

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.

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 dargestellt¹⁵⁰⁵, 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 will¹⁵⁰⁶, sondern auf das Recht auf freien Zugang zum Markt abzielt¹⁵⁰⁷.

b. Keine Grundrechtsbetroffenheit der Bieterunternehmen und deren Arbeitnehmer

Mit der Vergabe eines öffentlichen Auftrages an ein Bieterunternehmen verschlechtern sich automatisch die Wettbewerbschancen von dessen Konkurrenten¹⁵⁰⁸. Daher wird teilweise eine Beeinträchtigung der Berufs- und Unternehmensfreiheit derjenigen Bieterunternehmen erwogen, die aufgrund der Anwendung sozialer Vergabekriterien im Vergabeverfahren unterlegen sind¹⁵⁰⁹. 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 nichts¹⁵¹⁰. Ein Leistungsrecht darauf, daß der Staat überhaupt Aufträge erteilt, gibt es bekanntlich nicht¹⁵¹¹. 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 hohen 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).

„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 Langzeitarbeitslosigkeit¹⁵¹³: 41.4 % aller Arbeitslosen in der Gemeinschaft sind Langzeitarbeitslose¹⁵¹⁴. Langzeitarbeitslosigkeit gilt als der Hauptgrund für Armut in Europa¹⁵¹⁵. 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 % auf¹⁵¹⁷.

3. Geeignetheit sozialer Vergabekriterien

Eine Maßnahme im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist geeignet, wenn sie den gewünschten Erfolg zu fördern vermag¹⁵¹⁸. Bereits die Eignung der sozialen Vergabekriterien, die damit bezweckten Ziele zu erreichen, wird angezweifelt¹⁵¹⁹.

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 würden¹⁵²⁰. 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 nachzuweisen¹⁵²¹. 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*, VergabR 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%2DIg%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.

gabekriterien ihre Wirkung nur gegenüber Bieterunternehmen entfalten. Der Rest der Privatwirtschaft würde davon nicht erfaßt¹⁵²².

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 Auftrags 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 setzen¹⁵²³. Wegen ihrer Vorreiterfunktion kann bereits die Einstellung einiger weniger Personen das Eis von Vorurteilen und Bedenken brechen¹⁵²⁴. Sobald die Anzahl innerhalb der Belegschaft dann einen gewissen kritischen Prozentsatz erreicht haben, ist das negative soziale Stigma überwunden, das den Zugang bislang verhinderte¹⁵²⁵. 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 bezweifeln¹⁵²⁶. 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 werden¹⁵²⁷.

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* dargestellt¹⁵²⁸, 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.

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 Bieterunternehmen¹⁵³⁰. Angesichts der „Subjektivierung der Vergabeentscheidung“¹⁵³¹ bestehe die Gefahr, daß die sozialen Vergabekriterien auf die heimischen Bieterunternehmen maßgeschneidert würden¹⁵³² und dadurch Bieterunternehmen aus anderen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft ausgesiebt würden¹⁵³³. Die Kontrollmaßstäbe der Vergabekriterien würden verwässert und damit die Rechtsbindung für die öffentlichen Auftraggeber in Frage gestellt¹⁵³⁴. Kurz, Mißbrauch, Willkür und Protektion

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*, VBIBW 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.

nismus würde Tür und Tor geöffnet¹⁵³⁵, die Errungenschaften des Binnenmarktes verspielt, die Abschottung¹⁵³⁶ 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 werfen¹⁵³⁷. Als Beispiel sei die bereits vielfach zitierte¹⁵³⁸ 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 zu¹⁵³⁹. Soziale Vergabekriterien weisen daher *grundsätzlich kein spezifisches Diskriminierungspotential* auf¹⁵⁴⁰. 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 vor¹⁵⁴².

(2). Generelle Mißbrauchsgefahr der Vergabekriterien

Die Integrität der Verwaltung ist ein allgemeines Problem¹⁵⁴³. Die öffentliche Auftragsvergabe ist anfällig für Manipulation¹⁵⁴⁴, 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).

halten¹⁵⁴⁵. 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 gefeit¹⁵⁴⁸.

(3). Generelles Problem mangelnder Umsetzung der Transparenzvorgaben

Dazu gibt es innerhalb der Gemeinschaft große Unterschiede in den Transparenzquoten, welche die Umsetzung der Transparenzvorschriften abbilden¹⁵⁴⁹. Das Volumen der öffentlichen Aufträge, die gemeinschaftsweit ausgeschrieben werden, ist bisher weit hinter den Erwartungen zurückgeblieben¹⁵⁵⁰. Der geschätzte 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 Vergabeentscheidung¹⁵⁵³. Damit war das Thema der fehlenden Transparenz Spitzenreiter der Mängelliste. Auch der Bundesrechnungshof entlarvte die mangelnde Umsetzung der Transparenzvorschriften als Hauptproblem der öffentlichen Auftragsvergabe¹⁵⁵⁴. Die Kommission hält daher eine Verbesserung dieser Raten für dringend geboten¹⁵⁵⁵. 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.

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 entschärft¹⁵⁵⁶.

(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 werden¹⁵⁵⁷. Nicht nur daß die Gelegenheiten für wettbewerbswidrige Absprachen vielfältig sind¹⁵⁵⁸, 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 Sanktionsmöglichkeiten¹⁵⁵⁹. Pläne auf Ebene der Gemeinschaft¹⁵⁶⁰ und der Mitgliedstaaten¹⁵⁶¹ 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 Aufsichtsbehörden erscheint vielversprechend, wie Pilotprojekte in sechs Mitgliedstaaten zeigen¹⁵⁶³.

(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.

men bzw. Standards verweisen¹⁵⁶⁵. 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 erfüllen¹⁵⁶⁶. In diesem Fall gehen einige Autoren von einer mittelbaren Diskriminierung aus¹⁵⁶⁷. 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 sind¹⁵⁶⁸.

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 müßten¹⁵⁶⁹. 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 kommen¹⁵⁷⁰. Gemäß Art. 13 Abs. 2 lit. a VO 1408/71/EWG¹⁵⁷¹ ist der Beschäftigungsort als Anknüpfungspunkt maßgeblich, um die einschlägige nationale Rechtsordnung zu bestimmen (Beschäftigungslandprinzip¹⁵⁷²). 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 können¹⁵⁷³.

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 sind¹⁵⁷⁴. 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); *idem*, 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), Rdnr. 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), Rdnr. 7.

1573 *Arnould*, PPLR 2001, NA 13 (18).

1574 *Krüger/Nielsen/Bruun*, European Public Contracts in a Labour Law Perspective, Rdnr. 6.5.2.

kooperieren und damit den Austausch von Angeboten zu erleichtern¹⁵⁷⁵. 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 angesehen¹⁵⁷⁶. 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 prognostizieren, 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.

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, formulieren¹⁵⁷⁹. Öffentliche Auftraggeber dürfen daher für die Durchführung des öffentlichen Auftrags nicht die Einstellung von Arbeitslosen aus einer bestimmten Region fordern¹⁵⁸⁰. 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 Einstellungsbemühungen außerstande sehen, die geforderten Arbeitskräfte einzustellen¹⁵⁸¹. 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 hat¹⁵⁸², 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 Tiefbaubranche¹⁵⁸³ 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.

Durchschnittswerten anderer Mitgliedstaaten liegt. Im Vordergrund stehen hierbei Frauenquoten oder Quoten für ethnische Minderheiten¹⁵⁸⁴. 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 kontrollieren¹⁵⁸⁶. Einer jeden Auftragsvergabe müßte eine „wohlfahrtsökonomische Totalanalyse“ vorausgehen, die im Gegensatz zur Eigennutzanalyse vom öffentlichen Auftraggeber regelmäßig nicht zu bewältigen sei¹⁵⁸⁷. Durch die Einführung sozialer Vergabekriterien würde die Rechtslage so kompliziert und die Vergabeentscheidung derart erschwert, daß die mit der Vergabeentscheidung betrauten Personen letztendlich überfordert würden¹⁵⁸⁸. 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*,

außerdem entgegen, daß für manche Personengruppen gemeinschaftsweite Standards und Definitionen fehlten¹⁵⁸⁹. Mit sozialen Vergabekriterien tue sich daher in Graben auf zwischen theoretischen Rechtsvorgaben einerseits und praktischer Vollziehbarkeit andererseits¹⁵⁹⁰.

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 Auftragswesens¹⁵⁹¹. Nicht umsonst wird dieses Rechtsgebiet auch Laienrecht genannt¹⁵⁹². Nach Ansicht der Kommission sind viele öffentliche Auftraggeber, insbesondere auf der kommunalen Ebene, nicht vollständig mit den Vorschriften vertraut¹⁵⁹³. Gemessen an der Bedeutung des öffentlichen Auftragswesens für das Bruttoinlandsprodukt investieren die öffentlichen Auftraggeber zu wenig in ihre personellen Ressourcen¹⁵⁹⁴. 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 teilzunehmen¹⁵⁹⁵. Auch die Kommission mahnt dringend eine Verbesserung der für die Beschaffung zuständigen Mitarbeiter durch verstärkte Fortbildungsmaßnahmen an¹⁵⁹⁶. 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 wurden¹⁵⁹⁷, 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

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 Personengruppen¹⁵⁹⁸ 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 werden¹⁵⁹⁹. 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 gegenseitigen Anerkennung gefordert¹⁶⁰⁰. Darüber hinaus ist die ausdrückliche Verankerung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung in der Präambel von RL 2004/18/EG¹⁶⁰¹ 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 54-64jährigen) von gemeinschaftsweit einheitlichen Definitionen aus¹⁶⁰². Auch im Bereich des Behindertenrechts baut die Gemeinschaft inzwischen auf einem reichhaltigen gemeinsamen Erfahrungsschatz¹⁶⁰³. 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. *Kommission*, Beschäftigung in Europa 2002, S. 173; abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/employment_social/employment_analysis/eie/2002_de.pdf.

1603 *Kommission*, Definition of Disability in Europe – A Comparative Analysis, abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/employment_social/index/complete_report_en.pdf.

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 erfüllen¹⁶⁰⁴. 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 erreichen¹⁶⁰⁵.

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 abstellt¹⁶⁰⁶. 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 fördern¹⁶⁰⁷. 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).

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 Rat¹⁶⁰⁸, Kommission¹⁶⁰⁹ und EuGH¹⁶¹⁰ 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 können¹⁶¹¹. 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 Beweislast¹⁶¹². All diese Hürden lassen eine individuelle Durchsetzung unattraktiv erscheinen¹⁶¹³. 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 entwickeln¹⁶¹⁴. Der Rat fordert daher positive Maßnahmen, um gegen die Benachteiligung in der Arbeitswelt vorzugehen, die durch Einstellungen, Verhaltensmuster und Strukturen in der Gesellschaft verursacht wird¹⁶¹⁵.

cc. Direkte Subventionen und gesetzliche Beschäftigungsquoten

Als alternative Maßnahme werden den sozialen Vergabekriterien des weiteren direkte Subventionen über steuerfinanzierte, periodische und pauschale Zuwendungen gegenübergestellt¹⁶¹⁶. 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 verborgen¹⁶¹⁷. Der sozialpolitische Zweck gegenüber der mittelbaren Förderung („bei Gelegenheit der Beschaffung“¹⁶¹⁸) könne außerdem durch direkte öffentliche Zuwendungen oder steuerliche Entlastungen besser erreicht werden¹⁶¹⁹. 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.

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 sorgt¹⁶²⁰. Ihre Kosten lassen sich im voraus vergleichsweise präzise beziffern. Die Belastung wird auf sämtliche Steuerzahler verteilt¹⁶²¹. 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 Subventionen und gesetzliche Beschäftigungsquoten im Vergleich zu sozialen Vergabekriterien auch Nachteile auf.

(1). Freikauffeffekt 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 erwiesen¹⁶²³. Das Beispiel der Behindertengesetzgebung in den Mitgliedstaaten mit ihren Direktsubventionen¹⁶²⁴ bzw. Beschäftigungsquoten, also die Verpflichtung, ab einer bestimmten Beschäftigtenzahl einen gewissen Prozentsatz behinderter Arbeitnehmer einzustellen demonstriert höchst anschaulich, daß diese Art von Maßnahmen bislang jedenfalls die gewünschten Wirkungen nicht gezeitigt haben¹⁶²⁵. 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 „Freikauffeffekt“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 Wirtschaftsteilnehmer¹⁶²⁷. Die Vergabe eines öffentlichen Auftrags an ein Bieterunternehmen aufgrund sozialer Vergabekriterien trifft dessen Konkurrenten lediglich mittelbar¹⁶²⁸.

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 AusgleichsabgabeVO (SchwbAV)(Hilfe für außergewöhnliche Belastungen).

Frankreich: Prime à l'insertion des handicapés, articles L232-8-2 à L232-8-4 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).

(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 führt¹⁶²⁹. 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 rechnen¹⁶³¹.

(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 betriebl-

1629 *Kommission*, Studie durchgeführt von ICLEI “State of Play of Green Public Procurement in the European Union”, Final report, Freiburg, July 2003; abrufbar unter: www.iclei.org/ecoprocure/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.

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 setzen¹⁶³³.

(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 war¹⁶³⁴. 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 gering¹⁶³⁵. Es besteht eine „Kluft zwischen Vergaberecht und Vergabepaxis“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 1995¹⁶³⁷. 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 ein¹⁶⁴¹. Diese Zahlen bleiben deutlich hinter den 20% im privaten Sektor zurück¹⁶⁴². Darüber hinaus war nur bei 10 % der Produkte und Dienstleistungen ein Preisrückgang festzustellen¹⁶⁴³.

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).

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 Anbieters¹⁶⁴⁴. 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 getroffen¹⁶⁴⁵. 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 ist¹⁶⁴⁶.

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 winners* erlangen. Dieser Beschäftigungsanreiz läßt sich mit Mitteln der herkömmlichen Arbeitsmarktförderung nicht kreieren¹⁶⁴⁷. Wenn man auch nicht gleich von *one of the most effective policy mechanisms*¹⁶⁴⁸ sprechen mag, so erhöht dieser Kompromiß zwischen Zuckerbrot und Peitsche in jedem Fall für den zu fördernden Personenkreis die Chancen auf Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt¹⁶⁴⁹.

c. Ergebnis

Damit weisen soziale Vergabekriterien eine Reihe von Vorteilen auf und kommen gleichzeitig ohne die Nachteile aus, welche den Alternativmaßnahmen anhaftet¹⁶⁵⁰. 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).

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 eruiieren, ob die auferlegten bzw. aufzuerlegenden Belastungen in angemessenem Verhältnis zu den angestrebten Zielen stehen¹⁶⁵¹. Diese Angemessenheitskontrolle des EuGH beschränkt sich zumeist auf den Maßstab eines offensichtlichen Mißverhältnisses¹⁶⁵². Auf das diesbezügliche Abwägungsdefizit¹⁶⁵³ 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 wird¹⁶⁵⁴. Ziel ist, im Wege praktischer Konkordanz einen möglichst schonenden Ausgleich der betroffenen Interessen zu erreichen¹⁶⁵⁵.

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 dürfen¹⁶⁵⁶. 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 weiß¹⁶⁵⁷. Sie bezweifeln daher, daß die sozialen Aspekte, die im Rahmen der Vergabeentscheidung berücksichtigt würden, tatsächlich den sozial Schwachen zugute kommen¹⁶⁵⁸.

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 übereinstimmen¹⁶⁵⁹. All diese Ziele stehen gleichberechtigt nebeneinander¹⁶⁶⁰. 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).

deln muß¹⁶⁶¹. Chancengleichheit ist ein Querschnittsziel *par excellence*, insbesondere der Abbau segregierter Arbeitsmärkte ist eine Querschnittsaufgabe¹⁶⁶². 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 vorliegt¹⁶⁶³.

c. Vorgabe quantitativer Klassenziele

Mit der Zielsetzung gemäß Art. 2 EU, den wirtschaftlichen *und* sozialen Fortschritt zu fördern¹⁶⁶⁴, akzentuiert die Gemeinschaft, daß sie auf eine Doppelstrategie setzt, in der beide Ziele zunächst einmal gleichberechtigt nebeneinander stehen¹⁶⁶⁵. Entgegen anderer Ansicht¹⁶⁶⁶ 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 gleichzusetzen¹⁶⁶⁷. Ebenso wie das Interesse an Daseinsvorsorgeleistungen und die Durchsetzung der Wettbewerbsordnung gleichrangige Gemeinwohlbelange sind¹⁶⁶⁸, die trotz eines immanenten Spannungsverhältnisses zu einem Ausgleich geführt werden können und müssen¹⁶⁶⁹, 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 Arbeitslosigkeit¹⁶⁷⁰, 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 % anzuheben¹⁶⁷¹. 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 werden¹⁶⁷². 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.

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 Institutionen¹⁶⁷⁴. Genauer gesagt kommt dem Staat hierbei eine Vorbildfunktion (*persuasive force of governmental example*¹⁶⁷⁵) zu¹⁶⁷⁶. Dies gilt umsomehr, als die Mitgliedstaaten im Zuge der Privatisierung, wie bereits dargestellt¹⁶⁷⁷, nicht mehr auf ihr angestammtes Arsenal an Steuerungsinstrumenten zurückgreifen können. Soziale Vergabekriterien sind eine der letzten verbleibenden Möglichkeiten, den Verlust der Erfüllungshoheit zu kompensieren¹⁶⁷⁸.

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 Angebot¹⁶⁸⁰. 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/EG¹⁶⁸¹ abspielen, die eine Bagatellgrenze von 100.000 EUR fest schreibt¹⁶⁸². 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; Martin-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.

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 wird¹⁶⁸⁴ – 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 unwahrscheinlich¹⁶⁸⁵. 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 Befürchtung¹⁶⁸⁶ entgegenzutreten, die Vergabeentscheidung würde mit einer Flut von sozialen Vergabekriterien überfrachtet, so daß sich zusätzlich zu dem allgemeinen Gewichtungproblem auch noch das Problem der Gewichtung der sozialen Vergabekriterien untereinander hinzuträte. Es gäbe keine Kollisionsregeln für den Fall, daß soziale Vergabekriterien gehäuft auftreten¹⁶⁸⁷. Je mehr soziale Vergabekriterien aufgestellt würden, um so geringer würde für jedes einzelne die Chance zur Effektivität¹⁶⁸⁸. Darüber hinaus wurde der Vorwurf laut, daß Entscheidungsprozesse weniger transparent würden¹⁶⁸⁹.

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); *idem*, 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).

nenkreise. So sind beispielsweise Frauen von Langzeitarbeitslosigkeit besonders betroffen¹⁶⁹⁰, 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 würden¹⁶⁹¹. Die Entscheidung eines öffentlichen Auftraggebers für eine bestimmte Gewichtung sei jedenfalls in der Praxis nur bedingt justitiabel¹⁶⁹².

Die Frage der Gewichtung ist ebenso wie die Mißbrauchsgefahr¹⁶⁹³ 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 anzugeben¹⁶⁹⁵. Wegen der Vagheit der Formulierung konnten die öffentlichen Auftraggeber den Vergabekriterien immer noch eine unerwartete bzw. unvorhersehbare Bedeutung beimessen¹⁶⁹⁶. 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-

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 abhalten¹⁶⁹⁷. Von mangelnder Transparenz¹⁶⁹⁸ sozialer Vergabekriterien kann also keine Rede sein¹⁶⁹⁹.

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 kommen¹⁷⁰⁰. 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/EWG¹⁷⁰¹ und RL 92/13/EWG¹⁷⁰², 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 Liefer- und 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-

Vergaberichtlinien Quelle subjektiver Rechte für die betroffenen Bieterunternehmen¹⁷⁰³. Der EuGH hat in gefestigter Rechtsprechung entschieden, daß sich die Bieterunternehmen vor den nationalen Gerichten auf die Vorschriften der materiellen Vergaberichtlinien berufen können¹⁷⁰⁴. Auch bei der öffentlichen Auftragsvergabe dient die Gewährung subjektiver Rechte dazu, die Bieterunternehmen für die Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts zu aktivieren¹⁷⁰⁵. 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 Rechtsschutzstandard¹⁷⁰⁶.

Den Startschuß zu seiner rechtsschutzorientierten Auslegung der Vergaberichtlinien gab der EuGH in der allseits begrüßten¹⁷⁰⁷ *Alcatel*-Entscheidung. Danach soll RL 89/665/EWG den Vergaberichtlinien insbesondere dann zur Durchsetzung verhelfen, wenn Verstöße noch beseitigt werden können¹⁷⁰⁸. Daher falle insbesondere die Zuschlagsentscheidung als wichtigste Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers unter den Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1 lit. b RL 89/665/EWG¹⁷⁰⁹. Diese durch das *Alcatel*-Urteil gestärkte¹⁷¹⁰ Position der Bieterunternehmen wurde mit Zustimmung der Literatur¹⁷¹¹ 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 ist¹⁷¹². Dabei machte der EuGH deutlich, daß eine Nachprüfung nicht auf eine schlichte Willkürkontrolle beschränkt werden darf¹⁷¹³. Befürchtungen vor dem investitionsschädlichen Mißbrauch von Rechtsbehelfen sind nicht angebracht. Rechtsmißbräuchliche Verfahrenshandlungen sind nach pflichtgemäßem Ermessen mangels Rechtsschutzinteresse als unzulässig abzuweisen¹⁷¹⁴. Gegen Verzögerungstaktiken hilft das summarische Verfahren in Verbindung mit seinen kurzen Entscheidungs- und Rechtsmittelfristen¹⁷¹⁵. 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).

nicht bewahrheitet. Die Inanspruchnahme von Rechtsbehelfen erfreut sich bisher reger Beliebtheit¹⁷¹⁸. 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 werden¹⁷²⁰. Die Komplexität einer Angebotswertung begründet in der Regel noch keine fehlende Justitiabilität, denn im Nachprüfungsverfahren können die nationalen Gerichte externen Sachverstand heranziehen¹⁷²¹.

bb. Reformvorschläge

Bei der Prognose der Effizienz der Vergabekontrolle ist im übrigen zu berücksichtigen, daß die Kommission mit der Überarbeitung der Rechtsmittelrichtlinien begonnen hat¹⁷²². Die Kommission erwägt, Anregungen der Literatur¹⁷²³ aufzugreifend, die Mitgliedstaaten zu verpflichten, zentrale Aufsichtsbehörden für die öffentliche Auftragsvergabe einzurichten, die *ex officio* Verfahrensverstöße untersuchen¹⁷²⁴. Es scheint auch nicht ausgeschlossen, daß die Kommission sich dem Problem des sekundären Rechtsschutzes annimmt. Da die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen oftmals an Beweisschwierigkeiten scheitert¹⁷²⁵, 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 wäre¹⁷²⁶. Eine solche Beweislastumkehr würde einen ganz erheblichen Anreiz zu rechtstreuem Vergabeverhalten schaffen¹⁷²⁷. In der jüngsten Vergangenheit zeigte sich der EuGH¹⁷²⁸ jedenfalls Schadenersatzansprüchen gegenüber offener¹⁷²⁹. Des weiteren ist eine *stand still*-Phase im Gespräch¹⁷³⁰.

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).

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 vorzugehen¹⁷³¹. 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 sprengt¹⁷³².

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 gezweifelt¹⁷³³. 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 erstellen¹⁷³⁴. Auch der Aspekt der Marktzersplitterung wird hervorgehoben¹⁷³⁵. 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 mache¹⁷³⁶. Dieser Abschreckungseffekt¹⁷³⁷ hätte zur Folge, daß die ohnehin seltene grenzüberschreitende Auftragsvergabe noch weiter zurückgehen würde¹⁷³⁸. Dies konterkariere das Ziel, einen einheitlichen Binnenmarkt für öffentliche Aufträge zu schaffen¹⁷³⁹.

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*, Vergaberecht, § 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.

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 ausdrückte¹⁷⁴⁰, „durchschnittlich gut geführtes Unternehmen“ herangezogen werden. Zu einer guten betrieblichen Organisation gehört aber auch die Erfassung von Daten über die Personalstruktur der Beschäftigten. 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 erfüllen¹⁷⁴¹, 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).

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 Grenzen¹⁷⁴², 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 bringen¹⁷⁴³.

1742 Vgl. *Burgbacher*, VergabeR 2001, 169 (176).

1743 *Arrowsmith*, ELR 2002, 3 (15, 23); *eadem*, LQR 1995, 235 (247); *Bovis*, CMLR 2002, 1025 (1050).