

d. Ergebnis

Die *Wienstrom*-Entscheidung, die in der rechtswissenschaftlichen Literatur grundsätzlich auf Zustimmung stieß³²², konsolidiert eine Rechtsprechung, die in der Sache zwar stets konsequent war, jedoch im Hinblick auf Dogmatik und Terminologie bisweilen für Verwirrung sorgte. Im Ergebnis deutet sich in der *Wienstrom*-Entscheidung an, daß umweltbezogene und soziale Vergabekriterien gleich zu behandeln sind. Der nicht-abschließende Charakter der Zuschlagskriterien kann jedenfalls mittlerweile als gesicherte Rechtsprechung gelten³²³.

D. Auslegung der RL 93/37/EWG, RL 93/36/EWG und RL 92/50/EWG

Die Auslegung der gemeinschaftlichen Vergaberichtlinien rotiert im wesentlichen um die Frage, ob die dort aufgezählten Auswahlkriterien im Sinne eines abschließenden Katalogs aufzufassen sind oder für zusätzliche Kriterien offen stehen. Als Einfallstor für eine Integration sozialer Vergabekriterien bot sich (und bietet sich noch heute³²⁴) der unbestimmte Rechtsbegriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots an. Die Lösung der vorstehenden Frage hängt also davon ab, was unter diesem Begriff zu verstehen ist. Dahinter verbirgt sich wiederum die Frage, ob der Staat und seine Untergliederungen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge wie ein privater Nachfrager aufzutreten haben oder ob die Bewertung von Angeboten aus makro- bzw. sozioökonomischer Perspektive vorzunehmen ist, welche die Gesamtheit der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Zusammenhänge berücksichtigt.

I. Wortlautanalyse

1. Definition und Funktion

Die Wortlautauslegung zielt darauf ab, den Sinn der zu interpretierenden Norm unter Berücksichtigung des allgemeinen Sprachgebrauchs zu ermitteln³²⁵. Seit den Entscheidungen des EuGH in den Rechtssachen *CILFIT* und *Ecro* steht zudem fest, daß ein unbestimmter Rechtsbegriff stets gemeinschaftsrechtlich determiniert ist, da das Gemeinschaftsrecht eine eigene Terminologie verwendet³²⁶ und daher einer autonomen gemeinschaftsdimensionierten Auslegung bedarf³²⁷.

2. Kein explizites Verbot sozialer Vergabekriterien

Die Struktur der drei ehemaligen klassischen Vergaberichtlinien war mit Art. 30 Abs. 1 RL 93/37/EWG, Art. 26 Abs. 1 RL 93/36/EWG und Art. 36 Abs. 1 RL 92/50/EWG ebenso wie die neuen Vergaberichtlinien³²⁸ dadurch gekennzeichnet, daß die öffentlichen Auftraggeber

322 Vgl. *Dageförde*, AbfallR 2004, 36 (37).

323 Vgl. *EuGH*, Rs. C-315/01 (GAT), Slg. 2003, I-6351, Rdnr. 63.

324 Vgl. Art. 53 Abs. 1 lit. a und lit. b RL 2004/18/EG; Art. 55 Abs. 1 lit. a und b RL 2004/17/EG.

325 *Anweiler*, Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 83, 145.

326 *EuGH*, Rs. 283/81 (CILFIT), Slg. 1982, 3415 ff., Rdnr. 19.

327 *EuGH*, Rs. 327/82 (Ekro), Slg. 1984, 107 ff., Rdnr. 11.

328 Art. 53 Abs. 1 lit. a und lit. b RL 2004/18/EG; Art. 55 Abs. 1 lit. a und b RL 2004/17/EG.

vor die Alternative gestellt sind, entweder das Kriterium des niedrigsten Preises anzuwenden oder aber sich auf das Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots zu stützen. Ausgangspunkt muß die auch von Gegnern sozialer Vergabekriterien anerkannte³²⁹ Feststellung sein, daß RL 93/37/EWG, RL 93/36/EWG und RL 92/50/EWG *expressis verbis* weder ein Verbot noch ein Gebot sozialer Vergabekriterien enthielten³³⁰. Sie standen der Verfolgung sozialer Ziele gleichsam indifferent gegenüber³³¹. Ob eine Richtlinie abschließend ist oder nicht, kann ausdrücklich geregelt sein. Wenn dies nicht der Fall ist, folgt daraus, daß die Vergaberichtlinien nur hinsichtlich ihrer Ziele verbindlich sind³³². In diesem Zusammenhang ist das – sich auf die Präambeln der ehemaligen Vergaberichtlinien berufende – Argument nicht ausschlaggebend, die Vergaberichtlinien hätten ein Regime „gemeinsamer Vorschriften“³³³ geschaffen, so daß sie auch zwangsläufig als abschließend einzustufen seien³³⁴.

3. Der unbestimmte Rechtsbegriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots

a. Neutralität des Begriffs der Wirtschaftlichkeit

Nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten handelt, wer auf ein möglichst günstiges Verhältnis zwischen dem verfolgten Zweck und dem eingesetzten Mittel setzt – entweder durch den geringsten Einsatz von Mitteln für ein bestimmtes Ergebnis (Kostenminimierungsprinzip) oder durch die optimale Zweckerfüllung beim Einsatz von bestimmten Mitteln (Nutzenmaximierungsprinzip)³³⁵. Die öffentliche Auftragsvergabe orientiert sich am Kostenminimierungsprinzip. Die öffentlichen Auftraggeber verfolgen mit der Ausschreibung das Ziel, dasjenige Bieterunternehmen zu identifizieren, das gewillt ist, die gewünschte Leistung unter geringst möglichem Kosteneinsatz für die Allgemeinheit zu erbringen³³⁶.

Allerdings, und das wird häufig übersehen, verwendet man in den Wirtschaftswissenschaften keinen einheitlichen Wirtschaftlichkeitsbegriff, sondern unterscheidet zwischen betriebs- und volkswirtschaftlichem Handeln³³⁷. Wirtschaftlichkeit im Sinne der Betriebswirtschaftslehre bedeutet, in die Zweck-Mittel-Relation lediglich *eine* Wirtschaftseinheit bzw. *eine* Investition miteinzubeziehen. Wirtschaftlichkeit im Sinne der Volkswirtschaftslehre, insbesondere der Wohlfahrtsökonomie, bedeutet dagegen, bei der Zweck-Mittel-Relation *alle* (staatlichen) *Aktivitäten* sowie *sämtliche Kosten und Nutzen* zu berücksichtigen³³⁸. Vergegenwärtigt man sich die beiden Bedeutungen des Ausdrucks, ist zu konstatieren, daß der Terminus selbst noch keine definitive Aussage darüber trifft, ob die Wirtschaftlichkeit des Angebots aus makro- bzw. sozioökonomischer Perspektive oder aus betriebswirtschaftlicher Sicht zu beurteilen ist.

329 Götz, Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, 169; *idem*, EuR 1999, 621 (623); Karenfort/v. Koppensfels/Siebert, BB 1999, 1825 (1830).

330 Breloer, Europäische Vorgaben und das deutsche Vergaberecht, 76; Meyer, Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 549.

331 Ziekow, NZBau 2001, 72 (76).

332 Gleichner, in: Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. IV, 193 (235).

333 RL 93/37/EWG, 11. Erwägungsgrund; RL 93/36/EWG, 13. Erwägungsgrund.

334 Schenk, Das neue Vergaberecht, 65.

335 Bultmann, Beihilfenrecht und Vergaberecht, 176; Puhl, VVDStRL 2001, 456 (489).

336 Nicolaidis, Intereconomics 2002, 190 (195).

337 Breloer, Europäische Vorgaben und das deutsche Vergaberecht, 87; Opitz, NZBau 2001, 12 (13).

338 Opitz, NZBau 2001, 12 (13).

Das von der Kommission³³⁹ und den Gegnern sozialer Vergabekriterien ins Feld geführte³⁴⁰ *best-value-for-public-money*-Prinzip verlangt eine optimale Zweck-Mittel-Relation zwischen dem verfolgten Zweck und den eingesetzten Mitteln³⁴¹. Das Stichwort *best-value-for-public-money* hilft jedoch nicht dabei zu ermitteln, was die Ziele des Vergaberechts sind³⁴². Die Aussage: *In terms of best-value-for-public-money the yardstick is not the overall benefit for the purchasing authorities taken as a whole*³⁴³ ist bereits eine Auslegung. Auch der in Art. 26 RL 93/36/EWG erwähnte Relativsatz „der verschiedenen Kriterien, die je nach Auftrag wechseln“ sowie die in Art. 30 Abs. 1 lit. a RL 93/37/EWG und Art. 36 Abs. 1 lit. a RL 92/50/EWG vorkommenden Attribute der „verschiedenen, auf den Auftrag bezogenen Kriterien“ bedeuten nicht zwingend, daß die Kriterien betriebswirtschaftlicher Natur sein müssen³⁴⁴.

b. Betriebswirtschaftliche Konnotation durch Alternativ- und Subkriterien

Dem Wertungspotential, das dem Begriff der Wirtschaftlichkeit immanent ist, werden jedoch in zweierlei Hinsicht Grenzen gesetzt. Zum einen ist zu berücksichtigen, daß dem wirtschaftlich günstigsten Angebot eine gleichwertige, i.e. auf der gleichen Ebene angesiedelte Alternative, nämlich das Kriterium des niedrigsten Preises gegenübersteht, das unbestreitbar ein betriebswirtschaftliches Merkmal ist. Es wäre daher nur konsistent, beiden Kriterien dieselbe Stoßrichtung zu unterstellen.

Zum anderen sprechen auch die den Terminus des wirtschaftlich günstigsten Angebots näher konkretisierenden Subkriterien für eine derartige Interpretation³⁴⁵. Zwar waren die für die Bestimmung der Wirtschaftlichkeit heranzuziehenden Subkriterien ihrerseits zu einem gewissen Grad wertungsoffen und haben – angezeigt durch die Einleitung „wie z.B.“ oder „wie etwa“ – Regelbeispielcharakter³⁴⁶. Jedoch hatten sie inhaltlich gemeinsam, daß sie sich sämtlich auf das Produkt oder die Dienstleistung beziehen³⁴⁷. Es handelte sich um Merkmale, für die ein privater Nachfrager auf dem freien Markt unter Marktbedingungen bereit wäre, Geld zu investieren, weil sie die Aussicht in sich bergen, daß die Investition sich amortisieren wird. Kurz, sie hatten allesamt betriebswirtschaftlichen Charakter³⁴⁸.

4. Ergebnis der Wortlautanalyse

Der Wortlaut legte daher die restriktive Auslegung nahe, daß öffentlichen Aufträge nur anhand produktbezogener, nicht aber anhand produktionsbezogener Auswahlkriterien vergeben

339 *Kommission*, Mitteilung vom 28. November 2001 über das auf das Öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, KOM (2001), 274 endg., ABl. 2001, C 333, S. 13 ff., Rdnr. 3.

340 *Martín-Ehlers*, WuW 1999, 685 (685); *Weinacht*, WuW 2000, 382 (383).

341 *Kühling*, VerwArch 2004, 337 (355).

342 *Kühling*, VerwArch 2004, 337 (356).

343 *Neumayr*, PPLR 2002, 215 (219).

344 *Kling*, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 178.

345 Vgl. *Meyer*, Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 269; *Ziekow*, VergabeR 2003, 1 (5).

346 *Bovis*, CMLR 2002, 1025 (1035); *Schumacher*, DVBl. 2000, 467 (468).

347 *GA Darmon*, Rs. 31/87 (Beentjes), Slg. 1988, 4643 Rdnr. 35.

348 *Heid*, wbl 1998, 194 (196); *Puhl*, VVdSTRL 2001, 456 (491).

werden können³⁴⁹, mit der Folge, daß der geschriebene Katalog der Vergaberichtlinien auch nur um Kriterien derselben Kategorie, i.e. durch produktbezogene Kriterien, ergänzt werden kann³⁵⁰.

5. Eingeschränkte Bedeutung der Wortlautanalyse als Auslegungsmethode

Allerdings wurde in der Diskussion um die Vergaberichtlinien bisher gänzlich vernachlässigt, daß der Wortlautanalyse im Kanon der gemeinschaftlichen Auslegungsmethoden lediglich eine nachrangige Bedeutung zukommt³⁵¹. Genauer gesagt konstituiert der Wortlaut – nicht zuletzt wegen des Problems der Mehrsprachenthauthentizität – im Gemeinschaftsrecht nicht automatisch die Grenze der Auslegung³⁵². Vom eindeutigen Wortlaut darf abgewichen werden, wenn „andere zwingende Gesichtspunkte für eine weite, über den Wortlaut der Norm hinausgehende Auslegung vorliegen“³⁵³. Nach Auffassung des EuGH ist aus der Gegenwartsperspektive der „vom Willen des Normgebers losgelöste, objektivierte Sinn“³⁵⁴ der Gemeinschaftsnormen zu herauszufiltern. Der EuGH sieht den Wortlaut nur dann als Obergrenze der Auslegung an, wenn durch die Aufgabe der Garantiefunktion des Wortlauts Grundrechtspositionen der Gemeinschaftsbürger bedroht würden³⁵⁵. Wegen der begrenzten Bedeutung der Wortlautanalyse als Auslegungsmethode kann ihr Ergebnis auch nur beschränkte Indizwirkung für die Frage der Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien haben.

II. Historische Auslegung

1. Rechtsgrundlagen und Begründungserwägungen der Vergaberichtlinien

Bei der historischen Auslegung im Gemeinschaftsrecht ist der Sinn zu ermitteln, welchen der Gemeinschaftsgesetzgeber der Norm *im Zeitpunkt ihres Erlasses* beigemessen hat³⁵⁶. Besonders ergiebig für die historische Auslegung sekundärrechtlicher Normen sind die

349 GA Darmon, Rs. 31/87 (Beentjes), Slg. 1988, 4643 Rdnr. 35; *Kommission*, Mitteilung vom 22. September 1989 „Öffentliches Auftragswesen – Regionale und soziale Aspekte“, ABl. 1989, C 311, S. 7 ff., Rdnr. 47; vgl. *Boesen*, Vergaberecht, § 97, Rdnrn. 113, 120; *Bultmann*, ZfBR 2004, 134 (136); *Dörr*, JZ 2004, 703 (710); *Dreher*, ZVgR 1999, 289 (290); *idem*, in: Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum GWB, § 97, Rdnr. 146; *Frenz*, WuW 2002, 352 (354, 357); *Gleichner*, in: Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. IV, 193 (233); *Götz*, Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europa, 158; *idem*, EuR 1999, 621 (631); *Heid*, wbl 1998, 194 (196); *Kämmerer/Thüsing*, ZIP 2002, 596 (597); *Karenfort/v. Koppenfels/Siebert*, BB 1999, 1825 (1831); *Kling*, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 178, 180; *Lehne/Haak*, ZfBR 2002, 656 (658); *Löwisch*, DB 2001, 1090 (1094); *Martin-Ehlers*, WuW 1999, 685 (692); *Meyer*, Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 269; *Neßler*, DÖV 2000, 145 (149); *Opitz*, NZBau 2001, 12 (14); *Pietzcker*, ZHR 1998, 427 (466); *Puhl*, VVdSTRL 2001, 456 (497); *Rittner*, EuZW 1999, 677 (679); *Seifert*, ZfA 2001, 1 (26); *Westphal*, PPLR 1999, 1 (10); *Wittig*, Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts, 52.

350 *Frenz*, WuW 2002, 352 (357); *Prieß*, Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union, 104.

351 *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. II, 28.

352 Vgl. *Anweiler*, Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 171; *Wegener*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.) (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, Art. 220, Rdnr. 7.

353 *EuGH*, Rs.107/84 (Kommission/Deutschland), Slg. 1985, 2655, Rdnr. 12.

354 *Anweiler*, Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 61.

355 *Anweiler*, Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 407.

356 *Anweiler*, Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 246.