

Sozial verantwortliche Beschaffung nach dem neuen Vergaberecht 2016

Rechtsgutachtliche Stellungnahme

vorgelegt von

Dr. Christoph Krönke

im Auftrag der

Christlichen Initiative Romero e.V.

in Zusammenarbeit mit

WEED – Weltwirtschaft, Ökologie & Entwicklung e.V.

München, im April 2016

(mit Ergänzungen
vom November 2016)

Impressum

Herausgeberin:

Christliche Initiative Romero (CIR) e.V.

Schillerstraße 44a

48155 Münster

E-Mail: cir@ci-romero.de

Telefon +49 (0)251 / 67 44 13 – 0

Fax +49 (0) 251 / 67 44 13 – 11

In Kooperation mit:

WEED – Weltwirtschaft, Ökologie & Entwicklung e.V.

E-Mail: weed@weed-online.org

Telefon +49-(0)30 - 27582 163

Fax +49-(0)30 - 275 96 928

Autor:

Dr. Christoph Krönke (LMU München)

Aktualisierte Fassung: Münster, November 2016



Die Veröffentlichung wurde mit Unterstützung der Europäischen Union ermöglicht. Für den Inhalt dieser Veröffentlichung sind alleine der Autor und die CIR verantwortlich; der Inhalt kann in keiner Weise als Standpunkt der Europäischen Union angesehen werden.

Inhalt

Fragestellung	V
Gutachten.....	1
A. Veränderungen für die sozial verantwortliche Beschaffung im Zuge der Vergaberechtsreform 2016 auf Bundesebene	3
I. Grundsätze der Vergabe.....	4
1. Soziale Vergabezwecke (§ 97 Abs. 3 GWB)	4
2. Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit (§ 97 Abs. 1 Satz 2 GWB)	4
a) Ursprung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes	5
b) Inhalt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Vergaberecht.....	6
II. Leistungsbeschreibung (§ 121 GWB und §§ 31 ff. VgV)	10
1. Verbindung des sozialen Aspekts zum Auftragsgegenstand (§ 31 VgV).....	11
a) Alte Rechtslage	11
b) Neuregelung in § 31 Abs. 3 VgV	11
c) Abweichendes Verständnis im Unionsrecht?	14
2. Nachweisführung durch Gütezeichen (§ 34 VgV).....	16
a) Gütezeichen als Beleg (nicht: Ersatz) für Leistungsmerkmale	17
b) Pauschaler Verweis auf Gütezeichen.....	18
c) Verteilung der Darlegungs- und Beweislast	19
III. Eignungs- und Ausschlussprüfung (§§ 122 ff. GWB und §§ 42 ff. VgV).....	20
1. Eignung	21
2. Zwingender Ausschlussgrund nach § 123 Abs. 1 Nr. 10 GWB	21
3. Fakultativer Ausschlussgrund nach § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB.....	22
a) Räumliche Reichweite der erfassten „Verpflichtungen“	23
b) Gelegenheit des Pflichtverstoßes.....	25
c) Person des Zuwiderhandelnden.....	25
d) Nachweisführung	27
e) Rechtsfolge: Ermessen („können“).....	27
IV. Zuschlagserteilung (§ 127 GWB und §§ 58 ff. VgV)	28
1. Verbindung des sozialen Aspekts zum Auftragsgegenstand (§ 127 Abs. 3 GWB)	28

2.	Verhältnis zu sozialen Aspekten in der Leistungsbeschreibung	29
V.	Auftragsausführung (§ 128 GWB und §§ 61 ff. VgV)	30
1.	Verbindung des sozialen Aspekts zum Auftragsgegenstand (§ 127 Abs. 3 i.V.m. § 128 Abs. 2 GWB).....	30
2.	Verhältnis zu sozialen Aspekten in der Leistungsbeschreibung und in den Zuschlagskriterien	30
a)	Zulässigkeit herstellungsbezogener Auftragsausführungsbedingungen auch bei Lieferleistungen einschließlich Lagerware.....	31
b)	Exklusive Zuordnung nur noch im Rahmen des <i>konkreten</i> Vergabeverfahrens, nicht mehr <i>abstrakt-generell</i> 33	
B.	Verbleibende Spielräume für die Landesvergabegesetzgeber und die öffentlichen Auftraggeber.....	35
I.	Leistungsbeschreibung und Ausführungsbedingungen	35
II.	Zuschlagskriterien.....	36
C.	Zusammenfassender Überblick	37

Fragestellung

Der Christliche Initiative Romero e.V. hat mich beauftragt, im Rahmen eines rechtswissenschaftlichen Kurzgutachtens Stellung zu nehmen

1. zu den Veränderungen für die sozial verantwortliche Beschaffung im Zuge der Vergaberechtsreform 2016 auf Bundesebene,
2. zu den verbleibenden Spielräumen für die Landesvergabegesetze und die öffentlichen Auftraggeber sowie
3. zu den rechtlich problematischen bzw. „offenen“ Punkten in GWB und VgV, die als Anknüpfungspunkte für eine Effektuierung sozial verantwortlicher Beschaffung in Betracht kommen.

Besonderes Augenmerk soll in Absprache mit dem Auftraggeber auf dem Verhältnismäßigkeitsvorbehalt, auf der erforderlichen Verbindung sozialer Kriterien zum Auftragsgegenstand, auf der Nachweisführung durch Gütezeichen sowie auf der Auslegung des fakultativen Ausschlussgrundes gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB liegen.

Gutachten

Ein zentrales Anliegen der am 18. April 2016 in Kraft getretenen Reform des Vergaberechts auf Bundesebene,¹ mit der das Richtlinienpaket der Europäischen Union zum Vergaberecht aus dem Frühjahr 2014² weitgehend „eins zu eins“ umgesetzt werden sollte,³ bildet die Stärkung der Möglichkeiten zur Berücksichtigung strategischer Elemente im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe. Der Gesetzgeber hatte dabei nach eigenem Bekunden vor allem soziale und umweltbezogene Aspekte im Blick: Die Neuregelung komme „Unternehmen zugute, die ihrer Verantwortung bis hinein in die Produktions- und Lieferketten nachkommen“, und solle „Anreize für Unternehmen [setzen], internationale Standards zur Unternehmensverantwortung einzuhalten (z.B. die ILO-Kernarbeitsnormen)“.⁴ Ob und inwieweit der Bundesgesetzgeber diesem Regelungsanspruch gerecht geworden ist, soll im Folgenden anhand der Neuregelungen im Gesetz über Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) sowie der für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen maßgeblichen Vergabeverordnung (VgV) untersucht werden.⁵

Dazu sind zunächst die wesentlichen Veränderungen herauszuarbeiten, die sich für die sozial verantwortliche Beschaffung im Zuge der Vergaberechtsreform 2016 auf Bundesebene ergeben (**A.**). Dabei sollen jeweils die wichtigsten offenen und problematischen Punkte in den Blick genommen werden, die als Anknüpfungspunkt für ei-

¹ Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 17.2.2016, BGBl. Teil I Nr. 8 vom 23.2.2016, S. 203; Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts vom 12.4.2016, BGBl. Teil I Nr. 16 vom 14.4.2016, S. 624; Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen vom 7.1.2016, BAnz AT 19.1.2016 B3.

² Umzusetzen waren die RL 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe, RL 2014/25/EU über die Vergabe von Aufträgen in den „Sektoren“ sowie RL 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe.

³ Vgl. zur Zielsetzung bereits den Beschluss des Bundeskabinetts vom 7.1.2015 über die Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts, S. 1 f., verfügbar unter <https://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/E/eckpunkte-zur-reform-des-vergaberechts,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>.

⁴ So die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 18/6281, S. 1.

⁵ Unmittelbare Relevanz entfalten die nachfolgenden Ausführungen zunächst nur für den Oberschweligen Bereich, *nicht* dagegen für den (in quantitativer Hinsicht deutlich bedeutsameren) unterschwelligen Bereich. Auf Bundesebene wird derzeit allerdings an einer Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) gearbeitet wird, welche u.a. den (in zahlreichen landesvergaberechtlichen Vorschriften in Bezug genommenen) ersten Abschnitt der VOL/A ersetzen soll. Die Regelungen der UVgO sollen sich dabei sehr eng an den Vorschriften der VgV orientieren, so dass sich die hier ausgeführten Überlegungen zumindest teilweise auch auf die künftige UVgO übertragen werden lassen.

ne Effektivierung sozial verantwortlicher Beschaffung in Betracht kommen. Außerdem sind die wesentlichen Spielräume zu benennen, die den Landesvergabegesetzen und den öffentlichen Auftraggebern für die Gestaltung einer sozial verantwortlichen Beschaffung verbleiben (**B.**). Vor diesem Hintergrund lassen sich die wesentlichen Möglichkeiten zur Implementierung sozialer Kriterien bei der Auftragsvergabe abschließend würdigen (**C.**).

Zu den Begrifflichkeiten sei vorab Folgendes bemerkt: Wenn hier von „sozial verantwortlicher Beschaffung“ die Rede ist, könnten damit grundsätzlich sehr unterschiedliche Sachverhalte angesprochen sein. Unter den Begriff sozialer Belange fallen etwa die Zahlung eines vergabespezifischen Mindest- oder Tariflohns an die für die Auftrags Erfüllung eingesetzten Beschäftigten, die (ggf. quotenmäßig vorgegebene) Pflicht zur Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen, Auszubildenden oder Menschen mit Behinderung, aber auch die Beachtung der sogenannten Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO)⁶ und sonstiger sozialer Standards (z.B. des Fairen Handels) entlang der gesamten Produktions- und Lieferkette.⁷ Von diesem Spektrum sozialer Aspekte soll vorliegend vor allem die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen und qualitativ vergleichbarer Vorgaben (z. B. Arbeits- und Sozialstandards wie bspw. Arbeits- und Gesundheitsschutz nach den ILO-Übereinkommen Nr. 155 und Nr. 170 sowie Mindestnormen der Sozialen Sicherheit nach Maßgabe des ILO-Übereinkommens Nr. 102) im Mittelpunkt stehen, zumal sich aus dem neuen Vergaberecht gerade für die Berücksichtigung dieser Standards durchaus beachtliche Veränderungen ergeben. Zudem nehmen die ILO-Kernarbeitsnormen auch aus Art. 18 Abs. 2 i.V.m. dem Anhang X der Richtlinie 2014/24/EU ersichtlich eine herausgehobene Stellung unter den vergaberechtlich implementierbaren sozialen Anforderungen ein. Für andere Sozialkriterien gilt dies nicht in gleichem Maße. So wirft insbesondere etwa die Einforderung eines vergabespezifischen Mindestlohns eher

⁶ Es handelt sich im Einzelnen um die in Anhang X zu Art. 18 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU aufgeführten Regelwerke, namentlich das ILO-Übereinkommen Nr. 87 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes, das ILO-Übereinkommen Nr. 98 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen, das ILO-Übereinkommen Nr. 29 über Zwangs- oder Pflichtarbeit, das ILO-Übereinkommen Nr. 105 über die Abschaffung der Zwangsarbeit, das ILO-Übereinkommen Nr. 138 über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung, das ILO-Übereinkommen Nr. 182 über das Verbot und unverzügliche Maßnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit, das ILO-Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf und das ILO-Übereinkommen Nr. 100 über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit.

⁷ Vgl. die Fallgruppen bei *Ziekow*, DÖV 2015, 897 (898).

Fragen des Primärrechts auf, weniger des neuen sekundärrechtlich geregelten Vergaberechts. Die mit vergabespezifischen Mindestlohnforderungen verbundenen rechtlichen Probleme sollen im Folgenden daher nicht behandelt werden.⁸

A. Veränderungen für die sozial verantwortliche Beschaffung im Zuge der Vergaberechtsreform 2016 auf Bundesebene

Die Veränderungen für die sozial verantwortliche Beschaffung lassen sich, ganz im Sinne der neuen Systematik des GWB, sowohl in der allgemeinen Regelung des § 97 GWB (I.) als auch auf den nachfolgend ausdifferenzierten Stufen des Vergabeverfahrens nachweisen, namentlich mit Blick auf die Leistungsbeschreibung nach § 121 GWB und §§ 31 ff. VgV (II.), die Eignungs- und Ausschlussprüfung nach §§ 122 ff. GWB und §§ 42 ff. VgV (III.), die Zuschlagserteilung nach § 127 GWB und §§ 58 ff. VgV (IV.) sowie die Auftragsausführung nach § 128 GWB und §§ 61 ff. VgV (V.).

I. Grundsätze der Vergabe

1. Soziale Vergabezwecke (§ 97 Abs. 3 GWB)

§ 97 Abs. 3 GWB erhebt die Berücksichtigung sozialer Aspekte vollends in den Kreis der **Zwecke des Vergaberechts**.⁹ Die Vorschrift sieht nun verfahrensphasenübergreifend vor, dass Aspekte der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte „bei der Vergabe“ berücksichtigt werden. Für die einzelnen Stufen des Verfahrens wird die Berücksichtigungsfähigkeit dieser Aspekte in spezielleren Bestimmungen des GWB und der VgV näher ausgestaltet.¹⁰ Zwar wurden soziale, umweltbezogene und innovative Kriterien bereits in § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB a.F. in gewissem Umfang – wenn auch in sehr unklarer Formulierung¹¹ – für berücksichtigungsfähig

⁸ Im Lichte von EuGH, Urteil RegioPost, C-115/14, EU:C:2015:760, nunmehr eher kritisch gesehen wird die Einforderung eines vergabespezifischen Mindestlohns infolge der Einführung eines gesetzlichen Mindestlohns durch das Mindestlohngesetz des Bundes (MiLoG) etwa von *Germelmann*, GewArch 2016, 60 und 100; *Burgi*, Vergaberecht, 2016, § 19 Rn. 22 m.w.N.

⁹ So auch *Burgi*, Vergaberecht, 2016, § 6 Rn. 16.

¹⁰ Vgl. dazu unten die Punkte II. bis V.

¹¹ Vgl. *Burgi*, NZBau 2015, 597 (598).

erklärt, und es konnte daher an sich schon seit einiger Zeit nicht mehr von „vergabefremden“ Zwecken gesprochen werden, wenn es um die Einführung sozialer Aspekte in das Vergabeverfahren ging.¹² Das neue Vergaberecht folgt indes einem deutlich klareren und insbesondere einem verfahrensphasenübergreifenden Regelungskonzept, das in § 97 Abs. 3 GWB adäquaten Ausdruck findet und entscheidende Auslegungleitlinien für die nachfolgenden spezielleren Regelungen geben kann.

2. Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit (§ 97 Abs. 1 Satz 2 GWB)

Ein begrenzender Faktor für die Implementierung sozialer Zwecksetzungen wird allerdings bereits auf dieser allgemeinen Ebene eingeführt, da § 97 Abs. 1 Satz 2 GWB die Einforderung sozialer Kriterien unter den Vorbehalt der **Verhältnismäßigkeit** stellt.

a) Ursprung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

Dieser Vorbehalt beruht zum einen auf Art. 18 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU, wonach die öffentlichen Auftraggeber „alle Wirtschaftsteilnehmer in gleicher und nicht-diskriminierender Weise“ behandeln und „transparent und verhältnismäßig“ handeln. Zum anderen ist diese Einschränkung auch primärrechtlich geboten¹³ (und galt daher jedenfalls im Anwendungsbereich des Unionsrechts auch bislang schon als gleichsam „ungeschriebene“ Vorgabe)¹⁴, da die Einforderung sozialer Kriterien im Vergabeverfahren mit den Grundfreiheiten der an einer Teilnahme interessierten Unter-

¹² Die Klassifizierung von sozialen, umweltbezogenen und innovativen Kriterien als „vergabefremde“ Beschaffungszwecke beruht auf der überkommenen „Zwecke-Trias“ des (GWB-)Vergaberechts. Dieses diene klassischerweise allein (1) der effektiven Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Deckung des dadurch hervorgerufenen Bedarfs, (2) der Herstellung von Wettbewerb und Verteilungsgerechtigkeit sowie (3) der sparsamen und wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel, vgl. eingehend *Burgi*, Vergaberecht, 2016, § 6 Rn. 2 ff. (sowie § 7 Rn. 9 ff. zur Entwicklung von den vergabefremden Zwecken hin zur strategischen Beschaffung).

¹³ Anders als noch in Art. 26 Satz 1 der alten Richtlinie 2004/18/EG, der die Formulierung zusätzlicher Ausführungsbedingungen unter den Vorbehalt der Vereinbarkeit mit (primärem) Gemeinschaftsrecht stellte, findet sich in den neuen Vergaberichtlinien aus dem Jahr 2014 ein entsprechender Vorbehalt zwar nicht im normativen Teil, wohl aber in Erwägungsgrund 37 zur Richtlinie 2014/24/EU. In der Sache dürften sich daraus keine Rechtsänderungen ergeben.

¹⁴ Sieht man z.B. in der Vorgabe, die ILO-Kernarbeitsnormen zu beachten, mit *Ziekow*, Die Berücksichtigung sozialer Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, 2007, S. 26 ff., einen Eingriff in die Berufsfreiheit, ergibt sich das Verhältnismäßigkeitserfordernis jenseits des Anwendungsbereichs der europäischen Grundfreiheiten aus Art. 12 Abs. 1 GG. In der Tat dürfte sich aus den eindeutigen Lenkungszwecken, die hinter strategischen vergaberechtlichen Elementen steht, regelmäßig eine „eingriffsgleiche Beeinträchtigung der Berufsfreiheit“ ergeben, vgl. in diesem Sinne BVerfGE 116, 202 (222) – Tariftreue.

nehmen kollidieren kann. Wenn es beispielsweise um Lieferaufträge im Textilbereich geht, drängt sich aus primärrechtlicher Sicht ein Konflikt mit der Warenverkehrsfreiheit aus Art. 34 AEUV auf, sofern es sich um Waren handelt, die aus einem Mitgliedstaat stammen (Art. 28 Abs. 2 1. Alt. AEUV) oder sich zumindest im freien Verkehr eines solchen befinden (Art. 28 Abs. 2 2. Alt. AEUV).¹⁵ Da sich Textilunternehmen aus anderen Mitgliedstaaten durch entsprechende Vorgaben möglicherweise davon abhalten lassen, im Zuge der Ausschreibung ein Angebot abzugeben (z.B. weil sie die für die von ihnen vertriebenen Produkte verlangten Nachweise nicht oder nicht ohne Weiteres erbringen können), wird man in der Verwendung eines solchen Kriteriums regelmäßig zumindest eine unterschiedslose Maßnahme mit handelsbeschränkender Wirkung im Sinne von Art. 34 AEUV sehen müssen, die grundsätzlich einer Rechtfertigung nach Art. 36 AEUV bzw. durch „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ nach Maßgabe der *Cassis de Dijon*-Rechtsprechung des EuGH¹⁶ bedarf.¹⁷ Zwar dürfte sich für die Berücksichtigung sozialer Aspekte regelmäßig ein hinreichend legitimer Rechtfertigungsgrund finden, der den Grundfreiheiten Schranken setzen kann – so verlangt etwa der ebenfalls primärrechtliche Art. 3 Abs. 5 EUV Beiträge „zu globaler nachhaltiger Entwicklung, (...) zu freiem und rechtem Handel, zur Beseitigung der Armut und zum Schutz der Menschenrechte, insbesondere der Rechte des Kindes“. Gleichwohl ist die Beschränkung von Grundfreiheiten ihrerseits nicht schrankenlos zulässig und muss insbesondere im strengen Sinne verhältnismäßig sein.¹⁸

b) Inhalt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Vergaberecht

Mit dem im deutschen Verfassungsrecht bewährten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz werden Anforderungen an die Zweck-Mittel-Relation gestellt, die sich aus der Verfolgung sozialer Zielsetzungen in einem konkreten Vergabeverfahren ergibt. Die soziale **Zwecksetzung** (z.B. die Einhaltung des Verbots ausbeuterischer Kinderarbeit nach ILO-Übereinkommen Nr. 182 oder die Wahrung der Arbeitnehmerrechte aus den I-

¹⁵ Für Dienstleistungsaufträge greifen dementsprechend die Dienstleistungs- bzw. die Niederlassungsfreiheit aus Art. 56 ff. bzw. 46 ff. AEUV ein.

¹⁶ Vgl. dazu eingehend *Streinz*, Europarecht, 10. Aufl. 2016, § 11 Rn. 863 ff. m.w.N.

¹⁷ Vgl. etwa *Ziekow*, Die Berücksichtigung sozialer Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, 2007, S. 16 ff.

¹⁸ Vgl. zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als „Schranken-Schranke“ der Grundfreiheitsbeschränkung wiederum *Streinz*, Europarecht, 10. Aufl. 2016, § 11 Rn. 870 ff.

LO-Übereinkommen Nr. 87 und 98) darf nicht außer Verhältnis zu dem gewählten **Mittel** (z.B. die Formulierung einer Ausführungsbedingung, wonach die genannten Standards auf sämtlichen Stufen der Produktions- und Lieferkette nachweislich eingehalten werden muss, einschließlich der Art des geforderten Nachweises) stehen. Im Wesentlichen gilt hier Folgendes:

Das gewählte Mittel muss zunächst überhaupt **geeignet** sein, den verfolgten Zweck zu erreichen oder zumindest zu fördern. Dies wäre z.B. nicht der Fall, wenn die konkret eingeführte Anforderung schon gar nicht erfüllbar ist, also etwa objektiv kein hinreichender Nachweis erbracht werden kann oder die geforderte Auftragsausführung praktisch nicht bewerkstelligt werden kann.¹⁹

Des Weiteren muss das gewählte Mittel **erforderlich** sein, um den verfolgten Zweck zu erreichen, d.h. dem Auftraggeber darf kein milderes, gleich effektives²⁰ Mittel zur Verfügung stehen. So wird etwa im Einzelfall zu bestimmen sein, ob mit Blick auf die betreffende *Produktgruppe* ein gesonderter Nachweis überhaupt geboten ist oder die Produktgruppe nicht vielmehr unbedenklich erscheint. Relevant könnte dabei außerdem die *Herkunft* des Leistungsgegenstandes sein: Wird das angebotene Produkt etwa in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union hergestellt, die die einschlägigen ILO-Übereinkommen sämtlich ratifiziert und sich deutlich weitergehenden rechtsstaatlichen Verpflichtungen unterworfen haben, liegt es nahe, auf entsprechende Nachweise über die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen regelmäßig zu verzichten. Pauschalisierende Differenzierungen im Hinblick auf verschiedene EU-Mitgliedstaaten dürften jedenfalls schon wegen der aus den Grundfreiheiten folgen-

¹⁹ Einer sorgfältigen Prüfung im Vorfeld bedarf daher die Einführung entsprechender sozialer Anforderungen in heiklen Produktbereichen, etwa bei der Beschaffung von Spielzeug, IT-Hardware oder Kleidung. Inwieweit in diesen Bereichen etwa eine Einhaltung der ILO-Übereinkommen Nr. 87 und 98 bezüglich grundlegender Arbeitnehmerrechte möglich ist – die entsprechenden Produktionsstätten sind überwiegend in der Volksrepublik China belegen –, ist eine Tatsachenfrage (und keine Rechtsfrage), die hier nicht diskutiert werden kann. Vgl. zum Umgang mit entsprechenden Problemen etwa Beck, Sozial verantwortliche Beschaffung von Informationstechnik, 2015, S. 9 (verfügbar unter https://kobra.bibliothek.uni-kassel.de/bitstream/urn:nbn:de:hebis:34-2015030247562/1/ICDD_Working_Paper_No6.pdf).

²⁰ Zwar könnte man argumentieren, dass die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen als Zuschlagskriterium für den Bieter stets weniger einschneidend ist als eine entsprechende Ausführungsbedingung, da die Nichterfüllung im erstgenannten Fall nicht zwingend zum Ausschluss führen muss. Gleichwohl wird man die Einführung als Zuschlagskriterium zumindest grundsätzlich nicht als gleich effektiv werten können, da die ILO-Kernarbeitsnormen dann, zum einen, eben nicht zwingend einzuhalten sind. Zum anderen ermöglicht es eine Ausgestaltung als vertragsmäßige Ausführungsbedingung dem Auftraggeber, auch nach dem Zuschlag Einfluss auf die Einhaltung der Vorgaben (z.B. durch Sanktionierung) zu nehmen.

den Diskriminierungsverbote unzulässig sein. Die Rechtfertigung einer solchen Diskriminierung unterläge (mit Blick auf die Warenverkehrsfreiheit) den strengen Anforderungen des Art. 36 AEUV. Selbst wenn man unterstellte, dass die Diskriminierung im Sinne dieser Vorschrift unmittelbar „zum Schutze der Gesundheit und des Lebens von Menschen“ (im Herkunftsstaat) erfolgte, müsste sie sich auf konkrete Tatsachen von einigem Gewicht und Umfang stützen können, mit denen belegt werden kann, dass in dem betreffenden EU-Mitgliedstaat gegen ILO-Kernarbeitsnormen verstoßen wird und eine effektive Unterbindung dieser Verstöße durch den EU-Mitgliedstaat nicht gewährleistet ist.²¹ Unabhängig von dem Kreis der „privilegierten“ Herkunftsländer sollte ein Verzicht auf Nachweise für bestimmte Herkunftsländer wegen der damit verbundenen Diskriminierung betroffener Bieter allerdings nicht „im Alleingang“ durch eine einzelne Vergabestelle, sondern ausschließlich auf der Grundlage einer entsprechenden gesetzlichen bzw. verordnungsrechtlichen Norm erfolgen (z.B. auf der Grundlage von § 14 Abs. 2 TVgG-NRW RVO 2013), die entsprechende Differenzierungen nach sachgerechten Gesichtspunkten vornimmt. Andernfalls bestünden Bedenken im Hinblick auf das allgemeine verfassungsrechtliche Gebot, dass wesentliche (insbesondere grundrechtsrelevante) Entscheidungen der Verwaltung durch den Gesetzgeber vorgezeichnet werden müssen (sog. Wesentlichkeitsgrundsatz).

Schließlich muss die Zweck-Mittel-Relation auch **angemessen** sein, d. h. die Intensität des mit dem gewählten Mittel verbundenen Aufwands für den Bieter darf nicht außer Verhältnis stehen zum Gewicht des damit verfolgten sozialen Zwecks. Ob dies der Fall ist, muss im Rahmen einer Abwägung aller relevanten Gesichtspunkte ermittelt werden. Eine Rolle spielen dürften dabei insbesondere

- **der Inhalt der Norm**, deren Einhaltung bezweckt wird,

Erläuterung: Die Einhaltung einer essenziellen ILO-Kernarbeitsnorm dürfte schwerer wiegen als darüber hinausgehende Standards, etwa mit Blick auf die Arbeitssicherheit oder die Bezahlung angemessener Löhne. Das heißt, diese weitergehenden Standards können grundsätzlich eingefordert werden, haben

²¹ Man müsste hier als Vergleichsmaßstab wohl zumindest auf die (gemeinhin streng beurteilte) Fallgruppe systematischer Einfuhrkontrollen abstellen, die in den entschiedenen Fällen überdies zum Schutze inländischer Rechtsgüter erfolgten. Demnach muss begründet werden, dass entsprechende Kontrollen im Herkunftsland nicht ausreichen, vgl. dazu grundlegend EuGH, Urteil Denkavit, 251/78, EU:C:1979:252, Rn. 22 ff.; zum „Beweismaß“ etwa EuGH, Urteil Kommission/Italien, C-228/91, EU:C:1993:206, Rn. 28 („keine konkrete Tatsache vorgetragen“).

aber in der Abwägung i.e.S. weniger Gewicht als die Kernarbeitsnormen. Diese Abstufung ergibt sich u.a. aus Art. 18 Abs. 2 i.V.m. Anhang X der Richtlinie 2014/24/EU, der die ILO-Kernarbeitsnormen und einige (wenige) andere Übereinkommen als besonders wichtige Schutzbestimmungen hervorhebt.

- die Reichweite der Anforderungen in Bezug auf die **Produktions- und Lieferkette**,

Erläuterung: Mit zunehmender Tiefe der in Bezug genommenen Produktions- und Lieferkette dürfte zwar das Gewicht der verfolgten sozialen Zwecke steigen. Gleichzeitig nimmt aber auch in erheblichem Umfang der Aufwand zu, der vom Bieter erwartet wird, um die Einhaltung der Vorgaben zu erfüllen und zu kontrollieren.²² Für Aufträge mit geringerem Volumen dürfte es daher geboten sein, die Reichweite auf bestimmte Produktionsstufen zu begrenzen. In § 14 Abs. 2 TVgG-NRW RVO 2013 erfolgt dies beispielsweise durch einen Verzicht auf entsprechende Nachweise in den Fällen, in denen wesentliche Teile in einem laut aktueller DAC-Liste unproblematischen Land produziert wurden.²³ Dabei sollte eine Beschränkung auf bestimmte Produktionsstufen (wie auch der Verzicht auf Nachweise für bestimmte Herkunftsländer), wie bereits oben dargelegt, wegen der damit verbundenen Bieterdiskriminierung aus Wesentlichkeitsgesichtspunkten nicht „im Alleingang“ durch eine einzelne Vergabestelle, sondern nur auf Grundlage einer entsprechenden gesetzlichen bzw. verordnungsrechtlichen Norm erfolgen.

- die Art und der Umfang der geforderten **Nachweise**,

Erläuterung: Zwar können strengere Nachweise (z.B. Prüfung durch Dritte statt bloßer Eigenerklärung) mit einer effektiveren Einhaltung der eingeforderten Standards korrespondieren. Zugleich steigt aber ggf. wiederum der Aufwand seitens des Bieters, was im Einzelfall zu bestimmen ist.

²² Vgl. *Burji*, NZBau 2015, 597 (600).

²³ § 14 Abs. 2 Satz 1 TVgG-NRW RVO 2013 stellt einerseits die Vermutung auf, dass eine Missachtung der ILO-Kernarbeitsnormen in denjenigen Ländern zu befürchten ist, die in der aktuellen DAC-Liste of ODA Recipients der Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) aufgeführt sind. Des Weiteren bestimmt § 14 Abs. 2 Satz 2, dass das Herkunftsland eines Produkts nach Maßgabe des geltenden Zollkodexes zu bestimmen ist. Infolgedessen gilt beispielsweise Deutschland auch dann als Herkunftsland eines Computers, wenn seine Einzelteile vollständig aus DAC-Ländern importiert, aber erst im Inland zusammengesetzt wurden.

- die **vergaberechtliche Form**, in der das soziale Kriterium in das Verfahren eingeführt wird,

Erläuterung: Eine Einführung als „harte“ Ausführungsbedingung dürfte regelmäßig einschneidender sein als die Ausgestaltung als „weiches“ Zuschlagskriterium. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass es eine Ausgestaltung als vertragsmäßige Ausführungsbedingung dem Auftraggeber gestattet, auch nach dem Zuschlag Einfluss auf die Einhaltung der Vorgaben (z.B. durch Sanktionierung) zu nehmen; dies kann wiederum die Effektivität der Option „Ausführungsbedingung“ steigern.

- die **praktischen Folgen** auf Bieterseite,

Erläuterung: Erschwerend könnte etwa zu berücksichtigen sein, wenn formal auf den Auftrag bezogene soziale Anforderungen Auswirkungen auf die allgemeine Unternehmenspolitik haben.²⁴

- das **Auftragsvolumen**,

Erläuterung: Je größer das Auftragsvolumen ist, desto mehr Aufwand wird man vom Bieter verlangen dürfen. Einen solchen Zusammenhang legt auch die Formulierung in der spezielleren Vorschrift des § 31 Abs. 3 VgV („zu dessen Wert [...] verhältnismäßig“) nahe. Denkbar wäre insoweit eine Stufung der Anforderungen mit steigendem Auftragswert.

An den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sind sowohl die einzelnen öffentlichen Auftraggeber als auch die Landesgesetzgeber gebunden, wenn sie verbindliche Vorgaben für die Einforderung sozialer Kriterien im Vergabeverfahren einführen. Ein Beispiel, wie dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz durch eine abgestufte Regulierung auch unter dem bisherigen Recht bereits hinreichend Rechnung getragen wurde, stellt etwa die differenzierte Regelung in § 14 TVgG-NRW RVO 2013 dar.

II. Leistungsbeschreibung (§ 121 GWB und §§ 31 ff. VgV)

Möglichkeiten zur Implementierung sozialer Kriterien bestehen bereits im Rahmen der Leistungsbeschreibung. Änderungen gegenüber der bisherigen Rechtslage ergeben sich zum einen mit Blick auf den zulässigen Inhalt der Leistungsbeschreibung,

²⁴ Vgl. *Latze*, NZBau 2014, 673 (679 f.).

insbesondere die nötige Verbindung des einzuführenden sozialen Kriteriums zum Auftragsgegenstand (1.), zum anderen auch in Bezug auf die entsprechende Nachweisführung durch Gütezeichen (2.).

1. Verbindung des sozialen Aspekts zum Auftragsgegenstand (§ 31 VgV)

a) Alte Rechtslage

Der erforderliche Bezug sozialer Aspekte zum eigentlichen Gegenstand des Auftrags war bislang relativ eng gefasst. Während die sozialverträgliche Gestaltung des Auftragsgegenstandes selbst bzw. seiner Benutzungsmodalitäten (z.B. Barrierefreiheit) schon nach dem alten Recht ohne Weiteres im Rahmen der Leistungsbeschreibung abgebildet werden konnte (vgl. jetzt § 31 Abs. 5 VgV), galt dies für die hier in Rede stehenden produktions- und handelsbezogenen Sozialkriterien nicht. Dies zeigte sich etwa in der Entscheidung des EuGH in der Sache *Max Havelaar*, in der es um handelsbezogene Aspekte ging. In der zugrunde liegenden Ausschreibung war bezüglich des Auftragsgegenstandes (Kaffee und Tee) vorgegeben, „dass der gezahlte Preis kostendeckend sein und einen Zuschlag auf den Weltmarktpreis enthalten muss, dass die Produktion vorfinanziert sein muss und dass zwischen Erzeuger und Importeur langfristige Handelsbeziehungen bestehen müssen“.²⁵ Der Gerichtshof stellte in den Entscheidungsgründen ausdrücklich fest, „dass diese Kriterien nicht der Definition des Begriffs ‚technische Spezifikation‘ in Nr. 1 Buchst. b des Anhangs VI der Richtlinie 2004/18 entsprechen, denn diese Definition stellt ausschließlich auf die Merkmale der Erzeugnisse selbst, ihre Produktionsprozesse und -methoden, ihre Verpackung oder ihre Verwendung und nicht auf die Bedingungen ab, unter denen der Lieferant sie vom Erzeuger erworben hat“.²⁶ In Betracht kam lediglich eine Vorgabe dieser Anforderungen in den Ausführungsbedingungen.

b) Neuregelung in § 31 Abs. 3 VgV

Die Regelungen des Vergaberechts 2016 gehen über diesen Rechtsstand deutlich hinaus und fassen die erforderliche Verbindung der sozialen Kriterien zum Auftrags-

²⁵ EuGH, Urteil *Max Havelaar*, C-368/10, EU:C:2012:284, Rn. 73.

²⁶ EuGH, Urteil *Max Havelaar*, C-368/10, EU:C:2012:284, Rn. 74.

gegenstand denkbar weit. Dies könnte neue Möglichkeiten zum Einsatz sozialer Kriterien etwa im Rahmen einer funktionalen Leistungsbeschreibung eröffnen.²⁷

Zwar enthält § 121 GWB selbst keine Regelung zur Verwendung von Merkmalen der Leistung, die soziale Aspekte betreffen. Allerdings sieht § 31 Abs. 3 VgV in Anlehnung an die Formulierungen aus Art. 42 Abs. 1 UAbs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU vor, dass sich die geforderten Merkmale auch „auf den Prozess oder die Methode zur Herstellung oder Erbringung der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus des Auftragsgegenstandes einschließlich der Produktions- und Lieferkette beziehen“ können. Klarstellend wird hinzugefügt, dass dies auch gelte, „wenn derartige Faktoren keine materiellen Bestandteile der Leistung sind“. Gefordert wird lediglich, dass diese Merkmale „in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen und zu dessen Wert und Beschaffungszielen verhältnismäßig sind“. Nach den Begründungen zu den genannten Regelwerken sollen damit ausdrücklich auch Vorgaben zu bestimmten Umständen der Herstellung des Beschaffungsgegenstandes wie z.B. die „Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen entlang der Produktionskette“ bereits in der Leistungsbeschreibung formuliert werden können.²⁸ Für dieses denkbar weite Verständnis der Verbindung zum Auftragsgegenstand spricht schließlich auch der in § 97 Abs. 3 GWB zum Ausdruck kommende verfahrensphasenübergreifende Ansatz des neuen Vergaberechts zur Implementierung strategischer Elemente, der eine einheitliche Handhabung dieser Elemente auf allen Stufen des Verfahrens nahelegt.

Verbleibende Unsicherheiten könnten allenfalls aus der sprachlich missglückten Formulierung in § 31 Abs. 3 VgV resultieren, wonach die betreffenden Merkmale „in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen“ müssen. An sich dient § 31 Abs. 3 VgV insgesamt gerade als Definition einer hinreichenden Verbindung zum Auftragsgegenstand. Diese Funktion der Vorschrift ergibt sich etwa aus § 34 Abs. 2 Nr. 1 VgV. Demnach muss jede einzelne Anforderung eines Gütezeichens „mit dem Auftragsgegenstand nach § 31 Absatz 3 in Verbindung“ stehen. Das in § 31 Abs. 3 VgV selbst genannte Erfordernis einer „Verbindung zum Auftragsgegenstand“ erscheint vor diesem Hintergrund zirkulär.

²⁷ Siehe dazu näher unten Punkt IV. 2.

²⁸ Vgl. die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 18/6281, S. 97, sowie die Begründung zur Verordnung der Bundesregierung zur Modernisierung des Vergaberechts, BT-Drucks. 18/7318, S. 171.

Diese sprachliche Unklarheit sollte indes nicht überbewertet werden. Sie resultiert vor allem aus der wörtlichen Übernahme der Formulierung in Art. 42 Abs. 1 UAbs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU. Richtig dürfte es sein, das in § 31 Abs. 3 VgV selbst genannte Erfordernis einer „Verbindung zum Auftragsgegenstand“ als Verweis auf das Verbot allgemein unternehmenspolitischer Vorgaben zu verstehen und somit als Erfordernis eines „konkreten Auftragsbezugs“ zu deuten. Dafür spricht neben der ähnlichen Formulierung in der Begründung zur VgV („Auftragsbezug aufweisen“)²⁹ vor allem auch Erwägungsgrund 97 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU, der das Erfordernis eines Auftragsbezugs ebenfalls in diesem Sinne verstehen möchte. Demnach schließt die „Bedingung eines Bezugs zum Auftragsgegenstand (...) Kriterien und Bedingungen bezüglich der allgemeinen Unternehmenspolitik aus, da es sich dabei nicht um einen Faktor handelt, der den konkreten Prozess der Herstellung oder Bereitstellung der beauftragten Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen charakterisiert“.

Die erforderliche Verbindung sozialer Aspekte zum Auftragsgegenstand wird man daher jedenfalls im Sinne der deutschen Regelungen denkbar weit verstehen müssen.³⁰ Als Eingrenzungen für die Darstellung sozialer Aspekte in der Leistungsbeschreibung verbleiben somit lediglich zwei Faktoren, nämlich das Verbot allgemein unternehmenspolitischer Vorgaben (z.B. Vorgabe der generellen Ausrichtung der gesamten Einkaufspolitik eines Unternehmens an den Grundsätzen des Fairen Handels) sowie der bereits thematisierte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Infolge dieser erheblichen Ausweitung stellen sich freilich noch zu klärende Abgrenzungsfragen mit Blick auf die Einführung entsprechender Anforderungen als Zuschlagskriterien und als Ausführungsbedingungen.³¹

c) Abweichendes Verständnis im Unionsrecht?

Zu erwägen bleibt allerdings, ob dieses weite Verständnis der Verbindung zum Auftragsgegenstand mit den unionsrechtlichen Vorgaben vereinbar ist. Andernfalls wäre eine richtlinienkonforme engere Auslegung des § 31 Abs. 3 VgV geboten.

Gegen ein extensives Verständnis der Verbindung zum Auftragsgegenstand im Zusammenhang mit der Leistungsbeschreibung könnte zunächst sprechen, dass Art. 42

²⁹ BT-Drucks. 18/7318, S. 171.

³⁰ Vgl. zur deutschen Regelung im Ergebnis wie hier etwa *Burgi*, Vergaberecht, 2016, § 12 Rn. 26.

³¹ Siehe dazu unten Punkt IV. und Punkt V.

Abs. 1 UAbs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU bezüglich der technischen Spezifikationen etwas enger gefasst zu sein scheint als die entsprechende Vorschrift des Art. 67 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24/EU über die Zuschlagskriterien. Während in Art. 42 Abs. 1 UAbs. 2 sowie im zugehörigen Anhang VII Nr. 1 b) stets nur von einem „spezifischen Prozess“ die Rede ist, nennt Art. 67 Abs. 3 als möglichen Bezugspunkt des sozialen Kriteriums zur betreffenden Bauleistung, Lieferung oder Dienstleistung ausdrücklich auch einen „spezifischen Prozess (...) des Handels damit“. Ferner wird in dem für die Einforderung sozialer Vorgaben einschlägigen Erwägungsgrund 97 der Richtlinie 2014/24/EU jeweils nur auf Ausführungsbedingungen und Zuschlagskriterien mit sozialen Elementen eingegangen. Auch Erwägungsgrund 99 nennt als Anwendungsfälle für soziale Kriterien in technischen Spezifikationen nur solche Anforderungen, „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‘“, während für entsprechende Zuschlagskriterien und Auftragsausführungsbedingungen nur erwartet wird, dass sie „mit den im Rahmen des Auftrags zu erbringenden Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen *im Zusammenhang* stehen“ (jeweils ohne Hervorhebungen im Original). Dementsprechend wurde jedenfalls im Vorfeld der Richtlinienumsetzung in das deutsche Recht die Auffassung vertreten, dass die Möglichkeiten zur Darstellung sozialer Kriterien in den technischen Spezifikationen gegenüber der Abbildungsfähigkeit von Ausführungsbedingungen und Zuschlagskriterien weiterhin beschränkt sein sollen.³²

Die besseren Argumente sprechen indes für ein weites Verständnis auch auf der Ebene der Richtlinien.³³ Dass Art. 42 Abs. 1 UAbs. 2 und Art. 67 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24/EU nicht identisch gefasst sind und sprachlich variieren, erscheint für sich noch kein unterschiedliches Verständnis der nötigen Verbindung zum Auftragsgegenstand zu gebieten. Auch Art. 67 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24/EU spricht durchgehend von einem „spezifischen Prozess“ (der Herstellung, der Bereitstellung, des Handels), so dass jedenfalls die Bezugnahme „auf einen spezifischen Prozess eines

³² Vgl. *Latzel*, NZBau 2014, 673 (675); *Germelmann*, GewArch 2016, 100 (103 f.); jetzt auch *Ziekow*, Faires Beschaffungswesen in Kommunen und die Kernarbeitsnormen, 2016, S. 40 und 50 (verfügbar unter https://skew.engagement-global.de/fairer-handel-und-faire-beschaffung.html?file=files/2_Mediathek/Mediathek_Microsites/SKEW/Publikationen/4_Material/skew_material_nr24_faires_beschaffungswesen_gutachten.pdf).

³³ Vgl. zu den Richtlinienbestimmungen im Ergebnis wie hier *Glaser*, Zwingende soziale Mindeststandards bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, 2015, S. 42 f.

anderen Lebenszyklus-Stadiums“ in Art. 42 Abs. 1 UAbs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU richtigerweise auch handelsbezogene Vorgaben erfassen kann. Umgekehrt fehlt im Übrigen in Art. 67 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24/EU die Bezugnahme auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, ohne dass daraus ernstlich geschlossen werden könnte, für die Zuschlagskriterien gelte kein Verhältnismäßigkeitsvorbehalt. Es verbietet sich daher, aus geringfügigen sprachlichen Varianzen in den Richtlinienbestimmungen vorschnell auf sachliche Unterschiede zu schließen. Der Richtliniengeber scheint vielmehr bemüht gewesen zu sein, einen Gleichlauf der Darstellungsmöglichkeiten in den technischen Spezifikationen, den Zuschlagskriterien und den Ausführungsbedingungen zu schaffen. Dafür spricht vor allem der Umstand, dass in den Richtlinien verfahrensphasenübergreifend die Formulierung verwendet wird, wonach die betreffenden Merkmale „mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung“ stehen müssen.³⁴ Zugunsten eines einheitlichen Verständnisses der Verbindung zum Auftragsgegenstand streitet außerdem die für technische Spezifikationen, Zuschlagskriterien und Ausführungsbedingungen gleichermaßen geltende Vorschrift des Art. 43 der Richtlinie 2014/24/EU bezüglich der Gütezeichen, die für einen effektiven Nachweis der hier relevanten sozialen Kriterien besonders wichtig sind. Diese Vorschrift differenziert gerade nicht zwischen technischen Spezifikationen, Zuschlagskriterien und Ausführungsbedingungen. Aber auch durch die Erweiterung der Begriffsbestimmungen in Anhang VII Nr. 1 zu Art. 42 der Richtlinie 2014/24/EU wird klar zum Ausdruck gebracht, dass die Verbindung zum Auftragsgegenstand mit Blick auf die technischen Spezifikationen nunmehr deutlich großzügiger gehandhabt werden muss. Schließlich vermag eine unterschiedliche Handhabung sozialer Kriterien in den technischen Spezifikationen einerseits und in den Zuschlagskriterien andererseits sachlich nicht zu überzeugen. Dadurch würde der „Zusammenhang zwischen der Darlegung technischer Spezifikationen und deren im weiteren Verfahrensgang relevanten (*möglichen*) Zugrundelegung als Zuschlagskriterium“³⁵ verkannt und verkompliziert. Dass in Erwägungsgrund 99 unterschiedliche Anwendungsfälle für soziale Anforderungen in technischen Spezifikationen einerseits und Zuschlagskriterien/Ausführungsbedingungen andererseits genannt werden, dürfte daher allein dem

³⁴ Vgl. neben Art. 42 Abs. 1 UAbs. 2 und Art. 67 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24/EU außerdem Art. 43 Abs. 1 Buchst. a) und Abs. 2 (Gütezeichen), Art. 45 Abs. 1 (Varianten), Art. 70 (Ausführungsbedingungen, mit Verweis auf Art. 67 Abs. 3).

³⁵ Glaser, *Zwingende soziale Mindeststandards bei der Vergabe öffentlicher Aufträge*, 2015, S. 43, ohne die hier kursiv eingefügte Ergänzung.

Umstand geschuldet sein, dass der für die Leistungsbeschreibung erforderliche Bezug zum Auftragsgegenstand nach dem *alten* Recht enger gefasst war und die *typischen* Anwendungsbeispiele („Zugänglichkeit für Personen mit einer Behinderung“, „Design für Alle“) folglich auf die Nutzbarkeit des Auftragsgegenstandes bezogen waren.

Richtigerweise ergibt sich aus den Richtlinienbestimmungen daher kein gegenüber der deutschen Umsetzung abweichendes (engeres) Verständnis der Verbindung zum Auftragsgegenstand. Gleichwohl sollten Vergabestellen sich darüber im Klaren sein, dass es zur Frage, ob solche sozialen Kriterien, die die betreffende Ware oder Dienstleistung *nicht* im Sinne des Erwägungsgrundes 99 der Richtlinie 2014/24/EU „*unmittelbar charakterisieren*“ (also insbesondere etwa die ILO-Kernarbeitsnormen), in der Leistungsbeschreibung verankert sein dürfen, unterschiedliche Rechtsansichten gibt (vgl. dazu noch unten Punkt **V. 2. b**).

2. Nachweisführung durch Gütezeichen (§ 34 VgV)

Große Bedeutung für die effektive Einhaltung sozialbezogener Vorgaben und ihre Überprüfung im Vergabeverfahren hat die Möglichkeit des Auftraggebers, als Nachweis für die im Einzelnen jeweils genau zu benennenden Kriterien die Vorlage von Gütezeichen zu verlangen (z.B. das Siegel „Fairtrade“), zumal gerade soziale Vorgaben zur Herkunft des Beschaffungsgegenstandes regelmäßig besonders schwer nachprüfbar und kontrollierbar sind.³⁶ Den gesetzlichen Rahmen mit Blick auf alle strategischen Beschaffungselemente bildet nun § 34 VgV, der – anders als seine Vorgängerbestimmung – nicht mehr nur speziell Umweltgütezeichen erfasst. Die Vorschrift gilt unmittelbar nur für den Nachweis von Elementen der Leistungsbeschreibung, findet aber über die Verweisungen in §§ 58 Abs. 4, 61 VgV entsprechende Anwendung auch mit Blick auf Zuschlagskriterien und Ausführungsbedingungen.

Auch wenn die Gütezeichen dogmatisch nur als Beleg und nicht als Ersatz für die betreffenden Leistungsanforderungen fungieren (dazu **a**)), dürfen die öffentlichen

³⁶ Bei den sozialbezogenen Kriterien handelt es sich meist um rein prozessbezogene Eigenschaften, die dem Leistungsgegenstand nicht materiell anhaften. Ihr Vorliegen lässt sich daher im Nachhinein nicht mehr anhand des Gegenstandes selbst nachprüfen. Vgl. dazu eingehend *Klinger/Hartmann/Krebs*, ZUR 2015, 270 (271 f.) mit Überlegungen zur Einführung eines Textilsiegels nach dem Vorbild des Bio-Siegels.

Auftraggeber künftig im Grundsatz pauschal auf Gütezeichen verweisen (dazu **b**). Unsicherheiten verbleiben unter der neuen Rechtslage im Hinblick auf die Darlegungs- und Beweislastverteilung, wenn ein Bieter andere als die geforderten Nachweise einreichen möchte (dazu **c**).

a) Gütezeichen als Beleg (nicht: Ersatz) für Leistungsmerkmale

Dass ein Gütezeichen nicht selbst zu einem Merkmal des Beschaffungsgegenstandes wird, sondern weiterhin lediglich als Nachweis für entsprechende Merkmale fungiert, ergibt sich aus § 34 Abs. 2 Nr. 1 VgV. Zusätzlich zu den übrigen Voraussetzungen des § 34 Abs. 2 VgV, die an die einsetzbaren Gütezeichen gestellt werden, müssen demnach alle Anforderungen des Gütezeichens „mit dem Auftragsgegenstand nach § 31 Absatz 3 in Verbindung“ stehen. Dies hat insbesondere auch zur Folge, dass sich alle Anforderungen des Gütezeichens – je für sich, aber auch in ihrer Summe – am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz messen lassen müssen, der in § 31 Abs. 3 VgV explizit aufgeführt ist.

b) Pauschaler Verweis auf Gütezeichen

Eine Änderung gegenüber der bisherigen Rechtslage ergibt sich allerdings bezüglich der Möglichkeit des öffentlichen Auftraggebers, pauschal auf die Anforderungen eines Gütezeichens zu verweisen. In der Rechtssache *Max Havelaar* hatte der EuGH noch deutlich gemacht, dass der öffentliche Auftraggeber die Anforderungen an den Auftragsgegenstand trotz der Möglichkeiten der Bieter, sich über die Anforderungen eines verlangten Gütezeichens zu informieren, im Einzelnen ausdrücklich auführen müsse, „um es potenziellen Bietern zu ermöglichen, sich auf ein einheitliches und amtliches Dokument des öffentlichen Auftraggebers selbst zu stützen, ohne dass sie also den Zufälligkeiten einer Informationssuche und möglichen im Laufe der Zeit eintretenden Veränderungen der für ein [Gütezeichen] geltenden Kriterien ausgesetzt sind“.³⁷

Von diesem Grundsatz rückt die Neuregelung offenbar ab, wie sich zumindest im Umkehrschluss aus § 34 Abs. 3 VgV ergibt, der wiederum Art. 43 Abs. 1 UAbs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU „eins zu eins“ umsetzt. „Für den Fall, dass die Leistung nicht

³⁷ EuGH, Urteil *Max Havelaar*, C-368/10, EU:C:2012:284, Rn. 67.

allen Anforderungen des Gütezeichens entsprechen muss“, hat der öffentliche Auftraggeber gemäß § 34 Abs. 3 VgV „die betreffenden Anforderungen anzugeben“. Aus dieser für den Ausnahmefall formulierten Vorschrift wird man schließen können, dass der Auftraggeber die Anforderungen des Gütezeichens grundsätzlich nicht angeben muss, wenn er sämtliche von dem Gütezeichen erfassten Anforderungen für die Leistungsbeschreibung übernehmen möchte.³⁸ Bestätigung findet diese Auslegung in Art. 43 Abs. 2 der Richtlinie. Für den Fall, dass bestimmte Anforderungen nicht mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen, sollen die öffentlichen Auftraggeber demnach „nicht das Gütezeichen als solches“ verlangen, sondern „technische Spezifikationen unter Verweis auf die detaillierten Spezifikationen“ des Gütezeichens festlegen. Auch daraus lässt sich *e contrario* schließen, dass die öffentlichen Auftraggeber „das Gütezeichen als solches“ prinzipiell verlangen können.

c) Verteilung der Darlegungs- und Beweislast

Für den Fall, dass ein Bieter das eingeforderte Gütezeichen nicht vorlegen kann, kann er vom Auftraggeber darauf verwiesen werden, ein gleichwertiges Gütezeichen vorzulegen (§ 34 Abs. 4 VgV) oder nachzuweisen, dass die von ihm zu erbringende Leistung die Anforderungen des geforderten Gütezeichens erfüllt (§ 34 Abs. 5 VgV). Unklarheiten hinterlässt dabei vor allem die Vorschrift des § 34 Abs. 4 VgV bezüglich der Frage, wer im Zweifelsfall die Gleichwertigkeit desjenigen Gütezeichens zu beweisen hat, das der Bieter anstelle des vom öffentlichen Auftraggeber verlangten Gütezeichens einreichen möchte. Eine ausdrückliche Verteilungsregel trifft § 34 Abs. 4 VgV selbst nicht. Auch die zugrundeliegende Richtlinienbestimmung (Art. 43 Abs. 1 UAbs. 3 der Richtlinie 2014/24/EU) führt für sich nicht weiter.³⁹

Ein Blick in den nachfolgenden § 34 Abs. 5 VgV lässt zunächst vermuten, dass es in der Konstellation des § 34 Abs. 4 VgV dem Auftraggeber obliegen soll, darzulegen

³⁸ Diese Auffassung scheint auch im federführenden Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) vorherrschend zu sein. Vgl. dazu die Präsentation von *Andreas Rüger*, Berücksichtigung von strategischen Kriterien (Nachhaltigkeitsaspekten) im Rahmen der Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinien, Folie 17, gehalten im Rahmen der Anhörung „Nexus zwischen Staat und Wirtschaft – Öffentliche Auftragsvergabe und Menschenrechte“ am 20. Oktober 2015 im Auswärtigen Amt in Berlin.

³⁹ So aber *Evermann*, Stellungnahme vom 16. Februar 2016 zu der Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts für den „WEED – Weltwirtschaft, Ökologie & Entwicklung e.V.“, S. 4, verfügbar unter https://www.bundestag.de/blob/407446/9f8f2f99078ff7762f99774383f7fcc7/stellung-_sve_evermann_weed-data.pdf.

und zu beweisen, dass das ersatzweise eingereichte Gütezeichen nicht gleichwertig ist. Gemäß § 34 Abs. 5 VgV muss der öffentliche Auftraggeber andere Nachweise als die verlangten oder gleichwertige Gütezeichen nur ausnahmsweise akzeptieren, wenn das Unternehmen – erstens – ein entsprechendes Gütezeichen aus nicht zu vertretenden Gründen nicht (rechtzeitig) erlangen konnte und – zweitens – nachweisen kann, dass die von ihm zu erbringende Leistung die Anforderungen des geforderten Gütezeichens erfüllt. § 34 Abs. 5 VgV trifft also eine explizite doppelte Beweislastregelung für den Fall, dass der Bieter kein Gütezeichen vorlegen kann. Aus dem Fehlen einer entsprechenden ausdrücklichen Verteilungsregel in § 34 Abs. 4 VgV könnte man nun schließen, dass dort etwas anderes gelten soll, d. h. den Auftraggeber die Darlegungs- und Beweislast trifft. Auch der Grundsatz der Nichtdiskriminierung streitet prinzipiell dafür, dass den Bietern aus der Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers für ein bestimmtes Gütezeichen unter mehreren gleichwertigen Gütezeichen keine Nachteile erwachsen dürfen.

Aus der Richtlinie 2014/24/EU wird man gleichwohl etwas anderes ableiten müssen. In den Erwägungsgründen 74 und 75 zu der Richtlinie werden die Bezugnahmen auf europäische und nationale Normen sowie auf Gütezeichen zu Zwecken der Leistungsbeschreibung angesprochen. Am Ende des zweiten Absatzes in Erwägungsgrund 74 heißt es wörtlich: „Es sollte Sache des Wirtschaftsteilnehmers sein, den Nachweis für die Gleichwertigkeit mit dem geforderten Gütezeichen zu erbringen.“ Diese Formulierung wird man als Grundsatzentscheidung des Richtliniengebers bezüglich der Verteilung der Darlegungs- und Beweislastverteilung verstehen dürfen, wenn der öffentliche Auftraggeber die Erfüllung von Anforderungen spezifischer Normen oder Gütezeichen verlangt.

Dass Art. 43 Abs. 1 UAbs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU, den § 34 Abs. 5 VgV umsetzt, dennoch eine ausdrückliche Verteilungsregel statuiert, vermag diese Auslegung nicht zu erschüttern. Die dort eingefügte explizite Regelung wird darauf zurückzuführen sein, dass in den davon erfassten speziellen Konstellationen nicht nur eine Verteilungsregel bezüglich der Gleichwertigkeit der erbrachten Nachweise zu den technischen Spezifikationen gefragt ist, sondern – weitergehend – auch bezüglich des Erfordernisses, dass der Wirtschaftsteilnehmer aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen weder das verlangte noch ein gleichwertiges Gütezeichen rechtzeitig erlangen konnte. Insofern erscheint es durchaus nachvollziehbar, dass der Klarheit

wegen eine explizite Verteilungsregel im operativen Teil der Richtlinie eingeführt wurde. Der Grundsatz, dass die Gleichwertigkeit mit dem geforderten Gütezeichen vom Wirtschaftsteilnehmer (und nicht vom Auftraggeber) zu erbringen ist, sollte damit indes keinesfalls in Frage gestellt werden.

III. Eignungs- und Ausschlussprüfung (§§ 122 ff. GWB und §§ 42 ff. VgV)

Im Hinblick auf die Eignungs- und die Ausschlussprüfung bleiben die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Elemente demgegenüber grundsätzlich beschränkt. Einzig mit Blick auf die Ausschlussmöglichkeit nach § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB könnten sich Änderungen gegenüber der bisherigen Rechtslage ergeben.

1. Eignung

Mit Blick auf die in § 122 Abs. 2 GWB abschließend aufgeführten, unionsrechtlich vorgegebenen Eignungskriterien der Bieter betrifft die Einbeziehung strategischer Elemente vor allem umweltbezogene Gesichtspunkte bei der Prüfung der technischen Leistungsfähigkeit gemäß § 122 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 GWB. Dabei können – wie schon nach altem Recht – Bescheinigungen über die Erfüllung bestimmter Systeme und Normen des Umweltmanagements verlangt werden, vgl. § 49 Abs. 2 VgV, § 49 Abs. 2 SektVO und § 6c Abs. 2 VOB/A EU. Für die Berücksichtigung sozialer Aspekte ist dagegen noch immer kaum Platz. Unzulässig ist es daher beispielsweise (weiterhin) schon aus unionsrechtlichen Gründen, wenn ein Auftraggeber als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit eine Verpflichtungserklärung über die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen verlangt, da eine solche Erklärung nicht in den in Anhang XII zur Richtlinie 2014/24/EU abschließend vorgegebenen Nachweisen aufgeführt ist.⁴⁰

2. Zwingender Ausschlussgrund nach § 123 Abs. 1 Nr. 10 GWB

Von den Ausschlussgründen kommt dagegen zunächst der Spezialfall des § 123 Abs. 1 Nr. 10 GWB in Betracht. Die Bestimmung setzt aus der Gesetzesbegründung ersichtlich Art. 57 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. f) der Richtlinie 2014/24/EU um,⁴¹ der wiederum einen zwingenden Ausschluss im Falle einer rechtskräftigen Verurteilung we-

⁴⁰ Vgl. zur alten Rechtslage OLG Düsseldorf NZBau 2014, 314 (315).

⁴¹ Vgl. BT-Drucks. 18/6281, S. 100.

gen „Kinderarbeit und andere[r] Formen des Menschenhandels im Sinne des Artikels 2 der Richtlinie 2011/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates“ verlangt. Der zwingende Ausschluss knüpft somit an eine strafgerichtliche Verurteilung nach § 233 StGB bzw. § 233a StGB wegen Menschenhandels bzw. Förderung des Menschenhandels an, für die im Übrigen gemäß § 6 Nr. 4 StGB das Weltrechtsprinzip gilt, d.h. es spielt keine Rolle, wo die Tat begangen wurde. Mit diesen Straftatbeständen hat der deutsche Strafgesetzgeber die Richtlinie 2011/36/EU umgesetzt.⁴² Eine solche Verurteilung wird indes nur in sehr seltenen Fällen gegeben sein, so dass sich die praktische Bedeutung des § 123 Abs. 1 Nr. 10 GWB in engen Grenzen halten dürfte.

3. Fakultativer Ausschlussgrund nach § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB

In den Mittelpunkt rückt daher vor allem die fakultative Ausschlussmöglichkeit nach § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB als vermutlich stärkstes Instrument zur Effektivierung speziell der ILO-Kernarbeitsnormen auf dieser Verfahrensstufe. Bislang war dies nur auf der Grundlage der Vorgängervorschriften von § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB n.F. (etwa nach § 6 Abs. 6 Buchst. c) VOL/A EG a.F.) denkbar, wegen der darin aufgestellten strengen Voraussetzungen („schwere Verfehlung“) praktisch aber kaum möglich.

§ 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB setzt tatbestandlich voraus, dass das betreffende „Unternehmen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge nachweislich gegen geltende umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen verstoßen hat“, knüpft also an Vorgänge an, die in der Vergangenheit liegen. Die Bestimmung dient ausweislich der

⁴² Vgl. BT-Drucks. 17/13706, S. 1 ff. Die Umsetzung der Vergaberichtlinien wird an diesem Punkt von *Evermann*, Stellungnahme vom 20. Oktober 2015 für den „WEED – Weltwirtschaft, Ökologie & Entwicklung e.V.“, S. 6 (verfügbar unter <http://www.auswaertigesamt.de/cae/servlet/contentblob/723188/publicationFile/212398/Expertenanhoerung9b.pdf>), und *Rühle*, Vortrag am 17.11.2015 zum Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 8. Juli 2015 (verfügbar unter http://www2.weed-online.org/uploads/heide_ruehle.pdf) mit beachtlichen Argumenten kritisiert. Sie bemängeln den Umstand, dass die in Art. 57 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. f) der Richtlinie 2014/24/EU explizit in Bezug genommene „Kinderarbeit“ keine gesonderte Erwähnung im GWB gefunden hat. Dabei argumentieren sie, dass es dem deutschen Gesetzgeber jedenfalls im Rahmen der Umsetzung des Art. 57 Abs. 4 UAbs. 1 Buchst. a) der Richtlinie 2014/24/EU möglich gewesen wäre, auch die Kinderarbeit in den Kreis der Ausschlussgründe zu erheben. Außerdem fehle ein entsprechendes effektives Unternehmensstrafrecht in Deutschland, da es keine dem § 5 des Jugendarbeitsschutzgesetzes entsprechende Norm für den Schutz von Kindern und Jugendlichen in den Lieferketten deutscher Unternehmen gibt. Da die zwingende Richtlinienbestimmung des Art. 57 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. f) der Richtlinie 2014/24/EU indes ausdrücklich an eine rechtskräftige Verurteilung aufgrund eines der nach Art. 2 der Richtlinie 2011/36/EU („Menschenhandelsrichtlinie“) einzuführenden Straftatbestände anknüpft, dürfte es sich – falls die §§ 233, 233a StGB die Menschenhandelsrichtlinie überhaupt defizitär umsetzen sollten – um ein Problem der Umsetzung der Menschenhandelsrichtlinie selbst (und nicht auch der Vergaberichtlinie) handeln.

Gesetzesbegründung der Umsetzung des Art. 57 Abs. 4 Buchst. a) der Richtlinie 2014/24/EU, wonach die Möglichkeit zum Ausschluss eines Wirtschaftsteilnehmers gegeben sein soll, wenn der öffentliche Auftraggeber „auf geeignete Weise Verstöße gegen geltenden (*sic!*) Verpflichtungen gemäß Artikel 18 Absatz 2 nachweisen“ kann, d. h. gegen Verpflichtungen, die sich aus Rechtsvorschriften der Union und der Mitgliedstaaten, aus tarifvertraglichen Bindungen sowie aus den in Anhang X der Richtlinie 2014/24/EU aufgeführten internationalen Abkommen (z.B. den ILO-Kernarbeitsnormen) ergeben können.⁴³

Schon auf tatbestandlicher Ebene wirft die Umsetzung der Richtlinienvorgaben durch § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB allerdings Fragen auf, insbesondere bezüglich der räumlichen Reichweite der erfassten Verpflichtungen, gegen die verstoßen worden sein muss (dazu **a**)), aber auch mit Blick auf die Gelegenheit des Pflichtverstoßes (dazu **b**)) sowie die Person des Zuwiderhandelnden (dazu **c**)). Kann eine entsprechende Pflichtverletzung nachgewiesen werden (dazu **d**)), steht es im Ermessen des Auftraggebers, den betreffenden Wirtschaftsteilnehmer vom Vergabeverfahren auszuschließen (dazu **e**)).

a) Räumliche Reichweite der erfassten „Verpflichtungen“

Welche „Verpflichtungen“ der deutsche Gesetzgeber unter die Vorschrift des § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB fassen möchte, ergibt sich nicht allein aus dieser Norm selbst bzw. der dazu verfassten Gesetzesbegründung. Erhellend sind insofern die Ausführungen, die die Begründung zu § 128 Abs. 1 GWB enthält. § 128 Abs. 1 GWB sieht vor, dass Unternehmen „bei der Ausführung des öffentlichen Auftrags alle für sie geltenden rechtlichen Verpflichtungen einzuhalten“ haben. Die Gesetzesbegründung führt dazu aus, dass mit dieser Bestimmung Art. 18 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU ausgeführt werde, ein ausdrücklicher Verweis auf die dort und in Anhang X aufgeführten Übereinkommen (insbesondere die ILO-Kernarbeitsnormen) aber entbehrlich sei, da diese „unmittelbar an die Vertragsstaaten gerichteten Verpflichtungen (...) vollständig in das deutsche Recht und die Rechtsordnungen der EU-Mitgliedstaaten umgesetzt“ worden seien.⁴⁴ Folglich dürfte der Gesetzgeber auch als „Verpflichtungen“ im Sinne des § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB, der systematisch als Sanktion eines Verstoßes gegen

⁴³ Vgl. BT-Drucks. 18/6281, S. 102.

⁴⁴ BT-Drucks. 18/6281, S. 110.

die Pflichten aus § 128 Abs. 1 GWB gedacht ist, lediglich die im deutschen Recht und in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten geltenden Vorschriften verstehen, mit denen die Übereinkommen in Anhang X der Richtlinie umgesetzt worden sind. Nicht erfassen wollte er offenbar Verstöße gegen ILO-Kernarbeitsnormen, die außerhalb des Geltungsbereichs deutscher und europäischer Gesetze von den betreffenden Wirtschaftsteilnehmern begangen wurden.

Ob der Gesetzgeber mit diesem Verständnis die Vorgaben aus Art. 18 Abs. 2 und Art. 57 Abs. 4 Buchst. a) der Richtlinie 2014/24/EU hinreichend reflektiert hat, erscheint sehr zweifelhaft. Denn Art. 18 Abs. 2 der Richtlinie enthält nicht etwa nur eine Aufforderung an die Mitgliedstaaten, die ILO-Übereinkommen umzusetzen, falls noch nicht geschehen, sondern möchte die Mitgliedstaaten darüber hinaus verpflichten, dafür Sorge zu tragen, dass die Wirtschaftsteilnehmer bei der Ausführung öffentlicher Aufträge die in diesen Übereinkommen statuierten materiellen Verpflichtungen einhalten.⁴⁵ Ganz in diesem Sinne sieht auch Erwägungsgrund 37 der Richtlinie vor, dass neben den gesetzlichen Anforderungen „während der Auftragsausführung auch die Verpflichtungen aus den von allen Mitgliedstaaten ratifizierten und in Anhang X aufgeführten internationalen Übereinkommen gelten“ sollen. Richtigerweise wird man daher davon ausgehen müssen, dass Art. 18 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen auch jenseits des Geltungsbereichs deutscher und europäischer Rechtsvorschriften einfordert. Folglich darf auch die Ausschlussmöglichkeit nach Art. 57 Abs. 4 Buchst. a) der Richtlinie 2014/24/EU nicht davon abhängig gemacht werden, ob der betreffende Verstoß „innerhalb oder außerhalb der EU erfolgte“.⁴⁶

Die Vorschrift des § 124 Abs. Nr. 1 GWB muss daher richtlinienkonform dahingehend ausgelegt werden, dass sie grundsätzlich alle Verstöße gegen die in Anhang X der Richtlinie 2014/24/EU aufgeführten ILO-Kernarbeitsnormen erfasst – auch solche, die jenseits des Geltungsbereichs deutschen oder europäischen Rechts begangen wurden.

⁴⁵ Vgl. *Summa*, VergabeR 2016, 147 (150).

⁴⁶ So explizit *Ziekow*, DÖV 2015, 897 (901), unter Verweis auf *Glaser*, Zwingende soziale Mindeststandards bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, 2015, S. 25.

b) Gelegenheit des Pflichtverstoßes

Erörterungswürdig erscheint außerdem die in § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB angelegte Begrenzung auf Pflichtverstöße, die „bei der Ausführung öffentlicher Aufträge“ erfolgt sind. Eine entsprechende Beschränkung ist in Art. 57 Abs. 4 Buchst. a) der Richtlinie 2014/24/EU nicht angelegt, so dass zunächst angenommen werden könnte, dass auch solche Unternehmen vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden können, denen bei anderer Gelegenheit begangene Verstöße gegen die genannten Übereinkommen nachgewiesen werden können.

Gegen ein derart weites Verständnis der Sanktionsmöglichkeiten spricht allerdings der Wortlaut des Art. 18 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU, an den Art. 57 Abs. 4 Buchst. a) der Richtlinie 2014/24/EU anknüpft. Art. 18 Abs. 2 selbst verlangt nur eine Einhaltung der betreffenden Verpflichtungen „bei der Ausführung öffentlicher Aufträge“. Die in Art. 57 Abs. 4 Buchst. a) der Richtlinie 2014/24/EU vorgesehene Ausschlussmöglichkeit kann indes nur so weit reichen wie die materielle Verpflichtung, deren Sanktionierung sie darstellt.

c) Person des Zuwiderhandelnden

Ähnliches gilt im Grundsatz für die Bestimmung der Person des Zuwiderhandelnden. Dabei geht es um die Frage, ob das auszuschließende Unternehmen den in Rede stehenden Verstoß selbst begangen haben muss, oder ob es für einen Ausschluss genügt, wenn ein Unterauftragnehmer oder gar ein Lieferant den Verstoß begangen hat. Dabei müssen „echte“ Unterauftragnehmer im Sinne der Richtlinienbestimmungen (etwa in Art. 71 der Richtlinie 2014/24/EU oder in § 36 VgV) grundsätzlich von schlichten Lieferanten und anderen Dritten unterschieden werden.⁴⁷ Während Nachunternehmer bei funktionaler Betrachtung eine echte Teilleistung des Auftrags erbringen, sind schlichte Lieferanten und Zulieferer (z.B. von einzelnen Komponenten eines IT-Systems, die vom Auftragnehmer dann zusammengesetzt werden) lediglich als Erfüllungsgehilfen im bürgerlich-rechtlichen Sinne zu qualifizieren.⁴⁸

⁴⁷ Vgl. dazu und zum Folgenden *Burgi*, Vergaberecht, 2016, § 9 Rn. 9.

⁴⁸ Konsequenterweise ist etwa eine Erstreckung der in Art. 71 Abs. 5 UAbs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU und § 36 Abs. 3 Satz 1 VgV genannten Informationspflichten auf andere Personen als die dort spezifizierten Unterauftragnehmer nur insoweit zulässig, als diese Erstreckung in § 36 Abs. 3 Satz 2 und 3 VgV vorgesehen ist. Mit Blick auf schlichte Zulieferer im Rahmen von Lieferaufträgen, mit denen der Auftraggeber im Übrigen nicht in Berührung kommt, dürften die genannten Informations-

§ 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB verlangt eine Pflichtverletzung des auszuschließenden Unternehmens selbst, wohingegen Art. 57 Abs. 4 Buchst. a) der Richtlinie unpersönlich formuliert ist und nur „Verstöße gegen geltenden [sic!] Verpflichtungen gemäß Artikel 18 Absatz 2“ voraussetzt. Man könnte daher argumentieren, dass Art. 57 Abs. 4 Buchst. a) der Richtlinie 2014/24/EU nicht bieterbezogen, sondern auftragsbezogen konzipiert sei und es daher auch genüge, wenn ein Lieferant gegen die betreffenden Übereinkommen verstoßen habe; dafür könnte in systematischer Hinsicht insbesondere sprechen, dass die übrigen Ausschlussgründe in Art. 57 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU explizit auf ein Verhalten des „Wirtschaftsteilnehmers“ abstellen.⁴⁹

Auch hier ist allerdings zu beachten, dass Art. 57 Abs. 4 Buchst. a) der Richtlinie 2014/24/EU – anders als die anderen in Abs. 4 enthaltenen Ausschlussstatbestände – an einen Verstoß gegen Verpflichtungen aus Art. 18 Abs. 2 der Richtlinie anknüpft. Dort aber ist wiederum nur dem „Wirtschaftsteilnehmer“ selbst die Pflicht zur Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen aufgegeben. Verstöße von einfachen Lieferanten dürften daher richtigerweise nicht genügen, um einen Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB zu begründen. Etwas anderes könnte man lediglich für echte Unterauftragnehmer annehmen, für die gemäß § 36 Abs. 4 VgV die Verpflichtungen aus § 128 Abs. 1 GWB ebenfalls gelten, d. h. für sie sind nach vorzugswürdiger Auffassung auch die ILO-Kernarbeitsnormen verbindlich. Daraus ergibt sich zum einen, dass der öffentliche Auftraggeber nach Maßgabe des § 36 Abs. 5 Sätze 1 und 3 VgV die Ersetzung eines Unterauftragnehmers verlangen kann, der gegen ebendiese Verpflichtungen verstoßen hat. Zum anderen wird man auch argumentieren können, dass der Hauptauftragnehmer selbst für seitens eines Unterauftragnehmers begangene Verstöße in Haftung genommen und vom Verfahren ausgeschlossen werden kann, zumal mit Blick auf die Vorgaben aus Art. 71 Abs. 1 und 6 Buchst. a) der Richtlinie 2014/24/EU.⁵⁰

pfllichten daher nicht greifen. Dafür besteht wegen der enormen Ausweitung des (potenziellen) Pflichtenkreises des Hauptauftragnehmers nach § 31 Abs. 3 VgV auch in der Sache kein Bedürfnis, da dieser für Pflichtverstöße auf sämtlichen Stufen der Lieferkette haftbar gemacht werden kann.

⁴⁹ Ziekow, DÖV 2015, 897 (901).

⁵⁰ So jedenfalls, mit Blick auf die Richtlinienbestimmungen, ausdrücklich Latzel, NZBau 2014, 673 (677 f.).

d) Nachweisführung

Im Hinblick auf die für einen Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB erforderlichen, vom Auftraggeber zu erbringenden Nachweise enthalten weder die Richtlinienbestimmungen noch das deutsche Vergaberecht besondere Vorgaben. Es gelten daher, im Einklang mit dem Grundsatz der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten, die allgemeinen Grundsätze der Beweisführung.

Im Hinblick auf die zur Verfügung stehenden Beweismittel sind die öffentlichen Auftraggeber grundsätzlich keinen besonderen Beschränkungen unterworfen. Hier lässt sich auf § 26 Abs. 1 Satz 1 VwVfG zurückgreifen, wonach sich die Behörde derjenigen Beweismittel bedient, die sie nach pflichtgemäßem Ermessen zur Ermittlung des Sachverhalts für erforderlich hält. Nach Satz 2 kann sie dazu Auskünfte jeder Art einholen, Beteiligte, Zeugen und Sachverständige anhören, Urkunden und Akten beziehen und den Augenschein einnehmen. Aus Gründen der Transparenz (§ 97 Abs. 1 Satz 1 GWB) und der gerichtlichen Überprüfbarkeit (§ 97 Abs. 6 GWB) wird man allerdings die Berücksichtigung von Umständen ausschließen müssen, „die nicht auf einer gesicherten eigenen Erkenntnis des Ausschreibenden beruhen“.⁵¹

e) Rechtsfolge: Ermessen („können“)

Liegt ein Verstoß im Sinne des § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB vor, wird der ausschreibenden Stelle auf Rechtsfolgenseite ein Ermessen bezüglich der Ausschlussentscheidung eingeräumt („können“), das „unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit“ auszuüben ist. Ein Ausschlusszwang besteht daher grundsätzlich nicht. Bei besonders schwerwiegenden Verfehlungen (z.B. wiederholte, kumulative oder großflächige Verstöße oder schwerste Verletzungen, die unmittelbar die Menschenwürde betreffen) wird man allerdings im Einzelfall ausnahmsweise eine „Ermessensreduzierung auf Null“ annehmen können, d.h. die Vergabestelle kann in Anbetracht der Schwere und des Umfangs der Verstöße in rechtmäßiger Weise nur eine einzige Entscheidung treffen, nämlich den betreffenden Bieter ausschließen.

⁵¹ So BGH NZBau 2000, 35 (37).

IV. Zuschlagserteilung (§ 127 GWB und §§ 58 ff. VgV)

1. Verbindung des sozialen Aspekts zum Auftragsgegenstand (§ 127 Abs. 3 GWB)

Für die Berücksichtigung der Einhaltung sozialer Standards (wie etwa der ILO-Kernarbeitsnormen) als Zuschlagskriterien bestehen nach dem neuen Recht ganz erhebliche Spielräume seitens der Auftraggeber. Wie schon im Hinblick auf die oben ausführlich behandelte Leistungsbeschreibung⁵² wurde im Zuge der Vergaberechtsreform (jedenfalls) die nötige Verbindung etwaiger sozialer Zuschlagskriterien zum Auftragsgegenstand deutlich gelockert. Während vor der Vergaberechtsreform noch umstritten war, wie weit der Bezug zum Auftragsgegenstand reichen muss, herrscht diesbezüglich nun Klarheit.⁵³ In Umsetzung des Art. 67 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24/EU sieht § 127 Abs. 3 GWB bereits auf gesetzlicher Ebene vor, dass diese Verbindung auch dann anzunehmen sei, „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“. Laut Gesetzesbegründung sei es daher möglich, „ein zu beschaffendes Produkt, das aus fairem Handel (z.B. durch die Beachtung internationaler Standards, wie etwa die ILO-Kernarbeitsnormen entlang der Produktions- und Lieferkette) stammt, im Rahmen der Zuschlagswertung mit einer höheren Punktezahl versehen werden als ein konventionell gehandeltes Produkt“.⁵⁴ Ebenso dürfte es möglich sein, Unterschieden im Hinblick auf die Verlässlichkeit entsprechender Nachweise (z.B. die unterschiedliche Qualität von Gütezeichen) durch gewichtbare Zuschlagskriterien Rechnung zu tragen.⁵⁵ Anders als im Hinblick auf die Leistungsbeschreibung besteht kein Streit darüber, ob soziale Produktionsbedingungen (wie etwa die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen) zum Gegenstand von Zuschlagskriterien gemacht werden dürfen.

⁵² Siehe dazu eingehend oben Punkt II. 1.

⁵³ So auch *Burgi*, NZBau 2015, 597 (601 f.).

⁵⁴ BT-Drucks. 18/6281, S. 109. Ob dies der allgemeinen Definition von Fairem Handel entspricht, darf freilich bezweifelt werden. Vgl. dazu etwa <http://www.forum-fairer-handel.de/fairer-handel/definition/>.

⁵⁵ So auch *Ziekow*, DÖV 2015, 897 (903).

2. Verhältnis zu sozialen Aspekten in der Leistungsbeschreibung

Das Verhältnis von sozialen Zuschlagskriterien zu sozialbezogenen Elementen in der Leistungsbeschreibung dürfte im Allgemeinen unproblematisch sein. Es versteht sich von selbst, dass etwa die Einhaltung einer bestimmten ILO-Kernarbeitsnorm nicht zugleich in zulässiger Weise als (abwägbares) Zuschlagskriterium formuliert werden kann, wenn dies bereits in der (definitiv gefassten) Leistungsbeschreibung gefordert wird. Gleichwohl können sich soziale Elemente in der Leistungsbeschreibung und soziale Zuschlagskriterien ergänzen. So könnten z.B. im Rahmen einer funktionalen Leistungsbeschreibung innovative Konzepte zur effektiven Nachweisführung und Kontrolle der Einhaltung entsprechender sozialer Standards entlang der gesamten Produktions- und Lieferkette abgefragt werden. Die unterschiedliche Qualität der angebotenen Konzepte könnte dann über entsprechend klar und transparent gefasste Zuschlagskriterien abgebildet werden.

V. Auftragsausführung (§ 128 GWB und §§ 61 ff. VgV)

1. Verbindung des sozialen Aspekts zum Auftragsgegenstand (§ 127 Abs. 3 i.V.m. § 128 Abs. 2 GWB)

In Bezug auf die Formulierung sozialer Ausführungsbedingungen sieht das neue Recht – wie auch bisher schon – großzügige Möglichkeiten vor. In der Sache dürften sich hier keine Abstriche gegenüber der alten Rechtslage ergeben, unter der die Ausführungsbedingungen spätestens nach der erwähnten Entscheidung des EuGH in Sachen *Max Havelaar*⁵⁶ als „der beste Ansatzpunkt für die Einbeziehung nachhaltiger Aspekte“ galten.⁵⁷ Mit Blick auf die erforderliche Verbindung sozialer Ausführungsbedingungen zum Auftragsgegenstand verweist § 128 Abs. 2 GWB nach dem Vorbild des Art. 70 der Richtlinie 2014/24/EU auf die Vorschrift des § 127 Abs. 3 GWB über die Zuschlagskriterien. Es gilt insofern der gleiche Maßstab, der soeben für die Zuschlagskriterien skizziert wurde.

⁵⁶ EuGH, Urteil *Max Havelaar*, C-368/10, EU:C:2012:284, Rn. 76: „Nach (Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG) können die Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags (...) insbesondere soziale Aspekte betreffen. Vorzuschreiben, dass der zu liefernde Tee und Kaffee von Kleinerzeugern aus Entwicklungsländern stammt, zu denen für sie günstige Handelsbeziehungen bestehen, ist ein solcher sozialer Aspekt.“

⁵⁷ So *Müller-Wrede*, VergabeR 2012, 416 (424) im Vorfeld der *Max Havelaar*-Entscheidung; in der Sache ebenso bereits *Burgi*, NZBau 2011, 577 (582 f.); nach der Entscheidung dann *Siegel*, VergabeR 2013, 370 (375 f.).

2. Verhältnis zu sozialen Aspekten in der Leistungsbeschreibung und in den Zuschlagskriterien

Die Bestimmung des Verhältnisses zu möglichen sozialen Merkmalen in der Leistungsbeschreibung fällt zunächst etwas schwerer. Teilweise scheint die Notwendigkeit gesehen zu werden, bestimmte soziale Aspekte aus dem Kreise möglicher Ausführungsbedingungen auszunehmen, wenn sie sich bereits im Rahmen der Leistungsbeschreibung darstellen lassen.

a) Zulässigkeit herstellungsbezogener Auftragsausführungsbedingungen auch bei Lieferleistungen einschließlich Lagerware

Dies wird etwa von Seiten des BMWi mit Blick auf die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen im Rahmen von Lieferleistungen so vertreten.⁵⁸ Als Argument wird angeführt, „bei Lieferleistungen erschöpf[e] sich die *Auftragsausführung* in der Bereitstellung und Lieferung der Ware, sie bezieh[e] sich **nicht** auf die Herstellung der Ware!“⁵⁹ Diese Argumentation erinnert (ein wenig) an die Gedanken, die *Jan Ziekow* in seiner Untersuchung aus dem Jahr 2007 mit Blick auf die Lieferung von Waren aus Lagerbeständen vorgetragen hatte, für die die Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen im Rahmen von Ausführungsbedingungen nicht in Betracht komme.⁶⁰ *Ziekow* führte damals (vor der Entscheidung *Max Havelaar*) zwei Argumente an: Zum einen könnten sich Auftragsausführungsbedingungen nicht auf zeit-

⁵⁸ Vgl. *Andreas Rüger*, Berücksichtigung von strategischen Kriterien (Nachhaltigkeitsaspekten) im Rahmen der Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinien (oben Fn. 38), Folie 16.

⁵⁹ So *Andreas Rüger*, Berücksichtigung von strategischen Kriterien (Nachhaltigkeitsaspekten) im Rahmen der Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinien (oben Fn. 38), Folie 16 (mit Hervorhebungen im Original). Vgl. ähnlich das Beispiel bei *Burgi*, Vergaberecht, 2016, § 19 Rn. 13: „Ein weiteres Mal können (*bei den Ausführungsbedingungen*) schließlich die ILO-Kernarbeitsnormen eine Rolle spielen. Dabei geht es dann nicht um die Einhaltung der einem Unternehmen sowieso auferlegten diesbezüglichen Verpflichtungen (vgl. dazu § 128 Abs. 1; [...]) und auch nicht darum, dass der eigentliche Liefergegenstand (beispielsweise Fußbälle für die Schulverwaltung) in einer damit unvereinbaren Weise hergestellt worden ist (dies gehört auf die Verfahrensstufe der „Leistungsbeschreibung“; [...]). Vielmehr kann über das Instrument der Ausführungsbedingungen das Verhalten des späteren Auftragnehmers auch über die bereits bestehenden rechtlichen Standards hinaus erweitert werden, so wenn beispielsweise der Einsatz entsprechender Fußbälle im Rahmen eines Schulbetreuungsprojekts vorgeschrieben werden soll“.

⁶⁰ Vgl. dazu und zum Folgenden *Ziekow*, Die Berücksichtigung sozialer Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, 2007, S. 52 f.; noch ausführlicher *ders.*, Faires Beschaffungswesen in Kommunen und die Kernarbeitsnormen, Rechtsgutachten 2013, S. 49 ff. (verfügbar auf der Seite https://skew.engagement-global.de/fairer-handel-und-faire-beschaffung.html?file=files/2_Mediathek/Mediathek_Microsites/SKEW/Publikationen/3_Dialog_Global/skew_dialog_global_nr23_jun16.pdf).

lich zurückliegende Phasen beziehen, d.h. bei Lieferaufträgen könnten sie immer nur für Waren gestellt werden, die der Bieter selbst erst noch beschaffen muss. Zum anderen liege ein Verstoß gegen die in einer Kommissionsmitteilung formulierte Maßgabe vor, wonach die Ausführungsbedingungen „keine offene oder versteckte technische Spezifikation enthalten“ dürfen.⁶¹

Beide Argumente vermögen allerdings zumindest unter dem neuen Vergaberecht nicht zu überzeugen. Dies gilt zunächst für die aus angeblich begrifflichen Gründen vorgenommene Differenzierung nach Lagerwaren und sonstigen Lieferwaren bzw. die generelle Herausnahme von Lieferleistungen aus dem Kreise der Auftragsgegenstände, für deren Ausführung die Einhaltung sozialer Standards formuliert werden kann.

Dass sich die Ausführung eines Lieferauftrags, erstens, generell nicht auf die Herstellung einer Ware beziehen könnte, ist nicht nur kein zwingendes Verständnis, sondern in Anbetracht des zivilrechtlichen Pflichtenkreises des Auftragnehmers sogar eher fernliegend. Bereits ein rascher Blick in § 433 Abs. 1 BGB zeigt, dass der Verkäufer (Lieferant) auch im Rahmen von gewöhnlichen Liefer(kauf)verträgen nicht nur die Verschaffung von Eigentum und Besitz am Vertragsgegenstand schuldet (§ 433 Abs. 1 Satz 1 BGB), sondern auch dessen Sach- und Rechtsmängelfreiheit (§ 433 Abs. 1 Satz 2 BGB), wobei nach ganz herrschender Meinung auch rechtliche oder tatsächliche „Umweltbeziehungen“ in die zu vereinbarende Beschaffenheit des Vertragsgegenstandes einbezogen werden können.⁶² Dazu wird man insbesondere auch die Art der Herstellung und des Handels mit dem Vertragsgegenstand rechnen können.

Es erscheint, zweitens, ebenso wenig zwingend, dass zumindest Lagerwaren von vornherein nicht Gegenstand von Ausführungsbedingungen sein können, sonstige Waren dagegen schon. Auch die Entscheidung des Wirtschaftsteilnehmers darüber, ob er sozial verantwortlich produzierte und gehandelte Waren aus Lagerbeständen

⁶¹ Ziekow, Die Berücksichtigung sozialer Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, 2007, S. 52 f., mit Verweis auf die Interpretierende Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, KOM(2001) 566 endg., ABl. C 333 vom 28.11.2001, S. 27 (33); ebenso ders., Faires Beschaffungswesen in Kommunen und die Kernarbeitsnormen, Rechtsgutachten 2013, S. 49 ff. (verfügbar auf der Seite https://skew.engagement-global.de/fairer-handel-und-faire-beschaffung.html?file=files/2_Mediathek/Mediathek_Microsites/SKEW/Publikationen/3_Dialog_Global/skew_dialog_global_nr23_jun16.pdf).

⁶² Vgl. nur Palandt/*Weidenkaff*, BGB, 75. Aufl. 2016, § 434 Rn. 11.

verwenden oder solche Waren neu beschaffen möchte, wird man als Frage der Ausführung des Auftrags verstehen müssen. Dies betrifft im Übrigen einen Umstand, der der ausschreibenden Stelle im Zeitpunkt der Ausschreibung noch gar nicht bekannt ist, so dass von Beginn an zwischen Lagerwaren und sonstigen Waren differenziert werden müsste. Eine solche Vorgehensweise erscheint kaum praktikabel.

Bestätigung findet die hier vertretene Auffassung auch in den Erwägungsgründen zur Richtlinie 2014/24/EU. Dort wird, etwa in Erwägungsgrund 97, explizit ausgeführt, dass zur Einbeziehung sozialer Überlegungen auch die Verwendung von „Zuschlagskriterien oder Bedingungen für die Auftragsausführung (*gehört*), die sich auf die Lieferung oder die Verwendung von fair gehandelten Waren während der Ausführung des zu vergebenden Auftrags beziehen“; dabei könnten sich „Kriterien und Bedingungen bezüglich des Handels und der damit verbundenen Bedingungen (...) beispielsweise darauf beziehen, dass die betreffende Ware aus dem fairen Handel stammt, was auch das Erfordernis einschließen kann, Erzeugern einen Mindestpreis und einen Preiszuschlag zu zahlen“.⁶³ Anhaltspunkte für eine Feindifferenzierung zwischen Lieferleistungen und anderen Verträgen, zwischen Lagerwaren und sonstigen Waren ergeben sich aus diesen Erwägungen nicht. Vielmehr deuten sie darauf hin, dass die Vorgabe sozialer Standards nach dem Muster der ILO-Kernarbeitsnormen auch im Hinblick auf die Auftragsausführung sehr großzügig möglich sein soll und sich diese Möglichkeiten mit dem Spektrum zulässiger sozialer Anforderungen in der Leistungsbeschreibung und in den Zuschlagskriterien decken.

b) Exklusive Zuordnung nur noch im Rahmen des *konkreten* Vergabeverfahrens, nicht mehr *abstrakt-generell*

Vor diesem Hintergrund wird Folgendes deutlich: In Anbetracht der erheblichen Lockerung der nötigen Verbindung sozialer und anderer strategischer Aspekte mit dem Auftragsgegenstand auf den Ebenen der Leistungsbeschreibung, der Zuschlagskriterien und der Ausführungsbedingungen ist eine exklusive *grundsätzliche* Zuordnung bestimmter sozialer Aspekte (z.B. der ILO-Kernarbeitsnormen) zu einer dieser Ebe-

⁶³ Vgl. jetzt wie hier auch Ziekow, *Faires Beschaffungswesen in Kommunen und die Kernarbeitsnormen*, 2016, S. 47 (verfügbar unter https://skew.engagement-global.de/fairer-handel-und-faire-beschaffung.html?file=files/2_Mediathek/Mediathek_Microsites/SKEW/Publikationen/4_Material/skew_material_nr24_faires_beschaffungswesen_gutachten.pdf).

nen nicht (mehr) möglich. Andernfalls müsste man den erforderlichen Bezug zum Auftragsgegenstand wieder je nach Verfahrensstufe unterschiedlich weit fassen – was nach dem neuen Recht aber zumindest auf der Grundlage der hier vertretenen Auffassung gerade nicht mehr der Fall sein soll.

Eine exklusive Zuordnung zu den verschiedenen Verfahrensstufen ist lediglich im Rahmen eines *konkreten* Vergabeverfahrens vorzunehmen.⁶⁴ Der öffentliche Auftraggeber muss sich hier – schon wegen der unterschiedlichen Rechtsfolgen – eindeutig entscheiden, ob er die Einhaltung einer bestimmten sozialen Anforderung entweder als Element der Leistungsbeschreibung, als Zuschlagskriterium oder als Ausführungsbedingung ausgestalten möchte. Der öffentliche Auftraggeber kann den Unternehmen etwa Spielräume eröffnen, wenn er die betreffende Vorgabe als „weiches“ Zuschlagskriterium ausgestaltet, oder „soziale Innovationen“ abrufen, wenn er sie in eine funktionale Leistungsbeschreibung integriert. Eine Ausgestaltung als Ausführungsbedingung dürfte sich vor allem anbieten, um die Nichteinhaltung der sozialen Vorgabe privatvertraglich zu sanktionieren (z.B. über Vertragsstrafen)⁶⁵. Vergabestellen sollten sich dabei darüber im Klaren sein, dass die Einforderung der ILO-Kernarbeitsnormen in Gestalt von Auftragsausführungsbedingungen und Zuschlagskriterien rechtlich unproblematisch ist. Zwar ist dies nach hier vertretener Auffassung auch im Rahmen der Leistungsbeschreibung zulässig; diese Frage ist indes, wie oben dargestellt, rechtlich umstritten.

⁶⁴ Vgl. dazu auch *Ziekow*, DÖV 2015, 897 (902 f.).

⁶⁵ Vgl. dazu etwa *Burgi*, NZBau 2011, 577 (583).

B. Verbleibende Spielräume für die Landesvergabegesetzgeber und die öffentlichen Auftraggeber

Die Inpflichtnahme öffentlicher Auftraggeber zur Berücksichtigung umweltbezogener und sozialer Gesichtspunkte war bislang ein beliebtes Betätigungsfeld für die Landesgesetzgeber, die das Kartellvergaberecht in diesem Punkt mit eigenen landesvergabegesetzlichen Regelungen ergänzt haben.⁶⁶ Dabei geht es vor allem um die Festlegung von **Verpflichtungen der öffentlichen Auftraggeber** zur Berücksichtigung solcher Elemente. Die nach der Vergaberechtsreform verbleibenden Spielräume dürften sich nunmehr je nach Phase des Vergabeverfahrens unterscheiden, da der Bundesgesetzgeber von seiner konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG offenbar in unterschiedlichem Maß Gebrauch gemacht hat:

I. Leistungsbeschreibung und Ausführungsbedingungen

Mit Blick auf die **Leistungsbeschreibung** und die **Ausführungsbedingungen** verbleiben den Landesgesetzgebern weitreichende Spielräume, um den öffentlichen Auftraggebern entsprechende Verpflichtungen aufzuerlegen. Für die Leistungsbeschreibung dürfte dies schon aus dem Umstand folgen, dass diese überhaupt erst den Auftragsgegenstand festlegt und damit eine Entscheidung der öffentlichen Auftraggeber aus dem Vorfeld des Vergabeverfahrens betrifft, für die der Bundesgesetzgeber schon aus kompetenzrechtlichen Gründen keine inhaltlichen Maßgaben formulieren dürfte⁶⁷ – es sei denn, der Bund möchte eine entsprechende Regelung auf einem Gebiet treffen, für das ihm in der Sache eine Gesetzgebungskompetenz zusteht (z.B. auf dem Gebiet der Verteidigung nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 GG). Im Allgemeinen darf bundesrechtlich aber lediglich geregelt werden, in welchen Formen der Leistungsinhalt beschrieben werden kann. Da der Bundesgesetzgeber diese Formen zugunsten umweltbezogener, sozialer und innovativer Elemente deutlich

⁶⁶ Vgl. zum Überblick etwa *Wagner/Pfohl*, VergabeR 2015, 389 ff. Da die bundesrechtlichen Vorschriften nur für Aufträge gelten, die sich oberhalb der von den EU-Vergaberichtlinien gesetzten Schwellenwerte bewegen, versteht es sich von selbst, dass die Landesvergabegesetzgeber unterhalb der Schwellenwerte in der verbindlichen Vorgabe der Berücksichtigung sozialer Aspekte grundsätzlich frei sind.

⁶⁷ Vgl. *Burgi*, NZBau 2015, 597 (600).

erweitert hat, dürfen die Landesgesetzgeber hier noch weitergehende Regelungen treffen, als sie dies bislang schon getan haben.⁶⁸ Auch im Hinblick auf die Ausführungsbedingungen bleiben die existierenden Spielräume der Landesgesetzgeber bestehen, wie sich aus § 129 GWB („Landesgesetzes“) ausdrücklich ergibt.⁶⁹

II. Zuschlagskriterien

Im Umkehrschluss wird man aus dem Schweigen des Bundesgesetzgebers bezüglich der zwingenden Berücksichtigung der in § 127 GWB geregelten **Zuschlagskriterien** ableiten müssen, dass die Landesgesetzgeber insoweit keine Spielräume (mehr) haben sollen.⁷⁰ Dies gilt umso mehr, als vor allem der Bundesrat im Gesetzgebungsverfahren noch explizit um Klarstellung diesbezüglich gebeten hatte.⁷¹ Wegen der Sperrwirkung der abschließenden bundesgesetzlichen Regelung dürfen die Landesgesetzgeber daher keine (auch nur wiederholende) Vorgaben bezüglich der obligatorischen Verwendung umwelt- und sozialbezogener sowie innovativer Zuschlagskriterien treffen. Die Entscheidung über die Verwendung liegt damit oberhalb der Schwellenwerte kraft Bundesrechts allein in den Händen der öffentlichen Auftraggeber.

⁶⁸ Vgl. etwa die Regelungen in § 6 (Umweltschutz und Energieeffizienz) und § 13 (soziale Aspekte) der VO zum Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen.

⁶⁹ Die Vorschrift lautet im Wortlaut: „Ausführungsbedingungen, die der öffentliche Auftraggeber dem beauftragten Unternehmen verbindlich vorzugeben hat, dürfen nur aufgrund eines Bundes- oder Landesgesetzes festgelegt werden.“

⁷⁰ So auch *Burgi*, NZBau 2015, 597 (602).

⁷¹ Vgl. BR-Drucks. BR-Drucks. 367/15, S. 6: „Vor dem Hintergrund des Artikel 18 Absatz 2 in Verbindung mit dem Erwägungsgrund 3 der Richtlinie 2014/24/EU ist es sachgerecht, den Ländern durch einen Ländergesetzesvorbehalt die Möglichkeit einzuräumen, die Einhaltung der Rechte von Menschen mit Behinderungen als Zuschlagskriterium und nicht nur als Ausführungsbedingung vorzugeben. Dies würde vermutlich die Akzeptanz dieser Vorgaben auf Seiten der Auftragnehmer erhöhen, da ein Nichterfüllen eines einzelnen Zuschlagskriteriums nicht zwingend zu einer Nichtberücksichtigung des Angebots bei der Zuschlagsentscheidung führt.“

C. Zusammenfassender Überblick

Nimmt man abschließend das gesamte Spektrum an Instrumenten zur Effektuierung sozialer Anforderungen im Vergabeverfahren in den Blick, die unter dem neuen Vergaberecht auf Bundesebene zu Verfügung stehen, ergibt sich folgendes Bild:

In der **Leistungsbeschreibung** ist eine Berücksichtigung sozialer Aspekte in deutlich größerem Umfang möglich. Insbesondere die erforderliche Verbindung zum Auftragsgegenstand ist hier (nach vorzugswürdiger, wenn auch umstrittener Auffassung) erheblich gelockert worden. Als begrenzende Elemente wirken hier lediglich das Verbot allgemein unternehmenspolitischer Vorgaben sowie der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Die Landesgesetzgeber sind durch die bundesgesetzlichen Regelungen im Allgemeinen nicht daran gehindert, an die Auftraggeber gerichtete verbindliche Vorgaben zur Einforderung entsprechender sozialer Standards auch oberhalb der Schwellenwerte zu formulieren.

Soziale Anforderungen lassen sich ferner im Rahmen der **Zuschlagskriterien** einführen, wobei das neue Vergaberecht den nötigen Bezug zum Auftragsgegenstand ebenfalls sehr großzügig versteht. Es gelten insoweit (zumindest) dieselben Vorgaben wie mit Blick auf die Einführung sozialer Elemente in der Leistungsbeschreibung. Anders als im Hinblick auf die Leistungsbeschreibung besteht kein Streit darüber, ob soziale Produktionsbedingungen (wie etwa die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen) zum Gegenstand von Zuschlagskriterien gemacht werden dürfen. Die Landesgesetzgeber haben allerdings, wie sich im Umkehrschluss aus § 129 GWB ergibt, keinen Spielraum mehr, um den Auftraggebern die Verwendung sozialer Zuschlagskriterien verbindlich vorzuschreiben.

Auch im Rahmen der **Auftragsausführung** kann die Beachtung sozialer Standards relevant werden. Speziell für die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen durch den Auftragnehmer und seine Unterauftragnehmer ergibt sich dies bereits aus § 128 Abs. 1 GWB sowie aus § 36 Abs. 4 VgV, und zwar – bei verständiger Auslegung – auch im Hinblick auf Handlungen jenseits des Geltungsbereichs deutschen und europäischen Rechts. Darüber hinaus kann die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen und anderer entsprechender sozialer Standards auch zum Gegenstand zusätzlicher Ausführungsbedingungen nach § 128 Abs. 2 GWB gemacht werden. Eine Differenzierung nach Lieferleistungen und anderen Auftragsstypen erscheint jedenfalls nach

hier vertretener Auffassung verfehlt. Aus § 129 GWB ersichtlich können Landesgesetzgeber die bundesrechtlichen Regelungen dahingehend ergänzen, dass sie den Auftraggebern die Einforderung entsprechender Standards verbindlich vorgeben.

Die **Eignungs- und Ausschlussprüfung** ist weiterhin nur in eingeschränktem Umfang geeignet, um die Einhaltung sozialer Standards zu gewährleisten. § 123 Abs. 1 Nr. 10 GWB und – vor allem – § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB bzw. § 36 Abs. 5 VgV erleichtern allerdings auch insoweit den Ausschluss von Wirtschaftsteilnehmern bzw. ihren Unterauftragnehmern, denen in der Vergangenheit Verstöße gegen ihre Verpflichtungen aus § 128 Abs. 1 GWB nachgewiesen werden können, also insbesondere auch Verstöße gegen ILO-Kernarbeitsnormen.