

# Einleitung

## A. Gegenstand der Untersuchung

Das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe regelt, unter welchen Konditionen der Staat und seine Untergliederungen (öffentliche Auftraggeber) von privaten Unternehmen Güter und Dienstleistungen entgeltlich erwerben können. Die primäre Funktion der öffentlichen Auftragsvergabe liegt in der Bedarfsdeckung der öffentlichen Hand zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben nach dem Prinzip *best value for public money*<sup>1</sup>. Gleichwohl besteht in vielen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft eine lange Tradition, die öffentliche Auftragsvergabe für die Erreichung nicht-wirtschaftlicher, über die reine Bedarfsdeckung hinausgehender Ziele fruchtbar zu machen<sup>2</sup>. Angesichts der angespannten Lage auf den meist gruppenspezifisch segregierten Arbeitsmärkten in den Mitgliedstaaten nutzen die öffentlichen Auftraggeber die öffentliche Auftragsvergabe zunehmend dazu, die Bieter und Bewerber (Bieterunternehmen) zur Einstellung von Langzeitarbeitslosen, Frauen, Auszubildenden, älteren und behinderten Arbeitnehmern sowie Angehörigen ethnischer Minderheiten zu bewegen bzw. zur Einhaltung der örtlich geltenden Tariflöhne anzuhalten. Noch verbreiteter ist allerdings auch weiterhin die protektionistische Angewohnheit, öffentliche Aufträge bevorzugt an die heimische Wirtschaft zu vergeben<sup>3</sup>. Vor diesem konfliktbeladenen Hintergrund ist Gegenstand der vorliegenden Untersuchung die Beantwortung der Frage, ob und inwiefern das Gemeinschaftsrecht es zuläßt, daß die öffentlichen Auftraggeber die Vergabe eines öffentlichen Auftrags an die Erfüllung sozialer Vergabekriterien knüpfen.

Die gegenwärtige Praxis der Mitgliedstaaten bietet reichhaltig Beispiele für derartige sozial- und beschäftigungspolitischen Vergabekriterien. In Deutschland erlaubt § 97 Abs. 4 2. HS Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) seit dem 1999 erlassenen Vergaberechtsänderungsgesetz (VgRÄG)<sup>4</sup> den öffentlichen Auftraggebern die Anwendung „weiterer Anforderungen, wenn dies durch (formelles) Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist“. Die

---

1 *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; *eadem*, Mitteilung vom 15. Oktober 2001 über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, KOM (2001), 566 endg., ABl. 2001, C 333, S. 27 ff, Einleitung.

2 Vgl. *Arrowsmith*, PPLR 1992, 408 (408); *eadem/Linarelli/Wallace*, *Regulating Public Procurement*, 11, 237; *Götzke*, *Die Berücksichtigung des Umweltschutzes bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge*, 17; *Kling*, *Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen*, 284; *McCrudden*, JIEL 1999, 3 (7); *idem*, in: *Public Procurement: Global Revolution*, 219 (219); *Meyer*, *Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung*, 40; *Neßler*, DÖV 2000, 145 (147); *Odendahl*, EuZW 2004, 647 (647); *Pietzcker*, *Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns*, 304; *Schneider*, DVBl. 2003, 1186 (1186).

3 *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-finalreport\\_en.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/publproc/general/public-proc-market-finalreport_en.pdf).

4 GWB, Bekanntmachung der Neufassung vom 26. August 1998, in der Fassung der Änderung vom 2. September 2002, BGBl. I, S. 3448 ff.

Bundesländer Bayern<sup>5</sup>, Berlin<sup>6</sup>, Bremen<sup>7</sup>, Niedersachsen<sup>8</sup>, Nordrhein-Westfalen<sup>9</sup>, Schleswig-Holstein<sup>10</sup> und das Saarland<sup>11</sup> haben von dieser Ermächtigungsnorm Gebrauch gemacht. Auch der am 8. September 2001 in Kraft getretene französische Vergaberechtskodex (*Nouveau Code des Marchés Publics*<sup>12</sup>) eröffnet den öffentlichen Auftraggebern in Art. 14 die Möglichkeit, den Bietern soziale Ausführungsbedingungen (*conditions d'exécution sociales*) abzuverlangen. Die können darauf gerichtet sein, „die Anstellung derjenigen Personen zu fördern, die schwer in den Arbeitsmarkt zu integrieren sind, im Kampf gegen die Arbeitslosigkeit zu helfen“<sup>13</sup>. Das Vergaberecht des Vereinigten Königreichs, die *Public Works Contracts Regulations* 1991<sup>14</sup>, *Public Services Contracts Regulations* 1994<sup>15</sup>, *Public Supply Contracts Regulations* 1995<sup>16</sup> in Gestalt der *Public Contracts (Works, Services and Supply) (Amendment) Regulations* 2000<sup>17</sup> und der *Public Contracts (Works, Services and Supply) and Utilities Contracts (Amendment) Regulations* 2003<sup>18</sup>, enthält zwar momentan keine sozialen Vergabekriterien. Jedoch erwägt die durch den *Local Government Act 1988* gestärkte *Greater London Authority* (GLA) die Einführung von *fair wages clauses* bei der Vergabe öffentlicher Aufträge<sup>19</sup>.

In den Lichtkegel des Gemeinschaftsrechts rückte die Frage der Berücksichtigung sozialer Aspekte im Vergaberecht mit dem Schlüsselurteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zur Rechtssache *Beentjes*: Darin hatte der EuGH das Vergabekriterium der Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen mit der damals geltenden Baukoordinierungsrichtlinie, RL

- 
- 5 Art. 4 Abs. 1 Bayerisches Bauaufträge-Vergabegesetz (BayBauVG) vom 28. Juni 2000, BayGVBl. 2000, S. 364.
  - 6 § 1 Abs. 1 Berliner Vergabegesetz (VgG Bln) vom 9. Juli 1999, GVBl. Bln 1999, S. 369.
  - 7 § 4 Vergabegesetz für das Land Bremen vom 17. Dezember 2002, GVBl. Bremen 2002, S. 594.
  - 8 § 3 Abs. 1 Landesvergabegesetz Niedersachsen (NdsLVG) vom 2. September 2002, GVBl. 2002, S. 370.
  - 9 § 3 Abs. 1 Tariftreuegesetz Nordrhein-Westfalen (TariftG NRW) vom 17. Dezember 2002, GVBl. NRW 2003, S. 8.
  - 10 § 3 Gesetz zur tariflichen Entlohnung bei öffentlichen Aufträgen (Tariftreuegesetz Schl.-H.) vom 7. März 2003, GVBl. Schl.-H. 2003, S. 136.
  - 11 § 4 Saarländisches Bauaufträge-Vergabegesetz (SaarBauVG) vom 23. August 2000, Saar ABl. 2000, S. 218.
  - 12 Décret Nr. 2001-210 portant Code des marchés publics vom 7. März 2001, J.O.R.F. Nr. 571 vom 8. März 2001, S. 37003, Art. 1 und, Art. 2.
  - 13 La définition des conditions d'exécution d'un marché dans les cahiers des charges peut viser à promouvoir l'emploi de personnes rencontrant des difficultés particulières d'insertion, à lutter contre le chômage ou à protéger l'environnement. Ces conditions d'exécution ne doivent pas avoir d'effet discriminatoire à l'égard des candidats potentiels.
  - 14 Statutory Instrument 1991 Nr. 2680, Public Works Contracts Regulations 1991, in Kraft getreten am 21. Dezember 1991.
  - 15 Statutory Instrument 1993 Nr. 3228, Public Services Contracts Regulations 1993, in Kraft getreten am 13. Januar 1994.
  - 16 Statutory Instrument 1995 Nr. 201, Public Supply Contracts Regulations 1995, in Kraft getreten am 21. Februar 1995.
  - 17 Statutory Instrument 2000 Nr. 2009, Public Contracts (Works, Services and Supply) (Amendment) Regulations 2000, in Kraft getreten am 16. August 2000.
  - 18 Statutory Instrument 2003 Nr. 46, Public Contracts (Works, Services and Supply) and Utilities Contracts (Amendment) Regulations 2003, in Kraft getreten am 4. Februar 2003.
  - 19 “Each employee of the Contractor who is at any time engaged in the contract work shall be employed by the Contractor at that time on terms and conditions of service which are, when considered as a whole, no less favourable to that employee than the terms and conditions of service which the GLA would at that time afford an employee engaged in equivalent work or of equivalent seniority”; abrufbar unter: <http://www.unison.org.uk>.

71/305/EWG<sup>20</sup>, sowie dem primären Gemeinschaftsrecht für vereinbar erklärt<sup>21</sup>. Dieses Urteil stieß auf vehemente Opposition der Kommission und erregte einen Sturm der Entrüstung in der rechtswissenschaftlichen Literatur („groteskes Fehlurteil“<sup>22</sup>). Diese sah aufgrund der sozialpolitisch motivierten Nachfragemacht der Mitgliedstaaten die gemeinschaftliche Wettbewerbsordnung bedroht<sup>23</sup> und die Büchse der Pandora geöffnet<sup>24</sup>. Daher einigte man sich schnell darauf, *Beentjes* als isolierte Einzelentscheidung zu bagatellisieren<sup>25</sup>. Allerdings bestätigte der EuGH im folgenden in den Urteilen *Französische Schulen*<sup>26</sup> vom 26. September 2000, *Concordia Bus*<sup>27</sup> vom 17. September 2002 und *Wienstrom*<sup>28</sup> vom 4. Dezember 2003 die in *Beentjes* eingenommene Position und gab damit der Debatte um die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien weitere Nahrung.

Trotz dieser Rechtsprechungsserie blieb die sich sonst üblicherweise einstellende Akzeptanz der EuGH-Entscheidungen aus. In der rechtswissenschaftlichen Literatur hielt man weiterhin an der Unzulässigkeit sozialer Vergabekriterien fest. Der Grund für diese Ablehnung ist darin zu suchen, daß der EuGH nicht wirklich die Anstrengung unternahm, die Gegner sozialer Vergabekriterien durch Argumente zu überzeugen. Die Urteilssprüche des EuGH zur Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien fallen im Hinblick auf Herleitung und Argumentation eher dürftig aus. Auch erweckten einige Urteile des EuGH zwischenzeitlich den Eindruck, der EuGH habe seine in *Beentjes* eingenommene Position wieder aufgegeben. Davon abgesehen beruht die Ablehnung sozialer Vergabekriterien jedoch nicht zuletzt darauf, daß die Berücksichtigung sozialer Aspekte im Vergaberecht an das Spannungsverhältnis zwischen den wirtschaftlichen Zielen des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts und dem Interesse von Mitgliedstaaten und Gemeinschaft an sozialer Kohäsion rührt<sup>29</sup>.

Den Eifer, mit dem die Kontroverse um die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien ausge tragen wird, versteht daher nur, wer sich der immensen Bedeutung des öffentlichen Auftragswesens für die Volkswirtschaften der Mitgliedstaaten und die gemeinschaftliche Wettbewerbsordnung insgesamt bewußt ist. Laut den Statistiken der Generaldirektion (GD) Binnenmarkt der Kommission ist der Anteil des öffentlichen Auftragswesens am Bruttoinlandsprodukt (BIP) gemeinschaftsweit auf 16,3% zu veranschlagen<sup>30</sup>. In absoluten Zahlen gesprochen beläuft sich das Gesamtvolumen aller öffentlicher Aufträge in der Gemeinschaft

20 RL 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl. 1971, L 185, S. 5 ff.

21 *EuGH*, Rs. 31/87 (*Beentjes*), Slg. 1988, 4635, Rdnr. 29.

22 *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum GWB, § 97, Rdnr. 127; *Götz*, Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, 174; *idem*, *EuR* 1999, 621 (634); *Schenk*, Das neue Vergaberecht, 64.

23 *Schenk*, Das neue Vergaberecht, 69.

24 *Rittner*, *EuZW* 1999, 677 (678); *Seidel*, *ZVgR* 2000, 195 (196).

25 *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum GWB, § 97, Rdnr. 127; *Fante*, Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 200; *Götz*, *EuR* 1999, 621 (625); *Kling*, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 150; *Schenk*, Das neue Vergaberecht, 60; *Seifert*, *ZfA* 2001, 1 (28).

26 *EuGH*, Rs. C-225/98 (Kommission/Französische Frankreich – Französische Schulen), Slg. 2000 I-7445, Rdnr. 50.

27 *EuGH*, Rs. C-513/99 (*Concordia Bus*), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 64.

28 *EuGH*, Rs. C-448/01 (*EVN und Wienstrom*), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 33.

29 *Bultmann*, *BuW* 2001, 244 (251).

30 *Kommission*, Statistik vom 16. Dezember 2003 „Indikatoren des öffentlichen Auftragswesens 2002“, CC/2003/22 DE, S. 1 (5); *eadem*, 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 (2, 4), Doc. 03/02/2004; abrufbar unter: [http://www.europa.eu.int/comm/internal\\_market/en/publproc/general/public-proc-market-final-report\\_en.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/publproc/general/public-proc-market-final-report_en.pdf).

momentan auf knapp 1,5 Billionen EUR und entspricht damit der volkswirtschaftlichen Leistung mehrerer mittlerer Mitgliedstaaten<sup>31</sup>. Für die Bundesrepublik Deutschland geht man von einem BIP-Anteil in Höhe von 17% aus, in Frankreich sind es 16,6%, und im Vereinigten Königreich erreicht das öffentlichen Auftragswesen einen Wert von 18,4%<sup>32</sup>. In der Summe führt die Bundesrepublik Deutschland die Ausgabenrangliste an, dort beschaffen die öffentlichen Auftraggeber jährlich Produkte und Dienstleistungen im Wert von circa 360 Milliarden EUR an, dicht gefolgt vom Vereinigten Königreich mit mehr als 305 Milliarden EUR und schließlich Frankreich mit über 252 EUR Milliarden<sup>33</sup>. Berücksichtigt man überdies, daß diese Zahlen nicht die Ausgaben im Verteidigungssektor sowie die öffentlichen Aufträge unterhalb der Schwellenwerte der Vergaberichtlinien miteinbeziehen, dann wird deutlich, welcher gewaltigen Wirtschaftskreislauf das Regelwerk des öffentlichen Auftragswesens steuert. Die Vergaberichtlinien regeln das Nachfrageverhalten von gemeinschaftsweit schätzungsweise 500.000 öffentlichen Auftraggebern<sup>34</sup>. Dazu indizieren die Statistiken eine steigende Tendenz. Der Wert der im Amtsblatt der Gemeinschaft veröffentlichten Aufforderungen zur Angebotsabgabe hat sich von ursprünglich 108 Milliarden EUR im Jahr 1996 auf nunmehr 241 Milliarden EUR mehr als verdoppelt<sup>35</sup>.

In Anbetracht der weiterhin ablehnenden Haltung der rechtswissenschaftlichen Literatur gegenüber sozialen Vergabekriterien herrschte insbesondere unter den deutschen Gerichten weiterhin große Verunsicherung, wie die Zulässigkeit soziale Vergabekriterien gemeinschaftsrechtlich zu bewerten ist. So erkannte das Bayerische Oberlandesgericht (BayOLG) zwar, daß die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien „höchst umstritten sei“<sup>36</sup>. Wegen der gesetzgeberischen Entscheidung für § 97 Abs. 4 GWB, vermochte es sich jedoch nicht dazu durchzuringen, zum Streit selbst Position zu beziehen. Das Oberlandesgericht Celle (OLG Celle) stellte sogar fest, daß die Frage der Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien „aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht äußerst umstritten sei“<sup>37</sup>. Trotzdem erachtete sich das OLG Celle ausdrücklich nicht zur Vorlage verpflichtet, „da sich die angefochtene Entscheidung der Vergabekammer aus anderen Gründen als richtig erwiesen habe und die Rechtsfrage somit nicht entscheidungserheblich sei“<sup>38</sup>.

Noch weiter ging allerdings die mangelnde Kooperation des Kartellsenats des BGH. In dem vom Land Berlin gegen eine Entscheidung des Kammergerichts Berlin<sup>39</sup> zum Berliner Vergabegesetz initiierten Verfahren war dieser zu dem Ergebnis gelangt, daß die Verfassungsmäßigkeit der Tariftreueverpflichtung zweifelhaft sei<sup>40</sup>. *Ergo* legte der BGH dem Bundesverfassungsgericht im Wege der konkreten Normenkontrolle gemäß Art. 100 Abs. 1 GG vor. Dabei hatte der BGH zu erkennen gegeben, daß die Frage der Vereinbarkeit der Tarif-

31 Vgl. *Schwarze*, in: Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 13 (14).

32 *Kommission*, Statistik vom 16. Dezember 2003 „Indikatoren des öffentlichen Auftragswesens 2002“, CC/2003/22 DE, S. 1 (5).

33 *Kommission*, Statistik „Indikatoren des öffentlichen Auftragswesens 2002“ vom 16. Dezember 2003, CC/2003/22 DE, S. 1 (2).

34 *Wuermeling*, BS Oktober 2001, 22 (22).

35 *Kommission*, Statistik „Indikatoren des öffentlichen Auftragswesens 2002“ vom 16. Dezember 2003, CC/2003/22 DE, S. 1 (3); *forum vergabe*, Monatsinfo 12/2003, 196.

36 *BayObLG*, NVwZ 1999, 1138 (1141).

37 *OLG Jena*, NZBau 2001, 39 (42).

38 *OLG Jena*, NZBau 2001, 39 (42).

39 *KG*, ZIP 1998, 1600 ff.

40 *BGH*, NZBau 2000, 189 (194).

treueverpflichtung mit Art. 49 EG sowie den Vergaberichtlinien eigentlich durch ein Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art. 234 EG geklärt werden müßte<sup>41</sup>. Die Vorlage an den EuGH lehnte der BGH jedoch mit der Begründung ab, daß „sich nicht feststellen ließe, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang EG-ausländische Anbieter von der Tariftreueverpflichtung betroffen wären“<sup>42</sup>. Die Tariftreueverpflichtung sei „außerdem bereits nach nationalem Verfassungsrecht ungültig“<sup>43</sup>. Im übrigen sei der BGH an die nationalen Vorgaben gebunden<sup>44</sup>. Kurz, obwohl der BGH ernste Zweifel an der gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien artikulierte, legte er dem EuGH nicht vor und verletzte damit seine Vorlagepflicht gemäß Art. 234 Abs. 3 EG<sup>45</sup>. Denn es bestand offensichtlich ein Bedürfnis für eine die Einheit der Gemeinschaftsrechtsordnung sichernde<sup>46</sup> Auslegung des EuGH, da sich der BGH in Widerspruch zu der im *Beentjes*-Urteil<sup>47</sup> eingenommenen Rechtsauffassung des EuGH begab<sup>48</sup>. Dabei wäre eine Rücksichtnahme gegenüber dem höchsten Gemeinschaftsgericht besonders angesagt gewesen, weil just zum Zeitpunkt des Vorlagebeschlusses an das BVerfG beim EuGH die Rechtsache *Französische Schulen* anhängig war.

Abgesehen von der zögerlichen Annahme der vergaberechtlichen EuGH-Rechtsprechung durch die nationalen Gerichte erscheint eine Auseinandersetzung zum gegenwärtigen Zeitpunkt unter einer Reihe von Gesichtspunkten lohnenswert und auch erforderlich. Die vorliegende Untersuchung geht nämlich von der Prämisse aus, daß die Frage nach der Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien nur auf der Grundlage der gesamten Gemeinschaftsrechtsordnung beantwortet werden kann. Der EG-Vertrag, welcher gleichsam die Verfassung der Gemeinschaftsrechtsordnung bildet, hat sich seit Schaffung der ersten Vergaberichtlinien fundamental gewandelt. Dieser Umstand macht auch ein geändertes Verständnis des Rechts der öffentlichen Auftragsvergabe notwendig. Die vorliegende Untersuchung stellt sich daher insbesondere der Aufgabe, das von den Gegnern sozialer Vergabekriterien neuerdings vorgebrachte Argument der beihilfenrechtlichen Unzulässigkeit zu *widerlegen*. Beflügelt von dem Urteil des Europäischen Gerichts erster Instanz (EuG) in der Rechtssache *BAI*<sup>49</sup> wird nämlich vielfach versucht, die Unzulässigkeit sozialer Vergabekriterien *qua* gemeinschaftlichen Primärrechts mit dem Argument zu begründen, daß die Vergabe eines öffentlichen Auftrags unter Berücksichtigung sozialer Aspekte gegen das Beihilfenverbot gemäß Art. 87 Abs. 1 EG verstößt.

Es soll aber nicht nur der Vorwurf der beihilferechtlichen Unzulässigkeit sozialer Vergabekriterien entkräftet werden. Darüber hinaus soll der Versuch unternommen werden, aus dem Vergleich zwischen Beihilfen- und Vergaberecht Argumente *für* die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien herzuleiten. Dieses Vorhaben erfordert es, sich den durch den EuGH angestoßenen seismischen Entwicklungen im Beihilfenrecht zu widmen, die sich im Hinblick auf mitgliedstaatliche Kompensationszahlungen für die Erbringung von

41 BGH, NZBau 2000, 189 (193).

42 BGH, NZBau 2000, 189 (193).

43 BGH, NZBau 2000, 189 (193).

44 BGH, NZBau 2000, 189 (193).

45 Berrisch/Nehl, ZIP 2000, 434 (435); Böhm/Danker, NVwZ 2000, 767 (768); Kämmerer/Thüsing, ZIP 2002, 96 (598); Seifert, ZfA 2001, 1 (29); Weinacht, WuW 2000, 382 (387, 388).

46 Vgl. EuGH, Rs. 283/81 (CILFIT), Slg. 1982, 3415, Rdnr. 7; Rs. C-337/95 (Parfums Christian Dior), Slg. 1997, I-6013 Rdnr. 23; C-393/98, (Gomes Valente), Slg. 2001, I-1327 Rdnr. 17; vgl. Schwarze, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 234, Rdnr. 2.

47 EuGH, Rs. 31/87 (Beentjes), Slg. 1988, 4635, Rdnr. 37.

48 Vgl. Groh, EuZW 2002, 460 (463, Fn. 30).

49 EuG, Rs. T-14/96 (BAI/Kommission), Slg. 1999 II-139, Rdnr. 71.



Dienstleistungen von allgemeinem Interesse ergeben haben. In diesem Zusammenhang wird der sogenannte *market economy investor test* kritisch beleuchtet werden. Die angestrebte Gegenüberstellung von Beihilfen- und Vergaberecht bedeutet zwar, sich angesichts der rasanten Entwicklungen auf einen publizistischen Hase-Igel-Wettlauf einzulassen<sup>50</sup>, gleichwohl liegt darin der spezifische Reiz und die besondere Aktualität der vorliegenden Untersuchung. Denn bei diesem Vergleich treffen die zwei dynamischsten Rechtsgebiete der Gemeinschaftsrechtsordnung aufeinander: Nicht umsonst betonen Rat<sup>51</sup> und Kommission<sup>52</sup> seit geraumer Zeit die herausragende Bedeutung der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse. In ihrem Weißbuch *Dienstleistungen von allgemeinem Interesse* aus dem Jahr 2004 kürte die Kommission deren zukünftige Ausgestaltung gar zum „zentralen Thema der Debatte über das europäische Gesellschaftsmodell“<sup>53</sup>. Im Vergaberecht tragen die fortschrittliche Rechtsprechung des EuGH sowie die Reformen, die das im Mai 2004 verabschiedete Legislativpaket, i.e. RL 2004/18/EG<sup>54</sup> und RL 2004/17/EG<sup>55</sup>, gebracht hat, zur Dynamik dieses Rechtsgebietes bei.

Ein weiterer Anlaß sich zum gegenwärtigen Zeitpunkt mit der Frage der gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien zu beschäftigen, ist die Entwicklung der EuGH-Rechtsprechung anhand von Art. 141 EG und Art. 2 Abs. 1 und 4 RL 76/207/EWG<sup>56</sup> zu den *affirmative action*-Maßnahmen der Mitgliedstaaten destilliert werden können. Da der eingangs erwähnte Wandel der Gemeinschaftsordnung auch nicht vor den grundlegenden Prinzipien der Gemeinschaft Halt macht, sollen die veränderte Bedeutung und Funktion des Subsidiaritätsprinzips gemäß Art. 1 Abs. 2 EU und Art. 5 Abs. 2 EG sowie das in Mitgliedstaaten mit einer Verfassungstradition eher unbekannte verwaltungsrechtliche Instrument des *mainstreaming* für den Fall der sozialen Vergabekriterien urbar gemacht werden. Neben der Analyse all dieser neueren Entwicklungen zieht die vorliegende Untersuchung zudem Konse-

50 Vgl. Bultmann, Beihilfenrecht und Vergaberecht, Vorwort.

51 *Vorsitz des Europäischen Rates (Nizza)*, Schlußfolgerungen vom 7.-9. Dezember 2000, Rdnr. 47; (*Laeken*), Schlußfolgerungen vom 14. und 15. Dezember 2001, Rdnr. 26; (*Barcelona*) Schlußfolgerungen vom 15.-16. März 2002, Rdnr. 42; (*Sevilla*) Schlußfolgerungen vom 21.-22. Juni 2002, Rdnr. 54.

52 *Kommission*, Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, KOM (2000), 580 endg.; *eadem*, Bericht vom 17. Oktober 2001 für den Europäischen Rat in Laeken – Leistungen der Daseinsvorsorge, KOM (2001), 598 endg.; *eadem*, Mitteilung über die Anwendung der Vorschriften über Staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl. 2001, C 320, S. 5 ff.; *eadem*, Bericht vom 16. Juni 2002 über den Stand der Arbeiten im Bereich der Leitlinien für staatliche Beihilfen im Rahmen der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, KOM (2002), 280 endg.; *eadem*, Bericht vom 27. November 2002 über den Stand der Arbeiten betreffend die Leitlinien für staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, KOM (2002), 636 endg.; *eadem*, Mitteilung über eine Methodik der horizontalen Bewertung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, KOM (2002), 331 endg.; *eadem*, Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge von 1996, ABl. 1996, C 281, S. 3 ff.; *eadem*, Mitteilung über die Anwendung der Vorschriften über Staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl. 2001, C 320, S. 5 ff.

53 *Kommission*, Mitteilung vom 12. Mai 2004 an das EP, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuß und den Ausschuß der Regionen „Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“, KOM (2004), 374 endg., Rdnr. 1.

54 RL 2004/18/EG des EP und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. 2004, L 134, S. 114 ff.

55 RL 2004/17/EG des EP und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. 2004, L 134, S. 1 ff.

56 RL 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. 1976, L 39, S. 40 ff.

quenzen aus der Tatsache, daß keine der bisherigen rechtswissenschaftlichen Arbeiten, die sich dezidiert mit diesem Thema beschäftigt haben<sup>57</sup>, die sozialen Vergabekriterien, insbesondere das Vergabekriterium der Tariftreueverpflichtung, einer umfassenden Verhältnismäßigkeitskontrolle unterworfen haben. Daher werden die gemeinschaftsrechtlichen Freiräume für soziale Vergabekriterien *en détail* im Hinblick auf ihre Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit ausgelotet und konkrete Voraussetzungen für deren Zulässigkeit zu erarbeitet.

Insgesamt soll die vorliegende Untersuchung darauf aufmerksam machen, daß der eingangs erwähnte Interessenskonflikt keinen unversöhnlichen *clash of the civilisations* darstellt. Die Ziele Wettbewerb und Marktöffnung vertragen sich nur auf den ersten Blick nicht mit der sozialen Dimension der Gemeinschaft<sup>58</sup>. Ausgehend von der Feststellung, daß die Gemeinschaft nicht mehr nur ein gemeinsamer Wirtschaftsraum ist, soll aufgezeigt werden, daß soziale Vergabekriterien eine gangbare Möglichkeit sind, die konfligierenden Interessen im Sinne praktischer Konkordanz schonend miteinander in Ausgleich zu bringen.

## B. Gang der Untersuchung

Im ersten Kapitel der Untersuchung wird nach einer Einführung in die für die Fragestellung einschlägigen Normen der ehemaligen und der aktuellen Vergaberichtlinien die bisherige Rechtsprechung des EuGH anhand der Urteile in den Rechtssachen *Beentjes*<sup>59</sup>, *Französische Schulen*<sup>60</sup>, *Concordia Bus*<sup>61</sup> und *Wienstrom*<sup>62</sup> nachgezeichnet. Hierbei folgt auf jede Zusammenfassung der rechtlichen Erwägungen des EuGH eine kurze Hintergrundanalyse, die den Diskussionsstand, i.e. die Positionen der GAe und der Kommission, wiedergibt und zum Aussagegehalt der Urteile Stellung nimmt. Daran schließt sich eine Auslegung des allen Vergaberichtlinien gemeinsamen Begriffs „wirtschaftlich günstigstes Angebot“ an, die sich an Wortlaut, Genese, interner Systematik sowie Telos der jeweiligen Vorschriften orientiert. Unter systematischen Gesichtspunkten wird ein besonderes Augenmerk auf die mittelstandsfördernde Zielsetzung der Losvergabe gerichtet werden.

Das zweite Kapitel skizziert nach einer knappen Einführung in das gemeinschaftliche Beihilfenregime die Praxis der Kommission, um das Vorliegen eines „wirtschaftlichen Vorteils“ im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG festzustellen. Anschließend geht die vorliegende Untersuchung auf die Urteile von EuGH und EuG in den Rechtssachen *Du Pont de Nemours Italiana*<sup>63</sup>, *BAI*<sup>64</sup>, *FFSA*<sup>65</sup>, *SIC*<sup>66</sup>, *CELF*<sup>67</sup>, *Ferring*<sup>68</sup>, *Altmark*<sup>69</sup>, *GEMO*<sup>70</sup> und *Enirisorse*<sup>71</sup> ein.

---

57 *Benedict*, Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, 69 ff.; *Fante*, Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 109 ff.; *Kling*, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 7 ff.; *Meyer*, Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 123 ff.; *Schäfer*, Öffentliche Belange im Auftragswesen und Europarecht, 140 ff.

58 *Bovis*, EC Public Procurement Law, 118.

59 *EuGH* Rs. 31/87 (*Beentjes*) Slg. 1988, 4635, Rdnr. 29.

60 *EuGH*, Rs. C-225/98 (Kommission/Französische Frankreich), Slg. 2000 I-7445, Rdnr. 50.

61 *EuGH*, Rs. C-513/99 (*Concordia Bus*), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 64.

62 *EuGH*, Rs. C-448/01 (*EVN und Wienstrom*), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 33.

63 *EuGH*, Rs. 21/88 (*Du Pont de Nemours Italiana*), Slg. 1990, I-889, Rdnr. 20.

64 *EuG*, Rs. T-14/96 (*BAI/Kommission*), Slg. 1999 II-139, Rdnr. 71.

65 *EuG*, Rs. T-106/95 (*FFSA/Kommission*), Slg. 1997, II-229, Rdnr. 172.

66 *EuG*, Rs. T-46/97 (*SIC/Kommission*), Slg. 2000, II-2125, Rdnr. 84.

67 *EuGH*, Rs. C-332/98 (Frankreich/Kommission), Slg. 2000, I-4833, Rdnr. 31.