

fahren einladen¹²⁵. Gemeinschaftsrechtlich erklärungsbedürftig ist allerdings der Fall, wenn Eintrittsrechte „zu einem ähnlich günstigen Preis“ gewährt werden¹²⁶.

Die dritte Möglichkeit, soziale Aspekte bei der öffentlichen Auftragsvergabe zu berücksichtigen, ist die Ausgestaltung über sogenannte Ausführungs- bzw. Auftragsbedingungen (*contract performance conditions, conditions d'exécution d'un marché*) in Form einer vertraglichen Nebenpflicht¹²⁷. Ausführungsbedingungen beeinflussen die *zukünftige* Unternehmenspolitik der Bieterunternehmen, da diese sich verpflichten, fürderhin bestimmte Maßnahmen zu ergreifen¹²⁸. Ausführungsbedingungen werden erst bei der nachgeschalteten Vertragsabwicklung relevant. Die vorliegende Untersuchung widmet sich in erster Linie dem Hauptanwendungsfall der sozialen Vergabekriterien, i.e. den sozialen Zuschlagskriterien.

C. Rechtsprechung des EuGH

Im Anwendungsbereich gemeinschaftlichen Sekundärrechts verbleibt den Mitgliedstaaten nur dann ein eigener Handlungsspielraum, soweit der zu regelnde Sachverhalt nicht bereits auf Gemeinschaftsebene erschöpfend normiert ist. Sind die Vergaberichtlinien daher im Hinblick auf ihren Kriterienkatalog abschließend, dann ist oberhalb der dort festgelegten Schwellenwerte für die Berücksichtigung sozialer Aspekte kein Raum. Da insbesondere der EuGH mit seiner Judikatur die Frage der gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien vorangetrieben hat, sollen die Urteile in den Rechtssachen *Beentjes*, *Französische Schulen*, *Concordia Bus* und *Wienstrom* vorgestellt und analysiert werden.

I. Urteil des EuGH in der Rechtssache *Beentjes*

1. Sachverhalt

Den Stein des Anstoßes brachte das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Beentjes* ins Rollen. Im Ausgangsrechtsstreit zu diesem Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art. 234 EG hatte das Bieterunternehmen *Beentjes* geltend gemacht, die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers, ihrem Angebot den Zuschlag zu verweigern, verstoße gegen die damals geltende Baukoordinierungsrichtlinie 71/305/EWG¹²⁹. Die Ablehnung war unter anderem damit begründet worden, daß die Firma *Beentjes* nicht bereit und in der Lage gewesen sei, für das die Ausführung des Projekts Langzeitarbeitslose zu beschäftigen, die ihr vom örtlichen Arbeitsamt vermittelt werden sollten. Diese Bedingung war in der Bekanntmachung des Auftrags und in den Verdingungsunterlagen als Ausführungsbedingung vorgesehen¹³⁰.

125 Ziekow, NZBau 2001, 72 (73).

126 Wittig, Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts, 58.

127 Boesen, Vergaberecht, § 97, Rdnr. 105.

128 Boesen, Vergaberecht, § 97, Rdnr. 106.

129 RL 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl. 1971, L 185, S. 5 ff.; abgesehen von einigen redaktionellen Feinheiten entsprach RL 71/305/EWG im Wortlaut den Vorschriften von RL 93/37/EWG. RL 71/305/EWG wurde lediglich aus Gründen der Klarheit und Übersichtlichkeit neu kodifiziert, vgl. RL 93/37/EWG, Präambel, Erwägungsgrund 1.

130 EuGH, Rs. 31/87 (*Beentjes*), Slg. 1988, 4635, Rdnrn. 3, 5.

gen¹⁴⁴, Vorbedingungen¹⁴⁵, zusätzliche Bedingungen¹⁴⁶ oder gar als „die Leistung näher charakterisierende Merkmale“¹⁴⁷ zugelassen, finden sich auch Stellungnahmen, der EuGH habe an dem Kriterium der Auftragsbezogenheit festgehalten und „das Kriterium der Einstellung von Langzeitarbeitslosen als klar richtlinienwidrig angesehen“¹⁴⁸. Mancher Autor sah sich daher zu der Aussage veranlaßt, es sei nicht sicher, welchen Status sozialen Vergabekriterien nach dem *Beentjes*-Urteil nun hätten¹⁴⁹.

Trotz aller Unklarheiten lassen sich aus dem *Beentjes*-Urteil folgende Schlußfolgerungen ziehen: Der EuGH hat in *Beentjes* die Berücksichtigung sozialer Aspekte bei der öffentlichen Auftragsvergabe gutgeheißen. Grundsätzlich haben die Mitgliedstaaten die Befugnis, die Vergabe öffentlicher Aufträge auch im Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien für sozialpolitische Zielsetzungen zu instrumentalisieren. Der EuGH ordnete die sozialen Vergabekriterien jedoch ausdrücklich nicht den Zuschlagskriterien zu¹⁵⁰, sondern kreierte eine Kategorie *sui generis*.

Das Unverständnis, das der *Beentjes*-Entscheidung entgegengebracht wurde, beruht nicht nur darauf, daß sich der EuGH gegen die Schlußanträge von GA Darmon gestellt hatte, der sich dezidiert gegen soziale Vergabekriterien ausgesprochen hatte¹⁵¹. Zwar wurde mit Zustimmung aufgenommen, daß der EuGH sowohl das sekundäre als auch primäre Gemeinschaftsrecht zum Maßstab für soziale Vergabekriterien erklärte¹⁵². Allerdings wurde die Hauptaussage des *Beentjes*-Urteils, i.e. die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien, ausgesprochen negativ aufgenommen („Fehlurteil“¹⁵³)¹⁵⁴. Insbesondere die Vorgehensweise des EuGH, neben den Eignungs- und Zuschlagskriterien eine zusätzliche Kategorie *sui generis* zu schaffen, stieß bis auf wenige Ausnahmen¹⁵⁵ auf massive Kritik¹⁵⁶. Die Argumentation „eben weil soziale Kriterien nicht zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots herangezogen werden können, sind sie keine Zuschlagskriterien und daher von der Koordinie-

144 Arnould, PPLR 2001, NA 13 (16); Fischer, EuZW 2004, 492 (494); Gurlit, in: Recht und Geschlecht, 153 (165); Kling, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 152; McCrudden, in: Public Procurement: Global Revolution, 219 (231); Osterloh, Rechtsgutachten zu Fragen der Frauenförderung im Rahmen der öffentlichen Mittelvergabe, 59; Schäfer, Öffentliche Belange im Auftragswesen und Europarecht, 245 ff.

145 Rust, EuZW 2000, 205 (207).

146 Benedict, Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, 176.

147 Frenz, WuW 2002, 352 (360).

148 Schmitges-Thees, Die öffentliche Auftragsvergabe als Instrument des Umweltschutzes, 57.

149 Arrowsmith, CMLR 1999, 13 (45); Bultmann, Beihilfenrecht und Vergaberecht, 97; Meyer, Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 232, 244; Schneider, DVBl 2003, 1186 (1188); Schumacher, DVBl. 2000, 467 (469); Waldner, Bieterschutz im Vergaberecht unter Berücksichtigung der europäischen Vorgaben, 100.

150 Dreher, JZ 2001, 140 (141).

151 Ga Darmon, Rs. 31/87 (Beentjes), Slg. 1988, 4643 Rdnr. 38.

152 Hailbronner/Weber, EWS 1997, 73 (75); Kling, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 7; Meyer, Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 229; Schumacher, DVBl. 2000, 467 (470).

153 Götz, Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, 174.

154 Götz, Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, 164; Kling, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 150; Rittner, EuZW 1999, 677 (679); *idem*, in: Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 87 (94).

155 Böttger, AuA 1996, 148 (150); Bovis, EC Public Procurement Law, 68; Hailbronner/Weber, EWS 1997, 73 (74); Losch, NdsVBl. 2003, 73 (76); Riese, Vergaberecht, 230; Schima, NZBau 2002, 1 (3); Ziekow, NZBau 2001, 72 (76); *idem*, VergabeR 2003, 1 (3).

156 Braun, PPLR 2001, 1 (4); Bultmann, Beihilfenrecht und Vergaberecht, 99, 100; Götz, Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, 164; *idem*, EuR 1999, 621 (626); Osterloh, Rechtsgutachten zu Fragen der Frauenförderung im Rahmen der öffentlichen Mittelvergabe, 61.

rungswirkung der Vergaberichtlinien nicht erfaßt“¹⁵⁷, überzeugt nicht und kann nicht darüber hinwegtäuschen, daß der EuGH *de facto* keinen ernsthaften Versuch unternahm, die Vergaberichtlinien auszulegen¹⁵⁸. Der EuGH beraubte sich vielmehr der Möglichkeit, soziale Vergabekriterien unter den unbestimmten Rechtsbegriff des „wirtschaftlich günstigsten Angebots“ zu fassen und so zu legitimieren. Mit dem Konstrukt besonderer zusätzlicher und damit dogmatisch frei schwebender Kriterien betonte der EuGH vielmehr den Fremdkörpercharakter sozialer Vergabekriterien.

Die Geneigtheit seines Publikums verscherzte sich der EuGH zudem mit dem Schachzug, auf die *CEI und Bellini*-Entscheidung zu verweisen. Denn damit erweckte der EuGH zu Unrecht den Eindruck, das *Beentjes*-Urteil befinde sich im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung zum öffentlichen Auftragswesen¹⁵⁹. Zwar hatte der EuGH tatsächlich in *CEI und Bellini* den Ausspruch getan, daß die „Vergaberichtlinien kein einheitliches und erschöpfendes Gemeinschaftsrecht schaffen“¹⁶⁰. Gegenstand der Vorlage war jedoch ein gänzlich anderes Problem gewesen, nämlich ob es den öffentlichen Auftraggebern gestattet sein soll, eine wertmäßige Obergrenze für die Summe aller öffentlichen Aufträge festzulegen, die ein Bieterunternehmen für die öffentliche Hand ausführen darf¹⁶¹. Das Argumentationsdefizit („*confusing and deficient*“¹⁶²) wurde in der rechtswissenschaftlichen Literatur auch deshalb so negativ aufgenommen¹⁶³, weil der EuGH zum Zeitpunkt der *Beentjes*-Entscheidung bereits mehrfach festgestellt hatte, daß die gemeinsamen Teilnahmebestimmungen abschließend sind und nicht um zusätzliche Kriterien erweitert werden dürfen¹⁶⁴. Bei einer für die öffentliche Auftragsvergabe so wichtigen Weichenstellung hätte der EuGH daher schon aus Gründen der Rechtssicherheit anzeigen müssen, daß der vorherige Standpunkt überholt ist¹⁶⁵. Der Begriff der „besonderen zusätzlichen Bedingungen“ verträgt sich nicht mit der bisherigen *closed-shop*-Natur der Vergabekriterien¹⁶⁶.

Keine Zustimmung verdient auch die Art und Weise, in welcher der EuGH in *Beentjes* das Diskriminierungspotential sozialer Vergabekriterien abhandelte¹⁶⁷. Konkret sah sich der EuGH vor folgendes Problem gestellt: Gemäß der Bekanntmachung der Ausschreibung mußte sich das beschäftigte Personal zu mindestens 70 % aus Langzeitarbeitslosen zusammensetzen, die von der örtlichen Arbeitsbeschaffungsstelle vermittelt wurden¹⁶⁸. Zwar definierte sich das

157 Boesen, Vergaberecht, § 97, Rdnrn. 100, 114; Ziekow, NZBau 2001, 72 (75 f.).

158 Vgl. Burgbacher, VergabeR 2001, 169 (170); Götz, EuR 1999, 621 (625); Hailbronner, WiVerw 1994, 173 (226); Seidel, EuZW 2000, 762 (763); Tobler, ELR 2000, 618 (626); Wittig, Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts, 54.

159 Vgl. Götz, Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, 164; *idem*, EuR 1999, 621 (625, 626); Kling, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 150; Schenk, Das neue Vergaberecht, 62; Wittig, Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts, 53.

160 EuGH, Rs. 27 u. 29/86 (CEI), Slg. 1987, 3347, Rdnr. 15.

161 EuGH, Rs. 27 u. 29/86 (CEI), Slg. 1987, 3347, Rdnr. 6.

162 Fernández-Martín, The EC Public Procurement Rules, 59.

163 Arrowsmith, LQR 1995, 235 (275); Boesen, Vergaberecht, § 97, Rdnr. 118; Götz, Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, 166; *idem*, EuR 1999, 621 (627); Schenk, Das neue Vergaberecht, 60, 63, 64.

164 EuGH, Rs. 10/76 (Kommission/Italien) Slg. 1976, 1359, 1364 Rdnr. 3/8; Rs. 274/83 (Kommission/Italien) Slg. 1985, 1077, 1092, Rdnr. 29 f; Rs. 76/81 (Transporoute), Slg. 1982, 417, Rdnr. 10.

165 Prieß/Pitschas, ZVgR 1999, 144 (149).

166 Tobler, ELR 2000, 618 (626).

167 Vgl. Fante, Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 122; Fernández-Martín, The EC Public Procurement Rules, 63; Kling, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 155.

168 GA Darmon, Rs. 31/87 (Beentjes), Slg. 1988, 4635, Rdnr. 32.

Kriterium damit über den unterschiedslos wirkenden Parameter eines Prozentsatzes – gemessen an der Gesamtzahl der im Betrieb des Bieterunternehmens Beschäftigten. Darüber hinaus besaß das streitige Vergabekriterium jedoch durch die *Anbindung an die örtliche Arbeitsbeschaffungsstelle* einen geographischen Bezug. Der EuGH ging zwar grundsätzlich davon aus, daß die Kategorie sogenannter besonderer zusätzlicher Kriterien diskriminierungsfrei ausgestaltet werden kann, versäumte es aber, hierfür Maßstäbe zu nennen.

Mit dem *Beentjes*-Urteil versuchte der EuGH erstmals, sozialen Vergabekriterien den Weg zu ebnen. Insoweit ist die *Beentjes*-Entscheidung in der Tat als „good law“ zu bezeichnen¹⁶⁹. Insgesamt verhinderte die allenthalben beklagte¹⁷⁰ Begründungsanämie, daß *Beentjes* anstatt als Grundsatzentscheidung gleichsam als Ausreißer angesehen wurde¹⁷¹.

II. Urteil des EuGH in der Rechtsache *Französische Schulen*

1. Sachverhalt

Der zweite Streich des EuGH in Sachen sozialer Vergabekriterien folgte über eine Dekade später mit der Entscheidung in der Rechtssache *Französische Schulen*. Die Region Nord-Pas-de-Calais und das Departement du Nord hatten bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge für die Sanierung von Schulgebäuden von den Bieterunternehmen unter anderem gefordert, sich einem lokalen Pakt zur Beschäftigungsförderung zu engagieren. Das Erfordernis, sich in dem Beschäftigungspakt anzuschließen, firmierte innerhalb der mit „Zuschlagskriterien“ überschriebenen Rubrik ausdrücklich als „zusätzliches Kriterium“. Die französische Regierung präziserte später, daß es sich bei dem Beschäftigungsaspekt um ein subsidiäres Zuschlagskriterium handele, das nur dann zum Tragen komme, wenn mehrere gleichwertige Angebote vorliegen. Insofern sei es kein ausschlaggebendes Zusatzkriterium. Die Kommission leitete wegen Verletzung der Vergaberichtlinien¹⁷² ein Vertragsverletzungsverfahren gemäß Art. 226 EG ein¹⁷³.

2. Position des EuGH

Der EuGH reduzierte das Vorbringen der Kommission auf den Vorwurf, daß die französischen Vergabestellen das Beschäftigungspaktkriterium in den streitigen Bekanntmachungen als Zuschlagskriterium aufgeführt hatten¹⁷⁴. Nach Ansicht des EuGH hatte die Kommission jedoch niemals behauptet, das Beschäftigungspaktkriterium als solches verstoße gegen die wesentlichen Grundzüge des Gemeinschaftsrechts, berücksichtige das Diskrimi-

169 *Fernández-Martín*, The EC Public Procurement Rules, 68.

170 *Arrowsmith*, LQR 1995, 235 (275); *Götz*, Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, 164; *Rittner*, EuZW 1999, 677 (679 f.); *Schenk*, Das neue Vergaberecht, 60; *Seifert*, ZfA 2001, 1 (28).

171 *Boesen*, Vergaberecht, § 97, Rdnr. 119; *Götz*, EuR 1999, 621 (625); *Karenfort/v. Koppenfels/Siebert*, BB 1999, 1825 (1831); *Puhl*, VVdSTRL 2001, 456 (498).

172 Da die Kommission Verstöße rügte, die über einen Zeitraum von drei Jahren vorgefallen waren und damit teilweise vor dem Inkrafttreten der RL 93/37/EWG lagen, fanden sowohl die RL 71/305/EWG als auch die RL 93/37/EWG Anwendung.

173 *EuGH*, Rs. 225/98 (Kommission/Frankreich – Französische Schulen), Slg. 2000, I-7445, Rdnr 47, *GA Alber*, Rs. 225/98 (Kommission/Frankreich – Französische Schulen), Slg. 2000 I-7445, Rdnr. 35, 37, 41, 45.

174 *EuGH*, Rs. C-225/98 (Kommission/Frankreich – Französische Schulen), Slg. 2000, I-7445, Rdnr 48.