

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.

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 teleologische 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 abzuhelpfen. 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

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

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 abzuhelpfen. 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 verkörpertten 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-

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