



Ausarbeitung

Einzelfragen zur strategischen Beschaffung

Einzelfragen zur strategischen Beschaffung

Aktenzeichen: WD 7 - 3000 - 012/22
Abschluss der Arbeit: 21. Februar 2022
Fachbereich: WD 7: Zivil-, Straf- und Verfahrensrecht, Bau und Stadtentwicklung

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Fragestellung	4
2.	Vergaberechtliche Grundlagen	4
3.	Zuschlagskriterien	6
3.1.	Gesetzlicher Rahmen	6
3.2.	Ermessen	9
3.2.1.	Allgemeine Ermessensbeschränkungen	9
3.2.2.	Ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften	10
3.2.2.1.	Verwaltungsvorschriften innerhalb des eigenen Geschäftsbereichs	11
3.2.2.2.	Verwaltungsvorschriften innerhalb der Bundesverwaltung außerhalb des eigenen Geschäftsbereichs	12
3.2.2.3.	Verwaltungsvorschriften des Bundes an die Landesverwaltung	13
3.2.2.4.	Verwaltungsvorschriften innerhalb der Landesverwaltung außerhalb des eigenen Geschäftsbereichs	13
3.2.2.5.	Besonderheiten im Unterschwellenvergaberecht und behördliche Selbstbindung	14
4.	Mindestlohnvorgaben als alleiniges Zuschlagskriterium neben dem Preis	15
4.1.	Mindestlohn	15
4.1.1.	Gesetzlicher Mindestlohn	15
4.1.2.	Spezifische Mindestlohnvorgaben in Ausführungsbedingungen	16
5.	Fazit	18

1. Fragestellung

Den Wissenschaftlichen Diensten des Deutschen Bundestages wurden im Zusammenhang mit dem Zuschlag für öffentliche Warenlieferungsaufträge in Vergabeverfahren mehrere Einzelfragen gestellt. Diese betreffen verschiedene Aspekte der Verankerung einer „strategischen Beschaffung“¹ im Vergaberecht.

2. Vergaberechtliche Grundlagen²

Das Vergaberecht umfasst die Gesamtheit derjenigen Regeln und Vorschriften, die dem Staat, seinen Untergliederungen oder sonstigen einbezogenen Auftraggebern bestimmte Vorgehensweisen beim Einkauf von Gütern oder bei der Inanspruchnahme sonstiger Leistungen am Markt mittels eines entgeltlichen Vertrags vorschreiben.³ Insofern haben grundsätzlich **alle Ebenen der öffentlichen Hand** die Vorgaben dieses Rechtsgebiets auch bei der Beschaffung von Waren für ihre Zwecke zu beachten, etwa beim Erwerb medizinischer Masken für die eigenen Mitarbeiter während der COVID-19-Pandemie.⁴

Das Vergaberecht ist ein im Wesentlichen **zweigeteiltes** Rechtssystem: Auf Basis von Vorgaben des Rechts der Europäischen Union (EU) richten sich Verfahren mit höheren Nettoauftragsvolumina nach dem vierten Teil (§§ 97 bis 184) des (Bundes-)Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)⁵, dem „**Kartellvergaberecht**“. Besondere Bedeutung für allgemeine öffentliche Auftragsvergaben kommt dabei der **EU-Richtlinie (RL) 2014/24/EU**⁶ zu. Ansonsten gilt das weniger strenge Haushaltsrecht des Bundes und der Länder („**Haushaltsvergaberecht**“).⁷ Die Abgrenzung nach Nettoauftragsvolumen ergibt sich unmittelbar aus den europarechtlich determinierten „**Schwellenwerten**“. Diese werden alle zwei Jahre durch die EU-Kommission überprüft und ggf.

1 Zum Begriff „strategische Beschaffung“ noch unter 2.

2 Zu den Grundlagen des deutschen Vergaberechts ausführlich Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Grundzüge des Vergaberechts, Infobrief vom 6. Dezember 2021, WD 7 - 3000 - 107/21, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/870486/297a8185a47e1f1b909834015e45baf8/Grundzuege-des-Vergaberechts-data.pdf> (letzter Abruf dieser und aller weiterer Internetquellen: 21. Februar 2022).

3 Vgl. Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, Einleitung, Randnummer 1 mit weiterem Nachweis.

4 Diese Vergabekonstellation illustrierend etwa Bundeskartellamt, Beschluss vom 28. August 2020 – VK 2 - 57/20 – und Strömer, Vergaberechtliche Rahmenbedingungen bei der Beschaffung von Masken als Schutz vor Infektionen, Gesundheit und Pflege (GuP) 2021, S. 178 ff.

5 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 10 Absatz 2 des Gesetzes vom 27. Juli 2021 (BGBl. I S. 3274) geändert worden ist, abrufbar unter: <https://www.gesetze-im-internet.de/gwb/>.

6 Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl. 2014 L 94 S. 65), aktuelle Fassung abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex%3A32014L0024>.

7 Dietlein/Fandrey, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht – Vergaberechtliche Vorschriften des GWB, 4. Auflage 2018, Einleitung Randnummern 24 ff.

neu festgesetzt.⁸ Soweit das geschätzte Volumen der jeweiligen Auftragsart den betreffenden Schwellenwert erreicht oder überschreitet, wird auch vom sogenannten „**Oberschwellenbereich**“ gesprochen, bei dessen Unterschreiten vom „**Unterschwellenbereich**“.⁹

Für das Kartell- und das Haushaltsvergaberecht gelten jeweils unterschiedliche Normgefüge. Das **Kartellvergaberecht** regeln neben den §§ 97 ff. GWB im Detail zahlreiche untergesetzliche, allgemeinverbindliche **Rechtsverordnungen**:¹⁰ Grundsätzlich, insbesondere für öffentliche Lieferaufträge gilt die **Vergabeverordnung (VgV)**¹¹. Im **Haushaltsvergaberecht** ist für Vergaben des Bundes die **Bundshaushaltsordnung (BHO)**¹² maßgeblich. Die Vergabe dortiger öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge bestimmt die **Unterschwellenvergabeordnung (UVgO)**¹³ als **Verwaltungsvorschrift** näher.¹⁴ Trotz prinzipiell geltender jeweiliger Haushaltsautonomie und entsprechender Rechtssetzungskompetenz (Art. 109 Abs. 1 Grundgesetz [GG]¹⁵) haben sich auch viele Länder für die Anwendung der UVgO bzw. jeweils Teilen hiervon entschieden.¹⁶ Die Struktur der UVgO orientiert sich wiederum an den Bestimmungen des Kartellvergaberichts.¹⁷ Die folgende Darstellung

-
- 8 Vollständige Zusammenstellung der aktuellen Schwellenwerte mit Nachweisen zu den jeweiligen Rechtsgrundlagen beim Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, Internetauftritt, Artikel: „Öffentliche Aufträge – Übersicht und Rechtsgrundlagen auf Bundesebene“, abrufbar unter: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Wirtschaft/vergabe-uebersicht-und-rechtsgrundlagen.html>.
 - 9 Eichler, in: Beck'scher Online-Kommentar zum Vergaberecht, 22. Edition (Stand: 31. Oktober 2021), § 106 GWB Randnummer 5.
 - 10 Hierzu näher Wissenschaftliche Dienste (Fußnote 2), S. 15 f.
 - 11 Vergabeverordnung vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624), die zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 9. Juni 2021 (BGBl. I S. 1691) geändert worden ist, abrufbar unter: https://www.gesetze-im-internet.de/vgv_2016/.
 - 12 Bundshaushaltsordnung vom 19. August 1969 (BGBl. I S. 1284), die zuletzt durch Artikel 21 des Gesetzes vom 20. August 2021 (BGBl. I S. 3932) geändert worden ist, abrufbar unter: <https://www.gesetze-im-internet.de/bho/>.
 - 13 Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterschwellenvergabeordnung – UVgO), Ausgabe 2017, Bundesanzeiger (BAnz) AT 7. Februar 2017 B1, abrufbar unter: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Service/unterschwellenvergabeordnung-uvgo.html>.
 - 14 Vgl. näher zum Rechtsstatus der UVgO, Wissenschaftliche Dienste (Fußnote 2), S. 22.
 - 15 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 u. 2 Satz 2 des Gesetzes vom 29. September 2020 (BGBl. I S. 2048) geändert worden ist, abrufbar unter: <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/>.
 - 16 Umfassender Überblick zum Landesvergaberecht bei Mertens, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage 2021, § 88. Siehe zur Anwendung der UVgO noch näher unter 3.2.2.5.
 - 17 BMWi, UVgO, Bekanntmachung, BAnz AT 7. Februar 2017 B1, S. 1, abrufbar unter: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/U/unterschwellenvergabeordnung-uvgo.html>.

beschränkt sich in Bezug auf das Unterschwellenvergaberecht auf die bundeshaushaltsrechtlichen Vorschriften. Ebenfalls nicht näher eingegangen wird auf (teilweise) gesondert geregelte Vergaberegime, wie im Bau- oder Verteidigungs- und Sicherheitsbereich.¹⁸

Sofern der Anwendungsbereich des Kartell- oder Haushaltsvergaberechts eröffnet ist, hat dies in nahezu allen Fällen die Notwendigkeit der Durchführung eines **Vergabeverfahrens** zur Folge.¹⁹ Die im Einzelfall dem Vergaberecht unterstehenden Auftraggeber („Vergabestellen“) haben dort die Möglichkeit, Einfluss auf die Auswahl von Bietern zu nehmen. Insbesondere können sie in den bereitzustellenden Vergabeunterlagen bestimmte Vorgaben für verschiedene rechtlich zu trennende Verfahrensschritte treffen.²⁰ So definieren sie in der **Leistungsbeschreibung** den genauen Auftragsgegenstand bzw. kündigen in den Vergabeunterlagen ebenfalls spezielle **Ausführungsbedingungen** für einen später zu schließenden Vertrag an. Zudem formulieren sie vorschaltete, zwingend zu genügenden **Eignungskriterien**, um für die Erteilung des Zuschlags in Betracht zu kommen. Voraussetzung für den Zuschlag ist schließlich die bestmögliche Erfüllung der **Zuschlagskriterien**.

Bei der Konzeption der Verfahrensschritte haben Vergabestellen nach der gesetzgeberischen Vorstellung neben zuvorderst wirtschaftlichen Zielen auch **allgemeinpolitische Zwecke** im Blick.²¹ Die EU bezeichnet solche Absichten, die etwa den sozialen oder den Umweltbereich betreffen können, als „**strategische Beschaffung**“.²²

3. Zuschlagskriterien

3.1. Gesetzlicher Rahmen

§ 127 GWB bestimmt für den Oberschwellenbereich grundlegend:

„§ 127 Zuschlag

(1) ¹Der Zuschlag wird auf das **wirtschaftlichste** Angebot erteilt. ²Grundlage dafür ist eine Bewertung des öffentlichen Auftraggebers, ob und inwieweit das Angebot die vorgegebenen **Zuschlagskriterien** erfüllt. ³Das wirtschaftlichste Angebot bestimmt sich nach dem besten **Preis-**

18 Vgl. zu dieser Systematik näher Wissenschaftliche Dienste (Fußnote 2), S. 12 ff.

19 Einzig das Haushaltsvergaberecht kennt in Ausnahme hiervon den „Direktauftrag“ für zu beschaffende Leistungen bis zu einem voraussichtlichen Auftragswert von 1 000 Euro netto (§ 14 UVgO). Überblick zu Vergabeverfahrensarten zur Maskenbeschaffung während der COVID-19-Pandemie bei Strömer (Fußnote 4), S. 180 ff.

20 Nachfolgender Überblick nach Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG), 8. Oktober 2015, Bundestagsdrucksache (BT-Drs.) 18/6281, S. 113, abrufbar unter: <https://dserver.bundestag.de/btd/18/062/1806281.pdf>.

21 § 97 Abs. 3 GWB; § 2 Abs. 3 UVgO. Überblick zur Verwirklichung bei den verschiedenen Verfahrensschritten bei Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Auflage 2021, § 97 GWB Randnummer 138.

22 Erwägungsgrund 123 der RL 2014/24/EU.

Leistungs-Verhältnis. ⁴Zu dessen Ermittlung können **neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte** berücksichtigt werden.

(2) Verbindliche Vorschriften zur Preisgestaltung sind bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots zu beachten.

(3) ¹Die **Zuschlagskriterien müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen.** ²Diese Verbindung ist auch dann anzunehmen, wenn sich ein Zuschlagskriterium auf Prozesse im Zusammenhang mit der Herstellung, Bereitstellung oder Entsorgung der Leistung, auf den Handel mit der Leistung oder auf ein anderes Stadium im **Lebenszyklus** der Leistung bezieht, auch wenn sich diese Faktoren nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken.

(4) ¹Die Zuschlagskriterien müssen so festgelegt und bestimmt sein, dass die **Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleistet** wird, der Zuschlag **nicht willkürlich** erteilt werden kann und eine wirksame Überprüfung möglich ist, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen. ²Lassen öffentliche Auftraggeber Nebenangebote zu, legen sie die Zuschlagskriterien so fest, dass sie sowohl auf Hauptangebote als auch auf Nebenangebote anwendbar sind.

(5) Die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung müssen in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen aufgeführt werden. ²³

Die §§ 58 ff. VgV konkretisieren diese Regelung. Die §§ 43 ff. UVgO sehen annähernd gleiche Normierungen für den Unterschwellenbereich vor.

§ 127 Abs. 1 Satz 1 GWB postuliert, dass den Zuschlag das **wirtschaftlichste Angebot** erhält. Das ist das Angebot mit dem **besten Preis-Leistungsverhältnis.** ²⁴ Dieses kann nicht abstrakt bestimmt werden, sondern richtet sich nach den im Einzelfall durch die Vergabestelle vorgegebenen **Zuschlagskriterien.** ²⁵ Das kann, muss allerdings nicht in der Wahl des preisgünstigsten Angebots münden. Denn zur Ermittlung des besten Preis-Leistungsverhältnis eröffnet § 127 GWB der Vergabestelle die Möglichkeit, neben **monetären** Zuschlagskriterien dem Preis oder den Kosten auch **nichtmonetäre** ²⁶ bzw. **strategische** Zuschlagskriterien zu berücksichtigen, wie qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte. ²⁷ Eine nähere Aufzählung beispielhafter nichtmonetärer

23 § 127 GWB [Hervorhebungen diesseits].

24 § 127 Abs. 1 Satz 3 GWB (§ 58 Abs. 2 Satz 1 VgV); § 43 Abs. 2 Satz 1 UVgO.

25 § 127 Abs. 1 Satz 2 GWB (§ 58 Abs. 2 Satz 2 VgV); § 43 Abs. 2 Satz 2 UVgO.

26 Differenzierung nach von Bechtolsheim, in: Beck'scher Online-Kommentar Vergaberecht, 22. Edition (Stand: 31. Januar 2021), § 127 GWB.

27 § 127 Abs. 1 Satz 4 GWB. Die dortige Liste ist nicht abschließend (BT-Drs. 18/6281 [Fußnote 20], S. 112).

Zuschlagskriterien findet sich für den Oberschwellenbereich in § 58 Abs. 2 Satz 2 VgV und gleichsam für den Unterschwellenbereich in § 43 Abs. 2 Satz 2 UVgO.

Neben der Eröffnung einer solchen Entscheidungsfreiheit für Vergabestellen, zieht § 127 GWB jedoch zugleich inhaltliche Grenzen: Zum einen sind nach § 127 Abs. 2 GWB „verbindliche Vorschriften zur Preisgestaltung“ zu beachten. Dies meint insbesondere **gesetzliche** Gebühren- oder Honorarordnungen, die Preisvorgaben enthalten (z. B. das Buchpreisbindungsgesetz [Buch-PrG]²⁸).²⁹ Zum anderen stellt § 127 Abs. 3 und 4 GWB weitere Rechtmäßigkeitsanforderungen an Zuschlagskriterien. Schließlich kann der Formulierung der Aufzählung der Zuschlagskriterien in § 127 Abs. 1 Satz 4 GWB entnommen werden, dass eine Vergabestelle die monetären Zuschlagskriterien Preis und Kosten **in jedem Fall** mit- oder allein berücksichtigen muss („neben“), die Einbeziehung nichtmonetärer Kriterien jedoch lediglich fakultativ ist („auch“).³⁰ In nahezu einziger Ausnahme hiervon kann die Vergabestelle auch einen **Festpreis** (oder Festkosten) vorgeben, sodass sich das wirtschaftlichste Angebot dann ausschließlich nach nichtmonetären Gesichtspunkten bestimmt.³¹ **Insofern kann die Vergabestelle grundsätzlich rechtmäßigerweise den Preis als einziges Zuschlagskriterium wählen.**³²

Hiermit hat sich der deutsche Gesetzgeber im Rahmen der Umsetzung der EU-Vergaberechtsrichtlinie entschieden, von der dort den Mitgliedstaaten eröffneten Möglichkeit, den Auftraggebern den Preis als einziges Kriterium zu untersagen, keinen Gebrauch zu machen.³³ So lautet Art. 67 Abs. 2 Unterabsatz 3 RL 2014/24/EU:

„Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass die öffentlichen Auftraggeber nicht den Preis oder die Kosten allein als einziges Zuschlagskriterium verwenden dürfen, oder sie können deren Verwendung auf bestimmte Kategorien von öffentlichen Auftraggebern oder bestimmte Arten von Aufträgen beschränken.“³⁴

-
- 28 Buchpreisbindungsgesetz vom 2. September 2002 (BGBl. I S. 3448), das zuletzt durch Artikel 8 des Gesetzes vom 26. November 2020 (BGBl. I S. 2568) geändert worden ist, abrufbar unter: <https://www.gesetze-im-internet.de/buchprg/>.
- 29 Renner, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, § 127 GWB Randnummer 14; Opitz, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2017, § 127 GWB Randnummer 90.
- 30 Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 127 GWB Randnummer 32. Siehe auch BT-Drs. 18/6281 (Fußnote 20), S. 111 f.
- 31 § 58 Abs. 2 Satz 3 VgV; § 43 Abs. 2 Satz 3 UVgO. Weitere Ausnahmen können sich aus Sonderkonstellationen ergeben, in Bezug auf Warenlieferungen im Oberschwellenbereich etwa die zwingende Berücksichtigung der Energieeffizienz bei „energieverbrauchsrelevanten Waren, technischen Geräten oder Ausrüstungen“ (§ 67 Abs. 1 und 5 VgV).
- 32 Erscheint ein Angebotspreis jedoch ungewöhnlich niedrig, hat der öffentliche Auftraggeber von diesem Aufklärung zu verlangen und das Angebot ggf. abzulehnen (§ 60 VgV; § 44 UVgO).
- 33 Vgl. auch Bundesregierung, Antwort auf die Kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE, 18. Juni 2020, BT-Drs. 19/20209, S. 7, abrufbar unter: <https://dserver.bundestag.de/btd/19/202/1920209.pdf>.
- 34 Art. 67 Abs. 2 Unterabsatz 3 RL 2014/24/EU [Hervorhebungen diesseits].

3.2. Ermessen

Innerhalb des aufgezeigten gesetzlichen Rahmens liegt die Festlegung der Zuschlagskriterien grundsätzlich im **Ermessen** der jeweiligen Vergabestelle.³⁵ Das Ermessen bricht die klassische strikte Bindung von Verwaltungshandeln – Erfüllung gesetzlicher Tatbestand führt zu zwingender Rechtsfolge – auf, indem eine Norm der Behörde bei Tatbestandserfüllung die Wahl zwischen mehreren, prinzipiell gleichsam gesetzmäßigen Rechtsfolgen eröffnet.³⁶ Wie vorliegend in § 127 Abs. 1 Satz 4 GWB zeigen Gesetze üblicherweise durch Signalverben wie „kann/können“ („Kann-Vorschriften“) einen solchen Handlungsspielraum an.³⁷ Solche Entscheidungsmöglichkeiten bedeuten jedoch **nicht**, dass die Behörde dabei in einem rechtsfreien Raum agiert, vielmehr hat sie verschiedene **gesetzliche und von der Rechtsprechung entwickelte Ermessensgrenzen** zu beachten.³⁸ Entsprechende Beschränkungen bestehen auch bei der Wahl von Zuschlagskriterien, was die Problematik aufwirft, inwieweit Behörden tatsächlich „frei“ allein den Preis als Zuschlagskriterium auswählen können (hierzu sogleich unter 3.2.1.). Zudem ist fraglich, inwieweit das Ermessen durch Verwaltungsvorschriften bestimmt werden kann (hierzu unter 3.2.2.).

3.2.1. Allgemeine Ermessensbeschränkungen

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat wiederholt auf die potenzielle Unwirtschaftlichkeit von „Nur-Preis-Vergabeentscheidungen“ hingewiesen, die qualitativen Unterschieden nicht hinreichend Rechnung tragen.³⁹ Im Übrigen haben Gerichte bereits in mehreren Fallgestaltungen die alleinige Wahl des Preises für ermessensfehlerhaft gehalten.⁴⁰ Dies ist insbesondere dann geschehen, wenn die Leistungsbeschreibung nicht lediglich formal einzuhaltende Qualitätskriterien vorgab, sondern diese so „offen“ formulierte, dass manche Bieter diese „besser“ als andere erfüllen konnten.⁴¹

35 Von Bechtolsheim, in: Beck'scher Online-Kommentar Vergaberecht, 22. Edition (Stand: 31. Januar 2021), § 127 GWB Randnummer 7a; Mutschler-Siebert/Kern, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage 2021, § 32 Randnummer 5.

36 Aschke, in: Beck'scher Online-Kommentar VwVfG, 54. Edition (1. Januar 2022), § 40 VwVfG Randnummer 4.

37 Allgemein ebenda, Randnummer 6.

38 Ausführlich hierzu Geis, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Grundwerk (Juli 2020), § 40 VwVfG Randnummern 49 ff.

39 BGH, Beschluss vom 4. April 2017 – X ZB 3/17 –, Randnummer 35 mit weiterem Nachweis (zitiert nach juris).

40 Rechtsprechungsüberblick etwa bei von Bechtolsheim, in: Beck'scher Online-Kommentar Vergaberecht, 22. Edition (Stand: 31. Januar 2021), § 127 GWB Randnummer 9b oder Burgi, Vergaberecht – Systematische Erläuterung für Ausbildung und Praxis, 3. Auflage 2021, § 17 Randnummer 7.

41 Ebenda.

Eine juristische Literaturstimme geht hierüber noch hinaus und meint im Wege der historisch-genetischen Auslegung⁴² von § 127 GWB, den dortigen Gesetzesmaterialien entnehmen zu können, dass ein **intendiertes Ermessen** zugunsten der Aufnahme weiterer nichtmonetärer Zuschlagskriterien neben dem Preis im **Oberschwellenbereich** besteht.⁴³ Nach dem von der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung entwickelten Rechtsinstitut des „intendierten Ermessens“ ergibt die Auslegung von formell als „Kann-Vorschriften“ formulierten Normen, dass eigentlich eine bestimmte Ermessensausübung **gesetzgeberisch intendiert** ist, von der nur in atypischen Fällen abgewichen werden kann.⁴⁴ Die genannte Ansicht bezieht sich konkret auf die folgende Formulierung der Entwurfsbegründung:⁴⁵

„Zwar ist es auf der Grundlage des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses auch künftig zulässig, den Zuschlag allein auf das preislich günstigste Angebot zu erteilen. Der öffentliche Auftraggeber wird jedoch – **insbesondere bei der Beschaffung von nicht-marktüblichen, nicht standardisierten Leistungen** – seine **Vergabeentscheidung in der Regel auf weitere Zuschlagskriterien wie z. B. Qualität, Zweckmäßigkeit, technischer Wert, Lieferfrist oder Ausführungsdauer stützen.**“⁴⁶

Unabhängig davon, inwieweit man hieraus eine tatsächliche Intention des Verwaltungsermessens interpretiert, verdeutlicht diese Begründungspassage jedoch zumindest die **objektive gesetzgeberische Erwartung**, dass allein auf dem Preis basierende Vergabeentscheidungen im Oberschwellenbereich die Ausnahme bleiben würden.

3.2.2. Ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften

Neben allgemeinen Ermessensbeschränkungen ist fraglich, inwieweit der behördliche Ermessensspielraum zur Wahl des Preises als alleiniges Zuschlagskriterium auch **verwaltungsintern** eingeschränkt werden kann.

42 Vgl. näher zu den juristischen Auslegungsmethoden bereits Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Einzelfragen zur Regulierung des autonomen Fahrens, Ausarbeitung vom 14. April 2021, WD 7 - 3000 - 037/21, S. 4 f., abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/re-source/blob/843120/e05e9796174217c7bc6b7804eaf72bea/WD-7-037-21-pdf-data.pdf>.

43 Mutschler-Siebert/Kern, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage 2021, § 32 Randnummer 16.

44 Geis, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Grundwerk (Juli 2020), § 40 VwVfG Randnummer 27.

45 Mutschler-Siebert/Kern, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage 2021, § 32 Randnummer 16.

46 BT-Drs. 18/6281 (Fußnote 20), S. 111 f. [Hervorhebungen diesseits].

Eine hervorgehobene Rolle spielen auch und gerade bei der Festlegung von Zuschlagskriterien **Verwaltungsvorschriften**.⁴⁷ Eine Verwaltungsvorschrift ist eine abstrakt-generelle, verwaltungsinterne Vorgabe zur Vereinheitlichung des Verwaltungshandelns.⁴⁸ Obgleich allgemein anerkannt, sind deren Voraussetzungen und Rechtsfolgen im deutschen Recht nicht abstrakt geregelt.⁴⁹ Das gilt auch für „ermessenslenkende“ Verwaltungsvorschriften, in denen die Exekutive grundlegend festlegt, in welcher Weise sie die ihr durch das Gesetz überlassenen Ermessensspielräume ausfüllen möchte.⁵⁰ In der Verwaltungspraxis werden bisweilen für Verwaltungsvorschriften verschiedene Bezeichnungen, etwa „Erlass“, „Richtlinie“ oder „Rundschreiben“, verwendet.⁵¹ Für die rechtliche Betrachtung ist der Name jedoch **ohne Belang**.⁵² Entscheidend für die Wirksamkeit einer verwaltungsinternen Kommunikation als Verwaltungsvorschrift ist allein, ob diese gegenüber dem Adressaten Bindungswirkung entfalten **soll** (eventuell erst nach entsprechender Auslegung), insbesondere aber auch **kann**. Letzteres hängt insbesondere davon ab, inwieweit die vorgebende Stelle gegenüber dem ausgewählten Adressaten **im Einzelfall weisungsbefugt** ist.⁵³ Im komplexen gesetzlichen wie behördlichen Mehrebenensystem des Vergaberechts ergibt sich in dieser Frage ein differenziertes Bild:

3.2.2.1. Verwaltungsvorschriften innerhalb des eigenen Geschäftsbereichs

Vergleichsweise klar ist die Lage innerhalb eines Geschäftsbereichs („Behördenstrang“⁵⁴), jeweils auf Bundes- und Landesebene. In diesen Konstellationen ergibt sich die Befugnis zum Erlass von Verwaltungsvorschriften bereits kraft **Organisations- und Geschäftsleitungsgewalt**.⁵⁵ Das gilt für Weisungen innerhalb einer Behörde (etwa Behördenleitung gegenüber deren Vergabestelle) oder Weisungen einer Behörde an eine nachgeordnete Behörde (z. B. Bundesministerium als oberste Bundesbehörde an deren nachgeordnete Bundesbehörde[n]).⁵⁶ In Bezug auf Bundesministerien

47 Von Bechtolsheim, in: Beck'scher Online-Kommentar Vergaberecht, 22. Edition (Stand: 31. Januar 2021), § 127 GWB Randnummer 7c; Voßkuhle/Kaufhold, Grundwissen – Öffentliches Recht: Verwaltungsvorschriften, Juristische Schulung (JuS) 2016, S. 314.

48 Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Auflage 2020, § 24 Randnummer 1.

49 Voßkuhle/Kaufhold (Fußnote 47), S. 314.

50 Ebenda, S. 315.

51 Ebenda, S. 314.

52 Im Ergebnis ebenda.

53 Ebenda.

54 Begrifflichkeit entnommen von ebenda.

55 Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 9. Juni 1983 – 2 C 34/80 –, Randnummer 18 mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen (zitiert nach juris).

56 Im Ergebnis ebenda.

etwa leitet sich die Weisungskompetenz konkret aus der grundgesetzlichen Ressortkompetenz der Bundesminister ab.⁵⁷

Die Situation wird komplexer, soweit eine **Weisung des Bundes außerhalb des eigenen Behördenstrangs** erfolgen soll. Hierzu bedarf es einer eigenen **Ermächtigungsgrundlage**.⁵⁸

3.2.2.2. Verwaltungsvorschriften innerhalb der Bundesverwaltung außerhalb des eigenen Geschäftsbereichs

Für Weisungen innerhalb der Bundesverwaltung außerhalb des eigenen Geschäftsbereichs besteht die Ermächtigungsgrundlage in Art. 86 Satz 1 GG.⁵⁹ Danach kann die Bundesregierung (als Kollegialorgan) für die **bundeseigene Verwaltung** („unmittelbare“ Bundesverwaltung, z. B. Bundesbehörden) **oder bundesunmittelbare Körperschaften (KöR)/Anstalten des öffentlichen Rechts (AöR)** (Teil der eigens rechtsfähigen „mittelbaren“ Bundesverwaltung“, z. B. die „Deutsche Rentenversicherung Bund [KöR]“ oder die „Deutsche Welle [AöR]“)⁶⁰ grundsätzlich allgemeine Verwaltungsvorschriften erlassen.⁶¹ Ob sich die Befugnis analog auch auf weitere Formen der Bundesverwaltung erstreckt, etwa in **privatrechtlicher Form** (z. B. „Die Autobahn GmbH des Bundes“), ist daneben Gegenstand intensiver rechtswissenschaftlicher Auseinandersetzungen.⁶² Auch im Vergaberecht finden sich Verwaltungsvorschriften auf Basis von Art. 86 Satz 1 GG. Aktuelles Beispiel mit Bezug zur strategischen Beschaffung ist die zum 1. Januar 2022 in Kraft getretene Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung klimafreundlicher Leistungen (**AVV Klima**)⁶³ der Bundesregierung.⁶⁴ Dort ist festgelegt, dass bei Vergaben über 10 000 Euro netto bei den Zuschlagskriterien neben den Anschaffungskosten bis auf wenige Ausnahmen auch die gesamten voraussichtlichen **Lebenszykluskosten** zu berücksichtigen sind, grundsätzlich etwa auch die

57 Art. 65 Satz 2 GG. Reimer, Grundfragen der Verwaltungsvorschriften, Juristische Ausbildung (JURA) 2014, S. 678, 679.

58 Voßkuhle/Kaufhold (Fußnote 47), S. 314.

59 Reimer (Fußnote 57), S. 679.

60 Hermes, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, 3. Auflage 2018, Art. 86 GG Randnummern 30 f.

61 Vgl. für die Zuständigkeit der Bundesregierung als Kollegium, Suerbaum, in: Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, 49. Edition (Stand: 15. November 2021), Art. 86 GG Randnummern 28 f.

62 Überblick bei Sachs, in: Sachs, Grundgesetz, 9. Auflage 2021, Art. 86 GG Randnummern 24 ff.

63 Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung klimafreundlicher Leistungen (AVV Klima), 19. Oktober 2021, BANz AT 22. Oktober 2021 B1, abrufbar unter: http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund_19102021_IB3.htm.

64 Vgl. zum Inkrafttreten und zum Schicksal der Vorgängerregelung, § 5 AVV Klima.

durch die Leistung emittierten Treibhausgase.⁶⁵ Die Verwaltungsvorschrift gilt allerdings nur für die **unmittelbare Bundesverwaltung**.⁶⁶

3.2.2.3. Verwaltungsvorschriften des Bundes an die Landesverwaltung

Weisungen des Bundes an die Landesverwaltung sind von vornherein nur möglich, soweit die Landesverwaltungen Bundesgesetze ausführen. Denn die Exekutivkompetenz des Bundes kann nicht weiter als dessen Gesetzgebungskompetenz reichen.⁶⁷ In Bezug auf das Vergaberecht beschränken sich die formellen Weisungsmöglichkeiten der Bundesverwaltung somit auf das **bundesgesetzliche GWB und die hierauf basierenden Bundesrechtsverordnungen wie die VgV** und folglich auf den **Oberschwellenbereich**. Die Ermächtigungsgrundlage richtet sich danach, in welcher von mehreren im Grundgesetz vorgesehenen Formen (Art. 83 ff. GG) das Bundesgesetz durch die Landesverwaltungen ausgeführt wird. Die Länder führen das GWB und hierauf beruhendes untergesetzliches Recht – wie grundsätzlich für Bundesgesetze nach Art. 83 GG vorgesehen – als eigene Angelegenheit unter Bundesaufsicht aus (Art. 84 GG).⁶⁸ Nach Art. 84 Abs. 2 GG kann in diesen Fällen und somit im Oberschwellenbereich die Bundesregierung, hier allerdings nur **mit Zustimmung des Bundesrates**, allgemeine Verwaltungsvorschriften erlassen.⁶⁹ Dies ist Ausdruck der prinzipiellen Vollzugskompetenz der Länder.⁷⁰

3.2.2.4. Verwaltungsvorschriften innerhalb der Landesverwaltung außerhalb des eigenen Geschäftsbereichs

Die Ermächtigungsgrundlage für Weisungen innerhalb der Landesverwaltung außerhalb des eigenen Geschäftsbereichs ergibt sich dagegen aus dem Landesrecht.⁷¹ Dort finden sich auch Verwaltungsvorschriften für die Zuschlagserteilung.⁷² Im Konfliktfall unterschiedlicher Verwaltungsvor-

65 § 4 Abs. 4 in Verbindung mit § 1 Satz 2 AVV Klima.

66 § 1 Satz 1 AVV Klima.

67 Seer, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 209. Aktualisierung (Stand: Dezember 2020), Art. 108 GG Randnummer 181 mit weiteren Nachweisen.

68 Siehe zum Nachweis sogleich unter Fußnote 69.

69 Dies zeigt sich etwa an der Begründung der speziellen Ermächtigungsnorm der Bundesregierung für Verwaltungsvorschriften bezüglich Basisdiensten für die elektronische Auftragsvergabe (§ 13 VgV): Bundesregierung, Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsverordnung – VergR-ModVO), 20. Januar 2016, BT-Drs. 18/7318, S. 156, abrufbar unter: <https://dserver.bundestag.de/btd/18/073/1807318.pdf>.

70 Winkler, in: Sachs, Grundgesetz, 9. Auflage 2021, Art. 84 GG Randnummer 38.

71 Art. 84 Abs. 1 Satz 1 Alternative 2 GG. Siehe auch Maurer, Die Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder, JuS 2010, S. 945, 950.

72 Beispielhaft etwa § 7 Abs. 2 BerlAVG und die hierauf basierende Berliner Verwaltungsvorschrift Beschaffung und Umwelt (VwVBU), abrufbar unter: <https://www.berlin.de/nachhaltige-beschaffung/recht/>.

schriften für den Oberschwellenbereich an eine Landesvergabestelle durch einerseits die Bundesregierung und andererseits durch die höhere Landesverwaltung gilt nach dem Grundsatz der **Bundestreue** grundsätzlich allein die Bundesverwaltungsvorschrift.⁷³

3.2.2.5. Besonderheiten im Unterschwellenvergaberecht und behördliche Selbstbindung

Soweit die Länder wie im **Unterschwellenvergaberecht** auf Basis ihrer verfassungsrechtlich verbürgten Haushaltsautonomie agieren (siehe bereits unter 2.), besteht kein Raum für ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften des Bundes an Vergabestellen der Landesbehörden. Entsprechend entfaltet auch die auf den Unterschwellenbereich gerichtete UVgO **als Verwaltungsvorschrift des Bundes** nur Wirkung in den Ländern, die sich aktiv für deren Übernahme mittels Landesverwaltungsvorschrift entschieden haben.⁷⁴ So können die Spitzen der Landesverwaltung oder auch nur einzelne Landesbehörden für sie nur unverbindliche Verwaltungsvorschriften des Bundes als sachgerecht erachten und **freiwillig** hiernach verfahren.⁷⁵ Falls dies durch hochrangige Landesbehörden geschieht, gelten die allgemeinen Regeln für Weisungen innerhalb der Landesverwaltung entsprechend. Stellt sich auf Grundlage der zunächst freiwilligen Befolgung von Empfehlungen allerdings eine **ständige Verwaltungspraxis** zur Ausübung des Ermessens in einer bestimmten Weise ein, so kann eine Vergabestelle über den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG auch für die Zukunft hieran gebunden sein („**Selbstbindung der Verwaltung**“).⁷⁶

Abschließend ist zu erwähnen, dass die zwingende oder selbstbindende Befolgung einer ermessenslenkenden Verwaltungsvorschrift nicht notwendigerweise einer rechtmäßigen Ermessensausübung gleichkommt. Vielmehr muss auch die **Verwaltungsvorschrift ihrerseits rechtmäßig** sein, damit die hierauf beruhende Ermessensentscheidung auch gerichtlichen Bestand haben kann.⁷⁷ So kann beispielsweise die einfache Festlegung der **Herkunft bzw. Ortsnähe als strategisches Zuschlagskriterium** allgemein und somit auch in Verwaltungsvorschriften problematisch sein.⁷⁸

73 Allgemein Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 18. September 1984 – 1 A 4/83 –, Randnummer 20 (zitiert nach juris), hierauf bezugnehmend Suerbaum, in: Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, 49. Edition (Stand: 15. November 2021), Art. 84 GG Randnummer 50.

74 Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, Einleitung UVgO Randnummer 3. Siehe auch entsprechenden Verweis zum Landesvergaberecht in Fußnote 16.

75 Maurer/Waldhoff (Fußnote 48), § 24 Randnummer 25.

76 Hierzu näher Aschke, in: Beck'scher Online-Kommentar VwVfG, 54. Edition (1. Januar 2022), § 40 VwVfG Randnummern 57 ff.

77 Voßkuhle/Kaufhold (Fußnote 47), S. 316.

78 Hierzu generell Scharf, in: Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal, VgV – UVgO. 3. Auflage 2022, § 58 VgV Randnummern 32 ff. Vgl. hierzu auch bereits Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, „Bio-Regionalität“ in der Gemeinschaftsverpflegung – Verankerung im Vergabeverfahren, Ausarbeitung vom 18. Juni 2021, WD 7 - 3000 - 064/21, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/re-source/blob/852838/3a01bf5f0c3dc8f42f564e9079f1742/WD-7-064-21-pdf-data.pdf>.

4. Mindestlohnvorgaben als alleiniges Zuschlagskriterium neben dem Preis

Wenn eine Vergabestelle den Angebotspreis – wie je nach Konstellation zulässig⁷⁹ – als alleiniges Zuschlagskriterium wählt, kann sie als logische Folge Mindestlohnkriterien von vornherein nur an anderer Stelle in den Vergabeunterlagen vorschreiben. In Betracht kommen dabei insbesondere **Ausführungsbedingungen**.⁸⁰

Ausführungsbedingungen im Sinne des Vergaberechts sind besondere (Vertrags-)Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags und wirken somit erst **nach Zuschlagserteilung**.⁸¹ Denn mit der Erteilung des vergaberechtlichen Zuschlags kommt zugleich ein privatrechtlicher Vertrag mit dem Zuschlagsempfänger zustande.⁸² Ähnlich wie die Zuschlagskriterien können Ausführungsbedingungen insbesondere wirtschaftliche, innovationsbezogene, umweltbezogene, **soziale oder beschäftigungspolitische Belange** oder den Schutz der Vertraulichkeit von Informationen umfassen.⁸³ Entsprechend § 127 Abs. 3 GWB müssen sie allerdings mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen.⁸⁴

4.1. Mindestlohn

4.1.1. Gesetzlicher Mindestlohn

Auch ohne im Einzelfall vereinbarte Ausführungsbedingungen haben Arbeitgeber bei der Ausführung des öffentlichen Auftrags in jedem Fall die Vorgaben des gesetzlichen Mindestlohns gemäß **Mindestlohngesetz (MiLoG)**⁸⁵ einzuhalten, **soweit sie hiernach verpflichtet sind**.⁸⁶ § 20 MiLoG bestimmt zur (örtlichen) Reichweite der gesetzlichen Mindestlohnverpflichtung:

79 Siehe hierzu bereits ausführlich unter 3.

80 Rechtsgrundlagen: §§ 128 f. GWB in Verbindung mit § 29 Abs. 1 Nr. 3 Alternative 2 VgV; § 45 Abs. 2 UVgO.

81 Vgl. § 128 Abs. 2 Satz 1 GWB; § 45 Abs. 2 Satz 1 UVgO.

82 Zu den privatrechtlichen Implikationen des Zuschlags näher Scharf, in: Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal, VgV – UVgO. 3. Auflage 2022, § 58 VgV Randnummern 14 ff.

83 § 128 Abs. 2 Satz 3 GWB; § 45 Abs. 2 Satz 3 UVgO.

84 § 128 Abs. 2 Satz 2 GWB; § 45 Abs. 2 Satz 1 UVgO.

85 Mindestlohngesetz vom 11. August 2014 (BGBl. I S. 1348), das zuletzt durch Artikel 2 Absatz 1 des Gesetzes vom 10. Juli 2020 (BGBl. I S. 1657) geändert worden ist, abrufbar unter: <https://www.gesetze-im-internet.de/milog/>.

86 § 128 Abs. 1 GWB stellt dies klarstellend fest. Nach § 45 Abs. 1 UVgO gilt dies auch im Unterschwellenbereich, soweit dort die UVgO Anwendung findet.

„Arbeitgeber mit Sitz im In- oder Ausland sind verpflichtet, ihren **im Inland beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern** ein Arbeitsentgelt mindestens in Höhe des Mindestlohns [...] zu zahlen.“⁸⁷

Die **öffentlich-rechtliche Pflicht** der Arbeitgeber zur Zahlung des gesetzlichen Mindestlohns knüpft damit allein an die **tatsächliche** Tätigkeit in Deutschland an – unabhängig von der Frage der Staatsangehörigkeit oder von dem für den Arbeitsvertrag geltenden Recht.⁸⁸ Denn der deutsche Gesetzgeber kann aus **völkerrechtlichen** Gründen prinzipiell **keine öffentlich-rechtlichen Pflichten für Vorgänge außerhalb des eigenen Staatsgebiets** begründen.⁸⁹ Auch das Vergaberecht hat diesen Grundsatz zu beachten.

4.1.2. Spezifische Mindestlohnvorgaben in Ausführungsbedingungen

Des Weiteren ermöglichen Ausführungsbedingungen es der Vergabestelle, über die gesetzlichen Vorgaben hinaus auch **höhere Mindestlohnverpflichtungen** als sozialen oder geschäftspolitischen Belang (§ 128 Abs. 2 Satz 3 GWB) in einzelne Verträge zu implementieren.⁹⁰ Praxisrelevant sind vor allem diesbezügliche Regelungen aus **Landesvergabegesetzen**.⁹¹ Denn § 129 GWB ermächtigt Bund und Länder, die Aufnahme bestimmter Ausführungsbedingungen für den Oberschwellenbereich bundes- oder landesrechtlich verbindlich vorzuschreiben.⁹² So haben beispielsweise gemäß § 9 des Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetzes (BerlAVG)⁹³ Auftragnehmer ihren Arbeitnehmern bei der Auftragsausführung grundsätzlich mindestens 12,50 Euro (brutto) die Stunde zu zahlen.⁹⁴ Diese Verpflichtungen gelten allerdings nicht, soweit die **Leistungen** von Auftragnehmern, Unterauftragnehmern und Verleihern von Arbeitskräften **im Ausland erbracht** werden.⁹⁵

87 § 20 MiLoG [Auslassung und Hervorhebungen diesseits].

88 Näher Greiner, in: Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, 62. Edition (Stand: 1. Dezember 2021), § 20 MiLoG Randnummern 1 ff.

89 Im Ergebnis ebenda, Randnummer 3.

90 Fehling, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, § 128 GWB Randnummer 38.

91 Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 128 GWB Randnummer 34. Verweis auf zahlreiche entsprechende Regelungen in Landesvergabegesetzen bei Fehling, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, § 129 GWB Fußnote 48.

92 Im Unterschwellenbereich ist eine solche bundesrechtliche Ermächtigung aufgrund der eigenen Haushaltskompetenz der Länder nicht notwendig.

93 Abrufbar unter: <https://gesetze.berlin.de/bsbe/document/jlr-VergabeGBE2020rahmen>.

94 § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 und Satz 2 BerlAVG. Die Regelung gilt grundsätzlich für Lieferaufträge über 10 000 Euro netto (§ 3 Abs. 1 BerlAVG).

95 § 9 Abs. 1 Satz 3 BerlAVG.

Diese territorialen **Einschränkungen** resultieren jedenfalls im Oberschwellenbereich aus den **Vorgaben des Europarechts**:⁹⁶ So hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) mehrfach entschieden, dass die unterschiedslose Vorgabe von Mindestlöhnen auch für in anderen (EU-)Staaten tätige Bieter, wo geringere oder keine gesetzlichen Mindestlöhne gelten, eine Verletzung der in den EU-Verträgen geschützten **Dienstleistungsfreiheit** darstellen kann.⁹⁷ Denn eine solche Pflicht sei für Bewerber aus Mitgliedstaaten mit niedrigeren örtlichen Mindestlohnsätzen eine ungleich höhere Anforderung als für einheimische Bieter, die erstere – je nach Einzelfall – übermäßig davon abhalten könne, am Vergabeverfahren teilzunehmen (**Marktzutrittsschranke**).⁹⁸ Des Weiteren halten **manche juristischen Literaturstimmen** allerdings auch die in der Folge auf das Inland beschränkten Mindestlohnregelungen in Landesvergabegesetzen für **verfassungswidrig**, da es den Ländern nach Inkrafttreten des bundesrechtlichen MiLoG an der entsprechenden konkurrierenden **Gesetzgebungskompetenz wegen der insoweit abschließenden bundesrechtlichen Regelung** fehlte.⁹⁹

Ungeachtet dieser Problematiken benachteiligen auf Deutschland bezogene Mindestlohnregelungen lediglich im Inland tätige Anbieter gegenüber solchen, die Leistungen teilweise oder nur im Ausland erbringen. Teile des juristischen Schrifttums fassen dies unter den Begriff der „**Inländerdiskriminierung**“.¹⁰⁰ Anders als es das Schlagwort vermuten lässt, ist eine solche Ungleichbehandlung jedoch nicht zwingend rechtswidrig, wirft allerdings grundsätzliche Rechtsfragen auf.

Auf unionsrechtlicher Ebene erfassen die in Betracht kommenden **Diskriminierungsverbote der europäischen Verträge** solche Konstellationen nach ständiger EuGH-Rechtsprechung nur, soweit es sich um grenzüberschreitende und nicht rein innerstaatliche Sachverhalte handelt.¹⁰¹ Im Übrigen kann die Ungleichbehandlung von „Inländern“ auch oder alleine am deutschen Verfassungsrecht zu messen sein, insbesondere dem **allgemeinen Gleichbehandlungsgebot** aus Art. 3 Abs. 1 GG.¹⁰² Der verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz gilt auch im Ober- wie im Unterschwellenvergaberecht;¹⁰³ § 97 Abs. 2 GWB hebt die Leitfunktion des Gleichbehandlungsgebots

96 Hierzu näher Fehling, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, § 129 GWB Randnummern 25 ff.

97 Überblick ebenda, Randnummer 26.

98 EuGH, Urteil vom 17. November 2015 – C-115/14 –, Randnummern 69 ff. mit weiteren Nachweisen zur eigenen Rechtsprechung (zitiert nach juris).

99 Kling, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Auflage 2021, § 128 GWB Randnummer 38. Weitere Nachweise und Darstellung der Gegenmeinung durch Fehling, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, § 129 GWB Randnummer 27.

100 So etwa Opitz, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2017, § 129 GWB Randnummer 18.

101 Ausführlich zur grundsätzlichen Problematik vor dem Hintergrund des Europarechts etwa Epiney, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Auflage 2022, Art. 18 AEUV Randnummern 28 ff.

102 Ebenda, Randnummer 31; Streinz, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, Art. 18 AEUV Randnummer 69 mit weiteren Nachweisen. Dagegen bestreiten einige Literaturstimmen die Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 1 GG in diesen Fällen (Überblick bei Boysen, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 7. Auflage 2021, Art. 3 GG Randnummer 100).

103 Vgl. bereits Wissenschaftliche Dienste (Fußnote 2), S. 9 und 20.

für das Kartellvergaberecht sogar noch einmal einfachgesetzlich hervor.¹⁰⁴ Auf dieser Grundlage halten einige rechtswissenschaftliche Autoren die „Inländerdiskriminierung“ im Bereich der (vergabespezifischen) Mindestlöhne per se für **rechtswidrig**.¹⁰⁵ Soweit ersichtlich, gibt es zu dieser spezifischen Konstellation noch keine expliziten Gerichtsentscheidungen.

Alles in allem ist die Vorgabe vergabespezifischer, territorial beschränkter Mindestlöhne bereits generell – je nach Ansicht – problematisch. Soweit ersichtlich, wird in Rechtswissenschaft und Rechtsprechung nicht zusätzlich darüber diskutiert, ob die alleinige Wahl eines rein monetären Kriteriums wie des Preises auf der vorgelagerten Zuschlagsebene diese Problematik noch verschärft.

5. Fazit

Die Mitberücksichtigung des Preises als Zuschlagskriterium ist gemäß den deutschen Vergaberechtsnormen in aller Regel zwingend, dessen exklusive Berücksichtigung möglich. Zwischen diesen gesetzlichen Flanken tut sich für Vergabestellen prinzipiell ein Ermessensspielraum auf. Dieser kann in verschiedenen Fallgestaltungen beschränkt sein, wobei die genauen Grenzen unscharf erscheinen. Eine Ermessenslenkung gewähren im Übrigen rechtmäßige Verwaltungsvorschriften, soweit in der konkreten Konstellation eine Weisungskompetenz der erlassenden Behörde besteht.

Richtet sich der Zuschlag allein nach dem günstigsten Preis, sind hiervon unabhängige, territorial beschränkte Mindestlohnvorgaben in aller Regel auf der Ebene der Ausführungsbedingungen zu diskutieren. Dabei ergeben sich vor dem Hintergrund des internationalen Rechts komplexe und umstrittene Problemstellungen.

* * *

104 Ebenda, S. 9. Vgl. auch die Gesetzesmaterialien: „Danach gehört die Gleichbehandlung der Bieter zu den elementaren Grundsätzen des deutschen Vergaberechts.“ (BT-Drs. 18/6281 [Fußnote 20], S. 68).

105 So etwa Opitz, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2017, § 129 GWB Randnummer 18; Tugendreich, Mindestlohnvorgaben im Kontext des Vergaberechts, Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau) 2015, S. 395, 401. In diese Richtung auch Schnieders, Abhängigkeit der Vergabe öffentlicher Aufträge von der Zahlung eines Mindestlohns (Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 17. November 2015 – C-115/14), Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2016, S. 212, 218.