

Die Erfüllung sozialer Vergabekriterien ist den Bieterunternehmen auch individuell zumutbar. Die Bieterunternehmen haben es dank der Publizitäts- und Transparenzvorschriften der Vergaberichtlinien selbst in der Hand, ob sie die sozialen Vergabekriterien erfüllen oder nicht. Ebenso wie in der Privatwirtschaft, wo die Angebote speziell auf die Wünsche des Kunden zugeschnitten werden, haben die Bieterunternehmen ihre Angebote an die „Firmenpolitik“ der öffentlichen Auftraggeber anzupassen. Die erforderliche Erfassung von Daten über die Personalstruktur der Beschäftigten bedeutet keinen übermäßigen Aufwand für die Bieterunternehmen.

F. Vergleich zwischen affirmative action-Maßnahmen und sozialen Vergabekriterien

Auch die vom EuGH anhand von Art. 141 EG und Art. 2 Abs. 1 und 4 RL 76/207/EWG herausgearbeiteten Leitlinien für mitgliedstaatliche *affirmative action*-Maßnahmen sprechen für die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit von sozialen Vergabekriterien. *Affirmative action*-Maßnahmen teilen mit sozialen Vergabekriterien die Wettbewerbssituation um ein soziales Gut (Vergabe eines öffentlichen Auftrags, Arbeitsplatz), bei welcher grundsätzlich der Leistungsaspekt im Vordergrund steht. Auch die jeweils geförderten Gemeinwohlbelange sind identisch. In beiden Fällen ließ sich der EuGH aufgrund einer teleologischen Auslegung der Richtlinienbestimmungen zu einer Rechtsprechungsänderung bewegen. In beiden Fällen scheiterten in der Vergangenheit gesetzgeberische Reformversuche.

Die für *affirmative action*-Maßnahmen typische Pattsituation ist grundsätzlich identisch mit der Fallsituation, die dem Urteil *Französische Schulen* zugrunde lag. In beiden Konstellationen spielt der soziale Aspekt im Entscheidungsprozeß als Hilfskriterium das Zünglein an der Waage. Die Billigung von *affirmative action*-Maßnahmen spricht aber auch für die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien, die als Zuschlagskriterien ausgestaltet sind. Die Anwendung sozialer Zuschlagskriterien gleicht der Konstellation, daß im Wettbewerb um eine Position bei staatlichen Institutionen dem Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts der Vorzug gegeben wird, obwohl die Qualifikationen des männlichen Kandidaten höher einzustufen sind. Das Hauptargument gegen derartige *affirmative action*-Maßnahmen, daß es für das konkret betroffene Individuum nicht zumutbar ist, ohne eine besondere subjektive Verantwortlichkeit benachteiligt zu werden, trifft auf die betroffenen Bieterunternehmen im Fall der Anwendung sozialer Zuschlagskriterien nicht zu. Den Bieterunternehmen, welche die sozialen Vergabekriterien nicht erfüllen, kann Verhaltensverantwortlichkeit zur Last gelegt werden. Denn eine nach Gruppen segregierte Personalstruktur läßt auf eine selektiven Auswahlprozeß schließen. Dazu übernimmt bei sozialen Vergabekriterien die Ausgestaltung als Zuschlagskriterien die abmildernde Wirkung von Pattsituation und Öffnungsklausel. Sind soziale Vergabekriterien als Zuschlagskriterium ausgestaltet, kommt es ebenfalls zu *keiner absolut und automatisch wirkenden Bevorzugung*. Soziale Zuschlagskriterien haben außerdem den Vorteil, daß sie individuell-konkret auf das Anforderungsprofil des öffentlichen Auftragnebers zugeschnitten sind. Nach dem *mainstreaming*-Ansatz sind die öffentlichen Auftraggeber dazu gehalten, innerhalb ihres Verantwortungsbereichs den Bedarf für soziale Vergabekriterien zu klären und ihre Vorgaben stets der sozialen Realität anzupassen. Das Recht des öffentlichen Auftragsvergabe stellt nicht nur ein objektives Verfahren zur Verfügung, das den Anforderungen an *affirmative action*-Maßnahmen ent-

spricht. Das Vergabeverfahren ist die Inkarnation eines solchen objektiven Auswahlverfahrens schlechthin. Ein weiterer Grund, warum man in der vergaberechtlichen Konstellation Regelungstechnisch nicht auf der Stufe der Pattsituation Halt machen kann, ist die Tatsache, daß kaum jemals zwei Angebote identisch und damit gleich betriebswirtschaftlich günstig sein werden. Würden soziale Vergabekriterien lediglich als Hilfskriterien ausgestaltet, kämen sie in der Praxis nie zur Anwendung.

G. Vergabekriterium der Tariftreueverpflichtung

Konstitutive Tariftreueverpflichtungen verstößen nicht gegen die Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 49 EG. Die sogenannte *Mindestlohnrechtsprechung des EuGH* in den Rechtssachen *Rush Portuguesa, Arblade, Finalarte und Mazzoleni und ISA* entfaltet Indizwirkung für die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit von Tariftreueverpflichtungen. Sie sind kein rechtliches *aliud* zu den mitgliedstaatlichen Mindestlohnbestimmungen. Die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit von Tariftreueverpflichtung ist eine Frage der Verhältnismäßigkeit. Zwar bedeutet die an die EG-ausländischen Bieterunternehmen gestellte Forderung, die am Ort der Auftragsausführung geltenden Tariflöhne zu zahlen eine Beschränkung im Sinne von Art. 49. Sie ist jedoch durch den zwingenden *Grund des Allgemeinwohls gerechtfertigt*. Schutzzug ist der *Schutz aller Arbeitnehmer in der Gemeinschaft*.

Einer etwaigen Überforderung der öffentlichen Auftraggeber läßt sich mit einer Regelung abhelfen, wonach diese sich bei einer zentralen Fachbehörde über die in ihrem Verantwortungsbereich geltenden Lohn- und Gehaltstarife informieren können. Die Frage der praktischen Durchsetzung ist kein spezifisches Problem der Tariftreueverpflichtung. Etwaige Kontrolldefizite können dadurch gelöst werden, daß die öffentlichen Auftraggeber sich an spezialisierte Behörden wenden.

Tariftreueverpflichtungen sind als konkret-individuelle Rechtsakte das ideale Instrument, um Einzelfallgerechtigkeit zu erwirken. Tariftreueverpflichtungen können insbesondere den Unterschieden hinsichtlich der Lebenshaltungskosten wie dem lokalen Stadt-Land-Gefälle und dem regionalen Nord-Süd respektive Ost-West-Gefälle gerecht zu werden. Ein Verbot der Tariftreueverpflichtungen würde angesichts der Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten bei der Festsetzung der Mindestlöhne zu widersprüchlichen und nicht sachgerecht Ergebnissen führen. Für die Erforderlichkeit der Tariftreueverpflichtung spricht auch die besondere Bedeutung des Baugewerbes für das Arbeitsmarktstruktur der Mitgliedstaaten. Der Erforderlichkeitsmaßstab des Arbeitnehmerschutzes orientiert sich nicht am kleinsten gemeinsamen Nenner, sondern bemüht sich um eine Optimierung der Sozialstandards. Die Alternativmaßnahme der Losvergabe ist nicht universal einsetzbar und wegen ihres Diskriminierungspotentials auch nicht unbedingt das mildere Mittel.

Im Fall der Anwendung von Tariftreueverpflichtungen ist nur mit moderaten Kostensteigerungen für die öffentlichen Auftraggeber zu rechnen. Solange die Tariftreueverpflichtung keine Rückausnahmen für die inländischen Dienstleister zuläßt, beispielsweise für Bieterunternehmen mit inländischen Firmenarifverträgen, besteht die Vermutung, daß sie keine unverhältnismäßige Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellt. Die Einhaltung der Tariftreueverpflichtung ist den EG-ausländischen Bieterunternehmen auch individuell zumutbar. Aus gemeinschaftlicher Perspektive ist es nicht erstrebenswert, daß die Bieterunternehmen aus Niedriglohnmitgliedstaaten Ausgaben für Transport- und Unterkunft auf Kosten des Ar-