

len daher nach dem Willen der Kommission unter Berücksichtigung des *mainstreaming*-Ansatzes erfolgen¹⁴³⁵.

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 notwendig¹⁴³⁶. 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*-Methode¹⁴³⁷ 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 Sozialgemeinschaft¹⁴³⁸. 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 zuzunächst in ihrer Rolle als Arbeitnehmer und damit als Produktionsfaktoren wahrgenommen¹⁴⁴⁰. 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 worden¹⁴⁴¹.

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.

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 Verfassungsprinzip¹⁴⁴³. Mit den in Art. 2 EG formulierten Gemeinwohl-ideen¹⁴⁴⁴ eines sozialen Fortschritts, eines hohen 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 einzuräumen¹⁴⁴⁵.

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 installiert¹⁴⁴⁶. 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 Sozialpolitik¹⁴⁴⁷ 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 formuliert¹⁴⁴⁸. 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 werden¹⁴⁴⁹.

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 EG¹⁴⁵⁰, 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).

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 Kompetenzvorschrift¹⁴⁵¹.

2. Sekundärrecht

Die Gleichbehandlungsrichtlinie RL 76/207/EWG¹⁴⁵² wird nunmehr durch RL 2000/78/EG¹⁴⁵³ verstärkt, welche die Notwendigkeit unterstreicht, einen integrativen Arbeitsmarkt zu schaffen¹⁴⁵⁴. Nach Ansicht des Rates sind Beschäftigung und Beruf Bereiche, die im Hinblick auf die Chancengleichheit für alle von entscheidender Bedeutung sind¹⁴⁵⁵. Dies kommt auch in der Richtlinie zur Gleichbehandlung von Frauen und Männern beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen zum Ausdruck¹⁴⁵⁶. 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 bezwecken¹⁴⁵⁹.

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.

3. Soft law

Innerhalb des *soft law*, dem Wegbereiter für die Entwicklung durchsetzbarer Normen¹⁴⁶⁰, schlägt sich die soziale Dimension der Gemeinschaft insbesondere in der *Charta der Grundrechte der Europäischen Union* (GR-Charta)¹⁴⁶¹ nieder. So erlaubt beispielsweise 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-26¹⁴⁶².

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 werden¹⁴⁶³. 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 Interesse¹⁴⁶⁴. Die Gemeinschaft bemüht sich daher, gemeinsame Zielvorgaben und Indikatoren festzulegen¹⁴⁶⁵. Die MdoK ist ein Meilenstein für das Ziel der sozialen Eingliederung¹⁴⁶⁶.

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 erreichen¹⁴⁶⁸. Die Kommission betonte allerdings, daß soziale Initiativen seitens der Unternehmen keinen Ersatz für Rechtsvorschriften und Regelungen der Mitgliedstaaten im Bereich soziale Standards darstellen¹⁴⁶⁹.

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.

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 Ratifizierungsprozeß 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 handelt¹⁴⁷¹, 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 Beschäftigungsniveau, 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 ab¹⁴⁷²

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 ist¹⁴⁷³. Der Amsterdamer Vertrag hat das Aktionsfeld der Gemeinschaft um genuin sozialpolitische Aufgaben und Kompetenzen erweitert¹⁴⁷⁴, 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: Gemeinwohlgefährdung 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.

Beschäftigung sicherlich das Hauptziel der gemeinschaftlichen Sozialpolitik ist¹⁴⁷⁵. 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 erklären¹⁴⁷⁶.

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 angelegt¹⁴⁷⁷. Die sozialpolitische Anreicherung der Gemeinschaftsrechtsordnung ist auch ein *basso continuo* in der Rechtsprechung des EuGH¹⁴⁷⁸. 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 technischen Sinne gekrönt¹⁴⁸², also einem gemeinschaftlichen Konzept für die sozialen Sicherungssysteme¹⁴⁸³. Da die Mitgliedstaaten in diesem Bereich weitgehende Gestaltungsfreiheit genießen, gibt es – *quot capita tot opinionones* – die unterschiedlichsten Spielarten. Allerdings mehren sich die Anzeichen für eine Annäherung¹⁴⁸⁴. 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 Rede¹⁴⁸⁶. Obgleich die spezifische Bedeutung dieses Begriffs noch Gegenstand der gegenwärtigen Diskussion ist¹⁴⁸⁷, gibt es doch zwischen den Mitgliedstaaten eine Reihe von Gemeinsamkeiten, welche die Unterschiede in der Ausgestaltung überwiegen¹⁴⁸⁸. Hauptmerkmal ist das ausgeprägte Streben um sozialen Ausgleich¹⁴⁸⁹ 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).

haben und konstant an Boden gewinnen¹⁴⁹⁰. 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 Wettbewerbsrechts¹⁴⁹² 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 voranzutreiben¹⁴⁹⁴. 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 wird¹⁴⁹⁶. Eine rein wirtschaftlich orientierte Integration stößt jedenfalls auf immer weniger Akzeptanz bei der Bevölkerung¹⁴⁹⁷. Man mag sich darüber streiten, ob dieser integrationspolitische Paradigmenwechsel nur eine Alibifunktion hat¹⁴⁹⁸. 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 vorzubeugen¹⁴⁹⁹.

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 auszulegen¹⁵⁰⁰. 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 Búrca, 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).

IV. Verhältnismäßigkeit sozialer Vergabekriterien

Kritiker wie Befürworter sind schnell bei der Hand, die Berücksichtigung sozialer Aspekte bei der öffentlichen Auftragsvergabe als unverhältnismäßig 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 Gemeinschaftsorgane¹⁵⁰¹. 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 Erforderlichkeit¹⁵⁰². Dagegen prüfen EuGH und EuG insbesondere bei Maßnahmen der Gemeinschaftsorgane zusätzlich, ob diese in einem angemessenen Verhältnis zu dem verfolgten Ziel stehen¹⁵⁰³. Daß der EuGH explizit eine Verhältnismäßigkeitsprüfung anhand der Kriterien der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit vornimmt, kommt zwar vor, jedoch nur selten¹⁵⁰⁴. 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 (*Schröder*), 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.