

fahren um Aspekte an, die über eine rein betriebswirtschaftliche Bedarfsdeckung hinausgehen⁴⁴⁶.

8. Ergebnis zur systematischen Auslegung

Die Untersuchung des engeren Normzusammenhangs der ehemaligen⁴⁴⁷ und aktuellen Zuschlagsnormen⁴⁴⁸ zeichnete ein differenziertes Bild von der Ausrichtung der öffentlichen Auftragsvergabe. Bezieht man die Losvergabe in die Analyse mit ein, erscheint es kurzfristig, das Vergaberecht schlicht als am betriebswirtschaftlich orientiertes Beschaffungssystem der öffentlichen Hand zu begreifen. Bei der fakultativen Losvergabe zur Förderung des Mittelstandes handelt es sich letztendlich ebenso wie bei den sozialen Vergabekriterien um eine Wertentscheidung der öffentlichen Hand. Insgesamt präsentiert sich der engere Normzusammenhang der Zuschlagsvorschriften gegenüber sozialen Vergabekriterien als durchaus ambivalent⁴⁴⁹.

IV. Teleologische Auslegung

1. Definition und Funktion

Die Berücksichtigung nicht-wirtschaftlicher Aspekte im Vergaberecht läßt sich in erster Linie mit teleologischen Argumenten begründen⁴⁵⁰. Das Ziel der teleologischen Auslegung liegt in der Erforschung des sogenannten objektiven Sinngehalts der Norm. Das rasante Entwicklungstempo moderner Informations- und Dienstleistungsgesellschaften, welche die Gemeinschaft ausmachen, verlangt eine Auslegung, die sich jeweils am aktuellen Stand der gesellschaftlichen Entwicklung orientiert. Angesichts der erwähnten Schwächen der konkurrierenden Auslegungsmethoden hat der EuGH⁴⁵¹ mit dem Segen der Literatur⁴⁵² die teleologische Auslegung zur Königsdisziplin unter den Auslegungsmethoden gekürt, um die Gemeinschaftsrechtsordnung auch „über den Buchstaben der Norm hinaus zu verwirklichen“⁴⁵³. Nach Auffassung des EuGH ist jede Vorschrift des Gemeinschaftsrechts im Lichte des gesamten Gemeinschaftsrechts, seiner Ziele und seines Entwicklungsstandes zur Zeit der Anwendung der betreffenden Vorschrift auszulegen⁴⁵⁴. Maßstab für die teleologische Auslegung sind der EU- und EG-Vertrag als Gemeinschaftsverfassung⁴⁵⁵ („Verfassungsurkunde

446 *Burgi*, NZBau 2001, 64 (67); *Noch*, Vergaberecht und subjektiver Rechtsschutz, 76; *Riese*, Vergaberecht, 211; *Rittner*, EuZW 1999, 677 (678).

447 Art. 30 Abs. 1 lit. b RL 93/37/EWG; Art. 26 Abs. 1 lit. b RL 93/36/EWG; Art. 36 Abs. 1 lit. a RL 92/50/EWG; Art. 34 RL 93/38/EWG.

448 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.

449 *Arrowsmith/Fernández-Martin*, ELR 1993, 323 (340).

450 *Kühling*, VerwArch 2004, 337 (348).

451 Vgl. *EuGH*, Rs. 6/72 (Continental Can), Slg. 1973, 215, Rdnr. 7; Rs. 202/88 (Frankreich/Kommission – Endgeräte), Slg. 1991, I-1223, Rdnr. 41; Rs. C-303/02 (Haackert), Slg. 2004, I-14527, Rdnr. 17; Rs. C-230/02 (Grossmann Air Service), Slg. 2004, I-14527, Rdnr. 35.

452 *Kling*, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 163; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. II, 67; *Schwarze*, in: *Schwarze* (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 220, Rdnr. 27.

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

454 *EuGH*, Rs. 283/81 (CILFIT), Slg. 1982, 3415, Rdnr. 20.

455 *Zuleeg*, BB 1994, 581 (582).

der Gemeinschaft“⁴⁵⁶), insbesondere die allgemeinen Ziele gemäß Art. 2 EU und Art. 2 EG sowie die speziellen sektoriellen Ziele des EG-Vertrages⁴⁵⁷. Sie konstituieren die gemeinschaftliche Wertordnung und verkörpern gleichzeitig die Vision von der zukünftigen Gestalt der Gemeinschaft.

2. Verquickung von systematischer und teleologischer Auslegung

Diese Finalität der Gründungsverträge gepaart mit der Normenhierarchie zwischen Primär- und Sekundärrecht führt dogmatisch zu einer besonderen Symbiose bzw. Fusion von teleologischer und systematischer Auslegung. Die Normen des EG-Vertrags bestimmen die Zielrichtung des sie konkretisierenden Sekundärrechts. Wenn daher für die systematische Auslegung Normen der höheren Hierarchiestufe, i.e. des Primärrechts, herangezogen werden als der Normenkomplex, dem die auszulegende Norm entstammt, dann geht die systematische Auslegung in die teleologische Auslegung über. Diese primärrechtskonforme Auslegung stellt im Grunde nichts anderes als einen besonderen Anwendungsfall der systematischen Methode dar⁴⁵⁸. Anstelle des Wortlauts ist im Gemeinschaftsrecht die Mischung aus Regelungszusammenhang und Telos der Norm entscheidend⁴⁵⁹. Der sich anschließende Vergleich zwischen Beihilfen- und Vergaberecht⁴⁶⁰ ist ein Beispiel für die Verquickung von systematischer und teleologischer Auslegung.

3. Dynamische Natur der Gemeinschaftsrechtsordnung

Die zweite spezifische Besonderheit der Gemeinschaftsrechtsordnung ist, daß diese sich über die Ziele des Art. 2 EG sowie das Metaziel der „Verwirklichung einer immer engeren Union“ gemäß Art. 1 EU und „eines immer engeren Zusammenschlusses der europäischen Völker“ gemäß der Präambel des EU-Vertrages⁴⁶¹ definiert und daher in hohem Maße integrations- und zukunftsbezogen ausgestaltet ist. EG- und EU-Vertrag haben einen dynamischen, *open-ended* Integrationsprozeß in Gang gesetzt und die fortschreitende Integration zu einem „Rechtsprinzip der Gemeinschaft“ erhoben. Die teleologische Auslegung hat daher der Finalität der Verträge und dem inhärenten „Integrationsprogramm“⁴⁶² Rechnung zu tragen⁴⁶³. Um der dynamischen Natur der Gemeinschaftsrechtsordnung gerecht zu werden, hat sich die teleologische Auslegung – über den aktuellen Stand der Entwicklung der Gemeinschaftsrechtsordnung hinaus – an dem Ziel einer fortschreitenden Integration zu orientieren.

456 *EuGH*, Rs. 294/83 (*Les Verts/EP*), Slg. 1986, 1339, Rdnr. 23; Gutachten 1/91 (Schaffung des Europäischen Wirtschaftsraums), Slg. 1991, I-6079, Rdnr. 21; Rs. C-15/00 (*Kommission/BEI*), Slg. I-7281, Rdnr. 75; *EuG*, T-222/99 (*Martinez und de Gaulle/EP*), Slg. 2001, II-3397, Rdnr. 48.

457 *Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, Bd. II, 78; *Wegener*, in: *Callies/Ruffert* (Hrsg.) (Hrsg.), *EUV/EGV-Kommentar*, Art. 220, Rdnr. 9.

458 Vgl. *Anweiler*, *Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, 186; *Streinz*, in: *Streinz* (Hrsg.), *EUV/EGV-Kommentar*, Art. 2, Rdnr. 18.

459 Vgl. *EuGH*, Rs. 327/82 (*Ekro*), Slg. 1984, 107 ff., Rdnr. 11; C-245/01 (*RTL Television*), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 81.

460 *Infra*: S. 83 ff.

461 Präambel, EU-Vertrag, 1. und 13. Erwägungsgrund.

462 *Huber*, in: *Streinz* (Hrsg.), *EUV/EGV-Kommentar*, Art. 220, Rdnr. 21.

463 *Anweiler*, *Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, 35, 236; *Kling*, *Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen*, 163; *Wegener*, in: *Callies/Ruffert* (Hrsg.), *EGV/EUV-Kommentar*, Art. 220, Rdnr. 9.

Nach diesem Verständnis dient jeder unbestimmte Rechtsbegriff der stufenweisen Verwirklichung der Gemeinschaftsziele und ist darauf ausgerichtet, angesichts der Unvorhersehbarkeit gesellschaftlicher Entwicklungen einerseits und des langwierigen Normsetzungsprozesses andererseits auf Dauer die Manövrierfreiheit der Gemeinschaft zu sichern. Unbestimmte Rechtsbegriffe stellen daher für den EuGH gleichsam ein „Integrationsreservoir“⁴⁶⁴ dar, das mit den Gemeinschaftszielen anzureichern ist.

4. Telos der Vergaberichtlinien

Den Vergaberichtlinien ist die Funktion zugewiesen, den durch die Grundfreiheiten gesetzten ordnungspolitischen Rahmen des EG-Vertrags auszufüllen und zu konkretisieren⁴⁶⁵. Ziel der Grundfreiheiten ist unstreitig die Realisierung des Binnenmarktes⁴⁶⁶. Es ist immer wieder behauptet worden, daß die Einführung sozialer Vergabekriterien die Ziele der Vergaberichtlinien konterkariere⁴⁶⁷. Die Bewertung sozialer Vergabekriterien hängt allerdings davon ab, über welche Zwischenziele das Ziel der Realisierung des Binnenmarktes im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe erreicht werden soll.

a. Kein gemeinschaftliches Gebot sparsamer Haushaltsführung

So vertritt ein Teil in der Literatur den Standpunkt, die Vergaberichtlinien wollten mit der Beschränkung auf das wirtschaftlich günstigste Angebot die Sparsamkeit der Haushaltsführung im Vergabeverfahrens fördern⁴⁶⁸. Da sich der Gemeinschaftsgesetzgeber dieses aus den nationalen Vergaberechtsordnungen entlehnten Begriffs bediente, hätte er sich auch das Ziel sparsamer Haushaltsführung zu eigen gemacht⁴⁶⁹. Dadurch daß die Mitgliedstaaten bei der Vergabe öffentlicher Aufträge Einsparungen erzielen, die wiederum dem Steuerzahler und Verbraucher zugute kommen, werde dem Grundsatz *best value for public money* am besten Rechnung getragen⁴⁷⁰.

Eine sparsame Haushaltsführung ist angesichts des prekären Schuldenstandes der öffentlichen Hand durchaus angesagt. Allein in der Bundesrepublik Deutschland beläuft sich das Defizit der öffentlichen Hand auf 1,3 Billionen EUR – das sind circa 15.710 EUR pro Kopf⁴⁷¹ – und steigt pro Sekunde um 2241 EUR⁴⁷². Es grassiert das süße Gift der Subventionitis⁴⁷³. Jährlich werden auf Druck der Lobbyverbände mehrstellige Milliardenbeträge für Subventionen ausgegeben, die nur durch Schulden – also durch Steuern zu Lasten künftiger Generationen

464 Anweiler, Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 60.

465 Noch, Vergaberecht und subjektiver Rechtsschutz, 21.

466 Vgl. Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 2.

467 Gerken/Löwisch/Rieble, BB 1995, 2370 (2372); Gleichner, in: Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. IV, 193 (237, 243); Götz, Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, 162; Hailbronner, WiVerw 1994, 173 (205); Heid, wbl 1998, 194 (196); Karenfort/Koppenfels/Siebert, BB 1999, 1825 (1831); Kling, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 206; Meyer, Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 235; Rechten, NZBau 2004, 366 (369, 374); Rittner, EuZW 1999, 677 (679); Seidel, EuZW 2000, 762 (763).

468 Stolz, Das öffentliche Auftragswesen, 92, 100; Brenner, JbUTR 1997, 141 (153).

469 Gleichner, in: Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. IV, 193 (238).

470 Schwarze, EuZW 2000, 133 (135); Westphal, PPLR 1999, 1 (14).

471 Abrufbar unter: www.steuerzahler.de.

472 Kilb, JuS 2003, 1072 (1072).

473 Bultmann, Beihilfenrecht und Vergaberecht, 253; Kilb, JuS 2003, 1072 (1072)

nen – finanziert werden können. Jeder sechste Euro im Bundeshaushalt von insgesamt 40 Milliarden EUR jährlich wird bereits für Zinszahlungen ausgegeben. Die Reduzierung der Ausgaben durch Subventionsabbau ist also an sich unverzichtbar⁴⁷⁴.

Der Annahme, daß die Vergaberichtlinien in erster Linie das Ziel einer sparsamen Haushaltsführung verfolgen, steht jedoch entgegen, daß das Gebot der sparsamen Haushaltsführung nicht nur dem nationalen Recht entstammt⁴⁷⁵, sondern darüber hinaus zu den Kernelementen originär mitgliedstaatlicher Kompetenzen gehört. Zudem findet das Gebot der sparsamen Haushaltsrechtsführung in den Erwägungsgründen der Vergaberichtlinien keine Erwähnung⁴⁷⁶. Die allgemeine Haushaltsdisziplin der Mitgliedstaaten gemäß Art. 104 Abs. 1 EG, übermäßige öffentliche Defizite zu vermeiden⁴⁷⁷, hat auf die Ausrichtung der vergaberechtlichen Vorschriften keinen Einfluß. Die gemeinschaftsrechtliche Haushaltsdisziplin findet gemäß Art. 104 Abs. 2 EG erst bei sogenannten schwerwiegenden Fehlern Anwendung. Der Normzweck der Vergaberichtlinien besteht daher nicht darin, die öffentlichen Auftraggeber zu einem sparsamen Umgang mit Haushaltsmitteln anzuhalten.

b. Ziel der Wettbewerbsöffnung

Im Kontext der öffentlichen Auftragsvergabe muß das Ziel der Realisierung eines einheitlichen, große Absatzmärkte erschließenden Binnenmarktes anhand der vergaberechtlichen Grundsätze ausgelegt werden. In den aktuellen⁴⁷⁸ und den ehemaligen⁴⁷⁹ Vergaberichtlinien ist das Ziel, für das Vergabeverfahren Transparenz zu erreichen, allgegenwärtig. Die Transparenz- und Publizitätsvorschriften der Vergaberichtlinien garantieren allen Bieterunternehmen Zugang zu den für den jeweiligen öffentlichen Auftrags relevanten Informationen und schaffen kontrollierbare Entscheidungsmaßstäbe. Es gibt kaum eine vergaberechtliche Entscheidung des EuGH, welche nicht das Transparenzprinzip für die Auslegung als „Leitprinzip des Vergaberechts“⁴⁸⁰ herausstellt⁴⁸¹. Transparenz gilt unumstritten als das Hauptinstrument, um den Binnenmarkt zu realisieren⁴⁸².

Das Transparenzprinzip wurzelt im Metaprinzip der Gemeinschaft, dem in Art. 12 EG verankerten Diskriminierungsverbot. Beide Grundsätze werden meist in einem Atemzug genannt⁴⁸³. Nach Ansicht des EuGH schließt das Diskriminierungsverbot die Verpflichtung zur

474 Kilb, JuS 2003, 1072 (1072).

475 Vgl. Kling, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 93; Schäfer, Öffentliche Belange im Auftragswesen und Europarecht, 251.

476 Arrowsmith, ELR 2002, 3 (7).

477 Gleichner, in: Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. IV, 193 (243).

478 Vgl. Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungen 2, 12, 14, 35, 39, 46; Art. 35 ff. RL 2004/18/EG; Präambel RL 2004, Erwägungen 9, 20, 22, 46, 55; Art. 41 ff. RL 2004/17/EG.

479 Vgl. Erwägung 3 RL 89/665/EWG; Erwägung 8 und Art. 11 ff. RL 93/37/EWG; Art. 22 ff. RL 93/38/EWG; Erwägung 9 und Art. 9 ff. RL 93/36/EWG; Art. 15 ff. RL 92/50/EWG.

480 Vgl. Koenig/Kühling, NVwZ 2003, 779 (780).

481 EuGH, Rs. C-283/00 (Kommission/Spanien), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 73; Rs. C-237/99 (Kommission/Frankreich), Slg. 2001, I-939, Rdnrn. 41 ff.; Rs. C-470/99 (Universale-Bau), Slg. 2002, I-11617, Rdnrn. 51 ff.; Rs. C-214/00 (Kommission/Spanien), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 53; Rs. C-373/00 (Adolf Truley), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 43; Rs. C-285/99 und C-286/99 (Impresa Lombardini), Slg. 2001, I-9233, Rdnr. 38; Rs. C-275/98 (Unitron Scandinavia und 3-S), Slg. 1999, I-8291, Rdnr. 31; Rs. C-324/98 (Teleaustria), Slg. 2000, I-10745, Rdnr. 61.

482 Arrowsmith, ELR 2002, 3 (5).

483 EuGH, Rs. C-285/99 und C-286/99 (Impresa Lombardini), Slg. 2001, I-9233, Rdnr. 38; Rs. C-275/98 (Unitron Scandinavia und 3-S), Slg. 1999, I-8291, Rdnr. 31; Rs. C-324/98 (Teleaustria), Slg. 2000, I-10745, Rdnr. 61. Rs. C-448/01 (EVN und Wienstrom), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 41; Rs. C-183/00 (Stra-

Transparenz ein, damit festgestellt werden kann, ob es beachtet worden ist⁴⁸⁴. Das Diskriminierungsverbot wird damit von den verfahrensrechtlichen Vorgaben des Transparenzprinzips („ein angemessener Grad an Öffentlichkeit“⁴⁸⁵) gleichsam flankiert. Diese auch in der Literatur anerkannte⁴⁸⁶ Symbiose kommt insbesondere in Art. 2 RL 2004/18/EG und Art. 10 RL 2004/17/EG zum Ausdruck, wonach die öffentlichen Auftraggeber alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und nichtdiskriminierend behandeln und in transparenter Weise vorgehen müssen.

Nach Ansicht der Kommission verpflichtet das Diskriminierungsverbot deshalb zu Transparenz und Publizität, *weil diese Wettbewerbsoffenheit garantieren*⁴⁸⁷. Dies geht auf die Rechtsprechung des EuGH zurück, der mittlerweile nicht nur von einer „doppelten Zielsetzung“ der Wettbewerbsöffnung und der Transparenz spricht⁴⁸⁸, sondern unter Beifall der Literatur⁴⁸⁹ den Marktöffnungsgedanken zum zentralen Prinzip des Vergaberechts erhoben hat⁴⁹⁰. Diese Wettbewerbsoffenheit bedeutet, daß alle Wirtschaftsteilnehmer die gleiche Start- und Ausgangsposition haben, und ist daher im Sinne von Chancengleichheit zu interpretieren. Transparenz führt zu mehr Chancengleichheit⁴⁹¹ und natürlich auch zu mehr Preiswettbewerb⁴⁹². Studien der Kommission, welche die von den öffentlichen Auftraggebern für bestimmte listengeführte Produkte und Dienstleistungen gezahlten Preise zu Gegenstand hatten⁴⁹³, beweisen, daß die Preise sich um 40% erhöhen, wenn die öffentlichen Aufträge nicht ausgeschrieben werden⁴⁹⁴.

bag/Benelux), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 39; GA *Stix-Hackl*, Schlußanträge Rs. C-57/01 (Makedoniko Metro und Michaniki), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 64.

484 Vgl. *EuGH*, Rs. C-19/00 (SIAC Construction), Slg. 2001, I-7725, Rdnr. 41; Rs. C-275/98 (Unitron Scandinavia und 3-S), Slg. 1999, I-8291, Rdnr. 31; Rs. C-92/00 (HI), Slg. 2002, I-5553, Rdnr. 45; Rs. C-324/98 (Teleaustria), Slg. 2000, I-10745, Rdnr. 61; Rs. C-373/00 (Adolf Truley), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 42; Rs. C-243/89 (Kommission/Dänemark), Slg. 1993, I-3353, Rdnr. 33; Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-14527, Rdnr. 81.

485 *EuGH*, Rs. C-324/98 (Teleaustria), Slg. 2000, I-10745, Rdnr. 62.

486 Vgl. *Koenig/Kühling*, NVwZ 2003, 779 (780); *Koenig/Pfromm*, NZBau 2004, 375 (378); *Kühling*, VerwArch 2004, 337 (346).

487 Vgl. *Kommission*, 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, S. 210 ff., zu Abänderung 147.

488 *EuGH*, Rs. C-283/00 (Kommission/Spanien), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 73; Rs. C-237/99 (Kommission/Frankreich), Slg. 2001, I-939, Rdnrn. 41 ff.; Rs. C-470/99 (Universale-Bau), Slg. 2002, I-11617, Rdnrn. 51 ff.; Rs. 214/00 (Kommission/Spanien), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 53; Rs. C-373/00 (Adolf Truley), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 43.

489 Vgl. *Arrowsmith*, ELR 2002, 3 (7); *Bauer*, EuZW 2001, 748 (751); *Brenner*, JbUTR 1997, 141 (160); *Gleichner*, in: Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. IV, 193 (242); *Herma*, Natur und Recht 2002, 8 (10); *Hösch*, BayVBl. 1997, 193 (195); *Keßler/Ipek*, EWS 2004, 337 (338); *Kling*, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 200; *Koenig/Haratsch*, NJW 2003, 2637 (2638); *Koenig/Kühling*, NVwZ 2003, 779 (779, 784); *Neßler*, DÖV 2000, 145 (148); *Opitz*, NZBau 2001, 12 (16); *Pünder*, NZBau 2003, 530 (539); *Schwarze*, in: Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 13 (18).

490 *EuGH*, Rs. 399/98 (Ordine degli Architetti), Slg. 2001, I-5409, Rdnr. 75; Rs. C-285/99 und C-286/99 (Impresa Lombardini), Slg. 2001, I-9233, Rdnr. 35.

491 *Mader*, EuZW 1999, 331 (340).

492 *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 (3), Doc. 03/02/2004; abrufbar unter: http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/publproc/general/public-proc-market-final-report_en.pdf; *Arrowsmith*, JWT 2003, 283 (296); *Bovis*, JBL 1999, 126 (135); *Koenig/Haratsch*, NJW 2003, 2637 (2638).

493 *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 (14), Doc. 03/02/2004; abrufbar unter:

Gleichwohl meint Wettbewerbsoffenheit nicht zwangsläufig einen gänzlich deregulierten Markt. Es darf durchaus reguliert werden, solange nur alle Wirtschaftsteilnehmer die gleichen Chancen haben. Es ist daher mißverständlich, in diesem Kontext von einem „verzerrungsfreien Markt“⁴⁹⁵ zu sprechen. Soziale Vergabekriterien widersprechen nicht zwangsläufig dem Ziel der Wettbewerbsoffenheit und damit auch nicht dem von den Gegnern sozialer Vergabekriterien viel beschworenen⁴⁹⁶ Ziel der Verwirklichung des Binnenmarktes, da um die „soziale Leistung“ ein Wettbewerb stattfindet, der einen Markt kreiert. Auf der Anbieterseite herrschen nämlich Marktbedingungen.

5. Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH

Der beschriebene Integrationsauftrag beeinflusst auch die Art und Weise, in welcher sich der EuGH in Ausübung seiner Rechtsprechungstätigkeit gemäß Art. 220 EG der teleologischen Auslegung bedient. Denn die Integrationsfunktion soll nicht zuletzt durch das Recht und damit auch durch den EuGH wahrgenommen werden („Motor der europäischen Integration“)⁴⁹⁷. Dies hat zur Folge, daß das Recht in der Gemeinschaft anders als in den nationalen Rechtsordnungen nicht eine primär konservierende Ordnungsfunktion hat, sondern vor allem eine dynamische. Dazu tritt der Umstand, daß die Gemeinschaftsrechtsordnung im Gegensatz zu den gewachsenen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten vergleichsweise unvollständig und lückenhaft ist⁴⁹⁸. Gleichzeitig sieht sich die Gemeinschaft mit dem Dilemma konfrontiert, daß der Gesetzgebungsprozeß angesichts der Vielzahl der Akteure und Interessen bisweilen gesellschaftlichen Realitäten hinterherhinkt⁴⁹⁹. Angesichts der dynamischen Natur der Gemeinschaftsrechtsordnung steht für den EuGH die Weiterentwicklung des Rechts im Vordergrund⁵⁰⁰. Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH hat daher in der Gemeinschaft anders als in nationalen Rechtsordnungen⁵⁰¹ keinen Ausnahmecharakter, sondern stellt quasi den Normalfall dar⁵⁰².

a. Institutionelles Gleichgewicht innerhalb der Gemeinschaftsorgane

Auf der anderen Seite hat der EG-Vertrag ein System der Kompetenzverteilung zwischen den einzelnen Gemeinschaftsorganen sowie zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten geschaffen. So bilden Art. 202 ff., Art. 211, Art. 249 Abs. 1, Art. 251, Art. 152 EG, welche die Aufgabe der politischen Gestaltung und der Rechtsetzung grundsätzlich dem Rat und der

http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/publproc/general/public-proc-market-final-report_en.pdf.

494 *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 (15), Doc. 03/02/2004; abrufbar unter: http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/publproc/general/public-proc-market-final-report_en.pdf.

495 *Koenig/Kühling*, NZBau 2003, 126 (128).

496 *Karenfort/Koppenfels/Siebert*, BB 1999, 1825 (1831); *Kling*, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 206; *Seidel*, EuZW 2000, 762 (763).

497 *Alber*, RdA Sonderbeilage 2001, 23 (24).

498 *Anweiler*, Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 2, 35.

499 Vgl. *Anweiler*, Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 37.

500 *Schwarze*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 220, Rdnr. 32.

501 *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 80 ff.

502 Vgl. *Alber*, RdA Sonderbeilage 2001, 23 (24); *Anweiler*, Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 35.

Kommission in Zusammenarbeit mit EP übertragen haben, die natürliche Grenze für die richterliche Rechtsfortbildung des EuGH. Der EuGH hat dementsprechend bei seiner Auslegungstätigkeit den Drahtseilakt zwischen *judicial restraint* und *judicial policy-making* zu vollführen, das Gemeinschaftsrecht fortzuentwickeln und dabei das institutionelle Gleichgewicht zu wahren. Es stellt sich konkret die Frage, ob der EuGH mit seinen Entscheidungen, soziale Vergabekriterien zuzulassen, eine Zukunftsutopie sozialer Integration ausgelebt und damit die Grenzen der ihm durch die Gemeinschaftsverträge eingeräumten judiziellen Befugnisse überschritten hat (*ultra vires*).

b. Höherer Argumentationsaufwand bei Rechtsfortbildung

Zwar ist die Rechtsfortbildung ein konstitutionelles Element der Gemeinschaftsrechtsordnung, jedoch bedarf sie aufgrund der Prärogative des Gemeinschaftsgesetzgebers einer besonderen Rechtfertigung in Gestalt eines erhöhten Argumentationsaufwandes. Wenn die Rechtsfortbildung schon nicht der Norm selbst entnommen werden kann, also durch den Normtext nicht in irgendeiner Form vorgegeben ist, dann muß sie sich wenigstens als willkürfreie, auf rationaler Argumentation beruhende Rechtsschöpfung präsentieren. Der Grat zwischen Rechtsfortbildung und Anmaßung der Ersatzgesetzgeberrolle ist zugegebenermaßen sehr schmal. Gleichwohl hätte der EuGH im Lauf der Rechtsprechungsserie *Beentjes*, *Französische Schulen*, *Concordia Bus* und *Wienstrom* zur Zulässigkeit nicht-wirtschaftlicher Vergabekriterien Argumente dafür liefern müssen, daß die ehemaligen Vergaberichtlinien mit einer rein betriebswirtschaftlichen Ausrichtung ihre Funktion nicht mehr erfüllen können und daß damit die Berücksichtigung sozialer Aspekte eine sachgerechte Lösung ist. Im Hinblick auf seine Begründung ist der EuGH teilweise argumentativ über ein bloßes Meinen bzw. ein subjektives Fürrichtighalten nicht hinausgekommen.

c. Gefahr der Unglaubwürdigkeit des EuGH

Die einheitliche Geltung des Gemeinschaftsrechts lebt von den vom Einzelfall abstrahierenden Leitlinien, die der EuGH in seinen Urteilen entwickelt. Bereits aus institutionellen Gründen sollten Begründungsdefizite in den Urteilen vermieden werden. Denn als supranationales Gericht ist der EuGH in besonderem Maße auf die Akzeptanz seiner Urteile angewiesen, da es ihm an eigenen Mitteln zu ihrer Durchsetzung fehlt und er auf das Durchsetzungsinstrumentarium der Mitgliedstaaten bauen muß. Auf Akzeptanz seiner Urteile kann der EuGH jedoch nur dann hoffen, wenn sich die in den Erwägungsgründen vorgebrachten Argumente als überlegen erweisen. Bei Begründungsdefiziten besteht daher die Gefahr, daß sich der EuGH als Institution unglaubwürdig macht. Diese lassen sich auch nicht mehr damit erklären, daß die Gemeinschaftsrechtsordnung im Gegensatz zu den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten nicht natürlich gewachsen und daher nicht über den Unterbau einer bis in alle Einzelheiten entwickelten Methodenlehre verfügt⁵⁰³. Denn immerhin kann die Gemeinschaftsrechtsordnung auf fast fünf Jahrzehnte EuGH-Rechtsprechung zurückblicken. Es sollte ein Anliegen des EuGH sein, die Gemeinschaftsrechtsordnung mit dem Ziel der inneren Stimmigkeit fortzuentwickeln.

503 Anweiler, Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 2.

d. Gefahr der Unglaubwürdigkeit des vertretenen Standpunktes

Im konkreten Fall der sozialen Vergabekriterien macht sich das Begründungsdefizit noch schmerzlicher als üblich bemerkbar, da die überwältigende Mehrheit der wettbewerbsrechtlichen Literatur einer Berücksichtigung sozialer Vergabekriterien nach wie vor skeptisch gegenübersteht. Mit seiner nonchalanten Methode, Einwände der GAe oder aus der rechtswissenschaftlichen Literatur zu ignorieren, kompromittierte der EuGH damit auch den von ihm vertretenen sachlichen Standpunkt. Der EuGH hat es geradezu herausgefordert, daß sich Widerstand gegen die Berücksichtigung sozialer Aspekte im Vergaberecht regte und die Rechtslage „angesichts der Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung“ immer wieder als nicht geklärt bezeichnet wurde⁵⁰⁴.

504 *Boesen*, Vergaberecht, § 97, Rdnr. 119.