

Studien aus dem Max-Planck-Institut  
für ausländisches und internationales Sozialrecht

Band 38

Ariane Wiedmann, MJur (Oxon)

# Die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien im Lichte des Gemeinschaftsrechts



**Nomos**

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Zugl.: München, Univ., Diss., 2006

ISBN 978-3-8329-2660-1

1. Auflage 2007

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2007. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

# Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2006 von der Hohen Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität zu München als Dissertation angenommen. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Zulässigkeit der Tariftreueerklärung steht leider immer noch aus. Im übrigen jedoch wurden Literatur und Rechtsprechung bis zu diesem Zeitpunkt berücksichtigt.

Die Arbeit entstand in meiner Zeit als Doktorandin am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht in München unter der Leitung meines Doktorvaters, Herrn Prof. Dr. Ulrich Becker, LL.M. (EHI), dem ich für die Annahme des Themenvorschlags und der nun folgenden Aufnahme der Doktorarbeit in die von ihm herausgegebene Schriftenreihe „Studien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht“ sehr herzlich danke. Ebenso danke ich Herrn Prof. Dr. Josef Drexler, LL.M. (Berkeley) für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Ungemein hilfreich für das Fortschreiten der Arbeit erwiesen sich weiterhin das positive Feedback und die Anregungen von Prof. Dr. Sue Arrowsmith, B.A. (Oxon) und Prof. Dr. Christopher McCrudden, LL.M. (Yale), die mir im Rahmen der von der *Public Procurement Research Group* in Nottingham veranstalteten Doktoranden-Konferenz zuteil wurden. Äußerst wertvolle Unterstützung bei dem Feinschliff des Manuskripts habe ich durch die unbestechlichen Dr. Michael Kuss, Dr. Peter Köhler, Dr. Thomas Lakenberg, MJur (Oxon), Dr. Thomas Pickartz, Dr. Philipp Schweitzer und Herrn Dan Tidten erhalten. Uneingeschränkten Zuspruch habe ich schließlich gerade in den letzten Phasen der Arbeit durch den uneigennütigen Dr. Bernd Schulte sowie Herrn Prof. Dr. Rudolf Streinz und meine Lehrstuhlkollegen Dr. Christoph Herrmann, LL.M. (London) und Prof. Dr. Christoph Ohler, LL.M. (Brügge) erhalten. *Last but not least* möchte ich meiner Kollegin und Freundin, der schlicht unersetzlichen Dr. Mona Goller, für die stets bereichernde Kohabitation danken.

Die Arbeit ist meinen Eltern gewidmet.

München im August 2006

Ariane Monika Isabel Wiedmann, MJur (Oxon)



# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	19
Einleitung	23
A. Gegenstand der Untersuchung	23
B. Gang der Untersuchung	29
Kapitel Eins: Das gemeinschaftliche Vergaberegime	33
A. Gemeinschaftsrechtlicher Rahmen für die öffentliche Auftragsvergabe	33
I. Verankerung der öffentlichen Auftragsvergabe auf Sekundärrechtsebene	33
II. Anwendbarkeit der Vergaberichtlinien	34
III. Transparenz- und Publizitätsvorgaben	34
IV. Prüfungsstationen des Vergabeverfahrens	35
B. Definition, Funktion und Ausgestaltung sozialer Vergabekriterien	36
I. Terminologie	36
II. Definition und Funktion	37
III. Einsatz- und Anwendungsmöglichkeiten für soziale Vergabekriterien	38
C. Rechtsprechung des EuGH	39
I. Urteil des EuGH in der Rechtssache <i>Beentjes</i>	39
1. Sachverhalt	39
2. Position des EuGH	40
3. Analyse und Bewertung	40
II. Urteil des EuGH in der Rechtssache <i>Französische Schulen</i>	43
1. Sachverhalt	43
2. Position des EuGH	43
3. Analyse und Bewertung	44
III. Urteil des EuGH in der Rechtssache <i>Concordia Bus</i>	47
1. Sachverhalt	47
2. Position des EuGH	47
3. Analyse und Bewertung	48
a. Zulässigkeit nicht-wirtschaftlicher Zuschlagskriterien	48
b. Subjektive Perspektive des öffentlichen Auftraggebers	49
c. Aussagegehalt des Zusammenhangserfordernisses	50
d. Auslegung der Vergaberichtlinien anhand der Ziele des EG-Vertrages	51
e. Transparenz, Willkürverbot und Gleichbehandlungsgrundsatz	52
f. Ergebnis	53
IV. Urteil des EuGH in der Rechtssache <i>EVN und Wienstrom</i>	54
1. Sachverhalt	54
2. Position des EuGH	55
3. Analyse und Würdigung	55
a. Zulässigkeit nicht-wirtschaftlicher Zuschlagskriterien	55
b. Aussagegehalt des Zusammenhangserfordernisses	56
c. Konsequenzen für die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien	58
d. Ergebnis	59

D.	Auslegung der RL 93/37/EWG, RL 93/36/EWG und RL 92/50/EWG	59
I.	Wortlautanalyse	59
	1. Definition und Funktion	59
	2. Kein explizites Verbot sozialer Vergabekriterien	59
	3. Der unbestimmte Rechtsbegriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots	60
	a. Neutralität des Begriffs der Wirtschaftlichkeit	60
	b. Betriebswirtschaftliche Konnotation durch Alternativ- und Subkriterien	61
	4. Ergebnis der Wortlautanalyse	61
	5. Eingeschränkte Bedeutung der Wortlautanalyse als Auslegungsmethode	62
II.	Historische Auslegung	62
	1. Rechtsgrundlagen und Begründungserwägungen der Vergaberichtlinien	62
	2. Novellierung der Vergaberichtlinien	63
	a. Novellierung der Lieferkoordinierungsrichtlinie	63
	b. Novellierung der Baukoordinierungsrichtlinie	64
	c. Novellierung der Koordinierungsrichtlinie für die Sektoren	65
	d. Novellierung der Dienstleistungs koordinierungsrichtlinie	65
	3. Ergebnis der historischen Auslegung	65
	4. Eingeschränkte Bedeutung der historischen Auslegung	66
III.	Systematische Auslegung	66
	1. Definition und Funktion	66
	2. Gemeinsame Teilnahmebestimmungen	67
	3. Eignungskriterien	67
	4. <i>Grand father clauses</i>	68
	5. Normen mit sozialpolitischem Gehalt	68
	6. Nachweisvorschriften	69
	7. Losvergabe	69
	a. Definition der Losvergabe	69
	b. Nachteile der Losvergabe	70
	aa. Erhöhte Beschaffungskosten	70
	bb. Erhöhter Verwaltungsaufwand	70
	cc. Erhöhtes Prozeßkostenrisiko	70
	dd. Diskriminierungspotential	71
	ee. Zusammenfassung	71
	c. Wettbewerbsnachteile für KMU auf dem öffentlichen Markt	71
	d. Funktion und Wirkungsweise der Losvergabe: Mittelstandsförderung	72
	e. Losvergabe als Wettbewerbseingriff	72
	aa. Europäische Charta für Kleinunternehmen	73
	bb. Berichte der Kommission zur KMU-Förderung	73
	f. Ergebnis zur Losvergabe	74
	8. Ergebnis zur systematischen Auslegung	75
IV.	Teleologische Auslegung	75
	1. Definition und Funktion	75
	2. Verquickung von systematischer und teleologischer Auslegung	76
	3. Dynamische Natur der Gemeinschaftsrechtsordnung	76
	4. Telos der Vergaberichtlinien	77
	a. Kein gemeinschaftliches Gebot sparsamer Haushaltsführung	77
	b. Ziel der Wettbewerbsöffnung	78
	5. Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH	80
	a. Institutionelles Gleichgewicht innerhalb der Gemeinschaftsorgane	81
	b. Höherer Argumentationsaufwand bei Rechtsfortbildung	81
	c. Gefahr der Unglaubwürdigkeit des EuGH	81

d. Gefahr der Unglaubwürdigkeit des vertretenen Standpunktes	82
Kapitel Zwei: Die Entwicklung des gemeinschaftlichen Beihilfenrechts	83
A. Einleitung	83
I. Traditionelle Sichtweise: Beihilfen- und Vergaberecht als getrennte Rechtsgebiete	83
II. Moderne Sichtweise: Beihilfen- und Vergaberecht als verwandte Rechtsgebiete	83
III. Ratio des gemeinschaftlichen Beihilfenregimes	86
IV. Objektivität des Beihilfenbegriffs	86
1. Beihilfentatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG	87
a. Vorteilswirkung der staatlichen Maßnahme	87
aa. Definition des <i>market economy investor test</i>	87
bb. Ratio des <i>market economy investor test</i>	88
cc. <i>Long term investor test</i>	88
dd. Kontrolldichte der nationalen Gerichte	89
b. Selektivität der staatlichen Maßnahme	89
c. Transfer staatlicher Mittel	90
aa. Definition des Transfers staatlicher Mittel	90
bb. Mittelsmannkonstellationen	90
cc. Zurechenbarkeitskriterium nach der Rechtsprechung des EuGH	90
d. Wettbewerbsverfälschung und Beeinträchtigung des inter-mitgliedstaatlichen Handels	91
2. Legalausnahmen gemäß Art. 87 Abs. 2 und 3 EG sowie 73 EG	91
3. Beihilfenaufsicht durch die Kommission	92
a. Zweistufigkeit des Kontrollverfahrens	92
b. Notifizierungspflicht und Durchführungsverbot	93
4. Gruppenfreistellungsverordnungen	93
5. Analyse und Bewertung	94
B. Praxis der Kommission	94
I. Instrumentalisierung des offenen Ausschreibungsverfahrens	94
1. Vereinbarkeitsvermutung	94
a. Kriterium der Diskriminierungsfreiheit	95
b. Kriterium der Publizität	95
c. Kriterium der Bedingungslosigkeit	96
2. Unvereinbarkeitsvermutung	97
3. Einsatzgebiete für die Vereinbarkeitsvermutung	97
4. Rezeption der Instrumentalisierung des offenen Ausschreibungsverfahrens	98
a. Vereinbarkeitsvermutung	98
b. Unvereinbarkeitsvermutung	98
II. Analyse und Bewertung	99
1. Unvereinbarkeitsvermutung	99
2. Implikationen für soziale Vergabekriterien	100
C. Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte	100
I. Urteil des EuGH in der Rechtssache <i>Du Pont de Nemours Italiana</i>	101
1. Sachverhalt	101
2. Position des EuGH	101

3. Analyse und Bewertung	101
II. Urteil des EuG in der Rechtssache <i>BAI</i>	104
1. Sachverhalt	104
2. Rechtliche Würdigung des EuG	104
3. Analyse und Bewertung	105
a. Anwendung des <i>market economy investor test</i> auf das staatliche Nachfrageverhalten	105
b. Vorteilscharakter sozialer Vergabekriterien	105
c. Rechtsfolgen der Qualifikation als Beihilfe	106
d. Implikationen für die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien	106
III. Urteil des EuG in der Rechtssache <i>FFSA/Kommission</i>	107
1. Sachverhalt	107
2. Rechtliche Würdigung des EuG	107
3. Beschluß des EuGH	108
4. Analyse und Bewertung	108
IV. Urteil des EuG in der Rechtssache <i>SIC/Kommission</i>	110
1. Sachverhalt	110
2. Rechtliche Würdigung des EuG	110
3. Analyse und Bewertung	111
V. Urteil des EuGH in der Rechtssache <i>CELF</i>	111
1. Sachverhalt	111
2. Position des EuGH	112
3. Analyse und Bewertung	112
VI. Urteil des EuGH in der Rechtssache <i>Ferring</i>	113
1. Sachverhalt	113
2. Position des EuGH	114
3. Analyse und Bewertung	114
VII. Prolog	118
VIII. Urteil des EuGH in der Rechtssache <i>Altmark</i>	119
1. Sachverhalt	119
2. Position des EuGH	120
3. Analyse und Bewertung	120
a. Bekenntnis des EuGH zum Transparenzansatz	120
b. Regel-/Ausnahmeverhältnis von Ausschreibungsverfahren und Kostenanalyse	124
c. Problemzonen des <i>Altmark</i> -Urteils	126
d. Ausschreibungsverfahren im Sinne der Vergaberichtlinien	126
e. <i>Altmark</i> -Katalog vor dem Hintergrund der bisherigen Kommissionspraxis	127
IX. Urteil des EuGH in der Rechtssache <i>GEMO</i>	128
1. Sachverhalt	128
2. Position des EuGH	129
3. Analyse und Bewertung	129
X. Urteil des EuGH in der Rechtssache <i>Enirisorse</i>	130
1. Sachverhalt	130
2. Position des EuGH in der Rechtssache <i>Enirisorse</i>	130
3. Analyse und Bewertung	130
XI. Ergebnis der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte	131
D. Analyse und Bewertung des Transparenzansatzes	131
I. Objektivität des Beihilfenbegriffs	132

1. Vorwurf des Verlusts der Objektivität des Beihilfenbegriffs	132
2. Analyse und Bewertung des <i>market economy investor test</i>	132
a. Fehlen eines vergleichbaren typischen privaten Nachfrageverhaltens	133
b. Fehlen eines privaten Referenzmarktes bzw. Phänomen des Marktversagens	134
c. Besondere Fürsorge und sozialpolitische Verantwortung des Staates	135
d. Saldierungsfähigkeit der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse	136
aa. Parallele zu Rechtsinstituten des Zivilrechts	137
bb. Marktbedingungen auf Anbieterseite	138
e. Ergebnis zum <i>market economy investor test</i>	140
II. Funktionalität der Legalausnahmen von Art. 87 Abs. 1 EG	141
1. Vorwurf der Marginalisierung der Legalausnahmen	141
2. Analyse und Bewertung	142
III. Effizienz der Beihilfenkontrolle	143
1. Vorwurf der Verschlechterung der Beihilfenkontrolle	143
2. Analyse und Bewertung	145
a. Ineffizienz des Notifikationssystems	146
b. Mobilisierung der privaten Wirtschaftsteilnehmer	147
c. Begrenzte Leistungsfähigkeit der Kommission	148
d. Zeitgewinn und Planungssicherheit für Mitgliedstaat und Wirtschaftsteilnehmer	149
e. Ergebnis	150
IV. Status der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse	150
1. Definition der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse	150
2. Wirtschaftsverfassung der Gemeinschaft	153
3. Bedeutung von Art. 16 EG und Art. 36 GR-Charta	153
4. Analyse und Bewertung:	154
a. Dienstleistungen von allgemeinem Interesse als Querschnittsziel der Gemeinschaft	154
b. Art. 16 EG und Art. 36 GR-Charta als Auslegungsmaxime	156
V. Transparenzansatz als Ausfluß des Subsidiaritätsprinzips	156
1. Ratio des Subsidiaritätsprinzips	157
2. Funktion des Subsidiaritätsprinzips	157
3. Rechtsprechung des EuGH	158
4. Analyse und Bewertung	159
a. Dogmatische Redundanz des Subsidiaritätsprinzips	159
b. Subsidiaritätsprinzip als Auslegungsmaxime	160
c. Subsidiaritätsprinzip und Dienstleistungen von allgemeinem Interesse	160
VI. Einheitliche Verfahrensanforderungen	161
1. Vorwurf fehlender einheitlicher Verfahrensanforderungen	161
2. Analyse und Bewertung	162
VII. Gesamtergebnis zum Transparenzansatz	162
 Kapitel Drei: Indizwirkung des Transparenzansatzes	 164
A. Einleitung	164
I. Ausgangsthese	164
II. Differenzierung innerhalb der sozialen Vergabekriterien	165
B. Generelle Gemeinsamkeiten zwischen Beihilfen- und Vergaberecht	166
I. Investitionsverhalten der öffentlichen Hand	166

II.	Definitionsmacht der Mitgliedstaaten	166
III.	Ratio der beiden Normenkomplexe: Realisierung des Binnenmarktes gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. c EG	167
IV.	Traditionell betriebswirtschaftlicher Prüfungsmaßstab	167
V.	Aufbau und Struktur von Beihilfen- und Vergaberecht	168
C.	Konkrete Gemeinsamkeiten zwischen staatlichen Kompensationszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und sozialen Vergabekriterien	168
I.	Vergleichbarkeit der Gemeinwohlbelange	168
1.	Vorwurf fehlender Übereinstimmung der Gemeinwohlbelange	168
2.	Vorwurf fehlender Quantifizierbarkeit der durch soziale Vergabekriterien geförderten Gemeinwohlbelange	169
3.	Analyse und Bewertung	170
a.	Identität der Gemeinwohlbelange	170
aa.	Überschneidung von Gemeinwohl- und Partikularinteresse	170
bb.	Zugänglichkeit für sozial benachteiligte Bevölkerungs- und Arbeitnehmergruppen	171
(1).	Kriterium der Erschwinglichkeit	171
(2).	Ziel der Chancengleichheit	171
(3).	Ergebnis	173
b.	Quantifizierbarkeit der Gemeinwohlbelange	173
aa.	Volkswirtschaftliche Kalkulation	173
bb.	Betriebswirtschaftliche Kalkulation	174
cc.	Keine Geltung des <i>market economy investor test</i>	174
dd.	Ergebnis zur Quantifizierbarkeit der	176
c.	Ergebnis zur Vergleichbarkeit der Gemeinwohlbelange	177
II.	Rückzug des Staates aus der Eigenwahrnehmung öffentlicher Aufgaben	177
1.	Erfolgreiche Privatisierung der Wirtschaftszweige	177
2.	Soziale Vergabekriterien als Kompensation für den Verlust der Erfüllungshoheit	178
III.	Soziale Vergabekriterien als Ausfluß des Subsidiaritätsprinzips	179
IV.	Vorbildwirkung des primärrechtlichen Auslegungswandels	179
D.	Vorteile sozialer Vergabekriterien	180
I.	Mobilisierung von Humankapital	180
1.	Steigerung von Innovation, Kreativität, Loyalität und Produktivität	181
2.	Idee der <i>corporate social responsibility</i>	182
3.	Ergebnis	182
II.	Soziale Vergabekriterien als Ausfluß des Querschnittsinstruments <i>mainstreaming</i>	182
1.	Definition des <i>mainstreaming</i> -Ansatzes	183
2.	Vorteile des <i>mainstreaming</i> -Ansatzes	184
3.	Analyse und Bewertung	184
a.	Chancengleichheit als Querschnittsstrategie	184
b.	Soziale Vergabekriterien als Bindeglied zwischen <i>mainstreaming</i> und gemeinschaftlicher Beschäftigungsstrategie	185
c.	Anforderungen des <i>mainstreaming</i> an soziale Vergabekriterien	186
III.	Soziale Vergabekriterien als Ausfluß der sozialen Integration der Gemeinschaft	186
1.	Primärrecht	186

a. EWG-Vertrag als Ausgangspunkt	186
b. Vertrag von Amsterdam als vorläufiger Endpunkt	187
aa. Integrationsauftrag gemäß Art. 1 EU und Art. 2 EG	187
bb. Arbeitsmarkt- und Beschäftigungspolitik gemäß Art. 125 ff. EG und Art. 136 ff. EG	187
cc. Chancengleichheit gemäß Art. 13 EG und Art. 141 EG	187
2. Sekundärrecht	188
3. <i>Soft law</i>	189
4. <i>Not (yet) law</i> : Vertrag über eine Verfassung von Europa	190
5. Analyse und Bewertung	190
a. Sozialer <i>acquis communautaire</i>	190
b. Notwendigkeit der sozialen Integration	192
c. Ergebnis	192
IV. Verhältnismäßigkeit sozialer Vergabekriterien	193
1. Definition und Funktion des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes	193
2. Betroffene Gemeinwohlbelange	193
a. Freier Wettbewerb gemäß Art. 4 Abs. 1 EG	193
b. Keine Grundrechtsbetroffenheit der Bieterunternehmen und deren Arbeitnehmer	194
c. Chancengleichheits-, Integrations- und Beschäftigungsziele gemäß Art. 2, 3, 13, 141 Abs. 4 und 150 Abs. 4 EG	194
3. Geeignetheit sozialer Vergabekriterien	195
a. Wiedereingliederungseffekt sozialer Vergabekriterien	195
aa. Vorwurf fehlender Wiedereingliederungseffekte	195
bb. Analyse und Bewertung	196
b. Diskriminierungspotential sozialer Vergabekriterien	197
aa. Vorwurf mittelbarer Diskriminierungswirkung sozialer Vergabekriterien	197
bb. Analyse und Bewertung	198
(1). Kein spezifisches Diskriminierungspotential	198
(2). Generelle Mißbrauchsgefahr der Vergabekriterien	198
(3). Generelles Problem mangelnder Umsetzung der Transparenzvorgaben	199
(4). Mangel an Sanktionspotential	200
(5). Anknüpfungspunkt sozialer Vergabekriterien	200
(6). Ergebnis	204
c. Kontrolle auf Einhaltung sozialer Vergabekriterien	204
aa. Vorwurf der Überforderung der öffentlichen Auftraggeber	204
bb. Analyse und Bewertung	205
(1). Generelles Problem mangelnder Professionalität	205
(2). Zuständigkeit von kompetenten Entscheidungsgremien	205
(3). Gemeinschaftseinheitliche Definition der zu fördernden Personengruppen	206
d. Soziale Vergabekriterien und KMU	207
e. Ergebnis	207
4. Erforderlichkeit sozialer Vergabekriterien	207
a. Definition und Funktion der Erforderlichkeitsprüfung	207
b. Alternative Maßnahmen	207
aa. Freiwillige Initiativen der Privatwirtschaft	207
bb. Individuelle Durchsetzung des Diskriminierungsverbots	208
cc. Direkte Subventionen und gesetzliche Beschäftigungsquoten	208

(1). Freikauffeffekt und schwerer wiegender Eingriff durch direkte Subventionen und gesetzliche Beschäftigungsquoten	209
(2). Marginalität der durch soziale Vergabekriterien verursachte Kostensteigerung	210
(3). Appell- und Erinnerungsfunktion der sozialen Vergabekriterien	210
(4). Abbau der psychologischen Hemmschwelle bei den öffentlichen Auftraggebern	211
(5). Prognosecharakter der Erforderlichkeitsprüfung	212
c. Ergebnis	212
5. Angemessenheit sozialer Vergabekriterien	213
a. Definition und Funktion der Angemessenheitsprüfung	213
b. Querschnittscharakter der durch sozialen Vergabekriterien geförderten Ziele	213
c. Vorgabe quantitativer Klassenziele	214
d. Vorbildfunktion der öffentlichen Auftraggeber	215
e. Begrenzung der Mehrkosten durch Maximalabstandsgebote	215
f. Katalog von Vergabekriterien	216
g. Kumulationsverbot sozialer Vergabekriterien	216
h. Gewichtung der sozialen Vergabekriterien im Verhältnis zu rein betriebswirtschaftlichen Vergabekriterien	217
i. Effektivität der Vergabekontrolle	218
aa. Rechtsschutzniveau im Vergaberecht	218
bb. Reformvorschläge	220
cc. Ergebnis	221
j. Individuelle Zumutbarkeit sozialer Vergabekriterien	221
aa. Vorwurf individueller Unzumutbarkeit	221
bb. Analyse und Bewertung	222
(1). Standard eines durchschnittlich gut geführten Unternehmens	222
(2). Vorhersehbarkeit der sozialen Anforderungen	222
(3). Vergleich mit der Privatwirtschaft	222
k. Ergebnis	223
 Kapitel Vier: Indizwirkung von <i>affirmative action</i> -Maßnahmen	 224
A. Einleitung	224
I. Gemeinschaftsrechtlicher Maßstab für <i>affirmative action</i> -Maßnahmen	224
II. Gleichheitsbegriff	225
1. Der formelle Gleichheitsbegriff	225
2. Der materielle Gleichheitsbegriff	225
3. Der Chancengleichheitsansatz	226
B. Rechtsprechung des EuGH	227
I. Urteil des EuGH in der Rechtssache <i>Kalanke</i>	227
1. Sachverhalt	227
2. Position des EuGH	227
3. Analyse und Bewertung	227
II. Urteil des EuGH in der Rechtssache <i>Marschall</i>	228
1. Sachverhalt	228
2. Position des EuGH	228
3. Analyse und Bewertung	229
III. Urteil des EuGH in der Rechtssache <i>Badeck</i>	230

1. Sachverhalt	230
2. Position des EuGH	231
3. Analyse und Bewertung	231
IV. Urteil des EuGH in der Rechtssache <i>Abrahamsson</i>	231
1. Sachverhalt	231
2. Position des EuGH	232
3. Analyse und Bewertung	232
V. Ergebnis zur Rechtsprechung des EuGH	233
VI. Vorteile von <i>affirmative action</i> -Maßnahmen	233
1. Beseitigung bestehender Zugangshindernisse	233
2. Optimierung der Entscheidungsprozesse	234
3. <i>Role-Model</i> -Wirkung	234
VII. Generelle Gemeinsamkeiten zwischen <i>affirmative action</i> -Maßnahmen und sozialen Vergabekriterien	234
1. Leistungswettbewerb	235
2. Identität der Gemeinwohlbelange	235
3. Entwicklung der Rechtsprechungslinie des EuGH	235
4. Fehlgeschlagene Reformversuche in der Vergangenheit	236
5. Gemeinsamkeit zwischen <i>affirmative action</i> -Maßnahmen und subsidiären sozialen Zuschlagskriterien	236
VIII. Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen <i>affirmative action</i> -Maßnahmen und sozialen Zuschlagskriterien	237
1. Individuelle Verantwortung der Bieterunternehmen	237
2. Öffnungsklausel und Relative Ausschlußwirkung sozialer Zuschlagskriterien	238
3. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	238
4. Objektives Verfahren	239
5. Fiktion der Gleichwertigkeit	239
6. Ergebnis	240
 Kapitel Fünf: Tariftreueverpflichtung	 241
A. Einleitung	241
I. Besonderheit der Tariftreueverpflichtung	241
II. Ratio der Tariftreueverpflichtung	241
1. Wettbewerbsdruck auf die nationalen Sozialstandards	241
2. Mindestlöhne im Sinne RL 96/71/EG im Hochlohnmitgliedstaat Deutschland	242
3. Definition und Ausgestaltung der Tariftreueverpflichtung	243
a. Deklaratorische Tariftreueverpflichtungen	243
b. Konstitutive Tariftreueverpflichtungen	243
4. Beispiel des gescheiterten deutschen Tariftreuegesetzes (TTG)	243
B. Gemeinschaftlicher Maßstab für die Tariftreueverpflichtung	244
I. Keine Einschlägigkeit der Art. 81 EG ff.	244
II. Keine Einschlägigkeit von Art. 87 Abs. 1 EG	245
III. Keine Einschlägigkeit von Art. 39 EG	245
IV. Einschlägigkeit der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 49 EG	246
1. Aktive Dienstleistungs- und Entsendefreiheit	246
2. Umfassendes Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot	246
3. Rechtfertigung durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls	247

C.	Rechtsprechung des EuGH	247
I.	Urteil des EuGH in der Rechtssache <i>Rush Portuguesa</i>	247
	1. Sachverhalt	247
	2. Position des EuGH	248
II.	Urteil des EuGH in der Rechtssache <i>Arblade</i>	248
	1. Sachverhalt	248
	2. Position des EuGH	248
III.	Urteil des EuGH in der Rechtssache <i>Finalarte</i>	249
	1. Sachverhalt	249
	2. Position des EuGH	249
IV.	Urteil des EuGH in der Rechtssache <i>Mazzoleni und ISA</i>	250
	1. Sachverhalt	250
	2. Position des EuGH	250
V.	Urteil des EuGH in der Rechtssache <i>Portugaia Construções</i>	251
	1. Sachverhalt	251
	2. Position des EuGH	251
D.	Analyse und Bewertung	252
I.	Vorbildwirkung der Mindestlohnrechtsprechung	252
II.	Verhältnismäßigkeit der Tariftreueverpflichtung	254
	1. Mittelbare Diskriminierungs- bzw. Beeinträchtigungswirkung	254
	2. Rechtfertigung durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls	256
	a. Schutz der entsandten EG-ausländischen Arbeitnehmer	256
	b. Schutz der inländischen Arbeitnehmer	257
	c. Schutz aller Arbeitnehmer in der Gemeinschaft	258
	3. Geeignetheit	259
	a. Vorwurf der Überforderung der öffentlichen Auftraggeber sowie mangelnder Durchsetzbarkeit der Tariftreueverpflichtung	259
	b. Analyse und Bewertung	259
	4. Erforderlichkeitsprüfung	260
	a. Vorwurf fehlender Erforderlichkeit	260
	b. Analyse und Bewertung	261
	aa. Besondere Bedeutung des Baugewerbes	261
	bb. Flexibilität der Tariftreueverpflichtung	261
	cc. Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten bei der Festsetzung des nationalen Mindestlohns	261
	dd. Gemeinschaftsrechtliches Prinzip der Optimierung der Sozialstandards	263
	ee. Mangelnde Effizienz und unzureichender Schutz der Alternativmaßnahmen	263
	5. Angemessenheitsprüfung	264
	a. Vorwurf der Kostensteigerung, Marktabschottung und Bürokratisierung	264
	b. Analyse und Bewertung	264
	aa. Moderate Mehrbelastung für die öffentlichen Auftraggeber	264
	bb. Kein Firmentarif-Dispens für nationale Dienstleister	265
	cc. Individuelle Zumutbarkeit	266
	dd. Soziale Integration der Gemeinschaft	266
	6. Ergebnis zur Verhältnismäßigkeit der Tariftreueverpflichtung	267
	Kapitel Sechs: Die neuen Vergaberichtlinien	269
A.	Einleitung	269

I.	Inhalt des Legislativpakets	269
II.	Chronologie des Normsetzungsverfahrens	269
III.	Ziele der Konsolidierung	270
B.	Darstellung der für soziale Vergabekriterien relevanten Normen	271
I.	Vergaberechtliche Grundsätze und Prinzipien	271
II.	Zuschlagserteilung	271
1.	Bewertung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes aus der subjektiven Perspektive des öffentlichen Auftraggebers	271
2.	Wirtschaftliche und qualitative Kriterien	272
3.	Verankerung sozialer Aspekte	272
a.	Bekanntnis zur EuGH-Rechtsprechung	272
b.	Bekanntnis zum Ziel der sozialen Integration in Beruf und Beschäftigung sowie Vorbehalt von öffentlichen Aufträgen für Behindertenwerkstätten	272
c.	Kriterium der Zugänglichkeit bei der Festlegung technischer Spezifikationen	273
d.	Berücksichtigung sozialer Aspekte bei der Festlegung von Ausführungsbedingungen	273
e.	Anwendbarkeit nationaler Arbeitsbedingungen	273
f.	Ausschluß von Bieterunternehmen bei Verstoß gegen Gleichbehandlungsrichtlinien	274
C.	Analyse und Bewertung	274
I.	Breite positiv-rechtliche Verankerung sozialer Aspekte	274
II.	Berücksichtigung sozialer Aspekte als Zuschlagskriterien <i>de lege lata</i>	275
III.	Berücksichtigung sozialer Aspekte als Ausführungsbedingung	277
IV.	Berücksichtigung sozialer Aspekte bei der Zuschlagsentscheidung qua Auslegung	279
1.	<i>Argumentum a maiore ad minus</i>	279
2.	Bewertung der wirtschaftlichen Günstigkeit aus der subjektiven Perspektive der öffentlichen Auftraggeber	280
3.	Vorbildwirkung umweltbezogener Zuschlagskriterien	281
4.	Durchschlagswirkung sozialer Aspekte auf die Definitionshoheit der Mitgliedstaaten über den Auftragsgegenstand	283
5.	Vorzugsstellung der KMU	284
6.	Berücksichtigung des Vergabekriteriums der Tariftreueverpflichtung	285
7.	Anhebung der Transparenzanforderungen	286
a.	Gewichtung der Zuschlagskriterien	287
b.	Verpflichtung zur Unterrichtung der Bieterunternehmen	288
c.	Angebotsvarianten	288
d.	Stärkung des Sanktionspotentials bei Korruption	288
V.	Erhöhung der Schwellenwerte	289
VI.	Keine Verschärfung der statistischen Pflichten	290
VII.	Ergebnis zum Legislativpaket	290
	Kapitel Sieben: Zusammenfassung und Gesamtergebnis	292
A.	Rechtsprechung des EuGH	292
B.	Auslegung der RL 93/37/EWG, RL 93/36/EWG und RL 92/50/EWG	292
C.	Vergleich zwischen Kompensationsmaßnahmen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und sozialen Vergabekriterien	293

D. Vorteile sozialer Vergabekriterien	297
E. Vorteile Verhältnismäßigkeit sozialer Vergabekriterien	298
F. Vergleich zwischen <i>affirmative action</i> -Maßnahmen und sozialen Vergabekriterien	300
G. Vergabekriterium der Tariftreueverpflichtung	301
H. Auslegung von RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG	302
I. Resümee und Ausblick	303
Literaturverzeichnis	305