



## **Gibt es eine Rechtspflicht zur sozial verantwortlichen Beschaffung?**

Rechtsgutachtliche Stellungnahme

vorgelegt von

**Katja Gnittke**

**Dr. Tilman Reinhardt**

**WMRC Rechtsanwälte**

im Auftrag der

Christlichen Initiative Romero e.V.

Münster, im Juni 2018

## Impressum

### Herausgeberin:

Christliche Initiative Romero (CIR)  
Schillerstraße 44a  
48155 Münster

[www.ci-romero.de](http://www.ci-romero.de) / [cir@ci-romero.de](mailto:cir@ci-romero.de)

**Redaktion:** Katja Gnittke, Dr. Tilman Reinhardt (WMRC Rechtsanwälte)

Münster, Juni 2018



Bundesministerium für  
wirtschaftliche Zusammenarbeit  
und Entwicklung

Das Gutachten wurde mit finanzieller Unterstützung von Engagement Global im Auftrag des BMZ ermöglicht. Für den Inhalt des Gutachtens sind WMRC Rechtsanwälte und die CIR verantwortlich. Die hier dargestellten Positionen geben nicht den Standpunkt von Engagement Global gGmbH und dem Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung wieder.

## Inhalt

A.	Verankerung der ILO-Kernarbeitsnormen im Vergabeverfahren .....	3
I.	Rechtsgrundlagen .....	3
II.	Ausschlussgründe in §§ 123 Abs. 1 Nr. 10, 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB.....	5
III.	Eignungsprüfung: Mindestanforderungen an das Lieferkettenmanagement .....	5
	a) Zulässigkeit der Forderung eines „sozialen“ Lieferkettenmanagements .....	6
	b) Definition von Mindestanforderungen anhand des HRDD-Ansatzes .....	7
	c) Verbindung zum Auftragsgegenstand und Verhältnismäßigkeit.....	8
	d) Praktikabilität.....	9
IV.	Leistungsbestimmung .....	9
	1. Anforderungen an den Herstellungsprozess als Leistungsmerkmale .....	9
	2. Leistungsbestimmung nach sozialen Gesichtspunkten .....	10
V.	Zuschlagskriterien .....	12
VI.	Ausführungsbedingungen .....	12
B.	Pflicht zur Sicherstellung der Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen .....	14
I.	Rechtsgrundlagen .....	14
II.	Bezugspunkt der Verpflichtung aus Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU: Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen durch Wirtschaftsteilnehmer.....	16
	1. ILO-Kernarbeitsnormen .....	16
	2. Wirtschaftsteilnehmer .....	18
	a) Wortlaut.....	19
	b) Sinn und Zweck .....	20
	c) Pflicht der Wirtschaftsteilnehmer zur Sicherstellung der Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen durch Unterauftragnehmer und Lieferanten .....	21
III.	Inhalt der Pflicht: „geeignete Maßnahmen“ .....	21
IV.	Adressat der Verpflichtung aus Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24 .....	23
V.	Grenzen der Verpflichtung, insbesondere Verhältnismäßigkeit .....	23
VI.	Umsetzung im deutschen Vergaberecht .....	25
	1. Erfüllung durch § 128 Abs. 1 GWB? .....	25
	2. Richtlinienkonforme Auslegung.....	26
	3. Ergänzende Maßnahmen auf übergeordneter Ebene .....	28
VII.	Schutzwirkung zugunsten von Unternehmern? .....	29
VIII.	Zusammenfassung und praktische Auswirkungen.....	31

## Vorab: Gegenstand des Gutachtens

Mit dem Nationalen Aktionsplan Wirtschaft und Menschenrechte will die Bundesregierung die Leitprinzipien der Vereinten Nationen für Wirtschaft und Menschenrechte in die Praxis umsetzen. Insbesondere soll die Einhaltung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten durch Unternehmen gewährleistet werden. Das öffentliche Beschaffungswesen wird als wichtiger Hebel für die Umsetzung der UN-Leitprinzipien genannt.

In Teil A dieses Gutachtens wird dargestellt, wie nach neuem Vergaberecht soziale Aspekte in Vergabeverfahren integriert werden können. Im Vordergrund stehen dabei Lieferaufträge und die Einhaltung der Menschenrechte derjenigen Personen, die an verschiedenen Stellen des Herstellungsprozesses bzw. der Lieferkette in die Ausführung des öffentlichen Auftrags eingebunden sind, vor allem die Einhaltung der sog. ILO-Kernarbeitsnormen. Die dargestellten Rahmenbedingungen scheinen grundsätzlich aber auch auf Fälle übertragbar, in denen es nicht nur um die Wahrung der Rechte von Personen geht, die an der Herstellung beteiligt sind, sondern um die Wahrung von Menschenrechten, die auf andere Weise durch unternehmerische Tätigkeit betroffen sind (z.B. Rechte an Land, Wasser, etc.). Insofern bedarf es wohl aber einer weitergehenden differenzierten und ggf. produktspezifischen Auseinandersetzung mit den jeweils zu bewältigenden Problemlagen.

In Teil B beschäftigt sich das Gutachten mit der Frage, ob öffentliche Auftraggeber zur Sicherstellung der Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen bestimmte Maßnahmen nicht nur ergreifen *dürfen*, sondern ergreifen *müssen*. Einen Anhaltspunkt hierfür bietet Artikel 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU. Vieles spricht dafür, dass die Regelungen in GWB und VgV im Lichte dieser Vorschrift so auszulegen sind, dass öffentliche Auftraggeber eine ermessensfehlerfreie Entscheidung darüber treffen müssen, ob sie die ILO-Kernarbeitsnormen als Leistungsmerkmale vorgeben oder Maßnahmen treffen, die auf eine Verringerung des Risikos von Verletzungen der ILO-Kernarbeitsnormen abzielen. Die Ermessensausübung könnte im Nachprüfungsverfahren überprüfbar sein (Teil B).

## A. Verankerung der ILO-Kernarbeitsnormen im Vergabeverfahren

Soziale Aspekte können im Vergabeverfahren auf Ebene der Leistungsbestimmung, der Eignungsprüfung, der Zuschlagsentscheidung und der besonderen Ausführungsbedingungen berücksichtigt werden. Mit diesen Mitteln kann der Auftraggeber auf eine Einhaltung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten durch die Auftragnehmer hinwirken.

### I. Rechtsgrundlagen

#### § 97 GWB

...

(3) Bei der Vergabe **werden** Aspekte der Qualität und der Innovation sowie **soziale** und umweltbezogene Aspekte nach Maßgabe dieses Teils berücksichtigt.

#### § 123 GWB

(1) Öffentliche Auftraggeber schließen ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme aus, wenn sie Kenntnis davon haben, dass eine Person, deren Verhalten nach Absatz 3 dem Unternehmen zuzurechnen ist, rechtskräftig verurteilt oder gegen das Unternehmen eine Geldbuße nach § 30 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten rechtskräftig festgesetzt worden ist wegen einer Straftat nach:

...

10. den §§ 232, 232a Absatz 1 bis 5, den §§ 232b bis 233a des Strafgesetzbuches (**Menschenhandel, Zwangsprostitution, Zwangsarbeit, Ausbeutung der Arbeitskraft, Ausbeutung unter Ausnutzung einer Freiheitsberaubung**).

#### § 124 GWB

(1) Öffentliche Auftraggeber können unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen, wenn

1. das Unternehmen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge **nachweislich** gegen geltende umwelt-, **sozial-** oder **arbeitsrechtliche Verpflichtungen verstoßen hat**,

...

#### § 128 GWB

...

(2) Öffentliche Auftraggeber können darüber hinaus besondere Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags (Ausführungsbedingungen) festlegen, sofern diese mit dem Auftragsgegenstand entsprechend § 127 Absatz 3 in Verbindung stehen. Die Ausführungsbedingungen müssen sich aus der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen ergeben. Sie können insbesondere wirtschaftliche, innovationsbezogene, umweltbezogene, **soziale oder beschäftigungspolitische Belange** oder den Schutz der Vertraulichkeit von Informationen umfassen.

#### § 31 VgV

...

(3) Die Merkmale können auch Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen. Sie können sich auch auf den **Prozess oder die Methode zur Herstellung oder Erbringung der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus des Auftragsgegenstands einschließlich der Produktions- und Lieferkette beziehen, auch wenn derartige Faktoren keine materiellen Bestandteile der Leistung sind**, sofern diese Merkmale in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen und zu dessen Wert und Beschaffungszielen verhältnismäßig sind.

#### **§ 46 VgV**

(1) Der öffentliche Auftraggeber kann im Hinblick auf die technische und berufliche Leistungsfähigkeit der Bewerber oder Bieter Anforderungen stellen, die sicherstellen, dass die Bewerber oder Bieter über die erforderlichen personellen und technischen Mittel sowie ausreichende Erfahrungen verfügen, um den Auftrag in angemessener Qualität ausführen zu können.

...

(3) Als Beleg der erforderlichen technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit des Bewerbers oder Bieters kann der öffentliche Auftraggeber je nach Art, Verwendungszweck und Menge oder Umfang der zu erbringenden Liefer- oder Dienstleistungen ausschließlich die Vorlage von einer oder mehreren der folgenden Unterlagen verlangen:

...

4. Angabe des **Lieferkettenmanagement- und Lieferkettenüberwachungssystems**, das dem Unternehmen zur Vertragserfüllung zur Verfügung steht,

...

#### **§ 58 VgV**

(1) Der Zuschlag wird nach Maßgabe des § 127 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt.

(2) Die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots erfolgt auf der Grundlage des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses. Neben dem Preis oder den Kosten können auch qualitative, umweltbezogene oder **soziale Zuschlagskriterien** berücksichtigt werden, insbesondere:

1. die Qualität, einschließlich des technischen Werts, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Zugänglichkeit der Leistung insbesondere für Menschen mit Behinderungen, ihrer Übereinstimmung mit Anforderungen des „Designs für Alle“, **soziale, umweltbezogene und innovative Eigenschaften** sowie Vertriebs- und Handelsbedingungen, ...

## II. Ausschlussgründe in §§ 123 Abs. 1 Nr. 10, 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB

Eine „rückwärtsgewandte“ Berücksichtigung der Einhaltung von Menschenrechten ermöglichen die zwingenden und fakultativen Ausschlussgründe in §§ 123, 124 GWB.

Gemäß § 123 Abs. 1 Nr. 10, Abs. 2, Abs. 3 GWB sind Unternehmen zwingend auszuschließen, wenn sie oder ein für die Leitung des Unternehmens Verantwortlicher wegen Menschenhandel, Zwangsprostitution, Zwangsarbeit, Ausbeutung der Arbeitskraft oder Ausbeutung unter Ausnutzung einer Freiheitsberaubung gemäß §§ 232, 232a Absatz 1 bis 5, §§ 232b bis 233a StGB oder vergleichbaren Vorschriften anderer Staaten rechtskräftig verurteilt wurden oder rechtskräftig eine Geldbuße gegen sie festgesetzt wurde. Wird die Verurteilung oder Festsetzung einer Geldbuße erst nach Zuschlagserteilung bekannt, kann der öffentliche Auftraggeber gemäß § 133 Abs. 1 Nr. 2 GWB den Vertrag kündigen.

Gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB können Unternehmen unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ausgeschlossen werden, wenn das Unternehmen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge *nachweislich* gegen geltende umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen verstoßen hat. Der Nachweis ist in der Regel auf Grundlage von Entscheidungen von Behörden oder Gerichten zu führen.<sup>1</sup> Ob Berichte von NGOs o.ä. als Nachweis angesehen werden können, erscheint zweifelhaft.<sup>2</sup>

Hat ein Unternehmen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge *nachweislich* gegen geltende umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen verstoßen, ist der öffentliche Auftraggeber zur fehlerfreien Ermessensausübung verpflichtet, d. h. der öffentliche Auftraggeber muss anhand sachlicher Gesichtspunkt unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und der Verhältnismäßigkeit über den Ausschluss entscheiden. Es handelt sich um einen Fall des intendierten Ermessens, d. h. dass vor allem der Nicht-Ausschluss einer gesonderten Begründung bedarf.<sup>3</sup>

## III. Eignungsprüfung: Mindestanforderungen an das Lieferkettenmanagement

Öffentliche Auftraggeber können auch im Rahmen der Eignungsprüfung die Einhaltung von Sorgfaltspflichten bezogen auf Menschenrechte im Herstellungsprozess berücksichtigen. Zwar wird die Berücksichtigung sozialer Aspekte bei den Eignungskriterien von Teilen der Literatur pauschal abgelehnt. Nach hier vertretener Ansicht können öffentliche Auftraggeber von den Bietern allerdings Mindeststandards an die Erfüllung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten im Lieferkettenmanagement- bzw. Lieferkettenüberwanderungssystem i.S.v. § 46 Abs. 3 Nr. 4 VgV fordern.

Gemäß § 122 Abs. 2 Nr. 3 GWB betreffen Eignungskriterien u. a. die technische und berufliche Leistungsfähigkeit. Was genau von der beruflichen und technischen Leistungsfähigkeit umfasst

<sup>1</sup> Opitz, in: Burgi/Dreher, § 124 GWB Rn. 44.

<sup>2</sup> Im Lichte von Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU können derartige Berichte möglicherweise einen „Gefahrenverdacht“ begründen, dem der öffentliche Auftraggeber nachzugehen hat, sofern sich aus ihnen hinreichend konkrete Anhaltspunkte für Verletzungen der ILO-Kernarbeitsnormen ableiten lassen.

<sup>3</sup> Opitz, in: Burgi/Dreher, § 124 GWB Rn. 17.

ist, ist gesetzlich nicht definiert. Das lässt sich nur im Hinblick auf den konkreten Beschaffungsgegenstand bestimmen. Ein Rahmen wird aber durch den abschließenden Katalog der Eignungsbelege in § 46 Abs. 3 VgV vorgegeben. Innerhalb dieses Rahmens kann der Auftraggeber Mindestanforderungen für den Auftrag festlegen.<sup>4</sup>

Gemäß § 46 Abs. 3 Nr. 4 VgV kann der Auftraggeber zum Nachweis der beruflichen und technischen Leistungsfähigkeit von den Bietern Angaben zum Lieferkettenmanagement fordern. Er kann also bestimmte Mindestanforderungen an das Lieferkettenmanagement stellen, die aus seiner Sicht erforderlich sind, um eine Erfüllung des Auftrags gemäß Leistungsbeschreibung und Ausführungsbedingungen zu gewährleisten. Bei der Beschaffung von Produkten, die in globalen Lieferketten hergestellt werden, können sich diese Mindestanforderungen u. E. auch auf die Einhaltung bestimmter Menschenrechte beziehen, die bei der Herstellung der Produkte möglicherweise betroffen sind.

#### **a) Zulässigkeit der Forderung eines „sozialen“ Lieferkettenmanagements**

In der Literatur wird teilweise vertreten, dass die Berücksichtigung „politisch motivierter“ Eignungskriterien – außer in den gesetzlich geregelten Fällen des Umweltmanagements und der Ausschlussgründe des § 124 GWB – grundsätzlich unzulässig sei. Die Auffassung stützt sich maßgeblich auf die sog. Max Havelaar-Entscheidung des EuGH,<sup>5</sup> nach der die Forderung, „Kriterien der Nachhaltigkeit der Einkäufe und des gesellschaftlich verantwortlichen Verhaltens“ einzuhalten, kein zulässiges Eignungskriterium darstellt. Außerdem stützt sie sich auf eine Entscheidung des OLG Düsseldorf,<sup>6</sup> nach der Verpflichtungserklärungen zu den ILO-Kernarbeitsnormen nicht als Eignungskriterium gefordert werden dürfen.

Rückschlüsse auf die Zulässigkeit der hier vorgeschlagenen Eignungsanforderungen lassen die Entscheidungen allerdings nicht zu: In der Max Havelaar-Entscheidung hat der EuGH nur festgestellt, dass „Nachhaltigkeit der Einkäufe und des gesellschaftlich verantwortlichen Verhaltens“ keine Aspekte der „Qualität“ i. S. d. des Vergaberechts darstellen. Aus der genannten Entscheidung des OLG Düsseldorf ergibt sich vor allem, dass die Verpflichtungserklärung zur Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen nach TVgG-NRW a.F. nicht die Eignung sondern Auftragsausführungsbedingungen betrifft.

Für die Zulässigkeit „sozialer“ Mindestanforderungen an das Lieferkettenmanagementsystem spricht, dass nach § 31 Abs. 3 Satz 2 VgV soziale Aspekte des Herstellungsprozesses, die keine materiellen Eigenschaften der Leistung sind, Leistungsmerkmale sein können. Dann muss sich aber auch die berufliche und technische Leistungsfähigkeit der Bieter auf diese Aspekte erstrecken. Über die berufliche und technische Leistungsfähigkeit wird nachgewiesen, dass ein Unternehmen in beruflicher und technischer Hinsicht eine ordnungsgemäße Leistungserbringung erwarten lässt. Geht es um die Lieferung von Waren, die unter Beachtung bestimmter sozialer Anforderungen hergestellt wurden, muss folgerichtig Gegenstand der Eignungsprüfung auch sein, ob eine Erfüllung der sozialen Anforderungen durch das Unternehmen zu erwarten ist.

---

<sup>4</sup> Hausmann/van Hoff, in: Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, § 46 VgV Rn. 10.

<sup>5</sup> Urteil vom 10.05.2012, C-368/10.

<sup>6</sup> Beschluss vom 29.01.2014, VII-Verg 28/13.



Anderenfalls wird über die Eignung nicht die Leistungsfähigkeit bezogen auf den konkreten Auftrag belegt.

Auch das Europarecht steht dem nicht entgegen: Nach Erwägungsgrund 40 zur RL 2014/24/EU soll die Überprüfung der Einhaltung von umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Bestimmungen in den „relevanten Phasen des Vergabeverfahrens“ erfolgen, u. a. bei der „Anwendung der allgemeinen Grundsätze für die Auswahl der Teilnehmer“. Damit ist nach Art. 56 Abs. 1 lit. b) RL 2014/24/EU i. V. m. der Überschrift von Abschnitt 3 gerade auch die Eignungsprüfung gemeint.

Bisher werden Mindestanforderungen an das Lieferkettenmanagement und die Lieferkettenüberwachung vor allem bei versorgungskritischen Gütern wie Arzneimitteln gestellt, die auch in Zeiten plötzlicher hoher Nachfrage zuverlässig verfügbar sein müssen. Bei Gütern, die in komplexen, internationalen Lieferketten unter hohem Risiko von Menschenrechtsverletzungen produziert werden, dürfte aber auch die Forderung von Management- und Organisationsmaßnahmen im Rahmen des Lieferkettenmanagements zulässig sein, die auf die Einhaltung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten abzielen.<sup>7</sup> Möchte bzw. muss der öffentliche Auftraggeber bestimmte Anforderungen an die Produktionsbedingungen auch in „entfernteren“ Teilen der Lieferkette stellen, so kann dies nur von Bietern erfüllt werden, die die entsprechenden Anforderungen in ihrem Lieferkettenmanagement berücksichtigen.

#### **b) Definition von Mindestanforderungen anhand des HRDD-Ansatzes**

Lieferkettenmanagement i. S. v. § 46 Abs. 3 Nr. 4 VgV bezeichnet ein System integrierter Logistikketten entlang des gesamten Wertschöpfungsprozesses von der Rohstoffgewinnung bis zu Auslieferung, das insbesondere auch den Informationsfluss umfasst. Lieferkettenüberwachung bezeichnet das Monitoring.<sup>8</sup>

Einen zertifizierten Standard für Lieferkettenmanagementsysteme, die auf eine Einhaltung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten abzielen, gibt es derzeit nicht.<sup>9</sup> Allerdings haben sich bezüglich eines managementorientierten Ansatzes zur Einhaltung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten (*human rights due diligence - HRDD*) gemäß den UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte<sup>10</sup> in den letzten Jahren national und international gewisse Standards etabliert: Er wurde insbesondere in verschiedenen nationalen gesetzlichen Normen aufgegriffen, z. B. im französischen Sorgfaltspflichtengesetz,<sup>11</sup> der EU-

---

<sup>7</sup> Vgl. Hattenhauer/Butzert, ZfBR 2017, S. 129, 131.

<sup>8</sup> Seeger, in: Müller-Wrede, § 46 VgV Rn. 53.

<sup>9</sup> Der Vorschlag des schwedischen Normungsinstitutes ISO/TS/P267 Social Responsibility zur Einrichtung eines Technical Committee zur Entwicklung einer über den bloßen Leitfaden ISO 26000 hinausgehenden Norm, ist am 10.10.2017 in der ISO abgelehnt worden, vgl. <https://standardsdevelopment.bsigroup.com/projects/9017-00651>. Im Hinblick auf die Vorgaben in § 49 Abs. 1 und 2 VgV für Qualitäts- und Umweltmanagementsysteme könnte das Fehlen eines zertifizierten Standards und einheitlicher Vorgaben aktuell möglicherweise gegen die Zulässigkeit eines entsprechenden Eignungskriteriums sprechen.

<sup>10</sup> Vgl. UN-Leitprinzipien Nr. 17 ff..

<sup>11</sup> Gesetz Nr. 2017-399 vom 27. März 2017 über die Sorgfaltspflicht der Muttergesellschaften und der auftraggebenden Unternehmen - LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JORF n°0074 du 28 mars 2017.

Konfliktmineralienverordnung,<sup>12</sup> der CSR-Richtlinie,<sup>13</sup> dem *California Transparency in Supply Chains Act*,<sup>14</sup> Sect. 1502 des *Dodd-Frank-Act*<sup>15</sup> oder dem *UK Modern Slavery Act 2015*.<sup>16</sup> Außerdem orientieren sich verschiedene *soft law standards* am HRDD-Ansatz, insbesondere die *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, die derzeit in Entwicklung befindlichen Ergänzungen durch die *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct* (Draft 2.1) und der *Due Diligence Companion (Draft)* (Konsultationen für beide Entwürfe Anfang 2017 abgeschlossen) und die verschiedenen sektorspezifischen Leitlinien der OECD, wie bspw. die *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains in the Garment and Footwear Sector (2017)*. Konkrete Vorgaben zur Durchführung einer menschenrechtlichen *due diligence* sind auch in privaten Normen enthalten, wie beispielsweise in Abschnitt 9 des SA 8000:2014 oder dem *Human Rights Compliance Assessment Tool* des dänischen Menschenrechtsinstituts.<sup>17</sup>

Durch den Nationalen Aktionsplan „Wirtschaft und Menschenrechte“ wird die Einhaltung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten auch in Deutschland zum erwarteten Standard erhoben. Danach sollen 50 % der in Deutschland ansässigen Unternehmen mit über 500 Beschäftigten bis 2020 HRDD-Elemente in ihre Unternehmensprozesse integriert haben. Bereits heute müssen große Kapitalgesellschaften i. S. v. § 267 Abs. 3 HGB nach § 289c Abs. 2 Nr. 2 bis 4 HGB im Jahresabschluss Angaben zu Arbeitsbedingungen, der Umsetzung der ILO-Kernarbeitsnormen und Achtung von Arbeitnehmerrechten, Sozialbelangen und Achtung der Menschenrechte z. B. der Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen machen. Dabei müssen u. a. die dafür relevanten Konzepte einschließlich der angewandten Due-Diligence-Prozesse, die Ergebnisse dieser Konzepte, wesentliche Risiken, die mit der eigenen Geschäftstätigkeit, Geschäftsbeziehungen und Dienstleistungen verknüpft sind, sowie bedeutsame nichtfinanziellen Leistungsindikatoren dargestellt werden.

### **c) Verbindung zum Auftragsgegenstand und Verhältnismäßigkeit**

Mindestanforderungen an das Lieferkettenmanagementsystem gemäß dem HRDD-Ansatz müssen die nach § 122 Abs. 4 GWB erforderliche Verbindung zum Auftragsgegenstand aufweisen und zu ihm in einem angemessenen Verhältnis stehen.

Der Bezug eines „sozialen“ Lieferkettenmanagementsystems zum Auftragsgegenstand dürfte dann vorliegen, wenn ein Produkt beschafft wird, bei dessen Herstellung ein besonderes Risiko der Verletzung bestimmter Menschenrechte besteht und die Einhaltung dieser Rechte Leistungsmerkmal oder Gegenstand von Ausführungsbedingungen ist. Insoweit kann eine Parallele zur Forderung von Umweltmanagementsystemen bei der Auftragsausführung umweltrelevanter Aufträge gezogen werden (vgl. § 46 Abs. 3 Nr. 7 VgV). Ein

<sup>12</sup> VO (EU) 2017/821 vom 17. Mai 2017 zur Festlegung von Pflichten zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten in der Lieferkette für Unionseinfuhrer von Zinn, Tantal, Wolfram, deren Erzen und Gold aus Konflikt- und Hochrisikogebieten.

<sup>13</sup> RL 2014/95/EU vom 22. Oktober 2014 zur Änderung der RL 2014/34/EU im Hinblick auf die Angabe nichtfinanzieller und die Diversität betreffender Informationen durch bestimmte große Unternehmen und Gruppen, (ABl. Nr. L 330/1).

<sup>14</sup> Diese fügte mit Wirkung zum 1. Januar 2012 Section 1714.43 in den kalifornischen Civil Code ein.

<sup>15</sup> Dodd–Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act.

<sup>16</sup> [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/pdfs/ukpga\\_20150030\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/pdfs/ukpga_20150030_en.pdf)

<sup>17</sup> <https://business-humanrights.org/en/platform-for-human-rights-indicators-for-business-hrib>.

Umweltmanagementsystem weist die erforderliche Verbindung zum Auftragsgegenstand auf, wenn die Auftragsausführung potenziell negative Auswirkungen auf Umweltmedien oder das Klima hat.<sup>18</sup> Dabei steht dem Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum zu.<sup>19</sup> Ein Umweltmanagementsystem kann auch bei reinen Lieferaufträgen gefordert werden.<sup>20</sup> Nichts anderes kann gelten, wenn sich Lieferaufträge potenziell negativ auf bestimmte Menschenrechte Dritter auswirken.<sup>21</sup>

In Abhängigkeit vom konkreten Beschaffungsgegenstand dürfte auch von einer Verhältnismäßigkeit der Forderung eines sozialen Lieferkettenmanagementsystems auszugehen sein. Ohne ein entsprechend ausgerichtetes Lieferkettenmanagementsystem dürfte es unmöglich sein, die Einhaltung der betreffenden Menschenrechte in globalen Lieferketten sicherzustellen. Es handelt sich möglicherweise sogar um die einzige Möglichkeit, mit der der Auftraggeber sein Beschaffungsziel überhaupt erreichen kann.

#### **d) Praktikabilität**

Grundsätzlich dürfte eine Berücksichtigung von Sozialkriterien bei der Eignungsprüfung dem praktischen Bedürfnis vieler Vergabestellen entgegenkommen, eine Prüfung bereits vor Vertragsschluss durchzuführen.

Angesichts der Tatsache, dass es derzeit weder international noch national einen genormten oder gesetzlich geregelten, detaillierten HRDD-Managementstandard gibt, für den sich ein Unternehmen – vergleichbar dem EMAS – zertifizieren lassen könnte, muss der Auftraggeber seine Erwartungen an das Lieferkettenmanagement vor dem Hintergrund der jeweiligen Produktionsgegebenheiten aber konkret definieren, angeben, was von den Bietern vorzulegen ist, und auch die Prüfung selbst vornehmen.

## **IV. Leistungsbestimmung**

Auch durch die Leistungsbestimmung kann der Auftraggeber auf eine Einhaltung von Menschenrechten durch den Auftragnehmer hinwirken.

### **1. Anforderungen an den Herstellungsprozess als Leistungsmerkmale**

Nach § 31 Abs. 3 VgV können in der Leistungsbeschreibung ausdrücklich soziale und umweltbezogene Leistungsmerkmale festgelegt werden, inklusive solcher, die sich auf „den Prozess oder die Methodik zur Herstellung der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus des Auftragsgegenstandes einschließlich der Produktions- und Lieferkette beziehen, auch wenn derartige Faktoren keine materiellen Bestandteile der Leistung sind“. Damit ist insbesondere die Forderung der Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen entlang der

---

<sup>18</sup> Opitz, in: Burgi/Dreher, § 122 GWB, Rn. 95.

<sup>19</sup> Gnittke/Hattig, in: Müller-Wrede, § 49 VgV, Rn. 60.

<sup>20</sup> Röwekamp, in: Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, § 49 VgV, Rn. 6.

<sup>21</sup> *Martens/de Margerie*, The Link to the Subject-Matter of the Contract in Green and Social Procurement, EPPPL 2013, 8 (13).

Produktionskette in der Leistungsbeschreibung zulässig.<sup>22</sup> Die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen entlang der Produktionskette ist in der Begründung zu § 31 Abs. 3 VgV ausdrücklich erwähnt.<sup>23</sup>

Nicht zu folgen ist der Auffassung, dass nur solche Sozialkriterien, die das Produkt unmittelbar charakterisieren, Leistungsmerkmale in diesem Sinn sind.<sup>24</sup> Zwar werden in Erwägungsgrund 99 RL 2014/24/EU ausdrücklich nur die Kriterien „Zugänglichkeit für Personen mit einer Behinderung“ und „Design für Alle“ als Beispiele für soziale Anforderungen in der Leistungsbeschreibung genannt. Art. 42 Abs. 1 Satz 2 RL 2014/24/EU, dem § 31 Abs. 3 VgV entspricht, bezieht sich aber unmissverständlich auf Sozialkriterien, die keine materiellen Bestandteile der Leistung sind. Für die Festlegung eines barrierefreien Zugangs oder Designs bedarf es – streng genommen – überhaupt keiner speziellen vergaberechtlichen Klarstellung. Derartige Vorgaben fallen ohne weiteres dem Leistungsbestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers zu.

Soweit der Auftraggeber die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen in der weiteren Lieferkette (d. h. durch Zulieferer oder Zulieferer von Zulieferern) oder den Schutz anderer potenziell betroffener Menschenrechte vorgeben will, ist auf die Bestimmtheit und Verhältnismäßigkeit der Vorgaben zu achten. Der öffentliche Auftraggeber legt fest, welche Rechte bezogen auf welches Produktionsstadium eingehalten werden müssen. Die pauschale Vorgabe, dass die ILO-Kernarbeitsnormen oder gar die Menschenrechte in der gesamten Wertschöpfungskette eingehalten werden, könnte als unbestimmt angesehen werden.<sup>25</sup> Soweit es keine objektiven Nachweismöglichkeiten<sup>26</sup> gibt, könnte eine solche Vorgabe außerdem unverhältnismäßig sein und an der vergaberechtlich erforderlichen Überprüfbarkeit scheitern. Denn der Auftragnehmer hat in der Regel nur bedingten Einfluss auf die Arbeitsbedingungen bei seinen Lieferanten. In solchen Fällen kann es vorzugswürdig sein, den Bietern durch Ausführungsbedingungen gemäß § 128 Abs. 2 GWB konkrete Sorgfaltspflichten aufzuerlegen oder entsprechende Mindestanforderungen an das Lieferkettenmanagement zu stellen.

## 2. Leistungsbestimmung nach sozialen Gesichtspunkten

Vieles spricht dafür, dass soziale Aspekte auch schon bei der Frage berücksichtigt werden können, welches Produkt überhaupt beschafft wird. Z. B. könnte ein Auftraggeber bestimmte Ausgangsmaterialien oder Herstellungsverfahren ausschließen, bei denen das Risiko von Menschenrechtsverletzungen in der Lieferkette besonders hoch ist (z.B. bestimmte Gesteinssorten für Naturpflastersteine).

<sup>22</sup> Traupel, in: Müller-Wrede, § 31 VgV, Rn. 47; Prieß/Simonis, in: Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, § 31 VgV, Rn. 29; Krönke, VergR 2017, 101, 106 ff.; Mohr, EuZA 2017, 23, 32.

<sup>23</sup> BR-Drs. 87/16, S. 185.

<sup>24</sup> So aber: Ziekow, SKEW Gutachten Nr. 42, 2016, S. 40f. und S. 50; Mohr, EuZA 2017, 23, 33.

<sup>25</sup> Opitz, in: Burgi/Dreher, § 128 Rn. 35

<sup>26</sup> Als Nachweis stehen den öffentlichen Auftraggebern nach § 34 VgV insbesondere Gütezeichen zur Verfügung. Die Nachweisführung über Gütezeichen wirft zahlreiche rechtliche Fragen auf, die nicht Gegenstand des vorliegenden Gutachtens sind.

Bei der Beschaffungsentscheidung ist der öffentliche Auftraggeber im rechtlichen Ansatz ungebunden (sog. „Bestimmungsfreiheit“ oder „Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers“). Die Ausübung der Bestimmungsfreiheit ist dem Vergabeverfahren vorgelagert. Das Vergaberecht regelt nicht das „Was“, sondern nur das „Wie“ der Beschaffung. Die Leistungsbestimmung durch den Auftraggeber bedarf daher keiner besonderen vergaberechtlichen Ermächtigung, sondern ergibt sich aus der Vertragsfreiheit.<sup>27</sup>

Die Grenzen der Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers sind ausdrücklich und abschließend geregelt. Sie ergeben sich aus dem Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung gemäß § 31 Abs. 6 VgV. Sie sind eingehalten, wenn die Bestimmung durch den Auftragsgegenstand aus nachvollziehbaren objektiven und auftragsbezogenen, sowie tatsächlich vorhandenen bzw. nachprüfbaren Gründen sachlich gerechtfertigt ist, und die Bestimmung andere Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminiert.<sup>28</sup> Bewegt sich die Bestimmung in diesen Grenzen, ist eine sich aus der Bestimmung ergebende, wettbewerbsverengende Wirkung grundsätzlich hinzunehmen.

Der Vergabestelle kommt bei der Leistungsbestimmung ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu. Wichtig ist, dass die erforderlichen Willensbildungs- und Entscheidungsprozesse im Vergabevermerk dokumentiert werden.<sup>29</sup> Dass soziale Aspekte grundsätzlich für die Bestimmung des Beschaffungsgegenstands maßgeblich sein können, ergibt sich aus § 31 Abs. 3 VgV und ist auch in der Rechtsprechung anerkannt.<sup>30</sup>

Gerade wenn die Festlegung eines bestimmten Materials oder Attributs mit sozialen Aspekten begründet wird, die sich in der Beschaffenheit der Ware nicht niederschlagen, könnten an die Nachvollziehbarkeit der Begründung u. U. höhere Anforderungen gestellt werden. Grundsätzlich dürfte wohl jedes Material bzw. Produkt unter Einhaltung angemessener Arbeitsbedingungen und der Beachtung von Menschenrechten sonstiger betroffener Dritter abbau- und herstellbar sein. Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die fehlende Produktneutralität auf sachlichen Gründen beruht, liegt beim Auftraggeber. Ggf. bedarf es einer detaillierten und dokumentierten Begründung: Ein besseres oder nachhaltigeres Image allein kann die Vorgabe eines bestimmten Verfahrens nicht begründen.<sup>31</sup>

Eine Festlegung auf bestimmte Produkte aus sozialen Erwägungen dürfte von der Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers jedenfalls dann umfasst sein, wenn die Wahl anhand einer *tauglichen*<sup>32</sup>, d. h. konsistenten, fundierten und diskriminierungsfreien Methode begründbar ist. Einen Orientierungspunkt hierfür könnten die Regelungen zur Berücksichtigung externer Umwelteffekte bei den Lebenszykluskosten, insbesondere § 59 Abs. 3 Nr. 1 VgV bieten. Danach muss eine Methode auf objektiv nachprüfbaren und nichtdiskriminierenden Kriterien beruhen. Ist sie nicht für die wiederholte oder dauerhafte Anwendung entwickelt worden, darf sie bestimmte Unternehmen weder bevorzugen noch benachteiligen. Der Gesetzgeber geht also davon aus,

<sup>27</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31.05.2017, VII-Verg 36/16; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 14.09.2016, 15 Verg 7/16; BKartA Bonn, Beschluss vom 27.01.2017, VK 2 - 145/16, jeweils m.w.N.

<sup>28</sup> OLG Düsseldorf, a.a.O.

<sup>29</sup> OLG Karlsruhe, a.a.O.

<sup>30</sup> OLG Düsseldorf, a.a.O.

<sup>31</sup> Vgl. Vergabekammer Südbayern, Beschluss vom 23. August 201, Z3-3-3194-1-24-05/17.

<sup>32</sup> Vgl. Wiedemann, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB, 4. Auflage 2016, § 127 Rn. 72.

dass sich der öffentliche Auftraggeber auf eine bereits etablierte Methode stützt, die nicht speziell für das Vergabeverfahren entwickelt wurde, wenn er externe Effekte der Umweltbelastung im Vergabeverfahren berücksichtigen will.<sup>33</sup>

## V. Zuschlagskriterien

Gemäß § 58 Abs. 2 Nr. 1 VgV können soziale Kriterien als Zuschlagskriterien festgelegt werden. Auch bei Zuschlagskriterien kann gemäß § 127 Abs. 3 Satz GWB der erforderliche Auftragsbezug gegeben sein, ohne dass sie sich auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstands auswirken. Gemäß § 127 Abs. 4 GWB müssen Zuschlagskriterien wirksam überprüfbar sein. Eine Festlegung von Sozialkriterien als Zuschlagskriterien kommt daher – ebenso wie bei Leistungsmerkmalen – nur in Betracht, wenn sie nachprüfbar sind, z. B. durch Gütezeichen gemäß § 34 VgV.

Denkbar scheint es auch, die Einhaltung bestimmter sozialer Gegebenheiten als Leistungsmerkmal festzulegen, und die Art ihrer Überprüfung als Zuschlagskriterium zu definieren (z.B. Häufigkeit externer Kontrollen). Auf diese Weise kann ggf. eine Differenzierung zwischen verschiedenen Gütezeichen erzielt werden.

Aktuell noch nicht vorgesehen ist die Berücksichtigung von Sozialkosten bei den Lebenszykluskosten gemäß § 59 VgV. Nach Erwägungsgrund 96 RL 2014/24/EU soll aber geprüft werden, ob eine gemeinsame Methode zur Ermittlung der Sozialkosten entlang des Lebenszyklus festgelegt werden kann, bei der bereits bestehende Methoden wie etwa die im Rahmen des Umweltprogramms der Vereinten Nationen festgelegten Leitlinien für die soziale Produktbewertung entlang des Lebenszyklus (Guidelines for Social Life Cycle Assessment of Products) berücksichtigt werden.

## VI. Ausführungsbedingungen

Ausführungsbedingungen enthalten vertragliche Bedingungen, die bei der Durchführung des Auftrages berücksichtigt werden müssen, ohne dass es sich um Eignungs- oder Zuschlagskriterien handelt.<sup>34</sup> Die Einhaltung von Ausführungsbedingungen muss bei der Prüfung der Angebote nicht wirksam überprüfbar sein.<sup>35</sup> Ihre Nichteinhaltung berechtigt den öffentlichen Auftraggeber (nur) zu zivilrechtlichen Maßnahmen nach Zuschlagserteilung. Ein Ausschluss des Angebotes im Vergabeverfahren muss nur dann erfolgen, wenn der Bieter im Angebot erklärt, die Ausführungsbedingungen nicht einzuhalten und damit kein zuschlagsfähiges Angebot abgibt.

---

<sup>33</sup> Sofern Sozialanforderungen im Einzelfall nicht ohne weiteres überprüfbar oder taugliche Berechnungsmethoden nicht verfügbar sind, kann der öffentliche Auftraggeber prüfen, ob die Erfüllung der Sozialanforderungen regelmäßig mit einer anderen Produkteigenschaft, z. B. auch Umwelteigenschaften einhergeht, die den vergaberechtlichen Maßstäben genügt. Ist dies der Fall, kann der Auftraggeber kraft seines Leistungsbestimmungsrechts auch diese andere Produkteigenschaft vorgeben, wenn hierfür die vergaberechtlichen Voraussetzungen – nämlich insbesondere die sachliche Rechtfertigung – vorliegen. Angreifbar erscheint dies nur bei einer Umgehung, die aber schwerlich vorliegen dürfte, wenn die weiteren Produkteigenschaften die Festlegung tragen.

<sup>34</sup> Pfohl, in: Müller-Wrede, GWB, § 128 Rn. 4.

<sup>35</sup> Vgl. Ziekow, SKEW Gutachten Nr. 42, 2016, S. 48f. bzw. S. 53f..

Durch Ausführungsbedingungen kann der Auftraggeber dem Auftragnehmer bspw. konkrete Pflichten auferlegen, die auf eine Einhaltung bestimmter Menschenrechte in der Lieferkette abzielen. Dies scheint insbesondere in solchen Fällen zweckmäßig, in denen das zu liefernde Produkt erst noch hergestellt werden muss und eine Einhaltung der betreffenden Rechte in der gesamten Lieferkette nicht durch Gütezeichen nachgewiesen werden kann. Da der Auftragnehmer i. d. R. nur bedingt Einfluss auf die Produktionsbedingungen in der gesamten Lieferkette hat, könnte eine unbedingte Pflicht zur Nichtverletzung der betreffenden Rechte durch Dritte unverhältnismäßig (s. o.) und möglicherweise sogar zivilrechtlich unwirksam (§ 275 Abs. 1 BGB) sein. Dieser Ausgangspunkt lag wohl auch § 7 TVgG-NRW a.F.<sup>36</sup> zugrunde, wonach Auftragnehmer für die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen nur „Sorge zu tragen“ hatten.

Unter dem Gesichtspunkt der Transparenz sollte allerdings darauf geachtet werden, dass solche Sorgfaltspflichten hinreichend klar bestimmt bzw. bestimmbar sind. Eine Konkretisierung der Pflichten könnte entsprechend dem unter II.2.b dargestellten HRDD-Ansatz erfolgen. In Anlehnung an die „OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains“ im Textilsektor könnte Unternehmen bspw. im Einzelnen vorgegeben werden, eine Strategie zur Umsetzung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten zu entwickeln, eine Risikoanalyse durchzuführen, im Rahmen eines Corrective Action Plans angemessene Risikominderungs- und Abhilfemaßnahmen zu ergreifen, regelmäßige Wirksamkeitskontrollen und ggf. Maßnahmen zur Wiedergutmachung zu unternehmen. In den Ausführungsbedingungen sollte außerdem festgelegt werden, welche Dokumentation über die konkreten Maßnahmen gefordert wird. Flankierend könnten eine Pflicht zur Offenlegung der Lieferkette und Rechte des öffentlichen Auftraggebers, die Einhaltung selbst vor Ort zu kontrollieren, geregelt werden. Es ist allerdings darauf zu achten, dass die Ausführungsbedingungen tatsächlich nur die konkrete Auftragsausführung betreffen und keine Anforderungen an das Unternehmen bzw. die Unternehmenspolitik stellen.

---

<sup>36</sup> Regelungen zur Berücksichtigung der ILO-Kernarbeitsnormen sind in der am 30.03.2018 in Kraft getretenen Neufassung des TVgG-NRW nicht mehr enthalten.

## B. Pflicht zur Sicherstellung der Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen

Mit den unter A. dargestellten Regelungen zur Berücksichtigung sozialer und umweltbezogener Aspekte hat der deutsche Gesetz- und Verordnungsgeber öffentlichen Auftraggebern Instrumente an die Hand gegeben, die eine Sicherstellung der Einhaltung von Menschenrechten durch die Auftragnehmer grundsätzlich ermöglichen. Damit ist aber nicht geklärt, inwiefern öffentliche Auftraggeber in Deutschland verpflichtet sind, von diesen Instrumenten Gebrauch zu machen. Für kommunale öffentliche Auftraggeber oder Bundesländer ergibt sich eine solche Pflicht teilweise aus den Landesvergabegesetzen oder Verwaltungsvorschriften. Eine übergeordnete Pflicht, die Einhaltung bestimmter Menschenrechte bei der Erfüllung öffentlicher Aufträge sicherzustellen, könnte sich außerdem möglicherweise aus grundrechtlichen Schutzpflichten und dem Völkerrecht ergeben.

Im Folgenden werden Pflichten öffentlicher Auftraggeber und des Gesetzgebers nach Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU erörtert. Dieser verpflichtet die Mitgliedsstaaten dazu, durch geeignete Maßnahmen dafür zu sorgen, dass die Wirtschaftsteilnehmer bei der Ausführung öffentlicher Aufträge die sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen der ILO-Kernarbeitsnormen einhalten. Im Lichte von Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU sind die entsprechenden Regelungen, insbesondere § 97 Abs. 3 GWB, u. E. so auszulegen, dass die öffentlichen Auftraggeber über eine geeignete Einbeziehung der ILO-Kernarbeitsnormen ermessensfehlerfrei entscheiden müssen, wenn bei einem Beschaffungsgegenstand das Risiko von Verletzungen in der Lieferkette besteht.

### I. Rechtsgrundlagen

#### **Art. 18 RL 2014/24/EU**

...

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

#### **§ 128 GWB**

*(1) Unternehmen haben bei der Ausführung des öffentlichen Auftrags **alle für sie geltenden rechtlichen Verpflichtungen einzuhalten**, insbesondere Steuern, Abgaben und Beiträge zur Sozialversicherung zu entrichten, **die arbeitsschutzrechtlichen Regelungen einzuhalten** und den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern wenigstens diejenigen Mindestarbeitsbedingungen einschließlich des Mindestentgelts zu gewähren, die nach dem Mindestlohngesetz, einem nach dem Tarifvertragsgesetz mit den Wirkungen des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrag oder einer nach § 7, § 7a oder § 11 des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes oder einer nach § 3a des*



*Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes erlassenen Rechtsverordnung für die betreffende Leistung verbindlich vorgegeben werden.*

#### **ILO 138**

##### **Art. 2**

*1. Jedes Mitglied, das dieses Übereinkommen ratifiziert, hat in einer seiner Ratifikationsurkunde beigefügten Erklärung ein Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung oder Arbeit in seinem Gebiet und auf den in seinem Gebiet eingetragenen Verkehrsmitteln anzugeben; **vorbehaltlich der Artikel 4 bis 8 dieses Übereinkommens darf niemand vor Erreichung dieses Alters zur Beschäftigung oder Arbeit in irgendeinem Beruf zugelassen werden.***

...

*3. Das gemäß Abs. 1 dieses Artikels anzugebende Mindestalter darf nicht unter dem Alter, in dem die Schulpflicht endet, und **auf keinen Fall unter 15 Jahren** liegen.*

...

##### **Art. 4**

*1. **Soweit notwendig**, kann die zuständige Stelle nach Anhörung der beteiligten Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände, soweit solche bestehen, begrenzte Kategorien der Beschäftigung oder Arbeit, bei denen im Zusammenhang mit der Durchführung besondere Probleme von erheblicher Bedeutung entstehen, **von der Anwendung dieses Übereinkommens ausnehmen.***

#### **ILO 182**

##### **Art. 1**

*Jedes Mitglied, das dieses Übereinkommen ratifiziert, hat unverzügliche und wirksame Maßnahmen zu treffen, um sicherzustellen, dass die schlimmsten Formen der Kinderarbeit vordringlich verboten und beseitigt werden.*

##### **Art. 3**

*Im Sinne dieses Übereinkommens umfasst der Ausdruck „die schlimmsten Formen der Kinderarbeit“:*

...

*d) Arbeit, die ihrer Natur nach oder aufgrund der Umstände, unter denen sie verrichtet wird, voraussichtlich für die Gesundheit, die Sicherheit oder die Sittlichkeit von Kindern schädlich ist.*

##### **Art. 4**

*1. Die unter Artikel 3 d) erwähnten Arten von Arbeit sind durch die innerstaatliche Gesetzgebung oder durch die zuständige Stelle nach Beratung mit den in Betracht kommenden Verbänden der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer zu bestimmen, wobei die einschlägigen internationalen Normen zu berücksichtigen sind, insbesondere die Absätze 3 und 4 der Empfehlung betreffend die schlimmsten Formen der Kinderarbeit, 1999.*

## II. Bezugspunkt der Verpflichtung aus Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU: Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen durch Wirtschaftsteilnehmer

Bezugspunkt der Verpflichtung aus Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU sind die sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen, die in den in Anhang X aufgeführten internationalen sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften festgelegt sind. Damit werden u.a. die sog. ILO-Übereinkommen 29, 87, 98, 100, 105, 111, 138 und 182 (im Hinblick auf die Erklärung über grundlegende Prinzipien und Rechte bei der Arbeit und ihre Folgemaßnahmen vom 18.06.1998 als Kernarbeitsnormen bezeichnet) in Bezug genommen. Die Vorschrift setzt damit voraus, dass sich aus den ILO-Kernarbeitsnormen konkrete Verpflichtungen für Unternehmen ableiten lassen (dazu 1.). „Wirtschaftsteilnehmer“ sind Bieter und Bewerber, möglicherweise aber auch Unternehmen, die nicht in direkte Beziehung zum Auftraggeber treten (dazu 2.).

### 1. ILO-Kernarbeitsnormen

In der vergaberechtlichen Literatur wird teilweise kritisch angemerkt, dass die ILO-Übereinkommen lediglich Verpflichtungen von Staaten festlegen und sich aus ihnen im Einzelfall keine klaren und überprüfbaren Mindeststandards ableiten lassen.<sup>37</sup> Träfe dies zu, würde die Pflicht aus Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU (ebenso wie die Vorgabe der ILO-Normen durch eine Vergabestelle) faktisch ins Leere laufen.

Das Fehlen eines greifbaren Mindestgehalts wird insbesondere hinsichtlich der Regelungen zur Kinderarbeit in ILO-Übereinkommen 138 und ILO-Übereinkommen 182 gerügt. Hinsichtlich ILO-Übereinkommen 138 wird darauf hingewiesen, dass nach Art. 4 die Mitgliedsstaaten Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Übereinkommens festlegen können. Hinsichtlich ILO-Übereinkommen 182 wird angemerkt, dass Art. 4 es den Mitgliedsstaaten überlasse, eine Liste von gefährlichen Tätigkeiten i. S. v. Art. 3d zu definieren, die von Kindern unter 18 Jahren nicht ausgeübt werden dürfen. Angesichts dieser staatlichen Gestaltungsspielräume gebe es letztlich kein greifbares Substrat eines Kinderarbeitsverbots. Jedenfalls sei dies für Auftraggeber und Unternehmen nicht zu ermitteln.<sup>38</sup>

U. E. kann Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU nur so verstanden werden, dass die Mitgliedsstaaten unabhängig von einer staatlichen Umsetzung auf die Einhaltung des sozial- und arbeitsrechtlichen Mindestgehalts der Kernarbeitsnormen durch die Unternehmen hinwirken. Ein solcher Mindestgehalt lässt sich insbesondere auch aus den ILO-Übereinkommen 138 und 182 ableiten.

Wie alle völkerrechtlichen Verträge legen die ILO-Übereinkommen im Ausgangspunkt Pflichten der unterzeichnenden Staaten, nicht von Unternehmen fest.<sup>39</sup> Eine unmittelbare Wirkung völkerrechtlicher Verträge gibt es – abseits des supranationalen Europarechts – nicht. Das „Ob

---

<sup>37</sup> Vgl.: Summa, in: Terwiesche /Becker/Prechtel, TVgG, § 7 Rn. 20ff. Die Ausführungen betreffen § 7 TVgG-NRW, der fordert, dass Unternehmen dafür Sorge tragen, dass die beschafften Waren unter Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen hergestellt worden sind. Die Einwände dürften entsprechend auch für Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU gelten.

<sup>38</sup> Summa, a.a.O., Rn. 30ff.

<sup>39</sup> Vgl. Ziekow, in: Ziekow/Völlink, 3. Auflage 2018, § 128 GWB, Rn. 8.

und Wie“ der Umsetzung völkerrechtlicher Verträge obliegt grundsätzlich den unterzeichnenden Staaten.

Wenn sich der europäische Gesetzgeber (oder eine Vergabestelle) gleichwohl auf die Einhaltung der sich in den ILO-Übereinkommen 138 und 182 festgelegten arbeits- und sozialrechtlichen Verpflichtungen durch die Wirtschaftsteilnehmer bezieht, kann dies in der Konsequenz nur bedeuten, dass es um die Begründung einer eigenständigen Pflicht der Wirtschaftsteilnehmer geht, die unabhängig von einer Einhaltung des Völkerrechts durch die Staaten ist. Es geht darum, dass die Wirtschaftsteilnehmer die materiellen Verpflichtungen einhalten, die sich aus den jeweiligen Abkommen ergeben (im Fall von ILO-Übereinkommen 182 also bspw.: keine gesundheitsschädlichen Tätigkeiten durch Kinder ausführen lassen).<sup>40</sup> Jede andere Auslegung würde Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU jeder praktischen Wirksamkeit berauben, da Wirtschaftsteilnehmer die Pflichten von Staaten schon begrifflich nicht erfüllen können.

Wenn in Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU (oder in Vergabeunterlagen oder in diesem Gutachten) von der Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen durch die Wirtschaftsteilnehmer die Rede ist, kommt es folglich nicht darauf an, ob ein bestimmter Staat seine völkerrechtlichen Verpflichtungen tatsächlich erfüllt oder nicht.<sup>41</sup>

Diese Überlegung muss u. E. auch gelten, wenn es um die in Art. 4 ILO-Übereinkommen 138 vorgesehene Ausnahmeregelung oder die in Art. 4 ILO-Übereinkommen 182 vorgesehene Konkretisierung gefährlicher Tätigkeiten geht: Weder die Ausnahmeregelung noch die Konkretisierung geben den unterzeichnenden Staaten die Möglichkeit, ihre völkerrechtlichen Verpflichtungen *nach Belieben* zu gestalten. Die Staaten sind bei der Ausübung der Abweichungs- bzw. Konkretisierungsrechte nicht frei, sondern nach allgemeinen völkerrechtlichen Grundsätzen zu einer effektiven Umsetzung „*in good faith*“ verpflichtet (vgl. Art. 31 Abs. 1 der Wiener Vertragsrechtskonvention). Hat ein Staat keine oder nur eine unzureichende Liste gefährlicher Berufe i. S. d. Art. 4 ILO-Übereinkommen 182 veröffentlicht, bedeutet dies völkerrechtlich nicht, dass in diesem Staat keine Pflicht zur unverzüglichen Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit nach ILO 183 besteht. Auch die Abweichungsmöglichkeit des Art. 4 ILO-Übereinkommen 138 (von der - soweit ersichtlich - kein Staat jeweils Gebrauch gemacht hat) kann nur „soweit notwendig“, d. h. bei Vorliegen eines sachlichen Grundes ergriffen werden. Eine sachgrundlose, treuwidrige Einschränkung des Anwendungsbereichs widerspricht dem Übereinkommen.

Ein Problem ergibt sich vor diesem Hintergrund auch nicht in Staaten wie Bangladesch oder bis zum 13.06.2018 Indien, die die ILO-Übereinkommen 138 oder 182 nicht ratifiziert haben. Zum einen haben sich in der Erklärung über grundlegende Prinzipien und Rechte bei der Arbeit und ihre Folgemaßnahmen vom 18.06.1998 alle Mitglieder der ILO, und damit quasi alle Staaten der Welt verpflichtet, die Kernarbeitsnormen *in good faith* umzusetzen. Zum anderen kommt es auf

---

<sup>40</sup> Summa, a.a.O. Rn. 116 hält es offenbar für erforderlich, die aus den ILO-Kernarbeitsnormen abgeleiteten Mindeststandards ausdrücklich anzugeben. Angesichts der ubiquitären Bezugnahme auf die ILO-Kernarbeitsnormen, ist dies u. E. nicht erforderlich. Allein das Vorhandensein unbestimmter Rechtsbegriffe führt nicht dazu, die die rechtlichen Voraussetzungen jeweils im Einzelnen benannt werden müssten. Dies gilt umso mehr, als es vor allem darum geht, die Einhaltung des jeweils geltenden Arbeitsrechts bei der Produktion sicherzustellen (s.u.).

<sup>41</sup> So auch Ziekow, a.a.O.

die staatliche Umsetzung der Verpflichtungen gerade nicht an, wenn es darum geht, dass die Wirtschaftsteilnehmer die Kernarbeitsnormen einhalten.

Im Ergebnis dürfte die Verpflichtung zur Einhaltung der Kernarbeitsnormen vor allem darauf hinauslaufen, die Einhaltung des jeweiligen nationalen Arbeitsrechts sicherzustellen: In den meisten Staaten ist Kinderarbeit im Einklang mit den Vorgaben der ILO verboten.<sup>42</sup> Probleme können in einer unzureichenden Durchsetzung bestehender Regelungen liegen. Gerade der Kompensation staatlicher Kontrolldefizite dient aber die Vorschrift in Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU. Die Regelung wäre überflüssig, wenn bereits sichergestellt wäre, dass derartige Verstöße ausgeschlossen sind.

Unklarheiten können sich allenfalls dann ergeben, wenn ein Unternehmen im Einklang mit dem Arbeitsrecht eines bestimmten Landes von Kindern Tätigkeiten durchführen lässt, die tatsächlich gefährlich i. S. v. Art. 3d ILO-Übereinkommen 182 sind. Nur in diesem Fall würde sich die Frage stellen, ob von dem Wirtschaftsteilnehmer eine eigenständige völkerrechtliche Prüfung erwartet wird, inwieweit der betreffende Staat ILO-Übereinkommen 182 zutreffend in seinem Arbeitsrecht umgesetzt hat.

Dass es sich bei der Forderung, die Einhaltung des jeweils anwendbaren Rechts sicherzustellen um eine – per se – unmögliche oder unverhältnismäßige Verpflichtung handelt<sup>43</sup>, ist nicht ersichtlich. Unternehmen sind an die jeweils geltenden Gesetze gebunden. Den Vorstand einer deutschen Kapitalgesellschaft trifft nach deutschem Gesellschaftsrecht eine Legalitätspflicht, die sich gerade auch auf ausländische Rechtsvorschriften bezieht.<sup>44</sup> Er sollte insofern schon im Eigeninteresse (Haftungsvermeidung) an einer Einhaltung der Gesetze interessiert sein. Soweit es um die Einhaltung der jeweils geltenden Gesetze durch Nachunternehmer geht, bestehen für ein Unternehmen zwar nicht die gleichen Einflussmöglichkeiten, wie innerhalb des eigenen Unternehmens. Eine kritische Prüfung der Geschäftspartner wird Wirtschaftsteilnehmern aber auch in anderen Bereichen (Finanzsanktionen, Geldwäsche, Terrorismusfinanzierung) zugemutet.

## 2. Wirtschaftsteilnehmer

Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU verlangt, dass die Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen treffen, um dafür zu sorgen, dass die *Wirtschaftsteilnehmer* u. a. die ILO-Kernarbeitsnormen einhalten. Insofern stellt sich die Frage, wer mit Wirtschaftsteilnehmer i. S. v. Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU gemeint ist und ob öffentliche Auftraggeber die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen durch den Auftragnehmer selbst sicherstellen, oder ob sie auch dafür Sorge tragen müssen, dass die ILO-Kernarbeitsnormen von Unterauftragnehmern und Lieferanten bzw. in der gesamten Lieferkette eingehalten werden.

---

<sup>42</sup> Dies gilt jedenfalls für wichtige Produktionsländer, wie Vietnam und China und auch für Länder wie Indien, das (jedenfalls bis vor kurzem) die Übereinkommen 138 und 182 nicht unterzeichnet hatte. Die entsprechenden rechtlichen Grundlagen sind i.d.R. über die ILO-Website abrufbar.

<sup>43</sup> So aber Summa, a.a.O., Rn. 35.

<sup>44</sup> Vgl. LG München, Urteil vom 10.12.2013, 5 HKO 1387/10.

Nach § 2 Abs. 1 Nr. 10 RL 2014/24/EU bezeichnet „Wirtschaftsteilnehmer“ eine natürliche oder juristische Person oder öffentliche Einrichtung oder eine Gruppe solcher Personen und/oder Einrichtungen, einschließlich jedes vorübergehenden Zusammenschlusses von Unternehmen, die beziehungsweise der auf dem Markt die Ausführung von Bauleistungen, die Errichtung von Bauwerken, die Lieferung von Waren beziehungsweise die Erbringung von Dienstleistungen anbietet.

Nach Art. 2 Abs. 1 Nr. 11 und 12 RL 2014/24/EU fallen unter den Begriff „Wirtschaftsteilnehmer“ auf jeden Fall Bieter und Bewerber in einem Vergabeverfahren.

Der Begriff ist aber nicht auf Unternehmen beschränkt, die am Vergabeverfahren teilnehmen. Dies ergibt sich u. a. aus Art. 40 RL 2014/24/EU, wonach öffentliche Auftraggeber Marktkonsultationen zur Vorbereitung der Auftragsvergabe und zur Unterrichtung der Wirtschaftsteilnehmer über ihre Auftragsvergabepläne und -anforderungen durchführen und hierzu den Rat von Marktteilnehmern einholen können, und aus Erwägungsgrund 80 Satz 3 RL 2014/24/EU, der die elektronische Kommunikation betrifft und dabei Wirtschaftsteilnehmer, Bieter und Bewerber nebeneinander gleichrangig nebeneinander nennt.

U. E. spricht Einiges dafür, dass „Wirtschaftsteilnehmer“ im Rahmen von Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU nicht nur der Auftragnehmer ist, sondern alle Unternehmen, die an der Erfüllung des öffentlichen Auftrags beteiligt sind. Selbst wenn Lieferanten und Unterauftragnehmer nicht als Wirtschaftsteilnehmer im engeren Sinne anzusehen sind, werden sie vom Wirtschaftsteilnehmer zur Erfüllung des Auftrags eingesetzt. Sie wirken insofern an der Erfüllung des Auftrags mit. Die Verpflichtung aus Art. 18 Abs. 2 RL/2014/24/EU betrifft die Einhaltung u. a. der in Anhang X aufgeführten internationalen sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften bei der Ausführung der öffentlichen Aufträge. Diese von den Mitgliedstaaten durch geeignete Maßnahmen umzusetzende Pflicht trifft den Wirtschaftsteilnehmer auch, wenn er sich dazu Dritter bedient und damit zumindest mittelbar auch Unterauftragnehmer und Lieferanten.

#### **a) Wortlaut**

Die Reichweite des Begriffs „Wirtschaftsteilnehmer“ wird in der der Richtlinie nicht ausdrücklich begrenzt. Insbesondere erfolgt keine Abgrenzung zu den Begriffen „Unterauftragnehmer“ und „Lieferant“.

Eine Abgrenzung ergibt sich auch nicht aus Erwägungsgrund 105 Abs. 3 RL 2014/24/EU (in Deutschland umgesetzt in § 36 Abs. 5 VgV), der sich auf die Prüfung des öffentlichen Auftraggebers bezieht, "dass auf Unterauftragnehmer keine der Situationen zutrifft, die den Ausschluss von Wirtschaftsteilnehmern rechtfertigen würden". Diese Regelung setzt nicht voraus, dass ein Unterauftragnehmer kein Wirtschaftsteilnehmer ist. Ein unmittelbarer *Ausschluss* von Unterauftragnehmern wäre vielmehr schon deshalb nicht möglich, weil der Unterauftragnehmer ja gar nicht selbst am Vergabeverfahren beteiligt ist.

Dass sich die Begriff „Wirtschaftsteilnehmer“ und „Unterauftragnehmer“ nicht ausschließen, wird auch in Artikel 71 Abs. 3 RL 2014/24/EU deutlich, wonach der öffentliche Auftraggeber auf Wunsch des Unterauftragnehmers, fällige Zahlungen im Zusammenhang mit den für den

Wirtschaftsteilnehmer, an den der öffentliche Auftrag vergeben worden ist (Hauptauftragnehmer), erbrachten Lieferungen direkt an den Unterauftragnehmer leisten kann. Das Gegenstück zum Unterauftragnehmer ist insofern nicht der Wirtschaftsteilnehmer, sondern vielmehr der Hauptauftragnehmer.

Auch Lieferanten können u. E. unter den Begriff „Wirtschaftsteilnehmer“ fallen. Mit Lieferant (englisch *supplier*) bezeichnet die Richtlinie 2014/24/EU den Erbringer von Lieferleistungen unabhängig davon, ob sie direkt an den öffentlichen Auftraggeber (z.B. in Art. 32 Abs. 3 lit. d (Direktvergabe an besonders günstige Lieferanten) oder Erwägungsgrund 108 (Auftragserweiterung, wenn Wechsel des Lieferanten unverhältnismäßig hohe Kosten verursachen würde)) oder an einen weiteren wirtschaftlichen Unternehmer erbracht werden (z.B. in Art. 71 Abs. 5 UAbs. 5 (Lieferanten, die an Bau- oder Dienstleistungsaufträgen beteiligt sind)).

#### **b) Sinn und Zweck**

Die Berücksichtigung der in Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU aufgeführten Verpflichtungen und Vorschriften durch Unterauftragnehmer und (Vor)lieferanten vom Anwendungsbereich des Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU auszunehmen wäre u. E. mit Sinn und Zweck der Richtlinie unvereinbar. Nach Erwägungsgrund 37 sollen die ILO-Kernarbeitsnormen „während der Auftragsausführung [...] gelten“. Diese Zielsetzung ist nicht auf bestimmte Unternehmen beschränkt, sondern gilt generell. Es wäre wertungswidersprüchlich und würde zu missbräuchlichen Gestaltungen einladen, wenn der europäische Gesetzgebung eine Einhaltung fundamentaler Arbeitsrechtsvorschriften nur zugunsten derjenigen Arbeitnehmer anordnen würde, die (zufällig) beim Auftragnehmer selbst und nicht bei seinem Unterauftragnehmer beschäftigt sind. Die Wirtschaftsteilnehmer sollen die Normen bei der Ausführung des Auftrags einhalten. Dabei kann es nicht darauf ankommen, wie der Hauptauftragnehmer die Leistungserbringung ausgestaltet und ob er Dritte einbezieht.

Gegen eine Einbeziehung von Unterauftragnehmern spricht u. E. auch nicht zwingend, dass Art. 71 RL 2014/24/EU Sonderregeln enthält, die auf eine Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen durch die Unterauftragnehmer abzielen: Wenn Art. 71 Abs. 1 RL 2014/24/EU die Mitgliedsstaaten auffordert, die Einhaltung der in Art. 18 Abs. 2 genannten Verpflichtungen durch Unterauftragnehmer durch geeignete Maßnahmen der zuständigen nationalen Behörden (nach Erwägungsgrund 105 Abs. 1 etwa Arbeitsaufsichtsbehörden oder Umweltschutzagenturen) zu gewährleisten, könnte es sich auch um eine zusätzliche Pflicht der Mitgliedsstaaten handeln, die dem besonderen Risiko von Arbeitsrechtsverstößen durch Unterbeauftragungen geschuldet ist. Wenn Art. 71 Abs. 6 lit. b RL 2014/24/EU beispielhaft Möglichkeiten nennt, wie öffentliche Auftraggeber Verstöße gegen die in Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU vermeiden können (z. B. durch Prüfung des Vorliegens von Ausschlussgründen bei Unterauftragnehmern), scheint dies eine Verpflichtung der Mitgliedsstaaten vorauszusetzen, die Einhaltung der in Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU genannten Verpflichtungen auch bei Unterauftragnehmern sicherzustellen.

#### **c) Pflicht der Wirtschaftsteilnehmer zur Sicherstellung der Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen durch Unterauftragnehmer und Lieferanten**

Selbst wenn man davon ausgeht, dass Unterauftragnehmer und Vorlieferanten keine „Wirtschaftsteilnehmer“ im Sinne der Richtlinie sind, und sich die Pflicht der Mitgliedsstaaten nach

Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU daher nicht unmittelbar auf sie erstreckt, ließe sich argumentieren, dass die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen durch die Wirtschaftsteilnehmer die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen durch ihre Unterauftragnehmer und Lieferanten umfasst. Allerdings ist es nach Erwägungsgrund 37 RL 2014/24/EU besonders wichtig, dass Mitgliedsstaaten und öffentliche Auftraggeber geeignete Maßnahmen ergreifen, um die Einhaltung der am Ort der Ausführung der Bauleistungen oder der Erbringung der Dienstleistungen geltenden Anforderungen auf dem Gebiet des Umwelt-, Sozial- und Arbeitsrechts zu gewährleisten. Dies trifft keine Aussage dazu, welche Vorschriften bei Warenlieferungen bei einer Produktion im Ausland Anwendung finden. Gegen die Einbeziehung von Produzenten und Lieferanten spricht außerdem Art. 71 RL/2014/24/EU, der Lieferanten ausdrücklich von bestimmten Mitteilungspflichten ausnimmt. Für die Einbeziehung der gesamten Lieferkette spricht jedoch der Zweck der Richtlinie, die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge ganz allgemein sicherzustellen. Außerdem könnte sich dies aus dem Grundsatz der Effektivität ergeben. Es wäre inkonsequent, wenn die ILO-Kernarbeitsnormen durch „Outsourcen“ der verbotenen Tätigkeiten auf Dritte umgangen werden könnten. Dies gilt zumal Verstöße gegen ILO-Kernarbeitsnormen häufig eher bei Vorlieferanten als bei im Mitgliedstaat tätigen Hauptauftragnehmern zu besorgen sind. Es dürfte vielmehr darauf ankommen, welche Leistungen Gegenstand des Auftrags sind.<sup>45</sup> Da Leistungsmerkmale aller Lebenszyklusstadien eines Produkts/einer Ware mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen können,<sup>46</sup> betreffen auch die nicht beim Auftragnehmer durchgeführten Produktionsschritte die Ausführung des öffentlichen Auftrags i. S. d. Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU.<sup>47</sup>

### III. Inhalt der Pflicht: „geeignete Maßnahmen“

Nach Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU i. V. m. Anhang X RL 2014/24/EU sind die Mitgliedsstaaten verpflichtet, geeignete Maßnahmen zu treffen, um dafür zu sorgen, dass die Wirtschaftsteilnehmer bei der Ausführung öffentlicher Aufträge die ILO-Kernarbeitsnormen einhalten. Die Vorschrift legt eine staatliche Handlungs- bzw. „compliance“-Pflicht fest, die gerade auch Produktionsschritte im Ausland betrifft<sup>48</sup>.

Der Begriff „geeignete Maßnahmen“ (in der englischen Fassung „*appropriate measures*“, in anderen Rechtsakten teils auch mit „zielführende Maßnahmen“ übersetzt) wird im Europarecht in verschiedenen Zusammenhängen verwendet. Insbesondere beschreibt er den Inhalt der sich aus Art. 4 Abs. 3 2. Hs. EUV ergebenden Loyalitätspflicht. Danach sind die Mitgliedstaaten grundsätzlich verpflichtet, alle geeigneten Maßnahmen zu treffen, um die volle Wirksamkeit des Unionsrechts zu gewährleisten, auch wenn eine Bestimmung des Unionsrechts für den Fall ihrer Verletzung keine eigene Sanktionsbestimmung enthält oder auf nationale Rechts- und Verwaltungsvorschriften verweist.<sup>49</sup>

<sup>45</sup> Zur Abgrenzung zwischen Unterauftragnehmern und Lieferanten VK Nordbayern, Beschluss vom 31.03.2016, 21.VK.3194-02/16.

<sup>46</sup> Vgl. Art. 42 Abs. 1 RL 2014/24/EU, § 31 Abs. 3 VgV.

<sup>47</sup> Vgl. aber die Abgrenzung zwischen Unterauftragnehmerleistungen und Hilfstätigkeiten, dazu instruktiv Gabriel, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, § 18 Rn. 18 m.w.N.

<sup>48</sup> Ziekow, SKEW-Gutachten 2016, S. 16-18; Kaufmann et al., Extraterritorialität im Bereich Wirtschaft und Menschenrechte, 2016; Telles/Ølykke, 2017, Sustainable Procurement: A Compliance Perspective of EU Public Procurement Law.

<sup>49</sup> vgl. EuGH, Urteil vom 30.09.2003, C-167/01.

Rechtsprechung zur konkreten Bedeutung von „geeigneten Maßnahmen“ im Zusammenhang von Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU gibt es bislang nicht. Anhaltspunkte für die Auslegung ergeben sich aber aus der Rechtsprechung zu Art. 4 Abs. 3 EUV und anderen Rechtsakten, die die Mitgliedsstaaten dazu verpflichten, „geeignete Maßnahmen“ im Hinblick auf die Erreichung eines bestimmten Ziels zu ergreifen:

Danach wird durch die Verwendung des Begriffs „geeignete Maßnahmen“ den Mitgliedsstaaten grundsätzlich ein Ermessensspielraum hinsichtlich der konkreten Maßnahmen eingeräumt. Dieser Ermessensspielraum ist allerdings im Einklang mit dem jeweiligen Ziel der Richtlinie zu nutzen.<sup>50</sup> Wenn eine spezifische Maßnahme zur Erreichung des Ziels auch nicht ergriffen werden muss, bedeutet dies nicht, dass überhaupt keine Maßnahme ergriffen werden dürfte.

Sofern im Einzelfall nur eine wirksame Maßnahme in Betracht kommt, kann die praktische Wirksamkeit des Europarechts sogar das Ergreifen einer bestimmten Maßnahme erfordern.<sup>51</sup> Bezüglich der in den Luftreinhalteplänen nach Art. 23 Abs. 1 Aus. 2 RL 2008/50 zu treffenden, europarechtlich nicht näher spezifizierten „geeignete Maßnahmen“ zur Verhinderung von Überschreitung der Grenzwerte für Stickstoffdioxid hat das BVerwG bspw. unlängst entschieden, dass ein Verkehrsverbot für Diesel-Kraftfahrzeuge die einzige „geeignete Maßnahme“ darstellen kann, um die Ziele der Richtlinie zu erreichen. Entgegenstehendes nationales Recht muss ggf. unangewendet bleiben, wenn dies für die volle Wirksamkeit des Unionsrechts erforderlich ist.<sup>52</sup>

Besteht das Ziel darin, bestimmte Praktiken zu verhindern, sind vor allem solche Maßnahmen geeignet, die Verstöße gegen die jeweilige Verpflichtung ahnden. Etwaige Sanktionen müssen dabei „wirksam und abschreckend“ sein.<sup>53</sup> Auch allgemeine Gesetze, wie Verjährungsregeln dürfen nicht dazu führen, dass Verstöße in einer beträchtlichen Anzahl von Fällen nicht sanktioniert werden.<sup>54</sup>

Die in Teil A dargestellten Möglichkeiten der öffentlichen Auftraggeber, die ILO-Kernarbeitsnormen bei der Beschaffung zu berücksichtigen, stellen grundsätzlich geeignete Maßnahmen dar. Dies gilt insbesondere für die Vorgabe der Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen als Leistungsmerkmale, wenn ihre Einhaltung z. B. durch Gütezeichen wirksam überprüft wird. Ausführungsbedingungen i. S. v. § 128 Abs. 2 GWB sind geeignet, wenn sie tatsächlich und effektiv Verstöße gegen ILO-Kernarbeitsnormen verhindern oder zumindest ein entsprechendes Risiko minimieren. Dazu ist u. U. auch erforderlich, dass die Einhaltung der Ausführungsbedingungen wirksam überprüft wird und ggf. vertragliche Rechte (Vertragsstrafen bzw. Kündigung) ausgeübt werden.

---

<sup>50</sup> vgl. EuGH, Urteil vom 17.12.2009, C-227/08, zu Belehrungspflichten beim Widerrufsrecht von Verbrauchern.

<sup>51</sup> EuGH, Urteil vom 14. September 2016 – C-184/15 und C-197/15, zur Umsetzung des Verbots des missbräuchlichen Einsatzes aufeinanderfolgender befristeter Arbeitsverträge.

<sup>52</sup> BVerwG, Urteil vom 27.02.2018, 7 C 26.16 und 7 C 30.17.

<sup>53</sup> vgl. von Bogdandy/Schill, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 62. EL Juli 2017, Art. 4 EUV Rn. 79. EuGH, Urteil vom 14. September 2016 – C-184/15 und C-197/15; EuGH, Urteil vom 30.09.2003, C-167/01 – Inspire Art, zur Gleichbehandlung ausländischer Gesellschaften.

<sup>54</sup> EuGH, 08.09.2015 - C-105/14, Taricco zur Bekämpfung von Mehrwertsteuerbetrug



#### IV. Adressat der Verpflichtung aus Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24

Adressat der Verpflichtung aus Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU sind die Mitgliedsstaaten. Damit sind grundsätzlich alle Träger öffentlicher Gewalt in den Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten angesprochen.<sup>55</sup> Erfasst sind neben Gesetzgebern, Gerichten und Verwaltung auch öffentliche Unternehmen und Beliehene. Alle diese Stellen sind verpflichtet, *eigenständig* tätig zu werden, d. h. entsprechende Maßnahmen zu ergreifen, ohne dass der nationale Gesetzgeber zuvor tätig werden müsste.<sup>56</sup> Damit dürften grundsätzlich auch alle öffentlichen Auftraggeber zur Umsetzung der Pflicht aus Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU gefordert sein. Die öffentlichen Auftraggeber übernehmen die Verantwortung für die Einhaltung umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlicher Vorschriften wohl allerdings nur subsidiär, wenn der mitgliedstaatliche Rechtsetzer keine entsprechende Pflicht anordnet.<sup>57</sup>

Jedenfalls ergibt sich aus Art. 4 Abs. 3 EUV eine Pflicht der Gerichte zur richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts. Zumindest missverständlich ist insofern die Aussage, Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU betreffe nicht die öffentlichen Auftraggeber.<sup>58</sup> Nach hier vertretener Auffassung ist die Verpflichtung aus Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU nämlich nur dann erfüllt, wenn öffentliche Auftraggeber im Lichte dieser Vorschrift eine ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Aufnahme der ILO-Kernarbeitsnormen in die Leistungsbeschreibung oder die Festlegung zielführender Ausführungsbedingungen treffen (s. u.). Jedenfalls reflexartig sind damit auch öffentliche Auftraggeber von Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU betroffen.<sup>59</sup>

#### V. Grenzen der Verpflichtung, insbesondere Verhältnismäßigkeit

Die Verpflichtung aus Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU zum Ergreifen geeigneter Maßnahmen gilt nicht grenzenlos. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erfordert, dass die von den Mitgliedstaaten im Bereich des Unionsrechts erlassenen Maßnahmen nicht die Grenzen dessen überschreiten, was zur Erreichung der mit der betreffenden Regelung verfolgten Ziele angemessen und erforderlich ist. Stehen mehrere geeignete Maßnahmen zur Auswahl, ist die am wenigsten belastende zu wählen, und die verursachten Nachteile dürfen nicht außer Verhältnis zu den angestrebten Zielen stehen.<sup>60</sup>

Aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (vgl. Art. 5 Abs. 4 EUV, Art. 18 Abs. 1 RL 2014/24/EU) könnte die Anordnung besonderer Nachweis- oder Sorgfaltspflichten zur Sicherstellung der Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen i. S. v. Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU z.B. unzulässig sein, wenn eine Verletzung der ILO-Kernarbeitsnormen bei einem konkreten Beschaffungsgegenstand nicht zu besorgen ist:

<sup>55</sup> vgl. Urteil vom 20.09.1988, C-31/87 – Beentjes, Rn. 39.

<sup>56</sup> von Bogdandy/Schill, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim/von Bogdandy, 62. EL Juli 2017, Art. 4 EUV Rn. 62.

<sup>57</sup> Glaser, Zwingende soziale Mindeststandards bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 39

<sup>58</sup> vgl. Opitz, in: Burgi/Dreher, 3. Auflage 2017, § 128 GWB Rn. 10.

<sup>59</sup> vgl. zur mittelbaren Wirkung für Private: von Bogdandy/Schill, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim/von Bogdandy, 62. EL Juli 2017, Art. 4 EUV Rn. 64.

<sup>60</sup> Schlussanträge des Generalanwalts Wahl vom 25.01.2018, C-683/16 m.w.N.

Einen Anhaltspunkt könnte insofern die Regelungen in den verschiedenen Landesvergabegesetzen bieten, z. B. die Liste *sensibler Produkte* in § 6 Abs.2 RVO TVgG-NRW a.F., bei deren Beschaffung öffentliche Auftraggeber in NRW bis zum 30.03.2018 gesonderte Nachweise über die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen verlangen mussten. Allerdings wurde diese Liste in der Literatur für willkürlich gehalten.<sup>61</sup> Tatsächlich wäre es wohl schlüssiger gewesen, wenn die Liste sich konsequenter an Materialien und Herstellungsprozessen orientieren hätte. Unverhältnismäßig wäre die Vorgabe bestimmter Nachweis- und Sorgfaltspflichten bei einem bestimmten Produkt aber wohl nur dann, wenn bei einem Produkt tatsächlich kein Risiko für die Verletzung von Kernarbeitsnormen besteht, dass eine Forderung rechtfertigt.

Denkbar scheint auch, besondere Nachweise nur für Produktionsschritte in bestimmten Ländern oder Regionen zu fordern. Nach dem TVgG-NRW a.F. waren Nachweise bspw. nur bei der Produktion in Herstellungsländern erforderlich, die auf der sog. DAC-Liste der OECD stehen<sup>62</sup>. Auch diese Begrenzung schien diskussionswürdig. Die DAC-Liste dient vor allem der Ermittlung des Entwicklungshilfe-Anteils am BIP im Hinblick auf die (nach Art. 208 Abs. 2 AEUV verbindliche) Selbstverpflichtung der OECD-Mitgliedsstaaten. Sie wird vom OECD Development Aid Committee anhand des jeweiligen Bruttonationaleinkommens pro Einwohner für statistische Zwecke festgelegt und hat im Ansatz keinen Bezug zu Arbeitsbedingungen bzw. –rechten und ihrer staatlichen Überwachung. Ein Zusammenhang zwischen niedrigem Bruttonationaleinkommen und Verletzung der ILO-Kernarbeitsnormen wäre zumindest begründungsbedürftig: So enthält die DAC-Liste bestimmte Staaten nicht, die trotz relativen Reichtums häufig als Beispiele für gravierende Verletzungen von Arbeitnehmerrechten hervorgehoben werden, wie z. B. die Golf-Staaten<sup>63</sup>.

Zweifelhaft an der Regelung des TVgG-NRW war außerdem die Bezugnahme auf die Ursprungsregel des Art. 60 Abs. 2 des Zollkodex der EU (VO (EU) 952/2013) bei der Bestimmung des relevanten Herkunftslandes. Eine ILO-Nachweispflicht entfiel damit bei Produkten, die in einem Staat, der nicht auf der DAC-Liste steht einer letzten wesentlichen, wirtschaftlich gerechtfertigten Be- oder Verarbeitung unterzogen wurden<sup>64</sup>. Sofern es bei der Forderung von ILO-Nachweisen gerade um die effektive Sicherstellung der ILO-Kernarbeitsnormen in der Lieferkette geht, kann es auf den „zufälligen“ Ort des letzten Verarbeitungsschrittes aber nicht ankommen.

Sofern sich eine Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen in der Lieferkette nicht objektiv, z. B. durch Gütezeichen überprüfen lässt, und deshalb nur Sorgfaltspflichten als Ausführungsbedingungen vorgegeben werden können, könnte sich eine Unverhältnismäßigkeit auch ergeben, wenn die geforderten Prüf- und Dokumentationspflichten zum Auftragsvolumen außer Verhältnis stehen.

---

<sup>61</sup> Summa, a.a.O., Rn. 47ff

<sup>62</sup> Auch die Vergabegründung des Blauen Engel macht diese Einschränkung.

<sup>63</sup> Vgl. bspw. die Entschließung des EU-Parlaments vom 21.11.2013, 2013/2952(RSP) zur Lage der Wanderarbeitnehmer in Katar).

<sup>64</sup> Vgl. auch Krönke, VergR 2017, 101, 105.

## VI. Umsetzung im deutschen Vergaberecht

Die Verpflichtung aus § 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU wird u. E. nicht durch § 128 Abs. 1 GWB umgesetzt. Es ist schon zweifelhaft, ob § 128 Abs. 1 GWB die Unternehmen überhaupt zur Einhaltung des sozial- und arbeitsrechtlichen Gehalts der ILO-Kernarbeitsnormen i. S. v. Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU verpflichtet. Jedenfalls enthält die Regelung keinerlei Nachweispflichten oder Sanktionsregelungen, die die Einhaltung der Verpflichtung sicherstellen würden (dazu 1.).

U. E. sind die im Vergaberecht angelegten Möglichkeiten zur Vorgabe „sozialer“ Leistungsmerkmal und Ausführungsbedingungen im Lichte von Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU so auszulegen, dass der öffentliche Auftraggeber zu einer ermessenfehlerfreien Entscheidung verpflichtet ist, wenn besonderen Risiken für eine der Verletzung der ILO-Kernarbeitsnormen bestehen (dazu 2.). Soweit einzelne öffentliche Auftraggeber von der Komplexität der dabei erforderlichen Abwägungen überfordert sind, ergibt sich mittelbar ein Bedarf für ergänzende Maßnahmen des Bundes und der Länder, um die pflichtgemäße Handhabung der Vorgaben durch die einzelnen öffentlichen Auftraggeber abzusichern (dazu 3.).

### 1. Erfüllung durch § 128 Abs. 1 GWB?

Gesetzgeber und Kommentarliteratur gehen davon aus, dass die Pflicht aus Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24 durch die Regelung in § 128 Abs. 1 GWB umgesetzt ist.<sup>65</sup> Die Gesetzesbegründung geht sogar davon aus, dass sie über die Verpflichtung aus Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU hinausginge, da sie die Auftragnehmer zur Einhaltung aller für sie geltenden gesetzlichen Vorschriften verpflichte. Eine gesonderte Regelung zu den ILO-Kernarbeitsnormen sei entbehrlich, da diese in allen EU-Mitgliedsstaaten umgesetzt seien.

U. E. wird die Verpflichtung aus Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU durch § 128 Abs. 1 GWB nicht vollständig umgesetzt. § 128 Abs. 1 GWB betrifft die ILO-Kernarbeitsnormen nicht. Jedenfalls ist er nicht geeignet, zu ihrer effektiven Einhaltung beizutragen.

Wie unter B.II dargestellt, kann Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU u. E. nur so verstanden werden, dass er – unabhängig von der völkerrechtlichen Umsetzung im Einzelfall – eine Einhaltung der sich aus den ILO-Kernarbeitsnormen ergebenden sozialen Verpflichtungen durch die Wirtschaftsteilnehmer selbst fordert. Es handelt sich um eine Verpflichtung, die sich nicht schon aus den ILO-Kernarbeitsnormen selbst ergibt, weil diese keine Pflichten von Unternehmen regeln. Dann kann es sich auch nicht um „für sie“ (d. h. die Unternehmen) geltende rechtliche Verpflichtungen i. S. v. § 128 Abs. 1 GWB handeln. Dies gilt auch dann, wenn die Verpflichtung aus Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU in vielen Fällen auf eine Einhaltung des jeweiligen nationalen Arbeitsrechts hinauslaufen dürfte. Dass § 128 Abs. 1 GWB Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU nicht vollständig umsetzt, wird u. E. auch dadurch deutlich, dass er auf die Anhang X RL 2014/24/EU genannten Umweltabkommen keinen Bezug nimmt.

Selbst wenn die genannten Pflichten im Lichte von Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU, den der deutsche Gesetzgeber ausdrücklich umsetzen wollte, von § 128 Abs. 1 GWB erfasst sein sollten,

---

<sup>65</sup> Opatz, in: Burgi/Dreher, § 128 Rn. 3, BT-Drs 18/6281.

stellt die Regelung keine „geeignete Maßnahme“ i. S. v. Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU dar. Von ihr geht keinerlei präventive oder sanktionierende Wirkung aus:

Nach herrschender Meinung soll § 128 Abs. 1 GWB für Unternehmen nur „deklaratorische Bedeutung“ haben.<sup>66</sup> Es werde die „Selbstverständlichkeit“ geregelt, dass Unternehmen alle für sie geltenden rechtlichen Verpflichtungen einzuhalten haben.<sup>67</sup> § 128 Abs. 1 verpflichtet die Auftraggeber ausdrücklich nicht, zur Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen irgendwelche Schritte zu unternehmen. Die gesetzlichen Verpflichtungen werden durch § 128 Abs. 1 GWB nicht automatisch zu Vertragsbedingungen. § 128 Abs. 1 soll insofern nur als Rechtfertigung dienen, entsprechende Ausführungsbedingungen festzulegen.<sup>68</sup> Die Gesetzesbegründung geht davon aus, dass die Sicherstellung der Einhaltung „über Vorgaben in den einzuhaltenden Regelungen selbst [erfolgt], da diese bereits spezielle Sanktionsmechanismen (wie etwa Straf- und Bußgeldtatbestände, besondere Ausschlussgründe für künftige Vergabeverfahren, Einrichtung besonderer Kontrollbehörden, etc.) enthalten“. Eine rein deklaratorische Vorschrift kann eine staatliche Handlungspflicht aber nicht effektiv umsetzen.

## 2. Richtlinienkonforme Auslegung

Aus der Tatsache, dass § 128 Abs. 1 GWB allein Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU unzureichend umsetzt, folgt nicht zwingend, dass es einer anderen gesetzlichen Regelung bedürfte. Wie unter B.V dargestellt, müssen die Maßnahmen zur Sicherstellung der Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen durch die Unternehmen jeweils verhältnismäßig sein. Eine pauschale Vorgabe von Nachweis- und Sorgfaltspflichten für alle Produkte, Produktionsschritte und Herkunftsländer wäre problematisch. Dass eine verhältnismäßige Ausgestaltung überhaupt durch den Gesetzgeber vorgenommen werden könnte, scheint fraglich. U. E. kann die Verpflichtung am ehesten durch richtlinienkonforme Auslegung des bestehenden Vergaberechts eingehalten werden.

Wie in Teil A dargestellt, hat der Gesetzgeber verschiedene Möglichkeiten eröffnet, soziale Kriterien bei der Vergabe zu berücksichtigen. Insbesondere können öffentliche Auftraggeber gemäß § 31 Abs. 3 VgV in der Leistungsbeschreibung soziale Aspekte des Herstellungsprozesses vorgeben, auch wenn derartige Faktoren keine materiellen Bestandteile der Leistung sind, und gemäß § 128 Abs. 2 GWB Ausführungsbedingungen festlegen, die soziale Belange betreffen. Dass Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU die Schaffung zusätzlicher Instrumente für die Gewährleistung der ILO-Kernarbeitsnormen erfordern würde, ist nicht ersichtlich.

Im Lichte von Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU dürfte es nun erforderlich sein, dass öffentliche Auftraggeber im Hinblick auf die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen von genannten Möglichkeiten auch tatsächlich in ermessensfehlerfreier Weise Gebrauch machen. Öffentliche Auftraggeber dürfen nicht „sehenden Auges“ Produkte beschaffen, die unter Verletzung dieser Normen, z. B. von Sklaven hergestellt wurden.

---

<sup>66</sup> Opitz, in: Burgi/Dreher, § 128 Rn. 10.

<sup>67</sup> Wiedemann, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, § 128 GWB Rn. 4.

<sup>68</sup> Wiedemann, a.a.O.

Anders als von der Literatur bisher postuliert<sup>69</sup>, ist § 97 Abs. 3 GWB u. E. so zu verstehen, dass er die öffentlichen Auftraggeber zu einer ermessensfehlerfreien Entscheidung über die Einbeziehung von Sozialkriterien verpflichtet, wenn das nachgewiesene Risiko besteht, dass Produkte unter Verstoß gegen ILO-Kernarbeitsnormen produziert werden.

Bei der Ermessenausübung dürften insofern vor allem folgende Aspekte relevant sein:

- Anhaltspunkte für die Verletzung von ILO-Kernarbeitsnormen in der Lieferkette des betreffenden Produkts: Art des Produkts (Ausgangsmaterialien und Verarbeitungsschritte), betroffene Länder, Komplexität der Lieferkette
- Verfügbarkeit von Nachweisen, sonstigen Überprüfungsmöglichkeiten
- Verhältnis von Prüfaufwand zu Auftragsvolumen, Leistungszeitraum, etc.

Soweit ein besonderes Risiko für die Verletzung der ILO-Kernarbeitsnormen vorliegt, ergeben sich vor allem folgende Möglichkeiten des öffentlichen Auftraggebers:

Stehen objektive Nachweismöglichkeiten, insbesondere Gütezeichen, zur Verfügung stehen, dürfte er in der Regel die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen als Leistungsmerkmale vorgeben (vgl. Teil A IV.). Stehen keine objektiven Nachweismöglichkeiten zur Verfügung, dürfte zu fordern sein, dass er die Auftragnehmer zur Durchführung von geeigneten Risikominimierungsmaßnahmen verpflichtet (vgl. Teil A VI.). Soweit praktikabel (vgl. Teil A.II) kommt es u. U. auch in Betracht, nur solche Bieter als geeignet anzusehen, die nachweisen, dass ihr Lieferkettenmanagementsystem auf einen Ausschluss von Verletzungen der ILO-Kernarbeitsnormen abzielt.

Neben dem Ermessenspielraum auf Rechtsfolgenseite könnte ein Beurteilungsspielraum hinsichtlich der tatbestandlichen Voraussetzungen bestehen, d. h. hinsichtlich des Risikos der Verletzung von ILO-Kernarbeitsnormen bei der Herstellung der betreffenden Produkte oder Dienstleistungen. Für einen solchen Beurteilungsspielraum könnte sprechen, dass es um eine Prognoseentscheidung geht, die eine vorausschauende Risikoermittlung bzw. -bewertung erfordert.<sup>70</sup> Gegen einen Beurteilungsspielraum spricht, dass der öffentliche Auftraggeber in der Regel über keine besondere Expertise hinsichtlich einer möglichen Verletzung von ILO-Kernarbeitsnormen in der Lieferkette verfügen dürfte. Selbst wenn ein entsprechender Beurteilungsspielraum bestünde, würde dieser nicht zu einem Wegfall gerichtlicher Kontrolle, sondern allenfalls zu einer Beschränkung gerichtlicher Kontrolldichte führen. Das Gericht bliebe verpflichtet zu überprüfen, ob im Gesamtergebnis die vorgenommenen Untersuchungen sowohl in ihrem methodischen Vorgehen als auch in ihrer Ermittlungstiefe ausreichen, um dem Auftraggeber eine sachgerechte Prüfung zu ermöglichen.<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> Ziekow, in: Ziekow/Völlink, § 97 GWB, R. 61; Lux/Fehns-Böer, in: Müller-Wrede, § 97 GWB Rn. 58; Opitz, in: Burgi/Dreher, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 26; Wiedemann, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, § 97 GWB, Rn. 100ff.

<sup>70</sup> Vgl. bspw. BVerwG, Urteil vom 21.11.2013, 7 C 40.11, zum Beurteilungsspielraum der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbehörde bei der Prüfung, ob artenschutzrechtliche Verbotstatbestände erfüllt sind, soweit sich zu ökologischen Fragestellungen noch kein allgemein anerkannter Stand der Fachwissenschaft herausgebildet hat.

<sup>71</sup> Vgl. BVerwG, a.a.O.

### 3. Ergänzende Maßnahmen auf übergeordneter Ebene

Für viele Beschaffungsgegenstände dürften effektive objektive Nachweismöglichkeiten, insbesondere Gütezeichen aktuell nicht oder nicht für die gesamte Lieferkette verfügbar sein. In der Regel muss der Auftraggeber damit wohl durch Ausführungsbedingungen auf eine Minimierung des Risikos von Kernarbeitsnormverstößen hinwirken.

Ausführungsbedingungen sind zur Sicherstellung der Einhaltung der Kernarbeitsnormen durch die Unternehmen allerdings nur dann geeignet, wenn sie im Hinblick auf den jeweiligen Beschaffungsgegenstand adäquat ausgestaltet sind und effektiv kontrolliert werden, z. B. die Dokumentation der geforderten Maßnahmen regelmäßig überprüft wird und vertragliche Rechte tatsächlich wahrgenommen werden. Mit derartigen Aufgaben könnten einzelne Vergabestellen möglicherweise überfordert sein.

Die Verantwortlichkeit der Mitgliedsstaaten dürfte insofern nicht damit enden, den öffentlichen Auftraggebern mit den Ausführungsbedingungen ein Instrument an die Hand zu geben, das grundsätzlich geeignet ist, zu einer Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen durch Unternehmen beizutragen. Sie müssen eine vollständige Anwendung der Richtlinie durch die nationale Verwaltung sicherstellen.<sup>72</sup>

Bund und Länder müssen daher prüfen, inwieweit weitere Maßnahmen erforderlich sind, um die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen bei öffentlichen Aufträgen sicherzustellen (z.B. Schaffung entsprechender Prüfstrukturen, Einrichtungen, Verwaltungsvorschriften, Musterausführungsbedingungen). Mitgliedstaaten sind grundsätzlich verpflichtet, die für die Anwendung der Richtlinien erforderlichen Verwaltungsstrukturen zu schaffen und angemessene Sanktionen für die darin enthaltenen Verpflichtungen vorzusehen, auch wenn dahin gehende Bestimmungen des Unionsrechts fehlen.<sup>73</sup>

Sowohl der Nationale Aktionsplan „Umsetzung der VN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte“ der Bundesregierung, als auch der zu seiner Umsetzung entwickelte „Stufenplan“ zur Etablierung der nachhaltigen Vergabe von 50% der von obersten Bundesbehörden beschafften Textilien bis 2020 (Stand: Montag, 28. August 2017) beschreiben insofern konkrete Ziele und mögliche Maßnahmen (Schulungen, Monitoring). Für die Erfüllung der Verpflichtung aus Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU ist entscheidend, ob die beschriebenen Maßnahmen tatsächlich ergriffen werden und zum gewünschten Erfolg führen, nämlich dass die öffentlichen Auftraggeber in der Lage sind, die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen bei öffentlichen Aufträgen sicherzustellen. Durch NAP und Stufenplan allein ist die Verpflichtung aus Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU noch nicht umgesetzt.

### VII. Schutzwirkung zugunsten von Unternehmern?

Nach hier vertretener Ansicht könnten Bieter im Einzelfall einen Anspruch darauf haben, dass der öffentliche Auftraggeber ermessensfehlerfrei über Maßnahmen zur Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen entscheidet. Insbesondere in dem Fall, dass Güter mit hohem Risiko von Verstößen gegen die ILO-Kernarbeitsnormen in der Lieferkette beschafft, für die geeignete

<sup>72</sup> EuGH, Schlussanträge der Generalanwältin Kokott vom 30. Mai 2013, C 151/12, m.w.N.

<sup>73</sup> EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts/der Generalanwältin vom 06.09.2012, C-556/10, m.w.N.

Gütezeichen verfügbar sind, könnten Bieter die Ermessensentscheidung der Vergabestelle im Nachprüfungsverfahren überprüfen lassen. Dies dürfte insbesondere für solche Bieter interessant sein, die über eine zertifizierte Lieferkette verfügen.

Voraussetzung für eine Nachprüfbarkeit vor der Vergabekammer ist, dass es sich bei §§ 97 Abs. 3, 128 Abs. 2 GWB und §§ 31 Abs. 3, 46 Abs. 3 Nr. 4 VgV, soweit sie im Lichte von Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU als Ermessensnormen auszulegen sind, um *Bestimmungen über das Vergabeverfahren* i. S. v. § 97 Abs. 6, 160 Abs. 2 GWB handelt. Insofern kommt es darauf an, dass die Norm gerade dem Schutz individueller Unternehmer dient.<sup>74</sup>

Rechtsprechung oder Literatur zur Frage, ob § 97 Abs. 3 i. V. m. § 128 Abs. 2 GWB und § 31 Abs. 3 VgV insoweit unternehmensschützenden Charakter haben, ist nicht ersichtlich, da diese Normen bisher nicht als Ermessensnormen identifiziert wurden. Eine Parallele könnte sich zu den Regelungen in §§ 67, 68 VgV ergeben, die öffentliche Auftraggeber zur Beschaffung energieeffizienter Liefer- und Dienstleistungen bzw. energieeffizienter und emissionsarmer Straßenfahrzeuge verpflichten.

Ob diese Regelungen unternehmensschützend sind, ist in Literatur und Rechtsprechung umstritten. Teilweise wird vertreten, dass sich Bieter auf diese Vorschriften nicht berufen können, da ihre Einhaltung nur allgemeinen umweltpolitischen Interessen dient und sie in die Sphäre der Leistungsbestimmung fallen.<sup>75</sup> Dagegen wird zurecht eingewandt, dass die Normen vom Gesetzgeber bewusst ins Vergaberecht integriert wurden, konkrete Vorgaben Anforderungen an die Leistungsbeschreibung (und nicht die Leistungsbestimmung) stellen und ausdrücklich auf die Schaffung einer entsprechenden Marktnachfrage abzielen.<sup>76</sup> Das OLG Düsseldorf hat im Beschluss vom 01.08.2012, VII-Verg 105/11 ausdrücklich festgestellt:

*Der europäische Gesetzgeber und (im Rahmen der ihnen durch das EU-Vergaberecht verliehenen Befugnisse) die Mitgliedstaaten sind allerdings - zu welchem, gegebenenfalls auch politisch motiviertem, Zweck auch immer - berechtigt, die Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers einzuschränken und ihr in diesem Zusammenhang verbindliche rechtliche Vorgaben und Grenzen zu setzen (so z. B. geschehen bei der Bestimmung des Beschaffungsgegenstands durch Art. 23 Abs. 8 Richtlinie 2004/18 i. V. m. § 8 Abs. 7 VOL/A-EG sowie im Hinblick auf die Energieeffizienz durch § 4 Abs. 5 VgV i. V. m. Vorschriften der Energieeffizienz-Richtlinie 2006/32/EG; für Energieeffizienz als Zuschlagskriterium siehe im Übrigen u.a. § 4 Abs. 6b VgV; vgl. dazu auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 1.8.2012 - VII-Verg 10/12 m.w.N.). Solche normativen Grenzziehungen und Vorgaben sind gleichviel, ob sie die Festlegung des Beschaffungsgegenstands (im weiteren Sinn auch die Leistungsbeschreibung), Bedingungen für die Auftragsausführung oder Zuschlagskriterien betreffen, Bestimmungen über das Vergabeverfahren, und zwar entweder unmittelbar (so z.B. § 8 Abs. 7 VOL/A-EG, § 4 Abs. 5 und 6 VgV) oder in Verbindung mit entsprechenden vergaberechtlichen Anknüpfungsnormen (z. B.*

<sup>74</sup> Horn/Hofmann, in: Burgi/Dreher, § 160 GWB Rn. 29.

<sup>75</sup> VK Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 13. 11.2015, VK 1 - 16/15; Fandrey, in: Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, § 67 VgV Rn. 2, bzw. § 68 VgV Rn. 4;

<sup>76</sup> Schröder, in: Müller-Wrede, § 67 Rn. 53ff m.w.N.

*Vorschriften über die Leistungsbeschreibung oder Zuschlagskriterien) und § 97 Abs. 7 GWB. In aller Regel wird solchen (materiell) gesetzlichen Vorschriften ein bieterschützender Charakter nicht abzusprechen sein...*

Hinsichtlich §§ 97 Abs. 3, 128 Abs. 2 GWB, §§ 31 Abs. 3, 46 Abs. 3 Nr. 4 VgV, i. V. m. Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU sprechen außerdem folgende Gründe für einen unternehmensschützenden Charakter:

Einerseits handelt es sich bei diesen Normen schon formal um Normen des Vergaberechts: §§ 67, 68 VgV beruhen auf den Richtlinien 2012/27/EU und 2010/30/EU bzw. 2009/33/EG, die das Vergabeverfahren ansonsten nicht betreffen. Dass § 128 Abs. 2 GWB drittschützend ist, soweit es um die Zulässigkeit der Ausführungsbedingungen geht, ist nicht strittig.<sup>77</sup> § 31 Abs. 3 VgV ist hinsichtlich des Auftragsbezugs der Merkmale und der Verhältnismäßigkeit gerichtlich voll überprüfbar.<sup>78</sup>

Andererseits ergibt sich aus Art. 69 Abs. 3 UAbs. 2 RL 2014/24/EU, dass die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen vom europäischen Gesetzgeber auch im Interesse des Wettbewerbs und der Wettbewerber angeordnet wird. Gemäß Art. 69 Abs. 3 UAbs. 2 RL 2014/24/EU lehnen die öffentlichen Auftraggeber Angebote ab, wenn sie festgestellt haben, dass sie deswegen ungewöhnlich niedrig ist, weil sie den geltenden Anforderungen gemäß Artikel 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU nicht genügen. Erwägungsgrund 103 führt aus, dass Ablehnung ungewöhnlich niedriger Angebote obligatorisch sein sollte, wenn die niedrigen Preise daraus resultieren, dass internationale arbeitsrechtliche Vorschriften nicht eingehalten werden. Dass die Regelungen zum Ausschluss ungewöhnlich niedriger Angebote bieterschützend sind, ist in der Rechtsprechung mittlerweile geklärt.<sup>79</sup>

Aus der unter B.III dargestellten Rechtsprechung ergibt sich, dass sich die allgemeine Verpflichtung der Mitgliedsstaaten „geeignete Maßnahmen“ zu ergreifen im Einzelfall zu einer konkreten Handlungspflicht verdichten kann. Das könnte bei Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU insbesondere dann der Fall sein, wenn für ein bestimmtes Produkt das Risiko der Verletzung von ILO-Kernarbeitsnormen klar aufgezeigt wird, Gütezeichen i. S. v. § 34 Abs. 2 VgV eine Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen verlässlich belegen und am Markt Produkte verfügbar sind, die diese Gütezeichen führen. Eine derartige Beweissituation herbeizuführen, ist Aufgabe der Anbieter und aller weiteren interessierten Kreise.

## **VIII. Zusammenfassung und praktische Auswirkungen**

Nach Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU müssen die Mitgliedsstaaten geeignete Maßnahmen treffen, um dafür zu sorgen, dass die Wirtschaftsteilnehmer bei der Ausführung öffentlicher Aufträge die ILO-Kernarbeitsnormen einhalten. Damit ist nach hier vertretener Ansicht gemeint, dass die Mitgliedsstaaten im Rahmen ihrer Möglichkeiten und unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit dafür zu sorgen haben, dass der materielle Gehalt der ILO-

<sup>77</sup> vgl. Opitz, in: Burgi/Dreher, § 128 Rn. 20.

<sup>78</sup> Prieß/Simonis, in: Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, § 31 VgV, Rn. 30.

<sup>79</sup> BGH, Beschluss vom 31.01.2017, X ZB 10/16.



Kernarbeitsnormen von allen Unternehmen, die an der Erfüllung eines öffentlichen Auftrags beteiligt sind, eingehalten wird.

Durch die nur „deklaratorische“ Regelung in § 128 Abs. 1 GWB ist diese Pflicht nicht umgesetzt. Vielmehr dürfte bei richtlinienkonformer Auslegung von insb. §§ 97 Abs. 3 GWB zu fordern sein, dass die öffentlichen Auftraggeber ermessenfehlerfrei über eine Verankerung der ILO-Kernarbeitsnormen im Vergabeverfahren entscheiden. Dies bedeutet, dass sie das Risiko einer Verletzung der ILO-Kernarbeitsnormen bei der Herstellung des beschafften Gegenstands und die Möglichkeiten risikominimierender Maßnahmen ermitteln und ggf. von den in Teil A dargestellten Möglichkeiten Gebrauch machen. Die Entscheidung ist im Vergabevermerk zu dokumentieren.

Unternehmen könnten einen Anspruch darauf haben, dass der öffentliche Auftraggeber bei der Ausschreibung über die Einbeziehung der ILO-Kernarbeitsnormen ermessensfehlerfrei entscheidet. Es gibt Gründe, die dafür sprechen können, dass sie die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers möglicherweise in einem Nachprüfungsverfahren überprüfen lassen können.

Soweit öffentliche Auftraggeber mit der Ermittlung und Bewertung der Risiken von Verstößen gegen ILO-Kernarbeitsnormen in der Lieferkette, der Auswahl geeigneter Risikominimierungsmaßnahmen und ihrer wirksamen Überprüfung systematisch überfordert sind, könnte sich eine Pflicht des Gesetzgebers bzw. der Regierung ergeben, durch geeignete ergänzende Maßnahmen (z. B. Verwaltungsvorschriften, Leitfäden, Schulungen) für eine effektive Umsetzung der Richtlinienvorgaben zu sorgen.