

Entgelt, sondern das Entgelt für die geforderte Leistung¹²⁷¹. 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 hat¹²⁷², 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 sind¹²⁷³ (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 unterziehen¹²⁷⁴. 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.

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 Empfängerunternehmens 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 erbringt¹²⁷⁵. 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 Tragweite¹²⁷⁶ zugrunde, welche Rolle den staatlichen Stellen in einer modernen Marktwirtschaft zukommt¹²⁷⁷.

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 formulieren¹²⁷⁸. Auch im Vergaberecht können die öffentlichen Auftraggeber autonom Art und Umfang des Leistungsgegenstands wählen¹²⁷⁹. 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*, Bericht, 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).