



The European Law Students' Association

MÜNCHEN

Die Bedeutung sozialer Kriterien im Vergaberecht

Ein Essay von Laurenz Döring für ELSA München und Rescriptum

Inwiefern kann und sollte der Gesetzgeber die eigene Beschaffungswirtschaft zur Förderung eines geschlechtergerechten und menschenwürdigen Produktionsumfeldes nutzen? Wie sind soziale Interessen in einen gesetzlichen Rahmen zu implementieren und wo stößt der Gesetzgeber dabei auf rechtliche und tatsächliche Grenzen?

I. Grundsätzliches

Längst bestehen neben wirtschaftspolitischen auch ökologische und soziale Zielsetzungen im europäisierten Vergaberecht.¹ So findet insbesondere der Begriff der „strategischen Nutzung“ wachsende Aufmerksamkeit. Bezugspunkte können anwendungsbezogene Fragen wie die Barrierefreiheit² oder herstellungsspezifische Problemfelder beispielsweise eine diskriminierende Produktionsumgebung darstellen. Dass Bund und Länder die eigene Marktmacht zur Förderung sozialer Zwecke³ nutzen sollten, leuchtet unschwer ein. Die volkswirtschaftliche Relevanz der ober- und unterschwelligen Vergabeverfahren ist in diesem Zusammenhang wohl kaum zu überschätzen. So verkörperten öffentliche Aufträge im Jahr 2017 einen Anteil von 13,3 % des gesamten BIP der EU.⁴

II. Aktuelle Rechtslage

Im vergaberechtlichen Normdschungel ist die Zahl der Rechtsverordnungen und Gesetze Legion, eine Übersicht fällt häufig schwer. Vereinfachend wird entsprechend den vergaberechtlichen Betrachtungsstadien in Leistungsbeschreibung, Bieterauswahl, Zuschlagskriterien und Ausführungsbedingungen unterteilt. Interpretationsbedürftige Differenzierungskriterien stehen dabei grundsätzlich im Konflikt zu den vergaberechtlichen Grundsätzen von Transparenz und Wettbewerbsoffenheit. Insbesondere im grenzüberschreitenden Vergaberecht erfordert eine richtlinienkonforme Auslegung transparente Auswahlkriterien, Art. 18 Abs. 1 RL 2014/24/EU.⁵ Eine rechtssichere, einfachgesetzliche Regelung der Reglementierung erscheint demzufolge alternativlos.

Klinger, S. 69; *Burgi*, Vergaberecht, § 1, Rn. 31. ¹



The European Law Students' Association

MÜNCHEN

Burgi, Vergaberecht, § 5 Rn. 2. ²

Deutscher Städtetag, Die Berücksichtigung sozialer Belange im Vergaberecht, S. 7.

³ BT-Drs. 19/11751, S. 4. ⁴

Latzel in NZBau 2014, 673 (679). ⁵

1. Leistungsbeschreibung

In der durch den öffentlichen Auftraggeber ausgegebene Leistungsbeschreibung können nur solche Kriterien Berücksichtigung finden, die in technisch-qualitativem Bezug zur Leistung stehen. Die ⁶ Zertifizierung der sozialverträglichen Herkunft durch ein Fair-Trade-Label ist in diesem Sinne keine zulässige technische Leistungseigenschaft. Nutzerbezogene Kriterien sollten hingegen bereits in ⁷ der Leistungsbeschreibung Berücksichtigung finden.⁸ Hier ist beispielsweise an eine bauliche Zugänglichkeit für Rollstuhlfahrer, geschlechtergerechte Uniformen bei Polizei und Bundeswehr oder einen einfach verständlicher Internetauftritt von Verwaltungsträgern zu denken.

2. Bieterauswahl

Im Hinblick auf die potentiellen Auftragnehmer (Bieter) können soziale Aspekte als unmittelbarer Ausschlussgrund oder bedingt im Rahmen einer Eignungsprüfung nebst Fachkunde und Leistungsfähigkeit berücksichtigt werden, §§ 122 ff. GWB. Hierbei kann eine Eignungsdifferenzierung nicht ohne ein vorherig festgelegtes Eignungskriterium vorgenommen werden, § 122 Abs. 2 GWB. Die ⁹ einschlägigen Eignungskriterien müssen überdies stets im Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen, § 122 Abs. 4 S. 1 GWB (§§ 44 ff. VgV). Vergabespezifische Festsetzungen von Mindestlöhnen konfliktieren hierbei grundsätzlich mit der Dienstleistungsfreiheit. So droht durch ein eigenes Vergabearbeitsrecht ein unverhältnismäßiger Ausschluss von Bietern aus Drittländern mit niedrigerem Lohnniveau.¹⁰ Soziale Auswahlkriterien dürfen mit Blick auf einen funktionalen europäischen Binnenmarkt gerade nicht zu einem protektionistischen Ausschlussmittel durch die Hintertür heranwachsen. Folgerichtig erfolgt ein Bieterausschluss nur in Ausnahmefällen unter sozialen Gesichtspunkten.¹¹

3. Zuschlagskriterien

Auch bei den Zuschlagskriterien ist ein Angebotsbezug Grundvoraussetzung, § 127 Abs. 3 S. 1

GWB. In Hinblick auf den Zuschlag gilt zur Verhinderung einer faktischen Marktabschottung das¹²

Latzel in NZBau 2014, 673 (675).⁶

EuGH C-368/10 = NZBau 2012, 445, Rn. 61 ff.⁷

Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 193.⁸

Ziekow, S. 190.⁹

EuGH NZBau 2014, 674 Rn. 34; *Latzel* in NZBau 2014 673 (675).¹⁰

Ziekow, S. 193.¹¹

Ziekow, S. 191.¹²

Gebot der Rücksichtnahme auf die Dienstleistungsfreiheit. Doch können sachlich gerechtfertigte¹³ Zuschlagskriterien auch den „Lebenszyklus“ der Leistung betreffen, § 127 Abs. 3 S. 2 GWB. Dies umfasst eine soziale Herkunft der Leistung.¹⁴ Anders als auf der Ausführungsstufe ist hier eine landesrechtliche Bindung der Auftraggeber mit Blick auf die abschließende Regelungsbefugnis des Bundesgesetzgebers ausgeschlossen. Mögliche Zuschlagskriterien finden sich unter anderem in¹⁵ den Erwägungen 99 zur VRL und sind einzelfallabhängig heranzuziehen. Als Zuschlagskriterium¹⁶ kann so beispielsweise die Integration von Langzeitarbeitslosen in den Leistungserbringungsprozess dienen.¹⁷ Durch die fakultative Einbeziehung nach § 127 GWB unterliegt eine Gewichtung von sozialen und ökologischen Kriterien jedoch der Einschätzungsprärogative des öffentlichen Auftraggebers. Eine rein preisorientierte Entscheidung der vergebenden Stelle bleibt somit offen. Dies ist^{18 19} mit Art. 67 Abs. 2 S. 1 RL 2014/24/EU sinnvollerweise vereinbar, so muss bei homogenen oder in Folge einer abschließenden Leistungsbeschreibung bereits ausreichend sozial- und umweltverträglichen Leistung der Preis das entscheidende Differenzierungskriterium bleiben.²⁰ Dies erfordert bereits eine Konkordanz mit dem Sparsamkeitsgebot, § 6 Abs. 1 HGrG.²¹

4. Ausführungsbedingungen

Die Mitgliedsstaaten sind nach dem nicht unkritisch betrachteten Art. 18 Abs. 2 VRL einer Überwachung der Einhaltung von Abkommen zu sozialen Mindeststandards bei der öffentlichen Auftragsvergabe verpflichtet. Mit § 128 Abs. 1 GWB transformierte der deutsche Gesetzgeber die Richtli²² -nie und integrierte die damit verbundenen Rahmenabkommen, etwa die ILO-Kernarbeitsnormen, ins deutsche Vergaberecht. Die tatsächliche Marktsituation krankt jedoch an einer mangelhaften²³



The European Law Students' Association

MÜNCHEN

Latzel in NZBau 2014, 673 (673).¹³

EuGH Rs. C-368/10 = NVwZ 2012, 867; *Burgi*, Vergaberecht, § 17, Rn. 18; *Ziekow*, S. 191, Rn. 61, Deut-
-scher Städtetag, S. 7.

Burgi in NZBau 2015, 597 (602).¹⁵

Burgi, Vergaberecht, § 17, Rn. 17.¹⁶

EuGH Rs. C-31/87.¹⁷

Burgi, Vergaberecht, § 17, Rn. 17 f.¹⁸

BT-Drs. 18/6281, 111.¹⁹

Opitz in *Burgi/Dreher*, Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 127 GWB, Rn. 32.

²⁰ *Latzel* in NZBau 2014, 673 (673).²¹

Burgi, Vergaberecht, § 19, Rn. 10; vgl. Anhang X der VRL.²²

Burgi, Vergaberecht, § 19, Rn. 10.²³

Um- und Durchsetzung dieser sozialen Rahmenbedingungen.²⁴ So ist eine mangelhafte Implementierung menschenrechtlicher Sorgfaltsstandards weiterhin auch im Ausführungsstadium von öffentlichen Beschaffungsaufträge zu beklagen. Besonders betroffen sind hierbei Naturstein-, Textil-²⁵ und IT-Produkte. Mit der einfachgesetzlichen Reglementierung von Ausführungsbedingungen iSd²⁶ § 128 Abs. 2 GWB ist auch eine Standardisierung der Auftragsausführung möglich. Nach § 129 GWB können Mindeststandards sowohl durch Landes- als auch Bundesgesetze festgelegt werden.²⁷ Gemäß § 129 Abs. 2 S. 3 GWB betrifft dies explizit auch soziale Belange. Zahlreiche Landesgesetze wurden aufgrund von § 129 Abs. 2 S. 3 GWB erlassen, wobei den Zweck der Landesgesetze überwiegend die Sicherung von Mindestlöhnen und -tarifen in Zusammenhang mit der Auftragsausführung darstellt. Doch auch eine quotierte Beteiligung von Frauen in leitender Funktion ist als²⁸ Ausführungsbedingung durchaus zulässig und könnte zukünftig höhere Berücksichtigung finden.²⁹ Eine umfassende und durchsetzungsfreundliche bundeseinheitliche Rahmenregelung für eine sozialverträgliche Auftragsabwicklung erfolgte abgesehen vom Quasi-Soft-Law § 128 Abs. 1 und ver-
einzelten arbeitsrechtlichen Normen wie dem SchwarzArbG und MiLoG bis dato nicht.³⁰

III. Durchsetzung

Hindernisreich erscheint darüberhinaus die prozessuale Durchsetzung sozialer Kriterien. So ist die durch den Auftraggeber vollzogene Bieterauswahl nur sehr beschränkt gerichtlich überprüfbar.³¹ Und auch sachbezogene Zuschlagskriterien und deren Gewichtung durch den Auftraggeber sind einer späteren Nachprüfung entzogen. Für ein vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren muss ein³² Mitbewerber oberhalb des Schwellenwertes die Verletzung eines eigenen subjektiven Rechts geltend machen können, § 160 Abs. 2 S. 1 GWB iVm § 97 Abs. 6 GWB. Die Verletzung einer dritt³³ -schützenden Norm wird bei Nichtbeachtung rein formaler, sozialintegrativer Kriterien regelmäßig

Klinger, S. 45.²⁴

Klinger, S. 8.²⁵

Deutscher Städtetag, S. 3.²⁶

Burgi, § 19, Rn. 6.²⁷

vgl. bspw. § 12 I S. 1 NTVergG oder § 8 TVgG NRW.²⁸

Ziekow, S. 194.²⁹

vgl. *Klinger*, S. 69.³⁰

OLG Düsseldorf VergabeR 2008, 984 (955); *Ziekow*, S. 190.³¹

OLG Celle NZBau 2019, 462 Rn. 56; *Ziekow*, S. 191.³²

Ziekow, S. 202.³³

nicht gegeben sein. Ein effektives wenn auch invasives Sanktionsinstrument bleibt der Ausschluss von Auftragnehmern aus zukünftigen Vergabeverfahren nach den Voraussetzungen der §§ 123 Abs. 4, 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB. Mit den Regelungen des § 19 Abs. 1 MiLoG und § 21 SchwarzArbG³⁴ implementierte der Bundesgesetzgeber ein effektives Mittel um Bieter aus zukünftigen Vergabeverfahren auszuschließen, die sich arbeitsrechtlichen Mindeststandards verweigerten. Eine vergleichbare Regelung ist auch im Hinblick auf verbleibende Diskriminierungsfaktoren denkbar. Neben dem erwähnten Ausschluss aus zukünftigen Vergabeverfahren stehen Vertragsstrafen und Sanktionen aufgrund einer Bindung nach § 128 Abs. 1 GWB iVm Anhang X der VRL.³⁵

IV. Einbeziehung in ein Lieferkettengesetz

Im politischen Entwicklungsprozess eines zentralen Lieferkettengesetzes rückten Fragen der men

schenrechtlichen Produktherkunft in den medialen Fokus. Das damit verbundene Leitprinzip 17³⁶ UN Sustainable Development Goals versuchte die Bundesregierung ab 2016 im Rahmen eines Nationalen Aktionsplans in Form einer Selbstregulierung der deutschen Unternehmenslandschaft umzusetzen. Die unternehmerische Selbstregulierung des NAP scheiterte bekanntermaßen, sodass im³⁷ März 2021 der Regierungsentwurf zum „Sorgfaltspflichtengesetz“ verabschiedet wurde. Die³⁸ durch den zugrundeliegenden zivilgesellschaftlichen Gesetzesentwurf aufgeworfenen Anknüpfungspunkte zum Vergaberecht finden sich in § 22 des Regierungsentwurfes wieder. Demnach³⁹ können vergleichbar § 19 Abs. 1 MiLoG sorgfaltspflichtwidrig handelnde Auftragnehmer von zukünftigen Vergabeverfahren nach §§ 99, 100 GWB ausgeschlossen werden. Zentrales Regelungsinstrument des MSorgfaltsG-E ist ein Nachweiserfordernis der Erfüllung der Sorgfaltspflicht gleich einer öffentlich-rechtlichen „Obliegenheit“. Im Regierungsentwurf fehlt ein derart ausgestaltetes⁴⁰

Burgi, Vergaberecht, § 18, Rn. 10.³⁴

Burgi, Vergaberecht, § 18, Rn. 10.³⁵

Rudkowski in CCZ 2020, 352 (352).³⁶

Hübner, Bausteine eines künftigen Lieferkettengesetzes in NZG 2020, 1411 (1412); NAP S. 8; *Kutscher-Puis* in ZVertriebsR 2020, 174 (175).³⁷

Thomale/ Murko in EuZA 2021, 40 (41); <https://www.auswaertiges-amt.de/de/aussenpolitik/themen/aus-senwirtschaft/wirtschaft-und-menschenrechte/monitoring-nap/2124010>; https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetze/Regierungsentwuerfe/reg-sorgfaltspflichtengesetz.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (Stand 29.03.2021).³⁸

vgl. *Klinger*, Verankerung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen im deutschen Recht,³⁹ S. 48, 69 f.; *Hübner* in NZG 2020, 1411 (1416); <https://www.bmas.de/DE/Service/Gesetze-und-Gesetzesvorhaben/gesetz-unternehmerische-sorgfaltspflichten-lieferketten.html> (Stand 29.03.2021).

Klinger, S. 48.⁴⁰

Nachweiserfordernis. Wie die Erfahrungen mit dem französischen *Loi de Vigilance* verdeutlichen, ist eine staatliche Überwachung der Ausführungsbedingungen jedoch Grundvoraussetzung einer effektiven Regelungsstrategie.⁴¹

V. Fazit und Aussicht

Wachsende Anstrengungen der Bundesregierung im Hinblick auf eine Verbesserung der sozialen Produktherkunft sind durchaus zu registrieren. Nicht unverdient belegte die Bundesrepublik im



The European Law Students' Association

MÜNCHEN

Sustainable Development Report 2019 der UN einen sehr guten Platz sechs von 162 im Gefüge der Vereinten Nationen. Gleichwohl bleibt an Stelle des landesrechtlichen Flickenteppichs ein rechts⁴² - sicherer und bundeseinheitlicher Rahmen der sozialen Ausführungsbedingungen iSd § 128 Abs. 2 GWB erstrebenswert. Zentraler Regelungsgehalt sollten insbesondere eine stärkere Miteinbeziehung weiblicher Leitungskräfte und die Integration von Menschen mit Behinderung in die Auftragsabwicklung sein. Kritikwürdig erscheint darüberhinaus, dass die Bundesregierung die Ratspräsidentschaft 2020 nicht zum Anstoß eines einheitlichen europäischen Menschenrechtsschutzes im Vergabeverfahren nutzte. Zukünftig werden eine weitere Herausarbeitung der insbesondere seit⁴³ dem BND-Urteil etablierten Grundrechtsbindung des Staates im Ausland und die tatsächliche Ausformung des Lieferkettengesetzes spannende Entwicklungen für den deutschen und internationalen Minderheitenschutz bereithalten.⁴⁴

41 Kutscher-Puis in ZVertriebsR 2020, 174 (178); Empfehlung Nr. 3 des Allgemeinen Wirtschaftsrates, Conseil Général de l'Économie, a. a. O., S. 9.

Kockrow/Zypries, ZRP 2021, 13 (14).⁴²

Hübner in NZG 2020, 1411 (1412).⁴³

Schmahl in NJW 2020, 2221 (2221).⁴⁴

Literatur:

Burgi, Martin:

Vergaberecht, 3. Auflage, München, 2021.

Ökologische und soziale Beschaffung im künftigen Vergaberecht: Kompetenzen, Inhalte, Verhält



The European Law Students' Association

MÜNCHEN

nismäßigkeit, NZBau 2015, 597

Burgi, Martin/ Dreher, Meinrad:

Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage, München, 2019.

Deutscher Städtetag:

Die Berücksichtigung sozialer Belange im Vergaberecht, Bonn, 2011.

Hübner, Leonhard:

Bausteine eines künftigen Lieferkettengesetzes in NZG 2020, 1411.

Klinger, Remo/ Krajewski, Markus/ Krebs, David/ Hartmann, Constantin:

Verankerung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen im deutschen Recht, Berlin, 2016.

Kockrow, Madeleine/ Zypries, Brigitte:

Unternehmerische und staatliche Nachhaltigkeit, ZRP 2021, 13.

Kutscher-Puis, Fabienne:

Neues zum Lieferkettengesetz? Ausblick nach Frankreich, ZVertriebsR 2020, 174.

Latzel, Clemens:

Soziale Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nach der Richtlinie 2014/24/EU, NZBau 2014, 673.

Rudkowski, Lena:

Nachhaltigkeit in den internationalen Lieferketten als Haftungsrisiko für deutsche Unternehmen, CCZ 2020, 352.

Schmahl, Stefanie:

Grundrechtsbindung der deutschen Staatsgewalt im Ausland, NJW 2020, 2221.



The European Law Students' Association

MÜNCHEN

Thomale, Chris/ Murko, Marina:

Unternehmerische Haftung für Menschenrechtsverletzungen in transnationalen Lieferketten, EuZA 2021, 40.

Ziekow, Jan:

Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Auflage, München, 2020.

(Der Autor ist Student an der Ludwig-Maximilians-Universität München.)