

2000/78/EG und RL 2000/43/EG, sowie VO 2204/2002/EG von der Verantwortung der Gemeinschaft für die Integration gesellschaftlich benachteiligter Gruppen. Dies schlägt sich auch in den *soft law*-Instrumenten nieder wie beispielsweise der GR-Charta, dem Vertragsentwurf über eine Verfassung für Europa und der Methode der offenen Koordinierung.

Die Intensivierung der sozialen Integration der Gemeinschaft wird mittlerweile als eine Frage der Notwendigkeit erkannt. Eine rein wirtschaftlich orientierte Integration stößt bei den Bevölkerungen der Mitgliedstaaten auf immer weniger Akzeptanz. Eine dauerhafte Kluft zwischen wirtschaftlicher und sozialer Integration birgt die Gefahr, daß die bisher erreichten Erfolge nicht mehr wahrgenommen, bzw. die Sinnhaftigkeit der Gemeinschaft als Institution angezweifelt wird. Werden die sozialen Zielvorgaben des EG-Vertrags nicht in die Tat umgesetzt, entsteht der Gemeinschaft auf Dauer ein irreparabler Schaden. Auf diese Gefahr muß die Gesamtheit aller gemeinschaftlichen Normen reagieren, auch das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe.

### E. *Verhältnismäßigkeit sozialer Vergabekriterien*

Dazu bewähren sich soziale Vergabekriterien auf allen drei Stufen des Verhältnismäßigkeitsprüfung, bei der sich der Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb gemäß Art. 4 Abs. 1 EG und die Vertragsziele eines hohen Beschäftigungsniveaus, eines hohen Maßes an sozialem Schutz gemäß Art. 2 EG, die gesellschaftliche Integration gesellschaftlicher Randgruppen gemäß Art. 13 EG sowie der Gleichstellung von Mann und Frau gemäß Art. 2 EG, Art. 3 Abs. 2 EG und Art. 141 Abs. 4 EG gegenüberstehen.

Mithilfe sozialer Vergabekriterien können Angehörige gesellschaftlich marginalisierter Gruppen in den Arbeitsmarkt integriert werden. Die Methode, die Vergabe öffentlicher Aufträge unter anderem an die Erfüllung von sozialen Vergabekriterien zu koppeln, wirkt als Anreiz für die Bieterunternehmen, in ihrer Eigenschaft als Arbeitgeber verstärkt auf eine Beschäftigung von Angehörigen gesellschaftlich benachteiligter Gruppen zu setzen. Soziale Vergabekriterien weisen grundsätzlich gegenüber rein betriebswirtschaftlichen Vergabekriterien *kein spezifisches Diskriminierungspotential* auf. Die Integrität der öffentliche Auftragsvergabe ist ein allgemeines Problem. Im Einklang mit Forderungen der Kommission ist es daher notwendig, auf erweiterte Sanktionsmöglichkeiten hinzuwirken. Um Diskriminierungen EG-ausländischer Bieterunternehmen zu vermeiden, müssen öffentliche Auftraggeber *soziale Vergabekriterien* neutral, i.e. *ohne geographischen Anknüpfungspunkt*, formulieren. Öffentliche Auftraggeber dürfen daher für die Durchführung des öffentlichen Auftrags nicht die Einstellung von Arbeitslosen aus einer bestimmten Region fordern. Die öffentlichen Auftraggeber sind jedoch nicht daran gehindert, auf das Reservoir an Arbeitslosen in ihrem Verantwortungsbereich sowie die Dienste ihrer Arbeitsvermittlungsagenturen hinzuweisen.

Die öffentlichen Auftraggeber können Einstellungsquoten für Angehörige bestimmter Personengruppen als Vergabekriterien festlegen, auch wenn der geforderte Prozentsatz über den Durchschnittswerten anderer Mitgliedstaaten liegt. Solange es sich bei dem sozialen Vergabekriterium um ein gemeinschaftsweit anerkanntes Quotenziel handelt, ist nicht davon auszugehen, daß ein solches soziales Vergabekriterium mittelbare Diskriminierungswirkung entfaltet. Ansonsten würde man diejenigen Mitgliedstaaten bestrafen, die auf das Engagement der Gemeinschaft hin in diesem Bereich eine Vorreiterrolle übernommen haben. Die Gemeinschaft würde sonst widersprüchliche Signale aussenden.

Mangelnde Professionalität und fehlende Fachkenntnis der mit der öffentlichen Auftragsvergabe betrauten Personen sind kein spezifisches Manko sozialer Vergabekriterien, sondern ein generelles Problem der öffentlichen Auftragsvergabe. Diesem Problem müssen die öffentlichen Auftraggeber durch Schulungs- und Fortbildungsmaßnahmen begegnen. Die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien macht die Vergabeentscheidung auch nicht übermäßig kompliziert. Bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrags nach dem „wirtschaftlich günstigsten Angebot“ basiert die Vergabeentscheidung stets auf einem Katalog von Vergabekriterien. Das Problem fehlender gemeinschaftsweit einheitlicher Definitionen der zu fördernden Personengruppen stellt sich lediglich bei dem Kriterium der Ausbildungsförderung, wird aber durch die jüngsten Kooperationen der Mitgliedstaaten in diesem Bereich entschärft.

Die vorgeschlagenen Alternativmaßnahmen zu sozialen Vergabekriterien sehen sich einer Reihe von Einwänden ausgesetzt. Freiwilligen Initiativen der Privatwirtschaft fehlt es an der Durchsetzbarkeit und der Anreizwirkung. Bei der individuellen Durchsetzung des Diskriminierungsverbots haben die Betroffenen mit hohen Prozeßkosten, einer langen Verfahrensdauer sowie unvorteilhaften Beweislastregeln zu kämpfen. Direkte Subventionen und Beschäftigungsquoten haben sich in der Praxis ebenfalls nicht bewährt. Die Arbeitgeber neigen dazu, sich diesen gesetzlichen Verpflichtungen zu entziehen und lieber Sanktionen in Form von Ausgleichsabgaben auf sich nehmen. Überdies bedeuten sanktionsbewehrte Gebote einen intensiveren Einschnitt in die Privatautonomie der Wirtschaftsteilnehmer.

Demgegenüber haben soziale Vergabekriterien den Vorteil der Appell- und Erinnerungsfunktion. Jede Ausschreibung unter dem Vorzeichen sozialer Vergabekriterien generiert bei Geschäftsführung und Unternehmensstrategen erneut die Motivation, Angehörige gesellschaftlich marginalisierter Gruppen zu beschäftigen. Außerdem tragen sie dazu bei, bei den öffentlichen Auftraggebern die psychologischen Hemmschwelle gegenüber EG-ausländischen Anbietern zu überwinden.

Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung sprechen folgende Argumente für die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien: Im Vergabeverfahren dürfen nur diejenigen sozialen Aspekte berücksichtigt werden, die mit den Aufgaben gemäß Art. 2 EG, sowie den übrigen im EG-Vertrag verstreuten Querschnittszielen und Kompetenznormen übereinstimmen. Dabei ist zu berücksichtigen, daß die Gemeinschaft *quantitative Klassenziele* definiert und sich für die Erreichung dieser Ziele *konkrete Fristen* gesetzt hat. Der Kampf gegen soziale Ausgrenzung und für mehr Beschäftigung ist heutzutage eine der Hauptaufgaben der staatlichen Institutionen. Dem Staat kommt hierbei eine Vorbildfunktion zu.

Die Vergabeentscheidung wird in der überwiegenden Zahl der Fälle aufgrund eines umfangreichen Kriterienkatalogs gefällt. Das hat zur Folge, daß die Vergabeentscheidung sich damit immer zwischen denjenigen Bieterunternehmen abspielen wird, deren Angebote sich sowohl durch betriebswirtschaftliche Attraktivität als auch durch soziale Verantwortung auszeichnen. Bei der Vergabeentscheidung darf jeweils *nur ein sozialer Aspekt* zum dem Kanon der betriebswirtschaftlichen Vergabekriterien hinzutreten. Der Gefahr von unverhältnismäßigen Mehrpreisen kann leicht mithilfe eines Maximalabstandsgebotes („Mehrpreisstaffeln“) begegnet werden. Die Frage der Gewichtung ist kein spezifisches Problem der sozialen Vergabekriterien. Art. 53 Abs. 2 S. 1 RL 2004/18/EG und Art. 55 Abs. 2 S. 1 RL 2004/17/EG garantieren nunmehr hinsichtlich der Angemessenheit der Bewertungsmaßstäbe Transparenz und damit auch Justitiabilität. Die Rechtsprechung des EuGH hat den nationalen Gerichte den Weg gebahnt, effektiv ihrer Hauptaufgabe nachgehen zu können, i.e. vollendete Tatsachen im Vergabeverfahren zu vermeiden.

Die Erfüllung sozialer Vergabekriterien ist den Bieterunternehmen auch individuell zumutbar. Die Bieterunternehmen haben es dank der Publizitäts- und Transparenzvorschriften der Vergaberichtlinien selbst in der Hand, ob sie die sozialen Vergabekriterien erfüllen oder nicht. Ebenso wie in der Privatwirtschaft, wo die Angebote speziell auf die Wünsche des Kunden zugeschnitten werden, haben die Bieterunternehmen ihre Angebote an die „Firmenpolitik“ der öffentlichen Auftraggeber anzupassen. Die erforderliche Erfassung von Daten über die Personalstruktur der Beschäftigten bedeutet keinen übermäßigen Aufwand für die Bieterunternehmen.

## F. Vergleich zwischen affirmative action-Maßnahmen und sozialen Vergabekriterien

Auch die vom EuGH anhand von Art. 141 EG und Art. 2 Abs. 1 und 4 RL 76/207/EWG herausgearbeiteten Leitlinien für mitgliedstaatliche *affirmative action*-Maßnahmen sprechen für die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit von sozialen Vergabekriterien. *Affirmative action*-Maßnahmen teilen mit sozialen Vergabekriterien die Wettbewerbssituation um ein soziales Gut (Vergabe eines öffentlichen Auftrags, Arbeitsplatz), bei welcher grundsätzlich der Leistungsaspekt im Vordergrund steht. Auch die jeweils geförderten Gemeinwohlbelange sind identisch. In beiden Fällen ließ sich der EuGH aufgrund einer teleologischen Auslegung der Richtlinienbestimmungen zu einer Rechtsprechungsänderung bewegen. In beiden Fällen scheiterten in der Vergangenheit gesetzgeberische Reformversuche.

Die für *affirmative action*-Maßnahmen typische Pattsituation ist grundsätzlich identisch mit der Fallsituation, die dem Urteil *Französische Schulen* zugrunde lag. In beiden Konstellationen spielt der soziale Aspekt im Entscheidungsprozeß als Hilfskriterium das Zünglein an der Waage. Die Billigung von *affirmative action*-Maßnahmen spricht aber auch für die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien, die als Zuschlagskriterien ausgestaltet sind. Die Anwendung sozialer Zuschlagskriterien gleicht der Konstellation, daß im Wettbewerb um eine Position bei staatlichen Institutionen dem Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts der Vorzug gegeben wird, obwohl die Qualifikationen des männlichen Kandidaten höher einzustufen sind. Das Hauptargument gegen derartige *affirmative action*-Maßnahmen, daß es für das konkret betroffene Individuum nicht zumutbar ist, ohne eine besondere subjektive Verantwortlichkeit benachteiligt zu werden, trifft auf die betroffenen Bieterunternehmen im Fall der Anwendung sozialer Zuschlagskriterien nicht zu. Den Bieterunternehmen, welche die sozialen Vergabekriterien nicht erfüllen, kann Verhaltensverantwortlichkeit zur Last gelegt werden. Denn eine nach Gruppen segregierte Personalstruktur läßt auf einen selektiven Auswahlprozeß schließen. Dazu übernimmt bei sozialen Vergabekriterien die Ausgestaltung als Zuschlagskriterien die abmildernde Wirkung von Pattsituation und Öffnungsklausel. Sind soziale Vergabekriterien als Zuschlagskriterium ausgestaltet, kommt es ebenfalls zu *keiner absolut und automatisch wirkenden Bevorzugung*. Soziale Zuschlagskriterien haben außerdem den Vorteil, daß sie individuell-konkret auf das Anforderungsprofil des öffentlichen Auftraggebers zugeschnitten sind. Nach dem *mainstreaming*-Ansatz sind die öffentlichen Auftraggeber dazu gehalten, innerhalb ihres Verantwortungsbereichs den Bedarf für soziale Vergabekriterien zu klären und ihre Vorgaben stets der sozialen Realität anzupassen. Das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe stellt nicht nur ein objektives Verfahren zur Verfügung, das den Anforderungen an *affirmative action*-Maßnahmen ent-