



Die Umsetzung nachhaltiger und sozialer Wirtschaftsförderung auf Landesebene

am Beispiel von
Niedersachsen und Sachsen-Anhalt

Die Umsetzung nachhaltiger und sozialer Wirtschaftsförderung auf Landesebene

am Beispiel von
Niedersachsen und Sachsen-Anhalt

Wolfhard Kohte



Impressum:

© Friedrich-Ebert-Stiftung | Herausgeber: Friedrich-Ebert-Stiftung | Theaterstraße 3 | 30159 Hannover |
Telefon: 0511 357708 -30 | www.fes.de/niedersachsen | E-Mail: niedersachsen@fes.de | Verantwortlich:
Petra Wilke | Layout: Pellens Kommunikationsdesign GmbH | Titelfoto: © Matthias Eckert – Fotolia.com |
Druck: bub Bonner Universitäts-Buchdruckerei | Printed in Germany 2012 | ISBN: 978-3-86498-039-8

Inhalt

Vorbemerkung.....	6
Zusammenfassung.....	7
Teil 1: Einleitung	10
I. Unionsrechtliche Förderung des wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalts	10
II. Grundlinien der deutschen Politik zur Förderung des wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalts.....	12
III. Soziale Kriterien und ihre Bedeutung.....	13
IV. Gang der Darstellung.....	13
Teil 2: Struktur der Förderung in den Ländern Niedersachsen und Sachsen-Anhalt	15
I. Niedersachsen	15
1. Die NBank	15
2. Landesbürgschaften in Niedersachsen	16
II. Sachsen-Anhalt	16
1. Bürgschaften, (stille) Beteiligungen, Kreditzusagen	16
2. Zweckgebundene Zuschüsse (Zuwendungen)	18
Teil 3: Verfassungs- und primärrechtliche Anforderungen an Wirtschaftsförderung zum sozialen Zusammenhalt	20
I. Verfassungsrechtliche Vorgaben	20
1. Die verfassungsrechtliche Offenheit.....	20
2. Pflicht des Staates zur Förderung sozialen Zusammenhalts.....	20
3. Die Landesverfassungen	21
3.1. Niedersachsen	21
3.2. Sachsen-Anhalt	21
3.3. Zwischenergebnis.....	22
4. Grundrechtliche Schranken	22
4.1. Die Arbeitsvertragsfreiheit, Art. 12 GG	22
4.2. Die Koalitionsfreiheit, Art. 9 Abs. 3 GG	23
II. Die europäische Beihilfepolitik.....	24
1. Begünstigung.....	24
2. Der Beihilfegeber.....	25
3. Selektivität	25
4. Wettbewerbsverfälschung	25
5. Die Zwischenstaatlichkeitsklausel.....	25
6. Sonderregeln zum Ausgleich für Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse.....	26
III. Primärrecht des Vergabeverfahrens – Berücksichtigung sozialer Belange im Rechtsrahmen des Vergabeverfahrens	26

Teil 4: Verwaltungs- und sekundärrechtliche Anforderungen an vergaberechtliche Bestimmungen zum sozialen Zusammenhalt

29

I. Sekundäres Gemeinschaftsrecht – Vergaberichtlinien, insbesondere die VKR	29
1. Die Bedeutung des zwingenden Arbeits- und Sozialrechts	29
2. Art. 23 VKR: Technische Spezifikationen und Sozialpolitik	30
3. Art. 45 VKR: Eignungskriterien	30
4. Integration sozialer Kriterien	31
II. Nationaler Rechtsrahmen der öffentlichen Auftragsvergabe	32
1. Umsetzung der RL 2004/18/EG in § 97 IV GWB	32
2. Landesvergabegesetze, mit Tariftreue- und Mindestlohnregelungen seit 2008	33
III. Zusammenfassung der bisherigen rechtlichen Möglichkeiten der Einbeziehung sozialer Belange im Vergabeverfahren und Ausblick	35
1. Überblick über Rechtsrahmen des Vergabeverfahrens	35
2. Ausblick: Vergaberecht und Europa 2020	38
3. Funktionale Äquivalenz von Vergabe- und Beihilferecht?	39

Teil 5: Verwaltungs- und sekundärrechtliche Anforderungen an beihilferechtliche Bestimmungen zum sozialen Zusammenhalt

40

I. Zweifache Konkretisierung der Beihilfepolitik durch dezentrale Beihilfepolitik	40
1. VO 1998/2006 – De-Minimis-Beihilfen	40
2. Die Gruppenfreistellungsverordnung	41
3. Freistellung und mitgliedstaatliche Ausgestaltung	41
II. Die Konkretisierung der deutschen Beihilfepolitik am Beispiel der Regionalförderung	41
1. Das GRW-Gesetz und der Gemeinsame Koordinierungsrahmen	42
2. Konkretisierungen auf Landesebene	43
III. Die Subvention und der Subventionszweck	44
IV. Verwaltungsrechtliche Anforderungen	45
1. Rechtsgrundlagen der Wirtschaftsförderung zum sozialen Zusammenhalt	45
2. Voraussetzungen zur Förderung des sozialen Zusammenhalts	46
2.1. Die soziale Dimension der Zuverlässigkeit	46
2.2. Soziale Gestaltungskriterien	48
3. Förderung des sozialen Zusammenhalts in Verwaltungsvorschriften/-Richtlinien	48
3.1. Bedeutung	49
3.2. Die Situation in Niedersachsen und Sachsen-Anhalt	49
3.2.1. Die allgemeine Bürgschaftsrichtlinie des Landes Niedersachsen und des Landes Sachsen-Anhalt	49
3.2.2. Die VV zur LHO Nds./LSA	50
4. Die Realisierung über Nebenbestimmungen	50
4.1. Das Spannungsverhältnis zwischen Nebenbestimmung und Hauptverwaltungsakt	51
4.2. Konnexität zwischen Nebenbestimmung und Hauptverwaltungsakt?	51
4.3. Nebenbestimmungen in Niedersachsen und Sachsen-Anhalt	52
4.4. Die Realisierung über öffentlich-rechtliche Verträge	53
5. Zwischenergebnis	53

Teil 6: Soziale Zwecke im Subventionsrecht und ihre Ausgestaltung **54**

I. Die Vielfalt sozialer Kriterien im Beihilferecht	54
1. Verbindung von Vergabe- und Beihilferecht	54
2. Zweckstaffelungen im Beihilferecht	54
3. Das Konzept der sozialen Zuverlässigkeit	55
4. Soziale Gestaltungskriterien.....	57
II. Die Grundfreiheiten – ein Grenze für soziale Zwecke?	58
1. Anwendbarkeit	58
2. Die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit	58
3. Die Rechtfertigung	61
III. Das Diskriminierungsverbot, Art. 18 AEUV	62
IV. Das Transparenzgebot	62
1. Transparenzgrundsatz im Beihilferecht.....	62
2. Der allgemeine Transparenzgrundsatz bei Verwaltungsvorschriften und Nebenbestimmungen	63
2.1. Verwaltungsvorschriften	63
2.2. Nebenbestimmungen	64
V. Ergebnis	64

Teil 7: Einzelne Gestaltungsmöglichkeiten **65**

I. Entgelt	65
1. Mindestlohn	65
2. Entgeltstruktur	66
II. Arbeitsbedingungen.....	68
1. Arbeits- und Gesundheitsschutz	68
2. Arbeitszeitschutz	69
3. Soziale und integrative Arbeitsgestaltung	69
III. Normalarbeitsverhältnis (Personalstruktur)	69
1. Leiharbeit	69
2. Ausschluss bzw. Einschränkung von Minijobs	70
3. Befristete Arbeitsverhältnisse	71
IV. Integration benachteiligter Gruppen.....	72
V. Beihilfen und kollektives Arbeitsrecht	72
VI. Verfahrensmäßige Durchsetzung	73

Teil 8: Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse **76**

Literaturverzeichnis	79
Der Autor	83

Vorbemerkung

In Deutschland haben Niedriglöhne und prekäre Beschäftigung deutlich zugenommen – ein Trend, der bis heute anhält. Diese Entwicklung belastet nicht nur die betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, sondern nicht zuletzt auch die öffentlichen Kassen. In vielen Regionen insbesondere Ostdeutschlands haben sich schlechte Arbeitsbedingungen zudem zu einem deutlichen Standortnachteil hinsichtlich der Verfügbarkeit von Fachkräften entwickelt. Es gibt vor diesem Hintergrund ein öffentliches Interesse an einem geordneten Arbeitsmarkt mit sicheren und gut bezahlten Arbeitsplätzen.

Einen Beitrag zu einer Stärkung von Guter Arbeit kann auch Wirtschaftsförderung leisten. Bund und Länder vergeben in Deutschland Jahr für Jahr enorme finanzielle Mittel zur Förderung etwa von Investitionen oder von Forschungs- und Entwicklungsprojekten in Unternehmen. Auch an die Vergabe von Bürgschaften und Krediten wäre hier im Weiteren zu denken. In den seltensten Fällen ist diese Wirtschaftsförderung aber an soziale Kriterien (wie beispielsweise Tarifbindung, ein Mindest-

niveau bei der Entlohnung oder die Begrenzung von Leiharbeit und Minijobs) gebunden. Damit wird die Möglichkeit, die Förderung von Unternehmen mit der Förderung Guter Arbeit zu verknüpfen, nicht genutzt.

Und doch sollte auch hier gelten, was in anderen Bereichen der öffentlichen Mittelverwendung längst selbstverständlich ist: Wer öffentliche Mittel für sich beansprucht, muss Bedingungen erfüllen. Prof. Wolfhard Kohte (Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg) untersucht und beschreibt in dem vorliegenden Gutachten die rechtlichen Möglichkeiten und Grenzen einer „sozialen Wirtschaftsförderung“ – einer Wirtschaftsförderung also, die soziale Kriterien im Sinne Guter Arbeit vorschreibt.

Die beteiligten Organisationen danken Prof. Kohte und seinem Team für ihre Arbeit. Hier wurde Pionierarbeit geleistet: Dieses Gutachten zeigt erstmals auf, dass der rechtliche Handlungsspielraum für soziale Wirtschaftsförderung weitaus größer ist, als häufig angenommen und eingeräumt wird.

*Hans-Böckler-Stiftung, Otto Brenner Stiftung, Friedrich-Ebert-Stiftung
DGB-Bezirk Niedersachsen – Bremen – Sachsen-Anhalt, IG Metall Bezirk Niedersachsen und Sachsen-Anhalt*

Zusammenfassung

Gute Arbeit in der Wirtschaftsförderung der Länder

Ein Blick auf Möglichkeiten und Grenzen

In jüngster Zeit hat die thüringische Landesregierung mit dem Beschluss Aufsehen erregt, die Höhe von Investitionshilfen unmittelbar an Höchstquoten für die Beschäftigung von Leiharbeiterinnen und Leiharbeitern in den betreffenden Unternehmen zu binden. Auch andere ostdeutsche Bundesländer, etwa Sachsen-Anhalt, streben vergleichbare Regelungen an. In Westdeutschland hingegen scheint eine entsprechende Ausrichtung der Wirtschaftsförderung der Länder bislang nicht auf der Tagesordnung zu stehen.

Man bezeichnet als „Wirtschaftsförderung“ üblicherweise sämtliche Anstrengungen, durch die wirtschaftliche Akteure in einer bestimmten Region finanziell oder materiell unterstützt werden sollen. Grundsätzlich betreiben alle politischen Ebenen Wirtschaftsförderung – etwa in Form von Investitionsbeihilfen, Bürgschaften, Forschungs- und Entwicklungszuschüssen oder auch Ausbildungsbeihilfen. So haben nicht nur die Europäische Union und die Bundesregierung verschiedene entsprechende Einrichtungen und Fonds. Auch die Bundesländer und eine Vielzahl der Kommunen unterhalten Institutionen, die die Aufgabe haben, bestimmte Vorhaben ausländischer wie auch inländischer Unternehmen in der Region oder vor Ort finanziell, materiell oder auch ideell zu unterstützen. Dabei greifen sie in hohem Umfang auf Finanzmittel zurück, die im Rahmen europäischer Strukturfonds sowie der bundesdeutschen Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur“ (GRW) den Ländern zur Verfügung gestellt werden.

Auch bei der Subventionierung von Unternehmen sollte der Grundsatz gelten, dass, wer öffentliche

Mittel im Rahmen der Wirtschaftsförderung für sich beansprucht, im Sinne Guter Arbeit auch bestimmte soziale Kriterien erfüllen muss. Schließlich ist die Wahrung eines geordneten Arbeitsmarktes mit geordneten Entgeltstrukturen durchaus im öffentlichen Interesse. Bei den genannten Kriterien wäre etwa zu denken an die Beachtung eines Mindestlohns, die Einhaltung von Tarifverträgen, das Vorhandensein von Betriebsräten oder das Einhalten bestimmter Quoten bei Leiharbeit, Minijobs und Befristungen.

Allerdings ist die Vorgabe solcher Kriterien politisch und rechtlich nicht unumstritten. Um die Möglichkeiten und Grenzen einer solchen „sozialen Wirtschaftsförderung“ zu klären, haben die Hans-Böckler-Stiftung, die Otto Brenner Stiftung, die Friedrich-Ebert-Stiftung, der DGB und die IG Metall gemeinsam eine rechtswissenschaftliche Untersuchung angestoßen. Die wesentlichen Ergebnisse dieser Expertise werden im Folgenden gekürzt dargestellt. Das Gutachten selbst bildet den Hauptteil der vorliegenden Broschüre.

Die Möglichkeiten und Grenzen einer sozialen Wirtschaftsförderung werden durch verschiedene rechtliche Regelungen bestimmt. So sind etwa europäisches Vertrags- und Beihilferecht, bundesdeutsches Verfassungs- und Wirtschaftsrecht sowie das Verfassungs- und Wirtschaftsrecht der betreffenden Bundesländer heranzuziehen. Nicht zuletzt spielt auch das europäische Vergaberecht eine gewisse Rolle: Wirtschaftsförderung und die Vergabe öffentlicher Aufträge haben immerhin gemein, dass in beider Rahmen finanzielle Mittel an Unternehmen fließen, was deren Gewinne potentiell erhöhen kann.

In seinem Gutachten zeigt der Arbeitsrechtler Wolfhard Kohte (Universität Halle-Wittenberg), dass die Bundesländer durchaus Möglichkeiten haben, den Unternehmen im Rahmen von Wirtschaftsförderung Vorgaben in Form sozialer Kriterien zu machen – dies gilt in vielen Fällen allerdings nur für Unternehmen bzw. Betriebe, die eine eigene Niederlassung im betreffenden Bundesland unterhalten.

Europarechtlich kann man dabei an die Stärkung elementarer sozialer Ziele im Vertrag von Lissabon anknüpfen; mit ihm wurde die Europäische Grundrechtecharta Teil des Primärrechts. Sie garantiert den Europäerinnen und Europäern unter anderem auch zahlreiche soziale Rechte, vor allem das Recht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen. Die wichtigen Europäischen Strukturfonds müssen nach dem Lissabon-Vertrag für eine Politik des „wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts“ genutzt werden. In einem neuen Programm hat die EU-Kommission – gerade vor dem Hintergrund der jetzigen wirtschaftlichen Krise – eine neue EU-Strategie für soziale Verantwortung von Unternehmen formuliert und verlangt, dass diese auch bei der Förderpolitik berücksichtigt wird.

Im nationalen Recht wäre etwa auf die Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur“ zu verweisen: Als zentrale Ziele sind dort die Schaffung „neuer wettbewerbsfähiger Dauerarbeitsplätze“ bzw. die „dauerhafte Sicherung“ bestehender Arbeitsplätze vor allem im Bereich höher qualifizierter Tätigkeiten gesetzlich auch für die Bundesländer verbindlich festgelegt.

Das von Arbeitgebern und Teilen der Politik immer wieder gerne vorgebrachte Argument, aus rechtlichen Gründen seien soziale Kriterien in der Wirtschaftsförderung nicht möglich, ist vor diesem Hintergrund nicht haltbar:

1. Es kann verlangt werden, dass die geförderten Unternehmen und Betriebe ein gesetzlich festgelegtes Mindestentgelt (beispielsweise von 8,50 Euro je Stunde) bezahlen – und zwar auch in Branchen, für die es keine allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge gibt. Dies dient dem Existenzschutz der Beschäftigten und der Funktionsfähigkeit sozialer Sicherungssysteme.
2. Da nach dem GRW-Gesetz und dem dazu gehörigen Gemeinsamen Koordinierungsrahmen mit Beihilfen im Regelfall überwiegend qualifizierte Arbeitsplätze geschaffen werden sollen, sind Regeln notwendig, die diese bindenden Vorgaben präzisieren. Daher ist es nahe liegend, in diesem Programm nur Arbeitsplätze zu fördern, die mit einem bestimmten, durchaus höheren jährlichen Mindestbruttolohn (beispielsweise von 25.000 Euro) entlohnt werden. Ziel ist dabei nicht die reine Existenzsicherung, sondern die Qualitätssicherung.
3. Eine vollständige Bindung des geförderten Unternehmens an bestehende Tarifverträge der Branche ist auf jeden Fall möglich, wenn diese allgemeinverbindlich sind. Zusätzlich kann der Beihilfegeber die Beachtung bestimmter tariflicher Regelungen vorschreiben, sofern dies hilft, den Zweck der Förderung zu erreichen. Dies gilt etwa bei Beihilfen für Forschungs- und Entwicklungsmaßnahmen, die notwendig von überdurchschnittlich qualifiziertem und damit überdurchschnittlich bezahltem Personal durchgeführt werden.
4. Möglich ist auch die Vorgabe von Höchstquoten für Leiharbeit, Minijobs und befristete Arbeitsverhältnisse. Hier eröffnen sich Chancen, der zunehmenden Prekarisierung von Arbeitsbedingungen Einhalt zu gebieten.
5. Wirtschaftsförderung kann nicht zuletzt darauf dringen, am Arbeitsmarkt benachteiligte Gruppen besser zu integrieren. So wäre etwa denkbar, geförderten Unternehmen Mindestquoten bei der Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen, Auszubildenden oder von Menschen mit Behinderung vorzugeben. Auch an eine geschlechtergerechte Gleichstellungspolitik oder an die Nichtdiskriminierung von Menschen nicht-deutscher Herkunft wäre hierbei zu denken.

Für alle diese fünf Punkte ist zu vermerken, dass soziale Kriterien keineswegs zwingend als notwendige Bedingungen vorgegeben werden müssen. Denkbar wären vielmehr auch Boni-Regelungen, denen zufolge Unternehmen bei Erfüllung bestimmter Kriterien eine erhöhte Förderung erhalten. In diesem Fall wären durchaus auch weiter reichende soziale Kriterien möglich: So können eine umfangreiche Tarifbindung oder eine durch themenbezogene Betriebsvereinbarungen dokumentierte Mitbestimmungskultur im Unternehmen zu erhöhten Fördersummen führen.

Darüber hinaus gilt bei der Wirtschaftsförderung, was auch bei der Vergabe öffentlicher Aufträge gilt: Unternehmen haben rechtliche Pflichten etwa bei Arbeits- und Gesundheitsschutz, bei Arbeitszeiten oder bei der Mitbestimmung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu erfüllen. Die mit dem Rechtsbegriff der „Zuverlässigkeit“ umschriebene Einhaltung solcher gesetzlicher Regelungen ist seit langem als Voraussetzung jeglicher staatlicher Förderung anerkannt. Es ist daher geboten, die Einhaltung dieser Pflichten bei der Vergabe von Wirtschaftsfördermitteln intensiver als bisher zu überprüfen. Unternehmen oder Betriebe, die nachhaltig gegen diese Pflichten verstoßen, sind dann von Beihilfe- und Vergabeverfahren auszuschließen. Dies gälte dann beispielsweise auch für Unterneh-

men oder Betriebe, die wegen der Unterdrückung von Betriebsratswahlen oder wegen der Behinderung der Betriebsratsarbeit verurteilt wurden.

Zumindest kurz angemerkt sei, dass sich fernab der Frage der Verankerung sozialer Kriterien in der Wirtschaftsförderung auch die Frage einer besseren Einbindung der Beschäftigten und ihrer Vertretungen stellt. Hier gilt: Beihilfeverfahren sind Verwaltungsverfahren, bei denen der Sachverhalt von der Behörde geklärt werden muss. Angesichts des wichtigen Erfahrungswissens der Arbeitnehmer spricht alles dafür, dass Beihilfegeber bei der Entscheidungsfindung oder der Umsetzung der Fördermittel-Vergabe Betriebsräte und Gewerkschaft konsultieren. Der Staat ist gehalten, durch Information und Kommunikation einen Ausgleich der Interessen von Unternehmen, Beschäftigten und der öffentlichen Hand zu schaffen.

Wolfhard Kohte zeigt in seinem Gutachten, dass im Bereich der sozialen Wirtschaftsförderung deutlich mehr Spielräume bestehen, als heute ausgeschöpft werden. Es wäre wünschenswert, soziale Wirtschaftsförderung in Deutschland von einer Ausnahme zur Regel zu machen. Schließlich stellt sie ein nicht unwichtiges Instrument im Kampf gegen prekäre Beschäftigung, Billiglöhne und Diskriminierung und für Gute Arbeit dar.

Dr. Patrick Schreiner
Deutscher Gewerkschaftsbund
Bezirk Niedersachsen – Bremen – Sachsen-Anhalt
Abteilung Wirtschaft, Umwelt, Europa

Thomas Müller
IG Metall Bezirksleitung
Niedersachsen und Sachsen-Anhalt

Teil 1: Einleitung

Das folgende Gutachten beschäftigt sich mit den Möglichkeiten einer nachhaltigen und sozialen Wirtschaftsförderung. Die Verbindung von arbeits- und sozialrechtlichen Vorgaben und Wirtschaftsförderung wurde bislang in der Wissenschaft und Praxis wenig erörtert. In der aktuellen Entwicklung rückt diese Fragestellung jedoch immer stärker in den Fokus des Rechts und der Politik.

I. Unionsrechtliche Förderung des wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalts

Das europäische Primärrecht dokumentiert die Bedeutung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts. Bereits in der Präambel des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) bekunden die Vertragsparteien den Vorsatz, die stetige Besserung der Lebens- und Beschäftigungsbedingungen der Völker in Europa als wesentliches Ziel anzustreben. Folgerichtig verlangt Art. 5 AEUV die Koordinierung der Wirtschaftspolitik, der Beschäftigungspolitik und der Sozialpolitik. Diese Koordinierung ist wiederum zielgerichtet und wird z. B. in den Art. 8 und 9 AEUV konkretisiert. Art. 8, der dem bisherigen Art. 3 Abs. 2 EGV entspricht, statuiert die Pflicht, bei allen Tätigkeiten der Union darauf hinzuwirken, Ungleichheiten zu beseitigen und die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern. Art. 9 formuliert die allgemeinen Ziele vor allem der Wirtschaftspolitik: Bei der Festlegung und Durchführung ihrer Politik und ihrer Maßnahmen trägt die Union den Erfordernissen im Zusammenhang mit der Förderung eines hohen Beschäftigungsniveaus, mit der Gewährleistung eines angemessenen sozialen Schutzes, mit der Bekämpfung der sozialen Ausgrenzung sowie mit einem hohen Niveau der allgemeinen und beruflichen Bildung und des Gesundheitsschutzes Rechnung. Es liegt nahe, dass diese primärrechtlichen

Vorgaben einen Niederschlag im Beihilferecht finden, das durch Art. 174 AEUV in diesen Kontext gestellt wird.

Die Art. 174 ff. enthalten daher spezielle Regeln zur Stärkung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts. Art. 175 stellt in diesen Zusammenhang die Strukturfonds, so dass Wirtschaftsförderung und Beihilferecht gemeinsam dem Ziel des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts dienen sollen. Die Kommission hatte bereits 2010 ein Konzept für eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum im Dokument KOM (2010) 2020 vorgelegt. Mit dieser Strategie sollen Forschung und Entwicklung, Umweltschutz, Regionalentwicklung, Beschäftigung und Ausbildung besonders gefördert werden. Die Kommission hat daher ihre Beihilfenkontrolle so ausgerichtet, dass die Mitgliedsstaaten angeregt werden, mit ihren Beihilfen dem Abbau regionaler und sozialer Disparitäten zu dienen.

Deutlich wird dieser Zusammenhang vor allem im Bericht der Kommission vom 22.06.2011 – KOM 2011/356 – über den Beitrag staatlicher Beihilfen zur Strategie Europa 2020. Der ausführliche Bericht zeigt anhand der verschiedenen Beihilfetypen, dass die heutige Beihilfenpolitik real auf diese Strategie ausgerichtet wird. Dabei ist den Mitgliedsstaaten ein breiter Handlungsspielraum durch die Verordnung 800/2008 ermöglicht worden. Die in dieser Verordnung freigestellten Arten von Beihilfen können von den Mitgliedsstaaten direkt ohne vorherige Anmeldung und Genehmigung erbracht werden. Der Bericht zeigt, dass diese Möglichkeiten gerade in den Bereichen Forschung und Entwicklung sowie Beschäftigung und Ausbildung inzwischen intensiv genutzt werden. Maßgeblich ist insoweit die Einordnung in die Strategie 2020 und die generelle Politik der Förderung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts.

Für die Arbeitsmarktpolitik ist dieser Zusammenhang bereits in einer Mitteilung der Kommission vom 23.11.2010 – KOM (2010) 682 – erfolgt, mit der Europas Beitrag zur Vollbeschäftigung durch eine Agenda für neue Kompetenzen und neue Beschäftigungsmöglichkeiten beschrieben wird. In einem speziellen Kapitel dieser Agenda wird verlangt, dass die EU-Finanzinstrumente – also vor allem die verschiedenen Strukturfonds – eingesetzt werden zur Steigerung des Kompetenzniveaus der Beschäftigten, für eine qualitativ bessere Arbeit und Arbeitsbedingungen sowie generell für die Schaffung von Arbeitsplätzen, vor allem für benachteiligte Arbeitnehmer. Die Strukturfonds, vor allem der Europäische Sozialfonds, werden daher als „Katalysatoren und Hebel“ für eine solche Beschäftigungspolitik qualifiziert.

Von großer Bedeutung ist schließlich die aktuelle Mitteilung der Kommission vom 25.10.2011 – KOM (2011) 681 – „Eine neue EU-Strategie (2011 – 2014) für die soziale Verantwortung der Unternehmen (CSR)“. Mit dieser Mitteilung kommt die Kommission der Aufforderung des Parlaments und des Rates nach, eine kohärente Strategie zur Förderung von Maßnahmen zur Stärkung der sozialen Verantwortung der Unternehmen vorzulegen. Die Kommission definiert die soziale Verantwortung der Unternehmen als ein Konzept, das den Unternehmen als Grundlage dienen soll, auf freiwilliger Basis soziale Belange und Umweltbelange in ihre Unternehmenstätigkeit und in die Wechselbeziehungen mit den Stakeholdern zu integrieren. Zu diesen sozialen Belangen rechnet die Kommission die Einhaltung geltender Rechtsvorschriften und der zwischen Sozialpartnern bestehenden Tarifverträge. Weiter ist CSR ein maßgebliches Leitbild für zentrale Arbeits- und Beschäftigungspraktiken, wie z. B. die Sicherung von Aus- und Fortbildung, von Diversität, Gleichstellung von Frauen und Männern und Wahrung der Gesundheit der Arbeitnehmer und ihres Wohlbefindens. Ebenso zählen

hierzu die Integration von Menschen mit Behinderungen und die Förderung der sozialen Verantwortung über die gesamte Lieferkette.

Ein solches verantwortungsvolles Verhalten der Unternehmen soll auf mehrfache Weise gefördert und gestärkt werden. Ein wichtiges Element ist aus Sicht der Kommission „die Notwendigkeit, u. a. durch Investitionspolitik und öffentliches Auftragswesen dazu beizutragen, dass verantwortungsvolles unternehmerisches Verhalten vom Markt honoriert wird“. Im weiteren Verlauf der Mitteilung wird die Verknüpfung von Beihilfe- und Vergaberecht bekräftigt. Die Kommission setzt sich zum Ziel, verantwortungsvolles soziales Verhalten durch den Markt stärker zu betonen und soziale Erwägungen verstärkt in das öffentliche Auftragswesen einfließen zu lassen. In bewusster Parallelität werden die Kommunal- und Regionalbehörden aufgefordert, durch eine „umsichtige Nutzung der EU-Strukturfonds die Entwicklung von CSR vor allem bei den KMU zu unterstützen“. Dies bedeutet, dass auch das Beihilferecht in diese Querschnittsstrategie eingeordnet wird und als ein Instrument verstanden wird, mit dem die soziale Verantwortung von Unternehmen gestärkt und gefördert werden kann.

Eine solche Kombination von Instrumenten des Wirtschaftsrechts und des Arbeitsrechts ist nicht ungewöhnlich. Im 5. Erwägungsgrund der Richtlinie zur Arbeitnehmerentsendung – RL 96/71/EG – wird postuliert, dass die Verwirklichung des Binnenmarkts auf dem Gebiet der Arbeitnehmerentsendung nur durch die Kombination fairen Wettbewerbs und Maßnahmen zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte gewährleistet werden könne.¹ Bei der Bewertung der Bürgenhaftung nach § 1 a AÜG hat der EuGH diese Verknüpfung ausdrücklich positiv aufgegriffen.² Methodisch vergleichbar hat auch das Bundesverfassungsgericht bei seiner Entscheidung zur Bürgenhaftung nach § 1 a AÜG argumentiert.³

1 Dazu bereits Hanau NJW 1996, 1369, 1372; Däubler EuZW 1997, S. 613, 615.

2 EuGH 12.10.2004, C-60/03, NZA 2004, 1211.

3 BVerfG 20.03.2007 – 1 BvR 1047/05, NZA 2007, 609, 611; dazu Kohte jurisPR-ArbR 6/2008 Anm. 2.

II. Grundlinien der deutschen Politik zur Förderung des wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalts

Die Verknüpfung des Subventionsrechts mit dem Arbeits- und Sozialrecht betrifft zentrale Aspekte der heutigen Wirtschaftspolitik. 2008 füllten staatliche Subventionen ein Volumen von 50–58 Milliarden Euro, Wirtschaftsförderung machte dabei den größten Posten aus (12 Milliarden Euro).⁴ Erfolgreiche Wirtschaftsförderung zahlt sich zumindest kurzfristig über Beschäftigungszuwachs, Steuermehreinnahmen und somit über einen volkswirtschaftlichen Gewinn aus. Sie ist in der Regel darauf ausgerichtet, Unternehmen nachhaltig zu fördern, damit diese sich besser am Markt aufstellen. Für eine solche Nachhaltigkeit ist zu diskutieren, welche Auswirkungen sie auf die in den Unternehmen bestehenden Arbeitsverhältnisse haben kann. Stabile Arbeitsverhältnisse bieten eine Chance, die Volkswirtschaft auf Dauer zu festigen.

Die Bedeutung der Wirtschaftsförderung nimmt in Zeiten der Krise zu. Beachtliche Summen sind durch die Konjunkturpakete I und II bewegt worden. Rettungsaktionen für in Schieflage geratene Unternehmen bilden dabei eine Seite des Spektrums, welches bis zu Beschäftigungsbeihilfen und Beihilfen für Eingliederung benachteiligter Gruppen reicht. In unterschiedlicher Intensität sollen diese Beihilfen (auch) sozialen Zwecken dienen.

Eine vergleichbare ökonomische und politische Bedeutung hat die öffentliche Vergabe. Nach Schätzungen der Europäischen Kommission vergeben Träger der öffentlichen Verwaltung zur Erfüllung ihrer vielfältigen Aufgaben öffentliche Aufträge in einem Umfang von jährlich ca. 1.500 Mrd. Euro, was etwa 16 Prozent des Bruttoinlandsproduktes der EU entspricht.⁵

In Deutschland kauften Bund, Länder und Kommunen, einschließlich öffentlicher Fonds, Unternehmen und Sozialversicherungsträger, im Jahr 2006 Güter, Bau- und Dienstleistungen für rund 247 Milliarden Euro ein, wobei der Anteil der Kommunen dabei ca. 50 Prozent beträgt.⁶ Diese Zahlen belegen die beträchtliche Bedeutung der öffentlichen Auftragsvergabe sowohl für die Förderung der Gesamtwirtschaft als auch für die des einzelnen Unternehmens. Letzteres erhält durch den öffentlichen Auftrag die Möglichkeit, Gewinn zu erzielen und damit seine Wettbewerbsfähigkeit zu steigern. Insoweit unterscheidet sich die Vergabe eines Auftrages von der Gewährung einer Beihilfe (lediglich) darin, dass das begünstigte Unternehmen für diesen Vorteil im Bereich des öffentlichen Auftragswesens eine äquivalente Gegenleistung erbringen muss.

Wegen dieser funktionalen Verwandtschaft zwischen Beihilfe- und Vergaberecht⁷ ist die Beantwortung der Frage, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang die öffentlichen Auftraggeber ihre große Kaufkraft nutzen und Einfluss auf das Vergabeverfahren nehmen dürfen, um ihre sozialen Handlungs- und Gestaltungspflichten zu erfüllen und damit einen wichtigen Beitrag zur Förderung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts zu leisten, für das vorliegende Thema von besonderer Bedeutung.

In den Bundesländern, die neue Landesvergabeetze beschlossen haben oder diskutieren, zeigt sich diese Konstellation sehr deutlich. In Sachsen-Anhalt wird auf Seite 25 und 32 des Koalitionsvertrages zwischen SPD und CDU explizit das Ziel vorgegeben, die Arbeitsmarktpolitik mit der Wirtschaftsförderung zu verzahnen, indem die Vergabe von Mitteln der Wirtschaftsförderung zukünftig stärker an zusätzliche qualitative Kriterien der geförderten

4 Ruthig/Storr Rn. 741.

5 Sozialorientierte Beschaffung, Ein Leitfadens für die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Beschaffungswesen der EU-Kommission, 2011, S. 5, Abrufbar unter: ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=6457&langId=de (Stand Juni 2011); Weyand, Teil 1 Rn. 8.

6 Weyand, Teil 1 Rn. 13 zitiert eine Studie gefördert vom Bildungsministerium für Bildung und Forschung „Einkäufer Staat als Innovationstreiber“ aus dem Jahr 2009.

7 Deshalb wird auch in der Literatur in umgekehrter Richtung diskutiert, ob und inwieweit die öffentlichen Beihilfevorschriften auf die öffentliche Auftragsvergabe Anwendung finden. Vgl. m.w.N. Ölcüm, Die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Auftragswesen, 2009, S. 61 Fn. 184.

Arbeitsplätze gebunden wird, die die Einhaltung von sozialen und tariflichen Standards beinhalten.⁸

III. Soziale Kriterien und ihre Bedeutung

Die herausgehobene Bedeutung sozialer Kriterien ist im Europarecht, vor allem im Vergaberecht, inzwischen anerkannt. Die Europäische Kommission hat hier Pionierarbeit geleistet, indem sie mögliche soziale Kriterien herausgearbeitet und katalogisiert hat. Als zentrale Kategorien hat sie herausgearbeitet:⁹

- a) Förderung von Beschäftigungschancen,
- b) Förderung von menschenwürdiger Arbeit,
- c) Förderung der Einhaltung von arbeitsrechtlichen- und sozialen Bestimmungen,
- d) die Unterstützung von sozialer Eingliederung und Förderung von Organisationen der Sozialwirtschaft,
- e) Förderung der Barrierefreiheit und Design für alle,
- f) Berücksichtigung von Aspekten des fairen Handels,
- g) Schutz vor Menschenrechtsverletzungen,
- h) Förderung von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU).

Mit diesen universellen Kategorien sollen Anreize geschaffen werden, die kleineren und mittleren Unternehmen verstärkt an öffentlichen Ausschreibungen teilnehmen zu lassen, v.a. durch überschaubare Verträge. Neben dieser Kategorisierung hat die Kommission die Vorteile des *Socially Responsible Public Procurement* (kurz: SRPP) herausgearbeitet und verdeutlicht. Während traditionelle Mittel zur Förderung der sozialen Gerechtigkeit versagten, stellt die sozial-orientierte Auftragsvergabe eine konstante Möglichkeit der Einflussnahme dar. Die SRPP fördert das angestrebte Ziel eines sozial ausgewogenen Marktes und ist Ausdruck so-

zialverantwortlicher Regierungsführung. Nicht genug zu betonen ist die Möglichkeit aktiver Integrationsförderung und die Erhöhung der Wirksamkeit öffentlicher Ausgaben.

IV. Gang der Darstellung

Ziel dieses Gutachtens ist es, am Beispiel von Landesbürgschaften und Zuschüssen im Rahmen der Europäischen Strukturfonds sowie der Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur“ die Möglichkeiten, Gebotenheit und Grenzen der Berücksichtigung sozialer Kriterien herauszuarbeiten. Neben der grundlegenden Frage des anzuwendenden Rechts stellen sich insbesondere verfassungs-, arbeits- und europarechtliche Fragen.

Dies führt im Großen zu folgender Struktur. Ausgangspunkt ist eine Bestandsaufnahme der jetzigen Wirtschaftsförderung vor allem in Niedersachsen und Sachsen-Anhalt (Teil 2) sowie des verfassungs- und primärrechtlichen Rahmens dieser Förderpolitik (Teil 3). Die unionsrechtliche Perspektive wird fortgesetzt im Teil 4 und 5, wenn am Beispiel des europäischen und deutschen Vergabe- und Beihilferechts in Teil 5 die dort anerkannte Verknüpfung wirtschaftlicher und sozialer Kriterien herausgearbeitet und auf ihre verwaltungsrechtliche Umsetzbarkeit diskutiert wird. Dann sind – ausgehend vom Unionsrecht – in Teil 6 die allgemeinen Grundsätze, Grenzen und Gestaltungsmittel des Beihilferechts zu skizzieren. Daran anschließend werden im Teil 7 in einem besonderen Teil konkrete Gestaltungsmöglichkeiten untersucht und diskutiert, bevor in Teil 8 die Zusammenfassung des Gutachtens erfolgt.

Ein Schwerpunkt des vorliegenden Gutachtens liegt auf der Untersuchung, ob ein Mindestlohn oder andere elementare Lohngestaltungen auch auf diese Weise durchgesetzt werden können. Da-

8 Vgl. http://www.sachsen-anhalt.de/fileadmin/Elementbibliothek/Bibliothek_Politik_und_Verwaltung/Politik%2BVerwaltung/Dokumente/Koalitionsvertrag_2011.pdf

9 Sozialorientierte Beschaffung S. 7 ff.

neben drängt sich die Frage auf, ob die Kategorie des Normalarbeitsverhältnisses¹⁰ zu einem Maßstab der Förderung von Unternehmen gemacht werden kann, so dass eine Beschränkung von Leiharbeit, Minijobs und Befristungen erfolgen kann. Damit korrespondierend kann die Zuverlässigkeit eines Unternehmers auf diese Weise arbeitsrechtlich konkretisiert und zu einer zentralen Fördervor-

aussetzung werden. Schließlich werden mögliche weitergehende soziale Kriterien zu diskutieren sein. Eine Einbettung in die bestehenden kollektiven Ordnungsmechanismen ist ebenso zu diskutieren wie die Bedeutung der Tarifbindung bzw. der Orientierung an Tarifverträgen und der Besonderheiten von Beschäftigungsbeihilfen.

10 Zu dieser Kategorie: Kohte, Referat auf dem 68. DJT, Band II/1, M 25 ff.; Waltermann NZA 2010, 860 ff.

Teil 2: Struktur der Förderung in den Ländern Niedersachsen und Sachsen-Anhalt

Die rechtliche Begutachtung macht zunächst eine Darstellung der tatsächlichen Abläufe der Wirtschaftsförderung in den beiden Bundesländern notwendig.

I. Niedersachsen

1. Die NBank

Das Förderungsvolumen Niedersachsens ist beachtlich. Die Wirtschaftsförderung betrug 2009 740 Millionen Euro.¹¹ 428 Millionen Euro davon entfielen auf den sog. Niedersachsen-Kredit. Die Wirtschaftsförderung wird in Niedersachsen im Wesentlichen über die NBank und deren Tochterunternehmen realisiert. Nach eigener Aussage setzt die NBank die Förderpolitik des Landes Niedersachsen um und ist die universale Förderbank für ganz Niedersachsen und das zentrale Instrument zur Wirtschafts-, Arbeitsmarkt-, Wohnraum- und Infrastrukturförderung. Die Aufgaben der NBank sind in § 5 Abs. 2 NBankG aufgezählt. Gemäß § 7 Abs. 2 NBankG ist das Land verpflichtet, die Bank funktionsfähig zu halten. Hierfür überträgt das Land Niedersachsen der NBank Fördermittel. Ein wichtiges Beispiel ist das Förderungsprogramm 2 000 x 2 500 Arbeitsplätze. Die Regionalförderung ist mehrfach differenziert mit einem deutlichen Schwerpunkt in Teilen des östlichen Fördergebiets von Niedersachsen¹².

Die NBank hat am 1. Januar 2004 ihr operatives Geschäft aufgenommen. Sie ist aus der Investitions- und Förderbank Niedersachsen GmbH hervorgegangen (vgl. § 1 Abs.1 NBankG). Sie ist eine

Anstalt öffentlichen Rechts und gehört zu 100 Prozent zum Land Niedersachsen, das durch das Niedersächsische Ministerium für Finanzen vertreten wird. Die NBank nutzt eine große Palette an Förderungsprogrammen, die mit Nebenbestimmungen bzw. Allgemeinen Geschäftsbedingungen eingesetzt werden. Die Praxis der Bank geht dahin, bei Darlehen die AGB zur Feinsteuerung zu nutzen und bei Zuwendungen durch Verwaltungsakt zu entscheiden und diese mit Nebenbestimmungen zu versehen; so gibt es z.B. Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung (ANBest-P) oder Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur institutionellen Förderung (ANBest-I). Die gesetzliche Ermächtigung, Bescheide zu erlassen, findet sich in § 6 Abs. 3 NBankG.

Eine wichtige Rolle spielt die NBB, die Niedersächsische Bürgschaftsbank¹³. Deren Rechtsverhältnisse werden durch die NBB-Richtlinie gegenüber dem Antragsteller und den NBB-Bedingungen zum Kreditgeber, in der Regel der Hausbank des Antragstellers, gestaltet; Antragsteller ist der Kreditnehmer. Nach II. 1. dieser Richtlinie ist der Antrag beim Kreditgeber zu stellen, der ihn nach einer ersten Prüfung als Bote an die NBB weiterleitet. Beide Regelungen bilden ein Gesamtkonzept. Die NBB-Bürgschaftsbedingungen gelten gegenüber dem Kreditgeber, mit dem die NBB auch den Bürgschaftsvertrag abschließt. Gefördert werden typischerweise Existenzgründungen und Betriebserweiterungen, nicht jedoch Sanierungs- und Umschuldungskredite. Unter den Verbänden, die im Aufsichtsrat der Bank vertreten sind, befindet sich keine Arbeitnehmerorganisation.

11 Vgl. http://www.nbank.de/_downloads/Publikationen_und_Dokumente/Geschaeftsberichte/NBank_GB_2009.pdf

12 Vgl. BT-Drs. 16/13950, S. 79 ff.

13 Vgl. <http://www.nbb-hannover.de>

Für die spezifische Förderung von kleinen und mittleren Unternehmen ist die MBG Niedersachsen GmbH¹⁴, die Mittelständische Beteiligungsgesellschaft Niedersachsen, gegründet worden, an der die NBank weniger als 50 Prozent des Kapitals hält; die Kapitalmehrheit liegt bei mehreren überregionalen Kreditinstituten. Die Förderung durch die MBG ergänzt Betriebsmitteldarlehen der NBB mit dem eigenkapitalstärkenden Instrument der stillen Beteiligung, ordnet sich aber auch in das Mittelstandskonzept der niedersächsischen Wirtschaftspolitik ein, indem vor allem junge technologieorientierte Unternehmen im Bereich der Biotechnologie, Gentechnologie und Medizintechnik gefördert werden.

Im Bereich der Zuwendungen besteht eine differenzierte zweckbezogene Richtlinienlandschaft. Spezielle arbeitsrechtliche Regelungen sind selten, vereinzelt finden sich lokale Regelungen. Dafür ist erkennbar, dass die Regelungen zumeist eine Steuerung in Einzelfall beabsichtigen. So betont die Verwaltungsvorschrift zu § 44 LHO ausdrücklich, dass neben den allgemeinen Nebenbestimmungen weitere Nebenbestimmungen in Betracht kommen (Nr. 5 VV Nds). Z. B. besteht für die Filmförderung eine eigene Richtlinie, die allgemein die Sicherung und Schaffung von Arbeitsplätzen verlangt und die Qualität der Verwirklichung bewertet (Nr. 4).¹⁵ Auf Grundlinien beschränkt sich auch die GRW-Richtlinie für die Schaffung und Sicherung von Dauerarbeitsplätzen. Bei der Richtlinie für Forschung und Entwicklung werden die Steigerung der Wirtschaftskraft und die Sicherung von Arbeitsplätzen in den gesamtwirtschaftlichen Innovationsprozess eingeordnet. Detaillierte soziale Nebenbestimmungen sind in die Richtlinien nicht aufgenommen worden.¹⁶

2. Landesbürgschaften in Niedersachsen

Daneben besteht die Möglichkeit einer Landesbürgschaft durch das Land Niedersachsen – vertreten durch die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Pri-

cewaterhouseCoopers (PwC) AG als Mandatar. Das Land Niedersachsen verbürgt sich dabei gegenüber einer Kreditanstalt für ein von dieser ausgezahltes Darlehen (vgl. Nr. 8 ABRL Nds.). Das Verfahren wird nur auf Antrag betrieben, wobei es sich um ein Verwaltungsverfahren handelt, an dessen Ende entweder ein positiver oder ein negativer Beschluss steht. Über den Antrag entscheidet der Landeskreditausschuss, in dem auch der DGB Niedersachsen mit einem Vertreter/einer Vertreterin – beratend und nicht stimmberechtigt – vertreten ist (vgl. Nr. 16ff. ABRL Nds.). Im Erfolgsfall folgt eine Bürgschaftszusicherung, welche das Land Niedersachsen bzw. das Niedersächsische Finanzministerium nach § 38 VwVfG für sechs Monate im Regelfall bindet. Danach schließt das Land mit dem Kreditgeber einen öffentlich-rechtlichen Vertrag ab.

II. Sachsen-Anhalt

1. Bürgschaften, (stille) Beteiligungen, Kreditzusagen

Die Förderung der Wirtschaft mittels staatlicher (Ausfall-)Bürgschaften, (Beteiligungs-)Garantien oder sonstiger Gewährleistungen zur zusätzlichen Sicherung von Bankkrediten für Investitionen und Betriebsmittel von Unternehmen, die ansonsten aufgrund ihres geringen Eigenkapitals oder fehlender Sicherheiten diese notwendigen Kredite nicht erhalten hätten, richtet sich in Sachsen-Anhalt nach den im Rahmen des § 39 LHO-LSA erlassenen Bürgschaftsrichtlinien, wobei sich das jährliche Förderungsvolumen nach dem jeweiligen Haushaltsgesetz des Landes Sachsen-Anhalt bestimmt. Gem. § 5 des Haushaltsgesetzes 2010/2011 darf das Ministerium für Finanzen in den Jahren 2010 und 2011 Bürgschaften und Garantien in Höhe von bis zu 3.000.000.000 € übernehmen.

Eine zentrale Rolle spielen für die Wirtschaftsförderung in Sachsen-Anhalt die Europäischen Struk-

14 Vgl. <http://mbg-hannover.de>

15 Vgl. nbank.de/_downloads/foerderprogramme/filmfoerderung/Richtlinie.pdf

16 Vgl. www.nbank.de/_downloads/Foerderprogramme/Innovations_Forschung_Entwicklung/Richtlinie.pdf

turfonds, die vor allem für die Regionalförderung sowie seit einiger Zeit auch für die FuE-Förderung eingesetzt werden¹⁷. Das Land Sachsen-Anhalt übernimmt, vertreten durch das Ministerium der Finanzen, nach Nr. 2 der Allgemeinen Bestimmungen zur Wirtschaftsförderung des Landes Sachsen-Anhalt = Runderlass zu § 39 HO LSA vom 10.05.2007 (34/32901)¹⁸ Landesbürgschaften, um im Interesse des Landes volkswirtschaftlich förderungswürdige und betriebswirtschaftlich vertretbare Maßnahmen zu ermöglichen (Zweckbestimmung). Weiterhin müssen die Antragsteller in Sachsen-Anhalt eine Betriebsstätte unterhalten oder in Sachsen-Anhalt eine förderungsfähige Maßnahme durchführen.¹⁹ Die Bürgschaften können mit Bedingungen, deren Erfüllung vor Aushändigung der Bürgschaftsurkunde zu bestätigen ist, und mit Auflagen versehen werden.²⁰ Die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft PricewaterhouseCoopers AG (PwC) ist wie in Niedersachsen als Mandatar beauftragt, bei den Bürgschaftsverfahren mitzuwirken, insbesondere die Anträge entgegenzunehmen, zu bearbeiten, betriebswirtschaftlich zu begutachten sowie die Bürgschaftsübernahmen vorzubereiten und die Landesbürgschaften zu verwalten und abzuwickeln.²¹ Auch alle anderen Schritte der Bürgschaftsvergabe gleichen dem für das Land Niedersachsen beschriebenen Verfahren. Dem Bürgschaftsausschuss, der über die Bürgschaftsanträge beschließt,

gehört nunmehr auch in Sachsen-Anhalt ein Vertreter des DGB als beratendes Mitglied an.²² Speziell für Landesbürgschaften für Investitions- und Betriebsmittelkredite mit regionaler Zielsetzung gibt es eigene Bürgschaftsrichtlinien.²³

Daneben übernimmt auch die Bürgschaftsbank Sachsen-Anhalt GmbH (BB) gem. der Richtlinie für die Übernahme von Ausfallbürgschaften vom 01.01.2011²⁴ sowie der Richtlinie für die Übernahme von Beteiligungsgarantien vom 01.05.2008²⁵ Bürgschaften und Garantien für kleinere und mittlere Unternehmen der gewerblichen Wirtschaft (KMU). Im Jahr 2010 wurden Bürgschaften und Garantien zu einem Gesamtbetrag von 66.937.000 € sowie ein Kredit-/Beteiligungsbetrag von 84.009.000 € genehmigt.²⁶ Die Bürgschaften und Garantien werden auf Antrag vergeben, der in der Regel über die Hausbank des Antragstellers gestellt wird. Die Vergabe erfolgt nach betriebswirtschaftlichen Kriterien. Dem entsprechend beinhalten die Bürgschafts- und Garantierichtlinien keine davon abweichenden Kriterien. Das Bürgschaftsrisiko wird zu 80 Prozent von der öffentlichen Hand (Bund und Land) und zu 20 Prozent vom Kreditinstitut selbst getragen.²⁷

Ferner hat die Mittelständige Beteiligungsgesellschaft Sachsen-Anhalt mbH (MBG) im Jahr 2010

17 BT-Drs. 16/13950, S. 96 ff.

18 MBl. 23/2007, abrufbar unter: http://www.sachsen-anhalt.de/fileadmin/Elementbibliothek/Bibliothek_Politik_und_Verwaltung/Bibliothek_Ministerium_der_Finanzen/Dokumente/Buergschaften/Allgemeine_Buergschaftsbestimmungen_2007.pdf (Mai 2011).

19 Nr. 4.1

20 Förderrichtlinie um 0,5 v. H. pro Jahr bis zur Erfüllung der Auflagen.

21 Nr. 15; Bekanntgabe Mandatar RdErl d. MF v. 29.06.2007 in MBl. LSA 28/2007, abrufbar unter: http://www.sachsen-anhalt.de/fileadmin/Elementbibliothek/Bibliothek_Politik_und_Verwaltung/Bibliothek_Ministerium_der_Finanzen/Dokumente/Buergschaften/Bekanntgabe-Mandatar.pdf.

22 Nr. 18 f., seit RdErl d. MF v. 03.07.2010 (34/32901) in MBl. LSA 21/2010, abrufbar unter: http://www.sachsen-anhalt.de/fileadmin/Elementbibliothek/Bibliothek_Politik_und_Verwaltung/Bibliothek_Ministerium_der_Finanzen/Dokumente/Buergschaften/AllgemeineBuergschaftsbestimmungen.pdf.

23 Richtlinie über regionale Investitionsbürgschaften = RdErl d. MF v. 08.10.2007 in MBl. LSA 38/2007 – geändert durch RdErl v. 08.12.2008 in MBl. LSA 02/2009, abrufbar unter: http://www.sachsen-anhalt.de/fileadmin/Elementbibliothek/Bibliothek_Politik_und_Verwaltung/Bibliothek_Ministerium_der_Finanzen/Dokumente/Buergschaften/RLregionaleInvestitionsbuergschaften.pdf; Richtlinie über Bürgschaften des Landes Sachsen-Anhalt für Betriebsmittelkredite mit regionaler Zielsetzung = RdErl d. MF v. 19.09.2008 in MBl. LSA 35/2008 abrufbar unter: http://www.sachsen-anhalt.de/fileadmin/Elementbibliothek/Bibliothek_Politik_und_Verwaltung/Bibliothek_Ministerium_der_Finanzen/Dokumente/Buergschaften/RL_Betriebsmittel_regionale_Zielsetzung.pdf, wonach u.a. das Bürgschaftsvolumen für das Jahr 2011 maximal 55 Millionen € und in den Jahren 2012 und 2013 maximal je 40 Millionen € betragen darf.

24 Abrufbar unter: http://www.bb-sachsen-anhalt.de/bbank/leistungen/downloads/r_buerg.pdf.

25 Abrufbar unter: http://www.bb-sachsen-anhalt.de/bbank/leistungen/downloads/r_garant.pdf.

26 Vgl. <http://www.bb-sachsen-anhalt.de/bbank/about/eckdaten1.php> (Mai 2011).

27 Vgl. <http://www.bb-sachsen-anhalt.de/bbank/about/wen.php> (Mai 2011).

zur Eigenkapitalstärkung kleiner und mittlerer Unternehmen der gewerblichen Wirtschaft stille Beteiligungen zu einem Gesamtbetrag von 6.482.000 € zu günstigen Konditionen zugesagt.²⁸ Nach Punkt II. 4 (Voraussetzung einer Beteiligung) der Richtlinie für die Übernahme von Beteiligungen²⁹ kann die Beteiligung im Einzelfall von besonderen Bedingungen und Auflagen abhängig gemacht werden.³⁰ Gesellschafter sind die Industrie- und Handelskammern, Handwerkskammern, Unternehmerverbände des Landes Sachsen-Anhalt sowie Banken und Versicherungen. Zusätzlich hält das Land Sachsen-Anhalt rund 16 Prozent der Anteile. In den aufsichtsausübenden Organen der BB und MBG und deren Bewilligungsausschüssen sind Arbeitnehmerorganisationen, insbesondere der DGB, nicht repräsentiert.

Darüber hinaus hat die Investitionsbank Sachsen-Anhalt (IB) im Jahr 2009 Bürgschaften in Höhe von 0,2 Millionen € neu übernommen und das Fördervolumen von ihr neu zugesagter Darlehen belief sich im Jahr 2009 auf 197,7 Millionen €. ³¹ Die IB, die 2004 aus dem Landesförderinstitut (LFI) hervorgegangen ist, arbeitet als teilrechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts der Norddeutschen Landesbank (§ 1 VO über Einrichtung der Investitionsbank Sachsen-Anhalt³²). Sie nimmt für das Land Sachsen-Anhalt treuhänderisch die Aufgabe als Bewilligungsstelle bei der Vergabe der Bürgschaften wahr. Das Land Sachsen-Anhalt haftet im Rahmen der sog. Gewährträgerhaftung für die Verbindlichkeiten der Investitionsbank und hat darüber hinaus eine direkte Haftung bei der Refinanzierung von Förderdarlehen übernommen (§ 4 InvBankBegleitG Sachsen-Anhalt³²). Die Fördermaßnahmen der Investitionsbank müssen „auf die Unterstützung der Struktur- und Wirtschaftspolitik sowie der Sozialpolitik und öffentlichen

Aufgaben ihrer staatlichen Träger ausgerichtet“ sein (Verständigung II Staatliche Beihilfen, Nr. E 10/2000, C (2002) 1286, S. 11). Dieser Grundsatz spiegelt sich in der Aufgabenbeschreibung der Investitionsbank wider (§ 4 VO über die Errichtung der Investitionsbank Sachsen-Anhalt). Hierzu zählen neben Aufgaben der Regional- und Wirtschaftsförderung nach § 4 II Nr. 1 h auch die Unterstützung des Landes oder anderer öffentlicher Träger bei Maßnahmen zur Förderung von Ausbildung, Qualifizierung und Beschäftigung sowie nach § 4 II Nr. 5 bei „Maßnahmen rein sozialer Art“. Die Investitionsbank wird durch § 6 VO ermächtigt, im Rahmen der ihr übertragenen Aufgaben als Behörde Verwaltungsakte zu erlassen und öffentlich-rechtliche Verträge abzuschließen. Im Verwaltungsrat der IB sind nach § 13 der VO je ein Vertreter der Industrie- und Handelskammern, der Kommunalen Spitzenverbände sowie der Handwerkskammern vertreten. Der DGB ist nicht in einem Organ der IB, jedoch im Beirat der NordLB vertreten.

2. Zweckgebundene Zuschüsse (Zuwendungen)

So gewichtig die hier beschriebenen Bürgschaften für die Wirtschaftsförderung in Sachsen-Anhalt auch sind, nehmen doch konkrete Förderprogramme, im Rahmen derer das Land mittels (nicht zurückzahlender) zweckgebundener Zuschüsse entsprechend seiner Gestaltungspflichten gezielt Einfluss auf die wirtschaftliche Entwicklung als auch auf die Entwicklung des Arbeitsmarktes und die Infrastruktur Einfluss nimmt, ein weit größeres Volumen ein.

Beispielsweise hat die IB, die insbesondere im Bereich der Wirtschafts- und Technologieförderung für die Bewilligung und Vergabe zuständig ist, im Jahr 2009 neue Zuschüsse in einem Umfang von

28 Vgl. <http://www.bb-sachsen-anhalt.de/mbg/about/eckdaten1.php> (Mai 2011).

29 Vgl. http://www.bb-sachsen-anhalt.de/bbank/leistungen/downloads/r_bet.pdf (Mai 2011).

30 Vgl. Richtlinie für die Übernahme von Beteiligungen vom 01.01.2007, abrufbar unter: http://www.bb-sachsen-anhalt.de/bbank/leistungen/downloads/r_bet.pdf.

31 Vgl. Geschäftsbericht der IB Sachsen-Anhalt 2009, S. 60, abrufbar unter: http://www.ib-sachsen-anhalt.de/pdf/organigramm/GB_2009.pdf.

32 Veröffentlicht im GVBl. LSA Nr. 3/2004 vom 07.01.2004, geändert durch Verordnung vom 02. Dezember 2006, GVBl. LSA S. 534 und durch Verordnung vom 15. Januar 2009, GVBl. LSA S. 28.

597,7 Millionen € genehmigt.³⁴ Daneben ist das Ministerium für Wirtschaft und Arbeit sowie das Landesverwaltungsamt vornehmlich für Förderung des Arbeitsmarktes und der Infrastruktur zuständig und fördert auch dort mit einer Vielzahl von Programmen.³⁵

Für jedes einzelne dieser Förderprogramme wurden wiederum Richtlinien erlassen, die in Verbindung mit den allgemeinen Verwaltungsvorschriften zu §§ 23, 44 LHO-LSA³⁶ die Verwaltung bei der Vergabe der Zuwendungen aus Haushaltsmitteln nach außen binden.³⁷ Die Bewilligung der Zuwendungen (über Verwaltungsakt) steht dabei im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde. Hervorzuheben ist bereits an dieser Stelle, dass auch in Sachsen-Anhalt – wie in Niedersachsen – Nr. 5 der VV-LHO zu § 44 LHO ausdrücklich vorsieht, dass neben den allgemeinen Nebenbestimmungen weitere Nebenbestimmungen zum Zuwendungsbescheid möglich sind.

In einzelnen aktuellen Wirtschaftsförderungsprogrammen des Landes Sachsen-Anhalt werden soziale Kriterien für die Vergabe von Zuwendungen vorausgesetzt und/oder wirken sich auf die Höhe

der zu bewilligenden Zuwendung aus. Beispielsweise sei das Wirtschaftsförderungsprogramm „Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur“ genannt³⁸, im Rahmen dessen Zuschüsse zu Investitionsvorhaben und Lohnkostenzuschüsse in Höhe von 20 bis 25 Prozent der Lohnkosten nur gezahlt werden, wenn ein Jahresmindestbruttolohn von 25.000,00 € bei einer 40-Stunden-Woche gezahlt wird. Die sachkostenbezogene Förderung kann um 5 %-Punkte verringert werden, wenn ein geförderter Unternehmer mit mehr als zehn Mitarbeitern nicht in einem angemessenen Umfang Ausbildungsplätze anbietet, Dauerarbeitsplätze zu einem Jahresmindestlohn von 20.000,00 € nicht in einem angemessenen Umfang mit Frauen besetzt und F&E-Leistungen in der eigenen Betriebsstätte mit eigenem Personal erbringt. Demgegenüber wird in Programmen zur Förderung des Arbeitsmarktes, deren Primärziel es ist, benachteiligte Gruppen in den ersten Arbeitsmarkt einzugliedern, vorausgesetzt, dass der Zuwendungsempfänger durch fachliche Qualifikation und Zuverlässigkeit sowie der Einhaltung der rechtlichen Bestimmungen Gewähr dafür leistet, dass das genannte Primärziel umgesetzt wird.³⁹

33 GVBl. LSA 2003, S. 371.

34 Vgl. Geschäftsbericht der IB Sachsen-Anhalt 2009, S. 60, abrufbar unter: http://www.ib-sachsen-anhalt.de/pdf/organigramm/GB_2009.pdf.

35 Übersicht der Förderprogramme des Landes Sachsen-Anhalt, unterteilt nach Förderbereichen und unterlegt mit den jeweils zugrunde liegenden Zuwendungsrichtlinien auf der Internetseite des Landes Sachsen-Anhalt, abrufbar unter: <http://www.sachsen-anhalt.de/index.php?id=47532>.

36 Verwaltungsvorschriften zur LHO (VV-LHO LSA) RdErl v. 01.02.2001 (21/04003/2) MBl. LSA Nr. 20/2001 S. 249 (zu § 23 LHO Def. Zuwendungen), S. 267 ff. (zu § 44 LHO Zuwendungen – Bewilligungs-, Vergabe-, Überwachungsverfahren), S. 279 ff. Anlage 1 zur VV Nr. 5.1 zu § 44 LHO: allgemeine Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur institutionellen Förderung (ANBest I) (Nebenbestimmungen i.S.d. § 36 VwVfG LSA), S. S. 278 ff. Anlage 2 zu VV Nr. 5.1 zu § 44 LHO: allgemeine Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung (ANBest-P) u. a.

37 Vgl. OVG LSA v. 27.10.1993 – 3 L 9/93 Rn. 13 – zitiert nach juris.

38 GRW-Richtlinie MBl. LSA 2009 S. 673, geändert 2010, S. 615.

39 Z. B. Programm „Zukunft mit Arbeit“ (Förderrichtlinie in MBl. LSA 2008, S. 23 u. 2010, S. 469) oder Richtlinie über die Gewährung von Zuwendungen für Maßnahmen zur Förderung von Chancengleichheit/Förderung von Frauen in Beruf und Bildung (Mbl. LSA 2008, S. 572.).

Teil 3: Verfassungs- und primärrechtliche Anforderungen an Wirtschaftsförderung zum sozialen Zusammenhalt

I. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Wer den rechtlichen Spielraum für eine Wirtschaftsförderung zum sozialen Zusammenhalt ausloten will, muss zunächst die Anforderungen der Verfassungen des Bundes und der Länder sowie des Europäischen Primärrechts ermitteln. Hier finden sich erste Anforderungen an die Ausgestaltung einer nachhaltigen Wirtschaftsförderung, aus denen Konsequenzen zum Stellenwert von arbeitsrechtlichen Nebenbestimmungen gezogen werden können.

1. Die verfassungsrechtliche Offenheit

Seit seiner Entscheidung zum Investitionshilfegesetz hat das Bundesverfassungsgericht⁴¹ mehrfach ausgesprochen⁴², dass der Gesetzgeber im Bereich der gewährenden Staatstätigkeit größere Gestaltungsfreiheit besitzt als innerhalb der Eingriffsverwaltung. Dies gilt vor allem dann, wenn der Staat aus freier EntschlieÙung durch finanzielle Zuwendungen ein bestimmtes Verhalten der Bürger fördert, das ihm aus wirtschafts-, sozial- oder gesellschaftspolitischen Gründen erwünscht ist. Hier kann der Gesetzgeber nicht nur bestimmen, welche Beträge er zur Durchführung der Maßnahme im Haushaltsplan insgesamt bereitstellen will, er ist auch weitgehend frei in der Entscheidung darüber, wie er sie einsetzen und verteilen will.

Als wesentliche Einschränkung wird der Gleichheitssatz in seiner Funktion als Willkürverbot eingesetzt, der einer Verteilung nach unsachlichen

Gesichtspunkten relativ weit gespannte Grenzen setzt. Diese sind erreicht, wenn der Lebenssachverhalt in einer der Lebenserfahrung widersprechenden Weise gewürdigt worden ist.⁴² Diese Ausführungen sind auf das „Ob“ der Förderung bezogen, mangels gegenteiliger Anhaltspunkte liegt es jedoch nahe, keine strengen verfassungsrechtlichen Restriktionen bei der Ausgestaltung der Förderung anzunehmen.

2. Pflicht des Staates zur Förderung sozialen Zusammenhalts?

Entscheidend sind im deutschen Recht zunächst die Vorgaben des Sozialstaatsprinzips aus den Artikeln 20 und 28 GG. Dieses Prinzip enthält einen Gestaltungsauftrag an den Gesetzgeber und im Rahmen der verfassungskonformen Auslegung an die Rechtsanwender. Es enthält die Pflicht, für einen Ausgleich sozialer Gegensätze zu sorgen und sich für diejenigen Gruppen einzusetzen, die aufgrund ihrer persönlichen Lebensumstände an sozialer Entfaltung gehindert sind.⁴³ Die staatlichen Organe sind nicht nur frei, sozial zu gestalten, sie sind hierzu auch angehalten.⁴⁴

Für die staatliche Pflicht zu einer nachhaltigen Wirtschaftsförderung können zwei Begründungsstränge angeführt werden. Zum einen folgt auch aus den Staatsstrukturvorgaben eine, wenn auch nur objektiv-rechtlich ausgestaltete, Schutzpflicht. Hinzu kommt ein Optimierungsgedanke. Seit einiger Zeit⁴⁵ ist anerkannt, dass Rechtsprinzipien als Optimierungsgebote wirken. Das bedeutet, dass

40 BVerfG, Urteil vom 20.6.1954 – 1 BvR 459, BVerfGE 4, 7.

41 BVerfG, Urteil vom 21.2.1961 – 1 BvL 29/57, BVerfGE 12, 151 (166).

42 BVerfG, Urteil vom 20.4.2004 – 1 BvR 1748/99, BVerfGE 110, 274 (293).

43 BVerfG, Beschluss vom 22.7.1977 – BvL 2/74, BVerfGE 45, 376.

44 Eichenhofer S. 6.

45 Alexy S. 218.

diese gebieten, sie in einem möglichst hohen Maß zu realisieren. Das fördernde Land muss sich bei der Ausgestaltung der Förderung fragen, ob es eine bessere Bestimmung zugunsten einer sozialen Wirtschaftsförderung treffen muss. Bungenberg spricht insofern zutreffend von einem Gestaltungsauftrag.⁴⁶

3. Die Landesverfassungen

3.1. Niedersachsen

Aus Art. 6a NV folgt die Verpflichtung des Landes Niedersachsen, Maßnahmen zu treffen, damit jeder Mensch Arbeit finden und dadurch seinen Lebensunterhalt bestreiten kann. Teilweise wird diese Norm als soziales Grundrecht verstanden.⁴⁷ In systematischer Hinsicht muss aus der Existenz des Art. 6a NV gefolgert werden, dass ein Plus zu den herkömmlichen Inhalten des Sozialstaatsprinzips errichtet und die Vorgaben des Art. 12 GG konkretisiert werden sollte. Die Pflicht, Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Leben zu schaffen,⁴⁸ wurde ausgebaut.

Zutreffend wird auch darauf hingewiesen, dass die Norm keine inhaltliche Beschränkung enthalte.⁴⁹ Eine Einschränkung kommt daher nur durch kollidierende Verfassungsbestimmungen in Betracht.

Inhaltlich muss dem Artikel entnommen werden, dass die Verfassung Arbeitsverhältnisse voraussetzt, die es jedem ermöglichen, seinen Lebensunterhalt zu bestreiten. Dies wiederum muss flächendeckend verstanden werden. Der Begriff erfasst daher auch eine gute sozialversicherungsrechtliche Stellung des Arbeitnehmers.

Besonders wichtig ist diese inhaltliche Dimension der Norm. Schwarz problematisiert das Verhältnis zu Art. 109 Abs. 2 GG, der auf ein gesamtwirtschaftliches Gleichgewicht ausgerichtet ist. Art. 6 a GG „verzerre“ das typische Gleichgewicht des § 1 StabG (Bundesrecht!) von Wirtschaftswachstum, Preisstabilität und außenwirtschaftlichem Gleichgewicht. Aus dem Gebot der praktischen Konkordanz und verfassungskonformen Auslegung folgt gerade, dass die Verzerrungen auf ein Minimum zu reduzieren sind, das öffnet die Norm jedoch für ein inhaltliches, qualitatives Verständnis dieses gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichtes. Daraus wiederum folgt, die Pflicht dort, wo der Staat auf die Gestaltung von Arbeitsbedingungen Einfluss nehmen kann, diese so auszugestalten, dass diese den Leitbildern der arbeits- und sozialrechtlichen Gesetzgebung entsprechen, wobei im Einzelfall angemessene Ausnahmen zu machen sind.

3.2. Sachsen-Anhalt

Ebenso verpflichtet Art. 39 LVerf-LSA das Land und die Kommunen im Rahmen aller ihnen gegebenen Kompetenzen zu Maßnahmen, die darauf hinwirken, dass sinnvolle Dauerarbeitsplätze mit humanen Arbeitsbedingungen geschaffen werden, mit denen jeweils der Einzelne seinen Lebensunterhalt verdienen und sich darüber hinaus selbst entfalten kann. Der Einzelne soll so viel verdienen, dass er und ggf. seine Familienangehörigen davon leben können.⁵⁰ Die private Existenzsicherung hat Vorrang vor der sozialstaatlich-solidarischen Absicherung und wird deshalb durch den Förderauftrag des Art. 39, entsprechende Rahmenbedingungen für die wirtschaftlichen Akteure zu setzen, ergänzt.⁵¹

Darüber hinaus knüpft Art. 39 an die Bedeutung der Arbeit für die freie Entfaltung der Persönlichkeit des Einzelnen an. In der frei gewählten und

46 Bungenberg S. 299.

47 Schwarz, Nds. VBl. 1998, 225 (227), auf S. 228 a.A.

48 BVerfG, Entscheidung vom 26.11.1964 – 1 BvL 14/62 BverfGE 18, 257 (273).

49 Schwarz, Nds. VBl. 1998, 225 (228).

50 Reich, Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt, Art. 39 Rn 1; a.A. Kluth, Landesrecht Sachsen-Anhalt, 2. Aufl. 2010, S. 38: Seines Erachtens steht Art. 39 nicht Arbeitsplätzen entgegen, mit denen nur ein Teil des Lebensunterhalts verdient werden kann und deshalb auf gekoppelte Sozialleistungen zurückgegriffen werden muss, weil auf diese Weise eine Annäherung an das Ziel ermöglicht werde.

51 LVerfG LSA v. 16.11.2004 – LVG 5/04 Rn 45 – zitiert nach juris.

ausgeübten Arbeit kommen persönliche Wertentscheidungen ebenso zum Ausdruck wie die Befriedigung sozialer Bedürfnisse nach Kommunikation und Kooperation.⁵²

Gemäß Art. 3 Abs. 3 LVerf-LSA werden Land und Kommunen verpflichtet, sich „nach Kräften anzustrengen und das Handeln danach auszurichten“, weshalb nicht nur von einer Schutzpflicht, sondern von einem entsprechenden Optimierungsgebot- bzw. -pflicht gesprochen wird.⁵³

3.3. Zwischenergebnis

Art. 6 NV und Art. 39 LVerf-LSA statuieren somit jedenfalls die objektiv-rechtliche Verpflichtung des Staates, „gute Arbeitsbedingungen“ i.S.d. Normalarbeitsverhältnisses zu gestalten und zu gewährleisten. Diese guten Arbeitsbedingungen spiegeln sich in dem gesetzgeberisch als normal verstandenen Arbeitsverhältnis wider. Wegen der weitergehenden Funktion als Grundrechtsschranke auf Landesebene führt die Idee des verfassungsrechtlich aufgezeichneten Normalarbeitsverhältnisses zu einer im Grundsatz einfach zu handhabende Regel-Ausnahme-Situation: Nebenbestimmungen oder Voraussetzungen, die darauf ausgerichtet sind, das Normalarbeitsverhältnis zu verwirklichen oder zu bewahren, sind im Grundsatz nicht unangemessen, da die Folgekosten gesetzlich vorausgesetzt sind. Dieses normative Leitbild hat Auswirkung auf die Wirtschaftsförderung, denn bei zwei vergleichbar Förderwürdigen ist derjenige zu bevorzugen, der dieses Leitbild am konsequentesten verfolgt.

4. Grundrechtliche Schranken

Die Förderung wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts ist zwar als Staatsziel und als staatliche Schutzpflicht ausgestaltet, kann aber nur in

den Schranken der Grundrechte realisiert werden. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat hierzu die maßgeblichen Linien vorgezeichnet.

4.1. Die Arbeitsvertragsfreiheit, Art. 12 GG

Die Vorgabe von Regelungsinhalten betrifft die Gestaltungsfreiheit der (Arbeits-)Vertragsparteien. Bei der Durchsetzung sozialer Kriterien kann sich ein Spannungsverhältnis zur Arbeitsvertragsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien ergeben. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gewährleistet Art. 12 GG den Arbeitsvertragsparteien das Recht, die Arbeitsbedingungen miteinander im Rahmen der Gesetze frei auszuhandeln.⁵⁴ In der Inhaltsvorgabe könnte eine Berufsausübungsschranke im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu sehen sein. Die Berufsausübung erfasst die Tätigkeit, also Form, Mittel und Umfang sowie die Ausgestaltung der Betätigung und damit insbesondere den Abschluss von Arbeitsverträgen.⁵⁵ Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts werden Berufsausübungsschranken durch vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls legitimiert.⁵⁶ Eingriffszweck und Eingriffintensität müssen dabei nur in einem angemessenen Verhältnis stehen.⁵⁷ Wichtig zu betonen ist, dass nicht jede Vorgabe Art. 12 GG in der gleichen Weise betrifft, stets ist die konkrete Vorgabe auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 12 GG zu untersuchen. Vorbilder von Vorgaben können Tarifverträgen entnommen werden. In seiner Entscheidung zur Tariftreuerklärung bejahte das Bundesverfassungsgericht einen Eingriff in die Arbeitsvertragsfreiheit, sah diesen allerdings verfassungsrechtlich als gerechtfertigt an.⁵⁸

Nach §§ 3, 6 des Niedersächsischen Vergabegesetzes waren solche Gebote auszuschließen, die keine Tariftreuerklärung enthielten. Die Bieter mussten

52 LVerfG LSA v. 16.11.2004 – LVG 5/04 Rn 45 – zitiert nach juris.

53 Kluth, a.o.o., S. 28.

54 BVerfG, Beschluss vom 11.07.2006 – 1 BvL 4/00.

55 Jarass/Pieroth Art. 12 Rn. 10 mwN.

56 BVerfG, Beschluss vom 11.02.1992 – 1 BvR 1531/90, BVerfGE 85, 248 (259).

57 BVerfG, Beschluss vom 03.07.2003 – 1 BvR 238/01 108, 150 (160) = NZA 2007, 42.

58 BVerfG, Beschluss vom 11.07.2006 – 1 BvL 4/00., BVerfGE 116, 202.

sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei der Ausführung dieser Leistungen mindestens das am Ort der Ausführung tarifvertraglich vorgesehene Entgelt zum tarifvertraglich vorgesehenen Zeitpunkt zu bezahlen. Das Zugrundelegen einer Tariftreueerklärung verhindere einen Verdrängungswettbewerb über Lohnkosten und schütze den sozialen Standard sowie die sozialen Sicherungssysteme. Zudem stütze sie das Tarifvertragssystem im Ganzen. Der Gesetzgeber dürfe nämlich, wie das Bundesverfassungsgericht näher ausführte, die von Art. 9 Abs. 3 GG intendierte, im öffentlichen Interesse liegende autonome Ordnung des Arbeitslebens durch Koalitionen abstützen, indem den Tarifentgelten zu größerer Durchsetzungskraft verholfen werde.

Der Zweck, dem Verdrängungswettbewerb über Lohnkosten entgegenzuwirken, sei legitim und solle der Arbeitslosigkeit im Bausektor entgegenwirken, soziale Standards durchsetzen und die Sozialkassen schonen. Das Ziel, die Arbeitslosigkeit zu bekämpfen, habe aufgrund des Sozialstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 1 GG) Verfassungsrang. Die Verringerung von Arbeitslosigkeit ermögliche den zuvor Arbeitslosen, das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG zu verwirklichen, sich durch Arbeit in ihrer Persönlichkeit zu entfalten und darüber Achtung und Selbstachtung zu erfahren. Insofern werde das gesetzliche Ziel auch von Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG getragen. Darüber hinaus sei der mit der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit einhergehende Beitrag zur finanziellen Stabilität des Systems der sozialen Sicherung ein Gemeinwohlbelang von hoher Bedeutung.

Die Ausführungen des Gerichts im Rahmen der Rechtfertigung der Tariftreue sind im Bereich des sozialen Zusammenhalts verallgemeinerungsfähig, da sie soziale Standards verwirklichen und nachhaltige Arbeitsverhältnisse stützen, die der Wertung aus den Art. 1, 2, 12, 20 GG entsprechen. Aus-

gehend von der Tariftreueentscheidung dürfte eine Verletzung von Art. 12 GG im Regelfall nicht vorliegen, wenn die Eingriffsintensität vergleichbar oder gar geringer ist, soweit die jeweiligen sozialen Standards wegen ihrer nachhaltigen Bedeutung für die Wirtschaft, den Arbeitnehmerschutz oder den sozialen Zusammenhalt legitim und mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar sind.

4.2 Die Koalitionsfreiheit, Art. 9 Abs. 3 GG

Besondere Relevanz hat auch Art. 9 Abs. 3 GG. Wenn Arbeitsbedingungen durch staatliches Handeln geregelt werden, stellt sich die Frage, ob ein Eingriff in die Tarifautonomie vorliegt. Art. 9 Abs. 3 GG hat nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mehrere Schutzaspekte: Die Koalitionsfreiheit als individuelles Freiheitsrecht umfasst das Recht des Einzelnen, einer Koalition fernzubleiben. Das Grundrecht schützt davor, dass ein Zwang oder Druck auf die Nicht-Organisierten ausgeübt wird, einer Organisation beizutreten. Ein von einer Regelung oder Maßnahme ausgehender bloßer Anreiz zum Beitritt erfüllt diese Voraussetzung nicht. Art. 9 Abs. 3 GG schützt davor, zwangsweise Mitglied der Verbände zu werden oder es unmöglich zu machen, sich anderweitig als Koalition im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GG zusammenzuschließen.⁵⁹ Daneben wird auch vor mittelbarem Druck geschützt, wenn die Ergebnisse eines Tarifvertrags ohne Mitgliedschaft gelten sollen. Dieser Druck muss aber so erheblich sein, dass die negative Koalitionsfreiheit verletzt ist.⁶⁰ Einen solchen Druck hat das Bundesverfassungsgericht für das Verlangen nach einer Tariftreueerklärung zutreffend abgelehnt, da dieser Druck nicht das erforderliche Gewicht habe, um Art. 9 Abs. 3 GG zu verletzen.⁶¹

Möglich ist auch eine Orientierungslösung. Das Anknüpfen an tarifvertraglichen Regelungen ist nicht verboten. Insbesondere kann der Gesetzgeber die Ergebnisse von Koalitionsvereinbarungen

59 BVerfG, Entscheidung vom 20.07.1971 – 1 BvR 13/69, BVerfGE 31, 297 (302).

60 BVerfG, Beschluss vom 18.07.2000 – 1 BvR 948/00, NZA 2000, 948; C. Schubert RdA 2001, 199.

61 BVerfG, Beschluss vom 11.07.2006 – 1 BvL 4/00, NZA 2007, 42, 44; vgl. ErfK/Dieterich Art. 9 GG Rn. 36.

zum Anknüpfungspunkt gesetzlicher Regelungen machen.⁶² Allein dadurch, dass die Vereinbarungen fremder Tarifvertragsparteien eine nicht aus Mitgliedschaft abgeleitete normative Verbindlichkeit erhalten, ist ein spezifisch koalitionsrechtlicher Aspekt nicht betroffen.⁶³

Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass in verfassungsrechtlicher Perspektive keine prinzipiellen Einwendungen gegen eine Wirtschaftsförderung bestehen, die auch dem sozialen Zusammenhalt dient.

II. Die europäische Beihilfepolitik

Elementare Regeln für jegliche Wirtschaftsförderung statuiert weiter das Europäische Primärrecht in den Art. 107 ff. AEUV. Nach Abs. 1 dieser Norm sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln (1.) gewährte Beihilfen gleich welcher Art, *die durch die Begünstigung (3.) bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige (4.) den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen (2.), mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen (5.)* und nicht in den Verträgen etwas anderes bestimmt ist. Davon ausgehend enthält Art. 107 Abs. 2 Legalausnahmen. Absatz 3 wiederum enthält Ausnahmeklauseln in Form von Ermessenstatbeständen. Die Regelung wird von der Notifikationspflicht des Art. 108 Abs. 3 AEUV flankiert, die die Mitgliedstaaten zur rechtzeitigen Information über die Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen verpflichtet. Als Beihilfe versteht das Gericht erster Instanz eine staatliche Maßnahme, die einem Unternehmer oder mehreren Unternehmern einen Vorteil verschafft.⁶⁴ Praktisch ist zu beobachten, dass der Be-

griff von seiner Zweckrichtung her und daher weit ausgelegt wird. Ziel der Regelung ist nämlich, Verfälschungen des Wettbewerbs zu unterbinden und die Chancengleichheit zwischen den Unternehmen zu gewährleisten.⁶⁵ Unkontrollierte Beihilfen würden diese massiv stören. Auf der anderen Seite soll die Subventionierung nicht gänzlich unterbunden werden. Diese ist als legitimes Mittel der Wirtschaftspolitik anerkannt, etwa um Marktversagen zu kompensieren,⁶⁶ so dass auf diese Weise eine Politik zur Förderung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts, die bereits Art. 3 Abs. 3 EUV iVm Art. 9 AEUV verlangt, legitimiert wird.

1. Begünstigung

Das zentrale Element des Beihilfebegriffs ist die Begünstigung. Eine Begünstigung kann zum einen in einer Leistung liegen, ohne dass hierfür eine marktmäßige Gegenleistung erbracht wird. Zum anderen kann auch eine staatliche Maßnahme eine Begünstigung darstellen, durch die Belastungen vermindert werden.⁶⁷ Der Europäische Gerichtshof betont ferner, dass die Form der Begünstigung irrelevant ist, insbesondere erfasst Art. 107 nicht nur Zuschüsse, sondern auch Bürgschaften.⁶⁸ Eine Begünstigung ist ausgeschlossen, wenn der Vorteilsgewährung eine angemessene, d. h. marktübliche Gegenleistung gegenübersteht. Entscheidend ist der sog. Private-Investor-Test (PIT) bzw. Market-Economy-Investor-Test. Ein privater Investor von vergleichbarer Größe wie die Einrichtungen des öffentlichen Sektors unter den gleichen Umständen hätte veranlasst werden können, Kapitalhilfen dieses Umfangs zu gewähren, wobei insbesondere die zum Zeitpunkt dieser Hilfen verfügbaren Informationen und vorhersehbaren Entwicklungen zu berücksichtigen sind.⁶⁹

62 BVerfG, Beschluss vom 24.05.1977 – 2 BvL 11/74 BVerfGE 44, 322 (351 f.).

63 BVerfG, Urteil vom 14.06.1983 – 2 BvR 488/80, BVerfGE 64, 208 (213).

64 EuGH, Urteil vom 7.11.2000 – RS T 46/97 Slg. 2000 II-2125 Rn. 83.

65 Mähring JuS 2003, 448; Kühling/el-Barudi Jura 2006, 672 (677).

66 Kühling/el-Barudi Jura 2006, 672 (678).

67 EuGH, Urteil vom 23.02.1961 – RS 30/59; Bartosch Art. 87 Rn. 2.

68 EuGH, Urteil vom 14.11.1984 – RS 323/82 Slg. 1984, 3809.

69 EuGH, Urteil vom 16.05.2002 – C-482/99.

2. Der Beihilfegeber

Wesentlich für Art. 107 AEUV ist zudem, dass eine Gewährung aus staatlichen Mitteln erfolgt. Art. 107 bezieht sich auf von einem Mitgliedstaat gewährte Beihilfen. Unproblematisch ist dieses Merkmal bei den Bürgschaften durch die Bundesländer erfüllt, auch wenn diese z. B. durch PwC vertreten werden. Auch die Fallgestaltungen einer mittelbaren Begünstigung sind in unserem Zusammenhang kaum noch problematisch. Der Staatsbegriff wird sehr weit gefasst und erfasst auch die Kreditinstitute, die als öffentlich-rechtliche Körperschaften nicht mit dem Land oder Bund identisch sind.⁷⁰ Obgleich die meisten Förderbanken in Privatrechtsform – zumeist als GmbH – organisiert sind, kann nach der differenzierenden EuGH-Judikatur die Begünstigung dem Staat – hier dem jeweiligen Bundesland – zurechenbar sein, wenn dieses die Vergabe der Mittel beeinflussen kann.⁷¹ Zum einen geht die Gründung der Banken auf einen staatlichen Hoheitsakt zurück und zum anderen ist der Betrieb der Banken von der staatlichen Mittelzufuhr abhängig. Die Förderbanken verfügen in der Regel nur über Mittel oder Sicherungen, die auf die Haushaltsgesetze oder staatliche Zusagen zurückgehen.

3. Selektivität

Für Art. 107 AEUV ist weiterhin konstituierend, dass eine selektive Begünstigung bestimmter Unternehmen stattfindet. Begünstigungen durch allgemeine Maßnahmen, die sich auf die gesamte Wirtschaft eines Mitgliedstaates erstrecken, fallen nicht unter Art. 107 AEUV. Der Begriff des Unternehmens bezeichnet dabei jede eine wirtschaft-

liche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.⁷² Nicht erfasst werden Geldzuwendungen für klassische hoheitliche Aufgaben.⁷³

4. Wettbewerbsverfälschung

Die zentrale materielle Kategorie zur Bewertung von Beihilfen ist die Wettbewerbsverfälschung bzw. die Gefahr einer Verfälschung des Wettbewerbs. Nach der Rechtsprechung des EuGH wird der Wettbewerb bereits dann verfälscht, wenn eine Maßnahme die Belastung des begünstigten Unternehmens vermindert und damit seine Stellung gegenüber anderen Unternehmern, die mit ihm im Wettbewerb stehen, stärkt.⁷⁴ Damit kann jede Begünstigung eine Verfälschung des Wettbewerbs hervorrufen.⁷⁵

5. Die Zwischenstaatlichkeitsklausel

Schließlich kann Art. 107 und damit das europäische Beihilferecht nur dann Anwendung finden, wenn der zwischenstaatliche Handel betroffen ist oder betroffen sein kann. Diese Voraussetzung wird extensiv ausgelegt. Eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels wird insbesondere schon dann angenommen, wenn im betroffenen Markt Unternehmen aus verschiedenen Mitgliedstaaten im gegenseitigen Wettbewerb stehen.⁷⁶ Allein in den Fällen, in denen ein innergemeinschaftlicher Handel auf dem jeweiligen Markt fehlt, ist das Merkmal zu verneinen – so z.B. der Fall *„Freibad Dorsten“*⁷⁷; insgesamt wird das Merkmal der Zwischenstaatlichkeit in den meisten Fällen bejaht.⁷⁸

70 Krämer/Schmidt Bd. 4 I III, S. 6.

71 Vgl. die Zusammenstellung von: Heidenhain-Heidenhain § 4 Rn. 25.

72 EuGH, Urteil vom 1.12.1998 – C 200/97.

73 Zusammenfassend: MünchKommVB-Arhold Art. 107 Rn. 313 ff.

74 EuGH, Urteil vom 17.9.1980 – 730/79.

75 EuGH, Urteil vom 6.3.2002 – T 92/00.

76 EuGH, T 447/93.

77 Dazu Koenig/Schreiber, Europäisches Wettbewerbsrecht, S. 238 f.

78 MünchKommVB-Soltész Art. 107 Rn. 440 u. 455.

6. Sonderregeln zum Ausgleich für Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

Keine Begünstigung und damit keine Beihilfe liegen dann vor, wenn die Zahlung als Ausgleich für erbrachte Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erfolgt. Diese Kategorie zeigt, dass das Unionsrecht auf eine Balance wirtschaftlicher und sozialer Kriterien zielt.⁷⁹ In der Rechtssache *Altmark-Trans* hat der EuGH⁸⁰ die Anforderungen spezifiziert. In diesem Rechtsstreit aus Sachsen-Anhalt ging es um die Bezuschussung des öffentlichen Personennahverkehrs. Ein Mitbewerber hatte die Genehmigung für Liniendienste zugunsten der Firma Altmark-Trans angefochten, weil diese Firma nur „leistungsfähig“ sei, da sie öffentlich gefördert werde. Damit war der Zusammenhang von Vergabe- und Beihilferecht sowie die Vereinbarkeit der an Altmark Trans geleisteten Zuschüsse des Landkreises Stendal mit dem Beihilferecht der Gemeinschaft, wie es sich insbesondere aus der Verordnung Nr. 1191/69 ergebe, zu klären.

Der EuGH leitete aus seiner bisherigen Judikatur als Prämisse ab,

dass eine staatliche Maßnahme nicht unter Art. 92 Absatz 1 EG-Vertrag fällt (Art. 107 AEUV), soweit sie als Ausgleich anzusehen ist, der die Gegenleistung für Leistungen bildet, die von den Unternehmen, denen sie zu Gute kommt, zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erbracht werden, so dass diese Unternehmen in Wirklichkeit keinen finanziellen Vorteil erhalten und die genannte Maßnahme somit nicht bewirkt, dass sie gegenüber den mit ihnen im Wettbewerb stehenden Unternehmen in eine günstigere Wettbewerbsstellung gelangen.

Dies führte zu den vier Altmark-Trans-Kriterien⁸¹:

- Das begünstigte Unternehmen muss mit der Erfüllung klar definierter gemeinwirtschaftlicher Verpflichtung betraut sein.
- Die Parameter für die Berechnung des Ausgleichs müssen vorher objektiv und transparent aufgestellt sein.
- Der Ausgleich darf nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtung ganz oder teilweise zu decken.
- Die Auswahl kann mit oder ohne Vergabeverfahren erfolgen. Unterbleibt ein solches, so ist die Höhe des erforderlichen Ausgleiches auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtung hätte, wobei die Einnahmen und ein angemessener Gewinn zu berücksichtigen sind.

III. Primärrecht des Vergabeverfahrens – Primärrechtliche Berücksichtigung sozialer Belange im Rechtsrahmen des Vergabeverfahrens

In den EUV/AEUV wird die öffentliche Auftragsvergabe nicht ausdrücklich geregelt. Jedoch handelt es sich um Rahmenverträge, die die gesamte Wirtschaftstätigkeit und damit auch das öffentliche Auftragswesen umfassen.⁸² Danach ergibt sich dessen Ausgestaltung vor allem aus den Grundfreiheiten, die als Rahmen des gemeinsamen Binnenmarktes dienen sollen.⁸³ Insbesondere sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge regelmäßig die Art. 56 (Dienstleistungsfreiheit), 45 (Arbeitnehmerfrei-

79 Vgl. auch Colneric, Festschrift für Zuleeg, 2005, S. 429 ff.

80 EuGH 24.07.2003 – C 280/00, NJW 2003, 2515

81 Dazu auch Kohte/Irion ZESAR 2004, 439 ff; Koenig/Schreiber, Europäisches Wettbewerbsrecht, S. 240 ff.

82 Prieß, Vergaberecht, S. 7 (noch zum EGV).

83 Ölcüm, S. 49 f.; Prieß, Vergaberecht, S. 8.

zügigkeit), 49 (Niederlassungsfreiheit) und 34 (Warenverkehrsfreiheit) AEUV berührt. Aus den Grundfreiheiten leitete der EuGH Grundsätze für die grenzüberschreitende Vergabe von öffentlichen Aufträgen ab⁸⁴, bevor ein detaillierter sekundärrechtlicher Rahmen normiert worden war.

So führte der EuGH bereits 1988 in seiner Entscheidung „*Beentjes*“⁸⁵ aus, dass die von Bietern zu erfüllenden Vergabekriterien nicht so gestaltet sein dürfen, dass sie von ausländischen Bietern nur erheblich schwerer oder praktisch gar nicht erfüllt werden können. Weiterhin stellte der EuGH in diesem Zusammenhang eine Verpflichtung zur Transparenz fest, um eine Kontrolle der Einhaltung der Vergabegrundsätze überhaupt zu ermöglichen.⁸⁶ Das Urteil des EuGH in der Rechtssache „*Beentjes*“ ist für die Berücksichtigung sozialpolitischer Belange bei der öffentlichen Auftragsvergabe von grundlegender Bedeutung, da dieses Urteil die erste Entscheidung des EuGH zu diesem Thema war. Der EuGH entschied, dass die Einbeziehung sozialer im Allgemeininteresse liegender Ausschlusskriterien (hier die besondere Bedingung, dass die bietenden Unternehmen in der Lage sein müssen, Langzeitarbeitslose einzustellen) im wettbewerbsorientierten Gemeinschaftsrecht nicht grundsätzlich unzulässig ist. Das „wirtschaftlich günstigste Angebot“ könne vielmehr nicht allein über den niedrigsten Preis, sondern durchaus auch über verschiedene, zusätzliche (nicht in Art. 29 RL 71/305/EG genannte) Kriterien bestimmt werden, sofern diese transparent gemacht worden, nicht diskriminierend und auch ansonsten mit den fundamentalen Prinzipien des Gemeinschaftsrechts vereinbar sind.⁸⁷

Diese Rechtsprechung bestätigte der EuGH im Jahr 2000 in seiner Entscheidung „*Nord-Pas-de-Calais*“⁸⁸, in der es vergleichbar zum Fall „*Beentjes*“ um die Zulässigkeit eines sozialen Zusatzkriteriums zur Beschäftigungsförderung auf örtlicher Ebene ging. Die Entscheidung ist bemerkenswert, weil der EuGH hier deutlich klarstellte, dass es sich dabei sowohl in der Sache „*Nord-Pas-de-Calais*“ als auch in der Sache „*Beentjes*“ um Zuschlagskriterien handelte und er eine andere Deutung seiner Entscheidungsgründe in der Sache „*Beentjes*“ als „besondere Ausführungsbedingung des Vertrages“, wie sie die Kommission und der Generalanwalt in den Schlussanträgen vorgenommen hatten, ausdrücklich zurückweist.⁸⁹

In den beiden folgenden Urteilen „*Concordia Bus Finland*“⁹⁰ und „*Wienstrom*“⁹¹ konkretisierte der EuGH seine bisherige Rechtsprechung dahingehend, dass der wirtschaftliche Wert eines Angebots auch durch Kriterien bestimmt werden kann, die selbst nicht unmittelbar wirtschaftlicher Natur sind, die aber die folgenden vier Voraussetzungen erfüllen müssen:

1. Die politischen Kriterien müssen die wesentlichen *Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, insbesondere die Grundfreiheiten und die freiheitlichen Diskriminierungsverbote, beachten.*
2. Ferner müssen sie mit dem öffentlichen Auftrag in Zusammenhang stehen (*Konnexitätsfordermis*).⁹²
3. Des Weiteren dürfen sie *nicht den Auftraggebern eine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen.*

84 z.B. EuGH v. 22.06.1993 – Rs. C-243/89 Rn. 32 ff. –, EuZW 1993, 607 ff. (Vergabe eines Bauauftrages – Brücke über den „Storebaelt“): Hier sah der EuGH in einer Vertragsklausel, die Unternehmen dazu aufforderte bei der Abgabe ihrer Angebote, eine möglichst weitgehende Verwendung von dänischen Baustoffen, Verbrauchsgütern, Arbeitskräften und Geräten vorzusehen, einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, insbesondere gegen die Artikel 30, 48 und 49 EWG-Vertrag; Ölcüm, S. 50 Fn. 100 m.w.N.

85 EuGH v. 20.09.1988 – Rs. 31/87, NVwZ 1990, S. 353-355.

86 Danach musste die besondere zusätzliche Bedingung der Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen in der Bekanntmachung der Ausschreibung angegeben werden.

87 EuGH Rs. 31/87, Rn. 14, 26, 28, 36.

88 EuGH v. 26.09.2000 – Rs. C-225/98, NZBau 2000, S. 584 ff.

89 EuGH C-225/98, Rn. 50-54.

90 EuGH v. 17.09.2002 – Rs. C-513/99, EuZW 2002, S. 628 ff.

91 EuGH v. 04.12.2003 – Rs. C-448/01, EuZW 2004, S. 81 ff.

92 Ölcüm, S. 161.

4. Letztlich müssen sie den *Transparenzanforderungen* genügen, d. h. sie müssen ausdrücklich im Leistungsverzeichnis genannt oder in die Bekanntmachung aufgenommen werden.

In diesen beiden Entscheidungen ging es um ökologische Belange. Sie ergänzen die Anerkennung sozialer Kriterien in den Entscheidungen „*Beentjes*“ und „*Nord-Pas-de-Calais*“, so dass heute soziale und ökologische Kriterien anerkannt sind, wenn ihre sonstige Ausgestaltung mit dem Unionsrecht vereinbar ist.⁹³

Die Berücksichtigung von umweltbezogenen Belangen hatte der EuGH in der Rechtssache „*Concordia Bus*“ auf die bereits damals in Art. 6 EGV normierte Querschnittsklausel „Umweltschutz“ gestützt. Diese ist jetzt in Art. 11 AEUV anerkannt; dieser Vertrag enthält in Art. 9 AEUV zum ersten Mal eine Querschnittsklausel, die auch die Belange der Sozialpolitik einbezieht. Die Union wird mit ihr aufgefordert, bei allen Handlungen stets die soziale Dimension ihres jeweiligen Regelungsgegenstandes mitzudenken und entsprechend zu berücksichtigen.⁹⁴ Sie bildet daher auch eine Richtschnur für die vertragskonforme Interpretation des sekundären Richtlinienrechts.⁹⁵

Vor allem wurde die europäische Grundrechtecharta (GrCH) durch Art. 6 Abs. 1 EUV zum Bestandteil des Primärrechts erklärt, so dass auch die unter dem Titel IV „Solidarität“ GrCH zusammengefassten Grundrechte zu beachten sind. Damit ist auch eine Politik der sozialen Inklusion formuliert, die sich nicht nur in den klassischen Diskriminierungstatbeständen, sondern auch bei der Ein-

schränkung prekärer oder atypischer Arbeitsverhältnisse widerspiegelt, zu denen auch befristete und Teilzeitarbeitsverhältnisse sowie Leiharbeitsverhältnisse rechnen.⁹⁶

Daher haben die elementaren sozialen Ziele, wie Vollbeschäftigung, ein hohes Maß an sozialem Schutz, die Bekämpfung von sozialer Ausgrenzung und Diskriminierung, die Förderung der sozialen Gerechtigkeit und die Gleichberechtigung, in Art. 3 EUV eine deutliche Aufwertung erfahren.⁹⁷ Die Einbeziehung sozialer Belange ist somit als Gemeinschaftsaufgabe sachlich legitimiert.⁹⁸ Dies bedeutet für die öffentlichen Auftraggeber, dass sie durch die Auftragsvergabe auch sozialpolitische Ziele nicht nur verwirklichen dürfen, sondern auch sollen. Jedoch müssen sie dabei ihre Vereinbarkeit bzw. Verhältnismäßigkeit mit den Grundfreiheiten gewährleisten. Eine Beeinträchtigung der Grundfreiheit kann gerechtfertigt sein, wenn die sozialen Kriterien in nicht diskriminierender Weise angewandt werden, sie aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls gerechtfertigt sind, sie die Erreichung des mit ihnen verfolgten Zwecks gewährleisten, sie nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist und sie auch im engeren Sinne verhältnismäßig sind.⁹⁹ Deshalb ist jedes soziale Kriterium bei der öffentlichen Auftragsvergabe im Hinblick auf seine Verhältnismäßigkeit bzw. Vereinbarkeit mit den marktöffnenden und den nunmehr auch sozialen Vorgaben des primären Gemeinschaftsrechts jeweils einzeln zu überprüfen. Der neue Richtlinienentwurf der Kommission zum Vergaberecht vom 20.12.2011¹⁰⁰ übersetzt diese Entwicklung des Primärrechts in das Sekundärrecht.

93 Frenz, NZS 2011, 321 (323), ebenfalls zur funktionalen Äquivalenz mit dem Beihilferecht.

94 Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 9 AEUV Rn. 6.

95 Ölcüm, S. 181.

96 Hanau, NZA 2010, 1 (3).

97 Ölcüm, S. 177 ff.

98 Ölcüm, S. 183.

99 EuGH v. 27.10.2005 – Rs. C-234/03, EuZW 2006, S. 153 (155) Rn. 25 „*Contse*“.

100 COM(2011) 896 final.

Teil 4: Verwaltungs- und sekundärrechtliche Anforderungen an vergaberechtliche Bestimmungen zum sozialen Zusammenhalt

I. Sekundäres Gemeinschaftsrecht – Vergaberichtlinien, insbesondere die VKR

Zur Durchsetzung der in Teil 3 dargestellten primärrechtlichen Anforderungen im Beschaffungswesen hat die EU inzwischen Richtlinien erlassen, die das Vergabeverfahren detailliert regeln. Im Einzelnen sind das z. Zt.¹⁰¹ die Richtlinie 2004/18/EG vom 31.3.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge (Vergabekoordinierungsrichtlinie, kurz VKR)¹⁰², die Richtlinie 2004/17/EG zur öffentlichen Auftragsvergabe in den Bereichen der Wasser-, Energie-, Verkehrsversorgung und Postdienste (Sektorenrichtlinie) sowie die entsprechenden Rechtsmittelrichtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG. Diese Richtlinien gelten nur, soweit eine Binnenmarktrelevanz, d.h. ein grenzüberschreitendes Interesse an einem Auftrag vorliegt, was unwiderleglich vermutet wird, wenn bestimmte Schwellenwerte¹⁰³ überschritten werden.

In den Art. 19 und 26 sowie den Erwägungsgründen Nr. 33 und 34 der VKR werden soziale Kriterien ausdrücklich in die Vergabe öffentlicher Aufträge einbezogen. Aber auch weitere Bestimmungen der VKR eröffnen Möglichkeiten, aber auch Schranken für die Berücksichtigung sozialer Belange, weshalb

die Regelungen der VKR im Folgenden näher erläutert werden sollen.

1. Die Bedeutung des zwingenden Arbeits- und Sozialrechts

An erster Stelle ist aus arbeitspolitischer Sicht Nr. 34¹⁰⁴ der Erwägungsgründe der VKR hervorzuheben, wonach Unternehmer verpflichtet sind, die im Bereich der Arbeitsbedingungen und der Sicherheit am Arbeitsplatz geltenden nationalen und gemeinschaftlichen Gesetze, Regelungen und Tarifverträge während der Ausführung eines öffentlichen Auftrags einzuhalten. Die Nichteinhaltung dieser Verpflichtungen kann nach dem Erwägungsgrund zufolge als schwere Verfehlung oder als Delikt betrachtet werden, das die berufliche Zuverlässigkeit des Unternehmers in Frage stellt und zu seinem Ausschluss vom Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrages führen kann. Nach Art. 45 Abs. 2 c) und d) VKR werden Bewerber vom Verfahren ausgeschlossen, die aufgrund eines nach den Rechtsvorschriften des betreffenden Landes rechtskräftigen Urteils wegen eines Deliktes bestraft worden sind, das ihre berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellt oder deren schwere Verfehlungen im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit vom öffentlichen Auftraggeber nachweislich festgestellt wurden. Die verletzten Rechtsvorschriften müssen

101 Die Kommission hat am 20.12.2011 neue Richtlinienentwürfe vorgelegt, die die in diesem Gutachten dargestellten Entwicklungslinien weiter fördern sollen.

102 Die VKR fasst die früheren Bau- (71/305/EWG (BKR)), Liefer- (77/62/EWG (LKR)) und Dienstleistungsrichtlinien (92/50/EWG (DKR)) zusammen und ersetzt diese. Die BKR, LKR und DKR enthielten keine ausdrücklichen Bestimmungen über die Einbeziehung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge.

103 Die Schwellenwerte ergeben sich aus § 2 der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV). Sie werden gem. Art 78 VKR alle 2 Jahre durch die Kommission entsprechend den Wechselkursschwankungen zu den Sonderziehungsrechten (SZR) überprüft und ggf. neu festgesetzt. Die letzte Angleichung fand durch die Verordnung (EU) Nr. 1251/2011 der Kommission vom 30.11.2011 (ABl. L 319 vom 02.12.2011, S. 43 f.) statt, die zum 01.01.2012 in Kraft tritt.

104 Dementsprechend Erwägungsgrund 44 SKR, ebenso jetzt Erwägungsgrund Nr. 44 im Vorschlag der Vergaberichtlinie vom 20.12.2011.

allerdings mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sein; für grenzüberschreitende Situationen ist die RL 96/71 EG über die Entsendung von Arbeitnehmern zu beachten.¹⁰⁵

Diese Anforderungen setzen Transparenz voraus, weshalb nach Art. 27 VKR über die maßgeblichen Arbeitsbedingungen und Arbeitsschutzvorschriften Informationen zu geben sind, um von den Bietern Erklärungen verlangen zu können, dass sie diese Vorschriften einhalten. Eine effektive staatliche Kontrolle und Überwachung der anzuwendenden Schutzvorschriften ist erforderlich. So hat die Europäische Kommission das Problem einer unzureichenden Kontrolle durch die zuständigen Aufsichtsstellen der Mitgliedstaaten erkannt und in einer am 03.04.2008 veröffentlichten Empfehlung¹⁰⁶ angesprochen und vorgeschlagen, die Informationssysteme auch für die ausländischen Arbeitnehmer in Deutschland und die Verwaltungszusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten zu verbessern.¹⁰⁷ Das EU-Parlament hatte ursprünglich dem Erwägungsgrund Nr. 34 eine weiterreichende Bedeutung zuschreiben wollen, doch ist als Kompromiss vereinbart worden, diesen Text als allgemeine Auslegungshilfe im Rahmen eines Erwägungsgrundes heranzuziehen.¹⁰⁸

2. Art. 23 VKR – Technische Spezifikationen und Sozialpolitik

Nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 VKR sollen öffentliche Auftraggeber, wo immer es möglich ist, technische Spezifikationen, die die Zugänglichkeit für Personen mit Behinderung oder Konzeption für alle Benutzer bereits in der Bekanntmachung und den Verdingungsunterlagen festlegen, mithin für eine behinderungsgerechte Beschaffung Sorge tragen. Solche technischen Spezifikationen können nach dem Erwägungsgrund Nr. 46 VKR als Zuschlags-

kriterium näher ausgeführt und damit von der Phase der technischen Spezifikation in die Phase der Zuschlagserteilung fortgeschrieben werden.

3. Art. 45 VKR – Eignungskriterien

Die Eignung des Bieters ist anhand der in Art. 45 bis 52 VKR genannten Kriterien der persönlichen Lage, der Befähigung zur Berufsausübung, der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit sowie der beruflichen und technischen Leistungsfähigkeit zu prüfen.

Insbesondere ist nach Art. 45 Abs. 2 c, d und e VKR ein Bieter persönlich ungeeignet (nach deutschem Recht unzuverlässig) am Vergabeverfahren teilzunehmen, wenn er im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit aufgrund eines nach den Rechtsvorschriften des betreffenden Landes rechtskräftigen Urteils wegen eines Deliktes bestraft worden ist oder eine schwere Verfehlung begangen hat, die vom öffentlichen Auftraggeber nachweislich festgestellt wurde oder er seine Verpflichtung zur Zahlung der Sozialbeiträge nach den Rechtsvorschriften des Landes, in dem er niedergelassen ist, bzw. des Landes des öffentlichen Auftraggebers nicht erfüllt hat. Damit ist – wie bereits ausgeführt – nach dem Erwägungsgrund Nr. 34 auch jeder Unternehmer vom Vergabeverfahren ausgeschlossen, der nachweislich gegen zwingende Arbeitsrechts- und Arbeitsschutz-, einschließlich der Arbeitszeitvorschriften verstoßen hat.

Nach Art. 48 Abs. 2 b, e und g VKR ist die technisch/berufliche Eignung des bietenden Unternehmens u.a. anhand der Angabe der technischen Fachkräfte, unabhängig davon, ob sie dem Unternehmen des Wirtschaftsteilnehmers angehören oder nicht, anhand von Studiennachweisen und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung

105 Diese letzten Einschränkungen folgen aus Erwägungsgrund Nr. 34 S. 1 letzter HS und S. 2.

106 KOM (2007) 304 endg. v. 13.07.2007, S. 9.

107 Kohte, Arbeitnehmerschutz und Privatisierung in: Neue Grenzen städtischer Wirtschaftstätigkeit: Ausweitung versus Abbau?, Referate und Diskussion im Rahmen des 2. Halleschen Kolloquiums zur Kommunalen Wirtschaft am 11. und 12. Oktober 2007, S. 86.

108 Ölcüm, S. 109 Fn. 86 mit Verweis auf Abänderung 51, S. 32 von Art. 27 Abs. 1a u. 1b des Vorschlages KOM (2000) 275 – C5-036/2000 – 2000/0115 (COD) v. 30.08.2000.

des Unternehmers und/oder der Führungskräfte des Unternehmens, insbesondere der für die Erbringung der Dienstleistungen oder für die Ausführung der Bauleistungen verantwortlichen Personen, sowie anhand einer Erklärung, aus der die durchschnittliche jährliche Beschäftigtenzahl des Unternehmers in den letzten drei Jahren ersichtlich ist. Die Abfrage der vorstehenden Angaben des bietenden Unternehmens zur seiner technisch/beruflichen Eignung stärkt Unternehmen mit transparenten und stabilen Standards in der Personalstruktur.

Eine spezielle soziale Ausgestaltung der Eignungskriterien¹⁰⁹ ist in der Sonderregelung des Art. 19 VKR enthalten, der die Möglichkeit bietet, öffentliche Aufträge für geschützte Werkstätten und Beschäftigungsprogramme zur Eingliederung oder Wiedereingliederung von Menschen mit Behinderung in den Arbeitsmarkt vorzubehalten. Dieser „Vorbehalt“ findet seine Rechtfertigung darin, dass diesem Teilnehmerkreis erst hierdurch die Teilnahme am Wettbewerb ermöglicht wird und damit durch die sozialpolitischen Vorgaben der bereits dargestellten Art. 3 AUV und Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Art. 151 ff. AEUV legitimiert wird.¹¹⁰ Im deutschen Recht findet sich eine entsprechende Regelung in § 141 SGB IX.¹¹¹

Nach Art. 53 Abs. 1 VKR hat der Zuschlag entweder ausschließlich auf den niedrigsten Preis oder aber auf das wirtschaftlich günstigste Angebot aus Sicht des öffentlichen Auftraggebers zu erfolgen. Erscheint ein Angebot ungewöhnlich niedrig, so muss der Auftraggeber den Ursachen nachgehen und kann nach Art. 55 Abs. 1 d VKR Fragen zum Arbeitsschutz und den Arbeitsbedingungen stellen.

Ist das Angebot besonders niedrig, weil der Bieter Arbeitsschutzvorschriften oder Arbeitsbedingungen, die am Ort der Leistungserbringung gelten, nicht einhält, kann er ausgeschlossen werden.¹¹²

4. Integration sozialer Kriterien

Nachdem der Gemeinschaftsgesetzgeber soziale Belange auf der Ebene der Eignungs- und Zuschlagskriterien nicht generell einbezogen hatte, hat er für sie nach der Zuschlagserteilung eine dritte Kategorie der „zusätzlichen Bedingungen bei der Auftragsausführung“ geschaffen.

So lautet die Generalnorm zur Einbeziehung sozialer Belange in Art. 26 VKR¹¹³: *„Die öffentlichen Auftraggeber können zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrages vorschreiben, sofern diese mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind und in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen angegeben werden. Die Bedingungen für die Ausführung eines Auftrages können insbesondere soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen.“*

Was unter sozialen Aspekten verstanden werden kann, illustriert Erwägungsgrund Nr. 33.¹¹⁴ Danach können soziale Kriterien darauf ausgerichtet sein, die berufliche Ausbildung oder die Beschäftigung von Personen zu fördern, deren Eingliederung in den Arbeitsmarkt sich als schwierig erweist. Bei der aktuellen deutschen Arbeitsmarktlage kommen hier jugendliche, ältere, gering qualifizierte Arbeitnehmer oder Langzeitarbeitslose als Zielgruppen in Betracht. Ebenso kann verlangt werden, die Bestimmungen der grundlegenden Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) einzuhalten oder eine zusätzliche Beschäftigungs-

109 Nach der systematischen Stellung sowie der teleologischen Ausrichtung des Art. 19, siehe Ölcüm, a.o.o., S. 238.

110 Ölcüm, a.o.o., S. 238.

111 Dazu BGH vom 7.11.2006, NJW 2007, 2184 und vom 13.11.2007, NJW-RR 2008, 634 zu den Richtlinien des Bundes für die Berücksichtigung bevorzugter Bewerber bei der Vergabe öffentlicher Aufträge so wie den weitgehend identischen Richtlinien der Länder und Gemeinden, vgl. Ritz in Feldes/Kohte/Stevens-Bartol, SGB IX, 2. Aufl. 2011, § 141 Rn. 19 ff; Kossens/von der Heide/Maaß/-Kossens, SGB IX, 3. Aufl. 2009, § 141 Rn. 5).

112 Leitfaden der europäischen Kommission zur sozialorientierten Beschaffung (2011), S. 41, sowie jetzt in Art. 69 des Vorschlags der Vergaberichtlinie vom 20.12.2011.

113 Identischer Wortlaut in Art. 38 SKR sowie jetzt in Art. 70 des Vorschlags der Vergaberichtlinie vom 20.12.2011.

114 Jetzt Erwägungsgrund Nr. 43 des Vorschlags der Kommission vom 20.12.2011.

quote bei behinderten Menschen zu realisieren, welche die gesetzlichen Vorschriften übersteigt. Damit wird deutlich, dass es sich bei den sozialen Kriterien des Art. 26 nicht um die Einhaltung von Rechtspflichten, sondern um zusätzliche Anforderungen handelt, die im allgemeinen Interesse liegen.¹¹⁵

Um das Transparenzgebot zu wahren, müssen diese Verpflichtungen, obwohl sie erst nach dem Zuschlag vereinbart werden, schon in den Ausschreibungsunterlagen konkret benannt werden. Bei ihrer Formulierung ist darauf zu achten, dass sie „keine offenen oder versteckten technischen Spezifikationen enthalten (und) weder die Prüfung der fachlichen Eignung der Bieter noch die Zuschlagskriterien betreffen dürfen“.¹¹⁶

Der öffentliche Auftraggeber kann verlangen, dass das bietende Unternehmen sich bei der Einreichung seines Angebots zur Einhaltung der besonderen Vertragsbedingungen bei der Auftrags Erfüllung strafbewehrt verpflichtet, sofern er den Zuschlag erhält. Gibt der Bieter diese Erklärung nicht ab, kann er (entsprechend Art. 45 Abs. 2 g VKR) ausgeschlossen werden.¹¹⁷

II. Nationaler Rechtsrahmen der öffentlichen Auftragsvergabe

1. Umsetzung der RL 2004/18/EG in § 97 IV GWB

Die RL 2004/18/EG ist nach intensiver und kontroverser Diskussion inzwischen durch die Neufassung von § 97 Abs. 4 GWB umgesetzt worden. Danach hält § 97 Abs. 4 S. 1 GWB am klassischen Modell des deutschen Wirtschaftsrechts fest und verlangt

die Leistungsfähigkeit sowie die Zuverlässigkeit des Bieters. Die Zuverlässigkeit betrifft die verschiedenen gesetzlichen Bindungen, unter denen ein Bieter/Arbeitgeber steht. Zu diesen Bindungen gehört auch die Einhaltung eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrages, den jeder Arbeitgeber im Anwendungsbereich dieses Tarifvertrages zu befolgen hat.¹¹⁸ Weiter gehören dazu auch die anderen normativ angeordneten Arbeitgeberpflichten, wie z. B. Pflichten aus dem Arbeitsschutz- und Arbeitszeitrecht.¹¹⁹ In der Praxis der Vergabekammern und -senate sowie auch in der Literatur¹²⁰ dominieren allerdings wirtschaftstypische Delikte wie Bestechung, Steuerhinterziehung und Betrug. Ebenfalls zu den klassischen Kriterien gehört die Einhaltung der sozialrechtlichen Pflichten des Arbeitgebers, der Arbeitnehmer bei der zuständigen Sozialversicherung anzumelden und die Beiträge vollständig abzuführen hat. In den Ausschreibungen dominieren offensichtlich diese Delikte; es ist nicht erkennbar, dass bei der Vergabe systematisch die Einhaltung arbeitsschutzrechtlicher Pflichten nachhaltig überprüft wird. Weiter ist durch die Novellierung des GWB die Möglichkeit geschaffen worden, andere Eignungskategorien und soziale Kategorien in § 97 Abs. 4 S. 2 und S. 3 GWB ins Spiel zu bringen. In diesem Zusammenhang ist erörtert worden, dass die Einhaltung von Tarifverträgen, die nicht normativ gelten, z. B. nach § 5 TVG, zumindest bei Inlandssachverhalten als ein solches Kriterium herangezogen werden kann.¹²¹

Die Vergabekammer des Freistaates Sachsen¹²² erachtete die Verpflichtung, für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge zu beachten, als von § 97 GWB gedeckt und nicht ermessensfehlerhaft, wenn dies bei der Vergabe überprüft wurde. Ebenso konstatierte das OLG Düsseldorf die mangelnde Beschwer, wenn ein Bieter sich nur zum dem

115 Kohte, a.o.o., S. 87.

116 KOM (2001) 566 endg., S. 10.

117 Ölcüm, a.o.o., S. 241.

118 Dazu bereits die Begründung der Bundesregierung BT-Drs. 16/10117 S. 16.

119 Kohte, Arbeitnehmerschutz und Privatisierung, S. 77, 88.

120 MünchKomm/Hözl § 97 GBW Rn. 149 ff.

121 OLG Düsseldorf 30.12.2010, VII-Verg 24/10.

122 08.02.2005, 1 SVK/003-05; ebenso OLG Düsseldorf 20.01.2010 – VII Verg 1/10.

verpflichtete, was ihn nach dem Gesetz sowieso treffen.¹²³ Der Vergabesenat bestätigte die Entscheidung der Vergabekammer, dass Erklärungen zur Einhaltung der Verpflichtungen nach dem AEntG die „Gesetzestreue“ im Sinne des § 97 Abs. 4 S. 1 GWB n.F. betreffen.¹²⁴ In der Gesetzesbegründung wird mehrfach auf die Bedeutung arbeitsrechtlicher Zuverlässigkeit verwiesen: „Hierzu zählt die Zuverlässigkeit, die davon ausgeht, dass alle Unternehmen die deutschen Gesetze einhalten. Dazu zählen auch die für allgemein verbindlich erklärten Tarifverträge...“ – „Zu den von allen Unternehmen einzuhaltenden Regeln gehören auch für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge. Auch wenn diese keine formellen Gesetze sind, so sind es doch allgemeinverbindliche gesetzesähnliche Rechtsakte, denen sich kein Unternehmen entziehen darf“.¹²⁵

Von den Möglichkeiten, die sich seit wenigen Jahren durch die Änderungen des Vergaberechts ergeben haben, wird bisher offenkundig wenig Gebrauch gemacht. Zumindest haben sich daraus bisher kaum Gerichtsverfahren ergeben. Dies ist bemerkenswert, da Streitigkeiten um die Vergabe solcher Aufträge inzwischen außerordentlich konfliktbezogen sind, so dass eine intensive Nutzung sozialer Kriterien sicherlich von einigen Beteiligten zur gerichtlichen Nachprüfung gestellt würde.

2. Landesvergabegesetze, mit Tariftreue- und Mindestlohnregelungen seit 2008

Ein wichtiger Teil des deutschen Vergaberechts sind Landesvergabegesetze, die bereits vor 2005 erlassen worden waren und die auch nach der Neufassung des § 97 GWB weiter möglich sind. Das Berliner Vergabegesetz war 2006 vom Bundesverfassungsgericht auf seine Verfassungsmäßigkeit überprüft

worden und hatte dieser Überprüfung standgehalten.¹²⁶ Dagegen hatte der Europäische Gerichtshof in einer Entscheidung, die noch nicht auf Art. 26 der RL 2004/18/EG eingehen konnte, für das niedersächsische Tariftreuegesetz Gemeinschaftsrechtswidrigkeit angenommen, weil dieses Gesetz sich nicht hinreichend am Arbeitnehmerentsenderecht orientiert hatte und daher auch nur einen punktuellen Schutz vermitteln konnte.¹²⁷ Nach einem kurzen Stillstand sind inzwischen einige neue Landesvergabegesetze verabschiedet worden; in anderen Bundesländern befinden sich diese Gesetze im Gesetzgebungsverfahren.¹²⁸ In diesen Gesetzen sind jetzt in unterschiedlicher Abstufung Mindestentgeltregelungen aufgenommen worden, die sich im Wesentlichen an den Strukturen des Entsenderechts orientieren und auf diese Weise versuchen, den Monita des EuGH soweit wie möglich gerecht zu werden.

In der deutschen Literatur wird mehrheitlich die Position vertreten, dass die Vorschriften des AEntG nicht abschließend normiert sind, so dass sich daraus auch die Möglichkeit ergänzender normativer Regelungen im Bereich der Mindestentgelte ergeben.¹²⁹ Die aktuellen Landesvergabegesetze sind dadurch gekennzeichnet, dass sie Probleme mit der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV zu vermeiden suchen, jedoch die vom Bundesverfassungsgericht vorgenommene Billigung solcher Instrumente, die Wirtschafts- und Arbeitsrecht miteinander verknüpfen, aufnehmen. In der Bundesgesetzgebung wird diese Verknüpfung besonders deutlich in § 21 AEntG. Nach dieser Norm können Bewerber für eine angemessene Zeit bis zur nachgewiesenen „Wiederherstellung ihrer Zuverlässigkeit“ von öffentlichen Vergabewettbewerben ausgeschlossen werden, wenn sie nachweislich ihre Pflichten aus dem AEntG verletzt haben. Regelvor-

123 OLG Düsseldorf Vergabesenat, Beschluss vom 09.12.2009 – VII-Verg 38/09.

124 vgl. auch BT-Dr. 16/10117 S. 16.

125 BT-Drs. 16/11428 S. 33 zum Begriff „gesetzestreue“.

126 BVerfG NZA 2007, 42.

127 EuGH NZA 2008, 537, dazu Bayreuther NZA 2008, 627; Kocher DB 2008, 1043.

128 Aktuelle Übersicht bei Greiner ZfP 2011, 2129, 2130.

129 Zur Begründung ausführlich Rödl EuZW 2011, 292 ff.; Greiner ZfP 2011, 2129, 2132.

aussetzung ist eine nachgewiesene Ordnungswidrigkeit mit einem Bußgeld von wenigstens 2.500 Euro. In Einzelfällen kann ein Ausschluss bereits vor Erlass eines solchen Bußgeldbescheids vorgenommen werden. Die in § 23 AEntG normierten Bußgeldtatbestände betreffen die mangelnde Gewährung tariflicher Arbeitsentgelte, wenn die Tarifverträge für allgemeinverbindlich erklärt worden sind, sowie die entsprechenden Beiträge zur Sozialversicherung. Bußgelder können auch verhängt werden bei fehlenden Mitwirkungshandlungen und mangelnden Informationen und Dokumentationen, doch wird in diesen Fällen selten ein Bußgeld von mehr als 2.500 Euro festgesetzt werden. Damit wird zugleich den Vorgaben von Art. 45 der RL 2004/18/EG Rechnung getragen, die für den Ausschluss aus dem Verfahren eine bestimmte Qualität von Normverletzungen des Bieters verlangen. Ein vergleichbarer Ausschluss ist außerdem in § 21 SchwarzArbG normiert, mit dem die wesentlichen Delikte aus dem Feld der Schwarzarbeit zum Ausschluss von Vergabeverfahren für eine bestimmte Frist führen können.

Unter den verschiedenen Landesvergabegesetzen lassen sich letztlich drei verschiedene Strukturen unterscheiden. Zunächst gibt es die Möglichkeit wie z.B. im Freistaat Sachsen, ausschließlich das Vergabeverfahren zu regeln, ohne weitere materielle Anforderungen zu stellen. In weiteren Gesetzen finden wir neben ausführlichen Verfahrensregelungen relativ knappe materielle Regelungen. So sieht das derzeit geltende niedersächsische Landesvergabegesetz vom 15.12.2008¹³⁰ zwar vor, dass eine Tariftreueerklärung verlangt wird, die sich jedoch ausschließlich an den Anforderungen der RL 96/71/EG orientiert. Funktional ähnlich ist das hessische Gesetz vom 17.12.2007¹³¹, das sich allerdings noch auf Entgelttarife im Land Hessen bezieht und zusätzlich die angemessene Beteiligung der Bieter an der beruflichen Erstausbildung berücksichtigt.

Die neueren Gesetze sind im Zuge der Umsetzung der RL 2004/18/EG und der entsprechenden Novellierung des § 97 Abs. 4 GWB durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom April 2009¹³² entstanden. In diesen Gesetzen finden wir jeweils die verschiedenen Elemente, die durch die Richtlinie vorgegeben sind. Einen anschaulichen Überblick vermittelt das relativ knappe Gesetz des Landes Rheinland-Pfalz zur Schaffung tariftreurechtlicher Regelungen vom 1. Dezember 2010.¹³³ § 1 Abs. 1 bestimmt den Normzweck, Verzerrungen im Wettbewerb um öffentliche Aufträge entgegenzuwirken, die durch den Einsatz von Niedriglohnkräften entstehen, und Belastungen für die sozialen Sicherungssysteme zu mildern. Daher wird zunächst in § 1 Abs. 2 verlangt, dass öffentliche Aufträge nur an fachkundige, leistungsfähige sowie gesetzestreue und zuverlässige Unternehmen vergeben werden. Im § 1 Abs. 3 wird die Option für zusätzliche Anforderungen formuliert, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen können, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben. Als soziale Aspekte werden insbesondere genannt die Beschäftigung von Auszubildenden, die Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen, die Verwendung von Produkten, die im Ausland unter Einhaltung der Kernarbeitsnormen der ILO gewonnen oder hergestellt wurden und schließlich die Sicherstellung der Entgeltgleichheit von Frauen und Männern. Weiter enthält das Gesetz eine dreistufige Regelung für Arbeitsentgelte. Zunächst wird die Tariftreue verlangt für öffentliche Aufträge, die vom Arbeitnehmerentendegesetz sowie vom Gesetz über Mindestarbeitsbedingungen (MiArbG) erfasst werden. Eine weitergehende Tariftreue wird verlangt im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs auf Straße und Schiene. Dies ergibt sich aus den Sonderregelungen in der VO 1370/2007, die in diesem Bereich eine umfassende Tariftreuregelung ermöglicht. Schließlich wird als spezi-

130 Nds. GVBl. 2008, 411.

131 GVBl. I 2007, 922.

132 BGBl. 2009 I S. 790.

133 GVBl. Rheinland-Pfalz 2010, S. 426.

fisch vergaberechtliches Mindestentgelt ein Mindestentgelt von 8,50 Euro brutto/Stunde verlangt. Diese Regelung dient dem Existenzschutz der Arbeitnehmer sowie der Leistungsfähigkeit der sozialen Sicherungssysteme und wird daher von der Mehrzahl der Autoren in der juristischen Literatur für vereinbar mit dem Ruffert-Urteil gehalten.¹³⁴

Nach einem vergleichbaren Muster sind auch die Landesvergabegesetze von Thüringen, Berlin, Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern sowie das jetzt beschlossene Landesvergabegesetz in Nordrhein-Westfalen aufgebaut. Die Unterschiede sind gering; jedes dieser Gesetze antwortet auf das Ruffert-Urteil und sucht nach geeigneten Wegen im Landesvergaberecht, die Politik der Förderung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts in den geeigneten Formen für das jeweilige Bundesland fortzusetzen.

Im Kontext dieses Gutachtens, in dem die RL 96/71/EG eine weniger wichtige Rolle spielt, bedarf es keiner ausführlichen Kommentierung der neuen Landesvergabegesetze. Wichtig sind der Grundsatz der funktionalen Äquivalenz zwischen Vergabe- und Beihilferecht sowie die von der Kommission angeordnete Politik des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts, die eine aktive Nutzung des Beihilferechts zur Unterbindung von Unterbietungswettbewerb ermöglicht.

Einfacher gestalten sich die Möglichkeiten auf Landesebene für eine Nutzung sozialer Kriterien im Vergaberecht in Fällen, in denen der Anwendungsbereich der RL 2004/18/EG nicht eröffnet ist. Hier sind regelmäßig gewisse soziale Kriterien möglich.

Einer Vertiefung dieser Gruppe bedarf es insoweit nicht, weil im Beihilferecht mit der De-Minimis-Verordnung VO 1998/2006 vom 15.12.2006¹³⁵ eine eigenständige Strukturierung vorgenommen worden ist.

Letztlich lässt sich für die deutsche Rechtslage zusammenfassen, dass die Verwendung sozialer Kriterien in § 97 Abs. 4 GWB sowie im Landesvergaberecht grundsätzlich anerkannt und vom Bundesverfassungsgericht gebilligt ist, dass aber in der Praxis von diesen Kriterien weiterhin noch in eher geringem Umfang Gebrauch gemacht wird. Soweit hier eine aktive Politik erfolgt, wird sie eher bei allgemeinverbindlichen Tarifverträgen auf § 97 Abs. 4 S. 1 GWB gestützt. Eine differenzierte und systematische Praxis der Nutzung sozialer Zusatzkriterien ist bisher in Deutschland noch nicht umfassend anzutreffen, doch stellen vor allem die Landesvergabegesetze ein beachtliches juristisches Repertoire von Handlungsmöglichkeiten zur Verfügung.

III. Zusammenfassung der bisherigen rechtlichen Möglichkeiten der Einbeziehung sozialer Belange im Vergabeverfahren und Ausblick

1. Überblick über Rechtsrahmen des Vergabeverfahrens

Der rechtliche Rahmen für die Einbeziehung sozialer Belange im Vergabeverfahren stellt sich somit im Überblick wie folgt dar.

134 Zuletzt Greiner ZIP 2011, 1219.

135 ABL.EG 2006, L 379 S. 5.

Oberschwellenbereich	europäisches <i>Primär</i> recht der Verträge	Grundfreiheiten im AEUV, insb. Art. 34 Warenverkehrsfreiheit, Art. 45 Arbeitnehmer- freizügigkeit, Art. 49 Niederlassungsfreiheit, Art. 56 Dienstleistungsfreiheit
		Diskriminierungsverbot, Art. 18 AEUV
		Europäische Grundrechtecharta über Art. 6 I EUV
		Europäische Menschenrechtskonvention über Art. 6 II EUV i.V.m. Art. 218 VIII AEUV
		Soziale Querschnittsklausel, Art. 9 AEUV
		Beschäftigungs- und Sozialpolitik der EU gem. Art. 5 II, III i.V.m. Art. 145-161 AEUV
	europäisches Vergabesekundärrecht	Vergabekoordinierungsrichtlinie (VKR) 2004/17/EG
		Sektorenrichtlinie 2004/18/EG
		Rechtsmittelrichtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG
	<i>nationales</i> Vergaberecht	Vierter Teil des GWB
		insb. § 97 IV GWB
		Vergabeverordnung (VgV)
		zweiter Abschnitt der Vergabe- und Vertrags- ordnungen – Teil A (VOL/A, VOB/A), VOF
		Verwaltungsvorschriften: sachsen-anhaltinische und nieders. Vergaberichtlinien soweit sie über den Schwellenwerten anwendbar sind
		allgemeine Geschäftsbedingungen: VOL/B, VOB/B, VOB/C
	Schwellenwerte nach § 2 VgV, Art. 78 VKR i.V.m. Verordnung EG Nr. 1177/2009 v. 30.09.2009: (*Seit dem 01.01.2012 mit der Anpassung der statischen Verweisungen in der VgV an die Verordnung der EU Nr. 1251/2011 v. 30.11.2011)	<ul style="list-style-type: none"> • Für Dienstleistungsaufträge: 125.000 € bzw. 193.000 € (*200.000 €) • für Bauaufträge: 4.845.000 € (*5.000.000 €) • für Sektorauftraggeber: 387.000 € (*400.000 €)



2. Ausblick: Vergaberecht und Europa 2020

Mit der Strategie „Europa 2020“¹³⁶ hat die Kommission das gemeinschaftsweite Ziel formuliert, mittels einer sozialen wettbewerbsfähigen Marktwirtschaft ein intelligentes, nachhaltiges Wachstum zu erreichen. Hierunter versteht sie die Entwicklung einer auf Wissen und Innovation gestützten Wirtschaft, verbunden mit der Förderung einer emissionsarmen und wettbewerbsfähigen Wirtschaft, die ihre Ressourcen effizient nutzt und ein hohes Beschäftigungsniveau sowie ausgeprägten sozialen Zusammenhalt bietet.¹³⁷

Dieses gemeinsame gesellschaftliche Ziel soll mit Hilfe des Beihilferechts und der Strukturfonds sowie auch „unter vollem Rückgriff auf nachfrageseitige politische Maßnahmen“¹³⁸, d. h. unter besserer strategischer Nutzung des öffentlichen Auftragswesens, „indem sie ihre Kaufkraft zur Beschaffung von Gütern und Dienstleistungen mit höherem ‚gesellschaftlichen Wert‘ einsetzen“¹³⁹, verwirklicht werden.¹⁴⁰

Daher hat die Kommission 2011 den Rechtsrahmen des Vergabeverfahrens auf einen möglichen Verbesserungsbedarf überprüft. Dazu hat sie mit einem Grünbuch über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens bei den Regierungen und den unterschiedlichsten Interessenverbänden der einzelnen Mitgliedsländer Informationen über die Funktionsweise der derzeitigen Vergabevorschriften eingeholt. Das Grünbuch gibt ausführlich die Diskussion wieder, ob und in welchem Umfang das Konnexitätserfordernis zwischen sozialen und ökologischen Belangen und dem Auftragsgegenstand bei der öffentlichen Beschaffung gelockert werden sollte. Diese Konnexität war in der Rechtsprechung

des Europäischen Gerichtshofs in umweltbezogenen Fällen entwickelt worden und sowohl in Art. 45 der RL 2004/18/EG als auch in § 97 Abs. 4 GWB übernommen worden. Diese kontroverse Diskussion muss im Zuge dieses Gutachtens nicht näher nachgezeichnet werden, weil für die hier zu diskutierenden Beihilfen, die sich vor allem als Beschäftigungsbeihilfen bzw. als Beihilfen für Forschungs- und Entwicklungsinvestitionen darstellen, regelmäßig ein hinreichender Bezug zu einer nachhaltigen und sozial verantwortlichen Personalpolitik besteht. In der neuen Mitteilung vom 25.10.2011 hat die Kommission noch einmal hervorgehoben, dass Wettbewerbsfähigkeit und langfristige Erfolge am Markt am besten erreicht werden können, wenn auch die sozialen Beziehungen innerhalb eines Unternehmens hinreichend stabil und nachhaltig strukturiert sind. Da somit für unser Thema von einer hinreichenden Konnexität auszugehen ist, soll diese Frage hier nicht näher vertieft werden.

Eine Konferenz zur Auswertung der Ergebnisse der Befragung¹⁴¹ mit dem Grünbuch über die Modernisierung des europäischen Auftragswesens hat die Kommission am 30. Juni 2011 durchgeführt. Die Ergebnisse der Befragung sind in einem weiteren Kommissionsdokument¹⁴² zusammengefasst worden, das die Verknüpfung von Vergabe- und Beihilferecht und die Bereitschaft zur intensiveren Nutzung des Vergaberechts für sozialpolitische Ziele verdeutlicht. Auf dieser Basis sind am 20. Dezember 2011 mehrere Richtlinienvorschläge zur Modernisierung des Vergaberechts vorgelegt worden. Der zentrale Vorschlag für eine Richtlinie „on public procurement“¹⁴³ bekräftigt die Regelungen der RL 2004/18/EG zur sozialen und ökologischen Auftragsvergabe und verlangt eine intensivere und transparentere Nutzung dieser Kategorien. Damit

136 Siehe Mitteilung der KOM v. 03.03.2008 – KOM(2010) 2020; KOM (2010) 546 endg.

137 Grünbuch über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens – Wege zu einem effizienteren europäischen Markt für öffentliche Aufträge, v. 17.01.2011, KOM(2011) 15, endg., S. 3.

138 KOM(2011) 15, endg., S. 3.

139 KOM(2011) 15, endg., S. 38.

140 KOM(2011) 15, endg., S. 3, 5.

141 Stellungnahme des DGB-Bundesvorstands v. 18.04.2011 (ID: 07595112423-87), S. 13 – 27.

142 SEC(2011) 853 final vom 27.06.2011.

143 COM(2011) 896 final, ebenso die zwei weiteren Richtlinienvorschläge in 895 und 897 final.

soll das Vergaberecht, ähnlich wie das Beihilferecht, noch deutlicher in die Strategie „Europa 2020“ und die Politik des wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalts integriert werden. Damit wird die These bekräftigt, dass es zwischen beiden Rechtsgebieten eine funktionale Äquivalenz gibt.

3. Funktionale Äquivalenz von Vergabe- und Beihilferecht?¹⁴⁴

Sowohl das Beihilfe- als auch das Vergaberecht sind Instrumente der Wirtschaftslenkung. Bultmann hat in seiner Habilitationsschrift zwei aus seiner Sicht maßgebliche Parallelen herausgearbeitet. Zum einen ähneln sich die tatsächlichen und rechtsdogmatischen Strukturen beider Institute, zum anderen stimmen auch die Funktionen zum Teil überein: Der Staat greift über finanziell wirksame Instrumente in den Markt ein und nimmt auf Wettbewerb und Wettbewerber Einfluss.¹⁴⁵ Die dogmatischen Wurzeln beider Rechtsgebiete fußen im Haushaltsrecht. Beide setzen eine Mittelbereitstellung voraus, vgl. § 2 S. 2 BHO. Besonders deutlich wird die (jedenfalls haushaltsrechtliche) Gleichbehandlung in Art. 111 lit. c GG. Die Norm sieht die Befugnis zu einem Haushaltsvorgriff für Bauten, Beschaffungen und sonstige Leistungen oder Beihilfen für diese Zwecke vor.

Auch das Steuerungsziel, die Verwirklichung öffentlicher Zwecke ist ähnlich. Während dies bei

Beihilfen wegen der Zweckgebundenheit auf der Hand liegt, ist diese im Vergaberecht ebenfalls zu beobachten, denn die Beschaffung oder Beauftragung dient ebenso der Verwirklichung von öffentlichen Aufgaben und Zwecken. Besonders deutlich wird dies an Gütern, deren Verfügbarkeit im öffentlichen Interesse liegt. Die Verfügbarkeit kann entweder über Subventionen oder Aufträge hergestellt werden.

Dieses Verständnis hat sich in der Rechtsetzungs-tradition bereits durchgesetzt. Betrachtet man die Mittelstandsförderungsgesetze der Länder Sachsen-Anhalt und Niedersachsen, so fällt ins Auge, dass der Gesetzgeber beide Rechtsinstitute als Förderungsinstrumente versteht. Zunächst nennt § 4 MFG LSA¹⁴⁶ die klassischen Subventionsformen als Förderungsinstrumente i.e.S., allerdings ordnet § 8 MFG LSA an, dass im Vergabeverfahren die kleinen und mittleren Unternehmen besonders zu berücksichtigen sind, so dass letztlich eine zusammenhängende Mittelstands- und Wirtschaftsförderung verlangt wird. Deutlicher formuliert das MFG Niedersachsen¹⁴⁷ die öffentliche Auftragsvergabe in der Überschrift zu Abschnitt IV als „andere Förderungsmaßnahme“. In gleicher Weise zeigt sich eine funktionale Äquivalenz von Beihilfen (Investitionsprogramm) und Vergaben (Investitionsauftrag) im Stabilitätsgesetz des Bundes in den §§ 10 und 11. Im nächsten Kapitel soll daher diskutiert werden, wie sich diese Äquivalenz im Beihilferecht darstellt.

144 Die nachfolgenden Darstellungen gehen sämtlich auf Bultmann zurück.

145 Bultmann S. 1 ff.

146 GVBl LSA 2001, 230.

147 NdS GVBl 1978, 377.

Teil 5: **Verwaltungs- und sekundärrechtliche Anforderungen an beihilferechtliche Bestimmungen zum sozialen Zusammenhalt**

I. **Zweifache Konkretisierung der Beihilfepolitik durch dezentrale Beihilfepolitik**

Art. 107 AEUV geht von einer zentralen Beihilfepolitik aus, in der die Kommission jeweils über Ausnahmen vom Beihilfeverbot entscheidet. Ein solches Vorgehen ist unzumutbar und entspricht nicht der Struktur der Union. Daher sieht Art. 109 AEUV die Möglichkeit vor, durch Verordnungen diejenigen Arten von Beihilfen festzulegen, die von den Artikeln 107 und 108 AEUV nicht erfasst sind, und dezentral von den Mitgliedstaaten und ihren Teilerweiterungen direkt gewährt werden können:

1. VO 1998/2006 – De-Minimis-Beihilfen

Nach der Verordnung Nr. 1998/2006 der Kommission vom 15.12.2006 (i.F. De-Minimis-Verordnung) sind Beihilfen, die pro Unternehmen über einen Zeitraum von 3 Jahren 20.000 Euro nicht überschreiten, von der Notifikationspflicht ausgenommen. Sie erfüllen die Voraussetzungen des Art. 87 EGV bzw. 107 AEUV nicht. Eine Behinderung des Wettbewerbs soll dann ausgeschlossen sein. Dies gilt gemäß Art. 1 für alle Wirtschaftsbereiche, wobei Art. 1 Abs. 1 zugleich Ausnahmen präsentiert.

Wird die Beihilfe nicht als Zuschuss, sondern in anderer Form gewährt, etwa in Form einer Bürgschaft, so bestimmt Art. 2 Abs. 3, dass das Bruttosubventionsäquivalent anzusetzen sei. Kann dieses nicht angewendet werden, ohne dass eine Risikobewertung (Transparenz) notwendig ist, so gilt die VO

nicht (Abs. 4). Gerade für Bürgschaften enthält Abs. 4 lit. d) eine entscheidende Regelung: Auf der Grundlage einer Bürgschaftsregelung gewährte Einzelbeihilfen an Unternehmen, die nicht in Schwierigkeiten sind, werden dann als transparente De-Minimis-Beihilfen behandelt, wenn der verbürgte Teil des Darlehens, für das im Rahmen dieser Regelung eine Einzelbürgschaft gewährt wird, insgesamt 1.500.000 EUR je Unternehmen nicht übersteigt. Wenn der Beihilfenbetrag im Voraus nicht ermittelbar ist, scheidet eine Privilegierung aus.¹⁴⁸ Entscheidend ist nun, dass das Beihilfenelement im Rahmen der Bürgschaft nicht den Betrag von 200.000 Euro überschreitet. Praktisch soll dies dazu führen, dass die Mitgliedstaaten Sicherheitsregelungen ohne großen Verwaltungsaufwand und auf sicherer rechtlicher Grundlage treffen können.¹⁴⁹ Die Mitgliedstaaten können in diesem Rahmen ohne weitere Beteiligung der Kommission selbst Beihilfen gewähren¹⁵⁰, müssen allerdings insoweit wenigstens die Grundfreiheiten beachten. Durch die 2006 beschlossene Erhöhung auf 200.000 Euro hat diese Bereichsausnahme inzwischen eine reale Bedeutung für die Praxis.¹⁵¹ Ein anschauliches Beispiel für eine solche Beihilfe ist die neue Richtlinie des Landes Sachsen-Anhalts über die Gewährung von Zuwendungen zur Beschäftigung von Innovationsmanagern vom 02.11.2010¹⁵², mit der die Beschäftigung von Hochschulabsolventen in Klein- und Mittelunternehmen mit dem Ziel einer späteren Festanstellung für einen Zeitraum von maximal 24 Monaten gefördert wird. In dieser Richtlinie sind keine Entgeltuntergrenzen festgelegt.

148 Sollgruber S. 55.

149 Sollgruber S. 56.

150 MünchKommBeihVgR/Soltesz Art. 107 Rn. 418 ff.

151 MünchKommBeihVgR/Haucap/Schwalbe Einl. Rn. 172 f.

152 MBL.LSA 2011, S. 35.

2. Die Gruppenfreistellungsverordnung

Von zentraler Bedeutung für die Praxis ist die allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung. Entscheidend ist heute die VO 800/2008; sie hat eine umfassende sektorenübergreifende Kodifizierung der Freistellungsvoraussetzungen für eine Vielzahl unterschiedlicher Beihilfengruppen vorgenommen:

- Regionalbeihilfen,
- Investitions- und Beschäftigungsbeihilfen,
- Beihilfen für die Gründung von Frauenunternehmen,
- Umweltschutzbeihilfen,
- Beihilfen für die Inanspruchnahme von Beratungsdiensten und für die Teilnahme an Messen zu Gunsten von KMU,
- Risikokapitalbeihilfen,
- Forschungs-, Entwicklungs- und Innovationsbeihilfen,
- Ausbildungsbeihilfen und
- Beihilfen für benachteiligte und behinderte Arbeitnehmer.

Die Verordnung umfasst ca. 80 Prozent der maßgeblichen Subventionen; Ausnahmen, z. B. Exportbeihilfen, Ad-hoc-Beihilfen für Großunternehmen und Beihilfen für Unternehmen in Schwierigkeiten, ergeben sich aus dem differenzierten Katalog in Art. 1 der VO.¹⁵³

3. Verordnung und mitgliedstaatliche Ausgestaltung

Wenn die Voraussetzungen der AGVO für eine Beihilfe erfüllt sind, dann ist diese nach Art. 3 AGVO mit dem gemeinsamen Markt vereinbar und von der Anmeldepflicht nach Art. 108 Abs. 3 AEUV (früher Art. 88 Abs. 3 EGV) freigestellt. Der Mitgliedstaat kann diese Beihilfe daher direkt erbringen.

Die Voraussetzungen von Beihilfen werden in der AGVO nicht erschöpfend geregelt. Es bedarf jeweils einer spezifischen Konkretisierung, für die die Mitgliedstaaten, die die Träger der Beihilfen sind, zuständig sind. Sie können bei dieser Ausgestaltung auch strengere Anforderungen an die Antragsteller formulieren. Dies wird sogar der Regelfall sein, da die Mitgliedstaaten angesichts knapper Mittel Schwerpunkte setzen werden und setzen sollen. Gerade die neueren Mitteilungen der Kommission zur Bedeutung der Beihilfen für die Strategie „Europa 2020“ für die Arbeitsmarktpolitik und für die umfassende CSR-Politik zeigen, dass ein solches konkretisierendes Verhalten der Mitgliedstaaten erwartet wird und nach der Architektur des Vertrages legitim und geboten ist. Damit stellt sich die Frage, ob und in welcher Weise soziale Kriterien zur mitgliedstaatlichen Konkretisierung der Beihilfepolitik eingesetzt werden können. Die Erwägungsgründe der AGVO gehen implizit von einer solchen Praxis aus. So betont z. B. Erwägungsgrund 40 der AGVO, dass einzelstaatliche Regionalbeihilfen durch Investitionsförderung und Schaffung von Arbeitsplätzen zur nachhaltigen Entwicklung der besonders benachteiligten Gebiete beitragen. Der soziale Kontext einer Beihilfe wurde damit deutlich erkannt. Noch deutlicher tritt dies in Erwägungsgrund 61 zutage, in dem der Ausgleich für die Beschäftigung behinderter Arbeitnehmer als Schlüsselposition eingestuft wird.

II. Die Konkretisierung der deutschen Beihilfepolitik am Beispiel der Regionalförderung

Ein anschauliches Beispiel für diese Konkretisierung der Anforderungen an Beihilfen auf den verschiedenen Stufen ergibt sich aus der Struktur der Regionalbeihilfen. Nach Art. 13 der AGVO 800/2008 sind unter den dort genannten Voraussetzungen Regionalbeihilfen vom Beihilfeverbot freigestellt.

153 Zu den Einzelheiten vgl. auch Bartosch NJW 2008, 3612 (3613).

Damit ist die vorherige Freistellung durch die VO 1628/2006 aufgenommen und verallgemeinert worden. Parallel finden sich entsprechende Bestimmungen in der VO 1083/2006 vom 11. Juli 2006 mit allgemeinen Bestimmungen über die Vergabe der europäischen Strukturfonds.¹⁵⁴ Soweit diese Regionalbeihilfen in Deutschland im Rahmen der Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur“ erbracht werden, ergeben sich weitere Rahmenbedingungen aus dem erstmals 1969 erlassenen GRW-Gesetz.¹⁵⁵

1. Das GRW-Gesetz und der Gemeinsame Koordinierungsrahmen

Die Konkretisierung der Beihilfepolitik, die in Deutschland zu erfolgen hat, wird seit 1969 auf der Grundlage des Gesetzes über die Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur“ (GRW-Gesetz)¹⁵⁶ realisiert. Nachdem 1969 die Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur als Gemeinschaftsaufgabe in Art. 91a des Grundgesetzes normiert und 2006 im Rahmen der Föderalismusreform¹⁵⁷ bestätigt worden ist, ergibt sich hier ein einfaches Bild. Die Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur ist danach eine Gemeinschaftsaufgabe, die mit der allgemeinen Wirtschaftspolitik abzustimmen ist und für die in regelmäßigen Abständen ein „gemeinsamer Koordinierungsrahmen“ formuliert und in regelmäßigen Abständen aktualisiert wird. In dieser Funktion ist das GRWG bereits 1990 in den Einigungsvertrag übernommen worden¹⁵⁸ und spielt bis heute eine prägende Rolle auch für die Regionalförderung der Neuen Länder.

Auf einer nächsten Stufe werden konkretere Anforderungen im „gemeinsamen Koordinierungsrahmen“ gestellt, der von einem Koordinierungsaus-

schuss, dem der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie als Vorsitzender sowie die Wirtschaftsminister der 16 Länder angehören, zuletzt 2009 formuliert worden ist.¹⁵⁹ Dieser Koordinierungsrahmen besteht aus drei Teilen. In einem ersten Teil werden Grundlinien der Regionalpolitik und der gesamten Förderpolitik formuliert, mit deren Hilfe die mit dem Gesetz bezweckte Schwerpunktsetzung und Konzentration einzelner Fördermaßnahmen erleichtert werden soll.¹⁶⁰ Im zweiten Teil werden dann Voraussetzungen, Art und Intensität der Förderung bestimmt. Der dritte Teil enthält Kurzdarstellungen der einzelnen Bundesländer, die Auskunft über das jeweilige Fördergebiet, die Fördermittel und -ergebnisse sowie die Förderschwerpunkte geben.

Bereits im ersten Teil wird der Zusammenhang der Regionalförderung mit der Arbeitsmarktpolitik deutlich hervorgehoben. Als ein zentrales Ziel sämtlicher Maßnahmen der Regionalförderung wird die Schaffung „neuer wettbewerbsfähiger Dauerarbeitsplätze“ bzw. die „dauerhafte Sicherung“ bestehender Arbeitsplätze formuliert.¹⁶¹ An die neu geschaffenen Arbeitsplätze werden strenge Anforderungen gestellt: Sie „müssen zum überwiegenden Anteil höher qualifizierte Tätigkeiten betreffen“ und ein entsprechendes Innovationspotential haben. Arbeitnehmer sollen in wachstumsträchtigen Bereichen eingesetzt und sie sollen auf steigende Anforderungen im Beruf vorbereitet werden. Dies gilt auch für kleine und mittlere Unternehmen, die in diesem Sinne allerdings einer besonderen Unterstützung bedürfen.

Diese Zielsetzung ist auch als wesentlicher Förderzweck zu beachten, wenn Förder- und Entwicklungsmaßnahmen gefördert werden sollen. Auch diese Förderung soll zur Schaffung bzw. Sicherung

154 Einzelheiten zum regionalbeihilferechtlichen Regelwerk in MünchKomm BeihVgR/Knoblich AGVO Art. 13, 14 Rn. 36 ff.

155 Zuletzt geändert 2007 BGBl. 2007 I 2246.

156 BGBl. I 1969, S. 1861, zuletzt geändert 2007 (BGBl. I 2007, S. 2246).

157 Dazu Ipsen NJW 2006, 2801, 2805.

158 BGBl. II 1990, 889, 997.

159 BT-Drs. 16/13950, S. 7 ff.

160 BVerwGE 59, 327 = DVBl 1980, 644.

161 BT-Drs. 16/13950 S. 11 ff.

dauerhafter Arbeitsplätze beitragen, so dass die Investitionen auch der „Qualifikation der Unternehmer und Arbeitnehmer“ dienen und Betriebe mit hoher Humankapitalintensität unterstützen sollen. Eine nachhaltige Förderung von Arbeitsplätzen setzt schließlich nach den Beschlüssen des aktuellen Koordinierungsrahmens auch geschlechtergerechte Arbeitsplätze voraus, so dass im GRW-Fördersystem von den Ländern mit hoher Frauenarbeitslosigkeit auch frauenspezifische Förderungsschwerpunkte gesetzt werden sollen. Als dauerhaft werden hier Arbeitsplätze verstanden, die in besonderer Weise der Vereinbarkeit von Familie und Beruf Rechnung tragen.¹⁶²

Im zweiten Teil des Koordinierungsrahmens, der sich den konkreten Voraussetzungen der Förderung widmet, werden diese arbeitsmarktpolitischen Ziele aufgenommen. Von den zu fördernden Investitionsvorhaben wird verlangt, dass sie neue „Dauerarbeitsplätze“ schaffen oder vorhandene sichern. Als Dauerarbeitsplätze werden Arbeitsplätze angesehen, die „von vornherein auf Dauer angelegt“ sind. Sie müssen über einen Zeitraum von mindestens fünf Jahren (bei kleinen und mittleren Unternehmen drei Jahren) tatsächlich besetzt sein oder auf dem Arbeitsmarkt dauerhaft angeboten werden.¹⁶³ Diese Anforderungen gelten nicht nur für Beschäftigungsbeihilfen oder für benachteiligte Gruppen von Beschäftigten, sondern ebenso auch für Regionalbeihilfen oder Forschungsbeihilfen. Damit ist eindeutig, dass die Auswahl der Investitionsvorhaben und deren Durchführung eng mit dem Ziel der Schaffung und Erhaltung von Dauerarbeitsplätzen verknüpft sein müssen. In der verwaltungsgerichtlichen Judikatur ist diese Vorgabe aufgenommen worden. Der Zweck der Schaffung von Dauerarbeitsplätzen, die tatsächlich für fünf Jahre besetzt sind, wird mit großer Genauigkeit verfolgt und Akribie eingefordert.¹⁶⁴ Nach dem Modell des deutschen Föderalismus ist diese Konkre-

tisierung nach Art. 30 GG vorrangig die Aufgabe der jeweiligen Bundesländer. Der Koordinierungsrahmen nimmt ihnen nicht ihre Zuständigkeit. Sie können im Rahmen des Unionsrechts und des nationalen Rechts die Anforderungen an die von ihnen zu fördernden Maßnahmen strenger fassen, so lange sie nicht von den Zielen des Koordinierungsrahmens abweichen.

2. Konkretisierungen auf Landesebene

Eine weitere Konkretisierung erfolgt dann jeweils auf Landesebene, da die Bundesländer entsprechende Subventionen vergeben. Im Freistaat Thüringen wird dies durch eine Richtlinie des Freistaates Thüringen für die Gewährung von Zuwendungen im Rahmen der Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur“ – GRW-Richtlinie näher präzisiert. Diese Richtlinie ist im Mai 2011 geändert worden.¹⁶⁵ Unter 4.4.4 dieser Richtlinie wird nunmehr bestimmt, dass Unternehmen mit mehr als 30 Prozent Leiharbeiterinnen und -arbeitnehmern keine Förderung im Rahmen der GRW-Richtlinie erhalten und dass Unternehmen mit mehr als zehn Prozent Leiharbeitnehmern nur mit einem Basisfördersatz gefördert werden, der bei kleinen und mittleren Unternehmen bis zu 20 Prozent und bei großen Unternehmen bis zu 15 Prozent der förderfähigen Kosten umfasst.

In der vergleichbaren Richtlinie des Landes Sachsen-Anhalt über die Gewährung von Zuwendungen aus Mitteln der Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur“ vom 01.09.2009¹⁶⁶ werden bei lohnkostenbezogenen Fördermaßnahmen „nur Arbeitsplätze gefördert, die mit Arbeitskräften besetzt werden, denen im Arbeitsvertrag pro Jahr ein Mindestbruttolohn von 25.000 Euro garantiert ist. Es wird weiter verlangt, dass dieser Mindestbruttolohn für den gesamten Zeitraum der Zweckbindung garantiert

162 BT-Drs. 16/13950, S. 13.

163 BT-Drs. 16/13950, S. 42.

164 OVG Magdeburg.

165 Thüringer Staatsanzeiger 2011, S. 679 ff.

166 MBL.LSA 2009, S. 673 sowie 2010, S. 615.

und gewährt wird. Auf diese Weise soll die Anforderung, dass mit den Beihilfen qualifizierte Arbeitsplätze geschaffen werden, konkretisiert und realisiert werden.

Eine solche Einschränkung ist mit Art. 107 AEUV sowie mit der AGVO gut vereinbar. Werden strengere Maßstäbe an die Förderung angelegt, dann besteht daraus allein noch nicht die Gefahr einer zwischenstaatlichen Verfälschung des Wettbewerbs. Soweit strengere Anforderungen an die in Thüringen oder Sachsen-Anhalt tätigen Unternehmen/Antragsteller formuliert werden, ist dies eine auch aus anderen Bereichen des Unionsrechts bekannte und grundsätzlich zulässige „Inländerdiskriminierung“.¹⁶⁷ Da hier staatliches Handeln vorliegt, bedarf dies allerdings eines sachlichen Grundes, der sich hier aus den Zielen des GRW-Koordinierungsrahmens unproblematisch ergibt. Im Folgenden sollen die weiteren Anforderungen und die Verfolgung sozialer Zwecke diskutiert werden, die sich auf der Basis der AGVO stellen. Eine solche Konkretisierung muss zunächst den Sachgesetzlichkeiten des jeweiligen Rechtsgebiets – hier also des Subventionsrechts – entsprechen.

III. Die Subvention und der Subventionszweck

Die in diesem Gutachten diskutierte Wirtschaftsförderung wird gekennzeichnet durch die Gewährung einer Subvention als einer staatlichen Leistung. Allgemein wird eine Subvention definiert als eine vermögenswerte Zuwendung, die Träger der öffentlichen Verwaltung ohne marktgerechte Gegenleistung unmittelbar oder mittelbar an Private gewähren, um sie in den Stand zu setzen, bestimmten öffentlichen Bedürfnissen zu entsprechen.¹⁶⁸ Die Gewährung einer Subvention setzt damit ins-

gesamt fünf Elemente voraus: Subventionsgeber, Subventionsempfänger, Subventionszweck, Subventionsgegenstand und das Fehlen einer marktmäßigen Gegenleistung.

Im Mittelpunkt dieses Gutachtens steht der Subventionszweck. Eine Subvention wird dem Subventionsnehmer nicht allein in dessen Interesse, sondern im öffentlichen Interesse gewährt. Der jeweilige Zweck der Wirtschaftssubvention ergibt sich aus speziellen Gesetzen sowie aus dem Haushaltsrecht i.V.m. den Verwaltungsvorschriften.¹⁶⁹ Es muss sich um eine unmittelbare Förderung eines öffentlichen Zwecks handeln; dieser kann beispielsweise wirtschaftlicher oder sozialer Natur sein.¹⁷⁰ Aus der Sicht des Grundgesetzes ist die Festlegung des Parlaments entscheidend. Aus Art. 110 GG folgt zunächst die Bindung der Verwaltung an die parlamentarisch gewollte Zweckbestimmung, welche in den einzelnen Bestimmungen des jeweiligen Haushaltsgesetzes zum Ausdruck kommt.¹⁷¹ Diese Bindung ist für alle Beteiligten maßgeblich, wie sich auch aus § 49 Abs. 3 Nr. 1 VwVfG ergibt.

In der Grundlagenarbeit von *Rodi*¹⁷² ist eine anschauliche Kategorisierung der Zweckverwirklichung herausgearbeitet worden: Man unterscheidet Haupt- und Nebenzwecke. Verhaltensbindungen können dabei direkt oder indirekt sein. Die Nebenbestimmungen im Subventionsbescheid können sowohl der Konkretisierung als auch der Sicherung des Subventionszwecks, aber auch dem staatlichen Finanzinteresse durch die Aufnahme von Rückforderungs- oder Sicherungsklauseln dienen. Daneben muss sich das Subventionsverhältnis in die Gesamtrechtsordnung einfügen. Schließlich sind auch Subventionszwecke denkbar, die nur anlässlich, also „bei Gelegenheit“ der Subvention verwirklicht werden sollen. Daher hat das Bundes-

167 ErfK/Wißmann, AEUV Art. 45 Rn. 46; ausführlich Bayreuther EuZW 2009, 102.

168 Stober § 54 III 3, Maurer § 17 Rn. 5; Schmidt/Vollmöller-Kahl/Diederichsen § 7 Rn. 3 m.w.N.; aus der Rspr.: OVG Berlin, NJW 1975, 1938.

169 Ziekow S. 309.

170 Schmidt/Vollmöller-Kahl/Diederichsen § 7 Rn. 3.

171 Krämer/Schmidt D I 1.1.1.

172 Rodi S. 572.

verwaltungsgericht im Grundsatz die Kombination von Wirtschaftsförderung und Umweltschutz zugelassen.¹⁷³ Hier finden wir eine interessante methodische Parallele zur Kombination von Vergaberecht und Umweltpolitik, die im europarechtlichen Kontext auch für soziale Kriterien wegweisend ist.

IV. Verwaltungsrechtliche Anforderungen¹⁷⁴

Das Subventionsrecht gehört in Deutschland zum Wirtschaftsverwaltungsrecht, so dass sich die Frage stellt, ob das geltende Recht diese unionsrechtlichen Vorgaben und Politikansätze adäquat umsetzen kann.

1. Rechtsgrundlagen der Wirtschaftsförderung zum sozialen Zusammenhalt

Das deutsche Subventionsrecht ist bisher durch die Abwesenheit einer allgemeinen materiell-rechtlichen Anspruchsgrundlage gekennzeichnet. Seit jeher ist dieses Strukturmerkmal wegen der möglichen Verletzung der Grundrechte Dritter/Wettbewerber stark umstritten.¹⁷⁵ Bundesverfassungs- und Bundesverwaltungsgericht sehen von dem Erfordernis eines Gesetzesvorbehalts im Bereich der Leistungsverwaltung grundsätzlich ab.¹⁷⁶ Daraus folgt, dass die Ausweisung im Haushaltsplan als formelles Gesetz grundsätzlich als Grundlage für die Verteilung öffentlicher Mittel zu einem bestimmtem Zweck genügt.

Etwas anderes könnte jedoch daraus folgen, dass mit dem sozialen Zusammenhalt ein anderer Zweck als der eigentliche haushaltsrechtlich vorgegebene Subventionszweck verfolgt werden könnte (sog. Sekundärzweck). Hinzu kommt auch, dass in

der Realisierung des sozialen Zusammenhalts eine „wesentliche“ Frage liegen könnte.

Zunächst könnte in § 36 VwVfG eine Rechtsgrundlage zu sehen sein. Diese Norm gilt allerdings nur für Nebenbestimmungen. Darüber, ob die Förderung des sozialen Zusammenhalts generell oder im Rahmen konditionaler Verknüpfung zu einer Förderungsvoraussetzung gemacht werden könnte, sagt die Norm nichts aus. Ob die Reichweite des § 36 VwVfG eine materielle Rechtsgrundlage i.S.d. Vorbehalts des Gesetzes für Nebenbestimmungen darstellt, ist umstritten. Die heute herrschende Meinung geht davon aus, dass § 36 VwVfG eine solche Berechtigung in sich trägt, wenn die Behörde zum Erlass des Hauptverwaltungsaktes berechtigt ist, eine belastende Nebenbestimmung muss sich aber im Ermächtigungsrahmen des Hauptverwaltungsaktes halten.¹⁷⁷ Im Rahmen der Leistungsverwaltung, stellen Kopp/Ramsauer heraus, ist aus der Berechtigung zum pflichtgemäßen Erlass des Bescheides zu folgern, dass im bestehenden Befugnisbereich eine Rechtsgrundlage für eine Nebenbestimmung als Minus nicht erforderlich ist.¹⁷⁸ Dies entspricht dem grundsätzlichen Annexgedanken der Nebenbestimmungen. Folglich sind Nebenbestimmungen, mit denen der jeweilige Subventionszweck konkretisiert wird, ebenso wenig ein Problem wie Nebenbestimmungen, die den Subventionszweck sichern, indem sie dafür Sorge tragen, dass die Zuverlässigkeit gewährleistet wird.

Im Unterschied zu anderen Subventionszwecken ist die Förderung des sozialen Zusammenhalts rechtlich nachhaltig strukturiert. Zunächst darf nicht übersehen werden, dass mit der VO 800/2008/EG ein für das bisherige deutsche Subventionsrecht

173 BVerwG, Urteil vom 15.12.1989 – 7 C 6.88, BVerwGE 84, 236.

174 Die Landesverwaltungsverfahrensgesetze der Länder Sachsen-Anhalt und Niedersachsen beziehen sich grundsätzlich auf das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes. Zur Übersichtlichkeit wird daher nur noch das VwVfG des Bundes zitiert.

175 Überblick bei Kühling/el-Barudi Jura 2006, 672 (673).

176 BVerfG, Beschluss vom 06.05.1958 – 2 BvL 37/56, 2 BvL 11/57, BVerfGE 8, 155 (157).

177 Vgl. Kopp/Ramsauer § 36 Rn. 39, wohl auch Schneider S. 42ff.; Knack-Hennecke § 36 Rn. 3.

178 Kopp/Ramsauer § 36 Rn. 39a.

außergewöhnlich kompakter und detaillierter Rahmen gesetzt ist, der auch die deutschen Behörden bindet. Weiter ist mit dem GRW-Gesetz ein zusätzlicher detaillierter Rahmen normiert, der mit dem gemeinsamen Koordinierungsrahmen eine spezifische Form der Konkretisierung enthält. Es ist daher nicht erkennbar, warum gerade in diesem Teil des deutschen Subventionsrechts die von den Gerichten bisher nicht verlangte Normierung spezifischer Anspruchsgrundlagen erfolgen soll.

Kein eigenständiges Gesetz im Sinne des Wesentlichkeitspostulats¹⁷⁹ wäre jedenfalls die Konkretisierung des Subventionszwecks.¹⁸⁰ Insofern liegt es nahe, davon auszugehen, dass in der Vorgabe der Ausgestaltung der mit Hilfe der Subvention geschaffenen bzw. gesicherten Arbeitsverhältnisse auch eine Zweckkonkretisierung zu sehen ist. Da die Mehrzahl der Beihilfen auch der Schaffung bzw. Erhaltung von Dauerarbeitsverhältnissen dient, sind Anforderungen an die Qualität der Arbeitsplätze, die im Einklang mit der Systematik des geltenden Arbeits- und Sozialrechts stehen, nicht „wesentlich“ in dem Sinn, dass hier an Stelle von § 36 VwVfG ein neues Gesetz kodifiziert werden müsste.

2. Voraussetzungen zur Förderung des sozialen Zusammenhalts

In den meisten Fällen folgt aus dem Fehlen von Rechtsgrundlagen auch ein Fehlen von positiven formell/materiell-rechtlichen Förderungsvoraussetzungen. Der systematische Zusammenhang des europäischen Beihilfe- und Vergaberechts zeigt jedoch, an welche Arten von Voraussetzung die Förderung des sozialen Zusammenhalts zu knüpfen ist.

2.1 Die soziale Dimension der Zuverlässigkeit

Die Zuverlässigkeit ist ein zentrales Merkmal im öffentlichen Wirtschaftsrecht. Es ist normativ etwa in den §§ 33c Abs. 2, 35 GewO, § 4 GastG, § 5 WaffG oder § 97 Abs. 1 GWB genannt. Verwaltungsrechtlich hat das Merkmal daher entscheidende Bedeutung. Die Zuverlässigkeit privater Akteure dominiert das öffentliche Wirtschaftsrecht. In der Praxis ist anerkannt, dass die Gewährung wirtschaftsrechtlicher Förderung von der persönlichen Zuverlässigkeit abhängig gemacht werden kann.¹⁸¹ Bislang wird diese Voraussetzung vor allem dahingehend verstanden, dass sich der Antragsteller in geordneten Verhältnissen bewegen muss und sich an das geltende Recht halten muss.¹⁸² Die VV LHO Nds. u. LSA zu § 44 enthalten den weiter gefassten Begriff der ordnungsgemäßen Geschäftsführung.

Ist die Voraussetzung der Zuverlässigkeit nicht gesetzlich und damit tatbestandlich vorgeschrieben, so handelt es sich bei ihrer Zugrundelegung um eine Ermessenserwägung, also einen Belang im Rahmen der Gesamtabwägung über die Verwaltungsentscheidung.¹⁸³ Diesen Begriff zugrunde zu legen ist Teil und Ausdruck des weiteren Gestaltungsermessens des fördernden Staates. Andererseits wird auch vertreten, dass in der Zugrundelegung der Zuverlässigkeit eine Konkretisierung des Förderungszwecks zu sehen ist.¹⁸⁴ Dies dürfe im Ergebnis nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen führen.

Obgleich damit die Ermessensfehlerlehre gilt, herrscht „vollkommen zutreffend“ die Ansicht vor, dass die Zuverlässigkeit gerichtlich voll überprüfbar ist.¹⁸⁵ Auch die zugrunde gelegten Ermessenserwägungen sind nämlich ganz allgemein überprüfbar.

179 BVerfGE 6, 32, 42; 20, 150, 157; 80, 137, 161.

180 Rodi S. 539.

181 Kramer/Schmidt D II S. 5.

182 Kramer/Schmidt D II S. 5.

183 Zur grundsätzlichen Frage der Abwägung mit Art. 12 GG: Hessischer VGH, Beschluss vom 13.02.1995 – 8 TG 3493/94, MDR 1996, 323.

184 VGH Hessen, Beschluss vom 13.02.1995 – 8 TG 3493/94.

185 VGH Hessen, Beschluss vom 13.02.1995 – 8 TG 3493/94.

Da in allen Gesetzen, die den Begriff der Zuverlässigkeit verwenden, dieser jeweils im Hinblick auf den spezifischen Schutzzweck interpretiert wird¹⁸⁶, stellt sich die Frage, ob der Begriff der Zuverlässigkeit im Subventionsrecht sich auch an der Einhaltung von arbeitsrechtlichen Normen orientieren kann. Im Bereich des Subventionsrechts wird der Begriff der Zuverlässigkeit weit verstanden. Nach der Rechtsprechung des OVG LSA¹⁸⁷ ist in einem Zuwendungsverhältnis der Begriff der Zuverlässigkeit insbesondere nach Maßgabe des Förderzwecks und des öffentlichen Interesses zu bestimmen. Der Zuwendungsempfänger soll die Gewähr dafür bieten, dass die Zuwendung allein für das geförderte Vorhaben entsprechend den maßgeblichen Förderrichtlinien verwendet und nicht fehlgeleitet wird.

Bei den in diesem Gutachten diskutierten Beihilfen zur Förderung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts wird die Erfüllung des Zuwendungszwecks vor allem durch die Schaffung von Dauerarbeitsplätzen erreicht. Die Gestaltung dieser Arbeitsplätze ist damit eine Frage der Zweckkonkretisierung. Es besteht damit ein deutlicher Sachzusammenhang zwischen dem Zuwendungszweck und der Beachtung arbeitnehmerschützender Normen, so dass die Verletzung dritt- und damit insbesondere von arbeitnehmerschützenden Normen nicht gefördert werden darf. Bereits nach dem bisherigen Recht ist anerkannt, dass die Einhaltung arbeitnehmerschützender Normen unter den Zuverlässigkeitsbegriff des Wirtschaftsverwaltungsrechts fallen kann. So nennt § 4 Abs. 1 Nr. 1 GaststG als eine Fallgruppe der Unzuverlässigkeit das Nichteinhalten der Vorschriften des Arbeits- und Jugendschutzes. § 4 Abs. 1 Nr. 2 GaststG betont die gesteigerte Schutzbedürftigkeit der Rechtsgüter der Beschäftigten im Rahmen der Zuverlässigkeit über das Merkmal der „notwendigen Anforderungen zum Schutze der Arbeitnehmer.“ Erfasst werden

für die Zuverlässigkeit im Gaststättengesetz nach Ansicht der Kommentarliteratur insbesondere die Einhaltung der ArbStättV, das SchwArbG, die Sozialgesetzbücher und das ArbZG.¹⁸⁸ Weitergehend werden sämtliche Ordnungswidrigkeiten und Straftaten erfasst.¹⁸⁹ Noch deutlicher verlangt das Merkmal der Zuverlässigkeit im Personenbeförderungsrecht gerade die Beachtung des in dieser Branche besonders wichtigen Arbeitszeitrechts.¹⁹⁰

Vergleichbar stellt sich die Situation im allgemeinen Gewerberecht dar. Auch hier werden Ordnungswidrigkeiten erfasst und die Sozialversicherungspflichten besonders akzentuiert.¹⁹¹ Die besondere Stellung der Arbeitnehmer kommt auch in § 35 GewO zum Ausdruck, dort werden die Beschäftigten besonders erwähnt, obgleich sie auch Teil der Allgemeinheit sind. Systematisch wird auch bei dieser elementaren Norm ein besonderes Gewicht auf die Einhaltung des zwingenden Arbeitsrechts gelegt.¹⁹² Dies entspricht sowohl den europarechtlichen Vorgaben als auch der Novellierung des § 97 GWB und soll daher in den folgenden Teilen näher diskutiert und präzisiert werden.

Zu den „klassischen“ Beispielen für Unzuverlässigkeit gehört auch die Missachtung sozialrechtlicher Anmelde- und Beitragspflichten. Besonders deutlich wird dies auch im Rahmen der Scheinselbstständigkeit und Schwarzarbeit. Werden absichtlich keine Sozialbeiträge abgeführt, so ist § 266 a StGB erfüllt, wird der Zuwendungsempfänger rechtswidrig verurteilt, so ist er jedenfalls nicht zuverlässig. Selbstverständlich können Pflichtverletzungen in diesem Bereich, die im Übrigen meistens relativ einfach nachweisbar sind, die Bejahung der sozialen Zuverlässigkeit in Frage stellen. Für alle diese Fälle ist regelmäßig von einer Konnexität zu dem Zweck öffentlicher Beihilfen, die notwendigerweise mit der Beschäftigung von Arbeitnehmern verbunden sind, auszugehen.

186 BVerwG GewArch 1961, 166; Eifert JuS 2004, 565, 566.

187 OVG LSA, Urteil vom 22.6.2006 – 1 L 118/05.

188 Metzner § 4 Rn. 112.

189 Metzner § 4 Rn. 123.

190 Eifert JuS 2004, 565, 570.

191 Tettinger/Wank GewO § 35 Rn. 46 u.57.

192 OVG LSA, Beschluss vom 07.10.2010 – 1 L 2/10 zur Bedeutung der Verletzung zwingenden Tarifrechts.

Im Ergebnis können daher sämtliche arbeitsrechtlichen Normen zum Gegenstand der Zuverlässigkeitsprüfung werden. Dabei sind zwei Aspekte zu beachten. Die Anforderungen an die Zuverlässigkeit sind uneingeschränkt überprüfbar. Die Gewichtung des Elements „Zuverlässigkeit“ in der Ermessensentscheidung kann nur auf Ermessensfehler überprüft werden. Ob rechtmäßig gehandelt wurde, ist gerichtlich voll überprüfbar. Ob der Verstoß die Versagung der Förderung rechtfertigt, ist eine Einzelfallfrage unter Abwägung aller Aspekte. Im Regelfall führt die Rechtsverletzung zur Unzuverlässigkeit und damit zum Ausschluss von staatlicher Förderung. Im Ausnahmefall kann die Förderung bejaht werden, wenn es sich nur um vereinzelte und geringfügige Rechtsverletzungen handelt oder wenn die Förderung wegen ihrer gesamtwirtschaftlichen Bedeutung Vorrang haben soll.

2.2 Soziale Gestaltungskriterien

Im Beihilfe- und im Vergaberecht werden von der Kategorie der Zuverlässigkeit „soziale Kriterien“ unterschieden, die in diesem Zusammenhang z. B. durch die RL 2004/18/EG und ihre Umsetzung in § 97 Abs. 4 S. 2 GWB anerkannt worden sind. Hier handelt es sich nicht um normative Anforderungen, sondern um grundlegende Ausprägungen der sozialen Verantwortung von Unternehmen. Folgt man der in der Einleitung dargestellten aktuellen CSR-Mitteilung, dann liegt es nahe, solche Kriterien ebenfalls heranzuziehen. In der geltenden Richtlinie des Landes Sachsen-Anhalt über die Gewährung von Zuwendungen aus Mitteln der Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur“¹⁹³ kann z. B. der Fördersatz gekürzt werden, wenn im geförderten Unternehmen nicht in angemessenem Umfang Ausbildungsplätze angeboten werden oder keine freiwilligen Umweltschutzmaßnahmen im Rahmen der Umweltallianz Sachsen-Anhalt realisiert werden. In ähnlicher Weise hat § 13 des Thüringischen Vergabegesetzes das Engagement in der beruflichen

Erstausbildung sowie die Gleichbehandlung von Frauen und Männern als zwei wichtige Kategorien für solche Kriterien hervorgehoben. Sowohl das unionsrechtliche Vorbild als auch die neue Fassung in § 97 Abs. 4 S. 2 GWB gehen damit über die Kategorie der Zuverlässigkeit hinaus und ermöglichen bewusst eine sozialpolitische Gestaltung.

Die Beschäftigung schwerbehinderter Menschen über die Mindestquoten nach § 71 SGB IX hinaus und deren nachhaltige Sicherung, die durch eine Integrationsvereinbarung nach § 83 SGB IX dokumentiert ist, ist ebenso ein markantes Beispiel wie die Fähigkeit, bei Neueinstellungen eine bestimmte Quote älterer Arbeitnehmer bzw. von Arbeitslosen, die bereits für eine längere Zeit arbeitslos waren, einzustellen. Gerade für Beihilfen, mit denen neue Arbeitsplätze geschaffen werden sollen, ist die Konnexität solcher Anforderungen regelmäßig zu bejahen. Selbstverständlich muss bei solchen Anforderungen die Kategorie der Verhältnismäßigkeit berücksichtigt werden. Im Vergaberecht in Thüringen soll dies dadurch gewährleistet werden, dass solche Anforderungen nur in Betrieben mit mehr als 25 Beschäftigten gestellt werden können; die GRW-Richtlinie des Landes Sachsen-Anhalt setzt die Grenze bei 10 Beschäftigten. Auf weitere Einzelheiten ist in den nächsten Teilen einzugehen.

3. Förderung des sozialen Zusammenhalts in Verwaltungsvorschriften/-Richtlinien

Im heutigen Subventionsrecht erfolgt die weitere Konkretisierung der Zwecke und Anforderungen regelmäßig mit Hilfe von Verwaltungsvorschriften. Ein Beispiel stellt die Allgemeine Bürgerschaftsrichtlinie des Landes Niedersachsen dar¹⁹⁴, die auf einem Runderlass des Niedersächsischen Finanzministeriums beruht. Verwaltungsvorschriften sind keine gegenüber dem Bürger geltenden Normen, sie legen das Verhalten der Verwaltung intern fest. Gleichwohl wirken sie auch nach außen. Diese Außenwirkung der ermessenslenkenden Verwal-

193 MBl. LSA 2009 S. 673, geändert in MBl. LSA 2010, S. 615.

194 Abrufbar unter: http://www.mf.niedersachsen.de/live/live.php?navigation_id=987&article_id=1447&psmand=5.

tungsvorschriften wird durch Fallgruppenbildung über den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG sowie – alternierend – den Grundsatz des Vertrauensschutzes erzeugt. Auf diese Weise wird die Verwaltung zu einer gleichmäßigen Handhabung ihres Ermessens angehalten, so dass im Ergebnis die Verwaltung im Einzelfall an die Standards gebunden ist, an die sie sich in ständiger Verwaltungspraxis gehalten oder zu deren Einhaltung sie sich selbst durch Verwaltungsvorschriften verpflichtet hat. Die Behörde hat im Regelfall ihr Ermessen entsprechend den Vorgaben der Verwaltungsvorschriften auszuüben und bindet sich in diesen Fällen selbst.¹⁹⁵ Die Vorgaben wirken praktisch wie Förderungsvoraussetzungen.

3.1 Bedeutung

Die Gerichte sind bei ihrer Kontrolltätigkeit gegenüber der Verwaltung an Verwaltungsvorschriften grundsätzlich nicht gebunden. Sie dürfen ihren Entscheidungen vielmehr nur materielles Recht, zu dem die Verwaltungsvorschriften nicht gehören, zugrunde legen und sind lediglich befugt, sich einer Gesetzesauslegung, die in einer Verwaltungsvorschrift vertreten wird, aus eigener Überzeugung anzuschließen.¹⁹⁶

Zunächst gilt es eine gewichtige Differenzierung zu beachten. Bestehen keine gesetzlichen tatbestandlichen Voraussetzungen, ist die Frage einer Subvention allein eine Ermessensfrage. Verwaltungsvorschriften in diesem Bereich sind ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften¹⁹⁷, die dem Zweck dienen, durch eine zentrale Steuerung eine einheitliche Entscheidungspraxis in einer Vielzahl von Fällen zu erreichen.¹⁹⁸ Wegen ihrer typisierenden und generalisierenden Voraussetzungen weisen sie Ähnlichkeiten zu Rechtsnormen auf, unterscheiden sich jedoch darin, dass über sie nur

die Weichen einer Ermessensentscheidung gestellt werden. Ein gewichtiger praktischer Umstand ist, dass Gerichte diese sowohl als Prüfungsmaßstab verwenden als auch auf ihre eigene Ermessenfehlerlosigkeit überprüfen.¹⁹⁹

3.2 Die Situation in Niedersachsen und Sachsen-Anhalt

Von Bedeutung sind zum einen die Förderungsbedingungen und die Verwaltungsvorschriften zur LHO. Ausdrückliche Regelungen bezüglich der allgemeinen Möglichkeit sozialer Zusatzbedingungen sehen alle nicht vor. Vereinzelt finden sich jedoch Vorgaben, die im Allgemeinen tauglich erscheinen, als Vehikel zu fungieren.

3.2.1 Die allgemeine Bürgschaftsrichtlinie des Landes Niedersachsen und des Landes Sachsen-Anhalt

Ansatzpunkt für die arbeitsrechtliche Zuverlässigkeit ist Nr. 5. Nach den Normen ist kreditwürdig, wer die Gewähr für die Rückzahlung des verbürgten Kredits bietet. Besser geeignet erscheint jedoch die Voraussetzung der volkswirtschaftlichen Förderungswürdigkeit in Nr. 2. Dieser Begriff wird im Wirtschaftsrecht seit vielen Jahren genutzt und ist offen für die jeweiligen subventionsrechtlichen Wertungen.²⁰⁰ Im Rahmen des InvG wurde der Begriff stark arbeitsrechtlich interpretiert. Das Bundesverwaltungsgericht betonte selbst, dass er zu bejahen ist, wenn Arbeitsplätze geschaffen oder gesichert werden würden.²⁰¹

Ferner bietet es sich an, auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Begriff „volkswirtschaftlich besonders förderungswürdig“ i.S.d. InvZulG 1969 zurückzugreifen. Dort forderte das Gericht, dass durch die Investition neue Dauerarbeitsplätze geschaffen und auf dem Arbeitsmarkt

195 Bay. VGH, Beschluss vom 15.9.2010 – 14 ZB 10.715; Hamann, VerwArch 1973, 28 (29).

196 Urteil des 8. Senats vom 26. Juni 2002 – BVerwG 8 C 31.01 I; Urteil vom 28. Oktober 1998 – BVerwG 8 C 16.96 – BVerwGE 107, 338.

197 Ziekow §. 73.

198 BVerwG, Urteil vom 10.12.1969 – VIII C 104.69 BVerwGE 34, 278.

199 BVerwG, Urteil vom 26.4.1979 – 3 C 111.79, BVerwGE 58, 45; Isensee/Kirchhof S. 340.

200 BVerwG, Beschluss vom 29.04.1981 – 8 B 17/81.

201 BVerwG, Urteil vom 13.10.1994 – 7 C 15/94.

angeboten werden müssten, die dem Investor selbst unmittelbar zuzuordnen sind. Besonders bemerkenswert ist, dass das Gericht über dieses Kriterium die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern aus der Förderung ausklammerte.²⁰² Es liegt weiter nahe anzunehmen, dass nur derjenige förderungswürdig ist, der zuverlässig ist, so dass durch dieses Merkmal auch die Anforderung der Zuverlässigkeit positiv verankert worden ist.

Daneben enthält und betont die Richtlinie auch eine starke finale Steuerungsmöglichkeit. Nach der Generalklausel der allgemeinen Bürgschaftsrichtlinie des Landes Niedersachsen²⁰³ – Nr. 11 – und des Landes Sachsen-Anhalt²⁰⁴ – Nr. 9 – können Bürgschaften von Auflagen und Bedingungen abhängig gemacht werden. Diese Formulierung ist umfassend zu verstehen. Eine Begrenzung auf Nebenbestimmungen des Verwaltungsrechts würde der Verwendung des Wortes „abhängig“ zuwiderlaufen, da eine Auflage nicht suspendiert. Konditionale Voraussetzungen werden daher auch erfasst.

Die Richtlinien für die Übernahme von Bürgschaften enthalten in III. Voraussetzungen für die Übernahme von Bürgschaften. Genannt werden nur das Erfordernis eines geordneten Rechnungswesens und das Gebot der bestmöglichen Sicherung. Nach III. 3. kann die Bürgschaftsübernahme im Einzelfall von Bedingungen und Auflagen abhängig gemacht werden.

3.2.2 Die VV zur LHO Nds./LSA

Zentrale Bedeutung haben die Verwaltungsvorschriften zur Niedersächsischen Landeshaushaltsordnung (VV-LHO Nds.). Hierbei handelt es sich um einen Runderlass. Diese enthalten Vorgaben im Rahmen der Paragraphen §§ 23, 39, 40 und 44 LHO. § 44 – eine Regelung für Zuwendungen i.e.S. – statuiert Bewilligungsvoraussetzungen. Hervorzuhe-

ben ist die „ordnungsgemäße Geschäftsführung“. Unter Zugrundelegung der oben dargestellten Auslegungssproblematik ist auch dieser Begriff in den Kontext des jeweiligen Subventionszwecks zu stellen und – ähnlich wie die Zuverlässigkeit – schutz-zweckorientiert zu konkretisieren. Damit geht eine inhaltliche Reichweite einher, die es ermöglicht, auch die Einhaltung arbeitsrechtlicher Vorgaben als ordnungsgemäße Geschäftsführung zu verstehen. § 44 LHO Nds./LSA betont ausdrücklich, dass neben den allgemeinen Nebenbestimmungen weitere Nebenbestimmungen in Betracht kommen (Nr. 5 VV Nds./LSA), die danach angeführt beispielhafte („insbesondere“, Nr. 5.2.) Aufzählung enthält keinen Hinweis.

4. Die Realisierung über Nebenbestimmungen

Wird die Subvention über einen Verwaltungsakt gewährt, drängt sich die Realisierung über Nebenbestimmungen geradezu auf. Nebenbestimmungen sind das Instrument zur Feinabstimmung komplexer Lebenssachverhalte in einem Verwaltungsakt.²⁰⁵ Dieses Instrument ist sehr flexibel und kann sogar nachträglich beigelegt werden.²⁰⁶ Der Spielraum der Behörden ist im Subventionsrecht sehr groß, § 36 VwVfG, die Zentralnorm für Nebenbestimmungen, deren systematischer Standort bereits oben diskutiert worden ist, ist entwicklungs offen und beinhaltet keinen numerus clausus.²⁰⁷ Von den positiv geregelten Nebenbestimmungen kommen im Bereich der Verwaltungssteuerung durch Wirtschaftsförderung v.a. Auflagen und Bedingungen in Betracht.

Die Rechtmäßigkeit einer Nebenbestimmung eröffnet regelmäßig die gleichen Probleme wie der Hauptverwaltungsakt. Insbesondere muss eine solche Bestimmung den Gleichbehandlungsgrundsatz, die Verhältnismäßigkeit und die Grenzen des Ermessens beachten. Daneben besteht das Sonder-

202 BVerwG, Urteil vom 27.05.1981 – 7 C 1/80.

203 Runderlass des Niedersächsischen Finanzministeriums vom 6.4.2004 – 45 23 01, Nds. MBl. 2009, 733.

204 Runderlass des sachsen-anhaltinischen Finanzministeriums v. 10.05.2007 – 34-32901, Mbl. LSA 2007, 485.

206 Ziekow VwVfG § 36 Rn. 24.

207 BVerwG, Urteil vom 19. 11. 2009 – 3 C 7. 09.

problem der Konnexität zum Hauptverwaltungsakt, also der Subvention. § 36 Abs. 3 VwVfG verbietet ein „Zuwiderlaufen“ der Nebenbestimmung zum Hauptverwaltungsakt. Als weitergehender Grundsatz wird ein Konnexitätsgebot²⁰⁸ postuliert, dessen systematischer Standort nicht abschließend geklärt ist.

4.1 Das Spannungsverhältnis zwischen Nebenbestimmung und Hauptverwaltungsakt

Zunächst ist zu klären, was unter Zuwiderlaufen zu verstehen ist. Eine einheitliche Definition von Zuwiderlaufen besteht nicht. Nicht richtig ist die Ansicht, § 36 Abs. 3 VwVfG erfordere, dass die Nebenbestimmung dem Zweck des Hauptverwaltungsaktes diene.²⁰⁹ Diese Ansicht übersteigert das Verbot des Zuwiderlaufens und wertet es in ein Förderungsgebot um. Dies ist schon bei genereller Betrachtung eine nicht notwendige Beschränkung verwaltungsrechtlicher Gestaltungsfreiheit. Das OVG LSA und der VGH München entnehmen der Norm, dass Einschränkungen der Zweckerreichung verhindert werden sollen.²¹⁰ Dies ist eine plausible Umschreibung, doch darf sie nicht zu eng verstanden werden. Das VG Münster hat bereits eine zeitliche Verzögerung der Zweckerreichung für unvereinbar mit § 36 Abs. 3 VwVfG gehalten.²¹¹ Eine aufschiebende Bedingung verhindere den Eintritt der Zweckerreichung und müsste damit eigentlich gegen § 36 Abs. 3 VwVfG verstoßen. Dies ist verfehlt. Wenn nach dem unionsrechtlichen Vorbild auch eine bestimmte Qualität gefördert werden soll, dann benötigt die Herstellung eines solchen Zustands nicht selten einen bestimmten Zeitraum. Dieses Problem darf gerade bei der Förderung des sozialen Zusammenhalts nicht überhöht werden. Das Verlangen nach der Gewährleistung bestimmter Arbeitsbedingungen gestaltet die tat-

sächliche Zweckverwirklichung der zu schaffenden Arbeitsplätze und liegt damit noch in der Peripherie des Primärzwecks. Wenn aber die Ausgestaltung des Primärzwecks vorliegt, kann in der Inhaltsbestimmung kein Zuwiderlaufen gesehen werden (Konkretisierungsargument).

4.2 Konnexität zwischen Nebenbestimmung und Hauptverwaltungsakt?

Über den Wortlaut des § 36 VwVfG hinaus wird ein Zweckzusammenhang gefordert. Auch hier ist die Praxis unübersichtlich. Das Bundesverwaltungsgericht hat vereinzelt statuiert, dass der Erlass von Verwaltungsakten nicht von einer zusätzlichen wirtschaftlichen Gegenleistung abhängig gemacht werden dürfe.²¹² Das weitergehende Gebot des Zweckzusammenhangs wird aus dem Rechtsgedanken des § 56 Abs. 1 S. 2 VwVfG hergeleitet.²¹³ Diese Ansicht ist nicht unproblematisch, weil in systematischer Hinsicht das Recht des öffentlichen Vertrages sich vom Recht des Verwaltungsaktes ableitet und nicht umgekehrt, was insbesondere an den Regelungen der §§ 56 Abs. 2, 59 Abs. 2 Nr. 1 und 2 VwVfG deutlich wird. Gerade der Verweis in § 56 VwVfG auf § 36 VwVfG lässt den Umkehrschluss zu, dass bei einem öffentlich-rechtlichen Vertrag höhere Anforderungen gelten sollen. Zutreffend dürfte sein, das Erfordernis der Konnexität – wenn überhaupt – als allgemeinen Rechtsgedanken anzuerkennen²¹⁴ oder in § 36 Abs. 3 VwVfG zu verorten.

Nebenbestimmungen müssen mit dem Verwaltungsakt, dem sie beigefügt sind, in einem Zweckzusammenhang stehen, wenn sie die Schaffung oder Beseitigung von Umständen zum Ziel haben, deren Fehlen oder Vorhandensein die Verwaltung sonst berechtigen würden, die in der Hauptsache

208 Ule/Laubinger VwVfG § 50 Rn. 23.

209 Kopp/Ramsauer § 36 Rn. 54.

210 OVG LSA, Beschluss vom 09.02.1996 – 4 K 1/95; VGH München, Urteil vom 13.07.1973, BayVBl. 1973, 583 (584).

211 VG Münster, Beschluss vom 5.5.2006 – 5 L 242/06.

212 BVerwG, Urteil vom 14.08.1992 – 8 C 19/90, BVerwGE 90, 310.

213 Schmidt/Vollmöller-Kahl/Diederichsen § 7 Rn 61.

214 Kopp/Ramsauer VwVfG § 36 Rn. 56.

in Betracht kommende Regelung zu versagen oder mit einem für den Betroffenen ungünstigen Inhalt zu versehen.²¹⁵ Davon ausgehend fordern Kopp/Ramsauer, einen Zusammenhang dann anzunehmen, wenn und soweit die Nebenbestimmungen der Verhinderung, Beseitigung oder Minderung von Nachteilen dienen, die sich sonst aus dem Verwaltungsakt bzw. dem Gebrauch dieses für die Allgemeinheit oder einzelner Dritter ergeben kann. Nachteil und Hauptverwaltungsakt müssen in einem adäquat kausalen Zusammenhang stehen.²¹⁶

Das Bundesverwaltungsgericht hat in seiner Entscheidung zu Umweltbedingungen einen sachlichen Zusammenhang angenommen, weil die Erfüllung dieser Nebenbestimmung dazu diene, Bedenken bei der Förderung zu verstreuen.²¹⁷ Dieser Gedanke kann gerade im Bereich der Zuverlässigkeitsaspekte uneingeschränkt übernommen werden. Die Subvention steht mit den einen sozialen Standard gewährleistenden Vorschriften regelmäßig in einem Zusammenhang: Wirtschaftsförderung ist projekt- bzw. tätigkeitsbezogen. Diese determinierenden Arbeiten werden regelmäßig von den Arbeitnehmern durchgeführt. Förderung und Arbeit stehen daher in einem Zusammenhang. Damit stehen auch die Modalitäten der Arbeitserbringung – genauer – des Arbeitsverhältnisses in einem Sinnzusammenhang. Denn sie verhindern bzw. gewährleisten, dass die Arbeit unter „normalen Umständen“ durchgeführt wird.

Durch die Wirtschaftsförderung werden Projekte in der Regel gerade erst ermöglicht. Umgekehrt würden diese unterbleiben, wenn die Förderung nicht gewährt werden würde. Betrachtet man nun weitergehend das Normalarbeitsverhältnis als Ausgangspunkt jeder Rechtsgestaltung so müssen hiervon abweichende, für den Arbeitnehmer nachteilige

gestaltungsformen a priori als Nachteil i.S.d. der soeben dargestellten Grundsätze gelten, der Sachzusammenhang ist gegeben.

4.3 Nebenbestimmungen in Niedersachsen und Sachsen-Anhalt

Nebenbestimmungen werden in Niedersachsen und Sachsen-Anhalt zurzeit nur im Bereich der Zuwendungen verwendet. Im Bereich der Bürgschaften dominiert eine Steuerung über Richtlinien (s.o.). Zuwendungen werden in Niedersachsen durch die NBank ausgekehrt, so dass deren Allgemeine Nebenbestimmungen maßgeblich sind.²¹⁸ In Sachsen-Anhalt werden Zuwendungen im Bereich der Wirtschaftsförderung vornehmlich durch die IB, aber auch durch das Landesverwaltungsamt oder das Ministerium für Wirtschaft und Arbeit vergeben.

Nr. 1.3. der ANBest-P und der ANBest-I zur LHO Nds. und LSA sehen ein Besserstellungsverbot²¹⁹ vor. Der Zuwendungsempfänger darf seine Beschäftigten nicht besser als vergleichbare Landesbedienstete stellen. S.3 deckt das Personalbudget. Diese Regelung ist deswegen beachtlich, weil nach der Überzeugung der NBank Gelder unmittelbar in das Personal investiert werden können und damit der soeben dargestellte Zusammenhang auch nach Überzeugung der NBank hergestellt ist.

Ferner ist beachtlich, dass in den ANBest-P und ANBest-I die Überzeugung zum Ausdruck kommt, dass der Zuwendungsbescheid offen gestaltet werden kann, denn die ANBest-P gelten ausweislich des Einleitungssatzes nur dann, wenn nichts anderes bestimmt wurde. Daneben enthalten die ANBest-P das Erfordernis des Nachweises der Verwendung für die vorausgesetzten Zwecke.

215 VG Darmstadt, Beschluss vom 23.12.2010 – 2 L 978/10.DA; Kopp/Ramsauer, VwVfG, Rn. 56 zu § 36.

216 Kopp/Ramsauer VwVfG § 36 Rn. 57.

217 BVerwG, Urteil vom 15.12.1989 – 7 C 6.88, BVerwGE 84, 236 (242).

218 www.nbank.de/Publikationen_und_Dokumente/Rechtliche_Grundlagen.php.

219 Spiegelbildlich verlangen die neuen Landesvergabegesetze mit ihren Mindestentgelten, die an die unterste Vergütungsgruppe im Öffentlichen Dienst anknüpfen, ein „Schlechterstellungsverbot“.

4.4 Die Realisierung über öffentlich-rechtliche Verträge

Nach dem derzeitigen Stand der Praxis haben öffentlich-rechtliche Verträge für das Subventionsverhältnis vor allem im Bereich des Darlehens Bedeutung. Im Bürgschaftsrecht ist diese Rechtsrelation allein gegenüber dem Kreditinstitut relevant. Es kommen aber auch begleitende, flankierende Abreden in anderen Bereichen in Betracht. Diese ermöglichen einen „zweiten Weg“ neben dem über Förderungsvoraussetzungen und Nebenbestimmungen.

Der öffentlich-rechtliche Vertrag ist in den §§ 54ff. VwVfG geregelt. Die Verwaltung kann im Bereich der Wirtschaftsverwaltung durch öffentlich-rechtliche Verträge handeln, ein besonderes Verbot besteht nicht, so dass es bei der grundsätzlichen Freiheit gemäß § 54 S. 1 VwVfG bleibt. Der Vorbehalt des Gesetzes gilt für den öffentlich-rechtlichen Vertrag nicht, da die Regelungen einvernehmlich getroffen werden.²²⁰ Die Möglichkeit, soziale Zusatzkriterien in dem Vertrag zugrunde zu legen, richtet sich nach dem Spielraum, den das Nichtigkeitsregime des § 59 VwVfG eröffnet. Das Bundesverwaltungsgericht betont einen weiten inhaltlichen Spielraum.²²¹ Soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen, können die Beteiligten in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag Regelungen vereinbaren, ohne dabei an die Vertragstypen des Zivilrechts gebunden zu sein. Ob eine Regelung zulässiger Gegenstand eines öffentlich-rechtlichen Vertrages sein kann, richtet sich unter anderem danach, ob die einschlägigen Vorschriften des Fachrechts dem entgegenstehen.

Eine über das Gesagte noch hinausgehende Schranke ergibt sich nach der Rechtsprechung des BVerwG²²² endlich daraus, dass verwaltungsrechtliche Verträge im allgemeinen und Folgekostenverträge im besonderen (§ 11 BauGB) nicht vom Verbot des Übermaßes freigestellt sind und aus diesem Grunde verlangt werden muss, dass die aus Anlass eines bestimmten Vorhabens vereinbarte Übernahme von Folgekosten bei wirtschaftlicher Betrachtung des Gesamtvorganges in angemessenem Verhältnis zum Wert des Vorhabens steht und auch sonst keine Anhaltspunkte dafür gegeben sind, dass die vertragliche Übernahme von Kosten eine unzumutbare Belastung – sei es des nach dem Vertrage zur Zahlung Verpflichteten, sei es derjenigen, an die später bei einer Veräußerung die Kosten weitergegeben werden – bedeutet.

5. Zwischenergebnis

Während das Verfassungsrecht und das Primärrecht die Gestaltungsfreiheit und die Schutzpflicht des Subventionsgebers betont, konkretisieren das vergabe- und behilferechtliche Sekundärrecht die Anforderungen an die staatliche Förderung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts. Das geltende deutsche Verwaltungsrecht enthält außerhalb des GWG nach dem derzeitigen Stand keine positive Regelung für eine solche Förderung; dies ist angesichts des dominanten Unionsrechts nicht erforderlich. Im Übrigen setzt das deutsche Verwaltungsrecht keine strukturellen Grenzen für eine soziale Wirtschaftsförderung.

220 So die ganz herrschende Meinung, vgl. die Nachweise bei Knack/Hennecke VwVfG § 54 Rn. 8.

221 BVerwG, Beschluss vom 30.04.2008 – 7 B 6/08.

222 BVerwG, Urteil vom 06.07.1973 – IV C 22.72; BVerwG, Urteil vom 29.01.2009 – 4 C 15/07; vgl. dazu BGH, Urteil vom 21. November 1957 – III ZR 250/55 – in BGHZ 26, 84 (88 ff.).

Teil 6: Soziale Zwecke im Subventionsrecht und ihre Ausgestaltung

I. Die Vielfalt sozialer Kriterien im Beihilferecht

Soziale Kriterien gehörten im europäischen Beihilferecht von Anfang an zu den möglichen Kategorien. In der Montanunion konnten nach dem EGKS-Vertrag Beihilfen gewährt werden, um auf diese Weise Sozialpläne und Umschulungsmaßnahmen zur Flankierung und Abmilderung der sozialen Folgen von Stilllegungsmaßnahmen zu fördern. Die Anerkennung des Sozialplans in § 112 BetrVG beruhte 1972 auf den Erfahrungen, die damals in den Unternehmen der Montanindustrie mit den Sozialplänen, die durch Beihilfen unterstützt waren, gemacht worden waren. In der weiteren Praxis wurden diese sozialen Maßnahmen auch mit der wirtschaftlichen Förderung kombiniert. So konnten Unternehmen von der Gewährung der Koksbeihilfe ausgeschlossen werden, die bei Stilllegungen keine Sozialplanleistungen erbracht hatten.²²³

1. Verbindung von Vergabe- und Beihilferecht

Rechtssystematisch ist die funktionale Äquivalenz von Vergaberecht und Beihilferecht und die beiderseitige Verwendbarkeit sozialer Kriterien vor allem anerkannt worden mit der Rechtsprechung des EuGH im Fall „Altmark Trans“ aus Sachsen-Anhalt.²²⁴ In der Literatur ist diese Verwendung der vier „Altmark-Trans-Kategorien“ bereits früh mit der fast gleichzeitigen Anerkennung sozialer Kategorien in Art. 26 der RL 2004/18/EG in Verbindung gesetzt worden.²²⁵ Darüber besteht heute weitgehend Übereinstimmung. Die Altmark-Trans-Kategorien werden bis heute in der Rechtsprechung des

EuGH²²⁶ sowie in der Literatur²²⁷ anerkannt. Funktionale Äquivalenz bedeutet allerdings nicht eine „1:1-Übertragung“ dieser Kriterien.

2. Zweckstaffelungen im Beihilferecht

Vielmehr zeichnet sich das Beihilferecht durch einen wesentlich größeren Formenreichtum aus. Dies ergibt sich bereits aus der Natur der Sache: Im Vergaberecht geht es um die Beschaffung von Gütern und Dienstleistungen, also um den Abschluss von Kauf-, Werk- und Dienstverträgen, der zusätzlich an soziale Kriterien gebunden werden kann, während im Beihilferecht eine Vielzahl von unterschiedlichen Zwecken verfolgt werden kann. Daher würde es zu kurz greifen, wenn man auf der Ebene des Europarechts die seit 2004 erfolgte vergaberechtliche Anerkennung sozialer Zwecke in Art. 26 der RL 2004/18 in Form einer Analogie auf das Beihilferecht übertragen wollte. Im Beihilferecht steht im Mittelpunkt die Realisierung des jeweiligen Beihilfezwecks, der ein breites Spektrum umfassen kann. In der AGVO sind die verschiedenen Möglichkeiten von Forschungsinvestitionen bis zu Umweltschutzmaßnahmen, von Beschäftigungsbeihilfen bis zu Ausbildungsbeihilfen zusammengefasst. Ein Teil dieser Beihilfen zielt unmittelbar auf arbeitspolitisch relevante, soziale Maßnahmen ab. So hatte der EuGH²²⁸ über eine Beihilfe der Region Sizilien an Unternehmen zu entscheiden, die befristete Arbeitsverträge in unbefristete Arbeitsverträge umwandeln wollten. Insoweit kann der soziale Zweck als Hauptzweck einer Beihilfe in Betracht kommen.

223 Henke, *Recht der Wirtschaftssubventionen*, S. 145.

224 EuGH 24.07.2003, C – 280/00, NJW 2003, 2515.

225 Kohte/Irion ZESAR 2004, 439, 442.

226 EuGH EuZW 2010, 788 m. Anm. Melcher (Deutsche Post).

227 Zuletzt König/Schreiber *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2010, S. 246.

228 EuGH 20.05.2010, C-138/09 Todaro Nunziatina.

Für Beschäftigungsbeihilfen wird als Zweck verlangt, dass neue Arbeitsplätze geschaffen werden. Hier können soziale Aspekte zur näheren Leistungsbeschreibung herangezogen werden und den Hauptzweck konkretisieren.²²⁹ Die Kommission hat bereits früh in ihren Leitlinien für Regionalbeihilfen und Beschäftigungsbeihilfen Berechnungsmethoden entwickelt, wie bestimmt werden kann, welche Arbeitsplätze neu geschaffen sind. Inzwischen sind die grundlegenden Aussagen in Art. 13 der AGVO normiert. Es handelt sich aber nicht nur um rechentechnische Fragen, wie durch ein neueres Verfahren des EuGH verdeutlicht werden konnte. Mit dem Urteil „Lodato“²³⁰ klärte der EuGH die Frage, welche Rechenmethode am besten geeignet ist; sie hatte sich bei einem italienischen landwirtschaftlichen Unternehmen, das zahlreiche Saisonarbeitskräfte beschäftigte, gestellt. Der Gerichtshof ließ sich bei der Feststellung der zutreffenden Berechnungsweise von dem Ziel leiten, die Stabilität bzw. den Fortbestand des subventionierten Arbeitsplatzes zu fördern. Damit kommt ein qualitatives Kriterium ins Blickfeld, das durch die bezweckte Stabilität und Nachhaltigkeit gekennzeichnet ist. Hier stellt sich die zusätzliche Frage, ob durch weitere Bestimmungen auch genaue Anforderungen an die Qualität der Arbeitsplätze gestellt werden können.

3. Das Konzept der sozialen Zuverlässigkeit

Eine erste Schichtung der Qualität der Arbeitsplätze betrifft die Einhaltung normativ vorgeschriebener Anforderungen. Da die Beihilfepolitik nicht isoliert erfolgt, sondern in eine Gesamtstrategie zur Förderung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts eingebettet ist, ist es geboten, solche Anforderungen an die Qualität der subventionierten Arbeitsplätze auch im Beihilferecht anzuerken-

nen. Rechtstechnisches Mittel ist die Kategorie der Zuverlässigkeit, die sowohl im europäischen Recht, wie die RL 2004/18/EG dokumentiert, als auch im deutschen Beihilferecht²³¹ anerkannt worden ist. Nach allgemeinen Grundsätzen können Beihilfen nur an zuverlässige Antragsteller erbracht werden.²³² Dabei ist anerkannt, dass die Kategorie der Zuverlässigkeit in einem engen Zusammenhang zum jeweiligen Subventionszweck steht. Die Zuverlässigkeit muss gewährleisten, dass gerade dieser Zweck auch erfüllt werden kann.²³³ Zutreffend ist daher in § 7 des neuen Thüringer Vergabegesetzes²³⁴ angeordnet worden, dass sich die Zuverlässigkeitsprüfung auch auf die Einhaltung arbeitnehmerschützender Bestimmungen zu beziehen hat.

Dies entspricht sowohl den europarechtlichen Vorgaben als auch der Novellierung des § 97 GWB. In den Erwägungsgründen zur RL 2004/18/EG wird unter Nr. 34 das Arbeitsrecht ausdrücklich angesprochen.²³⁵ Es heißt hier: *„Die im Bereich der Arbeitsbedingungen und der Sicherheit am Arbeitsplatz geltenden nationalen und gemeinschaftlichen Gesetze, Regelungen und Tarifverträge sind während der Ausführung eines öffentlichen Auftrages anwendbar...“* Nach einem Hinweis auf die Entsenderichtlinie RL 96/71/EG heißt es weiter: *„Enthält das nationale Recht entsprechende Bestimmungen, so kann die Nichteinhaltung dieser Verpflichtungen als eine schwere Verfehlung oder als ein Delikt betrachtet werden, das die berufliche Zuverlässigkeit des Wirtschaftsteilnehmers in Frage stellt und dessen Ausschluss vom Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrages zur Folge haben kann“.* Folgerichtig werden in Art. 45 als Ausschlussgründe Bestrafungen wegen eines Delikts genannt, das die berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellt. Diesem gleichgestellt wird das Begehen einer schweren Verfehlung im Rahmen der beruflichen Tätigkeit.

229 Dies entspricht methodisch der Definition des Auftragsgegenstands mit Hilfe sozialer Kriterien, wie er in § 5 des Thüringer Vergabegesetzes verlangt wird.

230 EuGH 02.04.2009, C-415/07.

231 Dazu bereits Rodi, Subventionsrechtsordnung S. 598.

232 OVG LSA Urt. v. 22.06.2006 – 1 L 118/05.

232 HessVGH MDR 1996, 636.

234 ThürVgG vom 18.04. 2011, GVBl Nr. 4 vom 28.04.2011, S. 69 ff.

235 Ebenso jetzt im Erwägungsgrund Nr. 44 des Vorschlags der Vergaberichtlinie vom 20.12.2011.

Im Gesetzgebungsverfahren zu § 97 Abs. 4 GWB ist zur Klarstellung²³⁶ als zusätzliches Merkmal zur Zuverlässigkeit die Gesetzestreue hervorgehoben worden. Als relevante Gesetze wurden in der Begründung die jeweiligen ILO-Kernarbeitsnormen sowie allgemeinverbindliche Tarifverträge genannt.²³⁷ Die Gesetzesbegründung orientiert sich damit an den bereits bisher anerkannten arbeitsbezogenen Kategorien zur Zuverlässigkeit im Vergabe- und Gewerberecht, die gerade die Einhaltung der Arbeitsschutzgesetze als ein wichtiges Kriterium herangezogen hatten.²³⁸ Somit sind neben der Einhaltung zwingenden Tarifrechts, das vor allem nach § 5 TVG zu beachten ist²³⁹, zunächst die Vorschriften des öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzrechts zu beachten. Ihre Verletzung wird sich in Einzelfällen als Delikt darstellen, jedoch regelmäßig als schwere Verfehlung zu klassifizieren sein. In der praktischen Gesetzesanwendung werden hier vor allem Bußgelder, die durch die Arbeitsschutzbehörden verhängt worden sind, zu beachten sein. Das Kriterium der „schweren Verfehlung“ ist hinreichend offen, um dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung zu tragen. Eine „schwere Verfehlung“ muss allerdings „nachgewiesen“ werden. Dies kann durch einen Bußgeldbescheid, jedoch auch durch ein Revisions schreiben der Arbeitsschutzbehörden bzw. durch eine Anordnung nach § 22 ArbSchG, die sich auf Verletzungen der Arbeitsschutzgesetze bezogen haben, erfolgen.

Neben dem Arbeitsschutzrecht ist gerade das öffentliche Arbeitszeitrecht von zentraler Bedeutung. Die Missachtung dieser Vorschriften kann ebenfalls als Unzuverlässigkeit eingestuft werden. Hier ist es auch denkbar, auf Überwachungsmaßnahmen nach § 17 ArbZG zurückzugreifen. Beachtung muss hier auch finden, dass weitere öffentliche Arbeitsschutzvorschriften im Mutterschutzrecht sowie im Jugendarbeitsschutzrecht zu beachten sind; die Berichte der Arbeitsschutzbehörden zeigen, dass Ver-

letzungen dieser Vorschriften nicht selten sind. Ein solches Verhalten widerspricht jedoch eindeutig der erforderlichen sozialen Verantwortung von Unternehmen.

Die Prüfung der Zuverlässigkeit ist von den jeweils zuständigen Behörden auf Landesebene bzw. kommunaler Ebene vorzunehmen. Dabei ist es verfahrensrechtlich zunächst geboten, dass die Kategorie der Zuverlässigkeit präzisiert wird und möglicherweise Fragen an die Antragsteller gerichtet werden, die durch Nachfragen bei anderen Behörden zu überprüfen sind. Bei der Beschaffung von Arbeitsplätzen sind zunächst auf jeden Fall die Grundnormen des Arbeitsschutzrechts einschließlich des Jugendarbeitsschutz- und des Mutterschutzrechts sowie des Arbeitszeitrechts einzuhalten.

Mit der Kategorie der Zuverlässigkeit wird somit die Einhaltung rechtlich vorgegebener Verhaltenspflichten gesichert. Daher kann mit dieser Kategorie vom Arbeitgeber nicht verlangt werden, dass ein Betriebsrat gebildet wird, weil dies nicht zu seinen Aufgaben und Verhaltenspflichten zählt; die Betriebsratswahl ist der autonomen, nicht beeinflussten Entscheidung der Beschäftigten zugewiesen. In dieser Entscheidung dürfen sie allerdings nicht behindert und unzulässig beeinflusst werden.²⁴⁰ Sowohl die Behinderung der Betriebsratswahl nach § 20 BetrVG als auch der Betriebsratsarbeit nach § 78 BetrVG sind, wie sich auch aus aktuellen Entscheidungen zu §§ 119, 121 BetrVG ergibt, dem Arbeitgeber nicht gestattet²⁴¹ und bieten daher auch im Beihilferecht beachtliche Zulässigkeitskategorien. Dies gilt auch für die Einhaltung der Beschäftigungsquote nach § 71 ff. SGB IX; zwar kann ein Unternehmer auch eine Ausgleichsabgabe leisten, doch entbindet ihn diese nicht von der Beschäftigungspflicht.²⁴² Die Ausgleichsabgabe weist aber darauf hin, dass es Fallgestaltungen geben kann, in denen Arbeitgeber trotz aktiver Be-

236 Dazu Gabriel NJW 2009, 2011, 2012.

237 BT-Drs. 16/11428, S. 50.

238 Bungenberg in Löwenheim, 2006, § 97 Rn. 46; Kohte in Hauck/Rosenfeld, 2009, S. 77, 88.

239 OVG LSA, Beschluss vom 7.10.2010 – 1 L 2/10.

240 BAG AP Nr. 13 zu § 19 BetrVG 1972; zu einem aktuellen Beispiel Kohte/Paschke jurisPR-ArbR 41/2010 Anm. 3.

241 AG Detmold BB 1979, 983; LG Braunschweig NStZ-RR 2000, 93; LG Marburg AiB 2008, 108, dazu

Zwiehoff jurisPR-ArbR 21/2009 Anm. 6; AG Emmendingen AuR 2009, 222, dazu Janssen jurisPR-StrafR 19/2008 Anm. 4.

242 KSW/Kohte Sozialrecht, 2. Aufl. 2011 SGB IX §§ 71 ff Rn. 16; LPK-SGB IX/Düwell 3. Aufl. 2011 § 77 Rn. 5.

mühungen das Beschäftigungsziel verfehlen. Insofern verlangt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dass dem Arbeitgeber der Nachweis ermöglicht wird, dass er trotz ordnungsgemäßer Bemühungen keine Bewerbungen geeigneter schwerbehinderter Beschäftigter erhalten hatte. Dies setzt allerdings voraus, dass die in § 81 SGB IX normierten Verfahrensvorschriften eingehalten worden sind.

4. Soziale Gestaltungskriterien

Neben der Kategorie der Zuverlässigkeit, die für das Beihilferecht elementar und unverzichtbar ist, ist zu diskutieren, ob weitere soziale Kategorien Berücksichtigung finden können, mit denen nicht nur die unverzichtbaren arbeits- und sozialrechtlichen Pflichten abgebildet werden. Die AGVO 800/2008 macht mit ihren Differenzierungen deutlich, dass die dort generell genehmigten Beihilfen auch auf die Qualität der Arbeit abzielen. Ein anschauliches Beispiel ist die Strukturierung der Ausbildungsbeihilfen. Hier wird zwischen allgemeinen und speziellen Ausbildungsbeihilfen unterschieden. Eine spezielle Ausbildung ist auf die besonderen Belange des jeweiligen Unternehmens ausgerichtet und erhöht das Know-how der jeweiligen Arbeitskraft und ihre Handlungsmöglichkeiten am Arbeitsmarkt nur in geringer Weise, während eine allgemeine Ausbildung dazu führt, dass Beschäftigte so qualifiziert werden, dass sie sich insgesamt auf dem Arbeitsmarkt mit größeren Chancen bewegen können. Eine solche allgemeine Ausbildungsförderung ist vorrangig und wird mit höheren Sätzen gefördert als eine spezielle Ausbildung. Schließlich ist zu beachten, dass eine spezielle Ausbildung nicht förderungswürdig sein kann, weil sie vom Arbeitgeber in jedem Fall hätte organisiert werden müssen, weil sie entweder gesetzlich vorgeschrieben ist oder weil sie für eine effektive Arbeitsorganisation unverzichtbar ist. In einem solchen Fall würde es bereits an dem erforderlichen Anreiz nach Art. 8 AGVO fehlen. Aus diesem Grund ist die Streichung beantragter Ausbildungsbeihilfen für die Tätigkeit der DHL am Flughafen Leipzig/Halle

durch die Kommission vom EuG²⁴³ sowie vom EuGH²⁴⁴ gebilligt worden. In dem hier zu diskutierenden Kontext machen diese neuen Entscheidungen deutlich, dass in jedem Fall der Beihilfezweck und der ökonomische Anreiz genau zu ermitteln sind, sich aber auch nicht auf normative Verhaltenspflichten beschränken lassen.

Zugleich zeigt sie aber auch, dass die Qualität der geförderten Arbeitsplätze eine wichtige Kategorie für diese Beihilfen darstellen kann. Diese kann durch weitere Obliegenheiten näher gesichert werden. Die Abstufung der Leistungen bei den Ausbildungsbeihilfen ist insoweit auch ein exemplarisches Beispiel, weil sie dokumentiert, dass die Verhältnismäßigkeit durch differenzierte Zahlungen gesichert werden kann. So könnte z. B. der Prozentsatz der Lohnkosten, die übernommen werden, um 5 oder 10 Prozent erhöht werden, wenn eine zusätzliche Quote von Personen, die am Arbeitsmarkt benachteiligt sind, eingestellt werden. Ein solcher Bonus kann für die Beschäftigung von Behinderten über die Beschäftigungspflicht hinaus erbracht werden wie bei der Einstellung von Menschen mit anderen gesundheitlichen Handicaps, mit geringer Qualifizierung und anderen Nachteilen am Arbeitsmarkt. Dies ist eine spiegelbildliche Nutzung der Kategorien, die der EuGH im Vergaberecht in den Urteilen „Beentjes“ und „Pas-de-Calais“ bereits seit längerer Zeit anerkannt hat. Insofern sind die Bundesländer bei entsprechenden Beihilfen nicht auf die Lohnkostenzuschüsse beschränkt, die nach dem SGB II und SGB III gesetzlich anerkannt sind.

Diese weiteren Anforderungen werden jeweils gesteuert durch den Beihilfezweck. Bei den Beschäftigungsbeihilfen besteht dieser in der Schaffung möglichst dauerhafter und stabiler Arbeitsplätze. Hier kann die Erkenntnis umgesetzt werden, dass „attraktive und wettbewerbsfähige Entgelte ein wichtiger Standortfaktor“ sind, die z. B. in der Gemeinsamen Erklärung zur Stärkung der Tarifpartnerschaft im Land Sachsen-Anhalt vom 21.10.2010

243 EuG 08.07.2010 – T 396/08.

244 EuGH 21.07.2011 – C-459/10 P.

ihren Niederschlag gefunden hat. Es geht insoweit nicht um eine normative Tarifbindung, sondern um eine Entgeltstruktur, mit der sichergestellt werden kann, dass in Übereinstimmung mit den GRW-Richtlinien „überwiegend qualifizierte Arbeitsplätze“ geschaffen bzw. erhalten werden.

Es ist weiter auch sachgerecht, wenn der Anteil der befristet Beschäftigten beschränkt wird bzw. die Umwandlung befristeter Verträge in unbefristete Verträge als weitere beihilfefähige Maßnahme eingestuft wird. Die Qualität der Arbeit und die Stabilität von Arbeitsverträgen ist nicht nur relevant für Beschäftigungs- und Ausbildungsbeihilfen. Der Bericht der Kommission vom 22.6.2011 über den Beitrag staatlicher Beihilfen zur Strategie Europa 2020 weist aus, dass seit der AGVO 2008, mit der eine Gruppenfreistellung auch für FuE-Beihilfen eingeführt worden war, die Zahl dieser Beihilfen deutlich gestiegen ist. Die Beispiele zeigen, dass es sich in nicht wenigen Fällen um Projekte handelt, die nicht kurzfristig angelegt sind. Unter den beihilfefähigen Kosten im Forschungsbereich sind wiederum Kosten für Angestellte an erster Stelle genannt, so dass auch hier ein deutlicher Zusammenhang zwischen der Beihilfe und der Begründung und Ausgestaltung von Arbeitsverhältnissen besteht. Die in der AGVO geregelte „Ausleihe von Arbeitskräften für Forschungsprojekte“ ist eng beschränkt auf besonders qualifizierte Personen, die bereits mehrere Jahre in einer Forschungseinrichtung gearbeitet haben, so dass im Mittelpunkt wiederum die Begründung stabiler Arbeitsverhältnisse beim Subventionsempfänger steht. Angesichts der angestrebten Nachhaltigkeit dieser Forschungsprojekte liegt es nahe, dass hier eine intensive Nutzung befristeter Arbeitsverträge kontraproduktiv sein kann und dass entsprechende Auflagen zur Begrenzung befristeter Arbeitsverhältnisse sachdienlich sind. Insoweit gilt auch für diese Arbeitsplätze, dass die sachlich gebotene Qualität der Arbeit auch durch das Beihilferecht abgesichert werden kann.

II. Die Grundfreiheiten – eine Grenze für soziale Zwecke?

Das bekannte EuGH-Urteil „Rüffert“²⁴⁵ gibt hinreichenden Anlass, dass für die Ausgestaltung des Vergabe- und Beihilfenrechts stets die spezifische Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten zu überprüfen ist.

1. Anwendbarkeit

Nach der Rechtsprechung des EuGH stellen die Grundfreiheiten eine autonome weitere – nicht durch Art. 107 AEUV verdrängte – europarechtliche Grenze staatlichen Handelns dar.²⁴⁶ Grenzen könnten sich hier aus der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit ergeben.

2. Die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit

Beihilfen müssen mit den Grundfreiheiten des Unionsrechts vereinbar sein. Sie sind für alle Behörden der Mitgliedstaaten einschließlich der Verwaltungsbehörden und Gerichte verbindlich, die deshalb zu seiner Beachtung verpflichtet sind, ohne dass der Erlass nationaler Durchführungsbestimmungen erforderlich wäre.²⁴⁷ Ein Verstoß würde die Rechtswidrigkeit bedingen. Zu diskutieren sind in unserem Zusammenhang die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit.

Die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV (ex Art. 43 EGV) ist dadurch gekennzeichnet, dass Unionsangehörige in stabiler und kontinuierlicher Weise am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedsstaats teilnehmen²⁴⁸, indem sie dort eine Niederlassung gründen und in einer Betriebsstätte Arbeiten verrichten lassen. Für diese auf Dauer angelegte Tätigkeit hat einheitlich Art. 8 Abs. 2 der Rom-I-Verordnung bestimmt, dass die zwingenden arbeitsrechtlichen Vorschriften am Tätigkeitsort

245 EuGH NZA 2008, 537; dazu Kocher DB 2008, 1042 und Bayreuther NZA 2008, 626.

246 EuGH, Urt. vom 7.5.1985 – 18/84 Slfg. 1985, 1339; Überblick bei Kaelble S. 122.

247 EuGH, Urteile vom 15.10.1986 – 168/85, Slg. 1986, 2945, Urteil vom 21.2.2008, C 412/04, Slg. 2008, I 619.

248 Geiger/Khan/Kotzur, AUEV, 5. Aufl. 2010 Art. 49 Rn. 1; Grabitz/Hilf/Nettesheim AEUV 2011, Art. 49 Rn. 27; Bröhmer in Calliess/Ruffert EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011 Art. 49 Rn. 32; EuGH 30.11.1995, C – 55/94 (Gebhard) NJW 1996, 579, 580, Rn. 25; EuGH 15.01.2002, C 493/99, Slg. I 305 ff, Rn. 21 (Italien).

maßgeblich sind.²⁴⁹ Wenn ein ausländisches Unternehmen in einer inländischen Niederlassung oder Betriebsstätte daher zwingendes deutsches Arbeitsrecht zu beachten hat, dann ist dies in der Regel keine Verletzung der Niederlassungsfreiheit, sondern ausschließlich die zutreffende Wiedergabe der jetzigen unionsrechtlichen Lage.

Auf der anderen Seite bedeutet dies auch, dass Regionalbeihilfen oder Beschäftigungsbeihilfen, die auf Dauerarbeitsplätze in einem deutschen Bundesland abzielen, selbstverständlich auch an ausländische Unternehmen zu erbringen sind, die eine Niederlassung in der geförderten deutschen Region betreiben und die sonstigen Voraussetzungen erfüllen, die an vergleichbare deutsche Betriebe gestellt werden. Eine solche Kompatibilität mit der Niederlassungsfreiheit wird auch durch die jetzige Fassung der AGVO 800/2008 gefordert, die in gleicher Weise allen Unternehmen, die die Anforderungen solcher Dauerarbeitsplätze erfüllen, die Möglichkeit für Beihilfen einräumen. Selbstverständlich dürfen ausländische Unternehmen nicht von diesen Möglichkeiten ausgeschlossen werden. Dies wäre im Übrigen auch mit dem Diskriminierungsverbot in Art. 18 AEUV nicht vereinbar.

Wesentlich problematischer sind die Fragen der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV (früher Art. 49 EGV). Die Dienstleistungsfreiheit betrifft gerade die grenzüberschreitende vorübergehende Erbringung von Dienstleistungen, möglicherweise ohne eine feste Betriebsstätte. Zentrale Form ist die vorübergehende Entsendung von Arbeitskräften. Als zeitliche Obergrenze wird ein Zeitraum von ein bis maximal drei Jahren genannt.²⁵⁰ Für eine vorübergehende Entsendung darf nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in der Regel nicht die Existenz einer inländischen

Betriebsstätte bzw. Niederlassung verlangt werden.²⁵¹ Eine solche Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit könnte zwar im öffentlichen Interesse des Arbeitsstaates liegen, wäre jedoch unverhältnismäßig, da sie die vorübergehende Entsendung weitgehend unmöglich machen würde. Für die Fälle der vorübergehenden Entsendung sind Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit zwar zulässig, soweit sie sich auf den sozialen Mindestschutz der entsandten Beschäftigten richten und für diesen Schutz eine Orientierung an den Anforderungen des Arbeitsstaates verlangen,²⁵² der entsprechende Eingriffsnormen nach Art. 9 der Rom-I-VO gesetzt hat.²⁵³ Für diese Fälle hat der Europäische Gerichtshof in enger Auslegung der RL 96/71/EG verlangt, dass sich die zwingenden Bestimmungen auf Mindestentgelte beziehen und nicht sämtliche Normen des jeweiligen Tarifvertrags umfassen.²⁵⁴ In der Literatur und in der neuen Landesgesetzgebung ist umstritten, in welchem Umfang sich dadurch Restriktionen des Einsatzes sozialer Kriterien im Vergaberecht ergeben.²⁵⁵

Für den Bereich des Beihilferechts ist hier jedoch zu differenzieren. Beschäftigungsbeihilfen und bestimmte Regionalbeihilfen werden eingesetzt, um Dauerarbeitsplätze zu schaffen. Die Kategorie des Dauerarbeitsplatzes verlangt bereits nach den Vorgaben der AGVO 800/2008 in einer Vielzahl von Fällen eine Frist von fünf Jahren, in anderen zumindest von drei Jahren. Die Rechtsprechung der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit verlangt zutreffend, dass diese Arbeitsplätze für die gesamte Zeit von fünf Jahren stabil bestehen müssen.²⁵⁶ Diese Besetzung muss auch lückenlos erfolgen, weil sie dazu dient, stabile Arbeitsplätze zu schaffen, die auch nach Ablauf der Förderfrist noch zu einer Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur bzw. Beschäftigung beitragen. Solche Dauerarbeits-

249 ErfK/Schlachter, Rom-I-VO Art. 8 Rn. 5.

250 ErfK/Schlachter Art. 9 Rom-I-VO Rn. 12; MünchKomm-Martiny Rom-I-VO Art. 8 Rn. 57.

251 EuGH NZA 2001, 1299; EuGH 15.01.2002, C 493/99, Slg. I 2002 S. 305 ff Rn. 30.

252 EuGH NZA 2001, 1377 (finalarte); Schlachter NZA 2002, 1242 ff.

253 MünchKomm/Martiny Rom-I-VO Art. 8 Rn. 7, 116.

254 EuGH NZA 2008, 537 (Rüffert); vgl. dazu auch Bayreuther NZA 2008, 626, 629 f.

255 Dazu zuletzt Greiner ZIP 2011, 1219 ff.; vgl. bereits Rödl EuZW 2011, 292.

256 OVG Magdeburg 09.11.2006 – 1 L 497/05; vgl. bereits OVG Lüneburg 10.04.198 – 9 A 223/81, DÖV 1985, 76.

plätze können jedoch nicht im Wege der vorübergehenden Entsendung geschaffen werden. Insofern ist es hier legitim, wenn das nationale Recht eine Beschäftigung in dauerhaften Betriebsstätten²⁵⁷ verlangt, so dass nach Art. 8 Abs. 2 der Rom-I-VO deutsches Arbeitnehmerschutzrecht Anwendung finden muss. Für diese Fallgruppe von Beihilfen, die die Mehrzahl der in der AGVO 800/2008 geregelten Beihilfen erfasst, ist die Beachtung zwingenden deutschen Arbeitsrechts keine Verletzung der Grundfreiheiten, sondern entspricht dem System des europäischen Arbeitsrechts.

Für diese Beihilfetypen ist daher die RL 96/71/EG nicht der geeignete normative Maßstab, so dass – anders als im Fall Ruffert – Beschränkungen der Grundfreiheiten durch qualitative und soziale Anforderungen an Dauerarbeitsplätze nicht am Leitbild der RL 96/71/EG zu messen sind. Der Maßstab der RL 96/71/EG kann daher für Beihilfen nur dann eingreifen, wenn die Zwecke dieser Beihilfen auch mit einer Beschäftigung im Rahmen zeitweiliger Entsendung erfüllt werden können. Dies ist denkbar bei Regionalbeihilfen, die z. B. auf die Errichtung eines Bauwerks oder einer Fernstraße gerichtet sind und bei denen die Beihilfempfänger berechtigt sind, geförderte Tätigkeiten im Wege der Vergabe an (Sub)Unternehmen zu vergeben, die diese Tätigkeit mit Hilfe entsandter Arbeitnehmer erbringen können. Dies ist bei den in der AGVO 800/2008 normierten Beispielen der Ausnahmefall, denn selbst Regionalbeihilfen, die auf den Bau von Fernstraßen gerichtet sind, können als legitimen weiteren Zweck die mittelfristige Stärkung der Beschäftigungsstruktur in einer bestimmten Region verfolgen. Diese Anforderungen müssten allerdings transparent in den Ausschreibungsbedingungen dokumentiert werden und müssten sich weiter am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz messen lassen.

Daraus ergibt sich, dass sich in einem – in der Regel kleineren – Teil der Beihilfen vergabeähnliche Problemlagen stellen, so dass insoweit die Diskussion über den Spielraum sozialer Kriterien, vor allem der Entgeltkriterien, in gleicher Weise wie im Vergaberecht stellen würde. In der Mehrzahl der Beihilfen ist dagegen nicht die Dienstleistungsfreiheit, sondern die Niederlassungsfreiheit der zentrale Maßstab. Wenn Dauerarbeitsplätze über einen Zeitraum von fünf Jahren gefördert werden sollen, kann die rechtliche Grenze nicht mit Hilfe der RL 96/71/EG markiert werden. Insofern geben die Grundsätze der Art. 8, 9 der Rom-I-VO den maßgeblichen Rahmen ab. Ist aber insoweit eine Integration in das zwingende deutsche Arbeitsrecht bereits unionsrechtlich vorgegeben, dann ist es systemgerecht, dass die Kriterien durch die entsprechenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, vor allem zur Tariftreue²⁵⁸, markiert werden.

Geht man davon aus, dass der Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit eröffnet ist, so ist zu prüfen, ob eine Beschränkung vorliegt. Eine Beschränkung liegt in jeder Maßnahme vor, die geeignet ist, die Tätigkeit des Dienstleistenden, der in einem Mitgliedstaat ansässig ist und dort regelmäßig Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.²⁵⁹ Dieses Verbot gilt unterschiedslos für Inländer und Ausländer. Ganz allgemein sind Vorgaben bezüglich der Ausrichtung und mittelbaren Durchführung der Dienstleistung geeignet, diese weniger attraktiv zu machen. Eine Diskriminierung könnte in einem Entsendungsfall möglicherweise vorliegen, wenn die Beschäftigung von Arbeitslosen aus dem Arbeitsamtsbezirk, in dem die Leistung zu erbringen ist, gefordert würde.

257 Zum Begriff der Betriebsstätte im Subventionsrecht OVG Magdeburg DÖV 2001, 170.

258 BVerfG NZA 2007, 42.

259 EuGH, Urteil vom 25.7.1991 – C-76/90.

3. Die Rechtfertigung

Wie im Verfassungsrecht kann eine Beschränkung gerechtfertigt sein. Der freie Dienstleistungsverkehr darf als fundamentaler Grundsatz des Vertrages nur durch Regelungen beschränkt werden, die durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind und für alle im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats tätigen Personen oder Unternehmen gelten, soweit dieses Interesse nicht durch die Vorschriften geschützt wird, denen der Dienstleistende in dem Mitgliedstaat unterliegt, in dem er ansässig ist.²⁶⁰ Ergänzend wird der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit angewendet: Die Anwendung der nationalen Regelungen eines Mitgliedstaats auf in anderen Mitgliedstaaten niedergelassene Dienstleistende muss geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, und darf nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist.²⁶¹

Zwingende Arbeitnehmerinteressen können Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen. Dieser Rechtfertigungsgrund findet sich in mehreren Entscheidungen wieder.

In *Laval*²⁶² hat der Gerichtshof diese grundsätzliche Erwägung erweitert: In Entsprechung zu der eingangs dieses Teils herausgestellten Bedeutung der sozialen Dimension Europas betonte das Gericht eben diese:

... dass die Tätigkeit der Gemeinschaft nach dem Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 Buchst. c und j EG nicht nur „einen Binnenmarkt, der durch die Beseitigung der Hindernisse für den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten gekennzeichnet ist“, sondern auch „eine Sozialpolitik“ umfasst. Art. 2 EG bestimmt nämlich, dass es u. a. Aufgabe der Gemeinschaft ist, „eine harmonische, ausgewogene und nachhaltige Entwicklung des Wirtschaftslebens“ sowie „ein

hohes Beschäftigungsniveau und ein hohes Maß an sozialem Schutz“ zu fördern.

Da die Union somit nicht nur eine wirtschaftliche, sondern auch eine soziale Zielrichtung hat, müssen die sich aus den Bestimmungen des EG-Vertrags über den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr ergebenden Rechte gegen die mit der Sozialpolitik verfolgten Ziele abgewogen werden, zu denen, wie aus Art. 136 EG/151 AEUV hervorgeht, insbesondere die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen, um dadurch auf dem Wege des Fortschritts ihre Angleichung zu ermöglichen, ein angemessener sozialer Schutz und der soziale Dialog zählen.

Diese Ausführungen führen zwei wichtige Aspekte vor Augen. Sozialer Schutz ist grundsätzlich geeignet, die Dienstleistungsfreiheit zu beschränken, und darf erst Recht nicht durch eine Betonung dieser Grundfreiheit schlicht ausgeblendet werden. Zum anderen ist in dieser Rechtsprechung eine positive Dynamik enthalten. Die Verwendung des Begriffs der Verbesserung gibt eine klare Route der weiteren sozialen Maßnahme vor, in die sich die Wirtschaftsförderung ihrerseits einfügt.

Davor sind wiederum die Ausführungen des EuGH in der Rechtssache *Finalarte*²⁶³ von Bedeutung, die Dienstleistungsfreiheit stehe dem nicht entgegen, dass ein Mitgliedstaat ein in einem anderen Mitgliedstaat ansässiges Unternehmen, das eine Dienstleistung im Gebiet des ersten Mitgliedstaats erbringt, einer nationalen Regelung unterwerfe, durch die den zu diesem Zweck von dem Unternehmen entsandten Arbeitnehmern Urlaubsansprüche garantiert werden, sofern zum einen die Arbeitnehmer nach den Rechtsvorschriften des Niederlassungsmitgliedstaats ihres Arbeitgebers keinen im Wesentlichen vergleichbaren Schutz genießen, so dass die Anwendung der nationalen Regelung des ersten Mitgliedstaats ihnen einen

260 EuGH, Urteil vom 17.12.1981 – 279/80, Slg. 1981, 3305, Randnr. 17.

261 EuGH, Urteil vom 23.11.1999 – C-369/96.

262 EuGH, Urteil vom 18.12.2007 – C-341/05.

263 EuGH, Urteil vom 25.10.2001 – RS 49/98.

tatsächlichen Vorteil verschafft, der deutlich zu ihrem sozialen Schutz beiträgt, und zum anderen die Anwendung dieser Regelung des ersten Mitgliedstaats im Hinblick auf das verfolgte im Allgemeininteresse liegende Ziel verhältnismäßig ist. Schlachter interpretierte diese Ausführungen als Einräumung von Spielräumen zum Schutz von Arbeitnehmern, wenn die Beschränkung dem Schutz der Arbeitnehmer dient.²⁶⁴ Die gleichen Grundsätze müssen auch im exekutiven Bereich gelten. Es kommt mithin darauf an, dass die Maßnahme dem Schutz der Arbeitnehmer dienen soll. Dieser Maßstab ist im Anschluss an die Entscheidung Finalarte objektiv zu bestimmen. Daher kann mit der Anforderung von Mindestentgelten, die dem Arbeitnehmerschutz und dem Schutz sozialer Sicherungssysteme dienen, eine Begrenzung der Dienstleistungsfreiheit gerechtfertigt werden.²⁶⁵

III. Das Diskriminierungsverbot, Art. 18 AEUV

Geht man davon aus, dass der Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit nicht eröffnet ist, so gewinnt das allgemeine Diskriminierungsverbot an Bedeutung. Umgekehrt wird es von der speziellen Norm des Art. 56 AEUV verdrängt.

Schon in der Beentjes-Entscheidung deutete sich die Bedeutung des allgemeinen Diskriminierungsverbots für soziale Zusatzkriterien an. Im Vergaberecht sollte eine Diskriminierung bereits dann anzunehmen sein, wenn sich herausstellte, dass die Erfüllung des sozialen Zusatzkriteriums für ausländische Unternehmen nur unter größeren Schwierigkeiten möglich ist.

Man unterscheidet unmittelbare und mittelbare Diskriminierungen. Eine direkte Diskriminierung

läge vor allem dann vor, wenn ein einzuhaltendes Kriterium darin bestünde, Angehöriger eines Mitgliedstaates zu sein oder ein bestimmter, festgeschriebener Prozentsatz von Angehörigen des die Beihilfe gewährenden Staates.²⁶⁶ Mittelbare Diskriminierungen liegen immer dann vor, wenn über ein Kriterium nicht unmittelbar an der Staatsangehörigkeit angeknüpft wird, faktisch dieses jedoch zu einer Ungleichbehandlung führt.²⁶⁷ Hier hinein fallen Vorgaben, nur oder einen bestimmten Anteil im Inland lebenden Arbeitnehmern zu beschäftigen.²⁶⁸

IV. Das Transparenzgebot

Unter der Beifügung von beihilfefremden Kriterien müssen notwendigerweise die Transparenz und die Diskriminierungsabwehr leiden.²⁶⁹ Der Antragssteller muss sich auf diese Kriterien einstellen können und bereits im Vorfeld planen können. Es stellt sich daher die Frage, ob ein System, welches über Verwaltungsvorschriften und Einzelfallnebenbestimmungen funktioniert, diesem Grundsatz genüge tut. Mit anderen Worten bzw. von einer normativen Betrachtungsweise aus ist zu überprüfen, ob das Parallellaufen von Transparenz und sozialen Zusatzkriterien im Vergaberecht auch ein diesseitiges Parallellaufen bedingt wie die Transparenzanforderungen im Vergaberecht.

1. Transparenzgrundsatz im Beihilferecht

Der EuGH leitet das Transparenzgebot aus den Artikeln 49 AEUV und 56 AEUV, der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit sowie dem Gleichbehandlungsgrundsatz und dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit her.²⁷⁰ Somit muss dieser Grundsatz auch im Beihilferecht verwirklicht werden. Eine weitere

264 Schlachter, NZA 2002, 1242 (1246).

265 Rödl EuZW 2011, 292; Greiner ZIP 2011, 2129.

266 Zum Vergaberecht: Beuttenmüller S. 148.

267 EuGH, Beschluss vom 29.10.1980 – C 22/80.

268 Beuttenmüller S. 150 mwN.

269 Für das Vergaberecht Pietzcker, ZHR 162, 427 (467).

270 EuGH, Urteil vom 09.09.2010 – RS C-64/08.

Begründungslinie hinter dem Transparenzgebot ist die Bekämpfung von Korruption und Bestechung.²⁷¹ Dieser Schutzgedanke stellt sich immer, wenn öffentliche Mittel überkompensatorisch verteilt werden. Er gilt daher auch im Beihilferecht.

Im Vergaberecht erforderten die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz weiter, dass den potenziellen Bietern zum Zeitpunkt der Vorbereitung ihrer Angebote alle Kriterien, die vom öffentlichen Auftraggeber bei der Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots berücksichtigt werden, und, wenn möglich, deren relative Bedeutung bekannt ist.²⁷² Ein weiterer Argumentationsstrang ist die Fristengebundenheit des Vergaberechts, wie dies der EuGH in der Entscheidung Nord-Pas-de-Calais betonte.

Für das geltende Beihilferecht lassen sich unionsrechtliche und nationale Transparenzvorschriften unterscheiden. Maßgeblich ist vor allem Art. 9 der AGVO 800/2008. Mit diesem Artikel werden die Mitgliedsstaaten verpflichtet, Informationen an die Kommission zu geben und ihre Beihilfavorschriften im Internet in einer geeigneten Form bekannt zu machen. Diese Transparenz hat einen doppelten Zweck.²⁷³ Sie sollen einerseits den Beihilfeberechtigten eine rechtzeitige Information übermitteln, damit diese sich rational entscheiden können, ob sie eine bestimmte Beihilfe beantragen wollen. Zum anderen soll durch diese Transparenz die Ex-post-Kontrolle der Kommission nach Art. 10 der VO 800/2008 erleichtert werden. Bei den Beratungen über die Formulierungen der AGVO wurde kontrovers diskutiert, ob auf diese Weise Geschäftsgeheimnisse der Antragsteller, z. B. bei Forschungsbeihilfen, in die Öffentlichkeit geraten. Letztlich wurde auch hier ein Kompromiss gefunden²⁷⁴, so dass seit 2008 davon ausgegangen werden kann, dass durch das Unionsrecht ein hinrei-

chend transparenter Rahmen für die Beihilfegewährung formuliert ist, der durch die Regelung der Mitgliedsstaaten und in Deutschland auch der jeweiligen Bundesländer zu konkretisieren ist.

2. Der allgemeine Transparenzgrundsatz bei Verwaltungsvorschriften und Nebenbestimmungen

2.1 Verwaltungsvorschriften

Im Folgenden sind zwei Probleme zu differenzieren. Zum einen stellt sich die Frage, ob eine Festlegung in Richtlinien an sich reicht, und zum anderen, ob eine Festlegung im Einzelfall dem Transparenzgrundsatz widerspricht. In der Literatur wird im Hinblick auf Altmark-Trans vertreten, dass eine vorherige Festlegung in Bürgschaftsrichtlinien ausreiche.²⁷⁵ In Altmark-Trans wurde auf den Grundsatz der Transparenz im zweiten Kriterium abgestellt. Damit ordnete der EuGH das Kriterium zugleich dem Vergaberecht zu. Dies könnte man als interpretatorische Wertentscheidung des EuGH verstehen. EuGH selbst betont einerseits die Fiktion einer Verwaltungspraxis, die beliebig änderbar ist, mit dem Grundsatz. Was die Informationsfunktion der Richtlinien angeht, so besteht wegen den neuen Kommunikationsmitteln kein praktisches Defizit in informatorischer Hinsicht, sämtliche Stellen veröffentlichen ihre Quellen im Internet. Wie die Entwicklung im Handelsregisterrecht zeigt, kann dies publizitätswahrend sein.²⁷⁶

Ein gänzlich exklusives Verständnis scheint auch deshalb ausgeschlossen, weil selbst die Richtlinie 2004/18 mit ihren detaillierten Transparenzvorgaben eine Umsetzung über Verwaltungsvorschriften nicht ausschließt, vgl. Art. 80.

271 Beuttenmüller S. 85.

272 EuGH, Urteil vom 25.4.1996 – C 87/94.

273 Bartosch EU-Beihilferecht Art. 9 VO 800/2008 Rn. 1.

274 Dazu MünchKommBeiHVGR/Jestaedt Art. 9 Rn. 2.

275 Kampe S. 88.

276 https://www.handelsregister.de/rp_web/welcome.do?

2.2 Nebenbestimmungen

Das völlige Fehlen von vorherigen Fixierungen setzt sich dem gegenüber in ein starkes Spannungsverhältnis zum Transparenzgrundsatz. Jedoch gilt es zu beachten, dass gerade das Beihilferecht gegenüber dem Vergaberecht von einer Stärkung der Entscheidungsbefugnis gekennzeichnet ist. Hiermit geht einher, dass notwendigerweise die Transparenz zurückgedrängt wird. Im Einzelfall muss sich der Grundsatz der Einzelfallgerechtigkeit i.V.m. der Entscheidungsbefugnis über die Verteilung durchsetzen.

Hinzu kommt, dass die Notwendigkeit von Transparenz abnimmt, je vorhersehbarer die Notwen-

digkeit einer Regelung ist. Man kann folgern, je vorhersehbarer die Notwendigkeit des sozialen Kriteriums im Einzelfall ist, desto eher kann man vom Zuwendungsgeber verlangen, diese in den Richtlinien oder Bedingungen zu fixieren. Dieser Gedanke dürfte in aller Regel in Missbrauchsfällen oder in Präventionsfällen durchdringen.

V. Ergebnis

Im europäischen Beihilferecht sind soziale Zwecke zulässig und geboten. Die in der AGVO normierten Beihilfetypen dokumentieren die Vielfalt der Zwecke und der sich daraus ergebenden unterschiedlichen Anforderungen.

Teil 7: Einzelne Gestaltungsmöglichkeiten

Im Folgenden sind nun die im Allgemeinen dargestellten Grenzen auf konkrete Fallgestaltungen bzw. Gestaltungsmöglichkeiten anzuwenden. Ausgangspunkt ist das Individualarbeitsverhältnis mit seinen Facetten. Vor der umfassenden Reichweite der Möglichkeit an Regelungen im Bereich der sozialen Zusatzkriterien kann die folgende Darstellung nur einen Ausschnitt abbilden. Stets wird es darum gehen, die zwingenden Vorgaben einzuhalten und in den gefundenen Spielräumen die betroffenen Interessen verhältnismäßig gegeneinander abzuwägen.

I. Entgelt

Dass führt zunächst zu den elementaren Fragen der Entgeltgestaltung. Im Bereich der Lohnvorgaben sind im Wesentlichen zwei Gestaltungen möglich. Zum einen eine Anlehnung an vorhandene Tarifverträge oder die Zahlung eines Mindestlohns.

1. Mindestlohn

Im Vergaberecht hat sich in den letzten Jahren eine Dreiteilung der Entgeltschutzvorschriften durchgesetzt. Eine vollständige Verbindlichkeit der nationalen Tarifverträge ist im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs auf der Basis der VO 1370/2007 möglich und geboten. Weiter sind tarifrechtliche Regelungen auch in der Förderpolitik maßgeblich, wenn sie durch die RL 96/71/EG bzw. ihrer nationalen Umsetzungsgesetze im AEntG so-

wie im MiArbG ihren Ausdruck gefunden haben. Schließlich hat sich in den aktuellen Vergabegeetzen die weitere Variante eines normativen Mindestlohns zur Existenzsicherung durchgesetzt. In der Begründung zum inzwischen vom Landtag beschlossenen Gesetzentwurf in Nordrhein-Westfalen²⁷⁷ wird zusätzlich herausgearbeitet, dass mit einem Mindestentgelt, das sich an der untersten Entgeltgruppe im öffentlichen Dienst orientiert (8,62 Euro), strukturellen Problemen der Privatisierung und der sozialen Sicherungssysteme begegnet werden soll. Auch dies ist ein plausibles Argument, das allerdings keine umfassende Tariftreue trägt, jedoch auch auf ein Tarifgitter Anwendung finden kann.²⁷⁸ Im Urteil „Rüffert“ wurde die Anlehnung an die RL 96/71/EG aus der hohen Bedeutung der Dienstleistungsfreiheit abgeleitet, die nicht wesentlich weiter eingeschränkt werden dürfe.

Für das Beihilferecht stellt sich diese Frage jedoch anders. Wie bereits oben herausgearbeitet worden ist, wird bei denjenigen Beihilfen, die auf die Förderung von Dauerarbeitsplätzen zielen, die wenigstens fünf Jahre besetzt sein sollen, in aller Regel nicht die Dienstleistungsfreiheit, sondern die Niederlassungsfreiheit berührt. Diese aber zielt auf eine kontinuierliche Wirtschaftstätigkeit in einer Betriebsstätte ab²⁷⁹, so dass die Niederlassungsfreiheit betroffen ist und arbeitsrechtlich Art. 8 der Rom-I-VO (und nicht nur Art. 9) anzuwenden ist. Danach kann bereits das einfach zwingende Arbeitnehmerschutzrecht Anwendung finden, da in der dauerhaften Betriebsstätte das Recht des Ar-

277 LT-Drs. 15/2379, S. 42 ff.; vgl. Ausschussbericht LT-Drs. 15/3546.

278 Bayreuther, NZA 2008, 626, 629 f.

279 EuGH NJW 1996, 579, 580.

beitsortes maßgeblich ist²⁸⁰. Es bestehen daher weitergehende Möglichkeiten der Sicherung von Mindestentgelten. Dies zeigt auch die spezifische Regelung im Bereich des Personennahverkehrs, der nach Art. 58 AEUV aus dem Bereich der Dienstleistungsfreiheit ausgenommen ist²⁸¹ und in Betriebsstätten betrieben wird (vgl. § 13 PBefG); hier ermöglicht die VO 1370/2007 weitergehende Tariftreueregelungen.²⁸² Neben den Mindestentgelten nach dem AEntG und den Entgelten, die durch eine AVE nach § 5 TVG angeordnet werden, kann auch ein Mindestentgelt verlangt werden, das dem Existenzschutz der Arbeitnehmer und der Funktionsfähigkeit der sozialen Sicherungssysteme dient. Wenn man die Berechnungen aus NRW übernimmt, bestehen keine Bedenken, wenn ein beihilferechtliches Mindestentgelt von ca. 8,50 Euro verlangt wird. Dies entspricht der allgemeinen Erkenntnis, dass Entgelte unterhalb der Armutsgrenze nicht geeignet sind, stabile Arbeitsverhältnisse zu begründen.

Im nationalen Recht ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Tariftreue²⁸³ die Vereinbarkeit einer solchen Anforderung mit den Art. 12 und 9 GG zu bejahen. Die Entgeltgestaltung der Parteien wird nicht im Kernbereich betroffen, denn es wird nur eine Untergrenze festgesetzt. Die Eingriffsintensität ist daher auch nicht so groß, dass eine ausdrückliche gesetzliche Regelung erforderlich ist. Die Eingriffe in Art. 9 und 12 GG rechtfertigen sich auch aus der Sicherung der Sozialsysteme.

2. Entgeltstruktur

Wenn man weiter berücksichtigt, dass mit der Mehrzahl der Beihilfen, wie bereits oben erläutert, überwiegend qualifizierte Arbeitsplätze geschaffen werden sollen, dann ist hier kein Grund gegeben, sich ausschließlich auf den existenzsichernden

Mindestlohn zu beschränken, der in den neueren Landesvergabegesetzen verlangt wird und der Art. 9 der Rom-I-VO zuzuordnen wäre. Ein anschauliches Beispiel dokumentiert die Richtlinie des Landes Sachsen-Anhalt über die Gewährung von Zuwendungen aus Mitteln der Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur“ vom 01.09.2009, aktualisiert am 09.11.2010.²⁸⁴ In dieser Richtlinie wird für die lohnkostenbezogene Förderung angeordnet, dass nur Arbeitsplätze gefördert werden, die mit Arbeitskräften besetzt werden, denen im Arbeitsvertrag pro Jahr ein Mindestbruttolohn von 25.000 Euro garantiert ist. Mit dieser Zweckbindung geht es nicht um Existenzsicherung, sondern um Qualitätssicherung. Es handelt sich um eine legitime und eine plausible Konkretisierung des GRW-Koordinierungsrahmens, der mit diesem Programm überwiegend qualifizierte Arbeitsplätze fördern will. Es kann daher auf jeden Fall auch verlangt werden, dass wenigstens die prägenden tariflichen Entgeltstufen für Facharbeiter, Meister sowie für Fachschul- und Hochschulabsolventen Anwendung finden. Damit würden die Nachhaltigkeit dieser Arbeitsplätze sowie die Leistungsgerechtigkeit der Entgeltstrukturen entsprechend zur Geltung kommen.

Mit solchen Anforderungen würden zugleich die Anforderungen aus der Mitteilung der Kommission vom 25.10.2011 – KOM 2011/681 – aufgegriffen. Zu einer effektiven CSR-Strategie gehört auch die Einhaltung elementarer tariflicher Vorschriften. Hier muss wiederum auf die Eigengesetzlichkeiten der jeweiligen Instrumente geachtet werden. Eine flächendeckende Verbindlichkeit von Tarifverträgen ist in erster Linie durch die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG bzw. nach dem AEntG vorzunehmen. Beide Gesetze enthalten differenzierte und diffizile Voraussetzungen, so dass eine „faktische AVE“ durch das Beihilferecht rechts-

280 Zur Differenzierung der Beschränkungsverbote zwischen Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit: Bayreuther EuZW 2009, 102 (106).

281 EuGH 22.12.2010 – C 338/09, EuZW 2011, 190 (Yellow Cab).

282 Greiner ZIP 2011, 2129, 2135.

283 BVerfG NZA 2007, 42.

284 MBL/LSA 2009, S. 673 und 2020, S. 615.

systematisch nicht unproblematisch wäre. Eine normative Bindung an Tarifverträge könnte nach allgemeinen Grundsätzen vom Beihilfegeber nicht verlangt werden²⁸⁵, der mit seinen Regelungen nicht ihm kompetentiell verschlossene arbeitsrechtliche Bestimmungen, sondern wirtschaftsrechtliche Bestimmungen setzt²⁸⁶, so dass es nicht um die umfassende Bindung an sämtliche Tarifverträge der Branche, sondern um eine tarifliche Orientierung geht, die den jeweiligen Beihilfezweck effektiv realisiert bzw. unterstützt. So kann eine nachhaltige Förderung qualifizierter Beschäftigung im Bereich der FuE-Beihilfen schwerlich erfolgen, ohne eine adäquate finanzielle Absicherung der Entgelte der mit der Forschung befassten Beschäftigten. Es ist daher nicht naheliegend, das gesamte Ensemble tariflicher Vorschriften vom Manteltarifvertrag über das Urlaubsgeld bis zu Sonderzahlungen in die Nebenbestimmungen des Verwaltungsakts zur Beihilfeförderung aufzunehmen. Auch der Transparenz der jeweiligen Förderung würde eine solche Differenzierung zugute kommen, mit der die Eckwerte der jeweiligen tariflichen Entgeltstruktur verlangt werden. Dies entspricht auch der Qualifikation der Tarifentgelte als wesentliches Stabilisierungsmittel gegen Abwanderung in der Gemeinsamen Erklärung zur Tarifpartnerschaft im Land Sachsen-Anhalt vom 21.10.2010 und in Mecklenburg-Vorpommern vom 09.05.2011. Diese Erklärungen stimmen überein mit den Aussagen der Kommission zur Corporate Social Responsibility-Strategie, in der Tarifbindung und Einhaltung von Tarifverträgen als ein besonderes Qualitätsmerkmal von Arbeitsbeziehungen qualifiziert wird. Wenn Beihilfen zur Umsetzung der CSR-Strategie erbracht werden, was sicherlich zulässig ist, dann liegt es nahe, in der Tarifbindung zumindest einen Faktor für einen Bonus zu sehen und entsprechend zu regeln.

Gerade bei den Anforderungen an die Entgeltstruktur muss beachtet werden, ob hier die Niederlassungsfreiheit oder auch die Dienstleistungsfreiheit von Antragstellern berührt sein kann. So lange die zu fördernden Leistungen „in Betriebsstätten“ zu erbringen sind, sind auch strikere Anforderungen an die Anlehnung an die jeweiligen tariflichen Entgeltstrukturen sachlich begründbar. Wenn es dagegen gestattet ist, dass Teile der Leistungen an Dritte übertragen und auch im Rahmen zeitweiliger Entsendung erbracht werden können, dann ist insoweit die Dienstleistungsfreiheit betroffen, so dass sich die Auflagen bzw. Nebenbestimmungen zum Entgelt weitgehend auf einzelne Anforderungen zu beschränken hätten, die sich z. B. an den relativ offenen „Tarifgittern“ der tariflichen Mindestentgelte im Entsende- und Vergaberecht orientieren.

Übersichtlich können die Anforderungen bei Ausbildungsbeihilfen formuliert werden. Ausgangspunkt ist hier die jeweilige tarifliche Vergütung des entsprechenden Berufs, von dem nach § 17 Abs. 1 S. 1 BBiG selbst individualrechtlich für Wirtschaftsunternehmen nur eine Abweichung von 20 Prozent möglich wäre²⁸⁷, so dass andernfalls eine Förderung bereits wegen fehlender Zuverlässigkeit ausgeschlossen wäre. Zu den tragenden Grundsätzen des deutschen Berufsbildungsrechts gehört nach § 17 Abs. 1 S. 2 BBiG weiter die obligatorische Steigerung der Vergütungssätze mit dem Ausbildungsfortschritt durch die verschiedenen Ausbildungsjahre.²⁸⁸ Es ist nicht erkennbar, warum die Empfänger von Beihilfen zur Berufsausbildung von dieser grundlegenden Struktur, die sich auch sachlich bewährt hat, abweichen könnten, so dass hier eine umfassende Orientierung an den jeweiligen tariflichen Ausbildungsvergütungen verlangt werden kann. Allenfalls ersatzweise kann bei fehlenden tariflichen Regelungen auf die Empfehlungen der jeweiligen Kammern und Innungen zurückgegriffen werden.²⁸⁹

285 BAG 10.12.2002 – 1 AZR 96/02, NZA 2003, 734 (740).

286 BVerfGE 116, 202, 226 = NZA 2007, 42, 45.

287 BAG NZA 2003, 1203; Kohte JR 2007, 439.

288 ErfK/Schlachter BBiG § 17 Rn. 4.

289 zur geringeren Richtigkeitsgewähr OVG Berlin-Brandenburg NZA-RR 2010, 260.

II. Arbeitsbedingungen

Die Normen des Arbeits- und Gesundheitsschutzes sind eine wesentliche Determinante der Zuverlässigkeitsprüfung.

1. Arbeits- und Gesundheitsschutz

Eine Einschränkung von Art. 12 und 9 GG erfolgt im Bereich des Gesundheitsschutzes aufgrund der Art. 1, 2 Abs. 2 und 20 GG.²⁹⁰ Vor diesen besonders gewichtigen Grundsätzen ist die daraus folgende Schutzpflicht zu betonen, die nicht bei der Legislative halt macht, sondern gemäß Art. 1 Abs. 3 GG alle staatlichen Stellen und damit auch die Verwaltung trifft. Dabei betont das Bundesverfassungsgericht die aktive und den Gesundheitsschutz fördernde Dimension der staatlichen Schutzpflicht.²⁹¹

Pflichten im Arbeitsschutzrecht sind in einer beachtlichen Zahl normiert, so dass hier eine Konzentration und Auswahl geboten ist. Eine erste Möglichkeit würde sich an § 21 AEntG anlehnen und in der Verwirklichung von Bußgeldtatbeständen eine entsprechende mangelnde Zuverlässigkeit sehen. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass in den letzten 20 Jahren eine sehr unterschiedliche Normstruktur im Arbeitsschutzrecht realisiert worden ist. § 25 ArbSchG enthält ausschließlich eine Rahmenregelung, die für das vorliegende Thema keine hinreichende Steuerungswirkung enthält. In den einzelnen Verordnungen zum Arbeitsschutzrecht sind Bußgeldvorschriften in unterschiedlicher Intensität normiert worden. Eine deutliche und auch steuerungsfähige Normstruktur enthält § 9 ArbStättV iVm § 25 ArbSchG, während § 25 BetrSichV wesentlich schmaler normiert ist und im Recht der Lastenhandhabung jegliche Bußgeldvorschrift fehlt. Daher müsste neben die Verwirklichung von Bußgeldvorschriften auch die bestandskräftige Anordnung nach § 22 ArbSchG in bestimmten qualifizierten Fällen treten. Der in § 21

AEntG normierte Wert von 2.500 Euro dürfte für die Bußgeldvorschriften im Arbeitsstätten- und Gefahrstoffrecht weniger geeignet sein, so dass als Interventionsschwelle bereits ein Betrag von 1.000 Euro festgelegt werden sollte.

Die arbeitsschutzrechtliche Zuverlässigkeit ist jedoch nicht allein an den Bußgeldvorschriften zu messen. Elementare arbeitsschutzrechtliche Vorschriften, die in Nr. 34 der Erwägungsgründe der RL 2004/18/EG angesprochen worden sind, sind im deutschen Recht nicht bußgeldbewehrt. Dazu gehört z.B. die Pflicht zur Gefährdungsbeurteilung nach § 5 ArbSchG; hier kann nicht von arbeitsschutzrechtlicher Zuverlässigkeit gesprochen werden, wenn in einem Betrieb mindestens 30 Prozent der Arbeitsplätze noch ohne jegliche Gefährdungsbeurteilung sind. Zu den zwingenden Anforderungen des Arbeitsschutzrechts gehören auch die Bestellung von Sicherheitsbeauftragten nach § 22 SGB VII sowie der Sicherheitsfachkräfte und Betriebsärzte nach dem ASiG, wobei in Zukunft auch die materiellen Anforderungen der DGUV 2 zu beachten sein können. Verfahrensmäßig kann eine Stellungnahme der zuständigen Berufsgenossenschaft eingeholt werden.

Eine besondere Schnittstelle zwischen Arbeitsschutzrecht und personeller Verantwortung markieren die in der Gemeinsamen Deutschen Arbeitsschutzstrategie besonders hervorgehobenen §§ 8, 12 ArbSchG, mit denen in Übereinstimmung mit § 11 Nr. 6 AÜG Entleiher die Verantwortung für die Gewährleistung von Sicherheit und Gesundheit von Leiharbeitnehmern zumindest teilweise tragen, wenn sie in dem Betrieb des Entleihers eingegliedert werden. Selbst bei Werkverträgen ist auf jeden Fall noch § 8 Abs. 2 ArbSchG zu beachten und einzuhalten. Diese Anforderungen können für die Schaffung bzw. Erhaltung von nachhaltigen Arbeitsplätzen verlangt werden.

290 MünchArbR/Kohte § 288 Rn. 9.

291 BVerfG, 30.7.2008 – 1 BvR 3262/07 – NJW 2008, 2409 (2412).

2. Arbeitszeitschutz

Vergleichbare Anforderungen gelten auch für den Arbeitszeitschutz. Wiederum ist es hier möglich, sich zunächst an den Bußgeldvorschriften und dann auch an bestimmten Anordnungen zu orientieren. Ein Schwerpunkt könnte die Sicherung des Sonntagsarbeitsverbotes nach § 9 ArbZG sowie die Einhaltung der Anforderungen im Jugendarbeitsschutzrecht und im Mutterschutzrecht darstellen. Zu den zwingenden Normen des Arbeitsschutzrechts gehören auch die Vorschriften des SGB IX, wie z. B. §§ 71, 81 und 84 SGB IX.

3. Soziale und integrative Arbeitsgestaltung

Im Recht des Arbeits- und Gesundheitsschutzes sind weiter wichtige soziale Handlungsfelder normiert, die nicht mit den Kategorien der Zuverlässigkeit erfasst werden können, aber auch als Indikatoren für nachhaltige Dauerarbeitsplätze und qualifizierte Arbeitsbedingungen herangezogen werden können. Das Verfehlen dieser Indikatoren würde nicht zum Ausschluss von der Förderung führen, könnte jedoch die Höhe der Beihilfe beeinflussen. Ein wichtiges Beispiel ist die betriebliche Gesundheitsförderung nach § 20 a SGB V, die vor allem zusammen mit den Krankenkassen zu realisieren sind. Durch die Krankenkassen dokumentierte und evaluierte Projekte der betrieblichen Gesundheitsförderung würden dann zu einer Erhöhung der Förderquote um 5 oder 10 Prozent beitragen können. Als ein weiterer Indikator kann hier die Beschäftigung von schwerbehinderten Menschen über die Quoten des § 71 SGB IX hinaus zu einem Bonus führen; dies kann auch gelten, wenn besonders schwer behinderte Menschen iSd § 72 SGB IX zu einem Anteil von mehr als z. B. 25 Prozent der schwerbehinderten Menschen beschäftigt werden.

III. Normalarbeitsverhältnis (Personalstruktur)

Die Beihilfen sollen qualifizierte und stabile Dauerarbeitsplätze schaffen bzw. erhalten. Damit ist das Normalarbeitsverhältnis notwendigerweise ein wichtiges Element der Beihilfepolitik. Dies soll hier anhand der wichtigsten Abweichungen, Leiharbeit, Minijobs und Befristung, verdeutlicht werden.

1. Leiharbeit

Leiharbeit ist besonders missbrauchs anfällig; dies ist vom Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum sektoralen Verbot der Leiharbeit in der Bauwirtschaft ausdrücklich bekräftigt worden.²⁹² Sie ist arbeitsmarktpolitisch auf spezifische Situationen zu beschränken, weil sie sich nur in seltenen Fällen als eine Brücke in den ersten Arbeitsmarkt darstellt, zugleich aber zu unsicheren und unstabilen Arbeitsverhältnissen führt.²⁹³

Eine Nebenbestimmung oder eine Richtlinienbestimmung, die auf ein absolutes Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern hinausläuft, stößt auf unionsrechtliche Bedenken. Zwar ist das europäische Beihilferecht für eine solche Ausgestaltung grundsätzlich offen, jedoch müsste diese Bestimmung auch mit der Leiharbeiterrichtlinie 2008/104/EG vereinbar sein. Nach Art. 4 Abs. 1 sind Verbote oder Einschränkungen des Einsatzes von Leiharbeit nur aus Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt; hierzu zählen vor allem der Schutz der Leiharbeitnehmer, die Erfordernisse von Gesundheitsschutz und Sicherheit am Arbeitsplatz oder die Notwendigkeit, das reibungslose Funktionieren des Arbeitsmarktes zu gewährleisten und eventuellen Missbrauch zu verhüten. Mangelnde Förderung ist allerdings deutlich zu unterscheiden von einem Verbot, doch handelt es sich um eine

292 BVerfG NJW 1988, 1195.

293 Waltermann NZA 2010, 860, 863; Kohte DJT 2010, Bd. II/1 S. M 25, 28.

begründungsbedürftige Einschränkung. Während ein absolutes Verbot jeglicher Förderung von Betrieben, in denen Leiharbeiter beschäftigt werden, vor diesem Hintergrund ausscheiden dürfte, sind Einschränkungen möglich, die sich an der Einschränkung atypischer Arbeit orientieren.

Leiharbeit ist nach der RL 2008/104/EG vor dem Regelfall des vorübergehenden Arbeitsmehrbedarfs zu interpretieren, so dass sie einer Regelung, die dem Einsatz von Leiharbeitern auf Dauerarbeitsplätzen entgegenwirkt, nicht entgegensteht. Gerade aus diesem Gedanken rechtfertigt sich eine Quote. Dieser Gedanke findet sich in der aktuellen GRW-Richtlinie des Freistaats Thüringen.²⁹⁴ Nach Nr. 4.4.4 erhalten Unternehmen mit mehr als 30 Prozent Leiharbeitern keine Förderung und ab 10 Prozent darf nur noch nach mit einem Basisfördersatz gefördert werden. Hintergrund dieser Regelung ist das Ziel, die Anzahl der Leiharbeitsverhältnisse gering zu halten und die Stammbeschäftigung zu stärken. Eine Quotenregelung ist davor einfacher zu rechtfertigen. Zum einen schränkt sie die Möglichkeit nicht gänzlich ein, und zum anderen passt sie sich dem Gedanken an, dass Leiharbeit von ihrem Grundsatz her nur Produktionsspitzen abdecken soll. Wenn aber insgesamt über 10 Prozent der Arbeitnehmer Leiharbeiter sind, liegt es nahe, keine Produktionsspitzen anzunehmen.

Das Ziel dauerhafter und stabiler Arbeitsplätze kann nicht erreicht werden, wenn Leiharbeit einen zu großen Anteil im Betrieb einnimmt. Seit dem 01.12.2011 ist dies bereits eine Frage der Zuverlässigkeit, weil nach § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG Arbeitnehmerüberlassung nur als „vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung“ zulässig ist. In der arbeitsrechtlichen Literatur hat sich inzwischen die Position herausgebildet, dass damit die Umwandlung von Stammarbeit in Leiharbeit verhindert werden soll.²⁹⁵ Insoweit liegt es nahe, dass bei einer Leih-

arbeitsquote von mehr als 30 Prozent im Unternehmen davon auch Stammarbeit betroffen ist, denn die Beschäftigungsbeihilfen zielen auf einen Zeitraum von drei bis fünf Jahren ab. Es ist regelmäßig auszuschließen, dass eine Beschäftigung von 30 Prozent Leiharbeitern im Betrieb über drei bis fünf Jahre als „vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung“ i.S.d. § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG nF eingestuft werden kann. Insoweit dürfte diese Bestimmung in den Thüringer Beihilferichtlinien ab dem 01.12.2011 als eine legitime Typisierung von Unzuverlässigkeit zu qualifizieren sein. Auch eine niedrigere Quote von Leiharbeit kann jedoch die Qualität dauerhafter und stabiler Arbeitsplätze beeinträchtigen, so dass sich die in Thüringen vorgenommene Zuschusskürzung bei Leiharbeit von wenigstens 10 Prozent im Betrieb im Rahmen der subventionsrechtlichen Gestaltungsfreiheit bewegt.

2. Ausschluss bzw. Einschränkung von „Minijobs“

Auflagen zur Einschränkung von Minijobs nach § 8 SGB IV mit den Mitteln des Beihilferechts müssen sich wiederum an den Zwecken der Beihilfen orientieren. Diese sollen regelmäßig Dauerarbeitsplätze und überwiegend qualifizierte Arbeitsplätze fördern bzw. erhalten. Der Begriff des Minijobs ist kein Rechtsbegriff. Das Gesetz benutzt den Terminus der geringfügigen Beschäftigung. Nach § 8 Abs. 1 SGB IV gibt es zwei Formen: die Entgeltgeringfügigkeit (Nr. 1) und die Zeitgeringfügigkeit (Nr. 2). Die arbeitsrechtliche Position des geringfügig beschäftigten Arbeitnehmers ist dadurch gekennzeichnet, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, auf das im Grundsatz alle arbeitsrechtlichen Anforderungen anzuwenden sind.²⁹⁶ Hinter dem Begriff steht also das Sozialversicherungsrecht. Die Annahme geringfügiger Beschäftigung führt gegenüber den allgemeinen Grundsätzen zu einer Modifikation der Ausgestaltung der Beitragsleistung und des Leistungsrechts.

294 GRW-Richtlinie vom 05.04.2011, Thüringer Staatsanzeiger 19/2011 S. 679 (682).

295 Düwell, ZESAR 2011, 489ff; Hamann, NZA 2011, 70ff; Ulber, AÜG 4. Aufl. 2011 § 1 Rn. 230a ff.

296 BAG, Urteil vom 13.03.1987 – 7 AZR 724/85; in der Praxis sind deutliche Defizite festzustellen.

Minijobs sind in mehrfacher Hinsicht sehr problematisch. Augenfällig ist, dass sie wie keine andere Beschäftigungsform im prekären Bereich angesiedelt ist und dass es häufiger als bei anderen Arbeitsvertragstypen zu Verletzungen arbeitsrechtlicher Vorschriften kommt, die ohne rechtliche Reaktionen hingenommen werden.²⁹⁷ Die Diskussionen auf dem 68. DJT haben deutlich bekräftigt, dass diese Beschäftigungsform nur selten eine Brückenfunktion in den ersten Arbeitsmarkt wahrnimmt und daher keine Perspektive für Dauerarbeitsplätze enthält.²⁹⁸

Mit dem Subventionszweck der Förderung von überwiegend qualifizierten Dauerarbeitsplätzen ist es daher vereinbar, entweder geringfügige Beschäftigung bei den geförderten Arbeitsplätzen nicht mitzuzählen oder Quoten für den Anteil der geringfügigen Beschäftigung festzusetzen. Hierbei kann es – gerade bei Saisonarbeit – geboten sein, zwischen Zeitgeringfügigkeit und Entgeltgeringfügigkeit zu differenzieren.

3. Befristete Arbeitsverhältnisse

Auch die Ausgestaltung des Arbeitsvertrags als befristeter Arbeitsvertrag kann dem Ziel der Dauerarbeitsplätze entgegenstehen. Das Teilzeit- und Befristungssystem ist dabei janusköpfig. Es birgt auf der einen Seite für viele Menschen große Chancen, adäquat Lebensentwürfe zu realisieren, und auf der anderen Seite große Missbrauchsgefahren.

In diesem Spannungsverhältnis muss sich die Gestaltung der Arbeitsverhältnisse bewegen. Es ist bereits fraglich, ob eine Beschränkung von Befristungsmöglichkeiten einen Eingriff in die Niederlassungs- oder Dienstleistungsfreiheit begründet, denn die grundlegenden Anforderungen der RL 99/70/EG gelten in allen Mitgliedstaaten, so dass die Befristung im Beschäftigungsstaat grundsätz-

lich keine andere Qualität als im Heimatstaat haben und daher nicht zu „geringerer Attraktivität“ der Tätigkeit im Beschäftigungsstaat führen dürfte. Gleichwohl bestehen auf der Ebene der Rechtfertigung Besonderheiten. In der Entscheidung *deutsche Lufthansa*²⁹⁹ hat der EuGH die Bedeutung des Ausschlusses von Befristungen hervorgehoben. Das Gericht erblickte in der unbefristeten Beschäftigung die übliche Form der Beschäftigung und betonte den Ausnahmecharakter der Befristung. Ferner stellte das Gericht heraus, dass feste Beschäftigungsverhältnisse einen wichtigen Aspekt des Arbeitnehmerschutzes darstellen. Zweck der Missbrauchsbekämpfung sei es, die Prekarisierung der Lage der Beschäftigten zu verhindern. Befristete Arbeitsverhältnisse seien eine Quelle potenziellen Missbrauchs.

Diese Ausführungen können nur dahin gedeutet werden, dass Eingriffe in die Dienstleistungsfreiheit im Bereich der Befristung einfacher zu rechtfertigen sind. Zum einen ordnet das Gericht die Befristung per se als wenig schutzwürdig ein. Zum anderen gewichtet es die Belange des Arbeitnehmerschutzes gegenüber der üblichen Formulierung als besonders gewichtig.

Verfassungsrechtlich kollidiert die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers mit dem Interesse des Arbeitnehmers am dauerhaften Bestand des Arbeitsverhältnisses.³⁰⁰ Das TzBfG geht in den §§ 1, 14 TzBfG vom Regelfall des unbefristeten Arbeitsverhältnisses, allerdings von der grundsätzlichen Zulässigkeit der Gestaltungsform der Befristung im Ausnahmefall aus. Ein absoluter Ausschluss könnte – ungeachtet der Frage, ob er unverhältnismäßig wäre – schon gegen die Wertungen des TzBfG verstoßen. Einzelfallgestaltungen sind auf der anderen Seite nicht ausgeschlossen. Aus der Formulierung des § 1 TzBfG ist nämlich der Wille des Gesetzgebers zu gewinnen, im Einklang mit dem Unionsrecht Be-

297 Feldhoff AuR 1999, 249 (250) mwN.

298 Waltermann NZA 2010, 860, 862; Kohte DJT 2010, Bd. II/1 S. M 25, 27.

299 EuGH, Urteil vom 19.3.2011 – C 109/09, NZA 2011, 397 (398).

300 Preis-Rolfs S. 626 m.w.N.

fristungen nicht zu fördern.³⁰¹ Nur ein Ausbau, nicht aber das Zurückdrängen von Befristungen bedarf daher legislativer Legitimation.

Es ist daher plausibel, den Subventionszweck der Förderung von Dauerarbeitsplätzen auch dadurch zur Geltung zu bringen, dass der Anteil befristeter Arbeitsverträge – gegebenenfalls durch Stufenpläne – beschränkt wird oder für solche Verträge keine bzw. eine geringere Förderung erfolgt. Zur Gestaltungsfreiheit des Beihilferechts gehört es auch, besondere Schwerpunkte zu setzen, indem z.B. die Übernahme nach der Ausbildung in unbefristete Arbeitsverhältnisse bzw. die zügige Umwandlung nach z.B. drei bis sechs Monaten in unbefristete Arbeitsverhältnisse besonders gefördert wird. Die Missachtung der Informationspflichten in § 18 TzBfG sowie jetzt in § 13 a AÜG könnte zwar keinen vollständigen Förderausschluss, aber doch eine Verringerung der Förderung bewirken, weil sie die zu fördernden Mechanismen der Übergangsmärkte blockieren bzw. erschweren.

IV. Integration benachteiligter Gruppen

Schließlich stellt sich die Frage, inwieweit über soziale Zusatzkriterien benachteiligte Gruppen in die betrieblichen Abläufe integriert werden können. Die Vorgabe der Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen wirft die Frage auf, ob hierin nicht eine mittelbare Diskriminierung enthalten ist – speziell vor der Dienstleistungsfreiheit und generell vor dem Diskriminierungsverbot. In diesen Problembereich fällt die Nebenbestimmung, ohne Anknüpfung an deren Nationalität Arbeitslose zu beschäftigen. Beuttenmüller sieht hierin eine mittelbare Diskriminierung, weil es für den ausländischen Mitbewerber aufwendiger sei, „seine Arbeitslosen“ in das Zielland zu befördern.³⁰² Das erscheint nicht richtig, es ist schon nicht klar, inwieweit sich der Aufwand von der Verbringung

seiner einheimischen – beschäftigten – Arbeitnehmer unterscheidet. Beide Gruppen müssen einreisen und untergebracht werden. Die Diskussion wird allerdings geprägt vor dem Hintergrund der Dienstleistungsfreiheit. Geht man davon aus, dass die typischen Forschungs-, Regional- und Beschäftigungsbeihilfen in Betriebsstätten erfolgen, dann kann der ausländische Unternehmer, der eine Niederlassung in Deutschland betreibt, in vergleichbarer Weise langzeitarbeitslose Menschen aus der Region seiner Niederlassung einstellen wie der deutsche Arbeitgeber, der eine Niederlassung unterhält. Insoweit werden die Grundfreiheiten hier nicht verletzt. Es ist daher naheliegend, dass sich solche Einstellungsquoten, die sich am Urteil „Beentjes“ orientieren, als Nebenbestimmungen für entsprechende Beihilfemaßnahmen eignen.

Schließlich können wiederum die zusätzlichen sozialen Gestaltungskriterien, die im Vergaberecht anerkannt sind, hier ebenfalls aufgegriffen werden. Eine bestimmte Quote an Maßnahmen der Berufsbildung ist für die Förderung von Dauerarbeitsplätzen eine außerordentlich naheliegende Aufgabe, die regelmäßig thematisiert werden müsste. Selbstverständlich gehört auch eine gendergerechte Gleichstellungspolitik zu den möglichen Auflagen, für die allerdings konkrete Parameter zu entwickeln wären. Weiter kann – entweder unter dem Aspekt der Zuverlässigkeit oder als soziales Zusatzkriterium – die (Nicht-)Diskriminierung von Minderheitsgruppen, z.B. mit ethnischem Bezug, als mögliches Kriterium herangezogen werden.

V. Beihilfen und kollektives Arbeitsrecht

Besondere Fragen stellen sich bei der Einbindung dieser so geschaffenen und unterstützten Arbeitsverträge in das kollektive Arbeitsrecht. Eine Auflage, ausschließlich Betriebe zu fördern, in denen vorher ein Betriebsrat gewählt worden ist, wäre, wie bereits oben erläutert, verfehlt, weil dem Arbeitgeber ein solches Wahl- und Initiativrecht zur

301 Boecken/Joussen TzBfG § 1 Rn. 13.

302 Beuttenmüller S. 158.

Bildung eines Betriebsrats nicht zukommt und auch nicht zukommen darf. Gleichwohl ist die Existenz eines Betriebsrats bzw. einer Schwerbehindertenvertretung sowie einer Jugend- und Auszubildendenvertretung für die Qualität der in dem Betrieb geleisteten Arbeit nicht ohne Bedeutung. Die Belastbarkeit von Beschäftigungsplänen ist typischerweise höher, wenn diese kollektivrechtlich beraten und abgesichert sind. So kann für Beihilfen zur Beschäftigung behinderter Menschen Berücksichtigung finden, ob eine Integrationsvereinbarung nach § 83 SGB IX mit einem entsprechenden Beschäftigungsplan vereinbart worden ist. Dies könnte ein Indikator für die Ernsthaftigkeit und Stabilität dieser Beschäftigungspläne sein, so dass eine Erhöhung der Zuschüsse denkbar wäre. In anderen Fällen könnte als ein solcher Indikator eine mit dem Betriebsrat abgestimmte Personalplanung nach § 92 BetrVG bzw. eine Beschäftigungssicherung nach § 92a BetrVG oder eine Fortbildungsvereinbarung nach §§ 96ff. BetrVG als belastbarer Indikator herangezogen werden, um eine Erhöhung der Zuschüsse zu ermöglichen. Regelmäßig können betriebsverfassungsbezogene Indikatoren, aus denen auf die Dauerhaftigkeit von Arbeitsplätzen bzw. auf deren Qualität i.S.d. Normalarbeitsverhältnisses geschlossen werden darf, zwar nicht das „Ob“ einer Beihilfe entscheiden, jedoch durch Bonusregelungen bei der Höhe berücksichtigt werden.

Dagegen kann die innerbetriebliche Information und Beteiligung des Betriebsrats an der Realisierung der Beihilfepolitik in der Regel nicht in Beihilferichtlinien geregelt werden, weil dieser Bereich durch das BetrVG erfasst wird und auch bereits z. B. in §§ 80, 92, 106 BetrVG ausgestaltet ist. Diese Normen können von den Subventionsgebern nicht modifiziert werden. Ihre Einhaltung könnte allenfalls unter dem Gesichtspunkt der „Zuverlässigkeit“ Bedeutung gewinnen.

VI. Verfahrensmäßige Durchsetzung

Außerhalb des BetrVG ist eine verwaltungsverfahrensrechtliche Beteiligung des Betriebsrats durch die Verwaltung an sich denkbar. Will man die sozialen Zusatzkriterien in die Wirtschaftsförderung einführen, dürfte bereits § 24 VwVfG eine Konsultation der Arbeitnehmervertreter wegen ihrer Sachnähe gebieten. Dies gilt für betriebliche Fragen im Hinblick auf einen bestehenden Betriebsrat; wenn die Beihilfe eine Orientierung am einschlägigen Tarifvertrag voraussetzt oder sich an den in der Branche bzw. Region üblichen Bedingungen des Arbeitsmarkts orientieren soll, dann ist es nahe liegend, in die Anhörung nach § 24 VwVfG die sachnahe Gewerkschaft bzw. Spitzenorganisation einzubeziehen.

Insgesamt sieht § 24 VwVfG nur sehr schwache Mitwirkungsrechte vor.³⁰³ Die Schwäche des § 24 VwVfG darf nicht über den Freiraum, über den die Verwaltung trotzdem in informatischer Hinsicht verführt, hinwegtäuschen. Sinnvoll erscheint für die Verwaltung, die Beteiligung an der Struktur des § 28 Abs. 1 VwVfG zu orientieren. Es bietet sich an, gegenüber den Verwaltungen eine einseitige Verpflichtung in Verwaltungsvorschriften vorzusehen.

Neben den allgemeinen Beteiligungsrechten und -pflichten des Verwaltungsverfahrens besteht auch ein informelles Volumen an Handlungsmöglichkeiten, welche die Rechtswissenschaft unter dem Begriff des informellen Staatshandelns fasst.³⁰⁴ Hieran wird deutlich: Gerade wenn – wie nach der Rechtsprechung des BVerfG zur Wirtschaftspolitik und -förderung – ein erheblicher gestalterischer Spielraum besteht, so ist der Staat gehalten, durch umfassende Information und Ordnung der Interessen einen Ausgleich zu kreieren. Im Bereich

303 Kopp/Ramsauer VwVfG § 24 Rn. 1.

304 Vgl. die Zusammenfassung bei Maurer § 15 Rn. 24.

der sog. Verwaltungspläne ist dieses Vorgehen seit langem anerkannt. Auch wenn solche Pläne für die soziale Wirtschaftsförderung bisher nicht existieren, ist doch die dahinter stehende Ermittlungs- und Kommunikationsidee für das gesamte Verwaltungshandeln durchgängig zu betonen.

Daneben sind kooperative Modelle denkbar. Eine spezifische Einbeziehung und Kooperation ist vor allem anerkannt bei Zuschüssen der Bundesagentur für Arbeit nach § 216 a SGB III. Hier sind die Betriebsparteien auch prozedural beteiligt, wie sich auch aus dem neuen Beschäftigungschancengesetz (BGBl. I 2010, 1417) ergibt. Nach Abs. 4 beraten die Agenturen für Arbeit die Betriebsparteien – also Arbeitgeber und/oder Betriebsrat – über die Fördermöglichkeiten auf Verlangen im Vorfeld der Entscheidung über die Einführung von Transfermaßnahmen, insbesondere auch im Rahmen von Sozialplanverhandlungen nach § 112 BetrVG.

Im Bereich der primären sozialen Förderung kommt den Gewerkschaften eine hervorgehobene Rolle zu, denn ihre überbetriebliche Struktur ermöglicht es den Gewerkschaften, betriebliche Probleme in einen überbetrieblichen Kontext zu stellen.³⁰⁵ Dieser Überblick ist besonders wichtig, erst hier kann die Wechselwirkung von Förderung und Beschäftigungssituation vollends überblickt werden.

Bemerkenswert ist die Beteiligung der Gewerkschaften im Rahmen der Verwaltungsausschüsse der Agenturen für Arbeit gemäß §§ 374ff. SGB III. Hier sieht § 379 Abs. 1 Nr. 1 ein Vorschlagsrecht der Gewerkschaften vor. Die Sozialpartner erhalten hierüber eine frühzeitige Eingriffsmöglichkeit. Daneben besteht auch ein legislatives Vorbild für die Überwachung der Verwaltungstätigkeit. Gemäß § 374 Abs. 1 besteht bei jeder Agentur für Arbeit ein Verwaltungsausschuss, der die Arbeit der Agentur

überwacht und sie berät. Dies ist allerdings ein Organ der sozialversicherungsrechtlichen Selbstverwaltung, das für die Beihilfe nicht unmittelbar einschlägig ist. In Verwaltungsrichtlinien kann allerdings bei größeren Beschäftigungsbeihilfen die Beteiligung/Anhörung des Verwaltungsausschusses vorgeschrieben werden.

Systematisch präziser wäre eine Orientierung am örtlichen Beirat gemäß § 18d SGB II, welcher hier nicht als Organ der Selbstverwaltung, sondern als Organ sachverständiger Anhörung und Beratung fungiert. Verwaltungsvorschriften könnten die Bildung und Anhörung vergleichbarer Beiräte für die arbeitsmarktpolitische Feinsteuerung vorschreiben.

Dass die Vergabe der Bürgschaft im Bereich des Landes Niedersachsen an eine Stellungnahme des Landeskreditausschusses gekoppelt ist, wurde bereits eingangs kurz erläutert. Innerhalb der zehn Vertreter hat der Deutsche Gewerkschaftsbund genau eine Position mit einer beratenden Stimme. Derzeit sind nur Ministerien stimmberechtigt³⁰⁶: das Finanzministerium, das Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr, das Ministerium für Ernährung, Landwirtschaft, Verbraucherschutz und Landesentwicklung, das Ministerium für Soziales, Frauen, Familie, Gesundheit und Integration sowie das Umweltministerium.

Im Bereich der NBank bestehen zwei Organe: der Verwaltungsausschuss und der Beirat. Der Verwaltungsausschuss setzt sich nur aus den Ministerien und Angehörigen der NBank zusammen.³⁰⁷ Allein im Beirat sind Gewerkschaften vorhanden.³⁰⁸ Gemäß § 9 Abs. 1 NBankG ist nur der Verwaltungsrat ein Organ der NBank. Nach § 11 NBankG hat der Beirat nur die Funktion der sachverständigen Beratung.

305 Bartels/Ziegler WSI-Mitteilungen 2006, 156 (159).

306 Fünf Interessenvertreter sind nur beratend tätig: die Norddeutschen Landesbank – Girozentrale – oder die Bremer Landesbank, Kreditanstalt Oldenburg – Girozentrale Oldenburg-Bremen –, der Gesamtverband Niedersächsischer Kreditinstitute, die Vereinigung der Niedersächsischen Industrie- und Handelskammern, der Deutsche Gewerkschaftsbund – Landesbezirk Niedersachsen – und die Unternehmerverbände Niedersachsen e.V. Hannover.

307 http://www.nbank.de/_downloads/Die_NBank/Verwaltungsratsmitglieder.pdf.

308 http://www.nbank.de/_downloads/Die_NBank/Institutionen_Beirat.pdf.

Im Aufsichtsrat der NBB finden sich zwar Interessenverbände, jedoch keine Gewerkschaften.³⁰⁹

Eine weiter ausgreifende Gewerkschaftsbeteiligung muss natürlich die Vorgaben der Verfassung einhalten. Die Ausgabe von Haushaltsmitteln leitet sich direkt vom Parlament ab und ist der Verwaltung zur zweckimmanenten Konkretisierung überantwortet (Sachhoheit). Zum einen ist zweifelhaft, ob die Verwaltung ihrerseits auf ihre daraus resultierenden Konkretisierungsbefugnisse ganz oder partiell verzichten kann. Zum anderen könnte gerade in der Realisierung einer solchen Beteiligung ein Verstoß gegen den Parlamentsvorbehalt zu sehen sein. Es geht schließlich nicht mehr um die unmittelbare Gestaltung der Arbeitsbedingungen, sondern um eine institutionelle Verankerung. Hierbei unterscheidet sich eine beratende Funktion gewichtig von der mitentscheidenden Beteiligung im Falle eines Stimmrechts.

Eine Neustrukturierung der gewerkschaftlichen Beteiligung muss zwischen informeller und institutioneller Beteiligung differenzieren. Während erste stets zulässig ist, bedeutete eine weitergehende Beteiligung eine Abweichung von der Richtlinie für Landesbürgschaften jedenfalls gemäß 1.3. Was die NBankG angeht, so besteht gemäß § 12 eine Verordnungsermächtigung zugunsten der Regierung.

Wenn in Übereinstimmung mit den hier formulierten Vorschlägen die Vergabe von Fördermitteln oder Bürgschaften auch an die Beachtung von sozialen Zusatzkriterien gebunden wird, dann kommt im Rahmen der tatsächlichen Ermittlung der Interaktion und Kommunikation von Zuwendungsempfänger und Zuwendungsgeber eine herausragende Bedeutung zu. Diese äußert sich darin, dass die Unternehmen Erklärungen abzugeben haben, keine strafrechtlich relevanten Handlungen begangen oder Arbeitnehmerschutznormen verletzt zu haben. Falsche Angaben müssen sanktionsbewehrt sein.

Die Vertretung der Beschäftigten ist regelmäßig und einzelfallbezogen einzubeziehen, etwa im Rahmen von Ausschüssen oder Beiräten. Ihre Kenntnisse über den Arbeitsmarkt bei der Vergabe von finanziellen Mitteln oder Bürgschaften im Rahmen der Wirtschaftsförderung sind zu berücksichtigen. Diese Einbeziehung sollte so frühzeitig erfolgen, dass bei etwaigen Bedenken durch die Vertretung der Beschäftigten eine Überprüfung der Gründe für diesen Widerspruch möglich bleibt. Nach der Erteilung der Förderung liegt es nahe, dass die Arbeitnehmervertreter über die weitere Einhaltung der sozialen Zusatzkriterien informiert werden (Kuratorfunktion).

Diese Vorschläge können dazu beitragen, dass die Vergabe von Fördermitteln oder Bürgschaften zielgerichtet, effektiv und transparent erfolgt.

309 <http://www.nbb-hannover.de/ueber-uns.php/Organe/Aufsichtsrat/Aufsichtsrat%20Stand%3A%2001.01.2011>.

Teil 8: Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

1. Nach Art. 3 Abs. 3 des Vertrags über die Europäische Union (EUV) in der Fassung durch den Vertrag von Lissabon gehört zu den Zielen der Union die Förderung des wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalts. Beihilfen sind ein wichtiges Instrument für diese Politik. Die EU-Strukturfonds sind in Art. 175 AEUV in diesen Kontext gestellt worden. Sie können den sozialen Zusammenhalt nur fördern, wenn sie in der gebotenen Weise soziale Zwecke verfolgen und soziale Verhaltensanforderungen normieren bzw. unterstützen.
2. Der Bericht der Kommission vom 22.06.2011 weist aus, dass sich das heutige Konzept der Beihilfen, das vor allem durch die AGVO 800/2008 geprägt worden ist, als Instrument der Förderung wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts etabliert hat. Auf dieser Basis hat die Kommission in den neuen Konzepten der Strategie „Europa 2020“ sowie der CSR-Strategie jeweils den Finanzinstrumenten und der Beihilfenpolitik einen wichtigen Stellenwert zur Förderung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts eingeräumt.
3. Die auf diese Weise vorgenommene Verknüpfung von Wirtschaftsrecht und Arbeitsrecht ist ein Strukturmerkmal des neueren Unionsrechts. Bereits im Erwägungsgrund 5 der RL 96/71/EG ist eine zielgerichtete Verknüpfung von Wirtschafts- und Arbeitsrecht verlangt worden, die auch ihren Niederschlag in der Judikatur des EuGH gefunden hat. Diese korrespondiert sowohl mit der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als auch der Verknüpfung von Wirtschafts- und Arbeitsrecht in § 21 AEntG.
4. Eine spezifische Form der Verknüpfung des Wirtschafts- und Arbeitsrechts repräsentiert das aktuelle europäische Vergaberecht. Art. 26 der RL 2004/18/EG hat in Fortsetzung der vorher mit dem Fall „Beentjes“ begonnenen Rechtsprechung des EuGH den Rahmen für die Berücksichtigung sozialer Kriterien bei der Vergabe von Beschaffungs- und Dienstleistungsverträgen normiert. Wegen der funktionalen Äquivalenz zwischen Vergabe- und Beihilferecht ist es geboten, diese Wechselwirkungen zwischen Vergabe- und Beihilferecht zu beachten und für die weitere Strukturierung des Beihilferechts zu nutzen. Die seit 2009 entstandenen neuen Landesvergabegesetze haben diese Aufgabe aufgenommen und dokumentieren zugleich unterschiedliche rechtliche Handlungsformen, die auch im Beihilferecht genutzt werden können.
5. Im Beihilferecht haben soziale Zwecke einen höheren Stellenwert als im Vergaberecht, da es anerkannte Beihilfetypen gibt, die unmittelbar sozialen Zwecken dienen. Auch für andere Beihilfetypen spielen soziale Zwecke jedoch eine relevante Rolle. Maßgeblicher Ausgangspunkt ist die AGVO 800/2008, mit der für die wichtigsten Formen von Beihilfen eine Gruppenfreistellung erfolgt ist, so dass unter den dort normierten Bedingungen die Mitgliedstaaten Beihilfen gewähren können, ohne zu einer vorherigen Anmeldung oder gar Genehmigung ihres Vorhabens durch die Kommission verpflichtet zu sein. Der hier vorgelegte Text konzentriert sich auf die Möglichkeiten der AGVO, da diese auch für die Praxis der einzelnen Bundesländer elementar sind.

6. Die Vorgaben der AGVO setzen den Mitgliedstaaten einen wichtigen Rahmen, mit dem eine Verfälschung des Wettbewerbs für die dort normierten Beihilfetypen ausgeschlossen werden soll. Gleichwohl kann dieser Rahmen nicht abschließend sein, denn die Mitgliedstaaten, die die Beihilfe gewähren, sind verpflichtet zur Konkretisierung der jeweiligen Beihilfen. Angesichts der Knappheit der zu verteilenden Mittel können und müssen sie festlegen, für welche Regionen, für welche Branchen und für welche Handlungsfelder Beihilfen erbracht werden sollen. Bei dieser Konkretisierung spielen soziale Zwecke eine wichtige Rolle. Die Mitgliedstaaten können die Gruppen benachteiligter Arbeitnehmer näher bestimmen, sie können die Qualität der zu schaffenden Dauerarbeitsplätze präzisieren und zur Sicherung der Integration auch entsprechende Verhaltenspflichten der Beihilfeempfänger statuieren.
7. Angesichts der Vielfalt möglicher wirtschaftlicher und sozialer Zwecke, die durch die AGVO verfolgt werden können, verbietet sich eine einfache Schematisierung. Gleichwohl können bestimmte Formen der Zweckverfolgung unterschieden und abgeschichtet werden.
8. Auf einer ersten Steuerungsebene können die sozialen Zwecke direkt als Hauptzwecke die jeweilige Beihilfe prägen. Dies wird z.B. bei den Beihilfen für benachteiligte Arbeitnehmergruppen eine große Rolle spielen. Hier umschreiben die sozialen Zwecke, z.B. der Inklusion behinderter Menschen, direkt den jeweiligen Beihilfezweck.
9. In anderen Fällen beschreiben soziale Verhaltensanforderungen konkrete Auflagen und Nebenbestimmungen, mit denen das Ziel der Finanzierung dauerhafter Arbeitsplätze sowie der Förderung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts an konkrete Handlungen gebunden werden soll. Es kann festgelegt werden, welche Zahl von Arbeitsplätzen neu geschaffen werden soll, welche Qualität diese Arbeitsplätze haben sollen, welche Aus-, Fort- und Weiterbildungsmaßnahmen den jeweiligen Beschäftigten angeboten werden sollen und welche Belegschaftsstruktur für die Förderung verlangt bzw. angestrebt wird.
10. Ein weiteres Instrument der Steuerung ist die Nutzung des klassischen subventionsrechtlichen Konzepts der Zuverlässigkeit. Dieses seit vielen Jahren in Deutschland und anderen Mitgliedstaaten entwickelte Konzept einer Subventionsrechtsordnung ist auch im neueren Unionsrecht auffindbar. Das Transparenzgebot verlangt, dass das Konzept der Zuverlässigkeit in eine Relation zum jeweiligen Beihilfezweck gesetzt und den Antragstellern rechtzeitig kommuniziert wird.
11. Auf einer ersten Ebene der sozialen Zuverlässigkeit ist vom Arbeitgeber das Ensemble elementarer arbeitsschutzrechtlicher und arbeitszeitrechtlicher Pflichten zu beachten. Bereits in der Antragsphase sind entsprechende Informationen abzufragen und zu überprüfen. Das Konzept der Zuverlässigkeit beschränkt sich nicht ausschließlich auf die bekannten Kategorien des Arbeitsschutzes, des Jugendarbeitsschutzes, des Mutterschutzes und der Arbeitszeit, sondern bezieht auch andere Eckpunkte der Qualität der Arbeit ein, wie z. B. die Einhaltung normativ geltender Tarifverträge. Die Wahl von Betriebsräten und deren Arbeit darf nicht behindert werden (§§ 20, 78 BetrVG). Verletzungen der §§ 119, 121 BetrVG markieren den Rahmen der Zuverlässigkeit in diesem Handlungsfeld. Dagegen kann eine Beihilfe nicht von der Existenz eines Betriebsrats abhängig gemacht werden, weil es dem Arbeitgeber untersagt ist, die Wahl eines Betriebsrats zu betreiben. Mit dem Betriebsrat getroffene Vereinbarungen, wie z. B. eine Integrationsvereinbarung nach § 83 SGB IX oder eine Vereinbarung zur Beschäftigungssicherung nach §§ 92 a, 88 BetrVG können jedoch ebenso wie die freiwillige Übernahme einer Tarifbindung

Grundlage für eine Aufstockung einer Beihilfe durch einen Bonus darstellen. In der Regel entscheiden soziale Gestaltungskriterien nicht über das „Ob“ einer Beihilfe, sondern sind eher geeignet, die Höhe zu modifizieren.

12. Beihilfen dürfen den Wettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten nicht verfälschen. Soweit sich ein Mitgliedstaat strikt an die Vorschriften der AGVO hält, ist regelmäßig davon auszugehen, dass eine Verfälschung des Wettbewerbs unterbleibt. Werden zusätzliche Kategorien normiert, dann ist regelmäßig nicht von einer Verfälschung des Wettbewerbs zwischen den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft auszugehen, solange der Mitgliedstaat strengere Anforderungen ausschließlich an Betriebsstätten auf seinem Territorium stellt.
13. Die Mehrzahl der Beihilfen kann nach der Natur der Sache nur im jeweiligen Mitgliedstaat realisiert werden. Wenn für eine Frist von drei oder fünf Jahren kontinuierlich besetzte Dauerarbeitsplätze geschaffen werden sollen, dann können diese Leistungen nicht in Form der Arbeitnehmerentsendung erbracht werden. Insoweit kann in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH bei einem solchen Sachzusammenhang auch die Anforderung gestellt werden, dass eine Betriebsstätte im Inland besteht. Diese kann selbstverständlich auch von ausländischen Unternehmen gegründet und genutzt werden, denen Beihilfen in gleicher Weise wie den inländischen Unternehmen zu gewähren sind. Die Dienstleistungsfreiheit wird insoweit tatbestandlich nicht beeinträchtigt, weil und soweit diese Anforderungen durch Arbeitnehmerentsendung nicht erbracht werden können. Daher ist das Merkmal der ständigen Betriebsstätte für solche Beihilfen legitim. Von den Betreibern einer solchen Betriebsstätte kann auch verlangt werden, dass sie die Entgeltsätze eines ortsüblichen Tarifvertrags – und nicht nur die Mindestsätze nach dem Entsenderecht – anwenden, weil insoweit das Entsenderecht nicht einschlägig ist. Wenn sich dagegen die Beihilfe z. B. auf die Errichtung eines Bauwerks bezieht, das zumindest teilweise auch von entsandten Arbeitnehmern errichtet werden kann, ist die Dienstleistungsfreiheit eines Entsende-Arbeitgebers zu beachten.
14. Eine Beeinträchtigung des deutschen Verfassungsrechts ist nicht gegeben, so lange der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet wird. Zwar können soziale Anforderungen auch berufsregelnden Charakter haben und in den Schutzbereich der Berufsfreiheit nach Art. 12 GG eingreifen, doch werden etwaige Eingriffe gerechtfertigt, so lange sie dazu dienen, den wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalt zu festigen und die strukturelle Arbeitslosigkeit zu bekämpfen. Hier weist das Bundesverfassungsgericht den staatlichen Organen einen beachtlichen Prognose-, Beurteilungs- und Handlungsspielraum zu. Geboten ist eine regelmäßige Evaluation der Maßnahmen, so dass die Zweckerreichung und die Erforderlichkeit der jeweiligen Instrumente überprüft werden.
15. Zur Verbesserung der Sachkompetenz der Entscheidungen ist es naheliegend, zumindest auf Landesebene einen Beirat zu etablieren, in dem die Verbände der Arbeitgeber und Arbeitnehmer sowie die jeweiligen Kammern vertreten sind. Leitbild ist weniger der Verwaltungsausschuss nach § 374 SGB III, der ein Selbstverwaltungsorgan darstellt, sondern der örtliche Beirat nach § 18 d SGB II, der die gemeinsame Einrichtung bei der Auswahl und Gestaltung der steuerfinanzierten Eingliederungsinstrumente am Arbeitsmarkt berät. Ein solcher Beirat ist nicht nur in die Konzeptionen und die Gewährung der Beihilfen, sondern auch in deren Evaluierung einzubeziehen.

Literaturverzeichnis

- Alexy, Robert 1996: Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung; 3. Aufl., Frankfurt am Main.
- Bader, Johann; Aschke, Manfred; Ronnellenfitsch, Michael 2010: Verwaltungsverfahrensgesetz, München.
- Bartels, Ralf; Ziegler, Astrid 2006: Mitbestimmte Unternehmensförderung; WSI-Mitteilungen, S. 156 ff.
- Bartosch, Andreas 2009: EU-Beihilfenrecht, Kommentar, München.
- Bartosch, Andreas 2008: Die neue allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung im EG-Beihilfenrecht; NJW, S. 3612 ff.
- Bartosch, Andreas 2001: Vergabefremde Kriterien und Art. EG Artikel 87I EG: Sitzt das öffentliche Beschaffungswesen in Europa auf einem beihilferechtlichen Pulverfass?; EuZW, S. 229 ff.
- Bartosch, Andreas 2009: EU-Beihilfenrecht, München.
- Bauer, Stefan 2008: Die mitgliedstaatliche Finanzierung von Aufgaben der Daseinsvorsorge und das Beihilferecht des EG-Vertrages; Baden-Baden.
- Bayreuther, Frank 2009: Inländerdiskriminierung bei Tariftreueerklärungen im Vergaberecht, EuZW, S. 102 ff.
- Bayreuther, Frank 2008: Tariftreue vor dem Aus – Konsequenzen der Ruffert-Entscheidung des EuGH für die Tariflandschaft; NZA, S. 626 ff.
- Beuttenmüller, Ingo 2007: Vergabefremde Kriterien im öffentlichen Auftragswesen; Baden-Baden.
- Bleckmann, Albert: Zum gerichtlichen Schutz des öffentlichen Finanzinteresses bei der Vergabe von Subventionen und öffentlichen Aufträgen, JöR 53, S. 286 ff.
- Boecken, Winfried; Jousen, Jacob 2010: Teilzeit- und Befristungsgesetz; 2. Aufl.; Baden-Baden.
- Bultmann, Peter Friedrich 2004: Beihilferecht und Vergaberecht; Tübingen.
- Bungenberg, Marc 2007: Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, Jus Publicum Band 163, Tübingen.
- Bungenberg, Marc 2007: Vergaberecht im Wettbewerb der System: eine rechtsebenenübergreifende Analyse des Vergaberechts; Tübingen.
- Calliess, Christian; Ruffert, Matthias; Däubler, Wolfgang; Kittner, Michael; Klebe, Thomas; Wedde, Peter 2001: EUV/AEUV, 4. Aufl. München. BetrVG – Betriebsverfassungsgesetz; 12. Aufl.; Frankfurt a.M. 2010.
- Durinke, Corinna; Magiera, Siegfried; Merten, Detlef; Niedobitek, Matthias/Sommermann; Karl-Peter (Hrsg.) 2010: Der neue Gemeinschaftsrahmen für Forschungs-, Entwicklungs- und Innovationsbeihilfen – Inhalt, Bedeutung und Rechtsnatur, Band 151, Berlin.
- Düwell, Franz Josef 2010: Betriebsverfassungsgesetz; 3. Aufl.; Baden-Baden.
- Eichenhofer, Eberhard 2010: Sozialrecht; 7. Aufl., Tübingen.
- Erichsen, Hans-Uwe; Ehlers, Dirk 2010: Allgemeines Verwaltungsrecht; 14. Aufl., Berlin, New York.
- Fante, Jan 2004: Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele; Aachen.

- Fischer, Kristian 2004: Vergabefremde Zwecke im öffentlichen Auftragswesen: Zulässigkeit nach Europäischem Gemeinschaftsrecht, *EuZW*, S. 492 ff.
- Fischer, Ulrich 2009: Der blinde Fleck in der Wesentlichkeitslehre des Bundesverfassungsgerichts beim Arbeitskampfrecht – Ein arbeitsrechtlicher Zwischenruf aus der PraxisErfahrungen aus dem Bahnstreik 2007; *RdA*, S. 287 ff.
- Frenz, Walter 2011: Soziale Vergabekriterien im Spiegel aktueller Judikatur von EuGH und BVerfG, *NZS*, S. 321 ff.
- Frenz, Walter 2007: Soziale Vergabekriterien, in: *NZ Bau*, S. 17 ff.
- Fitting, Karl; Engels, Gerd; Schmidt, Ingrid; Trebinger, Yvonne; Linsenmaier, Wolfgang 2010: Betriebsverfassungsgesetz; 25. Auflage, München.
- Geiger, Rudolf; Khan, Daniel-Erasmus; Kotzur, Markus; Grabitz/Hilf/ Nettesheim 2010: *EUV/AEUV*, 5. Aufl. München. Das Recht der Europäischen Union, 2010.
- Greiner, Stefan 2011: Von der Tariftreue zum Landesvergabemindestlohn – Bestandsaufnahme und europarechtliche Bewertung, *ZIP*, S. 2129 ff.
- Hanau, Peter 2010: Die Europäische Grundrechtecharta – Schein und Wirklichkeit im Arbeitsrecht, *NZA*, S. 1 ff.
- Haratsch, Andreas; König, Christian; Pechstein, Matthias 2011: *Europarecht*, 7. Auflage, Tübingen.
- Heidenhain, Martin (Hrsg.) 2003: *Handbuch zum Europäischen Beihilferecht*; München.
- Henke, Wilhelm 1979: *Das Recht der Wirtschaftssubventionen als öffentliches Vertragsrecht*, Tübingen.
- Heuer, Ernst; Engels, Dieter; Eibelshäuser, Manfred 2011: *Kommentar zum Haushaltsrecht*; Stand: 52. Ergänzungslieferung (Mai 2011).
- Jarass, Hans D.; Pieroth, Bodo 2011: *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar*; 11. Auflage, München.
- Jennert, Carsten 2003: Vergabefremde Kriterien – keine Beihilfen, sondern gemeinwirtschaftliche Pflichten; *NZBau*, S. 417 ff.
- Kaelble, Hendrik 2008: Vergabeentscheidungen und Verfahrensgerechtigkeit: zur wirtschaftslenkenden Auftragsvergabe gemessen an der Berufsfreiheit, den Grundfreiheiten und dem Beihilfenverbot, Berlin.
- Kampe, Sebastian Alexander 2008: *Die Staatsbürgerschaft im Europäischen Beihilferecht*; Köln.
- Kessler, J.; Ölcüm, I. 2004: Die Berücksichtigung sozialer Belange im Recht der öffentlichen Auftragsvergabe, in: *EWS*, S. 337 ff.
- Kirch, T.; Leinemann, E.-D. 2009: Alles neu? Mindestlohnvorgaben und Eigenleistungsquoten nach der Vergaberechtsmodernisierung, in: *VergabeR*, 414 ff.
- Knack, Hans-Joachim; Henneke, Hans-Günter; Dürr, Hansjochen 2010: *Verwaltungsverfahrensgesetz*; 9. Auflage, Köln.
- Koenig, Christian; Schreiber, Kristina 2010: *Europäisches Wettbewerbsrecht*, Tübingen.
- Kohte, Wolfhard; Irion, Kristina 2004: Zur Beförderung von arbeits- und sozialpolitischen Belangen durch den gemeinwirtschaftlichen Personennahverkehr, *ZESAR*, S. 439 ff.
- Kohte, Wolfhard 2007: Arbeitnehmerschutz und Privatisierung. In: Hauck/Rosenfeld (Hrsg.), *Neue Grenzen städtischer Wirtschaftstätigkeit: Ausweitung versus Abbau? Referate und Diskussion im Rahmen des 2. Halleschen Kolloquiums zur kommunalen Wirtschaft am 11. und 12. Oktober 2007*, S. 77 ff.
- Kopp, Ferdinand (Begr.); Schenke, Wolf-Rüdiger 2010: *Verwaltungsgerichtsordnung*; 16. Auflage, München.

- Kopp, Ferdinand (Begr.); Ramsauer, Ulrich 2011: *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 12. Aufl., München.
- Kracht, Harald 2002: *Feststellender Verwaltungsakt und konkretisierende Verfügung*, Berlin.
- Krämer, Erwin (Begr.); Köhler, Paul 2011: *Zuwendungsrecht und Zuwendungspraxis*; Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg; Stand: 98. Ergänzungslieferung (Juli Schmidt, Jürgen 2011).
- Kühling, Jürgen; el Barudi, Stefan 2006: *Grundzüge des Rechts der Wirtschaftsförderung*; *JurA*, S. 672 ff.
- Maurer, Hartmut 2011: *Allgemeines Verwaltungsrecht*; 18. Auflage, München.
- Maunz, Theodor; Dürig, Günter (Begr.); Herzog, Roman; Scholz, Rupert; Herdegen, Matthias; Klein, Hans (Hrsg.) 2011: *Grundgesetz*; Stand: 62. Lieferung (Mai 2011).
- Mähring, Matthias 2003: *Grundzüge des EG-Beihilfenrechts*; *JuS*, S. 448 ff.
- Metzner, Richard 2002: *Gaststättengesetz*; 6. Auflage; München.
- Montag, Frank (Hrsg.); Arhold, Christoph 2011: *Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht) – Band 3: Beihilfen- und Vergaberecht*, München.
- Neun, Andreas; Otting, Olaf 2010: *Entwicklungen des europäischen Vergaberechts im Jahr 2010*, *EuZW*, S. 456 ff.
- Opitz, Marc 2004: *Das Legislativpaket: Die neuen Regelungen zur Berücksichtigung umwelt- und sozialpolitischer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge*, *VergabeR*, S. 421 ff.
- Ölcüm, Ipek 2009: *Die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Auftragswesen*, *Schriften zum öffentlichen Recht* Band 1149.
- Pietzcker, Jost 1998: *Die neue Gestalt des Vergaberechts*; *ZHR* 162, S. 427 ff.
- Plenge 2010: *Die Bedeutung des EG-Beihilfenrechts für die wirtschaftsverwaltungsrechtliche Genehmigungsentscheidungen*, Frankfurt am Main.
- Preis, Ulrich (Hrsg.) 2009: *Der Arbeitsvertrag*; 3. Aufl., Köln.
- Prieß, Hans-Joachim 2006: *Handbuch des Europäischen Vergaberechts – Gesamtdarstellung der EU/EWR – Vergaberegeln mit Textausgabe*, 3. Aufl., Köln.
- Riesenhuber, Karl 2009: *Europäisches Arbeitsrecht, eine systematische Darstellung*.
- Rodi, Michael 2000: *Die Subventionsrechtsordnung*, *Jus Publicum* Band 52, Tübingen.
- Rebmann, Kurt (Begr.); Säcker Franz-Jürgen (Hrsg.) 2009: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 5, (Schuldrecht: Besonderer Teil III), München.
- Richardi, Reinhard; Dörner, Hans-Jürgen; Weber, Christoph 2008: *Personalvertretungsrecht*; 3. Auflage, München.
- Richardi, Reinhard; Wlotzke, Otfried; Wißmann, Hellmut; Oetker, Hartmut (Hrsg.) 2009: *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht- Band 2*: 3. Auflage, München.
- Rodi, Michael 2000: *Die Subventionsordnung*, Tübingen.
- Rödl, Florian 2011: *Bezifferte Mindestentgeltvorgabe im Vergaberecht*; *EuZW*, S. 292 ff.
- Ruthig, Josef; Storr, Stefan 2008: *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 2. Aufl., Heidelberg/München.
- Sachs, Michael 2007: *Grundgesetz: Kommentar*; 4. Aufl., München.
- Schlachter, Monika 2002: *Grenzüberschreitende Dienstleistungen: Die Arbeitnehmerentsendung zwischen Dienstleistungsfreiheit und Verdrängungswettbewerb*, *NZA*; S. 1242 ff.
- Schmidt, Reiner (Hrsg.); Vollmöller, Thomas (Hrsg.) 2007: *Kompodium öffentliches Wirtschaftsrecht*, 3. Aufl., München.

- Schwarz, Kyrill-A. 1998: Neue Staatsziele in der Niedersächsischen Verfassung; Nds. VBl., S. 225 ff.
- Schubert, Jens M. 2010: Das Normalarbeitsverhältnis in der arbeits- und sozialrechtlichen Wirklichkeit; NJW, S. 2613 ff.
- Schüren, Peter; Brors, Christiane; Hamann, Wolfgang 2007: Arbeitnehmerüberlassungsgesetz; 3. Aufl.; München.
- Seifert 2008: EuZA, 526.
- Sodan, Helge 2010: Verwaltungsgerichtsordnung; 3. Aufl., Baden-Baden.
- Sollgruber, Johann 2007: Grundzüge des europäischen Beihilferechts: 2007-2013; Wien: Linde.
- Stelkens, Paul; Bonk, Heinz Joachim 2008: Verwaltungsverfahrensordnung, 7. Auflage, München.
- Stober, Rolf; Tettinger, Peter; Wank, Rolf 2008: Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht; 16. Auflage, Stuttgart. Gewerbeordnung; 7. Auflage, München 2004.
- Ule, Carl Hermann; Laubinger, Hans-Werner 1995: Verwaltungsverfahrenrecht; 4. Auflage, Köln.
- Weyand, Rudolf 2011: Vergaberecht, Praxiskommentar zu GWB – VgV – SektVO – VOB/A – VOL/A – VOF mit sozialrechtlichen Vorschriften, 3. Auflage.
- Weyd, J. 2010: Das Zusammenwirken von Vergabe- und Beihilfenrecht am Beispiel öffentlicher Personenverkehrsdienste, in EWS S. 167 ff.
- Wiedmann, Ariane 2007: Die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien im Lichte des Gemeinschaftsrechts.
- Ziekow, Jan 2010: Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., Stuttgart 2010.
- Ziekow, Jan 2010: Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., München.

Der Autor

Prof. Dr. Wolfhard Kohte

Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät

Gründungsprofessur Zivilrecht II

Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches

Arbeits-, Unternehmens- und Sozialrecht



