

schaftsgesetzgeber wollte an der betriebswirtschaftlichen Ausrichtung der Vergaberichtlinien festhalten³⁸⁴.

4. Eingeschränkte Bedeutung der historischen Auslegung

Im Spektrum der Auslegungsmethoden kommt auch der am Willen des historischen Gemeinschaftsgesetzgebers orientierten Auslegung eine lediglich untergeordnete Bedeutung zu³⁸⁵. Grund für den niedrigen Stellenwert ist der einzigartige „Kompromiß- und Verhandlungscharakter“³⁸⁶ des gemeinschaftlichen Rechtsetzungsprozesses. Dieser wird noch verstärkt durch die seinerzeit im Vergleich zu Rat und Kommission institutionell schwach ausgeprägte Stellung des EP, des einzigen unmittelbar demokratisch legitimierten Gemeinschaftsorgans. Auch im Fall der Novellierung der Vergaberichtlinien hatte sich diese institutionelle Schwäche wieder bestätigt. Zwar hatte des EP im Verfahren der Zusammenarbeit gemäß Art. 252 EG jeweils die Möglichkeit, sich zu den Vorschlägen der Kommission und zum Gemeinsamen Standpunkt des Rates zu äußern, hatte jedoch in seinen Reformbestrebungen nie eine Chance, seine Vorstellungen zu sozialen Vergabekriterien durchzusetzen. Zuallererst erweist sich eine Auslegung, welche streng auf den Willen des historischen Normgebers abstellt, als viel zu statisch, um dem unaufhörlichen gesellschaftlichen Wandel gerecht zu werden. Angesichts der genannten Schwächen ist wie im Fall der Wortlautanalyse auch das Ergebnis der historischen Auslegung zu relativieren.

III. Systematische Auslegung

1. Definition und Funktion

Die systematische Auslegung orientiert sich daran, auf welche Art und Weise die auszuliegende Norm in ihren Regelungskomplex eingebettet ist³⁸⁷. Will man die Bedeutung des einzelnen Elementes bestimmen, gilt es, das Sinnganze ins Auge fassen³⁸⁸. Der von dem EuGH in der berühmten *Van Gend & Loos*-Entscheidung³⁸⁹ geprägte Begriff einer „neuen Rechtsordnung“ impliziert ein einheitliches Rechtssystem. Alle gemeinschaftlichen Normen sind dahingehend als miteinander verknüpft anzusehen, daß sie sich gegenseitig ergänzen und einen kohärenten Regelungszusammenhang bilden. Zur Wahrung der so postulierten Rechts einheit sind die Normbefehle so auszulegen, daß logische Widersprüche vermieden und Zielkonflikte in einen schonenden Ausgleich gebracht werden³⁹⁰. Die systematische Auslegung von gemeinschaftlichem Sekundärrecht ist auf zweierlei Art und Weise möglich. Im ersten Fall wird der „engere Zusammenhang der Norm“ erschlossen, indem sie zu anderen Vorschriften desselben Normenkomplexes in Relation gesetzt wird. Für den Kasus der sozialen

384 *Schenk*, Das neue Vergaberecht, 68; *Seidel*, EuZW 2000, 762 (763).

385 *Anweiler*, Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 262; *Kling*, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 168, 215; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. II, 57; *Wegener*, in: *Callies/Ruffert* (Hrsg.) (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, Art. 220, Rdnr. 8.

386 *Wegener*, in: *Callies/Ruffert* (Hrsg.) (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, Art. 220, Rdnr. 8.

387 Vgl. *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 43.

388 *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 48.

389 *EuGH*, Rs. 26/62 (*van Gend & Loos*), Slg. 1963, 3, 3. Leitsatz.

390 *Anweiler*, Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 172.

Vergabekriterien bedeutete dies, das Verhältnis von Art. 30 Abs. 1 lit. b RL 93/37/EWG, Art. 26 Abs. 1 lit. b RL 93/36/EWG und Art. 36 Abs. 1 lit. a RL 92/50/EWG zu den sie umgebenden Normen desselben Kapitels zu bestimmen.

Im zweiten Fall werden in die Analyse diejenigen Problemlösungen einbezogen, zu denen die Rechtswissenschaft in vergleichbaren Konstellationen für benachbarte Normenkomplexe gelangt ist. Da grundsätzlich alle Normen des sekundären Gemeinschaftsrechts so auszulegen sind, daß sie sich in den Rahmen des primären Gemeinschaftsrechts einfügen, vermischt sich die systematische Auslegung materiell mit der teleologischen Auslegung, wenn der als Referenz dienende Regelungskomplexe auf Primärrechtsebene verankert ist³⁹¹. Der Vergleich des Vergaberechts mit dem auf Art. 87 ff. EG fußenden Beihilfenregimes, dem angesichts der Fülle und Komplexität der Materie ein eigenes Kapitel gewidmet wird, wird *sub specie* der teleologischen Auslegung durchexerziert werden.

2. Gemeinsame Teilnahmebestimmungen

Ein erstes Augenmerk gilt den Normen mit dem Titel „Gemeinsame Teilnahmebestimmungen“. So legten Art. 18 Abs. 1 RL 93/37/EWG, Art. 15 Abs. 1 RL 93/36/EWG und Art. 23 RL 92/50/EWG fest, daß der Zuschlag des Auftrags „aufgrund der im folgenden Kapitel dieses Abschnitts vorgesehenen Kriterien zu erfolgen hat“. Es war aufschlußreich, daß all diese Eingangsnormen jeweils noch einmal ausdrücklich unter Nennung der einschlägigen Artikel auf das Prüfungsschema der Ausschlußgründe³⁹² und der Eignungskriterien³⁹³ verweisen, *nicht* jedoch auf dasjenige der *Zuschlagskriterien*. Entgegen geäußerten Ansichten in der Literatur³⁹⁴ bekräftigen diese Normen lediglich den abschließenden Charakter der Eignungskriterien.

3. Eignungskriterien

Teilweise kaprizierten sich die Gegner sozialer Vergabekriterien auch auf den Positivkatalog der Eignungskriterien und versuchen, von diesem Fakt auf ein *closed shop* der Zuschlagskriterien zu schließen³⁹⁵. Dies war jedoch insofern verlorene Liebesmüh, als die Eignungskriterien eine völlig andere Aufgabe erfüllen als die Zuschlagskriterien. Im Blickpunkt der Eignungsprüfung steht nämlich die Frage, ob die im Bieterunternehmen verantwortlichen Personen die Gewähr dafür bieten, daß der öffentliche Auftrag zur Zufriedenheit des öffentlichen Auftraggebers ausgeführt wird. Die Perspektive ist eine unternehmerzentristische. Demgegenüber kommt es bei den Zuschlagskriterien auf die Günstigkeit des Angebots an. Da die öffentlichen Auftraggeber sowohl in ihrer Rolle als Nachfrager als auch als Fürsorger und Wahrer des Allgemeininteresses auftreten, ist der unbestimmte Rechtsbegriff der Wirtschaftlichkeit selbst viel ambivalenter als derjenige der wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Leistungsfähigkeit.

391 Vgl. *Anweiler*, Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 200 f.

392 Art. 24 RL 93/37/EWG; Art. 20 RL 93/36/EWG; Art. 29 RL 92/50/EWG.

393 Art. 26 – 29 RL 93/37/EWG; Art. 22 – 24 RL 93/36/EWG; Art. 31, 32 RL 92/50/EWG.

394 *Kling*, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 182.

395 *Kling*, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 182 ff.

4. Grand father clauses

Als weiteres Argument gegen soziale Vergabekriterien wurden die *Präferenzregelungen* der Art. 30 Abs. 3 RL 93/37/EWG, Art. 35 Abs. 1 RL 93/38/EWG sowie die *Regionalfördermaßnahmen* gemäß Art. 31 Abs. 1 RL 93/37/EWG, Art. 35 Abs. 2 RL 93/38/EWG ins Feld geführt³⁹⁶. Gemäß Art. 30 Abs. 3 RL 93/37/EWG konnten die öffentlichen Auftraggeber von der Festlegung der in Abs. 1 genannten Zuschlagskriterien dispensiert werden, wenn nationale Bevorzugungsregelungen zum Zeitpunkt des Erlasses der Koordinierungsrichtlinie bereits in Kraft getreten waren und mit dem Vertrag vereinbar sind. Der Ausgestaltung als Ausnahmevorschrift für die Vergangenheit (Altlastenfälle) und der zeitlichen Begrenzung in Form von *grandfather clauses* wurde im Umkehrschluß entnommen, daß außerhalb dessen der Erlaß entsprechender Regelungen unzulässig ist³⁹⁷. Denn diese vom Grundsatz des betriebswirtschaftlich günstigsten Angebots abweichenden Ausnahmen wären regelungstechnisch nicht notwendig gewesen, wenn prinzipiell auch andere Erwägungen beim Zuschlag berücksichtigungsfähig wären³⁹⁸.

5. Normen mit sozialpolitischem Gehalt

Auf der Suche nach ausdrücklichen Normierungen mit sozialpolitischem Impetus wurde man in den Vergaberichtlinien durchaus fündig: So statuierten beispielsweise die Ausschlußgründe gemäß Art. 24 lit. e RL 93/37/EWG und Art. 20 Abs. 1 lit. e RL 93/36/EWG, daß Bieterunternehmen von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen werden können, die ihrer Verpflichtung zur Zahlung der Sozialbeiträge nicht nachgekommen sind. Zudem konnten die Bieterunternehmen gemäß Art. 23 Abs. 1 RL 93/37/EWG, Art. 28 Abs. 1 und 2 RL 92/50/EWG und Art. 29 Abs. 1 und 2 RL 93/38/EWG von den öffentlichen Auftraggebern zur Abgabe einer Erklärung verpflichtet werden, bei der Ausarbeitung ihres Angebots die am Leistungserbringungsort geltenden Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen eingehalten zu haben. Insgesamt sprachen diese lediglich punktuellen und sporadisch verstreuten arbeits- und sozialrechtlichen Spezialnormen jedoch dafür, daß soziale Aspekte nur in sehr begrenztem Umfang bei der öffentlichen Auftragsvergabe Berücksichtigung finden sollten³⁹⁹.

396 *Boesen*, Vergaberecht, § 97, Rdnr. 121; *Fante*, Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 206; *Gleichner*, in: Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. IV, 193 (236); *Götz*, Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, 170; *Kling*, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 187, 188; *Kämmerer/Thüsing*, ZIP 2002, 596 (597); *Pietzcker*, ZHR 1998, 427 (466); *Schardt*, Öffentliche Aufträge und das Beihilfenregime des Gemeinschaftsrechts, 231.

397 *Boesen*, Vergaberecht, § 97, Rdnr. 121; *Götz*, Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, 170; *Hailbronner*, WiVerw 1994, 173 (227); *Kämmerer/Thüsing*, ZIP 2002, 596 (597); *Kling*, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 188; *Puhl*, VVdSTRL 2001, 456 (498); *Schardt*, Öffentliche Aufträge und das Beihilfenregime des Gemeinschaftsrechts, 231.

398 *Kling*, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 189.

399 *Benedict*, Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, 128; *Fante*, Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 207; *Seifert*, ZfA 2001, 1 (27).

6. Nachweisvorschriften

Des weiteren wurde vorgebracht, daß die Einführung sozialer Vergabekriterien mit den Nachweisvorschriften der ehemaligen Vergaberichtlinien konfliktieren würde⁴⁰⁰. Letztere legten fest, welche Nachweise die öffentlichen Auftraggeber von den Bieterunternehmen zum Beweis der Erfüllung der festgelegten Kriterien fordern können. Unter der Prämisse, daß es einen Gleichklang gibt zwischen zulässigen Vergabekriterien einerseits und den Dokumenten, die zum Nachweis ihrer Erfüllung gefordert werden dürften andererseits, scheitere eine Erweiterung der Vergabekriterien daran, daß sich die sozialen Vergabekriterien nicht in den Nachweisvorschriften der Vergaberichtlinien wiederfinden⁴⁰¹. Hätte der Gemeinschaftsgesetzgeber neben den aufgelisteten noch andere Vergabekriterien für zulässig erachtet, so hätte er nach der Gesamtkonzeption der Vergaberichtlinien ebenfalls die zulässigen Nachweise für deren Erfüllung statuiert⁴⁰². Dem *numerus clausus* der Nachweise entspräche damit auch der abschließende Charakter der Vergabekriterien⁴⁰³.

In der Tat bestimmen die Nachweisvorschriften, daß keine anderen als die in den nachstehenden Absätzen oder Artikeln vorgesehenen Nachweise verlangt werden dürfen, einige explizit, andere mit den Satzelementen „Der Nachweis kann ... wie folgt bzw. folgendermaßen erbracht werden“⁴⁰⁴. Dieser Vorwurf ist allerdings insofern zu kurz gegriffen, als sich besagte Nachweisvorschriften bis auf Art. 33 RL 92/50/EWG und Art. 32 RL 93/38/EWG, die im Hinblick auf das Zuschlagsmerkmal der Qualität auf Zertifizierungen nach der Europäischen Norm (EN) verweisen, auf den Nachweis der finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit, also *nur auf Eignungskriterien*, bezogen, und gerade nicht auf die Zuschlagskriterien.

7. Losvergabe

Bisher gelangte man in der rechtswissenschaftlichen Literatur, zu dem Ergebnis, daß unter dem Gesichtspunkt der systematischen Auslegung soziale Vergabekriterien unzulässig sind. Bei einer näheren Durchsicht bestätigt sich die Fama, die ehemaligen Vergaberichtlinien hätten bis dato keine Normen enthalten, die über die rein betriebswirtschaftliche Günstigkeit der Angebote hinausgehen, allerdings nicht.

a. Definition der Losvergabe

So wurde übersehen, daß die ehemaligen⁴⁰⁵ – und nun auch die aktuellen Vergaberichtlinien mit Art. 25 RL 2004/18/EG und Art. 37 RL 2004/17/EG – die sogenannte Losvergabe gestatten. Bei der Losvergabe wird die auszuführende Gesamtleistung im Bereich von öffentlichen Bau- und Lieferaufträgen in quantitative bzw. geographische Teillose⁴⁰⁶

400 Vgl. *Arrowsmith*, CMLR 1999, 13 (45); *Götz*, Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, 166; *Martín-Ehlers*, WuW 1999, 685 (692); *Schenk*, Das neue Vergaberecht, 66.

401 *Götz*, Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, 167.

402 *Schenk*, Das neue Vergaberecht, 66.

403 *Martín-Ehlers*, WuW 1999, 685 (692).

404 Art. 11 Abs. 6 RL 93/37/EWG; Art. 13 Abs. 2 lit. d RL 93/37/EWG; Art. 22 Abs. 1 RL 93/36/EWG; Art. 23 Abs. 1 RL 93/36/EWG; Art. 31 Abs. 1 RL 92/50/EWG; Art. 32 Abs. 2 RL 92/50/EWG.

405 Art. 6 Abs. 3 RL 93/37/EWG; Art. 5 Abs. 4 RL 93/36/EWG; Art. 7 Abs. 2 und 4 92/50/EWG.

406 *Boesen*, Vergaberecht, § 97, Rdnr. 47; *Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz*, Kommentar zum Vergaberecht, § 97, Rdnr. 142.

oder im Dienstleistungssektor in Fachlose⁴⁰⁷ aufgeteilt, für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird.

b. Nachteile der Losvergabe

aa. Erhöhte Beschaffungskosten

Die Losvergabe ist aus betriebswirtschaftlicher Sicht mit konsiderablen Nachteilen verbunden. Zunächst einmal steigen die Beschaffungskosten⁴⁰⁸. So fallen die mit Gesamtpaketen und größeren Quantitäten (höhere Stückzahlen, mehr Arbeitsstunden etc. – *economy of scales*) verbundenen Rabatte weg⁴⁰⁹. Die Bieterunternehmen können bei ihrer Preisgestaltung nun nicht mehr Kostenvorteile an die öffentliche Hand weitergeben, die sie selbst durch günstige Großeinkäufe erreicht haben. Außerdem können die Bieterunternehmen, denen ein Teillos zugeschlagen wurde, bei ihrer Preisgestaltung nicht auf Synergieeffekte zurückgreifen, welche sich bei der Ausführung der Gesamtleistung unweigerlich einstellen.

bb. Erhöhter Verwaltungsaufwand

Zudem führt die Losvergabe bei der Abwicklung des öffentlichen Auftrags zu einem höheren personellen und sachlichen Verwaltungsaufwand⁴¹⁰. Denn mit der Zahl der kontrahierenden Bieterunternehmen steigt auch der Interaktions- und Kommunikationsaufwand. Es sind wiederholt Einführungen in die Materie, Sichtung von Zertifikaten, Bearbeitung von Rechnungen, Zwischenabnahmen, Kontrollvisiten etc. notwendig. In technischer Hinsicht konterkariert die Losvergabe darüber hinaus leicht das Ziel, ein Optimum an Verkehrssicherheit zu garantieren sowie eine reibungslose und termingerechte Ausführung des öffentlichen Auftrages zu erreichen. Eine Vielzahl der am Projekt beteiligten Bieterunternehmen kreiert häufig Abstimmungsschwierigkeiten. Eine Abgrenzung von Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten ist oft nicht möglich⁴¹¹.

cc. Erhöhtes Prozeßkostenrisiko

Nicht unwesentlich zu Buche schlägt auch das Risiko von erhöhten Prozeßkosten durch die erschwerte Geltendmachung von Gewährleistungs- und deliktischen Ansprüchen⁴¹². Probleme bei der Kontrolle und demzufolge auch bei der Zurechnung und Zuweisung von Mängeln sind oftmals quasi vorprogrammiert⁴¹³. Bei einer Vielzahl von Bieterunternehmen mit verschiedenen Gerichtsständen ist im Ernstfall mit teuren Einzelprozessen zu rechnen.

407 Boesen, Vergaberecht, § 97, Rdnr. 48.

408 Vgl. Arrowsmith/Linarelli/Wallace, Regulating Public Procurement, 267; Baumeister/Kirch, NZBau 2001, 653 (657); Fante, Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 76.

409 Vgl. Arrowsmith/Linarelli/Wallace, Regulating Public Procurement, 267; Bovis, EC Public Procurement Law, 114.

410 Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum Vergaberecht, § 97, Rdnr. 1343.

411 Vgl. Arrowsmith/Linarelli/Wallace, Regulating Public Procurement, 267.

412 Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum Vergaberecht, § 97, Rdnr. 1343.

413 Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum Vergaberecht, § 97, Rdnr. 1343.

dd. Diskriminierungspotential

Außerdem sollte nicht übersehen werden, daß die Losvergabe ein Instrument ist, um insbesondere die regional ansässigen Bieterunternehmen in das Boot des Vergabeverfahrens zu lotsen⁴¹⁴. Mit der Losvergabe soll insbesondere die Beschäftigung in den am wenigsten entwickelten Regionen gefördert werden⁴¹⁵.

ee. Zusammenfassung

Insgesamt hat die Losvergabe damit einen negativen Einfluß auf den Zeit- und Kostenrahmen des öffentlichen Auftrags⁴¹⁶.

c. Wettbewerbsnachteile für KMU auf dem öffentlichen Markt

Überließe man die Vergabe öffentlicher Aufträge dem ungebändigten Kräftemessen der operierenden Bieterunternehmen, so würden die kleinen und mittelständischen Unternehmen (KMU)⁴¹⁷ am öffentlichen Markt gar nicht erst partizipieren können bzw. würden kurzerhand vom Markt gefegt werden⁴¹⁸. Zwar erbringen kleine Entitäten pro Kopf Beschäftigter eine höhere Wirtschaftsleistung und sind damit innovativer und effizienter als größere. Trotzdem sind KMU im allgemeinen nicht imstande, in der Liga der öffentlichen Auftragsvergabe mitzuspielen, da sie öffentliche Aufträge mit einem Volumen jenseits der in den Vergaberichtlinien festgesetzten Schwellenwerte aus Gründen der Kapazität nicht bewältigen können. Der Trumpf, den Großunternehmen und Konzerne gegenüber ihren kleineren Mitbewerbern im Kampf um öffentliche Aufträge ausspielen können, sind nämlich schlichtweg deren größere personelle und sachliche Kapazitäten. Da KMU mangels Kreditwürdigkeit und wegen dünneren Personaldecken nur mit spärlichen finanziellen, sachlichen und personellen Ressourcen ausgestattet sind⁴¹⁹, fehlt ihnen im Gegensatz zu ihren größeren Konkurrenten der lange Atem, die bei umfangreicheren Projekten erforderlichen Mittel vorzustrecken. Selbst wenn das Kapital zunächst vorhanden sein sollte, scheuen KMU meist das Risiko eines derartigen Engagements, weil ein Rechtsstreit mit einem Streitwert dieser Größenordnung glatt den Ruin bedeuten würde. Darüber hinaus fällt es KMU aus anderen Mitgliedstaaten mangels innerbetrieblicher Infrastrukturen schwer, auf die Sprachbarrieren und den erhöhten Bewerbungsaufwand angemessen zu reagieren. In Zahlen ausgedrückt stellt sich die Situation der KMU auf den öffentlichen Beschaffungsmärkten wie folgt dar: Obwohl KMU 99,8 % aller auf dem Binnenmarkt operierenden Unternehmen repräsentieren, sind nur 78 % der erfolgreichen Bieterunternehmen KMU⁴²⁰. Der Anteil von KMU an sogenannten *cross-border*-Vergaben ist verschwindend gering⁴²¹.

414 Vgl. *Bovis*, EC Public Procurement Law, 68.

415 *Bovis*, EC Public Procurement Law, 113.

416 Vgl. *Arrowsmith/Linarelli/Wallace*, Regulating Public Procurement, 267.

417 Vgl. *Kommission*, Empfehlung vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen, K (2003) 1422, abrufbar unter: http://www.ffo.ihk24.de/FFIHK24/FFIHK24/produktmarken/international/anhaengsel/KMU_Fassung6-5-03-de.pdf.

418 Vgl. *Kling*, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 678; *Pietzcker*, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, 315.

419 Vgl. *Bovis*, EC Public Procurement Law, 114; *Koenig/Kühling*, DVBl. 2000, 1025 (1028); *Leinmann/Wehrauch*, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, Rdnr. 4.3.1.

420 *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 (20), Doc. 03/02/2004; abrufbar unter:

d. Funktion und Wirkungsweise der Losvergabe: Mittelstandsförderung

Die Zerlegung der Gesamtleistung in die mundgerechten Portionen der Teillose stellt zumindest teilweise die Waffengleichheit zwischen großen und kleinen Bieterunternehmen wieder her. Auf der einen Seite verschafft die Losvergabe den KMU Zutritt zu einem gewinnträchtigen Markt, der ihnen ansonsten versperrt bliebe. Auf der anderen Seite verdrängt sie größere Bieterunternehmen vom Vergabeerfahren, da einzelne Teillose für letztere wegen des hohen Fixkostenniveaus nicht so lukrativ sind. Für größere Bieterunternehmen entfaltet die Losvergabe damit *de facto* Ausschlußwirkung. Die Losvergabe kann daher mühelos als Schutzinstrument mittelständischer Interessen qualifiziert werden⁴²². Obwohl die Losvergabe damit gleichsam ihres „vergabefremden Charakters“ überführt ist⁴²³, wird dieses Instrument von der rechtswissenschaftlichen Literatur allgemein als angemessen empfunden⁴²⁴. Ein vergabefremder Zweck könne in der Berücksichtigung mittelständischer Interessen nicht gesehen werden, weil damit keine Bevorzugung, sondern nur eine „chancengerechte Beteiligung des Mittelstandes und damit eine Verstärkung des Wettbewerbs“ bewirkt werde⁴²⁵.

e. Losvergabe als Wettbewerbseingriff

Angesichts dieses Ergebnisses fragt sich, ob die Wirkungen der Losvergabe auf die Struktur der öffentlichen Auftragsvergabe mit denen sozialer Vergabekriterien vergleichbar sind. Es wird argumentiert, daß die öffentlichen Auftraggeber intervenieren, um einen vorher nicht existierenden Wettbewerb zu ermöglichen, i.e. einen Wettbewerb zwischen den sonst chancenlosen KMU und den großen Bieterunternehmen. Da die öffentliche Hand bei Aufspaltung in Teillose letztendlich unter mehr Anbietern wählen könne als vorher, habe die Losvergabe ein Plus an Wettbewerb zur Folge. Dies vermag allerdings nicht zu verschleiern, daß der freie Wettbewerb zunächst einmal reguliert und beschnitten wird, da die großen Bieterunternehmen ihren Wettbewerbsvorteil gegenüber den KMU nicht mehr profitabel einsetzen können. Konsequenz eines freien Wettbewerbs wäre es aber gerade, daß die stärkeren Marktteilnehmer die schwächeren von der vergaberechtlichen Bühne verdrängen.

Diese Bevorzugung von KMU kann auch nicht mit dem Einwand abgetan werden, daß auf diese Weise der zukünftigen Bildung von preistreibenden Mono- und Oligopolen in den jeweiligen Marktsegmenten Einhalt Geboten werden soll. Denn Kartellabsprachen und den Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu verhindern ist eindeutig die Domäne des

http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/publproc/general/public-proc-market-final-report_en.pdf.

421 *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 (20), Doc. 03/02/2004; abrufbar unter: http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/publproc/general/public-proc-market-final-report_en.pdf.

422 Vgl. *Baumeister/Kirch*, NZBau 2001, 653 (655); *Bultmann*, ZfBR 2004, 134 (136); *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum GWB, § 97, Rdnr. 74; *Leinemann/Weihrauch*, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, Rdnr. 4.3.1; *Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz*, Kommentar zum Vergaberecht, § 97, Rdnr. 134; *Schardt*, Öffentliche Aufträge und das Beihilfenregime des Gemeinschaftsrechts, 39; *Willems*, Die Förderung des Mittelstandes, 181.

423 Vgl. *Bultmann*, BuW 2001, 244 (246); *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum GWB, § 97, Rdnr. 76; *Meyer*, Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 42, Fn. 34.

424 Vgl. *Boesen*, Vergaberecht, § 97, Rdnr. 45; *Kling*, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 684; *Meyer*, Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 252; *Pietzcker*, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, 319.

425 *Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz*, Kommentar zum Vergaberecht, § 97, Rdnr. 139.

Wettbewerbsrechts gemäß Art. 81 und 82 EG. Für Fragen der Fusionskontrolle ist VO 4064/89/EWG einschlägig⁴²⁶. Die Losvergabe mit ihrer Mittelstandsförderung geht damit ähnlich wie soziale Vergabekriterien über das Ziel einer preisgünstigen Beschaffung hinaus.

aa. Europäische Charta für Kleinunternehmen

Die Erwünschtheit der Mittelstandsförderung manifestiert sich in einer Reihe von Gemeinschaftsakten. Die mit Blick auf „die Schaffung von Arbeitsplätzen und den sozialen Zusammenhalt“ verfaßte *Europäische Charta für Kleinunternehmen* (KMU-Charta)⁴²⁷ aus dem Jahr 2000 honoriert die zentrale Bedeutung dieses Unternehmenstypus` für Wettbewerbsfähigkeit, Innovation und Beschäftigung in Europa⁴²⁸. In ihren Grundsätzen betont die KMU-Charta die Unentbehrlichkeit der KMU für die Förderung der sozialen und regionalen Entwicklung der Gemeinschaft⁴²⁹. Als Nährboden für neue Geschäftsideen geben sie wichtige Impulse für soziale Integration⁴³⁰. Gerade KMU können sich dynamisch auf neue Marktbedürfnisse einstellen und dementsprechend zahlreiche Arbeitsplätze schaffen⁴³¹. Kurz, die kleinen Unternehmen sind das „Rückgrat der europäischen Wirtschaft“⁴³². Unter Punkt 6 der Aktionslinien werden Kommission und Mitgliedstaaten dazu aufgefordert Maßnahmen zu ergreifen, mit denen in der Gemeinschaft ein Binnenmarkt in den für die Entwicklung von KMU entscheidenden Bereichen vollendet werden soll, „darunter (...) auch *das öffentliche Beschaffungswesen*“⁴³³. Mit dem auf Art. 166 Abs. 1 EG gestützten *Sechsten Rahmenprogramm der Gemeinschaft* aus dem Jahr 2002⁴³⁴ ist die *Europäische Charta für Kleinunternehmen*, die bis dato eine reine Absichtserklärung darstellte, auf eine normative Basis gestellt worden.

426 VO 4064/89/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 1989, L 395, S. 1 ff.

427 *Europäischer Rat* (Santa Maria da Feira) vom 19. Juni 2000, Europäische Charta für Kleinunternehmen, Anlage III: http://www.europarl.eu.int/summits/fei2_de.htm#an3.

428 *Kommission*, Bericht über die Umsetzung der Europäischen Charta für Kleinunternehmen – Bericht der Kommission an den Rat und das EP, KOM (2002), 68, S. 8,(1.1).

429 *Europäischer Rat* (Santa Maria da Feira) vom 19. Juni 2000, Europäische Charta für Kleinunternehmen, Anlage III, Grundsätze: http://www.europarl.eu.int/summits/fei2_de.htm#an3.

430 *Europäischer Rat* (Santa Maria da Feira) vom 19. Juni 2000, Europäische Charta für Kleinunternehmen, Anlage III, Grundsätze: http://www.europarl.eu.int/summits/fei2_de.htm#an3.

431 *Europäischer Rat* (Santa Maria da Feira) vom 19. Juni 2000, Europäische Charta für Kleinunternehmen, Anlage III, Grundsätze: http://www.europarl.eu.int/summits/fei2_de.htm#an3.

432 *Europäischer Rat* (Santa Maria da Feira) vom 19. Juni 2000, Europäische Charta für Kleinunternehmen, Anlage III, Grundsätze: http://www.europarl.eu.int/summits/fei2_de.htm#an3.

433 *Europäischer Rat* (Santa Maria da Feira) vom 19. Juni 2000, Europäische Charta für Kleinunternehmen, Anlage III, Aktionslinien: http://www.europarl.eu.int/summits/fei2_de.htm#an3.

434 *EP und RAT*, Beschluß 1513/2002/EG über das Sechste Rahmenprogramm der Europäischen Gemeinschaft im Bereich der Forschung, technologische Entwicklung und Demonstration als Beitrag zur Verwirklichung des Europäischen Forschungsraumes und zur Innovation (2002 – 2006) vom 27. Juni 2002, ABl. Nr. L 232/1 vom 29. August 2002.

bb. Berichte der Kommission zur KMU-Förderung

Sowohl nach der KMU-Charta⁴³⁵ als auch nach dem Sechsten Rahmenprogramm⁴³⁶ ist die Kommission verpflichtet, regelmäßig über den Stand der Umsetzung dieser Ziele Bericht zu erstatten⁴³⁷. In diesem Bericht qualifizierte die Kommission Firmen mit bis zu 50 Beschäftigten als KMU⁴³⁸. In der EU gibt es demnach 20 Millionen KMU, die 65 Millionen Menschen einen Arbeitsplatz bieten. Das entspricht 99% aller Unternehmen und 53% aller Arbeitsplätze⁴³⁹. In der Gemeinschaft hängen folglich die meisten Arbeitsplätze vom Wohlergehen dieses Unternehmenstyps ab. Die enge Verflechtung zwischen Mittelstandsförderung und Beschäftigungspolitik klar zu Tage treten läßt auch die Aussage der Kommission, daß durch die Umsetzung der KMU-Charta am meisten die Kohäsionspolitik von Synergieeffekten profitiere, da KMU in wirtschaftlich und sozial rückständigen Regionen besonders wichtig seien⁴⁴⁰. Die Kommission konstatierte, daß ein benutzerfreundlicher Binnenmarkt, darunter *Reformen bei der öffentlichen Auftragsvergabe*, ein probates Mittel für eine Förderung von KMU seien⁴⁴¹. In diesem Zusammenhang bemerkte die Kommission wohlwollend, daß einzelne Mitgliedstaaten der Erleichterung des Zugangs von KMU zu öffentlichen Ausschreibungen bereits ihre Aufmerksamkeit gewidmet hätten⁴⁴². Konsequenterweise hatte die Kommission in ihrem Vorschlag für die neue konsolidierte Vergaberichtlinie die mittelstandsfördernde Losvergabe ebenfalls beibehalten⁴⁴³.

f. Ergebnis zur Losvergabe

Der Mittelstand verdankt seine Vorzugsstellung im Vergaberecht der Erkenntnis, daß KMU die Garanten für Beschäftigung und damit einen prosperierenden Wirtschaftsstandort Europa sind⁴⁴⁴. Diese Mittelstandsförderung soll nach innen Beschäftigung sichern und nach außen hin den Wirtschaftsstandort Europa im Wettstreit mit seinen globalen Konkurrenten stärken. Trotz vereinzelter Gegenstimmen⁴⁴⁵ reichert die Losvergabe daher das Vergabever-

435 *Europäischer Rat* (Santa Maria da Feira) vom 19. Juni 2000, Europäische Charta für Kleinunternehmen, Anlage III, Aktionslinien: http://www.europarl.eu.int/summits/fei2_de.htm#an3. Rdnr. 10.

436 *EP und RAT*, Beschluß 1513/2002/EG über das 6. Rahmenprogramm der Europäischen Gemeinschaft im Bereich der Forschung, technologische Entwicklung und Demonstration als Beitrag zur Verwirklichung des Europäischen Forschungsraumes und zur Innovation (2002 – 2006) vom 27. Juni 2002, ABl. 2002, L 232, S. 1 ff., Rdnr. 20.

437 *Kommission*, Mitteilung vom 7. März 2001, KOM (2001), 122 endg.; vgl. *eadem*, Bericht vom 6. Februar 2002 über die Umsetzung der Europäischen Charta für Kleinunternehmen an den Rat und das EP, KOM (2002), 68 endg.

438 *Kommission*, Bericht über die Umsetzung der Europäischen Charta für Kleinunternehmen an den Rat und das EP, KOM (2002), 68 endg., S. 4.

439 *Kommission*, Bericht über die Umsetzung der Europäischen Charta für Kleinunternehmen an den Rat und das EP, KOM (2002), 68 endg. S. 4.

440 *Kommission*, Bericht über die Umsetzung der Europäischen Charta für Kleinunternehmen an den Rat und das EP, KOM (2002), 68 endg., S. 5.

441 *Kommission*, Bericht über die Umsetzung der Europäischen Charta für Kleinunternehmen – Bericht der Kommission an den Rat und EP, KOM (2002), 68 endg., Rdnr. 2.6, S. 17.

442 *Kommission*, Bericht über die Umsetzung der Europäischen Charta für Kleinunternehmen – Bericht der Kommission an den Rat und das EP, KOM (2002), 68 endg., S. 17.

443 *Kommission*, KOM (2002), 236 endg., Art. 10 Abs. 7 lit. a und b.

444 *Schardt*, Öffentliche Aufträge und das Beihilfenregime des Gemeinschaftsrechts, 40.

445 *Bultmann*, Beihilfenrecht und Vergaberecht, 96, 120; *Dreher*, WuW 1997, 949 (951); *Noch*, WuW 1998, 1059 (1061).

fahren um Aspekte an, die über eine rein betriebswirtschaftliche Bedarfsdeckung hinausgehen⁴⁴⁶.

8. Ergebnis zur systematischen Auslegung

Die Untersuchung des engeren Normzusammenhangs der ehemaligen⁴⁴⁷ und aktuellen Zuschlagsnormen⁴⁴⁸ zeichnete ein differenziertes Bild von der Ausrichtung der öffentlichen Auftragsvergabe. Bezieht man die Losvergabe in die Analyse mit ein, erscheint es kurzichtig, das Vergaberecht schlicht als am betriebswirtschaftlich orientiertes Beschaffungssystem der öffentlichen Hand zu begreifen. Bei der fakultativen Losvergabe zur Förderung des Mittelstandes handelt es sich letztendlich ebenso wie bei den sozialen Vergabekriterien um eine Wertentscheidung der öffentlichen Hand. Insgesamt präsentiert sich der engere Normzusammenhang der Zuschlagsvorschriften gegenüber sozialen Vergabekriterien als durchaus ambivalent⁴⁴⁹.

IV. Teleologische Auslegung

1. Definition und Funktion

Die Berücksichtigung nicht-wirtschaftlicher Aspekte im Vergaberecht läßt sich in erster Linie mit teleologischen Argumenten begründen⁴⁵⁰. Das Ziel der teleologischen Auslegung liegt in der Erforschung des sogenannten objektiven Sinngehalts der Norm. Das rasante Entwicklungstempo moderner Informations- und Dienstleistungsgesellschaften, welche die Gemeinschaft ausmachen, verlangt eine Auslegung, die sich jeweils am aktuellen Stand der gesellschaftlichen Entwicklung orientiert. Angesichts der erwähnten Schwächen der konkurrierenden Auslegungsmethoden hat der EuGH⁴⁵¹ mit dem Segen der Literatur⁴⁵² die teleologische Auslegung zur Königsdisziplin unter den Auslegungsmethoden gekürt, um die Gemeinschaftsrechtsordnung auch „über den Buchstaben der Norm hinaus zu verwirklichen“⁴⁵³. Nach Auffassung des EuGH ist jede Vorschrift des Gemeinschaftsrechts im Lichte des gesamten Gemeinschaftsrechts, seiner Ziele und seines Entwicklungsstandes zur Zeit der Anwendung der betreffenden Vorschrift auszulegen⁴⁵⁴. Maßstab für die teleologische Auslegung sind der EU- und EG-Vertrag als Gemeinschaftsverfassung⁴⁵⁵ („Verfassungsurkunde

446 *Burgi*, NZBau 2001, 64 (67); *Noch*, Vergaberecht und subjektiver Rechtsschutz, 76; *Riese*, Vergaberecht, 211; *Rittner*, EuZW 1999, 677 (678).

447 Art. 30 Abs. 1 lit. b RL 93/37/EWG; Art. 26 Abs. 1 lit. b RL 93/36/EWG; Art. 36 Abs. 1 lit. a RL 92/50/EWG; Art. 34 RL 93/38/EWG.

448 Art. 53 Abs. 1 lit. a und lit. b RL 2004/18/EG; Art. 55 Abs. 1 lit. a und b RL 2004/17/EG.

449 *Arrowsmith/Fernández-Martin*, ELR 1993, 323 (340).

450 *Kühling*, VerwArch 2004, 337 (348).

451 Vgl. *EuGH*, Rs. 6/72 (Continental Can), Slg. 1973, 215, Rdnr. 7; Rs. 202/88 (Frankreich/Kommission – Endgeräte), Slg. 1991, I-1223, Rdnr. 41; Rs. C-303/02 (Haackert), Slg. 2004, I-14527, Rdnr. 17; Rs. C-230/02 (Grossmann Air Service), Slg. 2004, I-14527, Rdnr. 35.

452 *Kling*, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 163; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. II, 67; *Schwarze*, in: *Schwarze* (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 220, Rdnr. 27.

453 *Anweiler*, Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 407.

454 *EuGH*, Rs. 283/81 (CILFIT), Slg. 1982, 3415, Rdnr. 20.

455 *Zuleeg*, BB 1994, 581 (582).