

# 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<sup>1265</sup>, 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<sup>1266</sup> 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<sup>1267</sup>. Aber der Zuschlag ist Belohnung für die erfolgreiche Teilnahme am Ausschreibungswettbewerb<sup>1268</sup>. 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<sup>1269</sup>. 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<sup>1270</sup>. 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*, VBfBW 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).

Entgelt, sondern das Entgelt für die geforderte Leistung<sup>1271</sup>. 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<sup>1272</sup>, 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<sup>1273</sup> (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<sup>1274</sup>. 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.