

V. Aufbau und Struktur von Beihilfen- und Vergaberecht

Den Blick für die Gemeinsamkeiten der beiden Rechtsmaterien darf man sich auch nicht durch die positive, respektive negative Formulierung der beiden Normenkomplexe verstellen lassen. Während nämlich der Beihilfentatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG regelt, unter welchen Voraussetzungen eine mitgliedstaatliche Zuwendungen an Unternehmen nach Gemeinschaftsrecht unzulässig ist, mithin als Verbotsnorm ausgestaltet ist, legen die vergaberechtlichen Vergaberichtlinien fest, unter welchen Voraussetzungen die Vergabe eines öffentlicher Auftrags der öffentlicher Hand an Unternehmen nach Gemeinschaftsrecht zulässig ist, sind also als Gebots- bzw. Erlaubnisnormen formuliert. Diese eher zufällige Ausgestaltung spielt jedoch für den Vergleich der materiellen Regelungsinhalte keine Rolle. Die Sanktion für *social spending* war bisher in beiden Fällen identisch, nämlich die gemeinschaftsrechtliche Rechtswidrigkeit. Auch die Tatsache, daß beide Normenkomplexe auf unterschiedlichen Ebenen der Gemeinschaftsordnung angesiedelt sind, spielt entgegen anderer Ansicht¹²⁸⁸ keine Rolle, da sie nur auf der Zufälligkeit der damaligen Meinungsverschiedenheiten unter den Mitgliedstaaten beruht.

C. Konkrete Gemeinsamkeiten zwischen staatlichen Kompensationszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und sozialen Vergabekriterien

Die beiden Normenkomplexe ähneln sich jedoch nicht nur im allgemeinen. Kompensationszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und die Berücksichtigung sozialer Aspekte im Vergaberecht weisen auch konkret eine Reihe von Überschneidungen auf.

I. Vergleichbarkeit der Gemeinwohlbelange

In beiden Konstellationen würde das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten erlauben, aus sozialpolitischer Verantwortung von privaten Wirtschaftsteilnehmern ein bestimmtes soziales Verhalten zu „erkaufen“, zu dem diese unter betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten unter Umständen nicht bereit und auch nicht in der Lage gewesen wären. In beiden Fällen würde das Gemeinschaftsrecht von nun an mitgliedstaatliche Zuwendungen gutheißen, die nach traditioneller Lesart der beiden Normenkomplexe zunächst als rechtswidrig qualifiziert worden wäre. Gemeinsamer Aufhänger der beiden Konstellationen ist die Frage der Entgeltlichkeit der mitgliedstaatlichen Intervention in den Wirtschaftsablauf.

I. Vorwurf fehlender Übereinstimmung der Gemeinwohlbelange

Um von der einen Konstellation auf die andere Rückschlüsse ziehen zu können, muß zunächst Inhalt und Umfang derjenigen Gemeinwohlbelange geklärt werden, welche im Rahmen des Beihilfenrechts bei dem Phänomen der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse

1288 Reuter, ZIP 2002, 737 (745).

zu berücksichtigen sind, und derjenigen, welche im Fall sozialer Vergabekriterien eine Rolle spielen. So könnte der Einwand erhoben werden, daß im beihilfenrechtlichen Kontext qualitativ völlig andere Interessen geschützt würden. Schließlich wird angesichts der eindeutigen Wortwahl „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ gemeinhin angenommen, daß die Berücksichtigung von Partikularinteressen nicht unter Art. 86 Abs. 2 EG fällt¹²⁸⁹. Die mitgliedstaatliche Finanzierung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse soll die universelle, kontinuierliche und flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit einer als lebenswichtiges Bedarfsgut angesehenen Leistung sicherstellen¹²⁹⁰. Vom Gemeinwohlgedanken beflügelt sind Maßnahmen, die zum Wohl der Gesamtheit der Bürger getroffen werden. Im Gegensatz zu dem Phänomen der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse könnte man sich nun bei den sozialen Vergabekriterien auf den Standpunkt stellen, daß hier der Schutz von Einzel- und Partikularinteressen dominiert. Denn der Mitgliedstaat wird tätig, um die Integration von Angehörigen gesellschaftlich unterprivilegierter Gruppen in den Arbeitsmarkt erreichen.

2. Vorwurf fehlender Quantifizierbarkeit der durch soziale Vergabekriterien geförderten Gemeinwohlbelange

Zum anderen könnte die Vergleichbarkeit der beiden Konstellationen mit dem Argument in Zweifel gezogen werden, daß die jeweils betroffenen Gemeinwohlbelange unterschiedlich quantifizierbar seien. Im Beihilfenrecht kann man die Vergütung für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse durch die den privaten Wirtschaftsteilnehmern konkret angefallenen Nettomehrkosten zumindest beziffern. In der vergaberechtlichen Konstellation dagegen stellt sich die Frage, wie der von den Bieterunternehmen mit der Erfüllung der sozialen Vergabekriterien einhergehende Gemeinwohlbonus kalkuliert und meßbar gemacht werden soll¹²⁹¹. Es sei unmöglich zu entscheiden, was dem öffentlichen Auftraggeber die Reintegration sozial benachteiligter Bevölkerungsgruppen wert sein soll, da für diese Art der Leistungserbringung in der Regel keine etablierter Markt existiert¹²⁹². In der Literatur wird daher Wert darauf gelegt, daß die Gegenleistung in Waren und Dienstleistungen geleistet wird¹²⁹³. Aus diesem Grund wird die Umrechnung von sozialpolitischen Interessen in ein wirtschaftliches Äquivalent für unmöglich erklärt¹²⁹⁴. Wenn die Gegenleistung lediglich in einem bestimmten sozialverträglichen Verhalten liegt, mag es auch für das jeweilige Bieterunternehmen konkret mit Kosten verbunden sein, dann sei die Bezahlung aus dem öffentli-

1289 Vgl. v. Burchard, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 86, Rdnr. 63; Magiera, in: FS-Rauschnig, 269 (284).

1290 Vgl. Art. 3 Abs. 1 RL 2002/22/EG des EP und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie), ABl. 2002, L 108, S. 51 ff.; vgl. Kommission Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270, endg., Anhang, Rdnrn. 11, 55.

1291 Bartosch, WuW 2001, 673 (685); Fante, Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 131; Meyer, Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 269; Puhl, VVdSTR 2001, 456 (492); Rittner, EuZW 1999, 677 (678); Wuermeling, BS Oktober 2001, 22 (22).

1292 Fante, Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 131; Jennert, NZBau 2003, 417 (419); Koenig/Kühling, NJW 2000, 1065 (1066); Wuermeling, BS Oktober 2001, 22 (22).

1293 Winter, CMLR 2004, 475 (479, 495).

1294 Dippel/Zeiss, NZBau 2002, 376 (377); Rittner, in: Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 87 (90).

chen Portemonnaie eine Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG¹²⁹⁵. Das Problem der Quantifizierung gerate schließlich völlig aus dem Ruder, wenn man es mit mehreren sozialen Vergabekriterien zu tun habe, da es dann erst recht unmöglich sei, das Verhältnis der verschiedenen Vergabekriterien zueinander festzulegen¹²⁹⁶.

3. Analyse und Bewertung

a. Identität der Gemeinwohlbelange

aa. Überschneidung von Gemeinwohl- und Partikularinteresse

Angesichts der Komplexität und Pluralität moderner Gesellschaften und der damit vorprogrammierten Ziel- und Interessenskonflikte verbietet sich eine allgemeingültige Definition des Begriffs „Gemeinwohl“ oder öffentlichen Interesse (*bonum commune*), da sie nur auf einem Abstraktionsniveau möglich wäre, das Leer- bzw. Quasi-Leerformeln produziert und keinerlei faßbaren Aussagegehalt mehr aufweist¹²⁹⁷.

Gleichwohl ist festzustellen, daß sich die Begriffe Gemeinwohl und Partikular- oder Individualinteresse nicht notwendigerweise in einem Verhältnis der Exklusivität gegenüberstehen. Es kann durchaus sein, daß ein Gemeinwohlinteresse an einem Partikularinteresse besteht¹²⁹⁸, nämlich dann wenn Partikularinteresse und öffentliches Interesse miteinander verschmelzen, weil die Mehrheit ein Interesse an der Besserstellung oder Gleichstellung bestimmter Gruppen hat. In diesen Fällen legt die Personenmehrheit ihren unmittelbaren, an kurzfristigem Nutzen orientierten Interessen zugunsten bestimmter Gruppen Beschränkungen auf, weil diese Beschränkungen der Personenmehrheit letztlich längerfristig zum Vorteil reichen wird. Bisweilen können sich daher Partikularinteresse und öffentliche Interesse sehr wohl decken¹²⁹⁹. Dies ist auch bei den gesellschaftlichen Gruppen der Fall, die mithilfe der sozialen Vergabekriterien gefördert werden sollen. Die Mitgliedstaaten haben ein vitales Interesse an deren Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt¹³⁰⁰. Die Ziele „nachhaltiges Wachstum, Beschäftigung und globale Wettbewerbsfähigkeit“ können nur erreicht werden, wenn die gesamte aktive Bevölkerung am Arbeitsmarkt partizipiert¹³⁰¹.

1295 Winter, CMLR 2004, 475 (495, 502).

1296 Rittner, EuZW 1999, 677 (678); *idem*, in: Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 87 (90).

1297 Fuchs, in: Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, 87 (95); Masing, EuGRZ 2004, 395 (398); Neidhardt, in: Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, 13 (14); Plehwe, in: Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, 389 (389); Schuppert, in: Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, 19 (21); Uerpmann, in: Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, 179 (192).

1298 Fischer, in: Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, 65 (75).

1299 Fischer, in: Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, 65 (75).

1300 Vgl. Gleichner, in: Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. IV, 193 (246).

1301 Kommission, Mitteilung an den Rat, das EP, den Wirtschafts- und Sozialausschuß, den Ausschuß der Regionen vom 30. Oktober 2003 „Chancengleichheit für Menschen mit Behinderungen: Ein europäischer Aktionsplan, KOM (2003), 650, endg. Rdnr. 2.2.; vgl. Pollack/Hafner-Burton, JEPP 2000, 432 (441).

bb. Zugänglichkeit für sozial benachteiligte Bevölkerungs- und Arbeitnehmergruppen

(1). Kriterium der Erschwinglichkeit

Auch konkret weisen die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und soziale Vergabekriterien Ähnlichkeiten auf. Einen Brückenkopf zwischen beiden Konstellationen schlägt das Kriterium der Erschwinglichkeit. In ihrem *Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse* aus dem Jahre 2003 konstatiert die Kommission, daß Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu einem erschwinglichen Preis angeboten werden müssen, um für jedermann zugänglich zu sein¹³⁰². Die Erschwinglichkeit ist nach den Bedürfnissen und der Leistungsfähigkeit der Nutzer (in Abhängigkeit vom verfügbaren Einkommen bestimmter Kundengruppen¹³⁰³) zu definieren¹³⁰⁴. Nach Ansicht der Kommission rückt das Konzept der Erschwinglichkeit die Anforderungen an Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in die Nähe von Maßnahmen zur Förderung von Behinderten, älteren und jungen Menschen¹³⁰⁵. Den Bedürfnissen bestimmter Bevölkerungsgruppen wie etwa einkommensschwacher Personen und Randgruppen sollte daher besonderes Augenmerk geschenkt werden¹³⁰⁶.

(2). Ziel der Chancengleichheit

In beiden Konstellationen wollen die Mitgliedstaaten die unterschiedlichen Ausgangspositionen der Wirtschaftsteilnehmer ausgleichen, damit alle die gleichen Chancen haben, am Wirtschaftsleben teilzunehmen. So wie sozial schwache Wirtschaftsteilnehmer aus finanziellen Gründen ohne staatliche Intervention nicht in den Genuß von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse kämen, könnten manche Gruppen von Arbeitnehmern aufgrund verminderter Leistungsfähigkeit nur schwer in den Arbeitsmarkt integriert werden. Transparenzansatz und die Idee sozialer Vergabekriterien ziehen Konsequenzen aus der Tatsache, daß der Markt nicht zwangsläufig eine sozial optimale Verteilung der Ressourcen nach sich zieht¹³⁰⁷.

In der Präambel der VO 2204/2002/EG¹³⁰⁸, welche Beschäftigungsbeihilfen vom Verbotstatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG ausnimmt, konstatiert die Kommission, daß sich „für bestimmte Gruppen von Arbeitnehmern der Einstieg in den Arbeitsmarkt weiterhin besonders schwierig gestaltet“¹³⁰⁹. Die Mitgliedstaaten hätten daher ein berechtigtes Interesse an der Durchführung von Maßnahmen, die Anreize für Unternehmen schaffen, neue Arbeitsplätze, vor allem für benachteiligte Arbeitnehmer, zu kreieren¹³¹⁰. Wie nah sich Beihilfen- und Ver-

1302 *Kommission*, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270, endg., Rdnrn. 17, 60.

1303 *Kommission*, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270, endg., Rdnr. 61.

1304 *Kommission*, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270, endg., Anhang, Rdnr. 17.

1305 *Kommission*, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270, endg., Rdnr. 53, Anhang Rdnr. 10.

1306 *Kommission*, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270, endg., Rdnrn. 61, 63.

1307 *Kirchner*, in: *Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz*, 157 (162).

1308 VO 2204/2002/EG der Kommission vom 12. Dezember 2002 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf Beschäftigungsbeihilfen, ABl. 2002, L 337, S. 3 ff.

1309 Präambel VO 2204/2002/EG der Kommission vom 12. Dezember 2002 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf Beschäftigungsbeihilfen, ABl. 2002, L 337, S. 3 ff., Rdnr. 5.

1310 Präambel VO 2204/2002/EG der Kommission vom 12. Dezember 2002 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf Beschäftigungsbeihilfen, ABl. 2002, L 337, S. 3 ff., Rdnr. 5.

gaberecht in ihren soziale Komponenten gekommen sind, verdeutlicht auch die Aufzählung der benachteiligten Arbeitnehmer gemäß Art. 2 lit. f VO 2204/2002/EG: Darunter finden sich jugendliche Arbeitslose¹³¹¹, Wanderarbeitnehmer¹³¹², Angehörige ethnischer Minderheiten¹³¹³, Alleinerziehende¹³¹⁴, ältere Arbeitslose¹³¹⁵, Langzeitarbeitslose¹³¹⁶, Frauen¹³¹⁷ sowie behinderte Arbeitnehmer¹³¹⁸. Dieser Adressatenkreis stimmt exakt mit der Zielgruppe überein, die mit sozialen Vergabekriterien gefördert werden soll.

In beiden Fällen kann sich die öffentliche Hand auf das Argument stützen, daß sie das Ziel verfolgt, einem Marktversagen, also der Verwirklichung negativer externer Effekte, vorzubeugen¹³¹⁹. Negative externe Effekt sind Verluste, die der Gesellschaft entstehen, für die aber kein Preis angesetzt wird¹³²⁰. Ohne die staatliche Intervention würden die der Gesellschaft entstehenden Kosten ignoriert¹³²¹. Das Marktversagen, dem mithilfe der sozialen Vergabekriterien abgeholfen werden soll, besteht darin, daß Angehörige gesellschaftlich marginalisierter aufgrund „verzerrter Präferenzen“¹³²² erst gar nicht die Chance erhalten, berufliche Qualifikationen zu erwerben oder auf dem Arbeitsmarkt trotz beruflicher Qualifikationen chancenlos sind. Abgesehen von den finanziellen Belastungen aufgrund verminderter Arbeitsproduktivität¹³²³ halten nämlich auch Vorurteile aufgrund Geschlecht, Rasse, Religion, Ethnizität, Alter oder Behinderung die Arbeitgeber davon ab, Angehörige gesellschaftlich benachteiligter Gruppen einzustellen¹³²⁴. Besonders prekär gestaltet sich beispielsweise die Situation für ältere Arbeitnehmer¹³²⁵. Ihnen wird zu Unrecht von den Arbeitgebern Leistungsvermögen und Leistungsbereitschaft abgesprochen. Die positiven Qualitäten älterer Arbeitnehmer wie Zuverlässigkeit, Erfahrung, Leistungsbereitschaft, Sorgfalt sowie gute Kenntnisse der betrieblichen Zusammenhänge werden einfach nicht mehr wahrgenommen¹³²⁶.

Die Integration sozialer Vergabekriterien ist daher als eine Ausprägung des anerkannten Verursacherprinzips anzusehen, wonach die durch den Sozialschutz verursachten Kosten in die Produktionskosten des Unternehmens einbezogen, i.e. internalisiert, werden¹³²⁷. Soziale Vergabekriterien sorgen dafür, daß die Kosten zur Bekämpfung sozialer Mißstände nicht von der Gesellschaft im Rahmen allgemeiner Besteuerung getragen werden, sondern von den Verursachern, im konkreten Fall der Privatwirtschaft, zu tragen sind.

1311 Art. 2 lit. f (i) VO 2204/2002/EG.

1312 Art. 2 lit. f (ii) VO 2204/2002/EG.

1313 Art. 2 lit. f (iii) VO 2204/2002/EG.

1314 Art. 2 lit. f (vi) VO 2204/2002/EG.

1315 Art. 2 lit. f (vii) VO 2204/2002/EG.

1316 Art. 2 lit. f (viii) VO 2204/2002/EG.

1317 Art. 2 lit. f (xi) VO 2204/2002/EG.

1318 Art. 2 lit. g VO 2204/2002/EG.

1319 v. *Danwitz*, in: *Rechtsfragen der europäischen Beihilfenaufsicht*, 13 (15); *D'Sa*, *ELR* 2000, 139 (154); *Kämmerer*, *NVwZ* 2004, 28 (31); *Koenig/Pfromm*, *NZBau* 2004, 375 (376); *Nettesheim*, *EWS* 2002, 253 (254); *Ross*, *CMLR* 2000, 401 (411); *Schwintowski*, *ZögU* 2003, 283 (284, 291, 298); *Stix-Hackl/Gardette*, in: *Une Communauté de droit*, 473 (473); *Winter*, *CMLR* 2004, 475 (494).

1320 Vgl. *GA Jacobs*, *Schlußanträge*, Rs. C-126/01 (GEMO), *Slg.* 2003, I-14527, Rdnr. 66.

1321 Vgl. *GA Jacobs*, *Schlußanträge*, Rs. C-126/01 (GEMO), *Slg.* 2003, I-14527, Rdnr. 66.

1322 *Schwintowski*, *ZögU* 2003, 283 (285).

1323 Vgl. ex §§ 11, 14 Abs. 1 *MuSchG* und § 14 *LFZG*.

1324 *Watermeyer*, *PPLR* 2000, 226 (229).

1325 *Wirtschafts- und Sozialausschuß*, *Stellungnahme des zum Thema "Ältere Arbeitnehmer"*, *ABl.* 2001, C 14, S. 50 ff, Rdnr. 1.5.

1326 *Nienhäuser*, *Ursachen und Wirkungen betrieblicher Personalstrukturen*, 439.

1327 Vgl. *GA Jacobs*, *Schlußanträge*, Rs. C-126/01 (GEMO), *Slg.* 2003, I-14527, Rdnr. 66.

(3). Ergebnis

Die Kategorien der im Zusammenhang mit Daseinsvorsorgeleistungen zu fördernden Bevölkerungsgruppen überschneiden sich weitgehend mit den Arbeitnehmergruppen, die mithilfe sozialer Vergabekriterien gefördert werden sollen. Während es im Fall der Universaldienstgarantie gilt, sozial schwächeren Bevölkerungsgruppen Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu verschaffen, zielen soziale Vergabekriterien, die sich an die Bieterunternehmen in ihrer Rolle als Arbeitgeber richten, darauf ab, den Angehörigen benachteiligter Gruppen Zugang zum Arbeitsmarkt zu verschaffen. Sowohl die Kompensationszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse als auch die Berücksichtigung sozialer Aspekte im Vergaberecht zielen darauf ab, die Chancenunterschiede innerhalb der Bevölkerungsgruppen im Hinblick auf ein bestimmtes Gut, im einen Fall Daseinsvorsorgeleistungen im anderen Fall Arbeitsplätze, auf ein sozial verträgliches Niveau hin auszugleichen.

b. Quantifizierbarkeit der Gemeinwohlbelange

Das durch soziale Vergabekriterien motiviert soziale Verhalten der Bieterunternehmen ist eine echte Gegenleistung. Diese unter Berücksichtigung sozialer Vergabekriterien ermittelte Gegenleistung ist auch ebenso wie die beihilferechtlichen Gemeinwohlverpflichtungen quantifizierbar. Man darf jedoch nicht einfach ohne nähere Analyse, wie teilweise dargetan¹³²⁸, von der Quantifizierbarkeit ausgehen. Die nun folgende Untersuchung stellt zwei Methoden vor, mithilfe derer sich der Preis für die Erfüllung sozialer Vergabekriterien im Vergabeverfahren schätzen lässt.

aa. Volkswirtschaftliche Kalkulation

Die eine Methode ist die volkswirtschaftliche Betrachtungsweise aus Sicht des intervenierenden Staates, wonach diejenigen Kosten zu berücksichtigen sind, welche das Gemeinwesen zu tragen hätte, wenn die mit den sozialen Vergabekriterien verfolgten Integrationsziele weiterhin nicht erreicht würden. Zwar hat die mangelnde Umsetzung der Integrationsziele eine Vielzahl mittelbarer Nachteile und Auswirkungen quer durch die gesamte Gesellschaft und damit quer durch den gesamten Staatshaushalt, die sich sicherlich nur mit einer gewissen Unschärfe werden schätzen lassen. Unmöglich ist dies jedoch nicht. Schließlich ist es in allen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft üblich, sich bei der Folgeneinschätzung politischer Entscheidungen mit statistischen Modellen, Hochrechnungen und Kalkulationen zu behelfen. Auch die Gemeinschaftsorgane behelfen sich bei der Konkretisierung von Tatbestandsmerkmalen wettbewerbsrechtlicher Normen traditionell mit annäherungsweise Schätzungen unter Rückgriff auf Modelle der empirischen Wirtschaftsforschung. Dies beweist nicht zuletzt das *Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse*, wo die Kommission eine Finanzierung über einheitliche Tarife vorschlägt, die auf dem „ermittelten Durchschnitt der Bereitstellungskosten des Dienstes basieren“¹³²⁹. Gemäß dem *Altmark-Urteil* kann die Höhe der mitgliedstaatlichen Kompensation auf Grundlage derjenigen Kosten bestimmt werden, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte¹³³⁰. Der Transparenzansatz hat sich im Beihilfenrecht durchgesetzt und etabliert,

1328 Jennert, NZBau 2003, 417 (418).

1329 Kommission, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270, endg., Anhang Rdnr. 62.

1330 EuGH, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, 7747, Rdnr. 93.

obwohl man sich des Problems der exakten Quantifizierung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse durchaus bewußt war¹³³¹. Auch hier hat man einen ungefähren Beurteilungsmaßstab akzeptiert.

bb. Betriebswirtschaftliche Kalkulation

Die zweite Methode ist die betriebswirtschaftliche Betrachtungsweise aus der Perspektive der Bieterunternehmen. Danach ist darauf abzustellen, mit welchen Kosten die Integration der sozial benachteiligten Arbeitnehmergruppen konkret im Betrieb zu Buche schlägt. Die Bieterunternehmen können schließlich ihrem Angebot eine nach den einzelnen Vergabekriterien aufgeschlüsselte Aufstellung der Kosten bzw. Preise beifügen. Auch die Kommission geht von einer Quantifizierbarkeit der Nettomehrkosten aus, die durch die Erfüllung von Integrationszielen entstehen: So zählt beispielsweise Art. 6 VO 2204/2002/EG über die Anwendung der Art. 87 und 88 EG auf Beschäftigungsbeihilfen¹³³² die berücksichtigungsfähigen Faktoren auf¹³³³, wie zum Beispiel die zusätzlichen Kosten für die Schaffung von behindertengerechten Räumlichkeiten¹³³⁴, für die Abstellung oder Beschäftigung von unterstützendem Personal¹³³⁵, sowie für die Anschaffung von behindertengerechtem Arbeitsmaterial oder dessen Umrüstung¹³³⁶.

Die betriebswirtschaftlichen Kalkulation liegt auch den neuen Vergaberichtlinien zugrunde. Denn Art. 24 Abs. 1 RL 2004/18/EG und Art. 36 Abs. 1 S. 1 RL 2004/17/EG sehen nunmehr vor, daß die öffentlichen Auftraggeber bei öffentlichen Aufträgen, die nach dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots vergeben werden, *Angebotsvarianten* der Bieterunternehmen zulassen können. Die Bieterunternehmen haben damit die Möglichkeit, ihren Preis für die Erfüllung des jeweiligen sozialen Vergabekriteriums zu beziffern. Die öffentlichen Auftraggeber können sozial freundliche Varianten mit rein betriebswirtschaftlich ausgerichteten Angeboten ein und desselben Bieterunternehmens vergleichen. Ein ordnungsgemäß durchgeführtes Vergabeverfahren eröffnet daher nicht nur einen Markt für die ausgeschriebene Gesamtleistung, sondern auch einen Wettbewerb für jedes ausgeschriebene Subkriterium. Die wettbewerbliche Natur des Vergabeverfahrens gewährleistet Leistungsäquivalenz für die Erfüllung sozialer Vergabekriterien. Die Kosten für sozialen Vergabekriterien werden damit transparent und kalkulierbar.

cc. Keine Geltung des market economy investor test

Diesem Ergebnis steht auch nicht der *market economy investor test* entgegen, wonach zur Beurteilung der Marktangemessenheit der Auftragsvergütung das Nachfrageverhalten der öffentlichen Hand mit jenem privater Nachfrager verglichen wird¹³³⁷. Die Argumente, wel-

1331 GA *Stix-Hackl*, Schlußanträge, Rs. C-34/01 bis C-38/01 (Enirisorse), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 154; *Reuter*, ZIP 2002, 737 (743).

1332 VO 2204/2002/EG der Kommission vom 12. Dezember 2002 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf Beschäftigungsbeihilfen, ABl. 2002, L 337, S. 3 ff.

1333 Art. 6 Abs. 2 VO 2204/2002/EG.

1334 Art. 6 Abs. 2 lit. a VO 2204/2002/EG.

1335 Art. 6 Abs. 2 lit. b VO 2204/2002/EG.

1336 Art. 6 Abs. 2 lit. c VO 2204/2002/EG.

1337 *Bartosch*, EuZW 2001, 229 (231); *Dippel/Zeiss*, NZBau 2002, 376 (377); *Dreher/Haas/v. Rintelen*, Vergabefremde Regelungen und Beihilfenrecht, 22; *Gleichner*, in: Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. IV, 193 (249); *Heid*, wbl 1998, 194 (196); *Kämmerer/Thüsing*, ZIP 2002, 596 (600); *Opitz*, NZBau 2001, 12 (13); *Seifert*, ZfA 2001, 1 (25).

che gegen eine Anwendung des *market economy investor test* im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse sprechen¹³³⁸, sind auch im Fall der sozialen Vergabekriterien stichhaltig. Die öffentliche Auftragsvergabe ist *per definitionem* fremdnützig. Die staatliche Nachfrage ist nämlich darauf gerichtet, den Bedarf der öffentlichen Hand *zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben* zu decken und nicht um am Wirtschaftsverkehr teilzunehmen. Die Tatsache, daß die öffentliche Auftragsvergabe Teil des Wettbewerbsrechts ist, enthebt die öffentlichen Auftraggeber nicht ihrer öffentlich-rechtlichen Bindungen. Der Staat verfolgt nicht beim Einkauf „seinen eigenen Vorteil“¹³³⁹. Der Staat hat kein anderes Interesse als das Wohl der Allgemeinheit. Zwar tritt der Staat wie ein privater Nachfrager am Markt auf, aber er *ist* kein privater Wirtschaftsteilnehmer¹³⁴⁰. Wenn zwei dasselbe tun, ist es noch immer nicht dasselbe¹³⁴¹. Den Staat als Wahrer des Allgemeinwohls trifft auch bei der öffentlichen Auftragsvergabe eine besondere sozialpolitische Verantwortung (Vorbildfunktion des Staates¹³⁴²)¹³⁴³. Mangels Vergleichbarkeit kann daher das hypothetische Nachfrageverhalten privater Wirtschaftsteilnehmer nicht als Maßstab für das Nachfrageverhalten des Staates herangezogen werden¹³⁴⁴.

Auf den Fall sozialer Vergabekriterien bezogen, stimmt überdies die Prämisse nicht, daß private Wirtschaftsteilnehmer ein solches Verhalten nicht an den Tag legen würden. Die Realität in den Unternehmen sieht, wie das Aufkeimen von Ideen wie *corporate social responsibility* und *diversity management* belegt, mittlerweile anders aus. Tatsächlich werden Kauf- und Anlageentscheidungen auf dem privaten Kapitalmarkt in zunehmendem Maße nach sozialen und ethischen Maßstäben getroffen¹³⁴⁵. So sind beispielsweise in den letzten Jahren immer mehr Fondsgesellschaften dazu übergegangen, nur in Aktien solcher Unternehmen zu investieren, die eine *diversity management* Politik betreiben¹³⁴⁶.

Die Gegner sozialer Vergabekriterien übersehen außerdem, daß die Verneinung eines dem *market economy investor test* entsprechenden Verhaltens nicht automatisch zu einem wirtschaftlichen Vorteil im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG führt¹³⁴⁷. Dabei wird nämlich außer acht gelassen, daß ein ordnungsgemäß durchgeführtes Vergabeverfahren gerade einen Markt um die Erbringung der sozialen Leistung schafft¹³⁴⁸. Der für die beihilfen- und vergaberechtliche Beurteilung sozialer Vergabekriterien relevante Markt ist daher der Markt, der durch die das wirtschaftlich günstigste Angebot konkretisierenden Subkriterien gebildet wird¹³⁴⁹. Dementsprechend vollzieht sich auch die Preisbildung allein auf diesem speziellen Markt¹³⁵⁰. Die Vergütung desjenigen Bieterunternehmens, welches unter Berücksichtigung sozialer Vergabekriterien das beste Angebot gemacht hatte, ist damit als marktangemessen anzusehen, so-

1338 Supra: S. 140.

1339 Jennert, EuR 2003, 343 (350).

1340 Puhl, VVDStRL 2001, 456 (482).

1341 Puhl, VVDStRL 2001, 456 (482).

1342 Link, AuA 2000, 468 (471).

1343 Götzke, Die Berücksichtigung des Umweltschutzes bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge, 7; Masing, EuGRZ 2004, 395 (397); Rust, EuZW 2000, 205 (207); Willems, Die Förderung des Mittelstandes, 202.

1344 Vgl. Jennert, NZBau 2003, 417 (420).

1345 Kommission, Grünbuch „Europäische Rahmenbedingungen für die soziale Verantwortung der Unternehmen“, KOM (2001), 366 endg., Rdnr. 10; vgl. Doern, PPLR 2004, 97 (111).

1346 Sepehri, Diversity and Managing Diversity in internationalen Organisationen, 156.

1347 Kühling, VerwArch 2004, 337 (353).

1348 Vgl. Doern, PPLR 2004, 97 (113); Eilmansberger, WuW 2004, 384 (388); Fischer, VergabeR 2004, 1 (7); Kühling, VerwArch 2004, 337 (353).

1349 Vgl. Fischer, VergabeR 2004, 1 (4).

1350 Fischer, VergabeR 2004, 1 (4).

lange nur das Vergabeverfahren ordnungsgemäß durchgeführt worden ist¹³⁵¹. Es kommt daher bei der Prüfung, ob der öffentliche Auftraggeber mit dem Zuschlag eine Beihilfe gewährt, nicht auf einen Vergleich mit dem Verhalten eines privaten Marktteilnehmers an, sondern darauf, ob das Beschaffungsverhalten des Auftraggebers den Anforderungen des Vergaberechts entspricht¹³⁵². Ist dem so, ist das Verhalten des öffentlichen Auftraggebers unter beihilfenrechtliche Gesichtspunkten unbedenklich¹³⁵³.

Auch die Kritiker sozialer Vergabekriterien konzедieren mittlerweile, daß bei der Berücksichtigung sozialer Aspekte auf der Angebotsseite Wettbewerb herrscht¹³⁵⁴. Das Argument, daß eine Berücksichtigung sozialer Aspekte im Vergaberecht das Ziel gleicher Wettbewerbsbedingungen zunichte macht¹³⁵⁵, ist daher unzutreffend.

Die Schwächen des Denkmodells des *market economy investor test* treten sowohl bei der beihilfen- als auch beider vergaberechtlichen Konstellation deutlich zu Tage. Angesichts der Parallelen zwischen beiden Problemkreisen erscheint es inkonsequent, die Unzulänglichkeiten dieser Methode im einen Fall anzuerkennen und folgerichtig ihre Anwendbarkeit zu verneinen, sie in dem ähnlich gelagerten Fall weiterhin uneingeschränkt als Maßstab heranzuziehen¹³⁵⁶. In diesem Zusammenhang ist die These eines *market economy purchaser test*¹³⁵⁷ nicht weiterführend, der sich, anstatt auf die betriebswirtschaftliche Günstigkeit abzustellen, an volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten orientiert. Denn dieser *market economy purchaser test* ist nichts anderes als die Nichtanwendung des *market economy investor test* im Bereich der Daseinsvorsorge. Um sprachlichen wie dogmatischen Verwirrungen vorzubeugen, sollte von der Kreation einer solchen Kategorie abgesehen werden.

dd. Ergebnis zur Quantifizierbarkeit der Gemeinwohlbelange

Bei Erstellung der Ausschreibungsunterlagen können die öffentlichen Auftraggeber den Preis für die Erfüllung sozialer Vergabekriterien anhand der volkswirtschaftlichen Kalkulation annäherungsweise schätzen. Sobald alle Angebote und Angebotsvarianten der Bieterunternehmen eingegangen sind, sind die öffentlichen Auftraggeber in der Lage, den Preis nach betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten zu veranschlagen. Schlußendlich ist beihilfen- und der vergaberechtlichen Konstellationen gemeinsam, daß die zu vergütende soziale Leistung identifizierbar und durch den Ausschreibungswettbewerb auch quantifizierbar ist¹³⁵⁸. Der *market economy investor test* findet bei der gemeinschaftsrechtlichen Bewertung sozialer Vergabekriterien keine Anwendung. Die Entscheidung, welches Gewicht sozialen Vergabekriterien in Relation zu den betriebswirtschaftlichen Vergabekriterien beizumessen ist, ist und bleibt dagegen eine Wertungsfrage. Auf den Wertungsaspekt wird unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit noch näher einzugehen sein.

1351 Eilmansberger, WuW 2004, 384 (392); Jennert, NZBau 2003, 417 (419).

1352 Fischer, VergabeR 2004, 1 (5).

1353 Fischer, VergabeR 2004, 1 (5).

1354 Kling, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 199.

1355 Kling, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 199, 202; Götz, Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, 162.

1356 Bartosch, CMLRev. 2002, 551 (576); Dippel/Zeiss, NZBau 2002, 376 (377); Gleichner, in: Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. IV, 193 (249); Kämmerer/Thüsing, ZIP 2002, 596 (600); Zeiss, EWS 2003, 114 (118, 119).

1357 Doern, PPLR 2004, 97 (114).

1358 Vgl. Kaelble, VergabeR 2002, 604 (605).

c. Ergebnis zur Vergleichbarkeit der Gemeinwohlbelange

Die Analyse hat ergeben, daß die betroffenen Gemeinwohlbelange in beiden Fällen vergleichbar sind. Mithilfe des beihilfen- und vergaberechtlichen Instrumentariums wollen die Mitgliedstaaten von den privaten Wirtschaftsteilnehmern ein bestimmtes soziales Verhalten „erkaufen“. Im einzelnen wurde gezeigt, daß der Adressatenkreis der begünstigten Personen in der beihilfen- und vergaberechtlichen Konstellation identisch ist. Damit ähneln sich auch zwangsläufig die zu erbringenden Leistungen. Auch im Fall der sozialen Vergabekriterien kann durchaus Leistungsäquivalenz erreicht werden. Die Unterschiede zwischen der beihilfe- und der vergaberechtlichen Konstellation reduzieren sich auf den Modus, wie das Marktversagen bekämpft und finanziell bewältigt werden soll. Beide Male findet ein Ausschreibungswettbewerb statt. Im Fall der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse ist die Erfüllung sozialer Pflichten gegenüber der Allgemeinheit direkter Leistungsgegenstand. Demgegenüber wird in der vergaberechtlichen Situation die Nachfrage für den originären Leistungsgegenstand, die jeweilige Sach- oder Dienstleistung, zum Anlaß genommen, soziale Leistungen einzufordern und einzukaufen.

II. Rückzug des Staates aus der Eigenwahrnehmung öffentlicher Aufgaben

1. Erfolgreiche Privatisierung der Wirtschaftszweige

Eine weitere konkrete Gemeinsamkeit ist der Umstand, daß sowohl Transparenzansatz als auch die Idee der sozialen Vergabekriterien ihre Existenz dem Rückzug des Staates aus der Eigenwahrnehmung öffentlicher Aufgaben verdanken. Die Entwicklung des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts und der damit einhergehenden Liberalisierungs- und Privatisierungsbemühungen ist eine Geschichte des Erfolgs¹³⁵⁹. Die Gemeinschaft hat hier eine gewaltige Wegstrecke zurückgelegt. Zu den gefallenen Monopolbastionen der Mitgliedstaaten zählen mittlerweile nahezu alle Wirtschaftszweige, die der Erbringung von Infrastruktur- und Daseinsvorsorgeleistungen gewidmet sind¹³⁶⁰: Nahezu vollständig abgeschlossen ist die Phase der Liberalisierung beispielsweise im Bereich der Telekommunikation-, Post- und Energiemärkte sowie des Schienenverkehrs und der Bodenabfertigung an Flughäfen¹³⁶¹.

Die Privatisierung geht zwangsläufig mit einem Rückzug des Staates aus der Eigenwahrnehmung der öffentlichen Aufgaben einher¹³⁶². Privatisierung bedeutet, daß die Gewährleistungsverantwortung erhalten bleibt, während die Erfüllung privatrechtlich ausgestaltet wird¹³⁶³. Sie führt dazu, daß die Mitgliedstaaten, anstatt die Leistung selbst anzubieten bzw. bestimmten Unternehmen Monopole zu gewähren¹³⁶⁴, verstärkt private Unternehmen mit der

1359 Vgl. *Alber*, RdA Sonderbeilage 2001, 23 (24); *Britz*, DVBl. 2000, 1641 (1641); *Dörr/Haus*, JuS 2001, 313 (319); *Franzius*, NJW 2003, 3029 (3029); *Mitterer*, BayGT 2003, 81 (85); *Paulweber/Weinand*, EuZW 2001, 232 (232).

1360 *Kämmerer*, NVwZ 2002, 1041 (1043); *Knauff*, NVwZ 2004, 28 (30); *Michaels/Kühschelm*, EuZW 2003, 520 (520); *Pünder*, NZBau 2003, 530 (539); *Schwarze*, EuZW 2001, 334 (335).

1361 *Bartosch*, ZIP 1999, 1787 (1787).

1362 *Henneke*, DNV 2002, 19 (19); *Paulweber/Weinand*, EuZW 2001, 232 (233); *Schliesky*, Der Landkreis 2004, 487 (487); *Zeiss*, Privatfinanzierung staatlicher Infrastruktur, 1.

1363 *Henneke*, DNV 2002, 19 (19); *Jennert*, EuR 2003, 343 (353); *Zeiss*, Privatfinanzierung staatlicher Infrastruktur, 20.

1364 Vgl. *EuGH*, Rs. C-320/91 (Corbeau), Slg. 1993, I-2533, Rdnr. 3; Rs. C-266/96 (Corsica Ferries), Slg. 1998, I-3949, Rdnr. 13.