

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.

Erbringung betrauen¹³⁶⁵. Die Mitgliedstaaten beschränken sich dementsprechend auf die Definition der Zielvorgaben, die Kontrolle und die Finanzierung¹³⁶⁶. Zieht sich der Staat per Privatisierung aus der Selbsterfüllung der öffentlichen Aufgaben zurück, muß er gleichzeitig zwingend Regelungen für Kontroll- und Finanzierungsmodus treffen¹³⁶⁷.

2. Soziale Vergabekriterien als Kompensation für den Verlust der Erfüllungshoheit

Zwar obliegt den staatlichen Einheiten die Entscheidung darüber, ob sie Leistungen über ihre eigene Verwaltung direkt anbieten oder ob sie private Wirtschaftsteilnehmer beauftragen¹³⁶⁸, gleichwohl ist es angesichts leerer Haushaltskassen schwer, sich dem gängigen Privatisierungstrend zu entziehen („Privatisierungsdruck“¹³⁶⁹). Ist die öffentliche Aufgabe einmal privatisiert, verbietet das gemeinschaftliche Wettbewerbsrecht den Mitgliedstaaten, dem freien Spiel der Marktkräfte aus sozialpolitischen Gründen Schranken zu ziehen¹³⁷⁰. Gleichzeitig bleiben die Mitgliedstaaten aber weiterhin für die Arbeitsmarkt- und Sozialpolitik zuständig¹³⁷¹.

Die Eigenwahrnehmung öffentlicher Aufgaben hat aus staatlicher Sicht den entscheidenden Vorteil, daß die Erfüllungshoheit zur Durchsetzung sozialpolitischer Ziele genutzt werden kann¹³⁷². So ist beispielsweise die bevorzugte Behandlung von Frauen im öffentlichen Dienst unter bestimmten Voraussetzungen gemeinschaftsrechtlich unproblematisch¹³⁷³. Des Weiteren können die staatlichen Einrichtungen ohne weiteres Auszubildende in großer Zahl beschäftigen sowie die lokal einschlägigen Tariflöhne zahlen¹³⁷⁴.

Wenn der Staat aber nicht mehr auf sein Arsenal klassischer Steuerungsinstrumente zurückgreifen kann, muß er die ihm zur Verfügung stehenden Einwirkungsmöglichkeiten verfeinern. Es erscheint daher nicht sachgerecht, dem Staat diese Einwirkungsmöglichkeiten zu nehmen, wenn sich nur die Art und Weise der Erfüllung ändert, die Gewährleistungsverantwortung aber erhalten bleibt. Soziale Vergabekriterien sind daher erforderlich, um den mit der Privatisierung einhergehenden Verlust der Erfüllungshoheit als Steuerungsinstrument zu kompensieren¹³⁷⁵. Die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit der Kompensationszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und sozialen Vergabekriterien ist logische Folge dieses Privatisierungsprozesses¹³⁷⁶.

1365 Vgl. *Kommission*, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270, endg., Rdnr. 87; *Alexis*, RDUE 2002, 63 (67); *Franzius*, NJW 2003, 3029 (3029); *Gundel*, RIW 2002, 222, (223); *Jennert*, WRP 2003, 459 (460); *Nettesheim*, EWS 2002, 253 (253).

1366 Vgl. *Kommission*, Grünbuch zu den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270, Rdnr. 23; *Ruge*, ZRP 2003, 353 (354).

1367 *Zeiss*, Privatfinanzierung staatlicher Infrastruktur, 17.

1368 *Kommission*, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270, endg., Rdnr. 79

1369 *Schliesky*, Der Landkreis 2004, 490).

1370 *Scharpf*, JCMS 2002, 645 (648).

1371 v. *Danwitz*, in: Rechtsfragen der europäischen Beihilfenaufsicht, 13 (17).

1372 Vgl. *Broß*, NZBau 2004, 465 (467); *Burgi*, NZBau 2001, 64 (65); *Schliesky*, Der Landkreis 2004, 487 (493); *Willems*, Die Förderung des Mittelstandes, 202.

1373 Vgl. *EuGH*, Rs. C-409/95 (Marschall), Slg. 1997, I-6363, Rdnr. 33; Rs. C-158/97 (Badeck), Slg. 2000, I-1875, Rdnrn. 38, 44, 55, 63, 66.

1374 *Burgi*, NZBau 2001, 64 (65).

1375 *Burgi*, NZBau 2001, 64 (65); *idem*, in: Öffentliche Unternehmen im Wettbewerb und Vergaberecht, 97 (108, 109).

1376 Vgl. *Kämmerer*, NVwZ 2004, 28 (34).

III. Soziale Vergabekriterien als Ausfluß des Subsidiaritätsprinzips

Auch das Subsidiaritätsprinzip in Gestalt des föderalen Auslegungsgebots streitet für die gemeinschaftliche Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien¹³⁷⁷. 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 dezentralisiert¹³⁷⁸.

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*¹³⁷⁹. 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 Kommunen¹³⁸⁰. 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 hat¹³⁸¹. Ebenso wie im Beihilfenrecht gesteht der EuGH nun auch für die öffentliche Auftragsvergabe den Mitgliedstaaten mehr Flexibilität und Ermessen zu¹³⁸². 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).