergestellt wurde, nach der Verkehrsanschauung heutzutage durchaus ein Wertfaktor ist. Daher können im Rahmen der Vergabeentscheidung sämtliche Faktoren bei der Herstellung berücksichtigt werden[309].

Bei einer solchen Auslegung wäre der erforderliche Konnex lediglich dann zu verneinen, wenn die Vergabekriterien überhaupt keine Relevanz für den Auftragsgegenstand haben[310]. In *Wienstrom* hatte der öffentliche Auftraggeber die Kapazität der Bieterunternehmen, gewisse Strommengen zu liefern, zum Zuschlagskriterium erhoben. Da die Referenzmenge über den im ausgeschriebenen Auftrag zu erwartenden jährlichen Verbrauch hinausging und sich auf Lieferungen bezog, welche die Bieterunternehmen für andere Abnehmer als dem öffentlichen Auftraggeber getätigt hatten oder zu tätigen beabsichtigten, hatte der EuGH dieses Kriterium als nicht mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängend angesehen[311].

Es sind allerdings nicht wirklich viele weitere Konstellationen denkbar, in denen das Zusammenhangserfordernis nicht erfüllt wäre. Ein weiteres Beispiel wäre die Forderung eines öffentlichen Auftraggebers, bei *zukünftigen* Aufträgen Langzeitarbeitslose einzustellen[312]. Es ist jedoch fraglich, welcher öffentliche Auftraggeber sich damit begnügen wird, den Bieterunternehmen ein bestimmtes Verhalten lediglich für die Zukunft abzuverlangen. Wenn einem öffentlichen Auftraggeber daran gelegen ist, einem bestimmten sozialem Mißstand abzuhelfen oder vorzubeugen, dann wird er das dazu passende Vergabekriterium in die aktuelle Ausschreibung einstellen. Es dürfte in der Praxis eher Seltenheitswert haben, daß Aspekte zu Zuschlagskriterien erhoben werden, die keinerlei Bezug zum Auftragsgegenstand aufweisen, also mit dessen Erstellung, Lieferung oder Erbringung nicht in einem wie auch immer gearteten Zusammenhang stehen[313]. Man muß sich daher die Frage stellen, ob das Zusammenhangserfordernis sinnvoll ist, wenn es lediglich höchst seltene Konstellationen vom Anwen-

306 *Steinberg,* EuZW 2002, 634 (634).

307 *Heinrichs,* in: Palandt, Kurzkommentar zum BGB, § 119, Rdnr. 24.

308 Infra: S. 182 ff.

309 *Kühling,* VerwArch 2004, 337 (347).

310 *Steinberg,* EuZW 2004, 76 (77).

311 *EuGH,* Rs. C-448/01 (EVN und Wienstrom), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 67 f.

312 *Steinberg,* EuZW 2004, 76 (77).

313 Vgl. *Kühling,* VerwArch 2004, 337 (347).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dungsbereich des der nicht-wirtschaftlichen Kriterien, ausnimmt und daher nur eine sehr beschränkte Kontrolle ermöglicht. Aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit wäre es daher besser, der EuGH hätte nicht auf dem Zusammenhangserfordernis bestanden, sondern es gänzlich weggelassen.

c. Konsequenzen für die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien

Die Zulässigkeit der Umweltschutzkriterien entwickelt Vorbildwirkung für die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien[314]. Die erste Lehre, die man aus dem *Wienstrom*-Urteil ziehen kann, ist die, daß Vergabekriterien nicht zwangsläufig im Sinne der Produktbezogenheit mit dem Gegenstand des Auftrages zusammenhängen müssen.

Zweitens ließ der EuGH die Prämisse des vorlegenden Gerichts unwidersprochen, daß mit dem konkreten Umweltschutzkriterium „keine unmittelbar finanziell bewertbaren Vorteile angestrebt würden“[315]. Dies nimmt in gewisser Weise auch dem Hauptargument der Gegner sozialer Vergabekriterien den Wind aus den Segeln, wonach die fehlende Quantifizierung des Gegenwertes, den der öffentliche Auftraggeber erhält, die Unzulässigkeit derartiger Vergabekriterien nach sich ziehen muß. Im *Wienstrom*-Urteil gab sich der EuGH jedenfalls mit lediglich quantifizierbaren Vorteilen zufrieden[316].

Drittens deutet sich in der *Wienstrom*-Entscheidung folgendes Argument an: Wenn die Internalisierung externer *Umwelt*kosten als wirtschaftlich gerechtfertigt angesehen werden kann, dann muß dies auch für diejenigen externen Kosten gelten, die beispielsweise durch einen segregierten Arbeitsmarkt entstehen. Und wenn diese Internalisierung auf die Norm des Art. 6 EG gestützt werden kann, wie in *Concordia Bus* und *Wienstrom* geschehen[317], dann ist kein Grund ersichtlich, warum nicht für *sozialpolitische* Zielsetzungen beispielsweise Art. 2 EG herangezogen werden sollte.

Viertens ist für die sozialen Vergabekriterien bedeutsam, daß der EuGH in der *Wienstrom*-Entscheidung den öffentlichen Auftraggebern bei der Gewichtung der Umweltschutzkriterien einen beträchtlichen Beurteilungsspielraum eröffnet. Schließlich hieß der EuGH es gut, daß fast die Hälfte der zu vergebenden Punkte auf das Konto des nicht-wirtschaftlichen Kriteriums gehen. Im Fall sozialer Vergabekriterien steht den öffentlichen Auftraggebern folglich bei der Frage, ob und unter Umständen welcher finanzielle Mehraufwand gerechtfertigt ist, ebenfalls ein weiter Beurteilungsspielraum zu[318]. Zwar zog sich der EuGH auf die Position zurück, daß die Gewichtung im konkreten Fall jedenfalls nicht unverhältnismäßig gewesen sei, zumindest aber signalisierte er mit seinen Ausführungen, daß er generell gewillt ist, eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen[319]. Ob jedoch die Gewichtung eines sozialen Zuschlagskriteriums neben einem rein betriebswirtschaftlichen Zuschlagskriterium mit annähernd 50 % als zulässig angesehen würde, bleibt auch nach der *Wienstrom*-Entscheidung zweifelhaft[320]. Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit wäre den öffentlichen Auftraggebern eine Gewichtung unter 45 % anzuraten[321].

314 *Krohn,* NZBau 2004, 92 (93).

315 *EuGH,* Rs. C-448/01 (EVN und Wienstrom), Slg. 2003, I-14527, Rdnrn. 30, 35.

316 *EuGH,* Rs. C-448/01 (EVN und Wienstrom), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 30.

317 *EuGH,* Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 69; Rs. C-448/01 (EVN und Wienstrom), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 31;

318 Vgl. *Krohn,* NZBau 2004, 92 (95).

319 *Hübner,* VergabeR 2004, 47 (48).

320 *Hübner,* VergabeR 2004, 47 (48).

321 *Hübner,* VergabeR 2004, 47 (49).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

d. Ergebnis

Die *Wienstrom*-Entscheidung, die in der rechtswissenschaftlichen Literatur grundsätzlich auf Zustimmung stieß[322], konsolidiert eine Rechtsprechung, die in der Sache zwar stets konsequent war, jedoch im Hinblick auf Dogmatik und Terminologie bisweilen für Verwirrung sorgte. Im Ergebnis deutet sich in der *Wienstrom*-Entscheidung an, daß umweltbezogene und soziale Vergabekriterien gleich zu behandeln sind. Der nicht-abschließende Charakter der Zuschlagskriterien kann jedenfalls mittlerweile als gesicherte Rechtsprechung gelten[323].

D. Auslegung der RL 93/37/EWG, RL 93/36/EWG und RL 92/50/EWG

Die Auslegung der gemeinschaftlichen Vergaberichtlinien rotiert im wesentlichen um die Frage, ob die dort aufgezählten Auswahlkriterien im Sinne eines abschließenden Katalogs aufzufassen sind oder für zusätzliche Kriterien offen stehen. Als Einfallstor für eine Integration sozialer Vergabekriterien bot sich (und bietet sich noch heute[324]) der unbestimmte Rechtsbegriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots an. Die Lösung der vorstehenden Frage hängt also davon ab, was unter diesem Begriff zu verstehen ist. Dahinter verbirgt sich wiederum die Frage, ob der Staat und seine Untergliederungen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge wie ein privater Nachfrager aufzutreten haben oder ob die Bewertung von Angeboten aus makro- bzw. sozioökonomischer Perspektive vorzunehmen ist, welche die Gesamtheit der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Zusammenhänge berücksichtigt.

I. Wortlautanalyse

1. Definition und Funktion

Die Wortlautauslegung zielt darauf ab, den Sinn der zu interpretierenden Norm unter Berücksichtigung des allgemeinen Sprachgebrauchs zu ermitteln[325]. Seit den Entscheidungen des EuGH in den Rechtssachen *CILFIT* und *Ecro* steht zudem fest, daß ein unbestimmter Rechtsbegriff stets gemeinschaftsrechtlich determininiert ist, da das Gemeinschaftsrecht eine eigene Terminologie verwendet[326] und daher einer autonomen gemeinschaftsdimensionierten Auslegung bedarf[327].

2. Kein explizites Verbot sozialer Vergabekriterien

Die Struktur der drei ehemaligen klassischen Vergaberichtlinien war mit Art. 30 Abs. 1 RL 93/37/EWG, Art. 26 Abs. 1 RL 93/36/EWG und Art. 36 Abs. 1 RL 92/50/EWG ebenso wie die neuen Vergaberichtlinien[328] dadurch gekennzeichnet, daß die öffentlichen Auftraggeber

322 Vgl. *Dageförde,* AbfallR 2004, 36 (37).
323 Vgl. *EuGH,* Rs. C-315/01 (GAT), Slg. 2003, I-6351, Rdnr. 63.
324 Vgl. Art. 53 Abs. 1 lit. a und lit. b RL 2004/18/EG; Art. 55 Abs. 1 lit. a und b RL 2004/17/EG.
325 *Anweiler,* Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 83, 145.
326 *EuGH,* Rs. 283/81 (CILFIT), Slg. 1982, 3415 ff., Rdnr. 19.
327 *EuGH,* Rs. 327/82 (Ekro), Slg. 1984, 107 ff., Rdnr. 11.
328 Art. 53 Abs. 1 lit. a und lit. b RL 2004/18/EG; Art. 55 Abs. 1 lit. a und b RL 2004/17/EG.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

vor die Alternative gestellt sind, entweder das Kriterium des niedrigsten Preises anzuwenden oder aber sich auf das Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots zu stützen. Ausgangspunkt muß die auch von Gegnern sozialer Vergabekriterien anerkannte[329] Feststellung sein, daß RL 93/37/EWG, RL 93/36/EWG und RL 92/50/EWG *expressis verbis* weder ein Verbot noch ein Gebot sozialer Vergabekriterien enthielten[330]. Sie standen der Verfolgung sozialer Ziele gleichsam indifferent gegenüber[331]. Ob eine Richtlinie abschließend ist oder nicht, kann ausdrücklich geregelt sein. Wenn dies nicht der Fall ist, folgt daraus, daß die Vergaberichtlinien nur hinsichtlich ihrer Ziele verbindlich sind[332]. In diesem Zusammenhang ist das – sich auf die Präambeln der ehemaligen Vergaberichtlinien berufende – Argument nicht ausschlaggebend, die Vergaberichtlinien hätten ein Regime „gemeinsamer Vorschriften"[333] geschaffen, so daß sie auch zwangsläufig als abschließend einzustufen seien[334].

3. Der unbestimmte Rechtsbegriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots

a. Neutralität des Begriffs der Wirtschaftlichkeit

Nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten handelt, wer auf ein möglichst günstiges Verhältnis zwischen dem verfolgten Zweck und dem eingesetzten Mittel setzt – entweder durch den geringsten Einsatz von Mitteln für ein bestimmtes Ergebnis (Kostenminimierungsprinzip) oder durch die optimale Zweckerfüllung beim Einsatz von bestimmten Mitteln (Nutzenmaximierungsprinzip)[335]. Die öffentliche Auftragsvergabe orientiert sich am Kostenminimierungsprinzip. Die öffentlichen Auftraggeber verfolgen mit der Ausschreibung das Ziel, dasjenige Bieterunternehmen zu identifizieren, das gewillt ist, die gewünschte Leistung unter geringst möglichem Kosteneinsatz für die Allgemeinheit zu erbringen[336].

Allerdings, und das wird häufig übersehen, verwendet man in den Wirtschaftswissenschaften keinen einheitlichen Wirtschaftlichkeitsbegriff, sondern unterscheidet zwischen betriebs- und volkswirtschaftlichem Handeln[337]. Wirtschaftlichkeit im Sinne der Betriebswirtschaftslehre bedeutet, in die Zweck-Mittel-Relation lediglich *eine* Wirtschaftseinheit bzw. *eine* Investition miteinzubeziehen. Wirtschaftlichkeit im Sinne der Volkswirtschaftslehre, insbesondere der Wohlfahrtsökonomie, bedeutet dagegen, bei der Zweck-Mittel-Relation *alle* (staatlichen) *Aktivitäten* sowie *sämtliche Kosten und Nutzen* zu berücksichtigen[338].Vergegenwärtigt man sich die beiden Bedeutungen des Ausdrucks, ist zu konstatieren, daß der Terminus selbst noch keine definitive Aussage darüber trifft, ob die Wirtschaftlichkeit des Angebots aus makro- bzw. sozioökonomischer Perspektive oder aus betriebswirtschaftlicher Sicht zu beurteilen ist.

---

329 *Götz,* Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, 169; *idem,* EuR 1999, 621 (623); *Karenfort/v. Koppenfels/Siebert,* BB 1999, 1825 (1830).

330 *Breloer,* Europäische Vorgaben und das deutsche Vergaberecht, 76; *Meyer,* Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 549.

331 *Ziekow,* NZBau 2001, 72 (76).

332 *Gleichner,* in: Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. IV, 193 (235).

333 RL 93/37/EWG, 11. Erwägungsgrund; RL 93/36/EWG, 13. Erwägungsgrund.

334 *Schenk,* Das neue Vergaberecht, 65.

335 *Bultmann,* Beihilfenrecht und Vergaberecht, 176; *Puhl,* VVDStRL 2001, 456 (489).

336 *Nicolaides,* Intereconomics 2002, 190 (195).

337 *Breloer,* Europäische Vorgaben und das deutsche Vergaberecht, 87; *Opitz,* NZBau 2001, 12 (13).

338 *Opitz,* NZBau 2001, 12 (13).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Das von der Kommission[339] und den Gegnern sozialer Vergabekriterien ins Feld geführte[340] *best-value-for-public-money*-Prinzip verlangt eine optimale Zweck-Mittel-Relation zwischen dem verfolgten Zweck und den eingesetzten Mitteln[341]. Das Stichwort *best-value-for-public-money* hilft jedoch nicht dabei zu ermitteln, was die Ziele des Vergaberechts sind[342]. Die Aussage: *In terms of best-value-for-public-money the yardstick is not the overall benefit for the purchasing authorities taken as a whole*[343] ist bereits eine Auslegung. Auch der in Art. 26 RL 93/36/EWG erwähnte Relativsatz „der verschiedenen Kriterien, die je nach Auftrag wechseln" sowie die in Art. 30 Abs. 1 lit. a RL 93/37/EWG und Art. 36 Abs. 1 lit. a RL 92/50/EWG vorkommenden Attribute der „verschiedenen, auf den Auftrag bezogenen Kriterien" bedeuten nicht zwingend, daß die Kriterien betriebswirtschaftlicher Natur sein müssen[344].

b. Betriebswirtschaftliche Konnotation durch Alternativ- und Subkriterien

Dem Wertungspotential, das dem Begriff der Wirtschaftlichkeit immanent ist, werden jedoch in zweierlei Hinsicht Grenzen gesetzt. Zum einen ist zu berücksichtigen, daß dem wirtschaftlich günstigsten Angebot eine gleichwertige, i.e. auf der gleichen Ebene angesiedelte Alternative, nämlich das Kriterium des niedrigsten Preises gegenübersteht, das unbestreitbar ein betriebswirtschaftliches Merkmal ist. Es wäre daher nur konsistent, beiden Kriterien dieselbe Stoßrichtung zu unterstellen.

Zum anderen sprechen auch die den Terminus des wirtschaftlich günstigsten Angebots näher konkretisierenden Subkriterien für eine derartige Interpretation[345]. Zwar waren die für die Bestimmung der Wirtschaftlichkeit heranzuziehenden Subkriterien ihrerseits zu einem gewissen Grad wertungsoffen und haben – angezeigt durch die Einleitung „wie z.B." oder „wie etwa" – Regelbeispielcharakter[346]. Jedoch hatten sie inhaltlich gemeinsam, daß sie sich sämtlich auf das Produkt oder die Dienstleistung beziehen[347]. Es handelte sich um Merkmale, für die ein privater Nachfrager auf dem freien Markt unter Marktbedingungen bereit wäre, Geld zu investieren, weil sie die Aussicht in sich bergen, daß die Investition sich amortisieren wird. Kurz, sie hatten allesamt betriebswirtschaftlichen Charakter[348].

4. Ergebnis der Wortlautanalyse

Der Wortlaut legte daher die restriktive Auslegung nahe, daß öffentlichen Aufträge nur anhand produktbezogener, nicht aber anhand produktionsbezogener Auswahlkriterien vergeben

339 *Kommission,* Mitteilung vom 28. November 2001 über das auf das Öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, KOM (2001), 274 endg., ABl. 2001, C 333, S. 13 ff., Rdnr. 3.

340 *Martín-Ehlers,* WuW 1999, 685 (685); *Weinacht,* WuW 2000, 382 (383).

341 *Kühling,* VerwArch 2004, 337 (355).

342 *Kühling,* VerwArch 2004, 337 (356)

343 *Neumayr,* PPLR 2002, 215 (219).

344 *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 178.

345 Vgl. *Meyer,* Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 269; *Ziekow,* VergabeR 2003, 1 (5).

346 *Bovis,* CMLR 2002, 1025 (1035); *Schumacher,* DVBl. 2000, 467 (468).

347 *GA Darmon*, Rs. 31/87 (Beentjes), Slg. 1988, 4643 Rdnr. 35.

348 *Heid,* wbl 1998, 194 (196); *Puhl,* VVdSTRL 2001, 456 (491).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

werden können[349], mit der Folge, daß der geschriebene Katalog der Vergaberichtlinien auch nur um Kriterien derselben Kategorie, i.e. durch produktbezogene Kriterien, ergänzt werden kann[350].

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 zukommt[351]. Genauer gesagt konstituiert der Wortlaut – nicht zuletzt wegen des Problems der Mehrsprachenauthentizität – im Gemeinschaftsrecht nicht automatisch die Grenze der Auslegung[352]. 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 würden[355]. 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 hat[356]. 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.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 ab[357]. RL 92/50/EWG nannte als erstes Ziel die Realisierung des Binnenmarktes[358]. Außerdem sollten Hemmnisse für den freien Dienstleistungsverkehr vermieden werden[359]. RL 93/36/EWG und RL 93/38/EWG fügten diesen Zielsbestimmungen noch die Verwirklichung des freien Warenverkehrs hinzu[360]. Insgesamt sollten die Vergaberichtlinien den Grundfreiheiten auf diesem noch von protektionistischer Abschottung geprägten Sektor zum Durchbruch verhelfen[361].

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 Rates[363]. 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/EWG[364] statt, welche die damalige Richtlinie für öffentliche Lieferaufträge, RL 77/62/EWG[365], 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 können[366]. Gleichzeitig schlug es vor, den öffentlichen Auftraggebern die Vergabe im nichtoffenen Verfahren zu gestatten, soweit die Chancengleichheit mit dem Ziel, der Diskriminierung von Frauen, Angehörigen ethnischer Minderheiten und Behinderten am Arbeitsplatz zu begegnen, es erfordert[367]. 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.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Standpunkt aufnahm, bestand das EP auch in zweiter Lesung auf seiner Fassung[368] 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 erfüllen[369]. Zwar paßte die Kommission ihren Vorschlag den Vorschlägen des EP an[370], 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 abwandelte[371]. 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/EWG[372] 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 abzufordern[373]. Außerdem sollten Bieterunternehmen, welche die arbeitsrechtlichen Vorgaben sowie die Rechtsvorschriften zum Schutz der Chancengleichheit nicht einhalten, nicht zur Abgabe von Angeboten zugelassen werden[374]. Während die Kommission den Vorschlag aufgriff[375], lehnte der Rat dessen Aufnahme in den Gemeinsamen Standpunkt ab[376].

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).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c. Novellierung der Koordinierungsrichtlinie für die Sektoren

Im Vorfeld der Beratungen für den Erlaß der RL 90/531/EWG[377] 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 fördern[378]. Weder die Kommission noch der Rat gingen auf diese Vorschläge ein. Die Sektorenrichtlinie wurde ohne Berücksichtigung dieser Anregungen verabschiedet.

d. Novellierung der Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie

Im Verfahren zum Erlaß der Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie 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 sind[379]. 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 diskutiert[380]. Letztendlich wurden jedoch alle Initiativen des EP sowie des Wirtschafts- und Sozialausschusses abgeschmettert[381]. 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 ansah[382]. Der Argumentation, daß die fehlende Normierung sozialer Vergabekriterien lediglich auf einer unbewußten Regelungslücke des Gemeinschaftsgesetzgebers beruhte, ist der Boden jedenfalls entzogen[383]. 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.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schaftsgesetzgeber wollte an der betriebswirtschaftlichen Ausrichtung der Vergaberichtlinien festhalten[384].

4. Eingeschränkte Bedeutung der historischen Auslegung

Im Spektrum der Auslegungsmethoden kommt auch der am Willen des historischen Gemeinschaftsgesetzgebers orientierten Auslegung eine lediglich untergeordnete Bedeutung zu[385]. Grund für den niedrigen Stellenwert ist der einzigartige „Kompromiß- und Verhandlungscharakter“[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 des 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. Zuallerletzt 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 auszulegende Norm in ihren Regelungskomplex eingebettet ist[387]. Will man die Bedeutung des einzelnen Elementes bestimmen, gilt es, das Sinnganze ins Auge fassen[388]. Der von dem EuGH in der berühmten *Van Gend & Loos*-Entscheidung[389] 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 werden[390]. 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.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Vergabekriterien bedeutete dies, das Verhältnis von Art. 30 Abs. 1 lit. b RL 93/37/EWG, Art. 26 Abs. 1 lit. b RL 93/36/EWG und Art. 36 Abs. 1 lit. a RL 92/50/EWG zu den sie umgebenden Normen desselben Kapitels zu bestimmen.

Im zweiten Fall werden in die Analyse diejenigen Problemlösungen einbezogen, zu denen die Rechtswissenschaft in vergleichbaren Konstellationen für benachbarte Normenkomplexe gelangt ist. Da grundsätzlich alle Normen des sekundären Gemeinschaftsrechts so auszulegen sind, daß sie sich in den Rahmen des primären Gemeinschaftsrechts einfügen, vermischt sich die systematische Auslegung materiell mit der teleologischen Auslegung, wenn der als Referenz dienende Regelungskomplexe auf Primärrechtsebene verankert ist[391]. Der Vergleich des Vergaberechts mit dem auf Art. 87 ff. EG fußenden Beihilfenregimes, dem angesichts der Fülle und Komplexität der Materie ein eigenes Kapitel gewidmet wird, wird *sub specie* der teleologischen Auslegung durchexerziert werden.

2. Gemeinsame Teilnahmebestimmungen

Ein erstes Augenmerk gilt den Normen mit dem Titel „Gemeinsame Teilnahmebestimmungen". So legten Art. 18 Abs. 1 RL 93/37/EWG, Art. 15 Abs. 1 RL 93/36/EWG und Art. 23 RL 92/50/EWG fest, daß der Zuschlag des Auftrags „aufgrund der im folgenden Kapitel dieses Abschnitts vorgesehenen Kriterien zu erfolgen hat". Es war aufschlußreich, daß all diese Eingangsnormen jeweils noch einmal ausdrücklich unter Nennung der einschlägigen Artikel auf das Prüfungsschema der Ausschlußgründe[392] und der Eignungskriterien[393] verweisen, *nicht* jedoch auf dasjenige der *Zuschlags*kriterien. Entgegen geäußerten Ansichten in der Literatur[394] bekräftigen diese Normen lediglich den abschließenden Charakter der Eignungskriterien.

3. Eignungskriterien

Teilweise kaprizierten sich die Gegner sozialer Vergabekriterien auch auf den Positivkatalog der Eignungskriterien und versuchen, von diesem Fakt auf ein *closed shop* der Zuschlagskriterien zu schließen[395]. Dies war jedoch insofern verlorene Liebesmüh, als die Eignungskriterien eine völlig andere Aufgabe erfüllen als die Zuschlagskriterien. Im Blickpunkt der Eignungsprüfung steht nämlich die Frage, ob die im Bieterunternehmen verantwortlichen Personen die Gewähr dafür bieten, daß der öffentliche Auftrag zur Zufriedenheit des öffentlichen Auftraggebers ausgeführt wird. Die Perspektive ist eine unternehmerzentristische. Demgegenüber kommt es bei den Zuschlagskriterien auf die Günstigkeit des Angebots an. Da die öffentlichen Auftraggeber sowohl in ihrer Rolle als Nachfrager als auch als Fürsorger und Wahrer des Allgemeininteresses auftreten, ist der unbestimmte Rechtsbegriff der Wirtschaftlichkeit selbst viel ambivalenter als derjenige der wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Leistungsfähigkeit.

391 Vgl. *Anweiler,* Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 200 f.

392 Art. 24 RL 93/37/EWG; Art. 20 RL 93/36/EWG; Art. 29 RL 92/50/EWG.

393 Art. 26 – 29 RL 93/37/EWG; Art. 22 – 24 RL 93/36/EWG; Art. 31, 32 RL 92/50/EWG.

394 *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 182.

395 *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 182 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

4. Grand father clauses

Als weiteres Argument gegen soziale Vergabekriterien wurden die *Präferenz*regelungen der Art. 30 Abs. 3 RL 93/37/EWG, Art. 35 Abs. 1 RL 93/38/EWG sowie die *Regionalförder*maßnahmen gemäß Art. 31 Abs. 1 RL 93/37/EWG, Art. 35 Abs. 2 RL 93/38/EWG ins Feld geführt[396]. Gemäß Art. 30 Abs. 3 RL 93/37/EWG konnten die öffentlichen Auftraggeber von der Festlegung der in Abs. 1 genannten Zuschlagskriterien dispensiert werden, wenn nationale Bevorzugungsregelungen zum Zeitpunkt des Erlasses der Koordinierungsrichtlinie bereits in Kraft getreten waren und mit dem Vertrag vereinbar sind. Der Ausgestaltung als Ausnahmevorschrift für die Vergangenheit (Altlastenfälle) und der zeitlichen Begrenzung in Form von *grandfather clauses* wurde im Umkehrschluß entnommen, daß außerhalb dessen der Erlaß entsprechender Regelungen unzulässig ist[397]. Denn diese vom Grundsatz des betriebswirtschaftlich günstigsten Angebots abweichenden Ausnahmen wären regelungstechnisch nicht notwendig gewesen, wenn prinzipiell auch andere Erwägungen beim Zuschlag berücksichtigungsfähig wären[398].

5. Normen mit sozialpolitischem Gehalt

Auf der Suche nach ausdrücklichen Normierungen mit sozialpolitischem Impetus wurde man in den Vergaberichtlinien durchaus fündig: So statuierten beispielsweise die Ausschlußgründe gemäß Art. 24 lit. e RL 93/37/EWG und Art. 20 Abs. 1 lit. e RL 93/36/EWG, daß Bieterunternehmen von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen werden können, die ihrer Verpflichtung zur Zahlung der Sozialbeiträge nicht nachgekommen sind. Zudem konnten die Bieterunternehmen gemäß Art. 23 Abs. 1 RL 93/37/EWG, Art. 28 Abs. 1 und 2 RL 92/50/EWG und Art. 29 Abs. 1 und 2 RL 93/38/EWG von den öffentlichen Auftraggebern zur Abgabe einer Erklärung verpflichtet werden, bei der Ausarbeitung ihres Angebots die am Leistungserbringungsort geltenden Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen eingehalten zu haben. Insgesamt sprachen diese lediglich punktuellen und sporadisch verstreuten arbeits- und sozialrechtlichen Spezialnormen jedoch dafür, daß soziale Aspekte nur in sehr begrenztem Umfang bei der öffentlichen Auftragsvergabe Berücksichtigung finden sollten[399].

396 *Boesen,* Vergaberecht, § 97, Rdnr. 121; *Fante,* Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 206; *Gleichner,* in: Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. IV, 193 (236); *Götz,* Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, 170; *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 187, 188; *Kämmerer/Thüsing,* ZIP 2002, 596 (597); *Pietzcker*, ZHR 1998, 427 (466); *Schardt,* Öffentliche Aufträge und das Beihilfenregime des Gemeinschaftsrechts, 231.

397 *Boesen,* Vergaberecht, § 97, Rdnr. 121; *Götz,* Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, 170; *Hailbronner,* WiVerw 1994, 173 (227); *Kämmerer/Thüsing,* ZIP 2002, 596 (597); *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 188; *Puhl,* VVdSTRL 2001, 456 (498); *Schardt,* Öffentliche Aufträge und das Beihilfenregime des Gemeinschaftsrechts, 231.

398 *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 189.

399 *Benedict,* Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, 128; *Fante,* Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 207; *Seifert,* ZfA 2001, 1 (27).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

6. Nachweisvorschriften

Des weiteren wurde vorgebracht, daß die Einführung sozialer Vergabekriterien mit den Nachweisvorschriften der ehemaligen Vergaberichtlinien konfligieren würde[400]. Letztere legten fest, welche Nachweise die öffentlichen Auftraggeber von den Bieterunternehmen zum Beweis der Erfüllung der festgelegten Kriterien fordern können. Unter der Prämisse, daß es einen Gleichklang gibt zwischen zulässigen Vergabekriterien einerseits und den Dokumenten, die zum Nachweis ihrer Erfüllung gefordert werden dürften andererseits, scheitere eine Erweiterung der Vergabekriterien daran, daß sich die sozialen Vergabekriterien nicht in den Nachweisvorschriften der Vergaberichtlinien wiederfänden[401]. Hätte der Gemeinschaftsgesetzgeber neben den aufgelisteten noch andere Vergabekriterien für zulässig erachtet, so hätte er nach der Gesamtkonzeption der Vergaberichtlinien ebenfalls die zulässigen Nachweise für deren Erfüllung statuiert[402]. Dem *numerus clausus* der Nachweise entspräche damit auch der abschließenden Charakter der Vergabekriterien[403].

In der Tat bestimmen die Nachweisvorschriften, daß keine anderen als die in den nachstehenden Absätzen oder Artikeln vorgesehenen Nachweise verlangt werden dürfen, einige explizit, andere mit den Satzelementen „Der Nachweis kann ... wie folgt bzw. folgendermaßen erbracht werden“[404]. Dieser Vorwurf ist allerdings insofern zu kurz gegriffen, als sich besagte Nachweisvorschriften bis auf Art. 33 RL 92/50/EWG und Art. 32 RL 93/38/EWG, die im Hinblick auf das Zuschlagsmerkmal der Qualität auf Zertifizierungen nach der Europäischen Norm (EN) verweisen, auf den Nachweis der finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit, also *nur auf Eignungskriterien*, bezogen, und gerade nicht auf die Zuschlagskriterien.

7. Losvergabe

Bisher gelangte man in der rechtswissenschaftlichen Literatur, zu dem Ergebnis, daß unter dem Gesichtspunkt der systematischen Auslegung soziale Vergabekriterien unzulässig sind. Bei einer näheren Durchsicht bestätigt sich die Fama, die ehemaligen Vergaberichtlinien hätten bis dato keine Normen enthalten, die über die rein betriebswirtschaftliche Günstigkeit der Angebote hinausgehen, allerdings nicht.

a. Definition der Losvergabe

So wurde übersehen, daß die ehemaligen[405] – und nun auch die aktuellen Vergaberichtlinien mit Art. 25 RL 2004/18/EG und Art. 37 RL 2004/17/EG – die sogenannte Losvergabe gestatten. Bei der Losvergabe wird die auszuführende Gesamtleistung im Bereich von öffentlichen Bau- und Lieferaufträgen in quantitative bzw. geographische Teillose[406]

400 Vgl. *Arrowsmith,* CMLR 1999, 13 (45); *Götz,* Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, 166; *Martín-Ehlers,* WuW 1999, 685 (692); *Schenk,* Das neue Vergaberecht, 66.

401 *Götz,* Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, 167.

402 *Schenk,* Das neue Vergaberecht, 66.

403 *Martín-Ehlers,* WuW 1999, 685 (692).

404 Art. 11 Abs. 6 RL 93/37/EWG; Art. 13 Abs. 2 lit. d RL 93/37/EWG; Art. 22 Abs. 1 RL 93/36/EWG; Art. 23 Abs. 1 RL 93/36/EWG; Art. 31 Abs. 1 RL 92/50/EWG; Art. 32 Abs. 2 RL 92/50/EWG.

405 Art. 6 Abs. 3 RL 93/37/EWG; Art. 5 Abs. 4 RL 93/36/EWG; Art. 7 Abs. 2 und 4 92/50/EWG.

406 *Boesen,* Vergaberecht, § 97, Rdnr. 47; *Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, K*ommentar zum Vergaberecht, § 97, Rdnr. 142.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

oder im Dienstleistungssektor in Fachlose[407] aufgeteilt, für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird.

b. Nachteile der Losvergabe

aa. Erhöhte Beschaffungskosten

Die Losvergabe ist aus betriebswirtschaftlicher Sicht mit konsiderablen Nachteilen verbunden. Zunächst einmal steigen die Beschaffungskosten[408]. So fallen die mit Gesamtpaketen und größeren Quantitäten (höhere Stückzahlen, mehr Arbeitsstunden etc. – *economy of scales*) verbundenen Rabatte weg[409]. Die Bieterunternehmen können bei ihrer Preisgestaltung nun nicht mehr Kostenvorteile an die öffentliche Hand weitergeben, die sie selbst durch günstige Großeinkäufe erreicht haben. Außerdem können die Bieterunternehmen, denen ein Teillos zugeschlagen wurde, bei ihrer Preisgestaltung nicht auf Synergieeffekte zurückgreifen, welche sich bei der Ausführung der Gesamtleistung unweigerlich einstellen.

bb. Erhöhter Verwaltungsaufwand

Zudem führt die Losvergabe bei der Abwicklung des öffentlichen Auftrags zu einem höheren personellen und sachlichen Verwaltungsaufwand[410]. Denn mit der Zahl der kontrahierenden Bieterunternehmen steigt auch der Interaktions- und Kommunikationsaufwand. Es sind wiederholt Einführungen in die Materie, Sichtung von Zertifikaten, Bearbeitung von Rechnungen, Zwischenabnahmen, Kontrollvisiten etc. notwendig. In technischer Hinsicht konterkariert die Losvergabe darüber hinaus leicht das Ziel, ein Optimum an Verkehrssicherheit zu garantieren sowie eine reibungslose und termingerechte Ausführung des öffentlichen Auftrages zu erreichen. Eine Vielzahl der am Projekt beteiligten Bieterunternehmen kreiert häufig Abstimmungsschwierigkeiten. Eine Abgrenzung von Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten ist oft nicht möglich[411].

cc. Erhöhtes Prozeßkostenrisiko

Nicht unwesentlich zu Buche schlägt auch das Risiko von erhöhten Prozeßkosten durch die erschwerte Geltendmachung von Gewährleistungs- und deliktischen Ansprüchen[412]. Probleme bei der Kontrolle und demzufolge auch bei der Zurechnung und Zuweisung von Mängeln sind oftmals quasi vorprogrammiert[413]. Bei einer Vielzahl von Bieterunternehmen mit verschiedenen Gerichtsständen ist im Ernstfall mit teuren Einzelprozessen zu rechnen.

407 *Boesen,* Vergaberecht, § 97, Rdnr. 48.

408 Vgl. *Arrowsmith/Linarelli/Wallace,* Regulating Public Procurement, 267; *Baumeister/Kirch,* NZBau 2001, 653 (657); *Fante,* Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 76.

409 Vgl. *Arrowsmith/Linarelli/Wallace,* Regulating Public Procurement, 267; *Bovis,* EC Public Procurement Law, 114.

410 *Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, K*ommentar zum Vergaberecht, § 97, Rdnr. 1343.

411 Vgl. *Arrowsmith/Linarelli/Wallace,* Regulating Public Procurement, 267.

412 *Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, K*ommentar zum Vergaberecht, § 97, Rdnr. 1343.

413 *Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, K*ommentar zum Vergaberecht, § 97, Rdnr. 1343.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dd. Diskriminierungspotential

Außerdem sollte nicht übersehen werden, daß die Losvergabe ein Instrument ist, um insbesondere die regional ansässigen Bieterunternehmen in das Boot des Vergabeverfahrens zu lotsen[414]. Mit der Losvergabe soll insbesondere die Beschäftigung in den am wenigsten entwickelten Regionen gefördert werden[415].

ee. Zusammenfassung

Insgesamt hat die Losvergabe damit einen negativen Einfluß auf den Zeit- und Kostenrahmen des öffentlichen Auftrags[416].

c. Wettbewerbsnachteile für KMU auf dem öffentlichen Markt

Überließe man die Vergabe öffentlicher Aufträge dem ungebändigten Kräftemessen der operierenden Bieterunternehmen, so würden die kleinen und mittelständischen Unternehmen (KMU)[417] am öffentlichen Markt gar nicht erst partizipieren können bzw. würden kurzerhand vom Markt gefegt werden[418]. Zwar erbringen kleine Entitäten pro Kopf Beschäftigter eine höhere Wirtschaftsleistung und sind damit innovativer und effizienter als größere. Trotzdem sind KMU im allgemeinen nicht imstande, in der Liga der öffentlichen Auftragsvergabe mitzuspielen, da sie öffentliche Aufträge mit einem Volumen jenseits der in den Vergaberichtlinien festgesetzten Schwellenwerte aus Gründen der Kapazität nicht bewältigen können. Der Trumpf, den Großunternehmen und Konzerne gegenüber ihren kleineren Mitbewerbern im Kampf um öffentliche Aufträge ausspielen können, sind nämlich schlichtweg deren größere personelle und sachliche Kapazitäten. Da KMU mangels Kreditwürdigkeit und wegen dünneren Personaldecken nur mit spärlichen finanziellen, sachlichen und personellen Ressourcen ausgestattet sind[419], fehlt ihnen im Gegensatz zu ihren größeren Konkurrenten der lange Atem, die bei umfangreicheren Projekten erforderlichen Mittel vorzustrecken. Selbst wenn das Kapital zunächst vorhanden sein sollte, scheuen KMU meist das Risiko eines derartigen Engagements, weil ein Rechtsstreit mit einem Streitwert dieser Größenordnung glatt den Ruin bedeuten würde. Darüber hinaus fällt es KMU aus anderen Mitgliedstaaten mangels innerbetrieblicher Infrastrukturen schwer, auf die Sprachbarrieren und den erhöhten Bewerbungsaufwand angemessen zu reagieren. In Zahlen ausgedrückt stellt sich die Situation der KMU auf den öffentlichen Beschaffungsmärkten wie folgt dar: Obwohl KMU 99,8 % aller auf dem Binnenmarkt operierenden Unternehmen repräsentieren, sind nur 78 % der erfolgreichen Bieterunternehmen KMU[420]. Der Anteil von KMU an sogenannten *cross-border*-Vergaben ist verschwindend gering[421].

414 Vgl. *Bovis,* EC Public Procurement Law, 68.

415 *Bovis,* EC Public Procurement Law, 113.

416 Vgl. *Arrowsmith/Linarelli/Wallace,* Regulating Public Procurement, 267.

417 Vgl. *Kommission,* Empfehlung vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen, K (2003) 1422, abrufbar unter: http://www.ffo.ihk24.de/FFIHK24/FFIHK24/produktmarken/international/anhaengsel/KMU_Fassung6-5-03-de.pdf.

418 Vgl. *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 678; *Pietzcker,* Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, 315.

419 Vgl. *Bovis,* EC Public Procurement Law, 114; *Koenig/Kühling,* DVBl. 2000, 1025 (1028); *Leinemann/Weihrauch,* Die Vergabe öffentlicher Aufträge, Rdnr. 4.3.1.

420 *Kommission,* A report on the functioning of public procurement markets in the EU: benefits from the application of EU directives and challenges for the future, 1 (20), Doc. 03/02/2004; abrufbar unter:

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

d. Funktion und Wirkungsweise der Losvergabe: Mittelstandsförderung

Die Zerlegung der Gesamtleistung in die mundgerechten Portionen der Teillose stellt zumindest teilweise die Waffengleichheit zwischen großen und kleinen Bieterunternehmen wieder her. Auf der einen Seite verschafft die Losvergabe den KMU Zutritt zu einem gewinnträchtigen Markt, der ihnen ansonsten versperrt bliebe. Auf der anderen Seite verdrängt sie größere Bieterunternehmen vom Vergabeerfahren, da einzelne Teillose für letztere wegen des hohen Fixkostenniveaus nicht so lukrativ sind. Für größere Bieterunternehmen entfaltet die Losvergabe damit *de facto* Ausschlußwirkung. Die Losvergabe kann daher mühelos als Schutzinstrument mittelständischer Interessen qualifiziert werden[422]. Obwohl die Losvergabe damit gleichsam ihres „vergabefremden Charakters" überführt ist[423], wird dieses Instrument von der rechtwissenschaftlichen Literatur allgemein als angemessen empfunden[424]. Ein vergabefremder Zweck könne in der Berücksichtigung mittelständischer Interessen nicht gesehen werden, weil damit keine Bevorzugung, sondern nur eine „chancengerechte Beteiligung des Mittelstandes und damit eine Verstärkung des Wettbewerbs" bewirkt werde[425].

e. Losvergabe als Wettbewerbseingriff

Angesichts dieses Ergebnisses fragt sich, ob die Wirkungen der Losvergabe auf die Struktur der öffentlichen Auftragsvergabe mit denen sozialer Vergabekriterien vergleichbar sind. Es wird argumentiert, daß die öffentlichen Auftraggeber intervenieren, um einen vorher nicht existierenden Wettbewerb zu ermöglichen, i.e. einen Wettbewerb zwischen den sonst chancenlosen KMU und den großen Bieterunternehmen. Da die öffentliche Hand bei Aufsplittung in Teillose letztendlich unter mehr Anbietern wählen könne als vorher, habe die Losvergabe ein Plus an Wettbewerb zur Folge. Dies vermag allerdings nicht zu verschleiern, daß der freie Wettbewerb zunächst einmal reguliert und beschnitten wird, da die großen Bieterunternehmen ihren Wettbewerbsvorteil gegenüber den KMU nicht mehr profitabel einsetzen können. Konsequenz eines freien Wettbewerbs wäre es aber gerade, daß die stärkeren Marktteilnehmer die schwächeren von der vergaberechtlichen Bühne verdrängen.

Diese Bevorzugung von KMU kann auch nicht mit dem Einwand abgetan werden, daß auf diese Weise der zukünftigen Bildung von preistreibenden Mono- und Oligopolen in den jeweiligen Marktsegmenten Einhalt Geboten werden soll. Denn Kartellabsprachen und den Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu verhindern ist eindeutig die Domäne des

---

http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/publproc/general/public-proc-market-final-report-_en.pdf.

421 *Kommission,* A report on the functioning of public procurement markets in the EU: benefits from the application of EU directives and challenges for the future, 1 (20), Doc. 03/02/2004; abrufbar unter: http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/publproc/general/public-proc-market-final-report-_en.pdf.

422 Vgl. *Baumeister/Kirch,* NZBau 2001, 653 (655); *Bultmann,* ZfBR 2004, 134 (136); *Dreher,* in: Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum GWB, § 97, Rdnr. 74; *Leinemann/Weihrauch,* Die Vergabe öffentlicher Aufträge, Rdnr. 4.3.1; *Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, K*ommentar zum Vergaberecht, § 97, Rdnr. 134; *Schardt,* Öffentliche Aufträge und das Beihilfenregime des Gemeinschaftsrechts, 39; *Willems,* Die Förderung des Mittelstandes, 181.

423 Vgl. *Bultmann,* BuW 2001, 244 (246); *Dreher,* in: Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum GWB, § 97, Rdnr. 76; *Meyer,* Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 42, Fn. 34.

424 Vgl. *Boesen,* Vergaberecht, § 97, Rdnr. 45; *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 684; *Meyer,* Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 252; *Pietzcker,* Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, 319.

425 *Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, K*ommentar zum Vergaberecht, § 97, Rdnr. 139.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wettbewerbsrechts gemäß Art. 81 und 82 EG. Für Fragen der Fusionskontrolle ist VO 4064/89/EWG einschlägig[426]. Die Losvergabe mit ihrer Mittelstandsförderung geht damit ähnlich wie soziale Vergabekriterien über das Ziel einer preisgünstigen Beschaffung hinaus.

aa. Europäische Charta für Kleinunternehmen

Die Erwünschtheit der Mittelstandsförderung manifestiert sich in einer Reihe von Gemeinschaftsakten. Die mit Blick auf „die Schaffung von Arbeitsplätzen und den sozialen Zusammenhalt" verfaßte *Europäische Charta für Kleinunternehmen* (KMU-Charta)[427] aus dem Jahr 2000 honoriert die zentrale Bedeutung dieses Unternehmenstypus` für Wettbewerbsfähigkeit, Innovation und Beschäftigung in Europa[428]. In ihren Grundsätzen betont die KMU-Charta die Unentbehrlichkeit der KMU für die Förderung der sozialen und regionalen Entwicklung der Gemeinschaft"[429]. Als Nährboden für neue Geschäftsideen geben sie wichtige Impulse für soziale Integration[430]. Gerade KMU können sich dynamisch auf neue Marktbedürfnisse einstellen und dementsprechend zahlreiche Arbeitsplätze schaffen[431]. Kurz, die kleinen Unternehmen sind das „Rückgrat der europäischen Wirtschaft"[432]. Unter Punkt 6 der Aktionslinien werden Kommission und Mitgliedstaaten dazu aufgefordert Maßnahmen zu ergreifen, mit denen in der Gemeinschaft ein Binnenmarkt in den für die Entwicklung von KMU entscheidenden Bereichen vollendet werden soll, „darunter (...) auch *das öffentliche Beschaffungswesen*"[433]. Mit dem auf Art. 166 Abs. 1 EG gestützten *Sechsten Rahmenprogramm der Gemeinschaft* aus dem Jahr 2002[434] ist die *Europäische Charta für Kleinunternehmen*, die bis dato eine reine Absichtserklärung darstellte, auf eine normative Basis gestellt worden.

426 VO 4064/89/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 1989, L 395, S. 1 ff.

427 *Europäischer Rat* (Santa Maria da Feira) vom 19. Juni 2000, Europäische Charta für Kleinunternehmen, Anlage III: http://www.europarl.eu.int/summits/fei2_de.htm#an3.

428 *Kommission,* Bericht über die Umsetzung der Europäischen Charta für Kleinunternehmen – Bericht der Kommission an den Rat und das EP, KOM (2002), 68, S. 8,(1.1).

429 *Europäischer Rat* (Santa Maria da Feira) vom 19. Juni 2000, Europäische Charta für Kleinunternehmen, Anlage III, Grundsätze: http://www.europarl.eu.int/summits/fei2_de.htm#an3.

430 *Europäischer Rat* (Santa Maria da Feira) vom 19. Juni 2000, Europäische Charta für Kleinunternehmen, Anlage III, Grundsätze: http://www.europarl.eu.int/summits/fei2_de.htm#an3.

431 *Europäischer Rat* (Santa Maria da Feira) vom 19. Juni 2000, Europäische Charta für Kleinunternehmen, Anlage III, Grundsätze: http://www.europarl.eu.int/summits/fei2_de.htm#an3.

432 *Europäischer Rat* (Santa Maria da Feira) vom 19. Juni 2000, Europäische Charta für Kleinunternehmen, Anlage III, Grundsätze: http://www.europarl.eu.int/summits/fei2_de.htm#an3.

433 *Europäischer Rat* (Santa Maria da Feira) vom 19. Juni 2000, Europäische Charta für Kleinunternehmen, Anlage III, Aktionslinien: http://www.europarl.eu.int/summits/fei2_de.htm#an3.

434 *EP* und *RAT*, Beschluß 1513/2002/EG über das Sechste Rahmenprogramm der Europäischen Gemeinschaft im Bereich der Forschung, technologische Entwicklung und Demonstration als Beitrag zur Verwirklichung des Europäischen Forschungsraumes und zur Innovation (2002 – 2006) vom 27. Juni 2002, ABl. Nr. L 232/1 vom 29. August 2002.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb. Berichte der Kommission zur KMU-Förderung

Sowohl nach der KMU-Charta[435] als auch nach dem Sechsten Rahmenprogramm[436] ist die Kommission verpflichtet, regelmäßig über den Stand der Umsetzung dieser Ziele Bericht zu erstatten[437]. In diesem Bericht qualifizierte die Kommission Firmen mit bis zu 50 Beschäftigten als KMU[438]. In der EU gibt es demnach 20 Millionen KMU, die 65 Millionen Menschen einen Arbeitsplatz bieten. Das entspricht 99% aller Unternehmen und 53% aller Arbeitsplätze[439]. In der Gemeinschaft hängen folglich die meisten Arbeitsplätze vom Wohlergehen dieses Unternehmenstyps ab. Die enge Verflechtung zwischen Mittelstandsförderung und Beschäftigungspolitik klar zu Tage treten läßt auch die Aussage der Kommission, daß durch die Umsetzung der KMU-Charta am meisten die Kohäsionspolitik von Synergieeffekten profitiere, da KMU in wirtschaftlich und sozial rückständigen Regionen besonders wichtig seien[440]. Die Kommission konstatierte, daß ein benutzerfreundlicher Binnenmarkt, darunter *Reformen bei der öffentlichen Auftragsvergabe*, ein probates Mittel für eine Förderung von KMU seien[441]. In diesem Zusammenhang bemerkte die Kommission wohlwollend, daß einzelne Mitgliedstaaten der Erleichterung des Zugangs von KMU zu öffentlichen Ausschreibungen bereits ihre Aufmerksamkeit gewidmet hätten"[442]. Konsequenterweise hatte die Kommission in ihrem Vorschlag für die neue konsolidierte Vergaberichtlinie die mittelstandsfördernde Losvergabe ebenfalls beibehalten[443].

f. Ergebnis zur Losvergabe

Der Mittelstand verdankt seine Vorzugsstellung im Vergaberecht der Erkenntnis, daß KMU die Garanten für Beschäftigung und damit einen prosperierenden Wirtschaftsstandort Europa sind[444]. Diese Mittelstandsförderung soll nach innen Beschäftigung sichern und nach außen hin den Wirtschaftsstandort Europa im Wettstreit mit seinen globalen Konkurrenten stärken. Trotz vereinzelter Gegenstimmen[445] reichert die Losvergabe daher das Vergabever-

435 *Europäischer Rat* (Santa Maria da Feira) vom 19. Juni 2000, Europäische Charta für Kleinunternehmen, Anlage III, Aktionslinien: http://www.europarl.eu.int/summits/fei2_de.htm#an3.
Rdnr. 10.

436 *EP* und *RAT*, Beschluß 1513/2002/EG über das 6. Rahmenprogramm der Europäischen Gemeinschaft im Bereich der Forschung, technologische Entwicklung und Demonstration als Beitrag zur Verwirklichung des Europäischen Forschungsraumes und zur Innovation (2002 – 2006) vom 27. Juni 2002, ABl. 2002, L 232, S. 1 ff., Rdnr. 20.

437 *Kommission,* Mitteilung vom 7. März 2001, KOM (2001), 122 endg.; vgl. *eadem,* Bericht vom 6. Februar 2002 über die Umsetzung der Europäischen Charta für Kleinunternehmen an den Rat und das EP, KOM (2002), 68 endg.

438 *Kommission,* Bericht über die Umsetzung der Europäischen Charta für Kleinunternehmen an den Rat und das EP, KOM (2002), 68 endg., S. 4.

439 *Kommission,* Bericht über die Umsetzung der Europäischen Charta für Kleinunternehmen an den Rat und das EP, KOM (2002), 68 endg. S. 4.

440 *Kommission,* Bericht über die Umsetzung der Europäischen Charta für Kleinunternehmen an den Rat und das EP, KOM (2002), 68 endg., S. 5.

441 *Kommission,* Bericht über die Umsetzung der Europäischen Charta für Kleinunternehmen – Bericht der Kommission an den Rat und EP, KOM (2002), 68 endg., Rdnr. 2.6, S. 17.

442 *Kommission,* Bericht über die Umsetzung der Europäischen Charta für Kleinunternehmen – Bericht der Kommission an den Rat und das EP, KOM (2002), 68 endg., S. 17.

443 *Kommission,* KOM (2002), 236 endg., Art. 10 Abs. 7 lit. a und b.

444 *Schardt,* Öffentliche Aufträge und das Beihilfenregime des Gemeinschaftsrechts, 40.

445 *Bultmann,* Beihilfenrecht und Vergaberecht, 96, 120; *Dreher,* WuW 1997, 949 (951); *Noch,* WuW 1998, 1059 (1061).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

fahren um Aspekte an, die über eine rein betriebswirtschaftliche Bedarfsdeckung hinausgehen[446].

8. Ergebnis zur systematischen Auslegung

Die Untersuchung des engeren Normzusammenhangs der ehemaligen[447] und aktuellen Zuschlagsnormen[448] zeichnete ein differenziertes Bild von der Ausrichtung der öffentlichen Auftragsvergabe. Bezieht man die Losvergabe in die Analyse mit ein, erscheint es kurzsichtig, das Vergaberecht schlicht als am betriebswirtschaftlich orientiertes Beschaffungssystem der öffentlichen Hand zu begreifen. Bei der fakultativen Losvergabe zur Förderung des Mittelstandes handelt es sich letztendlich ebenso wie bei den sozialen Vergabekriterien um eine Wertentscheidung der öffentlichen Hand. Insgesamt präsentiert sich der engere Normzusammenhang der Zuschlagsvorschriften gegenüber sozialen Vergabekriterien als durchaus ambivalent[449].

IV. Teleologische Auslegung

1. Definition und Funktion

Die Berücksichtigung nicht-wirtschaftlicher Aspekte im Vergaberecht läßt sich in erster Linie mit teleologischen Argumenten begründen[450]. Das Ziel der teleologischen Auslegung liegt in der Erforschung des sogenannten objektiven Sinngehalts der Norm. Das rasante Entwicklungstempo moderner Informations- und Dienstleistungsgesellschaften, welche die Gemeinschaft ausmachen, verlangt eine Auslegung, die sich jeweils am aktuellen Stand der gesellschaftlichen Entwicklung orientiert. Angesichts der erwähnten Schwächen der konkurrierenden Auslegungsmethoden hat der EuGH[451] mit dem Segen der Literatur[452] die teleologische Auslegung zur Königsdisziplin unter den Auslegungsmethoden gekürt, um die Gemeinschaftsrechtsordnung auch „über den Buchstaben der Norm hinaus zu verwirklichen“[453]. Nach Auffassung des EuGH ist jede Vorschrift des Gemeinschaftsrechts im Lichte des gesamten Gemeinschaftsrechts, seiner Ziele und seines Entwicklungsstandes zur Zeit der Anwendung der betreffenden Vorschrift auszulegen[454]. Maßstab für die teleologische Auslegung sind der EU- und EG-Vertrag als Gemeinschaftsverfassung[455] („Verfassungsurkunde

446 *Burgi,* NZBau 2001, 64 (67); *Noch,* Vergaberecht und subjektiver Rechtsschutz, 76; *Riese,* Vergaberecht, 211; *Rittner,* EuZW 1999, 677 (678).

447 Art. 30 Abs. 1 lit. b RL 93/37/EWG; Art. 26 Abs. 1 lit. b RL 93/36/EWG; Art. 36 Abs. 1 lit. a RL 92/50/EWG; Art. 34 RL 93/38/EWG.

448 Art. 53 Abs. 1 lit. a und lit. b RL 2004/18/EG; Art. 55 Abs. 1 lit. a und b RL 2004/17/EG.

449 *Arrowsmith/Fernández-Martin,* ELR 1993, 323 (340).

450 *Kühling,* VerwArch 2004, 337 (348).

451 Vgl. *EuGH,* Rs. 6/72 (Continental Can), Slg. 1973, 215, Rdnr. 7; Rs. 202/88 (Frankreich/Kommission – Endgeräte), Slg. 1991, I-1223, Rdnr. 41; Rs. C-303/02 (Haackert), Slg. 2004, I-14527, Rdnr. 17; Rs. C-230/02 (Grossmann Air Service), Slg. 2004, I-14527, Rdnr. 35.

452 *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 163; *Müller/Christensen,* Juristische Methodik, Bd. II, 67; *Schwarze,* in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 220, Rdnr. 27.

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

454 *EuGH,* Rs. 283/81 (CILFIT), Slg. 1982, 3415, Rdnr. 20.

455 *Zuleeg,* BB 1994, 581 (582).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Gemeinschaft“[456]), insbesondere die allgemeinen Ziele gemäß Art. 2 EU und Art. 2 EG sowie die speziellen sektoriellen Ziele des EG-Vertrages[457]. Sie konstituieren die gemeinschaftliche Wertordnung und verkörpern gleichzeitig die Vision von der zukünftigen Gestalt der Gemeinschaft.

2. Verquickung von systematischer und teleologischer Auslegung

Diese Finalität der Gründungsverträge gepaart mit der Normenhierarchie zwischen Primär- und Sekundärrecht führt dogmatisch zu einer besonderen Symbiose bzw. Fusion von teleologischer und systematischer Auslegung. Die Normen des EG-Vertrags bestimmen die Zielrichtung des sie konkretisierenden Sekundärrechts. Wenn daher für die systematische Auslegung Normen der höheren Hierarchiestufe, i.e. des Primärrechts, herangezogen werden als der Normenkomplex, dem die auszulegende Norm entstammt, dann geht die systematische Auslegung in die teleologische Auslegung über. Diese primärrechtskonforme Auslegung stellt im Grunde nichts anderes als einen besonderen Anwendungsfall der systematischen Methode dar[458]. Anstelle des Wortlauts ist im Gemeinschaftsrecht die Mischung aus Regelungszusammenhang und Telos der Norm entscheidend[459]. Der sich anschließende Vergleich zwischen Beihilfen- und Vergaberecht[460] ist ein Beispiel für die Verquickung von systematischer und teleologischer Auslegung.

3. Dynamische Natur der Gemeinschaftsrechtsordnung

Die zweite spezifische Besonderheit der Gemeinschaftsrechtsordnung ist, daß diese sich über die Ziele des Art. 2 EG sowie das Metaziel der „Verwirklichung einer immer engeren Union“ gemäß Art. 1 EU und „eines immer engeren Zusammenschlusses der europäischen Völker“ gemäß der Präambel des EU-Vertrages[461] definiert und daher in hohem Maße integrations- und zukunftsbezogen ausgestaltet ist. EG- und EU-Vertrag haben einen dynamischen, *open-ended* Integrationsprozeß in Gang gesetzt und die fortschreitende Integration zu einem „Rechtsprinzip der Gemeinschaft“ erhoben. Die teleologische Auslegung hat daher der Finalität der Verträge und dem inhärenten „Integrationsprogramm“[462] Rechnung zu tragen[463]. Um der dynamischen Natur der Gemeinschaftsrechtsordnung gerecht zu werden, hat sich die teleologische Auslegung – über den aktuellen Stand der Entwicklung der Gemeinschaftsrechtsordnung hinaus – an dem Ziel einer fortschreitenden Integration zu orientieren.

---

456 *EuGH,* Rs. 294/83 (Les Verts/EP), Slg. 1986, 1339, Rdnr. 23; Gutachten 1/91 (Schaffung des Europäischen Wirtschaftsraums), Slg. 1991, I-6079, Rdnr. 21; Rs. C-15/00 (Kommission/BEI), Slg. I-7281, Rdnr. 75; *EuG,* T-222/99 (Martinez und de Gaulle/EP), Slg. 2001, II-3397, Rdnr. 48.

457 *Müller/Christensen,* Juristische Methodik, Bd. II, 78; *Wegener,* in: Callies/Ruffert (Hrsg.) (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, Art. 220, Rdnr. 9.

458 Vgl. *Anweiler,* Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 186; *Streinz,* in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, Art. 2, Rdnr. 18.

459 Vgl. *EuGH,* Rs. 327/82 (Ekro), Slg. 1984, 107 ff., Rdnr. 11; C-245/01 (RTL Television), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 81.

460 Infra: S. 83 ff.

461 Präambel, EU-Vertrag, 1. und 13. Erwägungsgrund.

462 *Huber,* in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, Art. 220, Rdnr. 21.

463 *Anweiler,* Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 35, 236; *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 163; *Wegener,* in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EGV/EUV-Kommentar, Art. 220, Rdnr. 9.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Nach diesem Verständnis dient jeder unbestimmte Rechtsbegriff der stufenweisen Verwirklichung der Gemeinschaftsziele und ist darauf ausgerichtet, angesichts der Unvorhersehbarkeit gesellschaftlicher Entwicklungen einerseits und des langwierigen Normsetzungsprozesses andererseits auf Dauer die Manövrierfreiheit der Gemeinschaft zu sichern. Unbestimmte Rechtsbegriffe stellen daher für den EuGH gleichsam ein „Integrationsreservoir“[464] dar, das mit den Gemeinschaftszielen anzureichern ist.

4. Telos der Vergaberichtlinien

Den Vergaberichtlinien ist die Funktion zugewiesen, den durch die Grundfreiheiten gesetzten ordnungspolitischen Rahmen des EG-Vertrags auszufüllen und zu konkretisieren[465]. Ziel der Grundfreiheiten ist unstreitig die Realisierung des Binnenmarktes[466]. Es ist immer wieder behauptet worden, daß die Einführung sozialer Vergabekriterien die Ziele der Vergaberichtlinien konterkariere[467]. Die Bewertung sozialer Vergabekriterien hängt allerdings davon ab, über welche Zwischenziele das Ziel der Realisierung des Binnenmarktes im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe erreicht werden soll.

a. Kein gemeinschaftliches Gebot sparsamer Haushaltsführung

So vertritt ein Teil in der Literatur den Standpunkt, die Vergaberichtlinien wollten mit der Beschränkung auf das wirtschaftlich günstigste Angebot die Sparsamkeit der Haushaltsführung im Vergabeverfahrens fördern[468]. Da sich der Gemeinschaftsgesetzgeber dieses aus den nationalen Vergaberechtsordnungen entlehnten Begriffs bediente, hätte er sich auch das Ziel sparsamer Haushaltsführung zu eigen gemacht[469]. Dadurch daß die Mitgliedstaaten bei der Vergabe öffentlicher Aufträge Einsparungen erzielen, die wiederum dem Steuerzahler und Verbraucher zugute kommen, werde dem Grundsatz *best value for public money* am besten Rechnung getragen[470].

Eine sparsame Haushaltsführung ist angesichts des prekären Schuldenstandes der öffentlichen Hand durchaus angesagt. Allein in der Bundesrepublik Deutschland beläuft sich das Debet der öffentlichen Hand auf 1,3 Billionen EUR – das sind circa 15.710 EUR pro Kopf[471] – und steigt pro Sekunde um 2241 EUR[472]. Es grassiert das süße Gift der Subventionitis[473]. Jährlich werden auf Druck der Lobbyverbände mehrstellige Milliardenbeträge für Subventionen ausgegeben, die nur durch Schulden – also durch Steuern zu Lasten künftiger Generatio-

464 *Anweiler,* Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 60.

465 *Noch,* Vergaberecht und subjektiver Rechtsschutz, 21.

466 Vgl. Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 2.

467 *Gerken/Löwisch/Rieble*, BB 1995, 2370 (2372); *Gleichner,* in: Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. IV, 193 (237, 243); *Götz,* Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, 162; *Hailbronner,* WiVerw 1994, 173 (205); *Heid,* wbl 1998, 194 (196); *Karenfort/Koppenfels/Siebert*, BB 1999, 1825 (1831); *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 206; *Meyer,* Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 235; *Rechten,* NZBau 2004, 366 (369, 374); *Rittner,* EuZW 1999, 677 (679); *Seidel,* EuZW 2000, 762 (763).

468 *Stolz,* Das öffentliche Auftragswesen, 92, 100; *Brenner,* JbUTR 1997, 141 (153).

469 *Gleichner,* in: Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. IV, 193 (238).

470 *Schwarze,* EuZW 2000, 133 (135); *Westphal,* PPLR 1999, 1 (14).

471 Abrufbar unter: www.steuerzahler.de.

472 *Kilb,* JuS 2003, 1072 (1072).

473 *Bultmann,* Beihilfenrecht und Vergaberecht, 253; *Kilb,* JuS 2003, 1072 (1072)

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nen – finanziert werden können. Jeder sechste Euro im Bundeshaushalt von insgesamt 40 Milliarden EUR jährlich wird bereits für Zinszahlungen ausgegeben. Die Reduzierung der Ausgaben durch Subventionsabbau ist also an sich unverzichtbar[474].

Der Annahme, daß die Vergaberichtlinien in erster Linie das Ziel einer sparsamen Haushaltsführung verfolgen, steht jedoch entgegen, daß das Gebot der sparsamen Haushaltsführung nicht nur dem nationalen Recht entstammt[475], sondern darüber hinaus zu den Kernelementen originär mitgliedstaatlicher Kompetenzen gehört. Zudem findet das Gebot der sparsamen Haushaltsrechtsführung in den Erwägungsgründen der Vergaberichtlinien keine Erwähnung[476]. Die allgemeine Haushaltsdisziplin der Mitgliedstaaten gemäß Art. 104 Abs. 1 EG, übermäßige öffentliche Defizite zu vermeiden[477], hat auf die Ausrichtung der vergaberechtlichen Vorschriften keinen Einfluß. Die gemeinschaftsrechtliche Haushaltsdisziplin findet gemäß Art. 104 Abs. 2 EG erst bei sogenannten schwerwiegenden Fehlern Anwendung. Der Normzweck der Vergaberichtlinien besteht daher nicht darin, die öffentlichen Auftraggeber zu einem sparsamen Umgang mit Haushaltsmitteln anzuhalten.

b. Ziel der Wettbewerbsöffnung

Im Kontext der öffentlichen Auftragsvergabe muß das Ziel der Realisierung eines einheitlichen, große Absatzmärkte erschließenden Binnenmarktes anhand der vergaberechtlichen Grundsätze ausgelegt werden. In den aktuellen[478] und den ehemaligen[479] Vergaberichtlinien ist das Ziel, für das Vergabeverfahren Transparenz zu erreichen, allgegenwärtig. Die Transparenz- und Publizitätsvorschriften der Vergaberichtlinien garantieren allen Bieterunternehmen Zugang zu den für den jeweiligen öffentlichen Auftrags relevanten Informationen und schaffen kontrollierbare Entscheidungsmaßstäbe. Es gibt kaum eine vergaberechtliche Entscheidung des EuGH, welche nicht das Transparenzprinzip für die Auslegung als „Leitprinzip des Vergaberechts[480] herausstellt[481]. Transparenz gilt unumstritten als das Hauptinstrument, um den Binnenmarkt zu realisieren[482].

Das Transparenzprinzip wurzelt im Metaprinzip der Gemeinschaft, dem in Art. 12 EG verankerten Diskriminierungsverbot. Beide Grundsätze werden meist in einem Atemzug genannt[483]. Nach Ansicht des EuGH schließt das Diskriminierungsverbot die Verpflichtung zur

474 *Kilb,* JuS 2003, 1072 (1072).

475 Vgl. *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 93; *Schäfer,* Öffentliche Belange im Auftragswesen und Europarecht, 251.

476 *Arrowsmith,* ELR 2002, 3 (7).

477 *Gleichner,* in: Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. IV, 193 (243).

478 Vgl. Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungen 2, 12, 14, 35, 39, 46; Art. 35 ff. RL 2004/18/EG; Präambel RL 2004, Erwägungen 9, 20, 22, 46, 55; Art. 41 ff. RL 2004/17/EG.

479 Vgl. Erwägung 3 RL 89/665/EWG; Erwägung 8 und Art. 11 ff. RL 93/37/EWG; Art. 22 ff. RL 93/38/EWG; Erwägung 9 und Art. 9 ff. RL 93/36/EWG; Art. 15 ff. RL 92/50/EWG.

480 Vgl. *Koenig/Kühling,* NVwZ 2003, 779 (780).

481 *EuGH,* Rs. C-283/00 (Kommission/Spanien), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 73; Rs. C-237/99 (Kommission/Frankreich), Slg. 2001, I-939, Rdnrn. 41 ff.; Rs. C-470/99 (Universale-Bau), Slg. 2002, I-11617, Rdnrn. 51 ff.; Rs. C-214/00 (Kommission/Spanien), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 53; Rs. C-373/00 (Adolf Truley), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 43; Rs. C-285/99 und C-286/99 (Impresa Lombardini), Slg. 2001, I-9233, Rdnr. 38; Rs. C-275/98 (Unitron Scandinavia und 3-S), Slg. 1999, I-8291, Rdnr. 31; Rs. C-324/98 (Teleaustria), Slg. 2000, I-10745, Rdnr. 61.

482 *Arrowsmith,* ELR 2002, 3 (5).

483 *EuGH,* Rs. C-285/99 und C-286/99 (Impresa Lombardini), Slg. 2001, I-9233, Rdnr. 38; Rs. C-275/98 (Unitron Scandinavia und 3-S), Slg. 1999, I-8291, Rdnr. 31; Rs. C-324/98 (Teleaustria), Slg. 2000, I-10745, Rdnr. 61. Rs. C-448/01 (EVN und Wienstrom), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 41; Rs. C-183/00 (Stra-

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Transparenz ein, damit festgestellt werden kann, ob es beachtet worden ist[484]. Das Diskriminierungsverbot wird damit von den verfahrensrechtlichen Vorgaben des Transparenzprinzips („ein angemessener Grad an Öffentlichkeit“[485]) gleichsam flankiert. Diese auch in der Literatur anerkannte[486] Symbiose kommt insbesondere in Art. 2 RL 2004/18/EG und Art. 10 RL 2004/17/EG zum Ausdruck, wonach die öffentlichen Auftraggeber alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und nichtdiskriminierend behandeln und in transparenter Weise vorgehen müssen.

Nach Ansicht der Kommission verpflichtet das Diskriminierungsverbot deshalb zu Transparenz und Publizität, *weil diese Wettbewerbsoffenheit garantieren*[487]. Dies geht auf die Rechtsprechung des EuGH zurück, der mittlerweile nicht nur von einer „doppelten Zielsetzung“ der Wettbewerbsöffnung und der Transparenz spricht[488], sondern unter Beifall der Literatur[489] den Marktöffnungsgedanken zum zentralen Prinzip des Vergaberechts erhoben hat[490]. Diese Wettbewerbsoffenheit bedeutet, daß alle Wirtschaftsteilnehmer die gleiche Start- und Ausgangsposition haben, und ist daher im Sinne von Chancengleichheit zu interpretieren. Transparenz führt zu mehr Chancengleichheit[491] und natürlich auch zu mehr Preiswettbewerb[492]. Studien der Kommission, welche die von den öffentlichen Auftraggebern für bestimmte listengeführte Produkte und Dienstleistungen gezahlten Preise zu Gegenstand hatten[493], beweisen, daß die Preise sich um 40% erhöhen, wenn die öffentlichen Aufträge nicht ausgeschrieben werden[494].

---

bag/Benelux), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 39; GA *Stix-Hackl*, Schlußanträge Rs. C-57/01 (Makedoniko Metro und Michaniki), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 64.

484 Vgl. *EuGH,* Rs. C-19/00 (SIAC Construction), Slg. 2001, I-7725, Rdnr. 41; Rs. C-275/98 (Unitron Scandinavia und 3-S), Slg. 1999, I-8291, Rdnr. 31; Rs. C-92/00 (HI), Slg. 2002, I-5553, Rdnr. 45; Rs. C-324/98 (Teleaustria), Slg. 2000, I-10745, Rdnr. 61; Rs. C-373/00 (Adolf Truley), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 42; Rs. C-243/89 (Kommission/Dänemark), Slg. 1993, I-3353, Rdnr. 33; Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-14527, Rdnr. 81.

485 *EuGH*, Rs. C-324/98 (Teleaustria), Slg. 2000, I-10745, Rdnr. 62.

486 Vgl. *Koenig/Kühling,* NVwZ 2003, 779 (780); *Koenig/Pfromm,* NZBau 2004, 375 (378); *Kühling,* VerwArch 2004, 337 (346).

487 Vgl. *Kommission,* Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des EP und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, KOM (2002), 236 endg., ABl. 2002, C 203, S. 210 ff., zu Abänderung 147.

488 *EuGH,* Rs. C-283/00 (Kommission/Spanien), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 73; Rs. C-237/99 (Kommission/Frankreich), Slg. 2001, I-939, Rdnrn. 41 ff.; Rs. C-470/99 (Universale-Bau), Slg. 2002, I-11617, Rdnrn. 51 ff.; Rs. 214/00 (Kommission/Spanien), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 53; Rs. C-373/00 (Adolf Truley), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 43.

489 Vgl. *Arrowsmith,* ELR 2002, 3 (7); *Bauer,* EuZW 2001, 748 (751); *Brenner,* JbUTR 1997, 141 (160); *Gleichner,* in: Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. IV, 193 (242); *Herma,* Natur und Recht 2002, 8 (10); *Hösch,* BayVBl. 1997, 193 (195); *Keßler/Ipek,* EWS 2004, 337 (338); *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 200; *Koenig/Haratsch*, NJW 2003, 2637 (2638); *Koenig/Kühling,* NVwZ 2003, 779 (779, 784); *Neßler,* DÖV 2000, 145 (148); *Opitz,* NZBau 2001, 12 (16); *Pünder,* NZBau 2003, 530 (539); *Schwarze,* in: Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 13 (18).

490 *EuGH,* Rs. 399/98 (Ordine degli Architetti), Slg. 2001, I-5409, Rdnr. 75; Rs. C-285/99 und C-286/99 (Impresa Lombardini), Slg. 2001, I-9233, Rdnr. 35.

491 *Mader,* EuZW 1999, 331 (340).

492 *Kommission,* A report on the functioning of public procurement markets in the EU: benefits from the application of EU directives and challenges for the future, 1 (3), Doc. 03/02/2004; abrufbar unter: http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/publproc/general/public-proc-market-final-report-_en.pdf.; *Arrowsmith,* JWT 2003, 283 (296); *Bovis,* JBL 1999, 126 (135); *Koenig/Haratsch*, NJW 2003, 2637 (2638).

493 *Kommission,* A report on the functioning of public procurement markets in the EU: benefits from the application of EU directives and challenges for the future, 1 (14), Doc. 03/02/2004; abrufbar unter:

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gleichwohl meint Wettbewerbsoffenheit nicht zwangsläufig einen gänzlich deregulierten Markt. Es darf durchaus reguliert werden, solange nur alle Wirtschaftsteilnehmer die gleichen Chancen haben. Es ist daher mißverständlich, in diesem Kontext von einem „verzerrungsfreien Markt“[495] zu sprechen. Soziale Vergabekriterien widersprechen nicht zwangsläufig dem Ziel der Wettbewerbsoffenheit und damit auch nicht dem von den Gegnern sozialer Vergabekriterien viel beschworenen[496] Ziel der Verwirklichung des Binnenmarktes, da um die „soziale Leistung“ ein Wettbewerb stattfindet, der einen Markt kreiert. Auf der Anbieterseite herrschen nämlich Marktbedingungen.

5. Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH

Der beschriebene Integrationsauftrag beeinflußt auch die Art und Weise, in welcher sich der EuGH in Ausübung seiner Rechtsprechungstätigkeit gemäß Art. 220 EG der teleologischen Auslegung bedient. Denn die Integrationsfunktion soll nicht zuletzt durch das Recht und damit auch durch den EuGH wahrgenommen werden („Motor der europäischen Integration“)[497]. Dies hat zur Folge, daß das Recht in der Gemeinschaft anders als in den nationalen Rechtsordnungen nicht eine primär konservierende Ordnungsfunktion hat, sondern vor allem eine dynamische. Dazu tritt der Umstand, daß die Gemeinschaftsrechtsordnung im Gegensatz zu den gewachsenen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten vergleichsweise unvollständig und lückenhaft ist[498]. Gleichzeitig sieht sich die Gemeinschaft mit dem Dilemma konfrontiert, daß der Gesetzgebungsprozeß angesichts der Vielzahl der Akteure und Interessen bisweilen gesellschaftlichen Realitäten hinterherhinkt[499]. Angesichts der dynamischen Natur der Gemeinschaftsrechtsordnung steht für den EuGH die Weiterentwicklung des Rechts im Vordergrund[500]. Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH hat daher in der Gemeinschaft anders als in nationalen Rechtsordnungen[501] keinen Ausnahmecharakter, sondern stellt quasi den Normalfall dar[502].

a. Institutionelles Gleichgewicht innerhalb der Gemeinschaftsorgane

Auf der anderen Seite hat der EG-Vertrag ein System der Kompetenzverteilung zwischen den einzelnen Gemeinschaftsorganen sowie zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten geschaffen. So bilden Art. 202 ff., Art. 211, Art. 249 Abs. 1, Art. 251, Art. 152 EG, welche die Aufgabe der politischen Gestaltung und der Rechtsetzung grundsätzlich dem Rat und der

---

http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/publproc/general/public-proc-market-final-report-_en.pdf.

494 *Kommission,* A report on the functioning of public procurement markets in the EU: benefits from the application of EU directives and challenges for the future, 1 (15), Doc. 03/02/2004; abrufbar unter: http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/publproc/general/public-proc-market-final-report-_en.pdf.

495 *Koenig/Kühling,* NZBau 2003, 126 (128).

496 *Karenfort/Koppenfels/Siebert*, BB 1999, 1825 (1831); *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 206; *Seidel,* EuZW 2000, 762 (763).

497 *Alber,* RdA Sonderbeilage 2001, 23 (24).

498 *Anweiler,* Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 2, 35.

499 Vgl. *Anweiler,* Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 37.

500 *Schwarze,* in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 220, Rdnr. 32.

501 *Zippelius,* Juristische Methodenlehre, 80 ff.

502 Vgl. *Alber,* RdA Sonderbeilage 2001, 23 (24); *Anweiler,* Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 35.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kommission in Zusammenarbeit mit EP übertragen haben, die natürliche Grenze für die richterliche Rechtsfortbildung des EuGH. Der EuGH hat dementsprechend bei seiner Auslegungstätigkeit den Drahtseilakt zwischen *judicial restraint* und *judicial policy-making* zu vollführen, das Gemeinschaftsrecht fortzuentwickeln und dabei das institutionelle Gleichgewicht zu wahren. Es stellt sich konkret die Frage, ob der EuGH mit seinen Entscheidungen, soziale Vergabekriterien zuzulassen, eine Zukunftsutopie sozialer Integration ausgelebt und damit die Grenzen der ihm durch die Gemeinschaftsverträge eingeräumten judiziellen Befugnisse überschritten hat (*ultra vires*).

b. Höherer Argumentationsaufwand bei Rechtsfortbildung

Zwar ist die Rechtsfortbildung ein konstitutionelles Element der Gemeinschaftsrechtsordnung, jedoch bedarf sie aufgrund der Prärogative des Gemeinschaftsgesetzgebers einer besonderen Rechtfertigung in Gestalt eines erhöhten Argumentationsaufwandes. Wenn die Rechtsfortbildung schon nicht der Norm selbst entnommen werden kann, also durch den Normtext nicht in irgendeiner Form vorgegeben ist, dann muß sie sich wenigstens als willkürfreie, auf rationaler Argumentation beruhende Rechtsschöpfung präsentieren. Der Grat zwischen Rechtsfortbildung und Anmaßung der Ersatzgesetzgeberrolle ist zugegebenermaßen sehr schmal. Gleichwohl hätte der EuGH im Lauf der Rechtsprechungsserie *Beentjes, Französische Schulen, Concordia Bus und Wienstrom* zur Zulässigkeit nicht-wirtschaftlicher Vergabekriterien Argumente dafür liefern müssen, daß die ehemaligen Vergaberichtlinien mit einer rein betriebswirtschaftlichen Ausrichtung ihre Funktion nicht mehr erfüllen können und daß damit die Berücksichtigung sozialer Aspekte eine sachgerechte Lösung ist. Im Hinblick auf seine Begründung ist der EuGH teilweise argumentativ über ein bloßes Meinen bzw. ein subjektives Fürrichtighalten nicht hinausgekommen.

c. Gefahr der Unglaubwürdigkeit des EuGH

Die einheitliche Geltung des Gemeinschaftsrechts lebt von den vom Einzelfall abstrahierenden Leitlinien, die der EuGH in seinen Urteilen entwickelt. Bereits aus institutionellen Gründen sollten Begründungsdefizite in den Urteilen vermieden werden. Denn als supranationales Gericht ist der EuGH in besonderem Maße auf die Akzeptanz seiner Urteile angewiesen, da es ihm an eigenen Mitteln zu ihrer Durchsetzung fehlt und er auf das Durchsetzungsinstrumentarium der Mitgliedstaaten bauen muß. Auf Akzeptanz seiner Urteile kann der EuGH jedoch nur dann hoffen, wenn sich die in den Erwägungsgründen vorgebrachten Argumente als überlegen erweisen. Bei Begründungsdefiziten besteht daher die Gefahr, daß sich der EuGH als Institution unglaubwürdig macht. Diese lassen sich auch nicht mehr damit erklären, daß die Gemeinschaftsrechtsordnung im Gegensatz zu den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten nicht natürlich gewachsen und daher nicht über den Unterbau einer bis in alle Einzelheiten entwickelten Methodenlehre verfügt[503]. Denn immerhin kann die Gemeinschaftsrechtsordnung auf fast fünf Jahrzehnte EuGH-Rechtsprechung zurückblicken. Es sollte ein Anliegen des EuGH sein, die Gemeinschaftsrechtsordnung mit dem Ziel der inneren Stimmigkeit fortzuentwickeln.

503 *Anweiler,* Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 2.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

d. Gefahr der Unglaubwürdigkeit des vertretenen Standpunktes

Im konkreten Fall der sozialen Vergabekriterien macht sich das Begründungsdefizit noch schmerzlicher als üblich bemerkbar, da die überwältigende Mehrheit der wettbewerbsrechtlichen Literatur einer Berücksichtigung sozialer Vergabekriterien nach wie vor skeptisch gegenübersteht. Mit seiner nonchalanten Methode, Einwände der GAe oder aus der rechtswissenschaftlichen Literatur zu ignorieren, kompromittierte der EuGH damit auch den von ihm vertretenen sachlichen Standpunkt. Der EuGH hat es geradezu herausgefordert, daß sich Widerstand gegen die Berücksichtigung sozialer Aspekte im Vergaberecht regte und die Rechtslage „angesichts der Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung“ immer wieder als nicht geklärt bezeichnet wurde[504].

504 *Boesen,* Vergaberecht, § 97, Rdnr. 119.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kapitel Zwei: Die Entwicklung des gemeinschaftlichen Beihilfenrechts

A. Einleitung

Die Frage der gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien läßt sich zufriedenstellend nur beantworten, wenn man das gemeinschaftliche Vergaberegime als Teil eines größeren Ganzen, der Gemeinschaftsrechtsordnung *in toto*, betrachtet. Wegen ihrer wechselseitigen Bezogenheit ergibt sich der konkrete Regelungsgehalt einer Gemeinschaftsnorm erst aus dem Zusammenspiel mit den übrigen Gemeinschaftsnormen. Die folgenden Ausführungen sind der Aufgabe gewidmet, die für den Topos der sozialen Vergabekriterien relevanten Querbezüge zum Normenkomplex des gemeinschaftlichen Beihilfenrechts aufzuzeigen.

I. Traditionelle Sichtweise: Beihilfen- und Vergaberecht als getrennte Rechtsgebiete

Traditionelle Landkarten des Gemeinschaftsrechts weisen das Beihilfen- und Vergaberecht als zwei voneinander vollständig getrennte Rechtsgebiete aus[505]. Zwar gebe es Ähnlichkeiten, doch grundsätzlich gälten Beihilfen- und Vergaberecht unabhängig von einander[506]. Dies erscheint auf den ersten Blick auch durchaus plausibel. Mutet doch zum einen der Inhalt der beiden Normenkomplexe inkompatibel verschieden an. Zum anderen stützen sie sich auf hierarchisch und inhaltlich unterschiedliche Rechtsgrundlagen. Das Vergaberecht basiert auf dem Sekundärrecht der Vergaberichtlinien, nunmehr RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG. Diese wiederum verdanken ihre Existenz dem gemeinschaftsrechtlichen Ziel der Verwirklichung der Grundfreiheiten und des Binnenmarktes, insbesondere Art. 55 EG[507] und Art. 95 EG[508]. Das Beihilfenrecht hingegen ist mit Art. 87 Abs. 1 ff. EG unmittelbar auf der Ebene des EG-Vertrags angesiedelt.

II. Moderne Sichtweise: Beihilfen- und Vergaberecht als verwandte Rechtsgebiete

Die Auffassung zweier grundsätzlich verschiedener, voneinander zu trennender Regelungsbereiche ist nun mittlerweile ins Wanken geraten[509]. Den ersten Schritt in diese Richtung tat die Kommission, indem sie aus der Durchführung oder dem Fehlen eines Ausschreibungsverfahrens Rückschlüsse auf die Existenz bzw. die Nichtexistenz einer Beihilfe im Sin-

505 Vgl. *Bartosch,* WuW 2001, 673 (673); *Reuter,* ZIP 2002, 737 (745).

506 *Reuter,* ZIP 2002, 737 (745).

507 Präambel RL 2004/18/EG, Rechtsgrundlage und 2. Erwägungsgrund; Präambel RL 2004/17/EG, Rechtsgrundlage und 3. Erwägungsgrund; Präambel RL 93/37/EWG, Rechtsgrundlage und 2. Erwägungsgrund; Präambel RL 92/50/EWG, Rechtsgrundlage und 4. Erwägungsgrund; Präambel RL 93/38/EWG, Rechtsgrundlage und 1., 2. Erwägungsgrund.

508 Präambel RL 2004/18/EG, Rechtsgrundlage; Präambel RL 2004/17/EG, Rechtsgrundlage; Präambel RL 93/36/EWG, Rechtsgrundlage und 4. Erwägungsgrund; Präambel RL 93/38/EWG, Rechtsgrundlage und 1., 2. Erwägungsgrund.

509 Vgl. *Bultmann,* Beihilfenrecht und Vergaberecht, 1; *Fischer,* VergabeR 2004, 1 (1).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ne von Art. 87 Abs. 1 EG zog[510]. Den zweiten Streich vollführten die Gemeinschaftsgerichte[511] und ihre GAe[512], welche in ihren jeweiligen Urteilen bzw. Schlußanträgen das Beihilfenrecht mit dem Vergaberecht verquickten.

Den dritten Platz in Sachen Annäherung der beiden Rechtsgebiete verdienen sich schließlich die Gegner sozialer Vergabekriterien, indem sie argumentieren, die Vergabe eines öffentlichen Auftrags unter Berücksichtigung sozialer Aspekte die Merkmale des Beihilfentatbestandes im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG erfüllt und damit formell und materiell rechtswidrig ist[513]. Trotz eines grundsätzlichen Nebeneinanders würden sich beide Rechtsgebiete derart überschneiden, daß eine Anwendung der beihilfenrechtlichen Verbotnormen geboten sei[514]: Zwar hätte der EuGH mit den Urteilen in den Rechtssachen *Beentjes*[515]*, Französische Schulen*[516], *Concordia Bus*[517] und *Wienstrom*[518] die vergaberechtliche Konformität der Anwendung nicht-wirtschaftlicher Kriterien mit den Vergaberichtlinien zementiert, dieses Verdikt tangiere jedoch nicht eine *primärrechtliche* Kontrolle anhand von Art. 87 Abs. 1 EG[519], da sich der EuGH hierzu nicht prononciert geäußert habe. Das Vergaberecht sitze auf dem Pulverfaß des Beihilfenrechts[520].

Die Vertreter dieser Ansicht begründen ihren Standpunkt damit, daß die Berücksichtigung sozialer Vergabekriterien zwangsläufig dazu führen müsse, daß die öffentlichen Auftraggeber Waren oder Dienstleistungen zu einem nach dem *market economy investor test* betriebs-

---

510 *Kommission, XXII.* Bericht über die Wettbewerbspolitik 1992, Rdnr. 464; *eadem, XXIII.* Bericht über die Wettbewerbspolitik 1993, Rdnr. 403.

511 *EuG,* Rs. T-14/96 (BAI/Kommission), Slg. 1999, II-139, Rdnr. 71; *EuGH,* Rs. 280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 93.

512 *GA Jacobs,* Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 119; *Ga Léger,* Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 84; *Ga Stix-Hackl,* Schlußanträge, Rs. C-34/01 bis C-38/01 (Enirisorse), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 157.

513 *Arnould,* PPLR 2001, NA 13 (19); *Bartl,* RiA 1999, 3 (8); *Bartosch,* 2001, 229 (230); *idem,* WuW 2001, 673 (674, 683); *Dippel/Zeiss,* NZBau 2002, 376 (377); *Dischendorfer/Stempkowski,* PPLR 2002, NA 47 (51); *Dreher,* in: Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum GWB, Vor §§ 97, Rdnr. 21; *idem/ Haas/von Rintelen*, Vergabefremde Regelungen und Beihilferecht, 21; *Fante,* Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 130 ff., 135; *Frenz,* WuW 2002, 352 (360); *Gleichner,* in: Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. IV, 193 (248); *Götzke,* Die Berücksichtigung des Umweltschutzes bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge, 94; *Heid,* wbl 1998, 194 (196); *Huber,* ThürVBl 2000, 193 (196); *Kämmerer/Thüsing,* ZIP 2002, 596 (600); *Kese/Lukasik,* VBlBW 2003, 226 (228); *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 34; *Knipper,* WuW 1999, 677 (684); *Lübbig,* EuZW 1999, 671 (672); *Martín-Ehlers,* WuW 1999, 685 (687); *Müller-Graff,* ZHR 1988, 403 (419); *Pietzcker,* Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, 332; *idem,* ZHR 1998, 427 (467); *Pünder,* NZBau 2003, 530 (533); *Puhl,* VVDSTRL 2001, 456 (501); *Rieble,* NZA 2000, 225 (233); *Rittner,* EuZW 1999, 677 (679); *Schardt,* Öffentliche Aufträge und das Beihilfenregime des Gemeinschaftsrechts, 430 ff.; *Schmitges-Thees,* Die öffentliche Auftragsvergabe als Instrument des Umweltschutzes*, 126; Schwarze,* EuZW 2000, 133 (134); *Sedemund,* in: Rechtsfragen der europäischen Beihilfenaufsicht, 31 (41); *Stockhausen,* Beihilfenrechtliche Grenzen einer nationalen Beschäftigungspolitik, 43; *Winter,* CMLR 2004, 475 (495, 502); *Wittig,* Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts, 56, 57; *Zeiss,* EWS 2003, 114 (116); *Ziekow,* NZBau 2001, 72 (78).

514 *Bartosch,* WuW 2001, 673 (674), *Dreher,* in: Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum GWB, Vor §§ 97, Rdnr. 21.

515 *EuGH,* Rs. C-31/87 (Beentjes), Slg. 1988, , 4635, Rdnr. 29.

516 *EuGH,* Rs. C-225/98 (Kommission/Frankreich – Französische Schulen), Slg. 2000 I-7445, Rdnr. 50.

517 *EuGH,* Rs. C-513/99 (Concordia), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 59.

518 *EuGH,* Rs. C-448/01 (EVN und Wienstrom), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 33.

519 *Bartosch,* WuW 2001, 673 (683).

520 *Bartosch,* EuZW 2001, 229 (232).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wirtschaftlich ungünstigeren Preis-Leistungsverhältnis beziehen würden[521]. Dieses Nachfrageverhalten entspreche wegen den Mehrkosten nicht demjenigen, das ein unter Marktbedingungen operierender Wirtschaftsteilnehmer an den Tag legen würde. Private Wirtschaftsteilnehmer würden sich nicht für Verwirklichung von Gemeinwohlzielen interessieren, die über das für den Profit einzig maßgebliche betriebswirtschaftliche *best-value-for-money-ratio* hinausgehen[522]. Danach stelle der Verstoß gegen das vergaberechtliche Bestbieterprinzip einen spezifischen wirtschaftlichen Vorteil im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG dar[523].

Die Befürworter sozialer Vergabekriterien[524] haben diesem Vorwurf argumentativ wenig entgegenzusetzen. Entweder wird das Damoklesschwert der beihilfenrechtlichen Unzulässigkeit hilflos konstatiert oder seine Anwendbarkeit geleugnet[525]. So wird vorgebracht, der Zuschlag auf ein Angebot, welches geringfügig teurer sei als das wirtschaftlich günstigste Angebot, mache die Vergütung des erfolgreichen Bieterunternehmens durch die öffentliche Hand nicht zu einer unentgeltlichen Leistung[526]. Solange die Relation von Leistung und Gegenleistung „wirtschaftlich vertretbar" sei, und das sei bei „etwa gleichwertigen Angeboten" der Fall, sei bereits der Beihilfentatbestand nicht erfüllt[527]. Normalerweise sei die Maßnahme als eine normale kommerzielle Transaktion zu qualifizieren[528]. Ebenso wenig überzeugend wird argumentiert[529], daß die Zuschlagsentscheidung schlicht kein wirtschaftlich bewertbarer Vorteil ist. Darüber hinaus wird auch der Selektvitätscharakter sozialer Vergabekriterien angezweifelt[530]. Es sei nämlich schwer vorstellbar, wie der Zuschlag eines öffentlichen Auftrags das Kriterium der Selektivität erfüllen soll, wenn er gemäß den Vergaberichtlinien erteilt wurde[531]. Jedenfalls werde durch eine solche Transaktion der Handel zwischen den Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigt[532].

Zwar wurde angesichts der Wechselwirkungen beider Rechtsgebiete[533] (*close interplay*[534]) bereits intuitiv angedacht, das Beihilfen- und das Vergaberecht regelungstechnisch

521 *Bartosch,* CMLR 2002, 551 (572); *Stockhausen,* Beihilfenrechtliche Grenzen einer nationalen Beschäftigungspolitik, 43; *Zeiss,* EWS 2003, 114 (117).

522 *Bartosch,* CMLR 2002, 551 (572); *Schumacher,* DVBl. 2000, 467 (472); *Stockhausen,* Beihilfenrechtliche Grenzen einer nationalen Beschäftigungspolitik, 43.

523 *Zeiss,* EWS 2003, 114 (116).

524 *Arrowsmith, LQR 1995, 235 (244)*; *eadem*, ELR 2002, 3 (18); *Benedict,* Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, 246; *Bovis,* CMLR 2002, 1025 (1052); *idem,* Business Law in the European Union, 136; *Burgi,* Gewerbearchiv 2001, 217 (223); *Dischendorfer/Kempkowski,* PPLR 2002, NA 47 (50); *Fischer,* EuZW 2004, 492 (494); *Grzeszick,* DÖV 2003, 649 (650); *Krüger/Nielsen/Bruun,* European Public Contracts in a Labour Law Perspective, Rdnr. 6.2.2.; *Losch,* NdsVBl. 2003, 73 (80); *McCrudden,* JIEL 1999, 3 (7); *Meyer,* Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 174; *Osterloh,* Rechtsgutachten zu Fragen der Frauenförderung im Rahmen der öffentlichen Mittelvergabe, 63; *Prieß/Pitschas,* PPLR 2000, 171 (194); *Pünder,* NZBau 2003, 530 (532); *Rust,* EuZW 1999, 453 (454); *eadem*, EuZW 2000, 205 (206); *Tobler,* ELR 2000, 618 (618); *Ziekow,* VergabeR 2003, 1 (5).

525 *Benedict,* Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, 246; *Burgbacher,* VergabeR 2001, 169 (171); *Dischendorfer/Stempowski,* PPLR 2002, NA 47 (50); *Fischer,* EuZW 2004, 492 (495); *Grzeszick,* DÖV 2003, 649 (651); *Meyer,* Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 548; *Schäfer,* Öffentliche Belange im Auftragswesen und Europarecht, 420.

526 *Osterloh,* Rechtsgutachten zu Fragen der Frauenförderung im Rahmen der öffentlichen Mittelvergabe, 63.

527 *Osterloh,* Rechtsgutachten zu Fragen der Frauenförderung im Rahmen der öffentlichen Mittelvergabe, 63.

528 *Dischendorfer/Stempowski,* PPLR 2002, NA 47 (51).

529 *Losch,* NdsVBl. 2003, 73 (78).

530 *Dischendorfer/Stempowski,* PPLR 2002, NA 47 (51); *Meyer,* Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 168.

531 *Dischendorfer/Stempowski,* PPLR 2002, NA 47 (51); *Fischer,* EuZW 2004, 492 (495).

532 *Osterloh,* Rechtsgutachten zu Fragen der Frauenförderung im Rahmen der öffentlichen Mittelvergabe, 63.

533 *Dippel/Zeiss,* NZBau 2002, 376 (376).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

miteinander zu verknüpfen[535]. Beihilfen- und Vergaberecht stünden noch relativ unabgestimmt nebeneinander[536]. Friktionen seien daher zu vermeiden[537]. Die vorliegende Untersuchung macht es sich nun unter dem Vorzeichen der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und der sozialen Vergabekriterien zur Aufgabe aufzuzeigen, daß Beihilfen- und Vergaberecht strukturell ineinandergreifen. Ziel ist es hierbei, Beihilfen- und Vergaberecht einer Synthese zuzuführen. Um die Querbezüge zwischen Beihilfen- und Vergaberecht anschaulich zu machen, erscheint es an dieser Stelle angebracht, knapp Funktion und Struktur des gemeinschaftlichen Beihilfenregimes darzustellen.

III. Ratio des gemeinschaftlichen Beihilfenregimes

Für Verständnis und Einordnung der Art. 87-89 EG in den gemeinschaftsrechtlichen Gesamtkontext ist zunächst von Bedeutung, daß das Beihilfenregime Bestandteil des EG-Wettbewerbsrechts ist. Während sich das erste Kapitel, Art. 81-86 EG, die private Wirtschaftsteilnehmer zum Adressaten hat, richtet sich das zweite Kapitel, Art. 87-89 EG, an die Mitgliedstaaten[538]. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH soll das Beihilfenverbot des Art. 87 Abs. 1 EG verhindern, daß die Mitgliedstaaten die Erfolgschancen der heimischen Wirtschaftsteilnehmer optimieren, indem sie diesen Vergünstigungen gewähren, durch die der Leistungswettbewerb zwischen den im Binnenmarkt tätigen Anbietern verfälscht wird[539]. Sinn und Zweck des gemeinschaftlichen Beihilfenregimes ist daher der Schutz des Wettbewerbs. Das Beihilfenverbot soll allen Wirtschaftsteilnehmern Chancengleichheit gewährleisten und nationalen Protektionismus verhindern[540].

IV. Objektivität des Beihilfenbegriffs

Art. 87 Abs. 1 EG erfaßt „aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art". Der Begriff der Beihilfe umfaßt damit nicht nur positive Zuwendungen, sondern auch die Verschonung von der Leistung an sich geschuldeter Zahlungen an die öffentliche Hand[541]. Nach der Definition des EuGH unterfallen dem Beihilfenbegriff alle staatlichen Maßnahmen, welche in verschiedener Form Belastungen vermindern, die ein Unternehmen unter normalen Marktbedingungen zu tragen hätte[542]. Für den Beihilfencharakter einer staatlichen Maßnahme ist mithin weder deren äußere Form wie die Ausgestaltung der Zuwendung noch die ihr

534 *Bovis,* JBL 1999, 126 (127); *idem,* CMLR 2002, 1025 (1030).

535 *Dreher,* NVwZ 1997, 343 (344); *Knauff,* EuZW 2003, 453 (455).

536 *Kese/Lukasik,* VBlBW 2003, 226 (230); *Pünder,* NZBau 2003, 530 (530).

537 *Fischer,* VergabeR 2004, 1 (1); *Jennert,* EuR 2003, 343 (355).

538 *Mähring,* JuS 2003, 448 (448).

539 *EuGH,* Rs. 173/73 (Italien/Kommission), Slg. 1974, 709, Rdnr. 26; Rs. C-387/92 (Banco Exterior de España), Slg. 1994, I-877, Rdnr. 12; Rs. C-39/94 (SFEI), Slg. 1996, I-3547, Rdnr. 58.

540 *v. Danwitz,* in: Rechtsfragen der europäischen Beihilfenaufsicht, 13 (16); *Koenig/Kühling,* NJW 2000, 1065 (1065).

541 *EuGH*, Rs. C-387/92 (Banco Exterior de España), Slg. 1994, I-877, Rdnr. 13; Rs. C-39/94 (SFEI), Slg. 1996, I-3547, Rdnr. 58.

542 *EuGH,* Rs. C-387/92 (Banco Exterior de España), Slg. 1994, I-877, Rdnr. 13; Rs. C-39/94 (SFEI), Slg. 1996, I-3596, Rdnr. 60; Rs. C-295/97 (Piaggio), Slg. 1999, I-3735, Rdnr. 34.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zugrundeliegende Motivation, sondern allein ihre Begünstigungswirkung entscheidend[543]. Insbesondere soziale Zielsetzungen hat der EuGH in diesem Zusammenhang für irrelevant erklärt[544]. Das EuG prägte in diesem Zusammenhang den Satz, daß der Beihilfebegriff ein *objektiver Begriff* ist, der sich nur danach bestimmt, ob eine staatliche Maßnahme bestimmten Unternehmen einen spezifischen finanziellen Vorteil verschafft oder nicht[545]. Dieser weiten Auslegung des Beihilfenbegriffs hat sich auch die Literatur angeschlossen[546].

1. Beihilfentatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG

Im einzelnen stellt Art. 87 Abs. 1 EG kumulativ fünf Tatbestandsvoraussetzungen auf, die alle gleichermaßen erfüllt sein müssen[547]. Eine Maßnahme fällt nur dann unter diese Verbotsnorm, wenn:

- ein spezifischer wirtschaftlicher Vorteil, i.e. eine Begünstigung,
- aus staatlichen Mitteln
- für bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige gegeben ist (Selektivität),
- die den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht
- und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt.

a. Vorteilswirkung der staatlichen Maßnahme

Das entscheidende Element des Beihilfenbegriffs ist das Tatbestandsmerkmal des wirtschaftlichen Vorteils. Ob im konkreten Fall eine Beihilfe gegeben ist, hängt in der Mehrheit der Fälle von der Beurteilung der Frage ab, ob die staatliche Maßnahme für das Empfängerunternehmen im Vergleich zum *status quo ante* wirtschaftlich zu einer Besserstellung geführt hat. Die meisten der im Beihilfeverfahren streitigen staatlichen Maßnahmen scheitern hierbei am sogenannten *market economy investor test*[548].

aa. Definition des market economy investor test

Ob eine staatliche Maßnahme einen wirtschaftlichen Vorteil darstellt, richtet sich seit dem Urteil des EuGH in der Rechtssache *Boch* gemäß dem *market economy investor test* danach, ob das Empfängerunternehmen eine Vergünstigung erhält, die es unter normalen Marktbedin-

543 *EuGH,* Rs. C-56/93 (Belgien/Kommission), Slg. 1996, I-723, Rdnr. 79; Rs. C-241/94 (Frankreich/Kommission), Slg. 1996, I-4551, Rdnr. 20.

544 *EuGH,* Rs. 173/73 (Italien/Kommission), Slg. 1977, Rdnr. 26/28.

545 *EuG,* Rs T-67/94 (Ladbroke Racing/Kommission), Slg. 1998, II-1, Rdnr. 52.

546 Vgl. *Koenig/Sander,* EuR 2000, 743 (747); *Mederer,* in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, Bd. 2/II, Art. 92, Rdnr. 2; *Nowak*, EuZW 2001, 293 (294); *Stockhausen,* Beihilfenrechtliche Grenzen einer nationalen Beschäftigungspolitik, 53.

547 *EuGH*, Rs. C-142/87 (Belgien/Kommission – Tubemeuse), Slg. 1990, I-959, Rdnr. 25; Rs. C-278/92 bis C-280/92 (Spanien/Kommission), Slg. 1994, I-4103, Rdnr. 20; Rs. C-482/99 (Frankreich/Kommission), Slg. 2002, I-4397, Rdnr. 68; Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 74.

548 *Schohe/Arhold,* EStAL 2002, 2 (4).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gungen nicht erhalten hätte[549]. Spiegelbildlich dazu ist auf die Perspektive des staatlichen Investors abzustellen und zu fragen, ob sich dieser *ex ante et situatione*[550] „wie ein normaler Wirtschaftsteilnehmer"[551] verhalten hat[552]. Bei einer marktüblichen Gegenleistung verbleibt dem Unternehmen als Vorteil nur derjenige Gewinn, der sich infolge der effizient-wirtschaftlichen Betätigung unter normalen Marktbedingungen einzustellen pflegt[553]. Fehlt dagegen die marktübliche Gegenleistung, ist grundsätzlich von einem Vorteils im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG auszugehen[554].

bb. Ratio des market economy investor test

Der *market economy investor test* ist Ausdruck des eigennutzorientierten Rationalverhaltens. Dieses der klassischen Wirtschaftstheorie entlehnte Konzept[555] geht davon aus, daß ein Individuum versuchen wird, im Wirtschaftsverkehr eine gegebene Menge von Ressourcen (*input*) so einzusetzen, daß das Ergebnis (*output*) maximiert wird bzw. den für einen gegebenen *output* einzusetzenden *input* minimiert wird[556]. Der *market economy investor test* ist außerdem die Manifestation des Grundsatzes der Gleichbehandlung von öffentlicher Hand und Privatwirtschaft[557]. Im Fall *Neue Maxhütte* ließ das EuG das Vorbringen der Klägerin nicht gelten, daß wegen der drohenden Zahlung von Arbeitslosenunterstützung und anderer Sozialleistungen die Liquidation der Maxhütte kostspieliger gewesen wäre als die staatlichen Zuwendungen[558]. Das EuG argumentierte, daß die Verpflichtungen des Staates, wie sie sich aus seiner Eigenschaft als Träger öffentlicher Gewalt ergäben, von den Anforderungen zu unterscheiden seien, die an das – nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen zu bewertende – Investitionsverhalten der öffentlichen Hand zu stellen seien[559]. Die Rolle des Staates als Wirtschaftsteilnehmer sei strikt zu trennen von seiner Eigenschaft als politischer Entscheidungsträger[560].

cc. Long term investor test

Die staatlichen Maßnahmen sind jedoch nicht notwendigerweise an dem Verhalten eines auf kurzfristige Rendite abzielenden privaten Investors zu messen. Gemäß dem *long term*

549 *EuGH*, Rs. 40/85 (Belgien/Kommission – Boch), Slg. 1986, 2321, Rdnr. 13; Rs. C-39/94 (SFEI), Slg. 1996, I-3547, Rdnr. 60; Rs. C-342/96 (Spanien/Kommission), Slg. 1999, I-2459, Rdnr. 41; Rs. 305/87 (Italien/Kommission – Alfa Romeo), Slg. 1991, I-1603, Rdnr. 19; *EuG,* T-129/95 (Neue Maxhütte Stahlwerke), Slg. 1999, II-17, Rdnr. 104.

550 *Kahl,* NVwZ 1996, 1082 (1085); *Koenig,* ZIP 2000, 53 (55).

551 *EuGH*, Rs. C-56/93, (Belgien/Kommission), Slg. 1996, I-723, Rdnrn. 10; *EuG*, T-358/94 (Air France/Kommission), Slg. 1996, II-2109, Rdnr. 71.

552 Vgl. *Nowak*, EuZW 2001, 293 (294); *Schardt,* Öffentliche Aufträge und das Beihilfenregime des Gemeinschaftsrechts, 122.

553 *Koenig/Sander,* EuR 2000, 743 (757).

554 *Koenig/Haratsch,* Europarecht, Rdnr. 847; *Koenig/Sander,* EuR 2000, 743 (757); *Mederer,* in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, Bd. 2/II, Art. 92, Rdnr. 6; *Wittig,* Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts, 56.

555 *Kirchner,* in: Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, 157 (158).

556 *Kirchner,* in: Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, 157 (159).

557 *EuG*, Rs. T-129/95 (Neue Maxhütte Stahlwerke/Kommission), Slg. 1999, II-17, Rdnr. 105.

558 *EuG,* Rs. T-129/95 (Neue Maxhütte Stahlwerke/Kommission), Slg. 1999, II-17, Rdnr. 119.

559 *EuG,* Rs. T-129/95 (Neue Maxhütte Stahlwerke/Kommission), Slg. 1999, II-17, Rdnr. 120.

560 *Bartosch,* CMLR 2002, 551 (573).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

investor test[561] müssen die staatlichen Maßnahmen demjenigen Verhalten vergleichbar sein, das ein Konzern an den Tag legt, der eine globale Strukturpolitik verfolgt und sich von längerfristigen Rentabilitätsaussichten und Synergieeffekten innerhalb der einzelnen Konzernsparten leiten läßt[562].

dd. Kontrolldichte der nationalen Gerichte

Den nationalen Gerichten fällt die Aufgabe zu festzustellen, welche Marktgegebenheiten zum Zeitpunkt der Zuwendung vorherrschten[563]. Im Hinblick auf die Kontrolldichte der Gemeinschaftsgerichte hielt sich der EuGH bislang eisern an die Formel, daß die beihilfenrechtliche Prüfung durch die Kommission die „Würdigung komplexer wirtschaftlicher Sachverhalte" involviert[564]. Daher beschränkt sich die gemeinschaftsgerichtliche Kontrolle der Kommission bei der Anwendung des *market economy investor test* darauf, ob die Verfahrensvorschriften eingehalten worden sind, ob der Sachverhalt zutreffend festgestellt worden ist und ob keine offensichtlich fehlerhafte Würdigung dieses Sachverhalts und kein Ermessensmißbrauch vorliegen[565].

b. Selektivität der staatlichen Maßnahme

Gemäß dem Selektivitätserfordernis unterfällt eine staatliche Maßnahme Art. 87 Absatz 1 EG, wenn sie im Gegensatz zu allgemeinen wirtschaftspolitischen Fördermaßnahmen, wie beispielsweise „Infrastrukturprojekten"[566], nur bestimmten Unternehmen oder Produktionszweigen zugute kommt[567]. Ein selektives Vorgehen wird vermutet, wenn der staatlichen Stelle bei der konkreten Entscheidung über die Mittelvergabe ein Ermessensspielraum eingeräumt wird und sie von den abstrakt-generellen Leitlinien für die Gewährung der Vergünstigung nach eigenem Gusto abweichen darf[568]. Davon abgesehen besitzt eine staatliche Maßnahme auch dann selektiven Charakter, wenn die jeweilige Norm faktisch nur auf bestimmte Unternehmen angewandt wird[569]. Obwohl formal getrennte Tatbestandsmerkmale, sind die Begriffe des finanziellen Vorteils und der Selektivität miteinander verquickt. Der Terminus Vorteil impliziert letztendlich „Vorteil gegenüber den Mitbewerbern". Beide Elemente werden vom

561 Vgl. *Deckert/Schroeder,* EuR 1998, 291 (296); *Dreher/Haas/v. Rintelen,* Vergabefremde Regelungen und Beihilfenrecht, 28; *Kahl,* NVwZ 1996, 1082 (1085); *Koenig,* ZIP 2000, 53 (55); *Koenig/Kühling,* NJW 2000, 1065 (1067); *Koenig/Kühling/Ritter,* EG-Beihilfenrecht, 46; *Mederer,* in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, Bd. 2/II, Art. 92, Rdnr. 9; *idem/v. Ysendyck,* in: Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*,* Art. 87*,* Rdnr. 15; *Nowak*, EuZW 2001, 293 (294); *Schohe/Arhold,* EStAL 2002, 2 (4).

562 Vgl. *EuGH*, Rs. 305/87 (Italien/Kommission – Alfa Romeo), Slg. 1991, I-1603, Rdnr. 20; *EuG*, Rs. T-129/95 (Neue Maxhütte Stahlwerke/Kommission), Slg. 1999, II-17, Rdnr. 109;

563 *EuGH*, Rs. C-39/94 (SFEI), Slg. 1996, I-3547, Rdnr. 61.

564 *EuGH*, Rs. C-56/93, (Belgien/Kommission), Slg. 1996, I-723, Rdnrn. 11.

565 *EuGH*, Rs. 138/79 (Roquette/Rat), Slg. 1980, 3333, Rdnr. 25; Rs. 142/84 und 156/84 (BAT und Reynolds/Kommission), Slg. 1987, 4487, Rdnr. 62; Rs. C-174/87 (Ricoh/Rat), Slg. 1992, I-1335, Rdnr. 68, Rs. C-225/91 (Matra/Kommission), Slg. 1993, I-3202, Rdnr. 25; Rs. C-56/93, (Belgien/Kommission), Slg. 1996, I-723, Rdnrn. 11.

566 Vgl. *Kommission,* Entscheidung vom 20. Juli 2000 über staatliche Beihilfen, die Österreich zugunsten der Lenzing Lyocell & Co. KG gewährt hat, ABl. 2001, L 38, S. 33 ff., Rdnr. 26.

567 *EuGH,* Rs. C-143/99 (Adria-Wien Pipeline GmbH), Slg. 2001, I-8365, Rdnr. 41.

568 *EuGH,* Rs. C-241/94 (Frankreich/Kommission), Slg. 1996, I-4551, Rdnr. 23.

569 *EuGH,* Rs. C-295/97 (Piaggio), Slg. 1999, I-3735, Rdnr. 39.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

EuGH zunehmend im Sinne einer „wechselseitigen Bezugnahme“[570] gemeinsam in einer Formel geprüft[571].

c. Transfer staatlicher Mittel

aa. Definition des Transfers staatlicher Mittel

Als aus staatlichen Mitteln gewährt gilt eine Beihilfe, wenn sie von einer öffentlichen oder privaten Einrichtung gewährt wurde, die vom Staat errichtet oder benannt worden ist[572]. Angesichts identischer Rechtsfolgen verwendet der EuGH zunehmend den Ausdruck „staatliche Mittel“[573] bzw. die Formel „finanzielle Vorteile, die unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt werden“[574]. In jedem Fall muß die gewährte Zuwendung letztendlich dem Staat zuzurechnen sein[575].

bb. Mittelsmannkonstellationen

Die Zurechenbarkeit wird auch in Mittelsmannkonstellationen bejaht. Paradigmatisch hierfür ist die Situation, daß ein Mitgliedstaat Investoren Steuervergünstigungen einräumt, die Gesellschaftsanteile an Unternehmen einer bestimmten Region erwerben[576]. Zwar stellt die Steuervergünstigung keine staatliche Beihilfe zugunsten der Investoren dar, da sie unterschiedslos auf alle Interessenten Anwendung findet, wohl aber eine mittelbare Beihilfe zugunsten der in der jeweiligen Region ansässigen Unternehmen[577]. Diese Investitionsentscheidung läßt die Zurechenbarkeit jedoch nicht entfallen, da bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise die Marktbedingungen nur dadurch modifiziert werden, daß der Staat auf Steuereinnahmen verzichtet[578].

cc. Zurechenbarkeitskriterium nach der Rechtsprechung des EuGH

Die als selbstverständlich angenommene Indizierung der Zurechenbarkeit[579] erfuhr durch die Urteile in den Rechtssachen *Sloman Neptun*[580] und *Kirsammer-Hack*[581] eine Trendwende[582]. Diese moderate Haltung bei der Anwendung des Zurechenbarkeitskriteriums bestätigte der EuGH im Vorabentscheidungsverfahren in der Entscheidung *Preußen Elektra*. Hierin hatte der Gesetzgeber die Elektrizitätsversorgungsunternehmen verpflichtet, den in ihrem Ver-

570 *Koenig/Kühling/Ritter,* Beihilfenrecht, 76.

571 *EuGH,* Rs. C-241/94 (Frankreich/Kommission), Slg. 1996, I-4551, Rdnr. 23 f; Rs. C-75/97 (Belgien/Kommission), Slg. 1999, I-3671, Rdnr. 34; Rs. C-353/95 P (Tiercé Ladbroke), Slg. 1997, I-7007, Rdnr. 35; Rs. C-53/00 (Ferring), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 17.

572 *EuGH*, Rs. C-72/91 und C-73/91 (Sloman Neptun), Slg. 1993, I-887, Rdnr. 19.

573 *EuGH*, Rs. C-482/99 (Frankreich/Kommission – Stardust Marine), Slg. 2002, I-4397, Rdnr. 32.

574 *EuGH*, Rs. 82/77 (Van Tiggele), Slg. 1978, 25, Rdnr. 23 ff.; Rs. C-72/91 und C-73/91 (Sloman Neptun), Slg. 1993, I-887, Rdnr. 19; Rs. C-189/91 (Kirsammer-Hack), Slg. 1993, I-6185, Rdnr. 16; Rs. C-52/97 und C-53/97 und C-54/97 (Viscido), Slg. 1998, I-2629, Rdnr. 13.

575 *EuGH*, Rs. C-379/98 (Preußen Elektra), Slg. 2001, I-2099, Rdnr. 58.

576 *EuGH*, Rs. C-156/98 (Deutschland/Kommission), Slg. 2000, I-6857, Rdnr. 22.

577 *EuGH*, Rs. C-156/98 (Deutschland/Kommission), Slg. 2000, I-6857, Rdnr. 26.

578 *EuGH*, Rs. C-156/98 (Deutschland/Kommission), Slg. 2000, I-6857, Rdnr. 27.

579 *Koenig/Kühling/Ritter, EG*-Beihilfenrecht, 73.

580 *EuGH*, Rs. C-72/91 u. C-73/91 (Sloman Neptun), Slg. 1993, I-887, Rdnr. 5.

581 *EuGH*, Rs. C-189/91 (Kirsammer-Hack), Slg. 1993, I-6185, Rdnr. 7 f.

582 *EuGH*, Rs. C-72/91 u. C-73/91 (Sloman Neptun), Slg. 1993, I-887, Rdnr. 19.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sorgungsgebiet erzeugten Strom aus erneuerbaren Energien zu einem bestimmten, über dem Marktpreis liegenden Mindestsatz abzunehmen[583]. Die Kommission hatte darauf hingewiesen, daß eine staatliche Maßnahme, die eine Überwälzung der Kosten auf die Wettbewerber der begünstigten Unternehmen anordnet, sogar wettbewerbsschädlicher ist als eine Vorteilsgewährung, deren Kosten von der Allgemeinheit getragen werden[584]. Gleichwohl lehnte der EuGH das Vorliegen einer Übertragung staatlicher Mittel ab[585]. Der Umstand, daß die Abnahmepflicht auf einem Gesetz beruht und damit durch staatliches Handeln veranlaßt ist, könne der Maßnahme nicht den Charakter einer staatlichen Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG verleihen[586]. Damit modifizierte der EuGH die Zurechenbarkeitsdoktrin dahingehend, daß eine *aktuelle bzw. potentielle Belastung der öffentlichen Haushalte* erfolgen muß. Ausschlaggebend für diesen Lösungsansatz ist, daß die finanziellen Mittel der öffentlichen Hand zu keinem Zeitpunkt zur Verfügung standen oder zur Verfügung stehen würden[587]. Diese kulante Linie baute der EuGH in der *Stardust Marine*-Entscheidung noch weiter aus[588].

d. Wettbewerbsverfälschung und Beeinträchtigung des inter-mitgliedstaatlichen Handels

An das Kriterium der Wettbewerbsverfälschung werden denkbar niedrige Anforderungen gestellt: Eine Wettbewerbsverfälschung ist bereits dann anzunehmen, wenn die staatliche Beihilfe die Wettbewerbsposition des Empfängerunternehmens gegenüber seinen Konkurrenten verbessert bzw. verbessern könnte[589]. Da eine Beihilfe den Markt*zutritt* weiterer Anbieter und damit schon die Entstehung von Wettbewerb behindern kann, gilt auch die potentielle Wettbewerbsverfälschung zukünftiger Märkte als umfaßt. Die Intensität der Wettbewerbsverfälschung spielt hierbei keine Rolle[590]. Das Kriterium der Wettbewerbverfälschung formuliert eigentlich die *ratio* des Beihilfenverbots. Als Tatbestandsmerkmal ist sie überflüssig. Bei dem sogenannten „Zwischenstaatlichkeitskriterium“[591] schließen ebenfalls weder ein geringes Beihilfevolumen noch eine etwaige geringe Betriebsgröße des begünstigten Unternehmens die Möglichkeit der Tatbestandserfüllung aus[592]. Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel sind vielmehr nur dann zu verneinen, wenn es sich bei der Tätigkeit der Empfängerunternehmen um rein lokale Wirtschaftstätigkeiten handelt[593].

2. Legalausnahmen gemäß Art. 87 Abs. 2 und 3 EG sowie 73 EG

Der Beihilfentatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG ist als präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ausgestaltet[594]. Er enthält also kein absolutes Beihilfenverbot, sondern unterstellt die

583 *EuGH*, Rs. C-379/98 (Preußen Elektra), Slg. 2001, I-2099, Rdnr. 6.
584 *GA Jacobs,* Schlußanträge, Rs. C-379/98 (Preußen Elektra), Slg. 2001, Rdnr. 139.
585 *EuGH*, Rs. C-379/98 (Preußen Elektra), Slg. 2001, I-2099, Rdnr. 59.
586 *EuGH*, Rs. C-379/98 (Preußen Elektra), Slg. 2001, I-2099, Rdnr. 61.
587 *GA Jacobs,* Schlußanträge, Rs. C-379/98 (Preußen Elektra), Slg. 2001, Rdnr. 166.
588 *EuGH*, Rs. C-482/99 (Frankreich/Kommission – Stardust Marine), Slg. 2002, I-4397, Rdnr. 52.
589 *EuGH,* Rs. 730/79 (Philip Morris/Kommission), Slg. 1980, 2671, Rdnr. 11; E*uG, R*s. T-106/95 (FFSA/Kommission), Slg 1997, II-229, Rdnr. 140.
590 *Koenig/Kühling/Ritter,* EG-Beihilfenrecht, 83.
591 *Bartosch,* EuZW 2000, 333 (336)*; Koenig/Kühling/Ritter,* EG-Beihilfenrecht, 86.
592 *EuGH,* Rs C-142/87 (Belgien/Kommission), Slg. 1990, I-959, Rdnr. 43; Rs. C-278/92, C-279/92 und C-280/92 (Spanien/Kommission), Slg. 1994, I-4103, Rdnr. 40; *EuG,* Rs. T-214/95 (Vlaams Gewest/Kommission), Slg. 1998, II-717, Rdnr. 48.
593 *Koenig/Kühling/Ritter,* EG-Beihilfenrecht, 86.
594 *Koenig,* EuZW 1995, 595 (599); *idem,* ZIP 2000, 53 (53).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

staatliche Beihilfengewährung lediglich einer umfassenden Kontrolle[595]. Ist die Tatbestandsmäßigkeit einer staatlichen Maßnahme gemäß Art. 87 Abs. 1 EG zu bejahen, so ist zu prüfen, ob die Beihilfe auf der Basis der Ausnahmetatbestände als für mit EG-Recht kompatibel erklärt werden kann (*de iure* vereinbare Beihilfen)[596]. Während es sich bei den Tatbeständen Art. 87 Abs. 2 EG um obligatorische Ausnahmen handelt, liegt es in den praktisch relevanteren Fällen des Art. 87 Abs. 3 EG im Ermessen der Kommission ("können"), eine mit dem gemeinsamen Markt vereinbare Beihilfe anzunehmen. Die *numerus clausus*-Kataloge von Art. 87 Abs. 2 und Abs. 3 EG sind restriktiv auszulegen[597]. Im Zusammenhang mit der Berücksichtigung sozialer Aspekte wurde in der Literatur vereinzelt die Ansicht vertreten, Chancengleichheitskriterien zur Gleichstellung von Mann und Frau ließen sich unter Art. 87 Abs. 3 lit. b EG subsumieren, wonach Beihilfen zur Förderung „wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse" mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sein können, da das Gleichstellungsziel mit Art. 2 EG nunmehr explizit Eingang in die Gemeinschaftsziele gefunden habe[598]. Allerdings versteht man unter dieser Ausnahme gemeinhin lediglich Projekte im Bereich Forschung und Entwicklung, insbesondere Infrastrukturmaßnahmen[599].

Art. 73 EG ermöglicht es den Mitgliedstaaten, Beihilfen zu gewähren, um im Verkehrs- und Transportsektor die mit öffentlichen Dienstleistungen zusammenhängenden Belastungen abzugelten. In Durchbrechung des in Art. 87 Abs. 1 EG statuierten generellen Beihilfenverbots deklariert Art. 73 EG in diesem Bereich staatliche Beihilfen von vornherein als mit dem Gemeinsamen Markt kompatibel. Der Wortlaut („Beihilfen") suggeriert bereits, daß die „Koordinierungs- und Abgeltungsbeihilfen" im Sinne des Art. 73 EG das Vorliegen der vier Beihilfeelemente des Art. 87 Abs. 1 EG voraussetzen. Art. 73 EG ist wie Art. 87 Abs. 2 und 3 EG eine Rechtfertigungsnorm[600]. Zur Erreichung der im Rahmen der gemeinsamen Verkehrspolitik gemäß Art. 70 EG festgelegten Ziele hat der Rat gemäß Art. 71 EG eine Reihe von VOen erlassen[601].

3. Beihilfenaufsicht durch die Kommission

a. Zweistufigkeit des Kontrollverfahrens

Zuständig für die Kontrolle der Einhaltung des Beihilfenregimes ist die Kommission, genauer gesagt die Generaldirektion (GD) Wettbewerb. Im Rahmen des Kontrollverfahrens gemäß Art. 88 EG sowie der Verfahrensverordnung VO 659/1999/EG[602] ist zwischen der vorläufigen Prüfungsphase nach Art. 88 Abs. 3 EG bzw. Art. 4 Abs. 2 VO 659/1999/EG, und der in Art. 88 Abs. 2 EG bzw. Art. 4 Abs. 4 VO 659/1999/EG geregelten förmlichen Prüfungs-

595 *Koenig/Kühling*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, Art. 87, Rdnr. 4.

596 *Kommission,* XXIV. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1994 (1995), Rdnr. 354.

597 *Koenig/Kühling/Ritter,* EG-Beihilfenrecht, 92.

598 *Boesen,* Vergaberecht, § 97 Rdnr. 133.

599 *Bär-Bouyssière,* in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 87, Rdnr. 54; *Cremer,* in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, Art. 87, Rdnr. 33; *Koenig/Kühling/Ritter,* EG-Beihilfenrecht, 106.

600 *EuGH,* Rs. 156/77 (Kommission/Belgien), Slg. 1978, 1881, Rdnr. 9/13; *Kommission*, Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl. 2001, C 17, S. 4 ff., Rdnr. 26

601 Vgl. VO 1191/69/EWG des Rates vom 26. Juni 1969 über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs, ABl. 1969, L 156, S. 1 ff.

602 VO 659/1999/EG des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art. 88 des EG-Vertrages, ABl. 1999, L 83, S. 1 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

phase zu unterscheiden[603]. Kann die Kommission bei ihrer ersten Prüfung nicht alle Schwierigkeiten im Hinblick darauf ausräumen, ob einer staatliche Maßnahme Beihilfencharakter zuzuschreiben ist, so ist sie verpflichtet, Stellungnahmen einzuholen und das Hauptprüfungsverfahren des Art. 88 Abs. 2 EG einzuleiten. Dies gilt auch dann, wenn sie die staatliche Maßnahme zwar als staatliche Beihilfe qualifiziert, sie aber gemäß Art. 87 Abs. 2 und 3 EG als mit dem Binnenmarkt kompatibel einstuft[604].

b. Notifizierungspflicht und Durchführungsverbot

Art. 88 Abs. 3 S. 1 EG sowie Art. 2 VO 659/1999/EG verpflichten die Mitgliedstaaten, die Kommission vor jeder beabsichtigten Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen so rechtzeitig zu unterrichten, daß sie sich hierzu äußern kann. Darüber hinaus besteht gemäß Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG, Art. 3 VO 658/99/EG für alle notifizierungspflichtigen Beihilfen ein unmittelbare Wirkung entfaltendes Durchführungsverbot (*standstill obligation*), bis eine abschließende Entscheidung der Kommission ergangen ist[605]. Wird die Notifizierungspflicht oder das Durchführungsverbot verletzt, ist die solchermaßen gewährte Beihilfe formell rechtswidrig[606]. Als Reaktion hierauf kann die Kommission ihr gestuftes Kontroll- und Sanktionsarsenal aktivieren und eine Anordnung zur Auskunftserteilung gemäß Art. 10 Abs. 3 VO 665/99/EG, eine Aussetzungsanordnung gemäß Art. 11 Abs. 1 VO 665/99/EG und schließlich eine Rückforderungsanordnung gemäß Art. 11 Abs. 3 VO 665/99/EG erlassen. Den Konkurrenten des Beihilfenempfängers gewährt das Durchführungsverbot individuelle Rechte, auf die sich vor den nationalen Gerichte berufen können. Letztere sind auf Antrag der Konkurrenten gehalten, die Verhinderung bzw. Erstattung von Beihilfen anzuordnen, wenn feststeht, daß die Kommission nicht unterrichtet worden ist oder sich nicht positiv geäußert hat[607].

4. Gruppenfreistellungsverordnungen

Mittlerweile gibt es vier auf der Ermächtigungs-VO 994/98/EG[608] basierende Gruppenfreistellungsverordnungen, welche staatliche Maßnahmen vom Verbotstatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG ausnehmen. Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die *De minimis*-Beihilfen-VO 69/2001/EG[609], wonach Beihilfen unterhalb des Schwellenwerts von 100.000 EUR, bezogen auf einen Zeitraum von drei Jahren, nicht dem Anwendungsbereich des Beihilfenregimes unterfallen. Die zweite und dritte Ausnahme bilden die VO 70/2001/EG für KMU[610], welche Beihilfen an KMU vom Anwendungsbereich der Art. 87 Abs. 1 ff. EG ausnimmt, sowie die Ausbildungs-VO 68/2001/EG[611] für Ausbildungsbeihilfen. Darüber hin-

603 Art. 4 VO 659/1999/EG.

604 *EuG,* T-11/95 (BP Chemicals/Kommission), Slg. 1998, II-3235, Rdnr. 166.

605 *EuGH,* Rs. 120/73 (Lorenz), Slg. 1973, 1471, Rdnr. 8.

606 Art. 1 lit. f VO 659/1999/EG.

607 *EuGH,* Rs. C-39/94 (SFEI), Slg. 1996, I-3547, Rdnrn. 68, 71.

608 VO 994/98/EG des Rates vom 7. Mai über die Anwendung der Art. 87 und 88 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft auf bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen, ABl. 1998 L 142 vom 14. Mai 1998.

609 VO 69/2001/EG der Kommission über die Anwendung der Art. 87 und 88 EG auf „De minimis"-Beihilfen vom 12. Januar 2001, ABl. L 10, S. 30, vom 13. Januar 2001.

610 VO 70/2001/EG der Kommission über die Anwendung der Art. 87 und 88 EG auf staatliche Beihilfen an kleine und mittlere Unternehmen, vom 12. Januar 2001, ABl. L 10, S. 33, vom 13. Januar 2001.

611 VO 68/2001/EG der Kommission über die Anwendung der Art. 87 und 88 EG auf Ausbildungsbeihilfen, vom 12. Januar 2001, ABl. L 10, S. 20, vom 13. Januar 2001.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aus hat die Kommission die VO 2204/2002/EG[612] erlassen, welche, um die Schaffung neuer Arbeitsplätze in den Mitgliedstaaten zu erleichtern[613], Beihilfen freistellt, die eine Förderung der Beschäftigung im Sinne der europäischen Beschäftigungsstrategie und vor allem von benachteiligten Arbeitnehmergruppen bezwecken[614].

5. Analyse und Bewertung

Die kurze Synopse des Beihilfensystems zeigt, daß die Gemeinschaftsorgane Rat, Kommission und EuGH bereits im Stadium *quo ante Ferring* und *Altmark* dem Spannungsverhältnis zwischen einer strikten Beihilfenkontrolle sowie dem sozial-, umwelt- und beschäftigungspolitischen Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten andererseits Tribut gezollt haben. Ansatzweise hatten sowohl der EuGH als auch Rat und Kommission mit ihren Rechtsetzungsakten bereits zu diesem Zeitpunkt eine rein binnenmarktorientierte Monooptik zugunsten einer die nicht-wirtschaftliche Dimension der Gemeinschaft einschließenden Perspektive geopfert. An dieser Stelle soll daher die These aufgestellt werden, daß die Furore machenden Urteile des EuGH in den Rechtsachen *Ferring* und *Altmark* sich nahtlos in die bisherige Tradition der Fortentwicklung des Beihilfenrechts einfügen, die verstärkt auf einen Ausgleich zwischen vorgenannten Extremen gerichtet ist[615].

B. Praxis der Kommission

I. Instrumentalisierung des offenen Ausschreibungsverfahrens

Vor dem Hintergrund des skizzierten beihilferechtlichen *acquis communautaire* ist nun ein Phänomen aus der Kommissionspraxis zu beobachten[616], das für den Vergleich von Beihilfen- und Vergaberecht von besonderer Bedeutung ist. Die Kommission ist bei ihrer beihilfenrechtlichen Prüfung von mitgliedstaatlichen Transaktionen dazu übergegangen, die Durchführung eines vergaberechtlichen Grundsätzen entsprechenden Ausschreibungsverfahrens zu verlangen, um das Tatbestandsmerkmal eines wirtschaftlichen Vorteils im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG auszuschließen.

1. Vereinbarkeitsvermutung

Den Startschuß zu dieser Auslegung gab die Kommission in ihrem XXIII. Wettbewerbsbericht unter der Rubrik „Privatisierungen“, in dem sie von der Annahme ausging, daß der Verkauf von Aktienpaketen an der Börse generell zu Marktbedingungen erfolge und

612 VO 2204/2002/EG der Kommission vom 12. Dezember 2002 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf Beschäftigungsbeihilfen, ABl. L 337, S. 3 ff.

613 Art. 4 Abs. 1 VO 2204/2002/EG.

614 Präambel VO 2204/2002/EG der Kommission vom 12. Dezember 2002 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf Beschäftigungsbeihilfen, ABl. L 337, S. 3 ff., Rdnr. 7.

615 Vgl. *Franzius,* NJW 2003, 3029 (3030).

616 Vgl. *Bartosch,* WuW 2001, 673 (674); *idem,* CMLR 2002, 551 (553); *Bauer,* EuZW 2001, 748 (749); *Gundel,* RIW 2002, 222, (227); *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht der EU, Rdnr. 87; *Koenig/Kühling,* DVBl. 2003, 289 (292).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

daher kein Beihilfeelement enthalte[617]. Für anderweitige Privatisierungen und Unternehmensverkäufe forderte die Kommission, daß erstens ein Ausschreibungswettbewerb stattfinden müsse, der allen offen steht, transparent ist und an keine weiteren Bedingungen geknüpft ist[618]. Zweitens müsse das Unternehmen an den Meistbietenden veräußert werden, und die Bieter müßten über genügend Zeit und Informationen verfügen, um eine angemessene Bewertung der Vermögenswerte vornehmen zu können[619]. Seien diese Konditionen erfüllt, bestehe ohne weitere konkrete Prüfung die Vermutung, daß die mitgliedstaatliche Transaktion mit Art. 87 Abs. 1 EG vereinbar ist. Die Kommission verzichtet dann auf ihr Sanktionsarsenal gemäß Art. 88 Abs. 2 und 3 EG. Auch in den folgenden Wettbewerbsberichten baute die Kommission auf das Instrument eines „offenen, an keine Bedingung geknüpften und nichtdiskriminierenden Ausschreibungsverfahrens“[620], zuletzt in ihrem XXXIII. Wettbewerbsbericht aus dem Jahre 2003[621]. In ihren Entscheidungen hat sich die Kommission nicht auf eine einheitliche Terminologie festgelegt und verwendet die Begriffe „öffentlich und transparent“[622], „offen und bedingungsfrei“[623], „offen, transparent und bedingungsfrei“[624].

a. Kriterium der Diskriminierungsfreiheit

Das Kriterium der Diskriminierungsfreiheit hat, wie auch sonst im Gemeinschaftsrecht, die Bedeutung, unmittelbare und mittelbare Ungleichbehandlungen aufgrund der Staatsangehörigkeit zu verhindern. Die Anwendung dieses Kriteriums im vorliegenden Kontext läßt sich anhand der Entscheidung der Kommission im Fall *Centrale del Latte di Roma* veranschaulichen. Dort hatte die Kommission das Kriterium der Diskriminierungsfreiheit verneint, da die öffentliche Hand kaufinteressierte Unternehmen verpflichten wollte, einen Großteil der Rohstoffe bei örtlichen Erzeugern zu beziehen[625] und den Produktionsstandort Rom für einen Zeitraum von mindestens fünf Jahren beizubehalten[626].

b. Kriterium der Publizität

Im Hinblick auf das Kriterium der Publizität verlangt die Kommission für mitgliedstaatliche Transaktionen von europäischer Bedeutung, daß die Ausschreibung in der internationalen

617 *Kommission, XXIII.* Bericht über die Wettbewerbspolitik 1993, Rdnr. 403.

618 *Kommission, XXIII.* Bericht über die Wettbewerbspolitik 1993, Rdnr. 403.

619 *Kommission, XXIII.* Bericht über die Wettbewerbspolitik 1993, Rdnr. 403.

620 *Kommission,* XXX. Bericht über die Wettbewerbspolitik 2000, SEK (2001) 694 endg., Rdnr. 318; abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/2000/de.pdf; *eadem,* XXIX. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1999, SEK (2000) 720 endg., Rdnr. 235; abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/1999/de.pdf; *eadem, XXXI.* Bericht über die Wettbewerbspolitik 2001, abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/2001/de.pdf;

621 *Kommission*, *XXXIII.* Bericht über die Wettbewerbspolitik 2003, SEK (2004), Rdnr. 395; abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/2003/final_en.pdf

622 *Kommission,* Entscheidung vom 25. April 2001, Sache C 64/98 (ex NN 95/97) (Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato), ABl. 2002, L 126, S. 1 ff., Rdnr. 85 ff.

623 *Kommission,* Entscheidung vom 13. Juni 2000, Sache C 30/98 (Wildauer Kurbelwelle GmbH), ABl. 2000, L 287, S. 51 ff., Rdnr. 8; Entscheidung vom 14. März 2000, Sache C 61/97 (Elpro AG), ABl. 2000, L 229, S. 44 ff., Rdnr. 32.

624 *Kommission,* Entscheidung vom 13. Juni 2000, Sache C 21/99 (Kali und Salz GmbH), ABl. 2001, L 44, S. 39 ff., Rdnr. 24 f.

625 *Kommission,* Entscheidung vom 11. April 2000, (Centrale del Latte di Roma), ABl. 2000, L 265, S. 15 ff., Rdnr. 82.

626 *Kommission,* Entscheidung vom 11. April 2000, (Centrale del Latte di Roma), ABl. 2000, L 265, S. 15 ff., Rdnr. 91.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Presse, bevorzugt im Amtsblatts der Gemeinschaft, öffentlich bekannt gemacht wird[627]. Das Kriterium der Publizität ist daher nicht erfüllt, wenn potentiell interessierte Bieterunternehmen direkt angesprochen werden[628]. Denn es ist nicht Sache des öffentlichen Verkäufers, den Markt der potentiellen Käufer von vornherein abzugrenzen[629]. Dazu muß die Ausschreibung eine konkrete Beschreibung des Angebots enthalten, um potentiellen Bieterunternehmen eine dezidierte Überprüfung zu ermöglichen[630].

c. Kriterium der Bedingungslosigkeit

Seit ihrem XXIII. Wettbewerbsbericht sieht die Kommission das Kriterium der Bedingungsfreiheit als erfüllt an, wenn „der Verkauf zu Bedingungen stattfindet, die bei vergleichbaren Transaktionen zwischen Privatparteien üblich sind“[631]. In ihrer Grundstücksmitteilung präzisierte die Kommission dies dahingehend, daß die Bedingungsfreiheit entfällt, wenn die Verkaufsbedingungen besondere Verpflichtungen kreieren, die sich nicht aus dem allgemeinen nationalen Recht für die Entscheidungen der Planungsbehörden bzw. Umwelt- und Gesundheitsschutzvorschriften ergeben, und die nicht branchenübergreifend von jedem potentiellen Erwerber erfüllt werden können[632].

In der Entscheidung im Fall *Gröditzer Stahlwerke* hatte die Kommission die Transaktion als nicht bedingungsfrei qualifiziert, weil die interessierten Unternehmen aufgefordert wurden, ein Konzept vorzulegen, in dem sie unter anderem detaillierte Verpflichtungen zur Schaffung und Erhaltung von Arbeitsplätzen abgeben sollten[633]. Diese Haltung hat die Kommission später noch einmal im Fall *Centrale del Latte di Roma* bestätigt, wo die öffentliche Hand ein bestimmtes Beschäftigungsniveau festschreiben wollte[634]. Um so erstaunlicher ist die Tatsache, daß die Kommission in ihrem Vorschlag für eine *VO über die Gewährung von Beihilfen für die Koordinierung des Eisenbahnverkehrs, des Straßenverkehrs und der Binnenschiffahrt*[635] das Kriterium der Bedingungslosigkeit fallen ließ und statt dessen ledig-

627 *Kommission,* Mitteilung vom 10. Juli 1997 betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand, ABl. 1997, C 209, S. 3 ff., Rdnr. II 1 lit. a.

628 Vgl. *Kommission*, Entscheidung vom 28. Januar 1996 (Head Tyrolia Mares), ABl. 1997, L 25, S. 26, Rdnr. 7.2.5.; *eadem,* Entscheidung vom 3. Mai 2000 (Tasq SA), ABl. 2000, L 272, S. 29 ff., Rdnr. 45; *eadem*, Entscheidung vom 8. September 1999, (Stardust Marine), ABl. 2000, L 206, S. 6 ff., Rdnrn. 9, 63; *eadem,* Entscheidung vom 13. Juni 2000, (Transport of Irish livestock), ABl. 2000, L 263, S. 17 ff., Rdnr. 69; *eadem,* Entscheidung vom 8. Juli 1999, (Gröditzer Stahlwerke GmbH), ABl. 1999, L 292, S. 27 ff., Rdnr. 88.

629 *Kommission*, Entscheidung vom 8. September 1999, (Stardust Marine), ABl. 2000, L 206, S. 6 ff., Rdnr. 67; *eadem,* Entscheidung vom 8. Juli 1999, (Gröditzer Stahlwerke GmbH), ABl. 1999, L 292, S. 27 ff., Rdnr. 87.

630 *Kommission*, Entscheidung vom 12. Juli 2000 (Scott Paper SA/Kimberly-Clark), ABl. 2002, L 12, S. 1 ff., Rdnr. 146.

631 *Kommission, XXIII.* Bericht über die Wettbewerbspolitik 1993, Rdnr. 403.

632 *Kommission,* Mitteilung vom 10. Juli 1997 betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand, ABl. 1997, C 209, S. 3 ff., Rdnr. II 1 lit. c.

633 *Kommission*, Entscheidung vom 8. Juli 1999, Sache (Gröditzer Stahlwerke GmbH), ABl. 1999, L 292, S. 27 ff., Rdnr. 87.

634 *Kommission,* Entscheidung vom 11. April 2000, (Centrale del Latte di Roma), ABl. 2000, L 265, S. 15 ff., Rdnr. 82.

635 *Kommission,* Vorschlag für eine VO über die Gewährung von Beihilfen für die Koordinierung des Eisenbahnverkehrs, des Straßenverkehrs und der Binnenschiffahrt, KOM (2000), 5 endg., ABl. 2000, C 365, S. 179 ff., Rdnr. 44.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lich auf ein offenes, transparentes und nicht-diskriminierendes Verfahren abstellt[636]. Auch in den Erwägungsgründen zur neuen Transparenzrichtlinie spricht die Kommission von einem offenen, transparenten und nicht-diskriminierenden Verfahren[637]. Gleiches gilt für ihre Ausführungen im *Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse*[638].

2. Unvereinbarkeitsvermutung

Privatisierungen, die weder per Börsenverkauf noch per Ausschreibungswettbewerb erfolgen, lösen demgegenüber die Vermutung ihrer Unvereinbarkeit mit Art. 87 Abs. 1 EG aus[639]. Allerdings legt die Kommission inzwischen Wert darauf zu betonen, daß das Ausschreibungsverfahren für die Mitgliedstaaten bei der Veräußerung öffentlicher Vermögenswerte nicht im strengen Sinne obligatorisch ist. Die Mitgliedstaaten sind nicht verpflichtet, das offene Ausschreibungsverfahren durchzuführen[640]. Die Nicht-Durchführung hat allerdings zur Folge, daß sich die Kommission eine konkrete Prüfung vorbehält, ob die Transaktion reellen Marktpreisen entspricht[641].

3. Einsatzgebiete für die Vereinbarkeitsvermutung

Die Kommission hat diese Strategie mittlerweile auf breiter Front fortgesetzt und das Ausschreibungsverfahren als allgemein probates Instrument etabliert, um den Beihilfenvorwurf zu entkräften. So hat diese Methode Eingang in eine Reihe offizieller Dokumente gefunden[642], allen voran in die *Mitteilung betreffend Elemente staatlicher Beihilfen bei Verkäufen von Grundstücken*, wonach der Verkauf von Bauten oder Grundstücken nach einem hinreichend publizierten, allgemeinen und bedingungsfreien Bietverfahren grundsätzlich einen Verkauf zum Marktwert darstellt und damit keine Beihilfe enthält[643]. Insgesamt bietet das Ausschreibungsverfahren nach Dafürhalten der Kommission die beste Gewähr dafür, daß sich das mit-

---

636 *Kommission,* Vorschlag für eine VO über die Gewährung von Beihilfen für die Koordinierung des Eisenbahnverkehrs, des Straßenverkehrs und der Binnenschiffahrt, ABl. 2000, C 365, S. 179, Rdnr. 44.

637 RL 2000/52/EG der Kommission zur Änderung der RL 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen, ABl. 2000, L 193, S. 75 ff., Erwägungsgrund 11.

638 *Kommission,* Anhang zum Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270 endg., Rdnr. 33.

639 *Kommission, XXIII.* Bericht über die Wettbewerbspolitik 1993, Rdnr. 403.

640 *Kommission,* Entscheidung vom 11. April 2000, (Centrale del Latte di Roma), ABl. 2000, L 265, S. 15 ff., Rdnr. 88.

641 *Kommission,* XXIX. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1999, SEK (2000), 720 endg., Rdnr. 235; abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/1999/de.pdf.

642 *Kommission,* Mitteilung über den Gemeinschaftsrahmen für staatliche Forschungs- und Entwicklungsbeihilfen, ABl. 1996, C 45, S. 5 ff., Rdnr. 2.5; *eadem,* Mitteilung über die Anwendung der Art. 87 und 88 EG und des Art. 61 EWR-Abkommen über staatliche Beihilfen im Luftverkehr, ABl. 1994, C 350, S. 5 ff., Rdnr. 18; *eadem,* Mitteilung über die Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen im Seeverkehr, ABl. 1997, C 205, S. 5 ff, abrufbar unter: http://europa.eu.int/scadplus/leg/de/lvb/l24189.htm, Rdnr. 8; *eadem,* Vorschlag für eine VO über die Gewährung von Beihilfen für die Koordinierung des Eisenbahnverkehrs, des Straßenverkehrs und der Binnenschiffahrt, KOM (2000), 5 endg.; ABl. 2000, C 365 E, S. 179 ff., Rdnr. 44; vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. d VO 2408/92/EWG des Rates vom 23. Juli 1992 über den Zugang von Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft zu Strecken des innergemeinschaftlichen Flugverkehrs, ABl. 1992, L 240, S. 8 ff.

643 *Kommission,* Mitteilung vom 10. Juli 1997 betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand, ABl. 1997, C 209, S. 3 ff., Rdnr. II.1.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gliedstaatliche finanzielle Engagement auf den nötigen Mindestbetrag begrenzt und den reellen Marktpreis widerspiegelt[644].

4. Rezeption der Instrumentalisierung des offenen Ausschreibungsverfahrens

a. Vereinbarkeitsvermutung

In der Literatur wird die Vereinbarkeitsvermutung begrüßt[645]. Das Ausschreibungsverfahren gewährleiste *prima facie* Marktangemessenheit, i.e. Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung, da es authentische Marktverhältnisse schaffe[646]. Außerdem garantiere diese Strategie die gemeinschaftsrechtlich gebotene Gleichbehandlung aller in- und ausländischen Kaufinteressenten[647]. Kurz, die Transaktion sei dann ein „echtes Verkehrsgeschäft"[648]. Mißverständlich ist daher die Aussage, „die Kommission ziehe das formalisierte Kriterium der Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens heran, weil der *market economy investor test* nicht weiter führe"[649]. Im Gegenteil, mit der Durchführung eines Vergabeverfahrens sieht die Kommission den Anforderungen *market economy investor test* genüge getan. Ohne diese Verquickung von Beihilfen- und Vergaberecht würde das gesamte Vergaberecht auf den beihilfenrechtlichen Prüfstand der Kommission gelangen und diese letztlich zur „Obervergabeprüfstelle"[650] mutieren lasse.

b. Unvereinbarkeitsvermutung

Auf nur geteilte Akzeptanz stößt jedoch die bei *Nicht*-Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens aktivierte *Un*vereinbarkeitsvermutung[651]: Im beihilferechtlichen Verfahren obliege der Kommission nämlich eine Amtsermittlungspflicht. Die Kommission habe das Vorliegen eines wirtschaftlichen Vorteils im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG nachzuweisen[652]. Die Unvereinbarkeitsvermutung nötige jedoch *de facto* die öffentliche Hand zur Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens, da sie ansonsten ein langwieriges Prüfungsverfahren zu gewärtigen habe[653]. Dabei werde die für die Feststellung einer staatlichen Beihilfe an sich materielle Wertung – die Feststellung eines wirtschaftlichen Vorteils – indirekt durch ein Verfah-

644 *Kommission,* XXIX. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1999, SEK (2000), 720 endg., Rdnr. 235; abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/1999/de.pdf.

645 *Bartosch,* WuW 2001, 673 (677); *Bauer,* EuZW 2001, 748 (749); *Britz,* DVBl. 2000, 1641 (1644); *Dietlein,* NZBau 2004, 472 (473); *Dreher/Haas/v. Rintelen,* Vergabefremde Regelungen und Beihilfenrecht, 24; *Eggers/Malmendier,* NJW 2003, 780 (782); *Ehricke,* ZIP 2001, 489 (493); *Erhardt,* Beihilfen für öffentliche Dienstleistungen, 191; *Eilmansberger,* WuW 2004, 384 (391); *Gundel,* RIW 2002, 222, (227); *Koenig,* EuZW 2001, 741 (743); *idem/Kühling,* DVBl. 2003, 289 (292); *idem/Scholz, EuZW 2003, 133 (134,* Fn. 8); *Mederer/v. Ysendyck,* in: Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*,* Art. 87*,* Rdnr. 20; *Reuter,* ZIP 2002, 737 (742, 744); *Schäfer,* Öffentliche Belange im Auftragswesen und Europarecht, 419.

646 *Bartosch*, CMLR 2002, 551 (560f.).

647 *Bauer,* EuZW 2001, 748 (749).

648 *Gundel,* RIW 2002, 222, (227).

649 *Jennert,* NZBau 2003, 417 (420).

650 *Koenig/Kühling,* DVBl. 2003, 289 (293).

651 *Bartosch,* WuW 2001, 673 (678); *idem,* ZIP 1999, 1787 (1793); *idem,* EStAL 2002, 43 (44); *idem,* CMLR 2003, 551 (565).

652 *Bartosch,* EuZW 2000, 333 (334)*; idem,* WuW 2001, 673 (678); *idem,* NVwZ 2002, 174 (175); *idem, EuZW 2000, 333 (334).*

653 *Bartosch,* WuW 2001, 673 (678).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

renskriterium ersetzt, das sich weder aus dem EG-Vertrag noch aus den Vergaberichtlinien herleiten läßt[654]. Die Unvereinbarkeitsvermutung führe damit zu einer „Beweislastumkehr“[655], mithin zu einer erneuten institutionellen Machtverschiebung zugunsten der Kommission und zulasten der Mitgliedstaaten. Der Ausweg nur über die tendenziell eng zu interpretierenden Ausnahmevorschriften der Art. 87 Abs. 2 und Abs. 3 sowie 86 Abs. 2 EG sei nicht adäquat[656]. Die Prüfung, ob durch die Entziehung eines staatlichen Vorteils die Erfüllung der besonderen Aufgabe des Betrauten gem. Art. 86 Abs. 2 S. 1 EG verhindert wird, ist eine größere Hürde, als die Prüfung, ob sich mitgliedstaatliche Zuwendung und mit der Erfüllung der besonderen Aufgabe verbundene Aufwendungen die Waage halten[657].

II. Analyse und Bewertung

1. Unvereinbarkeitsvermutung

Zur Unvereinbarkeitsvermutung ist zu konstatieren, daß die Mitgliedstaaten ohnehin im Verfahren für angemeldete Beihilfen gemäß Art. 5 Abs. 1 VO 659/99/EG sowie im Verfahren für bestehende Beihilfen gemäß Art. 17 Abs. 1 VO 659/99/EG dem Auskunftsersuchen der Kommission zu entsprechen und ihr alle sachdienlichen ergänzenden Auskünfte zu erteilen haben. Reagiert der Mitgliedstaat auf das Auskunftsverlangen nicht oder nicht angemessen, so kann die Kommission im Verfahren für rechtswidrigen Beihilfen gemäß Art. 10 Abs. 2 VO 659/99/EG eine Anordnung zur Auskunftserteilung erlassen. Insofern ist der Konflikt zwischen dem Amtsermittlungsgrundsatz und der Beibringungspflicht der Mitgliedstaaten bereits dem Grunde nach im sekundärrechtlichen Gemeinschaftsrechts angelegt.

Daher erscheint es vorzugswürdig, auf die konkreten Vor- und Nachteile dieser Lösung zum *status quo ante* abzustellen. Es ist zu fragen, ob die Vereinbarkeitsvermutung auch ohne die Unvereinbarkeitsvermutung zu haben ist: Im letzteren Fall würde die Kommission im vorläufigen Prüfungsverfahren weiterhin bei Transaktionen ohne Ausschreibungsverfahren auf Fall-zu-Fall-Basis entscheiden, ob ein förmliches Prüfungsverfahren gemäß Art. 88 Abs. 2 EG, Art. 4 Abs. 4 VO 659/99/EG vonnöten ist. Nicht auszuschließen ist daher, daß per Unvereinbarkeitsvermutung Fälle in das förmliche Prüfungsverfahren wandern, die unter Umständen im vorläufigen Prüfungsverfahren als beihilfenrechtlich unbedenklich bewertet worden wären.

Zu berücksichtigen ist jedoch neben der – bei realistischer Einschätzung – geringen Anzahl dieser Fälle, daß sich das Ausschreibungsverfahren als Standard nur dann wird durchsetzen lassen, wenn der Vereinbarkeitsvermutung auch eine spiegelbildliche Unvereinbarkeitsvermutung zur Seite steht. Wer die Mitgliedstaaten zu mehr Transparenz bei ihren Investitionen zu motivieren wünscht, sollte die Anreize verstärken. Die Kommission tut also gut daran, nach dem Prinzip Zuckerbrot und Peitsche Rückgriffe auf zweit- und drittbeste Mittel zu sanktionieren. Die alternative Ermittlung des marktangemessenen Kaufpreises durch einen unabhängigen Sachverständigen kann den Vorwurf der unzulässigen Beihilfe eben nicht ohne

654 Vgl. *Bartosch,* CMLR 2002, 551 (565).

655 *Gundel,* RIW 2002, 222, (227); *Bartosch,* EuZW 2000, 333 (334)*; idem,* WuW 2001, 673 (678); *idem,* ZIP 1999, 1787 (1793); *idem,* CMLR 2002, 551 (560, 575 f.).

656 *Bartosch,* EuZW 2000, 333 (335).

657 *Bartosch,* EuZW 2000, 333 (335).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

weiteres entkräften[658]. Überdies dient die Vermutungslösung auch dem allgemein als erstrebenswert anerkannten Ziel, die Kommission zu entlasten, damit diese sich auf die wirklich wichtigen Fälle konzentrieren kann. Den Ausschlag gibt letztlich aber die Überlegung, daß die Unvereinbarkeitsvermutung im Einzelfall widerlegt werden kann. Außerdem winken den Unternehmen und öffentlicher Hand mit der *prima facie*-Kontrolle als Preis die für Investitionen so wichtige Rechtssicherheit. Angesichts dieser Effizienzgesichtspunkte fallen bei der Abwägung die von der Kritik bemängelten Fälle nur leicht ins Gewicht. Die Vorteile einer beidseitigen Vermutungslösung wiegen etwaige Nachteile auf. Diese Auslegung stellt folglich eine legitime Ausübung ihres Ermessens bei der Würdigung der Rechtslage dar.

2. Implikationen für soziale Vergabekriterien

Mit dem Kriterium der Bedingungslosigkeit knüpft die Kommission an ihre zur öffentlichen Auftragsvergabe vertretene Position an. Es bedeutet nämlich nichts anderes als eine Absage an soziale Vergabekriterien[659]. In der Literatur ist man inzwischen teilweise dazu übergegangen, das Kriterium der Bedingungsfreiheit mit dem Kriterium der Diskriminierungsfreiheit gleichzusetzen[660]. Teilweise wird vorgeschlagen, das Kriterium der Bedingungslosigkeit in „Ausschluß marktunüblicher Bedingungen“ bzw. „zu Marktbedingungen“ umzubenennen[661]. Danach sei es beispielsweise unzulässig, von dem Käufer Arbeitsplatzgarantien zu verlangen[662]. Hierin kommt die Einschätzung der Gegner sozialer Vergabekriterien zum Ausdruck, daß soziale Vergabekriterien automatisch mit versteckten mittelbaren Diskriminierungen einhergehen[663]. Auf diese Einschätzung der Wirkungen sozialer Vergabekriterien wird im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung einzugehen sein[664].

C. Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte

Im folgenden widmet sich die vorliegende Untersuchung den Entwicklungen, die das Beihilfenrecht durch die Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte im Zusammenhang mit

658 *Eggers/Malmendier,* NJW 2003, 780 (782).

659 Vgl. *Koenig/Kühling,* NVwZ 2003, 779 (783).

660 *Bauer*, EuZW 2001, 748 (752); *Ehricke*, ZIP 2001, 489 (494); *Koenig*, EuZW 2001, 37 (45); *idem/Pfromm,* NZBau 2004, 375 (379); *idem/Kühling,* NVwZ 2003, 779 (783).

661 *Bauer*, EuZW 2001, 748 (752).

662 *Bauer*, EuZW 2001, 748 (752).

663 Vgl. *Arnould,* PPLR 2001, NA 13 (19); *Bartl,* RiA 1999, 3 (7); *Bauer*, EuZW 2001, 748 (752); *Brenner,* JbUTR 1997, 141 (161); *Frenz,* WuW 2002, 352 (354); *Götz,* Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, 162; *idem*, EuR 1999, 621 (622); *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 187, 203; *Kese/Lukasik,* VBlBW 2003, 226 (229); *Koenig/Kühling,* NVwZ 2003, 779 (783); *Knauff,* EuZW 2004, 141 (143); *Martín-Ehlers,* WuW 1999, 685 (692); *Noch,* Vergaberecht und subjektiver Rechtsschutz, 51; *Pietzcker*, ZHR 1998, 427 (467); *Puhl,* VVDSTRL 2001, 456 (493); *Rittner,* EuZW 1999, 677 (678); *idem,* in: Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 87 (90); *Schwarze,* in: Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 13 (28); *idem,* EuZW 2000, 133 (138); *Schenk,* Das neue Vergaberecht, 70; *Seidel,* ZVgR 2000, 195 (200); *Wittig,* Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts, 51, 59; *Wuermeling,* BS Oktober 2001, 22 (22).

664 Infra: S. 198 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

staatlichen Kompensationszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse durchlaufen hat.

I. Urteil des EuGH in der Rechtssache Du Pont de Nemours Italiana

1. Sachverhalt

Der italienische Gesetzgeber hatte zugunsten des unterentwickelten Südens ein regionales Präferenzsystem etabliert, das sämtliche öffentliche Institutionen verpflichtete, 30 % ihres Bedarfs von im Mezzogiorno ansässigen Betrieben zu beziehen. Dementsprechend hatte die für das Gesundheitswesen zuständige öffentliche Einrichtung einen Lieferauftrag für radiologische Material in zwei Lose aufgeteilt und 30 % des Auftragsvolumens im Mezzogiorno ansässigen Unternehmen vorbehalten. In seiner Vorlagefrage begehrte das italienische Gericht zu erfahren, ob die Qualifikation des regionalen Präferenzsystems als Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG bewirken würde, daß diese staatliche Maßnahme vom Verbot des Art. 28 EG ausgenommen wäre[665].

2. Position des EuGH

Der EuGH stellte fest, daß Art. 87 Abs. 1 EG und Art. 28 EG das gemeinsame Ziel verfolgten, den freien Warenverkehr zwischen Mitgliedstaaten unter unverfälschten Wettbewerbsbedingungen sicherzustellen[666]. Eine potentielle Einschlägigkeit des Beihilfentatbestandes bedeute jedoch nicht, daß die staatliche Maßnahme als solche der Verbotsnorm des Art. 28 EG entzogen wäre[667]. Nach dieser Feststellung ließ der EuGH dann jedoch offen, ob die in Frage stehende regionale Präferenzregelung tatsächlich eine Beihilfe ist[668].

3. Analyse und Bewertung

Mit diesem Vorlageverfahren trat erstmals die Konkurrenz zwischen dem Beihilfenverbot des Art. 87 Abs. 1 EG und dem Regime der Grundfreiheiten zu Tage. Damit stand implizit auch die Wechselbeziehung zwischen Beihilfen- und Vergaberecht zur Debatte, die für den anstehenden Vergleich von besonderer Bedeutung ist, da die Vergaberichtlinien ein Derivat der Grundfreiheiten sind. Die Normen der Vergaberichtlinien konkretisieren die Grundfreiheiten bezogen auf den Spezialfall der öffentlichen Auftragsvergabe[669]. Die öffentliche Auftragsvergabe ist ein Sonderanwendungsfall der Grundfreiheiten[670].

Im *Ianelli*-Urteil, dem Vorläufer der *Du Pont de Nemours*-Entscheidung, hatte der EuGH noch den Eindruck erweckt, er favorisiere eine Spezialität des Art. 87 Abs. 1 EG gegenüber Art. 28 EG: „Wenn eine staatliche Beihilfe lediglich infolge der Begünstigungswirkung geeignet ist, die Einfuhr konkurrierender Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, so genügt dies nicht, um eine Beihilfe einer Maßnahme gleicher Wirkung im Sinne

665 *EuGH,* Rs. 21/88 (Du Pont de Nemours Italiana), Slg. 1990, I-889, Rdnrn. 3, 4, 19.
666 *EuGH,* Rs. 21/88 (Du Pont de Nemours Italiana), Slg. 1990, I-889, Rdnr. 20.
667 *EuGH,* Rs. 21/88 (Du Pont de Nemours Italiana), Slg. 1990, I-889, Rdnr. 20.
668 *EuGH,* Rs. 21/88 (Du Pont de Nemours Italiana), Slg. 1990, I-889, Rdnr. 21.
669 *Steiff,* NZBau 2004, 75 (79).
670 *Bultmann,* ZfBR 2004, 134 (136).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

von Art. 28 EG gleichzustellen“[671]. Dies würde Art. 87 Abs. 1 EG zur Bedeutungslosigkeit verurteilen und die im EG-Vertrag vorgegebene Zuständigkeitsverteilung umstoßen[672]. Allerdings hatte sich der EuGH in der daran anschließenden Passage eine Hintertür offen gelassen, indem er urteilte, daß sich aus der Zuständigkeitsverteilung der Art. 87 ff. EG nicht herleiten lasse, daß bei einer Verletzung sonstiger Vertragsbestimmungen mit unmittelbarer Wirkung eine Anwendbarkeit dieser Normen allein deshalb ausgeschlossen wäre, weil ein Bestandteil der staatlichen Maßnahme eine Beihilfenmodalität darstellt[673]. Angesichts der „wenig praktikablen“[674] „irreführenden“[675] bzw. ungenügenden[676] Abgrenzung zwischen einer Beihilfe und den Modalitäten ihrer Gewährung stieß diese sogenannte Abtrennbarkeitslösung in der Literatur auf Kritik, da der EuGH die Kriterien schuldig geblieben war, ab wann eine staatliche Zuwendung als abtrennbar zu gelten habe[677]. In den Urteilen *Buy Irish*, *Kommission/Frankreich* und *Kommission/Italien* hatte der EuGH dann das Argument einer Spezialität der Art. 87 ff. EG gegenüber Art. 28 EG wieder verworfen[678].

Das Verhältnis zwischen Art. 87 Abs. 1 EG und den Grundfreiheiten gehört bis heute zu den „dogmatisch noch nicht bewältigten Problemen des Gemeinschaftsrechts“[679]. Es ist deshalb so problematisch, weil die Gewährung einer Beihilfe wegen der großzügigen Auslegung von Art. 28 ff. EG dank der extensiven *Dassonville*-Formel[680] grundsätzlich unter die dort verbotenen Maßnahmen gleicher Wirkung fällt[681]. Es besteht die Gefahr, daß Art. 87 Abs. 1 EG ausgehöhlt wird[682]. Für eine Differenzierung zwischen Art. 87 Abs. 1 EG und Art. 28 ff. EG spricht die Erwägung, daß die Grundfreiheiten im Gegensatz zum Beihilfenverbot unmittelbar anwendbar sind[683]. Daraus folgen auch die unterschiedlichen Zuständigkeiten für die beiden Regelungsbereiche. Aufgrund der unmittelbaren Anwendbarkeit der Grundfreiheiten sind die nationalen Gerichte zur Entscheidung berufen. Im Beihilfenrecht hat in erster Linie die Kommission das Sagen[684]. Außerdem gilt für die Rechtfertigung von Beihilfen mit der von Ermessensgesichtspunkten geleiteten Beihilfenkontrolle der Kommission gemäß Art. 87 Abs. 3 EG ein gänzlich anderer Maßstab als für die Rechtfertigung von Beschränkungen der

671 *EuGH,* Rs. 74/76, (Iannelli & Volpi), Slg . 1977, 557, Rdnr. 9/10.

672 *EuGH,* Rs. 74/76, (Iannelli & Volpi), Slg . 1977, 557, Rdnr. 11/12.

673 *EuGH,* Rs. 74/76, (Iannelli & Volpi), Slg. 1977, 557, Rdnr. 14.

674 *Koenig/Kühling/Ritter,* EG-Beihilfenrecht, 37.

675 *Martín-Ehlers,* WuW 1999, 685 (689).

676 *Arrowsmith,* LQR 1995, 235 (257); *Doern*, PPLR 2004, 97 (103); *Schardt,* Öffentliche Aufträge und das Beihilfenregime des Gemeinschaftsrechts, 216.

677 *Benedict,* Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, 253; *Fernández-Martín,* The EC Public Procurement Rules, 73; *Martin/Stehmann,* ELR 1991, 216 (226).

678 *EuGH,* Rs. 249/81 (Kommission/Irland - Buy Irish), Slg. 1982, 4005, Rdnr. 18; Rs. 18/84 (Kommission/Frankreich), Slg . 1985, 1339, Rdnr. 13; Rs. 103/84 (Kommission/Italien), Slg . 1986, 1759, Rdnr. 19.

679 *Schardt,* Öffentliche Aufträge und das Beihilfenregime des Gemeinschaftsrechts, 31.

680 *EuGH,* Rs. 8/74 (Dassonville), Slg. 1974, 837, 1. Leitsatz:
„Jede Regelung, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, ist als Maßnahme gleicher Wirkung anzusehen“.

681 *Fante,* Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 139; *Fernández-Martín,* The EC Public Procurement Rules, 73; *Meyer,* Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 155; *Pietzcker,* Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, 322.

682 *Götz,* Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, 37.

683 *GA Lenz,* Rs. 21/88 (Du Pont de Nemours Italiana), Slg. 1990, I-889, Rdnr. 13 ; Vgl. *Doern*, PPLR 2004, 97 (98).

684 *Doern*, PPLR 2004, 97 (98); *Cremer,* EuR 1996, 225 (227).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Grundfreiheiten[685]. Dazu gesellt sich der Umstand, daß der EG-Vertrag den Mitgliedstaaten für die Beihilfengewährung ein besonderes Prüfungsverfahren vorschreibt[686]. Während die Mitgliedstaaten im Rahmen der Grundfreiheiten in ihrer Regelungstätigkeit zunächst frei sind, müssen sie im Fall der Gewährung staatlicher Beihilfen das Notifizierungsverfahren gemäß Art. 88 Abs. 2 EG anstrengen. Insgesamt indiziert die unterschiedliche Ausgestaltung der Verfahren, daß das Verhältnis der Normenkomplexe zueinander nicht kumulativ, sondern nur alternativ sein kann[687]. In diesem Zusammenhang von einer „Idealkonkurrenz“[688] zu sprechen, ist daher nicht hilfreich, da damit die Frage des Prüfungsvorrangs nicht beantwortet wird.

In der *Du Pont de Nemours*-Entscheidung konnte sich der EuGH nur zu einem halbherzigen Anwendungsvorrang einer der beiden Normenkomplexe durchringen. Den gordischen Knoten zerschlug der EuGH nämlich, indem er Art. 28 EG zuerst prüfte und dann auf eine weitere Prüfung des Art. 87 Abs. 1 EG verzichtete. Eine Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 87 Abs. 1 EG war indes nicht entbehrlich, da die Vorlagefrage gerade darauf abzielte, in Erfahrung zu bringen, ob neben Art. 28 EG auch Art. 87 Abs. 1 EG einschlägig ist, und bejahendenfalls, welche Rechtsfolgen sich darauf ergeben[689]. Wenn daher behauptet wird, dem EuGH sei bislang nicht die Gelegenheit beschieden gewesen, sich zum Beihilfecharakter von Vergabeverfahren zu äußern[690], ist dem zu entgegnen, daß er willens war, hierzu Position zu beziehen[691].

Für die Frage des Anwendungsvorrangs ist entscheidend, daß die Grundfreiheiten ein *diskriminierendes* zumindest aber bebachteiligendes Nachfrageverhalten der öffentlichen Auftraggeber voraussetzen[692]. Die Art. 87 ff. EG kommen daher nur dann zum Zuge, wenn die staatliche Maßnahme bezüglich der konkurrierenden Grundfreiheiten *keine* diskriminierende Wirkung entfalten. Wenn dagegen die mitgliedstaatliche Maßnahme Diskriminierungspotential aufweist, sind die Grundfreiheiten vorrangig einschlägig. Entgegen einer in der Literatur vertretenen Ansicht, welche Art. 87 ff. EG gegenüber den Grundfreiheiten automatisch als *leges speciales* ansieht[693], ist im Konfliktfall – unter der Voraussetzung, daß eine Diskriminierung möglich erscheint – von einem Anwendungsvorrang der Grundfreiheiten auszugehen[694].

Wegen der im konkreten Fall an die Herkunft der Produkte anknüpfenden unmittelbaren Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit läßt sich aus der *Du Pont de Nemours*-Entscheidung nichts für die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien ableiten. Daß im Falle von unmittelbar oder mittelbar diskriminierenden Maßnahmen der mitgliedstaatlichen Vergabestellen vorrangig und exklusiv die Grundfreiheiten einschlägig sind,

685 *Cremer,* EuR 1996, 225 (227); *Pünder,* NZBau 2003, 530 (536).

686 *Martíin-Ehlers,* WuW 1999, 685 (688); *Pünder,* NZBau 2003, 530 (536); *Schmitges-Thees,* Die öffentliche Auftragsvergabe als Instrument des Umweltschutzes*, 121*

687 *Martíin-Ehlers,* WuW 1999, 685 (688).

688 *Bultmann,* Beihilfenrecht und Vergaberecht, 111; *Kämmerer/Thüsing,* ZIP 2002, 596 (600).

689 *EuGH,* Rs. 21/88 (Du Pont de Nemours Italiana), Slg. 1990, I-889, Rdnr. 20 f.

690 *Kämmerer/Thüsing,* ZIP 2002, 596 (600).

691 Vgl. *Bartosch,* WuW 2001, 673 (685).

692 *Arrowsmith,* ELR 2002, 3 (4).

693 *Pünder,* NZBau 2003, 530 (536); *Schmitges-Thees,* Die öffentliche Auftragsvergabe als Instrument des Umweltschutzes*, 121.*

694 Vgl. *Cremer,* EuR 1996, 225 (236); *Fante,* Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 146; *Fischer,* EuZW 2004, 492 (495); *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 273; *Meyer,* Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 155; *Seifert,* ZfA 2001, 1 (26); *Ziekow,* NZBau 2001, 72 (78).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tangiert die Frage der Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien nicht, da diese nicht zwangsläufig diskriminierend wirken. Auf die Frage eines spezifischen Diskriminierungspotentials wird im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung näher einzugehen sein[695].

II. Urteil des EuG in der Rechtssache BAI

Hatte sich der EuGH in der Frage des Verhältnisses von Beihilfen- und Vergaberecht bedeckt gehalten, äußerte sich das EuG schließlich mit seinem Urteil in der Rechtssache *BAI* zu diesem Thema.

1. Sachverhalt

Die Klägerin Bretagne Angleterre Irlande (BAI), Betreiberin einer Schiffahrtslinie Plymouth-Santander, hatte sich mit einer Beschwerde an die Kommission gewandt, in der sie gegen die Zuwendungen protestierte, welche dem Konkurrenzunternehmen Ferries Golfo von spanischen Behörden für den Betrieb der Schiffahrtslinie Bilbao-Portsmouth zugeflossen waren. Diese hatten sich Ferries Golfo gegenüber verpflichtet, für den Zeitraum von März 1993 bis März 1996 26.000 Reisegutscheine zu erwerben. Nachdem die spanischen Behörden die erste Vereinbarung am 7. März 1995 auf Intervention der Kommission hin durch eine zweite ersetzt hatten, erließ die Kommission eine Entscheidung über die Einstellung des formellen Prüfungsverfahrens: Die Zahl der abzunehmenden Gutscheine sei auf der Grundlage der voraussichtlichen Nachfrage bestimmter einkommensschwacher und durch soziale und kulturelle Programme begünstigter Gruppen einschließlich Schülergruppen, Jugendliche und bejahrte Personen festgelegt worden. Daraufhin erhob BAI Nichtigkeitsklage vor dem EuG gemäß Art. 230 Abs. 4 EG[696].

2. Rechtliche Würdigung des EuG

Die erste erweiterte Kammer des EuG befand, daß eine zugunsten eines Unternehmens getroffene staatliche Maßnahme in Form eines Vertrages über den Erwerb von Reisegutscheinen nicht allein deshalb von vornherein vom Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG ausgenommen werden könne, weil sich die Vertragsparteien zu gegenseitigen Leistungen verpflichten[697]. Des weiteren urteilte sie, daß die kulturellen und sozialen Ziele, welche die spanischen Behörden möglicherweise verfolgen, bei der Qualifizierung der Vereinbarung von 1995 im Hinblick auf Art. 87 Abs. 1 EG keine Rolle spielen[698]. Nach ständiger Rechtsprechung der europäischen Gerichte unterscheide Art. 87 Abs. 1 EG nicht nach den Gründen und Zielen der staatlichen Maßnahmen, sondern bestimme diese nach ihren Wirkungen[699]. Diese Ziele könnten von der Kommission nur im Rahmen der Ausnahmen gemäß Art.

695 Infra: S. 198 ff.

696 *EuG*, Rs. T-14/96 (BAI-/Kommission), Slg. 1999, II-139, Rdnrn. 5, 9, 15.

697 *EuG*, Rs. T-14/96 (BAI-/Kommission), Slg. 1999, II-139, 2. Leitsatz und Rdnr. 71.

698 *EuG*, Rs. T-14/96 (BAI/Kommission), Slg. 1999, II-139, Rdnr. 81.

699 *EuGH,* Rs. 173/73 (Italien/Kommission), Slg. 1974, 709, Rdnr. 27; Rs. C-241/94 (Frankreich/Kommission), Slg. 1996, I-4551, Rdnr. 20; *EuG,* Rs. T-106/95 (FFSA/Kommission), Slg. 1997, II-229, Rdnr. 195.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

87 Abs. 2 und 3 EG berücksichtigt werden[700]. Das EuG erklärte die Entscheidung daher für nichtig[701].

3. Analyse und Bewertung

a. Anwendung des *market economy investor test* auf das staatliche Nachfrageverhalten

Die Gegner sozialer Vergabekriterien sahen mit der im *BAI*-Urteil ausgesprochenen beihilfenrechtlichen Unzulässigkeit deren Schicksal als endgültig besiegelt an und feiern es als die erlösende Lunte, die den „Sprengstoff" sozialer Vergabekriterien endlich zum Explodieren bringt[702]. Die Entscheidung des EuG zeichnet sich dadurch aus, daß sie das mitgliedstaatliche Beschaffungsverhalten am Kriterium der Marktangemessenheit" mißt. Das Novum des *BAI*-Urteils ist daher, daß der *market economy investor test* zum ersten Mal ausdrücklich auf eine Maßnahme Anwendung fand, bei welcher der Staat nicht als Investor oder Gläubiger, sondern als Käufer und Nachfrager in Erscheinung getreten war[703]. Dieses Verdikt korreliert mit der Kommissionspraxis[704] sowie der Rechtsprechung des EuGH[705], wonach die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zu Vorzugsbedingungen bzw. unter Marktpreis eine staatliche Beihilfe darstellen kann.

b. Vorteilscharakter sozialer Vergabekriterien

Die Argumentation der Gegner sozialer Vergabekriterien ist von bestechender Einfachheit: Gibt der mit sozialen Vergabekriterien operierende öffentliche Auftraggeber einem Angebot den Zuschlag, das betriebswirtschaftlich günstigste ist, wird er dem letztendlich erfolgreichen Bieterunternehmen einen Preis bezahlen, der über dasjenige hinausgeht, was auf dem privaten Nachfragemarkt als marktangemessen angesehen wird[706]. Dieser Mehrpreis wird nicht in vollem Umfang durch eine Gegenleistung des Unternehmens gedeckt[707]. Gleichzeitig kommt nicht dasjenige Unternehmen zum Zuge, dessen Angebot sich wegen des besten Preis-Leistungsverhältnisses gegenüber den Konkurrenten durchgesetzt hätte, sondern eines, das unter Marktbedingungen chancenlose geblieben wäre[708]. Somit enthält eine derartige Transaktion *prima facie* die fünf gemäß Art. 87 Abs. 1 EG erforderlichen Beihilfenelemente[709].

---

700 *EuG*, Rs. T-14/96 (BAI/Kommission), Slg. 1999, II-139, Rdnr. 81.

701 *EuG*, Rs. T-14/96 (BAI/Kommission), Slg. 1999, II-139, Rdnr. 82.

702 *Bartosch,* CMLR 2002, 551 (573); *Puhl,* VVDStRL 60 (2001), 456 (490), Fn. 144; *Schardt,* Öffentliche Aufträge und das Beihilfenregime des Gemeinschaftsrechts, 430; *Stockhausen,* Beihilfenrechtliche Grenzen einer nationalen Beschäftigungspolitik, 43; *Wurmeling,* BS Oktober 2001, 22 (22); *Zeiss,* EWS 2003, 114 (116).

703 *Bartosch,* CMLR 2002, 551 (553, 573); *idem,* WuW 2001, 673 (685 f.); *Schohe/Arhold,* EStAL 2002, 2 (5).

704 Vgl. *Kommission,* Entscheidung vom 25. April 2001 (Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato), ABl. 2002, L 126, S. 1 ff., Rdnr. 22.

705 *EuGH*, Rs. 67/85, 68/85 und 70/85 (Van der Kooy/Kommission), Slg. 1988, 219, Rdnr. 28; Rs. C-56/93 (Belgien/Kommission), Slg. 1996, I-723, Rdnr. 10; Rs. C-39/94 (SFEI), Slg. 1996, I-3547, Rdnr. 62.

706 *Fante,* Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 131; *Koenig/Kühling,* NJW 2000, 1065 (1066); *Lehne/Haak,* ZfBR 2002, 656 (658); *Schardt,* Öffentliche Aufträge und das Beihilfenregime des Gemeinschaftsrechts, 255; *Schenk,* Das neue Vergaberecht, 82; *Ziekow,* NZBau 2001, 72 (78).

707 *Boesen,* Vergaberecht, § 97, Rdnr. 130; *Schardt,* Öffentliche Aufträge und das Beihilfenregime des Gemeinschaftsrechts, 255.

708 *Schenk,* Das neue Vergaberecht, 82.

709 *Bartosch,* CMLR 2002, 551 (574).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c. Rechtsfolgen der Qualifikation als Beihilfe

Die Klassifikation der Vergabe öffentlicher Aufträge unter Berücksichtigung sozialer Aspekte als materielle Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG hätte zur Folge, daß die Implementierung derartiger Regelungen gemäß Art. 88 Abs. 3 EG der Kommission zu notifizieren wäre[710]. Geschieht dies nicht, sind sie und ein auf ihnen beruhender individueller Zuschlag formell-rechtswidrig[711]. Die Gegner sozialer Vergabekriterien rieten daher ausgebooteten Konkurrenten, in solchen Fällen gezielt Beschwerde bei der Kommission einzulegen oder sich vor nationalen Gerichten auf das unmittelbar wirksame Durchführungsverbot des Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG zu berufen[712]. Diese Sichtweise konterkariere auch mitnichten die bisherige Rechtsprechung des EuGH zur Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien, da der EuGH in den Urteilen *Beentjes*, *Französische Schulen*, *Concordia Bus* sowie *EVN und Wienstrom* explizit gefordert habe, derartige Regelungen müßten mit allen Normen des EG-Vertrages kompatibel sein[713].

d. Implikationen für die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien

Das *BAI*-Urteil des EuG weist in handwerklicher Hinsicht einige Mängel auf. So ist den Ausführungen nicht zu entnehmen, welchem Tatbestandsmerkmal innerhalb des beihilfenrechtlichen Prüfungsschemas das Problem sozialer Vergabekriterien zuzuordnen ist. Darüber hinaus trennt das EuG nicht zwischen dem primären Beschaffungszweck und der Frage, ob der konkrete Beschaffungsumfang (Volumen des Ticketkontingents) über den primären Beschaffungszweck hinausgeht, also den eigentlichen Sachbedarf übersteigt. Das EuG vermischt somit die Zulässigkeit des primären Beschaffungszwecks mit dem Umfang der zur Erfüllung notwendigen Beschaffung[714]. Das EuG schenkte auch nicht dem Faktum genügend Aufmerksamkeit, daß die Mitgliedstaaten und ihre Untergliederungen die Definitionshoheit über ihre Bedürfnisse haben, sei es im Vergaberecht oder was Dienstleistungen von allgemeinem Interesse angeht.

Den größten Fehler machen die Gegner sozialer Vergabekriterien jedoch, wenn sie aus dem *BAI*-Urteil ableiten wollen, daß soziale Vergabekriterien generell vor dem Beihilfenrecht keine Gnade finden können. So wird übersehen, daß erstens der Bezug der Gutscheine über mehrere Jahre hinweg zu einem Preis, der noch über die in der ersten Vereinbarung festgelegten Einnahmen hinausging[715], objektiv nicht durch einen tatsächlichen Bedarf gerechtfertigt war[716]. Zweitens besteht zwar ab den Schwellenwerten generell eine Ausschreibungspflicht, der öffentliche Auftrag über die Reisegutscheine wurde jedoch frei ausgehandelt[717]. Die spanischen Behörden ließen sich jedoch nie auf einen Ausschreibungswettbewerb ein[718] und hielten sich dementsprechend auch nicht an die Prinzipien der Publizität und Transparenz. Insgesamt erfolgte die Vergabe dieses Auftrags völlig außerhalb der spezifischen Regeln und Anforderungen der RL 92/50/EWG [719]. Das *BAI*-Urteil kann daher nicht Maßstab für die ge-

710 *Bartosch,* CMLR 2002, 551 (574); *Ziekow,* NZBau 2001, 72 (78).
711 *Bartosch,* WuW 2001, 673 (685); *Ziekow,* NZBau 2001, 72 (78).
712 *Bartosch,* CMLR 2002, 551 (574); *Martín-Ehlers, WuW 1999, 685 (689).*
713 *Bartosch,* CMLR 2002, 551 (574).
714 Vgl. *Schardt,* Öffentliche Aufträge und das Beihilfenregime des Gemeinschaftsrechts, 243.
715 *EuG*, Rs. T-14/96 (BAI/Kommission), Slg. 1999, II-139, Rdnr. 74.
716 *EuG*, Rs. T-14/96 (Kommission), Slg. 1999, II-139, Rdnr. 79.
717 *Fischer,* VergabeR 2004, 1 (3); *Reuter,* ZIP 2002, 737 (746).
718 *Fischer,* VergabeR 2004, 1 (3).
719 *Fischer,* VergabeR 2004, 1 (3).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

meinschaftsrechtliche Beurteilung sozialer Vergabekriterien sein[720]. Es verbietet es sich, aufgrund dieser Fallkonstellation automatisch auf die Unzulässigkeit sozialer Vergabekriterien im Rahmen eines förmlichen Vergabeverfahrens im Sinne der Vergaberichtlinien zurückzuschließen. Als Fazit ist daher lediglich festzuhalten, daß bei einer irregulären Vergabe öffentlicher Aufträge die Art. 87 ff. EG Anwendung finden können[721].

III. Urteil des EuG in der Rechtssache FFSA/Kommission

1. Sachverhalt

In Frankreich ordnete Art. 21 des Gesetzes über die Organisation des öffentlichen Dienstes der Post und der Telekommunikation an, daß die Besteuerungsgrundlage für La Poste bei den lokalen Steuern um 85 % ihres Betrages gesenkt wird. Im Gegenzug bestimmte das Gesetz i.V.m. einem per Dekret erlassenen Aufgabenkatalog, daß La Poste die Bedienung des *gesamten* Inlands zu gewährleisten habe, unter besonderer Berücksichtigung der Vorgaben und Ziele hinsichtlich der wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung der Regionen. Nachdem die Kommission die Beschwerden der Interessenverbände der französischen Versicherungsunternehmen abgelehnt hatte, erhob unter anderem der Verband Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA) gemäß Art. 230 Abs. 4 i.V.m. Art. 225 EG vor dem EuG Klage gegen die Entscheidung der Kommission[722].

2. Rechtliche Würdigung des EuG

Das EuG befand, daß die „streitige Steuervergünstigung grundsätzlich eine staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG darstelle, da sie La Poste finanziell besser stelle als die übrigen Steuerpflichtigen[723]. Jedoch folge aus der Wendung in Art. 86 Abs. 2 EG „soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ... besonderen Aufgabe ... verhindert", daß eine unter Art. 87 Abs. 1 EG fallende Maßnahme dennoch als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sei, wenn Art. 86 Abs. 2 EG geltend gemacht werden könne. Obwohl es sich auch in diesem Fall um eine staatliche Beihilfe im Sinne dieser Vorschrift handele, könne die Wirkung der Wettbewerbsregeln hier beschränkt werden[724]. Zwar sei Art. 86 Abs. 2 EG als Ausnahmevorschrift restriktiv auszulegen[725]. Jedoch falle die Gewährung einer Beihilfe gemäß Art. 86 Abs. 2 EG dann nicht unter das Verbot des Art. 87 Abs. 1 EG, wenn die betreffende Beihilfe nur die Mehrkosten ausgleichen soll und die dem mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen durch die Erfüllung der ihm übertragenen besonderen Aufgabe entstehen, und wenn die Gewährung der Beihilfe erforderlich sei, um diesem Unternehmen die Erfüllung seiner Verpflichtungen als öffentlicher Dienstleistungserbringer unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu ermöglichen[726].

720 *Fischer,* VergabeR 2004, 1 (3).
721 *Seifert,* ZfA 2001, 1 (25).
722 *EuG,* Rs. T-106/95 (FFSA/Kommission), Slg. 1997, II- 229, Rdnrn. 4, 5, 7, 13, 68, 69.
723 *EuG, R*s. T-106/95 (FFSA/Kommission), Slg. 1997, II-229, Rdnr. 167.
724 *EuG, R*s. T-106/95 (FFSA/Kommission), Slg. 1997, II-229, Rdnr. 172.
725 *EuG, R*s. T-106/95 (FFSA/Kommission), Slg. 1997, II-229, Rdnr. 173.
726 *EuG, R*s. T-106/95 (FFSA/Kommission), Slg. 1997, II-229, Rdnr. 178.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Beschluß des EuGH

Die Kommission gab sich mit diesem Verdikt des EuG nicht zufrieden und legte gemäß Art. 225 Abs. 1 EG Rechtsmittel beim EuGH ein. Der EuGH bestätigte jedoch das Urteil des EuG. Insbesondere wiederholte er das in Rdnr. 178 des *FFSA*-Urteils erwähnte Übermaßverbot der Mehrkostenkompensation[727].

4. Analyse und Bewertung

Mit dem in der Literatur beifällig aufgenommenen[728] *FFSA/Kommission*-Urteil schlug das EuG ein neues Kapitel im Beihilfenrecht auf. Zwar mochte das EuG das Phänomen der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse nicht an einem Tatbestandsmerkmal des Art. 87 Abs. 1 EG festmachen. Pikanterweise wollte nämlich allein die Kommission die „Kompensation der Mehrkosten"[729] schon tatbestandlich nicht als staatliche Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG verstanden wissen[730]. Die Frage, ob es bei Einschlägigkeit des Art. 86 Abs. 2 EG am Kriterium des Transfers staatlicher Ressourcen mangele[731], ließ das EuG unbeantwortet. Indes ist es dem EuG hoch anzurechnen, das gemeinschaftliche Beihilfensystem erstmals um den Topos der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse bereichert zu haben, indem es der „externen" und an sich eng auszulegenden[732] („Nadelöhr"[733]) Ausnahmevorschrift des Art. 86 Abs. 2 EG den Einzug in die beihilfenrechtlichen Rechtfertigungsgründe ermöglichte.

Die Besonderheit von Art. 86 Abs. 2 EG ist nun, daß für die Definition dessen, was als Dienstleistung von allgemeinem Interesse zu gelten hat, vorrangig die Mitgliedstaaten zuständig sind[734]. Darauf hatte auch die Kommission im *FFSA*-Verfahren immer wieder hingewiesen[735]. Da Art. 86 Abs. 2 EG von den Wettbewerbsvorschriften des EG-Vertrags dispensiert, obliegt dem Mitgliedstaat, der sich auf diese Norm beruft, die Beweisführungspflicht, daß alle Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen[736]. Die zweite für die Kontrollhoheit der Kommission Sprengkraft erzeugende Besonderheit liegt in der unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 86 Abs. 2 EG[737]. Denn der EuGH hat die Prüfung, ob die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 86 Abs. 2 EG vorliegen, nicht exklusiv der Kommission vorbehalten, sondern beizeiten in die Hände der nationalen Gerichte gelegt[738].

727 *EuGH,* Rs. C-174/97 P (FFSA/Kommision), Slg. 1998, I-1303, Rdnr. 6.

728 Vgl. *Hube,* EuR 2004, 230 (242); *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht der EU, 175, Rdnr. 458; *Schohe/Arhold,* EStAL 2002, 2 (7).

729 *EuG, R*s. T-106/95 (FFSA/Kommission), Slg. 1997, II-229, Rdnr. 65.

730 *EuG, R*s. T-106/95 (FFSA/Kommission), Slg. 1997, II-229, Rdnr. 199.

731 *EuG, R*s. T-106/95 (FFSA/Kommission), Slg. 1997, II-229, Rdnr. 163.

732 *Magiera,* in: FS-Rauschning, 269 (283); *Tettinger,* in: Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union, 97 (100).

733 *v. Danwitz,* in: Rechtsfragen der europäischen Beihilfenaufsicht, 13 (16); *Davies,* ILJ 1995, 49 (76).

734 *Kommission,* Mitteilung vom 20. September 2000 zu den Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, KOM (2000), 580 endg.; Rdnr. 22; vgl. *Koenig/Kühling/Ritter,* EG-Beihilfenrecht, 31; *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht der EU, 185, Rdnr. 490.

735 *EuG, R*s. T-106/95 (FFSA/Kommission), Slg. 1997, II-229, Rdnr. 152.

736 *EuGH,* Rs. C-159/94 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, I-5815, Rdnr. 94; Rs. C-203/96 (Dusseldorp), Slg. 1998, I-4075, Rdnr. 67.

737 Vgl. *Ross,* CMLR 2000, 401 (418).

738 *EuGH*, Rs. C-320/91 (Corbeau), Slg. 1993, I-2533, Rdnr. 20; Rs. 393/92 (Almelo), Slg. 1994, I-1477, Rdnr. 50.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zudem hatte sich der EuGH bei der Rückausnahme des Verhinderungstatbestandes gemäß Art. 86 Abs. 2 S. 2 EG, wonach die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Maße beeinträchtigen, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft, in der Vergangenheit relativ moderat gezeigt[739]. Nach Ansicht des EuGH genügt es, wenn ohne die besonderen Rechte die Erfüllung der dem Unternehmen übertragenen besonderen Aufgaben „gefährdet" wäre[740]. Der EuGH hat den Kontrollmaßstab überdies auf die Prüfung abgesenkt[741], ob die Übertragung besonderer Rechte erforderlich ist, um dem Inhaberunternehmen die Erfüllung seiner Aufgaben „zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen" zu ermöglichen[742]. Dies beinhaltet die Möglichkeit eines Ausgleichs zwischen den rentablen und den weniger rentablen Tätigkeitsbereichen[743]. Diese Kulanz bei der „Verhältnismäßigkeitsprüfung"[744] der Rückausnahme ist insoweit bemerkenswert, als sich das Interesse der Gemeinschaft über die in Art. 2 EG niedergelegten Ziele des EG-Vertrages definiert, worunter bislang in erster Linie die Realisierung des Binnenmarktes sowie eines Systems des unverfälschten Wettbewerbs verstanden wurde[745].

Insgesamt ist die Einbindung von Art. 86 Abs. 2 EG als Eingeständnis zu werten, daß sich nicht alle Sachverhalte adäquat unter den vormals strikten *numerus clausus* der Rechtfertigungstatbestände Art. 87 Abs. 2 und 3 EG fassen lassen. Dieser Schritt ist um so bedeutsamer, wenn man bedenkt, daß gefordert wird, die für die gemeinschaftliche Wettbewerbsordnung Begriffe weit, Ausnahmen dazu, insbesondere Art. 86 Abs. 2 EG, hingegen eng auszulegen[746]. In diesem Sinne sprengt das *FFSA/Kommission*-Urteil den Horizont des Beihilfenrechts und gibt den Blick frei auf andere Normen des EG-Vertrages. Obwohl die Interdependenz der einzelnen Vertragsbestimmungen zunächst nur in der Hemisphäre des Wettbewerbsrechts zu Tage trat, deutet sich hier bereits an, daß Regelungsbereiche des EG-Vertrages nicht mehr separat voneinander betrachtet werden können. Denn wer Art. 86 Abs. 2 EG sagt, muß auch Art. 16 EG sagen und wird daher auf Dauer nicht umhinkommen, sich mit dem in Art. 3 EG angelegten Zielkonflikt auseinanderzusetzen.

Im Hinblick auf die Argumentationslinie der Kommission ist zu registrieren, daß sie seinerzeit im *FFSA*-Verfahren durchaus gewillt war, in Fällen des Art. 86 Abs. 2 EG ihr beihilfenrechtliches Kontrollmonopol zu opfern. Die Kommission muß daher die Gefahr der mitgliedstaatliche Kompensationszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse als gering eingeschätzt haben. Dies ging schließlich so weit, daß sie Rechtsmittel beim EuGH einlegte. Entgegen der vielfach geäußerten Ansicht[747], der EuGH habe sich bei dieser Gelegenheit nicht mit dem Problem auseinandergesetzt, ob eine Beihilfe bereits begrifflich nicht vorlag, und damit die Rechtsauffassung des EuG nicht ausdrücklich bestätigt, ist der Beschluß des EuGH *in puncto* Art. 86 Abs. 2 EG als implizite Bestätigung

739 *EuGH,* Rs. C-159/94 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, I-5815, Rdnr. 59.

740 *EuGH,* Rs. C-159/94 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, I-5815, Rdnr. 95.

741 *Bartosch,* ZIP 1999, 176 (179).

742 *EuGH,* Rs. C-320/91 (Corbeau), Slg. 1993, I-2533, Rdnrn. 16; Rs. C-159/94 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, I-5815, Rdnr. 96.

743 *EuGH,* Rs. C-320/91 (Corbeau), Slg. 1993, I-2533, Rdnrn. 16 f.; Rs. 475/99 (Ambulanz Glöckner), Slg. 2001, I-8089, Rdnr. 57.

744 *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht der EU, 186, Rdnr. 494.

745 *v. Burchard,* in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 86, Rdnr. 77.

746 *EuGH*, Rs. C-157/94 (Kommission/Niederlande), Slg. 1997, I-5699, Rdnr. 37; Rs. C-159/94 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, I-5815, Rdnr. 53; vgl. *Borchardt,* Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, Rdnr. 284; *Kämmerer,* NVwZ 2004, 28 (31); *Paulweber/Weinand,* EuZW 2001, 232 (236).

747 *GA Tizzano,* Rs. C-53/00 (Ferring), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 59; *GA Stix-Hackl*, Schlußanträge, Rs. C-34/01 bis C-38/01 (Enirisorse), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 146.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Entscheidung des EuG anzusehen[748]. Mit der Wortwahl „Zahlung einer staatlichen Beihilfe“ demonstrierte der EuGH nämlich, daß er Maßnahmen nach Art. 86 Abs. 2 EG als staatliche Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG verstanden wissen wollte.

IV. Urteil des EuG in der Rechtssache SIC/Kommission

1. Sachverhalt

Die Radiotelevisão Portuguesa (RTP) war nach portugiesischem Recht verpflichtet, Programme auszustrahlen, die das gesamte portugiesische Festland und die autonomen Regionen erreichen, audiovisuelle Archive zu unterhalten, den portugiesischsprachigen Sender RTP Internacional zu betreiben, sowie die Zusammenarbeit mit den afrikanischen Ländern aufrechtzuerhalten, in denen Portugiesisch Amtssprache ist. Während die privaten Anbieter sich einzig und allein über ihre Werbeeinnahmen finanzieren, verfügte die RTP daneben via direkten Mittelzuweisungen, Steuer- und Gebührenbefreiungen, Tilgungsstaffelungen sowie Kapitalerhöhungen auch über staatliche Mittel, die ihr jedes Jahr aufgrund ihrer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen gewährt wurden und sich von 1992 bis 1995 auf bis zu 18 % ihrer jährlichen Gesamteinnahmen beliefen. Der private Fernsehsender Sociedade Independente de Communicação (SIC) legte bei der Kommission Beschwerde ein und forderte diese auf, das förmliche Prüfungsverfahren nach Art. 88 Abs. 2 EG einzuleiten[749]. Als die Kommission der SIC am 21. April 1997 mitgeteilt hatte, daß sie nicht beabsichtige, die Prüfung der Beschwerde fortzusetzen, erhob die SIC vor dem EuG am 3. März 1997 eine Nichtigkeitsklage gemäß Art. 230 Abs. 4 EG, 225 EG[750].

2. Rechtliche Würdigung des EuG

Die erste erweiterte Kammer des EuG hielt für ausschlaggebend, daß die Kommission selbst zugegeben hatte, daß die als Ausgleichsentschädigungen gewährten Mittelzuweisungen dazu führten, daß der RTP ein „wirtschaftlicher Vorteil“ gewährt wird[751]. Aus der „Objektivität des Beihilfenbegriffs“[752] ergebe sich, daß der Umstand, daß staatliche Stellen einem Unternehmen einen wirtschaftlichen Vorteil gewähren, um die Kosten aufgrund der von diesem Unternehmen übernommenen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen auszugleichen, keine Auswirkung auf die Qualifizierung dieser Maßnahme als Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG hat[753]. Dies könne allein bei der Prüfung der Vereinbarkeit der betreffenden Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt gemäß Art. 86 Abs. 2 EG berücksichtigt werden[754].

748 Vgl. *GA Jacobs,* Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 100.
749 *EuG, R*s. T-46/97 (SIC/Kommission), Slg. 2000, II-2125, Rdnr. 3.
750 *EuG, R*s. T-46/97 (SIC/Kommission), Slg. 2000, II-2125, Rdnrn. 1, 3, 5 f., 20, 31, 32.
751 *EuG, R*s. T-46/97 (SIC/Kommission), Slg. 2000, II-2125, Rdnr. 79.
752 *EuG,* Rs T-67/94 (Ladbroke Racing/Kommission), Slg. 1998, II-1, Rdnr. 52.
753 *EuG, R*s. T-46/97 (SIC/Kommission), Slg. 2000, II-2125, Rdnr. 84.
754 *EuG, R*s. T-46/97 (SIC/Kommission), Slg. 2000, II-2125, Rdnr. 84.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Analyse und Bewertung

Mit der Entscheidung in der Rechtssache *SIC/Kommission* schritt das EuG auf dem Weg fort, den es im *FFSA/Kommission*-Urteil eingeschlagen hatte. Das EuG stellte klar, daß Art. 86 Abs. 2 EG „nur den Rechtsfolgen begegnet“[755], den Tatbestand aber unberührt läßt. Meriten erwarb sich das EuG dadurch, daß es das Problem der mitgliedstaatlichen Kompensationszahlungen innerhalb des Art. 87 Abs. 1 EG beim Tatbestandsmerkmal des wirtschaftlichen Vorteils lokalisierte.

Demgegenüber vertrat die Kommission erneut die Auffassung, daß die Mittelzuweisungen schon tatbestandlich keine Beihilfen im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG darstellten[756]. Die Kommission argumentierte, daß der wirtschaftliche Vorteil nicht den Betrag übersteige, der für die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unbedingt erforderlich sei[757]. An der Transparenz des Finanzierungssystems, welches die Äquivalenz der staatlichen Mittel mit den tatsächlichen Kosten der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen gewährleiste, sei nicht zu zweifeln[758]. Nach der *SIC*-Entscheidung wechselte sie jedoch die Taktik. Statt das Kontrollmonopol gemäß Art. 88 Abs. 2 und 3 EG für staatliche Zuwendungen im Dunstkreis der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse gänzlich aus der Hand zu geben, behält sie sich seitdem lieber die Option vor, die beihilferechtliche Prüfung derartiger staatlicher Maßnahmen selbst vorzunehmen. Jedenfalls griff die Kommission in ihrer *Mitteilung betreffend Leistungen der Daseinsvorsorge* die Position des EuG zu Art. 86 Abs. 2 EG auf. Gleichzeitig brachte sie in Anlehnung an die Privatisierungsfälle das Ausschreibungsverfahren ins Spiel: So sei Verhältnismäßigkeit im Sinne von Artikel 86 Abs. 2 S. 2 EG gegeben, wenn die mitgliedstaatliche Kompensationsmaßnahme konkret nicht über die mit der anvertrauten Gemeinwohlverpflichtung verbundenen Nettomehrkosten hinausgeht[759]. Dies wiederum sei der Fall, wenn der Ausgleich im Anschluß an ein offenes, transparentes und nicht diskriminierendes Verfahren festgesetzt werde[760].

V. Urteil des EuGH in der Rechtssache CELF

1. Sachverhalt

Die zur Verbreitung der französischen Sprache vom französischen Kultusministeriums gegründete Coopérative d'exportation du livre français (CELF) kommt Bestellungen von Buchhandlungen aus der ganzen Welt nach, deren Annahme sonst nicht rentabel wäre, damit der Preis der Werke den Endverbraucher nicht vom Kauf abschreckt. Für diese Tätigkeit erhielt sie jährliche Zuwendungen, welche im Jahr 1991 2,4 Mio. FRF und 1992 2,7 Mio. FRF betrugen. Im Jahr 1991 wollte die Société internationale de diffusion et d'édition (SIDE), ein auf den Export französischer Bücher spezialisiertes Unternehmen, ebenfalls in den Genuß dieser Zuwendungen kommen. Dies wurde ihr vom Kultusministerium im Hinblick auf fehlende

755 *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht der EU, 175, Rdnr. 458.

756 *EuG, R*s. T-46/97 (SIC/Kommission), Slg. 2000, II-2125, Rdnr. 75.

757 *EuG, R*s. T-46/97 (SIC/Kommission), Slg. 2000, II-2125, Rdnrn. 22; 75.

758 *EuG, R*s. T-46/97 (SIC/Kommission), Slg. 2000, II-2125, Rdnr. 24.

759 *Kommission,* Mitteilung vom 20. September 2000 betreffend Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, KOM (2000), 580 endg., ABl. 2001, C 17, S. 4 ff., Rdnr. 26.

760 *Kommission,* Mitteilung vom 20. September 2000 betreffend Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, KOM (2000), 580 endg., ABl. 2001, C 17, S. 4 ff., Rdnr. 26.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Verwaltungstransparenz versagt. Obwohl die Forderung nach Verwaltungstransparenz ihrer Natur nach nicht nur für die CELF gilt, war dabei nur diese in der Lage, die Anforderungen der staatlichen Stellen zu erfüllen. Nachdem die Kommission am 30. Juli 1996 die der CELF gewährte Förderung als Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG qualifiziert hatte, erhob die Französische Republik Nichtigkeitsklage gemäß Art. 230 EG, in der sie vortrug, daß Beihilfen, welche unter Art. 86 Abs. 2 EG fielen, nicht von dem Durchführungsverbot erfaßt würden[761].

2. Position des EuGH

Der EuGH befand, daß die in Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG aufgestellten Verpflichtungen – Notifizierungspflicht und Durchführungsverbot – nicht voneinander zu trennen seien[762]. Dieser Kontrollmechanismus trage wesentlich zum Funktionieren des Binnenmarktes bei[763]. Ein Mitgliedstaat sei daher auch dann nicht berechtigt, sich über die eindeutigen Bestimmungen des Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG hinwegzusetzen, wenn er die Beihilfe für mit dem Binnenmarkt vereinbar hält. Folglich wies der EuGH die Klage insgesamt ab[764].

3. Analyse und Bewertung

Das Urteil in der Rechtssache *CELF* dringt im Hinblick auf eine angemessene Einordnung von Art. 86 Abs. 2 EG im gemeinschaftlichen Beihilfenrechtssystem in Richtung auf den eigentlichen Kern des Problems vor. Erstmalig thematisierten die Beteiligten offen den *Genehmigungsvorbehalt der Kommission gemäß Art. 88 Abs. 2 EG*. Zu entscheiden war also, wer das letzte Wort über Legitimität und Vollzug des mitgliedstaatlichen Finanztransfers haben sollte. Allerdings hatte die französische Regierung, wie von der Kommission zu Recht angemerkt[765], die Diskussionsebene verlagert: Angesichts der Urteile in den Rechtssachen *FFSA/Kommission* und *SIC/Kommission* hatte man es wohl als chancenlos angesehen, die These von einem tatbestandsausschließenden Art. 86 Abs. 2 EG weiterzuverfolgen. Statt dessen verlegte die französische Regierung sich auf den Nebenkriegsschauplatz der „logisch nachgelagerten“[766] Frage, ob Art. 86 Abs. 2 EG die Rechtsfolgen, i.e. Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG auszuschließen vermag. Allerdings stellt sich bei der Tatbestandslösung das Folgeproblem des Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG erst gar nicht, da aufgrund der Saldierung bereits der Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG nicht erfüllt ist[767]. Die Rechtfertigungslösung hingegen kann schlechthin nicht zu dem Resultat kommen, Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG auszuhebeln, da dieser gerade dazu dient, die Einhaltung des für einschlägig befundenen Art. 87 Abs. 1 EG zu garantieren.

Die Diskussion um die Anwendbarkeit von Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG verhinderte, daß es zu einer echten Abwägung zwischen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und präventiver Beihilfenkontrolle kam, in welcher die Bedeutung der beiden Interessen gewürdigt und zueinander in Relation gesetzt werden. Hierzu hatte die französische Regierung nämlich die

761 *EuGH,* Rs. C-332/98 (Frankreich/Kommission), Slg. 2000, I-4833, Rdnrn. 4, 5, 6, 27.
762 *EuGH,* Rs. C-332/98 (Frankreich/Kommission), Slg. 2000, I-4833, Rdnr. 31.
763 *EuGH,* Rs. C-332/98 (Frankreich/Kommission), Slg. 2000, I-4833, Rdnr. 31.
764 *EuGH,* Rs. C-332/98 (Frankreich/Kommission), Slg. 2000, I-4833, Rdnr. 35.
765 *EuGH,* Rs. C-332/98 (Frankreich/Kommission), Slg. 2000, I-4833, Rdnrn. 17, 18.
766 Vgl. *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht der EU, 181, Rdnr. 477.
767 *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht der EU, 181, Rdnr. 477.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Vorlage geliefert, indem sie mit der „besonderen Natur der Dienstleistungen“[768] argumentierte. Das *CELF*-Urteil war in der Literatur wegen fehlender Ausführungen zu Art. 86 Abs. 2 EG als „nicht nachvollziehbar“ kritisiert worden[769]. So habe der EuGH eine Exegese zu dem Umstand vermissen lassen, daß Art. 86 Abs. 2 EG[770] den Status einer unmittelbar anwendbaren Norm besitzt[771]. Vor diesem Hintergrund stelle sich sehr wohl die Frage, ob Art. 86 Abs. 2 EG dazu führen könne, daß Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG ausgehebelt werde[772]. In Anbetracht der sich auf Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG beziehenden Vorlagefrage ist das Schweigen des EuGH zu Art. 86 Abs. 2 EG jedoch nicht weiter verwunderlich.

Für eine harte Haltung des EuGH in Sachen Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG hatte sich insbesondere GA La Pergola stark gemacht, der ohne vorherige Notifizierung Wettbewerbsverfälschungen heraufdräuen sah. Ein Mitgliedsstaat, der sich bewußt in eine Position der Illegalität begebe, könne keine Ausnahme von allgemeinen Verfahrensregeln für sich in Anspruch nehmen[773]. Selbst für den Fall ordnungsgemäßer Notifizierung sah es der GA als ausgeschlossen an, das Durchführungsverbot während des Prüfungsverfahrens für nicht anwendbar zu erklären, wenn diese Verpflichtung die Erfüllung der Dienstleistungspflicht von allgemeinem Interesse verhindert[774]. Die Präventivkontrolle der Kommission diene dazu, Verzerrungen des Wettbewerbs im Binnenmarkt zu verhindern, die realistischerweise rückwirkend nur sehr schwer oder gar nicht zu beseitigen wären[775].

VI. Urteil des EuGH in der Rechtssache Ferring

Nach dieser sukzessiven Aufbereitung der Frage, wie Art. 86 Abs. 2 EG denn nun am geschicktesten in das gemeinschaftliche Beihilfensystem zu integrieren ist, kam es für den EuGH mit der Rechtssache *Ferring* zum Schwur. Der EuGH betrat mit seinem Urteil in der Rechtssache *Ferring* zwar nicht *terra incognita*, wohl aber *terra non grata*. Tatsächlich hat selten ein beihilfenrechtliches Urteil so viel Feuriogeschrei erzeugt wie der Spruch der Sechsten Kammer des EuGH vom 22. November 2001[776].

1. Sachverhalt

In Frankreich werden Arzneimittel entweder über die Großhändler oder die Pharmahersteller vertrieben, die ihre Produkte direkt an die Apotheken verkaufen. Den Großhändlern wurde die Verpflichtung auferlegt, ständig ein Sortiment von Arzneimitteln bereitzuhalten, das dem Bedarf eines bestimmten geographischen Gebietes entspricht und die rasche Verfügbarkeit dieser Arzneimittel gewährleistet. Im Gegenzug setzte der Code de la sécurité sociale eine Direktverkaufsabgabe in Höhe von 2,5 % des Umsatzes auf den Großhandelsverkauf von Arzneimitteln durch die Pharmahersteller fest. Diese Abgabe sollte die Wettbewerbsbedingungen

768 *EuGH,* Rs. C-332/98 (Frankreich/Kommission), Slg. 2000, I-4833, Rdnr. 29.
769 *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht der EU, 183, Rdnr. 482.
770 *EuGH,* Rs. 66/86 (Ahmed Saeed Flugreisen), Slg. 1989, 803, Rdnr. 55.
771 *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht der EU, 183, Rdnr. 483.
772 *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht der EU, 183, Rdnr. 483.
773 *GA La Pergola*, Schlußanträge, Rs. C-332/98 (Frankreich/Kommission), Slg. 2000, I-4833, Rdnr. 19.
774 *GA La Pergola*, Schlußanträge, Rs. C-332/98 (Frankreich/Kommission), Slg. 2000, I-4833, Rdnr. 22.
775 *GA La Pergola*, Schlußanträge, Rs. C-332/98 (Frankreich/Kommission), Slg. 2000, I-4833, Rdnr. 22.
776 Vgl. *Bartosch,* NJW 2002, 3588 (3589).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zwischen den beiden Vertriebswegen für Arzneimittel wieder ins Gleichgewicht bringen. Auch die Direktverkäuferin Ferring wurde der Abgabe unterworfen. Als diese auf Erstattung des entrichteten Betrages klagte, legte das nationale Gericht dem EuGH gemäß Art. 234 EG die Frage vor, ob die Direktverkaufsabgabe als Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG angesehen werden kann. Bejahendenfalls begehrte es zu wissen, ob die Direktverkaufsabgabe durch die Natur und den inneren Aufbau des Systems oder durch Art. 86 Abs. 2 EG gerechtfertigt ist[777].

2. Position des EuGH

Die Sechste Kammer des EuGH befand, daß die Direktverkaufsabgabe als solche – ohne Berücksichtigung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen – einen wirtschaftlichen Vorteil[778] und damit eine staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG darstellen könne[779]. Zu einem anderem Ergebnis kam der EuGH jedoch bei der Prüfung unter Berücksichtigung der besonderen Gemeinwohlverpflichtungen. Sich auf die *ADBHU*-Entscheidung berufend[780] fällte der EuGH folgenden Urteilspruch: Soweit die bei den Pharmaherstellern erhobene Direktverkaufsabgabe tatsächlich den Kosten entspricht, die den Großhändlern für die Erfüllung ihrer gemeinwirtschaftlichen Pflichten zusätzlich entstanden sind, ist die *Nichterhebung dieser Abgabe* bei den Großhändlern als *Gegenleistung für erbrachte Leistungen* und somit als Maßnahme zu betrachten, die keine staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG darstellt[781]. Wenn nämlich die gewährte Befreiung tatsächlich den zusätzlichen Kosten äquivalent sei, würden die Großhändler keinen Vorteil im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG genießen, denn die betreffende Maßnahme bewirke nur, daß sie und die Pharmahersteller vergleichbaren Wettbewerbsbedingungen unterworfen seien[782]. Im vorliegenden Fall sei es allerdings Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob diese Voraussetzung erfüllt sei[783].

Sollte sich erweisen, daß der Vorteil für die Großhändler diejenigen zusätzlichen Kosten übersteigt, die ihnen durch die Erfüllung ihrer gemeinwirtschaftlichen Pflichten entstehen, so könne dieser Vorteil jedenfalls nicht als notwendig betrachtet werden[784]. Art. 86 Abs. 2 EG sei folglich dahingehend auszulegen, daß er eine Vergünstigung für Unternehmen, die mit einer gemeinschaftlichen Aufgabe betraut sind, nicht deckt, soweit diese Vergünstigung die sich aus der gemeinschaftlichen Verpflichtung ergebenden zusätzlichen Kosten übersteigt[785].

3. Analyse und Bewertung

Für die Auslegung des Beihilfentatbestandes, mit welcher der EuGH im *Ferring*-Urteil niederkam, wonach die mitgliedstaatlichen Zuwendungen mit den von den Empfängerunternehmen zu erbringenden Dienstleistungen von allgemeinem Interesse verrechnet werden, hat

777 *EuGH,* Rs. C-53/00 (Ferring), Slg. 2001, I-9067, Rdnrn. 1, 8, 10, 11, 13, 19, 24; GA *Tizzano,* Rs. C-53/00 (Ferring), Slg. 2001, I-9067, Rdnrn. 7, 8, 16.
778 *EuGH,* Rs. C-53/00 (Ferring), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 20.
779 *EuGH,* Rs. C-53/00 (Ferring), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 22.
780 *EuGH,* Rs. C-53/00 (Ferring), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 26.
781 *EuGH,* Rs. C-53/00 (Ferring), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 27.
782 *EuGH,* Rs. C-53/00 (Ferring), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 27.
783 *EuGH,* Rs. C-53/00 (Ferring), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 28.
784 *EuGH,* Rs. C-53/00 (Ferring), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 32.
785 *EuGH,* Rs. C-53/00 (Ferring), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 33.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sich noch keine einheitliche Terminologie herausgebildet, es kursieren die Begriffe Aufrechnungslösung[786], Ausgleichs- bzw. Kompensationsansatz[787], Tatbestandslösung[788], Saldierungsmethode[789], Netto-Konzeption des Beihilfenbegriffs[790] oder Theorie des realen Vorteils[791]. Spiegelbildlich finden sich für die traditionelle Interpretation, wonach die staatlichen Zuwendungen und die dem Empfängerunternehmen auferlegte Gemeinwohlverpflichtungen getrennt voneinander zu geprüft werden, die Begriffe Beihilfenansatz[792], Rechtfertigungslösung[793], „Brutto-Konzeption des Beihilfenbegriffes[794] oder Theorie des ersichtlichen Vorteils[795].

De facto wandte sich der EuGH, indem er im Rahmen der Prüfung des „wirtschaftlichen Vorteils" die Einzelbetrachtung der mitgliedstaatlichen Maßnahmen durch eine Gesamtbetrachtung ersetzte, von der betriebswirtschaftlichen Beurteilungsweise ab und einer *volkswirtschaftlichen Betrachtungsweise* zu. Die Erwägungen, die bis dato unter Art. 86 Abs. 2 EG zu berücksichtigen waren, ragen nun gleichsam in den Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG hinein. Dogmatisch handelt es sich um eine teleologische Reduktion[796] des Tatbestandsmerkmals des wirtschaftlichen Vorteils, der sich für Art. 87 Abs. 1 EG insgesamt tatbestandsausschließend auswirkt.

Der *spiritus rector* des *Ferring*-Urteils war GA Tizzano, der als erster die von den Großhändlern erbrachten Dienste als Dienstleistungen von allgemeinem Interesse einstufte[797] und die Idee der Tatbestandslösung argumentativ zu unterfüttern wußte[798]. Das Echo, das GA Tizzano mit seinen Argumenten auslöste, ist ein weiterer Beweis, daß die Schlußanträge der Generalanwälte wesentlich mehr sind als bloßes Anschauungsmaterial für die nationalen Gerichte[799]. Den Ausschlag gab die Schlüsselpassage, worin GA Tizzano plädierte, Kompensationszahlungen für gemeinwirtschaftliche Pflichten als „Gegenleistung für Dienstleistungen an die Allgemeinheit" anzusehen seien[800]. Man dürfe die Auferlegung der Verpflichtung und den Ausgleich hierfür nicht getrennt betrachten, weil es sich um zwei Seiten des gleichen staatlichen Eingriffs handele, der als Ganzes dazu bestimmt ist, Interessen der Allgemeinheit zu befriedigen[801]. Eine solche Intervention sei für das betreffende Unternehmen letztlich *wirtschaftlich neutral*, weil diesem weder ein Vorteil noch ein Nachteil entstehe[802].

---

786 *Kämmerer,* NVwZ 2004, 28 (33).

787 *GA Jacobs,* Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 95.

788 *GA Stix-Hackl,* Schlußanträge, Rs. C-34/01 bis C-38/01 (Enirisorse), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 148; *Gross,* Das europäische Beihilfenrecht im Wandel, 79; *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht der EU, 181, Rdnr. 477; *Nettesheim,* EWS 2002, 253 (259).

789 *Koenig,* EuZW 2001, 741 (747); *Quardt,* EuZW 2002, 424 (427); *Schebstadt,* DVBl. 2004, 737 (739).

790 *GA Léger*, Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 31.

791 *GA Léger*, Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 31.

792 *GA Jacobs,* Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 94.

793 *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht der EU, 181, Rdnr. 477; *Nettesheim,* EWS 2002, 253 (259).

794 *GA Léger*, Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 34.

795 *GA Léger*, Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 33.

796 *Kämmerer,* NVwZ 2004, 28 (33); *Koenig/Kühling,* DVBl. 2003, 289 (295).

797 *GA Tizzano,* Schlußanträge, Rs. C-53/00 (Ferring), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 66; *Jennert,* ZFK 2002, 266 (266).

798 *GA Tizzano,* Schlußanträge, Rs. C-53/00 (Ferring), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 63.

799 Vgl. *v. Danwitz*, EuZW 2002, 237 (243).

800 *GA Tizzano,* Schlußanträge, Rs. C-53/00 (Ferring), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 59.

801 *GA Tizzano,* Schlußanträge, Rs. C-53/00 (Ferring), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 61.

802 *GA Tizzano,* Schlußanträge, Rs. C-53/00 (Ferring), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 61.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die endgültige Entscheidungsfindung des EuGH nicht unmaßgeblich beeinflußt haben dürfte zudem die Darlegung[803], daß der Kompensationsgedanke bereits eine beachtliche Tradition in der Gemeinschaftsrechtsordnung hat[804]. Insbesondere konnte er nachweisen, daß auch die schärfste Kritikerin der Tatbestandslösung, die Kommission, sich diesen in der Vergangenheit zu eigen gemacht hatte[805]. Auch im positive Gemeinschaftsrecht[806] und in der Rechtsprechung des EuGH war der GA fündig geworden: So hatte der EuGH im *ADBHU*-Urteil entschieden, daß Kompensationszahlungen an Unternehmen, denen die Verpflichtung durch RL 75/439/EWG[807] auferlegt wurde, Altölerzeugnisse zu sammeln bzw. zu beseitigen, keine Beihilfe im Sinne der Art. 87 Abs. 1 EG darstellen, sondern eine „Gegenleistung für die von den Abhol- oder Beseitigungsunternehmen erbrachten Leistungen"[808]. Zwar wurde die *ADBHU*-Entscheidung wegen der später folgenden Urteile *Meura*[809] und *Boch*[810] als Einzelerscheinung abgetan[811]. Die *Ferring*-Entscheidung knüpft jedoch an diese Denkrichtung an und präsentiert sich insoweit als natürliche Rechtsentwicklung.

Ebenfalls auf die Schlussvorträge von GA Tizzano[812] geht die Entscheidung des EuGH zurück, die konkrete Prüfung der Leistungs-Gegenleistungs-Äquivalenz den nationalen Gerichte zu überlassen. GA Tizzano hatte weiterhin betont, daß dieser Lösungsansatz auch mitnichten die gemeinschaftliche Beihilfenkontrolle schwächen würde, denn Inhalt und Maßstab der Prüfung (Leistungs-Gegenleistungs-Äquivalenz) blieben identisch[813]. Der die Nettomehrkosten der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung übersteigende Teil der Beihilfe werde von den nationalen Gerichten für rechtswidrig erklärt, da er nicht mehr durch Art. 86 Abs. 2 EG gedeckt ist[814]. Zudem hatte der GA darauf hingewiesen, daß der Kommission selbstverständlich unbenommen bliebe, ihre Befugnisse nach dem EG-Vertrag auszuüben.

Man mag sich auf den Standpunkt stellen, daß der EuGH in *Ferring* unziemlicherweise die Zurückhaltung aufgegeben habe, die er bei der Beantwortung sozialpolitisch relevanter Fragen sonst walten läßt[815]. Allerdings ist zweierlei zu berücksichtigen. Erstens war die Phase vor dem Urteil durch eine enorme Rechtsunsicherheit im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse gekennzeichnet gewesen, so daß ein Machtwort des EuGH sehnsüchtig erwartet worden war[816]. Zweitens ist zu betonen, daß sowohl die Einzel- als auch die Gesamtbetrachtung bei der Prüfung des „wirtschaftlichen Vorteils" im Endeffekt Wertentscheidungen sind. In jedem Fall ist dieser Paradigmenwechsel vom Wortlaut der Norm gedeckt.

---

803 *GA Tizzano,* Schlußanträge, Rs. C-53/00 (Ferring), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 59.

804 *GA Tizzano,* Schlußanträge, Rs. C-53/00 (Ferring), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 55.

805 Vgl. *Kommission,* Mitteilung zu den Leitlinien zur Anwendung der Art. 92 und 93 EGV auf staatliche Beihilfen im Luftverkehr, ABl. 1994, C 350, S. 5 ff.; *eadem,* Mitteilung zu den Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen im Seeverkehr, ABl. 1997, C 205, S. 5, Rdnr. 8.

806 Vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. a und d VO 2408/92/EWG des Rates vom 23. Juli 1992 über den Zugang von Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft zu Strecken des innergemeinschaftlichen Flugverkehrs, ABl. 1992, L 240, S. 8 ff.

807 RL 75/439/EWG über die Altölbeseitigung des Rates vom 16. Juni 1975, ABl. L 194, S. 23 ff.

808 *EuGH*, Rs. 240/83 (ADBHU), Slg. 1985, 531, Rdnr. 18.

809 *EuGH,* Rs. 234/84 (Kommission/Belgien – Meura), Slg. 1986, 2263, Rdnr. 14 ff.

810 *EuGH,* Rs. 40/85 (Kommission/Belgien – Boch), Slg. 1986, 2321, Rdnr. 13 ff.

811 Vgl. *Magiera,* in: FS-Rauschning, 269 (280 f.).

812 *GA Tizzano,* Schlußanträge, Rs. C-53/00 (Ferring), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 54.

813 *GA Tizzano,* Schlußanträge, Rs. C-53/00 (Ferring), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 82.

814 *GA Tizzano,* Schlußanträge, Rs. C-53/00 (Ferring), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 82.

815 *Bartosch,* NJW 2002, 3588 (3590).

816 Vgl. *Bartosch*, EuZW 2000, 333 (334ff.); *idem*, ZIP 1999, 1787 (1791); *idem,* NJW 2002, 3588 (3590); *Koenig*, EuZW 2001, 741 (744f.); *idem/Kühling*, EuZW 2000, 197; *idem/Sander*, EuR 2000, 743 (756ff.).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Allerdings ist auch bei dieser revolutionären Entscheidung zu konstatieren, daß der EuGH seinen Urteilsspruch letztendlich gefällt hat, ohne sich wirklich auf eine Auslegung des Art. 87 Abs. 1 EG einzulassen[817]. Insbesondere ist zu bedauern, daß der EuGH die Gelegenheit nicht genutzt hat, seine Position mit dem herausgehobenen Stellenwert der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu begründen. Auch hätte sich der EuGH durchaus mit den Urteilen des EuG in den Rechtssachen *FFSA* und *SIC* auseinandersetzen können[818]. Dem EuGH wurde zudem der Vorwurf gemacht, er habe die Faktenbasis nicht sorgfältig geklärt, i.e. er habe die Frage vernachlässigt, ob die Großhändler sich aus dem relevanten Markt zurückgezogen hätten, wenn diese die Zuwendung nicht bekommen hätten[819]. Dem ist jedoch zu entgegnen, daß GA Tizzano in seinen Schlußanträgen festgestellte, daß bereits eine Verdrängung der Großhändler eingesetzt hatte[820].

Die divergierenden Ergebnisse von EuGH und EuG haben ihren Ursprung in der Rollenverteilung beider Rechtsprechungsorgane. So ist das EuG traditionell mit Pragmatikern besetzt, die sich in erster Linie dem Wettbewerbsprinzip und damit dem Ziel der Realisierung des Binnenmarktes verpflichtet fühlen. Es ist daher nur natürlich, daß das EuG als die das Recht konsolidierende und verfeinernde Instanz der Vorstellung eines Beihilfensystems anhing, das auf starken Kontrollbastionen der Kommission fußt. Dagegen ist der EuGH vom Selbstverständnis her der Hort für die Visionäre und Reformer, denen es um die Integration der Gemeinschaft *in toto* zu tun ist[821]. Er steht als höchstes Gemeinschaftsgericht vor der Herausforderung, der institutionellen Dynamik der Gemeinschaftsrechtsordnung die Richtung zu weisen und Gestalt zu geben. Vor dem Hintergrund dieser Aufgabenteilung zwischen EuG und EuGH müssen auch die besagten beihilfenrechtlichen Entscheidungen bewertet werden. Die Entscheidung des EuG in *FFSA/Kommission* und *SIC/Kommission*, Art. 86 Abs. 2 EG in das beihilfenrechtliche Boot zu holen, ändern nichts am Grundschema, dem beihilferechtlichen Regel-Ausnahmeverhältnis sowie dem Genehmigungsvorbehalt der Kommission. Der das Beihilfenrecht revolutionierende Schritt blieb dem EuGH mit seinem Urteilspruch in der Rechtssache *Ferring* vorbehalten. Die Diskrepanzen zwischen EuG- und EuGH-Urteilen dürfen demgemäß nicht überbewertet werden. Sie liegen in Funktion und Natur der beiden Gemeinschaftsgerichte. Viel schwerer wiegt im Zweifel, wenn sich innerhalb des EuGH zwischen den einzelnen Kammern Diskrepanzen auftun.

Neben zustimmendem Echo[822], Überraschung[823] und Skepsis[824] erweckte die Rezeption in der Literatur teilweise den Eindruck, als hätten manche Autoren das *Ferring*-Urteil nicht wahrhaben wollen. Trotz der an sich eindeutigen Kurskorrektur wurde der Standpunkt vertreten, der EuGH habe sowohl die Tatbestandslösung als auch die Rechtfertigungslösung für gangbar erklärt[825]. Auch die Kommission, die in ihrer *Mitteilung betreffend Leistungen der*

817 *Nettesheim,* EWS 2002, 253 (259).

818 *Alexis,* RDUE 2002, 63 (101); *Nettesheim,* EWS 2002, 253 (259).

819 *Nicolaides,* ECLR 2002, 313 (314).

820 *GA Tizzano,* Schlußanträge, Rs. C-53/00 (Ferring), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 9.

821 Vgl. *EuGH,* Rs. 26/62 (Van Gend & Loos), Slg., 1963, 3; Rs. 6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, 1194; Rs. 29/69 (Stauder), Slg. 1969, 419; Rs. C-6/90 und C-9/90 (Francovich und Bonifaci) Slg. 1991, I-5357, Rdnr. 31.

822 Vgl. *Alexis,* RDUE 2002, 63 (102); *Bartosch,* NVwZ 2002, 174 (175); *Pünder,* NZBau 2003, 530 (532); *Quardt*, EuZW 2002, 424 (426).

823 *Sinnaeve,* EStAL 2003, 351 (353).

824 *Grespan,* Competition Policy Newsletter 2002, 17 (22); *Rizza,* Columbia Journal of European Law, 2003, 429 (430).

825 *Ruge,* EuZW 2002, 50 (51).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Daseinsvorsorge in Europa[826] sowie während des Verfahrens in der Rechtssache *Ferring* vehement gegen die Tatbestandslösung ausgesprochen hatte, reagierte eher verhalten. In ihrer ergänzenden Erklärung gegenüber dem Europäischen Rat in Sevilla[827] signalisierte die Kommission, daß sie gedenke, die weitere Entwicklung der Rechtsprechung erst einmal abzuwarten. Noch prononcierter kommt die Abneigung gegen die neue Auslegung in ihrem XXXI. Wettbewerbsbericht zum Ausdruck, wo sie zwar konstatiert, daß das gemeinschaftsrechtliche Beihilfensystem den Mitgliedstaaten Kompensationsmaßnahmen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse gestattet[828], ohne aber näher darzutun, ob nun aufgrund der Tatbestands- oder der Rechtfertigungslösung.

VII. Prolog

Das Verdikt der Sechsten Kammer des EuGH in der Rechtssache *Ferring* setzte eine publizistische und judikative Lawine in Gang. Einmalig in der Geschichte der europäischen Jurisdiktion[829] entzündete sich sogar ein offener Streit zwischen den GAen, die sich über mehrere Verfahren hinweg via Schlußanträge in einem Wechselspiel von Argument, Replik und Duplik einen äußerst heftigen Schlagabtausch lieferten. In den anhängigen Verfahren *Altmark*, *GEMO* und *Enirisorse* überkreuzten sich innerhalb kürzester Zeit die Schlußanträge der GAe und die Urteile des EuGH. Die Chronologie der Ereignisse präsentiert sich wie folgt: Auf die Schlußanträge von GA Léger in der Rechtsache *Altmark*, welcher den EuGH aufforderte, seine Rechtsauffassung zu revidieren[830], retaliierte GA Jacobs mit seinen Schlußanträgen in der Rechtssache *GEMO* und brachte den sogenannten Transparenzansatz ins Spiel. Zwischenzeitlich hatte der EuGH per Beschluß vom 18. Juni 2002 das mündliche Verfahren in der Rechtssache *Altmark* wieder eröffnet, um allen Beteiligten Gelegenheit zu geben, zu den Auswirkungen des *Ferring*-Urteils Stellung zu nehmen[831]. GA Léger nutzte diese ungewöhnliche Gelegenheit, um noch einmal auf die Schlußanträge von GA Jacobs hin nachzulegen[832]. In beiden Schlußanträgen warf er dem EuGH Kompetenzüberschreitung vor, sollte dieser auf der *Ferring*-Linie beharren[833]: Das *Ferring*-Urteil konterkariere die konkreten Lösungen, welche Kommission[834] und Mitgliedstaaten[835] für den Sektor der Daseinsvorsorge

826 *Kommission,* Mitteilung vom 20. September 2000 betreffend Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, KOM (2000), 580 endg., Rdnr. 26.

827 *Kommission*, Bericht vom 5. Juni 2002 für den Europäischen Rat in Sevilla über den Stand der Arbeiten im Bereich der Leitlinien für staatliche Beihilfen im Rahmen der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, KOM (2002), 280 endg.

828 *Kommission, XXXI.* Bericht über die Wettbewerbspolitik 2001, Rdnr. 492; abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/2001/de.pdf.

829 Vgl. *Lübbig/Martín,* Beihilfenrecht der EU, Rdnr. 84.

830 *GA Léger,* Schlußanträge vom 19. März 2002, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 61 ff.

831 *EuGH,* Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 70.

832 *GA Léger*, Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 93.

833 *GA Léger*, Schlußanträge vom 19. März 2002, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnrn. 95, Fn. 101; 97.

834 *Kommission*, Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl. 1996, C 281, S. 3ff.; *eadem,* Mitteilung, ABl. 2001, C 17, S. 4 ff.; *eadem,* Bericht für den Europäischen Rat in Laeken vom 17. Oktober 2001 über Leistungen der Daseinsvorsorge, KOM (2001), 598 endg., Rdnr. 2.1.1.1.

835 *Vorsitz des Europäischen Rates (Laeken)*, Schlußfolgerungen vom 14.-15. Dezember 2001, Rdnr. 26; *Vorsitz des Europäischen Rates (Barcelona)*, Schlußfolgerungen vom 15.-16. März 2002, Rdnr. 42; *Vorsitzes des Europäischen Rates (Sevilla),* Schlußfolgerungen vom 21.-22. Juni 2002, Rdnr. 54.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

anvisiert hatten[836]. Der GA befürchtete daher, daß das *Ferring*-Urteil die Bemühungen der zuständigen Stellen um die zukünftige Ausrichtung der Gemeinschaftspolitik zu diesem Problem zunichte gemacht habe[837]. Auch in der Literatur regten sich Zweifel an dieser richterlichen Rechtsschöpfung[838]. Auf diese Kritik meldete sich GA Stix-Hackl mit ihren Schlußanträgen zur Rechtssache *Enirisorse* zu Wort und leistete GA Jacobs Schützenhilfe. Die Spannung erreicht ihren Höhepunkt – schließlich ging es um nicht weniger als die Zukunft der Daseinsvorsorge in Europa[839], deren Ausgestaltung wiederum ein zentrales Thema der Debatte über das europäische Gesellschaftsmodell ist[840] –, als die Kommission die Arbeiten an ihrem in Aussicht gestellten[841] gemeinschaftsrechtlichen Rahmen für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse bis zum Erlaß des *Altmark*-Urteils aussetzte[842]. Daraufhin erließ der EuGH nacheinander die Urteile in den Rechtssachen *Altmark*, *GEMO* und *Enirisorse*.

VIII. Urteil des EuGH in der Rechtssache Altmark

1. Sachverhalt

Am 27. Oktober 1994 hatte das Regierungspräsidium Magdeburg der Altmark Trans die Genehmigung erteilt, Personen auf den regionalen Überlandlinien im Landkreis Stendal mit Omnibussen zu befördern. Durch die Genehmigung wird der Beförderer verpflichtet, nur die zugelassenen Fahrpreise zu erheben, den genehmigten Fahrplan einzuhalten und der ihm gesetzlich auferlegten Betriebs- und Beförderungspflicht nachzukommen. Als Gegenleistung erhält der Beförderer eine Rechtsstellung, die einem Ausschließlichkeitsrecht nahe kommt, da während der Gültigkeitsdauer der Genehmigung kein Verkehr auf derselben Linie genehmigt wird. Als dem Konkurrenzunternehmen NVG Altmark die Genehmigung verweigert wurde, beschritt diese den Instanzenweg. Daraufhin begehrte das BVerwG vom EuGH gemäß Art. 234 EG unter anderem zu wissen, ob mitgliedstaatliche Zuschüsse zum Defizitausgleich im öffentlichen Personennahverkehr dem Beihilfenverbot des Art. 87 Abs. 1 EG unterliegen[843].

836 *GA Léger*, Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 72.

837 *GA Léger*, Schlußanträge vom 19. März 2002; Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 97.

838 *Kämmerer,* NVwZ 2004, 28 (33).

839 *Franzius,* NJW 2003, 3029 (3029).

840 *Kommission,* Mitteilung vom 12. Mai 2004 an das EP, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuß und den Ausschuß der Regionen „Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“, KOM (2004), 374 endg., Rdnr. 1.

841 *Kommission*, Bericht vom 17. Oktober 2001 für den Europäischen Rat in Laeken – Leistungen der Daseinsvorsorge, KOM (2001), 598 endg., Rdnr. 28 f.; *eadem, XXXI.* Bericht über die Wettbewerbspolitik 2001, SEK (2002), 462 endg., Rdnr. 493;
abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/2001/de.pdf.

842 *Kommission*, Bericht vom 16. Juni 2002 über den Stand der Arbeiten im Bereich der Leitlinien für staatliche Beihilfen im Rahmen der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, KOM (2002), 280 endg., Rdnrn. 10, 16; *eadem,* Bericht der Kommission vom 27. November 2002 über den Stand der Arbeiten betreffend die Leitlinien für staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, KOM (2002), 636 endg., Rdnr. 3.

843 *EuGH,* Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 31; GA *Léger,* Schlußanträge vom 19. März 2002, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnrn. 15, 21, 22, 23, 27.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Position des EuGH

Der EuGH bekannte sich erneut zur *Ferring*-Entscheidung[844], stellte jedoch zur Konkretisierung der Tatbestandslösung einen Kritierienkatalog auf[845]:

Erstens müsse das begünstigte Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein, und diese Verpflichtungen müßten klar definiert sein[846]. Das nationale Gericht habe jeweils zu prüfen, ob sich die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen eindeutig aus den nationalen Rechtsvorschriften ergeben[847]. Zweitens müßten objektiv und transparent diejenigen Parameter aufgestellt werden, anhand derer die Kompensation berechnet wird, um zu verhindern, daß eine Überkompensation das Empfängerunternehmen gegenüber seinen Konkurrenten begünstigt[848]. Gleiche daher ein Mitgliedstaat, ohne zuvor die Parameter dafür aufgestellt zu haben, die Verluste eines Unternehmens aus, so stellt diese ein Intervention eine staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG dar[849]. Drittens dürfe die Kompensation nicht über das hinausgehen, was erforderlich sei, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken[850]. Wenn viertens die Wahl des Unternehmens im konkreten Fall nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt, so sei die Höhe der erforderlichen Kompensation – unter Berücksichtigung von erzielten Einnahmen und einem angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen – auf Grundlage einer Analyse derjenigen Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte[851].

Im Umkehrschluß betonte der EuGH, daß eine staatliche Maßnahme, die eine oder mehrere dieser Voraussetzungen nicht erfülle, automatisch eine staatliche Beihilfe im Sinne dieser Norm darstelle[852].

3. Analyse und Bewertung

a. Bekenntnis des EuGH zum Transparenzansatz

Die mehrheitlich positiv aufgenommene[853] *Altmark*-Entscheidung konsolidiert den in *Ferring* eingeleiteten Auslegungswechsel (*fine-tuned variant of Ferring*[854])[855]. Es wäre allerdings zu kurz gegriffen zu sagen, die Tatbestandslösung triumphiere über die Rechtferti-

844 *EuGH,* Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 86.
845 *EuGH,* Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 88.
846 *EuGH,* Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 89.
847 *EuGH,* Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 89.
848 *EuGH,* Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 90.
849 *EuGH,* Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 91.
850 *EuGH,* Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 92.
851 *EuGH,* Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 90.
852 *EuGH,* Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 94.
853 Vgl. *Bultmann,* Beihilfenrecht und Vergaberecht, 31; *Hetzel,* Gemeinwohlsicherung im Rahmen von Marktöffnungsprozessen*, 214* ff.; *Koenig/Pfromm,* NZBau 2004, 375 (379); *Knauff,* VR 2004, 296 (301); *Thouvenin/Lorieux*, Revue du Marché Commun et de l'Union européenne 2003, 633 (633).
854 *Rizza,* Columbia Journal of European Law, 2003, 429 (439).
855 *Bartosch,* EuZW 2004, 295 (300); *Franzius,* NJW 2003, 3029 (3030); *Gas/Rücker,* DÖV 2004, 56 (60); *Werner/Köster,* EuZW 2003, 503 (503); *Winter,* CMLR 2004, 475 (501).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gungslösung[856]. Als Sieger aus dem Streit um die Zulässigkeit von staatlichen Kompensationszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse geht vielmehr der von GA Jacobs in der Rechtssache *GEMO* vorgeschlagene *new deal* des Transparenzansatzes hervor[857].

In *GEMO* hatte GA Jacobs argumentiert, daß es keine Wettbewerbsverfälschung gibt, soweit die staatliche Zuwendung und die Gemeinwohlverpflichtungen ein *Saldo von Null* ergeben[858]. Wenn der Staat Waren oder Dienstleistungen einkauft, so liegt eine staatliche Beihilfe nur dann vor, wenn der hierfür gezahlte Preis den Marktpreis übersteige. Es sei nicht ersichtlich, warum etwas anderes in Fällen gelten sollte, in denen der Staat Dienstleistungen gegen Entgelt in Anspruch nimmt, die der Allgemeinheit gegenüber zu erbringen seien[859].

Sodann hatte GA Jacobs vorgeschlagen, danach zu differenzieren, wie der Zusammenhang zwischen der gewährten Kompensation und den auferlegten Gemeinwohlverpflichtungen ausgestaltet ist[860]: Die erste Kategorie umfasse diejenigen Fälle, in denen die Kompensation eindeutig eine Gegenleistung für klar definierte Gemeinwohlverpflichtungen darstellt[861] bzw. in denen der *Zusammenhang* zwischen der vom Mitgliedstaat gewährten Zuwendung und der auferlegten klar definierten Gemeinwohlverpflichtung *unmittelbar und offensichtlich* ist[862]. *Paradebeispiel* für einen derartigen unmittelbaren, offensichtlichen Zusammenhang sei ein öffentlicher Auftrag, welcher nach *Durchführung eines vergaberechtlichen Verfahrens* vergeben wurde: Hier würden ein und derselbe Vertrag die Verpflichtungen der Unternehmen und die Vergütung, die sie als Gegenleistung erhalten, festgelegt werden[863]. Von dieser Kategorie erfaßte Fälle sollten nach Ansicht des GA nach der Tatbestandslösung beurteilt werden[864]. Demgegenüber sollten staatliche Maßnahmen dem Beihilfenansatz unterfallen, bei denen der Zusammenhang zwischen der staatlichen Kompensation und den auferlegten Gemeinwohlverpflichtungen entweder nicht unmittelbar oder nicht offensichtlich ist[865].

Der *Altmark*-Katalog bedeutet insgesamt eine nachhaltige Verschärfung der beihilferechtlichen Anforderungen[866]. Sowohl der erste Parameter (Betrauung mit einem konkret definierten Gemeinwohlauftrag)[867] als auch der dritte Parameter (Leistungsäquivalenz)[868] waren bereits im *Ferring*-Urteil als notwendige Voraussetzung für die Zulässigkeit von staatlichen Kompensationszahlungen für die Erbringung Dienstleistungen von allgemeinem Interesse anerkannt worden. Neu hinzugekommen sind jedoch der zweite (konkreter Kompensationsvoranschlags) und der vierte Parameter (Vermutung für Einhaltung des Transparenzgebots durch ein Ausschreibungsverfahren bzw. eine äquivalente Kostenanalyse) anzusehen. In

856 *Alexis,* RDUE 2002, 63 (106).

857 Vgl. *Franzius,* NJW 2003, 3029 (3030); *Gas/Rücker,* DÖV 2004, 56 (61); *v. Ysendyck/Zühlke,* RIW 2003, 717 (718).

858 *GA Jacobs,* Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 115; vgl. *Quardt,* EuZW 2002, 424 (427).

859 *GA Jacobs,* Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 115.

860 *GA Jacobs,* Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 118.

861 *GA Jacobs,* Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 119.

862 *GA Jacobs,* Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 119.

863 *GA Jacobs,* Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, , I-14527 Rdnr. 119.

864 *GA Jacobs,* Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 11

865 *GA Jacobs,* Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 120.

866 *v. Ysendyck/Zühlke,* RIW 2003, 717 (718).

867 Vgl. *Kommission,* Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa vom 20. September 2000, ABl. 2001, C 17, S. 4 ff., Rdnr. 14.

868 Vgl. *Kommission,* Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa vom 20. September 2000, ABl. 2001, C 17, S. 4 ff., Rdnr. 23.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

struktureller Hinsicht ist hierbei das Verhältnis des zweiten und vierten Parameters zu dem dritten Parameter (Leistungsäquivalenz) hervorzuheben. Denn trotz der paritätischen Aufzählung der Parameter durch den EuGH logieren die Kriterien nicht sämtlich auf der gleichen Ebene. Vielmehr ist eine logische Hierarchie unter den einzelnen Kriterien auszumachen. Sie stehen zueinander in einer Beziehung der Finalität.

Dabei greifen die Elemente dieser Kriterienkette folgendermaßen ineinander: Um das dritte Kriterium der Leistungsäquivalenz zwischen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und mitgliedstaatlicher Kompensation zu gewährleisten, hat der Mitgliedstaat zuförderst für die Einhaltung des zweiten Kriteriums, i.e. Transparenz und Publizität, zu sorgen. Diese wiederum läßt sich realisieren, so die Vermutung des vierten Kriteriums, wenn ein Ausschreibungsverfahren oder eine äquivalente Kostenanalyse durchgeführt wird. Eine Überkompensation ist per se ausgeschlossen, wenn die Betrauung mit einer Gemeinwohlverpflichtung samt mitgliedstaatlicher Kompensation im Wege eines Ausschreibungsverfahrens vergeben wurde. Mithin wird das Ausschreibungsverfahren instrumentalisiert, um unmittelbar Transparenz und mittelbar Leistungsäquivalenz zu erreichen. Zum Maßstab für das materielle Merkmal des wirtschaftlichen Vorteils wird das verfahrensrechtliche Kriterium eines Ausschreibungsverfahrens[869].

Dem *Altmark*-Urteil sowie dem von GA Jacobs vorgeschlagenen Transparenzansatz ist gemeinsam, daß die beihilfenrechtlich relevante Spreu vom Weizen der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse mithilfe von Publizität und Transparenz getrennt wird. Der zweite und der vierte Parameter des *Altmark*-Urteils konkretisieren die von GA Jacobs favorisierte Zweiteilung gemäß dem Kriterium des unmittelbaren und offensichtlichen Zusammenhangs. Über die von GA Jacobs[870] postulierten klar definierten Gemeinwohlverpflichtungen hinaus fordert der EuGH nun von den Mitgliedstaaten eine genaue Prognose und Bezifferung der konkreten Kostenfaktoren[871]. Damit dürfte auch die These entkräftet sein, das *Altmark*-Urteil folge keiner der drei Theorien, die von den GAen vorgeschlagen wurden[872]. Gleiches gilt für die Position[873], zwischen der Tatbestandslösung des EuGH in *Ferring* und dem von GA Jacobs vorgeschlagenen und in *Altmark* adoptierten Transparenzansatz bestehe kein substantieller Unterschied. Tatsächlich geht der Transparenzansatz über die im *Ferring*-Urteil postulierten Kriterien (Betrauung mit einer Gemeinwohlaufgabe und Verbot der Überkompensation) weit hinaus. Schließlich war der Tatbestandslösung bereits genüge getan, wenn die Unternehmen nachweisen konnten, daß die zu kompensierenden Kosten auch tatsächlich angefallen und für die konkrete Bereitstellung der Dienstleistungen auch erforderlich waren. Die Nettomehrkosten der Großhändler im Fall *Ferring* waren nicht *vor* Erlaß der Direktverkaufsabgabe ermittelt worden[874].

Obwohl das *Altmark*-Urteil die Schlußanträge von GA Léger nicht ausdrücklich erwähnt, ist der Kriterienkatalog als eine Reaktion des EuGH auf die dort vorgebrachten materiellen Bedenken gegen die Tatbestandslösung zu werten. Dieser hatte kritisiert, daß die Tatbestandslösung des *Ferring*-Urteils im direkten Vergleich mit den Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 86 Abs. 2 EG eine inhaltlich laschere Beihilfenkontrolle zur Konsequenz habe[875]: Nach

869 *Kämmerer,* NVwZ 2004, 28 (33).

870 *GA Jacobs,* Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 119.

871 *v. Ysendyck/Zühlke,* RIW 2003, 717 (718).

872 *Sinnaeve,* EStAL 2003, 351 (362).

873 *Bartosch,* NJW 2002, 3588 (3590).

874 *v. Ysendyck/Zühlke,* RIW 2003, 717 (718).

875 *GA Léger*, Schlußanträge vom 19. März 2002; Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnrn. 87, 90.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dem *Ferring*-Ansatz, der lediglich auf die Mehrkosten-Kompensation-Äquivalenz abstellt, sei nicht zu überprüfen, wie sonst vom EuGH gefordert[876], ob die Gemeinwohlverpflichtungen für das betroffene Unternehmen hinreichend spezifisch und konkret sind[877] und ob sie mit dem Ziel der Dienstleistung von allgemeinem Interesse hinreichend in Zusammenhang stünden und unmittelbar zur Befriedigung dieses Interesses beitrügen[878]. Außerdem sahen GA Léger[879], GA Jacobs[880] und Teile der Literatur[881] nicht gewährleistet, daß die im *Ferring*-Urteil postulierte Äquivalenz mit der in Art. 86 Abs. 2 S. 2 EG verankerten Verhältnismäßigkeitsprüfung identisch ist. Im übrigen enthalte das Urteil *Ferring* keine Bedingungen in Bezug auf die Auswirkung auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten[882].

Der zweite und der vierte Parameter des *Altmark*-Katalogs, insbesondere das Erfordernis eines Ausschreibungsverfahrens, machen eine Verhältnismäßigkeitsprüfung im Sinne von Art. 86 Abs. 2 S. 2 EG jedoch obsolet. Denn die Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens garantiert, daß die staatliche Zuwendung den Marktpreis für die jeweilige Dienstleistung reflektiert[883]. Unter Bedingungen unvollständiger Information ist der einzige Weg für öffentliche Auftraggeber, eine Überkompensation und damit wettbewerbsverzerrende Quersubventionen zu verhindern, die Auktionierung der Gemeinwohlverpflichtung[884]. Mitgliedstaatliche Maßnahmen, die eine Kompensation für Gemeinwohlverpflichtungen in Aussicht stellen nach Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens, sind keine Beihilfe[885].

Außerdem war moniert worden, daß der Transparenzansatz nicht in hinreichendem Maße Rechtssicherheit gewährleiste, da das Kriterium des unmittelbaren und offensichtlichen Zusammenhangs zu vage sei[886]. Das Kriterium müsse erst im Wege einer *case-by-case*-Lösung vom EuGH präzisiert und konkretisiert werden[887]. Hierauf ist jedoch zu erwidern, daß die Gefahr differierender Interpretationen in den Mitgliedstaaten nicht die Einführung einer materiell richtigen Auslegung von Gemeinschaftsrecht zu verhindern vermag. Dies gilt um so mehr für den vorliegenden Fall, da es sich hierbei um ein *objektives Kriterium* handelt, bei dessen Auslegung keinerlei Rückgriff auf subjektive Elemente genommen werden muß. Zwar ist das Kriterium des unmittelbaren und offensichtlichen Zusammenhangs ein unbestimmter Rechtsbegriff und als solches ausfüllungsbedürftig. Aber zum einen ist es die Aufgabe der Gemeinschaftsgerichte, die wegen ihrer Flexibilität regelungstechnisch wünschenswerten unbestimmten Rechtsbegriffe zu konkretisieren. Zum anderen bedurfte es mit der *Altmark*-Entscheidung lediglich eines Urteils, um das Kriterium des unmittelbaren und offensichtlichen Zusammenhangs zu konkretisieren. Selbst wenn man die Definitionen des *Altmark*-Katalogs für nicht ausreichend hält, so ist nicht an der Entschlossenheit des EuGH zu zwei-

876 *EuGH,* Rs. C-157/94 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, I-5699, Rdnr. 69 f.
877 *GA Léger*, Schlußanträge vom 19. März 2002; Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 89.
878 *GA Léger*, Schlußanträge vom 19. März 2002; Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 89.
879 *GA Léger*, Schlußanträge vom 19. März 2002; Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 89.
880 *GA Jacobs,* Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 116.
881 *Rizza,* Columbia Journal of European Law, 2003, 429 (436).
882 *GA Léger*, Schlußanträge vom 19. März 2002, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 89.
883 *Alexis,* RDUE 2002, 63 (106).
884 *Koenig,* BB 2003, 2185 (2185); *Nicolaides,* Intereconomics 2002, 190 (195); *Travers,* EStAL 2003, 387 (391).
885 *Gas/Rücker,* DÖV 2004, 56 (62); *Nicolaides,* Intereconomics 2002, 190 (195).
886 *GA Léger*, Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 86; *Michaels/Kühschelm,* EuZW 2003, 520 (520); *Reuter,* ZIP 2002, 737 (743); *Rizza,* Columbia Journal of European Law, 2003, 429 (442).
887 *GA Léger*, Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 90.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

feln, diesen im Bedarfsfall noch weiter zu präzisieren[888]. Im übrigen ist darauf hinzuweisen, daß der *status quo ante* keine zufriedenstellenden Ergebnisse gebracht hat. Schließlich hatte die expansive Auslegungspraxis der Kommission („metastasenhafter Ausdehnung des Beihilfentatbestandes"[889]) den Ruf nach mehr Voraussehbarkeit des Beihilfenbanns laut werden lassen. Das *Altmark*-Urteil kann daher ein deutliches Plus an Rechtssicherheit für die beihilferechtlichen Bewertung staatlicher Kompensationsmaßnahmen für Gemeinwohlverpflichtungen verbuchen[890].

Das *Altmark-Urteil* bietet Kommission und Wettbewerbern in vielerlei Hinsicht die Möglichkeit, gegen potentiell unzulässige mitgliedstaatliche Zuwendungen vorzugehen. Gerügt werden kann die Nichtdurchführung eines Ausschreibungsverfahrens, der Gemeinwohlcharakter der übertragenen Ausgabe, die mangelhafte Durchführung des Ausschreibungsverfahrens sowie die Korrektheit des mitgliedstaatlichen Kompensationsvoranschlags.

b. Regel-/Ausnahmeverhältnis von Ausschreibungsverfahren und Kostenanalyse

Es ist allerdings zu bedauern, daß sich der EuGH nicht absoluter und uneingeschränkter für das Ausschreibungsverfahren ausgesprochen hat. Zwar ist bei umfangreichen und komplexen öffentlichen Aufträgen ein Bedürfnis nach mehr Flexibilität des Vergabeverfahrens spürbar[891]. Anstatt jedoch die Kostenanalyse klar als eine Unterausnahme zum Grundsatz des Ausschreibungsverfahrens zu formulieren, die durch Besonderheiten der jeweiligen Branche bzw. Transaktion gerechtfertigt werden muß, erweckt das *Altmark*-Urteil den Eindruck, als sei die Kostenanalyse gleichermaßen geeignet, die Ziele Transparenz und Leistungsäquivalenz zu erreichen. Zwar deuten Formulierungen auf eine Präferenz des EuGH für das Ausschreibungsverfahren als Kompensationsmethode hin[892]. Trotzdem erscheinen Ausschreibungsverfahren und Kostenanalyse im Kriterienkatalog, als zwei gleichberechtigte Alternativen[893]. Dies geht auf die Schlußanträge von GA Jacobs zurück, der es für unverhältnismäßig gehalten hatte, stets ein öffentliches Auftragsverhältnis zwischen Staat und Leistungserbringer zu verlangen[894]. Obwohl teilweise darauf hingewiesen wird, daß im Einzelfall durchaus auch andere Methoden der Betrauung eine adäquate Vergütung garantieren könnten[895], gewährleistet die Kostenanalyse jedoch nicht in gleichem Maße Marktangemessenheit wie das offene Ausschreibungsverfahren[896]. Die „Simulation von Wettbewerbsbedingungen"[897] ist eben nur ein schlechter Ersatz für echten Wettbewerb. Insoweit ist mehr als bezeichnend, daß GA Léger als Beispiel für einen unmittelbaren und offensichtlichen Zusammenhang nur die Durchführung eines Vergabeverfahrens eingefallen war[898].

888 *v. Ysendyck/Zühlke,* RIW 2003, 717 (719).

889 *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht der EU, Rdnr. 12.

890 *Bartosch,* EuZW 2004, 295 (300).

891 Vgl. *Kommission,* Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des EP und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, KOM (2002), 236 endg., ABl. 2002, C 203, S. 210 ff., zu Abänderungen 137, 138.

892 *Bremer/Wünschmann,* WiVerw 2004, 51 (63); *Travers,* EStAL 2003, 387 (390).

893 Vgl. *Kühling/Wachinger,* NVwZ 2003, 1202 (1203); *Sinnaeve,* EStAL 2003, 351 (357).

894 *GA Jacobs,* Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 129.

895 *GA Stix-Hackl*, Schlußanträge, Rs. C-34/01 bis C-38/01 (Enirisorse), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 157; *Stix-Hackl/Gardette,* in: Une Communauté de droit, 473 (484).

896 *Zeiss,* EWS 2003, 114 (117).

897 *Koenig,* BB 2003, 2185 (2187).

898 *GA Léger*, Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 86.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Bei Zugrundelegung *durchschnittlicher* Belastungen sind Subventionen ineffizienter Strukturen nun einmal nicht zu vermeiden[899]. Außerdem sind Schwierigkeiten bei der Anwendung des Begriffs eines „durchschnittlich gut geführten Unternehmens" gleichsam vorprogrammiert[900]. Schließlich können die Faktoren, welche für die vom EuGH geforderte „angemessene Ausstattung" relevant sind, nicht nur von Branche zu Branche, sondern von Unternehmen zu Unternehmen variieren[901]. Dazu kommt, daß es für eine Reihe von Gemeinwohlverpflichtungen kein Vorbild in der Privatwirtschaft gibt, so daß sich ein Blick auf die Kostenstruktur eines durchschnittlich gut geführten privaten Referenzunternehmens erübrigt[902]. Es läßt sich also trefflich darüber streiten, ob als Vergleichsmaßstab öffentliche Unternehmen oder die Privatunternehmen heranzuziehen sind[903]. In jedem Fall ist die Kostenanalyse ein hochkomplexes Verfahren, da sämtliche Vorteile des begünstigten Unternehmens berücksichtigt werden, von materiellen Vorteilen wie Einsparungen durch ein erhöhtes Absatzvolumen bis zu immateriellen Vorteilen wie positiven *branding*-Effekten[904]. Es verwundert nicht, daß der EuGH es unterließ, den Vergleichsmaßstab „durchschnittliches geführtes Unternehmen" näher zu konkretisieren[905]. Auch die in der Literatur vorgebrachten Konkretisierungsversuche wie „Median-Maßstab und *benchmarking*-Analyse"[906] bleiben lediglich Worthülsen. Angesichts dieser Unwägbarkeiten sollte die Kostenanalyse den öffentlichen Auftraggeber lediglich im Ausnahmefall gestattet sein[907]. In jedem Fall muß sie sich im Hinblick auf Objektivität an dem Maßstab des Ausschreibungsverfahrens messen lassen. In diesem Zusammenhang verbleibt nach dem *Altmark*-Urteil unnötigerweise ein Stück weit Rechtsunsicherheit. Dies dürfte der Grund sein, warum die Kommission, die das *Altmark*-Urteil insgesamt begrüßt, noch partiell Klärungsbedarf sieht[908].

Da ist es nur ein schwacher Trost, daß sich der EuGH in der *Altmark*-Entscheidung bezüglich der zu kompensierenden Kosten zu einem objektiven Maßstab bekannte[909]. Im *Ferring*-Urteil hatte die Formulierung „tatsächlich für die Erfüllung ihrer gemeinwirtschaftlichen Pflichten entstandenen zusätzlichen Kosten" Anlaß zur Befürchtung gegeben, der EuGH wolle die *subjektiven, tatsächlich angefallenen Kosten* des mit der Gemeinwohlaufgabe betrauten Unternehmens ersetzt wissen[910]. Dann hätte das Unternehmen mit der höchsten internen Kostenstruktur die proportional höchste Zuwendung bekommen[911]. Nach dem *Altmark*-Urteil werden sich Bieterunternehmen, dessen subjektive tatsächliche Kosten höher sind als die sei-

899 *Gundel,* RIW 2002, 222, (228).

900 *Gross,* Das europäische Beihilfenrecht im Wandel, 162; *Sinnaeve,* EStAL 2003, 351 (358); *Travers,* EStAL 2003, 387 (392); *v. Ysendyck/Zühlke,* RIW 2003, 717 (719).

901 *v. Ysendyck/Zühlke,* RIW 2003, 717 (719).

902 *Bartosch,* EuZW 2004, 295 (300); *Koenig/Haratsch,* ZUM 2003, 804 (811); *Sinnaeve,* EStAL 2003, 351 (358).

903 *Werner/Köster,* EuZW 2003, 503 (504).

904 *Koenig,* BB 2003, 2185 (2187); *Kühling/Wachinger,* NVwZ 2003, 1202 (1203).

905 *Travers,* EStAL 2003, 387 (390, 391); *Werner/Köster,* EuZW 2003, 503 (504).

906 *Kühling/Wachinger,* NVwZ 2003, 1202 (1203).

907 Vgl. *Bremer/Wünschmann,* WiVerw 2004, 51 (63).

908 *Kommission,* Mitteilung vom 12. Mai 2004 an das EP, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuß und den Ausschuß der Regionen „Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse", KOM (2004), 374 endg., Anhang 2, Rdnr. 8.

909 *EuGH,* Rs. 280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 95; vgl. *Koenig/Haratsch,* ZUM 2003, 804 (811).

910 *Koenig,* BB 2003, 2185 (2187); *idem/Haratsch,* ZUM 2003, 804 (810); *idem/Kühling,* DVBl. 2003, 289 (293); *idem/Wachinger,* NVwZ 2003, 1202 (1203); *Nettesheim,* EWS 2002, 253 (262); *Nicolaides,* Intereconomics 2002, 190 (197).

911 *Rizza,* Columbia Journal of European Law, 2003, 429 (437).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ner Wettbewerber und Konkurrenten, nicht im Ausschreibungsverfahren durchsetzen können. Dieser Vorzug des *Altmark*-Urteils kommt jedoch nur bei Durchführung des Ausschreibungsverfahrens zum Tragen, nicht jedoch bei der Kostenanalyse.

c. Problemzonen des Altmark-Urteils

Das *Altmark*-Urteil antwortet auch nicht auf die gegen Tatbestandslösung und Transparenzansatz vorgebrachten dogmatischen Einwände[912]. Nach Ansicht von GA Léger raubt nämlich die Interpretation *à la Ferring* den Ausnahmebestimmungen Art. 86 Abs. 2 EG und entsprechend auch Art. 87 Abs. 3 EG sowie Art. 73 EG ihrer Nützlichkeit[913] und macht sie im Endeffekt überflüssig[914]. Auch die von GA Léger vorgetragenen praktischen Bedenken gegen die Tatbestandslösung und Transparenzansatz zerstreute der EuGH nicht. So hatte sich GA Léger das drohende Kontrolldefizit hingewiesen, wenn der Kommission die Kontrolle über die staatlichen Kompensationsmaßnahmen entzogen werden[915]. In diesem Zusammenhang wird dem zu Recht EuGH vorgeworfen, er habe sich nicht wirklich mit den Gegenargumenten befaßt und sein Verdikt nicht ausreichend begründet[916]. Die Validität dieses Vorwurfs soll im sich an die Darstellung der bisherigen Rechtsprechung anschließenden analytischen Teil untersucht werden[917]. Ebensowenig nahm der EuGH Hinweis von GA Jacobs auf, es gelte die Bedeutung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, wie sie in Art. 16 EG und Art. 36 der GR-Charta[918] anerkannt sei, ein angemessenes Gewicht zu verleihen[919].

d. Ausschreibungsverfahren im Sinne der Vergaberichtlinien

Ebenso wie die Kommission[920] lieferte der EuGH im *Altmark*-Urteil keine Definition des beihilfenrechtlichen Ausschreibungsverfahrens [921]. Allerdings verwies der EuGH im *Altmark*-Urteil auf „den Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge“[922]. Es scheint, als habe er damit die Gleichschaltung der beihilfen- und vergaberechtlichen Verfahrens angeordnet. Denn mit diesem Rahmen können nur die in den Vergaberichtlinien niedergelegten Verfahrensvorschriften gemeint sein. Vorgemacht hatte dies GA Jacobs, der an zwei Stellen seiner Schlußanträge Rückgriffe auf die „Durchführung der Verfahren über die Vergabe öffentlicher Aufträge“ genommen hatte[923]. In ihrem XXXI. Wettbewerbsbericht hatte sich die Kommission auf folgenden Standpunkt gestellt: Entspricht ein Vertrag, mit dem eine nationale Behörde die Erbringung einer Leistung der Daseinsvorsorge einem Dritten über-

912 *GA Léger*, Schlußanträge vom 19. März 2002; Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 76.

913 *GA Léger*, Schlußanträge vom 19. März 2002; Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnrn. 79, 82, 83, 86, Fn. 78.

914 *GA Léger*, Schlußanträge vom 19. März 2002; Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 85; Vgl. *GA Jacobs,* Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 116.

915 *GA Léger*, Schlußanträge vom 19. März 2002, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 91, 93.

916 *Gas/Rücker,* DÖV 2004, 56 (60); *Stix-Hackl/Gardette,* in: Une Communauté de droit, 473 (486).

917 Infra: S. 145 ff.

918 EU-Grundrechtscharta vom 7. Dezember 2000, ABl. 2000, C 364, S. 1 ff.

919 *GA Jacobs,* Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 124.

920 Vgl. *Komission,* Entscheidung vom 14. Oktober 1998 (SMC), ABl. 1999, L 198, S. 1 ff., Rdnrn. 5.2.1 u. 5.2.3; *eadem,* Entscheidung vom 20. Dezember 2001 (Georgsmarienhütte), ABl. 2002, L 105, S. 33 ff., Rdnr. 35ff.; *eadem,* Entscheidung vom 11. April 2000 (Centrale del Latte di Roma), ABl. 2000, L 265, S. 15, Rdnr. 28ff.

921 *Sinnaeve,* EStAL 2003, 351 (357).

922 *EuGH,* Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 93.

923 *GA Jacobs,* Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnrn. 119, 129.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

trägt, den in den Vergaberichtlinien vorgesehenen Bedingungen, so stellt er einen öffentlichen Auftrag im Sinne dieser Richtlinien dar, so daß die Normen der erwähnten Richtlinien beachtet werden müßten[924]. Das Diktum des EuGH indiziert daher, daß sich das beihilfenrechtliche Ausschreibungsverfahren an den Vergaberichtlinien zu orientieren hat[925].

Zwar wird in diesem Zusammenhang eingeworfen, daß eine generelle Ausschreibungspflicht dem Gemeinschaftsrecht fremd sei[926]. Es ist jedoch keineswegs unüblich, ein materielles Tatbestandsmerkmal, *in casu* Vorliegen eines wirtschaftlichen Vorteils, durch ein formelles Kriterium, *in concreto* die Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens, zu konkretisieren. Des weiteren wurde auf die Diskrepanzen zwischen den beihilfe- und vergaberechtlichen Fristen hingewiesen[927]. Als Maßstab sollten jedoch die Fristen des Vergaberechts herangezogen werden. Denn diese sind gerade dazu konzipiert, einen reibungslosen Ablauf des Vergabeverfahrens zu gewährleisten[928]. Zweifel an der Parallelität der Verfahren könnten sich aus der Tatsache ergeben, daß das vergaberechtliche Normengerüst, erst ab dem Überschreiten gewisser Schwellenwerte zum Tragen kommt. Allerdings sind unterhalb der Schwellenwerte schwerlich Fälle denkbar, die alle Tatbestandsmerkmale des Art. 87 Abs. 1 EG erfüllen und damit beihilfenrechtlich relevant sein könnten. Bei diesen Auftragsvolumina wird sich kaum eine Beeinträchtigung des inter-mitgliedstaatlichen Handels festzustellen lassen.

Gleichwohl wäre es wünschenswert gewesen, hätte der EuGH explizit auf die Vergaberichtlinien verwiesen oder zumindest die Voraussetzungen definiert, unter denen von der Durchführung eines offenen Vergabeverfahrens abgesehen werden darf. Die Vergaberichtlinien erheben das offene Verfahren, bei dem alle interessierten Bieterunternehmen ein Angebot abgeben können[929], zur Regel, während die übrigen Methoden[930], Ausnahmen bilden, die nur in besonderen Bedürfnislagen zur Anwendung gelangen sollten[931]. Im letzteren Fall stehen die öffentlichen Auftraggeber unter erhöhtem Rechtfertigungszwang.

e. *Altmark*-Katalog vor dem Hintergrund der bisherigen Kommissionspraxis

Das Erfordernis eines Ausschreibungsverfahrens steht in der Tradition der Kommissionspraxis in den Privatisierungsfällen[932]. Indem der EuGH mit dem vierten Parameter des *Altmark*-Katalogs ein Ausschreibungsverfahren bzw. eine Kostenanalyse fordert, entzieht er der vereinzelt in der Literatur vertretenen Position[933] den Nährboden, das *Ferring*-Urteil habe das Ende der Kommissionspraxis besiegelt, für die beihilferechtliche Unverfänglichkeit mitglied-

924 *Kommission, XXXI.* Bericht über die Wettbewerbspolitik 2001, SEK (2002), 462 endg., Rdnr. 496; abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/2001/de.pdf.

925 Vgl. *Sinnaeve,* EStAL 2003, 351 (357).

926 *GA Stix-Hackl*, Schlußanträge, Rs. C-34/01 bis C-38/01 (Enirisorse), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 157; *Bartosch,* EStAL 2002, 43 (44).

927 Vgl. *Kommission*, Entscheidung vom 19. Juli 2000 (Spanische Seeverkehrsdienste), ABl. 2001, L 57, S. 32 ff., Rdnrn. 54, 58.

928 Vgl. *Koenig/Kühling,* NVwZ 2003, 779 (284).

929 Vgl. Art. 1 lit. e RL 93/37/EWG; Art. 1 lit. d RL/93/36/EWG; Art. 1 lit. d RL 92/50/EWG; Art. 1 Abs. 11 lit. a RL 2004/18/EG; Art. 1 Abs. 9 lit. a RL 2004/17/EG.

930 Art. 1 lit. f und g RL 93/37/EWG; Art. 1 lit. e und f RL/93/36/EWG; Art. 1 lit. e und f RL 92/50/EWG; Art. 1 Abs. 11 lit. b, lit. c, lit. d, lit. e; Art. 1 Abs. 4, 5, 6 und 9 lit. b, c, d und Abs. 10 RL 2004/17/EG.

931 Vgl. Art. 7 Abs. 2 – 4 RL 93/37/EWG; Art. 6 Abs. 2 – 4 RL/93/36/EWG; Art. 11 Abs. 2 – 4 RL 92/50/EWG; Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 31.

932 *Sinnaeve,* EStAL 2003, 351 (357).

933 *Bartosch,* CMLR 2002, 551 (564).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

staatlicher Investitionen indirekt die Durchführung eines offenen, transparenten und bedingungslosen Ausschreibungsverfahren zu fordern[934].

Der im *Altmark*-Urteil aufgestellte Kriterienkatalog knüpft allerdings mit einer für die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien äußert signifikanten Einschränkung an die Kommissionspraxis an. Denn trotz der von der Kommission für die Privatisierungsfälle entwickelten Anforderungstrias eines offenen, nicht-diskriminierenden und bedingungslosen Ausschreibungsverfahrens[935] *verzichtet* der *EuGH* im *Altmark*-Urteil *auf das Kriterium der Bedingungslosigkeit*. So forderte der EuGH zwar, daß die Parameter, anhand deren die Kompensation berechnet wird, zuvor objektiv und transparent aufgestellt werden[936], das *Kriterium der Bedingungslosigkeit bleibt unerwähnt*. Stutzig macht zudem die Formulierung des EuGH[937], wonach das Ausschreibungsverfahren die Wahl desjenigen Unternehmens ermöglichen soll, das diese Dienste zu den „geringsten Kosten für die Allgemeinheit" erbringen kann[938]. Dies deutet darauf hin, daß sich die öffentlichen Auftraggeber nicht nur von rein betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten, sondern auch von sozialpolitischen Gesichtspunkten leiten lassen können. Es scheint daher, als wollte der EuGH seine beihilfenrechtliche Judikatur mit seiner Rechtsprechungsserie *Beentjes*, *Französische Schulen*, *Concordia Bus* und *Wienstrom* in Einklang bringen. Schließlich ist es in höchstem Maße unwahrscheinlich, daß dem EuGH die Praxis der Kommission, die bei der Urbarmachung des Vergaberechts die Vorreiterrolle übernommen hatte, nicht bekannt war. Damit wandte sich der EuGH gegen den von der Kommission anläßlich ihres Vorschlag für eine *VO über die Gewährung von Beihilfen für die Koordinierung des Eisenbahnverkehrs, des Straßenverkehrs und der Binnenschiffahrt* vollzogenen Rückzieher, die beihilfenrechtliche Kontrolle unabhängig von der Frage der Einhaltung vergaberechtlicher Normen abzuhandeln, da es kein Gemeinschaftskonzept für derartige Ausschreibungsverfahren gebe[939]. Mit dem *Altmark*-Urteil setzt der EuGH dieser Sichtweise die geltenden Vergaberichtlinien entgegen: Diese sind besagtes Gemeinschaftskonzept.

IX. Urteil des EuGH in der Rechtssache GEMO

1. Sachverhalt

Anläßlich der BSE-Krise waren in Frankreich das Gesetz über die Sammlung und Beseitigung von Tierkörpern und Schlachtabfällen[940] sowie zwei Durchführungsdekrete erlassen worden[941]. Art. 264 Code rural führte den öffentlichen Tierkörperbeseitigungsdienst ein, dessen Inanspruchnahme gemäß Art. 265 Abs. 1 Code rural für Viehhalter und Schlachthöfe obligatorisch und unentgeltlich ist. Zur Durchführung des öffentlichen Tierkörperbeseitigungs-

934 *Bartosch,* CMLR 2002, 551 (576).

935 *Kommission,* Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa vom 20. September 2000, ABl. 2001, C 17, S. 4 ff., Rdnr. 26.

936 *EuGH,* Rs. 280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnrn. 90, 95.

937 *EuGH,* Rs. 280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 93.

938 *Sinnaeve,* EStAL 2003, 351 (357).

939 *Kommission,* Vorschlag für eine VO über die Gewährung von Beihilfen für die Koordinierung des Eisenbahnverkehrs, des Straßenverkehrs und der Binnenschifffahrt, ABl. 2000, C 365, S. 179, Rdnr. 44.

940 Loi n° 96-1139 relative à la collecte et à l'élimination des cadavres d'animaux et des déchets d'abattoirs et modifiant le code rural, vom 26. Dezember 1996, JORF 19184 vom 27. Dezember 1996.

941 Durchführungsdekret Nr. 96-1229 vom 27. Dezember 1996, JORF 1997 vom 31. Dezember 1996; Durchführungsdekret Nr. 97-1005 vom 30. Oktober 1997, JORF 15908 vom 1. November 1997.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dienstes schloß der französische Staat mit privaten Tierkörperverwertungsunternehmen für die Dauer von maximal fünf Jahren öffentliche Verträge ab. Zur Finanzierung des öffentlichen Tierkörperbeseitigungsdienstes wurde in den Code général d'impôts Art. 302bis ZD eingefügt, der eine Fleischkaufabgabe für den Einzelhandel einführte. Anlaß für das Vorlageverfahren gemäß Art. 234 EG war die Klage der GEMO, der Betreiberin eines Supermarkts auf Rückerstattung der für die Fleischkaufabgabe entrichteten Beträge. Das nationale Gericht begehrte zu wissen, ob diese Fleischkaufabgabe als Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG angesehen werden kann[942].

2. Position des EuGH

Der EuGH begnügte sich bei seiner rechtliche Würdigung mit einem kurzen Durchsubsumieren der vier Tatbestandselemente des Art. 87 Abs. 1 EG – wirtschaftlicher Vorteil, Selektivität[943], Wettbewerbsverfälschung[944] und inter-mitgliedstaatliche Handelsbeeinträchtigung[945] – und gelangt ebenso wie GA Jacobs[946] und die Kommission[947] zu dem Schluß, daß das Gesetz Nr. 96-1139 eine staatliche Beihilfe zugunsten von Viehhaltern und Schlachthofbetreibern darstellt[948].

3. Analyse und Bewertung

Da die eigentliche Entscheidung bereits mit dem *Altmark*-Urteil gefallen war, hat das Urteil in der Rechtssache *GEMO* eher Bestätigungscharakter. Inzwischen vertrat nämlich allein die Kommission den Beihilfenansatz[949]. Unter den Mitgliedstaaten fand der Beihilfenansatz kaum mehr Anhänger: Deutschland, Frankreich und Spanien schlugen sich auf die Seite der Tatbestandslösung[950], Dänemark, die Niederlande sowie das Vereinigte Königreich favorisierten den Transparenzansatz[951]. Obwohl der EuGH im *GEMO*-Urteil das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG bajahte, hat er sich mit dieser Entscheidung nicht von der in *Altmark*-Urteil eingeschlagenen Linie abgewandt. Das Schweigen des EuGH im Hinblick auf den *Altmark*-Katalog läßt sich damit erklären, daß im konkreten Fall die Voraussetzungen des Transparenzansatzes offensichtlich nicht vorlagen[952]. Das *GEMO*-Urteil unterstreicht, daß die staatlichen Kompensationsmaßnahmen im Verhältnis zu *sämtlichen* betroffenen Beteiligten eine Gesamtsaldierung von Null ergeben muß. Fehlt es in einer Beziehung an einer Gegenleistung ist das Tatbestandsmerkmal des wirtschaftlichen Vorteils erfüllt.

---

942 *GA Jacobs,* Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnrn. 13, 19, 20, 21, 26.
943 *EuGH,* Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 39.
944 *EuGH,* Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 33.
945 *EuGH,* Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 43.
946 *GA Jacobs,* Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 86.
947 *GA Jacobs,* Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 56.
948 *EuGH,* Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 44.
949 *GA Jacobs,* Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 94.
950 *GA Léger*, Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 7; *EuGH,* Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 71.
951 *GA Léger*, Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 9; *EuGH,* Rs. 280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 73.
952 *Bartosch,* EuZW 2004, 295 (299).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

X. Urteil des EuGH in der Rechtssache Enirisorse

1. Sachverhalt

Das italienische Gesetz Nr. 355/76 in Verbindung mit Gesetz Nr. 82/63 unterwarf in bestimmten Häfen den Umschlag von Waren einer Hafenabgabe und wies zwei Drittel des Ertrags den öffentlichen Unternehmen für technische Mittel und Lagerhäuser (Aziende dei mezzi meccanici e dei magazzini: AMM) zu, die mit der Verwaltung der Hafeneinrichtungen betraut waren. Als die Enirisorse wegen der Hafenabgabe mit einem Zahlungsbescheid belastet wurde, erhob sie dagegen Einspruch. Das nationale Gericht ersuchte den EuGH um Beantwortung der Frage, ob die Zuweisung des Abgabenertrags an die genannten Unternehmen als staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG des Vertrages qualifiziert werden kann[953]:

2. Position des EuGH in der Rechtssache Enirisorse

Der EuGH wiederholte in *Enirisorse* sein Bekenntnis zum *Altmark*-Katalog[954], sah im konkreten Fall die Voraussetzungen jedoch nicht als gegeben an. So seien die AMM nicht mit einer im voraus klar definierten Gemeinwohlaufgabe betraut worden[955]. Es gehe aus den italienischen Normen nämlich nicht hervor, worin genau die behauptete gemeinwirtschaftliche Dienstleistung besteht[956]. Auch die Kompensationsparameter seien nicht zuvor in objektiver und transparenter Weise festgelegt worden. Es fehlten konkrete Angaben über die Kosten dieser Dienstleistungen sowie eine konkrete Berechnung des angeblich erforderlichen Ausgleichs[957]. Eine derartige Regelung entspreche damit nicht dem dritten Kriterium des *Altmark*-Katalogs, dem Verbot der Überkompensation. Der EuGH verneinte daher das Vorliegen einer Dienstleistung von allgemeinem Interesse[958].

3. Analyse und Bewertung

Auch das *Enirsisorse*-Urteil ist als Bestätigung der *Altmark*-Entscheidung zu werten[959]. Die Tatsache, daß sich der EuGH die Mühe einer detaillierten Prüfung der *Altmark*-Kriterien machte, dürfte dem Bestreben geschuldet sein, Verwirrung in der rechtswissenschaftlichen Literatur vorzubeugen. Die *Enirisorse*-Entscheidung ist ein gutes Beispiel dafür, daß der EuGH zwar bereit ist, den Mitgliedstaaten erheblichen Beurteilungsspielraum im Zusammenhang mit Daseinsvorsorgeleistungen zuzugestehen[960], gleichzeitig aber gewillt ist, seine Kontrolle auch auszuüben und mitgliedstaatliche Maßnahmen an Art. 87 Abs. 1 EG scheitern zu

953 *GA Stix-Hackl*, Rs. C-34/01 bis C-38/01 (Enirisorse), Slg. 2003, I-14527, Rdnrn. 1, 3, 10, 13, 15.
954 *EuGH,* Rs. C-34/01 bis C-38/01 (Enirisorse), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 31.
955 *EuGH,* Rs. C-34/01 bis C-38/01 (Enirisorse), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 34.
956 *EuGH,* Rs. C-34/01 bis C-38/01 (Enirisorse), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 37.
957 *EuGH,* Rs. C-34/01 bis C-38/01 (Enirisorse), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 37.
958 *EuGH,* Rs. C-34/01 (Enirisorse), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 34.
959 *Bartosch,* EuZW 2004, 295 (299).
960 *GA Stix-Hackl*, Schlußanträge, Rs. C-34/01 bis C-38/01 (Enirisorse), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 158, Fn. 124.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lassen. Insofern erweist sich der Transparenzansatz in der Praxis als ausreichend strikter und gleichzeitig flexibler Maßstab[961].

Leider ging der EuGH nicht auf die Schlußanträge von GA Stix-Hackl ein, die auf den evolutionären Charakter der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse abgestellt und daher die Notwendigkeit eines flexiblen Beurteilungsmaßstabs betont hatte[962]. Dementsprechend hatte sie auch die nach dem Beihilfenansatz einschlägige Notifikationspflicht bemängelt, welche im Falle ihrer Verletzung die Rechtsfolge der formellen Rechtswidrigkeit ohne Wertungsmöglichkeit auslöst[963]. Das *Enirisorse*-Urteil ist ein weiteres Indiz dafür, daß der EuGH zwar durchaus bereit ist, Grundsatzentscheidungen zu den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu fällen, es aber vorzieht, sich generell-abstrakter Äußerungen zum Verhältnis von Wettbewerbsrecht und Daseinsvorsorge zu enthalten.

XI. Ergebnis der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte

Mit den Urteilen in den Rechtssachen *Altmark*, *GEMO* und *Enirisorse* hat sich der EuGH im Hinblick auf die beihilfenrechtliche Bewertung staatlicher Kompensationsmaßnahmen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse für den Transparenzansatz entschieden. Diese Judikate verdichten sich insoweit zu einer gefestigte Rechtsprechung[964]. Um über die beihilfenrechtliche Unbedenklichkeit einer staatlichen Kompensationsmaßnahme zu entscheiden, bedient sich der Transparenzansatz des Ausschreibungsverfahrens in Form des offenen Vergabeverfahrens gemäß den Vergaberichtlinien. Die vielgestaltige Kasuistik der Vorlageverfahren verdeutlicht, daß die Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen der mitgliedstaatlichen Verantwortung für die Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen und den gemeinschaftlichen Anforderungen an deren Finanzierung aktuell eine der größten Herausforderungen für die Gemeinschaftsrechtsordnung ist[965]. Mit dem zu Recht als kopernikanische Wende[966] gefeierten *Altmark*-Urteil gelingt es dem EuGH jedoch, Daseinsvorsorge und das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft miteinander zu versöhnen[967].

D. Analyse und Bewertung des Transparenzansatzes

Im folgenden wird gezeigt, daß der von GA Jacobs propagierte und vom EuGH in seinem *Altmark*-Urteil konkretisierte Transparenzansatz für das Beihilfenrecht unter den bisher diskutierten Lösungen die angemessenste ist.

---

961 *GA Stix-Hackl,* Schlußanträge, Rs. C-34/01 bis C-38/01 (Enirisorse), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 157; *Koenig/Kühling,* DVBl. 2003, 289 (295).

962 *GA Stix-Hackl*, Schlußanträge, Rs. C-34/01 bis C-38/01 (Enirisorse), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 157.

963 *Stix-Hackl/Gardette,* in: Une Communauté de droit, 473 (480, Fn. 25).

964 Vgl. *Bartosch,* EuZW 2004, 295 (299).

965 Vgl. *Stix-Hackl/Gardette,* in: Une Communauté de droit, 473 (485).

966 *Kämmerer,* NVwZ 2004, 28 (31).

967 Vgl. *GA Jacobs,* Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 124; vgl. *Franzius,* NJW 2003, 3029 (3030); *Wernicke,* EuZW 2003, 481 (481).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

I. Objektivität des Beihilfenbegriffs

1. Vorwurf des Verlusts der Objektivität des Beihilfenbegriffs

Gegen den Transparenzansatz wird eingewandt, daß dieser die „Objektivität des Beihilfenbegriffs“[968] aufs Spiel setze, wonach für die Qualifikation als Beihilfe gemäß Art. 87 Abs. 1 EG die Wirkung der staatlichen Maßnahme und nicht die Gründe oder Ziele entscheidend sind. Es widerspreche der von der Rechtsprechung[969] entwickelten Doktrin der wirkungsbezogenen Beihilfenanalyse, sozialpolitische Zielvorstellungen in den Beihilfentatbestand hinein zu lesen. Es könne nicht sein, daß ein und dieselbe Maßnahme als rechtswidrige Beihilfe oder als unbedenkliche Zuwendung qualifiziert werde, je nachdem, ob eine Norm zur Auferlegung der Gemeinwohlverpflichtungen bzw. ein öffentlicher Auftrag vorliege, obwohl die Maßnahme die gleichen Auswirkungen auf den Wettbewerb habe[970].

2. Analyse und Bewertung des market economy investor test

In der Tat werden mit dem Transparenzansatz Elemente des Art. 86 Abs. 2 EG in die Prüfung des Art. 87 Abs. 1 EG „vorverlagert“[971]. Daher darf man nicht argumentieren, daß die sozialpolitischen Ziele nur zum Tragen kämen, um das Vorliegen der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu begründen[972]. Entgegen der Ansicht von GA Stix-Hackl, einer Befürworterin des Transparenzansatzes[973], wird bei der Prüfung, ob die staatliche Maßnahme einen Nachteil kompensiert, *nicht allein* an die Wirkungen der staatlichen Maßnahme angeknüpft. Zwar funktioniert der Transparenzansatz wirkungsbezogen, da die Auswirkungen der staatlichen Zuwendung *und* des Empfängerverhaltens einkalkuliert werden. Man muß sich jedoch bewußt sein, daß der Transparenzansatz eben an die Wirkungen *zweier Verhaltensweisen* anknüpft und die Ergebnisse saldiert. Damit ist jedoch keineswegs bewiesen, daß der Transparenzansatz nicht dem Objektivitätserfordernis des Beihilfenbegriffs entspricht[974].

Nach herkömmlicher Lesart wird Objektivität dadurch gewährleistet, daß bei der beihilfenrechtlichen Unbedenklichkeitsprüfung lediglich die Auswirkungen der staatliche Maßnahme betrachtet werden. Diesem Prüfungsdogma liegt der im Beihilfenrecht allgemein übliche[975] *market economy investor test*[976] zugrunde. Gleichwohl wird dieses Prüfungsdogma auch bei

968 *Jennert,* ZFK 2002, 266 (266).

969 *EuGH,* Rs. 173/73 (Italien/Kommission), Slg. 1974, 709, Rdnr. 27; Rs. 310/85 (Deufil/Kommission), Slg. 1987, 901, Rdnr. 8; Rs. C-56/93 (Belgien/Kommission), Slg. 1996, I-723, Rdnr. 79; Rs. C-241/94 (Frankreich/Kommission), Slg. 1996, I-4551, Rdnr. 20; Rs. C-5/01 (Belgien/Kommission), Slg. 2002, I-11991, Rdnr. 45 f.

970 *GA Léger*, Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 84.

971 *Gross,* Das europäische Beihilfenrecht im Wandel, 162; *Ruge,* EuZW 2002, 50 (52).

972 *GA Stix-Hackl*, Schlußanträge, Rs. C-34/01 bis C-38/01 (Enirisorse), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 158.

973 *GA Stix-Hackl*, Schlußanträge, Rs. C-34/01 bis C-38/01 (Enirisorse), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 158.

974 Vgl. *Nettesheim,* EWS 2002, 253 (260).

975 Vgl. *EuGH,* Rs. 234/84 (Belgien/Kommission), Slg. 1986, 2263, Rdnr. 14; Rs. C-142/87 (Kommission/Belgien – Tubemeuse), Slg. 1990, I-959, Rdnr. 26; Rs. C-305/89 (Italien/Kommission – Alfa Romeo), Slg. 1991, I-1603, Rdnr. 19; *Kommission*, Mitteilung an die Mitgliedstaaten zur Anwendung der Art. 87 und 88 EWG-Vertrag und des Artikels 5 der Kommissionsrichtlinie 80/723/EWG über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie, ABl. 1993, C 307, S. 3 ff., Rdnr. 11; vgl. *Magiera,* in: FS-Rauschning, 269 (279); *Stockhausen,* Beihilfenrechtliche Grenzen einer nationalen Beschäftigungspolitik, 41; *Winter,* CMLR 2004, 475 (493).

976 Supra: S. 87.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Anwendung des *market economy investor test* nicht streng durchgehalten. Tatsächlich werden auch nach diesem die staatliche Zuwendung und das Verhalten des Empfängerunternehmens zusammengerechnet. Innerhalb des Tatbestandsmerkmals des wirtschaftlichen Vorteils wird nämlich geprüft, ob der staatlichen Zuwendung eine angemessene Gegenleistung gegenübersteht[977]. Das Kriterium der fehlenden Gegenleistung ist die Kehrseite des Tatbestandsmerkmals des wirtschaftlichen Vorteils. Wird der etablierte Marktpreis, wie beispielsweise der Börsenkurs, gezahlt, ist keine Vorteilswirkung anzunehmen[978]. Daher ist festzuhalten, daß bei Anwendung des *market economy investor test* ebenso wie bei der Anwendung des Transparenzansatzes die Wirkungen der staatlichen Zuwendung *und* das korrespondierende Verhalten des Empfängerunternehmens berücksichtigt werden.

Von diesem systemimmenten Argument abgesehen mehren sich inzwischen die kritischen Stimmen, welche die Anwendbarkeit des *market economy investor test* auf sämtliche Fälle mitgliedstaatlichen Investitionsverhaltens grundsätzlich ablehnen[979]. Gezweifelt wird insbesondere an der Prämisse, daß sich der Staat *eo ipso* wie ein privater Wirtschaftsteilnehmer zu verhalten habe[980]. In der Tat stößt die Hypothese eines privaten Investors, der sich in einer vergleichbaren Lage befindet und mit vergleichbaren finanziellen Mitteln ausgestattet ist wie die Einrichtungen der öffentlichen Hand, auf eine Reihe von Einwänden sowohl normativer als auch praktischer Natur.

a. Fehlen eines vergleichbaren typischen privaten Nachfrageverhaltens

Hauptargument gegen die Anwendung des *market economy investor test* für Kompensationszahlungen auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge ist, daß es an einem adäquaten Vergleichsobjekt fehlt: Die Haushaltsmittel eines Staats lassen sich schwerlich mit den finanziellen Ressourcen privater Wirtschaftsteilnehmer vergleichen. Selbst wenn es private Wirtschaftsteilnehmer gäbe, welche die für die jeweiligen Transaktionen erforderlichen Summen aufwenden könnten, würden diese niemals – gemessen an Umsatz bzw. Einnahmen und Ausgaben – so viel investieren wie es die staatlichen Einrichtungen im Verhältnis zu ihren jeweiligen Haushalten tun[981]. Darüber hinaus existiert der sogenannte *prudent private investor*, der es sich verwehrt, seine Entscheidung durch sozialpolitische Erwägungen beeinflussen zu lassen, in dieser Reinform kaum[982], weil die Handlungsmuster privater Wirtschaftsteilnehmer mittlerweile nicht mehr so starr sind wie der *market economy investor test* suggeriert. Zwar ist es unternehmerisch rational, die Erbringung dauerhaft verlustbringender Leistungen einzustellen[983]. Gleichwohl geht die Tendenz auch in der Privatwirtschaft mittlerweile dahin, bei unternehmerischen Entscheidungen vermehrt sozialpolitische Erwägungen zu berücksichti-

977 Vgl. *Dreher/Haas/v. Rintelen,* Vergabefremde Regelungen und Beihilfenrecht, 20; *Koenig/Haratsch,* Europarecht, Rdnr. 847; *iidem,* ZUM 2003, 804 (804); *Koenig/Kühling,* EuZW 2000, 197 (197); *Magiera,* in: FS-Rauschning, 269 (279); *Pünder,* NZBau 2003, 530 (531).

978 *Koenig/Kühling,* NJW 2000, 1065 (1066).

979 *Bartosch,* NJW 2002, 3588 (3589); *idem,* CMLR 2002, 551 (576); *Jennert,* NZBau 2003, 417 (419); *Koenig/Kühling/Ritter,* EG-Beihilfenrecht, 45, Fn. 137; *Parish,* ELR 2003, 70 (72 ff.); *Reuter,* ZIP 2002, 737 (741).

980 *Jennert,* EuR 2003, 343 (352); *idem,* WRP 2003, 459 (464).

981 *Parish,* ELR 2003, 70 (77).

982 *Parish,* ELR 2003, 70 (73).

983 *Schebstadt,* DVBl. 2004, 737 (744).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gen[984], sei es, daß die privaten Wirtschaftsteilnehmer sich von persönlichen Bedürfnissen, sei es, daß sie sich von Image-Gesichtspunkten leiten lassen[985].

Daß sich der *market economy investor test* in Reinform in der Praxis schwerlich durchhalten läßt, beweist beispielsweise die *Cityflyer Express*-Entscheidung des EuG. Hier nahm das EuG dem *market economy investor test* seine Spitze, indem es die Kommission aufforderte zu prüfen, welche Konditionen für einen privaten Investor „annehmbar" gewesen wären[986]. Mit dieser Auslegung versuchte das EuG der Tatsache Rechnung zu tragen, daß eine strikte Anwendung des *market economy investor test* die meisten mitgliedstaatlichen Investitionsmaßnahmen scheitern und in zeitintensiven präventive Genehmigungsverfahren bzw. zeitintensive Gerichtsverfahren münden läßt[987]. Diese dehnbare Auslegung relativiert natürlich den *market economy investor test* als objektiven Prüfungsmaßstab.

b. Fehlen eines privaten Referenzmarktes bzw. Phänomen des Marktversagens

Des weiteren wird bei der Anwendung des *market economy investor test* auf staatliche Kompensationszahlungen für die Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen vernachtlässigt, daß nur dann ein vergleichbarer Markt angenommen werden kann, wenn für die jeweiligen Produkte oder Dienstleistungen auch ein konkretes Nachfrage- bzw. Investitionsmuster privater Wirtschaftsteilnehmer prognostiziert werden kann[988]. Diese Problematik ist besonders offensichtlich im Bereich des Gesundheitswesens, der Forschung, der Bildung, sowie der Verteidigung. Angesichts ihrer gemeinwohlorientierten Verantwortung treffen der Staat und seine Untergliederungen Investitionsentscheidungen nicht um solcher Gründe willen, die einen privaten Investor motivieren würden. Allein deshalb ist es selten, daß Milieu, Branche und Begleitumstände, unter denen der Staat investiert, exakt dieselben sind, unter denen ein privater Investor agieren würde[989]. Der *market economy investor test* versagt damit offensichtlich dort, wo kein privater Markt feststellbar ist, da es insoweit an der Vergleichbarkeit staatlichen Handelns mit einem privaten Investor fehlt (*elliptical quality of the market economy investor test*[990]*)*[991].

Der Grund für mitgliedstaatliche Interventionen im Bereich der Daseinsvorsorge ist nun einmal gerade darin zu suchen, daß private Investitionen entweder nicht stattfinden oder nicht die gewünschten Resultate bringen, mit der Folge, daß Teile der Bevölkerung mit einer bestimmten als vital eingestuften Dienstleistung dürftig oder gar nicht versorgt werden[992]. Es gibt Konstellationen, in denen weder ein freier noch ein regulierter Wettbewerb die Erbringung der notwendigen Dienstleistung sichert[993]. Dienstleistungen von allgemeinem Interesse

984 *Parish,* ELR 2003, 70 (73); *Thiry,* in: Öffentliche Wirtschaft, Sozialwirtschaft und Daseinsvorsorge im Wandel, FS-Cox, 11 (12).

985 *Pünder,* NZBau 2003, 530 (532).

986 *EuG,* Rs. T-16/96 (Cityflyer Express), Slg. 1998, II-757, 2. Leitsatz.

987 *Parish,* ELR 2003, 70 (88).

988 *Erhardt,* Beihilfen für öffentliche Dienstleistungen, 183; *Parish,* ELR 2003, 70 (72).

989 *Parish,* ELR 2003, 70 (78); *Reuter,* ZIP 2002, 737 (741).

990 *Ross,* CMLR 2000, 401 (407).

991 *Koenig/Kühling,* DVBl. 2003, 289 (293); *Koenig/Kühling/Ritter,* EG-Beihilfenrecht, 45, Fn. 137; *Magiera,* in: FS-Rauschning, 269 (280).

992 *v. Danwitz,* in: Rechtsfragen der europäischen Beihilfenaufsicht, 13 (15); *Nettesheim,* EWS 2002, 253 (254); *Ross,* CMLR 2000, 401 (411).

993 *Kämmerer,* NVwZ 2004, 28 (31).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

werden daher staatlicherseits erbracht, um einem Marktversagen abzuhelfen[994]. In einer Reihe von offiziellen Dokumenten[995], insbesondere im *Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse*[996] hat die Kommission die Existenz des Phänomens „Marktversagen" mittlerweile anerkannt. Dort heißt es: Der Markt allein kann die Bedürfnisse für manche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse nicht voll befriedigen, weil entweder ihr Marktpreis für Verbraucher mit niedriger Kaufkraft zu hoch ist oder weil die Kosten, die bei der Erbringung dieser Leistungen entstehen, sich durch den Marktpreis nicht abdecken und damit die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse sich nicht rentabel erbringen lassen[997].

Im übrigen ziehen neueste Erkenntnisse der Wirtschaftswissenschaften die Prämisse des eigennutzorientierten Rationalverhaltens der Wirtschaftsteilnehmer in Zweifel. Der Markt als Inbegriff ökonomischer Vernunft mit einem *homo oeconomicus* als Akteur wird in dieser Disziplin inzwischen als Fiktion angesehen[998]. Nicht alle Entscheidungen der Wirtschaftsteilnehmer dienen der individuellen Nutzenmaximierung. Denn die erforderlichen Informationen stehen nicht immer vollständig oder kostenlos zur Verfügung. Die Rationalität der Akteure ist faktisch beschränkt[999]. Informationsmängel und irrationales Präferenzverhalten auf der Nachfrageseite können zu „adverser Selektion"[1000] führen und ein Marktversagen kreieren. Diese Erkenntnisse führen für die Beurteilung von Kompensationszahlungen für die Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen folgenden Schlußfolgerungen: Wenn der Vergleichsfaktor nicht stets nach den ihm unterstellten Prinzipien funktioniert, erscheint es zumindest zweifelhaft, diese Prinzipien zum Maßstab für das Verhalten der öffentlichen Hand zu erheben. Wenn der Staat zur Beseitigung dieses Marktversagens eingreift, dann dient dies letztendlich der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs und des Binnenmarktes gemäß Art. 2 und 3 Abs. 1 lit. c EG[1001]. Bei diesem Verständnis hat Art. 87 Abs. 1 EG die Aufgabe, die Grenze zwischen zulässiger Kompensation von Marktunvollkommenheiten einerseits und unzulässigen Subventionen andererseits zu bestimmen[1002].

c. Besondere Fürsorge und sozialpolitische Verantwortung des Staates

Die Anwendung des *market economy investor test* im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse läuft auch der *ratio* der Institution Staat zuwider. In diesem Zusammenhang wurde vorgetragen, der öffentliche Markt, auf dem der Staat als Nachfrager agiert,

994 *v. Danwitz,* in: Rechtsfragen der europäischen Beihilfenaufsicht, 13 (15); *D'Sa,* ELR 2000, 139 (154); *Erhardt,* Beihilfen für öffentliche Dienstleistungen, 62; *Kämmerer,* NVwZ 2004, 28 (31); *Koenig/Pfromm,* NZBau 2004, 375 (376); *Nettesheim,* EWS 2002, 253 (254); *Ross,* CMLR 2000, 401 (411); *Schwintowski,* ZögU *2003, 283 (284, 291, 298); Stix-Hackl/Gardette,* in: Une Communauté de droit, 473 (473); *Thiry,* in: Öffentliche Wirtschaft, Sozialwirtschaft und Daseinsvorsorge im Wandel, FS-Cox, 11 (13); *Winter,* CMLR 2004, 475 (494).

995 *Kommission,* Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa vom 19. Januar 2001, ABl. 2001 C 17, S. 4 ff., Rdnr. 14; *eadem,* Bericht für den Europäischen Rat in Laeken, KOM (2001), 598 endg. vom 17. Oktober 2001, Rdnr. 3.

996 *Kommission,* Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270, endg., Rdnr. 22.

997 *Kommission,* Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270, endg., Rdnrn. 4, 22, 85.

998 *Ulrich,* in: Gemeinwohl und Gemeinsinn, 273 (274).

999 *Erhardt,* Beihilfen für öffentliche Dienstleistungen, 64; *Kirchner,* in: Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, 157 (164).

1000 *Erhardt,* Beihilfen für öffentliche Dienstleistungen, 64; *Schwintowski,* ZögU 2003, 283 (287).

1001 *Schwintowski,* ZögU 2003, 283 (298).

1002 *Schwintowski,* ZögU 2003, 283 (299).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sei ein anderer als der private, weil die öffentliche Hand bei der Vergabe öffentlicher Aufträge dem EG-Vertrages unterworfen sei[1003]. Eben wegen der Besonderheiten des öffentlichen Marktes sei das Vergaberechtsregime überhaupt geschaffen worden[1004]. Dieses Zirkelschlußargument ist jedoch nicht tragfähig, da es gerade zu beweisen gilt, warum der öffentliche Markt sich von dem privaten unterscheidet. Maßgeblich für die Anwendbarkeit des *market economy investor test* ist der Umstand, daß der Staat seine Legitimation aus der ihm anvertrauten Aufgabe zieht, auf die Erreichung sozialpolitischer Ziele hinzuwirken. Dann muß er aber alle Instrumentarien nutzen dürfen, um diese Ziele umzusetzen[1005]. Der Staat handelt eben nicht aus Profitstreben[1006], also um die Staatsfinanzen an sich zu mehren[1007]. Im übrigen ist der *market economy investor test* auch nicht die Philosophie, auf welcher der EG-Vertrag fuße[1008]. Dieser toleriert Mischwirtschaften.

d. Saldierungsfähigkeit der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse

In Anwendung des *market economy investor test* wird die Behauptung aufgestellt, Dienstleistungen von allgemeinem Interesse seien nicht mit den marktüblichen Dienstleistungen vergleichbar[1009]. Bei den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse handele es sich daher nicht um eine saldierungsfähige Position: Aufgrund der atypischen Form der Nachfrage seien diese erstens nicht marktüblich[1010], und zweitens auch nicht dem jeweiligen öffentlichen Auftraggeber geschuldet[1011]. Vielmehr würden die mit der Daseinsvorsorge betrauten Unternehmen ihre Dienstleistungen „an die Öffentlichkeit erbringen“[1012]. Die öffentliche Hand sei damit im technischen Sinne kein Empfänger der Gegenleistung[1013]. Unter der Voraussetzung, daß die Dienstleistung nicht an die öffentliche Hand, sondern an einen Dritten erbracht werde, könne innerhalb des Tatbestandes des Art. 87 Abs. 1 EG im Verhältnis Kompensationsempfänger zur öffentlicher Hand nur dann saldiert werden, wenn die öffentliche Hand dem Dritten gegenüber selbst zur Leistung verpflichtet sei und dafür vergütet werde[1014]. Eine Saldierung sei nur im Fall von Leistung und strikt synallagmatisch verknüpfter Gegenleistung möglich[1015]. Dienstleistungen von allgemeinem Interesse würden nun aber gerade nicht über synallagmatische Gegenleistungen im Sinne eines *do ut des* finanziert, sondern über das allgemeine Steueraufkommen[1016]. Zwar sei die öffentliche Hand zur Bereitstellung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse verpflichtet, allerdings stehe dem keine Vergütungsverpflichtung der Leistungsempfänger, i.e. der Öffentlichkeit, gegenüber[1017].

Diese Argumentation ist jedoch nicht stichhaltig. Die öffentliche Hand ist nämlich mit dem Empfänger der Dienstleistung von allgemeinem Interesse, i.e. der Öffentlichkeit, iden-

1003 *Jennert,* NZBau 2003, 417 (419).
1004 *Jennert,* NZBau 2003, 417 (419), Fn. 41.
1005 *Bartosch,* NJW 2002, 3588 (3589); *Parish,* ELR 2003, 70 (77).
1006 *Bartosch,* CMLR. 2002, 551 (576).
1007 *Parish,* ELR 2003, 70 (88).
1008 *Parish,* ELR 2003, 70 (80).
1009 *Koenig/Kühling,* DVBl. 2003, 289 (295); *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht der EU, 178, Rdnr. 468.
1010 *Gundel,* RIW 2002, 222, (224); *Magiera,* in: FS-Rauschning, 269 (280).
1011 *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht der EU, 178, Rdnr. 467.
1012 *Gundel,* RIW 2002, 222, (224).
1013 *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht der EU, 178, Rdnr. 467.
1014 *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht der EU, 178, Rdnr. 469.
1015 *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht der EU, 179, Rdnr. 471.
1016 *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht der EU, 179, Rdnr. 471.
1017 *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht der EU, 179, Rdnr. 471.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tisch[1018]. Der Staat ist keine zweckfreie Einrichtung. Die Bürger dürfen vom Staat erwarten, daß dieser Universalbedürfnisse befriedigt bzw. soziale Mißstände aufhebt. Diese Erwartungshaltung wird beispielsweise im steuerrechtlichen Äquivalenzprinzip sichtbar, wonach den Bürgern nur soweit Steuern abverlangt werden sollen, wie ihnen auch öffentliche Leistungen zugute kommen[1019]. Die Erwartungshaltung kommt einer „Vergütungsverpflichtung" sehr nahe. Frei nach Ludwig XIV., *L'Etat c'est nous*. Wenn daher die *res publica* ordert, dann wird auch an die *res publica* geleistet. Leistungen der Daseinsvorsorge werden im Interesse der Allgemeinheit erbracht[1020]. Leistung und Gegenleistung müssen nicht unbedingt im Rahmen eines rechtlich verpflichtenden Synallagmas erfolgen. Es genügt ein wirtschaftlich verbundener, wechselseitiger Zusammenhang von Leistung und Gegenleistung in tatsächlicher Hinsicht[1021].

aa. Parallele zu Rechtsinstituten des Zivilrechts

Die Dubiosität der Annahme, Dienstleistungen von allgemeinem Interesse seien nicht saldierungsfähig, offenbart sich auch, wenn man den Blick in das Privatrecht schweifen läßt. Da der Staat beim Einkauf von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse wie ein privater Wirtschaftsteilnehmer zu behandeln sei, fordern die Verfechter des *market economy investor test* eine synallagmatische Rechtsbeziehung im Verhältnis von öffentlicher Hand und privatem Dienstleister sowie zusätzlich im Verhältnis von öffentlicher Hand und dem Kreis der diese Dienstleistungen in Anspruch nehmenden Personen. Konsequenterweise müßte sich dieses Erfordernis zweier *an Entgeltlichkeit* orientierten synallagmatischen Rechtsbeziehungen eigentlich auch im Zivilrecht wiederfinden, welches die Interaktionen von Privatrechtssubjekten regelt, die nach dem *market economy investor test* schließlich als Vergleichsmaßstab bemüht werden. Es ist aber äußerst zweifelhaft, ob dem Zivilrecht und Rechtsinstituten die Prämisse des *market economy investor test* überhaupt zugrunde liegt.

Die dreipolige Fallkonstellation (öffentliche Hand, private Unternehmen, Bevölkerung), wie sie für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse charakteristisch ist, ähnelt der in einer Reihe von Mitgliedstaaten anerkannten Rechtsfigur des Vertrags zu Gunsten Dritter[1022]. Diese Parallele bietet sich auch angesichts der gemeinsamen Terminologie an. Schließlich trennt auch das gemeinschaftliche Beihilfenrecht zwischen unmittelbaren und mittelbaren Beihilfen mittels des Kriteriums der „Stoffidentität"[1023]. Eine mittelbare Beihilfe liegt vor, wenn die

1018 Vgl. *Alexis,* RDUE 2002, 63 (101).

1019 *Birk,* Steuerrecht, Rdnr. 30.

1020 *Ruge,* ZRP 2003, 353 (354).

1021 *Koenig/Haratsch,* Europarecht, Rdnr. 849; *Koenig/Kühling,* NJW 2000, 1065 (1066); *Koenig/Sander,* EuR 2000, 743 (757).

1022 Deutsches Recht: § 328 Bürgerliches Gesetzbuch;
Englisches Recht: Art. 1 Rights of Third Parties Act vom 11. November 1999; abrufbar unter: http://www.hmso.gov.uk/acts/acts1999/19990031.htm;
Französisches Recht**:** Art. 1121 Code Civil (Stipulation pour Autrui); abrufbar unter: http://lexinter.net/Legislation/stipulation_pour_autrui.htm; vgl. *Lando/Beale*, Principles of European Contract Law, Article 6.110 para (1) - Stipulation in Favour of a Third Party, Chapter 6, 317:
"A third party may require performance of a contractual obligation when his right to do so has been expressly agreed between the promisor and the promisee, or when such agreement is to be inferred from the purpose of the contract or the circumstances of the case. The third party need not be identified at the time the agreement is concluded".

1023 *Koenig/Sander,* EuR 2000, 743 (753).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Stoffidentität fehlt, i.e. die Zuwendung ein Dreiecksverhältnis zwischen Staat, unmittelbarem und mittelbarem Zuwendungsempfänger begründet[1024].

Im Zivilrecht ist für die Frage der Leistungsäquivalenz zwischen der Leistung des Versprechenden und der des Versprechensempfängers (Deckungsverhältnis) jedoch irrelevant, ob zwischen dem Versprechensempfänger und Drittem (Valutaverhältnis) eine Vergütungsverpflichtung auf Seiten des Versprechensempfängers besteht. Rechtsgrund im Valutaverhältnis kann selbst eine unentgeltliche Schenkung sein[1025]. Auf den Fall der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse übertragen bedeutet dies, daß für die Frage der Leistungsäquivalenz im Verhältnis von öffentlicher Hand und Dienstleister zunächst einmal *nicht* ausschlaggebend ist, ob die öffentlicher Hand der Öffentlichkeit eine Leistung „schuldet". *Ratio* dieser Rechtsfigur ist, die Versorgung des Dritten sicherzustellen[1026]. Entgegen der Grundannahme des *market economy investor test* legt das Zivilrecht Zeugnis davon ab, daß Rechtsbeziehungen zwischen privaten Wirtschaftsteilnehmern nicht zwangsläufig und auch nicht in einem Regel-Ausnahme-Verhältnis von Profitstreben und Gewinnmaximierung geprägt sein müssen.

bb. Marktbedingungen auf Anbieterseite

Der Vorwurf, daß im Fall staatlicher Kompensationszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse keine beihilfenrechtlich neutrale Transaktion vorliege, da die vom Unternehmen zu erfüllenden Gemeinwohlverpflichtungen und die gewährte Kompensation letztlich vom Staat einseitig fixiert würden[1027], gilt beim Transparenzansatz nicht[1028]. Die Vorzüge des Transparenzansatzes liegen nämlich darin, daß durch das prozessuale Kriterium des *offenen Ausschreibungsverfahrens Marktangemessenheit* bzw. Leistungsäquivalenz erreicht wird. Zwar folgt das Nachfrageverhalten des Staates gerade nicht den Gesetzen des Marktes, da der Gegenstand, die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, von einem privaten Wirtschaftsteilnehmer in dieser Quantität und Qualität nie angefordert werden würde, wohl aber *herrschen* durch den Wettbewerb in Form eines offenen Ausschreibungsverfahrens *auf der Angebotsseite Marktbedingungen*. Denn ein offenes Ausschreibungsverfahren eröffnet *idealiter* allen interessierten Bieterunternehmen gleichermaßen die Chance, den Zuschlag zu erringen[1029]. Die Bieterunternehmen können ihr Angebot bepreisen, wie dies ihrem Leistungsvermögen entspricht[1030]. Welcher Preis marktangemessen ist, ergibt sich damit automatisch aus dem Ausschreibungswettbewerb[1031].

Grund für die Saldierungsfähigkeit ist, daß das nach dem Transparenzansatz des *Altmark*-Urteils erforderliche offene Ausschreibungsverfahren durch seine Transparenz Marktangemessenheit der Gegenleistung gewährleistet. Weitere Differenzierungen sind nicht erforderlich und auch nicht förderlich. In Anlehnung an die Schlußanträge von GA Léger zur

1024 *Koenig/Sander,* EuR 2000, 743 (754).

1025 *Heinrichs,* in: Palandt, Kurzkommentar zum BGB, Einf. vor § 328, Rdnr. 4; *Lando/Beale,* Principles of European Contract Law, Comment (Scope and purpose) on Article 6.110 para (1) - Stipulation in Favour of a Third Party, Chapter 6, 318: "There are various reasons why such an agreement may be made. One may be that the promisee wishes to furnish support or in other ways give the third party the benefit of the performance".

1026 *Heinrichs,* Palandt, Kurzkommentar BGB, Einf. vor § 328, Rdnr. 2.

1027 *Gundel,* RIW 2002, 222 (224).

1028 Vgl. *Bultmann,* Beihilfenrecht und Vergaberecht, 32.

1029 *Koenig/Kühling,* DVBl. 2003, 289 (295).

1030 *Reuter,* ZIP 2002, 737 (744).

1031 *Gundel,* RIW 2002, 222, (225); *Reuter,* ZIP 2002, 737 (745).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rechtssache *Altmark*[1032] schlägt ein Teil der Literatur vor, für die Berücksichtigung des Empfängerverhaltens danach zu differenzieren, ob das Rechtsverhältnis, auf dessen Grundlage die staatlichen Zuwendungen gewährt werden, hoheitlicher oder privater Natur ist[1033]. Leistung setze begrifflich Freiwilligkeit im Hinblick auf den Abschluß des Austauschverhältnisses voraus. Bei öffentlich-rechtlichen Subordinationsverhältnissen fehle es an der für Austauschverhältnisse typischen Gleichberechtigung der Parteien. Das Verhalten des Zuwendungsempfängers sei daher keine Gegenleistung, sondern lediglich die Erfüllung einer gegebenenfalls auch zwangsweise durchsetzbaren Rechtspflicht. [1034]. GA Léger[1035] hatte die Anwendbarkeit des *market economy investor test* auf die staatliche Maßnahme abgelehnt, wenn den privaten Wirtschaftsteilnehmern diese Handlungsform verwehrt sei, wie beispielsweise bei direkten Subventionszahlungen[1036], Steuererleichterungen[1037] und der Minderung von Soziallasten[1038]. Dies sei auch bei der Finanzierung von öffentlichen Dienstleistungen der Fall[1039].

Die Differenzierung nach hoheitlichem bzw. privatem Auftreten des Staates stiftet mehr Verwirrung als daß sie Zusammenhänge aufdeckt. Im Gegenteil, sie verdunkelt die Argumente, die für eine Saldierung der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse sprechen. Dienstleistungen von allgemeinem Interesse sind saldierungsfähig, wenn ein Ausschreibungswettbewerb stattgefunden hat, der Marktangemessenheit generiert. Außerdem ist die Nichtanwendbarkeit des *market economy investor test* gerade ein Argument *für* die Saldierungsfähigkeit der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse. Dagegen hatte GA Léger mit seiner Argumentation versucht, den Transparenzansatz und die von GA Jacobs vorgebrachte Parallele zum Vergaberecht zu entkräften[1040].

Vor dem *Ferring*-Urteil war noch die These vertreten worden, die Durchführung eines offenen Ausschreibungsverfahrens zur Übertragung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse leiste nicht die Marktangemessenheit des Entgelts[1041]. Der sich an den Zuschlag anschließende hoheitliche Betrauungsakt samt dem öffentlich-rechtlichen Gewährleistungs- und Regulierungsregime entziehe sich den Kategorien des *market economy investor test*, daher könne regelmäßig auch kein marktübliches Entgelt, für die Erbringung der Daseinsvorsorgeleistung ermittelt werden[1042]. Aus diesem Grunde wurde der Durchführung eines offenen Ausschreibungsverfahrens keine den Beihilfentatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG ausschließende Wirkung beigemessen[1043]. Diese Position schloß also von der besonderen Form und Ausgestaltung des offenen Ausschreibungsverfahrens auf fehlende Marktverhältnisse. Mittlerweile ist man bei der Kommission[1044] und in der Literatur zu der Einsicht gelangt, daß

1032 *GA Léger*, Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 20.

1033 *Jennert,* EuR 2003, 343 (348, 350).

1034 *Jennert,* EuR 2003, 343 (349).

1035 *GA Léger*, Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 22.

1036 *EuGH,* Rs. 310/85 (Deufil/Kommission), Slg. 1987, 901, Rdnr. 8.

1037 *EuGH,* Rs. C-387/92 (Banco Exterior de España), Slg. 1994, I-877, Rdnr. 14; Rs. C-6/97 (Italien/Kommission), Slg. 1999, I-2981, Rdnr. 16; Rs. C-156/98 (Deutschland/Kommission), Slg. 2000, I-6857, Rdnrn. 25 ff.

1038 *EuGH,* Rs. C-75/97 (Belgien/Kommission), Slg. 1999, I-3671, Rdnrn. 24 f.; *EuG,* Rs. T-67/94, (Ladbroke Racing/Kommission), Slg. 1998, II-1, Rdnr. 110.

1039 *GA Léger*, Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 25.

1040 *GA Léger*, Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 27.

1041 *Koenig,* EuZW 2001, *741* (744).

1042 *Koenig*, EuZW 2001, 741 (744).

1043 *Koenig*, EuZW 2001, 741 (745).

1044 Supra: S. 94.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ein offenes Ausschreibungsverfahren materiell Marktbedingungen auf der Angebotsseite generiert und damit die Marktangemessenheit des ermittelten Preises gewährleistet, so daß die staatliche Zuwendung nicht als Beihilfe im Sinn von Art. 87 Abs. 1 EG angesehen werden kann[1045]. Das offene Ausschreibungsverfahren ersetzt – im Hinblick auf das Nachfrageverhalten des Staates – den *market economy investor test*[1046].

Auch die bisweilen auftretende Situation, daß sich nur *ein* privater Wirtschaftsteilnehmer an der Ausschreibung beteiligt, macht den *market economy investor test* nicht unverzichtbar. Auf die Frage, welcher Vergleichsmaßstab gelten soll, wenn es bis auf ein Unternehmen keine weiteren Wettbewerber gibt[1047], ist zu antworten, daß sich das gemeinschaftliche Wettbewerbsrecht nicht gegen Monopole als solche richtet, auch nicht auf der Angebotsseite, sondern nur Vorkehrungen gegen ihre mißbräuchliche Ausnutzung trifft. Meldet sich auf die öffentliche Ausschreibung hin nur ein Wirtschaftsteilnehmer, dann hat das Ausschreibungsverfahren den besten Kandidaten identifiziert, den der Markt hergibt. Dank der Publizitäts- und Transparenzvorschriften hätten alle in dieser Branche operierenden Unternehmen eine faire Chance auf den Zuschlag gehabt. Die Frage nach einem Vergleichsmaßstab *in puncto* Effizienz wird daher schlicht erst ab dem Moment relevant, wo ein Wettbewerber auf den Plan tritt und eine effizientere Bereitstellung verspricht. Die zeitliche Begrenztheit öffentlicher Aufträge garantiert weiterhin, daß die Dienstleistungen von öffentlichem Interesse auf die jeweils aktuell effizienteste Art und Weise erbracht werden.

e. Ergebnis zum market economy investor test

Im Fall staatlicher Kompensationszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse gelangen die Kritiker und Befürworter des Transparenzansatzes aufgrund ein und derselben Feststellung, nämlich daß das Nachfrageverhalten der öffentlichen Hand vom privaten Nachfrageverhalten abweicht, zu entgegengesetzten Schlußfolgerungen: Aus der Sicht der Kritiker erfüllen derartige staatliche Maßnahmen den *market economy investor test* nicht und unterfallen daher dem Verbotstatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG. Dagegen ist der der *market economy investor test* aus der Perspektive der Befürworter wegen der genannten Unterschiede erst gar nicht auf derartige staatliche Maßnahmen anwendbar.

Tatsächlich ruht der *market economy investor test* auf einer Reihe von höchst angreifbaren Prämissen und Argumenten. Insbesondere das *tertium comparationis* eines privaten Investors ist zum Gutteil ein idealisiertes, von der Realität weit entferntes Modell. Trotzalledem muß man sich freilich darüber im klaren sein, daß die Rechtsanwender nun einmal auf einen Maßstab für die beihilfenrechtliche Prüfung angewiesen sind. Aus Gründen des fairen Leistungswettbewerbs aller Wirtschaftsteilnehmern muß zwischen rechtmäßiger und unrechtmäßiger staatlicher Intervention eine Trennungslinie gezogen werden können. In Ermangelung alterna-

1045 Vgl. *Bartosch*, NJW 2002, 3588 (3589); *Bungenberg*, NVwZ 2003, 314 (316); *Burgbacher*, VergabeR 2001, 169 (171); *Dippel/Zeiss*, NZBau 2002, 376 (377); *Erhardt*, Beihilfen für öffentliche Dienstleistungen, 194; *Fischer*, VergabeR 2004, 1 (4); *Gundel*, RIW 2002, 222, (222); *Jennert*, EuR 2003, 343 (353); *idem*, NZBau 2003, 417 (418); *idem*, WRP 2003, 459 (464); *Koenig*, EuZW 2001, 481 (481); *idem/Kühling*, NJW 2000, 1065 (1066); *iidem*, EuZW 2000, 197 (198); *iidem*, DVBl. 2003, 289 (293, 297); *iidem*, NVwZ 2003, 779 (782); *Koenig/Pfromm*, NZBau 2004, 375 (377); *Kube*, EuR 2004, 230 (239); *Lübbig*, EuZW 1999, 671 (672); *Nettesheim*, EWS 2002, 253 (256); *Reuter*, ZIP 2002, 737 (746); *Ruge*, EuZW 2002, 50 (52).

1046 *Jennert*, EuR 2003, 343 (355)

1047 *Kube,* EuR 2004, 230 (239); *v. Ysendyck/Zühlke,* RIW 2003, 717 (719).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tiver Meßlatten hat der *market economy investor test* trotz seiner „konzeptionellen Willkürlichkeiten“[1048] weiterhin einen Platz im Prüfungsschema der Beihilfenkontrolle.

Die Analyse hat jedoch gezeigt, daß der Staaten und private Rechtssubjekte egalisierende *market economy investor test* im Fall der Kompensationszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interessen keine Anwendung finden darf[1049]. Auch das Gewohnheitsargument, nach dem man nicht mit der mittlerweile jahrzehntelangen Auslegungstradition des *market economy investor test* brechen könne[1050], ändert an diesem Ergebnis nichts. Der *market economy investor test* ist kein Selbstzweck. Es ist zu bedauern, daß der EuGH die Urteile *Ferring*, *Altmark* und *Enirisorse* nicht zum Anlaß genommen hat, im Hinblick auf den Status des *market economy investor test* im allgemeinen und speziell im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse dogmatisch Klarheit zu schaffen. Von „mangelnder dogmatischer Präzision“[1051] ist daher zu Recht die Rede.

II. Funktionalität der Legalausnahmen von Art. 87 Abs. 1 EG

1. Vorwurf der Marginalisierung der Legalausnahmen

Die Tatbestandslösung à la *Ferring* sah sich dem Einwand ausgesetzt, daß der EuGH mit dieser Entscheidung die Qualifikation als Beihilfe gemäß Art. 87 Abs. 1 EG mit der Frage ihrer Rechtfertigung gemäß Art. 87 Abs. 2 und 3 EG, Art. 86 Abs. 2 EG und Art. 73 EG untunlich miteinander vermischt habe[1052]. Dies zeige insbesondere die insoweit symptomatische Zweischritt-Begründung des EuGH[1053]. Die im EG-Vertrag normierten speziellen Rechtfertigungstatbestände würden ihrer Anwendungsbereiche beraubt[1054] und damit im Endeffekt überflüssig gemacht[1055]. Seien die mitgliedstaatlichen Kompensationszahlungen nämlich geringer als die Kosten der Gemeinwohlverpflichtungen, sei Art. 86 Abs. 2 EG nicht anwendbar, weil die staatliche Maßnahme erst gar nicht unter den Verbotstatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG fällt. Seien sie dagegen höher, sei Art. 86 Abs. 2 EG nicht anwendbar, da derjenige Teil der Zuwendungen, der die Kosten der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen übersteigt, mangels Notwendigkeit nicht mehr von der Bereichsausnahme gedeckt[1056]. Wären die

1048 *Parish,* ELR 2003, 70 (88).

1049 Vgl. *Bartosch,* CMLR 2002, 551 (575).

1050 *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht der EU, 179, Rdnr. 472.

1051 *Koenig/Kühling,* DVBl. 2003, 289 (294).

1052 *GA Léger*, Schlußanträge vom 19. März 2002; Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 76; *GA Léger,* Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, Rdnr. 42 ff; vgl. *Jennert,* ZFK 2002, 266 (266); *Nicolaides,* Intereconomics 2002, 190 (192); *Rizza,* Columbia Journal of European Law, 2003, 429 (435).

1053 *GA Léger*, Schlußanträge vom 19. März 2002; Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 78.

1054 *GA Léger*, Schlußanträge vom 19. März 2002, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnrn. 79, 82, 83, 86, Fn. 78; GA *Léger*, Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 46; *Jennert,* ZFK 2002, 266 (266); *Kämmerer,* NVwZ 2004, 28 (33); *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht der EU, 176, Rdnr. 460; *Nicolaides,* Intereconomics 2002, 190 (192); *idem,* ECLR 2002, 313 (318); *Rizza,* Columbia Journal of European Law, 2003, 429 (435); *Winter,* CMLR 2004, 475 (498, 499, 503).

1055 *GA Léger*, Schlußanträge vom 19. März 2002; Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 85; vgl. *GA Jacobs,* Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 116; vgl. *Gas/Rücker,* DÖV 2004, 56 (62); *Ruge,* EuZW 2002, 50 (50).

1056 *GA Léger*, Schlußanträge vom 19. März 2002; Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 82; *Rizza,* Columbia Journal of European Law, 2003, 429 (435).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Schöpfer des EG-Vertrages jedoch der Ansicht gewesen, daß die zur Kompensation der Gemeinwohlverpflichtungen bestimmten Zuwendungen bereits keine Beihilfen im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG seien, so hätten sie keine Norm formuliert wie beispielsweise Art. 73 EG, welche diese ausnahmsweise für mit dem Gemeinsamen Markt kompatibel deklariert[1057]. Die Existenz von Ausnahmebestimmungen sei ein starkes Indiz dafür, daß derartige Finanzierungsmaßnahmen prinzipiell als eine staatliche Beihilfe anzusehen sind.

2. Analyse und Bewertung

Zwar werden dank der modifizierten Auslegung des Tatbestandmerkmals des wirtschaftlichen Vorteils im Rahmen des Art. 87 Abs. 1 EG eine Reihe von Fällen aus dem Anwendungsgebiet der im EG-Vertrag normierten Legalausnahmen bereits vorab herausgefiltert. Dadurch werden diese Normen aber nicht gänzlich ihrer Funktion beraubt[1058]. Denn die neue Auslegung beschränkt sich auf die Sphäre des Beihilfenrechts. Sie tangiert nicht die Bedeutung dieser Normen bei der Anwendung des übrigen Wettbewerbsrechts, i.e. der Art. 28 ff. EG und der Art. 81 ff. EG[1059]. Daß dieser Bedeutungsverlust lediglich relativer Art ist, gilt speziell für die von den Gegnern des Transparenzansatzes bemühte Legalausnahme des Art. 86 Abs. 2 EG: Schließlich war der Anwendungsbereich dieser Norm über die Art. 81 ff. EG hinaus erst kürzlich mit dem Urteil des EuG in der Rechtssache *FFSA* auf das Beihilfenrecht erweitert worden[1060]. Was den potentiellen Einwand angeht, der Auslegungswechsel riskiere die Parallelität in Interpretation und Anwendung des Art. 86 Abs. 2 EG innerhalb der beiden Zweige des Wettbewerbsrechts, so ist zu berücksichtigen, daß diese Parallelität angesichts der Charakteristika des jeweiligen Rechtsgebietes – in einem Fall sind die Mitgliedstaaten, im anderen die Privatwirtschaft, Adressaten der jeweiligen Verbotsnormen – ohnehin nicht strikt durchgehalten wird[1061]. Verbleiben derartige Abweichungen von den Art. 81 ff. EG im Rahmen, dann ist dies für das gemeinschaftliche Wettbewerbsrechtssystem insgesamt gut verkraftbar[1062].

Abgesehen von diesen generellen Erwägungen, geht der Vorwurf insbesondere gegen den differenzierenden Transparenzansatz ins Leere: In den Fällen, in denen es die öffentliche Hand versäumt, gemäß den Kriterien des *Altmark*-Urteils für Transparenz, Publizität und Leistungsadäquanz zu sorgen, hängt die Frage der beihilfenrechtlichen Zulässigkeit der staatlichen Maßnahme nämlich weiterhin von der Frage ab, ob sich die öffentliche Hand nach Art. 86 Abs. 2 EG und Art. 73 EG exkulpieren kann[1063]. Für mitgliedstaatliche Kompensationszahlungen existieren daher zwei Maßstäbe, der striktere des *Altmark*-Katalogs und der weniger strenge auf der Grundlage von Art. 86 Abs. 2 EG[1064].

1057 *GA Léger*, Schlußanträge vom 19. März 2002, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 84, Fn. 75.

1058 Vgl. *Nettesheim,* EWS 2002, 253 (260).

1059 *GA Stix-Hackl*, Schlußanträge, Rs. C-34/01 bis C-38/01 (Enirisorse), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 159; vgl. *Nettesheim,* EWS 2002, 253 (260); *Stix-Hackl/Gardette,* in: Une Communauté de droit, 473 (482).

1060 *EuG,* Rs. T-106/95 (FFSA/Kommission), Slg. 1997, II-229, Rdnr. 178.

1061 Vgl. *EuGH,* Rs. C-159/94 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, I-5815, Rdnr. 59.

1062 Vgl. *GA Stix-Hackl*, Schlußanträge, Rs. C-34/01 bis C-38/01 (Enirisorse), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 159.

1063 *Bartosch,* NJW 2002, 3588 (3591).

1064 Vgl. *Sinnaeve,* EStAL 2003, 351 (359).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die Entscheidung der Kommission in der Rechtssache *RAI*[1065] beweist, daß der Legalausnahme des Art. 86 Abs. 2 EG ungeachtet der Parallelen zum *Altmark*-Katalog nach wie vor eigenständige Bedeutung zukommt[1066]. In *RAI* war die Kommission zu dem Ergebnis gelangt, daß die Parameter, auf deren Grundlage die staatlichen Zuwendungen errechnet wurden, zuvor nicht objektiv und transparent ermittelt wurden[1067]. Die RAI wurde nicht über ein offenes Ausschreibungsverfahren ausgewählt, und auch der Umfang des erforderlichen Ausgleichs wurde nicht auf der Basis einer Kostenanalyse festgelegt[1068]. Folgerichtig verneinte die Kommission das Vorliegen des zweiten (konkreter Kompensationsvoranschlag)[1069] und des vierten Kriteriums (Vermutung für Einhaltung des Transparenzgebots durch Vergabeverfahren bzw. äquivalente Kostenanalyse)[1070] des *Altmark*-Katalogs und prüfte sodann Art. 86 Abs. 2 EG. Hierbei verschärfte die Kommission im Hinblick auf das Verbot der Überkompensation ihren Prüfungsmaßstab, indem sie verlangte, daß die Durchführung von unabhängigen Aufsichtsbehörden überwacht wird[1071]. Allein ein unabhängiger Aufsichtsmechanismus biete hinreichende und stichhaltige Hinweise darauf, daß die öffentliche Dienstleistung tatsächlich dem Auftrag entsprechend erbracht wurde[1072].

III. Effizienz der Beihilfenkontrolle

1. Vorwurf der Verschlechterung der Beihilfenkontrolle

Die Argumente, die bislang gegen die Tatbestandlösung und den differenzierenden Transparenzansatz in Stellung gebracht wurden, eröffnen jedoch lediglich Nebenscharmützel und lenken von der eigentlichen Arena ab. Im Zentrum der Skepsis gegen die neue Interpretation des Tatbestandsmerkmals des wirtschaftlichen Vorteils steht in Wirklichkeit die kompentenzrechtliche Komponente von Tatbestandslösung und Transparenzansatz[1073], die zu einer Machtverlagerung von der Kommission hin zu den Mitgliedstaaten führt: Gemeint sind der Wegfall der Notifikationspflicht gemäß Art. 88 Abs. 3 S. 1 EG und des Durchführungsverbots gemäß Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG, die im Fall ihrer Verletzung die formelle Illegalität der staatli-

1065 *Kommission,* Entscheidung 2004/339/EG vom 15. Oktober 2003 über die Maßnahmen, die Italien zugunsten von RAI SpA durchgeführt hat, Sache C 62/199 (ex NN 140/1998), Aktenzeichen K(2003) 3528), ABl. 2004, L 119 S. 1 ff., Rdnr. 95.

1066 *Koenig/Haratsch,* ZUM 2004, 122 (123); *Nicolaides,* Intereconomics 2002, 190 (197).

1067 *Kommission,* Entscheidung 2004/339/EG vom 15. Oktober 2003 über die Maßnahmen, die Italien zugunsten von RAI SpA durchgeführt hat, Sache C 62/199 (ex NN 140/1998), Aktenzeichen K(2003) 3528), ABl. 2004, L 119 S. 1 ff., Rdnr. 97.

1068 *Kommission,* Entscheidung 2004/339/EG vom 15. Oktober 2003 über die Maßnahmen, die Italien zugunsten von RAI SpA durchgeführt hat, Sache C 62/199 (ex NN 140/1998), Aktenzeichen K(2003) 3528), ABl. 2004, L 119 S. 1 ff., Rdnr. 97.

1069 *EuGH,* Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 90.

1070 *EuGH,* Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 90.

1071 *Kommission,* Entscheidung 2004/339/EG vom 15. Oktober 2003 über die Maßnahmen, die Italien zugunsten von RAI SpA durchgeführt hat, Sache C 62/199 (ex NN 140/1998), Aktenzeichen K(2003) 3528, ABl. 2004, L 119 S. 1 ff., Rdnr. 118.

1072 *Kommission,* Entscheidung 2004/339/EG vom 15. Oktober 2003 über die Maßnahmen, die Italien zugunsten von RAI SpA durchgeführt hat, Sache C 62/199 (ex NN 140/1998), Aktenzeichen K(2003) 3528, ABl. 2004, L 119 S. 1 ff., Rdnr. 118.

1073 *GA Jacobs,* Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 111; *Jennert,* WRP 2003, 459 (459); *Quardt,* EuZW 2002, 424 (427).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

chen Maßnahme zur Folge haben[1074]. Dazu kommt die Frage der Beweislast der Kommission bzw. der Rechtfertigungspflicht der Mitgliedstaaten. Beruft sich nämlich ein Mitgliedstaat auf Art. 86 Abs. 2 EG, ist er für das Vorliegen seiner Voraussetzungen darlegungspflichtig[1075]. Findet dagegen die Prüfung im Rahmen des Tatbestandsmerkmales des wirtschaftlichen Vorteils statt, trägt die Kommission die vollumfängliche Beweislast[1076]. Die eigentliche Sprengkraft der Urteile in den Rechtssachen *Ferring* und *Altmark* liegt daher darin, daß der EuGH im Bereich der Daseinsvorsorge der Kommission den präventiven Genehmigungsvorbehalt und damit die Alleinverantwortung für die beihilfenrechtliche Prüfung weggenommen hat[1077].

Nach Ansicht von GA Léger und seiner Anhänger ist die exklusive[1078] Präventivkontrolle der Kommission unabdingbar, um über die Anwendung der Wettbewerbsregeln zu wachen[1079]. Die Exklusivität der Kontrollkompetenz sei dadurch gerechtfertigt, daß die beihilfenrechtliche Prüfung einer staatlichen Maßnahme wirtschaftliche und soziale Wertungen voraussetze, welche sich auf die Gemeinschaft als Ganzes bezögen[1080]. Angesichts der Sensibilität der Materie und wegen der „essentiellen Bedeutung" für das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes" hätten die Verfasser des Vertrages die Prüfung gerade nicht die Mitgliedstaaten anvertrauen wollen, sondern sie einem Gemeinschaftsorgan, das mit der Durchsetzung der Gemeinschaftsinteressen beauftragt ist. Im übrigen sei eine konkrete *ex post*-Kontrolle durch die Kommission naturgemäß weniger effektiv als eine generell-präventive Kontrolle, die uniforme Anwendung des Gemeinschaftsrechts und einen Schutz des Wettbewerbs zu gewährleisten[1081]. *De facto* seien mit der neuen Linie für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse die Möglichkeiten der Kommission, beihilfenrechtlichen Irregularien auf die Schliche zu kommen und zu sanktionieren, erheblich beschnitten worden[1082].

Weiterhin wird angezweifelt, daß der Faktor „Zeit" für die Frage eines Auslegungswechsels von Art. 87 Abs. 1 EG eine Rolle spielen darf[1083]. Die Eilbedürftigkeit sei kein Spezifikum der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse[1084]. Zudem bestünden insbesondere bei umfangreicheren Infrastrukturfördermaßnahmen oftmals lange Vorlaufzeiten, die es erlaubten, eine beihilfenrechtliche Prüfung durchzuexerzieren[1085]. Außerdem gelte Art. 88 Abs. 3 EG nicht für alle staatlichen Maßnahmen[1086]: Im Bereich der Finanzierung

1074 Vgl. *Jennert,* ZFK 2002, 266 (267); *Koenig,* EuZW 2001, *741 (745); Nicolaides,* Intereconomics 2002, 190 (192); *Rizza,* Columbia Journal of European Law, 2003, 429 (437, 442); *Winter,* CMLR 2004, 475 (499).

1075 *Bartosch,* WuW 2001, 673 (679).

1076 *Bartosch,* WuW 2001, 673 (679).

1077 *Franzius,* NJW 2003, 3029 (3029); *Kämmerer,* NVwZ 2004, 28 (34)

1078 Vgl. *EuGH,* Rs. 78/76 (Steinike & Weinlig), Slg. 1977, 595, Rdnr. 9; Rs. C-387/92 (Banco Exterior de España), Slg. 1994, I-877, Rdnr. 17.

1079 *EuGH,* C-48/90 und C-66/90 (Niederlande/Kommission), Slg. 1992, I-565, Rdnr. 29.

1080 *EuGH,* Rs. 730/79 (Philip Morris/Kommission), Slg. 1980, 2671, Rdnr. 24; Rs. 310/85 (Deufil/Kommission), Slg. 1987, 901, Rdnr. 18; Rs. C-301/87 (Frankreich/Kommission – Boussac), Slg. 1990, I-307, Rdnr. 49; Rs. C-142/87, (Belgien/Kommission – Tubemeuse), Slg. 1990, I-959, Rdnr. 56; Rs. C-225/91 (Matra/Kommission), Slg. 1993, I-3203, Rdnr. 24.

1081 Vgl. *Koenig/Kühling,* DVBl. 2003, 289 (294); *Stockhausen,* Beihilfenrechtliche Grenzen einer nationalen Beschäftigungspolitik, 48.

1082 Vgl. *Gross,* Das europäische Beihilfenrecht im Wandel, 162.

1083 *Koenig/Kühling,* DVBl. 2003, 289 (295).

1084 *Koenig/Kühling,* DVBl. 2003, 289 (295).

1085 *Koenig/Kühling,* DVBl. 2003, 289 (295).

1086 *GA Léger*, Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 63.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mitgliedstaatlichen Kernaufgaben (Sicherheit, Justiz, auswärtige Beziehungen, Systeme der obligatorischen sozialen Sicherung, Ausbildung und Erziehung) sei Art. 88 Abs. 3 EG nicht anwendbar. Gleiches gelte für Maßnahmen, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigen könnten, i.e. bei der Finanzierung lokaler oder regionaler öffentlicher Dienstleistungen[1087]. Letztendlich entziehe sich die öffentliche Hand ihrer Verantwortung für die Einhaltung gemeinschaftlicher Standards und wälze das Risiko behördlicher Fehleinschätzung auf den Zuwendungsempfänger ab[1088].

Darüber hinaus habe die Kommission bei der Beihilfenkontrolle verbindliche, nicht einseitig verlängerbare[1089] Fristen zu beachten[1090]: Wenn die Kommission nach der zweimonatigen Vorprüfungsphase keine Entscheidung getroffen habe, dürfe der Mitgliedstaat die Beihilfe einführen, sofern er dies der Kommission zuvor anzeigt. Diese gelte gemäß Art. 4 Abs. 6 VO 659/1999/EG als genehmigt. Nach achtzehn Monaten förmlichen Prüfverfahrens könne der Mitgliedstaat gemäß Art. 7 Absätze 6 und 7 VO 659/1999/EG verlangen, daß die Kommission eine Entscheidung auf der Grundlage der ihr zur Verfügung stehenden Informationen erläßt. Den Einwand, daß selbst eine Frist von zwei Monaten für bestimmte Arten öffentlicher Dienstleistungen zu lang sein könnte, parierte der GA mit einem Verweis auf die Verpflichtung zur loyalen Kooperation zwischen Gemeinschaftsorganen und Mitgliedstaaten gemäß Art. 10 EG, wonach sich die Kommission veranlaßt sehen könnte, eine Angelegenheit von besonderer Dringlichkeit vorrangig zu behandeln oder eine andere geeignete Lösung zu wählen[1091].

Zuallerletzt hätten die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, ganze Regelwerke für Kompensationsleistungen zur Finanzierung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse bei der Kommission anzumelden[1092]. Dieser Mechanismus habe den Vorteil, daß die Mitgliedstaaten eine einzige Genehmigung durch die Kommission erhielten, so daß später nicht jeder einzelne Anwendungsfall notifiziert werden müßte[1093]. Der Rat könne jederzeit gemäß Art. 89 EG Gruppenfreistellungsverordnungen erlassen bzw. die Kommission zu deren Erlaß ermächtigen, die dann Einzelverfahren obsolet machen würden[1094].

2. Analyse und Bewertung

Die Integration der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in das beihilfenrechtliche Prüfungsraster ist nicht nur eine grundlegende Frage der Vertragsinterpretation, sondern hat auch Auswirkungen auf Macht- und Kompetenzaufteilung zwischen Kommission und Mitgliedstaaten[1095]. Nun ist die Debatte um die Kompetenzfrage *Wer ist rechtlich zuständig?* im Beihilfenrecht deshalb so aufgeladen, weil die Frage *Wer soll rechtlich zuständig sein?* bereits entschieden zu sein scheint. Hinter der Opposition gegen den neuen Auslegungsansatz von Art. 87 Abs. 1 EG verbirgt sich das allseits tiefsitzende Mißtrauen, die Mitgliedstaaten würden ihre Definitionsmacht dazu nutzen, in großem Stil Marktmanipulationen zu betreiben und

1087 *GA Léger*, Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 63.
1088 *Kämmerer,* NVwZ 2004, 28 (33).
1089 *EuGH,* Rs. C-99/98 (Österreich/Kommission), Slg. 2001, I-1101, Rdnrn. 73 ff.
1090 *GA Léger*, Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 64.
1091 *GA Léger*, Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 67.
1092 *Vorsitzes des Europäischen Rates (Laeken)*, Schlußfolgerungen vom 14.-15. Dezember 2001, Rdnr. 26.
1093 *GA Léger*, Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 69.
1094 *GA Léger*, Schlußanträge vom 14. Januar 2003, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 70.
1095 *Schwarze,* EuZW 2001, 334 (334).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

durch schwer rückgängig machbare *faits accomplis* den Wettbewerb zu verzerren[1096]. Dieser Verdacht speist sich aus der Einsicht, daß sich insbesondere indirekte Zuwendungen, die weniger offen zutage treten als klassische Subventionen, zur Umgehung des Beihilfenverbots anbieten[1097].

a. Ineffizienz des Notifikationssystems

Es erscheint allerdings nur auf den ersten Blick logisch, daß niemand anders als die unabhängige, auf supranationaler Ebene verankerte Kommission in der Lage ist, eine objektive Kontrolle auszuüben. Tatsächlich trägt das geltenden Notifikationsystem nicht zu einer effizienten Beihilfenkontrolle auf Gemeinschaftseben bei. Auf die letztendlich mit hohen Geldbußen sanktionierten Verstöße gegen das gemeinschaftliche Wettbewerbsrecht wurde die Kommission nämlich nicht durch das Aktenstudium mitgliedstaatlicher Notifizierungen aufmerksam[1098]. Die hierzu einschlägigen Statistiken[1099] demonstrieren vielmehr, daß die Kommission staatlichen Beihilfen in erster Linie dadurch auf die Schliche kam, daß sie den von Wettbewerbern und Konkurrenten initiierten Beschwerden nachging[1100]. Diese sind nach wie vor die Hauptquelle für die von der Kommission gegen Mitgliedstaaten eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahren[1101]. Dagegen ist die Zahl der von Amts wegen ermittelten Fälle aufgrund von Notifizierungen rückläufig[1102]. Die Kommission selbst zieht daher in neueren Dokumenten das Fazit, daß das geltende Notifikationssystem nicht geeignet und praktikabel ist, eine effiziente Beihilfenkontrolle zu gewährleisten[1103]. Der Gefahr, daß Mitgliedstaaten den Kompensationscharakter der Zuwendung lediglich behaupten, wird dadurch begegnet, daß die Kommission auch ohne Notifikation zur Prüfung schreiten kann[1104]. Schließlich verbleibt der Kommission als Reaktionsmöglichkeit stets die Option, ein Vertragsverletzungsverfahrens gemäß Art. 226 EG zu initialisieren[1105]. Das von den Gegnern der neuen Auslegungslinie gezeichnete Szenario einer zu Hilflosigkeit und notdürftiger Beihilfenkontrolle verdammten Kommission trifft daher nicht zu.

Überdies vollziehen sich die mitgliedstaatlichen Kompensationszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse bei Anwendung des Transparenzansatzes gerade nicht indirekt. Im Gegenteil, die mitgliedstaatlichen Zuwendungen präsentieren sich als direktes *quid pro quo* für die Leistung des im Wege des offenen Ausschreibungsverfahrens ermittelten privaten Dienstleisters.

1096 Vgl. *Gundel,* RIW 2002, 222, (225); *Koenig,* EuZW 2001, *741 (745); Nicolaides,* Intereconomics 2002, 190 (197); *idem,* ECLR 2002, 313 (318); *Rizza,* Columbia Journal of European Law, 2003, 429 (443).

1097 Vgl. *Koenig/Sander,* EuR 2000, 743 (744).

1098 Vgl. *Sinnaeve,* EStAL 2003, 351 (360).

1099 *Kommission*, XIX. Jahresbericht über die Kontrolle der Anwendung des Gemeinschaftsrechts (2001); Anhang I - Aufdeckung von Vertragsverletzungen; Abrufbar unter: http://europa.eu.int/eur-lex/de/com/-rpt/2002/act0324de01/2.pdf.

1100 Vgl. *Bartosch,* NJW 2002, 3588 (3590); *Hube,* EuR 2004, 230 (246).

1101 *Kommission*, XIX. Jahresbericht über die Kontrolle der Anwendung des Gemeinschaftsrechts (2001), Rdnr. 1.1; abrufbar unter: http://europa.eu.int/eur-lex/de/com/rpt/2002/act0324de01/2.pdf.

1102 *Kommission*, XIX. Jahresbericht über die Kontrolle der Anwendung des Gemeinschaftsrechts (2001), Rdnr. 1.1.; abrufbar unter: http://europa.eu.int/eur-lex/de/com/rpt/2002/act0324de01/2.pdf.

1103 *Kommission*, XXXII. Wettbewerbsbericht (2002), Rdnr. 17; abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/-competition/annual_reports/2002/report_short_de.pdf

1104 *Bartosch,* NJW 2002, 3588 (3590); *Franzius,* NJW 2003, 3029 (3031); *Hube,* EuR 2004, 230 (246); *Pünder,* NZBau 2003, 530 (533).

1105 *GA Stix-Hackl*, Schlußanträge, Rs. C-34/01 bis C-38/01 (Enirisorse), Slg. I-14527, Rdnr. 160.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b. Mobilisierung der privaten Wirtschaftsteilnehmer

Ausschlaggebend für die Beurteilung, daß der Wegfall von Notifikationspflicht und des Durchführungsverbots im Anwendungsbereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse akzeptabel ist, ist der Umstand, daß die Verletzung beihilfenrechtlicher Standards auch unter dem Transparenzansatz sanktioniert wird. Denn nach dem Transparenzansatz wird die beihilfenrechtliche Kontrolle über eine verstärkte Mobilisierung der privaten Wirtschaftsteilnehmer garantiert. Der Kriterienkatalog des *Altmark*-Urteils[1106] versetzt dank der Transparenz- und Publizitätsvorgaben die betroffene Konkurrenten in die Position, den Betrauungsakt zu attackieren und auf seine Stichhaltigkeit hin zu kontrollieren zu lassen[1107]. Diese haben die Möglichkeit, bei der Kommission Beschwerde einzureichen gemäß Art. 20 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Art 1 1 lit. h VO 659/99/EG[1108], gegen die Kommission Untätigkeitsklage gemäß Art. 232 EG zu erheben[1109] sowie über Art. 88 Abs. 3 S. 1 und 3 EG vor den nationalen Gerichten zu klagen[1110]. Zudem genießen sie über den *Altmark*-Katalog die individuellen Rechte, welche die Vergaberichtlinien ihnen verleihen und auf die sie sich vor den nationalen Gerichten berufen können.

Rückenwind erhalten die betroffenen Konkurrenten insbesondere durch die Transparenz- und Publizitätsvorschriften von RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG. Gemäß Art. 41 Abs. 1 und 2 RL 2004/18/EG und Art. 49 Abs. 1 und 2 RL 2004/17/EG haben die öffentlichen Auftraggeber jedes nicht erfolgreiche Bieterunternehmen auf Verlangen innerhalb von fünfzehn Tagen über die Gründe für die Ablehnung seines Angebots sowie über die Merkmale und Vorteile des letztendlich erfolgreichen Angebots zu unterrichten. Die nationalen Gerichte können die Zuschlagsentscheidung auf Einhaltung der in der Veröffentlichung der Vergabebekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen gemachten Vorgaben prüfen. Es findet eine umfängliche, an Sachgerechtigkeitsgesichtspunkten orientierte Kontrolle der Entscheidung statt[1111]. Darüber hinaus erlauben die Rechtsmittelrichtlinien es den nationalen Gerichten nicht nur, rechtswidrige Entscheidungen aufzuheben gemäß Art. 2 Abs. 1 lit. b RL 89/665/EWG und Art. 2 Abs. 1 lit. b RL 92/13/EWG und Schadensersatzansprüche zu gewähren gemäß Art. 2 Abs. 1 lit. c RL 89/665/EWG und Art. 2 Abs. 1 lit. d RL 92/13/EWG, sondern auch vorläufige Maßnahmen zu ergreifen gemäß Art. 2 Abs. 1 lit. a RL 89/665/EWG und Art. 2 Abs. 1 lit. a RL 92/13/EWG. Das vergaberechtliche Rechtsschutzsystem beschränkt sich nicht nur auf eine nachträgliche Rechtmäßigkeitskontrolle. Vielmehr haben die betroffenen Konkurrenten die Möglichkeit, bereits im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes auf die Entscheidungsfindung Einfluß zu nehmen[1112]. Der vorläufige Rechtsschutz ist das Kernstück des vergaberechtlichen Rechtsschutzes[1113].

Daß sich das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe als eine äußerst rechtsschutzfreundliche Domäne des Gemeinschaftsrechts präsentiert[1114], liegt nicht zuletzt an der Rechtspre-

1106 *EuGH,* Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 88 ff.

1107 *v. Ysendyck/Zühlke,* RIW 2003, 717 (719).

1108 VO 659/99/EG des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften fuer die Anwendung von Art. 88 des EG-Vertrags, ABl. 1999, L 83, S. 1 ff.

1109 Vgl. *Lübbig/Martìn-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU, Rdnr. 573 ff.

1110 Vgl. *Koenig/Kühling/Ritter,* Beihilfenrecht, Rdnr. 210 ff.; *Lübbig/Martìn-Ehlers*, Beihilfenrecht der EU, Rdnr. 652 ff.

1111 Vgl. *EuGH,* Rs. C-92/00, (HI), Slg. 2002, I-5553, Rdnr. 63; vgl. *Schwarze,* EuZW 2000, 133 (143).

1112 *Nowak,* EuZW 2001, 293 (300).

1113 *Dreher,* NVwZ 1996, 345 (346); *Nowak,* EuZW 2001, 293 (301).

1114 *Bibiza,* in: Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. III, 5 (47); *Dreher,* EuZW 1998, 197 (201); *Schwarze,* EuZW 2000, 133 (143).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

chung des EuGH. Im „Spannungsfeld zwischen Beschleunigungsgebot und Individualrechtsschutz“[1115] entschied sich der EuGH frühzeitig für letzteres, indem er aus den materiellen Vergaberichtlinien individuell einklagbare Rechte der Bieterunternehmen herleitete, um diese zur effektiven Durchsetzung des Vergaberechts zu animieren[1116]. Die Einbindung der privaten Wirtschaftsteilnehmer in die Vollzugskontrolle und der damit korrespondierende gerichtliche Rechtsschutz ist im übrigen ein klassisches Instrument des Gemeinschaftsrechts, um Marktöffnung zu erreichen[1117]. Es wachen nämlich diejenigen am besten über die Einhaltung der sie schützenden gemeinschaftlichen Standards, die sich in vitalen Geschäftsinteressen betroffen sehen. Diese Rollenverteilung korrespondiert auch mit dem in Art. 211, 1. Spiegelstrich EG niedergelegten Vollzugsdefizit der Gemeinschaft, wonach die Organe der Gemeinschaft grundsätzlich nur begrenzt mit Kontrollkompetenzen ausstattet werden.

In der Regel werden daher die Wettbewerber und Konkurrenten dafür sorgen, daß entweder die Kommission oder die nationalen Gerichte intervenieren[1118]. Die nationalen Gerichte besitzen das Rüstzeug für den Schutz individueller Rechte. Mittlerweile vertraut man zu Recht darauf, daß sie den betroffenen Konkurrenten angemessen Rechtsschutz gewähren[1119]. Der EuGH hatte frühzeitig den Weg in die richtige Richtung gewiesen, indem er im *SFEI*-Urteil die Bedeutung der nationalen Gerichte betonte[1120]. In diesem Zusammenhang ist bemerkenswert, daß der EuGH den nationalen Gerichten die Beihilfenkontrolle selbst dann anvertraut, wenn der einschlägige Markt, wie im Fall *GEMO* der Abfallbeseitigungssektor, als massiv korruptions- und betrugsanfällig gilt[1121].

Der EuGH erweckte den Eindruck, das Problem in seiner Dimension nicht adäquat gewürdigt und damit unterschätzt zu haben. Denn er versäumte es bislang, sich inhaltlich mit der Problematik des Wegfalls von Notifikationspflicht und Durchführungsverbot auseinanderzusetzen. In den Urteilen *Ferring* und *Altmark* hätte es einer offenen Kurskorrektur bedurft, welche die Unterschiede zu den Erwägungen in den Rechtssachen *CELF*[1122] und *Banco Exterior*[1123] erklärt. Viel Opposition gegen den Richtungswechsel im Anwendungsbereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse beruht darauf, daß es der EuGH diesbezüglich an argumentativer Fundiertheit hat fehlen lassen[1124].

c. Begrenzte Leistungsfähigkeit der Kommission

Auch die drohende „Verfahrensüberlastung der Kommission“[1125] spricht für eine Anwendung des Transparenzansatzes. Im Jahr 2000 hatte die Kommission 1200 Beschwerden und 1600 Anfragen nachzugehen[1126]. Angesichts der limitierten personellen wie sachlichen Ressourcen muß die Kommission ihre Kräfte bündeln und sich auf die Verfolgung der gravieren-

1115 *Schwarze,* EuZW 2000, 133 (139).

1116 Vgl. *EuGH,* Rs. 76/81 (Transporoute), Slg. 1982, Rdnr. 15; Rs. 31/87 (Beentjes), Slg. 1988, 4635, Rdnr. 26, 42; Rs. C-433/93 (Kommission/Deutschland), Slg. 1995, I-2303, Rdnr. 19.

1117 *Nowak,* in: Individualrechtsschutz in der EG und der WTO*, 47 (50); Schwarze,* EuZW 2000, 133 (135, 143).

1118 Vgl. *GA Stix-Hackl*, Schlußanträge, Rs. C-34/01 bis C-38/01 (Enirisorse), Slg. , I-14527, Rdnr. 165.

1119 Vgl. *Winter,* CMLR 2004, 475 (477).

1120 *EuGH,* Rs. C-39/94 (SFEI), Slg. 1996, I-3547, Rdnrn. 40, 49.

1121 *GA Jacobs,* Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. I-14527, Rdnr. 131.

1122 *EuGH,* Rs. C-332/98 (Frankreich/Kommission), Slg. 2000, I-4833, Rdnr. 31.

1123 *EuGH,* Rs. C-387/92 (Banco Exterior de España), Slg. 1994, 877, Rdnr. 21.

1124 Vgl. *GA Stix-Hackl*, Schlußanträge, Rs. C-34/01 bis C-38/01 (Enirisorse), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 144.

1125 *Koenig,* ZIP 2000, 53 (55).

1126 *Delsaux*, *PPLR 2004, 130 (132).*

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

den Verstöße gegen das EG-Wettbewerbsrecht konzentrieren[1127]. Diese Forderung erlangt besondere Dringlichkeit vor dem Hintergrund, daß die Kommission seit der Osterweiterung über das beihilferechtlich relevante Gebahren von fünfundzwanzig Mitgliedstaaten zu wachen hat. Zwar ist zum Beitrittszeitpunkt jedenfalls „auf dem Papier" Gemeinschaftsrechtskonformität der nationalen Normen erreicht worden[1128]. Es steht aber zu erwarten, daß die neuen Mitgliedstaaten einer verstärkten Fürsorge und Kontrolle aus Brüssel bedürfen werden. Berücksichtigt man die enorme Anzahl der Prüfungsfälle, erscheint es unvorstellbar, daß die Kommission dieser Aufgabe allein gewachsen ist[1129]. Die Erweiterung der Gemeinschaft gibt damit Anlaß, aus Gründen der Effizienz die Beihilfenkontrolle weiter zu „dezentralisieren". Es gilt bei der Auslegung des Beihilfentatbestandes des Art. 87 Abs. 1 EG strategisch zu denken. Das Szenario einer erweiterten Gemeinschaft vor Augen hält mittlerweile auch die Kommission das Notifikationssystem für nicht länger praktikabel[1130].

d. Zeitgewinn und Planungssicherheit für Mitgliedstaat und Wirtschaftsteilnehmer

Der präventive Genehmigungsvorbehalt der Kommission birgt in der Praxis zudem die Gefahr, die Erbringung einer Reihe von dringlichen Dienstleistungen (z.B. Abfallentsorgung, Ambulanzdienste) zu erschweren oder gar unmöglich zu machen[1131]. Daß es trotz der geregelten Fristen sowohl bei der vorläufigen Prüfungsphase gemäß Art. 88 Abs. 3 EG bzw. Art. 4 Abs. 2 VO 659/1999/EG als auch bei der förmlichen Prüfungsphase gemäß Art. 88 Abs. 2 EG bzw. Art. 4 Abs. 4 VO 659/1999/EG Defizite in der zügigen Bearbeitung gibt, läßt sich nicht bestreiten. Schließlich kann sich *de lege lata* ein Verfahren über bis zu 22 Monate hinziehen. Die Dauer eines Hauptprüfverfahrens läßt sich im voraus kaum präzise abschätzen. Zumeist geht es weit über die Dauer des Vorprüfungsverfahrens hinaus[1132]. In der Kommissionspraxis sind eine Reihe von derart langen Verfahren dokumentiert. Sonst hätte die Kommission für sich auch nicht als Hauptanliegen der im Beihilfenrecht anstehenden Reformen formuliert, „die Verfahren zu straffen und unnötigen verfahrensrechtlichen Aufwand bei der Prüfung staatlicher Beihilfen abzuschaffen, damit die Entscheidungen überwiegend rasch getroffen und mehr Mittel für die Klärung der strittigsten Beihilfefragen bereitgestellt werden können"[1133]. Im übrigen ist anzumerken, daß sich die ersten Zweifel am herkömmlichen Beihilfenansatz gerade an den zeitlichen Verzögerungen entzündeten, welche das Durchführungsverbots gemäß Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG gerierte[1134].

Der den Aktionsbedarf der öffentlichen Hand determinierende Kriterienkatalog des *Altmark*-Urteils garantiert – in der hier vertretenen Fassung, wonach zwingend die Durchführung eines offenen Ausschreibungsverfahrens erforderlich ist – die angemahnte[1135] notwendige Rechtssicherheit. Der Wegfall von Notifizierungspflicht und Durchführungsverbot bedeutet für alle Rechtsanwender im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse einen

1127 *Franzius,* NJW 2003, 3029 (3031); *Nettesheim,* EWS 2002, 253 (261); *Pünder,* NZBau 2003, 530 (533).

1128 *Steiff,* NZBau 2004, 75 (82).

1129 *Thouvenin/Lorieux*, Revue du Marché Commun et de l'Union européenne 2003, 633 (640).

1130 *Kommission,* XXXII. Bericht über die Wettbewerbspolitik (2002), Rdnr. 17; abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/2002/report_short_de.pdf

1131 *GA Jacobs,* Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 115; *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht der EU, 183, Rdnr. 484.

1132 *Koenig, ZIP 2000, 53 (56).*

1133 *Kommission,* XXXII. Bericht über die Wettbewerbpolitik (2002), Rdnr. 333; abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/2002/report_short_de.pdf

1134 *GA Tizzano,* Rs. C-53/00 (Ferring), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 77 ff.

1135 *Stockhausen,* Beihilfenrechtliche Grenzen einer nationalen Beschäftigungspolitik, 48.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nicht zu unterschätzenden Zeitgewinn. Wenn behauptet wird, daß an die Wirtschaftsteilnehmer nun höhere Anforderungen gestellt werden[1136], so ist dem zu entgegnen, daß der Transparenzansatz die Last der beihilfenrechtlichen Kontrolle gleichmäßig auf die Schultern aller Wirtschaftsteilnehmer verteilt: Zwar sehen sich die Wirtschaftsteilnehmer, die sich um einen öffentlichen Auftrag für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse bemühen, im Auswahlprozeß einem höheren Konkurrenzdruck ausgesetzt. Das System baut darauf, daß die Wirtschaftsteilnehmer zur Wahrung des objektiven Rechts die Verletzung ihrer subjektiv-öffentlichen Rechte geltend machen. Auf lange Sicht profitieren jedoch alle Wettbewerber von kürzeren Planungs- und Umsetzungsfristen. Der Transparenzansatz fügt sich insoweit auch in das generelle Konzept der Kommission für das Wettbewerbsrecht ein, wonach den privaten Wirtschaftsteilnehmern mehr Verantwortung abzuverlangen ist[1137]. Der Transparenzansatz beseitigt für den Teilbereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse den generellen Mißstand, daß mitgliedstaatliche Investitionen hinausgezögert werden.

e. Ergebnis

Für eine effiziente Beihilfenkontrolle im Anwendungsbereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse sind Notifikationspflicht und Durchführungsverbot entbehrlich. Das Notifikationssystem ist ineffizient und birgt die Gefahr der Überlastung der Kommission. Der Wegfall wird dank der Transparenz- und Publizitätsvorgaben des *Altmark*-Katalogs durch eine verschärfte Kontrolle seitens der privaten Wirtschaftsteilnehmer ausgeglichen. Die Befürchtungen, daß das beihilfenrechtlichen Kontrollniveau bedenklich abgesenkt wird, erscheinen übertrieben und sind damit in der Abwägung als nachrangig einzustufen[1138]. Die Dezentralisierung der Beihilfenkontrolle sollte wegen des Zeit- und Effizienzgewinns daher als Chance begriffen werden[1139].

IV. Besonderheit der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse

Der Transparenzansatz in Gestalt des *Altmark*-Katalogs trägt dem hohen Stellenwert des Gemeinschaftszieles der sozialen Kohäsion und der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse angemessen Rechnung, wie er in Art. 3 Abs. 1 lit. k, Art. 16 EG, Art. 36 Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GR-Charta)[1140] sowie Art. II-36 des *Entwurfs eines Vertrags über eine Verfassung für Europa*[1141] zum Ausdruck kommt.

1. Definition der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse

Art. 86 Abs. 2 EG und Art. 16 EG verwenden den Begriff der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, ohne ihn jedoch näher zu konkretisieren. Mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse werden gemeinhin marktbezogene Tätig-

1136 *v. Ysendyck/Zühlke,* RIW 2003, 717 (719).

1137 *Kommission,* XXXII. Bericht über die Wettbewerbspolitik (2002), Rdnr. 17; abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/2002/report_short_de.pdf

1138 *Bartosch,* NJW 2002, 3588 (3592).

1139 Vgl. *Arrowsmith,* ELR 2002, 3 (19); *Franzius,* NJW 2003, 3029 (3031); *Winter,* CMLR 2004, 475 (501).

1140 EU-Grundrechtscharta vom 7. Dezember 2000, ABl. 2000, C 364, S. 1 ff.

1141 *Verfassungskonvent,* Entwurf eines Vertrags über eine Verfassung für Europa vom 18. Juli 2003, CONV 847/03.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

keiten bezeichnet, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Mitgliedstaaten mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden werden[1142]. Ein Teil der Literatur will Unterschiede zwischen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ausgemacht haben[1143]. Teilweise wird sogar ein Katalog für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gefordert[1144]. Auch die Kommission steht auf dem Standpunkt, daß der Begriff Dienstleistungen von allgemeinem Interesse weiter reicht als der Begriff Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse[1145]. Gleichzeitig gibt die Kommission zu, daß hier noch Klärungsbedarf besteht[1146]. Nach der Formel des EuGH ist eine wirtschaftliche Tätigkeit anzunehmen, wenn die Tätigkeit darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten[1147]. Demgegenüber soll es sich bei den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse um Leistungen handeln, an denen ein allgemeines Interesse besteht, das sich von dem Interesse an anderen Tätigkeiten des Wirtschaftslebens besonders unterscheidet[1148].

Moderne, fortschrittsgetriebene Gesellschaften generieren in einem fort immer neue Bedürfnisse nach Dienstleistungen von allgemeinem Interesse. Art und Umfang sind wegen der wissenschaftlichen, wirtschaftlichen und kulturellen Entwicklungen einem steten Wandel unterworfen[1149]. Gleiches gilt für die Rolle des Staates in diesem Bereich[1150]. Wer könnte voraussagen, ob nicht eines Tages die Versorgung mit Informationen über das Internet zum Dienstleistungskanon des Staates gehört? Auch der Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit ist dynamisch zu verstehen. Ob eine Tätigkeit wirtschaftlicher oder nicht-wirtschaftlicher Art ist, läßt sich nicht abstrakt-generell sagen[1151]. Es kommt darauf an, ob sich in dem speziellen Sektor Marktstrukturen herausgebildet haben, i.e. private Anbieter auf dem jeweiligen Sektor etablieren[1152]. Dies wiederum hängt von politischen Entscheidungen der Mitgliedstaaten ab[1153]. Wer hätte aber prognostiziert, daß sich beispielsweise die Abfallentsorgung zu einem lukrativen Wirtschaftszweig entwickeln würde[1154]? Was gestern wertloser Müll war, ist heute ein Wirtschaftsgut[1155]. Die Differenzierung zwischen wirtschaftlichen und nicht-

1142 *Kommission,* Mitteilung vom 20. September 2000 zu den Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, KOM 2000, 580 endg., Anhang II; *eadem,* Mitteilung vom 12. Mai 2004 an das EP, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuß und den Ausschuß der Regionen „Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse", KOM (2004), 374 endg., Anhang 1.

1143 *Erhardt,* Beihilfen für öffentliche Dienstleistungen, 53; *Hetzel,* Gemeinwohlsicherung im Rahmen von Marktöffnungsprozessen, 22; *Knauff,* EuZW 453 (453); *idem,* VR 2004, 296 (297); *Schwarze,* EuZW 2001, 334 (335, 339); *Stix-Hackl/Gardette,* in: Une Communauté de droit, 473 (475).

1144 *Kämmerer,* NVwZ 2004, 28 (34).

1145 *Kommission,* Mitteilung vom 12. Mai 2004 an das EP, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuß und den Ausschuß der Regionen „Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse", KOM (2004), 374 endg., Anhang 2, Rdnr. 4.

1146 *Kommission,* Mitteilung vom 12. Mai 2004 an das EP, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuß und den Ausschuß der Regionen „Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse", KOM (2004), 374 endg., Anhang 2, Rdnr. 4.

1147 *EuGH,* Rs. 118/85, (Kommission/Italien), Slg. 1987, 2599, Rdnr. 7; Rs. C-35/96 (Kommission/Italien), Slg. 1998, I-3851, Rdnr. 36; Rs. C-180/98 bis C-184/98 (Pavlov), Slg. 2000, I-6451 Rdnr. 75.

1148 *EuGH,* Rs. C-179/90 (Merci Convenzionali Porto di Genova), Slg. 1991, I-5889, Rdnr. 27.

1149 Vgl. *Magiera,* in: FS-Rauschning, 269 (273).

1150 *Stix-Hackl/Gardette,* in: Une Communauté de droit, 473 (477).

1151 *Müller,* Blätter der Wohlfahrtspflege 2002, 89 (95); *Nettesheim,* EWS 2002, 253 (255).

1152 *Nettesheim,* EWS 2002, 253 (255).

1153 *Alexis,* RDUE 2002, 63 (63); *Schliesky,* Der Landkreis 2004, 487 (488).

1154 *Kluth,* in: Öffentliche Unternehmen im Wettbewerb und Vergaberecht, 9 (11).

1155 *Kluth,* in: Öffentliche Unternehmen im Wettbewerb und Vergaberecht, 9 (11).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wirtschaftlichen Dienstleistungen ist insbesondere vor dem Hintergrund des Transparenzansatzes sinnlos, da ein offenes Ausschreibungsverfahren automatisch einen Wettbewerb generiert, so daß stets eine marktbezogene Tätigkeit vorliegen wird. Die staatliche Nachfrage kreiert auf der Angebotsseite automatisch Marktbedingungen.

Die terminologischen Differenzierungen in den Mitgliedstaaten[1156], der Kommission[1157] sowie in der rechtswissenschaftlichen Literatur ist daher eher theoretischer Natur. Die Bezeichnungen, Universaldienste[1158], Daseinsvorsorge[1159], öffentliche Dienstleistungen[1160], gemeinwirtschaftliche bzw. gemeinwohlorientierte Leistungen etc. sind Synonyme[1161]. Dies wird auch daran deutlich, daß die Kommission sich in ihren offiziellen Dokumenten zu diesem Thema gleichermaßen der Begriffe Daseinsvorsorge[1162], gemeinwohlorientierte Dienstleistungen[1163], sowie Dienstleistungen von allgemeinem Interesse[1164] bedient[1165]. Kennzeichnend für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse ist, daß sie im Gemeinwohlinteresse erbracht werden[1166] und im freien Markt nicht oder nicht ausreichend bereitgestellt würden[1167].

Der Versuch, einen abschließenden Dienstleistungskatalog zu erstellen, ist daher zum Scheitern verurteilt[1168]. Es handelt sich um einen in der Entwicklung offenen Begriff. Nicht von ungefähr haben es die Gemeinschaftsinstitutionen zu keiner Definition gebracht[1169]. Insbesondere die Rechtsprechung beschränkt sich darauf, das Vorliegen von derartiger Dienstleistungen jeweils zu bejahen oder zu verneinen[1170]. Die vorliegende Untersuchung verwendet hauptsächlich den Begriff der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und – soweit aus stilistischen Gründen erforderlich – den Ausdruck der Daseinsvsorge.

1156 Vgl. *Kommission,* Mitteilung vom 12. Mai 2004 an das EP, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuß und den Ausschuß der Regionen „Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“, KOM (2004), 374 endg., Anhang 1.

1157 Vgl. *Kommission,* Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa vom 19. Januar 2001, ABl. 2001 C 17, S. 4 ff., Rdnr. 1.2.

1158 *Cox,* in: Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union, 73 (77).

1159 *Knauff,* VR 2004, 296 (296); *Püttner,* in: Öffentliche Wirtschaft, Sozialwirtschaft und Daseinsvorsorge im Wandel, FS-Cox, 1 (1); *idem,* in: Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union, 45 (53); *Sommermann,* in: Gemeinwohlgefährdung und Gemeinwohlsicherung, 201 (210).

1160 *Erhardt,* Beihilfen für öffentliche Dienstleistungen, 52; *Löwenberg,* Service Public und öffentliche Dienstleistungen in Europa, 25.

1161 Vgl. *Kämmerer,* NVwZ 2004, 28 (34); *Ruge,* ZRP 353 (353); *Santamato/Westerhof,* EuZW 2003, 645 (647); *Schebstadt,* DVBl. 2004, 737 (738).

1162 *Kommission,* Mitteilung „Leistungen der Daseinsvorsorge“, KOM (1996) 443 endg., *eadem,* Mitteilung vom 20. September 2000 „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“, KOM (2000), 580 endg.

1163 Vgl. *Kommission,* Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa vom 19. Januar 2001, ABl. 2001 C 17, S. 4 ff., Rdnr. 1.2.

1164 *Kommission,* Mitteilung vom 12. Mai 2004 an das EP, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuß und den Ausschuß der Regionen „Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“, KOM (2004), 374 endg.

1165 Vgl. *Kämmerer,* NVwZ 2004, 28 (29); *Ruge,* ZRP 353 (353).

1166 *Cox,* in: Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union, 73 (77); *Erhardt,* Beihilfen für öffentliche Dienstleistungen, 52; *Kühne,* RdE 2002, 257 (257); *Santamato/Westerhof,* EuZW 2003, 645 (647).

1167 Vgl. Art. 2 Abs. 1 VO 1191/69/EWG; *Schebstadt,* DVBl. 2004, 737 (738).

1168 *Alexis,* RDUE 2002, 63 (71); *Nettesheim,* EWS 2002, 253 (256); *Schebstadt,* DVBl. 2004, 737 (738).

1169 Vgl. *Kommission,* Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270, endg., Rdnr. 49.

1170 Vgl. *EuGH,* Rs. C-179/90 (Porto die Genova), Slg. 1991, I-5889, Rdnr. 27.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Wirtschaftsverfassung der Gemeinschaft

Der EG-Vertrag trifft mit Art. 4 Abs. 1 EG eine Systementscheidung für die gemeinschaftliche Wirtschaftsverfassung, welche dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet ist. Der Wortlaut „Grundsatz" indiziert, daß diese Orientierung an marktwirtschaftlichen Maßstäben in der Gemeinschaftsrechtsordnung den Regelfall darstellt. Abweichungen von diesem Modell, wie etwa die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse nach dem Formelkompromiß[1171] des Art. 86 Abs. 2 EG, sind folglich mit der Konnotation einer rechtfertigungsbedürftigen Ausnahme belegt (Art. 86 Abs. 2 EG als „Fremdkörper"[1172]). Gleichwohl kam Art. 86 Abs. 2 EG bereits vor den Urteilen *Ferring* und *Altmark* die Funktion zu, das Interesse der Mitgliedstaaten an Instrumenten der Wirtschafts- und Sozialpolitik einerseits mit dem Interesse der Gemeinschaft an der Einhaltung der Wettbewerbsregeln und der Wahrung der Einheit des Binnenmarktes andererseits in Einklang zu bringen[1173]. Der EG-Vertrag propagierte stets eine im Hinblick auf *laisser-faire* und mitgliedstaatliche Regulierung gemischte Wirtschaftsform[1174].

Dienstleistungen von allgemeinem Interesse haben ihren Platz in der Gemeinschaftsrechtsordnung, auch wenn man mit den Kategorien des Marktes argumentiert: Nach der im Weißbuch *Dienstleistungen von allgemeinem Interesse* aus dem Jahr 2004 geäußerten Ansicht der Kommission tragen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zur Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Wirtschaft bei[1175]. Als „eine der Grundsäulen"[1176] des europäischen Gesellschaftsmodells gehört ihre Erbringung durch die Mitgliedstaaten zu den Werten, die allen europäischen Gesellschaften gemeinsam sind und spielen eine wichtige Rolle bei der Überwindung von sozialer Ausgrenzung und Isolierung[1177]. Die effiziente und diskriminierungsfreie Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse ist Voraussetzung für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes und für die weitere wirtschaftliche Integration in der Europäischen Union[1178].

1171 *Hetzel,* Gemeinwohlsicherung im Rahmen von Marktöffnungsprozessen*, 48; Löwenberg,* Service Public und öffentliche Dienstleistungen in Europa, 154,

1172 *Erhardt,* Beihilfen für öffentliche Dienstleistungen, 55.

1173 *EuGH,* Rs. 2/88 (Frankreich/Kommission), Slg. 1991, I-1223, Rdnr. 12; Rs. C-159/94 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, I-5815, Rdnr. 55.

1174 *Ernst/Piotrowski,* NVwZ 2004, 924 (925); *Kluth,* in: Öffentliche Unternehmen im Wettbewerb und Vergaberecht, 9 (30).

1175 *Kommission,* Mitteilung vom 12. Mai 2004 an das EP, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuß und den Ausschuß der Regionen, KOM (2004), 374 endg., Rdnr. 2.1.

1176 *Kommission,* Mitteilung vom 12. Mai 2004 an das EP, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuß und den Ausschuß der Regionen, KOM (2004), 374 endg., Rdnr. 2.1.

1177 *Kommission,* Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270, endg., Rdnr. 2.

1178 *Kommission, XXXI.* Bericht über die Wettbewerbspolitik 2001, SEK (2002) 462 endg., Rdnr. 491; abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/2001/de.pdf; *eadem,* Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270, endg., Rdnr. 2.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Bedeutung von Art. 16 EG und Art. 36 GR-Charta

Art. 16 EG[1179] ist das Produkt des zwischen den Mitgliedstaaten schwelenden Konflikts über die Ausrichtung der gemeinschaftlichen Wirtschaftsverfassung[1180]. Der Vorschlag bei den Verhandlungen des Vertrags von Amsterdam, das Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu kippen, konnte sich nicht durchsetzen. Zumindest aber sollte Art. 16 EG signalisieren, daß die Gemeinschaft die gemischt-wirtschaftliche Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse als legitim anerkennt und durchaus befürwortet[1181]. Herausgekommen ist ein Kompromiß, der dem Wortlaut nach („unbeschadet der Art. 73, 86 und 87 ...") das Regel-Ausnahmeverhältnis der Art. 73, 86 und 87 EG nicht in Frage stellt[1182]. Nach herkömmlicher Meinung addiert Art. 16 EG daher einen lediglich ein geringen normativen Mehrwert[1183] zum EG-Vertrag.

Die GR-Charta betont in ihrer Präambel, daß die bisherigen Aufgaben und Zuständigkeiten und der Gemeinschaft weder angetastet noch erweitert werden[1184]. Ebenso wie Art. 16 EG spiegelt der ähnlich positiv formulierte Art. 36 GR-Charta („die Union anerkennt und achtet den Zugang zu Dienstleistungen von alllgemeinem wirtschaftlichen Interesse ...") die fundamentalen Differenzen wider, welche zwischen den Mitgliedstaaten über die Ausrichtung der gemeinschaftlichen Wirtschaftsverfassung bestehen[1185]. Die GR-Charta ist zur Zeit nicht unmittelbar verbindlich (*legally non-binding declaration of intent*[1186])[1187].

4. Analyse und Bewertung:

a. Dienstleistungen von allgemeinem Interesse als Querschnittsziel der Gemeinschaft

Wegen der positiven Formulierung in Art. 16 EG können Dienstleistungen allgemeinem Interesse nicht mehr einfach als lediglich tolerierte, rechtfertigungsbedürftige Durchbrechungen des marktwirtschaftlichen Modells interpretiert werden[1188]. Sie sind zu einem „eigenen Rechtsgut des EG-Vertrages"[1189] aufgewertet worden[1190]. Insofern hat sich das in

1179 „Unbeschadet der Art. 73, 86 und 87 EG und in Anbetracht des Stellenwertes, den Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse innerhalb der gemeinsamen Werte der Union einnehmen, sowie ihrer Bedeutung bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts tragen die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse im Anwendungsbereich dieses Vertrages dafür Sorge, daß die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, daß sie ihren Aufgaben nachkommen können".

1180 *Tettinger,* in: Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union, 97 (105).

1181 *Kommission,* Bericht über die Wettbewerbspolitik 2001, SEK 2002, 462 endg., Rdnr. 488; abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/2001/de.pdf..

1182 *v. Boetticher,* Die frei-gemeinnützige Wohlfahrtspflege und das europäische Beihilfenrecht, 131; *Hatje*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 16 Rdnr. 9; *Jung*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, Art. 16, Rdnr. 12; *Schwarze*, EuZW 2001, 334 (336); *Stix-Hackl/Gardette,* in: Une Communauté de droit, 473 (474); *Stober*, NJW 2002, 2357 (2361).

1183 *Kämmerer,* NVwZ 2002, 1041 (1043); EuZW 2001, 481 (481).

1184 Präambel, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. 2000, C 364, S. 1 ff., Erwägungsgrund 5.

1185 *Betten,* International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, 2001, 151 (152).

1186 *Betten,* International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, 2001, 151 (152).

1187 *v. Boetticher,* Die frei-gemeinnützige Wohlfahrtspflege und das europäische Beihilfenrecht, 132; *Knauff,* VR 2004, 296 (299); *Streinz,* in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, GR-Charta Vorbem., Rdnr. 4.

1188 *Koenig,* EuZW, 481 (481).

1189 *Hatje,* in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 16, Rdnr. 2.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Art. 86 Abs. 2 EG angelegte Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse verschoben[1191]. Die Aufnahme von Art. 16 EG zugunsten gemeinwohlorientierter Wirtschaftsformen läutet einen echten Paradigmenwechsel für das Verhältnis von Wettbewerbsrecht und Daseinsvorsorge ein[1192]. Seine systematische Stellung im ersten Teil („Grundsätze") zeigt, daß Art. 16 EG kein unverbindlicher Programmsatz ist, sondern ein echtes Gemeinschaftsziel[1193], eine echte „Querschnittsklausel"[1194]. Ein Beweis hierfür ist die Tatsache, daß der Anwendungsbereich von Art. 86 Abs. 2 EG von den Gemeinschaftsgerichten über die Art. 81 ff. EG hinaus horizontal erweitert worden ist. Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt man bei der Auslegung von Art. 36 GR-Charta. Hier besteht allerdings die Besonderheit, daß Art. 36 GR-Charta lediglich *soft law*-Charakter besitzt. Allerdings schließt die formelle Unverbindlichkeit der GR-Charta nicht aus, daß sie nicht mittelbar verbindlich sein kann[1195]. Bereits kurz nach ihrer Verkündung begann die Diskussion, ob ihre reale Signalwirkung[1196] und ihr Integrationspotential[1197] nicht doch rechtliche Wirkungen entfalten könnte. Schließlich ist die GR-Charta so gefaßt, als wäre sie rechtlich bindend[1198]. Auch die unter der Kapitelüberschrift Solidarität (Art. 27- 38 GR-Charta) versammelten sozialen Grundrechte sind als Rechte und nicht als Programmsätze formuliert. Den Boden für die GR-Charta als *substantive point of reference*[1199] und veritable Rechtserkenntnisquelle[1200] bereitete GA Tizzano mit seinen Schlußanträgen in der Rechtssache *BECTU*[1201]: Da die GR-Charta dazu bestimmt sei, als wesentlicher Maßstab für Mitgliedstaaten, Gemeinschaftsorgane, natürliche und juristische Personen zu dienen, dürfe sie in einem Rechtsstreit über die Natur und Tragweite eines Grundrechts nicht ignoriert werden[1202]. Seitdem suchen auch die anderen GAe regelmäßig, mal offen[1203], mal verschämt durch Verweise oder Fußnoten[1204],

---

1190 Vgl. *Löwenberg,* Service Public und öffentliche Dienstleistungen in Europa, 303; *Masing*, EuGRZ 2004, 395 (401); *Schwarze,* EuZW 2001, 334 (336).

1191 *Kluth,* In: Öffentliche Unternehmen im Wettbewerb und Vergaberecht, 9 (27); *Schwarze,* EuZW 2001, 334 (336).

1192 Vgl. *Stix-Hackl/Gardette,* in: Une Communauté de droit, 473 (474).

1193 *Knauff,* VR 2004, 296 (298).

1194 *v. Burchard,* in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 86, Rdnr. 55; *Kämmerer,* NVwZ 2004, 28 (29).

1195 *Streinz,* in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, GR-Charta Vorbem, Rdnr. 5.

1196 *Tettinger,* NJW 2001, 1010 (1010).

1197 *McCrudden,* Jean Monnet Working Papers 10/01, IV. 1., S. 19, abrufbar unter: http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/01/013001.html.

1198 *Knauff,* VR 2004, 296 (299); *McCrudden,* Jean Monnet Working Papers 10/01, II. 3., S. 9, abrufbar unter: http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/01/013001.html.

1199 *Betten,* International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, 2001, 151 (158).

1200 *Streinz,* in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, GR-Charta Vorbem., Rdnr. 11.

1201 *GA Tizzano*, Schlußanträge, Rs. C-173/99 (BECTU), Slg. 2001, I-4881, Rdnr. 27.

1202 *GA Tizzano*, Schlußanträge, Rs. C-173/99 (BECTU), Slg. 2001, I-4881, Rdnr. 28.

1203 *GA Colomer,* Schlußanträge, Rs. C-386/02 (Baldinger), Slg. I-14527, Rdnr. 25; GA *Jacobs,* Schlußanträge, Rs. C-377/98 (Niederlande/EP und Rat), Slg. 2001, I-7079, Rdnr. 197; GA *Léger*, Rs. C-353/99 P (Hautala), Slg. 2001, I-9565, Rdnr. 72; GA *Léger*, Rs. C-309/99 (Wouters), Slg. 2002, I-1577, Rdnr. 173, Fn. 176; GA *Geelhoed,* Schlußanträge, Rs. C-313/99 (Mulligan), Slg. 2002, I-5719, Rdnr. 28; GA *Jacobs,* Schlußanträge, Rs. C-50/00 (Unión de Pequeños Agricultores/Rat), Slg. 2002, I-6677, Rdnr. 39; GA *Jacobs,* Schlußanträge, Rs. C-112/00 (Schmidberger), Slg. I-5659, Rdnr. 101; GA *Colomer,* Schlußanträge, Rs. C-338/00 P (Volkswagen/Kommission), Slg. 2003, I-9189, Rdnr. 94; GA *Alber,* Schlußanträge, Rs. C-63/01 (Evans), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 80; GA *Colomer,* Schlußanträge, Rs. C-219/00 (Cementir/Kommission), Slg. 2004, I-14527, Rdnr. 26.

1204 *GA Stix-Hackl*, Schlußanträge, Rs. C-49/00 (Kommission/Italien), Slg. 2001, I-8575, Rdnr. 57, Fn. 11; GA *Stix-Hackl*, Schlußanträge, Rs. C-131/00 (Nilsson), Slg. 2001, I-10165, Rdnr. 18, Fn. 9; *GA Stix-Hackl*, Schlußanträge, Rs. C-60/00 (Carpenter), Slg. 2002, I-6279, Rdnr. 84, Fn. 29; *GA Stix-Hackl*,

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rückendeckung bei der GR-Charta, um die Ergebnisse ihrer Schlußanträge zu untermauern. Auch GA Stix-Hackl nahm in ihren Schlußanträgen in der Rechtssache *Enirisorse* explizit Bezug auf Art. 36 GR-Charta[1205]. Die inzwischen einhellige Meinung unter den GAen bringt daher folgende Kurzformel von GA Colomer zum Ausdruck: Die GR-Charta entfaltet zwar keine eigenständige verbindliche Wirkung, jedoch sind in ihr die rechtlichen Grundwerte der Mitgliedstaaten dargelegt, aus denen sich wiederum die allgemeinen gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze ergeben[1206].

b. Art. 16 EG und Art. 36 GR-Charta als Auslegungsmaxime

Nun kann es sich die Gemeinschaft als Wertegemeinschaft auf Dauer nicht leisten, den EG-Vertrag sowie Dokumente wie die GR-Charta mit Worthülsen und Lippenbekenntnissen zu spicken. Aus Gründen der Glaubwürdigkeit beansprucht der Grundsatz des *effet utile* nicht nur im Verhältnis von Gemeinschaftsrecht zu nationalem Recht Geltung, sondern auch im Verhältnis der einzelnen Normen des EG-Vertrages untereinander. Art. 16 EG soll den Konflikt zwischen der Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes und dem Bedürfnis nach Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu einem Ausgleich führen[1207]. Als Lösung bietet sich daher an, Art. 16 EG im Wege einer zielkonformen[1208] bzw. systematischen Auslegung[1209] der übrigen Normen des EG-Vertrags Berücksichtigung zu verschaffen. Art. 16 EG ist als Mandat verstehen, die rein marktwirtschaftliche Auslegung der Wettbewerbsvorschriften für den Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse abzumildern und zu modifizieren. Gleiches gilt für Art. 36 GR-Charta[1210]. Art. *16 EG und Art. 36 GR-Charta* haben daher den Rang einer *Auslegungsmaxime*[1211]. Der Transparenzansatz in Gestalt des *Altmark*-Katalogs verkörpert die Bedeutung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und verleiht diesen ein angemessenes Gewicht[1212].

V. Transparenzansatz als Ausfluß des Subsidiaritätsprinzips

Der Transparenzansatz läßt auch in den weiteren Kontext des Gemeinschaftsrechts systemgerecht einbetten. Der Entscheidungsspielraum der Mitgliedstaaten im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse entpuppt sich nämlich als genuines Anwendungsgebiet

---

Schlußanträge, Rs. C-459/99 (MRAX), Slg. 2002, I-6591, Rdnr. 64, Fn. 26; GA *Geelhoed,* Schlußanträge, Rs. C-224/98 (D'Hoop), Slg. 2002, I-6191, Rdnr. 28, Fn. 18; GA *Geelhoed,* Schlußanträge, Rs. C-491/01 (British American Tobacco Investments und Imperial Tobacco), Slg. 2002, I-11453, Rdnr. 259, Fn. 125; GA *Colomer,* Schlußanträge, Rs. C-187/01 (Gözütok) u. C-385/01 (Brügge), Slg. 2003, I-1345, Rdnr. 57, Fn. 22; GA *Alber,* Schlußanträge, Rs. C-465/00 (Österreichischer Rundfunk), Slg. 2003, I-4989, Rdnr. 3, Fn. 3.

1205 *GA Stix-Hackl*, Schlußanträge, Rs. C-34/01 bis C-38/01 (Enirisorse), Slg. 2003, , I-14527, Rdnr. 138, Fn. 101.

1206 *GA Colomer,* Schlußanträge, Rs. C-208/00 (Überseering), Slg. 2003, I-9919, Rdnr. 59.

1207 Vgl. *Schebstadt,* DVBl. 2004, 737 (745).

1208 *Hatje,* in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 16, Rdnr. 8.

1209 *Magiera,* in: FS-Rauschning, 269 (271).

1210 *Streinz,* in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, GR-Charta, Art. 36.

1211 Vgl. *Callies,* EuZW 2001, 261 (267); *Erhardt,* Beihilfen für öffentliche Dienstleistungen, 100; *Hetzel,* Gemeinwohlsicherung im Rahmen von Marktöffnungsprozessen*, 54; Knauff,* VR 2004, 296 (298); *Kühne,* RdE 2002, 257 (259); *Löwenberg,* Service Public und öffentliche Dienstleistungen in Europa, 308.

1212 Vgl. *GA Jacobs,* Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 124; *Kämmerer,* NVwZ 2004, 28 (34).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

für das dual in Art. 5 Abs. 2 EG und Art. 1 Abs. 2 EU verankerte Prinzip der Subsidiarität. Der Transparenzansatz steht in besonderem Maße für die vom Subsidiaritätsprinzip verkörperten Ziele der Differenzierung, Diversifizierung, Dezentralisierung[1213]. Insofern ist der Transparenzansatz eine konsequente Fortführung der bisherigen Dezentralisierungsbemühungen im Wettbewerbsrecht, die im Kartellrecht ansetzten[1214] und mit Einführung der ersten Gruppenfreistellungen im Behilfenrecht umgesetzt wurden[1215]. Der Transparenzansatz bedeutet eine föderalere Auslegung des Art. 87 Abs. 1 EG im Sinne des Subsidiaritätsprinzips, welche die Definitionsmacht und den Handlungsspielram an diejenigen Stellen zurückdelegiert, die den Bedarfstand vor Ort am besten evaluieren können. Der Transparenzansatz wird der Einschätzungsprärogative der Mitgliedstaaten im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse gerecht, ohne die Einheitlichkeit der Gemeinschaftsrechtsordnung aufs Spiel zu setzen.

1. Ratio des Subsidiaritätsprinzips

Gemäß dem Subsidiaritätsprinzip darf das Gemeinschaftsrecht die Entscheidungsbefugnis der Mitgliedstaaten nur soweit beschneiden, wie dies zur Erreichung der Ziele des EG-Vertrags erforderlich ist. Nach dem Subsidiaritätsprinzip ist zu erforschen, ob das jeweilige Gemeinschaftsziel nicht ausreichend durch Maßnahmen der Mitgliedstaaten erreicht werden kann und daher besser durch einen Gemeinschaftsakt verwirklicht wird (Test der vergleichenden Effizienz[1216]). Hinter diesem Prinzip steht die Idee, daß Kompetenzen in der Regel auf der untersten Ebene eines Organisationsapparates lokalisiert sein sollten. Für das Verhältnis von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten bedeutet dies folgendes: Grundsätzlich sollen die Mitgliedstaaten verantwortlich sein, da diese mit ihrem regionalen und lokalen Unterbau über die maßgeblichen Informationen, Kapazitäten und die notwendige demokratische Legitimation verfügen. Aktivitäten auf Gemeinschaftsniveau bedürfen dagegen besonderer Rechtfertigung. Insofern verkörpert das Subsidiaritätsprinzip den ersten, wenn auch verschämten, Gemeinschaftsansatz zum Thema Föderalismus[1217].

2. Funktion des Subsidiaritätsprinzips

Nach offizieller Interpretation entfalten das Subsidiaritätsprinzip und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ihre Wirkung sukzessive auf verschiedenen Ebenen[1218]: Das Subsidiaritätsprinzip sei Voraussetzung für den Erlaß der Maßnahme durch die Gemeinschaft, während der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz deren Umfang begrenze. Der Subsidiaritätsprinzip entfalte seine Wirkung also bei der Frage, ob überhaupt eine Gemeinschaftsmaßnahme getroffen werden soll oder nicht (Kompetenzschranke[1219]). Dagegen komme der Verhältnismäßigkeits-

---

1213 *Kämmerer, NVwZ 2004, 28 (33); Franzius*, NJW 2003, 3029 (3031*); Winter,* CMLR 1999, 521 (565).

1214 *Franzius,* NJW 2003, 3029 (3029); *Schwarze,* EuZW 2001, 334 (334).

1215 *Ross,* CMLR 2000, 401 (402, 422); *Sinnaeve,* EuZW 2001, 69 (77).

1216 *Callies,* in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, Art. 5, Rdnr. 36; *Streinz,* in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, Art. 5, Rdnr. 38.

1217 Vgl. *Glombik,* VR 2001, 269 (269); *Pechstein,* in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, Art. 1 EU, Rdnr. 38.

1218 *GA Léger,* Rs. C-84/94 (Vereinigtes Königreich/Rat – Arbeitszeitrichtlinie), Slg. 1996, I-5755, Rdnr. 126; vgl. *Kenntner,* NJW 1998, 2871 (2874); *Kühne,* RdE 2002, 257 (263); *Möschel,* NJW 1995, 281 (281).

1219 *Kenntner,* NJW 1998, 2871 (2874).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

grundsatz erst für die Prüfung der Angemessenheit der bereits getroffenen Maßnahme zum Einsatz[1220]. Zwar erfreut sich das Subsidiaritätsprinzip in der rechtswissenschaftlichen Literatur weiterhin der Beliebtheit[1221], es mehren sich jedoch Stimmen[1222], die auf die dogmatische Redundanz dieses Prinzips hinweisen, gepaart mit einer „Immunität gegen jegliche Justitiabilität“[1223].

3. Rechtsprechung des EuGH

Zu dieser Auffassung beigetragen hat nicht zuletzt der EuGH[1224], welcher in seinen Urteilen einen geradezu ostentativen Unwillen demonstrierte, das Subsidiaritätsprinzip zum Maßstab für die Rechtmäßigkeit von Rechtsakten der Gemeinschaft zu machen[1225]. So heißt es in seinem *Arbeitszeitrichtlinien*-Urteil: „Auf das Vorbringen, es liege ein Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip vor, ist von vornherein nicht einzugehen[1226]. Denn dies betrifft die Erforderlichkeit des Gemeinschaftshandeln, was der EuGH bereits unter Rdnr. 47 erörtert hat“[1227]. Sinnigerweise verweist jedoch jene Urteilspassage auf die Prüfung gemäß dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Auch im *Einlagensicherungssystem*-Urteil ließ sich der EuGH auf keine nähere Analyse ein, da „Rat und EP erläutert hätten, warum ihr Handeln mit dem Subsidiaritätsprinzip im Einklang stehe, so daß der in Art. 253 EG verankerten Begründungspflicht genügt sei. Eine ausdrückliche Erwähnung des Subsidiaritätsprinzips sei insoweit nicht zu verlangen“[1228]. Dieses Vorgehensweise wiederholte sich in der *Tabakrichtlinien*-Entscheidung. Obwohl die Bundesrepublik Deutschland ihre Klage explizit auf eine Verletzung des Subsidiaritätsprinzips gestützt hatte[1229], widmete sich der EuGH ausschließlich den konkreten Befugnisnormen, bzw. dem in Art. 5 Abs. 1 EG niedergelegten Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung[1230]. Im *Biotechnologieschutzrichtlinien*-Urteil gab sich der EuGH mit einer „stillschweigenden Beachtung des Subsidiaritätsprinzips“ zufrieden[1231]. Im Fall *British American Tobacco Investments und Imperial Tobacco* konstatierte der EuGH zur Frage, ob die fragliche Richtlinie den Anforderungen des Subsidiaritätsprinzip entspricht,

---

1220 *GA Léger,* Rs. C-84/94 (Vereinigtes Königreich/Rat – Arbeitszeitrichtlinie), Slg. 1996, I-5755, Rdnr. 126.

1221 Vgl. *Borchardt,* Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, Rdnr. 321 ff; *Kenntner,* NJW 1998, 2871 ff.; *Kühne,* RdE 2002, 257 (263); *Möschel,* NJW 1995, 281 ff.; *Streinz,* in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, Art. 5, Rdnr. 30.

1222 Vgl. *Dashwood,* CMLR 2004, 355 (368); *Estella,* The EU Principle of Subsidiarity and Its Critique, 132; *Lienbacher,* in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 5 EG, Rdnr. 4; *Pechstein,* in Streinz (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, Art. 1 EU, Rdnr. 39.

1223 *De Búrca,* The Jean Monnet Working Papers 7/1999, Rdnr. II. The adoption of subsidiarity into EC and EU Law, Seeking definition; abrufbar unter: http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/papers99.html; *Hepple,* in: Liber Amicorum Lord Slynn, 639 (645); *Wyatt,* in: Liber Amicorum Lord Slynn, 505 (507).

1224 *EuGH,* Rs. C-84/94 (Vereinigtes Königreich/Rat – Arbeitszeit-RL), Slg. 1996, I-5755, Rdnr. 55; Rs. C-415/93 (Bosman), Slg. 1995, I-4921, Rdnr. 81.

1225 Vgl. *Estella,* The EU Principle of Subsidiarity and Its Critique*, 156, 177; Timmermans, F*ILJ 1999, 106 (115).

1226 *EuGH,* Rs. C-84/94 (Vereinigtes Königreich/Rat – Arbeitszeitrichtlinie), Slg. 1996, I-5755, Rdnr. 55.

1227 *EuGH,* Rs. C-84/94 (Vereinigtes Königreich/Rat – Arbeitszeitrichtlinie), Slg. 1996, I-5755, Rdnr. 55.

1228 *EuGH,* Rs. C-233/94 (Deutschland/Rat u. EP – Einlagensicherungssystem), Slg. 1997, I-2405, Rdnr. 28.

1229 *EuGH,* Rs. C-376/98 (Deutschland/Kommission – Tabakrichtlinie), Slg. 2000, I-8419, Rdnr. 9.

1230 *EuGH,* Rs. C-376/98 (Deutschland/Kommission – Tabakrichtlinie), Slg. 2000, I-8419, Rdnr. 83.

1231 *EuGH,* Rs. C-377/98 (Niederlande/Rat u. EP – Biotechnologieschutzrichtlinie), Slg. 2001, I-7079, Rdnr. 33; Rs. C-103/01 (Kommission/Deutschland), Slg. 2003, I-5369, Rdnr. 46.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lapidar, daß die Ziele des Art. 95 Abs. 3 EG sich durch Maßnahmen allein auf der Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreichen ließen[1232].

Zusammenfassend ist zu konstatieren, daß das Subsidiaritätsprinzip in den Erwägungen des EuGH maximal im Kontext mit der Pflicht gemäß Art. 253 EG Erwähnung findet, Gemeinschaftsakte mit einer Begründung zu versehen[1233]. Entgegen anderer Ansicht[1234] ist die Annullierung eines Gemeinschaftsaktes wegen Verletzung des Subsidiaritätsprinzips äußerst unwahrscheinlich[1235].

4. Analyse und Bewertung

Es ist zu begrüßen, daß die hinter dem Subsidiaritätspinzip stehenden Ideen Eingang in EG- und EU-Vertag gefunden haben. Trotz detaillierter Definitionsversuche[1236] bestehen jedoch Zweifel an der dogmatischen Verortung des Subsidiaritätsprinzips neben dem Prinzip der beschränkten Einzelermächtigung gemäß Art. 5 Abs. 1 EG und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gemäß Art. 5 Abs. 3 EG.

a. Dogmatische Redundanz des Subsidiaritätsprinzips

So wird man bei näherer Betrachtung feststellen, daß es unmöglich ist, die Frage der Subsidiarität unabhängig davon zu beantworten, welcher Rechtsakt im Sinne von Art. 249 EG anvisiert ist[1237]. Ohne ein Koordinatensystem von konkretem Ziel und konkretem Gemeinschaftsakt erübrigt sich jegliche Prüfung. Der Test der vergleichenden Effizienz ist nichts anderes als die umformulierte Kehrseite des Erforderlichkeitskriteriums, der zweiten Prüfungsstufe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Auf dieser Stufe wird gemeinhin geprüft, ob eine Gemeinschaftsaktion in Relation zum anvisierten Ziel notwendig ist, i.e. ob nicht mildere, ebenso geeignete Regelungsinstrumente zur Disposition gestanden hätten. Wenn die Gemeinschaftsaktion sich auf einer der drei Stufen des Verhältnismäßigkeitsprüfung als ungenügend erweist, dann bleiben die Mitgliedstaaten weiterhin zum Erlaß von Rechtsakten zuständig. Was die Kompetenzverteilung in der Gemeinschaftsrechtsordnung anbelangt, so gibt es nur zwei Akteure: Gemeinschaft und Mitgliedstaaten. Eine spezielle Erforderlichkeitsprüfung im Hinblick mit diesen zweiten Akteur, den Mitgliedsstaaten ist jedoch überflüssig, wenn sich daran ohnehin – eingebettet in das Prüfungsmuster des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – eine allgemeine Erforderlichkeitsprüfung anschließt. Die „Überschneidung mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz“[1238] kommt auch darin zum Ausdruck, daß das Subsidiaritätsprinzip bisweilen als „Kompetenzausübungsschranke“[1239] tituliert wird. Dies ist jedoch gerade Aufgabe und Funktion des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Wegen dieser Überschneidung mit

---

1232 *EuGH,* Rs. C-491/01 (British American Tobacco Investments und Imperial Tobacco), Slg. 2002, I-11453, Rdnr. 182.

1233 *Estella,* The EU Principle of Subsidiarity and Its Critique, 157.

1234 *Koenig/Haratsch,* Europarecht, Rdnrn. 74, 75; *Nagel,* Wirtschaftsrecht der Europäischen Union, 46.

1235 *Dashwood,* CMLR 2004, 355 (368); *ter Steeg,* EuZW 2003, 325 (327).

1236 Protokoll zum Vertrag zur Gründung der Gemeinschaft über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit; abrufbar unter: http://europa.eu.int/eur-lex/de/treaties/selected/-livre345.html; *Europäischer Rat*, Bulletin EU 12/1992, 9 ff.

1237 *Koenig/Haratsch,* Europarecht, Rdnr. 73.

1238 *Koenig/Haratsch,* Europarecht, Rdnr. 73.

1239 *Ernst/Piotrowski,* NVwZ 2004, 924 (926); *Estella,* The EU Principle of Subsidiarity and Its Critique, 91; *ter Steeg,* EuZW 2003, 325 (326).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist das Subsidiaritätsprinzip dogmatisch obsolet[1240]. Darüber hinaus ist das Subkriterium innerhalb des Subsidiaritätsprinzips, die Sphäre exklusiver Gemeinschaftskompetenz, *in praxi* nicht eindeutig zu definieren[1241]. *Realiter* stellt das Subsidiaritätsprinzip keine echten objektiven Kriterien für die Kompetenzaufteilung zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten bereit[1242]. In Wirklichkeit handelt es sich um eine „Beruhigungspille"[1243], ein politisches bzw. rhetorisches Schlagwort zur *pro forma*-Legitimation von Gemeinschaftsakten[1244].

b. Subsidiaritätsprinzip als Auslegungsmaxime

Trotz dieser funktionalen Mängel ist dem Subsidiaritätsprinzip eindeutig der Wille des Gemeinschaftsgesetzgebers zu entnehmen, einem institutionellen Ungleichgewicht zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten entgegenzuwirken. Seine Einführung markiert einen Richtungswechsel in der Rechtskultur der Gemeinschaft[1245]. Es ist nicht wünschenswert, daß ein derartiges Signal zu einer Worthülse verkümmert. Auch wenn seine dogmatische Verankerung zweifelhaft ist, müssen Sinn und Zweck des Subsidiaritätsprinzips bei der Rechtsanwendung berücksichtigt werden. Das Subsidiaritästprinzip ist daher als *föderales Auslegungsgebots bei der Interpretation der übrigen Gemeinschaftsnormen* zu verstehen, welches auf die Wiederherstellung des institutionellen Gleichgewichts bedacht ist[1246]: Danach wäre in Ergänzung zum Auslegungsgebot des Art. 10 EG innerhalb aller möglichen Auslegungsvarianten derjenigen Interpretation einer Gemeinschaftsnorm der Vorzug zu geben, welche Definitionsmacht an die Mitgliedstaaten zurückdelegiert, so daß die Entscheidungsgewalt nach der Devise *play your strength* im Zweifel in den Händen nationaler, regionaler oder gar lokaler Einheiten liegt.

c. Subsidiaritätsprinzip und Dienstleistungen von allgemeinem Interesse

Diese Sichtweise hat in zweierlei Hinsicht einen besonderen Charme für das Beihilfenrecht. Zum einen war speziell dieses Rechtsgebiet von der extensiven Auslegungspraxis der Kommission gebeutelt worden. So wurde der Kommission in der Vergangenheit vorgeworfen, sie versuche, mittels des Beihilfenrechts Wirtschaftspolitik zu betreiben, indem sie Art. 87 Abs. 1 EG auf immer mehr Fälle bzw. Fallgruppen erstreckt[1247]. Von „Kontrollbegehrlichkeiten"[1248], ja sogar „Deformierung des Beihilfentatbestandes"[1249] war die Rede.

1240 *De Búrca,* The Jean Monnet Working Papers 7/1999, II. The adoption of subsidiarity into EC and EU law: Is the Subsidiarity Principle Justiciable?; abrufbar unter: http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/papers99.html

1241 *De Búrca,* The Jean Monnet Working Papers 7/1999, II. The adoption of subsidiarity into EC and EU law: The formal scope of subsidiarity; abrufbar unter: http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/papers99.html.

1242 *De Búrca,* The Jean Monnet Working Papers 7/1999, II. The adoption of subsidiarity into EC and EU law: The dual legal expression of subsidiarity at Maastricht; abrufbar unter: http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/papers99.html.

1243 *Lienbacher,* in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 5, Rdnr. 4.

1244 Vgl. *Dashwood,* CMLR 2004, 355 (368); *Dederer/Diekmann/Schulze-Weidner,* DRV 1995, 339 (346); *Estella,* The EU Principle of Subsidiarity and Its Critique*, 96; ter Steeg,* EuZW 2003, 325 (328).

1245 *Lienbacher,* in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 5, Rdnr. 4.

1246 *Zeiss,* Privatfinanzierung staatlicher Infrastruktur, 150.

1247 *Bartosch,* NJW 2002, 3588 (3588); *Pünder,* NZBau 2003, 530 (533).

1248 *Bartosch,* NJW 2002, 3588 (3588).

1248 *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht der EU, Rdnr. 12.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Insofern stellt sich der Transparenzansatz als probates Mittel der Deeskalation dar, um den Konflikt zwischen der Kommission und Mitgliedstaaten um die Beihilfenkontrolle zu entschärfen[1250].

Zum anderen besitzen die Mitgliedstaaten mit ihrem regionalen und lokalen Unterbau ein viel feineres Sensorium für aufkeimende Bedürfnisse der Bevölkerungen als die mitunter schwerfällig agierenden Institutionen der Gemeinschaft. Angesichts des „notwendigerweise evolutionären Charakters"[1251] der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse sind es in erster Linie die Mitgliedstaaten, welche stimmige Strategien konzipieren können, die den besonderen nationalen, regionalen und lokalen Gegebenheiten Rechnung tragen. Zu dieser Erstverantwortung der Mitgliedstaaten tritt die Tatsache, daß allein die Mitgliedstaaten sich auf eine ununterbrochene Kette demokratischer Legitimation berufen können. Auch die Kommission erkannte in einer Reihe von offiziellen Dokumenten, zuletzt im *Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse*, die mitgliedstaatliche Einschätzungsprärogative ausdrücklich an[1252]. Um eine möglichst bürgernahe Entscheidung zu fällen, ist es daher Sache der zuständigen nationalen, regionalen und örtlichen Behörden, die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu definieren, die Art und Weise der Organisation bzw. Delegation, der Finanzierung und der Kontrolle festzulegen[1253]. Diese Meinung wird bis auf vereinzelte Ausnahmen[1254] auch von der Literatur geteilt[1255]. Die Kommission kann die mitgliedstaatliche Entscheidung über die Feststellung des öffentlichen Interesses an einer Dienstleistung nur „auf offenkundige Fehler" hin kontrollieren[1256].

VI. Einheitliche Verfahrensanforderungen

1. Vorwurf fehlender einheitlicher Verfahrensanforderungen

Gegen das Argument, daß ein Ausschreibungsverfahren den Beihilfentatbestand ausschließt, wird eingewandt, daß es mit Ausnahme des öffentlichen Personenverkehrs an einem

---

1249 *Bartosch,* WuW 2001, 673 (685).

1250 *Koenig/Sander,* EuR 2000, 743 (744).

1251 *GA Stix-Hackl*, C-34/01 bis C-38/01 (Enirisorse), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 157.

1252 *Kommission,* Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa vom 20. September 2000, ABl. 2001, C 17, S. 4 ff. Rdnr. 22; *eadem, B*ericht, für den Europäischen Rat in Laeken vom 17. Oktober 2001, KOM (2001), 598 endg., Rdnr. 7; *eadem,* Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270, endg., Rdnr. 77; *eadem,* Mitteilung vom 12. Mai 2004 an das EP, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuß und den Ausschuß der Regionen „Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse", KOM (2004), 374 endg., Rdnr. 2.3.

1253 *Kommission,* Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270, endg., Rdnrn. 31, 77, 79, 85; *eadem,* Mitteilung vom 12. Mai 2004 an das EP, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuß und den Ausschuß der Regionen „Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse", KOM (2004), 374 endg., Rdnr. 2.3.

1254 Vgl. *Nicolaides,* Intereconomics 2002, 190 (195).

1255 Vgl. GA *Tizzano,* Schlußanträge, Rs. C-53/00 (Ferring), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 51; *Hailbronner, NJW* 1991, 593 *(*601); *Henneke,* DNV 2002, 19 (20); *Kämmerer, NVwZ 2002, 1041* (1043); *Magiera,* in: FS-Rauschning, 269 (288); *Müller,* Blätter der Wohlfahrtspflege 2002, 89 (90); *Nettesheim,* EWS 2002, 253 (254); *Pietzcker*, ZHR 1998, 427 (465); *Schwarze,* EuZW 2001, 334 (338); *Weber,* NZBau 2002, 194 (194).

1256 *Kommission*, Mitteilung zu Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl. 2001, C 17, S. 4 ff., Rdnr. 22; vgl. *Koenig/Haratsch,* ZUM 2003, 804 (806).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gemeinschaftsweit einheitlichen Verfahren mangele[1257]. Gemäß dem Vorschlag der Kommission zur Neufassung der VO 1191/69/EWG[1258] sind öffentliche Dienstleistungsaufträge grundsätzlich im Wege der Ausschreibung zu vergeben[1259], welche „gerecht, offen und nicht diskriminierend" ausgestaltet sein müßten[1260]. Solange nicht auch für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse der unmittelbar anwendbaren VO 1191/69/EWG entsprechende, verbindliche und gemeinschaftsweit einheitliche Verfahrensanforderungen festgelegt würden, sei eine den Beihilfentatbestand ausschließende Wirkung nicht anzunehmen.

2. Analyse und Bewertung

Diesem Einwand ist zu entgegnen, daß die Kommission ihre Praxis zur Privatisierung staatlicher Beteiligungen auch nicht von einer gemeinschaftlichen Normierung des Verfahrens des Ausschreibungswettbewerbs abhängig gemacht hat[1261]. Im Gegenteil, sie hat sich lange Zeit ebenfalls mit den unbestimmten Rechtsbegriffen „offen, diskriminierungsfrei und bedingungslos" begnügt. Zum anderen liegt – unter Berücksichtigung der Autorität, welche die Urteile des EuGH in der Gemeinschaftsrechtsordnung genießen – mit dem *Altmark*-Katalog, welcher auf das positive Recht der Vergaberichtlinien verweist, ein derartiges gemeinschaftsweit einheitliches Verfahren vor. Die geltenden Vergaberichtlinien genügen den Anforderungen an einheitliche Verfahrensanforderungen[1262]. Dies sieht mittlerweile auch die Kommission so: „Übertragen die staatlichen Behörden einem Dritten die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse durch einen öffentlichen Auftrag im Sinne der Vergaberichtlinien, so müssen diese, wenn sie die in der einschlägigen Richtlinie festgelegten Obergrenzen erreichen, die Verfahrensvorschriften dieser Richtlinien erfüllen und sind nicht von dieser Richtlinie ausgenommen"[1263].

VII. Gesamtergebnis zum Transparenzansatz

Der Transparenzansatz in Gestalt des *Altmark*-Katalogs ist die *via regia*, um Dienstleistungen von allgemeinem Interesse beihilfenrechtlich zu „immunisieren"[1264]. Nach dem Transparenzansatz wird der materiell-rechtliche Konflikt zwischen der gemeinschaftlichen Wettbewerbsordnung und dem mitgliedstaatlichen Interesse an der Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen über das prozessuale Instrument des offenen Ausschreibungsverfahrens aufgelöst.

1257 Vgl. *Koenig,* EuZW 2001, 741 (745).

1258 *Kommission,* Vorschlag für eine VO des EP und des Rates über Maßnahmen der Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit Anforderungen des öffentlichen Dienstes und der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge für den Personenverkehr auf der Schiene, der Straße und auf Binnenschifffahrtswegen vom 26. Juli 2000, ABl. 2000, C 365 E, S. 169 ff.; *eadem,* Geänderter Vorschlag für eine VO des EP und des Rates über Maßnahmen der Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit Anforderungen des öffentlichen Dienstes und der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge für den Personenverkehr auf der Schiene, der Straße und auf Binnenschifffahrtswegen KOM (2002), 107 endg., ABl. 2002, C 151 E, S. 146 ff.

1259 Art. 6 lit. a VO-Vorschlag.

1260 Art. 12 VO-Vorschlag.

1261 *Reuter,* ZIP 2002, 737 (744).

1262 *Jennert,* WRP 2003, 459 (465).

1263 *Kommission,* Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270, endg., Rdnr. 81.

1264 *Koenig/Kühling,* NVwZ 2003, 779 (286).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die gegen den Transparenzansatz artikulierten Argumente können entweder direkt entkräftet oder durch Vorzüge des Transparenzansatzes aufgewogen werden. So vermag insbesondere der *market economy investor test* im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse keine Geltung zu beanspruchen. Diese können mit den staatlichen Zuwendungen saldiert werden, da der Transparenzansatz durch den Ausschreibungswettbewerb Marktangemessenheit gewährleistet. Der Transparenzansatz läßt den Legalausnahmen von Art. 86 Abs. 2 EG und Art. 73 EG genügend Anwendungsraum. Die Effizienz der Beihilfenkontrolle wird durch die Anwendung des Transparenzansatzes nicht beeinträchtigt. Zum einen ist das Notifikationssystem nicht geeignet. Zum anderen wird die Beihilfenkontrolle über die Mobilisierung der privaten Wirtschaftsteilnehmer lediglich auf andere Akteure verlagert. Der Transparenzansatz bedeutet für alle Wirtschaftsteilnehmer Zeitersparnis und hilft der Kommission angesichts ihrer begrenzten Leistungsfähigkeit, sich auf die wichtigen Verstöße gegen das gemeinschaftliche Beihilfenregime zu konzentrieren.

In der Zusammenschau wird der Transparenzansatz sowohl durch jüngste Trends als auch durch langfristige Entwicklungen innerhalb der Gemeinschaftsrechtsordnung bestätigt. Die Frage der Integration der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in das beihilfenrechtliche System kann nicht unabhängig vom gesamten Integrationsprozeß der Gemeinschaft beurteilt werden kann. Art. 87 Abs. 1 EG ist in Verbindung mit Art. 16 EG sowie Art. 36 GR-Charta zu lesen. Der Transparenzansatz vermag überdies, dem Funktionswandel des Subsidiaritätsprinzips angemessen Rechnung zu tragen, das im Sinne eines föderalen Auslegungsgebots zu verstehen ist. Insgesamt schließt der Transparenzansatz alle Vorteile der Tatbestandslösung ein, vermeidet aber deren Nachteile. Der Transparenzansatz ist daher unter dem Blickwinkel von Binnenmarkt und sozialer Kohäsion die ideale Methode, die harmlosen Fälle mitgliedstaatlicher Intervention von vornherein aus dem Bannstrahl des Art. 87 Abs. 1 EG herauszufiltern.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kapitel Drei: Indizwirkung des Transparenzansatzes

A. Einleitung

I. Ausgangsthese

Die erläuterten Umwälzungen bei der Auslegung von Art. 87 Abs. 1 EG haben Auswirkungen auf die gemeinschaftsrechtliche Bewertung sozialer Vergabekriterien. Die geschilderten Entwicklungen im Beihilfenrecht sind Beweis dafür, daß die Vergabe eines öffentlichen Auftrags unter Berücksichtigung sozialer Aspekte nicht nur *nicht* gegen den Art. 87 Abs. 1 EG verstößt[1265], sondern liefern darüber hinaus auch Argumente, die *für* ihre generelle gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit streiten.

Ausgangspunkt ist die These, daß die Vergabe eines öffentlichen Auftrags unter Einbeziehung sozialer Vergabekriterien entgegen verbreiteter Ansicht[1266] für das solchermaßen betraute Bieterunternehmen keinen wirtschaftlichen Vorteil im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG bedeutet. Zwar erhält das erfolgreiche Bieterunternehmen bei der Erteilung des öffentlichen Auftrags einen geldwerten Vorteil in Gestalt des vereinbarten Entgelts[1267]. Aber der Zuschlag ist Belohnung für die erfolgreiche Teilnahme am Ausschreibungswettbewerb[1268]. Auch die Auslastung der betrieblichen Kapazitäten infolge des öffentlichen Auftrags, die zwar keinen Gewinn bringen, aber die laufenden Kosten decken, Verluste verhindern und damit der Substanzerhaltung dienen, eine beihilfenrechtlich relevante Entlastung darstellen, begründet keinen wirtschaftlichen Vorteil im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG[1269]. Vielmehr definieren soziale Vergabekriterien die vom öffentlichen Auftraggeber geforderte Leistung. Ihre Erfüllung gehört damit zu den Bedingungen, unter denen der Wettbewerb um die geforderte Leistung stattfindet[1270]. Ist das Angebot, welches das soziale Vergabekriterium erfüllt, teurer als rein betriebswirtschaftliche Angebote, zahlt der öffentliche Auftraggeber folglich kein erhöhtes

1265 Vgl. *Fischer,* VergabeR 2004, 1 (7); *Gleichner,* in: Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. IV, 193 (250); *Grzeszick,* DÖV 2003, 649 (651); *Jennert,* NZBau 2003, 417 (420).

1266 *Arnould,* PPLR 2001, NA 13 (19); *Bartl,* RiA 1999, 3 (8); *Bartosch,* 2001, 229 (230); *idem,* WuW 2001, 673 (682 f.); *Dippel/Zeiss,* NZBau 2002, 376 (377); *Dischendorfer/Stempkowski,* PPLR 2002, NA 47 (51); *Dreher/ Haas/v. Rintelen*, Vergabefremde Regelungen und Beihilferecht, 7; *Frenz,* WuW 2002, 352 (360); *Gleichner,* in: Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. IV, 193 (248); *Götzke,* Die Berücksichtigung des Umweltschutzes bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge, 94; *Heid,* wbl 1998, 194 (196); *Huber,* ThürVBl. 2000, 193 (196); *Kämmerer/Thüsing,* ZIP 2002, 596 (600); *Kese/Lukasik,* VBlBW 2003, 226 (228); *Knipper,* WuW 1999, 677 (683); *Lübbig,* EuZW 1999, 671 (672); *Martín-Ehlers,* WuW 1999, 685 (687); *Müller-Graff,* ZHR 1988, 403 (419); *Pietzcker,* ZHR 1998, 427 (467); *Pünder,* NZBau 2003, 530 (533); *Puhl,* VVdSTRL 2001, 456 (501); *Rieble,* NZA 2000, 225 (233); *Rittner,* EuZW 1999, 677 (679); *Schmitges-Thees,* Die öffentliche Auftragsvergabe als Instrument des Umweltschutzes*, 126; Schwarze,* EuZW 2000, 133 (134); *Sedemund,* in: Rechtsfragen der europäischen Beihilfenaufsicht, 31 (41); *Winter,* CMLR 2004, 475 (495, 502); *Wittig,* Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts, 56, 57; *Zeiss,* EWS 2003, 114 (116); *Ziekow,* NZBau 2001, 72 (78).

1267 *Dreher/Haas/v. Rintelen,* Vergabefremde Regelungen und Beihilfenrecht, 11; *Fischer,* VergabeR 2004, 1 (2).

1268 Vgl. *Gundel,* RIW 2002, 222, (228); *Pünder,* NZBau 2003, 530 (531).

1269 *Gas/Rücker,* DÖV 2004, 56 (62); *Gundel,* RIW 2002, 222 (225).

1270 *Fischer,* VergabeR 2004, 1 (6).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Entgelt, sondern das Entgelt für die geforderte Leistung[1271]. Die Vergabe öffentlicher Aufträge unter Berücksichtigung sozialer Aspekte ist vergleichbar mit der Kompensation für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse.

Mit der nun folgenden Untersuchung sollen die Parallelen zwischen der Vergabe öffentlicher Aufträge unter Berücksichtigung sozialer Aspekte und den Kompensationszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse aufgezeigt werden. Aufgrund der Ähnlichkeiten kommt die systematische Auslegung zu dem Ergebnis, daß soziale Vergabekriterien zulässig sind.

II. Differenzierung innerhalb der sozialen Vergabekriterien

Soziale Vergabekriterien sind, wie sich aus der Zusammenschau der Rechtsprechung des EuGH ergeben hat[1272], produktionsbezogene Kriterien. In Abgrenzung zu den sogenannten produktbezogenen Merkmalen wie sie zum Beispiel mittlerweile in Art. 53 Abs. 1 lit. a RL 2004/18/EG und Art. 55 Abs. 1 lit. a RL 2004/17/EG aufgezählt sind[1273] (Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- oder Ausführungsfrist) stellen soziale Vergabekriterien auf den Herstellungsprozeß ab. Innerhalb der sozialen Vergabekriterien ist nun zwischen den sogenannten Chancengleichheitskriterien wie der Integration von Angehörigen gesellschaftlich benachteiligter Gruppen einerseits und dem Vergabekriterium der Tariftreueverpflichtung andererseits zu differenzieren. Letzterem wird im Anschluß an diese Untersuchung ein eigenes Kapitel gewidmet, um es einer gesonderten Exegese und Analyse zu unterziehen[1274]. Die getrennte Darstellung ist geboten, da das Kriterium der Tariftreueverpflichtung zwei qualitative Unterschiede zu den übrigen sozialen Vergabekriterien aufweist. Während die übrigen sozialen Vergabekriterien nämlich darauf abzielen, auf dem Arbeitsmarkt Chancengleichheit für Mitglieder bisher benachteiligter Gruppen herzustellen, sollen mit dem Kriterium der Tariftreueverpflichtung in erster Linie die sozialen Besitzstände der am Ort der Ausführung des öffentlichen Auftrags ansässigen Arbeitnehmerschaft geschützt werden. Darüber hinaus tangiert das Kriterium der Tariftreueverpflichtung wegen seines geographischen Anknüpfungspunktes neben der typischen vergaberechtlichen Problematik zusätzlich den Normenkomplex der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 49 EG. Um die Darstellung nicht zu überfrachten, soll das diskriminierungsrechtlich relevante Vergabekriterium der Tariftreueverpflichtung daher erst im Anschluß an die Erwägungen zu den sogenannten Chancengleichheitskriterien diskutiert werden. Ist daher in diesem Kapitel von sozialen Vergabekriterien die Rede, sind damit die Chancengleichheitskriterien gemeint.

1271 *Fischer,* VergabeR 2004, 1 (6).

1272 Supra: S. 40, 48, 55.

1273 Vgl. Art. 30 Abs. 1 lit. b RL 93/37/EWG; Art. 36 Abs. 1 lit. b RL 92/50/EWG; Art. 26 Abs. 1 lit. b RL 93/36/EWG.

1274 Infra: S. 241 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

B. Generelle Gemeinsamkeiten zwischen Beihilfen- und Vergaberecht

I. Investitionsverhalten der öffentlichen Hand

Die erste bezeichnende Gemeinsamkeit zwischen Beihilfen- und Vergaberecht ist, daß beide Normenkomplexe einen Leistungstransfer zwischen der öffentlichen Hand einerseits und privaten Wirtschaftsteilnehmern andererseits zum Gegenstand haben. Charakteristikum beider Rechtsgebiete ist, daß aus staatlichen Mitteln finanzielle Leistungen an Marktteilnehmer einer bestimmten Sparte und Kategorie fließen. Beihilfen- und Vergaberecht regeln das Ausgabe- und Investitionsverhalten der Mitgliedstaaten. Sie unterscheiden sich darin, daß bei einer staatlichen Beihilfe des Empfängerunternehmen der staatlichen Leistung keine wie auch immer geartete Gegenleistung erbringt, während es für das Recht der Vergabe öffentlicher Aufträge gerade Voraussetzung ist, daß das Bieterunternehmen eine äquivalente Gegenleistung erbringt[1275]. Das Beihilfenrecht kontrolliert die öffentliche Hand ihrer Rolle als Gläubigerin und Investorin, die Vergaberichtlinien in ihrer Eigenschaft als Käuferin. Beiden Rechtsgebieten liegt damit die – um mit den Worten der Kommission zu sprechen – zentrale Frage von europäischer Tragweite[1276] zugrunde, welche Rolle den staatlichen Stellen in einer modernen Marktwirtschaft zukommt[1277].

II. Definitionsmacht der Mitgliedstaaten

In beiden Fällen ist allgemein anerkannt, daß die Mitgliedstaaten einen weiten Beurteilungsspielraum bei der Definition des Leistungsgegenstandes haben. Im Beihilfenrecht können die Mitgliedstaaten und ihre Untergliederungen die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse festlegen und das Anforderungsprofil für die geforderten Eigenschaften formulieren[1278]. Auch im Vergaberecht können die öffentlichen Auftraggeber autonom Art und Umfang des Leistungsgegenstands wählen[1279]. Das Vergaberecht läßt den öffentlichen Auftrag-

---

1275 *Bultmann,* Beihilfenrecht und Vergaberecht, 141.

1276 *Kommission,* Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270, endg., Rdnr. 47.

1277 *Kommission,* Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270, endg., Rdnr. 4.

1278 *Kommission,* Mitteilung vom 20. September 2000 zu den Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, KOM 2000, 580 endg., Rdnr. 22; *eadem, B*ericht, für den Europäischen Rat in Laeken vom 17. Oktober 2001, KOM (2001), 598 endg., Rdnr. 7; *eadem,* Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270, endg., Rdnr. 77; *eadem,* Mitteilung vom 12. Mai 2004 an das EP, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuß und den Ausschuß der Regionen „Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse", KOM (2004), 374 endg., Rdnr. 2.3.; GA *Tizzano,* Schlußanträge, Rs. C-53/00 (Ferring), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 51; *Hailbronner, NJW 1991, 593 (*601); *Henneke,* DNV 2002, 19 (20); *Hetzel,* Gemeinwohlsicherung im Rahmen von Marktöffnungsprozessen, 41; *Kämmerer, NVwZ 2002, 1041* (1043); *Koenig/Kühling/Ritter,* EG-Beihilfenrecht, 31; *Lübbig/Martín-Ehlers,* Beihilfenrecht der EU, 185, Rdnr. 490; *Magiera,* in: FS-Rauschning, 269 (288); *Müller,* Blätter der Wohlfahrtspflege 2002, 89 (90); *Nettesheim,* EWS 2002, 253 (254); *Pietzcker*, ZHR 1998, 427 (465); *Schwarze,* EuZW 2001, 334 (338); *Weber,* NZBau 2002, 194 (194).

1279 *Bultmann,* Beihilfenrecht und Vergaberecht, 65; *Dageförde,* NZBau 2002, 597 (598); *Frenz,* WuW 2002, 352 (358); *Kühling,* VerwArch 2004, 337 (356); *Meyer,* Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 188, 194; *Opitz,* NZBau 2001, 12 (15).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gebern die Freiheit, aus dem Bündel möglicher Nutzenfaktoren diejenigen auszuwählen, die ihm als wichtig erscheinen (Grundsatz der freien Leistungsbeschreibung[1280]).

III. Ratio der beiden Normenkomplexe: Realisierung des Binnenmarktes gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. c EG

Die dritte Wesensverwandtschaft resultiert aus dem gemeinsamen Normzweck. *Ratio* der beiden Normenkomplexe ist die Realisierung des europäischen Binnenmarktes gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. c EG, um so allen privaten Wirtschaftsteilnehmern Chancengleichheit zu gewährleisten und nationalen Protektionismus zu verhindern[1281]. Die in den Mitgliedstaaten verantwortlichen Stellen tendieren seit jeher dazu, sich als Empfänger besagten Leistungstransfers die heimische Wirtschaft auszusuchen. Die Normierung beider Rechtsmaterien auf Gemeinschaftsebene speist sich aus dem Mißtrauen, daß die Mitgliedstaaten ohne gemeinschaftliches Regelkorsett nach Kräften versuchen würden, die heimischen Wirtschaftsteilnehmer zu bevorzugen und deren EG-ausländische Konkurrenten zu diskriminieren. Daß das Beihilfenrecht und das Vergaberecht dieselben Ziele verfolgen, wird auch daran deutlich, daß beiden Rechtsgebieten dieselben Leit- und Steuerungsprinzipien zugrunde liegen, nämlich Diskriminierungsfreiheit, Wettbewerbsoffenheit und Transparenz[1282].

IV. Traditionell betriebswirtschaftlicher Prüfungsmaßstab

Die vierte Affinität der Sphäre der öffentlichen Aufträge zu der des Beihilfenrechts folgt aus den „gemeinsamen wettbewerbsrechtlichen Wurzeln“[1283]. In beiden Rechtsgebieten war bis dato bei der Prüfung der jeweiligen Tatbestandsmerkmale eine betriebswirtschaftliche Perspektive vorherrschend, die auf die einzelne, konkret getätigte Transaktion, respektive den konkret erlassenen Rechtsakt abstellte. Im Beihilfenrecht wurde dies realisiert, indem, wie gezeigt[1284], das Tatbestandsmerkmal des „wirtschaftlichen Vorteils“ mithilfe des Instruments des *market economy investor test* bestimmt wurde. Im Vergaberecht wurde die betriebswirtschaftliche Perspektive durch die bereits bekannte strikt betriebswirtschaftliche (*straightforward economic efficiency approach*[1285]) Auslegung des Begriffs des „wirtschaftlich günstigsten Angebots“ in die Tat umgesetzt, wonach nur solche Vergabekriterien verwendet werden dürfen, welche sich auf den öffentlichen Auftrag selbst beziehen. Bezeichnend ist weiterhin, daß beide Normenkomplexe Ausnahmevorschriften für eine Sonderbehandlung der KMU bereit halten. Im Beihilfenrecht vollzieht sich dies über *VO 70/2001/EG KMU*[1286], im Vergaberecht über die Vorschriften zur Losvergabe[1287].

1280 *Opitz,* NZBau 2001, 12 (15); *idem,* VergabeR 2004, 421 (422).

1281 Vgl. *Reuter,* ZIP 2002, 737 (745); *Schardt,* Öffentliche Aufträge und das Beihilfenregime des Gemeinschaftsrechts, 201.

1282 *Koenig/Kühling,* DVBl. 2003, 289 (298).

1283 *Koenig/Kühling,* NVwZ 2003, 779 (780).

1284 Supra: S. 87.

1285 *Tobler,* ELR 2000, 618 (618).

1286 VO 70/2001/EG der Kommission über die Anwendung der Art. 87 und 88 EG auf staatliche Beihilfen an kleine und mittlere Unternehmen, vom 12. Januar 2001, ABl. L 10, S. 33, vom 13. Januar 2001.

1287 Art. 25 RL 2004/18/EG; Art. 37 RL 2004/17/EG.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

V. Aufbau und Struktur von Beihilfen- und Vergaberecht

Den Blick für die Gemeinsamkeiten der beiden Rechtsmaterien darf man sich auch nicht durch die positive, respektive negative Formulierung der beiden Normenkomplexe verstellen lassen. Während nämlich der Beihilfentatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG regelt, unter welchen Voraussetzungen eine mitgliedstaatliche Zuwendungen an Unternehmen nach Gemeinschaftsrecht unzulässig ist, mithin als Verbotsnorm ausgestaltet ist, legen die vergaberechtlichen Vergaberichtlinien fest, unter welchen Voraussetzungen die Vergabe eines öffentlicher Auftrags der öffentlicher Hand an Unternehmen nach Gemeinschaftsrecht zulässig ist, sind also als Gebots- bzw. Erlaubnisnormen formuliert. Diese eher zufällige Ausgestaltung spielt jedoch für den Vergleich der materiellen Regelungsinhalte keine Rolle. Die Sanktion für *social spending* war bisher in beiden Fällen identisch, nämlich die gemeinschaftsrechtliche Rechtswidrigkeit. Auch die Tatsache, daß beide Normenkomplexe auf unterschiedlichen Ebenen der Gemeinschaftsordnung angesiedelt sind, spielt entgegen anderer Ansicht[1288] keine Rolle, da sie nur auf der Zufälligkeit der damaligen Meinungsverschiedenheiten unter den Mitgliedstaaten beruht.

C. Konkrete Gemeinsamkeiten zwischen staatlichen Kompensationszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und sozialen Vergabekriterien

Die beiden Normenkomplexe ähneln sich jedoch nicht nur im allgemeinen. Kompensationszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und die Berücksichtigung sozialer Aspekte im Vergaberecht weisen auch konkret eine Reihe von Überschneidungen auf.

I. Vergleichbarkeit der Gemeinwohlbelange

In beiden Konstellationen würde das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten erlauben, aus sozialpolitischer Verantwortung von privaten Wirtschaftsteilnehmern ein bestimmtes soziales Verhalten zu „erkaufen", zu dem diese unter betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten unter Umständen nicht bereit und auch nicht in der Lage gewesen wären. In beiden Fällen würde das Gemeinschaftsrecht von nun an mitgliedstaatliche Zuwendungen gutheißen, die nach traditioneller Lesart der beiden Normenkomplexe zunächst als rechtswidrig qualifiziert worden wäre. Gemeinsamer Aufhänger der beiden Konstellationen ist die Frage der Entgeltlichkeit der mitgliedstaatlichen Intervention in den Wirtschaftsablauf.

1. Vorwurf fehlender Übereinstimmung der Gemeinwohlbelange

Um von der einen Konstellation auf die andere Rückschlüsse ziehen zu können, muß zunächst Inhalt und Umfang derjenigen Gemeinwohlbelange geklärt werden, welche im Rahmen des Beihilfenrechts bei dem Phänomen der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse

1288 *Reuter,* ZIP 2002, 737 (745).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zu berücksichtigen sind, und derjenigen, welche im Fall sozialer Vergabekriterien eine Rolle spielen. So könnte der Einwand erhoben werden, daß im beihilfenrechtlichen Kontext qualitativ völlig andere Interessen geschützt würden. Schließlich wird angesichts der eindeutigen Wortwahl „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse" gemeinhin angenommen, daß die Berücksichtigung von Partikularinteressen nicht unter Art. 86 Abs. 2 EG fällt[1289]. Die mitgliedstaatliche Finanzierung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse soll die universelle, kontinuierliche und flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit einer als lebenswichtiges Bedarfsgut angesehenen Leistung sicherstellen[1290]. Vom Gemeinwohlgedanken beflügelt sind Maßnahmen, die zum Wohl der Gesamtheit der Bürger getroffen werden. Im Gegensatz zu dem Phänomen der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse könnte man sich nun bei den sozialen Vergabekriterien auf den Standpunkt stellen, daß hier der Schutz von Einzel- und Partikularinteressen dominiert. Denn der Mitgliedstaat wird tätig, um die Integration von Angehörigen gesellschaftlich unterprivilegierter Gruppen in den Arbeitsmarkt erreichen.

2. Vorwurf fehlender Quantifizierbarkeit der durch soziale Vergabekriterien geförderten Gemeinwohlbelange

Zum anderen könnte die Vergleichbarkeit der beiden Konstellationen mit dem Argument in Zweifel gezogen werden, daß die jeweils betroffenen Gemeinwohlbelange unterschiedlich quantifizierbar seien. Im Beihilfenrecht kann man die Vergütung für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse durch die den privaten Wirtschaftsteilnehmern konkret angefallenen Nettomehrkosten zumindest beziffern. In der vergaberechtlichen Konstellation dagegen stellt sich die Frage, wie der von den Bieterunternehmen mit der Erfüllung der sozialen Vergabekriterien einhergehende Gemeinwohlbonus kalkuliert und meßbar gemacht werden soll[1291]. Es sei unmöglich zu entscheiden, was dem öffentlichen Auftraggeber die Reintegration sozial benachteiligter Bevölkerungsgruppen wert sein soll, da für diese Art der Leistungserbringung in der Regel keine etablierter Markt existiert[1292]. In der Literatur wird daher Wert darauf gelegt, daß die Gegenleistung in Waren und Dienstleistungen geleistet wird[1293]. Aus diesem Grund wird die Umrechnung von sozialpolitischen Interessen in ein wirtschaftliches Äquivalent für unmöglich erklärt[1294]. Wenn die Gegenleistung lediglich in einem bestimmten sozialverträglichen Verhalten liegt, mag es auch für das jeweilige Bieterunternehmen konkret mit Kosten verbunden sein, dann sei die Bezahlung aus dem öffentli-

1289 Vgl. *v. Burchard,* in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 86, Rdnr. 63; *Magiera,* in: FS-Rauschning, 269 (284).

1290 Vgl. Art. 3 Abs. 1 RL 2002/22/EG des EP und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und –diensten (Universaldienstrichtlinie), ABl. 2002, L 108, S. 51 ff.; vgl. *Kommission* Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270, endg., Anhang, Rdnrn. 11, 55.

1291 *Bartosch,* WuW 2001, 673 (685); *Fante,* Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 131; *Meyer,* Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 269; *Puhl,* VVdSTRL 2001, 456 (492); *Rittner,* EuZW 1999, 677 (678); *Wuermeling,* BS Oktober 2001, 22 (22).

1292 *Fante,* Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 131; *Jennert,* NZBau 2003, 417 (419); *Koenig/Kühling,* NJW 2000, 1065 (1066); *Wuermeling,* BS Oktober 2001, 22 (22).

1293 *Winter,* CMLR 2004, 475 (479, 495).

1294 *Dippel/Zeiss,* NZBau 2002, 376 (377); *Rittner,* in: Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 87 (90).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

chen Portemonnaie eine Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG[1295]. Das Problem der Quantifizierung gerate schließlich völlig aus dem Ruder, wenn man es mit mehreren sozialen Vergabekriterien zu tun habe, da es dann erst recht unmöglich sei, das Verhältnis der verschiedenen Vergabekriterien zueinander festzulegen[1296].

3. Analyse und Bewertung

a. Identität der Gemeinwohlbelange

aa. Überschneidung von Gemeinwohl- und Partikularinteresse

Angesichts der Komplexität und Pluralität moderner Gesellschaften und der damit vorprogrammierten Ziel- und Interessenskonflikte verbietet sich eine allgemeingültige Definition des Begriffs „Gemeinwohl" oder öffentlichen Interesse (*bonum commune*), da sie nur auf einem Abstraktionsniveau möglich wäre, das Leer- bzw. Quasi-Leerformeln produziert und keinerlei faßbaren Aussagegehalt mehr aufweist[1297].

Gleichwohl ist festzustellen, daß sich die Begriffe Gemeinwohl und Partikular- oder Individualinteresse nicht notwendigerweise in einem Verhältnis der Exklusivität gegenüberstehen. Es kann durchaus sein, daß ein Gemeinwohlinteresse an einem Partikularinteresse besteht[1298], nämlich dann wenn Partikularinteresse und öffentliches Interesse miteinander verschmelzen, weil die Mehrheit ein Interesse an der Besserstellung oder Gleichstellung bestimmter Gruppen hat. In diesen Fällen legt die Personenmehrheit ihren unmittelbaren, an kurzfristigem Nutzen orientierten Interessen zugunsten bestimmter Gruppen Beschränkungen auf, weil diese Beschränkungen der Personenmehrheit letztlich längerfristig zum Vorteil gereichen wird. Bisweilen können sich daher Partikularinteresse und öffentliche Interesse sehr wohl decken[1299]. Dies ist auch bei den gesellschaftlichen Gruppen der Fall, die mithilfe der sozialen Vergabekriterien gefördert werden sollen. Die Mitgliedstaaten haben ein vitales Interesse an deren Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt[1300]. Die Ziele „nachhaltiges Wachstum, Beschäftigung und globale Wettbewerbsfähigkeit" können nur erreicht werden, wenn die gesamte aktive Bevölkerung am Arbeitsmarkt partizipiert[1301].

1295 *Winter,* CMLR 2004, 475 (495, 502).

1296 *Rittner,* EuZW 1999, 677 (678); *idem,* in: Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 87 (90).

1297 *Fuchs,* in: Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, 87 (95); *Masing*, EuGRZ 2004, 395 (398); *Neidhardt,* in: Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, 13 (14); *Plehwe,* in: Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, 389 (389); *Schuppert,* in: Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, 19 (21); *Uerpmann,* in: Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, 179 (192).

1298 *Fischer,* in: Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, 65 (75).

1299 *Fischer,* in: Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, 65 (75).

1300 Vgl. *Gleichner,* in: Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. IV, 193 (246).

1301 *Kommission*, Mitteilung an den Rat, das EP, den Wirtschafts- und Sozialausschuß, den Ausschuß der Regionen vom 30. Oktober 2003 „Chancengleichheit für Menschen mit Behinderungen: Ein europäischer Aktionsplan, KOM (2003), 650, endg. Rdnr. 2.2.; vgl. *Pollack/Hafner-Burton,* JEPP 2000, 432 (441).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb. Zugänglichkeit für sozial benachteiligte Bevölkerungs- und Arbeitnehmergruppen

(1). Kriterium der Erschwinglichkeit

Auch konkret weisen die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und soziale Vergabekriterien Ähnlichkeiten auf. Einen Brückenkopf zwischen beiden Konstellationen schlägt das Kriterium der Erschwinglichkeit. In ihrem *Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse* aus dem Jahre 2003 konstatiert die Kommission, daß Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu einem erschwinglichen Preis angeboten werden müssen, um für jedermann zugänglich zu sein[1302]. Die Erschwinglichkeit ist nach den Bedürfnissen und der Leistungsfähigkeit der Nutzer (in Abhängigkeit vom verfügbaren Einkommen bestimmter Kundengruppen[1303]) zu definieren[1304]. Nach Ansicht der Kommission rückt das Konzept der Erschwinglichkeit die Anforderungen an Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in die Nähe von Maßnahmen zur Förderung von Behinderten, älteren und jungen Menschen[1305]. Den Bedürfnissen bestimmter Bevölkerungsgruppen wie etwa einkommensschwacher Personen und Randgruppen sollte daher besonderes Augenmerk geschenkt werden[1306].

(2). Ziel der Chancengleichheit

In beiden Konstellationen wollen die Mitgliedstaaten die unterschiedlichen Ausgangspositionen der Wirtschaftsteilnehmer ausgleichen, damit alle die gleichen Chancen haben, am Wirtschaftsleben teilzunehmen. So wie sozial schwache Wirtschaftsteilnehmer aus finanziellen Gründen ohne staatliche Intervention nicht in den Genuß von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse kämen, könnten manche Gruppen von Arbeitnehmern aufgrund verminderter Leistungsfähigkeit nur schwer in den Arbeitsmarkt integriert werden. Transparenzansatz und die Idee sozialer Vergabekriterien ziehen Konsequenzen aus der Tatsache, daß der Markt nicht zwangsläufig eine sozial optimale Verteilung der Ressourcen nach sich zieht[1307].

In der Präambel der VO 2204/2002/EG[1308], welche Beschäftigungsbeihilfen vom Verbotstatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG ausnimmt, konstatiert die Kommission, daß sich „für bestimmte Gruppen von Arbeitnehmern der Einstieg in den Arbeitsmarkt weiterhin besonders schwierig gestaltet“[1309]. Die Mitgliedstaaten hätten daher ein berechtigtes Interesse an der Durchführung von Maßnahmen, die Anreize für Unternehmen schaffen, neue Arbeitsplätze, vor allem für benachteiligte Arbeitnehmer, zu kreieren[1310]. Wie nah sich Beihilfen- und Ver-

1302 *Kommission,* Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270, endg., Rdnrn. 17, 60.

1303 *Kommission,* Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270, endg., Rdnr. 61.

1304 *Kommission,* Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270, endg., Anhang, Rdnr. 17.

1305 *Kommission,* Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270, endg., Rdnr. 53, Anhang Rdnr. 10.

1306 *Kommission,* Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270, endg., Rdnrn. 61, 63.

1307 *Kirchner,* in: Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, 157 (162).

1308 VO 2204/2002/EG der Kommission vom 12. Dezember 2002 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf Beschäftigungsbeihilfen, ABl. 2002, L 337, S. 3 ff.

1309 Präambel VO 2204/2002/EG der Kommission vom 12. Dezember 2002 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf Beschäftigungsbeihilfen, ABl. 2002, L 337, S. 3 ff., Rdnr. 5.

1310 Präambel VO 2204/2002/EG der Kommission vom 12. Dezember 2002 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf Beschäftigungsbeihilfen, ABl. 2002, L 337, S. 3 ff., Rdnr. 5.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gaberecht in ihren soziale Komponenten gekommen sind, verdeutlicht auch die Aufzählung der benachteiligten Arbeitnehmer gemäß Art. 2 lit. f VO 2204/2002/EG: Darunter finden sich jugendliche Arbeitslose[1311], Wanderarbeitnehmer[1312], Angehörige ethnischer Minderheiten[1313], Alleinerziehende[1314], ältere Arbeitslose[1315], Langzeitarbeitslose[1316], Frauen[1317] sowie behinderte Arbeitnehmer[1318]. Dieser Adressatenkreis stimmt exakt mit der Zielgruppe überein, die mit sozialen Vergabekriterien gefördert werden soll.

In beiden Fällen kann sich die öffentliche Hand auf das Argument stützen, daß sie das Ziel verfolgt, einem Marktversagen, also der Verwirklichung negativer externer Effekte, vorzubeugen[1319]. Negative externe Effekt sind Verluste, die der Gesellschaft entstehen, für die aber kein Preis angesetzt wird[1320]. Ohne die staatliche Intervention würden die der Gesellschaft entstehenden Kosten ignoriert[1321]. Das Marktversagen, dem mithilfe der sozialen Vergabekriterien abgeholfen werden soll, besteht darin, daß Angehörige gesellschaftlich marginalisierter aufgrund „verzerrter Präferenzen“[1322] erst gar nicht die Chance erhalten, berufliche Qualifikationen zu erwerben oder auf dem Arbeitsmarkt trotz beruflicher Qualifikationen chancenlos sind. Abgesehen von den finanziellen Belastungen aufgrund verminderter Arbeitsproduktivität[1323] halten nämlich auch Vorurteile aufgrund Geschlecht, Rasse, Religion, Ethnizität, Alter oder Behinderung die Arbeitgeber davon ab, Angehörige gesellschaftlich benachteiligter Gruppen einzustellen[1324]. Besonders prekär gestaltet sich beispielsweise die Situation für ältere Arbeitnehmer[1325]. Ihnen wird zu Unrecht von den Arbeitgebern Leistungsvermögen und Leistungsbereitschaft abgesprochen. Die positiven Qualitäten älterer Arbeitnehmer wie Zuverlässigkeit, Erfahrung, Leistungsbereitschaft, Sorgfalt sowie gute Kenntnisse der betrieblichen Zusammenhänge werden einfach nicht mehr wahrgenommen[1326].

Die Integration sozialer Vergabekriterien ist daher als eine Ausprägung des anerkannten Verursacherprinzips anzusehen, wonach die durch den Sozialschutz verursachten Kosten in die Produktionskosten des Unternehmens einbezogen, i.e. internalisiert, werden[1327]. Soziale Vergabekriterien sorgen dafür, daß die Kosten zur Bekämpfung sozialer Mißstände nicht von der Gesellschaft im Rahmen allgemeiner Besteuerung getragen werden, sondern von den Verursachern, im konkreten Fall der Privatwirtschaft, zu tragen sind.

1311 Art. 2 lit. f (i) VO 2204/2002/EG.

1312 Art. 2 lit. f (ii) VO 2204/2002/EG.

1313 Art. 2 lit. f (iii) VO 2204/2002/EG.

1314 Art. 2 lit. f (vi) VO 2204/2002/EG.

1315 Art. 2 lit. f (vii) VO 2204/2002/EG.

1316 Art. 2 lit. f (viii) VO 2204/2002/EG.

1317 Art. 2 lit. f (xi) VO 2204/2002/EG.

1318 Art. 2 lit. g VO 2204/2002/EG.

1319 *v. Danwitz,* in: Rechtsfragen der europäischen Beihilfenaufsicht, 13 (15); *D'Sa,* ELR 2000, 139 (154); *Kämmerer,* NVwZ 2004, 28 (31); *Koenig/Pfromm,* NZBau 2004, 375 (376); *Nettesheim,* EWS 2002, 253 (254); *Ross,* CMLR 2000, 401 (411); *Schwintowski,* ZögU *2003, 283 (284, 291, 298); Stix-Hackl/Gardette,* in: Une Communauté de droit, 473 (473); *Winter,* CMLR 2004, 475 (494).

1320 Vgl. *GA Jacobs,* Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 66.

1321 Vgl. *GA Jacobs,* Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 66.

1322 *Schwintowski,* ZögU 2003, *283 (285).*

1323 Vgl. ex §§ 11, 14 Abs. 1 MuSchG und § 14 LFZG.

1324 *Watermeyer,* PPLR 2000, 226 (229).

1325 *Wirtschafts- und Sozialausschuß*, Stellungnahme des zum Thema "Ältere Arbeitnehmer", ABl. 2001, C 14, S. 50 ff, Rdnr. 1.5.

1326 *Nienhüser,* Ursachen und Wirkungen betrieblicher Personalstrukturen, 439.

1327 Vgl. *GA Jacobs,* Schlußanträge, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 66.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(3). Ergebnis

Die Kategorien der im Zusammenhang mit Daseinsvorsorgeleistungen zu fördernden Bevölkerungsgruppen überschneiden sich weitgehend mit den Arbeitnehmergruppen, die mithilfe sozialer Vergabekriterien gefördert werden sollen. Während es im Fall der Universaldienstgarantie gilt, sozial schwächeren Bevölkerungsgruppen Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu verschaffen, zielen soziale Vergabekriterien, die sich an die Bieterunternehmen in ihrer Rolle als Arbeitgeber richten, darauf ab, den Angehörigen benachteiligter Gruppen Zugang zum Arbeitsmarkt zu verschaffen. Sowohl die Kompensationszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse als auch die Berücksichtigung sozialer Aspekte im Vergaberecht zielen darauf ab, die Chancenunterschiede innerhalb der Bevölkerungsgruppen im Hinblick auf ein bestimmtes Gut, im einen Fall Daseinsvorsorgeleistungen im anderen Fall Arbeitsplätze, auf ein sozial verträgliches Niveau hin auszugleichen.

b. Quantifizierbarkeit der Gemeinwohlbelange

Das durch soziale Vergabekriterien motiviert soziale Verhalten der Bieterunternehmen ist eine echte Gegenleistung. Diese unter Berücksichtigung sozialer Vergabekriterien ermittelte Gegenleistung ist auch ebenso wie die beihilferechtlichen Gemeinwohlverpflichtungen quantifizierbar. Man darf jedoch nicht einfach ohne nähere Analyse, wie teilweise dargetan[1328], von der Quantifizierbarkeit ausgehen. Die nun folgende Untersuchung stellt zwei Methoden vor, mithilfe derer sich der Preis für die Erfüllung sozialer Vergabekriterien im Vergabeverfahren schätzen läßt.

aa. Volkswirtschaftliche Kalkulation

Die eine Methode ist die volkswirtschaftliche Betrachtungsweise aus Sicht des intervenierenden Staates, wonach diejenigen Kosten zu berücksichtigen sind, welche das Gemeinwesen zu tragen hätte, wenn die mit den sozialen Vergabekriterien verfolgten Integrationsziele weiterhin nicht erreicht würden. Zwar hat die mangelnde Umsetzung der Integrationsziele eine Vielzahl mittelbarer Nachteile und Auswirkungen quer durch die gesamte Gesellschaft und damit quer durch den gesamten Staatshaushalt, die sich sicherlich nur mit einer gewissen Unschärfe werden schätzen lassen. Unmöglich ist dies jedoch nicht. Schließlich ist es in allen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft üblich, sich bei der Folgeneinschätzung politischer Entscheidungen mit statistischen Modellen, Hochrechnungen und Kalkulationen zu behelfen. Auch die Gemeinschaftsorgane behelfen sich bei der Konkretisierung von Tatbestandsmerkmalen wettbewerbsrechtlicher Normen traditionell mit annäherungsweisen Schätzungen unter Rückgriff auf Modelle der empirischen Wirtschaftsforschung. Dies beweist nicht zuletzt das *Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse*, wo die Kommission eine Finanzierung über einheitliche Tarife vorschlägt, die auf dem „ermittelten Durchschnitt der Bereitstellungskosten des Dienstes basieren“[1329]. Gemäß dem *Altmark*-Urteil kann die Höhe der mitgliedstaatlichen Kompensation auf Grundlage derjenigen Kosten bestimmt werden, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte[1330]. Der Transparenzansatz hat sich im Beihilfenrecht durchgesetzt und etabliert,

1328 *Jennert,* NZBau 2003, 417 (418).

1329 *Kommission,* Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270, endg., Anhang Rdnr. 62.

1330 *EuGH,* Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, 7747, Rdnr. 93.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

obwohl man sich des Problems der exakten Quantifizierung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse durchaus bewußt war[1331]. Auch hier hat man einen ungefähren Beurteilungsmaßstab akzeptiert.

bb. Betriebswirtschaftliche Kalkulation

Die zweite Methode ist die betriebswirtschaftliche Betrachtungsweise aus der Perspektive der Bieterunternehmen. Danach ist darauf abzustellen, mit welchen Kosten die Integration der sozial benachteiligten Arbeitnehmergruppen konkret im Betrieb zu Buche schlägt. Die Bieterunternehmen können schließlich ihrem Angebot eine nach den einzelnen Vergabekriterien aufgeschlüsselte Aufstellung der Kosten bzw. Preise beifügen. Auch die Kommission geht von einer Quantifizierbarkeit der Nettomehrkosten aus, die durch die Erfüllung von Integrationszielen entstehen: So zählt beispielsweise Art. 6 *VO 2204/2002/EG über die Anwendung der Art. 87 und 88 EG auf Beschäftigungsbeihilfen*[1332] die berücksichtigungsfähigen Faktoren auf[1333], wie zum Beispiel die zusätzlichen Kosten für die Schaffung von behindertengerechten Räumlichkeiten[1334], für die Abstellung oder Beschäftigung von unterstützendem Personal[1335], sowie für die Anschaffung von behindertengerechtem Arbeitsmaterial oder dessen Umrüstung[1336].

Die betriebswirtschaftlichen Kalkulation liegt auch den neuen Vergaberichtlinien zugrunde. Denn Art. 24 Abs. 1 RL 2004/18/EG und Art. 36 Abs. 1 S. 1 RL 2004/17/EG sehen nunmehr vor, daß die öffentlichen Auftraggeber bei öffentlichen Aufträgen, die nach dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots vergeben werden, *Angebotsvarianten* der Bieterunternehmen zulassen können. Die Bieterunternehmen haben damit die Möglichkeit, ihren Preis für die Erfüllung des jeweiligen sozialen Vergabekriteriums zu beziffern. Die öffentlichen Auftraggeber können sozial freundliche Varianten mit rein betriebswirtschaftlich ausgerichteten Angeboten ein und desselben Bieterunternehmens vergleichen. Ein ordnungsgemäß durchgeführtes Vergabeverfahren eröffnet daher nicht nur einen Markt für die ausgeschriebene Gesamtleistung, sondern auch einen Wettbewerb für jedes ausgeschriebene Subkriterium. Die wettbewerbliche Natur des Vergabeverfahrens gewährleistet Leistungsäquivalenz für die Erfüllung sozialer Vergabekriterien. Die Kosten für sozialen Vergabekriterien werden damit transparent und kalkulierbar.

cc. Keine Geltung des market economy investor test

Diesem Ergebnis steht auch nicht der *market economy investor test* entgegen, wonach zur Beurteilung der Marktangemessenheit der Auftragsvergütung das Nachfrageverhalten der öffentlichen Hand mit jenem privater Nachfrager verglichen wird[1337]. Die Argumente, wel-

1331 *GA Stix-Hackl*, Schlußanträge, Rs. C-34/01 bis C-38/01 (Enirisorse), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 154; *Reuter,* ZIP 2002, 737 (743).

1332 VO 2204/2002/EG der Kommission vom 12. Dezember 2002 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf Beschäftigungsbeihilfen, ABl. 2002, L 337, S. 3 ff.

1333 Art. 6 Abs. 2 VO 2204/2002/EG.

1334 Art. 6 Abs. 2 lit. a VO 2204/2002/EG.

1335 Art. 6 Abs. 2 lit. b VO 2204/2002/EG.

1336 Art. 6 Abs. 2 lit. c VO 2204/2002/EG.

1337 *Bartosch,* EuZW 2001, 229 (231); *Dippel/Zeiss,* NZBau 2002, 376 (377); *Dreher/Haas/v. Rintelen,* Vergabefremde Regelungen und Beihilfenrecht, 22; *Gleichner,* in: Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. IV, 193 (249); *Heid,* wbl 1998, 194 (196); *Kämmerer/Thüsing,* ZIP 2002, 596 (600); *Opitz,* NZBau 2001, 12 (13); *Seifert,* ZfA 2001, 1 (25).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

che gegen eine Anwendung des *market economy investor test* im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse sprechen[1338], sind auch im Fall der sozialen Vergabekriterien stichhaltig. Die öffentliche Auftragsvergabe ist *per definitionem* fremdnützig. Die staatliche Nachfrage ist nämlich darauf gerichtet, den Bedarf der öffentlichen Hand *zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben* zu decken und nicht um am Wirtschaftsverkehr teilzunehmen. Die Tatsache, daß die öffentliche Auftragsvergabe Teil des Wettbewerbsrechts ist, enthebt die öffentlichen Auftraggeber nicht ihrer öffentlich-rechtlichen Bindungen. Der Staat verfolgt nicht beim Einkauf „seinen eigenen Vorteil"[1339]. Der Staat hat kein anderes Interesse als das Wohl der Allgemeinheit. Zwar tritt der Staat wie ein privater Nachfrager am Markt auf, aber er *ist* kein privater Wirtschaftsteilnehmer[1340]. Wenn zwei dasselbe tun, ist es noch immer nicht dasselbe[1341]. Den Staat als Wahrer des Allgemeinwohls trifft auch bei der öffentlichen Auftragsvergabe eine besondere sozialpolitische Verantwortung (Vorbildfunktion des Staates[1342])[1343]. Mangels Vergleichbarkeit kann daher das hypothetische Nachfrageverhalten privater Wirtschaftsteilnehmer nicht als Maßstab für das Nachfrageverhalten des Staates herangezogen werden[1344].

Auf den Fall sozialer Vergabekriterien bezogen, stimmt überdies die Prämisse nicht, daß private Wirtschaftsteilnehmer ein solches Verhalten nicht an den Tag legen würden. Die Realität in den Unternehmen sieht, wie das Aufkeimen von Ideen wie *corporate social responsibility* und *diversity management* belegt, mittlerweile anders aus. Tatsächlich werden Kauf- und Anlageentscheidungen auf dem privaten Kapitalmarkt in zunehmendem Maße nach sozialen und ethischen Maßstäben getroffen[1345]. So sind beispielsweise in den letzten Jahren immer mehr Fondsgesellschaften dazu übergegangen, nur in Aktien solcher Unternehmen zu investieren, die eine *diversity management* Politik betreiben[1346].

Die Gegner sozialer Vergabekriterien übersehen außerdem, daß die Verneinung eines dem *market economy investor test* entsprechenden Verhaltens nicht automatisch zu einem wirtschaftlichen Vorteil im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG führt[1347]. Dabei wird nämlich außer acht gelassen, daß ein ordnungsgemäß durchgeführtes Vergabeverfahren gerade einen Markt um die Erbringung der sozialen Leistung schafft[1348]. Der für die beihilfen- und vergaberechtliche Beurteilung sozialer Vergabekriterien relevante Markt ist daher der Markt, der durch die das wirtschaftlich günstigste Angebot konkretisierenden Subkriterien gebildet wird[1349]. Dementsprechend vollzieht sich auch die Preisbildung allein auf diesem speziellen Markt[1350]. Die Vergütung desjenigen Bieterunternehmens, welches unter Berücksichtigung sozialer Vergabekriterien das beste Angebot gemacht hatte, ist damit als marktangemessen anzusehen, so-

1338 Supra: S. 140.

1339 *Jennert,* EuR 2003, 343 (350).

1340 *Puhl,* VVDStRL 2001, 456 (482).

1341 *Puhl,* VVDStRL 2001, 456 (482).

1342 *Link,* AuA 2000, 468 (471).

1343 *Götzke,* Die Berücksichtigung des Umweltschutzes bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge*, 7; Masing*, EuGRZ 2004, 395 (397); *Rust*, EuZW 2000, 205 (207); *Willems,* Die Förderung des Mittelstandes, 202.

1344 Vgl. *Jennert,* NZBau 2003, 417 (420).

1345 *Kommission,* Grünbuch „Europäische Rahmenbedingungen für die soziale Verantwortung der Unternehmen", KOM (2001), 366 endg., Rdnr. 10; vgl. *Doern,* PPLR 2004, 97 (111).

1346 *Sepehri,* Diversity and Managing Diversity in internationalen Organisationen, 156.

1347 *Kühling,* VerwArch 2004, 337 (353).

1348 Vgl. *Doern,* PPLR 2004, 97 (113); *Eilmansberger,* WuW 2004, 384 (388); *Fischer,* VergabeR 2004, 1 (7); *Kühling,* VerwArch 2004, 337 (353).

1349 Vgl. *Fischer,* VergabeR 2004, 1 (4).

1350 *Fischer,* VergabeR 2004, 1 (4).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lange nur das Vergabeverfahren ordnungsgemäß durchgeführt worden ist[1351]. Es kommt daher bei der Prüfung, ob der öffentliche Auftraggeber mit dem Zuschlag eine Beihilfe gewährt, nicht auf einen Vergleich mit dem Verhalten eines privaten Marktteilnehmers an, sondern darauf, ob das Beschaffungsverhalten des Auftraggebers den Anforderungen des Vergaberechts entspricht[1352]. Ist dem so, ist das Verhalten des öffentlichen Auftraggebers unter beihilfenrechtliche Gesichtspunkten unbedenklich[1353].

Auch die Kritiker sozialer Vergabekriterien konzedieren mittlerweile, daß bei der Berücksichtigung sozialer Aspekte auf der Angebotsseite Wettbewerb herrscht[1354]. Das Argument, daß eine Berücksichtigung sozialer Aspekte im Vergaberecht das Ziel gleicher Wettbewerbsbedingungen zunichte macht[1355], ist daher unzutreffend.

Die Schwächen des Denkmodells des *market economy investor test* treten sowohl bei der beihilfen- als auch beider vergaberechtlichen Konstellation deutlich zu Tage. Angesichts der Parallelen zwischen beiden Problemkreisen erscheint es inkonsequent, die Unzulänglichkeiten dieser Methode im einen Fall anzuerkennen und folgerichtig ihre Anwendbarkeit zu verneinen, sie in dem ähnlich gelagerten Fall weiterhin uneingeschränkt als Maßstab heranzuziehen[1356]. In diesem Zusammenhang ist die These eines *market economy purchaser test*[1357] nicht weiterführend, der sich, anstatt auf die betriebswirtschaftliche Günstigkeit abzustellen, an volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten orientiert. Denn dieser *market economy purchaser test* ist nichts anderes als die *Nicht*anwendung des *market economy investor test* im Bereich der Daseinsvorsorge. Um sprachlichen wie dogmatischen Verwirrungen vorzubeugen, sollte von der Kreation einer solchen Kategorie abgesehen werden.

dd. Ergebnis zur Quantifizierbarkeit der Gemeinwohlbelange

Bei Erstellung der Ausschreibungsunterlagen können die öffentlichen Auftraggeber den Preis für die Erfüllung sozialer Vergabekriterien anhand der volkswirtschaftlichen Kalkulation annäherungsweise schätzen. Sobald alle Angebote und Angebotsvarianten der Bieterunternehmen eingegangen sind, sind die öffentlichen Auftraggeber in der Lage, den Preis nach betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten zu veranschlagen. Schlußendlich ist beihilfen- und der vergaberechtlichen Konstellationen gemeinsam, daß die zu vergütende soziale Leistung identifizierbar und durch den Ausschreibungswettbewerb auch quantifizierbar ist[1358]. Der *market economy investor test* findet bei der gemeinschaftsrechtlichen Bewertung sozialer Vergabekriterien keine Anwendung. Die Entscheidung, welches Gewicht sozialen Vergabekriterien in Relation zu den betriebswirtschaftlichen Vergabekriterien beizumessen ist, ist und bleibt dagegen eine Wertungsfrage. Auf den Wertungsaspekt wird unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit noch näher einzugehen sein.

1351 *Eilmansberger,* WuW 2004, 384 (392); *Jennert,* NZBau 2003, 417 (419).

1352 *Fischer,* VergabeR 2004, 1 (5).

1353 *Fischer,* VergabeR 2004, 1 (5).

1354 *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 199.

1355 *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 199, 202; *Götz,* Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, 162.

1356 *Bartosch,* CMLRev. 2002, 551 (576); *Dippel/Zeiss,* NZBau 2002, 376 (377); *Gleichner,* in: Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. IV, 193 (249); *Kämmerer/Thüsing,* ZIP 2002, 596 (600); *Zeiss,* EWS 2003, 114 (118, 119).

1357 *Doern,* PPLR 2004, 97 (114).

1358 Vgl. *Kaelble,* VergabeR 2002, 604 (605).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c. Ergebnis zur Vergleichbarkeit der Gemeinwohlbelange

Die Analyse hat ergeben, daß die betroffenen Gemeinwohlbelange in beiden Fällen vergleichbar sind. Mithilfe des beihilfen- und vergaberechtlichen Instrumentariums wollen die Mitgliedstaaten von den privaten Wirtschaftsteilnehmern ein bestimmtes soziales Verhalten „erkaufen". Im einzelnen wurde gezeigt, daß der Adressatenkreis der begünstigten Personen in der beihilfen- und vergaberechtlichen Konstellation identisch ist. Damit ähneln sich auch zwangsläufig die zu erbringenden Leistungen. Auch im Fall der sozialen Vergabekriterien kann durchaus Leistungsäquivalenz erreicht werden. Die Unterschiede zwischen der beihilfe- und der vergaberechtlichen Konstellation reduzieren sich auf den Modus, wie das Marktversagen bekämpft und finanziell bewältigt werden soll. Beide Male findet ein Ausschreibungswettbewerb statt. Im Fall der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse ist die Erfüllung sozialer Pflichten gegenüber der Allgemeinheit direkter Leistungsgegenstand. Demgegenüber wird in der vergaberechtlichen Situation die Nachfrage für den originären Leistungsgegenstand, die jeweilige Sach- oder Dienstleistung, zum Anlaß genommen, soziale Leistungen einzufordern und einzukaufen.

II. Rückzug des Staates aus der Eigenwahrnehmung öffentlicher Aufgaben

1. Erfolgreiche Privatisierung der Wirtschaftszweige

Eine weitere konkrete Gemeinsamkeit ist der Umstand, daß sowohl Transparenzansatz als auch die Idee der sozialen Vergabekriterien ihre Existenz dem Rückzug des Staates aus der Eigenwahrnehmung öffentlicher Aufgaben verdanken. Die Entwicklung des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts und der damit einhergehenden Liberalisierungs- und Privatisierungsbemühungen ist eine Geschichte des Erfolgs[1359]. Die Gemeinschaft hat hier eine gewaltige Wegstrecke zurückgelegt. Zu den gefallenen Monopolbastionen der Mitgliedstaaten zählen mittlerweile nahezu alle Wirtschaftszweige, die der Erbringung von Infrastruktur- und Daseinsvorsorgeleistungen gewidmet sind[1360]: Nahezu vollständig abgeschlossen ist die die Phase der Liberalisierung beispielsweise im Bereich der Telekommunikation-, Post- und Energiemärkte sowie des Schienenverkehrs und der Bodenabfertigung an Flughäfen[1361].

Die Privatisierung geht zwangsläufig mit einem Rückzug des Staates aus der Eigenwahrnehmung der öffentlichen Aufgaben einher[1362]. Privatisierung bedeutet, daß die Gewährleistungsverantwortung erhalten bleibt, während die Erfüllung privatrechtlich ausgestaltet wird[1363]. Sie führt dazu, daß die Mitgliedstaaten, anstatt die Leistung selbst anzubieten bzw. bestimmten Unternehmen Monopole zu gewähren[1364], verstärkt private Unternehmen mit der

1359 Vgl. *Alber,* RdA Sonderbeilage 2001, 23 (24); *Britz,* DVBl. 2000, 1641 (1641); *Dörr/Haus,* JuS 2001, 313 (319); *Franzius,* NJW 2003, 3029 (3029); *Mitterer,* BayGT *2003, 81 (85); Paulweber/Weinand,* EuZW 2001, 232 (232).

1360 *Kämmerer,* NVwZ 2002, 1041 (1043); *Knauff,* NVwZ 2004, 28 (30); *Michaels/Kühschelm,* EuZW 2003, 520 (520); *Pünder,* NZBau 2003, 530 (539); *Schwarze,* EuZW 2001, 334 (335).

1361 *Bartosch,* ZIP 1999, 1787 (1787).

1362 *Henneke,* DNV 2002, 19 (19); *Paulweber/Weinand,* EuZW 2001, 232 (233); *Schliesky,* Der Landkreis 2004, 487 (487); *Zeiss,* Privatfinanzierung staatlicher Infrastruktur, 1.

1363 *Henneke,* DNV 2002, 19 (19); *Jennert,* EuR 2003, 343 (353); *Zeiss,* Privatfinanzierung staatlicher Infrastruktur, 20.

1364 Vgl. *EuGH,* Rs. C-320/91 (Corbeau), Slg. 1993, I-2533, Rdnr. 3; Rs. C-266/96 (Corsica Ferries), Slg. 1998, I-3949, Rdnr. 13.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Erbringung betrauen[1365]. Die Mitgliedstaaten beschränken sich dementsprechend auf die Definition der Zielvorgaben, die Kontrolle und die Finanzierung[1366]. Zieht sich der Staat per Privatisierung aus der Selbsterfüllung der öffentlichen Aufgaben zurück, muß er gleichzeitig zwingend Regelungen für Kontroll- und Finanzierungsmodus treffen[1367].

2. Soziale Vergabekriterien als Kompensation für den Verlust der Erfüllungshoheit

Zwar obliegt den staatlichen Einheiten die Entscheidung darüber, ob sie Leistungen über ihre eigene Verwaltung direkt anbieten oder ob sie private Wirtschaftsteilnehmer beauftragen[1368], gleichwohl ist es angesichts leerer Haushaltskassen schwer, sich dem gängigen Privatisierungstrend zu entziehen („Privatisierungsdruck"[1369]). Ist die öffentliche Aufgabe einmal privatisiert, verbietet das gemeinschaftliche Wettbewerbsrecht den Mitgliedstaaten, dem freien Spiel der Marktkräfte aus sozialpolitischen Gründen Schranken zu ziehen[1370]. Gleichzeitig bleiben die Mitgliedstaaten aber weiterhin für die Arbeitsmarkt- und Sozialpolitik zuständig[1371].

Die Eigenwahrnehmung öffentlicher Aufgaben hat aus staatlicher Sicht den entscheidenden Vorteil, daß die Erfüllungshoheit zur Durchsetzung sozialpolitischer Ziele genutzt werden kann[1372]. So ist beispielsweise die bevorzugte Behandlung von Frauen im öffentlichen Dienst unter bestimmten Voraussetzungen gemeinschaftsrechtlich unproblematisch[1373]. Des weiteren können die staatlichen Einrichtungen ohne weiteres Auszubildende in großer Zahl beschäftigen sowie die lokal einschlägigen Tariflöhne zahlen[1374].

Wenn der Staat aber nicht mehr auf sein Arsenal klassischer Steuerungsinstrumente zurückgreifen kann, muß er die ihm zur Verfügung stehenden Einwirkungsmöglichkeiten verfeinern. Es erscheint daher nicht sachgerecht, dem Staat diese Einwirkungsmöglichkeiten zu nehmen, wenn sich nur die Art und Weise der Erfüllung ändert, die Gewährleistungsverantwortung aber erhalten bleibt. Soziale Vergabekriterien sind daher erforderlich, um den mit der Privatisierung einhergehenden Verlust der Erfüllungshoheit als Steuerungsinstrument zu kompensieren[1375]. Die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit der Kompensationszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und sozialen Vergabekriterien ist logische Folge dieses Privatisierungsprozesses[1376].

1365 Vgl. *Kommission,* Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270, endg., Rdnr. 87; *Alexis,* RDUE 2002, 63 (67); *Franzius,* NJW 2003, 3029 (3029); *Gundel,* RIW 2002, 222, (223); *Jennert,* WRP 2003, 459 (460)*; Nettesheim,* EWS 2002, 253 (253).

1366 Vgl. *Kommission,* Grünbuch zu den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270, Rdnr. 23; *Ruge,* ZRP 2003, 353 (354).

1367 *Zeiss,* Privatfinanzierung staatlicher Infrastruktur, 17.

1368 *Kommission,* Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270, endg., Rdnr. 79

1369 *Schliesky,* Der Landkreis 2004, 490).

1370 *Scharpf,* JCMS 2002, 645 (648).

1371 *v. Danwitz,* in: Rechtsfragen der europäischen Beihilfenaufsicht, 13 (17).

1372 Vgl. *Broß,* NZBau 2004, 465 (467); *Burgi,* NZBau 2001, 64 (65); *Schliesky,* Der Landkreis 2004, 487 (493); *Willems,* Die Förderung des Mittelstandes, 202.

1373 Vgl. *EuGH,* Rs. C-409/95 (Marschall), Slg. 1997, I-6363, Rdnr. 33; Rs. C-158/97 (Badeck), Slg. 2000, I-1875, Rdnrn. 38, 44, 55, 63, 66.

1374 *Burgi,* NZBau 2001, 64 (65).

1375 *Burgi,* NZBau 2001, 64 (65); *idem,* in: Öffentliche Unternehmen im Wettbewerb und Vergaberecht, 97 (108, 109).

1376 Vgl. *Kämmerer,* NVwZ 2004, 28 (34).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

III. Soziale Vergabekriterien als Ausfluß des Subsidiaritätsprinzips

Auch das Subsidiaritätsprinzip in Gestalt des föderalen Auslegungsgebots streitet für die gemeinschaftliche Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien[1377]. Das Subsidiaritätsprinzip fordert, daß innerhalb aller möglichen Auslegungsvarianten derjenigen Interpretation einer Gemeinschaftsnorm der Vorzug zu geben ist, welche die Entscheidungsgewalt in die Hände nationaler, regionaler oder lokaler staatlicher Einheiten legt. Denn wie für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse gilt auch für die öffentliche Auftragsvergabe, daß die staatlichen Einrichtungen vor Ort den spezifischen Bedürfnissen der Bevölkerung in ihrem Verantwortungsbereich am besten Rechnung tragen können. Dementsprechend ist die öffentliche Auftragsvergabe in der Gemeinschaft in höchstem Maße dezentralisiert[1378].

Zwar gibt es zentrale Regierungsstellen, die in bestimmten Bereichen für die öffentliche Beschaffung in einem Mitgliedstaat zuständig sind. Teilweise schließen sich öffentliche Auftraggeber auch zu einer Auftraggebergemeinschaft zusammen wie beispielsweise in Frankreich in der sogenannten *union des groupement d'achats publics*[1379]. Diese Fälle sind jedoch die Ausnahme. Laut jüngsten Statistiken für die Bundesrepublik Deutschland entfallen zwei Drittel aller öffentlichen Investitionen auf die kleinsten staatlichen Einheiten, i.e. die Kommunen[1380]. Auch wenn man hierbei die stark ausgeprägte föderale Struktur Deutschlands berücksichtigt, ist anzunehmen, daß es auch bei nicht derart föderalistisch ausgerichteten Mitgliedstaaten in der überwältigenden Zahl der Fälle die Gemeinden und übrigen kleineren staatlichen Einheiten sind, welche öffentliche Aufträge vergeben.

Die Einführung sozialer Vergabekriterien verwirklicht die vom Subsidiaritätsprinzip verkörperten Ziele der Differenzierung, Diversifizierung, Dezentralisierung. Die Anreicherung des Reservoirs an zulässigen Vergabekriterien erweitert den Handlungshorizont der vor Ort zuständigen öffentlichen Auftraggeber. Zu der Dezentralisierung in der Ausführung tritt die dezentralisierte Durchsetzung durch die nationalen Gerichte, die der EuGH zu mehr Verantwortung bei der vergaberechtlichen Kontrolle ermuntert hat[1381]. Ebenso wie im Beihilfenrecht gesteht der EuGH nun auch für die öffentliche Auftragsvergabe den Mitgliedstaatten mehr Flexibilität und Ermessen zu[1382]. Die Auslegung, welche soziale Vergabekriterien für zulässig erklärt, vereint das Ziel einer weiter fortschreitenden Integration mit dem Bestreben nach einem ausgewogenen Gleichgewicht zwischen Kompetenzen der Gemeinschaft und mitgliedstaatlicher Verantwortung.

IV. Vorbildwirkung des primärrechtlichen Auslegungswandels

Für die Vorbildwirkung des Transparenzansatzes im Hinblick auf die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien spricht auch der Gesichtspunkt der Hierarchie der

1377 *Krüger/Nielsen/Bruun,* European Public Contracts in a Labour Law Perspective, Rdnr. 6.2.2.; *Meyer,* Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 555; *Rust*, EuZW 2000, 205 (207).

1378 *Bovis,* EC Public Procurement Law, 12 ff. (Vereinigten Königreich, Frankreich, Niederlande, Irland, Dänemark, Deutschland, Italien, Spanien, Luxemburg, Portugal, Griechenland, Belgien).

1379 Art. 7 Abs. 1, Art. 8 Abs. 1 S. 1 Nouveau Code des marchés publics, Chapitre III (Coordination et groupement de commandes).

1380 *forum vergabe,* Monatsinfo 1/2004, 1.

1381 *Bovis,* CMLR 2002, 1025 (1056).

1382 *Bovis,* CMLR 2002, 1025 (1056).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

einschlägigen Gemeinschaftsrechtsnormen. Die „soziale Infiltration“ des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts begann auf der Primärrechtsebene. Unter allen Rechtsquellen des Gemeinschaftsrechts okkupieren die Verträge in der Hierarchie der Gemeinschaftsrechtsordnung die höchste Stellung. Der EG-Vertrag ist ähnlich den nationalen Verfassungen Richtschnur für Auslegung und Anwendung des speziellen, „nachfolgenden Rechts“[1383]. Die unbestimmten Rechtsbegriffe der Vertragstexte sind dank ihrer Ausfüllungsfähigkeit und –bedürftigkeit besonders geeignet, die Gemeinschaftsrechtsordnung gemäß den sozialen, wirtschaftlichen und technologischen Veränderungen zu dynamisieren. Bei der Auslegung und Anwendung von Sekundärrecht gilt daher der deduktive Imperativ: Wenn eine Primärrechtsnorm aufgrund einer Anpassung an die veränderten gesellschaftlichen Bedürfnisse einen Bedeutungswandel vollzieht, dann muß diesen Änderungen erst recht *a maiore ad minus* auf der Ebene des abgeleiteten Sekundärrechts Rechnung getragen werden. Gemäß der gemeinschaftsrechtlichen Normenhierarchie muß sich der Bedeutungswandel des Art. 87 Abs. 1 EG, den der EuGH mit den Urteilen in den Rechtssachen *Ferring* und *Altmark* eingeleitete, daher auch in den auf der Ebene des Sekundärrechts angesiedelten, Vergaberichtlinien widerspiegeln. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, daß sich der Wandel im Beihilfenrecht durchgesetzt hat, obwohl der EG-Vertrag für sozial motivierte staatliche Beihilfen bereits die Rechtfertigungs- und Ausnahmetatbestände des Art. 87 Abs. 3 und 3 EG bereit hält.

Das Argument der Normenhierarchie ist umso gewichtiger[1384], als die Gegner sozialer Vergabekriterien bei dem Versuch, diese als beihilfenrechtlich unzulässig abzustempeln, immer wieder das hierarchische Gefälle zwischen dem primärrechtlichen Beihilfenverbot des Art. 87 Abs. 1 EG und dem Sekundärrecht der Vergaberichtlinien beschworen hatten[1385]. Daß sich staatliche Maßnahmen einer Doppelprüfung anhand der Maßstäbe beider Rechtsgebiete unterziehen lassen müßten, war nämlich explizit mit der sekundärrechtlichen Natur der Vergaberichtlinien begründet worden[1386].

D. Vorteile sozialer Vergabekriterien

I. Mobilisierung von Humankapital

Soziale Vergabekriterien lassen sich nicht allein auf einen Kostenfaktor reduzieren. Forscht man nach den Motiven der Mitgliedstaaten, auf die (Re)Integration von Angehörigen gesellschaftlich benachteiligter Gruppen in den Arbeitsmarkt hinzuwirken, offenbaren sich nicht nur Gerechtigkeitsidealen entsprungene, sozialpolitische Ziele, sondern auch wirtschaftliche Interessen. So gewinnt die angesprochene (Re)Integration auch auf betriebswirtschaftlicher Ebene als Faktor Humankapital unter dem Stichwort *diversity management* an Bedeutung[1387]. Humankapital kann definiert werden als die Fähigkeiten, die Fertigkeiten sowie das Wissen, das in den Arbeitnehmern verkörpert ist und das durch Ausbildung, Weiterbildung und Erfahrung erworben werden kann[1388]. Nach dem *diversity management-*

1383 *Callies,* in: Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt, 173 (191).

1384 Vgl. *Eilmansberger,* WuW 2004, 384 (389).

1385 *Reuter,* ZIP 2002, 737 (746).

1386 *Dippel/Zeiss,* NZBau 2002, 376 (376); *Reuter,* ZIP 2002, 737 (745).

1387 *Barmes/Ashtiany,* ILJ 2003, 274 (289).

1388 *Kommission*, abrufbar unter:

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ansatz wirkt sich eine sozial diversifizierte, i.e. eine im Hinblick auf Geschlecht, Alter, Ethnizität, Kultur etc. gemischte Belegschaft positiv auf die betriebliche Leistung aus[1389].

1. Steigerung von Innovation, Kreativität, Loyalität und Produktivität

Soziale Vergabekriterien zur Integration von Langzeitarbeitslosen, Frauen, Auszubildenden, älteren und behinderten Arbeitnehmern sowie Angehörigen ethnischer Minderheiten sind auch bei einer betriebswirtschaftlichen Rechnung sinnvoll. Nach den neuesten Erkenntnissen aus der Personalökonomie und der Arbeits- und Organisationspsychologie, bergen beispielsweise gemischt zusammengesetzte Belegschaften ein gesteigertes Innovations- und Kreativitätspotential[1390]. Für *diversity management* spricht auch die Tatsache, daß heterogen strukturierte Gruppen Probleme und schwierige Entscheidungsfragen qualitativ besser lösen als homogene Vergleichsgruppen[1391]. Außerdem wirkt sich das Bestreben nach einer gemischten Zusammensetzung der Belegschaft positiv auf das Arbeits- und Betriebsklima aus. Wenn nämlich Arbeitnehmer davon überzeugt sind, ihr „Anderssein" werde nicht nur toleriert, sondern auch geschätzt, revanchieren sie sich mit einem Plus an Loyalität, Produktivität und Engagement[1392]. Gemischte Belegschaften tragen auch zu mehr Flexibilität im Unternehmen bei, sie tendieren eher dazu, starre Firmenkulturen aufzubrechen[1393]. Dazu sind heterogene Belegschaften eher in der Lage, sich auf Wünsche und Bedürfnisse der Kunden einzustellen[1394]. Ganz konkret sollte eine Belegschaft ein ausgewogenes Verhältnis von älteren und jüngeren Arbeitnehmer aufweisen. Ansonsten geht wichtiges *know-how* verloren. Dies wiederum erschwert die Eingliederung junger Arbeitskräfte, da die Mentoren fehlen und das Wissen nicht weitergegeben werden[1395]. Insgesamt optimiert Vielfalt im Unternehmen die Leistungspotentiale der einzelnen Arbeitnehmer[1396] und erhöht die Wettbewerbsfähigkeit[1397].

Immer mehr Firmen denken hierbei in der Kategorie eines *business advantage*[1398]. Für sie ist *diversity* eine Geschäfts- und Profitabilitätsentscheidung[1399]. Dies gewinnt vor dem Hintergrund an Bedeutung, daß sich der Wirtschaftsstandort Europa im globalen Wettbewerb in erster Linie durch seine hohe Produktivität und seine hohen Qualitätsstandards von seinen Konkurrenten abzuheben versucht.

---

http://europa.eu.int/comm/employment_social/employment_analysis/human_de.htm.

1389 *Nienhüser,* Ursachen und Wirkungen betrieblicher Personalstrukturen, 380.

1390 *Nienhüser,* Ursachen und Wirkungen betrieblicher Personalstrukturen, 407; *Sepehri,* Diversity and Managing Diversity in internationalen Organisationen, 155; *Zeutschel/Thomas*, Wirtschaftspsychologie aktuell 2002, 31 (32).

1391 *Nienhüser,* Ursachen und Wirkungen betrieblicher Personalstrukturen, 396; *Sepehri,* Diversity and Managing Diversity in internationalen Organisationen, 156; *Zeutschel/Thomas,* Wirtschaftspsychologie aktuell 2003, 31 (32).

1392 *Sepehri,* Diversity and Managing Diversity in internationalen Organisationen, 181.

1393 *Sepehri,* Diversity and Managing Diversity in internationalen Organisationen, 158.

1394 *Sepehri,* Diversity and Managing Diversity in internationalen Organisationen, 156.

1395 *Wirtschafts- und Sozialausschuß*, Stellungnahme des zum Thema "Ältere Arbeitnehmer"ABl. 2001, C 14, S. 50 ff, Rdnr. 3.2.3.

1396 *Thomas,* in: Firmenkultur – Beiträge zur interkultureller Kommunikation und Unternehmenskultur, 25 (36).

1397 *Wirtschafts- und Sozialausschuß*, Stellungnahme des zum Thema "Ältere Arbeitnehmer", ABl. 2001, C 14, S. 50 ff, Rdnr. 1.5.

1398 *Barmes/Ashtiany,* ILJ 2003, 274 (295).

1399 *Barmes/Ashtiany,* ILJ 2003, 274 (278).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Idee der corporate social responsibility

Diese Erkenntnisse sind auch der Kommission nicht verborgen geblieben. Sie weist unter dem Stichwort *corporate social responsibility* inzwischen verstärkt auf die positiven Effekte hin, welche eine intensivere Berücksichtigung des Faktors Humankapital auf Produktivität, Gewinne und Wachstum haben kann[1400]. Direkte positive Effekte von *corporate social responsibility* ergäben sich beispielsweise aus einem besseren Arbeitsumfeld, welches Motivation und Produktivität der Arbeitnehmer steigere, sowie aus einer effizienteren Nutzung der natürlichen Ressourcen[1401]. Indirekte positive Effekte ergäben sich aus einer gesteigerten Attraktivität für Verbraucher und Investoren. Dagegen könne ein diesbezüglicher schlechter Ruf Vermögenswerte wie Image und Marke beeinträchtigen[1402]. Wie beim Qualitätsmanagement sollten daher die damit verbundenen Aufwendungen als Investitionen betrachtet werden, nicht als Kosten[1403]. Angesichts der Tendenz von vielen Unternehmen in der Gemeinschaft, zu wenig in Humankapital zu investieren, forderte die Kommission die öffentlichen Hand in den Mitgliedstaaten auf, derartige Investitionen zu fördern[1404].

3. Ergebnis

Die Mobilisierung von Humankapital in Form des *diversity management* führt den privaten Wirtschaftsteilnehmern in der Gemeinschaft einen beträchtlichen Mehrwert zu, da sie ihnen Effizienzgewinne verschafft und langfristig die Wettbewerbsfähigkeit erhöht[1405].

II. Soziale Vergabekriterien als Ausfluß des Querschnittsinstruments Mainstreaming

Soziale Vergabekriterien entsprechen auch der wachsenden Bedeutung, die inzwischen gemeinschaftsweit dem auf Art. 2 EG, Art. 3 Abs. 2 EG basierenden[1406] und in Art. 127 Abs. 2 EG niedergelegten[1407] Querschnittsinstrument des *mainstreaming* beigemessen wird[1408].

1400 *Kommission,* Grünbuch „Europäische Rahmenbedingungen für die soziale Verantwortung der Unternehmen“, KOM (2001), 366 endg., Rdnr. 24.

1401 *Kommission,* Grünbuch „Europäische Rahmenbedingungen für die soziale Verantwortung der Unternehmen“, KOM (2001), 366 endg., Rdnr. 24.

1402 *Kommission,* Grünbuch „Europäische Rahmenbedingungen für die soziale Verantwortung der Unternehmen“, KOM (2001), 366 endg., Rdnr. 24.

1403 *Kommission,* Grünbuch „Europäische Rahmenbedingungen für die soziale Verantwortung der Unternehmen“, KOM (2001), 366 endg., Rdnr. 12.

1404 *Kommission*, abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/employment_social/employment_analysis/human_de.htm.

1405 Vgl. Art. 1 Ziel 3 VO 1260/1999/EG des Rates vom 21. Juni 1999 mit allgemeinen Bestimmungen über die Strukturfonds, ABl. 1999, L 161, S. 1 ff.; *Wirtschafts- und Sozialausschuß*, Stellungnahme des zum Thema "Ältere Arbeitnehmer", ABl. 2001, C 14, S. 50 ff, Rdnr. 1.5.

1406 *Pirstner-Ebner,* EuZW 2004, 205 (205); *Tondorf,* WSI-Mitteilungen 2001, 434 (434).

1407 *Schulte, ZFSH/SGB 2001, 67 (71).*

1408 Vgl. *Gurlit,* in: Recht und Geschlecht, 153 (170).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

1. Definition des mainstreaming-Ansatzes

Hinter *mainstreaming* verbirgt sich die Forderung, daß soziale Mißstände wie die Marginalisierung von bestimmten Randgruppen systematisch auf allen Politikfeldern und auf allen Stufen des Entscheidungsprozesses – von der Planung und Durchführung bis zur Evaluierung – von allen Akteuren berücksichtigt werden[1409]. *Mainstreaming* trägt die Perspektive dieser gesellschaftlich marginalisierten Gruppen in alle Gemeinschaftspolitiken und Tätigkeitsfelder (*issues not only become part of the mainstreaming, they reorient the nature of the mainstream*[1410])[1411]. Das Instrument des *mainstreaming* verdankt seinen Erfolg der Einsicht, daß Gleichstellung nicht isoliert über Spezialmaßnahmen in bestimmten Aktionsfeldern betrieben werden kann[1412]. Der Kampf gegen soziale Mißstände muß vielmehr an sämtlichen Fronten ausgefochten werden. Da Probleme sozialer Ausgrenzung komplexe Formen annehmen, muß zur Realisierung der Gleichberechtigung die gesamte Palette der Entscheidungsträger für sämtliche Ressorts und Gemeinschaftspolitiken mobilisiert werden[1413].

Seit ihrem Debüt 1995 auf der Vierten UN-Weltfrauenkonferenz zum Thema der Gleichberechtigung von Männern und Frauen hat diese Methode des *good governance* einen Siegeszug durch die Institutionen der Gemeinschaft angetreten und hat inzwischen in einer Reihe offizieller Dokumente Niederschlag gefunden[1414]. Mit ihrem *Vorschlag zur Gleichbehandlung von Frauen und Männern beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen*[1415] hat sie das *mainstreaming*-Konzept nun auch erstmals außerhalb des Bereichs der Beschäftigung angwandt[1416]. *Mainstreaming* ist längst nicht mehr allein auf die Problematik der Gleichstellung der Geschlechter beschränkt, sondern empfiehlt sich, wie Initiativen von Rat[1417] und Kommission[1418] zeigen, als probates Mittel für die Integration aller bislang benachteiligter Gruppen und Minderheiten[1419].

1409 Vgl. *Kommission*, Mitteilung an den Rat, das EP, den Wirtschafts- und Sozialausschuß, den Ausschuß der Regionen vom 30. Oktober 2003 Chancengleichheit für Menschen mit Behinderungen: Ein europäischer Aktionsplan, KOM (2003), 650 endg. Rdnr. 2.5.

1410 Vgl. *Pollack/Hafner-Burton,* JEPP 2000, 432 (450).

1411 Vgl. *McCrudden*, FILJ 1999, 1696 (1718); *Pollack/Hafner-Burton, JEPP 2000, 432 (434).*

1412 *Gebhardt-Benischke*, in: Recht und Geschlecht, 137 (140 ff.); *Kocher,* RdA 2002, 167 (171); *Mazey,* JEPP 2000, 333 (334).

1413 *Mazey,* JEPP 2000, 333 (334); *Pirstner-Ebner,* EuZW 2004, 205 (205).

1414 *Kommission,* Mitteilung vom 7. Juni 2000 an den Rat, das EP, den Wirtschafts- und Sozialausschuß, den Ausschuß der Regionen für eine Rahmenstrategie der Gemeinschaft zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern (2001-2005), KOM (2000), 335 endg., Rdnrn. 2.1.; 3.2.1.; *eadem*, Bericht an den Rat, das EP, den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuß und den Ausschuß der Regionen vom 5. März 2003, „Chancengleichheit für Frauen und Männer in der Europäischen Union – Jahresbericht 2002, KOM (2003), 98 endg., Rdnr. II. 3.

1415 *Kommission,* Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Frauen und Männern beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen KOM (2003), 657.

1416 Vgl. *Pirstner-Ebner,* EuZW 2004, 205 (209).

1417 *Rat***,** Beschluß 95/593/EG vom 22. Dezember 1995 über ein Viertes mittelfristiges Aktionsprogramm der Gemeinschaft für die Chancengleichheit von Frauen und Männern (1996**-**2000), ABl. 1995, L 335, S. 37 ff.; *idem*, *B*eschluß vom 22. Juli 2003 über die Leitlinien für beschäftigungspolitische Maßnahmen der Mitgliedstaaten, ABl. 2003, L 197, S. 13 ff., Anhang Rdnr. 6.

1418 *Kommission,* Mitteilung vom 21. Februar 1996 „Einbindung der Chancengleichheit in sämtliche politische Konzepte und Maßnahmen der Gemeinschaft, KOM (1996), 67 endg.

1419 Vgl. *Kommission*, Mitteilung an den Rat, das EP, den Wirtschafts- und Sozialausschuß, den Ausschuß der Regionen vom 30. Oktober 2003 „Chancengleichheit für Menschen mit Behinderungen: Ein europäischer Aktionsplan, KOM (2003), 650 endg. Rdnrn. 1; 2.1.; 2.5.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Vorteile des mainstreaming-Ansatzes

Mainstreaming führt dank des gesteigerten Problembewußtseins bei den Akteuren zu einer höheren Qualität der Entscheidungsprozesse und einer nachhaltigeren Gleichstellungsentwicklung[1420]. Anstatt auf gesellschaftliche Realitäten von Privilegierung und Benachteiligung lediglich zu reagieren, steht *mainstreaming* für eine proaktive Analyse geplanter Aktionen[1421]. *Mainstreaming* erschöpft sich nicht in einem einmaligen Akt der *ex ante* Qualitätssicherung, sondern ist durch das Folgenabschätzungsverfahren (*impact assessment*) mit seiner Kosten-/Nutzenrechnung sowie der Aufschlüsselung der Statistiken und Daten nach den jeweils zu berücksichtigenden Gruppeninteressen darauf angelegt, die Entscheidungsprozesse dauerhaft zu optimieren. Die angewandten Strategien werden in regelmäßigen Abständen auf ihre Tauglichkeit hin überprüft und einer Feinabstimmung unterzogen[1422]. Auch die Kommission honoriert sowohl im *Grün-* als auch *Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse* die Bedeutung dieser Strategie[1423]. Nach Ansicht der Kommission ist Evaluation das Kernelement guten europäischen Regierens[1424].

3. Analyse und Bewertung

a. Chancengleichheit als Querschnittsstrategie

Der *mainstreaming*-Ansatz und soziale Vergabekriterien sind beides Querschnittsinstrumente, um Chancengleichheit in der Gesellschaft zu fördern. Dem *mainstreaming*-Ansatz und der Idee sozialer Vergabekriterien liegt die Erkenntnis zugrunde, daß gleichstellungsspezifische Aspekte bei allen Entscheidungen mit Außenwirkung berücksichtigt werden müssen und daß es keine Reservate zur Verfolgung von Chancengleichheitszielen geben darf. Die staatliche Nachfrage ist ein solcher Akt mit Außenwirkung. Wie vom *mainstreaming*-Ansatz gefordert (*mainstreaming should be everyone's business*[1425]) hat der Anknüpfungspunkt der staatlichen Nachfrage den Vorteil, daß alle staatlichen Einrichtungen gleichermaßen für das Ziel der Chancengleichheit sensibilisiert werden. Die horizontale Wirkungsweise korrespondiert daher mit dem „Querschnittscharakter der mithilfe von sozialen Vergabekriterien verfolgten Zielen"[1426]. Querschnittsziele werden am besten mit Quer-

1420 *Pirstner-Ebner,* EuZW 2004, 205 (205); *Pollack/Hafner-Burton, JEPP 2000, 432 (441); Tondorf,* WSI-Mitteilungen 2001, 434 (434).

1421 *Kocher,* RdA 2002, 167 (167).

1422 *Kommission*, Mitteilung an den Rat, das EP, den Wirtschafts- und Sozialausschuß, den Ausschuß der Regionen vom 30. Oktober 2003 „Chancengleichheit für Menschen mit Behinderungen: Ein europäischer Aktionsplan, KOM (2003), 650 endg. Rdnr. 4.

1423 *Kommission,* Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270, endg., Rdnr. 94; *eadem,* Mitteilung vom 12. Mai 2004 an das EP, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuß und den Ausschuß der Regionen „Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse", KOM (2004), 374 endg., Rdnr. 2.1.

1424 *Kommission,* Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270, endg., Rdnr. 94; *eadem,* Weißbuch, Europäisches Regieren, KOM (2001), 428 vom 25. Juli 2001; *eadem*, Bericht vom 17. Oktober 2001 für den Europäischen Rat in Laeken, KOM (2001), 598, Rdnr. 41 ff.; *eadem*, Mitteilung zur Methodik der horizontalen Bewertung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse vom 18. Juni 2002, KOM (2002), 331 endg., Rdnr. 1 ff.; *eadem*, Mitteilung vom 18. Juni 2002 zur Methodik der horizontalen Bewertung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, KOM (2002), 331 endg., Rdnr. 1.

1425 *Beveridge/Nott/Stephan,* JEPP 2000, 385 (390).

1426 *Ziekow,* NZBau 2001, 72 (78).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schnittsinstrumenten durchgesetzt. Zudem führen soziale Vergabekriterien zu einem Umdenkungsprozeß in der Privatwirtschaft. Der Erfolg von Gleichstellungsmaßnahmen hängt ultimativ davon ab, ob es der öffentliche Hand gelingt, die Privatwirtschaft zu mobilisieren, welche an dem sozialen Mißstand der Segmentierung des Arbeitsmarktes mit verantwortlich ist. Denn die Summe der Ausleseentscheidungen, die in der Privatwirtschaft getroffen werden, perpetuiert und reproduziert die sozialen Ungleichheiten[1427]. Es reicht daher nicht, daß Absichtserklärungen abgegeben werden bzw. sich einzelne Pionierunternehmen gegen den Trend stemmen[1428]. Es muß für die Privatwirtschaft attraktiv werden, betriebsangepaßte Gleichstellungspolitiken einzuführen[1429].

Der Anreiz über soziale Vergabekriterien rangiert herbei genau in der Mitte zwischen den Polen staatlichen Zwangs und des *soft law*-Ansatzes des *mainstreaming*. Interessierte Bieterunternehmen haben weiterhin die Option, sich sozialen Vergabekriterien zu entziehen, indem sie sich entweder auf eine private Klientel kaprizieren oder sich über die rein betriebswirtschaftlichen Vergabekriterien zu profilieren suchen. Soziale Vergabekriterien verwirklichen damit auch die Idee der Kommission, die eine Kombination von *mainstreaming* und spezifischen Gleichstellungsmaßnahmen für die aussichtsreichste Lösung hält[1430]. In diesem Zusammenhang ist signifikant, daß die Kommission in der Vergangenheit eine Mitteilung zu gleichstellungspolitischen Potentials des öffentlichen Auftragswesens in Erwägung gezogen hatte[1431].

b. Soziale Vergabekriterien als Bindeglied zwischen *mainstreaming* und gemeinschaftlicher Beschäftigungsstrategie

Soziale Vergabekriterien sind das ideale Bindeglied, um den *mainstreaming*-Ansatz mit der gemeinschaftlichen Beschäftigungsstrategie in Einklang zu bringen. Die Kommission, die Arbeit und Beschäftigung weiterhin für das wirksamste Mittel hält, um uneingeschränkte soziale Integration zu verwirklichen[1432], fordert neuerdings, daß die beschäftigungspolitischen Maßnahmen der Mitgliedstaaten das übergeordnete Ziel eines integrativen Arbeitsmarktes[1433], i.e. die Einbeziehung sämtlicher benachteiligter Menschen, berücksichtigen[1434]. Die Umsetzung der europäischen Beschäftigungsstrategie sowie der nationalen Aktionspläne sol-

1427 *Kocher,* RdA 2002, 167 (169).

1428 *Kocher,* RdA 2002, 167 (172).

1429 Vgl. *Kocher,* RdA 2002, 167 (167).

1430 Vgl. *Kommission*, Bericht an den Rat, das EP, den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuß und den Ausschuß der Regionen vom 5. März 2003, „Chancengleichheit für Frauen und Männer in der Europäischen Union – Jahresbericht 2002, KOM (2003), 98 endg., Rdnr. II. 4.

1431 *Kommission,* Mitteilung vom 7. Juni 2000 an den Rat, das EP, den Wirtschafts- und Sozialausschuß, den Ausschuß der Regionen für eine Rahmenstrategie der Gemeinschaft zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern (2001-2005), KOM (2000), 335 endg., Rdnr. 3.1.3.

1432 Vgl. *Kommission*, Mitteilung an den Rat, das EP, den Wirtschafts- und Sozialausschuß, den Ausschuß der Regionen vom 30. Oktober 2003 „Chancengleichheit für Menschen mit Behinderungen: Ein europäischer Aktionsplan, KOM (2003), 650 endg. Rdnrn. 2.5; 3.1.

1433 *Kommission*, Mitteilung an den Rat, das EP, den Wirtschafts- und Sozialausschuß, den Ausschuß der Regionen vom 30. Oktober 2003 „Chancengleichheit für Menschen mit Behinderungen: Ein europäischer Aktionsplan, KOM (2003), 650 endg. Rdnr. 3.2.1.

1434 Vgl. *Rat,* Entschließung vom 15. Juli 2003, ABl. 2003, C 175, S. 1.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

len daher nach dem Willen der Kommission unter Berücksichtigung des *mainstreaming*-Ansatzes erfolgen[1435].

c. Anforderungen des *mainstreaming* an soziale Vergabekriterien

Um einschätzen zu können, ob die Berücksichtigung sozialer Aspekte bei der Auftragsvergabe auch die gewünschten nachhaltigen Wirkungen zeitigt, ist eine periodische Evaluierung notwendig[1436]. Der Kriterienkatalog der öffentlichen Auftraggeber muß der sozialen Realität je nach den Resultaten der Evaluation angepaßt werden. Dabei ist darauf zu achten, daß sich das Thema Chancengleichheit mangels konkreter Verantwortlichkeiten nicht zu einem leeren Schlagwort verbraucht (*if a social issue is everybody's responsibility, it's nobody's responsibility in particular*). Deshalb sind nach der *top-down*-Methode[1437] innerhalb des für die Vergabeentscheidung verantwortlichen Gremiums Schlüsselpersonen zu benennen.

III. Soziale Vergabekriterien als Ausfluß der sozialen Integration der Gemeinschaft

Die sozialen Vergabekriterien bedeuten zudem eine konsequente Umsetzung des Wandels, welcher die gesamte Gemeinschaftsrechtsordnung ergriffen hat, nämlich den Übergang von einem gemeinsamen Wirtschaftsraum zu einer Werte- und Sozialgemeinschaft[1438]. Der Umfang der vorliegenden Untersuchung läßt keine erschöpfende Darstellung der Gemeinschaftsrechtsordnung zu. Dennoch erscheint es sinnvoll, exemplarisch einige Normen herauszugreifen, welche vom sozialen Engagement der Gemeinschaft zeugen, um den integrationspolitischen Paradigmenwechsel nachzuzeichnen, dem durch soziale Vergabekriterien Rechnung getragen werden kann.

1. Primärrecht

a. EWG-Vertrag als Ausgangspunkt

In ihren Anfängen definierte sich die Gemeinschaft in erster Linie über das Ziel der Errichtung eines Gemeinsamen Marktes gemäß Art. 2 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG-Vertrag)[1439]. Die soziale Dimension spielte eine nur untergeordnete Rolle. Die Bürger der Mitgliedstaaten wurden zuförderst in ihrer Rolle als Arbeitnehmer und damit als Produktionsfaktoren wahrgenommen[1440]. Auch die einzige sozialpolitische Vorschrift von Belang, das Recht auf gleiches Entgelt für Männer und Frauen gemäß ex Art. 119 EGV, war aufgrund wettbewerbspolitischer Erwägungen eingefügt worden[1441].

1435 *Kommission*, geänderter Vorschlag für eine Entscheidung des Rates über die Leitlinien für beschäftigungspolitische Maßnahmen der Mitgliedstaaten im Jahr 2002 KOM (2001), 669 endg.; ABl. 2002, C 51, S. 349 ff.; Rdnr. E.

1436 Vgl. *Arrowsmith,* ELR 2002, 3 (13); *eadem/Linarelli/Wallace,* Regulating Public Procurement, 291.

1437 *Gebhardt-Benischke,* in: Recht und Geschlecht, 137 (150); *Kocher,* RdA 2002, 167 (172).

1438 Vgl. *Schulte,* in: Soziale Dienste im Europäischen Binnenmarkt, 79 (107).

1439 Vgl. *Egger,* in: Europarecht im Wandel, 73 (73); *Schulte,* ZFSH/SGB 2001, 67 (67).

1440 *Graser,* ZIAS 2000, 336 (347).

1441 *Rebhahn,* in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 136 EG, Rdnr. 5.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b. Vertrag von Amsterdam als vorläufiger Endpunkt

aa. Integrationsauftrag gemäß Art. 1 EU und Art. 2 EG

Demgegenüber verkündet Art. 1 EU nunmehr selbstbewußt, daß die Gemeinschaft mit dem Vertrag von Amsterdam eine „neue Stufe der Verwirklichung einer immer engeren Union" erklommen hat. Mit dem Ziel eines „immer engeren Zusammenschlusses"[1442] erhebt die Gemeinschaft die Integration zum obersten Verfassungsprinzip[1443]. Mit den in Art. 2 EG fomulierten Gemeinwohlideen[1444] eines sozialen Fortschritts, eines hohes Beschäftigungsniveaus, eines hohen Maßes an sozialem Schutz, der Gleichstellung von Männern und Frauen sowie eines sozialen Zusammenhalts findet sich nunmehr im EG-Vertrag eine breite rechtliche Grundlage dafür, den sozialen Belangen hohes Gewicht einzuräumen[1445].

bb. Arbeitsmarkt- und Beschäftigungspolitik gemäß Art. 125 ff. EG und Art. 136 ff. EG

Mit Art 3 lit. i EG und dem Titel VIII „Beschäftigung" (Art. 125-130 EG) hat sich die Gemeinschaft offiziell der Arbeitsmarkt- und Beschäftigungspolitik als einer Angelegenheit von hohem Gemeinschaftsinteresse angenommen und eine gemeinschaftlich koordinierte Beschäftigungsstrategie installiert[1446]. Mit dem neuen Titel XI Sozialpolitik, allgemeine und berufliche Bildung und Jugend (136-150 EG) bekennt sich die Gemeinschaft zu einem eigenen sozialpolitischen Engagement. Art. 136, welcher das Abkommen über die Sozialpolitik[1447] in den EG-Vertrag inkorporiert, formuliert die Ziele Beschäftigungsförderung, Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen, einen angemessenen sozialen Schutz, die Entwicklung des Arbeitskräftepotentials im Hinblick auf ein dauerhaft hohes Beschäftigungsniveau und die Bekämpfung von Ausgrenzungen. Trotz seines Programmsatzcharakters ist diese Norm gegenüber ihrem Vorgänger, ex Art. 117 EWG, ein qualitativer Fortschritt, da die Gemeinschaft als Akteurin auftritt und konkrete Ziele formuliert[1448]. Mit Art. 137 EG Abs. 2 S. 1. steht nunmehr eine echte sozialpolitische Kompetenznorm und Normsetzungsbefugnis zur Verfügung. Es muß nicht mehr auf das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes gemäß ex-Art. 100 EGV abgestellt werden[1449].

cc. Chancengleichheit gemäß Art. 13 EG und Art. 141 EG

Für die Einführung sozialer Vergabekriterien besonders relevant sind schließlich die Ermächtigungsnormen Art. 13 EG und Art. 141 Abs. 3 EG[1450], welche dem Rat die Befugnis verleihen, *affirmative action*-Maßnahmen zu treffen, um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen. Art. 141 Abs. 3 EG

1442 Präambel Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (Konsolidierte Fassung), ABl. 2002, C 325, Erwägungsgrund 1.

1443 *Callies,* in: Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt, 173 (189).

1444 *Häberle,* in: Gemeinwohl und Gemeinsinn im Recht, 99 (113).

1445 *Sigeman,* RdA 2003, 18 (19).

1446 *Burgbacher,* VergabeR 2001, 169 (174); *Egger,* in: Europarecht im Wandel, 73 (92).

1447 Abkommen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft mit Ausnahme des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland über die Sozialpolitik, ABl. 1992, C 191, S. 1 ff.

1448 *Rebhahn,* in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 136 EG, Rdnr. 5.

1449 *Rebhahn,* in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 137 EG, Rdnr. 1.

1450 Vgl. *Heid,* wbl 1998, 194 (196).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

erlaubt den Mitgliedstaaten ausdrücklich, zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zur Verhinderung bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn spezifische Vergünstigungen beizubehalten oder zu beschließen. Das Gleichbehandlungsgebot des Art. 141 EG ist nicht mehr nur auf das Arbeitsentgelt beschränkt, sondern erfaßt alle für das Arbeitsleben relevanten Fragen. Der Vertragsentwurf über eine Verfassung für Europa enthält in Teil III, Titel II Art. III-8 eine Art. 13 EGV korrespondierende Kompetenzvorschrift[1451].

2. Sekundärrecht

Die Gleichbehandlungsrichtlinie RL 76/207/EWG[1452] wird nunmehr durch RL 2000/78/EG[1453] verstärkt, welche die Notwendigkeit unterstreicht, einen integrativen Arbeitsmarkt zu schaffen[1454]. Nach Ansicht des Rates sind Beschäftigung und Beruf Bereiche, die im Hinblick auf die Chancengleichheit für alle von entscheidender Bedeutung sind[1455]. Dies kommt auch in der Richtlinie zur Gleichbehandlung von Frauen und Männern beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen zum Ausdruck[1456]. Dieses Normengerüst zur Chancengleichheit wird komplettiert durch RL 2000/43/EG *zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft*[1457]. Darüber hinaus hat die Kommission erst kürzlich VO 2204/2002/EG *über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf Beschäftigungsbeihilfen*[1458] erlassen, welche staatliche Zuwendungen vom Beihilfentatbestand freistellt, die eine Förderung der Beschäftigung und vor allem von benachteiligten Arbeitnehmergruppen bezwecken[1459].

1451 *Europäischer Konvent*, Entwurf eines Vertrages über eine Verfassung für Europa vom 18. Juli 2003, CONV 850/03, abrufbar unter: http://europa.eu.int/futurum/constitution/index_de.htm.

1452 RL 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. 1976, L 39, S. 40 ff.

1453 RL 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. 2000, L 303, S. 16 ff.

1454 Präambel RL 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. 2000, L 303, S. 16 ff., Erwägung 8.

1455 Präambel RL 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. 2000, L 303, S. 16 ff., Erwägung 9.

1456 RL 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen. ABl. 2004. L 373, S. 37 ff.

1457 RL 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. 2000, L 199, S. 86 ff.

1458 VO 2204/2002/EG der Kommission vom 12. Dezember 2002 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf Beschäftigungsbeihilfen, ABl. 2002, L 337, S. 3 ff.

1459 Präambel VO 2204/2002/EG der Kommission vom 12. Dezember 2002 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf Beschäftigungsbeihilfen, ABl. 2002, L 337, S. 3 ff., Rdnr. 7.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Soft law

Innerhalb des *soft law*, dem Wegbereiter für die Entwicklung durchsetzbarer Normen[1460], schlägt sich die soziale Dimension der Gemeinschaft insbesondere in der *Charta der Grundrechte der Europäischen Union* (GR-Charta)[1461] nieder. So erlaubt bespielsweise Art. 23 S. 2 GR-Charta *affirmative action*-Maßnahmen zugunsten von Frauen. In Art. 25 GR-Charta und Art. 26 GR-Charta anerkennt und achtet die Gemeinschaft das Recht älterer Menschen und Menschen mit Behinderung auf Maßnahmen, die ihre soziale und berufliche Eingliederung gewährleisten. Der Vertragsentwurf über eine Verfassung für Europa sieht ähnliche Gewährleistungen vor in Teil II, Titel III, Art. II-23 Abs. 2, Art. II-25 und Art. II-26[1462].

Darüber hinaus unterstützt die Gemeinschaft auf Grundlage der von den Europäischen Räten von Lissabon und Feira beschlossenen Methode der offenen Koordinierung (MdoK) die mitgliedstaatlichen Bemühungen, soziale Eingliederung zu fördern, mithilfe von konkreten Indikatoren, Zielvorgaben und *benchmarking*-Mechanismen. Damit soll der Erfolg derartiger Maßnahmen – insbesondere in Bezug auf den *mainstreaming*-Ansatz – an der Eingliederung spezifischer Gruppen in den Arbeitsmarkt gemessen werden[1463]. Die MdoK teilt mit dem Subsidiaritätsprinzip als föderaler Auslegungsmaxime die Eigenschaft, daß die Entscheidung, konkrete Maßnahmen zur Erreichung sozialpolitischer Ziele zu ergreifen, bei den Mitgliedstaaten verbleibt. Gleichzeitig sind diese *national policy choices* eine Angelegenheit von gemeinschaftlichem Interesse[1464]. Die Gemeinschaft bemüht sich daher, gemeinsame Zielvorgaben und Indikatoren festzulegen[1465]. Die MdoK ist ein Meilenstein für das Ziel der sozialen Eingliederung[1466].

Einen weiteren Vorstoß bedeutet die *Mitteilung* der Kommission *betreffend die soziale Verantwortung der Unternehmen*[1467]. Darin wies die Kommission darauf hin, daß die Integration von ethnischen Minderheiten angehörenden Personen, älteren Arbeitskräften, Frauen, Langzeitarbeitslosen und benachteiligten Personen in den Arbeitsmarkt unerläßlich ist, um die Ziele „Verminderung der Arbeitslosigkeit" und „Bekämpfung der sozialen Ausgrenzung" zu erreichen[1468]. Die Kommission betonte allerdings, daß soziale Initiativen seitens der Unternehmen keinen Ersatz für Rechtsvorschriften und Regelungen der Mitgliedstaaten im Bereich soziale Standards darstellen[1469].

1460 *Graser,* ZIAS 2000, 336 (342).

1461 EU-Grundrechtscharta vom 7. Dezember 2000, ABl. 2000, C 364, S. 1 ff.

1462 *Europäischer Konvent*, Entwurf eines Vertrages über eine Verfassung für Europa vom 18. Juli 2003, CONV 850/03, abrufbar unter: http://europa.eu.int/futurum/constitution/index_de.htm.

1463 *Kommission*, Mitteilung an den Rat, das EP, den Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuß der Regionen: Sozialpolitische Agenda, KOM (2000), 379 endg., Rdnr. 4.2.2.1.

1464 *Scharpf,* JCMS 2002, 645 (652).

1465 *Scharpf,* JCMS 2002, 645 (652).

1466 *Atkinson/Marlier/Nolan,* JCMS 2004, 47 (65).

1467 *Kommission,* Mitteilung betreffend die soziale Verantwortung der Unternehmen: ein Unternehmensbeitrag zur nachhaltigen Entwicklung KOM (2002), 347 endg.

1468 *Kommission,* Grünbuch „Europäische Rahmenbedingungen für die soziale Verantwortung der Unternehmen", KOM (2001), 366 endg., Rdnr. 29.

1469 *Kommission,* Grünbuch „Europäische Rahmenbedingungen für die soziale Verantwortung der Unternehmen", KOM (2001), 366 endg., Rdnr. 22.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

4. Not (yet) law: Vertrag über eine Verfassung von Europa

Man mag die Zukunft des Vertrags über eine Verfassung für Europa (EVV)[1470] wohlmeinend als ungewiß bezeichnen. Tatsache ist, daß der Ratifierungsprozeß in den Mitgliedstaaten angesichts der ablehnenden Referenden in Frankreich (55 %) vom 29. Mai 2005 und in den Niederlanden (62,1 %) vom 31. Mai 2005 fürs erste gescheitert ist. Der EVV wird in dieser Form nicht in Kraft treten. Um den in den Volksabstimmungen geäußerten Bedenken und Resentiments angemessen Rechnung zu tragen, muß nun einmal erneut gerungen werden. Da es sich jedoch mit dem Abschlußdokument des „Konvents zur Zukunft Europas" unter der prominenten Leitung des ehemaligen französischen Staatspräsidenten Giscard d'Estaing um das Ergebnis mehrjähriger Arbeiten handelt[1471], sei jedoch der Vollständigkeit halber kurz auf diejenigen Passagen und Formulierungen hingewiesen, die einem zweiten Anlauf für eine gemeinsame europäische Verfassung als Grundlage dienen werden:

So bekennt sich der EVV in Art. 1-3 unverbrämt zu einer „sozialen Marktwirtschaft" (*social market economy*, *économie sociale de marché*) und setzt sich zum Ziel, soziale Ausgrenzung und Diskriminierungen zu bekämpfen und soziale Gerechtigkeit und sozialen Schutz sowie die Gleichstellung von Frauen und Männern zu fördern. Hierbei steht der EVV laut Art. II-83 der Einführung spezifischer Vergünstigungen für das unterrepräsentierte Geschlecht nicht entgegen. Gemäß Art. III-124 können die für die Bekämpfung von Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung erforderlichen Maßnahmen durch Europäisches Gesetz oder Rahmengesetz des Rates festgelegt werden. Art. III-117 schwört die Union darauf ein, ein hohes Beschäftigungsniveaus, die Gewährleistung eines angemessenen sozialen Schutzes, die Bekämpfung der sozialen Ausgrenzung sowie ein hohes Niveau der allgemeinen und beruflichen Bildung zu fördern. Abgerundet wird dieses Bild durch die Vorschrift des Art. II-96, worin der „Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse anerkannt wird, wie er durch die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten im Einklang mit der Verfassung geregelt ist, um den sozialen und territorialen Zusammenhalt der Union zu fördern". Insgesamt legt der Verfassungsvertrag ein klares Bekenntnis zu einem (auch) sozialen Europa ab[1472]

5. Analyse und Bewertung

a. Sozialer acquis communautaire

Der soziale *acquis communautaire* der Gemeinschaft weist inzwischen eine beachtliche Bandbreite auf. Die Bestandsaufnahme des harten und weichen Normeninventars zeigt, daß die soziale Dimension der Gemeinschaft nicht mehr nur ein Nebenprodukt wirtschaftlicher Zielvorgaben ist[1473]. Der Amsterdamer Vertrag hat das Aktionsfeld der Gemeinschaft um genuin sozialpolitische Aufgaben und Kompetenzen erweitert[1474], wobei die Förderung der

1470 Vertrag über eine Verfassung von Europa, ABl. 2004, C 310, S. 1 ff.

1471 Vgl. *Streinz/Ohler/Herrmann*, Die neue Verfassung für Europa, 12 ff.

1472 *Becker*, in: Schwarze (Hrsg.) Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, 201 (218).

1473 Vgl. *Dederer/Diekmann/Schulz-Weidner,* DRV 1995, 339 (339); *Fredman,* In: Law-Making in the European Union, 386 (388); *Sommermann,* in: Gemeinwohlgefährung und Gemeinwohlsicherung, 201 (206).

1474 *Atkinson/Marlier/Nolan,* JCMS 2004, 47 (48); *Graser,* ZIAS 2000, 336 (346); *Kämmerer,* NVwZ 2002, 1041 (1045); *Krebber,* in: Callies/Ruffert (Hrsg.) (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, Art. 136, Rdnr. 19; *Rebhahn,* in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 136 EG, Rdnr. 5.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Beschäftigung sicherlich das Hauptziel der gemeinschaftlichen Sozialpolitik ist[1475]. Wer sich daher auf die Gründungsverträge beruft, der argumentiert rückwärtsgewandt und verschließt die Augen vor der Rechtsgebiete übergreifenden Veränderung. Die Bemühungen der Kommission, auf eine rein betriebswirtschaftliche Ausgestaltung der öffentlichen Auftragsvergabe hinzuwirken, kontrastiert deutlich mit ihren Initiativen auf den übrigen Aktionsfeldern der Gemeinschaft. Dieser Widerspruch läßt sich jedoch mit internem Konkurrenzdenken und mangelnder Kommunikation zwischen den GDen Wettbewerb, Binnenmarkt und Soziales erklären[1476].

Dem Eindruck, der Konflikt zwischen den Zielen der sozialen und betriebswirtschaftlichen Vergabekriterien werde gleichsam von außen in das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe hineingetragen, ist falsch. Angesichts der Vielzahl an Gemeinschaftszielen sind Zielkonflikte in der Gemeinschaftsrechtsordnung geradezu angelegt[1477]. Die sozialpolitische Anreicherung der Gemeinschaftsrechtsordnung ist auch ein *basso continuo* in der Rechtsprechung des EuGH[1478]. So begann der EuGH bereits in den Urteilen *Brentjens*[1479], *Drijvende Bokken*[1480] und *Albany*[1481], die Bedeutung der Wettbewerbs gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. g und j EG zugunsten des Ziels „eines hohes Beschäftigungsniveaus“ zu relativieren.

Die skizzierte Entwicklung wird noch nicht von einem europäischen Sozialmodell im technischem Sinne gekrönt[1482], also einem gemeinschaftlichen Konzept für die sozialen Sicherungssysteme[1483]. Da die Mitgliedstaaten in diesem Bereich weitgehende Gestaltungsfreiheit genießen, gibt es – *quot capita tot opiniones* – die unterschiedlichsten Spielarten. Allerdings mehren sich die Anzeichen für eine Annäherung[1484]. Laut Kommission und rechtswissenschaftlicher Literatur mündet der soziale *acquis communautaire* bereits in einem „europäischen Gesellschafts- bzw. Sozialmodell“[1485]. Sogar von einer Europäischen Sozialstaatlichkeit ist die Rede[1486] . Obgleich die spezifische Bedeutung dieses Begriffs noch Gegenstand der gegenwärtigen Diskussion ist[1487], gibt es doch zwischen den Mitgliedstaaten eine Reihe von Gemeinsamkeiten, welche die Unterschiede in der Ausgestaltung überwiegen[1488]. Hauptmerkmal ist das ausgeprägte Streben um sozialen Ausgleich[1489] und eine Optimierung der Sozialstandards. Dies macht sich zum Beispiel darin bemerkbar, daß die in Bezug auf Sozialleistungen eher schwächer entwickelten Mitgliedstaaten die Aufholjagd aufgenommen

---

1475 *Cullen/Campbell,* in: Law-Making in the European Union, 262 (283); *Dederer/Diekmann/Schulze-Weidner,* DRV 1995, 339 (360).

1476 Vgl. *Koenig/Kühling,* NVwZ 2003, 779 (286); *Steinberg,* EuZW 2004, 78).

1477 Vgl. *Schwarze,* EuZW 2001, 334 (339).

1478 Vgl. *Kühne,* RdE 2002, 257 (262); *Steinberg,* EuZW 2002, 634 (635).

1479 *EuGH*, Rs. C-115/97 (Brentjens), Slg. 1999, I-6025 Rdnr. 51.

1480 *EuGH*, Rs. C-219/97 (Drijvende Bokken), Slg. 1999, I-6121, Rdnr. 41.

1481 *EuGH*, Rs. C-67/96 (Albany), Slg. 1999, I-5751, Rdnr. 54.

1482 *Keller,* WSI-Mitteilungen 1999, 109 (117).

1483 Vgl. *EuGH,* Rs. C-385/99 (Müller-Fauré*),* Slg. 2003, I-4509, Rdnrn. 46, 55, 65, 105.

1484 *Schulte,* in: Soziale Dienste im Europäischen Binnenmarkt, 79 (81).

1485 *Kommission,* Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270, endg., Rdnrn. 8, 47; vgl. *Dederer/Diekmann/Schulze-Weidner,* DRV 1995, 339 (371); *Egger,* in: Europarecht im Wandel, 73 (105); ätter der Wohlfahrtspflege 2002, 89 (93); *Scharpf,* JCMS 2002, 645 (645); *Schulte, ZFSH/SGB 2001, 67 (70); v. Danwitz,* EuZW 2002, 237 (237).

1486 *Kämmerer,* NVwZ 2004, 28 (34); *Schulte,* ZFSH/SGB 2001, 3 (3).

1487 Vgl. *Kommission,* Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270, endg., Rdnrn. 47.

1488 *Schulte,* ZFSH/SGB 2001, 3 (3); *idem,* in: Soziale Dienste im Europäischen Binnenmarkt, 79 (81).

1489 *Daiber,* In: Osterweiterung der Europäischen Union – die soziale Dimension, 114 (115).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

haben und konstant an Boden gewinnen[1490]. Die soziale Integration hat also bereits allenthalben begonnen. Das gemeinschaftliche Normengebäude hinkt zwar noch hinterher. Aber man muß sich in diesem Zusammenhang über eines im Klaren sein: „*The union was and is a ship being built while still at sea*"[1491].

b. Notwendigkeit der sozialen Integration

Die Fortsetzung und Intensivierung der sozialen Integration wird mittlerweile als eine Frage der Notwendigkeit anerkannt. Zum einen haben die Erfolge bei der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts[1492] einen Punkt erreicht, an dem sich die Frage stellt, wie die Gemeinschaft in Zukunft ihrem „Integrationsauftrag"[1493] sichtbar gerecht werden soll, welcher letzten Endes die Legitimation der Gemeinschaft ausmacht. Im Hinblick auf die wirtschaftliche Integration sind die Maximierungspotentiale nahezu ausgeschöpft. Um die Dynamik des Integrationsprozesses nicht erlahmen zu lassen, ist es aus Sicht der Gemeinschaft nur konsequent, nun auch die soziale Integration voranzutreiben[1494]. Zum anderen birgt eine dauerhafte Kluft (*constitutional asymmetry*[1495]) zwischen wirtschaftlicher und sozialer Integration die Gefahr, daß die bisher erreichten Erfolge nicht mehr wahrgenommen, bzw. die Sinnhaftigkeit der Gemeinschaft als Institution angezweifelt wird[1496]. Eine rein wirtschaftlich orientierte Integration stößt jedenfalls auf immer weniger Akzeptanz bei der Bevölkerung[1497]. Man mag sich darüber streiten, ob dieser integrationspolitische Paradigmenwechsel nur eine Alibifunktion hat[1498]. Es ist jedoch unübersehbar, daß die Gemeinschaft ein vitales Interesse daran hat, die soziale Dimension der Integration gegenüber reinen Wirtschaftlichkeitserwägungen stärker zu betonen, um dem sukzessiven Schwinden des Integrationskonsenses vorzubeugen[1499].

c. Ergebnis

Der sozialpolitische Auftrag der Gemeinschaft muß sich auch in der Auslegung des Wettbewerbsrechts seinen Niederschlag finden. Daher ist auch das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe im Lichte der in Art. 2 EG genannten Ziele sowie im Sinne der gemeinschaftlichen Beschäftigungspolitik auszulegen[1500]. Soziale Vergabekriterien sind eine Möglichkeit, den bereits in der Gemeinschaftsrechtsordnung angelegten Konflikt zwischen wirtschaftlichen und sozialen Zielen aufzulösen.

1490 *Klammer,* WSI-Mitteilungen 2000, 313 (314).

1491 *De Bùrca,* CELS Occasional Paper 5, 2001, 5 (15).

1492 Vgl. *Alber,* RdA Sonderbeilage 2001, 23 (24); *Britz,* DVBl. 2000, 1641 (1641); *Dörr/Haus,* JuS 2001, 313 (319); *Franzius,* NJW 2003, 3029 (3029); *Knauff,* VR 2004, 296 (296); *Mitterer,* BayGT *2003*, 81 (85)*; Paulweber/Weinand,* EuZW 2001, 232 (232).

1493 Vgl. *Callies,* in: Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt, 173 (190).

1494 Vgl. *Knauff,* VR 2004, 296 (296).

1495 *Scharpf,* JCMS 2002, 645 (645).

1496 *Keller,* WSI-Mitteilungen 1999, 109 (117).

1497 Vgl. *Ambrosius,* in: Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union, 15 (16); *Arrowsmith,* LQR 1995, 235 (284); *Fernández-Martín,* The EC Public Procurement Rules, 69; *Graser,* ZIAS 2000, 336 (350).

1498 *Ambrosius,* in: Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union, 15 (16).

1499 Vgl. *Daiber,* in: Osterweiterung der Europäischen Union – die soziale Dimension, 114 (120).

1500 Vgl. *Arnould,* PPLR 2004, 187 (187); *Krüger/Nielsen/Bruun,* European Public Contracts in a Labour Law Perspective, Rdnr. 6.2.2.; *Kühling,* VerwArch 2004, 337 (348)

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

IV. Verhältnismäßigkeit sozialer Vergabekriterien

Kritiker wie Befürworter sind schnell bei der Hand, die Berücksichtigung sozialer Aspekte bei der öffentlichen Auftragsvergabe als unverhältismäßig zu geißeln respektive als verhältnismäßig gutzuheißen. Die Frage der Verhältnismäßigkeit sozialer Vergabekriterien wurde jedoch nie einer ausführlichen Prüfung unterzogen. Dies soll nun im folgenden geschehen, da diese Vorgehensweise es gestattet, auf die gegen die Anwendbarkeit sozialer Vergabekriterien vorgebrachten Einwände angemessen einzugehen.

1. Definition und Funktion des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

Der mit Art. 5 Abs. 3 EG primärrechtlich verankerte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist als objektiver Verfassungsgrundsatz Maßstab für alle Maßnahmen der Gemeinschaftsorgane[1501]. Dennoch mochten sich weder der EuGH noch das EuG bislang in ihrer Rechtsprechungspraxis auf ein einheitliches Prüfungsschema festlegen. Oft, speziell bei der Prüfung mitgliedstaatlicher Maßnahmen anhand der Grundfreiheiten, begnügt sich der EuGH mit dem Kriterium der Geeignetheit und Erforderlichkeit[1502]. Dagegen prüfen EuGH und EuG insbesondere bei Maßnahmen der Gemeinschaftsorgane zusätzlich, ob diese in einem angemessenen Verhältnis zu dem verfolgten Ziel stehen[1503]. Daß der EuGH explizit eine Verhältnismäßigkeitsprüfung anhand der Kriterien der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit vornimmt, kommt zwar vor, jedoch nur selten[1504]. Gleichwohl orientiert sich die folgende Untersuchung an dem dreistufigen Aufbau. Zum einen erlaubt dieser eine Feinabstimmung der konfligierenden Interessen. Zum anderen soll gezeigt werden, daß soziale Vergabekriterien auch einer strengeren Prüfung standhalten.

2. Betroffene Gemeinwohlbelange

a. Freier Wettbewerb gemäß Art. 4 Abs. 1 EG

Zuerst gilt es, diejenigen Rechtsgüter zu identifizieren, die im Fall der sozialen Vergabekriterien miteinander kollidieren. Im Vordergrund steht hierbei der Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb gemäß Art. 4 Abs. 1 EG. Der Stellenwert von Art. 4 Abs. 1 EG wird zusätzlich durch die Verpflichtung der Gemeinschaft gemäß Art. lit. g EG verstärkt, ein System zu schaffen, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schützt. Die Anwendung sozialer Vergabekriterien kann in der Tat zu einer Schlechterstellung derjenigen Bieterunternehmen führen, die auf die Erfüllung rein betriebs-

1501 *Pache,* NVwZ 1999, 1033 (1036, 1037).

1502 *EuGH,* Rs. 288/89 (Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda), Slg. 1991, I-4007, Rdnr. 15; Rs. C-19/92 (Kraus), Slg. 1993, I-1663, Rdnr. 32; Rs. C-55/94 (Gebhard), Slg. 1995, I-4165, Rdnr. 37; Rs. C-167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155, Rdnr. 133; Rs. C-452/01 (Ospelt und Schlössle Weissenberg Familienstiftung), Slg. 2003, Rdnr. 34; Rs. C-6/01 (Anomar), Slg. 2003, I-9743, Rdnr. 86; Rs. C-390/99 (Canal Satélite Digital SL), Slg. 2002, I-607, Rdnr. 33; Rs. C-300/01 (Salzmann), Slg. 2003, I-4899, Rdnr. 42; Rs. C-376/96 (Arblade), Slg. 1999, I-8453, Rdnr. 35.

1503 *EuGH,* Rs. 15/83 (Denkavit Nederland), Slg. 1984, 2171, Rdnr. 2; Rs. C-192/01 (Kommission/Dänemark), Slg. 2003, Rdnr. 45; Rs. C-13/91 und C-113/91 (Debus), Slg. 1992, I-3617, Rdnr. 16; *EuG,* Rs. T-65/98 (Van den Bergh Foods/Kommission), Slg. 2003, II-2641, Rdnr. 201.

1504 *EuGH,* Rs. 265/87 (Schräder), Slg. 1989, 2237, Rdnr. 21; Rs. C-245/01 (RTL Television), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 45; Rs. C-220/01 (Lennox), Slg. 2003, I-7091, Rdnr. 76.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wirtschaftlicher Vergabekriterien setzen. Zu einem Konflikt kommt es allerdings nur, wenn und weil man den Begriff des freien Wettbewerbs gemäß Art. 4 Abs. 1 EG mit betriebswirtschaftlichem Leistungswettbewerb gleichsetzt. Denn es findet, wie bereits dargestellt[1505], durchaus ein freier und offener Leistungswettbewerb um die Erfüllung sozialer Vergabekriterien statt. Alle Bieterunternehmen müssen das jeweilige soziale Vergabekriterium gleichermaßen erfüllen. Alle Bieterunternehmen befinden sich damit in der gleichen Ausgangsposition. Es bleibt jedenfalls festzustellen, daß der Zusatz „mit freiem Wettbewerb" nicht jeden regulierenden Eingriff in den Wettbewerb von Seiten der Mitgliedstaaten verhindern will[1506], sondern auf das Recht auf freien Zugang zum Markt abzielt[1507].

b. Keine Grundrechtsbetroffenheit der Bieterunternehmen und deren Arbeitnehmer

Mit der Vergabe eines öffentlichen Auftrages an ein Bieterunternehmen verschlechtern sich automatisch die Wettbewerbschancen von dessen Konkurrenten[1508]. Daher wird teilweise eine Beeinträchtigung der Berufs- und Unternehmensfreiheit derjenigen Bieterunternehmen erwogen, die aufgrund der Anwendung sozialer Vergabekriterien im Vergabeverfahren unterlegen sind[1509]. Dagegen ist jedoch einzuwenden, daß sich weder aus den Vergaberichtlinien noch aus Art. 4 Abs. 1 EG ein Leistungsrecht für die Bieterunternehmen auf einen bestimmten Kriterienkatalog herleiten läßt. Der Staat gibt den nicht erfolgreichen Bieterunternehmen nichts, nimmt ihnen aber auch nichts[1510]. Ein Leistungsrecht darauf, daß der Staat überhaupt Aufträge erteilt, gibt es bekanntlich nicht[1511]. Vielmehr besteht allein ein Abwehrrecht. Dieses Abwehrrecht, den unzureichenden Leistungswettbewerb zu rügen, hängt jedoch letztlich in seinem Gewährleistungsumfang vom Stellenwert ab, den Art. 4 Abs. 1 EG innerhalb der Gemeinschaftsrechtsordnung einnimmt. An sich gehen daher die Individual- und Partikularinteressen der Bieterunternehmen in dem öffentlichen Interesse der Realisierung des Binnenmarktes auf. Denn die Idee des Binnenmarktes hat den Schutz aller auf dem Binnenmarkt operierenden Wirtschaftsteilnehmer vor staatlicher Intervention zum Ziel. Allerdings wird diesem Aspekt der sozialen Vergabekriterien auf der Ebene der Angemessenheit unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit besondere Aufmerksamkeit zu zollen sein.

c. Chancengleichheits-, Integrations- und Beschäftigungsziele gemäß Art. 2, 3, 13, 141 Abs. 4 und 150 Abs. 4 EG

Auf der Guthabenseite der sozialen Vergabekriterien, die zur Schaffung eines integrativen Arbeitsmarktes beitragen sollen, stehen die Vertragsziele eines hohen Beschäftigungsniveaus, eines hohes Maßes an sozialem Schutz gemäß Art. 2 EG, die Integration gesellschaftlich benachteiligter Gruppen gemäß Art. 13 EG, Art. 150 Abs. 4 EG sowie der Gleichstellung von Mann und Frau gemäß Art. 2 EG, Art. 3 Abs. 2 EG und Art. 141 Abs. 4 EG. Die Lösung des

1505 Supra: S. 174.

1506 *Kempen,* in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, Art. 4, Rdnr. 14; *Meyer,* Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 118.

1507 *Borchardt,* Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, Rdnr. 554.

1508 *Burgi,* NZBau 2001, 64 (66).

1509 Vgl. Art. 15 (Berufsfreiheit und Recht zu arbeiten) sowie Art. 16 (Unternehmerische Freiheit) Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. Dezember 2000, ABl. C 364, S. 1 ff.

1510 *Burgi,* NZBau 2001, 64 (66).

1511 *Burgi,* NZBau 2001, 64 (66); *idem,* NZBau 2003, 16 (22).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„ernsten Problems der Arbeitslosigkeit“[1512] ist für den Zusammenhalt der Gemeinschaft von existentieller Bedeutung. Die gesellschaftlichen Gruppen, um deren (Re-)Integration es bei den sozialen Vergabekriterien geht, sind überproportional von Arbeitslosigkeit betroffen: Der dringendste Handlungsbedarf besteht bei dem Phänomen der Langzeitarbeitslosigkeit[1513]: 41.4 % aller Arbeitslosen in der Gemeinschaft sind Langzeitarbeitslose[1514]. Langzeitarbeitslosigkeit gilt als der Hauptgrund für Armut in Europa[1515]. Die Differenz zwischen den Beschäftigungsquoten von Frauen und Männern beträgt gemeinschaftsweit immer noch durchschnittlich 20 %[1516]. Auch im Bereich der Jugendarbeitslosigkeit gibt es keine Anzeichen der Entwarnung, die Gemeinschaft wartet hier mit einer Quote von insgesamt 14.7 % auf[1517].

3. Geeignetheit sozialer Vergabekriterien

Eine Maßnahme im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist geeignet, wenn sie den gewünschten Erfolg zu fördern vermag[1518]. Bereits die Eignung der sozialen Vergabekriterien, die damit bezweckten Ziele zu erreichen, wird angezweifelt[1519].

a. Wiedereingliederungseffekt sozialer Vergabekriterien

aa. Vorwurf fehlender Wiedereingliederungseffekte

Insbesondere wird behauptet, die öffentliche Auftragsvergabe sei nicht dazu geeignet, längerfristig Arbeitsplätze zu schaffen, da die rentablen Arbeitsplätze bei rein betriebswirtschaftlich ausgerichteten Bieterunternehmen durch die Bewahrung weniger rentabler Arbeitsplätze bei weniger effektiv arbeitenden Bieterunternehmen gefährdet würden[1520]. Selbst wenn sich Verbesserungen einstellen sollten, wäre es zudem wegen der Komplexität des Marktgeschehens schwierig bis unmöglich, einen Kausalzusammenhang zwischen den sozialen Vergabekriterien und etwaigen Erfolgen nachzuweisen[1521]. Außerdem würden soziale Ver-

1512 Präambel VO 2204/2002/EG der Kommission vom 12. Dezember 2002 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf Beschäftigungsbeihilfen, ABl. L 337, S. 3 ff., Rdnr. 5.

1513 *Burgbacher,* VergabeR 2001, 169 (174).

1514 Database for Institutional Comparisons in Europe (DICE), Long-term Unemployment as a Percentage of Total Unemployment 2002, abrufbar unter: http://www.cesifo.de/pls/diceguest/download/Unemployment/inc%2Dlg%2Dterm%2Dunem.PDF.

1515 *Atkinson/Marlier/Nolan,* JCMS 2004, 47 (57).

1516 *Kommission,* Mitteilung vom 7. Juni 2000 an den Rat, das EP, den Wirtschafts- und Sozialausschuß, den Ausschuß der Regionen für eine Rahmenstrategie der Gemeinschaft zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern (2001-2005), KOM (2000), 335 endg., Anhang I.

1517 Database for Institutional Comparisons in Europe (DICE), Unemployment by Age 1983 - 2002, abrufbar unter: http://www.cesifo.de/pls/diceguest/download/Unemployment/unem%2Dage.PDF

1518 *Koch,* Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 207.

1519 *Hopp,* DB 2000, 469 (469); *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 208; *Pietzcker,* Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, 177; *Weinacht,* WuW 2000, 382 (383); *Wittig,* Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts, 49.

1520 *Dabringhausen,* GemHH 2004, 133 (133); *Wittig,* Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts, 58.

1521 *Hopp,* DB 2000, 469 (469); *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 208; *Stolz,* Das öffentliche Auftragswesen, 100.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gabekriterien ihre Wirkung nur gegenüber Bieterunternehmen entfalten. Der Rest der Privatwirtschaft würde davon nicht erfaßt[1522].

bb. Analyse und Bewertung

Die Berücksichtigung sozialer Aspekte bei der öffentlichen Auftragsvergabe ist sehr wohl geeignet, die gewünschten Veränderungen im Hinblick auf das Einstellungsverhalten der Bieterunternehmen zu bewirken. Die Methode, die Vergabe eines öffentlichen Aufträge unter anderem an die Erfüllung von sozialen Vergabekriterien zu koppeln, wirkt als Anreiz für die Bieterunternehmen, in ihrer Eigenschaft als Arbeitgeber verstärkt auf eine Beschäftigung von Angehörigen gesellschaftlich benachteiligter Gruppen zu setzen[1523]. Wegen ihrer Vorreiterfunktion kann bereits die Einstellung einiger weniger Personen das Eis von Vorurteilen und Bedenken brechen[1524]. Sobald die Anzahl innerhalb der Belegschaft dann einen gewissen kritischen Prozentsatz erreicht haben, ist das negative soziale Stigma überwunden, das den Zugang bislang verhinderte[1525]. Soziale Vergabekriterien spornen die Privatwirtschaft auch längerfristig – über den konkreten öffentlichen Auftrag hinaus – zur Nachahmung derartiger Praktiken an. Die Geeignetheit sozialer Vergabekriterien ist speziell im Hinblick auf die Wiedereingliederung von Langzeitarbeitslosen in den Arbeitsmarkt, welche die größte Problemgruppe innerhalb des zu fördernden Personenkreises ausmacht, kaum zu bezeifeln[1526]. Denn gerade bei Langzeitarbeitslosen geht es in erster Linie darum, wieder „einen Fuß in die Tür zu bekommen“ und neben Arbeitsfähigkeit auch Arbeitswillen zu demonstrieren. In diesem Bereich kann inzwischen auf positive Erfahrungen aus dem Vereinigten Königreich und den Vereinigten Staaten zurückgegriffen werden[1527].

Das Problem der Kausalität läßt sich im übrigen leicht mit einem Fragebogen beheben, worin die einzelnen Bieterunternehmen angeben müßten, was sie dazu bewogen hat, Angehörige aus gesellschaftlich benachteiligten Gruppen einzustellen. Es gehört, wie bereits im Kontext des *mainstreaming* dargestellt[1528], zu der Strategie der sozialen Vergabekriterien, daß die öffentlichen Auftraggeber in regelmäßigen Abständen deren Tauglichkeit und Effekt in ihrem Verantwortungsbereich überprüfen und die dafür erforderlichen Fakten einholen. Damit wird gewährleistet, daß die Berücksichtigung sozialer Aspekte bei der öffentlichen Auftragsvergabe an den tatsächlichen Bedürfnissen der Bevölkerung orientiert.

Auch das Argument, daß soziale Vergabekriterien nur gegenüber Bieterunternehmen Wirkung entfalten, relativiert sich, wenn man den gemeinschaftsweiten BIP-Anteil des öffentlichen Auftragswesens berücksichtigt. Dieser beträgt mittlerweile 16,3%[1529]. Das Gesamtvolumen aller öffentlicher Aufträge in der Gemeinschaft beläuft sich momentan auf knapp 1,5

1522 *Fante,* Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 79; *Pietzcker,* Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, 177.

1523 *Kühling,* VerwArch 2004, 337 (338).

1524 *Fredman,* in: Social Law and Policy in an Evolving European Union, 171 (193).

1525 *Fredman,* in: Social Law and Policy in an Evolving European Union, 171 (193).

1526 Vgl. *Bovis,* EC Public Procurement Law, 121; *Gröning,* ZIP 1999, 52 (55).

1527 Vgl. *Arrowsmith,* LQR 1995 235 (243, 246); *eadem/Linarelli/Wallace,* Regulating Public Procurement, 258; *Pietzcker,* Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, 156 ff.

1528 Supra: S. 186.

1529 *Kommission,* Statistik „Indikatoren des öffentlichen Auftragswesens 2002“ vom 16. Dezember 2003, CC/2003/22 DE, S. 1 (5); *eadem,* A report on the functioning of public procurement markets in the EU: benefits from the application of EU directives and challenges for the future, 1 (2, 4), Doc. 03/02/2004; abrufbar unter: http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/publproc/general/public-proc-market-final-report_en.pdf.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Billionen EUR. 500.000 öffentlichen Auftraggeber vergeben jährlich öffentliche Aufträge. Wenige auf dem Binnenmarkt operierenden Wirtschaftsteilnehmer können es sich daher leisten, den Staat als Kunden völlig auszublenden. Besagtes Investitionspotential ist im Gegenteil ein gewaltiger Anreiz, sich um öffentliche Aufträge zu bemühen. Wenn soziale Vergabekriterien ihre Wirkung gegenüber den Bieterunternehmen entfalten, dann werden die ihnen verfolgten Ziele bereits zu einem Gutteil erreicht. Im übrigen ist darauf hinzuweisen, daß auch abstrakt-generelle Normen den anvisierten Adressatenkreis – beispielsweise wegen Lücken und Schlupflöchern in den Ausnahmetatbeständen – nicht immer gänzlich erfassen können. Soziale Vergabekriterien räumen materielle wie immaterielle Hindernisse beiseite, die einer Integration in den Arbeitsmarkt entgegenstehen können, und ebnet den Zugang zu Beschäftigung und Erwerbstätigkeit.

b. Diskriminierungspotential sozialer Vergabekriterien

aa. Vorwurf mittelbarer Diskriminierungswirkung sozialer Vergabekriterien

Soziale Vergabekriterien wären weiterhin nicht geeignet, wenn sie gegenüber rein betriebswirtschaftlichen Vergabekriterien ein erhöhtes Diskriminierungspotential aufwiesen. Ebenso wie bei der Debatte um staatliche Kompensationszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse entpuppt sich auch im Fall der sozialen Vergabekriterien die Frage der Mißbrauchsgefahr als neuralgischer Kern der Diskussion. So wird angeführt, die Kopplung der Vergabe eines öffentlichen Auftrags an die Erfüllung sozialer Vergabekriterien und das hiermit verbundene Ermessen führe regelmäßig zu einer verdeckten mittelbaren Diskriminierung der EG-ausländischen Bieterunternehmen[1530]. Angesichts der „Subjektivierung der Vergabeentscheidung“[1531] bestehe die Gefahr, daß die sozialen Vergabekriterien auf die heimischen Bieterunternehmen maßgeschneidert würden[1532] und dadurch Bieterunternehmen aus anderen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft ausgesiebt würden[1533]. Die Kontrollmaßstäbe der Vergabekriterien würden verwässert und damit die Rechtsbindung für die öffentlichen Auftraggeber in Frage gestellt[1534]. Kurz, Mißbrauch, Willkür und Protektio-

1530 Vgl. *Arnould,* PPLR 2001, NA 13 (19); *Bartl,* RiA 1999, 3 (7); *Bauer*, EuZW 2001, 748 (752); *Brenner,* JbUTR 1997, 141 (158, 161); *Dreher,* ZVgR 1999, 289 (290); *Fante,* Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 78, 219; *Fernandez-Martín/Stehmann,* ELR 1991, 216 (235); *Frenz,* WuW 2002, 352 (354); *Götz,* Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, 162; *idem*, EuR 1999, 621 (622); *Horn,* Public Procurement in Germany, 49; *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 203; *Kese/Lukasik,* VBlBW 2003, 226 (229); *Koenig/Kühling,* NVwZ 2003, 779 (783); *Knauff,* EuZW 2004, 141 (143); *Martín-Ehlers,* WuW 1999, 685 (692); *Noch,* Vergaberecht und subjektiver Rechtsschutz, 51; *Pietzcker*, ZHR 1998, 427 (467); *Puhl,* VVdSTRL 2001, 456 (493); *Rechten,* NZBau 2004, 366 (369); *Riese,* Vergaberecht, 231; *Rittner,* EuZW 1999, 677 (678); *idem,* in: Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 87 (90); *Schima*, NZBau 2002, 1 (4); *Schwarze,* in: Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 13 (28); *idem,* EuZW 2000, 133 (138); *Schenk,* Das neue Vergaberecht, 70; *Seidel,* ZVgR 2000, 195 (200); *Waldner,* Bieterschutz im Vergaberecht unter Berücksichtigung der europäischen Vorgaben, 103; *Wittig,* Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts, 51, 59; *Wuermeling,* BS Oktober 2001, 22 (22).

1531 *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 205.

1532 *Martín-Ehlers,* WuW 1999, 685 (685).

1533 *Gleichner,* in: Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. IV, 193 (196); *Rust,* in: Recht und soziale Arbeitswelt, FS-Däubler, 900 (904).

1534 *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 204; *Puhl,* VVdSTRL 2001, 456 (492); *Schenk,* Das neue Vergaberecht, 69.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nismus würde Tür und Tor geöffnet[1535], die Errungenschaften des Binnenmarktes verspielt, die Abschottung[1536] der öffentlichen Märkte der Mitgliedstaaten die traurige Folge.

bb. Analyse und Bewertung

(1). Kein spezifisches Diskriminierungspotential

Die Kritiker sozialer Vergabekriterien machen es sich jedoch zu einfach. In den falschen Händen bergen grundsätzlich *alle* Vergabekriterien die Gefahr der Manipulation. Auch rein betriebswirtschaftliche Vergabekriterien oder technische Spezifikationen können vorgeschoben sein, um bestimmte Bieterunternehmen zu bevorzugen und andere aus dem Rennen zu werfen[1537]. Als Beispiel sei die bereits vielfach zitierte[1538] langjährige Ausschreibungspraxis des Landes Niedersachsen für Polizeifahrzeuge genannt, wonach Modelle stets mit einem bestimmten Vorder- bzw. Allradantrieb ausgestattet sein mußten. Dieses Leistungsprofil traf regelmäßig nur auf einen bestimmten Fahrzeugtyp des Autoherstellers Volkswagen zu[1539]. Soziale Vergabekriterien weisen daher *grundsätzlich kein spezifisches Diskriminierungspotential* auf[1540]. Auch im Fall der sozialen Vergabekriterien ermöglichen nämlich die Transparenz- und Publizitätsvorschriften der Vergaberichtlinien einen „freien Zugangswettbewerb“[1541]. Sie bieten damit die Gewähr für die Gleichbehandlung der Wettbewerber und wirken der Gefahr wettbewerbswidriger Absprachen entgegen. Soweit soziale Vergabekriterien auf alle Bieterunternehmen gleichermaßen Anwendung finden und potentiell von jedem Bieterunternehmen erfüllt werden können, liegt grundsätzlich keine Diskriminierung vor[1542].

(2). Generelle Mißbrauchsgefahr der Vergabekriterien

Die Integrität der Verwaltung ist ein allgemeines Problem[1543]. Die öffentliche Auftragsvergabe ist anfällig für Manipulation[1544], weil den Amtswaltern in den staatlichen Einrichtungen im Gegensatz zu Akteuren in der Privatwirtschaft vielfach der Anreiz fehlt, mit den fiduziarisch überlassenen Mitteln aus dem allgemeinen Steueraufkommen sparsam zu haus-

1535 *Bartosch,* WuW 2001, 673 (685); *Puhl,* VVdSTRL 2001, 456 (493); *Rittner,* VergabeR 1998, 30 (32); *Schwarze,* in: Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 13 (28); *idem,* EuZW 2000, 133 (138); *Schenk,* Das neue Vergaberecht, 70; *Wuermeling,* BS Oktober 2001, 22 (22).

1536 *Wuermeling,* BS Oktober 2001, 22 (22).

1537 *Arrowsmith,* ELR 2002, 3 (13); *Puhl,* VVdSTRL 2001, 456 (493).

1538 *Puhl,* VVdSTRL 2001, 456 (493); *Wittig,* Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts, 45.

1539 Vgl. *Puhl,* VVdSTRL 2001, 456 (493).

1540 Vgl. *Gröning,* ZIP 1999, 52 (55); *Krüger/Nielsen/Bruun,* European Public Contracts in a Labour Law Perspective, Rdnr. 6.6.1.; *Prieß/Pitschas* ZVgR 1999, 144 (150); *Schumacher,* DVBl. 2000, 467 (469).

1541 Vgl. *Bovis,* JBL 1999, 126 (130); *Koenig,* EuZW 2001, 741 (745).

1542 Vgl. *McCrudden,* in: Öffentliche Auftragsvergabe und staatliche Leistungsgewährung – ein Instrument der Frauenförderung?, Teil 1, 72 (74); *Osterloh,* Rechtsgutachten zu Fragen der Frauenförderung im Rahmen der öffentlichen Mittelvergabe, 63; *Prieß/Pitschas* ZVgR 1999, 144 (150).

1543 Vgl. *Arrowsmith/Linarelli/Wallace,* Regulating Public Procurement, 11; *Broß,* NZBau 2004, 465 (466); *Hors,* PPLR 2003, NA 101 (101); *Rust,* in: Recht und soziale Arbeitswelt, FS-Däubler, 900 (904); *Seidel,* ZVgR 2000, 195 (200).

1544 Vgl. *Arrowsmith*, EPL 1997, 389 (404); *Bultmann,* Beihilfenrecht und Vergaberecht, 282; O. *Wittig,* Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts, 51; W. *Wittig,* PPLR 2001, 139 (140).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

halten[1545]. Im Korruptionsregister des *Transparency International Corruption Perceptions Index 2003*[1546] und des *Transparency International Bribe Payers Index (BPI) 2002*[1547], welche beide das Phänomen der Korruption im öffentlichen Sektor wiedergeben, insbesondere Unregelmäßigkeiten bei öffentlichen Ausschreibungen, finden sich manche Mitgliedstaaten der Gemeinschaft auf im internationalen Vergleich eher mediokren Rankingplätzen wieder. Auch die Kommission in ihrer Eigenschaft als öffentliche Auftraggeberin ist gegen Unregelmäßigkeiten nicht gefeit[1548].

(3). Generelles Problem mangelnder Umsetzung der Transparenzvorgaben

Dazu gibt es innerhalb der Gemeinschaft große Unterschiede in den Transparenzquoten, welche die Umsetzung der Transparenzvorschriften abbilden[1549]. Das Volumen der öffentlichen Aufträge, die gemeinschaftsweit ausgeschrieben werden, ist bisher weit hinter den Erwartungen zurückgeblieben[1550]. Der geschätze Wert der im Amtsblatt veröffentlichten Auftragsvergaben im Vergleich zum Gesamtvolumen der öffentlichen Auftragsvergabe beträgt lediglich 16,2 %[1551]. In der Bundesrepublik werden nur 7,5 % aller öffentlichen Aufträge veröffentlicht, in Frankreich bereits 17,7 % und im Vereinigten Königreich immerhin 21,1 %[1552]. Es verwundert daher nicht, daß auch die Hauptbetroffenen des Vergabeverfahrens, die Bieterunternehmen, in der Anwendung der Transparenzvorschriften den Schlüssel zu einem fairen Vergabeverfahren sehen. Bei einer Umfrage der Bayerischen Staatsregierung rügten zwei Drittel aller Bieterunternehmen die fehlende Transparenz bei der Vergabeentscheidung[1553]. Damit war das Thema der fehlenden Transparenz Spitzenreiter der Mängelliste. Auch der Bundesrechnungshof entlarvte die mangelnde Umsetzung der Transparenzvorschriften als Hauptproblem der öffentlichen Auftragsvergabe[1554]. Die Kommission hält daher eine Verbesserung dieser Raten für dringend geboten[1555]. Auf jeden Fall müssen die Mit-

1545 *Breloer,* Europäische Vorgaben und das deutsche Vergaberecht, 2; *Puhl,* VVDStRL 2001, 456 (460).

1546 Transparency International Corruption Perceptions Index 2003, abrufbar unter: http://www.transparency.de/fileadmin/pdfs/CPI_2003_release_eng300903D.pdf.

1547 Transparency International Bribe Payers Index 2002, abrufbar unter: http://www.transparency.org/cpi/2002/bpi2002.de.html#bpi.

1548 *EuG,* Rs. T-40/01 *(*Scan Office Design/Kommission), Slg. 2002, II-5043 ff.

1549 *Kommission,* A report on the functioning of public procurement markets in the EU: benefits from the application of EU directives and challenges for the future, 1 (7), Doc. 03/02/2004; abrufbar unter: http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/publproc/general/public-proc-market-final-report-_en.pdf.

1550 *Bovis,* JBL 1999, 126 (133); *Bultmann,* Beihilfenrecht und Vergaberecht, 273.

1551 *Kommission,* Statistik „Indikatoren des öffentlichen Auftragswesens 2002“ vom 16. Dezember 2003, CC/2003/22 DE, S. 1 (4)*; eadem,* A report on the functioning of public procurement markets in the EU: benefits from the application of EU directives and challenges for the future, 1 (8), Doc. 03/02/2004; abrufbar unter: http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/publproc/general/public-proc-market-final-report_en.pdf.

1552 *Kommission,* A report on the functioning of public procurement markets in the EU: benefits from the application of EU directives and challenges for the future, 1 (8), Doc. 03/02/2004; abrufbar unter: http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/publproc/general/public-proc-market-final-report-_en.pdf.

1553 *forum vergabe,* Monatsinfo 1/2004, 2.

1554 *Bundesrechnungshof,* Bemerkungen 2003 zur Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes, November 2003, Teil II, § 17; abrufbar unter: http://www.bundesrechnungshof.de/bem2003/index_html.

1555 *Kommission,* A report on the functioning of public procurement markets in the EU: benefits from the application of EU directives and challenges for the future, 1 (8), Doc. 03/02/2004; abrufbar unter: http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/publproc/general/public-proc-market-final-report-_en.pdf.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gliedstaaten mit einer niedrigen Transparenzquote die öffentlichen Auftraggeber verstärkt zu einer gemeinschaftsweiten Ausschreibung anhalten, wenn die Schwellenwerte überschritten sind. Allerdings steht zu erwarten, daß das Problem mangelhafter Information sich mit der fortschreitenden elektronischen Vernetzung der öffentlichen Auftraggeber in Zukunft entschärft[1556].

(4). Mangel an Sanktionspotential

Wurzel dieses Übels ist zumeist, daß die Verschwendung öffentlicher Gelder, Vetternwirtschaft und Korruption im öffentlichen Sektor nicht adäquat verfolgt und geahndet werden, selbst wenn sie aufgedeckt werden[1557]. Nicht nur daß die Gelegenheiten für wettbewerbswidrige Absprachen vielfältig sind[1558], der Abschreckungsfaktor für derartige Machenschaften ist gering. Das Sanktions- und Drohpotential ist niedrig. In der Bundesrepublik beispielsweise zeitigen die Rügen der unabhängigen Organe der staatlichen Finanzkontrolle, der Bundesrechnungshof (BRH) und die Rechnungshöfe der Länder (LRH), welche die Wirtschaftlichkeit und Ordnungsmäßigkeit der Haushaltsführung prüfen, keinerlei rechtliche oder disziplinarische Wirkungen. Die Kommission fordert daher für die öffentliche Auftragsvergabe erweiterte Sanktionsmöglichkeiten[1559]. Pläne auf Ebene der Gemeinschaft[1560] und der Mitgliedstaaten[1561] für ein Korruptionsregister weisen den Weg in die richtige Richtung. Danach sollen Bieterunternehmen, die von einem Gericht eines Mitgliedstaates wegen Korruption verurteilt worden sind, für einen gewissen Zeitraum von der Vergabe öffentlicher Aufträge ausgeschlossen werden. Erwogen worden ist in diesem Zusammenhang zusätzlich die Einführung sogenannter *punitive damages*[1562]. Auch die Einrichtung von zentralen Aufsichsbehörden erscheint vielversprechend, wie Pilotprojekte in sechs Mitlgliedstaaten zeigen[1563].

(5). Anknüpfungspunkt sozialer Vergabekriterien

Seit dem EuGH-Urteil in der Rechtssache *Dundalk*[1564] ist klar, daß Vergabekriterien diskriminierende Wirkung entfalten, wenn sie explizit auf nationale, regionale oder lokale Nor-

1556 *Bultmann,* Beihilfenrecht und Vergaberecht, 274.

1557 Vgl. *Kommission,* Mitteilung an den Rat, das EP und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuß „Eine umfassende EU-Politik zur Bekämpfung der Korruption", KOM 2003, 317 endg., 4.f., Rdnr. 26; EP, Entschließung vom 4. Dezember 2003 zu der Mitteilung der Kommission an den Rat, das EP und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuß „Eine umfassende EU-Politik zur Bekämpfung der Korruption", KOM 2003, 317, BR-Drs. 36/04 vom 9. Januar 2004, Erwägungsgründe E und G.

1558 *Arrowsmith/Linarelli/Wallace,* Regulating Public Procurement.

1559 Vgl. *Kommission,* Mitteilung vom 7. Mai 2003 an den Rat, das EP, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuß und den Ausschuß der Regionen „Binnenmarktstrategie – Vorrangige Aufgaben 2003-006, KOM (2003), 238 endg., Rdnr. 5. a.

1560 *Kommission,* Mitteilung an den Rat, das EP und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuß „Eine umfassende EU-Politik zur Bekämpfung der Korruption", KOM 2003, 317 endg., Einleitung Rdnr. 15; EP, Entschließung vom 4. Dezember 2003 zu der Mitteilung der Kommission an den Rat, das EP und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuß „Eine umfassende EU-Politik zur Bekämpfung der Korruption", KOM 2003, 317 endg., *Bundesrat*, BR-Drs. 36/04 vom 9. Januar 2004, Rdnr 30.

1561 Vgl. auf Bundesebene: Art. 2 TTG; auf Landesebene: *Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg,* Hamburgisches Gesetz zur Einrichtung und Führung eines Korruptionsregisters, Drs. 17/4248 vom 11. Februar 2004; CDU-*Fraktion,* Gesetzesentwurf zu einem Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung der Korruption in Nordrhein-Westfalen vom 28. November 2003, NRW Drs. 13/4692 und 13/3528.

1562 *Arrowsmith,* ELR 2002, 3 (19).

1563 Vgl. *Delsaux*, *PPLR 2004, 130 (150).*

1564 *EuGH,* Rs. 45/87 (Kommission/Irland), Slg. 1988, 4929, Rdnr. 27.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

men bzw. Standards verweisen[1565]. Kritischer ist die Situation indes, wenn EG-ausländische Bieterunternehmen im Gegensatz zu national, regional oder lokal ansässigen Bieterunternehmen *de facto* größere Schwierigkeiten haben, das jeweilige soziale Vergabekriterium zu erfüllen[1566]. In diesem Fall gehen einige Autoren von einer mittelbaren Diskriminierung aus[1567]. Problematisch ist insbesondere die Konstellation, daß das soziale Vergabekriterium an geographische Bezugspunkte anknüpft. Dies trifft insbesondere auf die Forderung zu, daß Bieterunternehmen Arbeitslose einstellen, die im Verantwortungsbereich des jeweiligen öffentlichen Auftraggebers registriert sind[1568].

Für eine Diskriminierung könnte der erhöhte Kommunikationsaufwand der EG-ausländischen Bieterunternehmen sprechen, die sich mit den lokalen, regionalen oder nationalen Arbeitsvermittlungsagenturen sowie den zukünftigen Arbeitnehmern in der für sie fremden Landessprache verständigen müßten[1569]. Dazu gesellt sich auch ein erhöhter Informationsaufwand für die EG-ausländische Bieterunternehmen, da sie sich mit den nationalen Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit vertraut machen müssen. Um Normenkonflikte zu vermeiden, sollen stets nur die Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates zur Anwendung kommen[1570]. Gemäß Art. 13 Abs. 2 lit. a VO 1408/71/EWG[1571] ist der Beschäftigungsort als Anknüpfungspunkt maßgeblich, um die einschlägige nationale Rechtsordnung zu bestimmen (Beschäftigungslandprinzip[1572]). Danach unterliegt eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaates im Lohn- und Gehaltsverhältnis beschäftigt ist, den Rechtsvorschriften dieses Staates, und zwar auch, wenn ihr Arbeitgeber seinen Wohnsitz oder seine Betriebsstätte im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates hat. Art. 13 Abs. 2 lit. a VO 1408/71/EWG gilt auch für zeitlich befristete Beschäftigungsverhältnisse. Außerdem werden sich die EG-ausländischen Bieterunternehmen bei der Suche nach adäquaten Kräften schwerer tun als inländische Bieterunternehmen. Von Nachteil für die EG-ausländischen Bieterunternehmen ist auch, daß sie die Arbeitslosen nur für den einen öffentlichen Auftrag einstellen und einarbeiten müßten, während lokal ansässige Bieterunternehmen unter Umständen auch noch längerfristig Nutzen aus den eingestellten Arbeitnehmern ziehen können[1573].

Einige Autoren weisen in diesem Zusammenhang darauf hin, daß die Rekrutierung durch lokale, regionale oder nationale Arbeitsvermittlungsagenturen nur deshalb mittelbare Diskriminierungswirkung entfalten kann, weil die mitgliedstaatlichen Arbeitsvermittlungsagenturen noch nicht ausreichend miteinander vernetzt sind[1574]. Soziale Vergabekriterien könnten ein Anreiz für die mitgliedstaatlichen Arbeitsvermittlungsagenturen sein, mehr zu

---

1565 Vgl. *Burgbacher,* VergabeR 2001, 169 (176); *Schnabl*, in: Norm und Normvorstellung, 453 (463); *Ziekow,* NZBau 2001, 72 (77, 78).

1566 Vgl. *Prieß/Pitschas* ZVgR 1999, 144 (150); *iidem,* PPLR 2000, 171 (184); *Ziekow,* NZBau 2001, 72 (78).

1567 *Benedict,* NJW 2001, 947 (948); *Gleichner,* in: Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. IV, 193 (244); *Krüger/Nielsen/Bruun,* European Public Contracts in a Labour Law Perspective, Rdnr. 6.5.2.

1568 *Ziekow,* NZBau 2001, 72 (78).

1569 *Gleichner,* in: Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. IV, 193 (244).

1570 *Steinmeyer,* in: Fuchs, Kommentar zum Europäischen Sozialrecht, Art. 13 (VO 1408/71/EWG), Rndr. 2.

1571 VO 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, ABl. 1971, L 149, S. 2 ff.

1572 *Steinmeyer,* in: Fuchs, Kommentar zum Europäischen Sozialrecht, Art. 13 (VO 1408/71/EWG), Rndr. 7.

1573 *Arnould,* PPLR 2001, NA 13 (18).

1574 *Krüger/Nielsen/Bruun,* European Public Contracts in a Labour Law Perspective, Rdnr. 6.5.2.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

kooperieren und damit den Austausch von Angeboten zu erleichtern[1575]. Dieser Hinweis geht allerdings am Kern des Problems vorbei. Die eigentliche Fragestellung ist nämlich, ob öffentliche Auftraggeber mithilfe sozialer Vergabekriterien EG-ausländische Bieterunternehmen überhaupt animieren dürfen, sich in erster Linie aus dem heimischen Arbeitslosenpool zu bedienen.

Bieterunternehmen, die sich im EG-Ausland um öffentliche Aufträge bemühen, müssen ohnehin einen erhöhten Kommunikationsaufwand in Kauf nehmen. Realistischerweise werden bei der Durchführung des öffentlichen Auftrags am Leistungserbringungsort Beschäftigte anwesend sein müssen, die der Landessprache mächtig sind. Unter Umständen kann es sich im übrigen sogar als ausgesprochen vorteilhaft erweisen, einen inländischen Arbeitnehmer am Leistungserbringungsort zu beschäftigen. Ein etwaiger erhöhter Kommunikationsaufwand bei der allgemeinen Einarbeitung bzw. bei konkreten Anweisungen schlägt daher nicht wesentlich zu Buche. Ob ein Arbeitnehmer bei einem befristeten Arbeitsvertrag übernommen wird bzw. eine Weiteranstellung anstrebt, hängt in erster Linie von seinen Leistungen und seinem Arbeitswillen ab. Die Nationalität des Arbeitgebers spielt hier eine eher sekundäre Rolle.

Stärker ins Gewicht fällt dagegen das Argument eines erhöhten Informations- bzw. Rekrutierungsaufwandes. In diesem Zusammenhang hat der EuGH zusätzliche administrative Belastungen durch höheren investigativen Aufwand lediglich in Kombination mit direkten wirtschaftlichen Kosten als diskriminierend angesehen[1576]. Zwar ist zu erwarten, daß ein Bieterunternehmen, welches sich um einen grenzüberschreitenden öffentlichen Auftrag mit einem Volumen in Höhe der Schwellenwerte bemüht (mittlerweile 6.242.000 EUR für Bauaufträge oder 162.000 EUR bzw. 249.000 EUR für Liefer- bzw. Dienstleistungsaufträge), auf eine professionell arbeitende Personalabteilung zurückgreifen kann. Allerdings begründet ein Arbeitsvertrag ein Dauerschuldverhältnis mit einem Katalog an gegenseitigen Rechten und Pflichten. Für das Rechtsverhältnis von Arbeitgeber und Arbeitnehmer schreiben alle nationalen Rechtsordnungen im Hinblick auf Begründung, Befristung und Beendigung spezielle Voraussetzungen vor bzw. sehen für den Fall der Krankheit oder der Verunfallung des Arbeitnehmers spezielle Rechtsfolgen vor. Diese Anforderungen stellen die EG-ausländischen Bieterunternehmen, die keine dezidierten Kenntnisse im nationalen Arbeitsrecht bzw. Sozialversicherungsrecht besitzen, vor teilweise unüberwindliche Hürden. Auch wenn sich die öffentlichen Arbeitgeber in der Ausschreibung verpflichten sollten, den EG-ausländischen Bieterunternehmen auf Anfrage die erforderlichen Auskünfte zu erteilen, ist zu prognistizieren, daß sich EG-ausländische Bieterunternehmen aus Furcht, bei der tagtäglichen Abwicklung des Arbeitsverhältnisses Fehler zu machen, von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren unter dem Vorzeichen sozialer Vergabekriterien Abstand nehmen.

Ähnlich stellt sich die Situation in Bezug auf das Problem der Auswahl der Arbeitnehmer dar. Eine etwaige Selbstverpflichtung der öffentlichen Auftraggeber, den EG-ausländischen Bieterunternehmen über die Arbeitsvermittlungsagenturen ausreichend geeignete Kandidaten vorzuschlagen, vermag an der Tatsache nichts zu ändern, daß sich Unternehmen ihr Personal gerne selbst aussuchen wollen. Hierzu werden sie jedoch wegen der räumlichen Entfernung nicht immer die Gelegenheit haben.

Der Vergleich mit dem Beihilfenrecht verpflichtet zu besonderer Strenge bei der Bewertung des Diskriminierungspotentials sozialer Vergabekriterien. Zwar hat der EuGH, speziell

1575 *Krüger/Nielsen/Bruun,* European Public Contracts in a Labour Law Perspective, Rdnr. 6.5.2.

1576 Vgl. *EuGH,* Rs. C-369/96 (Arblade), Slg. 1999, I-8453, Rdnr. 50; Rs. C-49/98 (Finalarte), Slg. 2001, I-7831, Rdnr.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

in den Urteilen *Beentjes*[1577] und *Französische Schulen*[1578], mit einer gewissen Großzügigkeit über das Problem der mittelbaren Diskriminierung hinweggesehen. Nationale Gerichte sollten sich diese Position aber nicht zu eigen machen. Die Anwendung sozialer Vergabekriterien wird genau beobachtet werden, soziale Vergabekriterien befinden sich ordnungspolitisch quasi auf Bewährung. Um Diskriminierungen EG-ausländischer Bieterunternehmen zu vermeiden, müssen öffentliche Auftraggeber die sozialen Vergabekriterien neutral, i.e. ohne geographischen Anknüpfungspunkt, formulieren[1579]. Öffentliche Auftraggeber dürfen daher für die Durchführung des öffentlichen Auftrags nicht die Einstellung von Arbeitslosen aus einer bestimmten Region fordern[1580]. Die öffentlichen Auftraggeber sind jedoch nicht gehindert, auf das Reservoir an Arbeitslosen in ihrem Verantwortungsbereich sowie die Dienste der Arbeitsvermittlungsagenturen im Sinne eines fakultativen Serviceangebots hinzuweisen. Diese Auslegung bringt am ehesten zum Ausdruck, daß soziale Vergabekriterien helfen sollen, gemeinschaftliche Querschnittsziele zu verwirklichen. Für die öffentlichen Auftraggeber ist es weiterhin reizvoll, soziale Vergabekriterien zu verwenden. Haben die Bieterunternehmen nämlich mit den Arbeitsvermittlungsagenturen einmal gute Erfahrungen gemacht, werden sie auch zukünftig geneigt sein, ihren Arbeitskräftebedarf für den öffentlichen Auftrag anstatt im Heimatstaat im Aufnahmestaat decken. Abgesehen davon bleibt natürlich der Fall, daß die EG-ausländischen Bieterunternehmen ihren Arbeitskräftebedarf für den öffentlichen Auftrag im Heimatstaat nicht decken können, so daß sie auf das Reservoir im Verantwortungsbereich des öffentlichen Auftraggebers zurückgreifen müssen.

Bei dieser Auslegung sozialer Vergabekriterien entschärft sich auch das Argument, daß sich Bieterunternehmen unter Umständen trotz ernsthafter Einstelluungsbemühungen außerstande sehen, die geforderten Arbeitskräfte einzustellen[1581]. Denn die Bieterunternehmen können ihren Bedarf gemeinschaftsweit befriedigen. Darüber hinaus müssen sich die öffentlichen Auftraggeber einen Überblick über die Personalstruktur des für das jeweilige Auftragsprojekt einschlägigen Wirtschaftssektors verschaffen und bei der Aufstellung der Vergabekriterien entsprechend berücksichtigen. Das Szenario, daß ein öffentlicher Auftraggeber, das soziale Vergabekriterium der Lehrlingsausbildung vorschreibt, aber in seinem Wirkungsbereich einen Lehrlingsmangel zu verzeichnen hat[1582], ist daher unrealistisch. Denn mit einer solchen Vorgehensweise würde der öffentliche Auftraggeber gegen seine eigenen Interessen handeln. Wenn daher in einem solchen Fall alle Bieterunternehmen nicht in der Lage sind, die Anforderungen zu erfüllen, neutralisiert sich das soziale Vergabekriterium selbst. Auch das Beispiel einer Frauenquote für die Tiefbaubranche[1583] ist daher nicht tragfähig. Angesichts der unterschiedlichen Personalstrukturen der einzelnen Wirtschaftssektoren müssen soziale Vergabekriterien variabel eingesetzt werden. Die Praxis der öffentlichen Auftraggeber beweist, daß derartige Konstellationen in der Masse der Fälle diesbezüglich keine Schwierigkeiten aufwerfen werden.

Außerdem dürfen die öffentlichen Auftraggeber Einstellungsquoten für Angehörige gesellschaftlich marginalisierter Gruppen festlegen, auch wenn der *geforderte Prozentsatz über den*

1577 *EuGH*, Rs. 31/87 (Beentjes), Slg. 1988, 4635, Rdnr. 30.

1578 *EuGH*, Rs. C-225/98 (Kommission/Frankreich – Französische Schulen), Slg. 2000, I-7445, Rdnr. 53.

1579 Vgl. *Arrowsmith,* LQR 1995 235 (269)

1580 *Dabringhausen,* GemHH 2004, 133 (134).

1581 *Arnould,* PPLR 2004, 187 (192); *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 202; *Seidel,* ZVgR 2000, 195 (198); *eadem,* BS Februar 2001 B IV (V).

1582 *Seidel,* ZVgR 2000, 195 (198); *eadem,* BS Februar 2001, B IV (V).

1583 *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 201.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Durchschnittswerten anderer Mitgliedstaaten liegt. Im Vordergrund stehen hierbei Frauenquoten oder Quoten für ethnische Minderheiten[1584]. Formal gesehen könnte man derartige soziale Vergabekriterien für diskriminierend erachten. Hierbei sind jedoch die von der Gemeinschaft formulierten Zielvorgaben und -quoten zu berücksichtigen. Solange es sich bei dem mit dem sozialen Vergabekriterium verfolgten Ziel um ein gemeinschaftsweit anerkanntes Quotenziel handelt, ist nicht davon auszugehen, daß ein derartiges Vergabekriterium mittelbare Diskriminierungswirkung entfaltet. Knüpfen Mitgliedstaaten an von der Gemeinschaft formulierte Zielvorgaben an, kann dieses Verhalten keine Diskriminierung begründen. Ansonsten würde man diejenigen Mitgliedstaaten bestrafen, die auf das Engagement der Gemeinschaft hin in diesem Bereich eine Vorreiterrolle übernommen haben. Die Gemeinschaft würde widersprüchliche Signale aussenden. Auch die Kommission stellte sich in ihrer *Mitteilung Öffentliches Auftragswesen* aus dem Jahr 1989 auf den Standpunkt, daß „im Bereich der Chancengleichheit eine Verpflichtung zur Beschäftigung einer bestimmten Prozentzahl von Frauen oder Personen anderer Kategorien ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit offensichtlich unproblematisch ist“[1585]. Hinken EG-ausländische Bieterunternehmen in ihrem Einstellungsverhalten diesbezüglich der Entwicklung hinterher, geht dies daher zu ihren Lasten.

(6). Ergebnis

Soziale Vergabekriterien bergen kein erhöhtes Diskriminierungspotential. Kungeleien hinter den Kulissen eines formellen Vergabeverfahrens sind kein Spezifikum sozialer Vergabekriterien. Angesichts der Gesamtsituation im öffentlichen Sektor sollte die Einführung sozialer Vergabekriterien als willkommener Anlaß und Ansporn verstanden werden, die allgemein notwendigen, lange aufgeschobene Reformen in diesem Bereich einzuleiten. Das Missbrauchsargument ist kein Grund, von der materiell-rechtlich richtigen Lösung abzusehen, i.e. der gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien.

c. Kontrolle auf Einhaltung sozialer Vergabekriterien

aa. Vorwurf der Überforderung der öffentlichen Auftraggeber

Im Hinblick auf die Geeignetheit wird zudem angezweifelt, daß die öffentlichen Auftraggeber imstande sind, die Einhaltung sozialer Vergabekriterien zu kontrollieren[1586]. Einer jeden Auftragsvergabe müßte eine „wohlfahrtsökonomische Totalanalyse“ vorausgehen, die im Gegensatz zur Eigennutzanalyse vom öffentlichen Auftraggeber regelmäßig nicht zu bewältigen sei[1587]. Durch die Einführung sozialer Vergabekriterien würde die Rechtslage so kompliziert und die Vergabeentscheidung derart erschwert, daß die mit der Vergabeentscheidung betrauten Personen letztendlich überfordert würden[1588]. Einer effizienten Kontrolle stünde

1584 Vgl. *Gleichner,* in: Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. IV, 193 (244); *Krüger/Nielsen/Bruun,* European Public Contracts in a Labour Law Perspective, Rdnr. 6.5.2.

1585 *Kommission*, Mitteilung Öffentliches Auftragswesen, Regionale und Soziale Aspekte, KOM (1989), 400 endg., ABl. 1989, C 311, S. 7 ff., Rdnr. 57.

1586 *Arrowsmith,* CMLR 1999, 13 (45); *Götz,* Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, 166; *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 207; *Opitz,* NZBau 2001, 12 (14); *Pietzcker,* Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, 178; *Portz,* in: Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 119 (120).

1587 *Opitz,* NZBau 2001, 12 (14); *Rechten,* NZBau 2004, 366 (374).

1588 *Fante,* Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 77; *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 207; *Opitz,* NZBau 2001, 12 (14); *Rechten,*

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

außerdem entgegen, daß für manche Personengruppen gemeinschaftsweite Standards und Definitionen fehlten[1589]. Mit sozialen Vergabekriterien tue sich daher in Graben auf zwischen theoretischen Rechtsvorgaben einerseits und praktischer Vollziehbarkeit andererseits[1590].

bb. Analyse und Bewertung

(1). Generelles Problem mangelnder Professionalität

Mangelnde Professionalität und fehlende Fachkenntnis sind kein spezifisches Manko sozialer Vergabekriterien, sondern ein generelles Problem des öffentlichen Auftragswesens[1591]. Nicht umsonst wird dieses Rechtsgebiet auch Laienrecht genannt[1592]. Nach Ansicht der Kommission sind viele öffentliche Auftraggeber, insbesondere auf der kommunalen Ebene, nicht vollständig mit den Vorschriften vertraut[1593]. Gemessen an der Bedeutung des öffentlichen Auftragswesens für das Bruttoinlandsprodukt investieren die öffentlichen Auftraggeber zu wenig in ihre personellen Ressourcen[1594]. Experten raten deshalb schon seit langem, daß die mit der öffentlichen Beschaffung betrauten Personen besser bezahlt werden sollten und regelmäßig die Gelegenheit erhalten sollten, an Weiterbildungslehrgängen teilzunehmen[1595]. Auch die Kommission mahnt dringend eine Verbesserung der für die Beschaffung zuständigen Mitarbeiter durch verstärkte Fortbildungsmaßnahmen an[1596]. Wegen der ungenügenden finanziellen und personellen Ausstattung des öffentlichen Sektors darf jedoch eine materiell richtige Entscheidung nicht scheitern. Die Devise muß vielmehr lauten, derartige Defizite an der Wurzel, also mit der Einstellung von geschultem Personal bzw. der Schulung des vorhandenen Personals, zu bekämpfen.

(2). Zuständigkeit von kompetenten Entscheidungsgremien

In Anbetracht der in den Vergaberichtlinien festgelegten Schwellenwerte, die mit Erlaß von RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG angehoben wurden[1597], wird man annehmen müs-

---

NZBau 2004, 366 (374); *Rittner,* in: Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 87 (91); *Stolz,* Das öffentliche Auftragswesen, 100; *Westphal,* PPLR 1999, 1 (14).

1589 *Portz,* in: Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 119 (120).

1590 *Portz,* in: Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 119 (120).

1591 Vgl. *Kommission,* Mitteilung vom 7. Mai 2003 an den Rat, das EP, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuß und den Ausschuß der Regionen „Binnenmarktstrategie – Vorrangige Aufgaben 2003-2006, KOM (2003), 238 endg., Rdnr. 5. a; vgl. W. *Wittig,* PPLR 2001, 139 (148).

1592 *Rittner,* EuZW 1999, 677 (678); *idem,* in: Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 87 (91)

1593 Vgl. *Kommission,* Mitteilung vom 7. Mai 2003 an den Rat, das EP, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuß und den Ausschuß der Regionen „Binnenmarktstrategie – Vorrangige Aufgaben 2003-2006, KOM (2003), 238 endg., Rdnr. 5. a.

1594 Vgl. *Forum vergabe,* Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe – Anspruch und Realität – Ergebnis einer empirischen Untersuchung vom 20. November 2003, 1 (1).

1595 Vgl. *Arrowsmith*, EPL 1997, 389 (404); *Forum vergabe,* Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe – Anspruch und Realität – Ergebnis einer empirischen Untersuchung vom 20. November 2003, 1 (2); *Schäfer,* Öffentliche Belange im Auftragswesen und Europarecht, 56.

1596 Vgl. *Kommission,* Mitteilung vom 7. Mai 2003 an den Rat, das EP, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuß und den Ausschuß der Regionen „Binnenmarktstrategie – Vorrangige Aufgaben 2003 – 2006, KOM (2003), 238 endg., Rdnr. 5. a.

1597 Vgl. Art. 6 Abs. 1 RL 93/37/EWG (5.000.000 EUR) nunmehr Art. 7 lit. c RL 2004/18/EG (6.242.000 EUR); Art. 5 Abs. 1 RL 93/36/EWG und Art. 7 Abs. 1 RL 92/50/EWG (200.000 EUR) nunmehr Art. 7 lit. a RL 2004/18/EG (162.000 EUR) und Art. 7 lit. b RL 2004/18/EG (249.000 EUR); Art 14 Abs. 1 lit. a

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sen, daß die Festsetzung der Vergabekriterien und die Vergabeentscheidung selbst letztendlich bei den Wissensträgern der jeweiligen öffentlichen Einrichtungen liegt. Es ist nicht üblich, daß bei diesen Auftragsvolumina Personen mit wenig Erfahrung und Sachkompetenz die Entscheidungen treffen werden. Darüber hinaus ist nicht ersichtlich, warum ein zusätzliches soziales Vergabekriterium die Vergabeentscheidung dermaßen verkomplizieren soll, schließlich basiert die Vergabeentscheidung immer auf einem Konglomerat von Vergabekriterien. Es ist keineswegs gesagt, daß sich in der Summe der einschlägigen Vergabekriterien etwas ändert.

(3). Gemeinschaftseinheitliche Definition der zu fördernden Personengruppen

Das Problem abweichender Begriffe und Definitionen der zu fördernden Personengruppen[1598] trifft in erster Linie auf das Kriterium der Ausbildungsförderung zu. Zwar gibt es in der Tat enorme Unterschiede zwischen den einzelnen nationalen Berufsbildungssystemen, jedoch können seit dem 1. Januar 2000 die im Ausland erworbenen beruflichen Kompetenzen in dem einheitlichen gemeinschaftlichen Informationsdokument „Europaß-Berufsbildung" vermerkt werden[1599]. Zudem haben sich die Bildungsminister von 31 europäischen Ländern am 30. November 2002 in der Erklärung von Kopenhagen über eine verstärkte europäische Zusammenarbeit bei der beruflichen Bildung verständigt und konkrete Maßnahmen zur gegenseitiger Anerkennung gefordert[1600]. Darüber hinaus ist die ausdrückliche Verankerung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung in der Präambel von RL 2004/18/EG[1601] als Verpflichtung der öffentlichen Auftraggeber aufzufassen, bei der Frage der Ausbildungsförderung Nachweise von EG-ausländischen Bieterunternehmen anzuerkennen.

Bei dem geschlechtsspezifischen Vergabekriterium der Frauenförderung stellt sich das Problem der Definition der zu fördernden Personengruppen offensichtlich nicht. In ihren Statistiken geht die Kommission für die anderen relevanten Gruppen wie den Langzeitarbeitslosen (24 Monate Arbeitslosigkeit), den jugendlichen Arbeitslosen (Altersgruppe der 15-24jährigen) und den älteren Arbeitslosen (Altersgruppe der 54-64jähren) von gemeinschaftsweit einheitlichen Definitionen aus[1602]. Auch im Bereich des Behindertenrechts baut die Gemeinschaft inzwischen auf einem reichhaltigen gemeinsamen Erfahrungsschatz[1603]. Da in jedem Fall das seit den Gründerjahren der Gemeinschaft erprobte Prinzip der gegenseitigen Anerkennung auch für die öffentliche Auftragsvergabe Geltung beansprucht, sind bei Angeboten von EG-ausländischen Bieterunternehmen in Bezug auf die Nachweise der Erfüllung sozialer Vergabekriterien lediglich marginale Reibungsverluste zu erwarten.

---

und b RL 93/38/EG (400.000 EUR bzw. 600.000 EUR) nunmehr Art. 16 RL lit. a 2004/17/EG (499.000 EUR); Art. 14 Abs. 1 lit. c RL 93/38/EG (5.000.000 EUR) nunmehr Art. 16 RL lit. b 2004/17/EG (6.242.000 EUR).

1598 Vgl. *Seidel,* ZVgR 2000, 195 (198); *eadem,* BS Februar 2001, B IV (V).

1599 *Rat,* Entscheidung 1999/51/EG zur Förderung von alternierenden Europäischen Berufsbildungsabschnitten einschließlich der Lehrlingsausbildung vom 21. Dezember 1998, ABl. 1999, L 17, S. 45 ff.

1600 Abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/education/copenhagen/index_de.html.

1601 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 2.

1602 Vgl. *Kommmission,* Beschäftigung in Europa 2002, S. 173; abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/employment_social/employment_analysis/eie/2002_de.pdf.

1603 *Kommmission,* Definition of Disability in Europe – A Comparative Analysis, abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/employment_social/index/complete_report_en.pdf.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

d. Soziale Vergabekriterien und KMU

Gegen die Geeignetheit sozialer Vergabekriterien wird auch eingewandt, diese würden KMU gegenüber größere Bieterunternehmen benachteiligen, da erstere häufiger nicht in der Lage seien, soziale Vergabekriterien zu erfüllen[1604]. Einer etwaigen Benachteiligung mittelständischer Unternehmen kann jedoch dadurch abgeholfen werden, daß die öffentlichen Auftraggeber soziale Vergabekriterien mit dem Instrument der Losvergabe kombinieren. Sie haben dann die Gewähr, daß sozial verträgliche Angebote aus dem Mittelstand den Zuschlag davontragen.

e. Ergebnis

Soziale Vergabekriterien daher im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als geeignet anzusehen, die mit ihnen bezweckten sozialen Ziele zu erreichen[1605].

4. Erforderlichkeit sozialer Vergabekriterien

a. Definition und Funktion der Erforderlichkeitsprüfung

Der Schwerpunkt der gemeinschaftsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung liegt auf dem Kriterium der Erforderlichkeit. Die Dominanz des Erforderlichkeitskriteriums manifestiert sich zum einen darin, daß sämtliche vom EuGH benutzten Definitionen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes diesen Bestandteil enthalten. Zum anderen darin, daß der EuGH in manchen seiner Urteile sogar einzig und allein auf dieses Element abstellt[1606]. Das Kriterium der Erforderlichkeit besagt, daß es für die geplante Maßnahme im Hinblick auf die Erreichung des anvisierten Zieles keine Handlungsalternativen geben darf, die bei gleicher Effizienz weniger einschränkend und belastend wirken.

b. Alternative Maßnahmen

aa. Freiwillige Initiativen der Privatwirtschaft

Die in diesem Zusammenhang immer wieder angeführten freiwillige Initiativen aus der Privatwirtschaft bieten im Gegensatz zu einer Rechtsnorm keine Gewähr dafür, daß die Botschaft der Chancengleichheit tatsächlich zu allen Unternehmen durchdringt. Die Segregation des Arbeitsmarktes ist nicht auf den Beschäftigungsunwillen einzelner Unternehmen zurückzuführen, sondern es ist die gesamte Arbeitsmarktstruktur, die bis dato eine wirksame Chancengleichheit und Gleichstellung verhindert hat. Wenn sich daher auf breiter Ebene etwas ändern soll, reicht es nicht aus, wenn einzelne Pionierunternehmen entgegen dem Trend gezielt gesellschaftlich benachteiligte Gruppen fördern[1607]. Unsicher ist auch die Frage der Kontrolle und der Durchsetzbarkeit, denn die Initiativorgane haben meist keine Handhabe, wenn Versprechen nicht eingehalten werden. Zudem vermögen freiwillige Initiativen nicht so zu motivieren wie soziale Vergabekriterien. Als Anreiz winkt im Fall der sozialen Vergabe-

1604 *Seidel,* ZVgR 2000, 195 (198); *eadem,* BS Februar 2001, B IV (V).

1605 Vgl. *Arrowsmith,* CMLR 1999, 13 (47).

1606 Vgl. *EuGh,* Rs. C-439/97 (Sandoz), Slg. 1999, I-7041, Rdnr. 14; Rs. C-42/90 (Bellon), Slg. 1990, I-4863, Rdnr. 14; Rs. C-400/96 (Harpegnies), Slg. 1998, Rdnr. 34.

1607 Vgl. *Kocher,* RdA 2002, 167 (172).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

kriterien der Zuschlag eine lukrativen öffentlichen Auftrags. Private Initiativen sind daher allein nicht in der Lage, den Mißstand eines gruppenspezifische segregierten Arbeitsmarktes zufriedenstellend zu lösen. Sie sind folglich nicht gleichermaßen effizient wie soziale Vergabekriterien.

bb. Individuelle Durchsetzung des Diskriminierungsverbots

Die Gemeinschaftsorgane in Gestalt von Rat[1608], Kommission[1609] und EuGH[1610] monieren seit langem, daß Rechtsgleichheit nicht zu einer faktischen Chancengleichheit im Erwerbsleben geführt hat. Das negative Diskriminierungsrecht, das auf den konkreten Einzelfall einer Diskriminierung abstellt, hat die Benachteiligungen nicht abbauen können[1611]. Die von Diskriminierung betroffenen Individuen sehen sich einer Reihe von Problemen ausgesetzt, angefangen von den Prozeßkosten, über die Dauer des Verfahren, bis schließlich zu Fragen der Beweislast[1612]. All diese Hürden lassen eine individuelle Durchsetzung unattraktiv erscheinen[1613]. Dazu werden die Arbeitgeber lediglich im Einzelfall von außen und *ex post* auf die diskriminierende Wirkung ihres Einstellungsverhaltens hingewiesen. Sie müssen im Vorfeld keine eigenen innerbetrieblichen Konzepte entwickeln[1614]. Der Rat fordert daher positive Maßnahmen, um gegen die Benachteiligung in der Arbeitswelt vorzugehen, die durch Einstellungen, Verhaltensmuster und Strukturen in der Gesellschaft verursacht wird[1615].

cc. Direkte Subventionen und gesetzliche Beschäftigungsquoten

Als alternative Maßnahme werden den sozialen Vergabekriterien des weiteren direkte Subventionen über steuerfinanzierte, periodische und pauschale Zuwendungen gegenübergestellt[1616]. Im Vordergrund stehen hier Lohnkostenzuschüsse für Arbeitgeber, die Angehörige gesellschaftlich benachteiligter Gruppen einstellen. Bei der verdeckten Förderung über soziale Vergabekriterien bliebe die genaue Höhe der Förderungskosten an den Gesamtkosten des öffentlichen Auftrags verborgen[1617]. Der sozialpolitische Zweck gegenüber der mittelbaren Förderung („bei Gelegenheit der Beschaffung“[1618]) könne außerdem durch direkte öffentliche Zuwendungen oder steuerliche Entlastungen besser erreicht werden[1619]. In die gleiche

1608 *Rat,* Empfehlung 84/635/EWG vom 13. Dezember 1984 zur Förderung positiver Maßnahmen für Frauen, 3. Erwägungsgrund, ABl. 1984, L 331, S. 34 ff.; *Rat,* Empfehlung 86/379/EWG vom 24. Juli 1986 zur Beschäftigung von Behinderten in der Gemeinschaft zur Beschäftigung von Behinderten in der Gemeinschaft, ABl. 1986, L 225, S. 43 ff.

1609 *Kommission,* Mitteilung an den Rat, das EP, den Wirtschafts- und Sozialausschuß und den Ausschuß der Regionen vom 7. Juni 2000 für eine Rahmenstrategie der Gemeinschaft zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern (2001-2005), KOM 2000, 335 endg., Rdnrn. 1; 3.5.

1610 *EuGH,* Rs. C-450/93 (Kalanke), Slg. 1995, I-3051, Rdnr. 20; Rs. C-409/95 (Marschall), Slg. 1997, I-6363, Rdnr. 29; Rs. C-158/97 (Badeck), Slg. 2000, 1875, Rdnr. 49 i.V.m. Rdnr. 54.

1611 Vgl. *Rebhahn,* in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 141 EG, Rdnr. 51.

1612 Vgl. *Arrowsmith,* LQR 1995, 235 (246).

1613 *Arrowsmith/Linarelli/Wallace,* Regulating Public Procurement, 287.

1614 Vgl. *Kocher,* RdA 2002, 167 (173).

1615 *Rat,* Empfehlung 84/635/EWG vom 13. Dezember 1984 zur Förderung positiver Maßnahmen für Frauen, 3. Erwägungsgrund, ABl. 1984, L 331, S. 34 ff.

1616 Vgl. *Rittner,* EuZW 1999, 677 (680); *idem,* in: Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 87 (95); *Westphal,* PPLR 1999, 1 (10).

1617 *Hopp,* DB 2000, 469 (469).

1618 *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 198.

1619 *Dreher,* in: Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum GWB, § 97 Rdnr. 93; *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 198, 208.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Richtung zielen gesetzliche Beschäftigungsquoten, die mit Sanktionen in Form von Ausgleichsabgaben bewehrt sind.

In der Tat ist die mitgliedstaatliche Direktfinanzierung über den Staatshaushalt die Finanzierungsmethode, welche am wenigsten Verzerrungen bewirkt und hinsichtlich der Nettokosten für die meiste Transparenz sorgt[1620]. Ihre Kosten lassen sich im voraus vergleichsweise präzise beziffern. Die Belastung wird auf sämtliche Steuerzahler verteilt[1621]. Der Vorwurf der „verdeckten Förderung“[1622] ist jedoch nicht zutreffend, da sich angesichts der erhöhten Transparenzanforderungen *ex ante* schätzungsweise prognostizieren und *ex post* genau feststellen läßt, inwieweit die Berücksichtigung sozialer Vergabekriterien kostenmäßig zu Buche schlägt. Darüber hinaus weisen direkte Suventionen und gesetzliche Beschäftigungsquoten im Vergleich zu sozialen Vergabekriterien auch Nachteile auf.

(1). Freikaufeffekt und schwerer wiegender Eingriff durch direkte Subventionen und gesetzliche Beschäftigungsquoten

Zum einen haben sich direkte Subventionen und Beschäftigungsquoten im Zusammenhang mit der Wiedereingliederung von Mitgliedern gesellschaftlich marginalisierter Gruppen in den Arbeitsmarkt in der Praxis nicht als erfolgreich erwiesen[1623]. Das Beispiel der Behindertengesetzgebung in den Mitgliedstaaten mit ihren Direktsubventionen[1624] bzw. Beschäftigungsquoten, also die Verpflichtung, ab einer bestimmen Beschäftigtenzahl einen gewissen Prozentsatz behinderter Arbeitnehmer einzustellen demonstriert höchst anschaulich, daß diese Art von Maßnahmen bislang jedenfalls die gewünschten Wirkungen nicht gezeitigt haben[1625]. Vielmehr ist das Phänomen zu beobachten, daß Unternehmen dazu neigen, sich den gesetzlichen Verpflichtungen reflexartig zu entziehen und lieber Sanktionen in Form von Ausgleichsabgaben auf sich nehmen. Dieses Phänomen ist unter den Namen „Freikaufeffekt“[1626] bekannt. Abgesehen davon bedeutet die Umsetzung sozialpolitischer Ziele mittels sanktionsbewehrter Ge- oder Verbote bzw. direkten Subventionen einen viel intensiveren Einschnitt in die Privatautonomie der Wirtschaftsteilnehmer[1627]. Die Vergabe eines öffentlichen Auftrags an ein Bieterunternehmen aufgrund sozialer Vergabekriterien trifft dessen Konkurrenten lediglich mittelbar[1628].

1620 *Kommission,* Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270, endg., Rdnr. 87.

1621 *Kommission,* Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270, endg., Anhang Rdnr. 62.

1622 *Hopp,* DB 2000, 469 (469).

1623 *Burgbacher,* VergabeR 2001, 169 (176).

1624 Vgl. Deutschland: § 33 Abs. 2 SchwerbehindertenG i.V. m. §§ 1-13 SchwerbehindertenG i.V.m. AusgleichsabgabeVO (Lohnzuschuß bei unbefristetem Vertrag), § 238 SGB III (Lohnzuschuß bei Probebeschäftigung); § 237 SGB III (Zuschuß für Arbeitshilfen); § 25 Schwerbehinderten Ausgleichsabgabe-VO (SchwbAV)(Hilfe für außergewöhnliche Belastungen).
Frankreich: Prime à l'insertion des handicapés, articles L232-8-2 à L323-8-4 Code du travail ; obligation d'emploi des travailleurs handicapés, articles L323-1 á L323-8-2 Code du travail; article R323-3-1 Code du travail.

1625 Database for Institutional Comparisons in Europe (DICE), Employment Rate by Disability, abrufbar unter: http://www.cesifo.de.

1626 Vgl. *Sueddeutsche Zeitung,* Standpunkt vom 29./30. November 2003, V1/15.

1627 Vgl. *Bultmann,* Beihilfenrecht und Vergaberecht, 238; *Burgi,* NZBau 2001, 64 (66).

1628 *Burgi,* NZBau 2001, 64 (66).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(2). Marginalität der durch soziale Vergabekriterien verursachte Kostensteigerung

In der Tat können die bei den öffentlichen Auftraggebern zusätzlich anfallenden Kosten für die soziale Leistungserbringung, i.e. der monetäre Unterschied zwischen dem erfolgreichen, soziale Vergabekriterien berücksichtigenden Angebot und dem rein betriebswirtschaftlich besten Angebot, von Auftrag zu Auftrag variieren. Allerdings indizieren die Studien, welche im Auftrag der Kommission (GA Binnenmarkt) durchgeführt wurden, daß die Implementation von Umweltkriterien nicht zu einer Kostensteigerung auf Seiten der öffentlichen Auftraggeber führt[1629]. Angesichts der Gemeinsamkeiten zwischen umweltbezogenen und sozialen Vergabekriterien ist anzunehmen, daß sich auch in der Frage der Kosten Ähnlichkeiten auftun. Dementsprechend prognostizierte die Kommission für den Fall der Integration sozialer Vergabekriterien lediglich geringfügige Kostensteigerungen (*slightly higher prices*[1630]). Darüber hinaus ist wegen der angespannten Haushaltslage gegenwärtig ohnehin nicht mit einem exzessiven Übereifer bei der Anwendung sozialer Vergabekriterien zu rechnen[1631].

(3). Appell- und Erinnerungsfunktion der sozialen Vergabekriterien

Der größte Trumpf der sozialen Vergabekriterien ist ihre Appell- und Erinnerungsfunktion. Soziale Vergabekriterien haben den Bonus, daß sie die Empfänglichkeit für das Thema des integrativen Arbeitsmarktes steigern: Jede Ausschreibung unter dem Vorzeichen sozialer Vergabekriterien generiert bei Geschäftsführung und Unternehmensstrategen erneut die Motivation, Angehörige gesellschaftlich marginalisierter Gruppen zu beschäftigen. Soziale Vergabekriterien haben den „Vorteil der Iteration", da wegen der Ausschreibungspflicht feste Lieferbeziehungen zwischen der öffentlichen Hand und privaten Wirtschaftsteilnehmern die Ausnahme sind. Auch wenn soziale Vergabekriterien nicht individuell-konkret jede Unternehmensführung beeinflussen können, da sich nicht alle Unternehmen um öffentliche Aufträge bemühen, so ist doch die abstrakt-generelle Streuwirkung groß. An sich ist es nämlich für alle Unternehmen, unabhängig von der jeweiligen Branche, attraktiv, mit der öffentlichen Hand zu kontrahieren. Besonders groß ist der „Multiplikatoreffekt"[1632], wenn der Staat in der fraglichen Branche ein wichtiger Kunde ist. Soziale Vergabekriterien stellen damit sicher, daß betrieblicherseits die Diskussion um einen firmeneigenen Beitrag zur Chancengleichheit immer wieder aufs Neue zum Thema gemacht wird.

Staatlicherseits werden die nationalen, regionalen und lokalen Funktionseinheiten der öffentlichen Hand dazu angehalten, der Thematik eines integrativen Arbeitsmarktes die gebührende Aufmerksamkeit schenken. Dabei ist der wirtschaftliche Anreiz für die Bieterunternehmen größer als pauschale Lohnkostenzuschüsse, denn mit einem öffentlichen Auftrag jenseits der Schwellenwerte der Vergaberichtlinien winkt neben der Auslastung der betriebli-

1629 *Kommission,* Studie durchgeführt von ICLEI "State of Play of Green Public Procuremetn in the European Union", Final report, Freiburg, July 2003; abrufbar unter: www.iclei.org/ecoprocura/network; *Kommission,* A report on the functioning of public procurement markets in the EU: benefits from the application of EU directives and challenges for the future, 1 (21), Doc. 03/02/2004; abrufbar unter: http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/publproc/general/public-proc-market-final-report-_en.pdf.

1630 *Kommission,* A report on the functioning of public procurement markets in the EU: benefits from the application of EU directives and challenges for the future, 1 (21), Doc. 03/02/2004; abrufbar unter: http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/publproc/general/public-proc-market-final-report-_en.pdf.

1631 *Kühling,* VerwArch 2004, 337 (357).

1632 *Pietzcker,* Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, 175.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

chen Kapazitäten sowie einer Gewinnmarge zusätzlich das Renommee, sich gegen Wettbewerber und Konkurrenten durchgesetzt und die öffentliche Hand als Kunden gewonnen zu haben. Zuallerletzt ermutigen soziale Vergabekriterien die Wirtschaftsteilnehmer dazu, auch in ihren privaten Leistungsbeziehungen soziale Akzente zu setzen[1633].

(4). Abbau der psychologischen Hemmschwelle bei den öffentlichen Auftraggebern

Wenn gegen soziale Vergabekriterien mit der Gefahr einer Abschottung der nationalen Beschaffungsmärkte argumentiert wird, so ist zu bemerken, daß der bisherigen Taktik der rein betriebswirtschaftlichen Vergabekriterien bezüglich der Öffnung der nationalen Beschaffungsmärkte nicht allzu viel Erfolg beschieden war[1634]. Obwohl die Vergaberichtlinien erlassen wurden, um die nationalen öffentlichen Beschaffungsmärkte zu liberalisieren und dem europäischen Wettbewerb zu öffnen, ist der Anteil der grenzüberschreitend vergebenen öffentlichen Aufträge im Vergleich zur Privatwirtschaft nach wie vor verschwindend gering[1635]. Es besteht eine „Kluft zwischen Vergaberecht und Vergabepraxis“[1636]. Nur ein Bruchteil des gewaltigen Auftragsvolumens kommt Bieterunternehmen aus dem EG-Ausland zugute: Nach Schätzungen der Kommission aus dem Jahre 1996 betrug der Anteil der direkten grenzüberschreitenden Transaktionen 1,4% im Jahr 1987 und 3% im Jahr 1995[1637]. Auch heutzutage wird die überwältigende Mehrheit der öffentlichen Aufträge an einheimische Bieterunternehmen vergeben. Die Kommission mußte zugeben, daß *cross-border*-Vergaben im Jahr 2002 weiterhin lediglich 2%[1638] bzw. 3%[1639] bzw. 6%[1640] der Gesamtheit der eingereichten Angebote ausmachen, Tendenz stagnierend. Auch die Kommission schätzt dies als relativ gering ein[1641]. Diese Zahlen bleiben deutlich hinter den 20% im privaten Sektor zurück[1642]. Darüber hinaus war nur bei 10 % der Produkte und Dienstleistungen ein Preisrückgang festzustellen[1643].

1633 *Arrowsmith,* LQR 1995, 235 (246); *Burgi,* NZBau 2001, 64 (65); *Westphal,* PPLR 1999, 1 (4)

1634 *Bultmann,* Beihilfenrecht und Vergaberecht, 67; *Schwarze,* EuZW 2000, 133 (144).

1635 Vgl. *Boesen,* Vergaberecht, A. II. Rdnr. 8; *Dreher,* EuZW 1998, 197 (197); *forum vergabe,* Monatsinfo 2/2004, 34; *Opitz,* NZBau 2003, 183 (185); *Rust,* in: Recht und soziale Arbeitswelt, FS-Däubler, 900 (909).

1636 *Bultmann,* Beihilfenrecht und Vergaberecht, 67; *Pietzcker,* ZHR 1998, 427 (431).

1637 *Kommission,* Vademecum über das öffentliche Auftragswesen in der Gemeinschaft, ABl. 1987, C 358, S. 1 ff.; *eadem,* Grünbuch vom 27 November 1996 „Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union – Überlegungen für die Zukunft“, KOM (1996), 583 endg., Rdnr. 2.11.

1638 *Kommission,* Bericht vom 23. Dezember 2002 über die Funktionsweise der gemeinschaftlichen Güter- und Kapitalmärkte, KOM (2002), 743 endg., S. 21.

1639 *Kommission,* A report on the functioning of public procurement markets in the EU: benefits from the application of EU directives and challenges for the future, 1 (2), Doc. 03/02/2004; abrufbar unter: http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/publproc/general/public-proc-market-final-report-_en.pdf.

1640 Vgl. *Kommission,* Mitteilung vom 7. Mai 2003 an den Rat, das EP, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuß und den Ausschuß der Regionen „Binnenmarktstrategie – Vorrangige Aufgaben 2003-2006, KOM (2003), 238 endg., Rdnr. 5. a.

1641 *Kommission,* A report on the functioning of public procurement markets in the EU: benefits from the application of EU directives and challenges for the future, 1 (11), Doc. 03/02/2004; abrufbar unter: http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/publproc/general/public-proc-market-final-report-_en.pdf.

1642 Vgl. *Kommission,* Mitteilung vom 7. Mai 2003 an den Rat, das EP, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuß und den Ausschuß der Regionen „Binnenmarktstrategie – Vorrangige Aufgaben 2003-2006, KOM (2003), 238 endg., Rdnr. 5. a.

1643 *Opitz,* NZBau 2003, 183 (185).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Nun läßt sich die Mehrheit der europäischen Verbraucher bei der Kaufentscheidung nicht nur von der Qualität der Produkte und Dienstleistungen beeinflussen. Von Bedeutung für die Kaufentscheidung ist oft auch die soziale Verantwortung des jeweiligen Anbieters[1644]. Darum stellt sich die Frage, ob dies nicht, wenn auch unbewußt, bei den öffentlichen Auftraggebern gleichermaßen der Fall ist. Das gewaltige Defizit, welches die nationalen Beschaffungsmärkte im Hinblick auf EG-Importe aufweisen, könnte nämlich zu einem guten Teil auf die Annahme der öffentlichen Auftraggeber zurückzuführen sein, daß die Angebote von EG-ausländischen Bieterunternehmen auf Kosten sozialer Standards preisgünstiger sind als die der heimischen Konkurrenz. Soziale Vergabekriterien würden den EG-ausländischen Bieterunternehmen die Möglichkeit geben, diese psychologische Barriere einzureißen und das Gegenteil zu beweisen. Soziale Vergabekriterien fördern die Bereitschaft der öffentlichen Auftraggeber anzuerkennen, daß sich nicht nur die heimische Wirtschaft um die Verwirklichung sozialpolitischer Ziele verdient macht.

(5). Prognosecharakter der Erforderlichkeitsprüfung

Die Bewertung einer staatlichen Maßnahme in Relation zu den Indikatoren Effizienz und Eingriffsintensität wird aufgrund einer Prognose aus der *ex ante*-Perspektive getroffen[1645]. Hierbei ist zu berücksichtigen, daß die Anwendung sozialer Vergabekriterien nicht in Konkurrenz zu den erwähnten Alternativmaßnahmen steht, sondern als Ergänzung zu den bisherigen Methoden gedacht ist[1646].

Sie sind ein milderes Instrument als das statische und unflexible Zwangsmittel gesetzlicher Beschäftigungsquoten. Gleichzeitig fungiert der Anreiz, einen öffentlichen Auftrag zu erringen, für die Bieterunternehmen als ein sanftes, weil unternehmerisch erstrebenswertes Druckmittel. Hierbei ist der in der Praxis psychologisch wichtige Aspekt zu berücksichtigen, daß die hier drohende Sanktion das Erworbene nicht angetastet, sondern nur unter Umständen die Chance auf einen lukrativen Erwerb verdirbt. Entspricht ein Bieterunternehmen nicht den sozialen Vergabekriterien, droht keine Sanktion in Form von Besitzstandsentzug. Allein der Bonus des öffentlichen Auftrags entfällt. Dies hat zur Konsequenz, daß die Angehörigen der in den Arbeitsmarkt zu integrierenden Arbeitnehmergruppe bei den Bieterunternehmen den Status von *contract winner*s erlangen. Dieser Beschäftigungsanreiz läßt sich mit Mitteln der herkömmlichen Arbeitsmarktförderung nicht kreieren[1647]. Wenn man auch nicht gleich von *one of the most effectice policy mechanism*s[1648] sprechen mag, so erhöht dieser Kompromiß zwischen Zuckerbrot und Peitsche in jedem Fall für den zu fördernen Personenkreis die Chancen auf Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt[1649].

c. Ergebnis

Damit weisen soziale Vergabekriterien eine Reihe von Vorteilen auf und kommen gleichzeitig ohne die Nachteile aus, welche den Alternativmaßnahmen anhaftet[1650]. Als Ergebnis ist

1644 *Kommission,* Grünbuch „Europäische Rahmenbedingungen für die soziale Verantwortung der Unternehmen“, KOM (2001), 366 endg., Rdnr. 79.

1645 Vgl. *Koch,* Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 213, 216.

1646 *Bovis,* CMLR 2002, 1025 (1052); *Burgbacher,* VergabeR 2001, 169 (176).

1647 *Burgbacher,* VergabeR 2001, 169 (176).

1648 *Arrowsmith,* ELR 2002, 3 (16).

1649 *Burgbacher,* VergabeR 2001, 169 (176).

1650 *Arrowsmith,* LQR 1995, 235 (246).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

daher festzuhalten, daß an einer Entscheidung für soziale Vergabekriterien auch unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit nichts auszusetzen ist.

5. Angemessenheit sozialer Vergabekriterien

a. Definition und Funktion der Angemessenheitsprüfung

Nach der Definition des EuGH ist auf der dritten Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu eruieren, ob die auferlegten bzw. aufzuerlegenden Belastungen in angemessenem Verhältnis zu den angestrebten Zielen stehen[1651]. Diese Angemessenheitskontrolle des EuGH beschränkt sich zumeist auf den Maßstab eines offensichtlichen Mißverhältnisses[1652]. Auf das diesbezügliche Abwägungsdefizit[1653] des EuGH einzugehen würde den Rahmen der vorliegenden Untersuchung sprengen. Daher sei an dieser Stelle nur darauf hingewiesen, daß eine Feinabstimmung der konkurrierenden Interessen durchaus erforderlich ist. Ein Regelungszustand ist gegenüber dem *status quo* vorzugswürdig, wenn er denjenigen, deren Nutzen gesteigert wird, so große Gewinne bringt, daß diese die Verluste derjenigen zu kompensieren vermögen, deren Nutzen durch die Realisierung dieses Zustands geschmälert wird[1654]. Ziel ist, im Wege praktischer Konkordanz einen möglichst schonenden Ausgleich der betroffenen Interessen zu erreichen[1655].

b. Querschnittscharakter der durch sozialen Vergabekriterien geförderten Ziele

Die Gegner sozialer Vergabekriterien merken kritisch an, daß bislang eine Definition derjenigen sozialen Belange fehlt, die im Rahmen der Vergabeentscheidung berücksichtigt werden dürfen[1656]. Einige Autoren fühlen sich in diesem Zusammenhang bemüßigt, darauf hinzuweisen, daß es für die Durchsetzung von Interessen nicht zuletzt darauf ankommt, wie gut die jeweilige Interessengruppe ihre Belange zu vertreten weiß[1657]. Sie bezweifeln daher, daß die sozialen Aspekte, die im Rahmen der Vergabeentscheidung berücksichtigt würden, tatsächlich den sozial Schwachen zugute kommen[1658].

Die öffentlichen Auftraggeber erfreuen sich bei der Festsetzung sozialer Vergabekriterien jedoch nicht eines unbegrenzten Beurteilungsspielraums. Es dürfen nur diejenigen sozialen Aspekte berücksichtigt werden, die mit den Aufgaben gemäß Art. 2 EG, sowie den übrigen im EG-Vertrag verstreuten Querschnittszielen und Kompetenznormen übereinstimmen[1659]. All diese Ziele stehen gleichberechtigt nebeneinander[1660]. Einige Autoren fordern, daß es sich hierbei um zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls im Sinne der Grundfreiheiten han-

---

1651 *EuGH,* Rs. 265/87 (Schräder), Slg. 1989, 2237, Rdnr. 21.

1652 *Koch,* Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 229.

1653 Vgl. *v. Danwitz*, EuZW 2002, 237 (241).

1654 *Kirchner,* in: Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, 157 (161).

1655 *Schwarze,* EuZW 2001, 334 (339).

1656 *Opitz,* NZBau 2003, 183 (186).

1657 *Seidel,* ZVgR 2000, 195 (198); *eadem,* BS Januar 2001, B IV (IV).

1658 *Seidel,* ZVgR 2000, 195 (198); *eadem,* BS Januar 2001, B IV (IV).

1659 Vgl. *Fischer,* EuZW 2004, 492 (494); *Gurlit,* in: Recht und Geschlecht, 153 (169); *Keßler/Ipek,* EWS 2004, 337 (342); *Neßler,* DÖV 2000, 145 (145); *Prieß/Pitschas,* PPLR 2000, 171 (182, 183); *Kaelble,* VergabeR 2002, 604 (606).

1660 *Neßler,* DÖV 2000, 145 (151).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

deln muß[1661]. Chancengleichheit ist ein Querschnittsziel *par excellence*, insbesondere der Abbau segregierter Arbeitsmärkte ist eine Querschnittsaufgabe[1662]. Die Frage, ob ein soziales Vergabekriterium Querschnittscharakter im Sinne der Ziele des EG-Vertrags aufweist, ist justitiabel. Dies beweist die beihilfenrechtliche Rechtsprechung des EuGH zu dem parallelen Problem, ob eine Dienstleistung von allgemeinem Interesse vorliegt[1663].

c. Vorgabe quantitativer Klassenziele

Mit der Zielsetzung gemäß Art. 2 EU, den wirtschaftlichen *und* sozialen Fortschritt zu fördern[1664], akzentuiert die Gemeinschaft, daß sie auf eine Doppelstrategie setzt, in der beide Ziele zunächst einmal gleichberechtigt nebeneinander stehen[1665]. Entgegen anderer Ansicht[1666] gibt es daher bei der Auflösung von Zielkonflikten keinen Automatismus zugunsten rein wirtschaftlicher Erwägungen. Es ist nicht mehr zeitgemäß, das Interesse der Gemeinschaft exklusiv mit rein wirtschaftlichen Erwägungen gleichzusetzen[1667]. Ebenso wie das Interesse an Daseinsvorsorgeleistungen und die Durchsetzung der Wettbewerbsordnung gleichrangige Gemeinwohlbelange sind[1668], die trotz eines immanenten Spannungsverhältnisses zu einem Ausgleich geführt werden können und müssen[1669], stehen die mit den sozialen Vergabekriterien verfolgten sozialen Ziele auf gleicher Stufe wie der Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb.

Darüber hinaus räumt die Gemeinschaft den mit den sozialen Vergabekriterien verfolgten Zielen, speziell dem Kampf gegen die Arbeitslosigkeit[1670], nicht nur langfristig oberste Priorität ein, sondern drängt auch ganz konkret auf eine schnelle Realisierung. Die Gemeinschaft hat nämlich quantitative Klassenziele definiert und sich im Hinblick auf die Erreichung dieser Ziele konkrete Fristen gesetzt hat. So hat beispielsweise die Kommission als Ziel formuliert, die Beschäftigungsquote der Frauen in der Gemeinschaft bis zum Jahr 2010 von derzeit durchschnittlich 51 % auf über 60 % anzuheben[1671]. Um die allgemeine Beschäftigungsquote bis 2010 an 70 % heranzuführen und die der Frauen auf über 60 % anzuheben, müssen die Mitgliedstaaten gezielte Maßnahmen ergreifen. Insbesondere die Beschäftigungsquote älterer Arbeitnehmer muß erhöht werden[1672]. Schenkt man diesen Zielsetzungen ernsthaft Glauben,

1661 *Wittig, Oliver*, Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts, 58.

1662 *Englert/Kopel/Ziegler, WSI*-Mitteilungen *2002, 451 (453).*

1663 Vgl. *EuGH*, Rs. C-179/90 (Merci Convenzionali Porto di Genova), 1999, I-5889, Rdnr. 27.

1664 Vgl. Präambel Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (Konsolidierte Fassung), ABl. 2002, C 325, Erwägungsgrund 2; Präambel Vertrag über die Europäische Union**,** (Konsolidierte Fassung), ABl. 2002, C 325, Erwägungsgrund 8.

1665 Vgl. *Pache/Rüger,* EuZW 2002, 169 (170); *Schulte, ZFSH/SGB 2001, 67 (70).*

1666 *Ukrow,* in: Callies/Ruffert (Hrsg.) (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, Art. 2, Rdnr. 28.

1667 Vgl. *Ambrosius,* in: Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union, 15 (34).

1668 *Müller,* Blätter der Wohlfahrtspflege 2002, 89 (95); *Wernicke,* EuZW 2003, 481 (481).

1669 *Kommission,* Mitteilung vom 12. Mai 2004 an das EP, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuß und den Ausschuß der Regionen „Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse", KOM (2004), 374 endg., Rdnr. 1; *Knauff,* EuZW 2003, 453 (455); *Müller,* Blätter der Wohlfahrtspflege 2002, 89 (89); *Schwarze,* EuZW 2001, 334 (339); *Wernicke,* EuZW 2003, 481 (481).

1670 *Kommission, XXXII.* Bericht über die Wettbewerbspolitik 2002, SEK (2003), 467 endg., Rdnr. 345, abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/2002/report_short_de.pdf.

1671 *Kommission,* Mitteilung vom 7. Juni 2000 an den Rat, das EP, den Wirtschafts- und Sozialausschuß, den Ausschuß der Regionen für eine Rahmenstrategie der Gemeinschaft zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern (2001-2005), KOM (2000), 335 endg., Rdnr. 3.1.

1672 *Wirtschafts- und Sozialausschuß*, Stellungnahme des zum Thema „Ältere Arbeitnehmer", ABl. 2001, C 14, S. 50 ff, Rdnr. 1.2.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dann muß sich dies auch bei der gemeinschaftsrechtlichen Bewertung von anvisierten Maßnahmen niederschlagen, die der Durchsetzung dieser Ziele dienen (*precise targets are a significant political statement of purpose*[1673]). Wenn die Gemeinschaft nicht umfassend, i.e. also auch bei der Auslegung des Wettbewerbsrechts, neue Wege beschreitet, werden die Klassenziele in der gesetzten Frist realistischerweise nicht zu erreichen sein.

d. Vorbildfunktion der öffentlichen Auftraggeber

Der Kampf gegen soziale Ausgrenzung und für mehr Beschäftigung ist eine der Hauptaufgaben der staatlichen Institutionen[1674]. Genauer gesagt kommt dem Staat hierbei eine Vorbildfunktion (*persuasive force of governmental example*[1675]) zu[1676]. Dies gilt umsomehr, als die Mitgliedstaaten im Zuge der Privatisierung, wie bereits dargestellt[1677], nicht mehr auf ihr angestammtes Arsenal an Steuerungsinstrumenten zurückgreifen können. Soziale Vergabekriterien sind eine der letzten verbleibenden Möglichkeiten, den Verlust der Erfüllungshoheit zu kompensieren[1678].

e. Begrenzung der Mehrkosten durch Maximalabstandsgebote

Das Hauptargument gegen soziale Vergabekriterien ist nach wie vor die mit der Erhöhung der Angebotspreise einhergehende Verteuerung der staatlichen Beschaffung (Mehrpreis)[1679]. Gemeint ist die Differenz zwischen dem – unter Berücksichtigung sozialer Vergabekriterien – erfolgreichen Angebot und dem besten rein an betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten orientierten Angebot[1680]. Über diese Kritik hilft in der Masse der Fälle ein Blick in das Beihilfenrecht weiter. Ein nicht unbeträchtlicher Teil der Fälle wird sich nämlich im Bereich der *de-minimis*-Marge der VO 69/2001/EG[1681] abspielen, die eine Bagatellgrenze von 100.000 EUR festschreibt[1682]. Der beihilfenrechtliche Persilschein für staatliche Zuwendungen unterhalb dieses Schwellenwerts ist als Indiz dafür zu werten, daß die Anforderungen der Angemessenheitsprüfung auch in der vergaberechtlichen Konstellation erfüllt sind. In jedem Fall kann der Gefahr einer überbordenden, unangemessenen mitgliedstaatlichen Finanzierung leicht mithilfe eines Maximalabstandsgebotes („Mehrpreisstaffeln“[1683]) begegnet werden. Ein solches Maximalabstandsgebot kann die Form eines absoluten, pauschalierten Schwellenwertes oder einer prozentualen Obergrenze in Relation zum Gesamtvolumen des jeweiligen öffentlichen

---

1673 *Atkinson/Marlier/Nolan,* JCMS 2004, 47 (66).

1674 *Watermeyer,* PPLR 2000, 226 (229).

1675 *Arrowsmith,* CMLR 1999, 13 (47).

1676 *Kühling,* VerwArch 2004, 337 (337); *Seifert,* ZfA 2001, 1 (2, Fn. 6); *Wittig,* Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts, 59.

1677 Supra: S. 178.

1678 *Burgi,* in: Öffentliche Unternehmen im Wettbewerb und Vergaberecht, 97 (108).

1679 *Bartosch,* EuZW 2001, 229 (231); *idem, WuW 2001, 673 (683); Bultmann,* Beihilfenrecht und Vergaberecht, 66; *Dippel/Zeiss,* NZBau 2002, 376 (377); *Dreher/Haas/Rintelen,* Vergabefremde Regelungen und Beihilfenrecht, 32; *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 208; *Knipper,* WuW 1999, 677 (684); *Lübbig/Martin-Ehlers,* Beihilfenrecht der EU, Rdnrn. 82, 83; *Martín-Ehlers,* WuW 1999, 685 (685); *Pietzcker,* Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, 178; *Puhl,* VVDStRL 2001, 456 (460).

1680 *Dippel/Zeiss,* NZBau 2002, 376 (378).

1681 VO 69/2001/EG der Kommission vom 12. Januar 2001 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen an kleine und mittlere Unternehmen, ABl. 2001, L 10, S. 30 ff.

1682 Art. 2 Abs. 2 VO 69/2001/EG.

1683 *Benedict,* Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, 57.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Auftrags annehmen, um den das sozial verträglichere Angebot teurer sein darf. Dieses durchaus übliche Regelungsinstrument trägt insbesondere den Anforderungen der Rechtssicherheit Rechnung. Im übrigen ist zu berücksichtigen, daß – wie auch von Gegnern sozialer Vergabekriterien zugegeben wird[1684] – die öffentlichen Auftraggeber wegen der aktuell schwierigen Haushaltslage nicht haltlos von sozialen Vergabekriterien Gebrauch machen werden.

f. Katalog von Vergabekriterien

Im übrigen werden die mithilfe von sozialen Vergabekriterien zu berücksichtigenden Aspekte nie die einzigen Faktoren für die Vergabeentscheidung sein. Ist der Rubicon der in den Vergaberichtlinien vorgesehenen Schwellenwerte einmal überschritten, lassen die öffentlichen Auftraggeber es wegen der Komplexität der Materie erfahrungsgemäß nicht mit dem eindimensionalen Zuschlagskriterium des niedrigsten Preises bewenden, sondern stellen auf das Oberkriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots ab. Insbesondere bei den sogenannten Infrastrukturprojekten ist eine Vergabe nach dem Zuschlagskriterium des niedrigsten Preises unwahrscheinlich[1685]. Die Vergabeentscheidung wird daher meist aufgrund eines Katalog verschiedenster Subkriterien gefällt. Das hat zur Folge, daß die Vergabeentscheidung sich damit immer zwischen denjenigen Bieterunternehmen abspielen wird, deren Angebote sich sowohl durch betriebswirtschaftliche Attraktivität als auch durch soziale Verantwortung auszeichnen.

g. Kumulationsverbot sozialer Vergabekriterien

Des weiteren ist der Befürchtung[1686] entgegenzutreten, die Vergabeentscheidung würde mit einer Flut von sozialen Vergabekriterien überfrachtet, so daß sich zusätzlich zu dem allgemeinen Gewichtungsproblem auch noch das Problem der Gewichtung der sozialen Vergabekriterien untereinander hinzuträte. Es gäbe keine Kollisionsregeln für den Fall, daß soziale Vergabekriterien gehäuft auftreten[1687]. Je mehr soziale Vergabekriterien aufgestellt würden, um so geringer würde für jedes einzelne die Chance zur Effektivität[1688]. Darüber hinaus wurde der Vorwurf laut, daß Entscheidungsprozesse weniger transparent würden[1689].

Nach der hier vertretenen Ansicht darf bei der Vergabeentscheidung jeweils nur *ein* sozialer Aspekt zum dem Kanon der betriebswirtschaftlichen Vergabekriterien hinzutreten. Diese Vorgabe enthebt den öffentlichen Auftraggeber der schwierigen Aufgabe, zwischen mehreren sozialen Vergabekriterien zu gewichten. Nach dem *scoring*-Verfahren wird diesem Vergabekriterium eine maximal zu erreichende Punktzahl bzw. Prozentsatz zugewiesen. In der Praxis haben die öffentlichen Auftraggeber meist auch kein Bedürfnis, mehr als ein soziales Vergabekriterium bei der Vergabeentscheidung zu berücksichtigen. Zwischen den einzelnen sozialen Vergabekriterien besteht nämlich eine beträchtliche Schnittmenge der geförderten Perso-

1684 *Götz,* Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, 176.

1685 Vgl. *Koenig/Kühling,* NVwZ 2003, 779 (784); *iidem*, NZBau 2003 126 (130).

1686 Vgl. *Brenner,* JbUTR 1997, 141 (158); *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 204; *Mühlbach,* RdA 2003, 339 (341); *Noch,* Vergaberecht und subjektiver Rechtsschutz, 52; *Rittner,* in: Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 87 (90); *Seidel,* ZVgR 2000, 195 (196, 199); *eadem,* BS Januar 2001, B IV;); *eadem,* BS Februar 2001, B V (V).

1687 *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 204.

1688 *Rittner,* EuZW 1999, 677 (680); *idem,* in: Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 87 (95)

1689 *Gleichner,* in: Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. IV, 193 (237); *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 205; *Rittner,* EuZW 1999, 677 (678).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nenkreise. So sind beispielsweise Frauen von Langzeitarbeitslosigkeit besonders betroffen[1690], gleiches gilt für ältere Arbeitnehmer etc. Die öffentlichen Auftraggebern können daher mit einem sozialen Vergabekriterium meist zwei Fliegen mit einer Klappe schlagen. Das Kumulationsverbot hat den positiven Effekt, daß die öffentliche Hand gezwungen ist, in ihrem Verantwortungsbereich bei der Bekämpfung sozialer Mißstände klare Prioritäten zu setzen. Dazu wird gewährleistet, daß die Betriebswirtschaftlichkeit des Einkaufs nicht unangemessen beeinflusst wird. Da auch die sozialen Vergabekriterien in den Ausschreibungsunterlagen firmieren müssen, bleibt die Transparenz der Vergabeentscheidung an sich unangetastet.

h. Gewichtung der sozialen Vergabekriterien im Verhältnis zu den rein betriebswirtschaftlichen Vergabekriterien

Es verbleibt die Schwierigkeit, die Gewichtung des jeweiligen Vergabekriteriums im Verhältnis zu den übrigen rein betriebswirtschaftlichen Vergabekriterien festzulegen. Hierbei wird insbesondere befürchtet, daß soziale Vergabekriterien im *scoring*-Verfahren zu hoch auf der Punkte- bzw. Prozentsatzskala veranschlagt würden[1691]. Die Entscheidung eines öffentlichen Auftraggebers für eine bestimmte Gewichtung sei jedenfalls in der Praxis nur bedingt justitiabel[1692].

Die Frage der Gewichtung ist ebenso wie die Mißbrauchsgefahr[1693] kein spezifisches Problem der sozialen Vergabekriterien, sondern stellt sich auch im Zusammenhang mit rein betriebswirtschaftlichen Vergabekriterien. Man muß sich freilich von der unter Gegnern sozialer Vergabekriterien grassierenden Fehlvorstellung verabschieden, daß die Gewichtung der betriebswirtschaftlichen Vergabekriterien eine rein „objektive Angelegenheit“[1694] ist. Dies ist mitnichten der Fall. Auch hier spielen Wertungselemente hinein. Wer vermag schon mit absoluter Sicherheit zu sagen, ob beispielsweise das rein betriebswirtschaftliche Vergabekriterium eines Nachsorge- und Wartungsservice` mit fünf oder sechs Prozent der zu vergebenden Punkte zu veranschlagen ist?

Nach früherer Rechtslage hatten die öffentlichen Auftraggeber die Vergabekriterien lediglich in der Reihenfolge der ihnen jeweils zuerkannten Bedeutung anzugeben[1695]. Wegen der Vagheit der Formulierung konnten die öffentlichen Auftraggeber den Vergabekriterien immer noch eine unerwartete bzw. unvorhersehbare Bedeutung beimessen[1696]. Gemäß Art. 53 Abs.

1690 Vgl. *Kommission,* Mitteilung vom 7. Juni 2000 an den Rat, das EP, den Wirtschafts- und Sozialausschuß, den Ausschuß der Regionen für eine Rahmenstrategie der Gemeinschaft zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern (2001-2005), KOM (2000), 335 endg., Anhang I.

1691 *Heintzen,* ZHR 2001, 62 (73); *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 204.

1692 *Arnould,* PPLR 2001, NA 13 (17); *Götz,* EuR 1999, 621 (632); *Heintzen,* ZHR 2001, 62 (73); *Opitz,* NZBau 2001, 12 (14); *Rittner,* VergabeR 1998, 30 (32); *Seidel,* ZVgR 2000, 195 (199).

1693 Supra: S. 198.

1694 *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 205.

1695 Art. 30 Abs. 2 RL 93/37/EWG; Art. 36 Abs. 2 RL 92/50/EWG; Art. 26 Abs. 2 RL 93/36/EWG; Art. 34 Abs. 2 RL 93/38/EWG.

1696 *Kommission,* Vorschlag für eine Richtlinie des EP und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, ABl. 2001, C 29 E, S. 11 ff., KOM (2000), 275 endg., Art. 53, Tz. II.6; *eadem,*
Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des EP und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, KOM (2002), 236 endg. ABl. 2002, C 203 E, S. 210 ff., Rdnr. 3.3. (zu Abänderung 99); *eadem,* Geänderter Vorschlag Richtlinie des EP und des Rates zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2 S. 1 RL 2004/18/EG und Art. 55 Abs. 2 S. 1 RL 2004/17/EG haben die öffentlichen Auftraggeber nunmehr genau anzugeben, wie die einzelnen Kriterien gewichtet werden, um das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln. Gemäß Art. 53 Abs. 2 S. 2 RL 2004/18/EG und Art. 55 Abs. 2 S. 2 RL 2004/17/EG kann diese Gewichtung auch mittels einer Marge angegeben werden, deren größte Bandbreite angemessen sein muß. Diese Reform macht den Gewichtungsvorgang im Hinblick auf die Einhaltung der Bewertungsmaßstäbe, aber auch hinsichtlich Angemessenheit der Bewertungsmaßstäbe transparent und damit auch justitiabel. Etwaige Fehlgewichtungen werden damit angreifbar gemacht. Dies dürfte die öffentlichen Auftraggeber daher auch von Manipulationen abhalten[1697]. Von mangelnder Transparenz[1698] sozialer Vergabekriterien kann also keine Rede sein[1699].

Das Problem der Angemessenheit sozialer Vergabekriterien läßt sich mit der Festsetzung von Obergrenzen in Punkten oder Prozentsätzen in den Griff bekommen. Jedenfalls sollten soziale Vergabekriterium nicht an oberster Stelle der Punkte- bzw. Prozentskala rangieren dürfen. Um die Prävalenz der betriebswirtschaftlichen Vergabekriterien zu garantieren, erscheint eine Gewichtung unterhalb den betriebswirtschaftlichen Kriterien, im einstelligen Prozentbereich bis maximal 10 % vertretbar.

i. Effektivität der Vergabekontrolle

Die Kommission untersucht die im Amtsblatt veröffentlichten Ausschreibungen und informiert sich über die nationale Presse, um Verstößen gegen das gemeinschaftliche Vergaberegime auf die Spur zu kommen[1700]. Gleichwohl ruht die Vergabekontrolle in erster Linie auf den Schultern von Bieterunternehmen und nationalen Gerichten. Ihre Effizienz hängt davon ab, welche Möglichkeiten Bieterunternehmen und nationale Gerichte in der Praxis haben, die ordnungsgemäße Anwendung der Vorschriften der Vergaberichtlinien durchzusetzen. In diesem Zusammenhang ist die These aufzustellen, daß das Vergaberechtsregime mittlerweile auch für einen etwaigen Mißbrauch sozialer Vergabekriterien gewappnet ist. Wenn daher ein Bieterunternehmen den Verdacht schöpft, der öffentlicher Auftraggeber habe ein soziales Vergabekriterium auf einen bestimmten Konkurrenten zurechtgeschnitten, dann stehen ihm ausreichend Rechtsschutzmöglichkeiten zur Verfügung, die Vergabeentscheidung anzugreifen.

aa. Rechtsschutzniveau im Vergaberecht

Bei der öffentlichen Auftragsvergabe sind nämlich nicht nur die Rechtsmittelrichtlinien, RL 89/665/EWG[1701] und RL 92/13/EWG[1702], sondern auch und vor allem die materiellen

---

Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, KOM (2002), 235 endg., ABl. 2002, C 203 E, S. 183 ff., zu Abänderung 66; *Arrowsmith,* ELR 2002, 3 (18); *Burgbacher,* VergabeR 2001, 169 (176).

1697 *Kühling,* VerwArch 2004, 337 (345)

1698 *Arnould,* PPLR 2001, NA 13 (17); *Frenz,* WuW 2002, 352 (354); *Hopp,* DB 2000, 469 (469); *Noch,* Vergaberecht und subjektiver Rechtsschutz, 52; *Rechten,* NZBau 2004, 366 (369, 374); *Rittner,* EuZW 1999, 677 (678); *idem,* in: Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 87 (91).

1699 Vgl. *Krüger/Nielsen/Bruun,* European Public Contracts in a Labour Law Perspective, Rdnr. 6.6.1.

1700 *Delsaux*, *PPLR 2004, 130 (131).*

1701 RL 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Lieferund Bauaufträge, ABl. 1989, L 395, S. 33 ff.

1702 RL 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftragge-

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Vergaberichtlinien Quelle subjektiver Rechte für die betroffenen Bieterunternehmen[1703]. Der EuGH hat in gefestigter Rechtsprechung entschieden, daß sich die Bieterunternehmen vor den nationalen Gerichten auf die Vorschriften der materiellen Vergaberichtlinien berufen können[1704]. Auch bei der öffentlichen Auftragsvergabe dient die Gewährung subjektiver Rechte dazu, die Bieterunternehmen für die Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts zu aktivieren[1705]. Wie man es bereits von seiner Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten kennt, schaffte der EuGH mithilfe der *effet utile*-Argumentation, wonach die Mitgliedstaaten bei der Durchsetzung der Vergaberichtlinien sicherstellen müssen, daß die praktische Wirksamkeit der Normen gewährleistet ist, einen hohen Rechtsschutzstandard[1706].

Den Startschuß zu seiner rechtsschutzorientierten Auslegung der Vergaberichtlinien gab der EuGH in der allseits begrüßten[1707] *Alcatel*-Entscheidung. Danach soll RL 89/665/EWG den Vergaberichtlinien insbesondere dann zur Durchsetzung verhelfen, wenn Verstöße noch beseitigt werden können[1708]. Daher falle insbesondere die Zuschlagsentscheidung als wichtigste Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers unter den Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1 lit. b RL 89/665/EWG[1709]. Diese durch das *Alcatel*-Urteil gestärkte[1710] Position der Bieterunternehmen wurde mit Zustimmung der Literatur[1711] noch weiter ausgebaut. Mittlerweile kann als gefestigte Rechtsprechung gelten, daß RL 89/665/EWG auf *alle* Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber *in allen Stadien des Vergabeverfahrens* anwendbar ist[1712]. Dabei machte der EuGH deutlich, daß eine Nachprüfung nicht auf eine schlichte Willkürkontrolle beschränkt werden darf[1713]. Befürchtungen vor dem investionsschädlichen Mißbrauch von Rechtsbehelfen sind nicht angebracht. Rechtsmißbräuchliche Verfahrenshandlungen sind nach pflichtgemäßem Ermessen mangels Rechtsschutzinteresse als unzulässig abzuweisen[1714]. Gegen Verzögerungstaktiken hilft das summarische Verfahren in Verbindung mit seinen kurzen Entscheidungs- und Rechtsmittelfristen[1715]. Auch die gegenteilige Befürchtung, die Bieterunternehmen könnten den Gang vor Gericht scheuen, um zukünftige Vertragsbeziehung nicht zu gefährden (*do not bite the hand that feeds*[1716])[1717], hat sich in der Praxis

---

ber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. 1992, L 76, S. 14 ff.

1703 *Noch,* Vergaberecht und subjektiver Rechtsschutz, 131.

1704 Vgl. *EuGH,* Rs. 76/81 (Transporoute), Slg. 1982, Rdnr. 15; Rs. 31/87 (Beentjes), Slg. 1988, 4635, Rdnr. 26, 42; Rs. C-433/93 (Kommission/Deutschland), Slg. 1995, I-2303, Rdnr. 19.

1705 *Kalinowski,* Der Anspruch der Bieter auf Einhaltung des Vergaberechts nach § 97 Abs. 7 GWB, 92.

1706 *EuGH,* Rs. C-81/98 (Alcatel Austria), Slg. 1999, I-7671, Rdnrn 33, 34; Rs. C-92/00 (HI), Slg. 2002, I-5553, Rdnrn. 52, 53.

1707 *Breloer,* Europäische Vorgaben und das deutsche Vergaberecht, 104; *Brinker,* JZ 2000, 462 (462); *Dörr,* JZ 2004, 703 (711); *Kus,* NJW 2000, 544 (544); *Rust,* NZBau 2000, 66 (68).

1708 *EuGH,* Rs. C-81/98 (Alcatel Austria), Slg. 1999, I-7671, Rdnr. 33; Rs. C-433/93, (Kommission/Deutschland), Slg. 1995, I-2303, Rdnr. 23; Rs. C-92/00 (HI), Slg. 2002, I-5553, Rdnr. 52; Rs. C-315/01 (GAT), Slg. 2003, I-6351, Rdnr. 44

1709 *EuGH,* Rs. C-81/98 (Alcatel Austria) Slg. 1999, I-7693, Rdnr. 37.

1710 *Kus,* NJW 2000, 544 (544).

1711 *Kling,* NZBau 2003, 23 (29).

1712 *EuGH,* Rs. C-81/98 (Alcatel Austria), Slg. 1999, I-7671, Rdnr. 35; Rs. C-92/00, (HI), Slg. 2002, I-5553, Rdnr. 37, 49; Rs. C-57/01 (Makedoniko Metro und Michaniki), Slg. 2003, I-1091, Rdnr. 68; Rs. C-315/01 (GAT), Slg. 2003, I-6351, Rdnr. 44.

1713 *EuGH,* Rs. C-92/00 (HI), Slg. 2002, I-5553, Rdnr. 63.

1714 *Dreher,* NVwZ 1997, 343 (349).

1715 *Dreher,* NVwZ 1997, 343 (349).

1716 *Delsaux*, PPLR 2004, 130 (132).

1717 *Boesen,* EuZW 1998, 551 (559); *Dreher,* EuZW 1998, 197 (201).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nicht bewahrheitet. Die Inanspruchnahme von Rechtsbehelfen erfreut sich bisher reger Beliebtheit[1718]. Die Gefahr einer etwaigen „Überlastung der Gerichte“[1719] ist kein stichhaltiges Argument und hat sich auch in der Praxis nicht bewahrheitet. Etwaigen Engpässen müssen die Mitgliedstaaten mit einem verstärkten Einsatz an sachlichen und personellen Ressourcen begegnen. Im Hinblick auf die Justitiabilität sozialer Zuschlagskriterien ist vorgebracht worden, diese machten die Vergabeentscheidung so komplex, daß die nationalen Gerichte die gerichtliche Kontrolle nicht wirksam wahrnehmen könnten. Von den Wertungsspielräumen, welche den öffentlichen Auftraggebern bei der Zuschlagsentscheidung verbleibt, kann nicht auf eine etwaige begrenzte gerichtliche Kontrolle geschlossen werden[1720]. Die Komplexität einer Angebotswertung begründet in der Regel noch keine fehlende Justitiabilität, denn im Nachprüfungsverfahren können die nationalen Gerichte externen Sachverstand heranziehen[1721].

bb. Reformvorschläge

Bei der Prognose der Effizienz der Vergabekontrolle ist im übrigen zu berücksichtigen, daß die Kommission mit der Überarbeitung der Rechtsmittelrichtlinien begonnen hat[1722]. Die Kommission erwägt, Anregungen der Literatur[1723] aufzugreifend, die Mitgliedstaaten zu verpflichten, zentrale Aufsichtsbehörden für die öffentliche Auftragsvergabe einzurichten, die *ex officio* Verfahrensverstöße untersuchen[1724]. Es scheint auch nicht ausgeschlossen, daß die Kommission sich dem Problem des sekundären Rechtsschutzes annimmt. Da die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen oftmals an Beweisschwierigkeiten scheitert[1725], wurde eine Beweislastumkehr zugunsten der Bieterunternehmen vorgeschlagen. Danach müßte das betroffene Bieterunternehmen lediglich objektiv eine Verletzung der Vergaberichtlinien nachweisen. Die öffentlichen Auftraggeber hingegen hätten nachzuweisen, daß dem Bieterunternehmen der Zuschlag auch bei ordnungsgemäßer Durchführung des Vergabeverfahrens nicht erteilt worden wäre[1726]. Eine solche Beweislastumkehr würde einen ganz erheblichen Anreiz zu rechtstreuem Vergabeverhalten schaffen[1727]. In der jüngsten Vergangenheit zeigte sich der EuGH[1728] jedenfalls Schadenersatzansprüchen gegenüber offener[1729]. Des weiteren ist eine *stand still*-Phase im Gespräch[1730].

1718 *Byok,* NJW 2001, 2295 (2299); *idem,* NJW 2004, 198 (199).

1719 *Broß,* in: FS-Geiss, 559 (561).

1720 *Opitz,* BauR 2000, 1564 (1570).

1721 *Opitz,* BauR 2000, 1564 (1573).

1722 *Kommission,* Pressemitteilung vom 27. Oktober 2003, IP 03/1455, abrufbar unter: http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/03/1455&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=en; vgl. *forum vergabe*, 10/2004, 162 (162).

1723 *Delsaux*, *PPLR 2004, 130 (150); Dreher,* EuZW 1998, 197 (200).

1724 *Kommission,* Mitteilung an den Rat, das EP, den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuß und den Ausschuß der Regionen vom 7. Mai 2003, Binnenmarktstrategie Vorrangige Aufgaben 2003-2006, KOM (2003), 238 endg., Rdnr. 5.a.; *forum vergabe*, 10/2004, 162 (162).

1725 *Bibiza,* in: Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. III, 5 (46); *Dreher,* EuZW 1998, 197 (199).

1726 *Dreher,* EuZW 1998, 197 (199).

1727 *Dreher,* EuZW 1998, 197 (200).

1728 *EuGH,* Rs. C-315/01 (GAT), Slg. 2003, 6351, Rdnr. 50.

1729 *Dischendorfer,* PPLR 2004, NA 39 (44 ff).

1730 *forum vergabe*, 10/2004, 162 (163).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

cc. Ergebnis

Insgesamt hat der EuGH den Versuchen der Mitgliedstaaten, die Vergabeentscheidung den Nachprüfungsinstanzen zu entziehen, energisch den Riegel vorgeschoben. Angesichts der Transparenz- und Publizitätsvorschriften gemäß Art. 41 Abs. 2 RL 2004/18/EG und Art. 49 Abs. 2 RL 2004/17/EG haben die Bieterunternehmen eine Reihe von Möglichkeiten, gegen die nicht ordnungsgemäße Vergabe eines öffentlichen Auftrags vorzugehen[1731]. Die Judikatur des EuGH hat den nationalen Gerichte den Weg gebahnt, effektiv ihrer Hauptaufgabe nachgehen zu können, i.e. vollendete Tatsachen bei der Vergabeentscheidung zu vermeiden.

j. Individuelle Zumutbarkeit sozialer Vergabekriterien

Zudem gewährleistet der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, daß die Intensität des Eingriffs zu Lasten eines konkret betroffenen Individuums nicht die Grenzen der individuellen Zumutbarkeit sprengt[1732].

aa. Vorwurf individueller Unzumutbarkeit

Die Hauptlast der Anwendung sozialer Vergabekriterien ruht auf den Schultern desjenigen Bieterunternehmens, welches das rein betriebswirtschaftlich beste Angebot abgegeben hat. An der individuellen Zumutbarkeit sozialer Vergabekriterien wird unter Berücksichtigung einer Reihe von Gesichtspunkten gezweifelt[1733]. In diesem Zusammenhang stieß insbesondere die Verpflichtung der Bieterunternehmen auf Kritik, eine Statistik über die Personalstruktur der Beschäftigten aufgeschlüsselt nach Alter, Ethnie und Geschlechtszugehörigkeit sowie Anzahl der Auszubildenden zu erstellen[1734]. Auch der Aspekt der Marktzersplitterung wird hervorgehoben[1735]. Wegen der unterschiedlichen sozialpolitischen Präferenzen der öffentlichen Auftraggeber würde nämlich ein Patchwork ständig wechselnder regionaler und lokaler Anforderungsprofile entstehen, welches die Teilnahme für EG-ausländische Bieterunternehmen letztendlich uninteressant mache[1736]. Dieser Abschreckungseffekt[1737] hätte zur Folge, daß die ohnehin seltene grenzüberschreitende Auftragsvergabe noch weiter zurückgehen würde[1738]. Dies konterkariere das Ziel, einen einheitlichen Binnenmarkt für öffentliche Aufträge zu schaffen[1739].

1731 *Bibiza,* in: Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. III, 5 (45); *Otting,* NJW 2000, 484 (486).

1732 *Koch,* Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 227.

1733 *Wittig, Oliver*, Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts, 59.

1734 *Noch,* Vergaberecht und subjektiver Rechtsschutz, 52.

1735 *Brenner,* JbUTR 1997, 141 (158); *Frenz,* WuW 2002, 352 (354); *Gleichner,* in: Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. IV, 193 (237); *Götz,* EuR 1999, 621 (632); *Kling,* EuZW 2002, 229 (235); *Rittner,* EuZW 1999, 677 (679); *Schenk,* Das neue Vergaberecht, 65.

1736 *Boesen,* Vergabrecht, § 97 Rdnr. 122; *Gleichner,* in: Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. IV, 193 (243); *Rittner,* EuZW 1999, 677 (678).

1737 *Gleichner,* in: Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. IV, 193 (237); *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 206.

1738 *Wittig, Oliver*, Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts, 59.

1739 *Götz,* EuR 1999, 621 (632); *Rittner,* EuZW 1999, 677 (679); *Schenk,* Das neue Vergaberecht, 65.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb. Analyse und Bewertung

(1). Standard eines durchschnittlich gut geführten Unternehmens

Das Argument, daß soziale Vergabekriterien für die Bieterunternehmen einen unverhältnismäßigen Aufwand bedeuten, läßt sich leicht entkräften. Als Maßstab für eine etwaige Überforderung muß nämlich ein, wie der EuGH sich ausdrückte[1740], „durchschnittlich gut geführtes Unternehmen" herangezogen werden. Zu einer guten betrieblichen Organisation gehört aber auch die Erfassung von Daten über die Personalstruktur der Beschäftigen. Diese an sich selbstverständliche Erfassung bedeutet auch keinen übermäßigen Aufwand, die erforderlichen Angaben finden bequem auf einer Seite Platz.

(2). Vorhersehbarkeit der sozialen Anforderungen

Zudem haben die Bieterunternehmen es dank der Publizitäts- und Transparenzvorschriften der Vergaberichtlinien selbst in der Hand, ob sie die sozialen Vergabekriterien erfüllen oder nicht. Sie können sich darauf einstellen. Es erscheint nach dem Grundsatz *volenti non fit iniuria* nur folgerichtig, wenn die Bieterunternehmen die Konsequenzen ihrer einseitigen Personalpolitik zu tragen haben. Das Argument, daß Bieterunternehmen aufgrund ihrer gegenwärtigen Personalstruktur nicht in der Lage sein können, die Chancengleichheitskriterien zu erfüllen[1741], ist daher nicht stichhaltig.

(3). Vergleich mit der Privatwirtschaft

Zudem haben die Bieterunternehmen die Ausweichmöglichkeit, sich anstatt auf den öffentlichen auf den privaten Markt zu kaprizieren. Hiergegen könnte man zwar einwenden, daß dies Bieterunternehmen in einer Reihe von Branchen gar nicht möglich sein wird, weil sie auf den Staat als Kunden angewiesen sind. Dies mag zwar in einigen Bereichen durchaus der Fall sein. Damit ist aber keineswegs bewiesen, daß die Zumutbarkeitsschwelle überschritten ist. Ein Seitenblick auf die in der Privatwirtschaft vorherrschenden Sitten und Gebräuche zeigt, daß derartige Szenarien üblich, ja alltäglich sind. Spezialisieren sich kleinere Anbieterunternehmen auf einen Konzern als Kunden, so entsteht zwischen Anbietern und Nachfrager aufgrund der starken Nachfragemacht ein besonderes Abhängigkeitsverhältnis. Die Nachfrageseite kann dann mehr oder weniger einseitig die Konditionen diktieren, denen sich die Anbieterseite zu unterwerfen hat. Wollen oder können die Anbieter den Wünschen und Anforderungen nicht entsprechen, haben auch sie meist keinen Ersatzkunden und damit keinen Ersatzmarkt, auf den sie ausweichen können. Dieses Phänomen läßt sich beispielsweise in der Beziehung von Zulieferer und Hersteller in der Automobilindustrie beobachten. Die Einheitlichkeit des Binnenmarktes ist im übrigen nicht gleichzusetzen mit der Einheitlichkeit der Vergabekriterien. Natürlich müssen die jeweiligen Vergabekriterien gemeinschaftsrechtlich zulässig sein. Um der Diversifizierung der Regionen willen haben die öffentlichen Auftraggeber jedoch bei der konkreten Ausgestaltung Wahlfreiheit. Ebenso wie in der Privatwirtschaft die Angebote speziell auf die Wünsche des Kunden zugeschnitten werden, haben die Bieterunternehmen ihre Angebote an die „Firmenpolitik" der öffentlichen Auftraggeber anzupassen.

1740 *EuGH,* Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 90.

1741 *Götz,* EuR 999, 621 (632).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

k. Ergebnis

Summa summarum bewähren sich die sozialen Vergabekriterien auf allen Stufen der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Ebenso wie die Emanzipation der Daseinsvorsorge von Art. 87 Abs. 1 EG nicht das gemeinschaftliche Beihilfensystem ruinierte, führen soziale Vergabekriterien nicht zu einer Annihilation der hinter Art. 4 Abs. 1 EG stehenden Werte. Die Marktstörung hält sich in Grenzen[1742], da in mehrfacher Hinsicht Sicherheitsschranken eingebaut sind. Angesichts der Arbeitslosigkeitsspirale, wonach eine Arbeitslosengeneration erneut eine Arbeitslosengeneration gebiert, überwiegen die Interessen der Gemeinschaft, alle erfolgversprechenden Mittel nutzen zu können, um der Perpetuierung eines integrationsfeindlichen Arbeitsmarktes entgegenzuwirken. Die Risiken der sozialen Vergabekriterien erscheinen daher gering im Vergleich zu den Nachteilen, welche eintreten können, wenn die mit den sozialen Vergabekriterien verfolgten Zielsetzungen auf Dauer verfehlt werden. Soziale Vergabekriterien sind das ideale Instrument, um soziale und wirtschaftliche Interessen auf schonende Art und Weise in Ausgleich zu bringen[1743].

1742 Vgl. *Burgbacher,* VergabeR 2001, 169 (176).

1743 *Arrowsmith,* ELR 2002, 3 (15, 23); *eadem,* LQR 1995, 235 (247); *Bovis,* CMLR 2002, 1025 (1050).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kapitel Vier: Indizwirkung von *affirmative action*-Maßnahmen

A. Einleitung

I. Gemeinschaftsrechtlicher Maßstab für affirmative action-Maßnahmen

Auf der Suche nach weiteren Argumenten für soziale Vergabekriterien wird man auch außerhalb des Beihilfenrechts fündig. Die Rechtsprechung des EuGH zu nationalen Frauenfördermaßnahmen anhand von Art. 141 EG und Art. 2 Abs. 1 und 4 RL 76/207/EWG *zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen*[1744] spricht nämlich ebenfalls für die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien.

Art. 2 RL 76/207/EWG lautet:

(1). Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Sinne der nachstehenden Bestimmungen beinhaltet, daß keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts (...) erfolgen darf.

(2). Diese Richtlinie steht nicht den Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit für Männer und Frauen, insbesondere durch Beseitigung der tatsächlich bestehenden Ungleichheiten, welche die Chancen der Frauen in den in Artikel 1 Absatz 1 genannten Bereichen beeinträchtigen, entgegen.

Mit diesen Fördermaßnahmen sollen die Mitglieder einer gesellschaftlich benachteiligten und im Arbeitsleben unterrepräsentierten Gruppe, zumeist Frauen, gegenüber Mitgliedern der gesellschaftlich privilegierten Gruppe, zumeist Männern, bevorzugt werden (*affirmative action*-Maßnahmen). Dieser Maßnahmentypus hat Hochkonjunktur seit Art. 141 EG um einen Absatz 4 erweitert worden ist:

Im Hinblick auf die effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben hindert der Grundsatz der Gleichbehandlung die Mitgliedstaaten nicht daran, zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zur Verhinderung bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn spezifische Vergünstigungen beizubehalten oder zu beschließen.

In allen vier Fällen hatte der EuGH es mit *affirmative action*-Maßnahmen zu tun, die ihre privilegierende Wirkung zugunsten der weiblichen Kandidaten bei der Einstellung bzw. Beförderung entfalten sollten[1745]. Der EuGH hatte hierbei die im Hinblick auf die Gefahr von *reverse discrimination* zulässige Grenze für die Ausgestaltung von *affirmative action*-Maßnahmen zu ziehen. Zum besseren Verständnis der nachfolgend geschilderten Rechtsprechung soll jedoch an dieser Stelle kurz auf die unterschiedlichen Positionen eingegangen werden, die zum Gleichheitsbegriff vertreten werden.

1744 RL 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. 1976, L 39, S. 40 ff.

1745 *EuGH,* Rs. C-450/93 (Kalanke), Slg. 1995, I-3051; Rs. C-409/95 (Marschall), Slg. 1997, I-6363; Rs. C-158/97 (Badeck), Slg. 2000, I-1875; Rs. C-407/98 (Abrahamsson), Slg. 2000, I-5539.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

II. Gleichheitsbegriff

1. Der formelle Gleichheitsbegriff

Ausgangspunkt der Diskussion ist der sogenannte formelle oder symmetrische Gleichheitsbegriff. Danach beansprucht das Gebot der Gleichbehandlung Geltung *ohne Rücksicht darauf, ob sich seine Anwendung für oder gegen die gesellschaftlich marginalisierte Gruppe auswirkt*. Der formelle Gleichheitsbegriff stützt sich auf die folgenden drei Grundannahmen:

Die erste besagt, daß Gerechtigkeit und damit auch der Gleichbehandlungsgrundsatz apriorische Konstrukte sind, die von dem jeweils vorherrschenden historischen, politischen und gesellschaftlichen Kontext unabhängig sind. Wenn Diskriminierung aufgrund bestimmter Merkmale ungerecht ist, dann ist eine diskriminierende Maßnahme ungerecht, ob sie nun Bürden umverteilt oder einer bereits benachteiligten Gruppe zusätzliche Nachteile aufbürdet[1746]. Die zweite Prämisse ist, daß die Frage der Gleichbehandlung aus der Perspektive des Individuums bestimmt (*primacy of the individual*)[1747]. Danach dürfen Individuen nur aufgrund ihrer eigenen Leistungen belohnt werden. Umgekehrt dürfen ihnen Bürden nur aufgrund individueller Verantwortung auferlegt werden (*merit principle*)[1748]. Folglich soll kein Individuum soziale Übel kompensieren müssen, an denen es persönlich keine Verantwortung trägt. Dies bedeutet, daß männliche Kandidaten in einer Bewerbungssituation nicht die institutionelle Diskriminierung von Frauen kompensieren und Nachteile in Kauf zu nehmen müssen[1749]. Drittens hat sich der Staat nach dem formellen Gleichheitsbegriff gegenüber seinen Bürgern stets neutral zu verhalten (*state neutrality*)[1750]. Der Staat sollte daher so wenig wie möglich zugunsten bestimmter gesellschaftlicher Gruppen intervenieren[1751].

2. Der materielle Gleichheitsbegriff

Dagegen weicht bei dem materiellen Gleichheitsbegriff die individuelle einer kollektiven Betrachtungsweise von Gleichheit[1752]. Gleichheit bestimmt sich daher auch aus der Gruppenperspektive[1753]. Bei dieser Sichtweise ist Gleichheit nur dann eine aussagefähige Kategorie, wenn sie zur gesellschaftlichen Realität struktureller Ungleichheit in Bezug gesetzt wird[1754]: *The difference between a general classification that causes further disadvantage to those who have suffered from prejudice, and a classification framed to help them, is morally significant*[1755]. Vertreter des materiellen Gleichheitsbegriffs kritisieren am formellen Gleichheitsbegriff, daß dieser das Ideal an die Stelle sozialer Realität setzt. Daß Faktoren wie Rasse und Geschlecht ein Individuum in seinen Chancen und Perspektiven nicht beeinträchtigen sollten,

1746 *Fredman,* in: Social Law and Policy in an Evolving European Union, 171 (172).

1747 *Barmes/Ashtiany,* ILJ 2003, 274 (290); *Fredman,* LQR 1997, 575 (577); *eadem,* in: Social Law and Policy in an Evolving European Union, 171 (173).

1748 Vgl. *Fredman,* in: Social Law and Policy in an Evolving European Union, 171 (173); *McCrudden,* OJLS 1998, 543 (552 ff.)

1749 *Fredman,* in: Social Law and Policy in an Evolving European Union, 171 (173).

1750 *Fredman,* in: Social Law and Policy in an Evolving European Union, 171 (173).

1751 *Fredman,* LQR 1997, 575 (577).

1752 *GA Tesauro,* Schlußanträge, Rs. C-450/93 (Kalanke), Slg. 1995, I-3051, Rdnr. 8.

1753 *Schiek,* The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 2000, 251 (265).

1754 Vgl. *Beveridge/Nott/Stephan,* JEPP 2000, 385 (388); *Eichenhofer,* in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, Art. 141, Rdnr. 23; *Mazey,* JEPP 2000, 333 (336).

1755 *Dworkin,* A Matter of Principle, 314.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bedeutet noch lange nicht, daß dies nicht geschieht[1756]. Der formale Gleichheitsbegriff vernachlässige, daß die Chancen eines Individuums immer noch durch dessen sozialen Status und den damit zusammenhängenden Rollenzuweisungen determiniert werden[1757]. Der materielle Gleichheitsbegriff bezweckt die tatsächlichen Wirksamkeit des Gleichheitssatzes, indem er Ungleichbehandlungen zuläßt, wenn sie zu dessen Verwirklichung erforderlich sind[1758]. Der materielle Gleichheitsbegriff setzt damit quasi auf den *effet utile* des Gleichheitssatzes. Bei der bevorzugten Behandlung gesellschaftlich marginalisierter Gruppen handel es sich nur um eine scheinbare Diskriminierung[1759].

Nach dem materiellen Gleichheitsbegriff liegt die Verantwortung, institutionelle Diskriminierung zu korrigieren, nicht nur bei den Individuen, denen eine konkrete Verantwortung nachgewiesen werden kann. Von allen Mitgliedern der privilegierten Gruppe, i.e. allen, die von der bestehenden Struktur profitiert haben, kann erwartet werden, einen Teil der Kosten zu tragen, um Abhilfe zu schaffen[1760].

Da der Staat eine zentrale Rolle bei der Allokation von Ressourcen spiele, könne dieser *per se* nicht neutral sein, sondern sei notwendigerweise parteiisch[1761]. In einer Gesellschaft, in der Diskriminierung immer noch verwurzelt ist, bevorzuge eine staatliche Politik der Nicht-Intervention unweigerlich die dominante Gruppe, da sie deren Vormachtstellung perpetuiert[1762]. Die Beibehaltung des *status quo* mit seiner ungleichen Ressourcenverteilung sei für sich selbst gesehen ein distributiver Effekt[1763]. Wie auch von Gegnern von *affirmative action* zugegeben wird, bedeutet formale Gleichheit bisweilen die Negation der Gleichheit[1764]. Nach dem materiellen Gleichheitsbegriff hat der Staat daher die Pflicht, *affirmative action*-Maßnahmen zu treffen.

3. Der Chancengleichheitsansatz

Ausgangsbasis für den sogenannten Chancengleichheitsansatz (*equal opportunities approach*) ist die Erkenntnis, daß echte Gleichheit nicht erreicht werden kann, wenn die Individuen das Rennen von verschiedenen Ausgangspositionen beginnen. Der Chancengleichheitsansatz erlaubt daher *affirmative action*-Maßnahmen, die darauf abzielen, die Ausgangspositionen der Individuen anzugleichen, und akzeptiert, daß dies spezielle Maßnahmen zugunsten der benachteiligten Gruppe mit einschließt[1765]. Der Schwerpunkt liegt auf einer Gleichheit im Zugang (*equality of access*). Personen aller gesellschaftlichen Gruppen sollen die gleiche Chance haben, die Zugangskriterien zu bestimmten Ressourcen zu erfüllen. Sind die Ausgangspositionen mehrerer Bewerber gleich, dann erfordert es der Fairnessgedanke, daß diese auf Grund ihrer individuellen Qualifikationen behandelt werden, ohne Rücksicht auf Rasse

1756 *Barmes/Ashtiany,* ILJ 2003, 274 (291).

1757 *Barmes/Ashtiany,* ILJ 2003, 274 (277, 291).

1758 *GA Tesauro,* Schlußanträge, Rs. C-450/93 (Kalanke), Slg. 1995, I-3051, Rdnr. 17.

1759 *GA Tesauro,* Schlußanträge, Rs. C-450/93 (Kalanke), Slg. 1995, I-3051, Rdnr. 17.

1760 *Fredman,* LQR 1997, 575 (578); *eadem,* in: Social Law and Policy in an Evolving European Union, 171 (174).

1761 *Fredman,* LQR 1997, 575 (579); *eadem,* in: Social Law and Policy in an Evolving European Union, 171 (194); *McCrudden,* OJLS 1998, 543 (550).

1762 *Fredman,* LQR 1997, 575 (579); *eadem,* in: Social Law and Policy in an Evolving European Union, 171 (175).

1763 *Fredman,* LQR 1997, 575 (578).

1764 *GA Tesauro,* Schlußanträge, Rs. C-450/93 (Kalanke), Slg. 1995, I-3051, Rdnr. 17.

1765 *Fredman,* in: Social Law and Policy in an Evolving European Union, 171 (175).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und Geschlecht. Dieses Modell verwehrt sich daher gegen Maßnahmen, die darauf gerichtet sind, ein etwaiges Ungleichgewicht, beispielsweise in der Belegschaft, im Wege von strikten Quoten zu korrigieren und damit eine Gleichheit im Ergebnis (*equality of outcome*) herzustellen[1766].

B. Rechtsprechung des EuGH

I. Urteil des EuGH in der Rechtssache Kalanke

1. Sachverhalt

Gemäß § 4 Abs. 1 und 2 des Gesetzes zur Gleichstellung von Mann und Frau im öffentlichen Dienst des Landes Bremen (LGG) waren bei Einstellung und Beförderung Frauen bei gleicher Qualifikation wie ihre männlichen Mitbewerber in den Bereichen vorrangig zu berücksichtigen sind, in denen sie unterrepräsentiert sind. Auf Grundlage dieser Regelung war im konkreten Fall der Diplom-Ingenieur für Garten- und Landschaftspflege, Herr Kalanke, mit seiner Bewerbung um eine Beförderungsstelle unterlegen. Das vorlegende Gericht begehrte vom EuGH zu wissen, ob Art. 2 Abs. 1 und 4 RL 76/207/EWG einer solchen nationalen Regelung entgegensteht[1767].

2. Position des EuGH

Der EuGH entschied, daß eine derartige „automatische Bevorzugung" eine Diskriminierung der Männer aufgrund des Geschlechts bewirkt[1768]. Als Ausnahme zu Art. 2 Abs. 1 RL 76/207/EWG sei Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG eng auszulegen[1769]. Eine nationale Regelung, die Frauen absolut und unbedingt den Vorrang einräumt, gehe über eine Förderung der Chancengleichheit hinaus und überschreite die Grenzen der in Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG vorgesehenen Ausnahme[1770]. Da eine solche Regelung auf eine 50 %-Quote abziele, setze sie an die Stelle der in Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG vorgesehenen Förderung der Chancengleichheit das Ergebnis, zu dem allein die Verwirklichung einer solchen Chancengleichheit führen könnte[1771].

3. Analyse und Bewertung

Der EuGH diskutierte die verschiedenen Konzepte des Gleichheitsbegriffs nicht[1772]. Gleichwohl ist das *Kalanke*-Urteil wegen der Betonung der individueller Leistung und Ver-

1766 *Fredman,* LQR 1997, 575 (579).
1767 *EuGH,* Rs. C-450/93 (Kalanke), Slg. 1995, I-3051, Rdnrn. 3, 5, 13.
1768 *EuGH,* Rs. C-450/93 (Kalanke), Slg. 1995, I-3051, Rdnr. 16.
1769 *EuGH,* Rs. 222/84 (Johnston), Slg. 1986, 1651, Rdnr. 36; Rs. C-450/93 (Kalanke), Slg. 1995, I-3051, Rdnr. 21.
1770 *EuGH,* Rs. C-450/93 (Kalanke), Slg. 1995, I-3051, Rdnr. 22.
1771 *EuGH,* Rs. C-450/93 (Kalanke), Slg. 1995, I-3051, Rdnr. 23.
1772 *Schiek,* The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 2000, 251 (264).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

antwortung dem formellen Gleichheitsbegriff zuzuordnen[1773]. Diese Haltung des EuGH ging auf die Schlußanträge von GA Tesauro zurück, welcher sich auf den Standpunkt gestellt hatte, daß „jede gruppenspezifische Maßnahme im Widerspruch zum Gleichheitssatz im formalen Sinne steht"[1774]. Chancengleichheit gemäß Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG könne nur bedeuten, Angehörigen beider Geschlechter gleiche Voraussetzungen hinsichtlich der Ausgangssituation zu schaffen[1775].

Dabei ist darauf hinzuweisen, daß das Auswahlsystem im Fall *Kalanke* keinen vollständigen Automatismus installierte. Die Rangfolge der Kandidaten wurde zunächst *ohne* Berücksichtigung des Geschlechts ermittelt[1776]. Die Norm kam erst zur Anwendung, nachdem festgestellt wurde, daß beide Kandidaten gleich qualifiziert waren. In einer solchen Konstellation hat der männliche Kandidat grundsätzlich kein größeres Anrecht darauf, befördert zu werden, als seine gleich qualifizierte Konkurrentin[1777]. In diesem Zusammenhang sollte der Begriff individueller Schuld bzw. Verantwortung nicht verwendet werden, da er die Assoziation eines unschuldigen Opfers hervorruft[1778]. Dem EuGH, der das Geschlechtskriterium als Zünglein an der Waage ablehnte, wenn beide Kandidaten gleich qualifiziert sind, wurde daher vorgeworfen worden, daß er letztendlich eine Auswahl nach dem Zufallsprinzip wie das Werfen einer Münze bevorzugt hätte[1779].

II. Urteil des EuGH in der Rechtssache Marschall

1. Sachverhalt

§ 25 Abs. 5 S. 2 des Beamtengesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen ordnete an, daß Bewerberinnen bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung bevorzugt zu befördern sind, soweit im jeweiligen Beförderungsamt der Laufbahn weniger Frauen als Männer vertreten sind. Das Gesetz sah jedoch eine Ausnahme zur dieser Grundvorschrift vor, die dem öffentlichen Arbeitgeber eine abweichende Regelung erlaubt, sofern in der Person eines männlichen Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen. Auch hier wurde die Kompatibilität mit Art. 2 Abs. 1 und 4 RL 76/207/EWG angezweifelt[1780].

2. Position des EuGH

Der EuGH honorierte, daß die streitige Bestimmung im Unterschied zu der fraglichen Norm, die Gegenstand des Urteils *Kalanke* war, eine Öffnungsklausel enthielt[1781]. Die Empfehlung 84/635/EWG des Rates[1782] zitierend befand der EuGH sodann, daß die „geltenden

1773 *Fredman,* LQR 1997, 575 (586).

1774 *GA Tesauro*, Schlußanträge, Rs. C-450/93 (Kalanke), Slg. 1995, I-3053, Rdnr. 11.

1775 *GA Tesauro*, Schlußanträge, Rs. C-450/93 (Kalanke), Slg. 1995, I-3051, Rdnr. 13.

1776 *GA Saggio,* Schlußanträge, Rs. C-158/97 (Badeck), Slg. 2000, I-1875, Rdnr. 30.

1777 *Fredman,* LQR 1997, 575 (587).

1778 *Fredman,* LQR 1997, 575 (587).

1779 *Fredman,* LQR 1997, 575 (587); *Fredman,* in: Social Law and Policy in an Evolving European Union, 171 (178).

1780 *EuGH,* Rs. C-409/95 (Marschall), Slg. 1997, I-6363, Rdnr. 3.

1781 *EuGH,* Rs. C-409/95 (Marschall), Slg. 1997, I-6363, Rdnr. 24.

1782 *Rat,* Empfehlung 84/635/EWG vom 13. Dezember 1984 zur Förderung positiver Maßnahmen für Frauen, ABl. 1984, L 331, S. 34.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rechtsvorschriften über die Gleichbehandlung, die zur Stärkung der Rechte des einzelnen erlassen wurden, (...) nicht ausreichen, um alle faktischen Ungleichheiten zu beseitigen, wenn nicht die Regierungen, die Sozialpartner und sonstige beteiligte Stellen gleichzeitig tätig werden, um gegen die Benachteiligung der Frauen in der Arbeitswelt vorzugehen, die durch Einstellungen, Verhaltensmuster und Strukturen in der Gesellschaft verursacht wird"[1783]. Es zeige sich, daß selbst bei gleicher Qualifikation die Tendenz besteht, männliche Bewerber vorrangig vor weiblichen Bewerbern zu befördern[1784]. Nach Ansicht des EuGH hängt dies vor allem mit einer Reihe von Vorurteilen und stereotypen Vorstellungen über die Rolle und die Fähigkeiten der Frau im Erwerbsleben zusammen[1785].

Daher bedeute die Tatsache, daß zwei Bewerber unterschiedlichen Geschlechts gleich qualifiziert sind, nicht, daß sie gleiche Chancen haben[1786]. Eine nationale Regelung wie die streitige könne dazu beitragen, ein Gegengewicht zu den nachteiligen Auswirkungen zu schaffen, die sich für die weiblichen Bewerber aus den genannten Einstellungen und Verhaltenmustern ergeben, und damit in der sozialen Wirklichkeit bestehende faktische Ungleichheiten zu verringern[1787]. Der EuGH sah *affirmative action*-Maßnahmen als von Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG gedeckt an, wenn sie den männlichen Bewerbern, welche die gleiche Qualifikation wie die weiblichen Bewerber besitzen, in jedem Einzelfall garantiert, daß die Bewerbungen Gegenstand einer *objektiven Beurteilung* sind, bei der alle die Person der Bewerber betreffenden Kriterien berücksichtigt werden und der den weiblichen Bewerbern eingeräumte *Vorrang entfällt, wenn eines oder mehrere dieser Kriterien zugunsten des männlichen Bewerbers überwiegen*[1788].

3. Analyse und Bewertung

GA Jacobs hatte in seinen Schlußanträgen noch den Standpunkt vertreten, daß geschlechtsspezifische Maßnahmen nicht in angemessenem Verhältnis zum Ziel der Förderung der Chancengleichheit stünden[1789]. Nach Ansicht von GA Jacobs drohe bei einem Abrücken des EuGH von seiner in *Kalanke* eingenommenen Rechtsprechungslinie Rechtsunsicherheit und Willkür[1790].

Dem EuGH müssen allerdings die Schlußanträge von GA Tesauro in der Rechtssache *Kalanke* in Erinnerung geblieben sein. Dieser hatte in *Kalanke* eingestanden, daß in der Vergangenheit erlittene Diskriminierungen weiterhin eine Marginalisierung von Frauen auf dem Arbeitsmarkt bewirken[1791]. Der geringe Anteil von Frauen in der Wirtschaft beruhe auf irrationalen Beweggründen, traditionellen Rollenbildern und Vorurteilen[1792]. Außerdem hatte GA Tesauro zugegeben, daß die gleiche Ausgangssituation nicht gleiche Ergebnisse gewährleistet, da diese auch durch eine bestimmte Sozialstruktur beeinflußt werden kann, welche die Frau benachteiligt[1793]. Gleichwohl war er bei seiner Aussage geblieben, daß zwei Bewerber unter-

1783 *EuGH,* Rs. C-409/95 (Marschall), Slg. 1997, I-6363, Rdnr. 28.
1784 *EuGH,* Rs. C-409/95 (Marschall), Slg. 1997, I-6363, Rdnr. 29.
1785 *EuGH,* Rs. C-409/95 (Marschall), Slg. 1997, I-6363, Rdnr. 29.
1786 *EuGH,* Rs. C-409/95 (Marschall), Slg. 1997, I-6363, Rdnr. 30.
1787 *EuGH,* Rs. C-409/95 (Marschall), Slg. 1997, I-6363, Rdnr. 31.
1788 *EuGH,* Rs. C-409/95 (Marschall), Slg. 1997, I-6363, Rdnr. 33.
1789 *GA Jacobs,* Schlußanträge, Rs. C-409/95 (Marschall), Slg. 1997, I-6365, Rdnr. 43.
1790 *GA Jacobs,* Schlußanträge, Rs. C-409/95 (Marschall), Slg. 1997, I-6365, Rdnr. 37.
1791 *GA Tesauro,* Schlußanträge, Rs. C-450/93 (Kalanke), Slg. 1995, I-3051, Rdnr. 19.
1792 *Böttger,* AuA 1996, 148 (150).
1793 *GA Tesauro*, Schlußanträge, Rs. C-450/93 (Kalanke), Slg. 1995, I-3051, Rdnr. 14.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schiedlichen Geschlechts, welche die gleiche Qualifikation haben, auch die gleichen Chancen hatten und haben[1794].

Dieser Bruch in der Argumentationskette war es, der den EuGH im *Marschall*-Urteil entgegen den Schlußanträgen von GA Jacobs, der den formellen Gleichheitsbegriff vertrat[1795], die Gemeinschaftsrechtsordnung für *affirmative action*-Maßnahmen öffnen ließ[1796]. Der EuGH reagierte in der *Marschall*-Entscheidung auf die von der Literatur vorgebrachte Kritik[1797] der bisherigen Rechtsprechungslinie und gab die strikte Interpretation von Art. 2 Abs. 4 RL auf[1798]. Er kombinierte die Elemente des materiellen Gleichheitsbegriffs mit einem ungebrochenenen Bekenntnis zur Vorrangstellung des Individuums[1799] und bekannte sich damit zum Chancengleichheitsbegriff. Das außerordentliche Verdienst der *Marschall*-Entscheidung besteht darin, daß der EuGH von einer *aktuellen strukturellen Diskriminierung* von Frauen ausging und diese zum Anlaß nahm, mitgliedstaatliche Intervention zugunsten von Frauen zu erlauben[1800].

III. Urteil des EuGH in der Rechtssache Badeck

1. Sachverhalt

Im Fall *Badeck* standen mit §§ 3, 5, 7, 8 bis 11, 14, 16 und 18 des Hessischen Gesetzes über die Gleichberechtigung von Frauen und Männern und zum Abbau von Diskriminierungen von Frauen in der öffentlichen Verwaltung (HGlG) gleich ein ganzes Konglomerat an frauenfördernden Regelungen auf dem Prüfstein. Das HGlG enthielt eine Bevorzugungsregel für Frauen, die mit einer Öffnungsklausel à la *Marschall* versehen war. Dazu nannte das Regelpaket konkrete Ausnahmefälle, die zu einem Zurücktreten des Grundsatzes der Frauenförderung führen könnten: Eine bevorzugte Berücksichtigung fanden frühere Angehörige des öffentlichen Dienstes, die wegen Familienarbeit aus dem Dienst ausscheiden, lediglich Teilzeit arbeiten oder sonstige Nachteile hinnehmen mußten sowie ehemalige Soldaten auf Zeit, Schwerbehinderte und Langzeitarbeitslose. Das HGlG forderte, daß in Ausbildungsberufen, in denen Frauen unterrepräsentiert sind und in denen nicht exklusiv der Staat ausbildet, Frauen mindestens die Hälfte der Ausbildungsplätze erhalten müssen. Neben der Festlegung von bestimmten Frauenquoten im wissenschaftlichen Dienst verlangte das HGlG dazu, daß in Bereichen, in denen Frauen unterrepräsentiert sind, alle qualifizierten Frauen zu Vorstellungsgesprächen eingeladen werden. Schlußendlich sollte bei der Besetzung von Vertretungsorganen der Arbeitnehmer sowie der Verwaltungs- und Aufsichtsräte auf eine zumindest hälftige Beteiligung von Frauen hingewirkt werden[1801].

1794 *GA Tesauro*, Schlußanträge, Rs. C-450/93 (Kalanke), Slg. 1995, I-3051, Rdnr. 13.
1795 *GA Jacobs,* Schlußanträge, Rs. C-409/95 (Marschall), Slg. 1997, I-6365, Rdnrn. 23, 29.
1796 *GA Saggio,* Schlußanträge, Rs. C-158/97 (Badeck), Slg. 2000, I-1875, Rdnr. 24.
1797 *Fredman,* LQR 1997, 575 (580).
1798 *Küchhold,* ILJ 2001, 116 (120).
1799 *Fredman,* in: Social Law and Policy in an Evolving European Union, 171 (178).
1800 *Schiek,* The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 2000, 251 (267).
1801 *EuGH,* Rs. C-158/97 (Badeck), Slg. 2000, I-1875, Rdnrn. 7, 8, 35.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Position des EuGH

Der EuGH bejahte die Zulässigkeit all dieser Regelungen[1802]. Dies begründete er recht knapp unter anderem mit der Flexibilität der Sonderregelungen, die „zu keinem absoluten Höchstsatz“[1803], bzw. „nicht zu einer absolut starren Quote“ führten[1804]. Im Zusammenhang mit den Fördermaßnahmen in Ausbildungsberufen bemerkte der EuGH, daß diese die Ursachen der geringeren Zugangschancen der Frauen zum Arbeitsmarkt und zur beruflichen Laufbahn beseitigen sollen und damit bei der Berufswahl und -ausbildung ansetzen[1805]. Sie sollten Frauen dazu verhelfen, im Wettbewerb auf dem Arbeitsmarkt besser zu bestehen und unter den gleichen Bedingungen wie Männer eine berufliche Laufbahn zu verfolgen[1806]. Auch mit der Vorzugsstellung bei Vorstellungsgesprächen werde kein bestimmtes Resultat – Einstellung oder Beförderung – angestrebt, sondern qualifizierten Frauen würden zusätzliche Chancen geboten, die ihnen den Eintritt in die Arbeitswelt und den Aufstieg erleichtern sollen[1807].

3. Analyse und Bewertung

Die *Badeck*-Entscheidung wird allgemein als Fortsetzung der *Marschall*-Entscheidung aufgefaßt[1808]. Inspirierend wirkte hierbei der *effet utile*-Gedanke von GA Saggio, daß Art. 141 Abs. 4 EG und Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG, auf denen die *affirmative action*-Maßnahmen beruhen, keinen Ausnahmecharakter haben dürften. Derartige Maßnahmen müßten konkret auf die soziale Eingliederung der Frauen hinwirken können, indem sie ihnen einen tatsächlichen Vorrang bei Einstellungen und Beförderungen einräumen[1809]. Ansonsten würde die Bedeutung der Maßnahmen ganz erheblich eingeschränkt[1810].

IV. Urteil des EuGH in der Rechtssache Abrahamsson

1. Sachverhalt

Im Fall *Abrahamsson* stand mit § 16 Absatz 2 Nr. 2 des schwedischen Gleichstellungsgesetzes sowie § 15a VO 1993:100 für den Hochschulsektor eine Norm zur Disposition, wonach ein Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts, der hinreichende Qualifikationen für eine Stelle im Staatsdienst besitzt, einem Bewerber des anderen Geschlechts, der sonst ausgewählt worden wäre, vorgezogen werden kann, sofern der Unterschied zwischen den jeweiligen Qualifikationen der Bewerber nicht so groß ist, daß die Anwendung dieser Regelung gegen das Erfordernis der Sachgerechtigkeit verstößt. Am 3. Juni 1996 hatte die Universität Göteborg eine Professur für Hydrosphärologie ausgeschrieben. Am 18. November 1997 beschloß der Rektor der Universität Göteborg, Frau Fogelqvist auf den Lehrstuhl zu berufen, da

1802 *EuGH,* Rs. C-158/97 (Badeck), Slg. 2000, I-1875, Rdnrn. 38, 44, 55, 63, 66.
1803 *EuGH,* Rs. C-158/97 (Badeck), Slg. 2000, I-1875, Rdnr. 42.
1804 *EuGH,* Rs. C-158/97 (Badeck), Slg. 2000, I-1875, Rdnr. 51.
1805 *EuGH,* Rs. C-158/97 (Badeck), Slg. 2000, I-1875, Rdnr. 54.
1806 *EuGH,* Rs. C-158/97 (Badeck), Slg. 2000, I-1875, Rdnr. 54.
1807 *EuGH,* Rs. C-158/97 (Badeck), Slg. 2000, I-1875, Rdnr. 60.
1808 Vgl. *Küchhold,* ILJ 2001, 116 (119); *Köhler*, ELF 2000, 63 (65).
1809 *GA Saggio,* Schlußanträge, Rs. C-158/97 (Badeck), Slg. 2000, I-1875, Rdnr. 27.
1810 *GA Saggio,* Schlußanträge, Rs. C-158/97 (Badeck), Slg. 2000, I-1875, Rdnr. 28.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Unterschied zwischen deren Qualifikationen und denen des besser plazierten Herrn Anderson nicht so erheblich ist, daß die positive Diskriminierung gegen das Erfordernis der Sachgerechtigkeit bei der Einstellung verstößt[1811].

2. Position des EuGH

Der EuGH erklärte Regelungen wie das schwedische Gleichstellungsgesetz für unvereinbar mit Art. 2 Abs. 1 und 4 RL 76/207/EWG und Artikel 141 Abs. 4 EG[1812]. In einem Auswahlverfahren sei die Qualifikation der Bewerber grundsätzlich im Hinblick auf die Anforderungen der zu besetzenden Stelle oder des auszuübenden Amtes zu beurteilen[1813]. Zwar erklärte es der EuGH für zulässig, bei einer solchen Beurteilung bestimmte positive und negative Kriterien heranzuziehen, die, obwohl sie geschlechtsneutral formuliert sind und sich somit auch zugunsten von Männern auswirken können, im allgemeinen Frauen begünstigen[1814]. Solche Kriterien sollen nämlich offenkundig eine *materielle und nicht nur formale Gleichheit* herbeiführen, indem sie in der sozialen Wirklichkeit auftretende faktische Ungleichheiten verringern oder ausgleichen[1815]. Nach Ansicht des EuGH räumte die in Rede stehende Regelung Bewerbern des unterrepräsentierten Geschlechts jedoch einen *automatischen Vorrang* ein, wenn diese nur hinreichend qualifiziert sind. Die einzige Einschränkung bestehe darin, daß die Diskrepanz zwischen den Qualifikationen der Bewerber verschiedenen Geschlechts nicht so groß sein darf, daß sich daraus ein Verstoß gegen das Erfordernis der Sachgerechtigkeit bei der Einstellung ergeben würde[1816]. Der EuGH rügte zudem das Fehlen einer Öffnungsklausel, wonach die Bewerbungen Gegenstand einer objektiven Beurteilung sind, bei der die besondere persönliche Lage aller Bewerber berücksichtigt wird.[1817].

3. Analyse und Bewertung

In der *Abrahamsson*-Entscheidung zeigte der EuGH die Grenzen für nach dem Chancengleichheitsansatz zulässige *affirmative action*-Maßnahmen auf, indem er die gleichwertige Qualifikation der Kandidaten als strikte Voraussetzung zementierte. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, daß sowohl EuGH als auch GA Saggio die Auswahlmethode, welche eine Bevorzugung bei unterschiedlicher Qualifikation der Kandidaten zuläßt, als ein Problem der Verhältnismäßigkeit ansahen[1818]. Insbesondere das Fehlen einer Öffnungsklausel trug nach Ansicht von EuGH und GA Saggio zu dieser Unverhältnismäßigkeit bei[1819]. Das nach der schwedischen Regelung vorgesehene Mindestabstandsgebots in Bezug auf die Qualifikationen war zu unbestimmt und garantierte nicht die Einzelfallgerechtigkeit einer Öffnungsklausel.

1811 *EuGH,* Rs. C-407/98 (Abrahamsson), Slg. 2000, I-5539, Rdnrn. 14, 20, 44.
1812 *EuGH,* Rs. C-407/98 (Abrahamsson), Slg. 2000, I-5539, Rdnr. 56.
1813 *EuGH,* Rs. C-407/98 (Abrahamsson), Slg. 2000, I-5539, Rdnr. 46.
1814 *EuGH,* Rs. C-407/98 (Abrahamsson), Slg. 2000, I-5539, Rdnr. 47.
1815 *EuGH,* Rs. C-407/98 (Abrahamsson), Slg. 2000, I-5539, Rdnr. 48.
1816 *EuGH,* Rs. C-407/98 (Abrahamsson), Slg. 2000, I-5539, Rdnr. 52.
1817 *EuGH,* Rs. C-407/98 (Abrahamsson), Slg. 2000, I-5539, Rdnr. 53.
1818 *EuGH,* Rs. C-407/98 (Abrahamsson), Slg. 2000, I-5539, Rdnr. 55; *GA Saggio,* Schlußanträge, Rs. C-407/98 (Abrahamsson), Slg. 2000, I-5539, Rdnr. 28.
1819 *EuGH,* Rs. C-407/98 (Abrahamsson), Slg. 2000, I-5539, Rdnr. 53.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

V. Ergebnis zur Rechtsprechung des EuGH

Der EuGH hat mit dieser Rechtsprechungsserie anerkannt, daß staatlicherseits die bloße Beachtung des Diskriminierungsverbots der gesellschaftlichen Marginalisierung bestimmter Gruppen nicht angemessen Rechnung trägt. Daher hat er mit dem Ziel einer „sozialen Neupositionierung“[1820] für den Wettbewerb um Positionen in staatlichen Einrichtungen *affirmative action-Maßnahmen* als Ausnahmen vom Leistungsprinzip zugelassen. Danach ist für die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit von *affirmative action*-Maßnahmen zugunsten bestimmter gesellschaftlich benachteiligter Gruppen erforderlich, daß diese eine Öffnungsklausel für Angehörige der gesellschaftlich privilegierten Gruppe enthält, welche eine „absolute und unbedingten Vorrangstellung“ ausschließt. In der Erkenntnis, daß sowohl der materielle Gleichheitsbegriff als auch der Chancengleichheitsansatz letztendlich beide auf Herbeiführung von Gleichheit im Ergebnis gerichtet sind, hat er den Chancengleichheitsansatz fortentwickelt und damit entgegen anderer Ansicht[1821] dem materiellen Gleichheitsbegriff angenähert. Insbesondere die Großzügigkeit, die der EuGH im Fall *Badeck* bezüglich der Quotenregelungen walten ließ, zeigt, wie sehr der Chancengleichheitsbegriff des EuGH dem materiellen Gleichheitsbegriff mittlerweile ähnelt.

VI. Vorteile von affirmative action-Maßnahmen

1. Beseitigung bestehender Zugangshindernisse

Unter der Prämisse, daß ohne diskriminierende Barrieren die Arbeitnehmerlandschaft eine personelle Streubreite aufweisen würde, welche alle gesellschaftlichen Gruppen gemessen an ihrem Anteil an der Gesamtbevölkerung abbildet, ist die Tatsache, daß eine bestimmte gesellschaftliche Gruppe in dieser Sphäre auffallend unterrepräsentiert ist, ein starkes Indiz für das subtile Wirken versteckter Zugangshindernisse[1822]. *Affirmative action*-Maßnahmen verstehen sich daher als Mittel, um derartige Barrieren gegen den Aufstieg von gesellschaftlich schwachen Gruppen in der Arbeitswelt zu überwinden.

Derartige Barrieren wird man schwerlich mithilfe der herkömmlichen Instrumente gegen mittelbare Diskriminierung Herr. Diese haben den Nachteil, daß sie nicht flächendeckend Wirkung entfalten. Die Opfer unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung müssen eine kostspielige gerichtliche Überprüfung veranlassen und unter den Bedingungen einer meist ungünstigen Beweislastverteilung durchfechten. Außerdem besteht immer noch die Möglichkeit einer objektiven Rechtfertigung der mittelbaren Diskriminierung[1823]. Bei *affirmative action*-Maßnahmen hingegen muß zum einen der Arbeitgeber aktiv werden. Zum anderen ist jede Abweichung von den Vorgaben einfach einzuklagen[1824]. Es reicht bereits, daß ein klares Muster der Unterrepräsentation in bestimmten Positionen oder Berufen nachgewiesen werden kann[1825]. Bisweilen werden *affirmative action*-Maßnahmen auch als Maßnahmen der Wie-

1820 *GA Saggio,* Schlußanträge, Rs. C-158/97 (Badeck), Slg. 2000, I-1875, Rdnr. 27.
1821 *Schubert,* Affirmative Action und Reverse Discrimination, 103.
1822 *Fredman,* in: Social Law and Policy in an Evolving European Union, 171 (187).
1823 *Barmes/Ashtiany,* ILJ 2003, 274 (281).
1824 *Schiek,* The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 2000, 251 (255).
1825 *Fredman,* in: Social Law and Policy in an Evolving European Union, 171 (188).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dergutmachung[1826] für Diskriminierungen in der Vergangenheit verstanden. Dieser retrospektive Begründungsansatz ist aber nicht tragfähig, da gegebenenfalls diejenigen in den Genuß von *affirmative action*-Maßnahmen gelangen, die von Diskriminierung früher nicht betroffen waren, während unter Umständen diejenigen nicht davon profitieren können, die tatsächlich in der Vergangenheit unter Diskriminierung zu leiden hatten.

2. Optimierung der Entscheidungsprozesse

Wenn eine Funktionseinheit mit überwältigender Mehrheit aus Mitgliedern einer bestimmten Gruppe besteht, ist es unwahrscheinlich, daß die Erfahrungen und Perspektiven der jeweils ausgeschlossenen Gruppen zur Kenntnis genommen, verstanden und geschätzt werden[1827]. Sind dagegen auch Angehörige gesellschaftlich benachteiligter Gruppen vertreten, werden sie ihre Bedürfnisse und Interessen bei der Entscheidung artikulieren können und damit die Agenda und letztendlich auch die Resultate modifizieren[1828]. Entscheidungsprozesse sind in erster Linie das Ergebnis von Kommunikation und Diskussion. Erreicht die Anzahl der Mitglieder einer gesellschaftlich benachteiligten Gruppe die kritische Masse von 30 %, dann sind die Chancen groß, daß das jeweilige System die notwendige Dynamik gewinnt, um sich zukünftig selbst zu korrigieren[1829].

3. Role-Model-Wirkung

Außerdem wirken sich Repräsentanten als sogenannte *role models* auch positiv auf die Selbstwahrnehmung und Selbsteinschätzung der gesellschaftlich benachteiligten Gruppe aus, der sie angehören. Indem sie die Chance erhalten zu beweisen, daß sie die jeweilige Position oder den jeweiligen Beruf wirklich auszufüllen imstande sind, bauen sie stellvertretend negative Klischeevorstellungen und Stereotypen ab und geben damit anderen Mitgliedern das nötige Selbstvertrauen, es ihnen nachzutun[1830]. *Affirmative action*-Maßnahmen garantieren daher langfristigen Erfolg, da sich automatisch im Wege einer Kettenreaktion ein sogenanntes *informal recruitement network* generiert, das andere Mitglieder der betroffenen Gruppe mobilisiert und ermutigt.

VII. Generelle Gemeinsamkeiten zwischen affirmative action-Maßnahmen und sozialen Vergabekriterien

Im folgenden sollen die Gemeinsamkeiten zwischen *affirmative action*-Maßnahmen beim Wettbewerb um Positionen in staatlichen Einrichtungen und sozialen Vergabekriterien als Mittel zur Förderung der Chancengleichheit aufgezeigt werden.

1826 *GA Tesauro,* Schlußanträge, Rs. C-450/93 (Kalanke), Slg. 1995, I-3051, Rdnr. 9.
1827 *Fredman,* in: Social Law and Policy in an Evolving European Union, 171 (191).
1828 *Fredman,* in: Social Law and Policy in an Evolving European Union, 171 (189).
1829 *Fredman,* in: Social Law and Policy in an Evolving European Union, 171 (194).
1830 *Fredman,* in: Social Law and Policy in an Evolving European Union, 171 (192).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

1. Leistungswettbewerb

Die erste Gemeinsamkeit ist, daß *affirmative action*-Maßnahmen und soziale Vergabekriterien in einer Wettbewerbssituation um ein öffentliches Gut zur Anwendung gelangen, bei welcher der Leistungsaspekt im Vordergrund steht: *hic* der Leistungswettbewerb der Kandidaten um einen Arbeitsplatz bei der öffentlichen Hand über die bisher erworbene Qualifikationen (Bestenauslese), *tunc* der Leistungswettbewerb der Bieterunternehmen um einen öffentlichen Auftrag über die eingereichten Angebote „nach dem wirtschaftlich günstigsten Angebot". Sowohl bei den *affirmative action*-Maßnahmen als auch bei den sozialen Vergabekriterien würde ein bislang über Leistung definiertes System aufgelockert und um soziale Aspekte angereichert.

2. Identität der Gemeinwohlbelange

Auch die Ziele, die mit *affirmative action*-Maßnahmen und sozialen Vergabekriterien verfolgt werden sollen, sind identisch. Gefördert werden soll die Chancengleichheit von Angehörigen gesellschaftlich marginalisierter Gruppen. Beide Instrumentarien ziehen ihre Berechtigung aus dem Kampf der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft gegen „die strukturelle Arbeitslosigkeit"[1831], die nur durch eine Integration gesellschaftlich marginalisierter Gruppen in den Arbeitsmarkt abgebaut werden kann[1832].

3. Entwicklung der Rechtsprechungslinie des EuGH

Die Rechtsprechung des EuGH zu nationalen *affirmative action*-Maßnahmen hat sich ähnlich entwickelt wie die Judikatur des EuGH bezüglich sozialer Vergabekriterien. In beiden Fällen hatten sich EuGH und GAe allmählich im Zuge der Änderungen des EG-Vertrages zu einer Modifikation ihrer bisherigen Linie durchgerungen. Beachtet man die Textänderungen des EG-Vertrags, welche die Chancengleichheit und speziell *affirmative action*-Maßnahmen betreffen, und berücksichtigt man den zur Erreichung dieses Zieles wiederholt geäußerten Willen des Gemeinschaftsgesetzgebers, so mußte der EuGH zu dem Schluß gelangen, daß eine enge Auslegung des Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG nicht im Einklang mit der Entwicklung des einschlägigen Gemeinschaftsrechts steht[1833]. Art. 141 Abs. 4 EG macht unmißverständlich deutlich, daß der Begriff der Gleichstellung einen über das Diskriminierungsverbot hinausgehenden Bedeutungsgehalt hat[1834]. Die teleologische Auslegung ergibt, daß Gleichheitsrechte letztendlich darauf abzielen, soziale Diskriminierung zu korrigieren[1835]. Der Schwerpunkt bei *affirmative action*-Maßnahmen liegt daher ebenso wie bei sozialen Vergabekriterien[1836] auf der teleologischen Auslegung der jeweils einschlägigen Richtlinien[1837]. Hierbei stützen sich beide Instrumentarien auf dieselben Normen des EG-Vertrages. Art. 3

1831 Vgl. *Hannowsky,* Die Arbeitsmarktpolitik der Europäischen Union, 36.

1832 Vgl. *v. Wahl,* KJ 1996, 180 (196).

1833 *GA Saggio,* Schlußanträge, Rs. C-158/97 (Badeck), Slg. 2000, I-1875, Rdnr. 2.

1834 *Kocher,* RdA 2002, 167 (169).

1835 *Schiek,* The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 2000, 251 (266).

1836 Supra: S. 78.

1837 Vgl. *Schiek,* The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 2000, 251 (266).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Abs. 2 EG und Art. 141 Abs. 4 EG sind gleichermaßen für die Zulässigkeit von *affirmative actio*n-Maßnahmen und von sozialen Vergabekriterien herangezogen worden[1838].

4. Fehlgeschlagene Reformversuche in der Vergangenheit

Auch im Hinblick auf Geschichte und Gesetzgebungsprozeß weisen *affirmative action*-Maßnahmen und soziale Vergabekriterien Parallelen auf[1839]. 1996 schlug die Kommission anläßlich des *Kalanke*-Urteils eine Änderung von Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG vor[1840], welche Vorzugsregelungen für Frauen bezüglich des Zugangs zur Beschäftigung oder zum beruflichen Aufstieg erlaubte, soweit sie eine Bewertung der besonderen Umstände eines Einzelfalls nicht ausschließen[1841]. Ebenso wie sich das EP vergeblich für die Einführung sozialer Vergabekriterien ausgesprochen hatte[1842], vermochte die Kommission sich mit ihrem Anliegen der *affirmative action*-Maßnahmen nicht durchzusetzen.

5. Gemeinsamkeit zwischen affirmative action-*Maßnahmen und* subsidiären *sozialen Zuschlagskriterien*

Die Ausgangsposition der Kandidaten in den Urteilen *Marschall* und *Badeck* zeichnete sich durch die sogenannte Pattsituation (*tie-break*) aus. Die nationalen Normen konstituierten für die öffentlichen Arbeitgeber die Pflicht, Frauen bei Einstellung und Beförderung zu bevorzugen, soweit die Qualifikationen der ausgewählten Kandidaten gleichwertig waren. Das Geschlecht der Kandidaten kam daher nur in der letzten Phase der Auswahl zum Tragen, da die Rangfolge der beförderungs bzw. einstellungswürdigen Personen unabhängig von ihrem Geschlecht festgelegt wurde[1843].

Vergleicht man die Auswahlmethode, die der Rechtsprechungsserie zu den *affirmative action*-Maßnahmen zugrunde lag, mit den Urteilen zur Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien, so wird man feststellen, daß die dort einschlägige Pattsituation grundsätzlich identisch ist mit dem Fall *Französische Schulen*[1844]. In beiden Konstellationen spielt der soziale Aspekt im Entscheidungsprozeß das Zünglein an der Waage. Wie eng verwandt die Rechtslage in beiden Fällen ist, kommt in den Schlußanträgen von GA Saggio in der Rechtssache *Badeck* zum Ausdruck, der feststellte: „Deshalb muß zum einen bei der Ermittlung des Profils der Bewerber das Geschlecht ein „zusätzliches Kriterium" sein, das die Kriterien ergänzt, auf denen im allgemeinen die komplexe Beurteilung der Bewerber beruht[1845]. Um das Phänomen *affirmative action*-Maßnahmen und soziale Vergabekriterien zu beschreiben, benutzen die Akteure den Begriff der „zusätzlichen Kriterien". Die Zulässigkeit von *affirmative action*-Maßnahmen

1838 *Tobler,* ELR 2000, 618 (618 f.).

1839 Vgl. *Götz*, Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, 181.

1840 *Kommission,* Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingugen, ABl. 1996, C 179, S. 8.

1841 Art. 1 der vorgeschlagenen Änderungsrichtlinie.

1842 Supra: S. 65.

1843 *GA Saggio,* Schlußanträge, Rs. C-158/97 (Badeck), Slg. 2000, I-1875, Rdnr. 30.

1844 *EuGH,* Rs. C-225/98 (Kommission/Frankreich – Französische Schulen), Slg. 2000, I-7445.

1845 *GA Saggio,* Schlußanträge, Rs. C-158/97 (Badeck), Slg. 2000, I-1875, Rdnr. 32.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ist daher ein starkes Argument für die Zulässigkeit der *subsidiären* sozialen Zuschlagskriterien.

VIII. Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen affirmative action-Maßnahmen und sozialen Zuschlagskriterien

1. Individuelle Verantwortung der Bieterunternehmen

Darüber hinaus spricht die gemeinschaftsrechtliche Billigung von *affirmative action*-Maßnahmen auch für die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien, die als „vollwertige" Zuschlagskriterien ausgestaltet sind. Soziale Zuschlagskriterien können der Konstellation gleichen, daß im Wettbewerb um eine Position bei staatlichen Institutionen dem Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts der Vorzug gegeben wird, obwohl die Qualifikationen des männlichen Kandidaten höher einzustufen sind.

Dieser Vergleich mag auf den ersten Blick müßig erscheinen, hat der EuGH doch zuletzt in der *Abrahamsson*-Entscheidung unmißverständlich zum Ausdruck gebracht, daß derartige *affirmative action*-Maßnahmen, gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen und daher rechtswidrig sind[1846]. *Affirmative action*-Maßnahmen können keine Qualifikationsunterschiede ausgleichen[1847]. Auf den zweiten Blick jedoch ergeben sich im Hinblick auf den unmittelbaren Adressatenkreis der Normen Unterschiede zwischen *affirmative action*-Maßnahmen und sozialen Vergabekriterien. Bei dieser Gegenüberstellung ist das Augenmerk auf die folgenden zwei Vergleichspaare zu richten: Begünstigter der *affirmative action*-Maßnahmen ist der Kandidat, der als Mitglied einer gesellschaftlich benachteiligten Gruppe aus dem Bewerbungsverfahren erfolgreich hervorgeht. Im Vergabeverfahren wiederum profitiert dasjenige Bieterunternehmen, dem schließlich aufgrund der sozialen Vergabekriterien der Zuschlag erteilt wird. Demgegenüber stehen auf der Seite der Benachteiligten der aufgrund der *affirmative action*-Maßnahme unterlegene Kandidat sowie dasjenige unterlegene Bieterunternehmen, welches das nach rein betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten das wirtschaftlich günstigste Angebot abgegeben hat.

Das Hauptargument gegen derartige *affirmative action*-Maßnahmen ist, daß es für das konkret betroffene Individuum nicht zumutbar ist, ohne eine besondere subjektive Verantwortlichkeit benachteiligt zu werden. Es wird schlicht als ungerecht empfunden, daß der männliche Kandidat als Mitglied der gesellschaftlich dominanten Gruppe stellvertretend für die institutionelle Diskriminierungen von Frauen Einbußen seiner Rechtspositionen hinzunehmen hat. Denn das konkrete Individuum hat an dem generellen Problem der institutionellen Diskriminierung von bestimmten gesellschaftlichen Gruppen keinen Anteil und kann auch an seiner Eigenschaft als Mitglied der gesellschaftlich dominanten Gruppen nichts ändern.

Diese Feststellung trifft jedoch in der vergaberechtlichen Konstellation auf die betroffenen Bieterunternehmen nicht zu. Im Gegenteil, den Bieterunternehmen, welche die sozialen Vergabekriterien nicht erfüllen, kann *Verhaltensverantwortlichkeit* zur Last gelegt werden. Denn eine nach gesellschaftlichen Gruppen segregierte Personalstruktur läßt auf eine selektiven Auswahlprozeß schließen. Zwar mag es für ein Bieterunternehmen, welches Arbeitskräfte auf einem Arbeitsmarkt rekrutiert, der gruppenspezifisch segmentiert ist, konkret sachliche Grün-

1846 *EuGH,* Rs. C-407/98 (Abrahamsson), Slg. 2000, I-5539, Rdnr. 56.

1847 *Numhauser-Henning,* ILJ 2001, 121 (124).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

de dafür geben, diese Segregation auch im eigenen Betrieb widergespiegelt zu sehen[1848]. Die Summe all dieser Entscheidungen trägt jedoch zu einer Reproduktion der gesellschaftlichen Ungleichheiten bei[1849]. Insofern gibt es im Fall der Bieterunternehmen durchaus einen Anknüpfungspunkt für den Normbefehl der sozialen Zuschlagskriterien. Der Anknüpfungspunkt ist in dem unsoziales Verhalten zu sehen, welches quasi eine „Ingerenz" der Bieterunternehmen begründet.

2. Öffnungsklausel und Relative Ausschlußwirkung sozialer Zuschlagskriterien

Des weiteren gilt zu berücksichtigen, daß auch soziale Vergabekriterien kein System „absoluter und unbedingter Präferenz" schaffen[1850]. Der EuGH akzeptierte die Anwendung von *affirmative action*-Maßnahmen nur unter Hinzutreten einer Öffnungsklausel (*saving clause, hardship clause*), die es dem öffentlichen Arbeitgeber erlaubt, bei Vorliegen besonderer Umstände in der Person des männlichen Kandidaten von der Anwendung der *affirmative action*-Maßnahme abzusehen[1851]. Pattsituation und Öffnungsklausel schwächen die benachteiligende Wirkung der *affirmative action*-Maßnahme gegenüber den männlichen Kandidaten ab[1852] und ermöglichen per Rückausnahme eine flexible Korrektur.

Diese abmildernde Wirkung von Pattsituation und Öffnungsklausel übernimmt im Fall der sozialen Vergabekriterien die Ausgestaltung als Zuschlagskriterien. Auch hier kommt es zu keiner absolut und automatisch wirkenden Bevorzugung. Denn wie von Befürwortern[1853] wie auch Gegnern[1854] sozialer Vergabekriterien gleichermaßen zugestanden wird, zeichnen sich soziale *Zuschlagskriterien* gerade durch ihre *relative Ausschlußwirkung* aus. Auf der Stufe der Zuschlagsentscheidung ist der soziale Aspekt nur einer unter vielen betriebswirtschaftlichen Kriterien und kann damit auch überstimmt werden. Folglich werden sich Bieterunternehmen mit herausragend betriebswirtschaftlich günstigen Angeboten im Vergabeverfahren auch zukünftig durchsetzen, ohne die Bedingungen der sozialen Zuschlagskriterien zu erfüllen. Die Beurteilung der Angebote nach ihrer betriebswirtschaftlichen Günstigkeit, genießt weiterhin Vorrang gegenüber der Bevorzugung des sozial verantwortlich handelnden Bieterunternehmens. Die Auswahlfunktion bleibt in ihren Grundsätzen erhalten. Die Flexibilität, welche die Öffnungsklausel als Rückausnahme von der grundsätzlichen Präferenzregelung erzielt, ist sozialen Vergabekriterien in ihrer Ausgestaltung als Zuschlagskriterien geradezu inhärent.

3. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Zudem erfüllen soziale Zuschlagskriterien auch die im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit geäußerten Vorgaben für *affirmative action*-Maßnahmen. Prinzipiell darf bei Interessenkonflikten das Recht der nicht von der Norm profitierenden Zielgruppe nicht übermäßig beschnitten werden. Das Übermaßverbot ist im Fall der *affirmative action*-Maßnahmen dann berührt, wenn die Wirkungen der Korrekturmaßnahmen nicht in einem

1848 *Kocher,* RdA 2002, 167 (169).
1849 *Kocher,* RdA 2002, 167 (169).
1850 Vgl. *GA Saggio,* Schlußanträge, Rs. C-407/98 (Abrahamsson), Slg. 2000, I-5539, Rdnr. 28.
1851 *GA Saggio,* Schlußanträge, Rs. C-407/98 (Abrahamsson), Slg. 2000, I-5539, Rdnr. 30.
1852 Vgl. *GA Saggio,* Schlußanträge, Rs. C-407/98 (Abrahamsson), Slg. 2000, I-5539, Rdnrn. 28, 30, 32.
1853 *Krohn,* NZBau 2004, 92 (94); *Schneider*, DVBl. 2003, 1187 (1190).
1854 Vgl. *Forum vergabe,* Monatsinfo 6/02, 95; *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 212.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

angemessenen Verhältnis zu den tatsächlichen Bedürfnissen der benachteiligten Zielgruppe stehen. GA Saggio sah diese Situation als gegeben an, wenn sich beispielsweise erweisen sollte, daß sich die Frauen- und Männeranteile in einem Betrieb oder im öffentlichen Bereich nur unerheblich unterscheiden[1855]. Soziale Zuschlagskriterien haben nun den Vorteil, daß sie als produktionsbezogene Bedingungen für einen konkreten öffentlichen Auftrag ohnehin individuell zugeschnitten sind. Nach dem *mainstreaming*-Ansatz sind die öffentlichen Auftraggeber dazu gehalten, innerhalb ihres Verantwortungsbereichs den Bedarf für soziale Vergabekriterien zu klären und ihre Vorgaben stets der sozialen Realität anzupassen.

4. Objektives Verfahren

Des weiteren erfüllen soziale Vergabekriterien bereits eine weitere im Kontext mit *afffirmative action*-Maßnahmen aufgestellte Bedingung: Der EuGH hat in den Urteilen *Marschall*[1856], *Badeck*[1857] und *Abrahamsson*[1858] die Forderung aufgestellt, daß die öffentlichen Arbeitgeber in jedem Einzelfall eine objektiven Beurteilung der Bewerbungen vorzunehmen haben, bei der alle Elemente des persönlichen und beruflichen Profils der Bewerber berücksichtigt werden. Hierbei hatte der EuGH hervorgehoben, daß „die Kriterien in transparenter und nachprüfbarer Weise angewandt werden müssen, um jede willkürliche Beurteilung der Qualifikation der Bewerber auszuschließen“[1859]. Das Recht des öffentlichen Auftragsvergabe stellt jedoch nicht nur ein objektives Verfahren zur Verfügung, das den geschilderten Anforderungen entspricht. Das Vergabeverfahren gemäß den Vorgaben der Vergaberichtlinien ist geradezu die Inkarnation eines solchen objektiven Auswahlverfahrens.

5. Fiktion der Gleichwertigkeit

Ein weiterer Grund, warum man in der vergaberechtlichen Konstellation regelungstechnisch nicht auf der Stufe der Pattsituation Halt machen kann, ist die Tatsache, daß kaum jemals zwei Angebote identisch, i.e. gleich wirtschaftlich günstig sein werden[1860]. Wie GA Saggio in seinen Schlußanträgen zur Rechtssache *Abrahamsson* zu Recht anmerkte: Gleichwertigkeit stellt eine Fiktion dar, wenn man bedenkt, daß es praktisch unmöglich oder äußerst schwierig ist, zwei oder mehrere Bewerber auf dieselbe Stufe zu stellen[1861]. Angesichts der Komplexität und Fülle der in der Zuschlagsphase einschlägigen Vergabekriterien stellt sich die Pattsituation auch bei der öffentlichen Auftragsvergabe als ein eher hypothetischer Fall dar. In der Wettbewerbssituation des Vergabeverfahrens wird sich jedes Bieterunternehmen auf bestimmte Vergabekriterien kaprizieren und versuchen, sich darüber zu profilieren. Es wird daher äußerst selten vorkommen, daß einmal zwei Angebote exakt dieselbe Punktzahl erreichen.

1855 *GA Saggio,* Schlußanträge, Rs. C-158/97 (Badeck), Slg. 2000, I-1875, Rdnr. 29.
1856 *EuGH,* Rs. C-409/95 (Marschall), Slg. 1997, I-6363, Rdnr. 33.
1857 *EuGH,* Rs. C-158/97 (Badeck), Slg. 2000, I-1875, Rdnr. 22.
1858 *EuGH,* Rs. C-407/98 (Abrahamsson), Slg. 2000, I-5539, Rdnr. 43.
1859 *EuGH,* Rs. C-407/98 (Abrahamsson), Slg. 2000, I-5539, Rdnr. 49.
1860 *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 587.
1861 *GA Saggio,* Schlußanträge, Rs. C-407/98 (Abrahamsson), Slg. 2000, I-5539, Rdnr. 28.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

6. Ergebnis

Der Vergleich mit den gemeinschaftsrechtlich gebilligten *affirmative action*-Maßnahmen spricht für die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit sozialer Zuschlagskriterien. Erstere teilen mit letzteren eine Reihe von Gemeinsamkeiten wie die Wettbewerbssituation, die Förderungsziele und die gemeinschaftsgerichtliche Entwicklung. Auch in der konkreten Gegenüberstellung empfehlen sich die sozialen Zuschlagskriterien dank ihrer relativen Ausschlußwirkung sowie der Transparenz und Objektivität des Vergabeverfahrens. Aus Gründen der Homogenität und Kongruenz der Gemeinschaftsrechtsordnung entfaltet der vom EuGH erarbeitete statthafte Rahmen für *affirmative action*-Maßnahmen daher auch Indizwirkung für die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit sozialer Zuschlagskriterien.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kapitel Fünf: Tariftreueverpflichtung

A. Einleitung

I. Besonderheit der Tariftreueverpflichtung

Das Vergabekriterium der Tariftreueverpflichtung unterscheidet sich von den Chancengleichheitskriterien darin, daß es in erster Linie darauf abzielt, das Lohnniveau der am Ort der Ausführung des öffentlichen Auftrags lokal ansässigen Arbeitnehmerschaft zu bewahren. Während die übrigen sozialen Vergabekriterien einen Anreiz schaffen sollen, Angehörige gesellschaftlich marginalisierter Gruppen in den Arbeitsmarkt zu integrieren, steht bei der Tariftreueverpflichtung das Ziel im Vordergrund, soziale Besitzstände zu bewahren. Dieser grundsätzliche Unterschied in der arbeitsmarktpolitischen Zielsetzung wirft Fragen hinsichtlich der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit dieses sozialen Vergabekriteriums auf. Im Gegensatz zu dem Querschnittsziel der Chancengleichheit hat die Tariftreueverpflichtung mit ihrer Referenz an die Lohnstruktur des jeweiligen Mitgliedstaates zudem zwangsläufig einen nationalen Bezug. Angesichts des geographischen Anknüpfungspunktes stellt sich daher die Frage, wie sich das Vergabekriterium der Tariftreuverpflichtung vor dem Hintergrund der in Art. 49 EG verbrieften Dienstleistungsfreiheit legitimieren läßt.

II. Ratio der Tariftreueverpflichtung

1. Wettbewerbsdruck auf die nationalen Sozialstandards

Der an sich erfreuliche Anstieg des grenzüberschreitenden Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrs innerhalb der Gemeinschaft hat nicht nur einen verstärkten Wettbewerb zwischen den auf dem Binnenmarkt operierenden Wirtschaftsteilnehmern zur Folge, sondern bedeutet auch einen zunehmenden Wettbewerbsdruck für die nationalen Sozialschutzsysteme[1862]. Denn vermehrt erbringen Wirtschaftsteilnehmer aus Mitgliedstaaten der Gemeinschaft mit einem niedrigen Lohnniveau ihre Leistungen in Mitgliedstaaten mit einem hohen Lohnniveau[1863]. Die entsandten Arbeitnehmer arbeiten in letztgenannten Mitgliedstaaten teilweise für lediglich 20 % des nationalen Lohnniveaus[1864]. Die zunehmende Entsendung von EG-ausländischen Arbeitskräften führt im Aufnahmemitgliedstaat zu einem Anstieg der Arbeitslosigkeit[1865]. Dies gilt insbesondere für den volkswirtschaftlich bedeutsamen Wirtschaftszweig des Baugewerbes[1866], bei dem sich die öffentliche Hand mit einem Auftragsvolumen von circa 20% engagiert[1867]. Der vorgenannte Effekt verstärkt sich noch dadurch, daß besagter Wirtschaftszweig ohnehin bereits durch die Phänomene Tarifflucht,

1862 *Giesen,* CMLR 2003, 143 (144); *Schmitz,* Bundesarbeitsblatt 2002, 5 (8).

1863 Vgl. *Gerken/Löwisch/Rieble*, BB 1995, 2370 (2370).

1864 *v. Danwitz,* EuZW 2002, 237 (238).

1865 Vgl. *Buchner,* DB 2003, 1510 (1512)*; Gerken/Löwisch/Rieble*, BB 1995, 2370 (2370); *Marx,* BS Dezember 2001, 26 (26); *Seifert,* ZfA 2001, 1 (1); *Sigeman,* RdA 2003, 18 (21).

1866 *Büdenbender,* RdA 2000, 193 (196).

1867 *Losch,* NdsVBl. 2003, 73 (75).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Schwarzarbeit und Schattenwirtschaft geprägt ist[1868]. Brisanz erreicht dieser Trend naturgemäß in Mitgliedstaaten mit traditionell hohen Lohn- und Gehaltskosten. Bei der geschilderten Entwicklung handelt es sich jedoch um ein gemeinschaftsweit zu beobachtendes Phänomen[1869], keineswegs um ein deutsches Problem[1870].

2. Mindestlöhne im Sinne RL 96/71/EG im Hochlohnmitgliedstaat Deutschland

Im Hochlohnland Deutschland versucht man der eingangs geschilderten Entwicklung seit 1996 mithilfe des – in Umsetzung der RL 96/71/EG[1871] erlassenen – *Arbeitnehmerentsendegesetzes*[1872] (AEntG) zusammen mit der *Vierten VO über zwingende Arbeitsbedingungen im Baugewerbe*[1873] in Verbindung mit den Normen des *Mindestlohn-Tarifvertrags vom 29. Oktober 2003* beizukommen, wonach die Verpflichtung zur Zahlung der dort verankerten Mindestlöhne auch auf nicht tarifgebundene EG-ausländische Arbeitgeber erstreckt werden kann[1874]. Das AEntG sollte das Ungleichgewicht zwischen Arbeitgebern und dem einzelnen Arbeitnehmer bei den Lohnverhandlungen aufheben sowie die Konkurrenz der Arbeitnehmer untereinander beseitigen[1875].

Zum besseren Verständnis der nachfolgend skizzierten Rechtsprechung des EuGH seien an dieser Stelle kurz die *essentialia* von RL 96/71/EG dargestellt. RL 96/71/EG erklärt für die befristet im Aufnahmestaat tätigen Arbeitnehmer der Baubranche die dort geltenden Beschäftigungsbedingungen wie Mindestlöhne, Arbeitszeiten und Urlaubsbestimmungen für anwendbar[1876]. Danach hindert das Gemeinschaftsrecht die Mitgliedstaaten nicht daran, Gesetze oder Tarifverträge auf Personen anzuwenden, die – wenn auch nur vorübergehend – in ihrem Hoheitsgebiet beschäftigt werden, selbst wenn deren Arbeitgeber in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist. Das Gemeinschaftsrecht verbietet es den Mitgliedstaaten nicht, die Einhaltung dieser Bestimmungen mit angemessenen Mitteln sicherzustellen[1877]. In Zahlen präsentiert sich die Mindestlohnstruktur im deutschen Baugewerbe momentan wie folgt: Für die Lohngruppe 1 im Tarifgebiet West gilt ein Mindestlohn in Höhe von 10,36 EUR und im Tarifgebiet Ost in Höhe von 8,95 EUR. Die Arbeitnehmer der Lohngruppe 2 im Tarifgebiet West erhalten einen Mindestlohn in Höhe von 12,47 EUR und im Tarifgebiet Ost einen Mindestlohn in Höhe von 9,65 EUR[1878].

1868 *Linnenkohl,* BB 1994, 2077 (2082).

1869 Vgl. *Thüsing,* NJW 2002, 2071 ff.

1870 *v. Danwitz,* EuZW 2002, 237 (238).

1871 RL 96/71/EG des EP und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 1997, L 18, S. 1 ff.

1872 Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen vom 26. Februar 1996, BGBl. I, S. 227 ff., geändert BGBl. 1998 I S. 3843.

1873 Vierte VO über zwingende Arbeitsbedingungen im Baugewerbe vom 13. Dezember 2003, Bundesanzeiger Nr. 242 vom 30. Dezember 2003, S. 26093.

1874 § 1 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3 a AentG.

1875 *Bieback,* RdA 2000, 207 (208).

1876 Art. 3 Abs. 1 lit. c.

1877 Präambel RL 96/71/EG des EP und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 1997, L 18, S. 1 ff, Erwägungsgrund 12.

1878 Abrufbar auf der Homepage des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit unter: http://www.bmwa.bund.de.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Definition und Ausgestaltung der Tariftreueverpflichtung

Mit dem Vergabekriterium der Tariftreueverpflichtung können die öffentlichen Auftraggeber die Bieterunternehmen zur Einhaltung der am Ort der Leistungserbringung geltenden Tariflöhne bewegen, indem die Vergabe des öffentlichen Auftrags an die Verpflichtung zur Abgabe einer Tariftreueerklärung gekoppelt wird. Diese Tariflöhne am Ort der Leistungserbringung sind meist höher als die nationalen Mindestlöhne wie beispielsweise nach dem deutsche AEntG, dem französischen *Loi relative à la réduction négociée du temps de travail*[1879] oder dem britischen *National minimum wage Act 1998*[1880].

a. Deklaratorische Tariftreueverpflichtungen

Zu unterscheiden sind nun zwei Typen von Tariftreueverpflichtungen. Die erste Kategorie knüpft an die Einhaltung ohnehin bestehender Tarifpflichten an und konstituiert im Fall eines Verstoßes lediglich zusätzliche, vertraglich vereinbarte Sanktionsmöglichkeiten. Hier ist die Tariftreue nur eine besondere Ausprägung der Rechtstreue des Bieterunternehmens[1881]. Derartige Tariftreueverpflichtungen haben lediglich deklaratorischen Charakter[1882] und sind daher gemeinschaftsrechtlich unbedenklich[1883].

b. Konstitutive Tariftreueverpflichtungen

Dagegen werden bei der „konstitutiven Tariftreuerklärung“[1884] die Rechtswirkungen der nationalen Regelung erweitert. Sie vergrößern den Adressatenkreis des Normbefehls, da auch nicht tarifgebundene Bieterunternehmen, sogenannte Außenseiter, verpflichtet werden können, bei der Ausführung des öffentlichen Auftrages den am Ort der Leistung geltenden Tariflohn einzuhalten[1885]. Ihre gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit wird im folgenden diskutiert.

4. Beispiel des gescheiterten deutschen Tariftreuegesetzes (TTG)

Neben dem eingangs erwähnten Verfahren der konkreten Normenkontrolle vor dem BVerfG über das BerlVergG[1886] erlangte das Thema Tariftreueverpflichtung in Deutschland besondere Aktualität durch den Versuch von Bundesregierung und Bundestag, ein Tariftreuegesetz zu installieren. Der *Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur tariflichen Entlohnung bei öffentlichen Aufträgen*[1887] vom 12. Dezember war am 26. April 2002 vom Bundestag beschlossen worden, dann aber am 31. Mai 2002 im Bundesrat medienwirksam gescheitert.

1879 Modifiziert durch Art. 1 (Dispositions relatives au salaire minimum de croissance) de la Loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi ; abrufbar unter: http://lexinter.net/Legislation3/loi_relative_a_la_reduction_negociee_du_temps_de_travail.htm.

1880 National minimum wage Act 1998 vom 31. Juli 1998, in Kraft seit dem 1. April 1999, Chapter 39, section 1 (entitlement to the national minimum wage).

1881 *Seifert,* ZfA 2001, 1 (4).

1882 *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 397; *Seifert,* ZfA 2001, 1 (4).

1883 *Seifert,* ZfA 2001, 1 (30).

1884 *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 330; *Meyer,* Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 218.

1885 *Scholz,* RdA 2001, 193 (196).

1886 Supra: S. 5.

1887 *Bundesregierung,* Gesetz zur tariflichen Entlohnung bei öffentlichen Aufträgen und zur Errichtung eines Registers über unzuverlässige Unternehmen, Drucksachen 14/8896, 14/8285, 14/7796.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gemäß § 1 TTG sollte das Gesetz Wettbewerbsverzerrungen entgegenwirken, die auf dem Gebiet des Bauwesens und des öffentlichen Personennahverkehrs durch den Einsatz von Niedriglohnkräften entstehen, und die Belastungen für die sozialen Sicherungssysteme mildern. Der an die öffentlichen Auftraggeber addressierte § 3 Abs. 1 S. 1 TTG konstituierte den Grundsatz „Lohn der Baustelle“[1888]. Danach durften öffentliche Bauaufträge nur an Bieterunternehmen vergeben werden, die sich schriftlich verpflichten, ihren Arbeitnehmern bei der Ausführung der Leistung mindestens den in Abs. 2 festgelegten Anteil der am Ort der Leistungsausführung einschlägigen Lohn- und Gehaltstarife zu zahlen. Gemäß § 5 Abs. 1 TTG hatten die öffentlichen Auftraggeber die jeweils einschlägigen Lohn- und Gehaltstarife in der Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen zu benennen. § 5 Abs. 2 TTG eröffnete den öffentlichen Auftraggebern die Möglichkeit, vom Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung auf Anfrage die jeweils einschlägigen Lohn- und Gehaltstarife in Erfahrung zu bringen. Um die Einhaltung der Tariftreueverpflichtung zu sichern, ordnete § 7 Abs. 1 TTG für jeden schuldhaften Verstoß eine Vertragsstrafe von 1 Prozent des jeweiligen Auftragswertes an. Im Fall mindestens grob fahrlässiger und erheblicher Verstöße durfte der öffentliche Auftraggeber gemäß § 7 Abs. 2 TTG den Vertrag fristlos kündigen oder das betroffene Bieterunternehmen für die Dauer von bis zu drei Jahren von der öffentlichen Auftragsvergabe ausschließen. Dies erstreckte sich gemäß § 7 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TTG auch auf die Nachunternehmen. Im Hinblick auf die finanzielle Auswirkungen rechnete die Bundesregierung mit einer Verteuerungsrate von schätzungsweise 5 %, zuzüglich der Kosten für die Ermittlung der einschlägigen Tarifverträge sowie für die Kontrolle der Einhaltung der Tariftreuepflicht.

Deutschland ist nicht das einzige Beispiel für Bestrebungen, eine Tariftreueverpflichtung einzuführen. So erwägt beispielsweise die *Greater London Authority* gemäß ihrer *fair wages policy* die Einführung von sogenannten *fair employment clause*s, die den Bieterunternehmen die Zahlung der im öffentlichen Sektor üblichen Löhne abverlangen[1889]. Mit diesen Plänen knüpft die *Greater London Authority* an die Tradition der *labour clauses* der *fair wages resolution* des *House of Commons* vom 13. Februar 1891 an, welche von der Regierung Thatcher abgeschafft wurde.

B. Gemeinschaftlicher Maßstab für die Tariftreueverpflichtung

I. Keine Einschlägigkeit der Art. 81 EG ff.

Manche Autoren sehen bei der öffentlichen Auftragsvergabe unter Berücksichtigung des Vergabekriteriums der Tariftreueverpflichtung das Wettbewerbsrecht der Art. 81 ff. EG als einschlägig an[1890]. Hierbei ist jedoch die Rolle des Staates als Nachfrager[1891] und der gemeinschaftliche Status von nationalen Tarifverträgen zu berücksichtigen. Maßgeblich ist in

1888 *Kämmerer/Thüsing,* ZIP 2002, 596 (603); *Marx,* BS Dezember 2001, 26 (26).

1889 Abrufbar unter: http://www.unison.org.uk/bargaining/doc_view.asp?did=377.

1890 Vgl. *Fante,* Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 172; *Hopp,* DB 2000, 469 (470); *Kämmerer/Thüsing,* ZIP 2002, 596 (599); *Karenfort/Koppenfels/Siebert,* BB 1999, 1825 (1833); *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 29, 344; *Schäfer,* Öffentliche Belange im Auftragswesen und Europarecht, 450 ff.

1891 *Meyer,* Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 135, 146.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

diesem Zusammenhang die Grundsatzentscheidung des EuGH in der Rechtssache *Albany*[1892]. Nach Ansicht des EuGH wäre die Erreichung der mit Tarifverträgen angestrebten sozialpolitischen Ziele ernsthaft gefährdet, wenn für die Sozialpartner bei der gemeinsamen Suche nach Maßnahmen zur Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen Art. 81 EG Anwendung fände[1893]. Bei einer sachgerechten und zusammenhängenden Auslegung der Bestimmungen des Vertrages in ihrer Gesamtheit ergibt sich daher, daß Tarifverträge aufgrund ihrer Art und ihres Gegenstands nicht unter Art. 81 EG fallen[1894]. Der EuGH[1895] leitete das Ergebnis unmittelbar aus Art. 136 EG ff.[1896] und aus den Zielen des *Abkommens über die Sozialpolitik*[1897] ab. Art. 3 Abs. 1 lit. g, j EG setzte der EuGH die sozialpolitischen Ziele des Art. 2 EG entgegen, wonach der Gemeinschaft die Aufgabe zufällt, ein hohes Beschäftigungsniveau und ein hohes Maß an sozialem Schutz zu fördern[1898]. Die Position, daß Tarifverträge einen „wettbewerbsrechtlichen Ausnahmetatbestand“[1899] darstellen, hat der EuGH auch in späteren Urteilen bestätigt[1900].

II. Keine Einschlägigkeit von Art. 87 Abs. 1 EG

Wenn mitgliedstaatliche Maßnahmen Diskriminierungs- bzw. Beeinträchtigungspotential aufweisen, genießen die Grundfreiheiten, wie bereits geschildert[1901], grundsätzlich den Vorrang vor den Beihilfevorschriften der Art. 87 ff. EG[1902]. Da der Hauptvorwurf gegen die Tariftreueverpflichtung die Diskriminierungs- respektive die Beschränkungsproblematik ist, sind als Prüfungsmaßstab in erster Linie die Grundfreiheiten heranzuziehen.

III. Keine Einschlägigkeit von Art. 39 EG

Die Tariftreueverpflichtung ist jedoch nicht, wie teilweise vorgeschlagen wird[1903], an der Arbeitnehmerfreizügigkeit gemäß Art. 39 EG zu messen. Auf den ersten Blick erscheint eine mittelbare Einschränkung der Freizügigkeit der zu entsendenden Arbeitnehmer möglich, da sich wegen der höheren Lohn- und Gehaltskosten *de facto* die Chancen der Arbeitnehmer verringern, eingestellt und im EG-Ausland eingesetzt zu werden[1904]. Allerdings handelt es sich hierbei nur um einen vorübergehenden Ortswechsel der Arbeitnehmern. Die entsandten

1892 *EuGH,* Rs. C-67/96 (Albany), Slg. 1999, I-5751, Rndr. 60
1893 *EuGH,* Rs. C-67/96 (Albany), Slg. 1999, I-5751, Rdnr. 59.
1894 *EuGH,* Rs. C-67/96 (Albany), Slg. 1999, I-5751, Rdnr. 60.
1895 *EuGH,* Rs. C-67/96 (Albany), Slg. 1999, I-5751, Rdnr. 57.
1896 *EuGH,* Rs. C-67/96 (Albany), Slg. 1999, I-5751, Rdnr. 55 f.
1897 Abkommen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäische Gemeinschaft mit Ausnahme des Vereinigten Koenigreichs Großbritannien und Nordirland über Sozialpolitik, ABl. 1992, C 191, S. 91 ff.
1898 *EuGH,* Rs. C-67/96 (Albany), Slg. 1999, I-5751, Rdnr. 54; Rs. 219/97 (Bokken), Slg. 1999, I-6121, Rdnr. 41.
1899 *Seifert,* ZfA 2001, 1 (24).
1900 *EuGH,* Rs. C-219/97 (Bokken), Slg. 1999, I-6121, Rdnr. 44, 47.
1901 Supra: S. 101 ff.
1902 Vgl. *Seifert,* ZfA 2001, 1 (25 f.).
1903 *Fante,* Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 125; *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 340.
1904 *Konzen,* NZA 2002, 781 (781).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Arbeitnehmer kehren nämlich nach Erfüllung ihrer Aufgabe in ihren Herkunftsmitgliedstaat zurück, ohne sich in den Arbeitsmarkt des Aufnahmemitgliedstaats zu integrieren[1905].

IV. Einschlägigkeit der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 49 EG

1. Aktive Dienstleistungs- und Entsendefreiheit

Im Fall der konstitutiven Tariftreueverpflichtungen ist die sogenannte aktive Dienstleistungsfreiheit (Recht zur Dienstleistungserbringung) einschlägig. Hierunter fällt die Situation, daß sich ein Dienstleister in das EG-Ausland begibt, um dort seine Dienstleistung zu erbringen[1906]. Konkret ist die Dienstleistungsfreiheit in Form der Entsendefreiheit betroffen, also die Freiheit, die Dienstleistung durch Entsendung der im eigenen Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer in den Aufnahmestaat zu erbringen[1907].

2. Umfassendes Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot

Die Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 49 EG konstituiert ein umfassendes Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot. Die lediglich auf den Grundsatz der Inländergleichbehandlung hindeutende Norm des Art. 50 Abs. 3 EG („unter den Voraussetzungen, welche dieser Staat für seine eigenen Angehörigen vorschreibt") steht einer expansiven Deutung des Beschränkungsbegriffs des Art. 49 EG nicht entgegen[1908]. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH verlangt Art. 49 EG die Aufhebung *aller* Beschränkungen, selbst wenn sie unterschiedslos für inländische und EG-ausländische Dienstleister gelten, sofern sie nur geeignet sind, die Tätigkeiten EG-ausländischer Dienstleister zu unterbinden, behindern oder weniger attraktiv zu machen[1909]. In Anlehnung an die *Dassonville*-Formel des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit umfaßt Art. 49 EG daher grundsätzlich alle staatlichen Maßnahmen, die geeignet sind, den Dienstleistungsverkehr unmittelbar oder mittelbar, aktuell oder potentiell zu behindern[1910]. Dies ist dann der Fall, wenn die Anwendung der nationalen Regelungen des Aufnahmemitgliedstaats zusätzliche administrative Belastungen und wirtschaftliche Kosten zur Folge hat[1911].

1905 *EuGH*, Rs. C-113/89 (Rush Portuguesa), Slg. 1990, I-1417 Rdnr. 15; GA *Mischo,* Schlußanträge, Rs. C-49/98 (Finalarte), Slg. 2001, I-7831, Rdnr. 29; *GA Mischo,* Schlußanträge, Rs. 164/99 (Portugaia Construções), Slg. 2002, I-787, Rdnr. 22; vgl. *Meyer,* Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 208.

1906 *Müller-Graff,* in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, Art. 49, Rdnr. 45.

1907 *Kling,* EuZW 2002, 229 (232).

1908 *EuGH,* Rs. 369/96 (Arblade), Slg. 1999, I-8453, Rdnr. 34; Rs. C-180/89 (Kommission/Italien), Slg. 1991, I-709, Rdnr. 17; Rs. 76/90 Säger, Slg. 1991, I-4221, Rdnr. 15; Rs. C-43/93 (Vander Elst), Slg. 1994, I-3803, Rdnr. 16; Rs. 272/94 (Guiot), Slg. 1996, I-1905, Rdnr. 11; Rs. C-165/98 (Mazzoleni), Slg. 2001, I-2189 Rdnr. 22.

1909 *EuGH,* Rs. C-76/90 (Säger), Slg. 1991, I-4221, Rdnr. 12; Rs. C-43/93 (Vander Elst), Slg. 1994, I-3803, Rdnr. 14; Rs. C-272/94 (Guiot), Slg. 1996, I-1905, Rdnr. 10; Rs. C-3/95 (Reisebüro Bröde), Slg. 1996, I-6511, Rdnr. 25; Rs. C-222/95 (Parodi), Slg. 1997, I-3899, Rdnr. 18; Rs. 369/96 (Arblade), Slg. 1999, I-8453, Rdnr. 30; Rs. C-49/98 (Finalarte), Slg. 2001, I-7831, Rdnr. 28; Rs. C-164/99 (Portugaia Construções), Slg. 2002, I-787, Rdnr. 16.

1910 *Müller-Graff,* in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 49, Rdnr. 85.

1911 *EuGH,* Rs. C-165/98 (Mazzoleni und ISA), Slg. 2001, I-2189, Rdnr. 24; Rs. C-164/99 (Portugaia Construções), Slg. 2002, I-787, Rdnr. 18.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Rechtfertigung durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls

Der freie Dienstleistungsverkehr als fundamentaler Grundsatz des EG-Vertrages kann nur durch Regelungen beschränkt werden, die durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind und für alle im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats tätigen Personen oder Unternehmen gelten, soweit dieses Interesse nicht durch die Vorschriften geschützt wird, denen der Dienstleister bereits im Herkunftsstaat unterliegt[1912]. Staatliche Maßnahmen, die eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellen, können nicht durch Ziele wirtschaftlicher Art wie den Schutz der inländischen Unternehmen gerechtfertigt werden[1913]. Gleiches gilt für rein administrative Erwägungen[1914]. Die Anwendung nationaler Regelungen unterliegt dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz[1915].

C. Rechtsprechung des EuGH

Im folgenden soll nun die sogenannte Mindestlohnrechtsprechung des EuGH skizziert werden. Sie stellt die Weichen für die sich daran anschließende Analyse und Bewertung der Vereinbarkeit der Tariftreueverpflichtung mit der Dienstleistungsfreiheit.

I. Urteil des EuGH in der Rechtssache Rush Portuguesa

1. Sachverhalt

Dem Vorlageverfahrens gemäß Art. 234 EG lag ein Rechtsstreit zwischen dem portugiesischem Bauunternehmen Rush Portuguesa und dem französischen Einwanderungsamt (ONI) zugrunde. Ersteres hatte mit einem französischen Unternehmen einen Subunternehmervertrag über die Durchführung von Bauarbeiten in Westfrankreich geschlossen und zu diesem Zweck ihre portugiesischen Arbeitnehmer aus Portugal kommen lassen. Gemäß Art. L 341.9 Code du travail darf jedoch nur das ONI Angehörige von Drittstaaten in Frankreich anwerben. Die Rush Portuguesa wandte sich gegen die ihr strafweise auferlegte Zahlung eines Sonderbeitrags und stützte sich hierbei auf Art. 49 EG[1916].

1912 *EuGH,* Rs. 279/80 (Webb), Slg. 1981, 3305, Rdnr. 17; Rs. C-180/89 (Kommission/Italien), Slg. 1991, I-709, Rdnr. 17; Rs. C-198/89 (Kommission/Griechenland), Slg. 1991, I-727, Rdnr. 18; Rs. C-76/90 (Säger), Slg. 1991, I-4221, Rdnr. 15; Rs. C-43/93 (Vander Elst), Slg. 1994, I-3803, Rdnr. 16; Rs. 272/94 (Guiot), Slg. 1996, I-1905, Rdnr. 11; Rs. 369/96 (Arblade), Slg. 1999, I-8453, Rdnr. 34; Rs. C-165/98 (Mazzoleni), Slg. 2001, I-2189 Rdnr. 25.

1913 *EuGH*; Rs. 352/85 (Bond van Adverteerders), Slg. 1988, 2085, Rdnr. 34; Rs. C-398/95 (SETTG), Slg. 1997, I-3091, Rdnr. 23; Rs. C-49/98, C-50/98, C-52/98 bis C-54/98 und C-68/98 bis C-71/98 (Finalarte), Slg. 2001, I-7831, Rdnr. 39.

1914 *EuGH,* Rs. C-18/95 (Terhöve), Slg. 1999, I-345, Rdnr. 45; Rs. C-369/96 (Arblade), Slg. 1999, I-8453, Rdnr. 37.

1915 *EuGH,* Rs. 76/90 (Säger), Slg. 1991, I-4221, Rdnr. 15; Rs. C-19/92 (Kraus), Slg. 1993, I-1663, Rdnr. 32; Rs. C-55/94 (Gebhard), Slg. 1995, I-4165, Rdnr. 37; Rs. C-272/94 (Guiot), Slg. 1996, I-1905, Rdnr. 13; Rs. C-369/96 (Arblade), Slg. 1999, I-8453, Rdnr. 35.

1916 *EuGH,* Rs. C-113/89 (Rush Portuguesa), Slg. 1990, I-1417, Rdnr. 3.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Position des EuGH

Der EuGH wiederholte die in der Rechtssache Seco/EVI[1917] getroffene Aussage, „daß es das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten nicht verwehrt, ihre Rechtsvorschriften oder die von den Sozialpartnern geschlossenen Tarifverträge unabhängig davon, in welchem Land der Arbeitgeber ansässig ist, auf alle Personen auszudehnen, die in ihrem Hoheitsgebiet, und sei es auch nur vorübergehend, eine unselbständige Erwerbstätigkeit ausüben[1918].

II. Urteil des EuGH in der Rechtssache Arblade

1. Sachverhalt

Gemäß dem für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag für die Baubranche hatte ein Unternehmen, das Bauarbeiten in Belgien ausführt, unabhängig davon, ob es dort ansässig ist, seinen Arbeitnehmern die in diesem Tarifvertrag festgelegte Mindestvergütung zu zahlen sowie Arbeitgeberbeiträge für das dort geregelte Schlechtwetter- und Treuemarkensystem zu entrichten. Die französischen Bauunternehmer Arblade und Leloup führten in Belgien Bauarbeiten durch und entsandten dazu Arbeitnehmer nach Belgien. Als gegen Arblade und Leloup wegen der nicht gezahlten Mindestvergütung ein Strafverfahren eingeleitet wurde, beriefen sie sich auf Art. 49 EG[1919].

2. Position des EuGH

Nach Ansicht des EuGH stellt eine nationale Regelung, welche den Arbeitgeber verpflichtet, zusätzlich zu den bereits von ihm an den Fonds des Herkunftsmitgliedstaats abgeführten Beiträgen Arbeitgeberbeiträge an den Fonds des Aufnahmemitgliedstaats zu entrichten, eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs dar. Eine solche Verpflichtung verursache nämlich den in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen zusätzliche administrative und wirtschaftliche Kosten[1920]. Sodann urteilte der EuGH, daß zu den anerkannten zwingenden Gründen des Allgemeininteresses auch der Schutz der Arbeitnehmer gehöre[1921], insbesondere der Arbeitnehmer des Baugewerbes[1922]. Das mit dem sozialen Schutz der Arbeitnehmer des Baugewerbes verbundene Allgemeininteresse rechtfertige auch Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs[1923]. Es sei denn, die entsandten Arbeitnehmer genießen aufgrund der Verpflichtungen, denen der Arbeitgeber bereits in seinem Herkunftsmitgliedstaat unterliegt, den gleichen oder einen im wesentlichen vergleichbaren Schutz[1924]. Zudem

---

1917 *EuGH,* Rs. 62/81 und 63/81 (Seco/EVI), Slg . 1982, 223, Rdnr. 14

1918 *EuGH,* Rs. 62/81 und 63/81 (Seco/EVI), Slg . 1982, 223, Rdnr. 14; Rs. C-113/89 (Rush Portuguesa), Slg. 1990, I-1417, Rdnr. 18.

1919 *EuGH,* Rs. C-369/96 (Arblade), Slg. 1999, I-8453, Rdnrn. 6, 7, 20.

1920 *EuGH,* Rs. C-369/96 (Arblade), Slg. 1999, I-8453, Rdnr. 50.

1921 *EuGH,* Rs. 279/80, (Webb), Slg. 1981, 3305, Rdnr. 19; Rs. 62/81 und 63/81 (Seco/EVI), Slg. 1982, 223, Rdnr. 14; Rs. C-113/89 (Rush Portuguesa), Slg. 1990, I-1417, Rdnr. 18; Rs. 369/96 (Arblade), Slg. 1999, I-8453, Rdnr. 36.

1922 *EuGH,* Rs. C-272/94 (Guiot), Slg. 1996, I-1905, Rdnr. 16.

1923 *EuGH,* Rs. C-369/96 (Arblade), Slg. 1999, I-8453, Rdnrn. 42, 51.

1924 *EuGH,* Rs. C-369/96 (Arblade), Slg. 1999, I-8453, Rdnr. 51; vgl. Rs. C-76/90 (Säger), Slg. 1991, I-4221, Rdnr. 15; Rs. C-19/92 (Kraus), Slg. 1993, I-1663, Rdnr. 32; Rs. C-55/94 (Gebhard), Slg. 1995, I-4165,

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

stellte der EuGH die Forderung auf, daß die staatlichen Maßnahmen tatsächlich Anspruch auf eine soziale Vergünstigung begründen[1925] sowie hinreichend genau und zugänglich sein müssen, um einem solchen Arbeitgeber in der Praxis die Feststellung seiner Verpflichtungen nicht unmöglich oder übermäßig schwer zu machen[1926].

III. Urteil des EuGH in der Rechtssache Finalarte

1. Sachverhalt

Der deutsche Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe (BRTV) erlaubte es dem Arbeitnehmer, seine bei verschiedenen Arbeitgebern erworbenen Urlaubsansprüche zusammenzurechnen und in vollem Umfang bei seinem aktuellen Arbeitgeber geltend zu machen, unabhängig davon, wie lange er bei diesem Arbeitgeber beschäftigt ist. Um eine gleichmäßige Verteilung der finanziellen Belastungen zwischen den Arbeitgebern zu gewährleisten, zahlen die in Deutschland ansässigen Arbeitgeber an die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft (Kasse) Beiträge und erwerben im Gegenzug Ansprüche auf Erstattung des Urlaubsentgelts, das sie an ihre Arbeitnehmer gezahlt haben. Durch das AEntG wurde diese Beitragsverpflichtung auch auf Arbeitsverhältnisse zwischen Unternehmen mit Sitz außerhalb Deutschlands und den von ihnen entsandten Arbeitnehmern erstreckt. Allerdings müssen die außerhalb Deutschlands ansässigen Arbeitgeber der Kasse mehr Auskünfte erteilen als die in Deutschland ansässigen Arbeitgeber. Das Vorlageverfahren gemäß Art. 234 EG entzündete sich an einer Reihe von Rechtsstreitigkeiten, in denen die Kasse auf Zahlung von Beiträgen gegen EG-ausländische Arbeitgeber geklagt hatte. Der Gesetzesbegründung zum AEntG sei das erklärte Ziel zu entnehmen, die deutschen Unternehmen des Baugewerbes gegen den steigenden Wettbewerbsdruck durch EG-ausländische Dienstleistende zu schützen. Das vorlegende Gericht erhoffte sich Aufschluß über die Frage, ob die Regelungen des AEntG unverhältnismäßig sind, weil deren Zielsetzungen bereits durch RL 93/104/EG *des Rates vom 23. November 1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung*[1927] geschützt würden[1928].

2. Position des EuGH

Der EuGH indes sah in der Absicht des nationalen Gesetzgebers lediglich einen Anhaltspunkt für die mit dem Gesetz verfolgten Ziele. Die gesetzgeberischen Intentionen seien nicht allein ausschlaggebend[1929]. Das nationale Gericht müsse feststellen, ob die Regelung bei objektiver Betrachtung den Schutz der entsandten Arbeitnehmer fördert[1930], also den Arbeitnehmern einen tatsächlichen Vorteil verschafft, der deutlich zu ihrem sozialen Schutz bei-

---

Rdnr. 37; Rs. C-272/94 (Guiot), Slg. 1996, I-1905, Rdnr. 16; Rs. C-3/95 (Reisebüro Bröde), Slg. 1996, I-6511, Rdnr. 28.

1925 *EuGH,* Rs. 62/81 und 63/81 (Seco/EVI), Slg. 1982, 223, Rdnr. 15; Rs. C-369/96 (Arblade), Slg. 1999, I-8453, Rdnr. 52.

1926 *EuGH,* Rs. C-369/96 (Arblade), Slg. 1999, I-8453, Rdnr. 80.

1927 RL 93/104/EG des Rates vom 23. November 1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABl. 1993, L 307, S. 18 ff.

1928 *EuGH,* Rs. C-49/98 (Finalarte), Slg. 2001, I-7831, Rdnrn. 2, 5, 7, 12, 16, 55.

1929 *EuGH,* Rs. C-49/98 (Finalarte), Slg. 2001, I-7831, Rdnr. 40.

1930 *EuGH,* Rs. C-49/98 (Finalarte), Slg. 2001, I-7831, Rdnr. 41.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

trägt[1931]. Eine Regelung gewähre den entsandten Arbeitnehmern dann keinen tatsächlichen zusätzlichen Schutz, wenn diese im Herkunftsstaat den gleichen oder einen im Wesentlichen vergleichbaren Schutz genießen[1932]. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung müsse das nationale Gericht die dem Dienstleister entstehenden Belastungen und den zusätzliche sozialen Schutz, den die fragliche Norm den Arbeitnehmern im Vergleich zur Regelung des Herkunftsmitgliedstaats ihres Arbeitgebers gewährt, gegeneinander abwägen[1933]. Im Hinblick auf RL 93/104/EG konstatierte der EuGH, daß diese lediglich ein Mindestschutzniveau festlegt[1934]. Sie lasse das Recht der Mitgliedstaaten, günstigere Vorschriften anzuwenden oder zu erlassen bzw. die Anwendung von günstigeren Tarifverträgen zu fördern oder zu gestatten unberührt[1935]. Es sei Sache jedes Mitgliedstaats, die Urlaubslänge zu bestimmen, die im Allgemeininteresse erforderlich ist[1936].

IV. Urteil des EuGH in der Rechtssache Mazzoleni und ISA

1. Sachverhalt

Der belgische für allgemeinverbindlich erklärte Tarifvertrag für Wachdienste erstreckte seine Geltungskraft auf alle Wachdienstunternehmen, die in Belgien eine Tätigkeit ausüben, unabhängig davon, ob sie ihren Sitz in Belgien oder im Ausland haben. Das französische Wachunternehmen ISA beschäftigte zwischen dem 1. Januar 1996 und 14. Juli 1997 dreizehn Arbeitnehmer mit der Bewachung einer Verkaufsgalerie in Messancy. Einige dieser Arbeitnehmer waren in Belgien vollzeitbeschäftigt, während andere dort nur einen Teil der Zeit beschäftigt waren und im übrigen auch in Frankreich Arbeitsleistungen erbrachten. Die Grundvergütung eines in Belgien beschäftigten Arbeitnehmers der ISA betrug ungefähr 237,59 BEF, obwohl der belgische Tarifvertrag einen Mindestlohn von 356,68 BEF vorsah. Wegen Nichtbeachtung der Verpflichtung zur Zahlung des Mindeststundenlohns wurden die ISA und ihr Geschäftsführer angeklagt[1937]. Die Angeklagten beriefen sich auf Art. 49 EG.

2. Position des EuGH

Der EuGH beharrte auf seinem im *Arblade*-Urteil[1938] eingenommenen Standpunkt[1939]. Allerdings könne sich die Anwendung nationaler Mindestlohnvorschriften im Hinblick auf das angestrebte Ziel, den Schutz der betroffenen Arbeitnehmer[1940], als unverhältnismäßig erweisen, wenn es sich um Beschäftigte eines Unternehmens mit Sitz in einer grenznahen Region handelt, die einen Teil ihrer Arbeit in Teilzeit und für kurze Zeiträume im Hoheitsgebiet eines oder mehrerer anderer Mitgliedstaaten als desjenigen erbringen müssen, in dem das

1931 *EuGH,* Rs. C-49/98 (Finalarte), Slg. 2001, I-7831, Rdnr. 42.
1932 *EuGH,* Rs. C-49/98 (Finalarte), Slg. 2001, I-7831, Rdnr. 48.
1933 *EuGH,* Rs. C-49/98 (Finalarte), Slg. 2001, I-7831, Rdnr. 50.
1934 *EuGH,* Rs. C-49/98 (Finalarte), Slg. 2001, I-7831, Rdnr. 57.
1935 Art. 15 RL 93/104/EG.
1936 *EuGH,* Rs. C-49/98 (Finalarte), Slg. 2001, I-7831, Rdnr. 58.
1937 *EuGH,* Rs. C-165/98 (Mazzoleni und ISA), Slg. 2001, I-2189, Rdnrn. 4, 8, 9, 10, 11.
1938 *EuGH,* Rs. C-369/96 und C-376/96 (Arblade), Slg. 1999, I-8453, Rdnr. 42.
1939 *EuGH,* Rs. C-165/98 (Mazzoleni und ISA), Slg. 2001, I-2189, Rdnr. 29
1940 *EuGH,* Rs. C-165/98 (Mazzoleni und ISA), Slg. 2001, I-2189, Rdnr. 30.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Unternehmen seinen Sitz hat[1941]. In so einem Fall würden nationale Mindestlohnvorschriften zu unverhältnismäßig hohen zusätzlichen Verwaltungskosten führen. Die Regelung könnte Spannungen zwischen den Beschäftigten zur Folge haben und sogar die Kohärenz der im Niederlassungsmitgliedstaat geltenden Tarifverträge bedrohen[1942]. Die nationalen Behörden des Aufnahmemitgliedstaats müßten daher feststellen, ob und inwieweit, die Anwendung nationaler Mindestlohnregelungen auf ein solches Unternehmen erforderlich und verhältnismäßig ist, um den Schutz der betroffenen Arbeitnehmer sicherzustellen[1943]. Hierbei gab der EuGH den nationalen Behörden auf, sich konkret über die Höhe des Entgelts, die Dauer der Arbeit sowie die Höhe der Sozialabgaben und der steuerlichen Belastung zu vergewissern[1944].

V. Urteil des EuGH in der Rechtssache Portugaia Construções

1. Sachverhalt

§ 1 Abs. 1 S. 1 und 3 AEntG verpflichtet den Arbeitgeber des Herkunftsmitgliedstaats, seinen nach Deutschland entsandten Arbeitnehmern den dort niedergelegten Mindestlohn zu gewähren. Ausweislich der Gesetzesbegründung sollte mit dem AEntG das Ziel verfolgt werde, den nationalen Arbeitsmarkt zu schützen, die nationale Arbeitslosigkeit abzubauen und den heimischen Unternehmen eine Anpassung an den Binnenmarkt zu ermöglichen. Die portugiesische Gesellschaft Portugaia Construções (Portugaia) führte Bauarbeiten in Deutschland aus und entsandte hierzu mehrere ihrer Arbeitnehmer nach Deutschland. Da die Portugaia den nach dem AEntG zu zahlenden Mindestlohn unterschritten hatte, wurde der Verfall des Erlangten, also der Differenz zwischen dem zu zahlenden und dem tatsächlich gezahlten Stundenlohn, angeordnet[1945].

2. Position des EuGH

Auch in diesem Fall befand der EuGH als zwingenden Grund des Allgemeininteresses den bereits anerkannten[1946] Schutz der Arbeitnehmer für einschlägig[1947]. Die Mitgliedstaaten dürften EG-ausländische Dienstleister dazu verpflichten, die durch die nationalen Vorschriften dieses Mitgliedstaates festgelegten Mindestlöhne zu zahlen[1948]. Die Absicht des Gesetz-

1941 *EuGH,* Rs. C-165/98 (Mazzoleni und ISA), Slg. 2001, I-2189, Rdnr. 41.

1942 *EuGH,* Rs. C-165/98 (Mazzoleni und ISA), Slg. 2001, I-2189, Rdnr. 36.

1943 *EuGH,* Rs. C-165/98 (Mazzoleni und ISA), Slg. 2001, I-2189, Rdnr. 41.

1944 *EuGH,* Rs. C-165/98 (Mazzoleni und ISA), Slg. 2001, I-2189, Rdnr. 39.

1945 *EuGH,* Rs. C-164/99 (Portugaia Construções), Slg. 2002, I-787, Rdnrn. 4, 9, 10, 12.

1946 *EuGH,* Rs. C-79/01 (Payroll Data Services), Slg. 2002, I-8923, Rdnr. 31; Rs. 279/80 (Webb), Slg. 1981, 3305, Rdnr. 19, Rs. 62/81 und 63/81 (Seco/EVI), Slg. 1982, 223, Rdnr. 14; Rs. C-113/89 (Rush Portuguesa), Slg. 1990, I-1417, Rdnr. 18; Rs. C-369/96 und C-376/96 (Arblade), Slg. 1999, I-8453, Rdnr. 36; Rs. C-165/98 (Mazzoleni und ISA), Slg. 2001, I-2189, Rdnr. 27; Rs. C-49/98 (Finalarte), Slg. 2001, I-7831, Rdnr. 33; Rs. C-164/99 (Portugaia Construções), Slg. 2002, I-787, Rdnr. 20; Rs. C-165/98 (Mazzoleni und ISA), Slg. 2001, I-2189, Rdnr. 27.

1947 *EuGH,* Rs. C-164/99 (Portugaia Construções), Slg. 2002, I-787, Rdnrn. 20, 22.

1948 *EuGH,* Rs. 62/81 und 63/81 (Seco/EVI), Slg. 1982, 223, Rdnr. 14; Rs. C-272/94 (Guiot), Slg. 1996, I-1905, Rdnr. 12; Rs. C-369/96 und C-376/96 (Arblade), Slg. 1999, I-8453, Rdnr. 41; Rs. C-165/98 (Mazzoleni und ISA), Slg. 2001, I-2189,Rdnr. 28 f.; Rs. C-164/99 (Portugaia Construções), Slg. 2002, I-787, Rdnr. 21.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gebers, wie sie in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck kommt, könne lediglich einen Anhaltspunkt für das mit diesem Gesetz verfolgte Ziel darstellen[1949]. Das vorlegende Gericht müsse prüfen, ob die Regelung bei objektiver Betrachtung den Schutz der entsandten Arbeitnehmer gewährleistet[1950], also ob diese Regelung den betroffenen Arbeitnehmern einen tatsächlichen Vorteil verschafft, der deutlich zu ihrem sozialen Schutz beiträgt[1951]. Die erklärte Absicht des nationalen Gesetzgebers könne höchstens zu einer eingehenderen Prüfung der Vorteile führen, die den Arbeitnehmern durch die von ihm getroffenen Maßnahmen angeblich gewährt werden[1952]. Überdies urteilte der EuGH, daß es eine nicht gerechtfertigte Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellt, wenn sich ein EG-ausländischer Arbeitgeber anders als ein inländischer Arbeitgeber nicht der Pflicht zur Zahlung des Mindestlohns entziehen kann, der in dem Tarifvertrag für die betreffende Branche vorgesehen ist[1953].

D. Analyse und Bewertung

I. Vorbildwirkung der Mindestlohnrechtsprechung

Die bisherige Judikatur des EuGH, angefangen mit der Initialzündung der Entscheidungen *Seco/EVI*[1954] und *Rush Portuguesa*[1955] über die Bestätigung in den Urteilen *Arblade*, *Finalarte*[1956] und *Mazzoleni und ISA*[1957] bis zum gegenwärtigen Schlußstein des *Portugaia*-Urteils[1958], summiert sich zu einem eindeutigen Votum für die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit nationaler Mindestlohnvorgaben[1959]. Darin wertete der EuGH den sozialen Arbeitnehmerschutz zu einem zwingenden Allgemeinwohlbelang auf, welcher der Dienstleistungsfreiheit in der gemeinschaftlichen Rechtsgüterhierarchie prinzipiell gleichrangig ist[1960]. Darüber hinaus entschied sich der EuGH in der Abwägung zwischen den wirtschaftlichen und sozialen Zielen des EG-Vertrags zu Gunsten des sozialen Arbeitnehmerschutzes[1961]. Damit signalisierte der EuGH, daß die Realisierung des Binnenmarktes keineswegs zu einem Abbau der nationalen Sozialstandards führen muß[1962]. Es sollen nicht alle Marktzutrittshürden um

1949 *EuGH,* Rs. C-49/98, C-50/98, C-52/98 bis C-54/98 und C-68/98 bis C-71/98, (Finalarte), Slg. 2001, I-7831, Rdnr. 40; Rs. C-164/99 (Portugaia Construções), Slg. 2002 Page I-787, Rdnr. 27.

1950 *EuGH,* Rs. C-49/98, C-50/98, C-52/98 bis C-54/98 und C-68/98 bis C-71/98, (Finalarte), Slg. 2001, I-7831, Rdnr. 41; Rs. C-164/99 (Portugaia Construções), Slg. 2002, I-787, Rdnr. 28.

1951 *EuGH,* Rs. C-49/98, C-50/98, C-52/98 bis C-54/98 und C-68/98 bis C-71/98, (Finalarte), Slg. 2001, I-7831, Rdnr. 42; Rs. C-164/99 (Portugaia Construções), Slg. 2002, I-787, Rdnr. 29.

1952 *EuGH,* Rs. C-49/98, C-50/98, C-52/98 bis C-54/98 und C-68/98 bis C-71/98, (Finalarte), Slg. 2001, I-7831, Rdnr. 42; Rs. C-164/99 (Portugaia Construções), Slg. 2002, I-787, Rdnr. 29.

1953 *EuGH,* Rs. C-164/99 (Portugaia Construções), Slg. 2002 Page I-787, Rdnr. 35.

1954 *EuGH,* Rs. 62/81 und 63/81 (Seco/EVI), Slg . 1982, 223, Rdnr. 14.

1955 *EuGH,* Rs. C-113/89 (Rush Portuguesa), Slg. 1990, I-1417, Rdnr. 18.

1956 *EuGH,* Rs. C-49/98 (Finalarte), Slg. 2001, 7831, Rdnr. 33.

1957 *EuGH,* Rs. C-165/98 (Mazzoleni und ISA), Slg. 2001, I-2189, Rdnr. 30.

1958 *EuGH,* Rs. C-164/99 (Portugaia Construções), Slg. 2002, I-787, Rdnr. 21.

1959 Vgl. *Däubler,* ZIP 2000, 681 (687); *Kling,* EuZW 2002, 229 (233); *Schwab,* AuR 2000, 273 (275).

1960 *v. Danwitz*, EuZW 2002, 237 (240, 242); *Giesen,* CMLR 2003, 143 (144).

1961 Vgl. *Bayreuther*, EuZW 2001, 764 (764); *v. Danwitz*, EuZW 2002, 237 (237); *Giesen,* CMLR 2003, 143 (158); *Link,* AuA 2000, 468 (470); *Schwab,* NZA 2001, 701 (706).

1962 *v. Danwitz*, EuZW 2002, 237 (237).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

den Preis eines sozialen *race to the bottom* („Lohnspirale nach unten“[1963]) beseitigt werden. Insbesondere das „für die Wirtschafts- und Sozialverfassung der Gemeinschaft bedeutsame“[1964] *Finalarte*-Urteil zeigt, daß die Gemeinschaftsordnung nationalen Sozialstandards offen gegenüber steht, die über den Mindestschutz mit verbindlichem Untergrenzen von RL 96/71/EG hinausgehen[1965]. Der EuGH überläßt damit die Entscheidung, welches Maß an sozialem Schutz erforderlich ist, grundsätzlich den Mitgliedstaaten[1966]. Mindestschutz im Sinne von RL 96/71/EG und RL 93/104/EG bedeutet folglich, daß es zwar nicht Abweichungen nach unten, wohl aber nach oben geben darf[1967].

Die Mindestlohnrechtsprechung macht erneut den sozialen Impetus der Gemeinschaft sichtbar und wird zu Recht als ein weiterer Baustein des sogenannten „europäischen Gesellschaftsmodells“ angesehen[1968]. Insofern indiziert die Mindestlohnrechtsprechung des EuGH die gemeinschaftliche Zulässigkeit der Tariftreueverpflichtung[1969]. Für eine solche Übertragung spricht auch, daß der EuGH in keinem seiner Urteile auf die rechtliche Instrumente abgestellt hat, mithilfe derer die nationalen Sozialstandards auf EG-ausländische Dienstleister erstreckt werden[1970]. Die Autoren, die pauschal argumentieren[1971], daß die Mindestlohnrechtsprechung sich nicht auf die Frage der Zulässigkeit der Tariftreueverpflichtung übertragen ließe, weil diese die Einhaltung eines örtlichen Spitzentarifs verlange, machen es sich daher zu einfach. Daß der „am Ort der Baustelle“ geltende Tariflohn über die Mindestlohnnormen hinausgeht, ist offenkundig. Ob diese überschießende Tendenz ausreicht, von vornherein die Tariftreueverpflichtung als ein rechtliches *aliud* und damit unzulässig zu qualifizieren, ist damit noch nicht bewiesen. Angesichts der qualitativen Ähnlichkeit der gesetzgeberischen Intentionen ist vielmehr zu untersuchen, ob der Unterschied zwischen den jeweils geschützten Lohnniveaus zur Unvereinbarkeit mit Art. 49 EG führt. Die Zulässigkeit der Tariftreueverpflichtung ist damit letztendlich eine Frage der Verhältnismäßigkeit[1972]. An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, daß der EuGH in *Finalarte*[1973] und *Mazzoleni und ISA*[1974] auch nicht auf die bezweckte Begünstigung der inländischen Anbieter abgestellte, sondern auf die Verhältnismäßigkeit der geforderten Angleichung prüfte[1975].

1963 *Schäfer,* Öffentliche Belange im Auftragswesen und Europarecht, 377.

1964 *Bayreuther*, EuZW 2001, 764 (764).

1965 *Mühlbach,* RdA 2003, 339 (345).

1966 *Mühlbach,* RdA 2003, 339 (345).

1967 *Mühlbach,* RdA 2003, 339 (345).

1968 *v. Danwitz*, EuZW 2002, 237 (237).

1969 *Bayreuther*, EuZW 2001, 764 (764); *Berrisch/Nehl,* ZIP 2000, 434 (435); *Burgi,* in: Öffentliche Unternehmen im Wettbewerb und Vergaberecht, 97 (116); *Däubler, ZIP 2000, 681 (687); Götz*, Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, 178; *Weinacht,* WuW 2000, 382 (387).

1970 *Däubler, ZIP 2000, 681 (687).*

1971 *Fante,* Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 123; *Lehne/Haak,* ZfBR 2002*,* 656 (657, 658); *Karenfort/Koppenfels/Siebert,* BB 1999, 1825 (1832); *Kling,* EuZW 2002, 229 (233); *idem,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 338; *Seifert,* ZfA 2001, 1 (23).

1972 Vgl. *Kling,* EuZW 2002, 229 (233).

1973 *EuGH,* Rs. C-49/98 (Finalarte), Slg. 2001, I-7831, Rdnr. 50.

1974 *EuGH,* Rs. C-165/98 (Mazzoleni und ISA), Slg. 2001, I-2189, Rdnr. 41.

1975 *Konzen,* NZA 2002, 781 (782).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

II. Verhältnismäßigkeit der Tariftreueverpflichtung

1. Mittelbare Diskriminierungs- bzw. Beeinträchtigungswirkung

In den Augen ihrer Kritiker ist die Tariftreueverpflichtung ein wettbewerbsverzerrendes[1976] „Konjunktursteuerungsinstrument"[1977], das den Erhalt von Arbeitsplätzen erzwingen will, die unter Berücksichtigung von marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht zu retten seien[1978]. Ein Teil der Literatur wie auch die Kommission[1979] nimmt an, daß die Tariftreueverpflichtung für EG-ausländische Bieterunternehmen mittelbare Diskriminierungswirkung entfaltet[1980]. Zwar gelte die Tariftreueverpflichtung formal unterschiedslos für inländische wie EG-ausländische Bieterunternehmen gleichermaßen. Sie könne jedoch von letzteren mehrheitlich nicht oder jedenfalls nur mit größeren Schwierigkeiten erfüllt werden[1981]. Eine Norm entfaltet nämlich auch dann diskriminierende Wirkung, wenn zur Gruppe der benachteiligten Wirtschaftsteilnehmer auch inländische Unternehmen gehören. Es reicht, daß die begünstigte Gruppe im wesentlichen aus Inländern[1982], bzw. die benachteiligte Gruppe im wesentlichen aus EG-ausländischen Unternehmen besteht[1983]. Dagegen sieht eine Strömung in der Literatur lediglich das Beschränkungsverbot als berührt an[1984]. Tariftreueverpflichtungen könnten diskriminierungsfrei ausgestaltet werden, nämlich dann, wenn der öffentliche Auftraggeber zwar Mindestlöhne für die Dienstleistungserbringung festlegt, die den nationalen Tariflöhnen entsprechen, ohne aber unmittelbar auf die nationalen Tarifverträge Bezug zu nehmen[1985].

Jedenfalls ist man sich darüber einig, daß EG-ausländische Bieterunternehmen im Vergleich zu ihren inländischen Konkurrenten benachteiligt sind, da sie sich, um sich über die jeweils zu zahlenden Löhne und Gehälter zu informieren, im Detail mit der dortigen Tariflandschaft, i.e. die nationalen, regionalen oder sogar örtlichen Tarife, vertraut machen müß-

---

1976 *Kämmerer/Thüsing,* ZIP 2002, 596 (599); *Scholz,* RdA 2001, 193 (198); *Seifert*, ZfA 2001, 1 (23); VÜA Bund, WuW 1999, 324 (328).

1977 *Kempen,* in: Recht und soziale Arbeitswelt, FS-Däubler, 503 (504).

1978 *Koenig/Kühling,* NVwZ 2003, 779 (782).

1979 *Kommission,* Mitteilung vom 15. Oktober 2001 über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, KOM (2001), 566 endg., ABl 2001, C 333, S. 27 ff., Rdnr. 3.2.1.1.

1980 *Bartl,* RiA 1999, 3 (8); *Böhm/Danker,* NVwZ 2000, 767 (768); *Kämmerer/Thüsing,* ZIP 2002, 596 (598); *Karenfort/v. Koppenfels/Siebert,* BB 1999, 1825 (1831); *Knipper,* WuW 1999, 677 (683); *Koenig/Kühling,* NVwZ 2003, 779 (283); *Marx,* in: Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 77 (86); *Otting,* StG 1996, 461 (462); *Pietzcker*, ZHR 1998, 427 (468); *Riese,* Vergaberecht, 238, 241; *Schubert,* RdA 2001, 199 (207); *Seifert,* ZfA 2001, 1 (22); *Waldner,* Bieterschutz im Vergaberecht unter Berücksichtigung der europäischen Vorgaben, 103; *Ziekow,* NZBau 2001, 72 (78).

1981 *Karenfort/v. Koppenfels/Siebert,* BB 1999, 1825 (1831).

1982 *EuGH,* C-18/93 (Corsica Ferries), Slg. 1994, I-1783, Rdnr. 34; vgl. *Müller-Graff,* in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, Art. 49, Rdnr. 77.

1983 *Karenfort/v. Koppenfels/Siebert,* BB 1999, 1825 (1832); *Knipper,* WuW 1999, 677 (683).

1984 *Arrowsmith,* LQR 1995, 235 (269); *Berrisch/Nehl,* ZIP 2000, 434 (435); *Burgi,* in: Öffentliche Unternehmen im Wettbewerb und Vergaberecht, 97 (115); *Fante,* Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 123; *Gleichner,* in: Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. IV, 193 (244); *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 335; *Lehne/Haak,* 656 (657); *Meyer,* Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 219; *Ziekow,* NZBau 2001, 72 (78).

1985 Vgl. *Ziekow,* NZBau 2001, 72 (78).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ten[1986]. Dies gelte insbesondere bei größeren öffentlichen Aufträgen, bei denen unter Umständen verschiedene Tarifverträge einschlägig sein können[1987]. Zudem sei ihnen nicht zumutbar, die Gewähr dafür zu übernehmen, daß ihre inländischen Subunternehmen die Tariftreueverpflichtung einhalten[1988].

Bieterunternehmen, die sich um einen öffentlichen Auftrag im EG-Ausland bemühen, müssen sich zwangsläufig mit dem Rechtssystem im Aufnahmemitgliedstaat vertraut machen. Diese Informationspflicht ist auch für nationale Dienstleistende mit Aufwand verbunden[1989]. Wenn aber die öffentlichen Auftraggeber ohne weitere Angaben auf die Einhaltung „der am Ort der Auftragsausführung geltenden Tarifverträge" pochen und sich die EG-ausländischen Bieterunternehmen dementsprechend eigenständig mit Einzelheiten des nationalen Tarifvertragssystems vertraut machen müssen, dürften sie der Tariftreueverpflichtung wegen der sprachlichen Barrieren und mangelnder Kenntnis des nationalen Tarifsystems nur mit größeren Schwierigkeiten nachkommen können[1990].

Auf den Einwand des Tarifdschungels ist jedoch zu erwidern, daß die öffentlichen Auftraggeber alle notwendigen Informationen in der Ausschreibung und den Verdingungsunterlagen angeben müssen, damit die EG-ausländischen Bieterunternehmen ohne weiteres von den an sie gestellten Anforderungen Kenntnis nehmen können[1991]. Gemäß Art. 27 Abs. 1 RL 2004/18/EG und Art. 39 Abs. 1 RL 2004/17/EG kann der öffentliche Auftraggeber in den Auftragsunterlagen die Stellen angeben, bei denen die Bieterunternehmen die erforderlichen Auskünfte über die am jeweils geltenden Verpflichtungen einholen können. Wie § 5 Abs. 1 des gescheiterten deutschen TTG beweist, kann auch auf nationaler Ebene geregelt werden, daß die öffentlichen Auftraggeber bereits in den Ausschreibungsunterlagen die jeweils einschlägigen Lohn- und Gehaltstarife sowie die für Informationen zuständigen Stellen mitzuteilen haben. Bei dieser Vorgehensweise kommt es zu keinem Informationsvorsprung der inländischen Bieterunternehmen. Inländische wie EG-ausländische Dienstleister haben den gleichen Informationsaufwand zu bewältigen. Die Tariftreueverpflichtung bereitet für die EG-ausländischen Bieterunternehmen daher höchstens aus wirtschaftlichen, nicht aber administrativen Gründen größere Schwierigkeiten als den inländischen Bieterunternehmen[1992].

Als weiteres Argument gegen die Tariftreueverpflichtung wird vorgebracht, diese zerstöre unzulässigerweise den oft einzigen und entscheidenden Wettbewerbsvorteil EG-ausländischer Bieterunternehmen, nämlich den Lohnkostenvorteil[1993]. Als Parallele wird die Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit gemäß Art. 28 EG herangezogen[1994]. So habe der EuGH entschieden, daß die Festsetzung eines Mindestpreises eine verbotene Maßnahme gleicher Wirkung im Sinne von Art. 28 EG darstellt, da sie importierte Erzeugnisse

1986 *Böhm/Danker,* NVwZ 2000, 767 (768); *Kämmerer/Thüsing,* ZIP 2002, 596 (598); *Karenfort/v. Koppenfels/Siebert,* BB 1999, 1825 (1832); *Losch,* NdsVBl. 2003, 73 (77); *Wuermeling,* BS Oktober 2001, 22 (22); *Ziekow,* NZBau 2001, 72 (78).

1987 *Wuermeling,* BS Oktober 2001, 22 (22); *Ziekow,* NZBau 2001, 72 (78).

1988 *Böhm/Danker,* NVwZ 2000, 767 (768).

1989 *Kämmerer/Thüsing,* ZIP 2002, 596 (598).

1990 *Mühlbach,* RdA 2003, 339 (346).

1991 Vgl. *Losch,* NdsVBl. 2003, 73 (77).

1992 Vgl. *Burgi,* in: Öffentliche Unternehmen im Wettbewerb und Vergaberecht, 97 (115); *v. Danwitz*, EuZW 2002, 237 (242).

1993 *Fante,* Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 123; *Karenfort/von Koppenfels/Siebert*, BB 1999, 1825 (1831); *Knipper,* WuW 1999, 677 (683); *Konzen,* NZA 2002, 781 (782); *Marx,* in: Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 77 (86); *Seifert,* ZfA 2001, 1 (22).

1994 *Karenfort/v. Koppenfels/Siebert,* BB 1999, 1825 (1831).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

des Wettbewerbsvorteils niedrigerer Gestehungspreise beraubt[1995]. Die Behauptung, daß sich die Tariftreueverpflichtung für einheimische Bieterunternehmen stets begünstigend auswirkt[1996], entspricht jedoch nicht der Realität. Es kann sehr wohl sein, daß ein inländisches Bieterunternehmen niedrigere Löhne zahlt als von der Tariftreueverpflichtung vorgegeben. Als Beispiel seien nur Bieterunternehmen mit Sitz in Ostdeutschland genannt. Außerdem kann die Tariftreueverpflichtung auch EG-ausländische Bieterunternehmen begünstigen, nämlich dann, wenn sie in ihrem Herkunftsstaat höhere Löhne zahlen müssen als in der Tariftreueverpflichtung vorgeschrieben. Die Aussage, daß EG-ausländische Bieterunternehmen stets negativ betroffen sind, ist daher ebenfalls so nicht richtig[1997]. Letztendlich ist die Entscheidung, ob eine mittelbare Diskriminierung oder lediglich eine Beschränkung vorliegt, eine Frage der Empirie. Es kommt innerhalb der begünstigten bzw. benachteiligten Adressatenkreises auf das Verhältnis von inländischen und EG-ausländischen Bieterunternehmen an. *Summa summarum* kommen beide Ansichten zu dem Ergebnis, daß der Tatbestand des Art. 49 EG tangiert ist. Eine Abgrenzung zwischen mittelbaren Diskriminierung und Beschränkung erscheint im Hinblick auf die Rechtfertigungsmöglichkeit aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls daher verzichtbar[1998].

2. Rechtfertigung durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls

a. Schutz der entsandten EG-ausländischen Arbeitnehmer

Hierbei wird teilweise argumentiert, daß die Tariftreueverpflichtung nicht zu rechtfertigen sei, weil sie weniger von der Sorge um den Schutz der EG-ausländischen Arbeitnehmer als vom Ziel getragen sei, die Konkurrenzfähigkeit der heimischen Dienstleister und damit den Bestand heimischer Arbeitsplätze zu erhalten[1999]. Dieses wirtschaftspolitische Ziel sei indes kein zwingender Grund des Allgemeininteresses im Sinne von Art. 49 EG[2000].

In der Tat haben sich der EuGH und GAe[2001] bei der skizzierten Mindestlohnrechtsprechung sehr großzügig gezeigt, Schutzgüter als zwingende Gründe des Allgemeinwohls zu akzeptieren. Der EuGH benutzte hierbei den neutral gefaßten Begriff „Schutz der Arbeitnehmer", bzw. Schutz der betroffenen Arbeitnehmer[2002], ohne zwischen entsandten und inländischen Arbeitnehmern zu differenzieren. Wie den diesen Passagen vorangehenden Erwägungen zu entnehmen ist, hatte der EuGH den Schutz der entsandten Arbeitnehmer im Visier[2003]. Es ist aber fraglich, ob diese Argumentation für die Problematik von Mindestlohn und Tariftreueverpflichtung tragfähig ist.

1995 *EuGH*, Rs. 82/77 (Van Tiggele), Slg. 1978, 25, Rdnr. 16/20.

1996 *Karenfort/v. Koppenfels/Siebert,* BB 1999, 1825 (1832).

1997 *Karenfort/v. Koppenfels/Siebert,* BB 1999, 1825 (1832)

1998 Vgl. *Müller-Graff,* in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, Art. 49, Rdnr. 84.

1999 Vgl. *Böhm/Danker,* NVwZ 2000, 767 (768); *Fante,* Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 124; *Gurlit,* in: Recht und Geschlecht, 153 (169); *Kämmerer/Thüsing,* ZIP 2002, 596 (598); *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 337; *Lehne/Haak,* ZfBR 2002, 656 (657), vgl. BT-Drucks. 14/7796, 1.

2000 *Berrisch/Nehl*, ZIP 2000, 434 (436*), Karenfort/v. Koppenfels/Siebert*, BB 1999, 1825 (1832); *Kling,* EuZW 2002, 229 (233); *Neßler,* DÖV 2000, 145 (152); *Kämmerer/Thüsing,* ZIP 2002, 596 (598 f.).

2001 Vgl. GA *Mischo,* Schlußanträge, Rs. C-164/99 (Portugaia Construções), Slg. 2002, I-787, Rdnrn. 61, 78.

2002 *EuGH,* Rs. C-165/98 (Mazzoleni und ISA), Slg. 2001, I-2189, Rdnr. 30; Rs. C-164/99 (Portugaia Construções), Slg. 2002, I-787, Rdnr. 29.

2003 *EuGH,* Rs. C-49/98 (Finalarte), Slg. 2001, I-7831, Rdnrn. 41, 45; Rs. C-164/99 (Portugaia Construções), Slg. 2002, I-787, 1. Leitsatz, Rdnr. 28, 30.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Es ist nämlich zweifelhaft, ob die Tariftreueverpflichtung den EG-ausländischen Arbeitnehmern einen tatsächlichen Vorteil im Sinne des *Finalarte*-Urteils verschafft. Dies wäre nur dann der Fall, wenn den entsandten Arbeitnehmern die örtlichen Tariflöhne auch ausgezahlt würden[2004]. Tatsächlich kommen die entsandten Arbeitnehmer nur dann in den Genuß des Vorteils, wenn ihre Arbeitgeber im Ausschreibungsverfahren erfolgreich sind. Es kann aber sein, daß die EG-ausländischen Bieterunternehmen aufgrund der Tariftreueverpflichtung ihren Lohnkostenvorteil verlieren und daher im Ausschreibungsverfahren um den öffentlichen Auftrag unterliegen. Unter Umständen kann ein solcher Verlust des öffentlichen Auftrags die Existenz des Bieterunternehmens gefährden und in letzter Konsequenz sogar zu Entlassungen führen[2005]. Es ist daher in der Tat fraglich, wie sich die Tariftreueverpflichtung zu Gunsten der entsandten Arbeitnehmer auswirken soll, wenn diese erst gar nicht auf den Arbeitsmarkt des Aufnahmemitgliedstaats gelangen[2006]. Manche Autoren sehen sich zu dem Schluß genötigt, daß die EG-ausländischen Arbeitnehmer höchst selten von den örtlichen Tariflöhne profitieren würden[2007]. Mit dieser Argumentation kann man jedoch die *ratio* letztlich jeder Art von sozial- und arbeitsrechtlicher Regulierung in Frage stellen. Denn für jeden noch so niedrigen sozialen Standard könnte argumentiert werden, er verschlechtere die Marktposition derjenigen, die bereit sind, auf ihren Schutz zu verzichten[2008]. Man muß sich bewußt sein, daß nationale Sozialstandards stets Elemente der Marktabschottung in sich tragen[2009]. Gleichzeitig ist zuzugeben, daß der Schutz des nationalen Tarifvertragssystems an sich kein zwingender Grund des Allgemeinwohls ist[2010]. Der Einwand weist daher insofern in die richtige Richtung, als der begünstigte Adressatenkreis weiter gefaßt werden muß.

b. Schutz der inländischen Arbeitnehmer

Die Tariftreueverpflichtung entpuppt sich für entsandte Arbeitnehmer als zweischneidiges Schwert. Der Schutz der inländischen Arbeitnehmer als zwingendem Grund des Allgemeinwohls, der sich aus der besonderen Verantwortung des Mitgliedstaats für das Wohlergehen der ihm Rechtsunterworfenen speist, wird in der Güterabwägung mit der Dienstleistungsfreiheit als einer tragenden Säule des Gemeinschaftsrechtsordnung nur ein relatives Gewicht beigemessen werden können. Die Tariftreueverpflichtung soll verhindern, daß diejenigen Arbeitnehmer ihren Arbeitsplatz verlieren, deren Arbeitgeber im Ausschreibungswettbewerb leer ausgehen, weil sie von der nicht tarifgebundenen Bieterkonkurrenz wegen niedrigerer Lohnkosten unterboten werden[2011]. Das mit der Tariftreueverpflichtung verfolgte Ziel der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit ist durchaus als zwingender Grund des Allgemeinwohls zu qualifizieren[2012]. Es bleibt jedoch das Dilemma, daß angesichts der Knappheit der Ressourcen, i.e. der zu vergebenden öffentlichen Aufträge, die Privilegierung der einen Arbeitnehmerschaft Nachteile für die andere Arbeitnehmerschaft mit sich bringen kann.

2004 *Kling,* EuZW 2002, 229 (234).

2005 Vgl. *Kämmerer/Thüsing,* ZIP 2002, 596 (599).

2006 *Kling,* EuZW 2002, 229 (234).

2007 *Kling,* EuZW 2002, 229 (234).

2008 *Mühlbach,* RdA 2003, 339 (346).

2009 *Bieback,* RdA 2000, 207 (213).

2010 *Krebber,* in: Callies/Ruffert (Hrsg.) (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, Art. 136, Rdnr. 16; *Neßler,* DÖV 2000, 145 (152).

2011 Vgl. *Losch,* NdsVBl. 2003, 73 (77); *Meyer,* Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 214.

2012 *Kling,* EuZW 2002, 229 (233, 235); *Seifert,* ZfA 2001, 1 (22).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c. Schutz aller Arbeitnehmer in der Gemeinschaft

Nach dem Art. 10 EG entlehnten Postulat der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung ist nationales Recht so auszulegen, daß es mit unmittelbar anwendbarem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist[2013]. Auf der Suche nach den wirklich hinter der Tariftreueverpflichtung stehenden Belangen darf man den zu schützenden Personenkreis nicht auf die Adjektive inländisch und EG-ausländisch reduzieren. Die Prognose, durch die wirtschaftliche Integration der Gemeinschaft würden sich auch automatisch die Sozialstandards der Arbeitnehmer in den Mitgliedstaaten angleichen, hat sich nicht bewahrheit. Denn wie eingangs erwähnt, zieht der Wettbewerb der Standortbedingungen auch einen Wettbewerb der nationalen Sozialstandards nach sich[2014], mit der Folge, daß die sozial kältere, aber kostengünstigere Norm die sozial freundlichere, aber kostenträchtigere Norm verdrängt[2015]. Unterschiedliche Lohnkosten reflektierten immer auch das an sich unerwünschte Sozialgefälle innerhalb der Gemeinschaft[2016].

Im Zusammenhang mit dem Wettbewerb der Standortbedingungen gilt es daher folgende Folgenbetrachtung zu beachten: Das im Aufnahmemitgliedstaat bestehende soziale Schutzniveau würde zweifellos in absehbarer Zeit in Frage gestellt, wenn sich die EG-ausländischen Dienstleister darüber hinwegsetzen könnten. Die inländischen Arbeitgeber würden auf eine Senkung dieses Schutzniveaus drängen, um mit gleichen Waffen gegen die EG-ausländische Konkurrenz kämpfen zu können[2017]. Langfristig würden daher die Sozialstandards für Arbeitnehmer in der Gemeinschaft insgesamt sinken. Daran hat jedoch die Gemeinschaft kein Interesse, die sich mit Art. 2 EG die Förderung eines hohen Beschäftigungsniveaus sowie eines hohen Maßes an sozialem Schutz auf die Fahnen geschrieben hat. Auch die Vorschrift des Art. 50 Abs. 3 EG („... unter den Voraussetzungen, welche der Aufnahmestaat für seine eigenen Angehörigen vorschreibt") hat die Funktion, der Forcierung des Sozialkostenwettbewerbs entgegenzuwirken[2018]. Die Tariftreueverpflichtung soll damit letztendlich den gemeinschaftsweiten Dammbruch von Sozialstandards verhindern. Was sich also kurzfristig als mitgliedstaatlicher Egoismus darstellt, erweist sich langfristig auf Gemeinschaftsebene als erstrebenswerter zwingender Grund des Allgemeininteresses. Schutzgut der Tariftreueverpflichtung ist bei dieser Sichtweise der *soziale Schutz der Gesamtheit der Arbeitnehmer in der Gemeinschaft*[2019].

Der EuGH hat daher richtig gehandelt, das nationale Schutzniveau der Arbeitnehmer nicht nach der konkreten gesetzgeberischen Motivation zu beurteilen. Dies dürfte auch die Erklärung dafür sein, daß der EuGH in seinen Erwägungsgründen den unbestimmten Begriff „Schutz der Arbeitnehmer" benutzte. Der EuGH hätte allerdings gut daran getan, die Karten auf den Tisch zu legen und das tatsächliche Schutzgut zu benennen. Man kann nur spekulieren, warum sich der EuGH scheute, das Thema das gemeinschaftsweiten Sozialkostenwettbewerbs anzusprechen. Es erscheint aber wahrscheinlich, daß der Grund in der Tatsache zu suchen ist, daß die Gemeinschaft angesichts des *numerus clausus*-Katalogs in Art. 137 EG keine umfassende Rechtsetzungskompetenz für die Annäherung und Vereinheitlichung der

2013 *Müller/Christensen,* Juristische Methodik, Bd. II, Rdnr. 271.1; 282.1.

2014 Supra: S. 241.

2015 Vgl. *Callies,* in: Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt, 173 (187).

2016 *v. Danwitz,* EuZW 2002, 237 (238).

2017 *GA Mischo,* Schlußanträge, Rs. C-49/98 (Finalarte), Slg. 2001, I-7831, Rdnr. 41 f.

2018 *Kayser*, Nationale Regelungsspielräume im öffentlichen Auftragswesen und gemeinschaftsrechtliche Grenzen, 130.

2019 Vgl. *Schäfer,* Öffentliche Belange im Auftragswesen und Europarecht, 376.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nationalen Sozialstandards besitzt. Insbesondere die Regelung der Lohnhöhe ist gemäß Art. 137 Abs. 5 EG der Gemeinschaft entzogen.

3. Geeignetheit

a. Vorwurf der Überforderung der öffentlichen Auftraggeber sowie mangelnder Durchsetzbarkeit der Tariftreueverpflichtung

Im Hinblick auf die Geeignetheit der Tariftreueverpflichtung wurde die Befürchtung geäußert, daß die öffentlichen Auftraggeber *in praxi* gar nicht in der Lage seien, die richtigen Lohn- und Gehaltstarife zu identifizieren und zu kommunizieren[2020]. Zumindest in der Anfangsphase würden die öffentlichen Auftraggeber nicht über das nötige Spezialwissen verfügen, angesichts der Tarifvielfalt sehen daher einige Kritiker Fehler in den Ausschreibungsunterlagen als vorprogrammiert an[2021]. Des weiteren werden Zweifel an der praktischen Durchsetzbarkeit der Tariftreueverpflichtung geäußert[2022]. Die beste Sanktion nütze wenig, wenn sie schon deswegen nicht ergriffen wird, weil der Rechtsverstoß dem öffentlichen Auftraggeber nicht bekannt wird[2023].

b. Analyse und Bewertung

Das Argument, daß die Festlegung des Vergabekriteriums der Tariftreueverpflichtung die öffentlichen Auftraggeber in der Praxis vor unüberwindliche Schwierigkeiten stellt, vermag nicht zu überzeugen. Zwar sind die Zahlen des hiesigen Tarifvertragssystems einschüchternd. Allein in Deutschland wurden im Jahr 2003 für mehr als 300 Wirtschaftszweige – zumeist nach Bundesländern getrennt – Verbandstarifverträge geschlossen. Daraus ergeben sich mehr als 1.1000 sektorale und regionale Tarifbereiche, wobei unter letzterem der fachliche und räumliche Geltungsbereich eines die allgemeinen Arbeitsbedingungen regelnden Manteltarifvertrags angesehen wird[2024]. Der viel beschworene „Tarifdschungel“ lichtet sich jedoch und präsentiert sich für die im Fall der Tariftreueverpflichtung einschlägige Baubranche relativ übersichtlich. In Deutschland beispielsweise definiert der Katalog der Abschnitte II – V des § 2 BRTV sämtliche Betriebe des Baugewerbes. Angesichts der umfassenden Aufzählung ist es eher unwahrscheinlich, daß auch bei Großprojekten über die für das Baugewerbe geltenden Tarifbestimmungen hinaus noch viele externe Tarifverträge herangezogen werden müssen.

Einer etwaigen Überforderung der öffentlichen Auftraggeber läßt sich in jedem Fall mit einer Regelung abhelfen, wonach diese sich bei einer zentralen, fachlich kompetenten Stelle über die in ihrem Verantwortungsbereich geltenden Lohn- und Gehaltstarife informieren können, anstatt selbst Feldstudien betreiben zu müssen (vgl. § 5 Abs. 2 des gescheiterten deutschen TTG[2025]). Außerdem gestaltet sich die Informationsbeschaffung dank der Möglichkeiten, die das Internet bietet, mittlerweile denkbar einfach. Bei dem Gros der Fälle wird meist

2020 *Wuermeling,* BS Oktober 2001, 22 (22).

2021 *Lehne/Haak,* ZfBR 2002, 656 (657).

2022 *Marx,* BS Dezember 2001, 26 (26).

2023 *Marx,* BS Dezember 2001, 26 (26).

2024 *Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit,* Tarifvertragliche Arbeitsbedingungen im Jahr 2003, Stand: 1. Dezember 2003, abrufbar unter: http://www.bmwa.bund.de/Redaktion/Inhalte/Downloads/tarifbericht-2003,property=pdf.pdf.

2025 Vgl. Supra: S. 243.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ein Blick auf die Homepage des jeweils zuständigen nationalen Sozial- bzw. Arbeitsministeriums ausreichen, um die passenden Lohn- und Gehaltstarife zu ermitteln[2026]. Der Informationsaufwand für die öffentlichen Auftraggeber hält sich daher ebenfalls in Grenzen, von einer Überforderung kann keine Rede sein.

Zuallerletzt ist der Einwand mangelnder Durchsetzbarkeit kein spezifisches Problem der Tariftreueverpflichtung, sondern gilt gleichermaßen für betriebswirtschaftlicher Vergabekriterien. Etwaige Kontrolldefizite können dadurch gelöst werden, daß die öffentlichen Auftraggeber sich an spezialisierte Behörden wenden. Wie das Beispiel des § 6 Abs. 2 TTG zeigt, ist es durchaus möglich, in der Ausschreibung festzulegen, daß die öffentlichen Auftraggeber zur Kontrolle der Einhaltung der Tariftreuepflicht die Hilfe externer Behörden in Anspruch nehmen können.

4. Erforderlichkeitsprüfung

a. Vorwurf fehlender Erforderlichkeit

Gegen die Tariftreueverpflichtung wird des weiteren eingewandt, daß der Erforderlichkeitsmaßstab für den Rechtfertigungsgrund des sozialen Arbeitnehmerschutzes durch die nationalen Mindestlohnvorschriften markiert werde[2027]. Die Einhaltung der darüber hinaus gehenden Tariftreueverpflichtung dürfe den EG-ausländischen Dienstleistern nicht abverlangt werden, da es sich nicht um eine Mindestsicherung, sondern um eine Optimierung der Lohnbedingungen handele[2028]. Oberhalb dieser Mindestgrenzen müsse der soziale Arbeitnehmerschutz daher gegenüber der Dienstleistungsfreiheit zurücktreten[2029]. Außerdem sei die Tariftreueverpflichtung auch deshalb nicht erforderlich, da sie ausschließlich für Arbeitnehmer gelte, deren Arbeitgeber sich um öffentliche Aufträge bemühen, während sie Arbeitnehmern im privaten Bausektor keinen entsprechenden Schutz zuerkenne. Eine solche Privilegierung einzelner Wirtschaftszweige wie beispielsweise des Baugewerbes könne nicht gerechtfertigt werden[2030]. Eine „Bereichsausnahme-Bau“[2031] wäre das falsche Signal und würde nur weitere Lobbybegehrlichkeiten wecken. Als Alternative zur Tariftreueverpflichtung wurde daher vor allem die Zerlegung der zu erbringenden Gesamtleistung in mehrere Teillose ins Spiel gebracht[2032]. Eine Aufteilung des öffentlichen Auftrags über die Losvergabe würde den grenzüberschreitender Wettbewerb reduzieren, so daß sich das Problem unterschiedlicher Lohn- und Gehaltsniveaus gar nicht erst stellt[2033].

2026 Vgl. Deutschland: Homepage des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit, abrufbar unter: http://www.bmwa.bund.de; Frankreich: Journal Officiel der französischen Regierung (convention collective), abrufbar unter: http://www.journal-officiel.gouv.fr/accueil.php; Vereinigte Königreich: Her Majesty’s Stationary Office, abrufbar unter: http://www.hmso.gov.uk/ (collective labour agreement) und http://www.official-documents.co.uk.

2027 *Kämmerer/Thüsing,* ZIP 2002, 596 (599); */Koppenfels/Siebert,* BB 1999, 1825 (1832); *Kling,* EuZW 2002, 229 (233, 235); *Knipper,* WuW 1999, 677 (683); *Konzen,* NZA 2002, 781 (783); *Rieble,* NZA 2000, 225 (231); *Seifert,* ZfA 2001, 1 (23).

2028 *Kling,* EuZW 2002, 229 (235)

2029 *Kling,* EuZW 2002, 229 (235).

2030 *Gerken, Löwisch/Rieble,* BB 1995, 2370 (2370); *Thüsing,* NJW 2002, 2071 (2072).

2031 *Kling,* EuZW 2002, 229 (235).

2032 Vgl. *CDU/CSU-Fraktion* vom 13. November 2001, BT-Dr 14/7506, S. 3.

2033 *Kling,* EuZW 2002, 229 (234).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b. Analyse und Bewertung

aa. Besondere Bedeutung des Baugewerbes

Die Einwände gegen die Erforderlichkeit der Tariftreueverpflichtung sind nicht stichhaltig[2034]. Der EuGH hat zu Recht auf die besondere Bedeutung des Baugewerbes für die europäische Wirtschaft, dem Hauptanwendungsgebiet für die Tariftreueverpflichtung, hingewiesen[2035]. Hinter dieser Privilegierung steht die Überlegung, daß das Baugewerbe eine der wenigen verbliebenen Möglichkeiten für minder und schlecht qualifizierte Arbeitnehmer ist, heutzutage eine Beschäftigung zu finden. Angesichts eines Millionenheers von minder und schlecht qualifizierten Arbeitskräften in den Mitgliedstaaten besteht in der Gemeinschaft ein erhöhtes Interesse daran, daß diese Menschen ihre Beschäftigung nicht aufgrund Lohnkostenwettbewerbs verlieren.

bb. Flexibilität der Tariftreueverpflichtung

Ein weiteres Argument für die Erforderlichkeit der Tariftreueverpflichtung ist der Umstand, daß die Vergabeentscheidung ein konkret-individueller Rechtsakt ist. Konkret-individuelle Rechtsakte sind das ideale Instrument, um Einzelfallgerechtigkeit zu erwirken. Die Tariftreueverpflichtung stellt in Bezug auf die Lohn- und Gehaltsvorgaben jene Einzelfallgerechtigkeit her, die mithilfe einer abstrakt-generellen Norm, wie beispielsweise dem AEntG nicht erreicht werden kann. Nationale Mindestlohnvorschriften sind ein zu grobes Raster, um den Unterschieden in den Lebenshaltungskosten gerecht zu werden. Als Beispiel seien nur das lokale Stadt-Land-Gefälle und das regionale Nord-Süd respektive Ost-West-Gefälle genannt. Ein gemeinschaftliches Verbot der Tariftreueverpflichtung würde daher insbesondere die größeren Flächenmitgliedstaaten benachteiligen. Denn während ein nationaler Mindestlohn in kleinen Mitgliedstaaten wie beispielsweise dem Stadtstaat Luxemburg die Bedürfnisse aller Arbeitnehmer und Arbeitgeber abzubilden vermag, ist ein nationaler Mindestlohn in einem großen Flächenstaat mit seinen unterschiedlcihen Wohlstandsgürteln und Entwicklungszonen zu unflexibel, um den regionalen und lokalen Lebensverhältnissen gerecht zu werden.

cc. Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten bei der Festsetzung des nationalen Mindestlohns

Im Gegensatz zur „subsidiären Normsetzung“[2036] durch das deutsche AEntG mit seiner Verweistechnik, welches die von den Tarifparteien ausgehandelten Mindestlohn-Tarifverträge lediglich in ihrer personellen Geltung über §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG hinaus erweitert, wird in einer Reihe von Mitgliedstaaten der nationale Mindestlohn staatlicherseits normiert. In Frankreich beispielsweise setzt der Gesetzgeber gemäß Art. 32 Abs. 1 *de la Loi relative à la réduction négociée du temps de travail*[2037] den Mindestlohn (*salaire minimum de croissance*)

2034 Vgl. *v. Danwitz*, EuZW 2002, 237 (242).

2035 *EuGH,* Rs. C-272/94 (Guiot), Slg. 1996, I-1905, Rdnr. 16.

2036 *Büdenbender,* RdA 2000, 193 (194).

2037 «Les salariés ne peuvent percevoir un salaire mensuel inférieur au produit du salaire minimum de croissance en vigueur à la date de la réduction par le nombre d'heures correspondant à la durée collective qui leur était applicable, dans la limite de cent soixante-neuf heures.
Le minimum applicable à chaque salarié concerné par le premier alinéa du présent article est revalorisé au 1er juillet en fonction de l'évolution de l'indice des prix à la consommation mentionné à l'article L. 141-3

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

fest, der an die Entwicklung des Bruttosozialprodukts gekoppelt ist und jährlich daran angepaßt wird. Der nationale Mindestlohn liegt aktuell bei 7,19 EUR[2038]. Im Vereinigten Königreich wurde der Mindestlohn (*national minimum wage)* durch den *National minimum wage Act 1998*[2039] eingeführt. Er wird auf Empfehlung der sogenannten *Low Pay Commission*[2040] festgesetzt[2041], welche die ökonomischen und sozialen Eckdaten evaluiert und auf dieser Basis Vorschläge unterbreitet[2042]. Er beläuft sich momentan auf 4,50 Britische Pfund und soll Vorschlag der *Low Pay Commission* demnächst auf 4,85 Britische Pfund erhöht werden[2043]. Die meisten Mitgliedstaaten sichern sich bei der Festlegung der Mindestlohnvorgaben einen weiten Handlungsspielraum. Obwohl der EuGH bei der *Portugaia*-Entscheidung die Gelegenheit hatte, äußerte er sich nicht kritisch dazu, auf welche Art und Weise die Mindestlohnvorgaben des deutschen AEntG zustande gekommen waren. Der EuGH scheint daher auf dem Standpunkt zu stehen, daß die Ausgestaltung der Höhe des nationalen Mindestlohns ureigene Kompetenz der Mitgliedstaaten ist. Es gibt keine Mindestabstandspflicht zwischen dem jeweiligen nationalen Mindestlohn und Tarifvertragslöhnen. Es ist daher durchaus vorstellbar, daß sich nationaler Mindestlohn und Tariflohn einmal sehr nahe kommen oder sogar decken, beispielsweise wenn die Gewerkschaften Lohnverzicht üben. Wer wollte entscheiden, ob der nationale Mindestlohn von 7,19 € gegenüber einem Tariflohn von 7,50 €, oder noch zugespitzt, gegenüber einem Tariflohn von 7,20 € EG für EG-ausländische Wirtschaftsteilnehmern unverhältnismäßig ist. EuGH und nationale Gerichte würde hier an die Grenzen ihrer richterlichen Kontrollmöglichkeiten stoßen. Abgesehen von dieser intramitgliedstaatlichen Seite des Problems gilt es auch, die intermitgliedstaatliche Perspektive zu berücksichtigen. So ist die Konstellation zu bedenken, daß sich der in dem einen Mitgliedstaat per Tariftreueverpflichtung geforderte „Lohn der Baustelle" der Höhe nach mit dem nationalen Mindestlohn eines anderen Mitgliedstaates deckt. Während also in dem einen Mitgliedstaat die Forderung nach einem Lohn in Höhe von beispielsweise 7,19 € mit Art. 49 EG vereinbar wäre, wäre sie im Nachbarmitgliedstaat gemeinschaftsrechtlich unzulässig. Dieses Ergebnis erscheint jedoch nicht sachgerecht.

---

du code du travail et de la moitié de l'augmentation du pouvoir d'achat du salaire mensuel de base ouvrier enregistré par l'enquête trimestrielle du ministère du travail ».
Modifiziert durch Art. 1 (Dispositions relatives au salaire minimum de croissanc) de la Loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi ; abrufbar unter: http://lexinter.net/Legislation3/loi_relative_a_la_reduction_negociee_du_temps_de_travail.htm

2038 *Barème social périodique (BSP)*, n° 63 vom 31. Oktober 2003, 155, abrufbar unter: http://www.liaisons-sociales.com/BSP.

2039 National minimum wage Act 1998 vom 31. Juli 1998, in Kraft seit dem 1. April 1999, Chapter 39, section 1 (entitlement to the national minimum wage).

2040 Chapter 39, section 5, subsection 1 : "Before making the first regulations under section 1(3) or (4) or 2 above, the Secretary of State shall refer the matters specified in subsection (2) below to the Low Pay Commission for their consideration.
Chapter 39, section 5, subsection 2 lit. (b) :
Those matters are: what single hourly rate should be prescribed under section 1(3) above as the national minimum wage".

2041 Chapter 39, section 1, subsection 3:The national minimum wage shall be such single hourly rate as the Secretary of State may from time to time prescribe.

2042 Chapter 39, section 7, subsection 5 lit. (a).

2043 *LowPay Commission,* The National Minimum Wage, Fourth Report, Building on Success, abrufbar unter: http://www.lowpay.gov.uk/lowpay/report/pdf/lowpay-nmw.pdf.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dd. Gemeinschaftsrechtliches Prinzip der Optimierung der Sozialstandards

Der nationale Mindestlohn gewährleistet, daß der Arbeitnehmer sich das notwenige Einkommen gemessen am durchschnittlichen Lebenshaltungsniveau in der Gesellschaft verdienen kann[2044]. Die Funktion des Mindestlohns besteht darin, eine objektive untere Grenze zu setzen sowie Lücken des Tarifvertragssystems zu schließen[2045]. Dagegen entspricht es der *ratio* des nationalen Mindestlohns nicht, eine absolute Obergrenze festzulegen. Zu Recht urteilte der EuGH daher beispielsweise in der *Kommission/Frankreich*-Entscheidung, daß Art. 39 EG Inländer vor den Nachteilen bewahren soll, die sich daraus ergeben, daß Angehörige anderer Mitgliedstaaten ungünstigere Arbeitsbedingungen oder Entlohnungen anbieten oder annehmen, als das geltende nationale Recht[2046]. Auf die in *Finalarte* aufgeworfene Frage, ob das mit der staatlichen Maßnahme verfolgte Ziel bereits durch RL 93/104/EG *über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung*[2047] erreicht wird[2048], antwortete der EuGH, daß RL 93/104 lediglich einen Mindestschutz festlege[2049].

Gegen eine Verallgemeinerung dieser Entscheidung kann auch nicht eingewandt werden, daß RL 93/104/EG mit Art. 15 eine explizite Öffnungsklausel aufwies, welche großzügigere Schutzvorschriften erlaubte. Art. 15 der vorgenannten Richtlinie sowie Art. 3 Abs. 7 RL 96/71/EG sind Ausdruck des in Art. 137 Abs. 1 2. Gedankenstrich, Abs. 2 und Abs. 5 EG (hohes Maß an sozialem Schutz und Hebung der Lebenshaltung) i.V.m Art. 136 EG inkorporierten *allgemeinen* Grundsatzes, wonach die Mitgliedstaaten nicht daran gehindert sind, auf dem Gebiet der Arbeitsbedingungen günstigere Schutzmaßnahmen beizubehalten oder zu treffen. Es ist gemeinschaftlicher Grundkonsens, daß die Angleichung von Sozialstandards also nach oben und nicht nach unten stattfindet[2050]. Auch der Erforderlichkeitsmaßstab des Arbeitnehmerschutzes orientiert sich nicht am kleinsten gemeinsamen Nenner, sondern bemüht sich um eine Optimierung der Sozialstandards. Wenn daher die Mitgliedstaaten gemeinschaftliche Mindestvorschriften zum Schutz der Arbeitnehmer toppen können, dann – *argumentum a fortiori* – sind sie auch nicht daran gehindert, das nationale Schutzniveau je nach den regionalen und lokalen Gegebenheiten aufzuspreizen.

ee. Mangelnde Effizienz und unzureichender Schutz der Altarnativmaßnahmen

Die Losvergabe stellt kein milderes, aber gleich wirksamen Mitteln dar, um dem Schutz der Arbeitnehmer gerecht zu werden. Zum einen verspricht sie nicht dieselbe Durchsetzungskraft wie das Vergabekriterium der Tariftreueverpflichtung, da sie nicht universal eingesetzt werden kann. So ist die Losvergabe für öffentliche Auftraggeber und Bieterunternehmen erst ab einem gewissen Auftragsvolumen wirtschaftlich sinnvoll, das mit den Schwellenwerten der Vergaberichtlinien nicht notwendigerweise erreicht sein muß. Zum anderen kann sich eine Aufteilung der Gesamtleistung in verschiedene Teillose aus praktischen bzw. technischen Gründen verbieten. Zum anderen ist die Losvergabe wegen ihres Diskriminierungs-

2044 Vgl. *Bieback,* RdA 2000, 207 (208).

2045 *Bieback,* RdA 2000, 207 (208).

2046 *EuGH*, Rs. 167/73 (Kommission/Frankreich), Slg. 1974, 359, Rdnr. 45/47.

2047 RL 93/104/EG des Rates vom 23. November 1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABl. 1993, L 307, S. 18 ff.

2048 *EuGH*, Rs. C-49/98 (Finalarte), Slg. 2001, I-7831, Rdnr. 55.

2049 *EuGH*, Rs. C-49/98 (Finalarte), Slg. 2001, I-7831, Rdnr. 57.

2050 Vgl. *Eichenhofer,* in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, Art. 136, Rdnr. 18; *Rebhahn,* in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 137, Rdnr. 44.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

potentials[2051] keineswegs ohne weiteres ein milderes Mittel als die Tariftreueverpflichtung. Schließlich ist der Anteil von KMU an sogenannten *cross-border*-Vergaben nach wie vor verschwindend gering[2052].

5. Angemessenheitsprüfung

Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung stehen sich mit der Dienstleistungsfreiheit, die zusammen mit der Warenverkehrsfreiheit das Rückgrat des Binnenmarktes bilden[2053], und dem Schutz der Arbeitnehmer zwei grundsätzlich ebenbürtige Schutzgüter gegenüber.

a. Vorwurf der Kostensteigerung, Marktabschottung und Bürokratisierung

Die Gegner der Tariftreueverpflichtung halten dieses Vergabekriterium für eine unverhältnismäßige Verabsolutierung des Arbeitnehmerschutzes[2054]. Hauptargument gegen die Tariftreueverpflichtung ist die Verteuerung der Angebote, die mit der Kopplung an die am Ort der Leistungserbringung geltenden Tariflöhne einhergeht[2055]. Die öffentliche Hand sei infolge einseitiger Nachfragemacht keinerlei Wettbewerbsdruck ausgesetzt und neige daher zu besonders hemmungslosen Abschlüssen[2056]. So wird kolportiert, daß sich beispielsweise in den Vereinigten Staaten die Ausgaben bei den öffentlichen Arbeitgebern um 26 bis 38 % erhöhen[2057]. Nur der reine Wettbewerb könne Unternehmen wettbewerbsfähig machen und auf Dauer Arbeitsplätze sichern[2058]. Außerdem würde die Einführung der Tariftreueverpflichtung mit ihren „Partikularlöhnen“[2059] faktisch undurchlässige Marktzutrittsbarrieren errichten, die einen nahezu vollständigen Ausschluß des grenzüberschreitenden Wettbewerbs zur Folge hätten[2060]. Des weiteren wurde im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum TTG auf den Bürokratisierungseffekt der Tariftreueverpflichtung aufmerksam gemacht, der angesichts der absurden Summe von 100.000 Einzelvorschriften nicht wünschenswert sei.

b. Analyse und Bewertung

Der mittels der Tariftreueverpflichtung geförderte Arbeitnehmerschutz ist in der Abwägung der betroffenen Rechtsgüter höher zu gewichten als die Restriktionen, welche die EG-ausländischen Dienstleister unter Umständen hinzunehmen haben.

aa. Moderate Mehrbelastung für die öffentlichen Auftraggeber

Die von den Gegnern der Tariftreueverpflichtung genannten Kostensteigerungen in den Vereinigten Staaten sind darauf zurückzuführen, daß dort die Differenz zwischen nationalem

---

2051 Supra: S. 71.

2052 *Kommission,* A report on the functioning of public procurement markets in the EU: benefits from the application of EU directives and challenges for the future, 1 (20), Doc. 03/02/2004; abrufbar unter: http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/publproc/general/public-proc-market-final-report-_en.pdf.

2053 *Kling,* EuZW 2002, 229 (232).

2054 *Kämmerer/Thüsing,* ZIP 2002, 596 (599); *Kling,* EuZW 2002, 229 (235).

2055 *Gerken/Löwisch/Rieble*, BB 1995, 2370 (2372); *Thüsing,* NJW 2002, 2071 (2072).

2056 *Thüsing,* NJW 2002, 2071 (2072).

2057 *Thüsing,* NJW 2002, 2071 (2072).

2058 *Gerken/Löwisch/Rieble*, BB 1995, 2370 (2372).

2059 *Kling,* EuZW 2002, 229 (235); *Seifert,* ZfA 2001, 1 (23).

2060 *Kling,* EuZW 2002, 229 (235).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Mindestlohn und örtlichem Tariflohn sehr hoch ist. Dagegen sind die Unterschiede zwischen nationalem Mindestlohn und örtlichem Tariflohn in den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft nicht so groß, als daß man mit derartigen finanziellen Mehrbelastungen bei den öffentlichen Auftraggebern rechnen muß. Es ist daher nicht seriös, die Tariftreueverpflichtung mit solchen Zahlen in Verbindung zu bringen. Als realistischer Maßstab ist daher die von der Bundesregierung im Zuge der geplanten Einführung des TTG prognostizierte Verteuerungsrate von schätzungsweise 5 % heranzuziehen. Schließlich bedeutet die Tariftreueverpflichtung unter oben genannten Voraussetzungen, also in Form eines Zuschlagskriteriums, nur einen moderaten „regional bzw. lokal dosierbaren“[2061] Wettbewerbseingriff. Es findet immer noch ein Wettbewerb um die ausgeschriebene Leistung statt. Infolge der strengen Transparenz- und Publizitätsvorgaben für die Ausschreibungsunterlagen haben grundsätzlich alle Bieterunternehmen die gleichen Chance, den Zuschlag für den öffentlichen Auftrag zu erhalten. Der Zuschlag hängt weiterhin hauptsächlich von der betriebswirtschaftlichen Attraktivität der Angebote ab, da die Tariftreueverpflichtung nur einer unter vielen die Vergabeentscheidung determinierenden Faktoren ist[2062]. Angesichts des Kumulationsverbots für soziale Vergabekriterien[2063] sowie einer möglichen Begrenzung der Mehrkosten durch Maximalabstandsgebote[2064] steht daher nicht zu erwarten, daß die Tariftreueverpflichtung zu einer exorbitanten Kostensteigerung der öffentlichen Beschaffung führt.

Auch der Einwand übermäßiger Bürokratisierung überzeugt nicht. Die Tariftreueverpflichtung bringt das Faß des Normenbestandes nicht zum Überlaufen. Die Tariftreueverpflichtung muß nicht zwangsläufig in einem eigens zu diesem Zweck erlassenen Gesetz verankert werden. Es ist durchaus möglich, sie platzsparend in die bestehenden Regelungskomplexe zu integrieren, in Deutschland also in § 97 GWB. Ebenso wie die Chancengleichheitskriterien ist die Tariftreueverpflichtung kein obligatorisches, sondern ein fakultatives Vergabekriterium. Da die öffentlichen Auftraggeber jeweils nur ein soziales Vergabekriterium berücksichtigen dürfen, steht auch nicht zu erwarten, daß der Kriterienkatalog übermäßig anschwillt.

bb. Kein Firmentarif-Dispens für nationale Dienstleister

Meßlatte für die Verhältnismäßigkeit einer die Dienstleistungsfreiheit einschränkenden mitgliedstaatlichen Maßnahme ist Art. 50 Abs. 3 EG, wonach EG-ausländische Dienstleister ihre Leistungen unter den Voraussetzungen zu erbringen haben, welche der Aufnahmemitgliedstaat für seine eigenen Angehörigen vorschreibt[2065]. Nach Ansicht des EuGH[2066] und GA Mischo[2067] in der Rechtssache *Portugaia Conctruções* ist die Grenze dann überschritten, wenn sich der EG-ausländische Dienstleister im Gegensatz zu inländischen Anbietern bestimmten Lasten und Pflichten nicht entziehen können. Solange daher die Tariftreueverpflichtung keine Rückausnahmen für inländische Dienstleister zuläßt, indem beispielsweise Bieterunternehmen mit inländische Firmentarifverträge von der Tariftreueverpflichtung

2061 *Kempen,* in: Recht und soziale Arbeitswelt, FS-Däubler, 503 (511).
2062 Supra: S. 216.
2063 Supra: S. 216.
2064 Supra: S. 215.
2065 *Däubler, ZIP 2000, 681 (687).*
2066 EuGH, Rs. C-164/99 (Portugaia Construções), Slg. 2002, I-787, Rdnr. 34.
2067 *GA Mischo,* Schlußanträge, Rs. C-164/99 (Portugaia Construções), Slg. 2002, I-787, Rdnr. 77.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dispensiert werden, besteht die Vermutung, daß sie keine unverhältnismäßige Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellt[2068].

cc. Individuelle Zumutbarkeit

Es bleibt den EG-ausländischen Bieterunternehmen weiterhin unbenommen, sich um öffentliche Aufträge in den Hochlohnmitgliedstaaten zu bewerben[2069]. Eine drohende Marktabschottung ist angesichts der umfassenden Transparenz- und Publikationspflichten der öffentlichen Auftraggeber kein Argument gegen die Tariftreueverpflichtung. Die Frage der Angemessenheit der Tariftreueverpflichtung hängt davon ab, ob der Verlust der Lohnkostenvorteile zu einer unzumutbaren Belastung für die EG-ausländischen Dienstleister führt. Ein hoher Verwaltungsaufwand im Sinne der *Mazzoleni und ISA*-Rechtsprechung des EuGH[2070] ist bei der Tariftreueverpflichtung nicht zu befürchten, da die öffentlichen Auftraggeber, wie bereits geschildert[2071], alle notwendigen Informationen über die in ihrem Verantwortungsbereich geltenden Tariflöhne beschaffen und in der Ausschreibung angeben müssen. In diesem Zusammenhang ist argumentiert worden, daß die Bieterunternehmen aus Niedriglohnmitgliedstaaten wegen der höheren Transportkosten in besonderem Maße darauf angewiesen seien, ihre Lohnkostenvorteile vollumfänglich zu nutzen[2072]. Darüber hinaus hätten die Bieterunternehmen, die sich der Tariftreueverpflichtung nicht beugen wollten, angesichts der überragenden Nachfragemacht der öffentlichen Hand auf dem Bausektor keine wirkliche Handlungsalternative[2073].

Zu dem Argument der Transport- und Unterkunftskosten ist jedoch zu bemerken, daß es aus gemeinschaftlicher Perspektive nicht erstrebenswert ist, daß die Bieterunternehmen aus Niedriglohnmitgliedstaaten diese Ausgaben auf Kosten des Arbeitnehmerschutzes wieder „reinholen". Aus ökologischen wie sozialen Gründen ist es vorzugswürdig, diese Kosten in der Abwägung zwischen Dienstleistungsfreiheit und Arbeitnehmerschutz nicht zu prämieren. Der Einwand eines mangelnden Ersatzmarktes gilt nicht für das Baugewerbe insgesamt, sondern ist höchstens auf den Markt der Straßenbauleistungen anwendbar[2074]. Im übrigen sind starke Abhängigkeiten zwischen Anbietern und Nachfragern, wie bereits gezeigt wurde[2075], auch in der Privatwirtschaft üblich, mit allen Konsequenzen, die eine solche Kundenbeziehungen für das Anbieterverhalten mit sich bringen. Die EG-ausländischen Bieterunternehmen können bei dem konkreten öffentlichen Auftrag nicht von ihrem heimischen niedrigen Lohnniveau profitieren. Sie haben gegenüber ihren Konkurrenten aus Hochlohnmitgliedstaaten aber weiterhin den Vorteil, aufgrund der niedrigen Lohnkosten mit niedrigen Fixkosten operieren zu können.

dd. Soziale Integration der Gemeinschaft

Die Gegner der Tariftreueverpflichtung verwehren sich gegen die Verwendung des Begriffs Lohn-*dumping*[2076]. *Dumping* sei nämlich dann zu bejahen, wenn ein Unternehmen sei-

2068 *Schwab,* NZA 2001, 701 (706); *idem, AuR 2000, 272 (275).*

2069 *Landesregierung Nrw*, NRW Drucks. 13/1728 vom 31. Oktober 2001, BS Dezember 2001, 26.

2070 *EuGH*, Rs.165/98 (Mazzoleni und ISA), Slg. 2001, I-2189, Rdnr. 36.

2071 Supra: S. 259 ff.

2072 *Lehne/Haak,* ZfBR 2002, 656 (657).

2073 *Kempen,* in: Recht und soziale Arbeitswelt, FS-Däubler, 503 (515).

2074 *Bultmann,* BuW 2001, 244 (252).

2075 Supra: S. 222.

2076 *Gerken/Löwisch/Rieble,* BB 1995, 2370 (2370); *Rieble,* NZA 2000, 225 (231).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ne Leistung unter Einstandspreis anbietet, um die Konkurrenten aus dem Markt zu verdrängen[2077]. Aus Sicht der Arbeitgeber ist der untertarifliche Lohn lediglich eine Gestaltung der Einkaufsbedingungen.[2078]. Daher gebe es auch kein mißbilligenswertes Wettbewerbsverhalten. Ansonsten könnten beispielsweise die technisch weniger entwickelten Niedriglohnländer Dienstleistern aus Hochlohnmitgliedstaaten Produktivitäts- und *know-how-dumping* vorwerfen, wenn diese bessere Angebote unterbreiten[2079].

Der Vergleich mit dem Begriff des *dumping* im Sinne des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts ist für die Frage der gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit der Tariftreueverpflichtung nicht aussagekräftig. In Art. 2 1. Spiegelstrich EU („sozialer Fortschritt und hohes Beschäftigungsniveau") sowie den Sozialvorschriften Art. 136 EG und Art. 137 Abs. 5 EG bekundet die Gemeinschaft den Willen zu sozialpolitischer Verantwortung für die Situation der Arbeitnehmer. Im Gegensatz zu niedrigen Einkaufspreisen sind Niedriglöhne aus Gemeinschaftsperspektive nicht erstrebenswert. Die Gemeinschaft hat kein Interesse an Niedriglöhnen, weil diese die geringe Produktivität minder qualifizierter Arbeitskräfte widerspiegeln und ein Zeichen für ein niedriges Lebenshaltungsniveau sind. Zudem sind Niedriglöhne auch häufig Folge eines segregierten Arbeitsmarkt[2080]. Der Sozialkostenwettbewerb wird daher generell als inakzeptabel betrachtet[2081]. Dagegen hat sich die Gemeinschaft ausdrücklich das strategische Ziel gesetzt, Europa zum dynamischsten wissensbasierten Wirtschaftsraum der Welt zu machen.

6. Ergebnis zur Verhältnismäßigkeit der Tariftreueverpflichtung

Wenn die Mitgliedstaaten die Grundfreiheiten aus sozialpolitischen Motiven beschränken, dann muß das Gemeinschaftsrecht nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz ausgelegt werden[2082], wobei zu berücksichtigen ist, daß die Gemeinschaft inzwischen selbst sozialpolitische Verantwortung übernommen hat. Das im Aufnahmemitgliedstaat geltende Schutzniveau für Arbeitnehmer hat gewissermaßen den Status eines „natürlichen Standortfaktors"[2083]. Der EG-ausländische Dienstleister muß sich daran – wie an die dortige Infrastruktur auch – anpassen. Der EuGH hat in *Albany* Tarifverträge als sozialpolitisches Gestaltungsinstrument für gemeinschaftsrechtlich sakrosankt erklärt[2084]. Bedienen sich die Mitgliedstaaten per Verweistechnik dieses Instruments, um ihre sozialpolitischen Ziele umsetzen, dann kann dies nicht gemeinschaftsrechtlich unzulässig sein. Dies gilt umsomehr, als sich die Mitgliedstaaten, wie gezeigt[2085], im Zuge der Privatisierung öffentlicher Aufgaben ihrer angestammten Einflußmöglichkeiten begeben haben. Hat sich die öffentliche Hand einmal auf das *outsourcing* an private Wirtschaftsteilnehmer verlegt, bleibt ihr oft nur der Köder des öffentlichen Auftrags, um ihrer sozialpolitischen Verantwortung gerecht zu werden[2086]. Das den Sozialkostenwettbewerb zu Gunsten des Arbeitnehmerschutzes begrenzende Vergabe-

2077 *Rieble,* NZA 2000, 225 (231).
2078 *Rieble,* NZA 2000, 225 (231).
2079 *Gerken/Löwisch/Rieble,* BB 1995, 2370 (2371).
2080 *Bieback,* RdA 2000, 207 (208).
2081 *Sigeman,* RdA 2003, 18 (20).
2082 *Bieback,* RdA 2000, 207 (213).
2083 *Däubler, ZIP 2000, 681 (687); Schäfer,* Öffentliche Belange im Auftragswesen und Europarecht, 378.
2084 *EuGH,* Rs. C-67/96 (Albany), Slg. 1999, I-5751, Rdnr. 60.
2085 Supra: S. 178.
2086 *Burgi,* in: Öffentliche Unternehmen im Wettbewerb und Vergaberecht, 97 (109).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

kriterium der Tariftreueverpflichtung ist daher als vereinbar mit der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 49 EG und damit gemeinschaftsrechtlich zulässig anzusehen[2087].

2087 Vgl. *Burgi,* Gewerbearchiv 2001, 217 (223); *Götz*, Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, 178; *Kempen,* in: Recht und soziale Arbeitswelt, FS-Däubler, 503 (511); *Losch,* NdsVBl. 2003, 73 (77); *Martín-Ehlers,* WuW 1999, 685 (694); *Meyer,* Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 219, 553; *Mühlbach,* RdA 2003, 339 (345, 346); *Weinacht,* WuW 2000, 382 (387); *Link,* AuA 2000, 468 (470).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kapitel Sechs: Die neuen Vergaberichtlinien

A. Einleitung

I. Inhalt des Legislativpakets

Die Veröffentlichung des sogenannten Legislativpakets im Amtsblatt der Gemeinschaft krönt einen fast siebenjährigen Rechtsetzungsprozeß, der im Jahr 1996 mit dem Grünbuch der Kommission *Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union*[2088] seinen Ausgang nahm. Das EU-Legislativpaket besteht aus der konsolidierten RL 2004/18/EG *über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge* (klassische Richtlinie)[2089]. Bei der Konsolidierung wurden die drei ehemaligen klassischen Vergaberichtlinien, RL 93/37/EWG, RL 93/36/EWG und RL 92/50/EWG samt den jeweiligen Änderungen zu einem einzigen Text zusammengefaßt. Hinzu tritt in neuem Gewande RL 2004/17/EG *zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste* (neue Sektorenrichtlinie)[2090]. Für den Erlaß der beiden Vergaberichtlinien waren Rat und EP gemeinsam im Mitentscheidungsverfahren gemäß Art. 251 EG zuständig.

II. Chronologie des Normsetzungsverfahrens

Zum besseren Verständnis des Resultats des Normsetzungsprozesses erscheint es angebracht, kurz die Chronologie des Legislativpakets zu erläutern. Am 10. Mai 2000 unterbreitete die Kommission gemäß Art. 251 Abs. 2 S. 1 EG offiziell EP und Rat ihre Vorschläge[2091]. Am 17. Januar 2002 verabschiedete das EP nach erster Lesung gemäß Art. 251 Abs. 2 S. 2 EG seine Änderungsanträge. Daraufhin legte die Kommission in ihren geänderten Vorschlägen für beide Rechtsakte dar, welche der Änderungsanträge des EP sie zur Gänze oder mit Abweichungen übernimmt und welche sie ablehnt[2092]. Angesichts der Änderungsanträge des

2088 *Kommission,* Grünbuch vom 27. November 1996 „Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union – Überlegungen für die Zukunft", KOM (1996), 583 endg.

2089 RL 2004/18/EG des EP und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. 2004, L 134, S. 114 ff.

2090 RL 2004/17/EG des EP und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. 2004, L 134, S. 1 ff.

2091 *Kommission,* Vorschlag vom 10. Mai 2000 für eine Richtlinie des EP und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, KOM (2000), 275 endg., ABl. 2001, C 29 E, S. 11 ff.; *eadem,* Vorschlag vom 10. Mai 2000 für eine Richtlinie des EP und des Rates zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, KOM (2000), 276 endg., ABl. 2001, C 29 E, S. 112 ff.

2092 *Kommission,* geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des EP und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, KOM (2002), 236 endg., ABl. 2002, C 203 E, S. 210 ff; *eadem,* geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des EP und des Rates zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Ener-

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

EP entsprach der Rat in Gestalt des Wettbewerbsrates (ex Binnenmarktrat) seiner Verpflichtung aus Art. 251 Abs. 2 S. 2 3. Spiegelstrich EG und legte am 20. März 2003 zum Entwurf der klassischen Richtlinie und der neuen Sektorenrichtlinie einen gemeinsamen Standpunkt fest[2093].

Das EP bestand jedoch gemäß Art. 251 Abs. 2 S. 3. lit. c EG in zweiter Lesung am 2. Juli 2003 auf 45 seiner Änderungsanträge[2094]. Da der Rat nicht alle Abänderungen billigte, wurde gemäß Art. 251 Abs. 3 S. 2 und Abs. 4 S. 1 EG der Vermittlungsausschuß einberufen. Das Schlichtungsgremium konnte alle Meinungsverschiedenheiten ausräumen und am 2. Dezember 2003 einen Kompromiß vorlegen[2095]. Das EP billigte diesen Vorschlag am 29. Januar 2004. Der Rat stimmte am 3. Februar 2004 im Wege des schriftlichen Verfahrens zu[2096]. RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG sind am 30. April 2004 mit ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt der Gemeinschaft in Kraft getreten[2097]. Die Mitgliedstaaten müssen das Legislativpaket nun bis spätestens zum 31. Januar 2006 in nationales Recht umgesetzt haben[2098].

III. Ziele der Konsolidierung

Die Konsolidierung der Vergaberichtlinien verfolgte das Ziel, das gemeinschaftliche Vergabesystem zu vereinfachen und zu modernisieren[2099]. Durch die Zusammenfassung der drei klassischen Richtlinien in einen Text sollte das Legislativpaket den rechtlichen Rahmen für das öffentliche Auftragswesen übersichtlicher gestalten und damit besser zugänglich machen[2100]. Ursprünglich wollte die Kommission nur punktuell inhaltliche Änderungen vor-

---

gie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, KOM (2002), 235 endg., ABl. 2002, C 203 E, S. 183 ff.

2093 *Rat,* Gemeinsamer Standpunkt (EG) 33/2003 vom 20. März 2003 im Hinblick auf den Erlaß der Richtlinie des EP und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. 2003, C 147 E, S. 1 ff.; *idem,* Gemeinsamer Standpunkt (EG) 34/2003 vom 20. März 2003 im Hinblick auf den Erlaß der Richtlinie des EP und des Rates zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. 2003, C 147 E, S. 13 ff.

2094 *EP*, legislative Entschließung zu dem Gemeinsamen Standpunkt des Rates im Hinblick auf den Erlaß der Richtlinie des EP und des Rates zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, P5_TA-PROV(2003) 0313; A5-0245/2003;
abrufbar unter: http://www.europarl.eu.int/meetdocs/committees/code/20030822_0117/T5-0313de.pdf; *idem,* legislative Entschließung zu dem Gemeinsamen Standpunkt des Rates im Hinblick auf den Erlaß der Richtlinie des EP und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, P5_TA-PROV(2003) 0312; A5-0242/2003,
abrufbar unter: http://www.europarl.eu.int/meetdocs/committees/code/20030822_0115/T5-0312de.pdf.

2095 *Vermittlungsausschuß EP-Rat,* Einigung über die Richtlinien über das öffentliche Auftragswesen vom 2. Dezember 2003, 15379/03 (Presse 352), abrufbar unter: http://ue.eu.int/pressData/de/cep/78255.pdf.

2096 *Rat*, Einigung über die Richtlinien über das öffentliche Auftragswesen, Pressemitteilung vom 3. Februar 2004, 5567/04 (Presse 29), abrufbar unter: http://ue.eu.int/pressData/de/dec/78995.pdf.

2097 Vgl. Art. 83 RL 2004/18/EG; Art. 74 RL 2004/17/EG.

2098 Art. 80 Abs. 1 RL 2004/18/EG; Art. 71 Abs. 1 RL 2004/17/EG.

2099 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 1; Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 1.

2100 *Kommission,* Vorschlag vom 10. Mai 2000 für eine Richtlinie des EP und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, KOM (2000), 275 endg., ABl. 2001, C 29 E, S. 11, Einführung und I. 1.1; *eadem,* Vorschlag vom 10. Mai 2000 für eine Richtlinie des EP und des Rates zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, KOM (2000), 276 endg., ABl. 2001, C 29 E, S. 112 ff, Einleitung 1.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nehmen („Klarstellung der geltenden Texte“[2101]) und die Vergaberichtlinien im übrigen so belassen[2102]. Doch dann nutzte das EP im Jahr 2002 mit seinen Änderungsbeschlüssen die Gelegenheit zu einer umfassende Reform des Vergaberechts.

B. Darstellung der für soziale Vergabekriterien relevanten Normen

I. Vergaberechtliche Grundsätze und Prinzipien

In der Präambel zählen RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG erstmals erschöpfend die für die öffentliche Auftragsvergabe geltenden Grundsätze auf[2103]. Danach sind bei der Auftragsvergabe insbesondere die Grundfreiheiten, das Diskriminierungsverbot, der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und der Grundsatz der Transparenz zu beachten[2104]. Sowohl RL 2004/18/EG als auch RL 2004/17/EG betonen im rechtsverbindlichen Teil, daß die öffentlichen Auftraggeber alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und nichtdiskriminierend zu behandeln und in transparenter Weise vorzugehen haben[2105].

II. Zuschlagserteilung

1. Bewertung des wirtschaftlich günstigsten Angebost aus der subjektiven Perspektive des öffentlichen Auftraggebers

Gemäß Art. 53 Abs. 1 lit. a und lit. b RL 2004/18/EG und Art. 55 Abs. 1 lit. a und b RL 2004/17/EG haben die öffentlichen Auftraggeber bei der Zuschlagserteilung weiterhin grundsätzlich die Wahl zwischen dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots oder dem Kriterium des niedrigsten Preises. Der Gemeinschaftsgesetzgeber legte sich letztendlich auf die Formulierung fest, daß „der Zuschlag auf das aus Sicht des Auftraggebers wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgt“. Der subjektive Maßstab für diese Beurteilung kommt auch darin zum Ausdruck, daß auf das „*für den Auftraggeber* wirtschaftlich günstigsten Angebot“ abgestellt wird[2106]. Die wirtschaftliche Günstigkeit bestimmt sich nunmehr nach Art. 53 Abs. 1 lit. a RL 2004/18/EG und Art. 55 Abs. 1 lit. a RL 2004/17/EG anhand „verschiedener mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängender Kriterien, z.B. Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- oder Ausführungsfrist“.

2101 *Kommission,* Vorschlag vom 10. Mai 2000 für eine Richtlinie des EP und des Rates zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, KOM (2000), 276 endg., ABl. 2001, C 29 E, S. 112 ff, Rdnr. I.1.

2102 *Rechten,* NZBau 2004, 366 (367).

2103 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 2.

2104 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 2; Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 9.

2105 Art. 2 RL 2004/18/EG; Art. 10 RL 2004/17/EG.

2106 Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 55.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Wirtschaftliche und qualitative Kriterien

Sowohl RL 2004/18/EG[2107] als auch RL 2004/17/EG[2108] fordern in der Präambel, daß die Zuschlagserteilung „auf der Grundlage objektiver Kriterien" erfolgen soll. Bei der Zuschlagserteilung auf das wirtschaftlich günstigste Angebot haben die öffentlichen Auftraggeber die Angebote unter dem Gesichtspunkt des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses zu bewerten[2109]. Die Zuschlagskriterien hängen laut den Erwägungsgründen insofern vom Auftragsgegenstand ab, als sie es ermöglichen müssen, das Leistungsniveau jedes einzelnen Angebots im Verhältnis zu dem in den technischen Spezifikationen beschriebenen Auftragsgegenstand zu bewerten[2110]. Nach Aussage der Präambeln sollen diese „wirtschaftlichen und qualitativen Zuschlagskriterien" die öffentlichen Auftraggeber in die Lage versetzen, auf Bedürfnisse der betroffenen Allgemeinheit einzugehen[2111]. Die Präambeln beider Richtlinien beschließen die *Passsage zur Zuschlagserteilung* mit folgendem Satz: „Unter der Voraussetzung objektiver Bewertbarkeit kann ein öffentlicher Auftraggeber auch Kriterien zur Erfüllung sozialer Anforderungen anwenden, die insbesondere den – in den vertraglichen Spezifikationen festgelegten – Bedürfnissen besonders benachteiligter Bevölkerungsgruppen entsprechen, denen die Nutzer der Bauleistungen bzw. Lieferungen oder Dienstleistungen angehören"[2112].

3. Verankerung sozialer Aspekte

a. Bekenntnis zur EuGH-Rechtsprechung

Sowohl RL 2004/18/EG als auch RL 2004/17/EG berufen sich auf die Rechtsprechung des EuGH, insbesondere auf die Urteile zu den Zuschlagskriterien. Beide Richtlinien versprechen eine Klarstellung, welche Möglichkeiten die öffentlichen Auftraggeber haben, auf Bedürfnisse der betroffenen Allgemeinheit, einschließlich im ökologischen und/oder sozialen Bereich, einzugehen. Allerdings wird den öffentlichen Auftraggebern diese Möglichkeit nur unter der Bedingung eingeräumt, daß derartige Kriterien im Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen, dem öffentlichen Auftraggeber keine unbeschränkte Wahlfreiheit einräumen, ausdrücklich erwähnt sind und dem vergaberechtlichen Prinzipienkatalog entsprechen[2113].

b. Bekenntnis zum Ziel der sozialen Integration in Beruf und Beschäftigung sowie Vorbehalt von öffentlichen Aufträgen für Behindertenwerkstätten

RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG konstatieren jeweils in der Präambel, daß Beruf und Beschäftigung Schlüsselelemente zur Gewährleistung gleicher Chancen für alle sind und zur Eingliederung in die Gesellschaft beitragen[2114]. In diesem Zusammenhang trügen geschützte Werkstätten und geschützte Beschäftigungsprogramme wirksam zur (Wieder-)Eingliederung von Menschen mit Behinderungen in den Arbeitsmarkt bei. Da derartige Werkstätten möglicherweise nicht in der Lage seien, unter normalen Wettbewerbsbedingungen Aufträge zu er-

2107 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 46.
2108 Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 55.
2109 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 46; Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 55.
2110 Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 55; Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 55.
2111 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 46; Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 55.
2112 Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 55.
2113 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 1; Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 1.
2114 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 28; Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 39.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

halten, könnten die Mitgliedstaaten das Recht, an Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge teilzunehmen, derartigen Werkstätten oder die Ausführung eines Auftrags geschützten Beschäftigungsprogrammen vorbehalten[2115]. Diese Option der Mitgliedstaaten wird in Art. 19 S. 1 RL 2004/18/EG und Art. 28 S. 1 RL 2004/17/EG noch einmal dahingehend konkretisiert, daß die Teilnahme an Vergabeverfahren auf derartige Werkstätten begrenzt oder unmittelbar Einrichtungen mit geschützten Arbeitsplätzen mit der Auftragsausführung betraut werden können, sofern die Mehrheit der Arbeitnehmer Behinderte sind, die keine Berufstätigkeit unter normalen Bedingungen ausüben können.

c. Kriterium der Zugänglichkeit bei der Festlegung technischer Spezifikationen

Darüber hinaus sind die öffentlichen Auftraggeber dazu angehalten, technische Spezifikationen festlegen, die das Kriterium der Zugänglichkeit für Personen mit einer Behinderung oder das Kriterium der Konzeption für alle Benutzer berücksichtigen[2116]. Diese „Sollte"-Vorschrift wird in Art. 23 Abs. 1 S. 2 RL 2004/18/EG und Art. 34 Abs. 1 S. 2 RL 2004/17/EG noch einmal wiederholt.

d. Berücksichtigung sozialer Aspekte bei der Festlegung von Ausführungsbedingungen

Die umwälzendste Neuerung des Legislativpakets ist sicherlich, daß in Art. 26 RL 2004/18/EG und Art. 38 RL 2004/17/EG die Zulässigkeit von sozialen und umweltbezogenen Ausführungsbedingungen festgeschrieben wird. Diese sind zulässig, sofern sie nicht unmittelbar oder mittelbar zu einer Diskriminierung führen und in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen angegeben sind[2117]. Sie können insbesondere dem Ziel dienen, die berufliche Ausbildung auf den Baustellen sowie die Beschäftigung von Personen zu fördern, deren Eingliederung besondere Schwierigkeiten bereitet, die Arbeitslosigkeit zu bekämpfen oder die Umwelt zu schützen[2118]. In diesem Zusammenhang ist z.B. die Verpflichtung zu nennen, Langzeitarbeitslose einzustellen oder Ausbildungsmaßnahmen für Arbeitnehmer oder Jugendliche durchzuführen, oder ein Kontingent von behinderten Personen einzustellen, das über dem nach nationalem Recht vorgeschriebenen Kontingent liegt[2119].

e. Anwendbarkeit nationaler Arbeitsbedingungen

Des weiteren bejahen RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG die Anwendbarkeit nationaler und gemeinschaftlicher Gesetze, Regelungen und Tarifverträge im Bereich der Arbeitsbedingungen und der Sicherheit am Arbeitsplatz, sofern derartige Vorschriften sowie ihre Anwendung mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind[2120]. Für grenzüberschreitende Situationen, in denen Arbeitnehmer eines Mitgliedstaats Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat zur Ausführung eines öffentlichen Auftrags erbringen, stellt RL 96/71/EG *über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen*[2121] die Mindestbedingungen auf, die im Aufnahmestaat in Bezug auf die entsandten Arbeitnehmer

2115 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 28; Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 39.
2116 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 29; Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 42.
2117 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 33; Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 44.
2118 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 33; Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 44.
2119 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 33; Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 44.
2120 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 34; Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 45.
2121 RL 96/71/EG des EP und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 1997, L 18, S. 1 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

einzuhalten sind[2122]. Enthält das nationale Recht entsprechende Bestimmungen, so kann die Nichteinhaltung dieser Verpflichtungen als eine schwere Verfehlung oder als ein Delikt betrachtet werden, mit der Folge, daß das jeweilige Bieterunternehmen vom Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags ausgeschossen wird [2123].

Gemäß Art. 27 Abs. 1 RL 2004/18/EG und Art. 39 Abs. 1 RL 2004/17/EG kann der öffentliche Auftraggeber in den Auftragsunterlagen die staatlichen Stellen angeben, bei denen die Bieterunternehmen die erforderlichen Auskünfte über die Verpflichtungen erhalten, die in dem Mitgliedstaat, in der Region oder an dem Ort gelten, an dem die Leistungen zu erbringen sind. Gemäß Art. 27 Abs. 2 RL 2004/18/EG und Art. 39 Abs. 2 RL 2004/17/EG hat der öffentliche Auftraggeber, der derartige Auskünfte erteilt, von den Bieterunternehmen die Angabe zu verlangen, daß sie bei der Ausarbeitung ihres Angebots den Verpflichtungen aus den am Ort der Leistungserbringung geltenden Vorschriften über Arbeitsschutz und Arbeitsbedingungen Rechnung getragen haben.

f. Ausschluß von Bieterunternehmen bei Verstoß gegen Gleichbehandlungsrichtlinien

Schließlich kann auch die Nichteinhaltung nationaler Bestimmungen zur Umsetzung der Gleichbehandlungsrichtlinien, RL 2000/78/EG[2124] und RL 76/207/EWG[2125], als Verstoß, der die berufliche Zuverlässigkeit des Wirtschaftsteilnehmers in Frage stellt, oder als schwere Verfehlung betrachtet werden[2126].

C. Analyse und Bewertung

I. Breite positiv-rechtliche Verankerung sozialer Aspekte

Unter Ausnutzung aller Verlängerungsmöglichkeiten gemäß Art. 251 Abs. 7 EG gestaltete sich der letztlich volle neun Jahre währende Normsetzungsprozeß[2127] auch in der Endphase als eine schwere Geburt. Die atmosphärische Stimmung zwischen den am Normsetzungsprozeß beteiligten Gemeinschaftsorganen war jedoch zu keinem Zeitpunkt so destruktiv, daß man ein Scheitern des Legislativpakets gemäß Art. 251 Abs. 2 S. 3 lit. b und Abs. 5 S. 2 EG in Kauf genommen hätte[2128]. Dieses konstruktive Bemühen macht sich denn auch in dem ausgesprochenen „Kompromißcharakter“[2129] der Richtlinien bemerkbar. Eindeutiger Gewinner ist ohne Zweifel das EP. Die Reformen im Hinblick auf die Berücksichtigung sozialer Aspekte wären ohne das gewachsene Mitspracherecht des EP im Normsetzungsprozeß nicht möglich gewesen. Denn in dem für den Erlaß von RL 2004/18/EG und RL 2004/18/EG einschlägigen

2122 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 34; Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 45.

2123 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 34; Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 45.

2124 RL 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. 2000, L 303, S. 16 ff.

2125 RL 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. 1976, L 39, S. 40 ff.

2126 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 43; Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 54.

2127 Vgl. *Kommission,* Grünbuch vom 27. November 1996 „Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union – Überlegungen für die Zukunft“, KOM (1996), 583 endg.

2128 *Forum vergabe,* Monatsinfo 9/2003, 144; *idem,* Monatsinfo 10/03, 160.

2129 *Knauff,* EuZW 2004, 141 (141).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Verfahren der Mitentscheidung, kann ein Rechtsakt gemäß Art. 251 Abs. 5 S. 2 EG endgültig nur mit Zustimmung des EP verabschiedet werden.

Entgegen allen Erwartungen[2130] hat der Gemeinschaftsgesetzgeber mit RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG die Berücksichtigung sozialer Aspekte auf breiter Ebene positivrechtlich verankert und damit offiziell legitimiert[2131]. Dieses förmliche Anerkenntnis bedeutet in der Tat für das Vergaberecht eine „grundlegend neue Weichenstellung"[2132]. Anstatt die Mitgliedstaaten zu strikter Abstinenz anzuhalten, gibt die Gemeinschaft sozialpolitisch motivierten Interventionen im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe ihren Segen. Wettbewerb und das mitgliedstaatliche Bemühen um soziale Integration stehen nicht mehr in einem Exklusivitätsverhältnis. Besonders deutlich wird dies an RL 2004/17/EG, die sich im wettbewerblich sensiblen Bereich der Sektoren zwar explizit den Kampf gegen Marktabschottung[2133] und für Marktöffnung[2134] auf die Fahne geschrieben hat, gleichzeitig aber mit Art. 38 RL 2004/17/EG und Art. 23 Abs. 1 S. 2 RL 2004/18/EG die Berücksichtigung sozialer Aspekte gutheißt.

Für die Gegner sozialer Vergabekriterien wird mit RL 2004/18/EG und RL 2004/18/EG allerdings ein „Alptraum" wahr[2135]. So wird kritisiert, daß die Voraussetzung für die Zulässigkeit sozialer Ausführungsbedingungen gemäß Art. 26 RL 2004/18/EG und Art. 38 RL 2004/17/EG, i.e. daß diese mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sein müssen, *angesichts der sozialen Ziel- und Aufgabensetzungen des EG-Vertrages* nicht geeignet sei, den öffentlichen Auftraggebern wirksame Grenzen zu setzen[2136]. Implizit geben die Gegner sozialer Vergabekriterien damit jedoch letztendlich zu, daß die Gemeinschaftsverträge in der Fassung von Amsterdam die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien indizieren.

II. Berücksichtigung sozialer Aspekte als Zuschlagskriterien de lege lata

Entgegen den in *Beentjes*, *Französische Schulen*, *Concordia Bus* und *Wienstrom* erarbeiteten Vorgaben des EuGH und den Forderungen einer Reihe von Mitgliedstaaten[2137] sehen sowohl RL 2004/18/EG als auch RL 2004/17/EG zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots *keine sozialen Zuschlagskriterien* vor[2138]. Damit scheint ausgemacht, daß nach den neuen Vergaberichtlinien die Berücksichtigung sozialer Aspekte *im Rahmen der Zuschlagsentscheidung* ausgeschlossen ist. Gleichwohl nehmen beide Richtlinien jeweils in der Präambel für sich in Anspruch, sich auf die vergaberechtliche Rechtsprechung des EuGH zu den Zuschlagskriterien zu gründen[2139]. Sie wiederholen sogar die in *Concordia Bus*[2140] und *Wienstrom*[2141] aufgestellten Zulässigkeitsvoraussetzungen[2142]. Ebenso wie Rat, EP[2143] und

2130 Vgl. *Mühlbach,* RdA 2003, 339 (339).
2131 *Keßler/Ipek,* EWS 2004, 337 (342).
2132 *Forum vergabe,* Monatsinfo 6/02, 95.
2133 Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 3.
2134 Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 42.
2135 *Forum vergabe,* Monatsinfo 6/02, 95; *Forum vergabe,* Monatsinfo 11/2003, 176.
2136 *Knauff,* EuZW 2004, 141 (143).
2137 *Rechten,* NZBau 2004, 366 (369).
2138 Vgl. *Arnould,* PPLR 2004, 187 (195).
2139 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 1; Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 1.
2140 *EuGH*, Rs. C-513/99, (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnrn. 64, 69.
2141 *EuGH*, Rs. C-448/01 (EVN and Wienstrom), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 33 f.
2142 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 1.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die Literatur[2144] feierte die Kommission, welche sich der Einführung sozialer Vergabekriterien bis zuletzt widersetzt hatte, das Legislativpaket als einen Kompromiß, der auf der Basis des *Concordia Bus*-Urteils erreicht worden sei[2145]: Der Kompromiß erlaube den öffentlichen Auftraggebern, zum Wohle der Allgemeinheit angemessene und objektive ökologische und soziale Kriterien in transparenter Weise anzuwenden, ohne damit einer willkürlichen und unfairen Auftragsvergaben Vorschub zu leisten, die sich auf Kriterien stützt, die keinen Bezug zu den gewünschten Arbeiten oder Dienstleistungen aufweisen[2146]. Die Kommission war relativ früh dazu übergegangen, den öffentlichen Auftraggebern die Festlegung besonderer Ausführungsbedingungen im Sinne des *Beentjes*-Urteils[2147] zu gestatten[2148], bzw. Ausführungsbedingungen, um sozialen Belangen Rechnung zu tragen[2149].

Diesen Widerspruch zwischen Intention und Ausgestaltung der neuen Vergaberichtlinien lösen auch nicht die als Erläuterung gedachten interpretierenden Erwägungsgründe der Präambeln auf, die während den Beratungen zum Gemeinsamen Standpunkt des Wettbewerbsrates dazugekommen waren[2150]. Der in beiden Richtlinien enthaltene Tandembegriff „wirtschaftliche und qualitative Zuschlagskriterien" impliziert, daß neben den anerkannten betriebswirtschaftlichen Kriterien auch das Gegenteil, i.e. nicht-wirtschaftliche Kriterien, zur Anwendung gelangen. Dieser Eindruck wird noch durch Erwägungsgrund 46 RL 2004/18/EG verstärkt, welche den wirtschaftlichen und qualitativen Zuschlagskriterien die Kriterien über die Erfüllung der Umwelterfordernisse zur Seite stellt[2151]. Die Passage ist jedenfalls nur dann sinnvoll und aussagekräftig, wenn mit der Kategorie der sogenannten „qualitativen Kriterien" neben den wirtschaftlichen und umweltpolitischen Kriterien *soziale* Zuschlagskriterien gemeint sind. Andererseits läßt die Präambel von RL 2004/17/EG ausdrücklich „nur zwei Zuschlagskriterien zu: das des niedrigsten Preises und das des "wirtschaftlich günstigsten Angebots"[2152]. Dies wiederum bedeutet eine klare Absage an die *Beentjes*-Entscheidung des

---

2143 *EP und Rat*, Gemeinsamer Entwurf nach Billigung durch den Vermittlungsausschuß vom 9. Dezember 2003, PE-CONS 3696/03, Erwägungsgrund 1.

2144 *Keßler/Ipek,* EWS 2004, 337 (342).

2145 *Kommission,* Pressemitteilung, vom 13. Dezember 2003, IP/03/1649, 1 (1).

2146 *Kommission,* Pressemitteilung, vom 13. Dezember 2003, IP/03/1649, 1 (1).

2147 *EuGH*, Rs. 31/87 (Beentjes), Slg. 1988, 4635, Rdnr. 36.

2148 *Kommission,* Vorschlag vom 10. Mai 2000 für eine Richtlinie des EP und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, KOM (2000), 275 endg., ABl. 2001, C 29 E, S. 11 ff., Art. 23 Abs. 3.

2149 *Kommission,* geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des EP und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, KOM (2002), 236 ndg., ABl. 2002, C 203 E, S. 210 ff., Rdnr. 3.2 (Abänderungen, die von der Kommission mit teilweisen oder grundlegenden Neuformulierungen übernommen wurden), zu Abänderungen 10 und 127, Erwägungsgrund 29, Art. 26a; *eadem,* geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des EPund des Rates zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, KOM (2002), 235 endg., ABl. 2002, C 203 E, S. 183 ff., Rdnr. 3.2. (Abänderungen, die von der Kommission mit teilweisen oder grundlegenden Neuformulierungen übernommen wurden), zu Abänderungen 4 und 33, Erwägungsgrund 32, Art. 37a.

2150 *Rat,* Gemeinsamer Standpunkt (EG) 33/2003 vom 20. März 2003 im Hinblick auf den Erlaß der Richtlinie des EP und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. 2003, C 147 E, S. 1 ff., Erwägungsgrund 44; *idem,* Gemeinsamer Standpunkt (EG) 34/2003 vom 20. März 2003 im Hinblick auf den Erlaß der Richtlinie des EP und des Rates zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. 2003, C 147 E, S. 13 ff., Erwägungsgrund 54.

2151 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 46.

2152 Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 55.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

EuGH und verwandte Lehrmeinungen, die von einer dritten Kategorie sogenannter besonderer zusätzlicher Bedingungen ausgehen[2153].

Auch der letzte Abschnitt des Erwägungsgrundes 46 RL 2004/18/EG und des Erwägungsgrundes 55 RL 2004/17/EG verhält sich in Bezug auf den Einschluß sozialer Zuschlagskriterien ambivalent. Zum einen verwendet die Präambel den allgemein gehaltenen Ausdruck „soziale Anforderungen", zum anderen erweckt auch und gerade der Kontext den Eindruck, daß damit soziale Zuschlagskriterien gemeint sind. Denn Erwägungsgrund 46 RL 2004/18/EG und Erwägungsgrund 55 RL 2004/17/EG, an den mit der Einleitung „unter denselben Voraussetzungen" angeknüpft wird, widmen sich inhaltlich der Frage der Zuschlagsentscheidung. Getreu dem Motto, daß Obersatz und Subsumtion übereinstimmen müssen, müßte die genannte Passage daher an sich als Stellungnahme zu sozialen Zuschlagskriterien zu werten sein. Auch der Begriff der „Benachteiligung" ist so weit gefaßt, daß darunter jegliche soziale Benachteiligungen fallen können. Der Eindruck, die Passage handele von sozialen Zuschlagskriterien wird noch dadurch intensiviert, daß den sozialen Anforderungen mit dem Einschub „der auf die in den Spezifikationen festgelegten Bedürfnisse" diesen das Regelungsinstrument der Spezifikationen gegenübergestellt wird.

Trotz dieser gesetzgeberischen Ungereimtheiten bleibt es bei dem Ergebnis, daß der Gemeinschaftsgesetzgeber sich bewußt gegen die Einführung sozialer Zuschlagskriterien entschieden hat. Der Vorschlag des EP, die „Politik der Bieterunternehmen gegenüber Personen mit einer Behinderung" als Zuschlagskriterium zu verankern[2154], konnte sich nicht durchsetzen. Das EP schwenkte daraufhin auf die Linie der Kommission in der zweiten Lesung ein und unterstützte eine Lösung über soziale Ausführungsbedingungen.

Sowohl RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG werden damit im Hinblick auf die Berücksichtigung sozialer Aspekte bei der öffentlichen Auftragsvergabe ihrem Ziel, Klarheit zu schaffen, nicht vollends gerecht[2155]. Die Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH geht ins Leere. Denn ausweislich des *Französische Schulen*-Urteils[2156] hat der EuGH in seiner Rechtsprechung zu sozialen *Zuschlags*kriterien Stellung genommen. Hätte der Gemeinschaftsgesetzgeber die Rechtsprechung des EuGH beim Worte nehmen und umzusetzen wollen, hätten beide Richtlinien die Berücksichtigung sozialer Aspekte im Rahmen der Zuschlagsentscheidung erlauben müssen[2157]. Es ist also verfehlt, wie Kommission[2158] und einzelne Vertreter in der Literatur[2159] es tun, von einer „Fortführung der EuGH-Rechtsprechung" zu sprechen[2160].

III. Berücksichtigung sozialer Aspekte als Ausführungsbedingung

Nicht genug, daß sich die Richtlinien in Widerspruch zu ihrer angekündigten Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH setzen, mit der Berücksichtigung sozialer Aspekte in Form von sozialen Ausführungsbedingungen ist der Gemeinschaftsgesetzgeber über

2153 *EuGH,* Rs. 31/87 (Beentjes), Slg. 1988, 4635, Rdnr. 36.
2154 *EP,* Zweite Lesung, P5_TA-Prov (2003) 0312 vom 2. Juli 2003.
2155 Vgl. *Opitz,* NZBau 2003, 183 (188); *Rechten,* NZBau 2004, 366 (374).
2156 *EuGH,* Rs. C-225/98 (Kommission/Frankreich – Französische Schulen), Slg. 2000, I-7445, Rdnr. 51.
2157 Vgl. *Schima*, NZBau 2002, S. 1 (4).
2158 *Kommission,* Pressemitteilung, vom 13. Dezember 2003, IP/03/1649, 1 (1).
2159 *Knauff,* EuZW 2004, 141 (143).
2160 *Forum vergabe,* Monatsinfo 11/2003, 176; *Herma,* Natur und Recht 2002, 8 (12).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

das Ziel hinausgeschossen, gemeinwohlmotivierte staatliche Interventionen bei der öffentlichen Auftragsvergabe zuzulassen. Was nach Art. 26 RL 2004/18/EG und gleichlautend Art. 38 RL 2004/17/EG nunmehr zulässig ist, geht weit über die vom EuGH gutgeheißenen Zuschlagskriterien hinaus[2161].

Ausführungsbedingungen ähneln in ihrer Wirkung den leistungsbeschreibenden Spezifikationen. Ebenso wie diese setzen sie mit ihrer Selektion zu Beginn des Vergabeverfahrens an[2162]. Angebote, welche den Ausführungsbedingungen nicht entsprechen, werden von vornherein ausgesondert[2163]. In Gestalt von *Ausführungsbedingungen* entfalten soziale Aspekte eine *absolute Ausschlußwirkung*, da sie gleich zu Beginn des Vergabeverfahrens das Spektrum der Bieterunternehmen verkleinern[2164]. Der unmittelbare Ausschluß von Bieterunternehmen ist die schärfste Sanktion, die das Vergaberecht bereit hält[2165]. Ausführungsbedingungen sind daher ein negativer Ansatz (*obey, otherwise excluded*), um sozialpolitische Ziele voranzutreiben[2166]. Dagegen kann auch nicht eingewandt werden, daß Ausführungsbedingungen ein vergleichsweise mildes Mittel seien, weil die Bieterunternehmen diese erst bei Auftragsausführung berücksichtigen müssen[2167]. Das ist eine Milchmädchenrechnung, weil die öffentlichen Auftraggeber im vorhinein wissen müssen, ob das jeweilige Bieterunternehmen bereit und imstande sein wird, die sozialen Ausführungsbedingungen zu erfüllen. Zwar läßt sich die Nicht- oder Schlechterfüllung des Bieterunternehmens im nachhinein sanktionieren. Ein solches Szenario ist allerdings aus der Perspektive des öffentlichen Auftraggebers nicht besonders attraktiv. Wenn die im Anschluß an die Zuschlagserteilung stattfindende Prüfung der Fähigkeit und Bereitwilligkeit des Bieterunternehmens, die Ausführungsbedingungen zu erfüllen, negativ ausfällt, müßte der öffentliche Auftraggeber entweder den Rechtsweg beschreiten, um das Bieterunternehmen dazu zu zwingen, den Ausführungsbedingungen nachzukommen, oder kündigen und den öffentlichen Auftrag neu ausschreiben. Beides ist kostspielig und mit großen Zeitverlusten verbunden[2168].

Damit wird der Wettbewerb durch die als Entschärfung gedachten[2169] Ausführungsbedingungen stärker beeinträchtigt, als wenn soziale Aspekte im Rahmen der Zuschlagsentscheidung Berücksichtigung fänden[2170]. In letzterem Fall treten nämlich sozial freundliche und rein betriebswirtschaftlich günstige Angebote zueinander in Wettbewerb, mit der Folge daß etwaige Mehrkosten aufgrund der sozialen Anforderungen sofort offengelegt werden[2171]. In Form von Zuschlagskriterien entfalten soziale Aspekte nämlich *lediglich relative Ausschlußwirkung* (*there is no absolute causality between the application of social criteria*

2161 *Forum vergabe,* Monatsinfo 11/2003, 176.

2162 *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 212.

2163 *Forum vergabe,* Monatsinfo 6/02, 95.

2164 Vgl. *Dreher/Haas/v. Rintelen,* Vergabefremde Regelungen und Beihilfenrecht, 15; *Krohn,* NZBau 2004, 92 (94); *idem*, Öffentliche Auftragsvergabe und Umweltschutz, 2003, 308; *Osterloh,* Rechtsgutachten zu Fragen der Frauenförderung im Rahmen der öffentlichen Mittelvergabe, 60.

2165 *Ziekow,* NZBau 2001, 72 (73).

2166 *Bovis,* CMLR 2002, 1025 (1053).

2167 *Bovis,* CMLR 2002, 1025 (1053); *Wittig,* Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts, 49, 50.

2168 Vgl. *Burgbacher,* VergabeR 2001, 169 (169); *Gleichner,* in: Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. IV, 193 (243).

2169 *Benedict,* EWS 2000, 514 (514).

2170 Vgl. *Arrowsmith,* ELR 2002, 3 (13); *Fischer,* EuZW 2004, 492 (496); *Forum vergabe,* Monatsinfo 6/02, 95; *Krohn,* NZBau 2004, 92 (94); *Schneider*, DVBl. 2003, 1186 (1190).

2171 Vgl. *Krohn,* NZBau 2004, 92 (94); *idem*, Öffentliche Auftragsvergabe und Umweltschutz, 308; *Rechten,* NZBau 2004, 366 (369); *Schneider*, DVBl. 2003, 1186 (1190).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

and the designation of a beneficiary[2172]). Die Berücksichtigung der sozialer Aspekte im Rahmen der Zuschlagsentscheidung erweist sich daher als ein milderes und flexibleres Instrument, um soziale Aspekte in die Vergabe öffentlicher Aufträge zu integrieren[2173]. Im Fall sozialer Zuschlagskriterien können die Bieterunternehmen das soziale Defizit unter Umständen durch besondere Exzellenz ihrer Angebote kompensieren und sich damit die Chance auf den öffentlichen Auftrag erhalten[2174]. Insgesamt beraubt die Lösung über Ausführungsbedingungen die öffentlichen Auftraggeber der Möglichkeit, im Rahmen der Zuschlagsentscheidung über die Gewichtung der Subkriterien in Punkten oder Prozent die notwendige Feinabstimmung vorzunehmen. Insofern entspricht die Lösung über soziale Ausführungsbedingungen nicht den Vorgaben des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, der eine angemessene Balance von staatlicher Intervention und freiem Leistungswettbewerb fordert[2175].

Das amtliche Endergebnis der Kodifikationsbemühungen, soziale Aspekte als Ausführungs-bedingungen zuzulassen, deren Berücksichtigung bei der Zuschlagsentscheidung dagegen abzulehnen, ist nicht sachgerecht[2176]. Es hätte zu denken geben sollen, daß nach all den zähen Debatten in rechtswissenschaftlichen Zirkeln auch und gerade Kritiker sozialer Vergabekriterien eine Berücksichtigung sozialer Aspekte im Rahmen der Zuschlagsentscheidung bevorzugt hätten[2177]. Dieser Lapsus ist nur damit zu erklären, daß Rat und Kommission, die sich frühzeitig auf die Ausführungsbedingungen versteift hatte[2178], so darauf fixiert gewesen sein müssen, soziale Kriterien bei der Zuschlagsentscheidung zu verhindern, daß man sich in den Verhandlungen schlicht vergalloppiert hat. Die stets als Gegnerin sozialer Vergabekriterien aufgetretene Kommission hat damit im Grunde das Gegenteil dessen erreicht, was sie sich während des Normsetzungsprozesses zum Ziel gesetzt hatte. Ohne gleich wie mancher Kommentator von einem „Pyrrhussieg“[2179] oder einer „schlimmen Entwicklung“[2180] zu sprechen, so ist als Fazit zu konstatieren, daß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei dieser Lösung zu kurz kommt.

IV. Berücksichtigung sozialer Aspekte bei der Zuschlagsentscheidung qua Auslegung

1. Argumentum a maiore ad minus

Trotz der ausdrücklichen Nicht-Regelung sozialer Zuschlagskriterien besteht im Wege der Auslegung noch Interpretationsspielraum für eine Berücksichtigung sozialer Aspekte im

2172 *Doern,* PPLR 2004, 97 (119).

2173 Vgl. *Arrowsmith,* ELR 2002, 3 (13); *Breloer,* Europäische Vorgaben und das deutsche Vergaberecht, 90; *Krohn,* NZBau 2004, 92 (94); *idem*, Öffentliche Auftragsvergabe und Umweltschutz, 308; *Meyer,* Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 283; *Schneider*, DVBl. 2003, 1186 (1190).

2174 Vgl. *Breloer,* Europäische Vorgaben und das deutsche Vergaberecht, 90; *Doern,* PPLR 2004, 97 (119).

2175 *Arrowsmith,* ELR 2002, 3 (13).

2176 *Krohn,* NZBau 2004, 92 (94).

2177 *Forum vergabe,* Monatsinfo 6/02, 95.

2178 Vgl. *Kommission,* Mitteilung vom 22. September 1989 „Öffentliches Auftragswesen – Regionale und soziale Aspekte“, KOM (1989), 400 endg., ABl. 1989, C 311, S. 7 ff. Rdnr. 43 ff.; *eadem,* Mitteilung vom 4. Juli 2001 über das auf das Öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, KOM (2001), 274 endg., ABl. 2001, C 333, S. 12 ff; Rdnr. II. 4.

2179 *Rechten,* NZBau 2004, 366 (369).

2180 *Forum vergabe,* Monatsinfo 6/02, 95.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rahmen der *Zuschlagsentscheidung*[2181]. Käme es zum Schwur, könnte sich der EuGH in jedem Fall auf eine einleuchtende *a maiore ad minus*-Argumentation stützen: Wenn sogar die Berücksichtigung sozialer Aspekte mit absoluter Ausschlußwirkung sachgerecht und gemeinschaftsrechtlich zulässig sein soll, dann muß dies erst recht für eine etwaige Berücksichtigung sozialer Aspekte mit relativer Ausschlußwirkung gelten. Soziale Ausführungsbedingungen und soziale Zuschlagskriterien ähneln sich im Hinblick auf den normativen Kontext, die *ratio legis* sowie den zugrundeliegenden Sachverhalt. Sie unterscheiden sich einzig in der Intensität der Ausschlußwirkung.

2. Bewertung der wirtschaftlichen Günstigkeit aus der subjektiven Perspektive der öffentlichen Auftraggeber

Ein weiteres Argument für die Zulässigkeit sozialer Zuschlagskriterien ist der Umstand, daß Art. 53 Abs. 1 lit. a RL 2004/18/EG und Art. 55 Abs. 1 lit. a RL 2004/17/EG zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots auf die *subjektive Perspektive des öffentlichen Auftraggebers* abstellen[2182]. Gemäß Art. 53 Abs. 1 lit. a RL 2004/18/EG und Art. 55 Abs. 1 lit. a RL 2004/17/EG erfolgt der Zuschlag auf das *aus Sicht des Auftraggebers* wirtschaftlich günstigste Angebot. Auch Erwägungsgrund 46 der Präambel RL 2004/18/EG und Erwägungsgrund 55 Präambel RL 2004/17/EG heben auf das *für den Auftraggeber* wirtschaftlich günstigsten Angebot ab. Während des Normsetzungsprozesses hatte sich weder die Kommission mit der Formulierung „Kriterien die im direkten/unmittelbaren Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen“[2183] noch der Rat mit dem Vorschlag „verschiedene durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigste Kriterien“[2184] durchsetzen können. Statt dessen einigte man sich auf die schwächere Formulierung des EP „mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängende Kriterien“[2185]. Dies ist ein Indiz dafür, daß die Subkriterien zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots nicht Produktbezogenheit, sondern lediglich die begrifflich weitere Auftragsbezogenheit im Sinne der *Wienstrom*-Entscheidung[2186] aufweisen müssen. Art. 53 Abs. 1 lit. a RL 2004/18/EG und Art. 55 Abs. 1 lit. a RL 2004/17/EG machen damit den Weg frei für eine volkswirtschaftliche Auslegung des Schlüsselbegriffs „wirtschaftlich günstigstes Angebot“. Die in ihrer Eigenschaft als staatliche Einheiten angesprochenen öffentlichen Auftraggeber haben gegenüber den in ihrem Verantwortungsbereich lebenden Bürgern eine besondere Fürsorgepflicht. Berücksichtigt man zudem die Kosten, die den öffentlichen Auftraggebern entstehen, wenn Angehörige gesellschaftlich marginalisierter Gruppen auf dem Arbeitsmarkt weiterhin chancenlos bleiben, dann sind auf Integration abzielende

2181 Vgl. *Gurlit,* in: Recht und Geschlecht, 153 (166).

2182 *Fischer,* EuZW 2004, 492 (494).

2183 *Kommission,* Vorschlag vom 10. Mai 2000 für eine Richtlinie des EP und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, KOM (2000), 275 endg., ABl. 2001, C 29 E, S. 11 ff., Art. 53 Abs. 1 lit. b; *eadem,* Vorschlag vom 10. Mai 2000 für eine Richtlinie des EP und des Rates zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, KOM (2000), 276 endg., ABl. 2001, C 29 E, S. 112 ff, Rdnr. 54.1. zu Art. 54.

2184 *Rat,* Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 33/2003 vom 20. März 2003, im Hinblick auf den Erlaß der Richtlinie des EP und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. 2003, C 147 E, S. 1 ff., S. 33.

2185 *EP,* Zweite Lesung, P5_TA-Prov(2003)0312 vom 2. Juli 2003.

2186 *EuGH*, Rs. C-448/01 (EVN und Wienstrom), Slg. 2003, I-14527, 33 f..

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Maßnahmen als langfristig wirtschaftlich günstig im Sinne von Art. 53 Abs. 1 lit. a RL 2004/18/EG und Art. 55 Abs. 1 lit. a RL 2004/17/EG anzusehen.

3. Vorbildwirkung umweltbezogener Zuschlagskriterien

Auch die ausdrücklich in Art. 53 Abs. 1 lit. a und RL 2004/18/EG und Art. 55 Abs. 1 lit. a RL 2004/17/EG zugelassenen umweltfreundlichen Zuschlagskriterien („Umwelteigenschaften") entfalten Vorbildwirkung für die Zulässigkeit sozialer Zuschlagskriterien. Die Berücksichtigung umweltpolitischer Belange im Vergabeverfahren hatte man bereits frühzeitig aus Art. 6 EG in Verbindung mit Art. 2 EG hergeleitet[2187]. Art. 6 EG erhebt den Umweltschutz zu einer „Querschnittsaufgabe der Gemeinschaft"[2188]. Der Umweltschutz soll durch eine umweltfreundliche Gestaltung aller Politikbereiche verwirklicht werden, also auch im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe[2189]. Der Umweltschutz in Gestalt von *green procurement*[2190] ist im Vergleich zu sozialen Aspekten wie etwa den Gleichstellungs- und integrationspolitischen Zielen das „etablierte" unter den nicht-wirtschaftlichen Kriterien[2191]. So hatte sich die Kommission – auf die Abänderungen 2 und 109 des EP zu den Vorschlägen zu der klassischen Richtlinie und auf Abänderungen 35, 95 des EP zu den Vorschlägen zur Sektorenrichtlinie reagierend – schnell für eine Berücksichtigung von Umweltschutzaspekten ausgesprochen[2192]. Der gefestigte Status der Umweltanforderungen erklärt sich nach Ansicht der Gegner sozialer Vergabekriterien insbesondere damit, daß sich diese zumeist in konkrete materielle Eigenschaften des jeweiligen Produkts oder der jeweiligen Dienstleistung übersetzen lassen, die dem Auftragsgegenstand unmittelbar innewohnen[2193]. Wegen ihrer Produkt-

---

2187 Vgl. *Frenz,* WuW 2002, 352 (355); *Herma,* Natur und Recht 2002, 8 (10); *Neßler,* DÖV 2000, 145 (152); *Schumacher,* DVBl. 2000, 467 (470); *Versteyl/Jacobi,* NST-N 2001, 83 (86).

2188 *Frenz,* WuW 2002, 352 (355); *Herma,* Natur und Recht 2002, 8 (10); *Versteyl/Jacobi,* NST-N 2001, 83 (86).

2189 *Neßler, DÖV 2000, 145 (152); Versteyl/Jacobi,* NST-N 2001, 83 (86).

2190 *Westphal,* PPLR 1999, 1 (2).

2191 Vgl. *Kommission,* Mitteilung 4. Juli 2001 über das auf das Öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, KOM (2001), 274 endg., ABl. 2001, C 333, S. 12 ff., Rdnr 3.1.; *Arrowsmith/Linarelli/Wallace,* Regulating Public Procurement, 11, 285 f.; *Bovis,* CMLR 2002, 1025 (1055); *Brumter-Coret/Pourbaix,* RDUE 2001, 731 (731); *Bultmann,* BuW 2001, 244 (246); *Dageförde,* NZBau 2002, 597 (599); *Dreher,* JZ 2001, 140 (140); *Fischer/Barth,* NVwZ 2002, 1184 ff.; *Frenz,* WuW 2002, 352 (354, 357); *Götzke,* Die Berücksichtigung des Umweltschutzes bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge, 95 ff.; *Griem,* NVwZ 1999, 1171 (1174); *Herma,* Natur und Recht 2002, 8 (10 ff.); *Kling,* Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 589 ff.; *Neßler,* DÖV 2000, 145 (152); *Niebuhr/Kulartz/-Kus/Portz, K*ommentar zum Vergaberecht, § 97, Rdnrn. 214, 216; *Odendahl,* EuZW 2004, 647 (650); *Rößner/Schalast,* NJW 2003, 2361 (2361); *Schmitges-Thees,* Die öffentliche Auftragsvergabe als Instrument des Umweltschutzes*, 239; Schneider*, DVBl. 2003, 1186 (1187); *Seidel,* ZVgR 2000, 195 (196); *Versteyl/Jacobi,* NST-N 2001, 83 (86); *Weber,* NZBau 2002, 194 (194); *Westphal,* PPLR 1999, 1 (5, 9).

2192 *Kommission,* geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des EP und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, KOM (2002), 236 endg., ABl. 2002, C 203 E, S. 210 ff., Rdnr. 3.2 zu Art. 24 Abs. 3 lit. b und Erwägungsgründen 5, 25; *eadem,* Geänderter Vorschlag für die Richtlinie des EP und des Rates zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, KOM (2002), 235 endg., ABl. 2002, C 203 E, S. 183 ff., Rdnr. 3.2. (Abänderungen, die von der Kommission mit teilweisen oder grundlegenden Neuformulierungen übernommen wurden), zu Abänderungen 89-96, Erwägungsgrund 2b, Art. 34 Abs. 3 lit. b.

2193 Vgl. *Byok,* NJW 2001, 2295 (2296); *Fischer/Barth,* NVwZ 2002, 1184 (1185); *Meyer,* Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 190.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bezogenheit fügten sich Umweltanforderungen im Gegensatz zu sozialen Aspekten problemlos in die vergaberechtliche Systematik ein[2194]. Die Umweltfreundlichkeit eines Produkts oder einer Dienstleistung müsse den öffentlichen Auftraggebern daher unmittelbar einen wirtschaftlichen Vorteil zuführen, beispielsweise in Gestalt von Energieeinsparungen, Wiederverwendbarkeit, niedrigeren Folgekosten[2195]. Der Umweltschutz findet damit bei der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots nicht als solcher Beachtung, sondern nur als ein dem Wirtschaftlichkeitsprinzip untergeordneter Belang[2196].

Abgesehen davon, daß die Abgrenzung zwischen produktbezogenen Umweltkriterien und solchen, denen ein derartiger Bezug fehlt, im Einzelfall schwierig sein kann[2197], ist diese Einschätzung auch inhaltlich zu kurz gegriffen. Zwar wird das Gros der in Art. 53 Abs. 1 lit. a RL 2004/18/EG und Art. 55 Abs. 1 lit. a RL 2004/17/EG angeführten Umweltanforderungen das Kriterium der Produktbezogenheit erfüllen. Einige umweltfreundliche Herstellungs- und Produktionsmethoden schlagen sich jedoch, wie die *Wienstrom*-Entscheidung des EuGH anschaulich demonstriert[2198], die den Bezug von Strom aus erneuerbaren Ressourcen zum Gegenstand hatte, definitiv nicht in objektiv meßbare Eigenschaften des Auftragsgegenstandes nieder. Entgegen anderer Ansicht[2199] umfaßt der Begriff der Umwelteigenschaften in den neuen Vergaberichtlinien damit auch umweltbezogene Zuschlagskriterien, die nicht produktbezogen sind. Auftragsbezogenheit im Sinne der neuen Vergaberichtlinien und des *Wienstrom*-Urteils ist nicht identisch mit dem von Gegnern sozialer Vergabekriterien aufgestellten Kriterium der Produktbezogenheit.

Fehlt dem einzubeziehenden Umweltkriterium die Produktbezogenheit, dann steht es qualitativ auf derselben Stufe wie die sozialen Vergabekriterien[2200]. Die Vorbildwirkung der umweltfreundlichen Zuschlagskriterien für die Zulässigkeit sozialer Zuschlagskriterien wird deutlich, wenn man jeweils die gesetzgeberischen Intentionen unter dem Gesichtspunkt der betriebswirtschaftlichen Profitabilität miteinander vergleicht. Den Präambeln beider Richtlinien zufolge firmieren Umwelteigenschaften unter den Zuschlagskriterien, um den Anforderungen des Art. 6 EG entsprechend eine nachhaltige Entwicklung zu fördern[2201]. Entscheidend ist die Langzeitperspektive, bei der sämtliche Neben- und Folgewirkungen einbezogen werden[2202]. Der langfristige Blick auf die nachhaltigen Auswirkungen des Auftragsgegenstandes in Bezug auf die Umwelt ist jedoch keine Sichtweise, die betriebswirtschaftlichen Erwägungen verpflichtet ist. Im Gegenteil, eine rein betriebswirtschaftliche Kalkulation, die auf die *best-value-for-public-money-ratio* der konkreten Transaktion abstellt, würde derartige Faktoren nicht mit in die Analyse einstellen. Die Berücksichtigung von umweltfreundlichen Herstellungs- und Produktionsverfahren kann sich nämlich kurzfristig, also auf die konkrete Transaktion bezogen, zunächst kostensteigernd auswirken. Trotzdem behandeln beide Richt-

2194 *Versteyl/Jacobi,* NST-N 2001, 83 (86).

2195 *Kommission,* Mitteilung vom 4. Juli 2001 über das auf das Öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, KOM (2001) 274 endg., ABl. C 333, S. 12 ff., Rdnr. II 3.1., 3.2., 3.3.; *eadem,* Mitteilung vom 15. Oktober 2001 über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, KOM (2001), 566 endg., ABl. 2001, C 333, S. 27 ff., Rdnr. I 1.4.1.

2196 *Fischer/Barth,* NVwZ 2002, 1184 (1187).

2197 *Byok,* NJW 2001, 2295 (2296).

2198 *EuGH*, Rs. C-448/01 (EVN und Wienstrom), Slg. 2003, I-14527 , 33 f..

2199 *Steinberg,* EuZW 2004, 76 (77).

2200 *Fischer/Barth,* NVwZ 2002, 1184 (1185).

2201 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 5; Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 12.

2202 *Frenz,* WuW 2002, 352 (357).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

linien umweltfreundliche Zuschlagskriterien so, als ob sich mit ihnen ein optimales Preis-Leistungsverhältnis erzielen läßt[2203]. Umweltfreundliche Zuschlagskriterien verdanken ihre Zulässigkeit daher einer volkswirtschaftliche Gesamt(wohl)betrachtung.

Die gesetzgeberische Motivation für die Integration umweltfreundliche Zuschlagskriterien ähnelt damit frappierend den Gründen, die für eine Einführung sozial Zuschlagskriterien angeführt werden können. Im einen Fall werden externe soziale Kosten, im anderen Fall externe Umweltkosten internalisiert. Externe Kosten werden als Kosten definiert, die entstehen, wenn sich ein bestimmtes Verhalten einer Gruppe von Menschen auf die Gesellschaft *in toto* auswirkt und wenn diese Gruppe die Auswirkung unter Marktbedingungen nicht ausgleichen würde[2204]. Im Fall der umweltfreundlichen Zuschlagskriterien werden die Kosten internalisiert, die aufgrund des umweltschädigenden Verhaltens der Bieterunternehmen entstehen. Bei den sozialen Zuschlagskriterien werden die Kosten internalisiert, die aufgrund des segregierten Einstellungsverhaltens der Bieterunternehmen entstehen.

In beiden Fällen speist sich die staatliche Intervention aus einer besonderen Fürsorgeverantwortung und der Einsicht, daß ohne sie die Gesellschaft in ihrer Gesamtheit Schaden nehmen kann. Ein Vergabekriterium gilt daher wirtschaftlich im Sinne von Art. 53 Abs. 1 lit. a RL 2004/18/EG und Art. 55 Abs. 1 lit. a RL 2004/17/EG, wenn es zwar im Hinblick auf die konkrete Transaktion Mehrkosten verursacht, jedoch langfristig externe Kosten vermeidet und daher gesamtwirtschaftlich günstiger ist[2205]. Der Vergleich legt daher nahe, daß unter den – im übrigen lediglich beispielhaft aufgezählten – Subkriterien zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots *mutatis mutandis* auch soziale Aspekte verstanden werden können.

4. Durchschlagswirkung sozialer Aspekte auf die Definitionshoheit der Mitgliedstaaten über den Auftragsgegenstand

Daß soziale Aspekte auch bei der Zuschlagsentscheidung zulässig sein sollten, ergibt sich auch aus der Tatsache, daß im Hinblick auf die Berücksichtigung sozialer Aspekte die Definitionshoheit der Mitgliedstaaten bei der Festlegung des Auftragsgegenstandes beschränkt wird. Grundsätzlich haben die öffentlichen Auftraggeber ebenso wie private Nachfrager die Definitionshoheit über die Eigenschaften des konkreten Auftragsgegenstandes[2206]. Der öffentliche Auftraggeber kann daher alle Angebote ausscheiden, welche diese Eigenschaften nicht aufweisen[2207]. Mit Art. 23 Abs. 1 S. 2 RL 2004/18/EG und Art. 34 Abs. 1 S. 2 RL 2004/17/EG wird den Mitgliedstaaten nun – in im übrigen wenig ansprechendem Deutsch – nahegelegt, bei den technischen Spezifikationen „der Konzeption für alle Benutzer“ Rechnung zu tragen (*design for all*). Damit ist gemeint, daß bei der Konzipierung des öffentlichen Auftrags die Nutzbarkeit des Auftragsgegenstandes für die Allgemeinheit, insbesondere die Zugänglichkeit für Personen mit einer Behinderung, berücksichtigt werden soll. Die Beschaffung selbst dient damit der Erfüllung sozialpolitischer Zielsetzungen[2208]. Die Berücksichtigung der Zugäng-

2203 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 5; Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 12.

2204 *Kommission,* Mitteilung über das auf das Öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, KOM (2001), 274 endg., ABl. 2001, C 333, S. 12 ff., Rdnr. II. 3.3.

2205 *Fischer/Barth,* NVwZ 2002, 1184 (1188).

2206 *Dageförde,* NZBau 2002, 597 (598); *Frenz,* WuW 2002, 352 (358); *Kühling,* VerwArch 2004, 337 (356); *Opitz,* NZBau 2001, 12 (15).

2207 *Schima*, NBauZ 2002, 1 (2).

2208 Vgl. *Meyer,* Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 71.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lichkeit für Personen mit einer Behinderung bei der Konzeption des öffentlichen Auftrags geht auf Abänderung 95 des EP zu dem Vorschlag der Kommission zur neuen Sektorenrichtlinie zurück[2209].

Allerdings wirft das Modalverb „Sollten" Zweifel an der Qualität des Normbefehls auf. Im Hinblick auf die Intensität des Normbefehls ist es schwächer als „Sollen", gleichzeitig mehr als „Können". Als Interpretationsvarianten kommen daher eine schlichte Empfehlung oder eine Sollvorschrift in Betracht. Letztere konstituiert ein Regel-Ausnahmeverhältnis, wonach die öffentlichen Auftraggeber generell die Pflicht zu einer behindertengerechten Beschaffung trifft, es sei denn die besondere Umstände des Einzelfalls machen ein Abweichen von der Regel notwendig. Bei dieser Auslegung stünden die öffentlichen Auftraggeber, die auf die behindertengerechte Ausgestaltung verzichten wollen, unter Rechtfertigungszwang. Allerdings steht die Forderung nach einer behindertengerechten Ausführung gemäß Art. 23 Abs. 1 S. 2 RL 2004/18/EG und Art. 34 Abs. 1 S. 2 RL 2004/17/EG unter der Vorbehalt „wo immer dies möglich ist". Für den Sollvorschrift-Charakter spricht jedoch der Umstand, daß die Vorgabe Eingang in die interpretierenden Erwägungsgründe beider Richtlinien gefunden hat[2210]. Den Nachweis, daß die Zugänglichkeit für Personen mit einer Behinderung nicht berücksichtigt werden konnte, wird dem öffentlichen Auftraggeber in der Regel nicht gelingen[2211]. Gegenüber Vorgaben im Hinblick auf die Definition des Auftragsgegenstandes ist die fakultative Möglichkeit der öffentlichen Auftraggeber, soziale Zuschlagskriterien zu verwenden, eindeutig ein Minus[2212]. Wenn also RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG die öffentlichen Auftraggeber verpflichten, bereits bei der Definition des Auftragsgegenstandes soziale Aspekte zu berücksichtigen, dann stehen sie den öffentlichen Auftraggebern erst recht nicht im Weg, soziale Zuschlagskriterien festzuschreiben[2213].

5. Vorzugsstellung der KMU

Neben diesen Anknüpfungspunkten kann für die Zulässigkeit von sozialen Zuschlagskriterien weiterhin die Vorzugsstellung der KMU über die sogenannte Losvergabe ins Feld geführt werden, die bereits im Zusammenhang mit der Auslegung der ehemaligen[2214] Vergaberichtlinien diskutiert wurde. Die neuen Vergaberichtlinien erlauben mit Art. 25 RL 2004/18/EG und Art. 37 RL 2004/17/EG, daß die öffentlichen Auftraggeber die Bieterunternehmen verpflichten, im Angebot den Teil des Auftrags anzugeben, der gegebenenfalls im Wege von Unteraufträgen an Dritte vergeben soll. Die Präambeln von RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG bekennen dazu offenherzig, daß diese Unteraufträge dazu dienen, die Beteiligung von KMU an öffentlichen Aufträgen zu fördern[2215]. Die Motivation der öffentlichen Auftraggeber für den mit der Losvergabe einhergehenden Wettbewerbseingriff geht also

---

2209 *Kommission,* Geänderter Vorschlag für die Richtlinie des EP und des Rates zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, KOM (2002), 235 endg., ABl. 2002, C 203 E, S. 183 ff., Rdnr. 3.2. Abänderungen, die von der Kommission mit teilweisen oder grundlegenden Neuformulierungen übernommen wurden, zu Abänderungen 35 und 95.

2210 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 29; Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 42.

2211 *Opitz,* VergabeR 2004, 421 (422).

2212 Vgl. *GA Mischo,* Schlußanträge, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 80.

2213 Vgl. *Krohn*, Öffentliche Auftragsvergabe und Umweltschutz, 2003, 308.

2214 Vgl. Art. 6 Abs. 3 RL 93/37/EWG; Art. 5 Abs. 4 RL 93/36/EWG; Art. 7 Abs. 2 und 4 92/50/EWG; Art. 14 Abs. 10 RL 93/38/EWG.

2215 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 32; Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 43.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ebenso wie bei sozialen Vergabekriterien über das Ziel einer preisgünstigen Beschaffung hinaus. Die Beibehaltung der Losvergabe dient in erster Linie dem Zweck der Förderung des Mittelstandes[2216]. Dieser Zweck rechtfertigt das Mittel des Wettbewerbseingriffs, obwohl die Losvergabe für die öffentlichen Auftraggeber unter Umständen eine Erhöhung der Beschaffungskosten, des Verwaltungsaufwandes sowie des Prozeßkostenrisikos bedeutet und mit einem nicht unbeträchtlichen Diskriminierungspotential verbunden ist[2217].

6. Berücksichtigung des Vergabekriteriums der Tariftreueverpflichtung

Das facettenreiche Problem der Tariftreueverpflichtung wurde im Normsetzungsprozeß nicht separat diskutiert, sondern ging in der allgemeinen Debatte um die Verankerung sozialer Vergabekriterien auf. Allerdings ist seit dem geschilderten Scheitern des deutschen TTG und der genannten Vorlage an das Bundesverfassungsgericht[2218] anzunehmen, daß sich der Gemeinschaftsgesetzgeber bei Erlaß von RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG der Regelungsbedürftigkeit der Materie auf Gemeinschaftsebene bewußt war. Die neuen Vergaberichtlinien enthalten keine explizite Regelung zu der Frage, ob und unter welchen Bedingungen öffentliche Auftraggeber die Vergabe eines öffentlichen Auftrags an die Abgabe einer Tariftreueverpflichtung knüpfen können.

Die in Erwägungsgrund 34 der Präambel von RL 2004/18/EG und Erwägungsgrund 45 der Präambel von RL 2004/17/EG erwähnten „nationalen Gesetze, Regelungen und Tarifverträge im Bereich der Arbeitsbedingungen" betreffen das Lohn- und Gehaltsniveau. Auch Art. 3 Abs. 1 lit. a RL 96/71/EG *über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen*[2219] umfaßt unter dem Begriff der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen auch die sogenannten Mindestlohnsätze. Es ist auffällig, daß sich das Adjektiv „national" auf alle drei Rechtsquellen bezieht, insbesondere auch auf die Tarifverträge. Dies könnte ein Indiz dafür sein, daß im vergaberechtlichen Kontext lediglich mitgliedstaatsweit geltende Tarifverträge zur Anwendung gelangen. Dies wäre insbesondere dann der Fall, wenn der RL 96/71/EG entstammende Terminus der „Mindestbedingungen" lediglich mitgliedstaatsweit geltende Tarifverträge umfassen würde. Laut Präambel enthält nämlich für grenzüberschreitende Situationen, in denen Arbeitnehmer eines Mitgliedstaats Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat zur Ausführung eines öffentlichen Auftrags erbringen, RL 96/71/EG die Mindestbedingungen, die im Aufnahmestaat in Bezug auf die entsandten Arbeitnehmer einzuhalten sind[2220].

Auf der anderen Seite gehen die neuen Vergaberichtlinien im verbindlichen Teil der Vergaberichtlinien mit Selbstverständlichkeit davon aus, daß die Arbeitsbedingungen auf regionaler und lokaler Ebene differieren können: Gemäß Art. 27 Abs. 2 RL 2004/18/EG und Art. 39 Abs. 2 RL 2004/17/EG hat der öffentliche Auftraggeber von den Bieterunternehmen die Angabe zu verlangen, daß sie bei der Ausarbeitung ihres Angebots den Verpflichtungen „aus den am Ort der Leistungserbringung geltenden Vorschriften" über Arbeitsschutz und Arbeitsbedingungen Rechnung getragen haben. Das ist ein starkes Argument für die Zulässigkeit von Tariftreueverpflichtungen, die ebenfalls auf den Ort der Leistungserbringung abstellen. Die

2216 *Mader,* EuZW 2004, 425 (428).

2217 Supra: S. 71.

2218 Supra: S. 243.

2219 RL 96/71/EG des EP und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 1997, L 18, S. 1 ff.

2220 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 34; Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 45.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wortwahl von Art. 27 Abs. 2 RL 2004/18/EG und Art. 39 Abs. 2 RL 2004/17/EG deckt sich insoweit nämlich mit dem Text des gescheiterten TTG. Nicht nur, daß die Bieterunternehmen sich an den am Ort der Leistungserbringung geltenden Tarifvertrag halten müssen. Die öffentlichen Auftraggeber sind verpflichtet, dies zu kontrollieren.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, daß der Begriff der am Ort der Leistungserbringung geltenden Vorschriften auf das Wirken EP zurückzuführen ist. Das EP hatte in seiner Abänderung 51 darauf gedrängt, die Bieterunternehmen zu verpflichten, die Sozialgesetzgebung einzuhalten, einschließlich kollektiver und individueller Rechte, richterlicher Entscheidungen und allgemeinverbindlich erklärter Tarifverträge. Dazu hatte die Kommission bemerkt, daß die Bieterunternehmen zwar die geltende Sozialgesetzgebung im Herkunftsland „und gegebenenfalls am Ort der Leistung" beachten müßten[2221]. Sie sprach sich jedoch dagegen aus, eine solche Verpflichtung im verfügenden Teil der Richtlinie zu verankern, da der Zweck der Vergaberichtlinien darin bestehe, die Vergabeverfahren zu koordinieren und nicht darin, den Unternehmen spezifische Verpflichtungen hinsichtlich der Sozialgesetzgebung oder anderer Rechtsvorschriften aufzuerlegen. Im übrigen war die Kommission der Auffassung, daß das dieser Abänderung zugrunde liegende Anliegen im Erwägungsgrund 29 und 30 der geänderten Vorschläge hinreichend berücksichtigt war[2222]. Letzterer war fast gleichlautend mit Erwägungsgrund 34 Präambel RL 2004/18/EG und Erwägungsgrund 45 Präambel RL 2004/17/EG. Die Genese von Art. 27 Abs. 2 RL 2004/18/EG und Art. 39 Abs. 2 RL 2004/17/EG weist damit zum einen das EP als „Sieger" des Normsetzungsverfahrens aus. Zum anderen zeigt sich, daß Erwägungsgrund 34 Präambel von RL 2004/18/EG und Erwägungsgrund 45 von Präambel RL 2004/17/EG in Zusammenhang mit Art. 27 Abs. 2 RL 2004/18/EG und Art. 39 Abs. 2 RL 2004/17/EG zu lesen sind.

Angesichts dessen muß es daher auch möglich sein, über das geschilderte Instrumentarium der sozialen Vergabekriterien die Vergabe eines öffentlichen Auftrags an die Abgabe einer Tariftreueerklärung zu knüpfen. Die Mindestschutzvorschriften von RL 96/71/EG können den Katalog der Zuschlagskriterien von RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG nicht begrenzen. Denn weder RL 96/71/EG selbst noch Erwägungsgrund 34 der Präambel von RL 2004/18/EG oder Erwägungsgrund 45 der Präambel von RL 2004/17/EG treffen eine Aussage zur Tariftreueverpflichtung. Die öffentlichen Auftraggeber können daher auch im Anwendungsbereich der neuen Vergaberichtlinien von den Bieterunternehmen verlangen, die am Ort der Leistungserbringung geltenden Tarifverträge einzuhalten.

7. Anhebung der Transparenzanforderungen

Für die Zulässigkeit sozialer Zuschlagskriterien spricht auch der Umstand, daß die geschilderten Reformen im Hinblick auf die Option der öffentlichen Auftraggeber, soziale Aspekte im Vergabeverfahren zu berücksichtigen, mit einer markanten Anhebung der Transparenzanforderungen einhergehen. Der *Ausbau der Transparenzanforderungen* ist gleichsam die

2221 *Kommission,* geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des EP und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, KOM (2002), 236 endg., ABl. 2002, C 203 E, S. 210 ff., Rdnr. 3.2. (Abänderungen, die von der Kommission mit teilweisen oder grundlegenden Neuformulierungen übernommen wurden), zu Abänderung 51.

2222 *Kommission,* geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des EP und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, KOM (2002), 236 endg., ABl. 2002, C 203 E, S. 210 ff., Rdnr. 3.2. (Abänderungen, die von der Kommission mit teilweisen oder grundlegenden Neuformulierungen übernommen wurden), zu Abänderung 51.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kompensation für den Einzug nicht-wirtschaftlicher Aspekte in die Vergabeentscheidung[2223]. Denn die mangelnde Transparenz der Vergabeentscheidung und die Mißbrauchsgefahr sind weiterhin die Hauptargumente gegen die Berücksichtigung sozialer Aspekte bei der öffentlichen Auftragsvergabe. In allen Phasen des Normsetzungsprozesses, von den ersten Vorschlägen der Kommission[2224] über die geänderten Vorschläge[2225] bis hin bis zur Endfassung[2226], wurde fortlaufend die Bedeutung des Grundsatzes der Transparenz für das Vergaberecht betont. Angesichts der Präambeln[2227] sowie der detaillierten, in einem eigens geschaffenen Kapitel untergebrachten Transparenz- und Publizitätsvorschriften im verbindlichen Teil der Richtlinien[2228] kann man geradezu von einer Transparenzoffensive sprechen.

a. Gewichtung der Zuschlagskriterien

Die herausragendste Errungenschaft in Sachen Anhebung der Transparenzanforderungen ist die Verpflichtung der öffentlichen Auftraggeber gemäß Art. 53 Abs. 2 S. 1 RL 2004/18/EG und Art. 55 Abs. 2 S. 1 RL 2004/17/EG anzugeben, wie die einzelnen Kriterien gewichtet werden, um das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln. Gemäß Art. 53 Abs. 2 S. 2 RL 2004/18/EG und Art. 55 Abs. 2 S. 2 RL 2004/17/EG sind die öffentlichen Auftraggeber angehalten, die jeweilige größte Bandbreite der Marge „angemessen" zu gestalten. Damit reagierte der Gemeinschaftsgesetzgeber auf die Rechtsprechung des EuGH[2229] und die von Kommission[2230] und Literatur[2231] geäußerte Kritik an dem beträchtlichen Ermessensspielraum der öffentlichen Auftraggeber, wenn diese die Zuschlagskriterien lediglich in absteigender Folge nach ihrer Bedeutung angeben. Seien die öffentlichen Auftraggeber nicht zur Angabe der Gewichtung verpflichtet, könnten sie den einzelnen Kriterien nämlich immer noch überraschend einen Wert beimessen, der den Bieterunternehmen nicht bekannt ist. Damit verlören letzten Endes alle Normen ihren Sinn und Zweck, welche die vorherigen Phasen des Vergabeverfahrens regeln.

Diese strikten Vorgaben entkräften die Befürchtung, die öffentlichen Auftraggeber könnten über eine überraschend unverhältnismäßig hohe Gewichtung der sozialen Zuschlagskriterien Manipulationen vornehmen[2232]. Die Verpflichtung gemäß Art. 53 Abs. 2 S. 1 RL

2223 *Arrowsmith,* ELR 2002, 3 (16); *Burgbacher,* VergabeR 2001, 169 (171); *Kühling,* VerwAch 2004, 337 (345, 357).

2224 *Kommission,* Vorschlag vom 10. Mai 2000 für eine Richtlinie des EP und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, KOM (2000), 275 endg., ABl. 2001, C 29 E, S. 11 ff, Rdnrn. 2.1; 3.6; 3.7;

2225 *Kommission,* geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des EP und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, KOM (2002), 236 endg., ABl. 2002, C 203 E, S. 210 ff, Rdnr. 2.

2226 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgründe 2, 12, 14, 35, 39, 46.

2227 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 36.

2228 Art. 35 ff. RL 2004/18/EG; Art. 41 ff. RL 2004/17/EG.

2229 Vgl. *EuGH,* Rs. C-19/00 (SIAC Construction), Slg. 2001, I-7725, Rdnrn. 43, 44; Rs. C-470/99 (Universale Bau), Slg. 2002, I-11617, Rdnr. 98.

2230 *Kommission,* Vorschlag vom 10. Mai 2000 für eine Richtlinie des EP und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, KOM (2000), 275 endg., ABl. 2001, C 29 E, S. 11 ff., Rdnr. 6.2; *eadem,* Vorschlag vom 10. Mai 2000 für eine Richtlinie des EP und des Rates zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, KOM (2000), 276 endg., ABl. 2001, C 29 E, S. 112 ff, Rdnr. 5.2.

2231 *Opitz,* NZBau 2001, 12 (15).

2232 Vgl. *Kühling,* VerwAch 2004, 337 (345, 357).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2004/18/EG und Art. 55 Abs. 2 S. 1 RL 2004/17/EG trägt beträchtlich zur Justitiabilität der Zuschlagsentscheidung bei. Die Forderung nach der Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit transponiert die Frage der Gewichtung sozialer Vergabekriterien in eine von den nationalen Gerichten und Gemeinschaftsgerichten zu beurteilende Kategorie des Rechts. Entgegen anderer Ansicht[2233] ist die Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung daher auch hinsichtlich der Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien justitiabel.

b. Verpflichtung zur Unterrichtung der Bieterunternehmen

Darüber hinaus haben die öffentlichen Auftraggeber gemäß Art. 41 Abs. 2 RL 2004/18/EG und Art. 49 Abs. 2 RL 2004/17/EG jedes nicht berücksichtigte Bieterunternehmen auf Verlangen innerhalb von fünfzehn Tagen über die Gründe für die Ablehnung seines Angebots zu unterrichten. Unter den gleichen Prämissen muß jedes Bieterunternehmen gemäß Art. 41 Abs. 2 RL 2004/18/EG und Art. 49 Abs. 2 RL 2004/17/EG, welches ein ordnungsgemäßes Angebot eingereicht hat, über die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots sowie über den Namen des Zuschlagsempfängers informiert werden. Dies ist eine Verbesserung gegenüber der alten Regelung gemäß Art. 8 Abs. 3 RL 93/37/EWG, Art. 7 Abs. 3 RL 93/36/EWG und Art. 12 Abs. 3 RL 92/50/EWG, wonach die öffentlichen Auftraggeber lediglich einen Vergabevermerk angefertigten, welcher der Kommission auf Anfrage übermittelt wurde. Die Kombination dieser Informationspflichten ermöglicht es den Bieterunternehmen, sollten Verdachtsmomente aufkeimen, gezielt gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen. Art. 41 Abs. 2 RL 2004/18/EG und Art. 49 Abs. 2 RL 2004/17/EG sind daher geeignet, Umregelmäßigkeiten bei der Zuschlagsentscheidung vorzubeugen.

c. Angebotsvarianten

Eine weitere relevante Neuerung ist die Zulässigkeit von Angebotsvarianten. Gemäß Art. 24 Abs. 1 RL 2004/18/EG und Art. 36 Abs. 1 S. 1 RL 2004/17/EG können die öffentlichen Auftraggeber nun bei öffentlichen Aufträgen, die nach dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots vergeben werden, zulassen, daß die Bieter Varianten vorlegen. Gemäß Art. 24 Abs. 3 RL 2004/18/EG und Art. 36 Abs. 1 S. 2 RL 2004/17/EG müssen in den Verdingungsunterlagen bzw. den Spezifikationen die Mindestanforderungen genannt sein, welche die Varianten zu erfüllen haben und angegeben werden, in welcher Art und Weise sie einzureichen sind. Auf diese Weise können die öffentlichen Auftraggeber sozial freundliche und rein betriebswirtschaftlich günstige Angebote ein und desselben Bieterunternehmens miteinander vergleichen. Dies ermöglicht ihnen – gleichsam im Wege einer Rückkopplung – zu überprüfen, mit welchen Kosten die Erfüllung sozialer Zuschlagskriterien bei den einzelnen Bieterunternehmen zu Buche schlägt und ob die Gewichtung angemessen ist. Art. 24 Abs. 3 RL 2004/18/EG und Art. 36 Abs. 1 S. 2 RL 2004/17/EG tragen damit entscheidend zur Transparenz und Quantifizierbarkeit der Zuschlagskriterien bei.

d. Stärkung des Sanktionspotentials bei Korruption

Unter Transparenzgesichtspunkten ist auch zu begrüßen, daß die neuen Vergaberichtlinien die Mitgliedstaaten zu spürbareren Sanktionen bei kollusivem Verhalten zwischen öffentlichem Auftraggeber und Bieterunternehmen drängen. So empfehlen RL 2004/18/EG und RL

2233 Vgl. *Arrowsmith,* CMLR 1999, 13 (47); *Götz,* EuR 1999, 621 (632); *Heintzen,* ZHR 2001, 62 (73); *Rittner,* VergabeR 1998, 30 (32); *Seidel,* ZVgR 2000, 195 (199).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2004/17/EG den Mitgliedstaaten, einer Auftragsvergabe an Wirtschaftsteilnehmer vorzubeugen, die sich an einer kriminellen Vereinigung beteiligt oder der Bestechung oder des Betrugs zu Lasten der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften oder der Geldwäsche schuldig gemacht haben[2234]. Diese Wirtschaftsteilnehmer sollten ausgeschlossen werden, wenn dem öffentlichen Auftraggeber bekannt ist, daß es eine nach einzelstaatlichem Recht ergangene endgültige und rechtskräftige gerichtliche Entscheidung zu derartigen Straftaten gibt[2235]. Eine Verschärfung der Sanktionen beugt mißbräuchlichem Verhalten der öffentlichen Auftraggeber bei der Zuschlagsentscheidung vor[2236]. Es steht daher zu hoffen, daß die Mitgliedstaaten, in deren Kompetenz die Regelung derartiger Vorschriften fällt, dieser Aufforderung nachkommen und ihre Bemühungen gegen Korruption im Bereich des öffentlichen Auftragswesens verstärken.

V. Erhöhung der Schwellenwerte

Ein Wermutstropfen dieser an sich äußerst erfreulichen Entwicklung ist indes die Anhebung der für die Anwendwendbarkeit der Vergaberichtlinien maßgeblichen Schwellenwerte: Der Schwellenwert für öffentliche Bauaufträge wurde von ehemals 5.000.000 EUR gemäß Art. 6 Abs. 1 RL 93/37/EWG auf nunmehr 6.242.000 EUR gemäß Art. 7 lit. c RL 2004/18/EG heraufgesetzt. Liefer- und Dienstleistungsaufträge müssen neuerdings ein Auftragsvolumen in Höhe von entweder 162.000 EUR gemäß Art. 7 lit. a RL 2004/18/EG (zentrale Regierungsbehörden) oder in Höhe von 249.000 EUR gemäß Art. 7 lit. b RL 2004/18/EG (sonstige öffentliche Auftraggeber) erreichen. Der alte Auftragswert betrug demgegenüber gemäß Art. 5 Abs. 1 RL 93/36/EWG und Art. 7 Abs. 1 RL 92/50/EWG nur 200.000 EUR.

Im Bereich der Sektoren beläuft sich der Schwellenwert für Liefer- und Dienstleistungsaufträgen statt 400.000 EUR bzw. 600.000 EUR gemäß Art 14 Abs. 1 lit. a und b RL 93/38/EG auf nunmehr einheitlich 499.000 EUR gemäß Art. 16 RL lit. a 2004/17/EG. Der Schwellenwert für Bauaufträge wurde von 5.000.000 EUR gemäß Art. 14 Abs. 1 lit. c RL 93/38/EG auf 6.242.000 EUR gemäß Art. 16 RL lit. b 2004/17/EG heraufgesetzt.

Diese Erhöhungen um teilweise ein Viertel des ursprünglichen Auftragsvolumens bedeuten einen Rückschlag für die Gewährleistung von Wettbewerb und Transparenz auf dem Gebiet der öffentlichen Auftragsvergabe. Statistiken der Kommission zeigen, daß eine Anhebung der Schwellenwerte sich in höheren Einkaufspreisen für die öffentlichen Auftraggeber niederschlägt[2237]. Hierbei darf auch nicht mit den hohen Verwaltungskosten argumentiert werden, welche die Durchführung eines formellen Vergabeverfahrens verursacht[2238]. Die Kommission hatte nämlich festgestellt, daß die Verwaltungskosten für Auftragsvergaben oberhalb der Schwellen vergleichbar sind mit den Verwaltungskosten, die für Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte anfallen[2239]. So mancher Kommentator sieht daher Anspruch, i.e.

2234 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 43; Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 54.

2235 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 43; Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 54.

2236 Vgl. *Bultmann,* Beihilfenrecht und Vergaberecht, 299, 300.

2237 *Kommission,* A report on the functioning of public procurement markets in the EU: benefits from the application of EU directives and challenges for the future, 1 (17), Doc. 03/02/2004; abrufbar unter: http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/publproc/general/public-proc-market-final-report-_en.pdf.

2238 *Opitz,* NZBau 2003, 183 (189).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Vollendung des Binnenmarktes, und Realität, i.e. faktische Marktabschottung, auseinander klaffen[2240]. Auch die Bieterunternehmen, allen voran der Bundesverband der Deutschen Industrie, halten die Anhebung der Schwellenwerte für verfehlt[2241].

So bedauerlich diese partiellen Erhöhungen sein mögen, sie beeinflussen nicht die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien. Immer dann, wenn die Vergaberichtlinien zur Anwendung gelangen, zeitigt das objektive Regulativ von Transparenz und Publizität seine wettbewerbsfördernde Wirkung. Das gemeinschaftliche Vergaberegime ist mit RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG gut gerüstet, um mitgliedstaatliche allgemeinwohlinspirierte Interventionen durch ein Plus an Transparenz und Publizität zu kompensieren.

VI. Keine Verschärfung der statistischen Pflichten

Des weiteren ist zu kritisieren, daß der Gemeinschaftsgesetzgeber die Konsolidierung der Vergaberichtlinien nicht zum Anlaß genommen hat, die statistischen Pflichten der Mitgliedstaaten auszuweiten. Ebenso wie Art. 34 Abs. 2 RL 93/37/EWG, Art. 31 Abs. 2 RL 93/36/EWG und Art. 39 Abs. 2 RL 92/50/EWG verpflichten Art. 75 RL 2004/18/EG und Art. 67 Abs. 2 RL 2004/17/EG die Mitgliedstaaten lediglich dazu, eine *nach Auftragsart und Auftragsvolumen* aufgeschlüsselte Aufstellung der von den öffentlichen Auftraggebern im Vorjahr vergebenen Aufträge zu übermitteln. Um die Auswirkungen der Anwendung sozialer Vergabekriterien einschätzen zu können, hätten die Mitgliedstaaten jedoch zumindest verpflichtet werden müssen, der Kommission eine *Aufstellung derjenigen öffentlichen Aufträge zu übermitteln, die unter Berücksichtigung sozialer Vergabekriterien vergeben wurden*. Ohne eine solche Pflicht ist es schwierig einzuschätzen, ob und inwieweit soziale Vergabekriterien zur Wiedereingliederung gesellschaftlich marginalisierter Gruppen in den Arbeitsmarkt beitragen[2242]. Anläßlich der Einführung von Art. 26 RL 2004/18/EG und Art. 38 RL 2004/17/EG hätte es sich empfohlen, die Lenkungswirkung der sozialen Vergabekriterien in die Statistiken mit einzubeziehen. Es ist daher zu fordern, daß sich das gemeinschaftliche Evaluationssystem im Laufe der Zeit verfeinert und die Berichte der Mitgliedstaaten detaillierter werden.

VII. Ergebnis zum Legislativpaket

Die neuen Vergaberichtlinien bieten den öffentlichen Auftraggebern ein breites Spektrum an Möglichkeiten, soziale Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zu berücksichtigen. Dies bedeutet mehr Gestaltungsfreiheit und Flexibilität für die öffentlichen Auftraggeber[2243]. Die öffentliche Auftragsvergabe wird offiziell als Instrument der Gleichstellungs- und Integrationspolitik anerkannt. Gleichwohl ist mit dem Erlaß von RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG das letzte Wort zu der Frage, auf welche Art und Weise soziale Aspekte im Ver-

2239 *Kommission,* Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des EP und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, KOM (2002), 236 endg., ABl. 2002, C 203 E, S. 210 ff., Rdnr. 3.3. von der Kommission nicht übernommene Abänderungen, zu Abänderung 32.

2240 *Forum vergabe* , Monatsinfo 12/2003, 182; *Rechten*, NZBau 2004, 366 (367).

2241 *Forum vergabe,* Monatsinfo 9/2002, 127

2242 Vgl. *Bultmann,* Beihilfenrecht und Vergaberecht, 305; *Kocher,* RdA 2002, 167 (172).

2243 *Mader,* EuZW 2004, 425 (429).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gaberecht berücksichtigt werden dürfen, noch nicht gesprochen[2244]. Bedauerlicherweise fanden soziale Aspekte keinen Niederschlag in Art. 53 Abs. 1 lit. a und lit. b RL 2004/18/EG und Art. 55 Abs. 1 lit. a und b RL 2004/17/EG, welche die Zuschlagserteilung regeln. Entgegen anderer Ansicht[2245] führt jedoch eine an systematischen und teleologischen Gesichtspunkten orientierte Auslegung der neuen Vergaberichtlinien zu dem Ergebnis, daß die Berücksichtigung sozialer Aspekte auch in der *Zuschlags*entscheidung zulässig ist. Insbesondere die Tatsache, daß die neuen Vergaberichtlinien an die in den EuGH-Urteilen *Beentjes*, *Französische Schulen*, *Concordia* und *Wienstrom* entwickelten Vorgaben anknüpfen, spricht für eine Zulässigkeit sozialer Zuschlagskriterien[2246]. Für eine definitive Klärung müßten sich allerdings öffentliche Auftraggeber bereit finden, den beschwerlichen Weg nach Luxemburg anzutreten und die Angelegenheit vor dem EuGH auszufechten.

2244 Vgl. *Fischer,* EuZW 2004, 492 (494); *forum vergabe,* Monatsinfo 12/2003, 182; *Krohn,* NZBau 2004, 92 (96); *Mader,* EuZW 2004, 425 (427); *Opitz,* NZBau 2003, 183 (196); *Steinberg,* EuZW 2004, 76 (78).

2245 *Opitz,* VergabeR 2004, 421 (430).

2246 Vgl. *Schneider*, DVBl. 2003, 1186 (1191); *Steinberg,* EuZW 2004, 76 (78).

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kapitel Sieben: Zusammenfassung und Gesamtergebnis

A. Rechtsprechung des EuGH

In den Entscheidungen *Beentjes*, *Französische Schulen*, *Concordia Bus* und *Wienstrom* hat sich der EuGH konsequent für die Zulässigkeit nicht-wirtschaftlicher und damit auch sozialer Vergabekriterien ausgesprochen. In *Beentjes* kreierte der EuGH hierfür den Typus der „besonderen zusätzlichen Kriterien". Ohne sich offen zu einem Richtungswechsel zu bekennen, nahm der EuGH in *Französische Schulen* von dieser Linie Abstand und subsumierte die sozialen Vergabekriterien unter das Zuschlagskriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots. Den Schritt zur offiziellen Anerkennung vollzog der EuGH in *Concordia Bus*-Entscheidung, wo er die *subjektive Perspektive des öffentlichen Auftraggebers* für die *Beurteilung der Wirtschaftlichkeit* zum Maßstab erhob. In *Wienstrom* schließlich zerstreute der EuGH letzte Zweifel an der Zulässigkeit sozialer Zuschlagskriterien, indem er für den in *Concordia Bus* formulierten „Zusammenhang zwischen nicht-wirtschaftlichen Zuschlagskriterien und Auftragsgegenstand" ausreichen ließ, daß sich dieser aus der konkreten Leistungsbeschreibung in der Ausschreibung ergibt. Das für die Zulässigkeit nicht-wirtschaftlicher Zuschlagskriterien vom EuGH geforderte Zusammenhangserfordernis ist nicht mit Produktbezogenheit gleichzusetzen. Die Aspekte, die bei der Zuschlagsentscheidung berücksichtigt werden dürfen, sind daher – vergleichbar den verkehrswesentlichen Eigenschaften des deutschen Zivilrechts neben den auf der natürlichen Beschaffenheit beruhenden Merkmalen auch *tatsächliche und rechtliche Verhältnisse und Beziehungen des Auftragsgegenstandes zur Umwelt*, soweit sie nach der Verkehrsanschauung für die Wertschätzung von Bedeutung sind. Nach der Rechtsprechung des EuGH waren soziale Zuschlagskriterien mit den ehemaligen Vergaberichtlinien folglich zulässig.

B. Auslegung der RL 93/37/EWG, RL 93/36/EWG und RL 92/50/EWG

Die Rechtsprechungsserie des EuGH ist in der Sache positiv zu beurteilen. Gleichwohl bleibt anzumerken, daß der EuGH bei der dort betriebenen kreativen Rechtsauslegung bzw. -fortbildung seiner Verpflichtung nicht nachgekommen ist, seine Rechtsfindung argumentativ zu untermauern. Dieses Argumentationsdefizit hat den Widerstand in der Literatur gegen die soziale Vergabekriterien zu einem guten Teil erst hervorgerufen. Der EuGH hätte sich insbesondere intensiv mit dem Problem auseinandersetzen müssen, daß eine *Wortlautauslegung* der ehemaligen Vergaberichtlinien, RL 93/37/EWG, RL 93/36/EWG und RL 92/50/EWG wegen der betriebswirtschaftlichen Konnotation des unbestimmten Rechtsbegriffs „wirtschaftlich günstigstes Angebot" zu dem Ergebnis kommt, daß soziale Vergabekriterien *nicht zulässig* sind. Gleiches gilt angesichts der gescheiterten Novellierungsversuche, soziale Vergabekriterien zu installieren, auch für die historische Auslegung. Allerdings kommt diesen Auslegungsmethoden im Gemeinschaftsrecht nur eine beschränkte Bedeutung zu.

Als Argument für die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien hätte der EuGH in Anwendung der *systematischen Auslegung* jedoch die Vorschriften über die *Losvergabe* anführen können. Die Motivation der öffentlichen Auftraggeber für den mit der Losvergabe einherge-

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

henden Wettbewerbseingriff geht ebenso wie bei sozialen Vergabekriterien über das Ziel einer preisgünstigen Beschaffung hinaus. Denn die Losvergabe dient in erster Linie dem *Zweck der Förderung des Mittelstandes*. Sie bedeutet für die öffentlichen Auftraggeber unter Umständen eine Erhöhung der Beschaffungskosten, des Verwaltungsaufwandes sowie des Prozeßkostenrisikos und ist mit einem nicht unbeträchtlichen Diskriminierungspotential verbunden. Das Beispiel der Losvergabe zeigt, daß die Verfolgung von über die reine Beschaffung hinausgehenden Zielen dem Recht öffentlichen Auftragsvergabe nicht fremd ist.

Zugunsten der Berücksichtigung sozialer Aspekte im Vergaberecht hätte der EuGH außerdem anführen können, daß der *Normzweck* von RL 93/37/EWG, RL 93/36/EWG und RL 92/50/EWG, nämlich das Ziel der Realisierung des Binnenmarktes im Sinne von Art. 2 EG und Art. 3 Abs. 1 lit. c EG, der Einführung sozialer Vergabekriterien nicht widerspricht. Dieses Ziel besteht bei der öffentlichen Auftragsvergabe nämlich nicht darin, die öffentlichen Auftraggeber zu einem sparsamen Umgang mit Haushaltsmitteln anzuhalten. Das Gebot einer sparsamen Haushaltsführung entstammt dem nationalen Recht. Die allgemeine Haushaltsdisziplin der Mitgliedstaaten gemäß Art. 104 Abs. 1 EG findet gemäß Art. 104 Abs. 2 S. 1 EG erst bei sogenannten schwerwiegenden Fehlern bezüglich Haushaltslage und öffentlichem Schuldenstand Anwendung. Ziel des gemeinschaftlichen Vergaberegimes ist es, die *Wettbewerbsoffenheit des Vergabeverfahrens* zu garantieren. Wettbewerbsoffenheit bedeutet, daß alle Wirtschaftsteilnehmer aufgrund der Transparenz- und Publizitätsvorschriften die gleiche Ausgangsposition haben, und ist daher im Sinne von Chancengleichheit zu interpretieren. Der Marktöffnungsgedanke ist das beherrschende Prinzip des Vergaberechts. Dieses Ziel wird durch sozialer Vergabekriterien nicht gefährdet.

C. Vergleich zwischen Kompensationsmaßnahmen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und sozialen Vergabekriterien

Der Vergleich zwischen Beihilfen- und Vergaberecht hat gezeigt, daß mitgliedstaatliche Kompensationsmaßnahmen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und die Anwendung sozialer Vergabekriterien zwei gleichermaßen legitime Lenkungsinstrumente sind. Mit dem Pfund des Beihilfenrechts läßt sich nicht wuchern, um die primärrechtliche Unzulässigkeit sozialer Vergabekriterien zu begründen. Im Gegenteil, die für die beihilfenrechtliche Konstellation überzeugende Lösung des Transparenzansatzes entfaltet Indizwirkung *für* die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien.

Das Beihilfen- und das Vergaberecht weisen eine Reihe von Gemeinsamkeiten auf. Beide Rechtsgebiete regeln das Ausgabe- und Investitionsverhalten der Mitgliedstaaten. Sowohl für das Beihilfenrecht als auch das Vergaberecht ist anerkannt, daß die Mitgliedstaaten einen weiten Beurteilungsspielraum bei der Definition des Leistungsgegenstandes haben. Sinn und Zweck der beiden Normenkomplexe ist die Realisierung des europäischen Binnenmarktes gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. c EG. Außerdem beruhen das Beihilfen- und das Vergaberecht auf denselben Leitprinzipien, nämlich Diskriminierungsfreiheit, Wettbewerbsoffenheit und Transparenz. In beiden Rechtsgebieten war bis dato bei der Prüfung der jeweiligen Tatbestandsmerkmale eine betriebswirtschaftliche Perspektive vorherrschend. Im Beihilfenrecht geschah dies mithilfe des *market economy investor test.* Im Vergaberecht wurde dies durch eine betriebswirtschaftliche Auslegung des „wirtschaftlich günstigsten Angebots“ in die Tat umgesetzt.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die institutionelle Verknüpfung der beiden Rechtsgebiete verdeutlicht sich am Beispiel der beihilfenrechtlichen Praxis der Kommission, die seit ihrem XXIII. Wettbewerbsbericht das offene, transparente und bedingungsfreien Ausschreibungsverfahren benutzt, um das Vorliegen eines wirtschaftlichen Vorteils im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG festzustellen. Die wechselseitige Bezogenheit findet ihre Bestätigung zudem in der beihilfenrechtlichen Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte: In der *FFSA*-Entscheidung bereicherte das EuG das gemeinschaftliche Beihilfensystem erstmals um den Topos der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und ließ Art. 86 Abs. 2 EG als Rechtfertigungsgrund zu Art. 87 Abs. 1 EG zu. Diese Anreicherung wurde vom EuG im *SIC/Kommission*-Urteil und vom EuGH im *CELF*-Urteil noch einmal bekräftigt. In der *Ferring*-Entscheidung nahm der EuGH dann eine telelogische Reduktion des Tatbestandsmerkmals des wirtschaftlichen Vorteils vor und erkannte bei der Prüfung von mitgliedstaatlichen Zuwendungen den von den Empfängerunternehmen zu erbringenden Dienstleistungen von allgemeinem Interesse *tatbestandsbestandsausschließende Wirkung* zu. Die Erwägungen, die bis dato unter Art. 86 Abs. 2 EG zu berücksichtigen waren, ragen nun gleichsam in den Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG hinein. In *Altmark* schloß sich der EuGH dem von GA Jacobs vorgeschlagenen Transparenzansatz an und stellte hierbei vier konkretisierende Voraussetzungen auf. Mit dem vierten Parameter knüpfte der EuGH die *beihilfenrechtliche Unbedenklichkeit* von mitgliedstaatlichen Kompensationszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse an die *Durchführung eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge*. Mit den Urteilen in den Rechtssachen *GEMO* und *Enirisorse* erlangt der Transparenzansatz in Gestalt des *Altmark*-Katalogs den Status einer gefestigten Rechtsprechung.

Der als Argument gegen den Transparenzansatz ins Feld geführte *market economy investor test* beansprucht im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse keine Geltung. Es fehlt an einem vergleichbaren privaten Nachfrageverhalten sowie einem privaten Referenzmarkt. Der Grund für mitgliedstaatliche Interventionen im Bereich der Daseinsvorsorge ist nämlich gerade darin zu sehen, daß private Investitionen entweder nicht stattfinden oder nicht die gewünschten Resultate bringen, mit der Folge, daß Teile der Bevölkerung mit einer bestimmten als vital eingestuften Dienstleistung dürftig oder gar nicht versorgt wird. Dienstleistungen von allgemeinem Interesse werden daher staatlicherseits erbracht, um einem Marktversagen abzuhelfen. Die Anwendung des *market economy investor test* im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse steht zudem im Widerspruch zu der besonderen Fürsorge und sozialpolitischen Verantwortung des Staates.

Das offene Ausschreibungsverfahren gewährleistet die Marktangemessenheit der Gegenleistung, da durch den Ausschreibungswettbewerb auf der Angebotsseite Marktbedingungen herrschen. Ein offenes Ausschreibungsverfahren eröffnet allen interessierten Bieterunternehmen gleichermaßen die Chance, den Zuschlag zu erringen. Die Saldierungsfähigkeit der von den privaten Unternehmen erbrachten Dienstleistungen von allgemeinem Interesse mit den mitgliedstaatlichen Zuwendungen ergibt sich auch aus einem Vergleich mit den Rechtsinstituten des Zivilrechts. Das Beispiel des Rechtsinstituts des Vertrags zu Gunsten Dritter zeigt, daß es für die Frage der Leistungsäquivalenz im Verhältnis von öffentlicher Hand und Dienstleister nicht ausschlaggebend ist, ob zwischen öffentlicher Hand und der Öffentlichkeit eine Vergütungsverpflichtung auf Seiten der öffentlichen Hand besteht.

Der Transparenzansatz macht auch nicht die im EG-Vertrag verankerten Legalausnahmen des Beihilfenverbots überflüssig. Zum einen tangiert der Transparenzansatz deren Anwendbarkeit nicht für den Bereich des übrigen Wettbewerbsrechts der Art. 81 ff. EG. Zum anderen hängt die beihilferechtliche Zulässigkeit staatlicher Zuwendungen in den Fällen, in denen

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

diese die Kriterien des *Altmark*-Katalogs nicht erfüllen, weiterhin davon ab, ob sie sich unter die Tatbestände der Art. 86 Abs. 2 EG. Art. 87 Abs. 2 und 3 EG sowie Art. 73 EG fassen lassen. Die Entscheidung der Kommission in der Rechtssache *RAI* beweist, daß Art. 86 Abs. 2 EG nach wie vor eigenständige Bedeutung zukommt.

Der Transparenzansatz beeinträchtigt auch nicht die Effizienz der beihilfenrechtlichen Kontrolle. Die Kommission kommt Verstößen gegen Art. 87 Abs. 1 EG nicht durch das Aktenstudium mitgliedstaatlicher Notifikationen gemäß Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG auf die Schliche. Die Kommission wird in den meisten Fällen durch von Konkurrenten erhobenen Beschwerden auf Wettbewerbsverstöße aufmerksam. Der Kriterienkatalog des *Altmark*-Urteils versetzt dank der Transparenz- und Publizitätsvorgaben die betroffene Konkurrenten in die Position, Wettbewerbsverstöße kontrollieren zu lassen. Die Nichtanwendbarkeit von Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG wird kompensiert durch eine Mobilisierung der privaten Wirtschaftsteilnehmer. Außerdem bedeutet der Transparenzansatz für Mitgliedstaaten und Wirtschaftsteilnehmer Zeitgewinn und Planungssicherheit. Die Verzögerungen infolge des präventiven Genehmigungsvorbehalts der Kommission mit vorläufiger Prüfungsphase und das Hauptprüfverfahren sind investitionsschädlich und können bei der Erbringung von dringlichen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu Engpässen führen. Wegen der Masse an Verfahren ist die Kommission im übrigen auch gar nicht mehr in der Lage, allein eine effiziente Beihilfenkontrolle zu gewährleisten. Wegen ihrer limitierten personellen wie sachlichen Ressourcen muß die Kommission – insbesondere vor dem Hintergrund der erfolgten Osterweiterung – ihre Kräfte bündeln und sich auf die Verfolgung der gravierenden Verstöße gegen das EG-Wettbewerbsrecht konzentrieren

Der Transparenzansatz trägt zudem dem hohen Stellenwert des Gemeinschaftszieles der sozialen Kohäsion und der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse angemessen Rechnung, wie er in Art. 3 Abs. 1 lit. k, Art. 16 EG, Art. 36 GR-Charta sowie Art. II-36 des Entwurfs eines Vertrags über eine Verfassung für Europa zum Ausdruck kommt. Art. 16 EG und Art. 36 GR-Charta ist das Mandat zu entnehmen, die rein (betriebs-)wirtschaftliche Auslegung der Wettbewerbsvorschriften für den Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse abzumildern und zu modifizieren.

Der Transparenzansatz harmonisiert auch mit dem Subsidiaritätsprinzips als föderalem Auslegungsgebot, wonach innerhalb aller möglichen Auslegungsvarianten derjenigen Interpretation einer Gemeinschaftsnorm der Vorzug zu geben ist, welche Definitionsmacht an die Mitgliedstaaten zurückdelegiert, so daß die Entscheidungsgewalt im Zweifel in den Händen nationaler, regionaler oder gar lokaler Einheiten liegt. Die Mitgliedstaaten mit ihrem gestuften Unterbau haben ein feineres Sensorium für aufkeimende Bedürfnisse der Bevölkerungen als die Institutionen der Gemeinschaft. Angesichts des notwendigerweise evolutionären Charakters der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse sind es in erster Linie die Mitgliedstaaten, welche in diesem Bereich stimmige Strategien konzipieren können.

Auch in der konkreten Gegenüberstellung von Kompensationszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und sozialen Vergabekriterien ergeben sich eine Reihe von Parallelen. In beiden Konstellationen „erkaufen“ die Mitgliedstaaten von den privaten Wirtschaftsteilnehmern ein bestimmtes soziales Verhalten. Zudem sind die zu fördernden Gemeinwohlbelange in beiden Fällen identisch. Da die Mitgliedstaaten ein vitales Interesse an der Wiedereingliederung der durch soziale Vergabekriterien geförderten Personengruppen in den Arbeitsmarkt haben, handelt es auch hier um ein sogenanntes öffentliches Interesse. Während es im Fall der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse darum geht, sozial schwächeren Bevölkerungsgruppen Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Interesse zu ermöglichen, zielen soziale Vergabekriterien darauf ab, den Angehörigen gesellschaftlich marginalisierter Gruppen Zugang bzw. Wiedereingliederung in das Arbeitsleben zu verschaffen.

Ebenso wie bei Kompensationszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse findet der *market economy investor test* auch im Fall der sozialen Vergabekriterien keine Anwendung. Der Staat als Wahrer des Allgemeinwohls muß nämlich auch in der Rolle als öffentlicher Auftraggeber seiner besondere sozialpolitischen Verantwortung gerecht werden. Die staatliche Nachfrage ist darauf gerichtet, den Bedarf der öffentlichen Hand *zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben* zu decken und nicht um am Wirtschaftsverkehr teilzunehmen. Wie das Aufkeimen von Ideen wie *corporate social responsibility* und *diversity management* belegt, stimmt überdies die Prämisse nicht, daß private Nachfrager ein solches Verhalten nicht an den Tag legen würden. Außerdem sind soziale Vergabekriterien ebenfalls darauf gerichtet, einem Marktversagen abzuhelfen. Das Marktversagen besteht darin, daß Angehörige gesellschaftlich marginalisierter Gruppen trotz beruflicher Qualifikation und Leistungsfähigkeit auf dem Arbeitsmarkt chancenlos sind, bzw. keine Chance hatten, derartige Qualifikationen zu erwerben.

Auch im Fall der sozialen Vergabekriterien ist die zu vergütende soziale Leistung quantifizierbar. Zum einen können die öffentlichen Auftraggeber den Preis für die Erfüllung sozialer Vergabekriterien im voraus schätzen. Danach sind diejenigen Kosten zu berücksichtigen, welche der jeweilige öffentliche Auftraggeber zu tragen hätte, wenn die mit den sozialen Vergabekriterien verfolgten Integrationsziele nicht erreicht würden. Zum anderen *kreiert ein ordnungsgemäß durchgeführtes Vergabeverfahren gerade einen Markt um die Erbringung der sozialen Leistung*. Auch bei der Berücksichtigung sozialer Aspekte bei der öffentlichen Auftragsvergabe herrscht auf der Angebotsseite Wettbewerb. Die Bieterunternehmen werden durch die Transparenz- und Publizitätsvorschriften in die gleiche Ausgangsposition versetzt. Sie können angeben, mit welchen Kosten die (Re-)Integration von Angehörigen gesellschaftlich benachteiligter Gruppen in ihrem Betrieb zu Buche schlägt. Art. 24 Abs. 1 RL 2004/18/EG und Art. 36 Abs. 1 RL 2004/17/EG eröffnen den öffentlichen Auftraggebern zudem die Möglichkeit, sozial freundliche Varianten mit rein betriebswirtschaftlich ausgerichteten Angeboten ein und desselben Bieterunternehmens zu vergleichen.

Ebenso wie der Transparenzansatz dienen soziale Vergabekriterien als Kompensation für den mit der Privatisierung einhergehenden Verlust der Erfüllungshoheit. Privatisierung führt dazu, daß sich der Staat aus der Eigenwahrnehmung öffentlicher Aufgaben zurückzieht. Im Zuge der Privatisierung verliert die öffentliche Hand den mit der Eigenwahrnehmung einhergehenden Vorteil, die Erfüllungshoheit zur Durchsetzung sozialpolitischer Ziele nutzen zu können.

Ähnlich dem Transparenzansatz verwirklichen soziale Vergabekriterien auch die vom Subsidiaritätsprinzip verkörperten Ziele der Differenzierung, Diversifizierung, Dezentralisierung. Dem föderalen Auslegungsgebot des Subsidiaritätsprinzips entsprechend vereinen soziale Vergabekriterien das Ziel einer weiter fortschreitenden Integration mit dem Bestreben nach einem ausgewogenen Gleichgewicht zwischen Kompetenzen der Gemeinschaft und mitgliedstaatlicher Verantwortung.

Für eine Vorbildwirkung des Transparenzansatzes spricht auch der Gesichtspunkt der Hierarchie der einschlägigen Gemeinschaftsrechtsnormen. Denn die maßgebliche Trendwende im Beihilfenrecht fand auf der Ebene des Primärrechts statt. Der EG-Vertrag ist Richtschnur für Auslegung und Anwendung des Sekundärrechts. Wenn eine Primärrechtsnorm aufgrund einer Anpassung an die veränderten gesellschaftlichen Bedürfnisse einen Auslegungswandel voll-

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zieht, dann muß diesen Änderungen erst recht *a maiore ad minus* auf der Ebene des abgeleiteten Sekundärrechts Rechnung getragen werden.

Im Beihilfenrecht wurde der bei den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu Tage tretende materiellrechtliche Konflikt zwischen Wettbewerbsrecht und Daseinsvorsorge durch den Rückgriff auf das verfahrensrechtliche Instrument der Transparenz in Gestalt des offenen Ausschreibungsverfahrens aufgelöst. Wenn sich nun ein Zweig des Gemeinschaftsrechts, dessen Bewertungsmaßstäbe sich bislang einzig und allein an betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten orientierten, sozialen Aspekten öffnet, weil ein bestimmtes Verfahren angewandt wird, das fairen, freien und offenen Wettbewerb garantiert, dann kann die „soziale Invasion" des benachbarten Rechtsgebietes, dem dieses Verfahren immanent ist, nicht als gemeinschaftsrechtlich unzulässig angesehen werden. Man kann nicht einerseits das Vergabeverfahren als ein Instrument benutzen, um eine substantielle Modifikation des Beihilfensystems zu rechtfertigen – schließlich geht es um nichts Geringeres als die Definitionsmacht und Kontrollhoheit über den Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG – ohne zu akzeptieren, daß dieser Auslegungswechsel seinerseits das materielle Recht der öffentlichen Auftragsvergabe beeinflußt. Die fortschreitende Vernetzung des Gemeinschaftsrechts ist eine Angelegenheit gegenseitiger „Befruchtung".

D. Vorteile sozialer Vergabekriterien

Dazu haben soziale Vergabekriterien den Vorteil, daß sie den Bieterunternehmen wertvolles Humankapital zuführen. Erfahrungen aus der Wirtschaftswissenschaft mit *diversity management*-Ansatz und Studien der Kommission zur *corporate responsibility* zeigen, daß gemischte Belegschaften zu einer Steigerung von Innovation, Kreativität, Loyalität und Produktivität führen können.

Außerdem entsprechen soziale Vergabekriterien der wachsenden Bedeutung, die dem auf Art. 2 EG, Art. 3 Abs. 2 EG basierenden Instrument des *mainstreaming* beigemessen wird. Sowohl der *mainstreaming*-Ansatz als auch soziale Vergabekriterien sind Querschnittsinstrumente. Beide Ansätze gehen von der Erkenntnis aus, daß soziale und gleichstellungsspezifische Aspekte bei allen Entscheidungen *mit Außenwirkung* berücksichtigt werden müssen und daß es keine Reservate zur Verfolgung von Chancengleichheitszielen geben darf. Die staatliche Nachfrage ist ein solcher Akt mit Außenwirkung. Der Anknüpfungspunkt der staatlichen Nachfrage hat den Vorteil, daß alle staatlichen Einrichtungen gleichermaßen für das Ziel der Chancengleichheit sensibilisiert werden. Soziale Vergabekriterien führen überdies zu einem Umdenkungsprozeß in der Privatwirtschaft.

Die Berücksichtigung sozialer Aspekte bei der öffentlichen Auftragsvergabe ist Ausdruck eines Wandels, welcher die gesamte Gemeinschaftsrechtsordnung ergriffen hat, nämlich den Übergang von einem gemeinsamen Wirtschaftsraum zu einer Werte- und Sozialgemeinschaft. Das offen formulierte Ziel einer „immer engeren Integration" gemäß Art. 1 EU umfaßt auch die soziale Integration. Eine exemplarische Bestandsaufnahme des harten und weichen Normeninventars hat gezeigt, daß der soziale *acquis communautaire* gemessen an den Anfängen der Gemeinschaft eine mittlerweile beachtliche Bandbreite aufweist. Die Gemeinschaft bekundet in Art. 125-130 EG, 125-130 EG sowie Art. 13 EG und Art. 141 Abs. 3 EG auf Primärebene ihr Engagement in Sachen Arbeits-, Beschäftigungs- und Gleichstellungspolitik. Auf Sekundärebene zeugen die Gleichbehandlungsrichtlinien, RL 76/207/EWG, RL

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2000/78/EG und RL 2000/43/EG, sowie VO 2204/2002/EG von der Verantwortung der Gemeinschaft für die Integration gesellschaftlich benachteiligter Gruppen. Dies schlägt sich auch in den *soft law*-Instrumenten nieder wie beispielsweise der GR-Charta, dem Vertragsentwurf über eine Verfassung für Europa und der Methode der offenen Koordinierung.

Die Intensivierung der sozialen Integration der Gemeinschaft wird mittlerweile als eine Frage der Notwendigkeit erkannt. Eine rein wirtschaftlich orientierte Integration stößt bei den Bevölkerungen der Mitgliedstaaten auf immer weniger Akzeptanz. Eine dauerhafte Kluft zwischen wirtschaftlicher und sozialer Integration birgt die Gefahr, daß die bisher erreichten Erfolge nicht mehr wahrgenommen, bzw. die Sinnhaftigkeit der Gemeinschaft als Institution angezweifelt wird. Werden die sozialen Zielvorgaben des EG-Vertrags nicht in die Tat umgesetzt, entsteht der Gemeinschaft auf Dauer ein irreparabler Schaden. Auf diese Gefahr muß die Gesamtheit aller gemeinschaftlichen Normen reagieren, auch das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe.

E. Verhältnismäßigkeit sozialer Vergabekriterien

Dazu bewähren sich soziale Vergabekriterien auf allen drei Stufen des Verhältnismäßigkeitsprüfung, bei der sich der Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb gemäß Art. 4 Abs. 1 EG und die Vertragsziele eines hohen Beschäftigungsniveaus, eines hohes Maßes an sozialem Schutz gemäß Art. 2 EG, die gesellschaftliche Integration gesellschaftlicher Randgruppen gemäß Art. 13 EG sowie der Gleichstellung von Mann und Frau gemäß Art. 2 EG, Art. 3 Abs. 2 EG und Art. 141 Abs. 4 EG gegenüberstehen.

Mithilfe sozialer Vergabekriterien können Angehörige gesellschaftlich marginalisierter Gruppen in den Arbeitsmarkt integriert werden. Die Methode, die Vergabe öffentlicher Aufträge unter anderem an die Erfüllung von sozialen Vergabekriterien zu koppeln, wirkt als Anreiz für die Bieterunternehmen, in ihrer Eigenschaft als Arbeitgeber verstärkt auf eine Beschäftigung von Angehörigen gesellschaftich benachteiligter Gruppen zu setzen. Soziale Vergabekriterien weisen grundsätzlich gegenüber rein betriebswirtschaftlichen Vergabekriterien *kein spezifisches Diskriminierungspotential* auf. Die Integrität der öffentliche Auftragsvergabe ist ein allgemeines Problem. Im Einklang mit Forderungen der Kommission ist es daher notwendig, auf erweiterte Sanktionsmöglichkeiten hinzuwirken. Um Diskriminierungen EG-ausländischer Bieterunternehmen zu vermeiden, müssen öffentliche Auftraggeber *soziale Vergabekriterien* neutral, i.e. *ohne geographischen Anknüpfungspunkt*, formulieren. Öffentliche Auftraggeber dürfen daher für die Durchführung des öffentlichen Auftrags nicht die Einstellung von Arbeitslosen aus einer bestimmten Region fordern. Die öffentlichen Auftraggeber sind jedoch nicht daran gehindert, auf das Reservoir an Arbeitslosen in ihrem Verantwortungsbereich sowie die Dienste ihrer Arbeitsvermittlungsagenturen hinzuweisen.

Die öffentlichen Auftraggeber können Einstellungsquoten für Angehörige bestimmter Personengruppen als Vergabekriterien festlegen, auch wenn der geforderte Prozentsatz über den Durchschnittswerten anderer Mitgliedstaaten liegt. Solange es sich bei dem sozialen Vergabekriterium um ein gemeinschaftsweit anerkanntes Quotenziel handelt, ist nicht davon auszugehen, daß ein solches soziales Vergabekriterium mittelbare Diskriminierungswirkung entfaltet. Ansonsten würde man diejenigen Mitgliedstaaten bestrafen, die auf das Engagement der Gemeinschaft hin in diesem Bereich eine Vorreiterrolle übernommen haben. Die Gemeinschaft würde sonst widersprüchliche Signale aussenden.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Mangelnde Professionalität und fehlende Fachkenntnis der mit der öffentlichen Auftragsvergabe betrauten Personen sind kein spezifisches Manko sozialer Vergabekriterien, sondern ein generelles Problem der öffentlichen Auftragsvergabe. Diesem Problem müssen die öffentlichen Auftraggeber durch Schulungs- und Fortbildungsmaßnahmen begegnen. Die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien macht die Vergabeentscheidung auch nicht übermäßig kompliziert. Bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrags nach dem „wirtschaftlich günstigsten Angebot" basiert die Vergabeentscheidung stets auf einem Katalog von Vergabekriterien. Das Problem fehlender gemeinschaftsweit einheitlicher Definitionen der zu fördernden Personengruppen stellt sich lediglich bei dem Kriterium der Ausbildungsförderung, wird aber durch die jüngsten Kooperationen der Mitgliedstaaten in diesem Bereich entschärft.

Die vorgeschlagenen Alternativmaßnahmen zu sozialen Vergabekriterien sehen sich einer Reihe von Einwänden ausgesetzt. Freiwilligen Initiativen der Privatwirtschaft fehlt es an der Durchsetzbarkeit und der Anreizwirkung. Bei der individuellen Durchsetzung des Diskriminierungsverbots haben die Betroffenen mit hohen Prozeßkosten, einer langen Verfahrensdauer sowie unvorteilhaften Beweislastregeln zu kämpfen. Direkte Subventionen und Beschäftigungsquoten haben sich in der Praxis ebenfalls nicht bewährt. Die Arbeitgeber neigen dazu, sich diesen gesetzlichen Verpflichtungen zu entziehen und lieber Sanktionen in Form von Ausgleichsabgaben auf sich nehmen. Überdies bedeuten sanktionsbewehrte Gebote einen intensiveren Einschnitt in die Privatautonomie der Wirtschaftsteilnehmer.

Demgegenüber haben soziale Vergabekriterien den Vorteil der Appell- und Erinnerungsfunktion. Jede Ausschreibung unter dem Vorzeichen sozialer Vergabekriterien generiert bei Geschäftsführung und Unternehmensstrategen erneut die Motivation, Angehörige gesellschaftlich marginalisierter Gruppen zu beschäftigen. Außerdem tragen sie dazu bei, bei den öffentlichen Auftraggebern die psychologischen Hemmschwelle gegenüber EG-ausländischen Anbietern zu überwinden.

Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung sprechen folgende Argumente für die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien: Im Vergabeverfahren dürfen nur diejenigen sozialen Aspekte berücksichtigt werden, die mit den Aufgaben gemäß Art. 2 EG, sowie den übrigen im EG-Vertrag verstreuten Querschnittszielen und Kompetenznormen übereinstimmen. Dabei ist zu berücksichtigen, daß die Gemeinschaft *quantitative Klassenziele* definiert und sich für die Erreichung dieser Ziele *konkrete Fristen* gesetzt hat. Der Kampf gegen soziale Ausgrenzung und für mehr Beschäftigung ist heutzutage eine der Hauptaufgaben der staatlichen Institutionen. Dem Staat kommt hierbei eine Vorbildfunktion zu.

Die Vergabeentscheidung wird in der überwiegenden Zahl der Fälle aufgrund eines umfangreichen Kriterienkatalogs gefällt. Das hat zur Folge, daß die Vergabeentscheidung sich damit immer zwischen denjenigen Bieterunternehmen abspielen wird, deren Angebote sich sowohl durch betriebswirtschaftliche Attraktivität als auch durch soziale Verantwortung auszeichnen. Bei der Vergabeentscheidung darf jeweils *nur ein sozialer Aspekt* zum dem Kanon der betriebswirtschaftlichen Vergabekriterien hinzutreten. Der Gefahr von unverhältnismäßigen Mehrpreisen kann leicht mithilfe eines Maximalabstandsgebotes („Mehrpreisstaffeln") begegnet werden. Die Frage der Gewichtung ist kein spezifisches Problem der sozialen Vergabekriterien. Art. 53 Abs. 2 S. 1 RL 2004/18/EG und Art. 55 Abs. 2 S. 1 RL 2004/17/EG garantieren nunmehr hinsichtlich der Angemessenheit der Bewertungsmaßstäbe Transparenz und damit auch Justitiabilität. Die Rechtsprechung des EuGH hat den nationalen Gerichte den Weg gebahnt, effektiv ihrer Hauptaufgabe nachgehen zu können, i.e. vollendete Tatsachen im Vergabeverfahren zu vermeiden.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die Erfüllung sozialer Vergabekriterien ist den Bieterunternehmen auch individuell zumutbar. Die Bieterunternehmen haben es dank der Publizitäts- und Transparenzvorschriften der Vergaberichtlinien selbst in der Hand, ob sie die sozialen Vergabekriterien erfüllen oder nicht. Ebenso wie in der Privatwirtschaft, wo die Angebote speziell auf die Wünsche des Kunden zugeschnitten werden, haben die Bieterunternehmen ihre Angebote an die „Firmenpolitik" der öffentlichen Auftraggeber anzupassen. Die erforderliche Erfassung von Daten über die Personalstruktur der Beschäftigen bedeutet keinen übermäßigen Aufwand für die Bieterunternehmen.

F. Vergleich zwischen affirmative action*-Maßnahmen und sozialen Vergabekriterien*

Auch die vom EuGH anhand von Art. 141 EG und Art. 2 Abs. 1 und 4 RL 76/207/EWG herausgearbeiteten Leitlinien für mitgliedstaatliche *affirmative action*-Maßnahmen sprechen für die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit von sozialen Vergabekriterien. *Affirmative action*-Maßnahmen teilen mit sozialen Vergabekriterien die Wettbewerbssituation um ein soziales Gut (Vergabe eines öffentlichen Auftrags, Arbeitsplatz), bei welcher grundsätzlich der Leistungsaspekt im Vordergrund steht. Auch die jeweils geförderten Gemeinwohlbelange sind identisch. In beiden Fällen ließ sich der EuGH aufgrund einer teleologischen Auslegung der Richtlinienbestimmungen zu einer Rechtsprechungsänderung bewegen. In beiden Fällen scheiterten in der Vergangenheit gesetzgeberische Reformversuche.

Die für *affirmative action*-Maßnahmen typische Pattsituation ist grundsätzlich identisch mit der Fallsituation, die dem Urteil *Französische Schulen* zugrunde lag. In beiden Konstellationen spielt der soziale Aspekt im Entscheidungsprozeß als Hilfskriterium das Zünglein an der Waage. Die Billigung von *affirmative action*-Maßnahmen spricht aber auch für die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien, die als Zuschlagskriterien ausgestaltet sind. Die Anwendung sozialer Zuschlagskriterien gleicht der Konstellation, daß im Wettbewerb um eine Position bei staatlichen Institutionen dem Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts der Vorzug gegeben wird, obwohl die Qualifikationen des männlichen Kandidaten höher einzustufen sind. Das Hauptargument gegen derartige *affirmative action*-Maßnahmen, daß es für das konkret betroffene Individuum nicht zumutbar ist, ohne eine besondere subjektive Verantwortlichkeit benachteiligt zu werden, trifft auf die betroffenen Bieterunternehmen im Fall der Anwendung sozialer Zuschlagskriterien nicht zu. Den Bieterunternehmen, welche die sozialen Vergabekriterien nicht erfüllen, kann Verhaltensverantwortlichkeit zur Last gelegt werden. Denn eine nach Gruppen segregierte Personalstruktur läßt auf eine selektiven Auswahlprozeß schließen. Dazu übernimmt bei sozialen Vergabekriterien die Ausgestaltung als Zuschlagskriterien die abmildernde Wirkung von Pattsituation und Öffnungsklausel. Sind soziale Vergabekriterien als Zuschlagskriterium ausgestaltet, kommt es ebenfalls zu *keiner absolut und automatisch wirkenden Bevorzugung*. Soziale Zuschlagskriterien haben außerdem den Vorteil, daß sie individuell-konkret auf das Anforderungsprofil des öffentlichen Auftragebers zugeschnitten sind. Nach dem *mainstreaming*-Ansatz sind die öffentlichen Auftraggeber dazu gehalten, innerhalb ihres Verantwortungsbereichs den Bedarf für soziale Vergabekriterien zu klären und ihre Vorgaben stets der sozialen Realität anzupassen. Das Recht des öffentlichen Auftragsvergabe stellt nicht nur ein objektives Verfahren zur Verfügung, das den Anforderungen an *affirmative action*-Maßnahmen ent-

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

spricht. Das Vergabeverfahren ist die Inkarnation eines solchen objektiven Auswahlverfahrens schlechthin. Ein weiterer Grund, warum man in der vergaberechtlichen Konstellation regelungstechnisch nicht auf der Stufe der Pattsituation Halt machen kann, ist die Tatsache, daß kaum jemals zwei Angebote identisch und damit gleich betriebswirtschaftlich günstig sein werden. Würden soziale Vergabekriterien lediglich als Hilfskriterien ausgestaltet, kämen sie in der Praxis nie zur Anwendung.

G. Vergabekriterium der Tariftreueverpflichtung

Konstitutive Tariftreueverpflichtungen verstoßen nicht gegen die Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 49 EG. Die sogenannte *Mindestlohnrechtsprechung des EuGH* in den Rechtssachen *Rush Portuguesa*, *Arblade, Finalarte* und *Mazzoleni und ISA* entfaltet Indizwirkung für die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit von Tariftreueverpflichtungen. Sie sind kein rechtliches *aliud* zu den mitgliedstaatlichen Mindestlohnbestimmungen. Die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit von Tariftreueverpflichtung ist eine Frage der Verhältnismäßigkeit. Zwar bedeutet die an die EG-ausländischen Bieterunternehmen gestellte Forderung, die am Ort der Auftragsausführung geltenden Tariflöhne zu zahlen eine Beschränkung im Sinne von Art. 49. Sie ist jedoch durch den *zwingenden Grund des Allgemeinwohls gerechtfertigt*. Schutzgut ist der *Schutz aller Arbeitnehmer in der Gemeinschaft*.

Einer etwaigen Überforderung der öffentlichen Auftraggeber läßt sich mit einer Regelung abhelfen, wonach diese sich bei einer zentralen Fachbehörde über die in ihrem Verantwortungsbereich geltenden Lohn- und Gehaltstarife informieren können. Die Frage der praktischen Durchsetzung ist kein spezifisches Problem der Tariftreueverpflichtung. Etwaige Kontrolldefizite können dadurch gelöst werden, daß die öffentlichen Auftraggeber sich an spezialisierte Behörden wenden.

Tariftreueverpflichtungen sind als konkret-individuelle Rechtsakte das ideale Instrument, um Einzelfallgerechtigkeit zu erwirken. Tariftreueverpflichtungen können insbesondere den Unterschieden hinsichtlich der Lebenshaltungskosten wie dem lokalen Stadt-Land-Gefälle und dem regionalen Nord-Süd respektive Ost-West-Gefälle gerecht zu werden. Ein Verbot der Tariftreueverpflichtungen würde angesichts der Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten bei der Festsetzung der Mindestlöhne zu widersprüchlichen und nicht sachgerecht Ergebnissen führen. Für die Erforderlichkeit der Tariftreueverpflichtung spricht auch die besondere Bedeutung des Baugewerbes für das Arbeitsmarktstruktur der Mitgliedstaaten. Der Erforderlichkeitsmaßstab des Arbeitnehmerschutzes orientiert sich nicht am kleinsten gemeinsamen Nenner, sondern bemüht sich um eine Optimierung der Sozialstandards. Die Alternativmaßnahme der Losvergabe ist nicht universal einsetzbar und wegen ihres Diskriminierungspotentials auch nicht unbedingt das mildere Mittel.

Im Fall der Anwendung von Tariftreueverpflichtungen ist nur mit moderaten Kostensteigerungen für die öffentlichen Auftraggeber zu rechnen. Solange die Tariftreueverpflichtung keine Rückausnahmen für die inländischen Dienstleister zuläßt, beispielsweise für Bieterunternehmen mit inländischen Firmentarifverträge, besteht die Vermutung, daß sie keine unverhältnismäßige Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellt. Die Einhaltung der Tariftreueverpflichtung ist den EG-ausländischen Bieterunternehmen auch individuell zumutbar. Aus gemeinschaftlicher Perspektive ist es nicht erstrebenswert, daß die Bieterunternehmen aus Niedriglohnmitgliedstaaten Ausgaben für Transport- und Unterkunft auf Kosten des Ar-

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

beitnehmerschutzes wieder „reinholen“. Das im Aufnahmemitgliedstaat geltende Schutzniveau für Arbeitnehmer hat gewissermaßen den Status eines „natürlichen Standortfaktors“. Wenn sich die Mitgliedstaaten per Verweistechnik dieses Instruments bedienen, um ihre sozialpolitischen Ziele umsetzen, dann ist dies gemeinschaftsrechtlich nicht unzulässig.

H. Auslegung von RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG

Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat mit Erlaß von RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG die Berücksichtigung sozialer Aspekte bei der öffentlichen Auftragsvergabe auf breiter Ebene positivrechtlich verankert und damit offiziell legitimiert. Entgegen den in *Beentjes*, *Französische Schulen*, *Concordia Bus* und *Wienstrom* erarbeiteten Vorgaben des EuGH sehen sowohl RL 2004/18/EG als auch RL 2004/17/EG zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots keine sozialen *Zuschlags*kriterien vor. Trotz einer Reihe von Ungereimtheiten im Verhältnis von Erwägungsgründen und dem verbindlichem Teil der Vergaberichtlinien bleibt festzuhalten, daß der historische Gemeinschaftsgesetzgeber sich bewußt gegen die Einführung sozialer Zuschlagskriterien entschieden hat.

Dagegen können die öffentlichen Auftraggeber nunmehr gemäß Art. 26 RL 2004/18/EG und Art. 38 RL 2004/17/EG soziale Ausführungsbedingungen festsetzen. *Ausführungsbedingungen* entfalten jedoch eine *absolute Ausschlußwirkung*, da sich gleich zu Beginn des Vergabeverfahrens das Spektrum der Bieterunternehmen verkleinern. Damit wird der Wettbewerb durch Ausführungsbedingungen stärker beeinträchtigt, als durch die Berücksichtigung sozialer Aspekte im Rahmen der Zuschlagsentscheidung. In letzterem Fall treten nämlich sozial freundliche und rein betriebswirtschaftlich günstige Angebote zueinander in Wettbewerb, mit der Folge, daß *Zuschlagskriterien* lediglich *relative Ausschlußwirkung* entfalten.

Die Berücksichtigung sozialer Aspekte in Form von Zuschlagskriterien kann jedoch durch eine an systematischen und teleologischen Gesichtspunkten orientierte Auslegung der neuen Vergaberichtlinien erreicht werden. Eine solche Auslegung kann sich zunächst auf das *argumentum a maiore ad minus* stützen. Denn wenn sogar die Berücksichtigung sozialer Aspekte mit absoluter Ausschlußwirkung sachgerecht und gemeinschaftsrechtlich zulässig sein soll, dann muß dies erst recht für eine etwaige Berücksichtigung sozialer Aspekte mit relativer Ausschlußwirkung gelten.

Ein weiterer Beleg für die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit sozialer Zuschlagskriterien ist die Neuerung, daß RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG für die Bewertung der wirtschaftlichen Günstigkeit des Angebots mittlerweile auf die *subjektive Perspektive des öffentlichen Auftraggebers* abstellen. Gemäß Art. 53 Abs. 1 lit. a RL 2004/18/EG und Art. 55 Abs. 1 lit. a RL 2004/17/EG „erfolgt der Zuschlag auf das aus Sicht des Auftraggebers wirtschaftlich günstigste Angebot“. Außerdem sind die in Art. 53 Abs. 1 lit. a RL 2004/18/EG und Art. 55 Abs. 1 lit. a RL 2004/17/EG genannten Umwelteigenschaften ein Indiz für die Zulässigkeit sozialer Zuschlagskriterien. Denn wie die *Wienstrom*-Entscheidung des EuGH zeigt, schlagen sich Umweltbedingungen nicht zwangsläufig in objektiv meßbare Eigenschaften des Auftragsgegenstandes nieder. Umweltbezogene Zuschlagskriterien müssen daher nicht produktbezogen sein. Damit stehen die als Zuschlagskriterien mit einzubeziehenden Umwelteigenschaften qualitativ auf derselben Stufe wie die sozialen Vergabekriterien.

Daß soziale Aspekte auch bei der Zuschlagsentscheidung zulässig sein sollen, ergibt sich auch aus der Tatsache, daß Art. 23 Abs. 1 S. 2 RL 2004/18/EG und Art. 34 Abs. 1 S. 2 RL

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2004/17/EG im Hinblick auf die Berücksichtigung sozialer Aspekte die Definitionshoheit der Mitgliedstaaten bei der Festlegung des Auftragsgegenstandes beschränken. Die Festlegung von Zuschlagskriterien ist gegenüber der Definition des Auftragsgegenstandes ein Minus. Wenn also RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG die öffentlichen Auftraggeber verpflichten, bei der Definition des Auftragsgegenstandes soziale Aspekte zu berücksichtigen, dann stehen sie den öffentlichen Auftraggebern *a maiore ad minus* nicht im Weg, fakultativ soziale Zuschlagskriterien festzuschreiben. Die neuen Vergaberichtlinien bekräftigen außerdem mit Art. 25 RL 2004/18/EG und Art. 37 RL 2004/17/EG das Bekenntnis zur Zulässigkeit der Losvergabe. In diesem Kontext verkündet die Präambel offenherzig, daß diese Unteraufträge der Mittelstandsförderung dienen. Dies zeigt, daß die neuen Vergaberichtlinien der Verwirklichung von Zielen nicht entgegensteht, die über die reine Bedarfsdeckung hinausgehen.

Für die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit sozialer Zuschlagskriterien spricht auch der Umstand, daß die geschilderten Reformen im Hinblick auf die Berücksichtigung sozialer Aspekte mit einer markanten Anhebung der verfahrensrechtlichen Transparenzanforderungen einhergehen. Zu nennen sind vor allem die Pflicht der öffentlichen Auftraggeber zu einer umfassend transparenten Gewichtung der Zuschlagskriterien gemäß Art. 53 Abs. 2 S. 1 RL 2004/18/EG und Art. 55 Abs. 2 S. 1 RL 2004/17/EG, die Informationspflichten gemäß Art. 41 Abs. 2 RL 2004/18/EG und Art. 49 Abs. 2 RL 2004/17/EG, sowie die Angebotsvarianten gemäß Art. 24 Abs. 1 RL 2004/18/EG und Art. 36 Abs. 1 S. 1 RL 2004/17/EG. Darüber hinaus werden die Mitgliedstaaten in den Präambeln von RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG aufgefordert, die Sanktionen im Fall von kollusivem Zusammenwirken zwischen öffentlichen Auftraggebern und Bieterunternehmen zu verschärfen.

Die neuen Vergaberichtlinien unterstützen auch die These, daß die öffentlichen Auftraggeber sich des Vergabekriteriums der Tariftreueverpflichtung bedienen dürfen. Gemäß Art. 27 Abs. 2 RL 2004/18/EG und Art. 39 Abs. 2 RL 2004/17/EG können die öffentlichen Auftraggeber von den Bieterunternehmen verlangen, daß diese bei der Ausarbeitung ihres Angebots den Verpflichtungen aus „den am Ort der Leistungserbringung geltenden Vorschriften über Arbeitsschutz und Arbeitsbedingungen“ Rechnung tragen haben. Dies ist ein starkes Argument für die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit der Tariftreueverpflichtung, die ebenfalls auf den Ort der Leistungserbringung abstellt.

I. Resümee und Ausblick

Die öffentlichen Auftraggeber dürfen ihrer sozialpolitischen Verantwortung auch mittels der öffentlichen Auftragsvergabe nachkommen. Sie sind die „Herren des Vergabeverfahrens“, auch der Zuschlagsentscheidung, solange sie sich strikt an die verfahrensrechtlichen Vorgaben des Transparenzprinzips halten. Voraussetzung dafür, daß die Berücksichtigung sozialer Aspekte bei der öffentlichen Auftragsvergabe auf lange Sicht akzeptiert wird, ist jedoch, daß die Anwendung sozialer Vergabekriterien in den Mitgliedstaaten in periodischen Abständen evaluiert wird. Die Auswirkungen für die zu fördernden Zielgruppen müssen sorgfältig überprüft werden, damit die den Bieterunternehmen auferlegten Anforderungen sich stets an den tatsächlichen gesellschaftlichen Bedürfnissen orientieren. In diesem Zusammenhang steht zu hoffen, daß die Lenkungswirkung der sozialen Vergabekriterien in Bälde in die Statistiken einbezogen wird. Es empfiehlt sich zumindest, die Mitgliedstaaten zu einer Aufstellung derje-

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nigen öffentlichen Aufträge zu verpflichten, die unter Berücksichtigung sozialer Vergabekriterien vergeben wurden.

Die geschilderten Entwicklungen im Beihilfenrecht im Hinblick auf staatliche Kompensationszahlungen für die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse werden nach dem anfänglich erbitterten Widerstand nunmehr als Fortschritt begrüßt. Mit der Einführung sozialer Vergabekriterien in das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe wird es sich nicht anders verhalten. Die wirtschaftlichen und sozialen Zielvorgaben des EG-Vertrags können miteinander in Einklang gebracht werden. Der Wille zu einer sozialen Integration ist mittlerweile in vielen Aktionsfeldern der Gemeinschaft spürbar. Es ist daher zu erwarten, daß sich die Entwicklung hin zu einer verstärkten Berücksichtigung sozialer Aspekte – gegenüber rein wirtschaftlichen Erwägungen – auch in den übrigen Bereichen des Wettbewerbsrechts fortsetzen wird.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Literaturverzeichnis

Alber, Siegbert, Aktuelle arbeitsrechtliche Fragen in der Rechtsprechung des EuGH, RdA 2001, Sonderbeilage zu Heft 5, 23 ff.

Alexis, Alain Services publics et aides d'État, RDUE 2002, 63 ff.

Ambrosius, Gerold, Services Publics, Leistungen der Daseinsvorsorge oder Universaldienste?, in: Cox, Helmut (Hrsg.) Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union, Baden-Baden, 2000, 15 ff.

Arnould, Joël, A Turning Point in the Use of Additional Award Criteria?, PPLR 2001, NA 13 ff.

idem, Secondary Policies in Public Procurement: The Innovations of the New Directives, PPLR 2004, 187 ff.

Arrowsmith, Sue, The Legality of "Secondary" Procurement Policies under the Treaty of Rome and the Works Directive, PPLR 1992, 408 ff.

eadem, Public Procurement as an Instrument of Policy and the Impact of Market Liberalisation, LQR 1995, 235 ff.

eadem, The Way Forward or a Wrong Turning? An Assessment of European Community Policy on Public Procurement in the Light of the Commission's Green Paper, EPL 1997, 389 ff.

eadem, The Community's legal framework on Public Procurement: "The Way Forward" at-last?, CMLR 1999, 13 ff.

eadem, The EC Procurement Directives, national procurement policies and better governance: The case for a new Approach, ELR 2002, 3 ff.

Arrwowsmith, Sue/Fernàndez -Martin, Josè, Developments in Public Procurement, ELR 1993, 323 ff.

Arrwowsmith, Sue/Linarelli, John/ Wallace, Don, Regulating Public Procurement, London, 2000

Atkinson, Anthony/Marlier, Eric/ Nolan, Brian, Indicators and Targets for Social Inclusion inthe European Union, JCMS 2004, 47 ff.

Barmes, Lizzie/Ashtiany, Sue , The Diversity Approach to Achieving EqualityPotentials and Pitfalls, ILJ 2003, 274 ff.

Bartl, Harald, Aktueller Stand des Vergaberechts, RiA 1999, 3 ff.

Bartosch, Andreas, Neubestimmung des EG-Wettbewerbsrechts in liberalisierten Märkten, ZIP 1999, 1787 ff.

idem, Neue Transparenzpflichten – eine kritische Analyse des Kommissionsentwurfs einer neuen Transparenzrichtlinie, EuZW 2000, 333 ff.

idem, Vergabefremde Kriterien und Art. 87 I EG: Sitzt das öffentlich Beschaffungswesen in Europa auf einem beihilferechtlichen Pulverfaß?, EuZW 2001, 229 ff.

idem, Schnittstellen zwischen öffentlicher Auftragsvergabe und europäischem Beihilfenrecht, WuW 2001, 673 ff.

idem, Der EuGH zieht der EG-Beihilfenkontrolle engere Schranken – das Urteil in der Rechtssache Ferring/ACOSS, NVwZ 2002, 174 f.

idem, The Relationship between Public Procurement and State Aid Surveillance – the Toughest Standard applies?, CMLR 2002, 551 ff.

idem, Schranken-Schranken in der EG-Beihilfenkontrolle – Tendenzen der jüngsten Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte, NJW 2002, 3588 ff.

idem, Comments on *Ferring*, EStAL 2002, 43 f.

idem, Die Kommissionspraxis nach dem Urteil des EuGH in der Rechtssache Altmark – Worin liegt das Neue?, EuZW 2004, 295 ff.

Bauer, Kilian, Das Bietverfahren im EG-Beihilfenrecht bei der übertragenden Sanierung rechtswidrig begünstigter Unternehmen, EuZW 2001, 748 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Baumeister, Hubertus/Kirch, Thomas, Die Zähmung der Global Player im ÖPNV durch das vergaberechtliche Instrument der Mittelstandsförderung, NZBau 2001, 653 ff.

Bayreuther, Frank, Anmerkung zur Urlaubskassenpflicht des Arbeitnehmerentsendegesetzes, EuZW 2001, 764 ff.

Becker, Ulrich, Die soziale Dimension des Binnenmarktes, in: Schwarze (Hrsg.) Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, Baden-Baden 2004, 201 ff.

Benedict, Christoph, Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, Berlin, 2000

idem, Kommentar zu EuGH, Rs. 225/98 (Nord-Pas-de-Calais) „Französische Schulen", EWS 2000, 514 f.

idem, Vergabefremde Aspekte nach Beentjes und Nord-Pas-de-Calais – Europarechtliche Vorgaben für die Anwendung von § 97 IV GWB, NJW 2001, 947 ff.

Berrisch, Georg/Nehl/Hanns Peter, Anmerkung zur Vorlage an das BverfG: Rechtmäßigkeit des Berliner Vergabegesetzes ("Tariftreueerklärung II"), ZIP 2000, 434 ff.

Betten, Lammy, The EU Charter on Fundamental Right: a Trojan Horse or a Mouse?, International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, 2001, 151 ff.

Beveridge, Fiona/Nott, Sue/Stephen, Kylie, Mainstreaming and the engendering of policy making: a means to an end?, JEPP 2000, 385 ff.

Bibiza, Peter, Rechtsbehelfe gegen gemeinschaftswidrige öffentliche Auftragsvergabe, in: Baudenbacher, Carl (Hrsg.) Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. III, Neuwied, 1998, 5 ff.

Bieback, Karl-Jürgen, Rechtliche Probleme von Mindestlöhnen, insbesondere nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz, RdA 2000, 207 ff.

Birk, Dieter, Steuerrecht, Heidelberg, 2003

Böhm, Monika/ Danker, Claudia, Politische Zielvorgaben als Vergabekriterien, NVwZ 2000, 767 ff.

Boesen, Arnold, Das Vergaberechtsänderungsgesetz im Lichte der europarechtlichen Vorgaben, EuZW 1998, 551 ff.

idem, Vergaberecht, Kommentar zum 4. Teil des GWB, Köln, 2000

v. Boetticher, Arne, Die frei-gemeinnützige Wohlfahrtspflege und das europäische Beihilfenrecht, Baden-Baden, 2003

Böttger, Karin, Frauenförderung durch öffentliche Auftragsvergabe, AuA 1996, 148 ff.

Borchardt, Klaus-Dieter, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 2. Auflage, Heidelberg, 2002

Bovis, Christopher, EC Public Procurement Law, London, 1998

idem, Business Law in the European Union, London, 1997

idem, An Impact Assessment of the European Public Procurement Law and Policy, JBL 1999, 126 ff.

idem, Recent Case Law relating to Public Procurement: A Beacon for the Integration of Public Markets?, CMLR 2002, 1025 ff.

Braun, Peter, Selection of Bidders and Contract Award Criteria: The Compatibility of Practice in PFI Procurement with European Law, PPLR 2001, 1 ff.

Breloer, Carolin Eva, Europäische Vorgaben und das deutsche Vergaberecht, Frankfurt a.M., 2004

Bremer, Eckhard/Wünschmann, Christoph, Die Pflicht der Aufgabenträger zur Vergabe von SPNV-Leistungen im Wettbewerb, WiVerw 2004, 51 ff.

Brenner, Michael, Umweltschutz als Zuschlagskriterium im Verfahren der öffentlichen Auftragsvergabe, JbUTR 1997, 141 ff.

Brinker, Ingo, Anmerkung zu EuGH, Rs. C-81/98 Alcatel Austria AG, Urteil vom 28. 10. 1999, JZ 2000, 462 ff.

Britz, Gabriele, Staatliche Förderung gemeinwirtschaftlicher Dienstleistungen in liberalisierten Märkten und Europäisches Wettbewerbsrecht, DVBl. 2000, 1641 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Broß, Siegfried, Das Vergaberechtsänderungsgesetz vom 26.8.1998 – Ungereimtheiten und offene Fragen, in: Brandner, Hans Erich/ Hagen, Horst/Stürner, Rolf (Hrsg.), FS-Geiss, Köln, 2000, 559 ff.

idem, Das europäische Vergaberecht in der Daseinsvorsorge – Bilanz und Ausblick, NZBau 2004, 465 ff.

Brumter-Coret, Pamela Pourbaix, Nicolas, La communication interprétative de la Commission européenne relative à l`intégration des exigence environnementales dans le droit des marchés publics, RDUE 2001, 731 ff.

Buchner, Herbert, Reform des Arbeitsmarktes – Was brauchen und was können wir?, DB 2003, 1510 ff.

Büdenbender, Ulrich, Die Erklärung der Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen nach dem Arbeitnehmergesetz, RdA 2000, 193 ff.

Bultmann, Peter Friedrich, Beschaffungsfremde Kriterien: Zur „neuen Formel" des Europäischen Gerichtshofes, ZfBR 2004, 134 ff.

idem, Beihilfenrecht und Vergaberecht, Tübingen, 2004

Bultmann, Stephan, Wettbewerbsfremde Vergabekriterien im neuen Vergaberecht – Tariftreueerklärungen im Spannungsfeld zwischen öffentlichen Lenkungsinteresse und marktwirtschaftlicher Wettbewerbsfreiheit, BuW 2001, 244 ff.

Bungenberg, Marc, Die Berücksichtigung des Umweltschutzes bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, NVwZ 2003, 314 ff.

Burgbacher, Hans-Gerwin, Nochmal: Beschaffung und Beschäftigung, VergabeR 2001, 169 ff.

Burgi, Martin, Vergabefremde Zwecke und Verfassungsrecht, NZBau 2001, 64 ff.

idem, Vergaberechtliche Fragen bei Privatisierungsvorgängen, GewArch 2001, 217 ff.

idem, Das öffentliche Auftragswesen als Instrument der Wirtschaftsverwaltung, in: Storr, Stefan (Hrsg.) Öffentliche Unternehmen im Wettbewerb und Vergaberecht, Berlin, 2002, 97 ff.

idem, Rechtsschutz ohne Vergabeverfahren?, NZBau 2003, 16 ff.

Byok, Jan, Die Entwicklung des Vergaberechts seit 1999, NJW 2001, 2295 ff.

idem, Die Entwicklung des Vergaberechts seit 2002, NJW 2004, 198 ff.

Callies, Christian, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Fragen der Konzeption, Kompetenz und Verbindlichkeit, EuZW 2001, 261 ff.

idem, Gemeinwohl in der Europäischen Union – über den Staaten- und Verfassungsverbund zum Gemeinwohlverbund, in: Brugger, Winfried/Kirste, Stephan/Anderheiden, Michael (Hrsg.) Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt, Baden-Baden 2002

*Callies, Christian/Ruffert, Matthias (*Hrsg.), Kommentierung zu Art. 5-7 EG, EUV-/EGV Kommentar, Neuwied, 1999

Cox, Helmut, Das Angebot von Universaldienstleistungen und Probleme ihrer Vergabe im öffentlichen Bieterwettbewerb, in: Cox, Helmut (Hrsg.) Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union, Baden-Baden, 2000, 73 ff.

Cremer, Wolfram, Das Verhältnis der Beihilferegeln gemäß Art. 92 f. EGV zur Warenverkehrsfreiheit, EuR 1996, 225 ff.

Cullen, Holly/Campbell, Elinor, The Future of Social Policy-Making in the European Union, in: Craig, Paul/Harlow, Carol (Hrsg.) Law-Making in the European Union, London, 1998, 262 ff.

Dabringhausen, Gerhard, Vergaberechtliche Probleme bei Ausschreibungsbedingungen, die die Einstellung von Sozialhilfeempfängern fordern, GemHH 2004, 133 ff.

Dageförde, Angela, Möglichkeiten der Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, NZBau 2002, 597 ff.

eadem, Die Ausschreibung von Strom aus erneuerbaren Energiequellen – Umweltanforderungen als Zuschlagskriterium ohne Überprüfungsmöglichkeit, AbfallR 2004, 36 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Daiber, Brigit, Ist eine europäische Sozialunion eine Illusion oder ein notwendiges Prinzip der Demokratie-Entwicklung in Europa?, in: Rosa-Luxemburg-Stiftung (Hrsg.) Osterweiterung der Europäischen Union – die soziale Dimension, Berlin, 2000, 114 ff.

v. Danwitz, Thomas, Grundfragen der europäischen Beihilfenaufsicht, in: v. Danwitz, Thomas (Hrsg.) Rechtsfragen der europäischen Beihilfeaufsicht, Stuttgart, 2000, 13 ff.

idem, Die Rechtsprechung des EuGH zum Entsenderecht – Bausteine für eine Wirtschafts- und Sozialverfassung der EU, EuZW 2002, 237 ff.

Dashwood, Alan, The Relationship between the Member States and the European Union/European Community, CMLR 2004, 355 ff.

Däubler, Wolfgang, Tariftreue statt Sozialkostenwettbewerb, ZIP 2000, 681 ff.

Davies, Paul, Market Integration and Social Policy in the Court of Justice, ILJ 1995, 49 ff.

de Búrca, Gráinne, Reappraising Subsidiarity's Significance after Amsterdam, The Jean Monnet Working Papers 7/1999, abrufbar unter: http://www.jeanmonnetprogram.org

eadem, The Tobacco Advertising Saga: Political Aspirations and Constitutional Constraints, CELS Occasional Paper 5, 2001, 5 ff.

Deckert, Martina/Schroeder, Werner, Öffentliche Unternehmen und EG-Beihilfenrecht, EuR 1998, 291ff.

Dederer, Rudolf/Diekmann, Claudia/Schulz-Weidner, Wolfgang, Bedeutung der Europäischen Sozialpolitik, DRV 1995, 339 ff.

Delsaux, Amandine, The Role of the Commission in Enforcing EC Public Procurement Rules, PPLR 2004, 130 ff.

Dietlein, Johannes, Anteils- und Grundstücksveräußerungen als Herausforderung für das Vergaberecht, NZBau 2004, 472 ff.

Dippel, Norbert/Zeiss, Christopher, Vergabefremde Aspekte – Rechtsschutz im Vergabenachprüfungsverfahren wegen Verstoßes gegen EG-Beihilfenrecht, NZBau 2002, 376 ff.

Dischendorfer, Martin, The GAT-Case, PPLR 2004, NA 39 ff.

Dischendorfer, Martin/Stempkowski, Martin, The Interplay Between the E.C. Rules on Public Procurement and State Aid, PPLR 2002, NA 47 ff.

Doern, Alik, The Interaction between EC Rules on Public Procurement and State Aid, PPLR 2004, 97 ff.

Dörr, Dieter/Haus, Florian, Das Wettbewerbsrecht des EGV, JuS 2001, 313 ff.

Dörr, Oliver, Das europäisierte Vergaberecht in Deutschland, JZ 2004, 703 ff.

Dreher, Meinrad, Perspektiven eines europa- und verfassungsrechtskonformen Vergaberechtsschutzes, NVwZ 1996, 345 ff.

idem, Das GWB als Magna Charta des Wettbewerbs oder als Einfallstor politischer Interessen, WuW 1997, 949 ff.

idem, Die Neugestaltung des Vergaberechts, NVwZ 1997, 343 ff.

idem, Die Kontrolle der Anwendung des Vergaberechts in Europa, EuZW 1998, 197 ff.

idem, Politische Vorgaben bei der Vergabe öffentlicher Aufträge aus rechtswissenschaftlicher Sicht, ZVgR 1999, 289 f.

idem, Vergabe öffentlicher Aufträge nach politischen Kriterien?, JZ 2001, 140 ff.

Dreher, Meinrad/ Haas, Gabriele/ v. Rintelen, Gregor, Vergabefremde Regelungen und Beihilfenrecht, Berlin, 2002

D'Sa, Rose, When is State Aid not State Aid? The implication of the English Partnerships decision for European competition law and policy, ELR 2000, 139 ff.

Dworkin, Ronald, A Matter of Principle, London, 1985

Egger, Alexander, Nicht alles ist vergabefremd, NZBau 2002, 601 ff.

Egger, Johann, Maastricht – Amsterdam – Nizza: Entwicklung der sozialpolitischen Kompetenzen der EG, in: Hummer, Waldemar (Hrsg.) Europarecht im Wandel, Wien, 2003, 73 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Eggers, Carsten/ Malmendier, Bertrand, Strukturierte Bieterverfahren der öffentlichen Hand, NJW 2003, 780 ff.

Ehricke, Ulrich, Rückzahlung gemeinschaftswidriger Beihilfen in der Insolvenz des Beihilfenempfängers, ZIP 2001, 489 ff.

Eilmansberger, Thomas, Überlegungen zum Zusammenspiel von Vergaberecht und Beihilfenrecht, WuW 2004, 384 ff.

Englert, Dietrich/Kopel, Mechthild/Ziegler, Astrid, Gender Mainstreaming im Europäischen Sozialfonds – das Beispiel Deutschlands, WSI-Mitteilungen 2002, 451 ff.

Erhardt, Kai, Beihilfen für öffentliche Dienstleistungen – Das Verhältnis zwischen Art. 87 und 86 EG – Baden-Baden, 2003

Ernst, Tobias/Piotrowski, John, Selbstverwaltung und Subsidiarität in der Wirtschaftsverfassung - Wechselwirkungen zwischen zwei modernen Rechtsprinzipien, NVwZ 2004, 924 ff.

Estella, Antonio, The EU Principle of Subsidiarity and Its Critique, Oxford, 2002

Fante, Jan, Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, Aachen, 2004

*Fernández-*M*artín*, J*osé*, The EC Public Procurement Rules, Oxford, 1996

Fernàndez-Martín, José/ Stehmann, Oliver, Product Market Integration versus Regional Cohesion in the Community, ELR 1991, 216 ff

Fischer, Almut/Barth, Regine, Europäisches Vergaberecht und Umweltschutz – Zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, NVwZ 2002, 1184 ff.

Fischer, Hans Georg, Öffentliche Aufträge im Spannungsfeld zwischen Vergaberecht und europäischem Beihilfenrecht, VergabeR 2004, 1 ff.

Fischer, Karsten, Das öffentliche Interesse am Privatinteresse und die „ausgefranste Gemeinnützigkeit", in: Schuppert, Gunnar/Neidhardt, Friedhelm (Hrsg.) Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, Berlin, 2002, 65 ff.

Fischer, Kristian, Erlaubt das WTO-Vergaberecht die Verfolgung politischer Ziele im öffentlichen Auftragswesen, RIW 2003, 347 ff.

*idem, V*ergabefremde Zwecke im öffentlichen Auftragswesen: Zulässigkeit nach Europäischem Gemeinschaftsrecht, EuZW 2004, 492 ff.

Franzius, Claudio, Auf dem Weg zu mehr Wettbewerb im ÖPNV – Zum "Altmark Trans"-Urteil des EuGH, NJW 2003, 3029 ff.

Fredman, Sandra, Reversing Discrimination, LQR 1997, 575 ff.

eadem, Social Law in the European Union, in: Shaw, Jo (Hrsg.) Law-Making in the European Union, London, 1998, 386 ff.

eadem, Affirmative Action and the European Court of Justice: A Critical Analysi, Shaw, Jo in: (Hrsg.) Social Law and Policy in an Evolving European Union, Oxford, 2000, 171 ff.

Frenz, Walter, Auftragsvergabe nach Umweltschutzkriterien und Gemeinschaftsrecht, WuW 2002, 352 ff.

Fuchs, Dieter, Gemeinwohl und Demokratieprinzip, Schuppert, Gunnar/Neidhardt, Friedhelm, in: (Hrsg.) Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, Berlin, 2002, 87 ff.

Gas, Tonio/Rücker, Martin, Die Finanzierung von Public Private Partnerships unter dem Blickwinkel des EG-Beihilfenrechts, DÖV 2004, 56 ff.

Gebhardt-Benischke, Margot, Gender Mainstreaming, Frauenförderung und Rechtsentwicklung im Hochschulbereich, in: Koreuber, Mechthild/Mager, Ute (Hrsg.) Recht und Geschlecht, Baden-Baden, 2004, 137 ff.

Gerken, Lüder/Löwisch, Manfred/Rieble, Volker, Der Entwurf eines Arbeitnehmer-Entsendegesetzes in ökonomischer und rechtlicher Sicht, BB 1995, 2370 ff.

Giesen, Richard, Social Protection of Workers vs. Fundamental Freedoms?, CMLR 2003, 143 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gleichner, Elmar, Die Zulässigkeit vergabefremder Zwecke im Vergabeverfahren nach europäischem und WTO-Recht, in: Baudenbacher, Carl (Hrsg.) Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. IV, München, 2002, 193 ff.

Glombik, Manfred, Aus dem ABC der EU: Subsidiarität, VR 2001, 269

Götz, Walter, Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, Frankfurt a.M., 1999

idem, Die Zulässigkeit beschaffungsfremder Vergabekriterien nach Europarecht, EuR 1999, 621 ff.

Götzke, Norbert, Die Berücksichtigung des Umweltschutzes bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Tübingen, 2000

Graser, Alexander, Auf dem Weg zur Sozialunion – Wie sozial ist das europäische Sozialrecht?, ZIAS 2000, 336 ff.

Grespan, Davide, An example of the application of State aid rules in the utilities sector in Italy, Competition Policy Newsletter 2002, 17 ff.

Griem, Niels, Umweltfreundliche Beschaffung im Bauwesen, NVwZ 1999, 1171 ff.

von der Groeben, Hans/Thiesing, Jochen/Ehlermann, Claus-Dieter (Hrsg.), EU/EG- Kommentar, Bd. 2/II, 5. Auflage, BadenBaden1999

Gröning, Jochem, Die Grundlagen des neuen Vergaberechtsschutzes, ZIP 1999, 52 ff.

Groh, Thomas, Auslegung des Gemeinschaftsrechts und Vorlagepflicht nach Art. 234 EG – Plädoyer für eine zielorientierte Konzeption, EuZW 2002, 460 ff.

Gross, Ivo, Das Europäische Beihilfenrecht im Wandel, Baden-Baden, 2003

Grzeszick, Bernd, Vergaberecht zwischen Markt und Gemeinwohl, DÖV 2003, 649 ff.

Gundel, Jörg, Staatliche Ausgleichszahlungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse: Zum Verhältnis zwischen Art. 86 Abs. 2 EG und dem Beihilfenrecht, RIW 2002, 222 ff.

Gurlit, Elke, Vergabe öffentlicher Aufträge als Instrument der Frauenförderung, in: Koreuber, Mechthild/Mager, Ute (Hrsg.) Recht und Geschlecht, Baden-Baden, 2004, 153 ff.

Häberle, Peter, „Gemeinwohl" und „Gemeinsinn" im national-verfassungsstaatlichen und europarechtlichen Kontext, in: Münkler, Herfried/Fischer, Karsten (Hrsg.) Gemeinwohl und Gemeinsinn im Recht, Berlin 2002, 99 ff.

Hailbronner, Kai, Öffentliche Unternehmen im Binnenmarkt – Dienstleistungsmonopole und Gemeinschaftsrecht, NJW 1991, 593 ff.

idem, Die Vergabe öffentlicher Aufträge nach europäischem Gemeinschaftsrecht, WiVerw 1994, 173 ff.

Hailbronner/ Weber, Claus, Die Neugestaltung des Vergabewesens durch die Europäische Gemeinschaft, EWS 1997, 73 ff.

Hannowsky, Dirk, Die Arbeitsmarktpolitik der Europäischen Union, Baden-Baden, 2003

Heid, Stephan, Vergabefremde Kriterien im Bundesvergabegesetz, wbl 1998, 194 ff.

Heinrichs, Helmut, Kommentierung zu §§ 1-432, Palandt, Kurzkommentar zum BGB, 64. Auflage, München, 2005

Heintzen, Markus, Vergabefremde Ziele im Vergaberecht, ZHR 2001, 62 ff.

Henneke, Hans-Günter, Liberalisierung, Wettbewerb und öffentliche Daseinsvorsorge, DNV 2002, 19 ff.

Hepple, Bob, The Principles of Subsidiarity and Proportionality in Community Social and Employment Law, in: O'Keeffe, David/Bavasso, Antonio (Hrsg.) Liber Amicorum Lord Slynn, Den Haag, 2000, 639 ff.

Herma, Michael, Auftragsvergaberecht als Mittel zur Durchsetzung von Umweltschutz und Umweltrecht, Natur und Recht 2002, 8 ff.

Hetzel, Hedda, Gemeinwohlsicherung im Rahmen von Marktöffnungsprozessen, München, 2004

Hösch, Ulrich, Die Nachprüfung von Vergabeentscheidungen der öffentlichen Hand, BayVBl. 1997, 193 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Hopp, Torsten, Das Verhältnis des Vergaberechts zum Wettbewerbs- und Kartellrecht am Beispiel des Berliner Vergabegesetzes, DB 2000, 29 ff.

idem, Anmerkung zu: Unwirksames Verlangen von Tariftreueerklärungen bei öffentlichen Aufträgen, BGH, Beschluß vom 18. Januar 2000, DB 2000, 469 ff.

Horn, Lutz, Public Procurement in Germany, München 2001

Hors, Irene, Shedding Light on Corrupt Practices in Public Procurement, PPLR 2003, NA 101 ff.

Huber, Peter, Das öffentliche Auftragswesen als Beschaffungsvorgang oder Instrument der Wirtschaftslenkung und der Sozialgestaltun, ThürVBl. 2000, 193 ff.

Hübner, Alexander, Anmerkung zu EuGH, Rs. C-448/01 (Wienstrom), VergabeR 2004, 47 ff.

Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-J. (Hrsg.), Kommentar zum GWB, 3. Auflage, München, 2001

Jennert, Carsten, Beihilfen an Unternehmen im Bereich der Daseinsvorsorge, ZFK 2002, 266 ff.

idem, Staatliche Daseinsvorsorge zwischen Beihilfenrecht und Vergaberecht, WRP 2003, 459 ff.

idem, Vergabefremde Kriterien – keine Beihilfen, sondern gemeinwirtschaftliche Pflichten, NZBau 2003, 417 ff.

idem, Die Berücksichtigung des Empfängerverhaltens im europäischen Beihilfenrecht, EuR 2003, 343 ff.

Kahl, Wolfgang, Das öffentliche Unternehmen im Gegenwind des europäischen Beihilfenrechts, NVwZ 1996, 1082 ff.

Kalinowsky, Marc, Der Anspruch des Bieters auf Einhaltung des Vergaberechts nach § 97 Abs. 7 GWB, Berlin, 2000

Kämmerer, Jörn Axel, Daseinsvorsorge als Gemeinschaftsziel oder: Europas „soziales Gewissen", NVwZ 2002, 1041 ff.

idem, Strategien zur Daseinsvorsorge – Dienste im allgemeinen Interesse nach der „Altmark"-Entscheidung des EuGH, NVwZ 2004, 28 ff.

Kämmerer/ Thüsing, Gregor, Tariftreue im Vergaberecht, ZIP 2002, 596 ff.

Karenfort, Jörg/v. Koppenfels, Ulrich/Siebert, Stefan, Tariftreueregelungen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge – vereinbar mit deutschem Kartellrecht und Europarecht, BB 1999,1825 ff.

Kayser, Elke, Nationale Regelungsspielräume im öffentlichen Auftragswesen und gemeinschaftsrechtliche Grenzen, Marburg, 1999

Keller, Berndt, Supranationale Regulierung von Arbeitsverhältnissen – Das Beispiel der EU, WSI-Mitteilungen 1999, 109 ff.

Kempen, Otto Ernst, Tariftreueerklärungen – Ein Verstoß gegen Wettbewerbs- und Vergaberecht?, in: Klebe, Thomas/ Wedde, Peter/Wolmerath, Martin (Hrsg.) Recht und soziale Arbeitswelt, FS-Däubler, Köln, 1999, 503 ff.

Kenntner, Markus, Das Subsidiaritätsprotokoll des Amsterdamer Vertrags – Anmerkungen zum Begrenzungscharakter des gemeinschaftsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips, NJW 1998, 2871 ff.

Kese, Volkmar/Lukasik, Tanja, Friktionen des europäischen Vergaberechts mit dem EG-Beihilfenrecht, VBlBW 2993, 226 ff.

Keßler, Jürgen/Ipek, Ölcüm, Die Berücksichtigung sozialer Belange im Recht der öffentlichen Auftragsvergabe, EWS 2004, 337 ff.

Kilb, Wolfgang, Subventionskontrolle durch europäisches Beihilferecht, JuS 2003, 1072 ff.

Kirchner, Christian, Gemeinwohl aus institutionenökonomischer Perspektive, in: Schuppert, Gunnar/Neidhardt, Friedhelm (Hrsg.) Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, Berlin, 2002, 157 ff.

Klammer, Ute, Auf dem Weg zu mehr Flexicurity in Europa, WSI-Mitteilungen 2000, 313 ff.

Kling, Michael, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen – Möglichkeiten und Grenzen einer politischen Instrumentalisierung der Vergabe öffentlicher Aufträge – Berlin, 2000

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

idem, Tariftreue und Dienstleistungsfreiheit, EuZW 2002, 229 ff.

idem, Vorbeugender Rechtsschutz im Kartellvergaberecht?, NZBau 2003, 23 ff.

Kloepfer, Michael, Umweltrecht, 3. Auflage, München, 2004

Kluth, Winfried, Der Staat als Unternehmer ein wirkungsvolles Instrument der Wirtschaftspolitik?, in: Storr, Stefan (Hrsg.) Öffentliche Unternehmen im Wettbewerb und Vergaberecht, Berlin, 2002, 9 ff.

Knauff, Matthias, Das Grünbuch der Kommission über Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, EuZW 2003, 453 ff.

idem, Die Reform des europäischen Vergaberechts, EuZW 2004, 141 ff.

idem, Die Daseinsvorsorge im Visier Europas, VR 2004, 296 ff.

Knipper, Michael, Tariftreueerklärungen im öffentlichen Auftragswesen, WuW 1999, 677 ff.

Koch, Oliver, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften. Berlin, 2003

Kocher, Eva, Vom Diskriminierungsverbot zum Mainstreaming, RdA 2002, 167 ff.

Köhler, Peter, Förderung der Chancengleichheit zwischen den Geschlechtern, Bestenauslese und Leistungsprinzip, ELF 2000, 63 ff.

Koenig, Christian, Öffentlich-rechtliche Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als staatliche Beihilfen gemäß Art. 92 EGV?, EuZW 1995, 595 ff.

idem, Fremd- und Eigenkapitalzufuhr an Unternehmen durch die öffentliche Hand auf dem Prüfstand des EG-Beihilfenrechts, ZIP 2000, 53 ff.

idem, Daseinsvorsorge durch Wettbewerb, EuZW 2001, 481 f.

idem, Funktionen des Bietverfahrens im EG-Beihilfenrecht, EuZW 2001, 741 ff.

idem, Die neuen EG-beihilfenrechtlichen Kompensationsmaßstäbe in der Daseinsvorsorge – das Altmark Trans-Urteil in der Praxis, BB 2003, 2185 ff.

Koenig, Christian/Haratsch, Andreas, Grundzüge des deutschen und des europäischen Vergaberechts, NJW 2003, 2637 ff.

iidem, Die Rundfunkgebühren auf dem Prüfstand des Altmark Trans-Urteils des Europäischen Gerichtshofs, ZUM 2003, 804 ff.

iidem, Europarecht, 4. Auflage, Tübingen, 2003

iidem, Die Wiedergeburt von Art. 86 Abs. 2 EG in der RAI Entscheidung der Europäischen Kommission, ZUM 2004, 122 ff.

Koenig, Christian/Kühling, Jürgen, Grundfragen des EG-Beihilfenrechts, NJW 2000, 1065 ff.

iidem, Mitgliedstaatliche Kulturförderung und gemeinschaftliche Beihilfenkontrolle durch die EG-Kommission, EuZW 2000, 197 ff.

iidem, Beihilfen an kleine und mittlere Unternehmen (KMU) unter Berücksichtigung der geplanten EG-Verordnung für KM, DVBl. 2000, 1025 ff.

iidem, Diskriminierungsfreiheit, Transparenz und Wettbewerbsoffenheit des Ausschreibungsverfahrens – Konvergenz von EG-Beihilfenecht und Vergaberecht, NVwZ 2003, 779 ff.

iidem, Verfahrensvielfalt und Wahl des richtigen Vergabeverfahrens – Fallstricke bei der Ausschreibung von Infrastrukturaufträgen, NZBau 2003, 126 ff.

iidem, Infrastrukturförderung im Ausschreibungsverfahren, DVBl. 2003, 289 ff.

Koenig, Christian/Pfromm, René, Die Förderlogik des EG-beihilfenrechtlichen Ausschreibungsverfahrens bei PPP-Daseinsvorsorge-Infrastrukturen, NZBau 2004, 375 ff.

Koenig, Christian/Sander, Claude, Die verbrauchervermittelte Unternehmensbegünstigung auf dem Prüfstand des EG-Beihilfenrechts, EuR 2000, 743 ff.

Koenig, Christian/Kühling, Jürgen/Ritter, Nicolai, EG-Beihilfenrecht, Heidelberg, 2002

Koenig, Christian/Scholz, Michael, Öffentliche Infrastrukturförderung durch Bau- und Betriebsgesellschaften im EG-beihilfenrechtlichen Kontrollraster der EG-Kommission, EuZW 2003, 133 ff.

Konzen, Horst, Europäische Dienstleistungsfreiheit und nationaler Arbeitnehmerschutz, NZA 2002, 781 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Krohn, Wolfram, Öffentliche Auftragsvergabe und Umweltschutz, Köln, 2003

idem, Umweltschutz als Zuschlagskriterium: Grünes Licht für „Ökostrom", NZBau 2004, 92 ff.

Krüger, Kai/Nielsen, Ruth/Bruun, Niklas, European Public Contracts in a Labour Law Perspective, Kopenhagen, 1998

Kube, Hanno, Die Gleichheitsdogmatik des europäischen Wettbewerbsrechts – zur Beihilfenkontrolle staatlicher Ausgleichsleistungen, EuR 2004, 230 ff.

Küchold, Kristina, Badeck – The Third German Reference on Positive Action, ILJ 2001, 116 ff.

Kühling, Jürgen, Rechtliche Grenzen der „Ökologisierung" des Öffentlichen Beschaffungswesens, VerwArch 2004, 337 ff.

Kühling, Jürgen/Wachinger, Lorenz, Das Altmark Trans-Urteil des EuGH – Weichenstellung für oder Bremse gegen mehr Wettbewerb im deutschen ÖPNV?, NVwZ 2003, 1202 ff.

Kühne, Gunther, Gemeinschaftsrechtlicher Ordnungsrahmen der Energiewirtschaft zwischen Wettbewerb und Gemeinwohl, RdE 2002, 257 ff.

Kus, Alexander, Auswirkungen der EuGH-Entscheidung „Alcatel Austria AG" auf das deutsche Vergaberecht, NJW 2000, 544 ff.

Lando, Ole/Beale, Hugh, Principles of European Contract Law Parts I and II, Den Haag/Boston, 2000

Lehne, Klaus-Heiner/Haak, Andreas Max, Tariftreuegesetz aus europarechtlicher Perspektive, ZfBR 2002, 656 ff.

Leinemann, Ralf/Weihrauch, Oliver, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, Köln, 1999

Link, Peter, Gretchenfrage: Tariftreueerklärungen, AuA 2000, 468 ff.

Linnenkohl, Karl, Lean law –„die ingeniöse" Nichtanwendung von Arbeitsrecht, BB 1994, 2077 ff.

Löwenberg, Fabian, Service Public und öffentliche Dienstleistungen in Europa, Berlin, 2001

Löwisch, Manfred, Tariftreue-Verpflichtung im Vergaberecht und Koalitionsfreiheit, DB 2001, 1090 ff.

Losch, Alexandra, Das niedersächsische Landesvergabegesetz, NdsVBl. 2003, 73 ff.

Lübbig, Thomas, Anmerkung zu EuG, Urteil v. 28.01.1999, Rs. T-14/96, EuZW 1999, 671 ff.

Lübbig, Thomas/Martín-Ehlers, Andrès, Beihilfenrecht der EU, München, 2003

Mader, Oliver, Entwicklungslinien in der neueren EuGH-Rechtsprechung zum materiellen Recht im öffentlichen Auftragswesen, EuZW 1999, 331 ff.

idem, Das neue EG-Vergaberecht, EuZW 2004, 425 ff.

Magiera, Siegfried, Gefährdung der öffentlichen Daseinsvorsorge durch das EG-Beihilfenrecht, Ipsen, Jörn/Schmidt-Jortzig, Edzard (Hrsg.) FS-Rauschning, Köln, 2001, 269 ff.

Martín-Ehlers, Andrès, Die Unzulässigkeit vergabefremder Kriterien, WuW 1999, 685 ff.

Marx, Fridhelm, Vergabefremde Aspekte im Lichte des europäischen und des deutschen Rechts, in: Schwarze, Jürgen (Hrsg.) Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, Baden-Baden, 2000, 77 ff.

idem, Der Entwurf zum Tariftreuegesetz, BS Dezember 2001, 26 ff.

Masing, Johannes, Die Verfolgung öffentlicher Interessen durch Teilnahme des Staates am Wirtschaftsverkehr – eine deutsche Perspektive, EuGRZ 2004, 395 ff.

Mazey, Sonia, Integrating gender – intellectual and "real world" mainstreaming, JEPP 2000, 333 ff.

McCrudden, Christopher, A comment on European Community Law, in: Senator für Arbeit, Berufliche Bildung und Frauen (Hrsg.) Öffentliche Auftragsvergabe und staatliche Leistungsgewährung – ein Instrument der Frauenförderung?, Teil 1, Berlin 1995, 72 ff.

idem, Merit Principles, OJLS 1998, 543 ff.

idem, Social Policy Issues in Public Procurement: A Legal Overview, Arrowsmith, Sue/ Davies, Arwel, in: (Hrsg.) Public Procurement: Global Revolution, London, 1998, 219 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

idem, International Economic Law and the Legality of „Selective Purchasing" Laws under the WTO Government Procurement Agreement, JIEL 1999, 3 ff.

idem, Mainstreaming Equality in the Governance of Northern Ireland, FILJ 1999, 1696 ff.

idem, The Future of the EU Charter of Fundamental Rights, Jean Monnet Working Papers Nr. 10/01, abrufbar unter: http://www.jeanmonnetprogram.org

Meyer, Nina, Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, Berlin 2002

Michaels, Sascha/Kühschelm, Sabine, Europäische ÖPNV-Systeme im Lichte der europäischen Reformtendenzen, EuZW 2003, 520 ff.

Mitterer, Martin, Daseinsvorsorge und Wettbewerb, BayGT 2003, 81 ff.

Möschel, Wernhard, Subsidiaritätsprinzip und europäisches Kartellrecht, NJW 1995, 281 ff.

Mühlbach, Tatjana, Tariftreue und europäisches Vergaberecht, RdA 2003, 339 ff.

Müller, Ute, Wettbewerb und Gemeinwohl – Aktuelle Entwicklungen zur Daseinsvorsorge in der Europäischen Union, Blätter der Wohlfahrtspflege 2002, 89 ff.

Müller, Friedrich Christensen, Ralph, Juristische Methodik, Band II, Berlin, 2003

Müller-Graff, Peter, Erscheinungsformen der Leistungssubventionstatbestände aus wirtschaftsrechtlicher Sicht, ZHR 1988, 403 ff.

Nagel, Bernhard, Wirtschaftsrecht der Europäischen Union, 4. Auflage, Baden-Baden, 2003

Neidhardt, Friedhelm, Fragen zum Gemeinwohl, in Schuppert, Gunnar/Neidhardt, Friedhelm (Hrsg.) Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, Berlin, 2002, 13 ff.

Neßler, Volker, Politische Auftragsvergabe durch den Staat?, DÖV 2000, 145 ff.

Nettesheim, Martin, Europäische Beihilfenaufsicht und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, EWS 2002, 253 ff.

Neumayr, Florian, Value for Money v. Equal Treatment: The Relationship Between the Seemingly Overriding National Rationale for Regulating Public Procurement and the Fundamental E.C. Principle of Equal Treatment, PPLR 2002, 215 ff.

Nicolaides, Phedon, Distortive Effects of Compensatory Aid M Measures: a Note on the Economics of the Ferring Judgment, ECLR 2002, 313 ff.

idem, The New Frontier in State Aid Control, Intereconomics 2002, 190 ff.

Niebuhr, Frank/Kulartz, Hans-Peter/Kus, Alexander/Portz, Norbert, Kommentar zum Vergaberecht, 4. Teil des GWB, Neuwied, 2000

Nienhüser, Werner, Ursachen und Wirkungen betrieblicher Personalstrukturen, Stuttgart, 1998

Noch, Rainer, Vergaberecht und subjektiver Rechtsschutz, Baden-Baden, 1998

idem, Wettbewerbsrechtliche Aspekte öffentlicher Auftragsvergaben in der Rechtsfindung der Vergabeüberwachungsausschüsse und Gerichte, WuW 1998, 1059 ff.

Nowak, Carsten, Die Entwicklung des EG-Beihilfenkontrollrechts in den Jahren 1998, 1999 und 2000, EuZW 2001, 293 ff.

idem, Zentraler und dezentraler Individualrechtsschutz in der EG im Lichte des gemeinschaftsrechtlichen Rechtsgrundsatzes effektiven Rechtsschutzes, in: Nowak, Carsten/Cremer, Wolfram (Hrsg.) Individualrechtsschutz in der EG und der WTO, Baden-Baden, 2002, 47 ff.

Numhauser-Henning, Ann, Swedish Sex Equality Law before the European Court of Justice, ILJ 2001, 121 ff.

Odendahl, Kerstin, Die Berücksichtigung vergabefremder Kriterien im öffentlichen Auftragswesen, EuZW 2004, 647 ff.

Opitz, Marc, Ermessen, Beurteilungsspielraum und Vertragsfreiheit bei der Zuschlagserteilung nach § 97 Abs. 5 GWB, BauR 2000, 1564 ff.

idem, Der Wirtschaftlichkeitsbegriff des Kartellvergaberechts, NZBau 2001, 12 ff.

idem, Die Entwicklung des EG-Vergaberechts in den Jahren 2001 und 2002 – Teil 1 – Die Rechtstatsachen und der Rechtsrahmen, NZBau 2003, 183 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

idem, Die Entwicklung des EG-Vergaberechts in den Jahren 2001 und 2002 – Teil 2 – Die Rechtsprechung, NZBau 2003, 252 ff.

idem, Das Legislativpaket: Die neuen Regelungen zur Berücksichtigung umwelt- und sozialpolitischer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, VergabeR 2004, 421 ff.

Osterloh, Lerke, Rechtsgutachten zu Fragen der Frauenförderung im Rahmen der öffentlichen Mittelvergabe, Gutachten im Auftrag des Ministeriums für Wirtschaft, Mittelstand und Technologie des Landes Nordrhein-Westfalen, Trier, 1991

Otting, Olaf, Zur Zulässigkeit beschaffungsfremder Vergabekriterien, StG 1996, 461 ff.

idem, Chancengleichheit, Transparenz und Neutralitätsgebot im Vergaberecht, NJW 2000, 484 ff.

Pache, Eckard, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung der Gerichte der Europäischen Gemeinschaften, NVwZ 1999, 1033 ff.

Pache, Eckard/Rüger, Christina, Klarheit über soziale Aspekte im Vergaberecht? Zur Auslegungsmitteilung der Kommission vom 15.10.2001, EuZW 2002, 169 ff.

Paulweber, Michael/ Weinand, Armin, Europäische Wettbewerbspolitik und liberalisierte Märkte, EuZW 2001, 232 ff.

Parish, Mathew, On the private investor principle, ELR 2003, 70 ff.

Pietzcker, Jost, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, Tübingen, 1978

idem, Die neue Gestalt des Vergaberechts, ZHR 1998, 427 ff.

Pirstner-Ebner, Renate, Neue Gemeinschaftsrechtsentwicklungen im Bereich des Gender Mainstreaming, EuZW 2004, 205 ff.

Plehwe, Dieter, Europäische Universaldienstleistungen zwischen Markt und Gemeinwohl, in: Schuppert, Gunnar/Neidhardt, Friedhelm (Hrsg.) Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, Berlin, 2002, 389 ff.

Pollack, Mark/ Hafner-Burton, Emilie, Mainstreaming Gender in the European Union, JEPP 2000, 432 ff.

Prieß, Hans-Joachim, Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union, Köln, 1994

idem, Das öffentliche Auftragswesen in den Jahren 1997 und 1998, EuZW 1999, 196 ff.

idem, Handbuch des europäischen Vergaberechts, 2. Auflage, Köln, 2001

Prieß, Hans-Joachim/Pitschas, Christian, Die Vereinbarkeit vergabefremder Zwecke mit dem deutschen und europäischen Vergaberecht – dargestellt am Beispiel der Scientologie-Erklärung – , ZVgR 1999, 144 ff.

iidem, Secondary Policy Criteria and Theirs Compatibility with EC and WTO Procurement Law, PPLR 2000, 171 ff.

Pünder, Herrmann, Die Vergabe öffentlicher Aufträge unter den Vorgaben des europäischen Beihilferechts, NZBau 2003, 530 ff.

Püttner, Günter, Daseinsvorsorge und service public im Vergleich, in: Cox, Helmut (Hrsg.) Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union, Baden-Baden, 2000, 45 ff.

idem, Daseinsvorsorge: Eine Idee mit Zukunft?, in: Kirchhoff, Ulrich/Trilling, Gerhard (Hrsg.) Öffentliche Wirtschaft, Sozialwirtschaft und Daseinsvorsorge im Wandel, Regensburg, 2003, 1 ff.

Puhl, Thomas, Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, VVDStRL 2001, 456 ff.

Quardt, Gabriele, Zur Abschaffung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung, EuZW 2002, 424 ff.

Rechten, Stephan, Die Novelle des EU-Vergaberechts, NZBau 2004, 366 ff.

Reuter, Alexander, Die Projektfinanzierung öffentlich-rechtlicher Aufgaben aus dem Blickwinkel des Beihilfenrechts: Public-Private Partnerships nach EuGH-Ferring aus Bankensicht, ZIP 2002, 737 ff.

Rieble, Volker, Der Fall Holzmann und seine Lehren, NZA 2000, 225 ff.

Riese, Christoph, Vergaberecht, Berlin 1998

Rittner, Fritz, Ein Dokument der Hilflosigkeit und der Reue, VergabeR 1998, 30 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

idem, Die sozialen Belange i.S. der EG-Kommission und das Inländische Vergaberecht, EuZW 1999, 677 ff.

idem, Die „sozialen Belange" i.S. der EG-Kommission und das inländische Vergaberecht, in: Schwarze, Jürgen (Hrsg.) Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, Baden-Baden, 2000, 87 ff.

Rizza, Cesare, The Financial Assistance granted by Member States to Undertakings entrusted with the operation of a Service of General Economic Interest: the implications of the forthcoming Altmark Judgment for future State aid control policy, Columbia Journal of European Law, 2003, 429 ff.

Rößner, Sören/Schalast, Christoph, Umweltschutz und Vergabe in Deutschland nach der Entscheidung des EuGH – Concordia Bus Finland, NJW 2003, 2361 ff.

Ross, Malcolm, State Aids and National Courts: Definitions and Other Problems – a Case of Premature Emancipation, CMLR 2000, 401 ff.

Ruge, Reinhard, Anmerkung zu EuGH, Rs. C-53/00 (Ferring), EuZW 2002, 50 ff.

idem, Das Grünbuch der EG-Kommission zu den Leistungen der Daseinsvorsorge – Neue Konturen für einen alten Irrwisch?, ZRP 2003, 353 ff.

Rust, Ulrich, Vergaberechtlicher Primärrechtsschutz gegen die Zuschlagsentscheidung, NZBau 2000, 66 ff.

Rust, Ursula, GWB-Vergaberecht und soziale Standards, EuZW 1999, 453 ff.

eadem, Öffentliche Auftragsvergabe und soziale Standards nach bundesdeutschem und gemeinschaftlichem Vergaberecht, in: Klebe, Thomas/Wedde, Peter/Wollmerath, Martin (Hrsg.) Recht und soziale Arbeitswelt, FS-Däubler, Köln, 1999, 900 ff.

eadem, Die sozialen Kriterien im Vergaberecht – eine Duplik auf Rittner, EuZW 1999, 677ff., EuZW 2000, 205 ff.

eadem, Sozialpolitische Kriterien in landesgesetzlichen Vergabevorschriften, NJ 2001, 113 ff.

Santamato, Sandro/Westerhof, Jan Gerrit, Is funding of infrastructure State aid?, EuZW 2003, 645 ff.

Schabel, Thomas/Zellmeier-Neunteufel, Maria, Aktuelle Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Vergaberecht und zur Bauproduktenrichtlinie, VergabeR 2001, 79 ff.

Schäfer, Alexander, Öffentliche Belange im Auftragswesen und Europarecht, Berlin, 2003

Schardt, Ramona, Öffentliche Aufträge und das Beihilfenregime des Gemeinschaftsrechts, Stuttgart, 2003

Scharpf, Fritz, The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity, JCMS 2002, 645 ff.

Schebstadt, Arnd, Der Kostenausgleich für Daseinsvorsorgeverpflichtungen in der europäischen Beihilfeaufsicht, DVBl. 2004, 737 ff.

Schenk, Michael, Das neue Vergaberecht – Auslegung und Anwendung am Maßstab des Gemeinschaftsrechts, Baden-Baden, 2001

Schiek, Dagmar, Positive Action before the European Court o Justice – New Conceptions of Equality in Community Law?, The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 2000, 251 ff.

Schima, Bernhard, Wettbewerbsfremde Regelungen – falsche Signale vom Europäischen Gerichtshof?, NZBau 2002, 1 ff.

Schliesky, Utz, Die Privatisierung öffentlicher Aufgaben und ihre Folgen für die kommunale Selbstverwaltung, Der Landkreis 2004, 487 ff.

Schmitges-Thees, Karin, Die öffentliche Auftragsvergabe als Instrument des Umweltschutzes, Aachen, 2001

Schmitz, Klaus, Wettbewerb der Sozialsysteme und Ordnungspolitik in Europa, Bundesarbeitsblatt 2002, 5 ff.

Schnabl, Karin, Zur Zulässigkeit der Berücksichtigung von Sekundärzwecken im Vergabeverfahren am Beispiel der Förderung der Gleichstellung von Frauen, in: Eisenberger, Iris/Golden, Iris/Lachmayer, Konrad/Marx, Gerda/Tomasovsky/Daniela (Hrsg.) Norm und Normvorstellung, Wien, 2003, 453 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Schneider, Jens-Peter, EG-Vergaberecht zwischen Ökonomisierung und umweltpolitischer Instrumentalisierung, DVBl. 2003, 1186 ff.

Schneider, Tanja, Vergaberecht und Umweltschutz – Die Berücksichtigung von Umweltaspekten im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe, Baden-Baden 2001

Schohe, Gerrit/Arhold, Christoph, The Case-law of the European Court of Justice and the Court of First Instance on State Aids, 1998-2001, EStAL 2002, 2 ff.

Scholz, Rupert, Vergabe öffentlicher Aufträge nur bei Tarifvertragstreue?, RdA 2001, 193 ff.

Schröter, Helmut/Jakob, Thinam Mederer, Wolfgang (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Baden-Baden, 2003

Schubert, Björn Gerd, Affirmative Action und Reverse Discrimination, Baden-Baden, 2002

Schubert, Claudia, Ist der Außenseiter vor der Normsetzung durch die Tarifvertragsparteien geschützt? – Ein Beitrag zum sachlichen Schutzbereich der negativen Koalitionsfreiheit, RdA 2001, 199 ff.

Schulte, Bernd, Das Europäische Sozialmodell im künftigen Europa, ZfSH/SGB 2001, 3 ff., 67 ff.

idem, Rechtliche Rahmenbedingungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts für Soziale Dienste, in: Albrecht, Martin/ Knappe, Eckhard (Hrsg.) Soziale Dienste im Europäischen Binnenmarkt, Idstein, 2002, 79 ff.

Schumacher, Kai, Vergabefremde Umweltkriterien im Abfallrecht und Gemeinschaftsrecht, DVBl. 2000, 467 ff.

Schuppert, Gunnar, Das Gemeinwohl, in: Schuppert, Gunnar/Neidhardt, Friedhelm (Hrsg.) Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, Berlin, 2002, 19 ff.

Schwab, Brent, Anmerkung zu Vergaberecht – Tariftreueerklärung – Wettbewerbsverstoß – Berliner Vergabegesetz – Vorlage an das BVerfG, AuR 2000, 273 ff.

idem, Die vergaberechtliche Tariftreueerklärung im Spannungsfeld von Arbeitsrecht und Wettbewerb, NZA 2001, 701 ff.

Schwarze, Jürgen (Hrsg.), EU-Kommentar, Baden-Baden, 2000

idem, Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, in: Schwarze, Jürgen (Hrsg.) Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, Baden-Baden, 2000, 13 ff.

idem, Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, EuZW 2000, 133 ff.

idem, Daseinsvorsorge im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts, EuZW 2001, 334 ff.

Schwintowski, Hans-Peter, Gemeinwohl, öffentliche Daseinsvorsorge und Funktionen öffentlicher Unternehmen im europäischen Binnenmarkt, ZögU, 2003, 283 ff.

Sedemund, Jochim, Neuere Entwicklungen im Beihilfentatbestand, in: v. Danwitz, Thomas (Hrsg.) Rechtsfragen der europäischen Beihilfenaufsicht, Stuttgart 2000, 31 ff.

Seidel, Ingelore, Zur Implementierung von Sekundärzielen im europäischen Vergaberecht, ZVgR 2000, 195 ff.

eadem, Anmerkung zu EuGH: Kampf gegen die Arbeitslosigkeit zulässiges Vergabekriterium (Rs. C-225/98 –Kommission/Französische Republik), EuZW 2000, 762 ff.

eadem, EuGH-Urteil (Beentjes II) wegweisend, BS Januar 2001, B VI

eadem, Kaum realisierbar und praktikabel – Vergabefremde Kriterien und Beentjes II-Urteil des EuGH –, BS Februar 2001, B V

Seifert, Achim, Rechtliche Probleme von Tariftreueerklärungen, ZfA 2001, 1 ff.

Sepehri, Paivand, Diversity and Managing Diversity in internationalen Organisationen, München, 2002

Sigeman, Tore, Die Rolle des Arbeitsrechts in der europäischen Einigung, RdA 2003, 18 ff.

Sinnaeve, Adinda, Die ersten Gruppenfreistellungen: Dezentralisierung der Beihilfenkontrolle? EuZW 2001, 69 ff.

idem, State Financing of Public Services: The Court's Dilemma in the Altmark Case, EStAL 2003, 351 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ter Steeg, Marcus, Die neue Kompetenzordnung für die EU – Die Reformüberlegungen des Konvents zur Zukunft Europas, EuZW 2003, 325 ff.

Steiff, Jakob, EU-Osterweiterung, Grundfreiheiten und Vergaberecht, NZBau 2004, 75 ff.

Steinberg, Philipp, Anmerkung zu EuGH, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), EuZW 2002, 634 f.

idem, Die „Wienstrom"-Entscheidung des EuGH, EuZW 2004, 76 ff.

Steinmeyer, Heinz-Dietrich, Kommentierung zu Art. 13-17a VO 1408/71/EWG, in: Fuchs, Maximilian (Hrsg.) Kommentar zum Europäischen Sozialrecht, 3. Auflage, Baden-Baden, 2002

Stix-Hackl, Christine/Gardette, Jean-Marie, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, in: Edward, David/Puissochet, Jean-Pierre/Colomer, Dama (Hrsg.) Une Communauté de droit, Berlin, 2003, 473 ff.

Stockhausen, Dirk, Beihilfenrechtliche Grenzen einer nationalen Beschäftigungspolitik, Bonn, 2002

Stolz, Kathrin, Das öffentliche Auftragswesen, Baden-Baden, 1991

Streinz, Rudolf (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, München, 2003

Streinz, Rudolf/Ohler, Christoph/Herrmann, Christoph, Die neue Verfassung für Europa, München, 2005

Tettinger, Peter, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in der öffentlichen Versorgungswirtschaft, in: Cox, Helmut (Hrsg.) Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union, Baden-Baden, 2000, 97 ff.

idem, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, NJW 2001, 1010 ff.

Thiry, Bernard, Public economics and general interest, in: Kirchhoff, Ulrich/ Trilling, Gerhard (Hrsg.) Öffentliche Wirtschaft, Sozialwirtschaft und Daseinsvorsorge im Wandel, FS-Cox, Regensburg, 2003, 11 ff.

Thomas, Alexander, Nationalkultur und Unternehmenskultur. Konvergenzen und Divergenzen, Goethe-Institut Prag (Hrsg.) Firmenkultur – Beiträge zur interkultureller Kommunikation und Unternehmenskultur, Prag, 2002, 25 ff.

Thouvenin, Jean-Marc/Lorieux, Marie-Pierre, L'Arrêt de la CJCE du 24 Juillet 2003 Altmark, Revue du Marché Commun et de l'Union européenne 2003, 633 ff.

Thüsing, Gregor, Schulden statt Schulen? Zu U.S.-amerikanischen Vorläufern und zum ökonomischen Sinn eines Tariftreuegesetzes, NJW 2002, 2071 ff.

Timmermans, Christian, Subsidiarity and Transparency, FILJ 1999, 106 ff.

Tobler, Christa, Women's Clauses in Public Procurement under Community Law, ELR 2000, 618 ff.

Tondorf, Karin, Gender Mainstreaming in der Tarifpolitik, WSI-Mitteilungen 2001, 434 ff.

Travers, Noel, Public Service Obligations and State Aid: Is all really clear after Altmark?, EStAL 2003, 387 ff.

Uerpmann, Robert, Verfassungsrechtliche Gemeinwohlkriterien, Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz (Schuppert, Gunnar/ Neidhardt, Friedhelm), Berlin, 2002, 179 ff.

Ulrich, Peter, Republikanischer Liberalismus und Corporate Citizenchip, in: Münkler, Herfried (Hrsg.) Gemeinwohl und Gemeinsinn, Berlin, 2002, 273 ff.

Versteyl, Ludger-Anselm/Jacobi, Holger, Umweltkriterien bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, NST-N 2001, 83 ff.

v. Wahl, Angelika, Öffentliche Auftragsvergabe als Mittel der Frauenförderung: Das amerikanische Modell der „Affirmative Action", KJ 1996, 180 ff.

Waldner, Thomas, Bieterschutz im Vergaberecht unter Berücksichtigung der europäischen Vorgaben, Baden-Baden, 2000

Watermeyer, Ron, The Use of Targeted Procurement as an Instrument of Poverty Alleviation and Job Creation in Infrastrukture Projects, PPLR 2000, 226 ff.

Weber, Claus, Zulässigkeit und Grenzen von Leistungsbeschreibungen nach europäischem Vergaberecht, NZBau 2002, 194ff.

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Weinacht, Felix, Vorlagebeschluß zur Berliner Tariftreueerklärung und vergabefremde Kriterien im Kartellvergaberecht, WuW 2000, 382 ff.

Werner, Michael Jürgen/Köster, Thomas, Anmerkung zu EuGH, Rs. C-280/00 (Altmark)Ausgleich gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen im öffentlichen Personennahverkehr, EuZW 2003, 503 f.

Wernicke, Stephan, Die Wirtschaftsverfassung der Gemeinschaft zwischen gemeinwirtschaftlichen Diensten und Wettbewerb, oder: Wer hat Angst vor Art. 86 II EG?, EuZW 2003, 481 ff.

Westphal, Thomas, Greening Procurement: An Attempt to Reduce Uncertainty, PPLR 1999, 1 ff.

Willems, Heiko, Die Förderung des Mittelstandes, Köln, 2003

Williams, Rhodri, The European Commission's Comunication on the Environment and Public Procuerment, PPLR 2002, NA 1 ff.

Winter, Jan, The Rights of Complainants in State Aid Cases: Judicial Review of Commission Decisions adopted under Article 88 EC, CMLR 1999, 521 ff.

idem, Re(de)fining the Notion of State Aid in Article 87 (1) of the EC Treaty, CMLR 2004, 475 ff.

Wittig, Oliver, Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts, Düsseldorf, 1999

Wittig, Wayne, A Framework for Balancing Business and Accountability within a Public Procurement System: Approaches and Practices of the United States, PPLR 2001, 139 ff.

Wuermeling, Joachim, Die erste Richtlinien-Novelle, BS Oktober 2001, 22

Wyatt, Derrick, Subsidiarity and Judicial Review, in: O'Keeffe, David/Bavasso, Antonio (Hrsg.) Liber Amicorum Lord Slynn, Den Haag, 2000, 505 ff.

v. Ysendyck, Anne/Zühlke, Susanne, Kommentar zu EuGH, Rs. C-280/00 (Altmark), RIW 2003, 717 ff.

Zeiss, Christopher, Privatfinanzierung staatlicher Infrastruktur, Bonn 2000

idem, Das vergaberechtliche Bestbieterprinzip: Einfallstor des EG-Beihilfenrechts in das Vergabeverfahren, EWS 2003, 114 ff.

Zeutschel, Ulrich/Thomas, Alexander, Zusammenarbeit in multikulturellen Teams, Wirtschaftspsychologie aktuell 2003, 31 ff.

Ziekow, Jan, Vergabefremde Zwecke und Europarecht, NZBau 2001, 72 ff.

idem, Faires Beschaffungswesen, VergabeR 2003, 1 ff.

Zippelius, Reinhold, Juristische Methodenlehre, 8. Auflage, München, 2003

https://doi.org/10.5771/9783845201702 - am 13.01.2026, 11:02:44. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -