

Dr. Clemens Latzel*

Soziale Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nach der Richtlinie 2014/24/EU

Öffentliche Aufträge werden auch nach Kriterien vergeben, die mit dem eigentlichen Erwerbzzweck nichts zu tun haben. Sekundäre oder „vergabefremde“ Zwecke dienen umwelt-, wirtschafts- und insbesondere sozialpolitischen Zielen, denen sich der Auftragnehmer unterwerfen muss, um „ins Geschäft“ zu kommen. Die neue allgemeine Vergaberichtlinie 2014/24/EU (ABl. 2014 L 94/64) löst die Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG (VKR) ab und reguliert diese Form politischer Lenkung. Im Folgenden wird untersucht, inwiefern die RL 2014/24/EU die Vergabe öffentlicher Aufträge nach sozialen Kriterien erlaubt.

I. Wirtschaftssteuerung durch Vergabe öffentlicher Aufträge

1. Sekundäre Vergabezwecke

Die öffentliche Hand nutzt den Erwerb von Bau-, Dienst- und Lieferleistungen gern, um Wirtschaftspolitik zu betreiben.¹ Was über „hard law“ nicht erreicht wird, soll wenigstens bei der Vergabe bzw. Ausführung öffentlicher Aufträge gelten.² Die große Nachfragemacht der steuerfinanzierten Auftraggeber erweist sich insofern als effektives Steuerungsmittel.³

a) *Entwicklung der sekundären Vergabezwecke.* Die Auftragsvergabe wurde zunächst für protektionistische Zwecke instrumentalisiert, indem inländische Bieter gegenüber ausländischen bevorzugt wurden. Das hinderte den Wettbewerb im Binnenmarkt, weshalb die EWG/EG die öffentliche Auftragsvergabe regulierte,⁴ um „die Gefahr einer Bevorzugung einheimischer Bieter oder Bewerber bei der Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber auszuschließen“.⁵ Überdies sollte verhindert werden, dass öffentliche Auftraggeber „sich von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten“ lassen.⁶ Doch die Mitgliedstaaten ließen sich die Auftragsvergabe als Instrument der Wirtschaftssteuerung nicht aus der Hand nehmen, woraufhin zunächst der *EuGH*⁷ und nachfolgend die EG (mit Art. 26 VKR⁸) neben den an Wirtschaftlichkeit orientierten Zuschlagskriterien auch soziale und umweltbezogene Auflagen für die Auftragsausführung zuließen – immerhin unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit mit dem (übrigen) Gemeinschafts- bzw. Unionsrecht.⁹

Die öffentliche Hand verfolgt heute vielfältige sekundäre Vergabezwecke: von der Förderung des Mittelstands (§ 97 III GWB), über die Arbeitnehmervergütung nach Tarifvertrag und der Einstellung von Langzeitarbeitslosen bis hin zur Beschränkung des Einsatzes von Leiharbeit,¹⁰ der Sektenbekämpfung, der Durchsetzung übergesetzlicher Umweltschutz- und Nachhaltigkeitsmaßstäbe¹¹ sowie von Menschenrechten, der Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) und fairen Handelsbedingungen entlang der Produktionskette im In- wie Ausland.¹² Die Politisierung der Auftragsvergabe ist längst nicht mehr eine Randerscheinung experimentierfreudiger „Landesfürsten“. Reden von „vergabefremden“ Vergabekriterien suggerieren eine „Kollateralmetaphorik“, die von der Finalität der Sekundärziele ablenkt.¹³ Selbst die EU-Kommission spricht mittlerweile von „strategischer Beschaffung“ zur Verbesserung der „sozialen Rahmenbedingungen“¹⁴ und betreibt damit auch im Vergaberecht die „Sozialpolitisierung der EU“.¹⁵

b) *Ambivalenz sozialer Vergabekriterien.* Bis auf Bayern haben mittlerweile alle Bundesländer – gestützt auf § 97 IV 3 GWB¹⁶ – Vergabe-

gesetze und die Zahl der Vergabemindestlöhne wie der vergabespezifischen Tarifreuepflichten nimmt zu.¹⁷ Damit soll der Wettbewerb der Bieter über die Arbeitsbedingungen ausgeschaltet werden, indem etwa tariffreie Bieter um ihre Lohnkostenvorteile gegenüber tarifgebundenen Bietern gebracht werden (vgl. § 4 II AEntG n. F.) oder aus dem Einsatz von Leiharbeit kein Vorteil erwachsen soll.¹⁸ Der Staat will mit „guten“ Arbeitsbedingungen ein Vorbild für die Privatwirtschaft setzen und durch die Anhebung des Lohnniveaus die sozialen Sicherungssysteme entlasten.¹⁹

Leidtragende sind vor allem die Kommunen, die das Wunscharbeitsrecht ihres Landesgesetzgebers in der Vergabepaxis umsetzen müssen.²⁰ Sekundäre Vergabezwecke gehen auch zu Lasten der Steuerzahler und konfliktieren mit dem Sparsamkeitsgebot (§ 6 I HGrG),²¹ denn sie machen die Vergabeverfahren komplexer, langwieriger, fehleranfälliger und damit teurer; die Überwachung der zusätzlichen Kriterien bleibt ohnehin meist völlig auf der Strecke.²²

2. Vorgaben des allgemeinen Unionsrechts

a) *Dienstleistungsfreiheit und Mindestlöhne.* Das sekundäre Vergaberecht ist nach wie vor nicht abschließend. Wie die RL 2014/24/EU in ihrem ersten Erwägungsgrund betont, werden öffentliche Aufträge im Einklang mit den Grundsätzen des AEUV vergeben, namentlich den Grundfreiheiten „sowie den sich daraus ableitenden Grundsätzen wie Gleichbehandlung,

* Der Autor ist Habilitand am Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

- 1 Vgl. *Frenz*, NZBau 2007, 18 (20): „Ausdrucksform politischen Handelns“; *Rieble/Latzel*, Wirtschaftsförderung nach sozialen Kriterien – Am Beispiel der Leiharbeit, 2012, Rn. 4 ff.
- 2 *Opitz* in *Dreher/Motzke*, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Aufl. 2013, § 97 IV GWB Rn. 82.
- 3 *Rechten/Röbke*, Basiswissen Vergaberecht, 2014, S. 37; *Ziekow* in *ders./Völlink*, Vergaberecht, 2. Aufl. 2013, § 97 GWB Rn. 108.
- 4 RL 92/50/EWG des Rates vom 18.6.1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABl. 1992 L 209/1; vgl. *Ziekow* in *ders./Völlink* (o. Fn. 3), Einl. GWB Rn. 1, § 97 GWB Rn. 3.
- 5 *EuGH*, EuZW 1999, 16 Rn. 42 – Gemeinde Arnhem.
- 6 *EuGH*, NZBau 2001, 218 Rn. 17 – University of Cambridge.
- 7 *EuGH*, NVwZ 1990, 353 Rn. 37 – Beentjes.
- 8 *Dreher* in *Innenga/Mestmäcker*, 5. Aufl. 2014, § 97 GWB Rn. 254 ff.; *Kühling/Huerkamp*, VergabeR 2010, 545 (546).
- 9 Das betont auch *EuGH*, NZBau 2014, 647 Rn. 28 – Bundesdruckerei.
- 10 *Rieble/Latzel* (o. Fn. 1), Rn. 26 ff.
- 11 Zur nachhaltigen Beschaffung eingehend *Brackmann*, VergabeR 2014, 310.
- 12 *Opitz* in *Dreher/Motzke* (o. Fn. 2), § 97 IV GWB Rn. 80.
- 13 *Storr* in *Bungenberg/Huber/Streinz*, Wirtschaftsverfassung und Vergaberecht – Der verfassungsrechtliche Rahmen der Auftrags- und Konzessionsvergabe, 2011, S. 43 (44).
- 14 Entwurf zur RL 2014/24/EU, KOM 2011 (896), 11 ff.; vgl. 2., 47., 123. ErwGr RL 2014/24/EU; *Burgi*, ZHR 2014, 2 (7 f.); krit. *Rechten/Röbke* (o. Fn. 3), S. 37; *Summa*, NZBau 2012, 729.
- 15 *Glaser/Kahl*, ZHR 2013, 643 (677); vgl. *Burgi*, ZHR 2014, 2 (3 f.).
- 16 Zur Gesetzgebungskompetenz *BVerfG*, NZBau 2007, 53 Rn. 56 ff.
- 17 *Meißner*, ZfBR 2014, 453; im Einzelnen *Willenbruch*, in *ders./Wiedekind*, Vergaberecht, 3. Aufl. 2014, 19. Los Rn. 34 ff.
- 18 Dazu eingehend *Rieble/Latzel* (o. Fn. 1), Rn. 305 ff.
- 19 Nachw. bei *Burgi*, Grenzen für Tarifreue-, Mindestentgelt und Quotenregelungen im Landesvergaberecht (vbw-Studie), 2013, S. 3 f.
- 20 Entsprechend kritisch aus kommunaler Sicht *Meißner*, ZfBR 2014, 453 (458 f.); *Köster*, DÖV 2012, 474 (480 f.); außerdem auch *Glaser/Kahl*, ZHR 2013, 643 (677).
- 21 *Dreher* in *Innenga/Mestmäcker* (o. Fn. 8), § 97 GWB Rn. 237; *Opitz* in *Dreher/Motzke* (o. Fn. 2), § 97 IV GWB Rn. 82; *Rechten/Röbke* (o. Fn. 3), S. 37.
- 22 *Rechten/Röbke* (o. Fn. 3), S. 38 f.; vgl. aber nunmehr zur „Governance“ Art. 83 und 105. ErwGr RL 2014/24/EU, dazu *Burgi*, NZBau 2012, 601 (607 f.).

Nichtdiskriminierung, gegenseitige Anerkennung, Verhältnismäßigkeit und Transparenz“. Die Grundfreiheiten verfolgen ähnliche Ziele wie das (ursprüngliche) Vergaberecht, indem sie einen möglichst freien Wettbewerb im Binnenmarkt sicherstellen. Durch ihren universellen, wirtschaftlichen Ansatz fangen sie auch Vergabepraktiken ein, die das geschriebene Vergaberecht nicht erfasst.²³ Dazu zählen Vergabekriterien, die zwar vordergründig Gemeinwohlzielen dienen sollen, aber faktisch Marktabschottung bewirken und bezwecken, weil die Anforderungen inländische Bieter leichter erfüllen können als ausländische.²⁴ Aus dem sozialen Bereich betrifft das vor allem Lohnvorgaben, die den Marktzugang von Bietern aus Mitgliedstaaten mit niedrigerem Lohnniveau behindern.

Soweit der *Diskriminierungsschutz* des Sekundärrechts, insbesondere der für die Arbeitsbedingungen wichtigen EntsendeRichtlinie 96/71/EG (EntsendeRL) nicht greift oder dem Genüge getan ist, ist das *Beschränkungsverbot* der Dienstleistungsfreiheit anwendbar,²⁵ die gerade auch den Niedriglohnvorteil von Bietern aus anderen Mitgliedstaaten schützt.²⁶ Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit können zwar durch den im Allgemeininteresse liegenden Schutz der Arbeitnehmer oder der sozialen Sicherungssysteme gerechtfertigt sein,²⁷ doch müssen diese Ziele kohärent verfolgt werden. Das ist nicht der Fall, wenn etwa eine Tariftreuepflicht nur bei der Ausführung öffentlicher, nicht auch privater Aufträge gilt.²⁸ Vergabespezifisches Sonderarbeitsrecht beschränkt die Dienstleistungsfreiheit ungerechtfertigt;²⁹ daran ändert auch die Festschreibung von Mindestlöhnen in Landesvergabegesetzen nichts,³⁰ wie der EuGH jüngst für das TVgG-NRW entschieden hat.³¹ Kohärent sind hingegen generelle Arbeitsbedingungen, wie der allgemeine gesetzliche Mindestlohn sowie allgemeinverbindliche Tariflöhne, da sie in ihrem Anwendungsbereich zwingend für alle Wirtschaftsteilnehmer gelten.³² Bloß weil diese Lohnvorgaben mitunter die Höhe von Tariflöhnen erreichen, werden sie nicht „letztlich doch Ausdruck der Tariftreue“.³³

Materiell sind allgemeine und der EntsendeRL genügende Mindestarbeitsbedingungen nur am Beschränkungsverbot der Dienstleistungsfreiheit zu messen. Weit über dem üblichen Marktniveau liegende Arbeitsbedingungen lassen sich nicht mehr als kollateraler, mit dem Arbeitnehmerschutz stets einhergehender protektionistischer Reflex³⁴ abtun, sondern sind offenbar intendiert.³⁵ Ein extrem hoher Mindestlohn wäre vielleicht zur Förderung eines hohen Beschäftigungsniveaus iSd Art. 9 AEUV ungeeignet, doch nicht *deswegen* rechtswidrig,³⁶ sondern weil er die Dienstleistungsfreiheit der Bieter aus Niedriglohnländern unverhältnismäßig beschränkt.³⁷ Wie der 98. Erwägungsgrund der RL 2014/24/EU betont, sollen der EntsendeRL entsprechende Mindestarbeitsbedingungen „auf dem Niveau bleiben, das durch einzelstaatliche Rechtsvorschriften oder durch Tarifverträge, die im Einklang mit dem Unionsrecht im Kontext der genannten Richtlinie angewandt werden, festgelegt wurde“. Damit wird die *Rüffert-Rechtsprechung*³⁸ zu vergabespezifischem Sonderarbeitsrecht legislativ bestätigt.

b) *Ziele der Unionspolitik*. Welche sekundären Vergabezwecke die Mitgliedstaaten und ihre öffentlichen Auftraggeber verfolgen können, determiniert das Unionsrecht insofern, als dessen Ziele nicht konterkariert werden dürfen, indem etwa der von der EU forcierte Einsatz von Leiharbeit unattraktiv gemacht oder untersagt wird³⁹ bzw. zur Auftragsausführung nur eigenes, sozialversicherungspflichtiges Personal eingesetzt werden darf.⁴⁰

Ogbleich die Art. 119, 120 AEUV alle Mitgliedstaaten auf die gemeinsamen Ziele der offenen Marktwirtschaft (vgl. Art. 3 EUV) verpflichten, ist es den Mitgliedstaaten nicht verwehrt, daneben eigenständige Ziele zu verfolgen. Unionsrechtlich anerkannte Gemeinwohlinteressen fungieren nicht als „Harmonisierungshebel“ für Bereiche, für die der EU die Kompetenz fehlt;⁴¹ vielmehr nimmt die Union auf nationale Besonderheiten Rücksicht (Art. 4 II EUV). Wenn der *EuGH* Steuererleichterungen für ausschließlich inländische Forschung kassiert,⁴² ist das keine Harmonisierung über die Hintertür,⁴³ sondern wird die Verfolgung nationaler Ziele mit unionsrechtswidrigen, da diskriminierenden Mitteln verhindert.⁴⁴ Nur mit expliziter Erlaubnis dürfen die Mitgliedstaaten Förderungen auf das Inland beschränken, etwa zur Steigerung des Anteils erneuerbarer Energien.⁴⁵

II. Einflussmöglichkeiten sozialer Aspekte im Vergabeverfahren

Soziale Kriterien können prinzipiell auf allen Stufen des Vergabeverfahrens einfließen, je nachdem ob sie bei der Leistung oder beim Bieter ansetzen und ob sie zwingend oder abwägbar sein sollen. Die Kriterien sind dabei nach den Rahmenbedingungen der Stufe zu beurteilen, auf der sie vom Auftraggeber eingeordnet worden sind;⁴⁶ falsch eingeordnete Kriterien werden nicht geltungserhaltend umgedeutet.⁴⁷

1. Soziale Kriterien bei der Leistungsbeschreibung

In der Leistungsbeschreibung definiert der öffentliche Auftraggeber die zu beschaffende Bau-, Dienst- oder Warenleistung. Es ist seine Sache, welche Leistungen er am Markt nachfragt (Beschaffungsautonomie) – das Vergaberecht

- 23 Etwa unterhalb der Schwellenwerte, *EuGH*, NZBau 2014, 712 (unter Nr. 9 in diesem Heft) = *EuZW* 2014, 738 Rn. 24 f. – *Libor*.
- 24 *Storr* (o. Fn. 13), S. 43 (47 ff.); *Ziekow* in *ders./Völlink* (o. Fn. 3), § 97 *GWB* Rn. 15.
- 25 *Rieble/Latzel* (o. Fn. 1), Rn. 324 ff.; vgl. *Burgi*, *ZHR* 2014, 2 (8); *EuGH*, NZBau 2014, 647 Rn. 30 – Bundesdruckerei.
- 26 *EuGH*, NZBau 2014, 647 Rn. 34 – Bundesdruckerei; NZBau 2008, 332 Rn. 37 – Rüffert; *OLG Koblenz*, NZBau 2014, 317 (319); *Glaser/Kahl*, *ZHR* 2013, 643 (676 f.); *Rieble/Latzel* (o. Fn. 1), Rn. 328.
- 27 *EuGH*, NZBau 2014, 647 Rn. 31, 35 – Bundesdruckerei; NZBau 2002, 147 Rn. 19 ff. – *Portugaia Construções*.
- 28 *EuGH*, NZBau 2008, 332 Rn. 37 ff. – Rüffert.
- 29 *EuGH*, NZBau 2008, 332 Rn. 38, 42 – Rüffert; *Rieble/Latzel* (o. Fn. 1), Rn. 335 ff.; *Simon*, *RdA* 2014, 165 (170 ff.), gegen *Glaser/Kahl*, *ZHR* 2013, 643 (667 ff.).
- 30 *Burgi* (o. Fn. 19), S. 15 ff.; *Dreher* in *Immengal/Mestmäcker* (o. Fn. 8), § 97 *GWB* Rn. 280; *Simon*, *RdA* 2014, 165 (171 f.); a. A. *Däubler*, *NZA* 2014, 694 (696 ff.), an dessen Ausführungen indes das *OLG Koblenz*, NZBau 2014, 317 (320), „erhebliche Zweifel“ hat.
- 31 *EuGH*, NZBau 2014, 647 Rn. 32 – Bundesdruckerei; beim *EuGH* noch anhängig: Rs. C-115/14 – *RegioPost* – zum rheinland-pfälzischen LTTG.
- 32 *Dreher* in *Immengal/Mestmäcker* (o. Fn. 8), § 97 *GWB* Rn. 280; *Simon*, *RdA* 2014, 165 (173 f.); insoweit richtig *Frenz* in *Willenbruch/Wiedekind* (o. Fn. 17), § 97 *GWB* Rn. 117.
- 33 So aber *Frenz* in *Willenbruch/Wiedekind* (o. Fn. 17), § 97 *GWB* Rn. 112.
- 34 *Glaser/Kahl*, *ZHR* 2013, 643 (662 f.); „unbeabsichtigter Nebeneffekt“.
- 35 *Rieble/Latzel* (o. Fn. 1), Rn. 325 ff.; in diesem Sinne auch 98. ErwGr *UAbs. 1* RL 2014/24/EU sowie *Simon*, *RdA* 2014, 165 (171).
- 36 A. A. *Storr* (o. Fn. 13), S. 43 (53).
- 37 *EuGH*, NZBau 2014, 647 Rn. 34 – Bundesdruckerei; dazu auch o. I 2 a.
- 38 *EuGH*, NZBau 2008, 332 – Rüffert.
- 39 Eingehend *Rieble/Latzel* (o. Fn. 1), Rn. 143 ff.: „Grundrecht auf Leiharbeit“.
- 40 *OLG Düsseldorf*, *VergabeR* 2013, 614; *Brackmann*, *VergabeR* 2014, 310 (314 f.); *Dreher* in *Immengal/Mestmäcker* (o. Fn. 8), § 97 *GWB* Rn. 264.
- 41 In diese Richtung aber *Storr* (o. Fn. 13), S. 43 (52 f.).
- 42 *EuGH*, *EuZW* 2005, 249 – *Laboratoires Fournier*.
- 43 So aber *Storr* (o. Fn. 13), S. 43 (52 f.).
- 44 *EuGH*, *EuZW* 2005, 249 Rn. 23 – *Laboratoires Fournier*.
- 45 *EuGH*, *EuZW* 2014, 620 Rn. 49 ff. – *Ålands Vindkraft*.
- 46 *EuGH*, NZBau 2008, 262 Rn. 26 ff. – *Lianakis*; NZBau 2010, 120 Rn. 51 ff. – *ERGA*.
- 47 *Ziekow* in *ders./Völlink* (o. Fn. 3), § 97 *GWB* Rn. 109.

macht insofern nach wie vor grundsätzlich⁴⁸ keine Vorgaben.⁴⁹

a) *Technische Spezifikationen*. Schon bislang konnten als technische Spezifikationen bestimmte Umwelteigenschaften (Emissionen, Recyclingfähigkeit) der zu beschaffenden Leistung verlangt werden, wozu auch Produktionsmethoden zählten.⁵⁰ Entsprechend erlaubt nun Art. 42 I UAbs. 2 RL 2014/24/EU, dass sich technische Spezifikationen „auch auf den spezifischen Prozess oder die spezifische Methode zur Produktion bzw. Erbringung der angeforderten Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen“ beziehen – und fügt klarstellend hinzu: „auch wenn derartige Faktoren nicht materielle Bestandteile von ihnen sind“. Die Spezifikationen müssen nur „in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen und zu dessen Wert und Zielen verhältnismäßig“ sein. Damit wird im Wesentlichen die *EuGH*-Entscheidung zu den Gütezeichen „EKO“ und „Max Havelaar“ kodifiziert, wonach zwar (hinreichend detaillierte) Umwelteigenschaften, aber nicht der Einsatz „fair gehandelter“ Waren als technische Spezifikation verlangt werden kann.⁵¹

Die notwendige „Verbindung mit dem Auftragsgegenstand“ ist als Ausdruck des *Spezifischen* des Leistungsprozesses bzw. der Produktionsmethode im Sinne eines „funktionalen Zusammenhangs“⁵² zu verstehen. Technische Spezifikationen müssen also die Besonderheiten des konkreten Auftrags und der damit verbundenen Prozesse, nicht allgemeine, auftragsunabhängige Methoden betreffen. Technische Spezifikationen müssen sich – im Gegensatz zu Ausführungsbedingungen⁵³ – qualitativ (obgleich nicht materiell) auf die Leistung auswirken.

b) *Soziale Aspekte als technische Spezifikationen*. Da sich Leistungsbeschreibungen immer auf den konkreten Auftragsgegenstand beziehen müssen („leistungsbildende Faktoren“⁵⁴), sind nur soziale Aspekte zulässig, die „die betreffende Ware oder die betreffende Dienstleistung unmittelbar charakterisieren, wie das Kriterium der Zugänglichkeit für Personen mit einer Behinderung oder das Kriterium ‚Design für Alle‘“⁵⁵ (etwa Errichtung eines behindertengerechten Gebäudes⁵⁶ oder Erstellung einer barrierefreien Homepage⁵⁷). Nunmehr muss auch jegliche Beschaffung, die zur Nutzung durch natürliche Personen vorgesehen ist, behindertengerecht spezifiziert sein (Art. 42 I UAbs. 4 RL 2014/24/EU).⁵⁸

Untaugliche technische Spezifikationen sind nach wie vor⁵⁹ allgemeine Produktionsumstände ohne Bezug zu den technischen Spezifika des Auftrags. Die Arbeitsbedingungen, der zur Auftragsausführung eingesetzten Arbeitnehmer, zeichnen nicht einen spezifischen technischen Prozess oder eine spezifische technische Methode der Leistungserbringung aus. Die Beachtung von IAO-Kernarbeitsnormen, der Einsatz von Langzeitarbeitslosen, die Zahlung von Tariflöhnen etc. sind deshalb ebenso untaugliche Leistungsbeschreibungen⁶⁰ wie alle Kriterien, die die generelle Unternehmenspolitik des Bieters betreffen, insbesondere Quoten und Förderprogramme.⁶¹ Von den technischen Spezifika losgelöste Produktionsbedingungen können allerdings Ausführungsbedingungen sein.⁶²

Ausnahmsweise können soziale Aspekte selbst Auftragsgegenstand sein, wenn in erster Linie kein Ergebnis (etwa Reinigung öffentlicher Parkanlagen), sondern eine „Beschäftigungstherapie“ (etwa Anleitung und Überwachung von Langzeitarbeitslosen bei der Reinigung öffentlicher Parkanlagen) ausgeschrieben wird.⁶³ Nur unter diesen Umständen kann die Auftragsvergabe unmittelbar dem Abbau von Arbeitslosigkeit dienen; freilich ist die Grenze zu bloßen Arbeitsgelegenheiten iSd § 16 d SGB II fließend.

2. Soziale Kriterien als Eignungskriterien

Der öffentliche Auftraggeber prüft die Eignung der Bieter für die Ausführung des Auftrags nach wie vor anhand abschließender⁶⁴ Eignungskriterien: Zuverlässigkeit („Ausschlussgründe“ iSd Art. 57 RL 2014/24/EU, worunter auch die Gesetzestreue fällt⁶⁵), Befähigung zur Berufsausübung (Art. 58 II RL 2014/24/EU), wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit (Art. 58 III RL 2014/24/EU) sowie berufliche und technische Leistungsfähigkeit (Art. 58 IV RL 2014/24/EU). Die Eignungskriterien sind abwägungsfest, das heißt es kann prinzipiell⁶⁶ keine unterschiedlichen „Eignungsgrade“ geben.⁶⁷

a) *Zuverlässigkeit*. aa) *Gesetzestreue als Instrument der (Mindest-)Lohn-Compliance*. Auch nach der RL 2014/24/EU genügt rechtswidriges Verhalten eines Bieters prinzipiell nicht, um ihn mangels Gesetzestreue als ungeeignet auszuschließen,⁶⁸ vielmehr muss er rechtskräftig wegen eines der in Art. 57 I RL 2014/24/EU abschließend genannten Delikte (Wirtschaftskriminalität, Bestechung, Terrorismus, Kinderarbeit, Menschenhandel) rechtskräftig verurteilt worden sein.⁶⁹ Ebenfalls grundsätzlich⁷⁰ zwingend sind Bieter auszuschließen, die ihren Verpflichtungen zur Entrichtung von Steuern oder Sozialversicherungsbeiträgen nicht nachgekommen sind – was rechtskräftig festgestellt sein muss (Art. 57 II UAbs. 1 RL 2014/24/EU). Es steht den Auftraggebern aber frei, einen Bieter schon dann auszuschließen, wenn sie nur

48 Zu den Ausnahmen *Neun/Otting*, EuZW 2014, 446 (450); für die Einschränkung der Beschaffungsautonomie zugunsten des Wettbewerbs *Rechten/Portner*, NZBau 2014, 276.

49 *OLG Düsseldorf*, NZBau, 2012, 785 (789) – MoWaS; NZBau 2013, 650 (651) – *HISinOne*; *Brackmann*, VergabeR 2014, 310 (315); *Dreher* in *Immenga/Mestmäcker* (o. Fn. 8), § 99 GWB Rn. 14; *Ziekow* in *ders./Völlink* (o. Fn. 3), § 97 GWB Rn. 88, 114. Zur Inhouse-Vergabe Art. 12 mit 5. ErwGr RL 2014/24/EU, *Burgi*, NZBau 2012, 601 (603 ff.); *Knauff*, EuZW 2014, 486 und *Müller/Klostermann*, ZfBR 2014, 347 (350).

50 *Ziekow* in *ders./Völlink* (o. Fn. 3), § 97 GWB Rn. 115 f.

51 *EuGH*, NZBau 2012, 445 Rn. 61 ff., 74 – *EKO/Max Havelaar* – zu Art. 23 VKR; zustimmend *Brackmann*, VergabeR 2014, 310 (313); *Siegel*, VergabeR 2013, 370 (372).

52 *Siegel*, VergabeR 2013, 370 (372).

53 Dazu u. II 4 a.

54 *Meißner u. a.*, Die Berücksichtigung sozialer Belange im Vergaberecht, 2009, S. 16.

55 99. ErwGr RL 2014/24/EU.

56 *Ziekow* in *ders./Völlink* (o. Fn. 3), § 97 GWB Rn. 121.

57 *Meißner u. a.* (o. Fn. 54), S. 15.

58 Zweifel an der Unionskompetenz hegen *Kühling/Huerkamp* in *Montag/Säcker*, Münchner Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, 2011, § 97 GWB Rn. 206.

59 *Dreher* in *Immenga/Mestmäcker* (o. Fn. 8), § 99 GWB Rn. 33.

60 *Glaser/Kahl*, ZHR 2013, 643 (656 f.); *Kühling/Huerkamp*, VergabeR 2010, 545 (549); *Meißner u. a.* (o. Fn. 54), S. 16; *Ziekow* in *ders./Völlink* (o. Fn. 3), § 97 GWB Rn. 124.

61 *Ziekow* in *ders./Völlink* (o. Fn. 3), § 97 GWB Rn. 125 f.

62 Dazu u. II 4.

63 Vgl. *Meißner u. a.* (o. Fn. 54), S. 15.

64 *Dreher* in *Immenga/Mestmäcker* (o. Fn. 8), § 97 GWB Rn. 248, 269; *Opitz* in *Dreher/Motzke* (o. Fn. 2), § 97 IV GWB Rn. 86; *Ziekow* in *ders./Völlink* (o. Fn. 3), § 97 GWB Rn. 83, 131; *Frenz* in *Willenbruch/Wieddekind* (o. Fn. 17), § 97 GWB Rn. 67 – jeweils zur VKR.

65 Vgl. Art. 57 VI UAbs. 1 RL 2014/24/EU; *Dreher* in *Immenga/Mestmäcker* (o. Fn. 8), § 97 GWB Rn. 201; *Ziekow* in *ders./Völlink* (o. Fn. 3), § 97 GWB Rn. 100.

66 Zur neuen Ausnahme u. II 3 a.

67 *Frenz* in *Willenbruch/Wieddekind* (o. Fn. 17), § 97 GWB Rn. 58; *Ziekow* in *ders./Völlink* (o. Fn. 3), § 97 GWB Rn. 92.

68 Zum reformbedürftigen Verhältnis von Ungeeignetheit und Verfahrensausschluss wegen Unzuverlässigkeit nach deutschem Recht *Burgi*, NZBau 2014, 595 (596).

69 *Summa*, NZBan 2012, 729 (730 f.); vgl. zu Art. 45 I. II Buchst. c VKR *Dreher* in *Immenga/Mestmäcker* (o. Fn. 8), § 97 GWB Rn. 202; *Ziekow* in *ders./Völlink* (o. Fn. 3), § 97 GWB Rn. 131.

70 Ausnahmen nur „aus zwingenden Gründen des öffentlichen Interesses“, Art. 57 III RL 2014/24/EU.

„auf geeignete Weise“ nachweisen können, dass der Bieter seinen Steuer- und Sozialabgabepflichten nicht nachgekommen ist (Art. 57 II UAbs. 2 RL 2014/24/EU). Hat der Säumige seine Pflichten allerdings nachträglich erfüllt oder die Nachzahlung garantiert, darf er deswegen nicht mehr ausgeschlossen werden (Art. 57 II UAbs. 3 RL 2014/24/EU).

Da sich nach deutschem Recht die Sozialversicherungsbeiträge nach dem geschuldeten, nicht dem gezahlten Arbeitsentgelt richten (Entstehungsprinzip, §§ 22 I 1, 23 I SGB IV), eignet sich das Vergaberecht als Instrument der (Mindest-)Lohn-Compliance.⁷¹ Begünstigend kommt hinzu, dass nicht rechtskräftig festgestellt sein muss, dass der Bieter seinen Arbeitnehmern nicht den geschuldeten Lohn gezahlt und folglich zu wenig Sozialversicherungsbeiträge abgeführt hat.

Der „geeignete“ Nachweis erfordert freilich eine förmliche Feststellung auf gesicherter, im Zweifel gerichtsfester Tatsachenbasis. Die genaue Höhe der geschuldeten Löhne und dementsprechend auch der Sozialabgaben lässt sich indes in der Praxis mitunter nur schwer ermitteln. Nicht nur die richtige Eingruppierung von Arbeitnehmern in tarifvertragliche Vergütungsordnungen⁷² beschäftigt permanent die Arbeitsgerichte, sondern auch die Equal-pay-Vergütung von Leiharbeitnehmern (§ 9 Nr. 2 AÜG) ist gerade bei fehlenden Vergleichsarbeitern schwer zu beziffern – selbst die Träger der Rentenversicherung behelfen sich mit Schätzungen⁷³. Deswegen ist es unumgänglich, von der Möglichkeit des Art. 57 III UAbs. 2 RL 2014/24/EU Gebrauch zu machen, wonach säumige Bieter im Vergabeverfahren belassen werden können, wenn ihr Ausschluss etwa wegen Geringfügigkeit offensichtlich unverhältnismäßig wäre⁷⁴ oder wenn die Bieter im Anschluss an die Verletzung ihrer Zahlungspflicht „so spät über den genauen geschuldeten Betrag unterrichtet“ wurden, dass sie nicht mehr rechtzeitig vor Ablauf der Ausschreibungsfrist eine Nachzahlung tätigen oder wenigstens verbindlich zusagen konnten.

bb) *Verschärfte Arbeitsrechtstreue*. Ferner können Auftraggeber neuerdings gem. Art. 57 IV Buchst. a RL 2014/24/EU Bieter für unzuverlässig halten, wenn sie ihnen Verletzungen von Pflichten aus Art. 18 II RL 2014/24/EU nachweisen können. Art. 18 II RL 2014/24/EU lautet:

„Die Mitgliedstaaten treffen geeignete Maßnahmen, um dafür zu sorgen, dass die Wirtschaftsteilnehmer bei der Ausführung öffentlicher Aufträge die geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen einhalten, die durch Rechtsvorschriften der Union, einzelstaatliche Rechtsvorschriften, Tarifverträge oder die in Anhang X aufgeführten internationalen umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften festgelegt sind.“⁷⁵

Damit wird die Gesetzestreue für das Umwelt-, Arbeits- und Sozialrecht *formell* insofern verschärft,⁷⁶ als der Rechtsverstoß nicht rechtskräftig festgestellt sein, sondern nur „auf geeignete Weise“⁷⁷ nachgewiesen werden muss. Eine nähere Untersuchung verdienen die *materiellen* Verpflichtungen auf Tarifverträge (1) und internationale Vorschriften (2).

(1) Tarif- und Vertragstreue als Zuverlässigkeitskriterium?

Fortan sind *nicht* alle tariffreien Bieter unzuverlässig. Art. 18 II RL 2014/24/EU geht es nur um die „geltenden“ tarifvertraglichen Verpflichtungen. Das Vergaberecht kann nach wie vor keine Tariftreue konstituieren, sondern nur die Gesetzestreue auf die ohnehin den Bieter bindenden Tarifverträge erweitern. So ist auch der 39. Erwägungsgrund der RL 2014/24/EU zu verstehen, wonach „Klauseln zur Sicherstellung der Einhaltung von Tarifverträgen im Einklang mit dem Unionsrecht“ zulässig sein sollen. Bei den in der Vergabepraxis angewandten DIN-Zertifizierungen ist Vorsicht angebracht: Sie verlangen mitunter auch die Beachtung von Tarifverträgen, an die der Auftragnehmer nicht gebunden ist.⁷⁸ Die Einhaltung irgendwie „repräsentativer“, aber den Auftragnehmer nicht bindender Tarifverträge ist kein taugliches Eig-

nungskriterium – auch nicht unter dem Aspekt der Leistungsfähigkeit.⁷⁹

Doch auch tarifgebundene Bieter gefährden nicht durch jedes tarifwidrige Verhalten ihre Zuverlässigkeit. Wie schon nach Art. 45 II Buchst. d VKR kann auch nach Art. 57 IV Buchst. c RL 2014/24/EU ein Bieter als unzuverlässig ausgeschlossen werden, wenn er im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit eine „schwere Verfehlung“ begangen hat. Darunter versteht der *EuGH* „jedes fehlerhafte Verhalten, das Einfluss auf die berufliche Glaubwürdigkeit des betreffenden Wirtschaftsteilnehmers hat“ – auch ohne rechtskräftige Feststellung⁸⁰ – wie etwa die wahrheitswidrige Abgabe einer Verpflichtungserklärung⁸¹ oder vertragswidriges Verhalten. Es muss dem Bieter aber stets Vorsatz oder Fahrlässigkeit „von gewisser Schwere“ zur Last fallen: So kann zwar die nicht ordnungsgemäße Vertragserfüllung von geringer fachlicher Eignung zeugen, „doch stellt sie nicht automatisch auch eine schwere Verfehlung dar“.⁸² Dementsprechend verlangt nun auch Art. 47 IV Buchst. c RL 2014/24/EU, dass die „schwere Verfehlung“ die Integrität des Bieters in Frage stellt.

Ebenso ist die Tariftreue tarifgebundener Bieter zu beurteilen:⁸³ Ist ein Bieter in der Vergangenheit tarifbrüchig gewesen, muss das der öffentliche Auftraggeber zunächst „auf geeignete Weise“ nachweisen, was eine „konkrete und auf den Einzelfall bezogene Beurteilung der Verhaltensweise“ erfordert.⁸⁴ Daran ändert auch nichts, dass der Bieter nach Art. 60 RL 2014/24/EU Nachweise „als Beleg für das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen“ auf Verlangen vorlegen muss. Denn Art. 60 RL 2014/24/EU und (der das Umweltmanagement betreffende) Art. 62 RL 2014/24/EU nennen die zulässigerweise einzufordernden Nachweise *abschließend* (Art. 60 I UAbs. 2 RL 2014/24/EU) und außer für die Fälle der Art. 57 I, II und IV Buchst. b RL 2014/24/EU muss der Bieter keine Nachweise vorlegen (Art. 60 I UAbs. 1 RL 2014/24/EU *e contrario*). Eine Beweislastumkehr in dem Sinne, dass der Bieter seine Tariftreue nachweisen müsste, scheidet also nach wie vor aus.⁸⁵ Gerade weil Art. 18 II RL 2014/24/EU eigentlich eine Ausführungsbedingung ist, kann tarifbrüchiges Verhalten in der *Vergangenheit* nur dann die Zuverlässigkeit für die *Zukunft* gefährden, wenn auch bei der Ausführung des ausgeschriebenen Auftrags mit Tarifverletzungen zu rechnen ist. Die Unzuverlässigkeit kann stets nur anhand

71 Zur vergaberechtlichen Durchsetzung „vergabefremden“ Rechts *Burgi*, NZBau 2014, 595 (596 f.).

72 Zur Beitragsschuld aus Tariflöhnen *Löwisch/Rieble*, TVG, 3. Aufl. 2012, § 4 Rn. 115 ff.

73 *Rieble/Vielmeier*, ZIP 2011, 789 (796); *Friemel*, NZS 2011, 851 (853); *Faust/Rebner*, DB 2013, 874 (876); *Lambrich/Grünberg*, DB 2012, 2868 f.

74 Insofern bieten sich klare Schwellenwerte (einschl. Zeitrahmen) an, um Rechtssicherheit wie Verhältnismäßigkeit zu gewährleisten, vgl. *EuGH*, NZBau 2014, 712 (unter Nr. 9 in diesem Heft) = *EuZW* 2014, 738 Rn. 34, 37 – *Libor*.

75 Die Norm war im Kommissionsentwurf nur als Ausschlussgrund enthalten und wurde erst auf Betreiben des Europäischen Parlaments zur generellen Ausführungsbedingung erhoben, Parlamentsbericht vom 11.1.2013, A7-0007/2013, legislative Entschließung (Änderungsantrag Nr. 89).

76 Zur Erstreckung auf Subunternehmer u. II 2 b.

77 Dazu o. II 2 a aa.

78 *OLG Düsseldorf*, ZfBR 2011, 294 (296).

79 *OLG Düsseldorf*, ZfBR 2011, 294 (297).

80 *EuGH*, NZBau 2013, 116 Rn. 27 f. – *Forposta*.

81 *OLG Düsseldorf*, NZBau 2014, 314 (315).

82 *EuGH*, NZBau 2013, 116 Rn. 29 f. – *Forposta*.

83 Vgl. 39. ErwGr RL 2014/24/EU: Missachtung von Tarifpflichten als „schwere Verfehlung“.

84 *EuGH*, NZBau 2013, 116 Rn. 28, 31 – *Forposta*; dazu auch o. II 2 a aa.

85 Vgl. *OLG Düsseldorf*, NZBau 2014, 314 (315); *Ziekow* in *ders./Völ-link* (o. Fn. 3), § 97 GWB Rn. 137 – jeweils zu Art. 45 III VKR.

rechtswidrigen Verhaltens in der Vergangenheit prognostiziert werden.⁸⁶

Außerdem ist das Verschulden des Bieters für jeden einzelnen Tarifbruch festzustellen und zu ermitteln, inwiefern seine Integrität darunter gelitten hat. Schließlich gebietet der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, dass kleinere Unregelmäßigkeiten „nur in Ausnahmefällen“ und erst wiederholte Fälle Zweifel an der Zuverlässigkeit eines Bieters wecken können (101. ErwGr UAbs. 3 RL 2014/24/EU).⁸⁷

(2) Bindung an internationales Sonderarbeitsrecht?

Auch wenn ein öffentlicher Auftraggeber verschärfte Rechts-treue gem. Art. 57 IV UAbs. 1 Buchst. a RL 2014/24/EU verlangt, kann er damit Bieter nicht auf übergesetzliches Sonderarbeitsrecht verpflichten. Denn die im Anhang X der RL 2014/24/EU genannten internationalen Vorschriften sind (neben umweltrechtlichen Vereinbarungen) nur die IAO-Kernarbeitsnormen, das heißt folgende IAO-Übereinkommen:

- Nr. 87 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes
- Nr. 98 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen
- Nr. 29 über Zwangs- oder Pflichtarbeit
- Nr. 105 über die Abschaffung der Zwangsarbeit
- Nr. 138 über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung
- Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf
- Nr. 100 über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit
- Nr. 182 über das Verbot und unverzügliche Maßnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit

Die Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen wurde in der Vergangenheit intensiv diskutiert,⁸⁸ ist aber insofern unproblematisch, als sie im geltenden deutschen Arbeitsrecht ohnehin umgesetzt sind.⁸⁹ Die Einhaltung geltenden Arbeitsrechts (einschließlich verbindlicher Tarifverträge) wurde daher schon bislang als taugliches Eignungskriterium angesehen.⁹⁰ Indes fehlte für die Abgabe einer entsprechenden Verpflichtungserklärung eine Rechtsgrundlage in der insoweit abschließenden VKR;⁹¹ auch Art. 60 II RL 2014/24/EU trifft keine solche Regelung.⁹² Aus Art. 57 IV UAbs. 1 Buchst. a RL 2014/24/EU folgt nicht, dass Bieter nur noch Waren von Zulieferern beziehen dürfen, die in Ländern produzieren, die die IAO-Kernarbeitsnormen ratifiziert haben.⁹³

Zu den IAO-Kernarbeitsnormen zählt übrigens *nicht* das (ua nicht von Deutschland ratifizierte) IAO-Übereinkommen Nr. 94,⁹⁴ wonach die zur Ausführung öffentlicher Aufträge eingesetzten Arbeitnehmer mindestens die Arbeitsbedingungen erhalten müssen, „die im gleichen Gebiet für gleichartige Arbeit in dem betreffenden Beruf oder in der betreffenden Industrie gelten.“⁹⁵ Die RL 2014/24/EU konstituiert also keine Equal-pay-Pflicht, was mit dem Wettbewerbsschutz⁹⁶ auch schwerlich vereinbar wäre.

cc) *Selbstreinigung durch Compliance-Maßnahmen.* Hingewiesen sei nur auf die mit der RL 2014/24/EU erstmals normierte Möglichkeit, die Zuverlässigkeit durch Compliance-Maßnahmen wiederzuerlangen.⁹⁷ Dafür muss der Bieter nachweisen, „dass er einen Ausgleich für jeglichen durch eine Straftat oder Fehlverhalten verursachten Schaden gezahlt oder sich zur Zahlung eines Ausgleichs verpflichtet hat, die Tatsachen und Umstände umfassend durch eine aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden geklärt und konkrete technische, organisatorische und personelle Maßnahmen ergriffen hat, die geeignet sind, weitere Straftaten oder Verfehlungen zu vermeiden“ (Art. 57 VI UAbs. 2 RL 2014/24/EU).⁹⁸ Die exkulpierende Selbstreinigung ist von den Mitgliedstaaten zwingend umzusetzen, ja in der RL 2014/24/EU so bestimmt formuliert, dass im Falle defizitärer Umsetzung ihrer unmittelbaren Anwendung⁹⁹ nichts im Wege steht. Gleichwohl sind die gesetzlichen Vergabesperrn im deutschen Recht (§ 21 AEntG, § 21 SchwarzArbG, § 19

MiLoG sowie in den Landesvergabegesetzen)¹⁰⁰ entsprechend – am besten zentral im GWB¹⁰¹ – zu ergänzen.

b) *Einsatz von Subunternehmern.* Damit auch kleine und mittlere Unternehmen am Wettbewerb partizipieren können, kann der Bieter für die wirtschaftliche und finanzielle sowie technische und berufliche Leistungsfähigkeit die Kapazitäten von Subunternehmern in Anspruch nehmen (Art. 63 I UAbs. 1 RL 2014/24/EU).¹⁰² Da die Art der Rechtsverhältnisse zu externen Kräften, derer sich der Bieter zur Auftragsausführung bedienen will, vergaberechtlich explizit irrelevant ist, kann auch über die Leistungsfähigkeit nicht der Einsatz von Werkverträgen und Leiharbeitnehmern verhindert werden. Einzig die Subvergabe von „bestimmten kritischen Aufgaben“ im Rahmen von Bauaufträgen, Dienstleistungsaufträgen sowie Verlege- oder Installationsarbeiten im Zusammenhang mit einem Lieferauftrag kann ausgeschlossen werden (Art. 63 II RL 2014/24/EU), um den Einsatz der besonderen Fachkunde des Auftragnehmers sicherzustellen.¹⁰³

Die Zuverlässigkeit ihrer Subunternehmer müssen Bieter weder belegen noch dafür einstehen. Sie müssen ihre Subunternehmer nur dem Auftraggeber *anzeigen* (Art. 71 II, III RL 2014/24/EU), damit *er* ihre Zuverlässigkeit überwachen und notfalls deren Austausch verlangen kann (Art. 63 I UAbs. 2, Art. 71 VI Buchst. b RL 2014/24/EU).¹⁰⁴ Anderes gilt indes für die verschärfte Arbeitsrechtstreue iSd Art. 18 II RL 2014/24/EU: Wenn der Mitgliedstaat einen „Mechanismus der gemeinsamen Haftung von Unterauftragnehmern und Hauptauftragnehmer“ – wie Deutschland¹⁰⁵ – kennt, muss der Auftragnehmer auch für die verschärfte Arbeitsrechtstreue seiner Subunternehmer einstehen (Art. 71 VI Buchst. a RL 2014/24/EU).¹⁰⁶ Trotz der fakultativen Formulierung des Eingangssatzes von Art. 71 VI RL 2014/24/EU lässt sich in der Zusammenschau mit Abs. 1 und angesichts der imperativen Formu-

86 *Burgi*, NZBau 2014, 595 (597); *Summa*, NZBau 2012, 729 (733); *Ziekow* in *ders./Völlink* (o. Fn. 3), § 97 GWB Rn. 99.

87 *Burgi*, NZBau 2014, 595 (597).

88 Statt vieler *Dreher* in *Immenga/Mestmäcker* (o. Fn. 8), § 97 GWB Rn. 283 ff.; *Ziekow* in *ders./Völlink* (o. Fn. 3), § 97 GWB Rn. 132 ff.

89 Kleinere Umsetzungsdefizite erkennen *Scheuvel/Schwach*, NZA 2013, 1116 (1117, 1119); *Körner*, NZA 2011, 425 (426); *Nassibi*, Schutz vor Lohndumping in Deutschland, 2012, S. 247.

90 *OLG Düsseldorf*, ZfBR 2011, 294 (296 f.); *Ziekow* in *ders./Völlink* (o. Fn. 3), § 97 GWB Rn. 138; *Frenz* in *Willenbruch/Wiedekind* (o. Fn. 17), § 97 GWB Rn. 70.

91 *OLG Düsseldorf*, NZBau 2014, 314 (315).

92 Vgl. dazu o. II 2 a bb (1).

93 Dazu u. II 2 b.

94 Der Ausschuss für regionale Entwicklung wie der Rechtsausschuss im Europäischen Parlament konnten sich mit ihren darauf gerichteten Änderungsanträgen Nr. 35 bzw. Nr. 52 nicht durchsetzen, Parlamentsbericht vom 11.1.2013, A7-0007/2013.

95 Dazu *Däubler*, NZA 2014, 694 (699 ff.), der daraus einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts herleiten will.

96 Dazu o. I.

97 Vgl. 102. ErwGr RL 2014/24/EU; dazu *Burgi*, NZBau 2014, 595 (597 ff.); *Neun/Otting*, EuZW 2014, 446 (450 f.); *Summa*, NZBau 2012, 729 (731); eingehend bereits *Dreher/Hoffmann*, NZBau 2014, 67 ff., 150 ff.

98 Zur Vergaberechtscompliance *Dreher* in *Immenga/Mestmäcker* (o. Fn. 8), § 97 GWB Rn. 218 ff.

99 Zu den Voraussetzungen R. *Streinz*, Europarecht, 9. Aufl. 2012, Rn. 494.

100 Eine Vergabesperre gestützt auf § 16 Nr. 2 Buchst. c VOB/A bei genereller Unzuverlässigkeit bejaht *KG*, NZBau 2012, 389 (391).

101 *Burgi*, NZBau 2014, 595 (600 f.), plädiert für eine gebündelte formalgesetzliche Grundlage für Vergabesperrn.

102 Vgl. Art. 47 II, III; Art. 48 III, IV VKR.

103 Hingegen bezweifelt *Summa*, NZBau 2012, 729 (734 f.), die „Sinnhaftigkeit einer derart unbestimmten Ermächtigungsnorm“.

104 Vgl. 105. ErwGr UAbs. 2 RL 2014/24/EU.

105 § 14 AEntG, § 13 MiLoG, § 28 e IIIa SGB IV, § 150 Abs. 3 SGB VII, § 278 BGB; *Peters/Jacoby* in *Staudinger*, BGB 2013, § 631 BGB Rn. 37.

106 Vgl. 105. ErwGr UAbs. 3 RL 2014/24/EU.

lierung von Abs. 6 Buchst. a (im Gegensatz zu Buchst. b) schwerlich von einer bloßen Umsetzungsoption ausgehen.

Die Frage, ob von Bieter verlangt werden darf, dass sie von ihren Zulieferern keine Waren beziehen, die unter Missachtung der IAO-Kernarbeitsnormen hergestellt wurden,¹⁰⁷ hat die RL 2014/24/EU also für „echte“ Nachunternehmer beantwortet: Die verschärfte Arbeitsrechtstreue ist so wichtig, dass der Auftragnehmer insoweit für die Verfehlungen seiner Subunternehmer einsteht und vom Verfahren mangels Zuverlässigkeit jederzeit ausgeschlossen werden kann (Art. 57 IV Buchst. a, V UAbs. 2 RL 2014/24/EU). Für einfache Lieferanten und sonstige Dritte, die nur „qualitativ untergeordnete Arbeiten ausführen“ (etwa Geräte- und Arbeitnehmerverleih, Beratungsleistungen)¹⁰⁸ gilt dies freilich nicht, weil sich der Auftragnehmer nicht ihrer Leistungsfähigkeit iSd Art. 63 I RL 2014/24/EU, sondern nur ihrer auftragsunabhängig bereitgestellten Leistungen zur Auftragsausführung bedient.¹⁰⁹

c) *Erwünschte und unerwünschte Bieter.* Nach Art. 20 I RL 2014/24/EU können Vergabeverfahren von vornherein auf „geschützte Werkstätten“ und ähnliche soziale Einrichtungen sowie „Programme mit geschützten Beschäftigungsverhältnissen“ beschränkt werden (vgl. §§ 141, 143 SGB IX¹¹⁰). Dadurch können Bieter zum Zuge kommen, die sich im normalen Wettbewerb schwerlich durchzusetzen vermögen.¹¹¹ Es müssen mindestens 30 Prozent der Arbeitnehmer der Einrichtungen bzw. Programme benachteiligt sein. Außerdem können Mitgliedstaaten Dienstleistungen im Gesundheits-, Sozial- und kulturellen Bereich gemeinwohlorientierten Organisationen vorbehalten (Art. 77 RL 2014/24/EU).

Wer indes nur „wohlgefälligen“ Unternehmen, die zum Beispiel keinen Einflüssen von Scientology ausgesetzt sind, öffentliche Aufträge erteilen will,¹¹² kommt mit den Mitteln des Vergaberechts nicht weit. Zirkulär gerät insofern der Versuch, die Politisierung des Vergabewesens als Sachgrund anzuführen.¹¹³ Der Staat ist kein privater Nachfrager, der seine Vertragspartner nach seinem Willen küren kann¹¹⁴ – die Flucht ins Privatrecht¹¹⁵ entbindet nicht von Grundrechten.¹¹⁶ Selbst wenn Scientology nicht unter die Religionsfreiheit fällt,¹¹⁷ hat die Verflechtung eines Bieters mit dieser Vereinigung prinzipiell keinen Einfluss auf seine Eignung.¹¹⁸ Anderes gilt nur bei „verkündigungsnahe“ Dienstleistungen (Schulungen und Lehrveranstaltungen), bei denen „Technologien“ von L. Ron Hubbard negative Auswirkungen auf die zu erbringende Leistung haben können.¹¹⁹ Gleiches gilt für Bieter, die sich zum Nationalsozialismus bekennen (ohne gesetzesuntreu zu sein). Auch sie sind gleichberechtigt an der Auftragsvergabe zu beteiligen,¹²⁰ selbst wenn der Auftrag „in besonderem Maße in der öffentlichen Aufmerksamkeit steht bzw. eine besondere Sensibilität besitzt“, solange die Ideologie nicht die Qualität der (Dienst-)Leistung negativ zu beeinflussen vermag.

3. Soziale Kriterien als Zuschlagskriterien

Der Zuschlag ist dem Angebot zu erteilen, das die maßgeblichen Zuschlagskriterien am besten erfüllt. Hier geht es um die Differenzierung zwischen allen geeigneten Bietern.

a) *Zuschlagskriterien als Sammelbecken abwägbarer Vergabekriterien.* Als Zuschlagskriterien kommen prinzipiell alle Merkmale in Betracht, die auch als Teil der Leistungsbeschreibung oder als Ausführungsbedingung zulässig sind, weil Zuschlagskriterien als „Nice-to-have“ den Wettbewerb weniger beschränken als die „Must-haves“.¹²¹ So kann eine Grenze für Schadstoffemissionen ein Leistungsmerkmal sein oder die Zuschlagserteilung von möglichst geringen Emissionen abhängig gemacht werden.¹²²

Indem Art. 67 II Buchst. b RL 2014/24/EU auch „Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals“ als taugliches Zuschlagskriterium ansieht, „wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung

haben kann“, wird die traditionelle, aber erodierte Zuordnung der Wirtschaftlichkeit zu Zuschlagskriterien und der Eignung zur Bieterauswahl nun auch sekundärrechtlich durchbrochen.¹²³ Abgestufte Eignungsgrade sind nunmehr als Zuschlagskriterien möglich, obgleich nicht alle Eignungskriterien automatisch taugliche Zuschlagskriterien sind, insbesondere sind Bieter, die ohne Fremdpersonal oder Subunternehmer einen Auftrag bewerkstelligen nicht deswegen vorzugswürdig. Organisation, Qualifikation und Erfahrung des eingesetzten Personals sind rein fachliche Merkmale, für die das Rechtsverhältnis der Fachkräfte zum Auftragnehmer ebenso irrelevant ist, wie ihre Vergütung und ihre Frauenquote – schon weil diese Aspekte keinen „erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung“ haben. Deshalb ist auch die verschärfte Arbeitsrechtstreue Eignungs-, nicht Zuschlagskriterium.

b) *Das „wirtschaftlich günstigste“ Angebot.* Obgleich gem. Art. 67 I RL 2014/24/EU nunmehr stets dem „wirtschaftlich günstigsten Angebot“ der Zuschlag zu erteilen ist (so bereits § 97 V GWB¹²⁴), erlaubt Art. 67 II RL 2014/24/EU (wie auch noch Art. 53 I VKR), das Angebot mit dem niedrigsten Preis bzw. den niedrigsten Kosten auszuwählen.¹²⁵ Neben dem Preis können aber auch Qualität, Effizienz, Umweltverträglichkeit (Elemente der Leistungsbeschreibung) und soziale Aspekte (Elemente der Ausführungsbedingungen) bei der Angebotsauswahl berücksichtigt werden.¹²⁶ Zwingend ist das aber nach wie vor nicht (Art. 67 II UAbs. 3 RL 2014/24/EU *e contrario*).¹²⁷ Die RL 2014/24/EU spricht sich nur dagegen aus, *allein* „kostenfremde Kriterien“ der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots zu Grunde zu legen (92. ErwGr UAbs. 3).¹²⁸

107 Dagegen Dreher in Immengal/Mestmäcker (o. Fn. 8), § 97 GWB Rn. 287; Summa, NZBau 2012, 729 (732); Ziekow in ders./Völlink (o. Fn. 3), § 97 GWB Rn. 133 f.; dafür Beck/Wagner, VergabeR 2008, 601 (605 f.).

108 Dreher in Immengal/Mestmäcker (o. Fn. 8), § 97 GWB Rn. 193.

109 Vgl. OLG Düsseldorf, NZBau 2011, 54 (55) – zu Art. 25, 47 ff. VKR.

110 Dreher in Immengal/Mestmäcker (o. Fn. 8), § 97 GWB Rn. 282.

111 Vgl. 36. ErwGr RL 2014/24/EU; Neun/Otting, EuZW 2014, 446 (448).

112 BMWi-Rundschreiben vom 26.7.2001 zur Scientology-Schutzerklärung, BAnz. 2001, 18174; vgl. Meißner u. a. (o. Fn. 54), S. 18.

113 Frenz, NZBau 2007, 18 (21).

114 Rieble/Latzel (o. Fn. 1), Rn. 345 ff.

115 Die Auftragsvergabe ist ein einheitlich privatrechtlicher Vorgang, BVerwG, NZBau 2007, 389; krit. Huber in Bungenberg/Huber/Streinz (o. Fn. 13), S. 15 ff.

116 Brackmann, VergabeR 2014, 310 (317 f.).

117 BAG, NJW 1996, 143, aber strittig; zum nationalen Rechtsstand Roth/Erben, NZBau 2013, 409 (412); zu Art. 9 EMRK EGMR, NJW 2008, 495 – Scientology Kirche Moskau.

118 Den Auftragsbezug bezweifeln Kühling/Huerkamp in Montag/Säcker (o. Fn. 58), § 97 GWB Rn. 254.

119 Eingehend Roth/Erben, NZBau 2013, 409.

120 Vgl. Rieble, RdA 2012, 241 (245): „Auch Rechte haben Rechte.“

121 Opitz in Dreher/Motzke (o. Fn. 2), § 97 V GWB Rn. 41.

122 Ziekow in ders./Völlink (o. Fn. 3), § 97 GWB Rn. 139.

123 Neun/Otting, EuZW 2014, 446 (451); für die Legitimität der „Mehr-eignung“ bereits §§ 4 II 2, 5 I 2 VgV, OLG Düsseldorf, NZBau 2009, 68 (70 f.); Dreher, EWIR 1999, 139; ders. in Immengal/Mestmäcker (o. Fn. 8), § 97 GWB Rn. 345 f. m. w. N.; krit. Summa, NZBau 2012, 729 (736): Auftraggeber können „auf legale Weise die Ausschreibung auf den ortsansässigen ‚Hoflieferanten‘ zuschneiden“.

124 Ziekow in ders./Völlink (o. Fn. 3), § 97 GWB Rn. 85, 107; a. A. Dreher in Immengal/Mestmäcker (o. Fn. 8), § 97 GWB Rn. 322; Frenz in Wiltenbruch/Wiedekind (o. Fn. 17), § 97 GWB Rn. 81 f.: In richtlinienkonformer Auslegung können Auftraggeber auch das Preisprinzip wählen.

125 Ebenso Jaeger, NZBau 2014, 259 (266); Neun/Otting, EuZW 2014, 446 (451); Summa, NZBau 2012, 729 (735).

126 Krit. Summa, NZBau 2012, 729 (735): „Weg zum sozial- und/oder umweltpolitisch korrekten Hoflieferanten“ vorgezeichnet.

127 Vgl. Ziekow in ders./Völlink (o. Fn. 3), § 97 GWB Rn. 105 – zu Art. 53 VKR.

128 Vgl. OLG Düsseldorf, VergabeR 2013, 599: „Preis darf weder unter- noch überbewertet werden.“

Was für einen konkreten Auftrag ein „wirtschaftlich günstiges“ Angebot ist, richtet sich nach der „Sicht des öffentlichen Auftraggebers“ (Art. 67 II UAbs. 1 RL 2014/24/EU).¹²⁹ Er wählt und gewichtet die Zuschlagskriterien und soll zu Kriterien „ermutigt“ werden, mit denen er „qualitativ hochwertige“ Leistungen erhalten kann, die seinen Bedürfnissen „optimal entsprechen“ (92. ErwGr RL 2014/24/EU).

c) *Soziale Zuschlagskriterien.* aa) *Anerkennung sozialer Aspekte.* Kostenfremde oder „preisergänzende“¹³⁰ Zuschlagskriterien hat zunächst der *EuGH*¹³¹ und später auch die VKR zugelassen.¹³² Die RL 2014/24/EU öffnet nun Zuschlagskriterien explizit für Sekundärzwecke, indem das Preis-Leistungs-Verhältnis – entsprechend jüngerer *EuGH*-Rechtsprechung¹³³ – auch „unter Einbeziehung qualitativer, umweltbezogener und/oder sozialer Aspekte“ sowie der Handelsbedingungen bewertet werden kann (Art. 67 II UAbs. 1). Der Katalog ist nicht abschließend.¹³⁴

bb) *Transparenz sozialer Aspekte.* Zuschlagskriterien dürfen dem Auftraggeber keine faktische Entscheidungsfreiheit einräumen, das heißt sie müssen hinreichend bestimmt, transparent (Art. 18 I RL 2014/24/EU) und ihre Erfüllung vom Auftraggeber überprüfbar sein (Art. 67 IV RL 2014/24/EU).¹³⁵ Zuschlagskriterien sind so zu formulieren, dass „alle gebührend informierten und mit der üblichen Sorgfalt handelnden Bieter deren genaue Bedeutung verstehen und sie somit in gleicher Weise auslegen können“.¹³⁶ „Sozial angemessene“ oder „faire“ Arbeitsbedingungen sind ebenso intransparent wie „gesellschaftlich verantwortliches Verhalten“ (*Corporate Social Responsibility*¹³⁷) und „nachhaltige“¹³⁸ Einkaufspolitik.¹³⁹ Ausgeschlossen ist außerdem, von Bietern unspezifiziert Angaben darüber zu verlangen, wie sie für die Gleichstellung von Mann und Frau, die Vereinbarkeit von Familie und Beruf, die Integration benachteiligter Gruppen etc. sorgen.¹⁴⁰ Das erlaubt dem Auftraggeber eine willkürliche Zuschlagserteilung, weil nicht ex ante klar ist, welche konkreten Maßnahmen inwiefern zuschlagsrelevant sind. Entsprechend verlangt Art. 67 V RL 2014/24/EU, die Gewichtung der Zuschlagskriterien transparent zu machen.¹⁴¹

cc) *Auftragszusammenhang sozialer Aspekte.* Zuschlagskriterien müssen mit dem Auftragsgegenstand in Zusammenhang stehen – das ist „von entscheidender Bedeutung“ (98. ErwGr RL 2014/24/EU). Welche Kriterien noch mit dem Auftrag zusammenhängen und welche nicht, wird dem *EuGH* noch viel Kopfzerbrechen bereiten. Alle Zuschlagskriterien müssen sich „in irgendeiner Hinsicht und in irgendeinem Lebenszyklus-Stadium“ auf den Auftragsgegenstand „beziehen“ (Art. 67 III RL 2014/24/EU). Ergänzend werden noch „Faktoren, die zusammenhängen mit dem spezifischen Prozess der Herstellung oder der Bereitstellung [der Leistung] oder des Handels damit“ als taugliche Kriterien genannt. Schließlich betont die RL 2014/24/EU, dass „derartige Faktoren sich nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken“ müssen. Ein *unmittelbarer* Auftragszusammenhang ist also erforderlich, aber kein physischer Niederschlag im Sinne einer qualitativen Manifestation.¹⁴²

Immerhin nennt der 99. ErwGr RL 2014/24/EU einige taugliche soziale Zuschlagskriterien:

- Schutz der Gesundheit „der am Produktionsprozess beteiligten Arbeitskräfte“
- Förderung der sozialen Integration von benachteiligten Personen oder Angehörigen sozial schwacher Gruppen „unter den für die Ausführung des Auftrags eingesetzten Personen“

- Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen oder Ausbildungsmaßnahmen für Arbeitslose oder Jugendliche „im Zuge der Ausführung des zu vergebenden Auftrags“.

Der Auftragszusammenhang sozialer Zuschlagskriterien liegt also vor allem in ihrer Beschränkung auf die an der Auftragsausführung beteiligten Arbeitnehmer. Die generelle Unternehmenspolitik des Bieters ist – wie im Vergaberecht generell¹⁴³ – tabu,¹⁴⁴ weshalb etwa auch Fair-Trade-Klauseln „ausschließlich die im Rahmen dieses Auftrags zu liefernden Zutaten“ betreffen und „keine Auswirkung auf die allgemeine Einkaufspolitik der Bieter“ haben dürfen.¹⁴⁵ Nur rein *auftragsbezogene* Quoten und (genau beschriebene) Förderprogramme für auftragsausführende, benachteiligte Beschäftigte sind taugliche Zuschlagskriterien (wie auch Ausführungsbedingungen).¹⁴⁶

dd) *Verhältnismäßigkeit sozialer Aspekte.* Indes beeinflussen mitunter auch auftragsbezogene Quoten gleichwohl die generelle Personalpolitik des Auftragnehmers, wenn er etwa die „Quotenträger“ schwerlich nur für die Ausführung des konkreten Auftrags einstellen kann.¹⁴⁷ Dauert beispielsweise die Auftragsausführung kürzer als eine Berufsausbildung, wird der Auftragnehmer, der extra für den Auftrag Auszubildende eingestellt hat, sie auch noch nach Auftragsende beschäftigen müssen – die Möglichkeit der Projektbefristung (§ 14 I 2 Nr. 1 TzBfG) besteht nicht für Ausbildungsverhältnisse (vgl. §§ 21 f. BBiG). Nicht ausgeschlossen ist allerdings, Auszubildende an andere persönlich und fachlich geeignete Ausbilder zum Zwecke der Ausbildung (nicht der Arbeitsleistung iSd § 1 I 1 AÜG) zu überlassen (§ 14 I Nr. 2, § 28 I 2, II BBiG).¹⁴⁸ Wohlgemeinte Quoten können also einen ganz neuen Markt der Überlassung besonders geschützter Arbeitskräfte eröffnen – der Einsatz nur beim Auftragnehmer unmittelbar angestellter, sozialversicherungspflichtiger Arbeitnehmer zur Auftragsausführung kann nämlich nicht verlangt werden.¹⁴⁹

Sind formal auftragsbezogene Anforderungen nicht ohne materielle Auswirkungen auf die auftragsunabhängige Unternehmenspolitik durchführbar, ist allerdings weniger der Auftragszusammenhang als vielmehr das Verhältnismäßigkeits- und Gleichbehandlungsgebot (Art. 18 I RL 2014/24/EU) ver-

129 Ebenso schon *EuGH*, NZBau 2002, 618 Rn. 55 – Concordia.

130 *Siegel*, VergabeR 2013, 370 (371).

131 *EuGH*, NZBau 2000, 584 Rn. 50 – Calais.

132 *Opitz* in *Dreher/Motzke* (o. Fn. 2), § 97 V GWB Rn. 39.

133 *EuGH*, NZBau 2012, 445 Rn. 84 f. – EKO/Max Havelaar; ebenso schon *Frenz*, NZBau 2007, 18 (20).

134 Vgl. 92. ErwGr UAbs. 1 RL 2014/24/EU.

135 *EuGH*, NZBau 2002, 618 Rn. 61, 64 – Concordia – noch zur RL 92/50/EWG; *Ziekow* in *ders./Völlink* (o. Fn. 3), § 97 GWB Rn. 106.

136 *EuGH*, NZBau 2012, 445 Rn. 88, 109 – EKO/Max Havelaar.

137 Dazu eingehend *Spießhofer*, NJW 2014, 2473.

138 Zur forstwirtschaftlichen Etymologie *Brackmann*, VergabeR 2014, 310.

139 *EuGH*, NZBau 2012, 445 Rn. 109 ff. – EKO/Max Havelaar.

140 Vgl. *EuGH*, NZBau 2012, 445 Rn. 110 – EKO/Max Havelaar.

141 Ebenso bereits Art. 53 II VKR.

142 Vgl. *EuGH*, NZBau 2012, 445 Rn. 91 – EKO/Max Havelaar; *Frenz* in *Willenbruch/Wieddekind* (o. Fn. 17), § 97 GWB Rn. 108; krit. *Siegel*, VergabeR 2013, 370 (374 f.).

143 *Siegel*, VergabeR 2013, 370 (376); *Ziekow* in *ders./Völlink* (o. Fn. 3), § 97 GWB Rn. 146; anderes gilt nur für Behindertenwerkstätten, dazu o. II 2 c.

144 *EuGH*, NZBau 2012, 445 Rn. 102 ff. – EKO/Max Havelaar; *Burgi* (o. Fn. 19), S. 27; *Dreher* in *Immenga/Mestmäcker* (o. Fn. 8), § 97 GWB Rn. 262; *Frenz*, NZBau 2007, 18 (21); *Koch*, ZIP 2012, 1695 (1698 f.); *Opitz* in *Dreher/Motzke* (o. Fn. 2), § 97 V GWB Rn. 40.

145 *EuGH*, NZBau 2012, 445 Rn. 90 – EKO/Max Havelaar.

146 *Burgi* (o. Fn. 19), S. 27 f., aber bzgl. Frauenquoten wegen „geringen gesellschaftlichen Steuerungseffekts“ ablehnend; ähnlich *Neupert*, NWVBl 2013, 48 (51).

147 *Dreher* in *Immenga/Mestmäcker* (o. Fn. 8), § 97 GWB Rn. 263.

148 *Boemke* in *ders./Lembke*, AÜG, 3. Aufl. 2013, § 1 Rn. 28.; krit. *Hammann* in *Schüren*, AÜG, 4. Aufl. 2010, § 1 Rn. 40 ff.

149 Fn. 40.

letz.¹⁵⁰ Das ist auch der Fall, wenn die sozialen Anforderungen für kleinere Unternehmen nicht mehr zu stemmen sind, obwohl sie im Übrigen dem Auftrag gewachsen sind¹⁵¹ (Art. 18 I UAbs. 2 RL 2014/24/EU). Deswegen sind soziale Aspekte, die etwa die Zusammensetzung des auftragsausführenden Personals betreffen, nur bei Aufträgen zulässig, die solange dauern oder so personalintensiv sind, dass die meisten geeigneten Auftragnehmer sie erfüllen können, ohne ihre Personalpolitik generell, d. h. über die Zeit der Auftragsausführung hinaus, vergabekonform gestalten zu müssen (auch wenn gerade das meist intendiert ist¹⁵²). Die Schwellenwerte des § 71 I SGB IX können als Orientierung dienen.

4. Soziale Kriterien als Ausführungsbedingungen

Neben den Vergabekriterien im engeren Sinne können dem Auftragnehmer auch Vorgaben gemacht werden, die nicht sein Angebot oder den Leistungsgegenstand betreffen, sondern ausschließlich die Phase der Leistungserbringung ausgestalten. Vor allem arbeitnehmerbezogene Vergabekriterien werden meist als Ausführungsbedingungen formuliert.¹⁵³

a) *Abgrenzung zu anderen Vergabekriterien.* Kriterien der *Leistungsbeschreibung* manifestieren sich zumindest insofern in der Leistung, als sie Einfluss auf ihre Qualität haben.¹⁵⁴ Im Gegensatz dazu haben *Ausführungsbedingungen* keinen Einfluss auf die Leistung, sondern betreffen nur den äußeren Vorgang der Leistungserbringung, weil sie „zur Befriedigung des Beschaffungsbedarfs des Auftraggebers nicht erforderlich“ sind.¹⁵⁵ Ausführungsbedingungen sind wie Eignungskriterien keiner Abwägung zugänglich.¹⁵⁶ Daher kann der Bieter bereits bei Abgabe seines Angebots auf die Ausführungsbedingungen verpflichtet werden;¹⁵⁷ sie werden mit Zuschlag Vertragsbedingungen.¹⁵⁸ Sollen Ausführungsbedingungen (etwa Lieferung einer Ware in einem Fair-trade-System) in die Angebotsbewertung einfließen, werden sie zu Zuschlagskriterien¹⁵⁹ – die Entscheidung liegt beim Auftraggeber (vgl. 99. ErwGr RL 2014/24/EU).¹⁶⁰

b) *Besondere Anforderungen an Ausführungsbedingungen.* Ausführungsbedingungen folgen im Grunde denselben Regeln wie Zuschlagskriterien, weshalb sie in den ErwGr 97 ff. RL 2014/24/EU auch gemeinsam besprochen werden.

aa) *Sachlicher Auftragszusammenhang.* Ausführungsbedingungen können ebenso wie Zuschlagskriterien „wirtschaftliche, innovationsbezogene, umweltbezogene, soziale oder beschäftigungspolitische Belange umfassen“ (Art. 70 RL 2014/24/EU). Vor allem müssen auch Ausführungsbedingungen mit dem Auftragsgegenstand in einem sachlichen Zusammenhang stehen, der sich nach denselben Regeln bemisst, wie bei den Zuschlagskriterien (Art. 70 iVm Art. 67 III RL 2014/24/EU).¹⁶¹ Im 104. ErwGr RL 2014/24/EU wird zwar der Auftragszusammenhang speziell für *Ausführungsbedingungen* beschrieben, doch inhaltlich nichts anderes ausgedrückt („alle Faktoren, die mit dem konkreten Prozess der Herstellung, Bereitstellung oder Vermarktung zusammenhängen [...] jedoch nicht Anforderungen in Bezug auf eine allgemeine Unternehmenspolitik“).

In diesem Sinne sind auch die im 98. ErwGr UAbs. 2 RL 2014/24/EU genannten „Absichten“ zu verstehen (Gleichstellung und verstärkte Erwerbsbeteiligung von Frauen, Vereinbarkeit von Arbeit und Privatleben, Erfüllung „grundlegender“ IAO-Übereinkommen, Einstellung von mehr benachteiligten Personen „als nach nationalem Recht gefordert“). Im Gegensatz zum Katalog im 99. ErwGr RL 2014/24/EU werden hier nur mögliche politische Motive aufgezählt, die unter dem Vorbehalt der unionsrechtlichen Umsetzbarkeit stehen, insbesondere soweit sie über die allgemein geltenden Arbeitsbedingungen hinausgehen. Jedenfalls scheitern Versuche, über Ausführungsbedingungen die Grenzen der Leistungsbeschreibung und der Eignungskriterien zu überwinden, am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.¹⁶²

bb) *Überprüfbarkeit.* Im Gegensatz zu Zuschlagskriterien mussten Ausführungsbedingungen vom Auftraggeber bislang nicht – über eine Ver-

pflichtungserklärung hinaus¹⁶³ – effektiv überprüfbar sein. Ausführungsbedingungen gelten ohnehin für alle Bieter gleich, sodass die für Zuschlagskriterien charakteristische Differenzierung nicht für einen ernsthaften Wettbewerb erforderlich ist.¹⁶⁴ Auftraggeber müssen grundsätzlich nur in der Lage und gewillt sein, von Bietern gemachte Angaben auf ihre Richtigkeit und darauf zu prüfen, ob sie die festgelegten *Zuschlagskriterien* erfüllen.¹⁶⁵ Dementsprechend verlangt Art. 67 IV RL 2014/24/EU nur, dass eine „wirksame Überprüfung“ der Bieterangaben für die *Angebotsbewertung* möglich ist und vom Auftraggeber im „Zweifelsfall“ vorgenommen wird. Für Ausführungsbedingungen ändert sich mit der RL 2014/24/EU nichts: Art. 70 RL 2014/24/EU verlangt nur die *Angabe* der Ausführungsbedingungen in den Auftragsunterlagen, kennt keine detaillierten Vollzugs- und Nachweisregeln wie für die Zuverlässigkeit in den Art. 57, 60 RL 2014/24/EU und verweist auch nicht auf Art. 67 IV RL 2014/24/EU. Wenn Ausführungsbedingungen mangels staatlicher Kontrolle¹⁶⁶ zur „Angebotslyrik“ verkommen,¹⁶⁷ sind sie nicht *deswegen* rechtswidrig. Der vertragsbrüchige Auftragnehmer riskiert aber seine Zuverlässigkeit bei künftigen Verfahren.¹⁶⁸

Die verschärfte Arbeitsrechtstreue der Auftragnehmer¹⁶⁹ müssen die Mitgliedstaaten aber bei der Auftragsausführung sicherstellen; Art. 18 II RL 2014/24/EU („Die Mitgliedstaaten treffen geeignete Maßnahmen, um dafür zu sorgen“) wird mit bloßen Selbstverpflichtungserklärungen der Auftragnehmer auch unter Androhung von Vertragsstrafen und Vertragskündigung nicht effektiv Rechnung getragen.

III. Schlussbetrachtungen

1. Zusammenfassung

Die RL 2014/24/EU kodifiziert in weiten Teilen die bisherige Rechtslage, wie sie sich nach der Rechtsprechung des *EuGH* darstellt, und ordnet die Vergabekriterien wie folgt:

	leistungsbezogen (mit qualitativen Auswirkungen)	leistungsbezogen (ohne qualitative Auswirkungen)	bieterbezogen
abwägungs- fest	Leistungsbeschrei- bung	Ausführungsbedin- gung	Eignungskrite- rium
abwägbar	Zuschlagskriteri- um	unzulässig; nur bei erheblichen qua- litativen Auswirkungen Zuschlags- kriterium	

Die RL 2014/24/EU erleichtert die Berücksichtigung sozialer Aspekte im Vergabeverfahren, indem sie vor allem eine verschärfte Arbeitsrechtstreue (Gesetzestreue zzgl. IAO-Kernarbeitsnormen und den Auftragnehmer bindende Tarifverträge) einfordert. Obgleich sie damit materiell nicht über das geltende Recht hinausgeht, können nun auch nicht rechts-

150 Vgl. *Dreher in Immengal/Mestmäcker* (o. Fn. 8), § 97 GWB Rn. 263: „unzumutbar“.

151 Vgl. *Kühling/Huerkamp in Montag/Säcker* (o. Fn. 58), § 97 GWB Rn. 214.

152 Vgl. o. I 1 b.

153 *Ziekow in ders./Völlink* (o. Fn. 3), § 97 GWB Rn. 145 f.

154 Dazu o. II 1 a.

155 OLG Koblenz, NZBau 2014, 317 (320).

156 104. ErwGr RL 2014/24/EU.

157 *Ziekow in ders./Völlink* (o. Fn. 3), § 97 GWB Rn. 143.

158 *Opitz in Dreher/Motzke* (o. Fn. 2), § 97 IV GWB Rn. 89.

159 Vgl. *Ziekow in ders./Völlink* (o. Fn. 3), § 97 GWB Rn. 140 ef.

160 *Opitz in Dreher/Motzke* (o. Fn. 2), § 97 V GWB Rn. 20, 42; vgl. bereits *EuGH*, NZBau 2000, 584 Rn. 49 ff. – Calais.

161 Dazu o. II 3 c bb; a. A. noch zur VKR *Stegel*, VergabeR 2013, 370 (375 f.): Auftragszusammenhang bei Ausführungsbedingungen *weiter* als bei Leistungsbeschreibungen.

162 *Kühling/Huerkamp*, VergabeR 2010, 545 (548); dazu o. II 3 c dd.

163 Schon insoweit skeptisch OLG Koblenz, NZBau 2014, 317 (320).

164 *Ziekow in ders./Völlink* (o. Fn. 3), § 97 GWB Rn. 149; gegen *Diemon-Wies/Graiche*, NZBau 2009, 409 (413), und *Kühling/Huerkamp*, VergabeR 2010, 545 (551); offengelassen von OLG Düsseldorf, NZBau 2014, 314 (316).

165 *EuGH*, NZBau 2004, 105 Rn. 50 f. – Wienstrom.

166 Dazu o. I 1 b.

167 *Kühling/Huerkamp*, VergabeR 2010, 545 (551).

168 OLG Düsseldorf, NZBau 2014, 314 (316).

169 Dazu o. II 2 a bb.

kräftig festgestellte Verstöße gegen Arbeits- und Sozialrecht (sowie Umweltrecht) zum sofortigen Verfahrensausschluss führen. Auftragnehmer haften insofern auch für ihre Subunternehmer, aber nicht für „einfache“ Zulieferer.

Vereinfacht dargestellt können die Mitgliedstaaten bzw. die öffentlichen Auftraggeber soziale Aspekte bei der Auftragsvergabe folgendermaßen berücksichtigen:¹⁷⁰

Vergabekriterium	soziale Aspekte
Leistungsbeschreibung	nur zu Gunsten der Nutzer der Leistung (behindertengerecht)
Eignungskriterium	Verletzung von Sozialabgabepflichten rechtfertigt auch ohne rechtskräftige Feststellung Bieterausschluss (Lohn-Compliance); verschärfte Arbeitsrechtstreue (einschließlich bindender Tarifverträge und IAO-Kernarbeitsnormen)
Zuschlagskriterium	„wirtschaftlich günstigstes“ Angebot kann soziale Aspekte (fair trade, Quoten für benachteiligte Personen etc.) bei unmittelbarem Auftragszusammenhang umfassen – auch ohne materielle Auswirkungen auf die Leistung, aber nur soweit Auftragsdauer und -umfang angemessen
Ausführungsbedingung	verschärfte Arbeitsrechtstreue; Auftragszusammenhang und Verhältnismäßigkeit wie bei Zuschlagskriterium

2. Handlungsbedarf für den Gesetzgeber

Das Bundeswirtschaftsministerium will bis Anfang 2015 eine Vergaberechtsnovelle auf den Weg bringen.¹⁷¹ Im Zuge dessen sollte die Berücksichtigung sozialer Vergabekriterien – soweit möglich – jedenfalls nicht verpflichtend gemacht werden,¹⁷² sondern die Entscheidung den sachnahen Auftraggebern überlassen bleiben, um der „gut gemeinten Überforderung des Vergabewesens mit gesellschaftspolitischen Anliegen“¹⁷³ keinen Vorschub zu leisten. Entsprechend ist auch die Öffnungsklausel des § 97 IV 3 GWB einzuschränken, um die Spielräume, die die RL 2014/24/EU den *Auftraggebern* einräumt, auch selbigen zu garantieren.

Der strenge Auftragsbezug sozialer Zuschlagskriterien und Ausführungsbedingungen ist festzuschreiben. Formal auftragsbezogene Anfor-

derungen, die sich aber faktisch auf die Unternehmenspolitik des Auftragnehmers, insbesondere über die Zeit der Auftragsausführung hinaus auswirken können, sind wegen Unverhältnismäßigkeit generell zu untersagen. Statt eines Verhältnismäßigkeitsvorbehalts sollten indes ermessensleitende Regeln gesetzt werden: etwa eine Quote für den (vom Auftraggeber nach seinem Ermessen zu verlangenden) Einsatz benachteiligter Beschäftigter bei der Auftragsausführung erst ab einer Auftragsdauer von mehr als zwölf Monaten und orientiert an Schwellenwerten des § 71 I SGB IX. Die behindertengerechte Spezifikation aller zur Nutzung durch natürliche Personen bestimmter Beschaffungen ist verpflichtend zu machen. Die Möglichkeit, den Zuschlag nach der Bieterreignung zu vergeben (bei erheblichen Qualitätsauswirkungen), kann aus der VgV ins GWB überführt werden.¹⁷⁴

Die verschärfte Arbeitsrechtstreue ist als Ausführungsbedingung in Ergänzung zu § 97 IV 2 GWB umzusetzen, wobei namentlich nur die Beachtung der den Auftragnehmer bindenden Tarifverträge zu fordern ist, weil sich die „einfache“ Tariftreue (wie die allgemeine Vertragstreue) hoheitlicher Überwachung prinzipiell entzieht und die Beachtung der übrigen sozialen Anforderungen iSd Art. 18 II RL 2014/24/EU bereits als Gesetzestreue hoheitlich eingefordert wird. Den Auftraggebern ist in Umsetzung von Art. 57 III, IV RL 2014/24/EU die *Möglichkeit* einzuräumen, Bietern bei nachweislicher und wiederholter Verletzung der verschärfte Arbeitsrechtstreue die Zuverlässigkeit abzuspüren, wobei Schwellenwerte für die – vom Auftraggeber rechtzeitig und exakt zu beziffernden – Lohn- oder Beitragsausstände für die Praxis unentbehrlich sind. Ein Bieterausschluss darf sich nicht mit diffussem Verweis auf „irgendwie“ zu geringe Lohnzahlungen (etwa wegen laufender Gerichtsverfahren) und freihändig geschätzte Ausstände bei den Sozialversicherungsbeiträgen rechtfertigen lassen. Dem säumigen Bieter müssen seine Ausstände so rechtzeitig mitgeteilt werden, dass er sie noch begleichen kann, ohne vom Verfahren ausgeschlossen zu werden.

Bei der obligatorisch – am besten zentral in § 97 GWB im Zuge einer einheitlichen Normierung der Vergabesperren – einzuführenden Selbstreinigungsmöglichkeit durch Compliance-Maßnahmen bietet es sich an, die widerleglich zu vermutende Zuverlässigkeit („Ausschlussgründe“)¹⁷⁵ gebündelt zu regeln. Generell sollte die spätestens mit der RL 2014/24/EU etablierte unionsrechtliche Systematik der Vergabekriterien (Leistungsbeschreibung, Eignungskriterien, Zuschlagskriterien und Ausführungsbedingungen) ins GWB übernommen werden, indem etwa den Kriterien jeweils eigene Absätze im § 97 GWB gewidmet werden. ■

170 Vgl. zur Rechtslage nach der VKR *Ziekow* in *ders./Völlink* (o. Fn. 3), § 97 GWB Rn. 153.

171 *Meißner*, ZfBR 2014, 453 (458); gem. Art. 90 RL 2014/24/EU läuft die Umsetzungsfrist prinzipiell bis 18.4.2016.

172 Ebenso *Burgi* (o. Fn. 19), S. 33; *Meißner*, ZfBR 2014, 453 (458).

173 *Roth/Erben*, NZBau 2013, 409 (417).

174 *Neun/Otting*, EuZW 2014, 446 (451), fordern auch die Abschaffung der 25-Prozent-Relevanzgrenze wegen möglicher Unionsrechtswidrigkeit.

175 *Summa*, NZBau 2012, 729 (730).