

### III. Soziale Vergabekriterien als Ausfluß des Subsidiaritätsprinzips

Auch das Subsidiaritätsprinzip in Gestalt des föderalen Auslegungsgebots streitet für die gemeinschaftliche Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien<sup>1377</sup>. Das Subsidiaritätsprinzip fordert, daß innerhalb aller möglichen Auslegungsvarianten derjenigen Interpretation einer Gemeinschaftsnorm der Vorzug zu geben ist, welche die Entscheidungsgewalt in die Hände nationaler, regionaler oder lokaler staatlicher Einheiten legt. Denn wie für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse gilt auch für die öffentliche Auftragsvergabe, daß die staatlichen Einrichtungen vor Ort den spezifischen Bedürfnissen der Bevölkerung in ihrem Verantwortungsbereich am besten Rechnung tragen können. Dementsprechend ist die öffentliche Auftragsvergabe in der Gemeinschaft in höchstem Maße dezentralisiert<sup>1378</sup>.

Zwar gibt es zentrale Regierungsstellen, die in bestimmten Bereichen für die öffentliche Beschaffung in einem Mitgliedstaat zuständig sind. Teilweise schließen sich öffentliche Auftraggeber auch zu einer Auftragbergemeinschaft zusammen wie beispielsweise in Frankreich in der sogenannten *union des groupement d'achats publics*<sup>1379</sup>. Diese Fälle sind jedoch die Ausnahme. Laut jüngsten Statistiken für die Bundesrepublik Deutschland entfallen zwei Drittel aller öffentlichen Investitionen auf die kleinsten staatlichen Einheiten, i.e. die Kommunen<sup>1380</sup>. Auch wenn man hierbei die stark ausgeprägte föderale Struktur Deutschlands berücksichtigt, ist anzunehmen, daß es auch bei nicht derart föderalistisch ausgerichteten Mitgliedstaaten in der überwältigenden Zahl der Fälle die Gemeinden und übrigen kleineren staatlichen Einheiten sind, welche öffentliche Aufträge vergeben.

Die Einführung sozialer Vergabekriterien verwirklicht die vom Subsidiaritätsprinzip verkörperten Ziele der Differenzierung, Diversifizierung, Dezentralisierung. Die Anreicherung des Reservoirs an zulässigen Vergabekriterien erweitert den Handlungshorizont der vor Ort zuständigen öffentlichen Auftraggeber. Zu der Dezentralisierung in der Ausführung tritt die dezentralisierte Durchsetzung durch die nationalen Gerichte, die der EuGH zu mehr Verantwortung bei der vergaberechtlichen Kontrolle ermuntert hat<sup>1381</sup>. Ebenso wie im Beihilfenrecht gesteht der EuGH nun auch für die öffentliche Auftragsvergabe den Mitgliedstaaten mehr Flexibilität und Ermessen zu<sup>1382</sup>. Die Auslegung, welche soziale Vergabekriterien für zulässig erklärt, vereint das Ziel einer weiter fortschreitenden Integration mit dem Bestreben nach einem ausgewogenen Gleichgewicht zwischen Kompetenzen der Gemeinschaft und mitgliedstaatlicher Verantwortung.

### IV. Vorbildwirkung des primärrechtlichen Auslegungswandels

Für die Vorbildwirkung des Transparenzansatzes im Hinblick auf die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien spricht auch der Gesichtspunkt der Hierarchie der

1377 *Krüger/Nielsen/Bruun*, European Public Contracts in a Labour Law Perspective, Rdnr. 6.2.2.; *Meyer*, Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 555; *Rust*, EuZW 2000, 205 (207).

1378 *Bovis*, EC Public Procurement Law, 12 ff. (Vereinigten Königreich, Frankreich, Niederlande, Irland, Dänemark, Deutschland, Italien, Spanien, Luxemburg, Portugal, Griechenland, Belgien).

1379 Art. 7 Abs. 1, Art. 8 Abs. 1 S. 1 Nouveau Code des marchés publics, Chapitre III (Coordination et groupement de commandes).

1380 *forum vergabe*, Monatsinfo 1/2004, 1.

1381 *Bovis*, CMLR 2002, 1025 (1056).

1382 *Bovis*, CMLR 2002, 1025 (1056).

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“<sup>1383</sup>. 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 gewichtiger<sup>1384</sup>, 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 hatten<sup>1385</sup>. Daß sich staatliche Maßnahmen einer Doppelpflicht anhand der Maßstäbe beider Rechtsgebiete unterziehen lassen müßten, war nämlich explizit mit der sekundärrechtlichen Natur der Vergaberichtlinien begründet worden<sup>1386</sup>.

## 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 Bedeutung<sup>1387</sup>. 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 kann<sup>1388</sup>. 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: