

einschlägigen Gemeinschaftsrechtsnormen. Die „soziale Infiltration“ des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts begann auf der Primärrechtsebene. Unter allen Rechtsquellen des Gemeinschaftsrechts okkupieren die Verträge in der Hierarchie der Gemeinschaftsrechtsordnung die höchste Stellung. Der EG-Vertrag ist ähnlich den nationalen Verfassungen Richtschnur für Auslegung und Anwendung des speziellen, „nachfolgenden Rechts“¹³⁸³. Die unbestimmten Rechtsbegriffe der Vertragstexte sind dank ihrer Ausfüllungsfähigkeit und –bedürftigkeit besonders geeignet, die Gemeinschaftsrechtsordnung gemäß den sozialen, wirtschaftlichen und technologischen Veränderungen zu dynamisieren. Bei der Auslegung und Anwendung von Sekundärrecht gilt daher der deduktive Imperativ: Wenn eine Primärrechtsnorm aufgrund einer Anpassung an die veränderten gesellschaftlichen Bedürfnisse einen Bedeutungswandel vollzieht, dann muß diesen Änderungen erst recht *a maiore ad minus* auf der Ebene des abgeleiteten Sekundärrechts Rechnung getragen werden. Gemäß der gemeinschaftsrechtlichen Normenhierarchie muß sich der Bedeutungswandel des Art. 87 Abs. 1 EG, den der EuGH mit den Urteilen in den Rechtssachen *Ferring* und *Altmark* eingeleitete, daher auch in den auf der Ebene des Sekundärrechts angesiedelten, Vergaberichtlinien widerspiegeln. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, daß sich der Wandel im Beihilfenrecht durchgesetzt hat, obwohl der EG-Vertrag für sozial motivierte staatliche Beihilfen bereits die Rechtfertigungs- und Ausnahmetatbestände des Art. 87 Abs. 3 und 3 EG bereit hält.

Das Argument der Normenhierarchie ist umso gewichtiger¹³⁸⁴, als die Gegner sozialer Vergabekriterien bei dem Versuch, diese als beihilfenrechtlich unzulässig abzustempeln, immer wieder das hierarchische Gefälle zwischen dem primärrechtlichen Beihilfenverbot des Art. 87 Abs. 1 EG und dem Sekundärrecht der Vergaberichtlinien beschworen hatten¹³⁸⁵. Daß sich staatliche Maßnahmen einer Doppelpflicht anhand der Maßstäbe beider Rechtsgebiete unterziehen lassen mußten, war nämlich explizit mit der sekundärrechtlichen Natur der Vergaberichtlinien begründet worden¹³⁸⁶.

D. Vorteile sozialer Vergabekriterien

I. Mobilisierung von Humankapital

Soziale Vergabekriterien lassen sich nicht allein auf einen Kostenfaktor reduzieren. Forscht man nach den Motiven der Mitgliedstaaten, auf die (Re)Integration von Angehörigen gesellschaftlich benachteiligter Gruppen in den Arbeitsmarkt hinzuwirken, offenbaren sich nicht nur Gerechtigkeitsidealen entsprungene, sozialpolitische Ziele, sondern auch wirtschaftliche Interessen. So gewinnt die angesprochene (Re)Integration auch auf betriebswirtschaftlicher Ebene als Faktor Humankapital unter dem Stichwort *diversity management* an Bedeutung¹³⁸⁷. Humankapital kann definiert werden als die Fähigkeiten, die Fertigkeiten sowie das Wissen, das in den Arbeitnehmern verkörpert ist und das durch Ausbildung, Weiterbildung und Erfahrung erworben werden kann¹³⁸⁸. Nach dem *diversity management*-

1383 Callies, in: *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt*, 173 (191).

1384 Vgl. Eilmansberger, WuW 2004, 384 (389).

1385 Reuter, ZIP 2002, 737 (746).

1386 Dippel/Zeiss, NZBau 2002, 376 (376); Reuter, ZIP 2002, 737 (745).

1387 Barmes/Ashtiany, ILJ 2003, 274 (289).

1388 Kommission, abrufbar unter:

Ansatz wirkt sich eine sozial diversifizierte, i.e. eine im Hinblick auf Geschlecht, Alter, Ethnizität, Kultur etc. gemischte Belegschaft positiv auf die betriebliche Leistung aus¹³⁸⁹.

1. Steigerung von Innovation, Kreativität, Loyalität und Produktivität

Soziale Vergabekriterien zur Integration von Langzeitarbeitslosen, Frauen, Auszubildenden, älteren und behinderten Arbeitnehmern sowie Angehörigen ethnischer Minderheiten sind auch bei einer betriebswirtschaftlichen Rechnung sinnvoll. Nach den neuesten Erkenntnissen aus der Personalökonomie und der Arbeits- und Organisationspsychologie, bergen beispielsweise gemischt zusammengesetzte Belegschaften ein gesteigertes Innovations- und Kreativitätspotential¹³⁹⁰. Für *diversity management* spricht auch die Tatsache, daß heterogen strukturierte Gruppen Probleme und schwierige Entscheidungsfragen qualitativ besser lösen als homogene Vergleichsgruppen¹³⁹¹. Außerdem wirkt sich das Bestreben nach einer gemischten Zusammensetzung der Belegschaft positiv auf das Arbeits- und Betriebsklima aus. Wenn nämlich Arbeitnehmer davon überzeugt sind, ihr „Anderssein“ werde nicht nur toleriert, sondern auch geschätzt, revanchieren sie sich mit einem Plus an Loyalität, Produktivität und Engagement¹³⁹². Gemischte Belegschaften tragen auch zu mehr Flexibilität im Unternehmen bei, sie tendieren eher dazu, starre Firmenkulturen aufzubrechen¹³⁹³. Dazu sind heterogene Belegschaften eher in der Lage, sich auf Wünsche und Bedürfnisse der Kunden einzustellen¹³⁹⁴. Ganz konkret sollte eine Belegschaft ein ausgewogenes Verhältnis von älteren und jüngeren Arbeitnehmer aufweisen. Ansonsten geht wichtiges *know-how* verloren. Dies wiederum erschwert die Eingliederung junger Arbeitskräfte, da die Mentoren fehlen und das Wissen nicht weitergegeben werden¹³⁹⁵. Insgesamt optimiert Vielfalt im Unternehmen die Leistungspotentiale der einzelnen Arbeitnehmer¹³⁹⁶ und erhöht die Wettbewerbsfähigkeit¹³⁹⁷.

Immer mehr Firmen denken hierbei in der Kategorie eines *business advantage*¹³⁹⁸. Für sie ist *diversity* eine Geschäfts- und Profitabilitätsentscheidung¹³⁹⁹. Dies gewinnt vor dem Hintergrund an Bedeutung, daß sich der Wirtschaftsstandort Europa im globalen Wettbewerb in erster Linie durch seine hohe Produktivität und seine hohen Qualitätsstandards von seinen Konkurrenten abzuheben versucht.

http://europa.eu.int/comm/employment_social/employment_analysis/human_de.htm.

1389 Nienhüser, Ursachen und Wirkungen betrieblicher Personalstrukturen, 380.

1390 Nienhüser, Ursachen und Wirkungen betrieblicher Personalstrukturen, 407; Sepehri, Diversity and Managing Diversity in internationalen Organisationen, 155; Zeuschel/Thomas, Wirtschaftspsychologie aktuell 2002, 31 (32).

1391 Nienhüser, Ursachen und Wirkungen betrieblicher Personalstrukturen, 396; Sepehri, Diversity and Managing Diversity in internationalen Organisationen, 156; Zeuschel/Thomas, Wirtschaftspsychologie aktuell 2003, 31 (32).

1392 Sepehri, Diversity and Managing Diversity in internationalen Organisationen, 181.

1393 Sepehri, Diversity and Managing Diversity in internationalen Organisationen, 158.

1394 Sepehri, Diversity and Managing Diversity in internationalen Organisationen, 156.

1395 Wirtschafts- und Sozialausschuß, Stellungnahme des zum Thema "Ältere Arbeitnehmer" ABl. 2001, C 14, S. 50 ff, Rdnr. 3.2.3.

1396 Thomas, in: Firmenkultur – Beiträge zur interkultureller Kommunikation und Unternehmenskultur, 25 (36).

1397 Wirtschafts- und Sozialausschuß, Stellungnahme des zum Thema "Ältere Arbeitnehmer", ABl. 2001, C 14, S. 50 ff, Rdnr. 1.5.

1398 Barmes/Ashtiany, ILJ 2003, 274 (295).

1399 Barmes/Ashtiany, ILJ 2003, 274 (278).

2. Idee der corporate social responsibility

Diese Erkenntnisse sind auch der Kommission nicht verborgen geblieben. Sie weist unter dem Stichwort *corporate social responsibility* inzwischen verstärkt auf die positiven Effekte hin, welche eine intensivere Berücksichtigung des Faktors Humankapital auf Produktivität, Gewinne und Wachstum haben kann¹⁴⁰⁰. Direkte positive Effekte von *corporate social responsibility* ergäben sich beispielsweise aus einem besseren Arbeitsumfeld, welches Motivation und Produktivität der Arbeitnehmer steigere, sowie aus einer effizienteren Nutzung der natürlichen Ressourcen¹⁴⁰¹. Indirekte positive Effekte ergäben sich aus einer gesteigerten Attraktivität für Verbraucher und Investoren. Dagegen könne ein diesbezüglicher schlechter Ruf Vermögenswerte wie Image und Marke beeinträchtigen¹⁴⁰². Wie beim Qualitätsmanagement sollten daher die damit verbundenen Aufwendungen als Investitionen betrachtet werden, nicht als Kosten¹⁴⁰³. Angesichts der Tendenz von vielen Unternehmen in der Gemeinschaft, zu wenig in Humankapital zu investieren, forderte die Kommission die öffentlichen Hand in den Mitgliedstaaten auf, derartige Investitionen zu fördern¹⁴⁰⁴.

3. Ergebnis

Die Mobilisierung von Humankapital in Form des *diversity management* führt den privaten Wirtschaftsteilnehmern in der Gemeinschaft einen beträchtlichen Mehrwert zu, da sie ihnen Effizienzgewinne verschafft und langfristig die Wettbewerbsfähigkeit erhöht¹⁴⁰⁵.

II. Soziale Vergabekriterien als Ausfluß des Querschnittsinstruments Mainstreaming

Soziale Vergabekriterien entsprechen auch der wachsenden Bedeutung, die inzwischen gemeinschaftsweit dem auf Art. 2 EG, Art. 3 Abs. 2 EG basierenden¹⁴⁰⁶ und in Art. 127 Abs. 2 EG niedergelegten¹⁴⁰⁷ Querschnittsinstrument des *mainstreaming* beigemessen wird¹⁴⁰⁸.

1400 Kommission, Grünbuch „Europäische Rahmenbedingungen für die soziale Verantwortung der Unternehmen“, KOM (2001), 366 endg., Rdnr. 24.

1401 Kommission, Grünbuch „Europäische Rahmenbedingungen für die soziale Verantwortung der Unternehmen“, KOM (2001), 366 endg., Rdnr. 24.

1402 Kommission, Grünbuch „Europäische Rahmenbedingungen für die soziale Verantwortung der Unternehmen“, KOM (2001), 366 endg., Rdnr. 24.

1403 Kommission, Grünbuch „Europäische Rahmenbedingungen für die soziale Verantwortung der Unternehmen“, KOM (2001), 366 endg., Rdnr. 12.

1404 Kommission, abrufbar unter:
http://europa.eu.int/comm/employment_social/employment_analysis/human_de.htm.

1405 Vgl. Art. 1 Ziel 3 VO 1260/1999/EG des Rates vom 21. Juni 1999 mit allgemeinen Bestimmungen über die Strukturfonds, ABl. 1999, L 161, S. 1 ff.; *Wirtschafts- und Sozialausschuß*, Stellungnahme des zum Thema "Ältere Arbeitnehmer", ABl. 2001, C 14, S. 50 ff, Rdnr. 1.5.

1406 *Pirstner-Ebner*, EuZW 2004, 205 (205); *Tondorf*, WSI-Mitteilungen 2001, 434 (434).

1407 *Schulte*, ZFSH/SGB 2001, 67 (71).

1408 Vgl. *Gurlit*, in: *Recht und Geschlecht*, 153 (170).