

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	7
Literaturverzeichnis	19
A. Deutsche/Englische Literatur	19
B. Taiwanesische Literatur	30
C. Internetquellen	32
Abkürzungsverzeichnis	37
§ 1 Einleitung	41
A. Hintergrund und Anlass der Untersuchung	41
B. Gang der Untersuchung	43
§ 2 Bedeutungen der sozialen und umweltbezogenen Aspekte und Entwicklung ihrer Verfolgung im Vergaberecht	45
A. Inhalte der sozialen und umweltbezogenen Aspekte	45
I. Soziale Aspekte	45
II. Umweltbezogene Aspekte	46
B. Entwicklung der Verfolgung sozialer und umweltbezogener Zwecke im Vergaberecht	47
I. Auf der internationalen Ebene	47
1. Soziale Aspekte	48
2. Umweltbezogene Aspekte	49
II. Auf der EU-Ebene	50
1. Soziale Aspekte	50
2. Umweltbezogene Aspekte	51
III. In Deutschland	53
IV. In Taiwan	55
1. Überblick über die Entstehungsgeschichte des taiwanesischen Vergaberechts	55

2. Historische Entwicklung der Verfolgung der sozialen und umweltbezogenen Kriterien	57
a) Soziale Aspekte	57
b) Umweltbezogene Aspekte	58

§ 3 Rechtsgrundlagen für die Berücksichtigung sozialer und umweltbezogener Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge.....	61
A. Internationales und supranationales Recht	61
I. Völkerrecht	61
1. Soziale Aspekte	61
2. Umweltbezogene Aspekte	63
II. Europäisches Recht	63
1. Primärrecht	64
2. Sekundärrecht	64
B. Rechtsrahmen in Deutschland	66
I. Rechtsgrundlagen auf Bundesebene	66
1. Das GWB-Vergaberecht und sonstige Gesetze	66
a) Das GWB-Vergaberecht	66
b) Sonstige Gesetze	68
aa) Soziale Aspekte	68
bb) Umweltbezogene Aspekte	69
2. VgV, KonzVgV, SektVO und VSVgV	70
a) Vergabeverordnung (VgV)	70
b) KonzVgV, SektVO und VSVgV	71
3. Abschnitte 2 und 3 VOB/A	72
a) VOB/A-EU	72
b) VOB/A-VS	73
4. Andere einschlägige Ordnungen	73
a) UVgO	73
b) Abschnitt 1 VOB/A	74
II. Die Landesvergabegesetze	74
1. Überblick	74
a) Baden-Württemberg	75

b) Berlin	76
c) Brandenburg	77
d) Bremen	77
e) Hamburg	78
f) Hessen	79
g) Mecklenburg-Vorpommern	80
h) Niedersachsen	81
i) Nordrhein-Westfalen	82
j) Rheinland-Pfalz	83
k) Saarland	83
l) Sachsen	84
m) Sachsen-Anhalt	84
n) Schleswig-Holstein	85
o) Thüringen	86
2. Verfolgung strategischer Aspekte in den Landesvergabe- gesetzen nach der Vergaberechtsreform 2016	88
a) Soziale und umweltbezogene Aspekte	88
b) Tariftreue- und Mindestlohnvorgaben	90
aa) Vergabespezifische Tariftreuevorgaben im Überblick	90
bb) Vergabespezifische Mindestlohnvorgaben im Überblick	91
III. (Keine) Pflicht der einzelnen Vergabestelle zur Verfolgung ökologischer und sozialer Zwecke	92
1. Regelfall	92
2. Ausnahme	92
C. Bestimmungen in Taiwan	93
I. Wesentlicher Charakter des taiwanesischen Vergaberechts	93
II. Soziale Aspekte	94
1. Förderung und Gewährleistung der Belange von Menschen mit Behinderung	94
2. Förderung der Belange der Ureinwohner	95
3. Schutz der Arbeitnehmer	96
4. Vorbeugung von Diskriminierung	96
III. Umweltbezogene Aspekte	97

1. Gesetzliche Bestimmungen	97
a) TW-Beschaffungsgesetz	97
b) Andere gesetzliche Regelungen	98
2. Untergesetzliche Regelwerke	98
a) Vorschrift für den Vorrang der Öko-Produkte bei öffentlichen Beschaffungen	98
b) „Plan zur Förderung der umweltfreundlichen Beschaffung von Regierungsbehörden“ und „Weisung zur Bewertung der umweltfreundliche öffentliche Beschaffung“	99

§ 4 Verhältnis zu den übrigen Grundsätzen des Vergaberechts 101

A. Deutschland	101
I. Grundsatz des Vergabewettbewerbs	102
1. Definition und Einführung in das Vergaberecht	102
2. Beeinträchtigung des Vergabewettbewerbs durch die Einbeziehung strategischer Ziele	103
II. Einklang mit der Wirtschaftlichkeit	104
III. Berücksichtigung mittelständischer Interessen	105
IV. Gebot der Verhältnismäßigkeit	106
1. Allgemeines	106
2. Bedeutung für die Verfolgung der sozialen und umweltbezogenen Zwecke	107
V. Transparenz	109
1. Allgemeines	109
2. Angabe der sozialen und umweltbezogenen Kriterien in der Auftragsbekanntmachung und den Vergabeunterlagen	109
a) Bekanntmachung und ihr Verhältnis zu den Vergabeunterlagen	110
aa) Inhalt der Bekanntmachung	110
bb) Vergabeunterlagen und ihr Verhältnis zur Bekanntmachung	111
b) Publizitätspflicht der strategischen Aspekte	112
VI. Zwischenergebnis: Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für die Einbeziehung strategischer Aspekte in das Vergabeverfahren	113

1. Formelle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen	113
a) Zuordnung zur jeweiligen Verfahrensstufe	113
b) Angabe in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen	114
2. Materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen	114
a) Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen relevanter Vorschriften	114
b) Verbindung zum Auftragsgegenstand	114
aa) Erforderliche Verbindung zwischen den strategischen Aspekten und dem Auftragsgegenstand	114
bb) Weitere und mittelbare Verbindung zum Auftragsgegenstand	116
c) Anwendung der Verhältnismäßigkeitsprüfung	117
(1) Eignungskriterien	117
(2) Kriterien in den anderen Stufen des Vergabeverfahrens	118
c) Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	119
aa) Verfolgung eines legitimen Zwecks	119
bb) Geeignetheit	119
cc) Erforderlichkeit	119
dd) Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit i.e.S.)	120
B. Taiwan	121
I. Allgemeine Grundsätze des taiwanesischen Vergaberechts	121
1. Aus dem TW-Beschaffungsgesetz abgeleitete Grundsätze	121
2. Die Verhältnismäßigkeit als ein Grundsatz des TW-Vergaberechts	121
II. Einstufung der Verfolgung sozialer und umweltbezogener Zwecke als vergaberechtlicher Grundsatz	123
1. Soziale Aspekte	123
2. Umweltbezogene Aspekte	124
III. Zusammenhang der strategischen Aspekte mit anderen Grundsätzen	125
1. Konflikt mit dem Wettbewerbsgrundsatz	125
2. Anwendung der Verhältnismäßigkeitsprüfung	126

§ 5 Verwirklichung in verschiedenen Stufen des Vergabeverfahrens.....	127
A. Leistungsbeschreibung	128
I. Deutschland	128
1. Auswahl des Auftragsgegenstands und Bestimmung technischer Spezifikationen	128
a) Festlegung des Auftragsgegenstands	128
b) Entscheidung des Auftraggebers über technische Spezifikationen	129
2. Merkmale der Leistungsbeschreibung unter Berücksichtigung der sozialen und umweltbezogenen Aspekte	130
a) Soziale Aspekte	131
b) Umweltbezogene Aspekte	132
3. Verwendung von Gütezeichen	133
a) Europarechtliche Vorgabe	134
b) Nationale Vorschriften	135
aa) Voraussetzungen für die Anwendung von Gütezeichen in Vergabeverfahren	135
bb) Einbeziehung von Gütezeichen in Vergabeverfahren	137
(1) Präzisierung der geforderten Leistungsmerkmale	137
(2) Einbeziehung in mehreren Phasen des Vergabeverfahrens	138
c) Umweltgütezeichen	138
d) Soziale Gütezeichen	139
II. Taiwan	140
1. Allgemeines	140
2. Soziale und umweltbezogene Aspekte	140
B. Eignungskriterien	141
I. Deutschland	141
1. Allgemeines	141
2. Soziale Aspekte	144
3. Umweltbezogene Aspekte	144
a) Technische Leistungsfähigkeit	145
b) EMAS-Umweltmanagementsystem	145

aa)	Rechtliche Grundlage	146
bb)	Einbeziehung in das umweltorientierte Beschaffungswesen	147
II.	Taiwan	148
1.	Allgemeines	148
2.	Soziale und umweltbezogene Aspekte	149
C.	Ausschlussgründe	150
I.	Deutschland	150
1.	Bedeutung und Inhalte	150
a)	Zwingende Ausschlussgründe	150
b)	Fakultative Ausschlussgründe	153
2.	Soziale Aspekte	154
3.	Umweltbezogene Aspekte	155
4.	Verwendung der EEE	156
II.	Taiwan	156
1.	Allgemeines	156
2.	Soziale und umweltbezogene Aspekte	157
D.	Zuschlagskriterien	158
I.	Deutschland	158
1.	Allgemeines	158
a)	Zuschlagserteilung auf das wirtschaftlichste Angebot nach § 127 Abs. 1 GWB	158
b)	Im Unterschied zu den Eignungskriterien	159
c)	Voraussetzungen nach § 127 Abs. 3 bis 5 GWB	159
2.	Strategische Zuschlagskriterien	160
a)	Soziale Aspekte	160
b)	Umweltbezogene Aspekte	161
II.	Taiwan	162
1.	Allgemeines	162
2.	Soziale Aspekte	163
3.	Umweltbezogene Aspekte	164
a)	Mit dem Zuschlag auf das vorteilhafteste Angebot	164
b)	Mit dem Zuschlag an das billigste Angebot	164
aa)	Gesetzliche und untergesetzliche Regelungen	164

bb) Verwendung von Umweltgütezeichen	165
(1) Rechtliche Grundlage	165
(2) Einbeziehung in das Vergabeverfahren	166
E. Ausführungsbedingungen	167
I. Deutschland	167
1. Allgemeines	167
a) Ausführungsbedingungen nach § 128 GWB	167
aa) Einhaltung der rechtlichen Verpflichtungen (Abs. 1)	167
bb) Besondere Ausführungsbedingungen (Abs. 2)	168
b) Zwingend zu berücksichtigende Ausführungsbedingungen gemäß § 129 GWB	169
c) Abgrenzung zu den Eignungskriterien und den Zuschlagskriterien	170
aa) Unterschied zwischen Eignungskriterien und Ausführungsbedingungen	170
bb) Unterschied zwischen Zuschlagskriterien und Ausführungsbedingungen	171
2. Soziale und umweltbezogene Ausführungsbedingungen	172
3. Vergaberechtliche Tariftreuepflicht und Mindestlohnvorgaben	174
a) Einschlägige Vorschriften auf Bundesebene	174
aa) Allgemeines	174
bb) Vereinbarkeit des MiLoG mit dem Europarecht und dem Verfassungsrecht	175
b) Vergabespezifische Mindestlohn- und Tariftreuevorgaben der Länder	177
aa) Europarechtliche Zulässigkeit	177
(1) Urteile des EuGH	177
(a) Rüffert-Entscheidung	177
(b) Bundesdruckerei-Entscheidung	178
(c) RegioPost-Entscheidung	180
(2) Zwischenergebnis	181
(a) Können die „vergaberechtlichen Tariftreuepflicht und Mindestlohnvorgaben“ als eine soziale Aspekte betreffende, zusätzliche Ausführungsbedingung einzustufen sein?	182
(b) Darf im Hinblick auf die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit der durch sie zu erreichende Zweck des Arbeitnehmerschutzes als Rechtfertigungsgrund angesehen werden?	182

(c)	Sind diese umstrittenen Vorschriften als „verhältnismäßige“ Beschränkungen zu bewerten, insbesondere wenn sie nur für den Bereich öffentlicher Aufträge gelten?	182
(d)	Sind vergaberechtliche Landesmindestlohnvorgaben nach dem Inkrafttreten des MiLoG weiterhin mit Europarecht vereinbar?	183
bb)	Verfassungsrechtliche Zulässigkeit	184
(1)	Formelle Verfassungsmäßigkeit	184
(2)	Materielle Verfassungsmäßigkeit	186
II.	Taiwan	187
1.	Allgemeines	187
2.	Soziale Aspekte	188
3.	Umweltbezogene Aspekte	189

§ 6 Zusammenfassung..... 191

A.	Schlussfolgerungen für das deutsche Recht	191
I.	Auf der Bundesebene	191
II.	In den Landesvergabegesetzen	193
B.	Vergleich des deutschen mit dem taiwanesischen Recht	195
I.	Ähnlichkeit	195
1.	Bedeutsamkeit öffentlicher Auftragsvergabe für die Verfolgung strategischer Aspekte	195
2.	Reduzierung der Auswirkung der Verfolgung strategischer Aspekte auf den Grundsatz des Wettbewerbs	195
3.	Zahlung des Mindestlohns als Ausführungsbedingung	195
II.	Unähnlichkeit	196
1.	Unterschiedliche Entwicklungsverläufe	196
2.	Systematische Verortung und unterschiedliche Vorstellung zur Ausgestaltungsoptionen	196
3.	Rolle der Verhältnismäßigkeit	198
4.	Verwendung von Gütezeichen	199

Anhang	201
Teil I: Bestimmungen zur Verfolgung sozialer und umweltbezogener Zwecke in den Landesvergabegesetzen	201
Teil II: Überblick über Tariftreue- und Mindestlohnvorgaben in den Landesvergabegesetzen	230
Teil III: Gesetzliche Regelungen zur Verfolgung sozialer und umweltbezogener Zwecke in Taiwan	231

§ 1 Einleitung

A. Hintergrund und Anlass der Untersuchung

Das öffentliche Beschaffungswesen spielt im Bereich der Wirtschaft aufgrund der erheblichen Nachfragemacht der öffentlichen Hände eine zunehmende Rolle.¹ Auf der internationalen Ebene geben die OECD-Mitgliedstaaten durchschnittlich 29 % der gesamten Staatsausgaben für öffentliche Beschaffung aus, was 12 % des BIP entspricht.² Nach der Schätzung der EU-Kommission betrug der Anteil öffentlicher Aufträge am BIP im Jahr 2017 14 % im Wirtschaftsraum der EU.³ In Deutschland wurde etwa 35 % der Staatsausgaben jährlich für die öffentliche Auftragsvergabe (wie den Bereich der Bildung, Gesundheit und Infrastruktur und die anderen Bereiche) ausgegeben.⁴ Nicht nur in der EU und Deutschland, sondern auch in Taiwan ist die öffentliche Hand einer der wichtigsten Marktakteure; im Jahr 2018 betrug die Aufwendung im Bereich öffentlicher Beschaffung 1.764,4 Milliarden TWD (ca. 53,9 Milliarden EUR), nämlich 8 % des TW-BIP.⁵

Mit der nicht zu unterschätzenden Einkaufsmacht der öffentlichen Hand können die öffentlichen Beschaffungen tatsächlich als ein bedeutendes Orientierungsmittel für die Teilnehmer des Wirtschaftsmarktes fungieren. Traditionell diente jedoch die Vergabe öffentlicher Aufträge mit einer sparsamen und wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel vor allem zur Bedarfsdeckung der öffentlichen Hand in den Bereichen von Bau-, Dienst- und Lieferleistungen und wurde deshalb dem Haushaltsrecht zugeordnet.⁶ Wird das öffentliche Beschaffungswesen zur Förderung politischer Zielsetzungen genutzt, lässt dies Zweifel aufkommen,

1 *Knauff*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 10 Rn. 1.

2 *OECD*, Öffentliche Vergabe in Deutschland, aufrufbar unter: <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/f6dfefd1-de/index.html?itemId=/content/component/f6dfefd1-de>, zuletzt aufgerufen am 30.11.2020.

3 *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission an das europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, COM (2017) 572 final, S. 3.

4 *BMWi*, OECD-Studie analysiert öffentliche Vergabe in Deutschland, aufrufbar unter: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Meldung/2019/20191112-oecd-studie-analysiert-oeffentliche-vergabe-in-deutschland.html>, zuletzt aufgerufen am 30.11.2020.

5 *PCC*, Bericht über die Durchführung des öffentlichen Beschaffungswesens 2018, 1.

6 *Pietzcker*, AöR 1982, 61; *Pietzcker*, NVwZ 1983, 121; *Byok*, NJW 1998, 2774; *Huber*, in: Schoch (Hrsg.), BesVerwR, 3. Kap Rn. 270; *Benedict*, Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, 17.

§ 1 Einleitung

ob solche Zielsetzungen „den Hauptzielen der öffentlichen Beschaffung – einer möglichst effizienten Bedarfsdeckung und dem fairen sowie unverzerrten Bieterwettbewerb – empfindlich zuwiderlaufen.“⁷

Trotz der oben erwähnten Zweifel finden soziale und umweltbezogene Aspekte durch eine Reihe von EU-Richtlinien 2014 Eingang in das europäische Vergaberecht. Darüber hinaus gehören sie auch zu den wichtigen Faktoren der Strategie „Europa 2020“.⁸ 2016 dienten das VergRModG⁹ und die ihm untergeordnete VergRModVO¹⁰ der Umsetzung dieser EU-Richtlinien und seitdem wird die Berücksichtigung solcher Aspekte auch im deutschen Vergaberecht explizit verankert. Vor allem lautet § 97 Abs. 3 GWB wie folgt:

„Bei der Vergabe werden Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte nach Maßgabe dieses Teils berücksichtigt.“

Die in § 97 Abs. 3 GWB genannten Aspekte können auch als „strategische“ Kriterien bezeichnet werden¹¹ und diese befasst sich insbesondere mit der Einbeziehung sozialer und umweltbezogener Aspekte in das Vergabeverfahren.

In Taiwan ergeben sich ebenso viele Diskussionen über die zunehmend an Bedeutung gewinnende strategische Beschaffung. Der PCC vom Executive-Yuan (行政院工程會)¹² obliegen gemäß § 9 Abs. 1 TW-Beschaffungsgesetz die federführende Betreuung des TW-Beschaffungsgesetzes und die Prägung der Grundsätze für die öffentliche Beschaffung. Im Hinblick auf ökologischen Herausforderungen unserer Zeit hat die PCC seit dem Inkrafttreten des TW-Beschaffungsgesetzes zusammen mit der EPA (行政院環保署), die in Taiwan eine Behörde in Ministeriumsrang und für den Schutz und die Erhaltung der Umwelt zuständig ist, die Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge gefördert. Darüber hinaus wird das öffentliche Beschaffungswesen in Taiwan seit jeher als ein wichtiges Instrument zur Verfolgung sozialer Belange angesehen und in der Praxis gibt es ebenfalls viele Streitigkeiten über die zur

7 Stellungnahme des BDI zum Regierungsentwurf v. 16.09.2015, S. 3 zu Art. 1, § 97 Abs. 3 GWB, aufrufbar unter: http://www.forum-vergabe.de/fileadmin/user_upload/Downloads/BDI-stn_regierungse_gesetz_modernisierung_vergaberecht.pdf, zuletzt aufgerufen am 30.11.2020.

8 Erwägungsgrund 123 RL 2014/24/EU.

9 Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 17.02.2016 (BGBl. I S. 203).

10 Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts vom 12.04.2016 (BGBl. I S. 624).

11 BT-Drs. 18/6281, 68.

12 Der „Executive-Yuan“ (行政院) ist in Taiwan die zentrale Regierung und mit dem deutschen Bundeskabinett vergleichbar; zum politischen System und zur staatlichen Gewaltenteilung in Taiwan siehe *Schubert*, in: Derichs/Heberer (Hrsg.), Die politischen Systeme Ostasiens, 425 ff.

Umsetzung sozialpolitischer Ziele zu erhebende *Ersatzgebühr* (代金). Deshalb ist die Einbeziehung sozialer und ökologischer Zwecke in das Vergabeverfahren gegenwärtig in Taiwan auch ein umstrittenes Thema.

Deutschland und Taiwan unterscheiden sich zwar in Kultur, Sprache und Gesellschaft, jedoch ist die Verfolgung strategischer Zwecke durch das öffentliche Beschaffungswesen in den beiden Ländern ein aktuelles Thema. Vor diesem Hintergrund versucht diese Arbeit, anhand des geltenden deutschen Vergaberechts eine Untersuchung darüber und einen Rechtsvergleich mit dem taiwanesischen Vergaberecht durchzuführen.

B. Gang der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit gliedert sich neben der Einleitung (§ 1) und dem Fazit (§ 6) in vier Teile. Zum Zweck der Forschung über die vergaberechtliche Berücksichtigung strategischer Aspekte wird so vorgegangen, dass zunächst im zweiten Teil (§ 2) ein Überblick über die historische Entwicklung gegeben wird. Dazu sind noch die Bedeutungen sozialer und umweltbezogener Aspekte zu erörtern.

Darauf aufbauend, werden im dritten Teil (§ 3) die einschlägigen vergaberechtlichen Grundlagen gezeigt. Zunächst werden die relevanten Regelungen, die sich im Völkerrecht und im EU-Recht finden, aufgeführt, da sie einen gewissen Einfluss nicht nur auf das deutsche Vergaberecht, sondern auch auf das taiwanesisches Vergaberecht ausgeübt haben. Zweitens wird sich diese Arbeit mit dem deutschen Vergaberecht beschäftigen. Insbesondere wird dazu eine Übersicht zum Landesvergaberecht gegeben, denn nach der Vergaberechtsreform 2016 gehört die Berücksichtigung sozialer und umweltbezogener Kriterien nach wie vor zu einem wichtigen Bestandteil des Landesvergaberechts. Anschließend erfolgt eine Darlegung der einschlägigen gesetzlichen und untergesetzlichen Regelungen des taiwanesischen Vergaberechts.

Im vierten Teil (§ 4) geht es um das Verhältnis der Berücksichtigung strategischer Aspekte zu den sonstigen Grundsätzen des deutschen und taiwanesischen Vergaberechts. Erstens werden die vergaberechtlichen Grundsätze nacheinander aufgeführt. Der Abschnitt behandelt zweitens die Frage, ob ein Konflikt zwischen ihnen entsteht und wenn ja, welches Konzept zur Lösung dieses Konflikts denkbar ist.

Im Fokus des fünften Teils (§ 5) steht die Darlegung über die konkrete Ausgestaltung der Möglichkeiten zur Einbeziehung sozialer und umweltbezogener Aspekte. Dazu sind die gesetzlichen und untergesetzlichen Vorschriften, die für

§ 1 Einleitung

die betreffende Phase des Vergabeverfahrens anzuwenden sind, zu erörtern. Hierbei setzt der fünfte Teil sich insbesondere mit den Voraussetzungen an die Verwendung von Gütezeichen auseinander, und die Einbeziehung von Gütezeichen in das Vergabeverfahren ist gegenwärtig sowohl in Deutschland als auch in Taiwan ein umstrittenes Thema. Darüber hinaus kann im Rahmen dieses Teils auf die Zulässigkeit der vergabespezifischen Tariftreuregelungen oder Mindestlohnvorgaben in Anlehnung an das EU-Recht und deutsche Recht eingegangen werden. Die Erhebung der sog. Ersatzgebühr stellt in Taiwan ein wichtiges Instrument zur Verfolgung von sozialpolitischen Zielen dar und wird auch hier erläutert.

Die Schlussfolgerungen für das deutsche Vergaberecht und ein Rechtsvergleich mit dem taiwanesischen Vergaberecht werden im sechsten Teil (§ 6) aufgeführt und beschließen die vorliegende Arbeit.

§ 2 Bedeutungen der sozialen und umweltbezogenen Aspekte und Entwicklung ihrer Verfolgung im Vergaberecht

Traditionell kann die öffentliche Auftragsvergabe vor allem dazu genutzt werden, zu günstigsten Konditionen den erforderlichen Bedarf des Staates zu decken. Vorrangiges Kriterium der öffentlichen Auftragsvergabe ist somit aus ökonomischer Sicht das beste Preis-Leistung-Verhältnis.¹³ Aufgrund der großen Nachfragemacht und Vorbildfunktion der öffentlichen Hand kann die öffentliche Auftragsvergabe zugleich der Verwirklichung politischer Ziele des Staates dienen. Diese politisch motivierten Kriterien weichen vom Grundsatz der Wirtschaftlichkeit ab und wurden in der Vergangenheit als „vergabefremde“ oder „sekundäre“ Kriterien bezeichnet.¹⁴ Im Folgenden geht es erstens darum, die Inhalte sozialer und umweltbezogener Aspekte darzustellen. Anschließend ist die Entwicklungsgeschichte über die Einbeziehung sozialer und umweltbezogener Aspekte in das Vergabeverfahren zu erörtern.

A. Inhalte der sozialen und umweltbezogenen Aspekte

I. Soziale Aspekte

Bisher wird keine abstrakte rechtliche Definition von „Sozialen Aspekten“ gegeben.¹⁵ Trotzdem können in der Literatur die folgenden Fälle als soziale Aspekte bezeichnet werden:¹⁶

- Gewährleistung der Mindestarbeitsbedingungen, in der Praxis ist die Verpflichtung zur Zahlung des Mindestlohns als eine Ausführungsbedingung am wichtigsten;

13 *Knauff*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 10 Rn. 74.

14 *Fetzer*, in: Steiner/Brinktrine (Hrsg.), BesVerwR, Rn. 193; *Sandberg*, VM 2011, 59 (60).

15 *Ziekow*, DÖV 2015, 897 (898).

16 *Ziekow*, DÖV 2015, 897 (898); *ders.*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 9 Rn. 65; *Krönke*, VergabeR 2017, 101 (102).

§ 2 Bedeutung und Entwicklung strategischer Aspekte im Vergaberecht

- Beachtung der Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO);
- Einhaltung anderer sozialer Standards während der gesamten Produktions- und Lieferprozesses, wie etwa des „Fair-Trade“;
- Berücksichtigung der Erstausbildung und eine Mindestquote von Ausbildungsplätzen;
- Chancengleichheit und Gleichstellung von Frauen und Männern, insbesondere die Förderung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf¹⁷;
- Förderung der sozialen Integration von benachteiligten Personen oder Angehörigen sozial schwacher Gruppen, wie Langzeitarbeitslosen, Auszubildenden, Menschen mit Behinderung und Ureinwohner;
- Zugänglichkeit der Leistungen für Menschen mit Behinderungen, sog. „Design für Alle“¹⁸;

Die ILO-Kernarbeitsnormen können zum ersten Mal gemäß Art. 18 Abs. 2 iVm dem Anhang X der VRL bei der Ausführung öffentlicher Aufträge berücksichtigt werden und danach spielt die Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen bei der Verfolgung sozialer Anforderungen eine wichtige Rolle.¹⁹ Als Kernarbeitsnormen werden die von der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) ausgearbeiteten Übereinkommen Nr. 29, 87, 98, 100, 105, 111, 138 und 182²⁰ durch die „Erklärung über die grundlegenden Prinzipien und Rechte bei der Arbeit“ bezeichnet.²¹

II. Umweltbezogene Aspekte

Ebenso wie bei den sozialen Aspekten, existiert auch für den Bereich der umweltbezogenen respektive ökologischen Aspekte keine deutliche juristische Definition. Zu umweltbezogenen Aspekte, die bei der Vergabe öffentlicher Aufträge berücksichtigt werden, gehören zum Beispiel die folgenden Fälle:

17 Erwägungsgrund 98 RL 2014/24/EU.

18 Vgl. § 121 GWB, § 31 Abs. 5 VgV.

19 *Krönke*, VergabeR 2017, 101 (102).

20 Das ILO-Übereinkommen Nr. 29 über Zwangsarbeit 1930, das ILO-Übereinkommen Nr. 87 über Vereinigungsfreiheit und Schutz des Vereinigungsrechts 1948, das Übereinkommen Nr. 98 über Vereinigungsrecht und Recht zu Kollektivverhandlungen 1949, das ILO-Übereinkommen Nr. 100 über Gleichheit des Entgelts 1951, das ILO-Übereinkommen Nr. 105 über Abschaffung der Zwangsarbeit 1957, das ILO-Übereinkommen Nr. 111 über Diskriminierung 1958, das ILO-Übereinkommen Nr. 138 über Mindestalter 1973, das ILO-Übereinkommen Nr. 182 über Verbot und unverzügliche Maßnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit 1999.

21 *Gnitke/Reinhardt*, Gibt es eine Rechtspflicht zur sozial verantwortlichen Beschaffung?, 16; *Krönke*, VergabeR 2017, 101 (102).

- Das zu beschaffende Produkt muss aus Abfällen bzw. aus nachwachsenden Rohstoffen (z. B. Holz aus nachhaltiger Beforstung) hergestellt werden;²²
- Die Recyclingfähigkeit und die Lebenszykluskostenberechnung des gelieferten Gegenstands;
- Bei einer Beschaffung von Waren müssen bestimmten ökologischen Bedingungen erfüllt werden,²³ z. B. Umweltauswirkungen bei ihren Produktionsprozess und ihrer Verwendung,²⁴ die sparsame Nutzung von Wasser und Energie bei der Verwendung des Auftragsgegenstands,²⁵ sowie der sparsame Gebrauch und die Wiederverwendung von Rohstoffen des Auftragsgegenstands;
- Für Dienstleistungsaufträge: die Vorgabe über eine bestimmte Gesamtemissionsmenge bei der Erbringung der Leistung,²⁶ über die dazu verwendeten Produkte, Wasser und Energie, oder über die Menge des entstehenden Abfalls.²⁷

B. Entwicklung der Verfolgung sozialer und umweltbezogener Zwecke im Vergaberecht

I. Auf der internationalen Ebene

Früher wurde das öffentliche Auftragswesen im Hinblick auf die Verfolgung politischer Ziele lediglich als ein Instrument zur Förderung der lokalen und nationalen Wirtschaft angesehen und für lange Zeit handelte es sich dabei nicht um den internationalen Handel mit Waren und Dienstleistungen.²⁸ Mit der ökonomischen Globalisierung ist das Vergaberecht seit dem Ende des 20. Jahrhunderts allmählich zu einem wichtigen Thema für die Diskussion im Völkerrecht und im EU-Recht geworden.²⁹ Darunter steht die Berücksichtigung sozialer und umweltbezogener Aspekte ebenfalls im Vordergrund.

22 Vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 1, 3 LAbfG Baden-Württemberg.

23 Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 9 Rn. 65.

24 Kühnast, in: Säcker (Hrsg.), MüKo VergabeR I, § 97 GWB Rn. 121.

25 Kühnast, in: Säcker (Hrsg.), MüKo VergabeR I, § 97 GWB Rn. 121.

26 Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 9 Rn. 65.

27 Kühnast, in: Säcker (Hrsg.), MüKo VergabeR I, § 97 GWB Rn. 121.

28 Odendahl, EuZW 2004, 647.

29 Odendahl, EuZW 2004, 647.

1. Soziale Aspekte

Seit die USA vor dem Hintergrund der Weltwirtschaftskrise in den dreißiger Jahren begannen, soziale Zwecke durch das öffentliche Beschaffungswesen zu erreichen,³⁰ sind immer mehr Länder diesem Trend zur politischen Instrumentalisierung der öffentlichen Auftragsvergabe gefolgt.³¹ Ein solcher Trend führte jedoch sowohl zu einer Bevorzugung von lokalen oder nationalen Unternehmen als auch zu protektionistischen Diskriminierungen. Um die Handelshemmnisse im Bereich öffentlicher Aufträge zu beseitigen, trat ein völkerrechtlicher Vertrag „Beschaffungskodex 1979“ (oder: „Kodex Regierungskäufe“ von 1979³²) im Jahr 1981 in Kraft.³³ Anschließend wurde das „Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen“ (GPA – Government Procurement Agreement) der WTO (Welthandelsorganisation), durch das der „Beschaffungskodex 1979“ ersetzt wurde, 1994 abgeschlossen und trat am 1.1.1996 in Kraft.³⁴ Schließlich ist das nunmehr geltende GPA 2012 am 6.4.2014 in Kraft getreten.³⁵

Das reformierte GPA 2012 enthält zwar keine eindeutige Zulässigkeit für die Berücksichtigung der strategischen Aspekte;³⁶ jedoch kann das Zuschlagskriterium der „Vorteilhaftigkeit“ nach Art. XV GPA 2012 über rein ökologische Aspekte hinaus soziale Aspekte einschließlich des Schutzes der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer³⁷ umfassen.³⁸ Zu beachten ist, dass im Hinblick auf das Ziel des GPA – nämlich die Beseitigung der protektionistischen Diskriminierungen – diese sozialen Zuschlagskriterien bekannt gemacht werden und im Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen müssen.³⁹

30 Näher dazu *Lin*, *Employment Security* 2003, Band 2 Nr. 1, 83 (86); *McCrudden*, *Buying Social Justice*, 4 ff.

31 *Corvaglia*, *Public Procurement and Labor Rights*, 47 ff.

32 *Odendahl*, *EuZW* 2004, 647 (648).

33 *Mosters*, *Ethische Beschaffung*, 162 f.

34 *Odendahl*, *EuZW* 2004, 647 (648); *Mosters*, *Ethische Beschaffung*, 163; ausführlich zum Anwendungsbereich des GPA vgl. *Gaedtke*, *Politische Auftragsvergabe und Welthandelsrecht*, 103 ff.

35 *Frenz*, *Vergaberecht*, Rn. 225.

36 *Steengrafe*, *NJ* 2013, 495 (497); *Steiner*, *Die Berücksichtigung sozialer Aspekte im Rahmen der öffentlichen Beschaffung*, 38.

37 Aus Gründen der Lesbarkeit wurde im Text die männliche Form gewählt, nichtsdestoweniger beziehen sich die Angaben auf Angehörige aller Geschlechter.

38 *Pünder/Klafki*, *NJW* 2014, 429; *Behrens*, *Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht*, § 47 Rn. 1785.

39 *Pünder/Klafki*, *NJW* 2014, 429; *Steengrafe*, *NJ* 2013, 495 (497 ff.).

2. Umweltbezogene Aspekte

Umweltbezogene Aspekte wurden erst in den neunziger Jahren in das Vergaberecht aufgenommen.⁴⁰ Zunächst wurde das Beschaffungswesen in der Konferenz der Vereinten Nationen für Umwelt und Entwicklung 1992 in Rio de Janeiro als wichtiges Instrument des produktbezogenen Umweltschutzes angesehen.⁴¹ Einige Mitgliedstaaten der OECD⁴² hatten seit 1996 begonnen, eine umweltfreundliche öffentliche Beschaffung beispielweise durch die Bereitstellung der Informationen, die sich an den öffentlichen Auftrag richten, zu fördern.⁴³

Im Jahr 2002 hat der Weltgipfel für nachhaltige Entwicklung in Johannesburg klargestellt, dass die zuständigen Behörden auf allen Ebenen einen Beitrag dazu leisten sollen, ökologische Belange in das öffentliche Beschaffungswesen einzu beziehen.⁴⁴ Zu konkreten Maßnahmen gehört u. a. die Förderung der öffentlichen Beschaffungspolitiken, die die Entwicklung und Verbreitung umweltverträglicher Produkte und Dienstleistungen begünstigen.⁴⁵

Darüber hinaus forderte in demselben Jahr die „OECD-Empfehlung des Rates zur Verbesserung der Umwelleistung des öffentlichen Beschaffungswesens“⁴⁶ die Mitgliedstaaten auf, geeignete politische Rahmenbedingungen und Unterstützung bereitzustellen, um die umweltfreundliche öffentliche Beschaffung zu fördern.⁴⁷ Unter anderem wurden auch die Feststellung eines Verfahrens für die Identifizierung umweltfreundlicher Produkte und die Entwicklung eines Überwachungs- und Bewertungssystems empfohlen.⁴⁸

Wie für die sozialen Belange ist das reformierte GPA 2012 nun auch für die Berücksichtigung der ökologischen Aspekte von Bedeutung. Nach den einschlägigen Normen des GPA 2012 können der Umweltschutz und die Erhaltung der

40 *BMU*, Umweltfreundliche öffentliche Beschaffung, aufrufbar unter: <https://www.bmu.de/themen/wirtschaft-produkte-ressourcen-tourismus/produkte-und-konsum/umweltfreundliche-beschaffung/>, zuletzt aufgerufen am 30.11.2020.

41 ebd.

42 Engl.: Organisation for Economic Co-operation und Development; dt.: Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung.

43 *OECD*, Greener Public Purchasing, aufrufbar unter: <https://www.oecd.org/env/tools-evaluation/greenerpublicpurchasing.htm>, zuletzt aufgerufen am 30.11.2020.

44 *Vereinte Nationen*, Bericht des Weltgipfels für nachhaltige Entwicklung, 16.

45 *Vereinte Nationen*, Bericht des Weltgipfels für nachhaltige Entwicklung, 17.

46 Engl.: OECD Council Recommendation on Improving the Environmental Performance of Public Procurement.

47 *OECD*, Greener Public Purchasing, aufrufbar unter: <https://www.oecd.org/env/tools-evaluation/greenerpublicpurchasing.htm>, zuletzt aufgerufen am 30.11.2020.

48 ebd.

natürlichen Ressourcen umfangreich in die Festlegung technischer Spezifikationen einbezogen werden.⁴⁹

II. Auf der EU-Ebene

Die öffentliche Auftragsvergabe wurde in der Vergangenheit auf der internationalen Handelsebene als Mittel zum Protektionismus gesehen und dem inländischen Bieter wurde ein Vorteil beim Wettbewerb gewährt.⁵⁰ Diese Instrumentalisierung der öffentlichen Auftragsvergabe beeinträchtigte den Wettbewerb und lief dem Binnenmarktkonzept der EU zuwider. Seit den siebziger Jahren erließ die Gemeinschaft eine Reihe von Rechtsakten⁵¹, die Aspekte des Vergaberechts zum Gegenstand hatten⁵², und zugleich spielte sie auch bei der Vorlage des völkerrechtlichen Vergaberechts eine wichtige Rolle. Zwischen der Entwicklung der strategischen Beschaffung auf europäischer und internationaler Ebene liegt daher ein enger Zusammenhang vor.⁵³

1. Soziale Aspekte

Wie bei den internationalen Entwicklungen können die sozialen Aspekte auf der europäischen Ebene früher als die umweltbezogenen Aspekte in das öffentliche Beschaffungswesen einbezogen werden. Im Jahr 1988 hat der EuGH erstmals in der *Beentjes-Entscheidung* ausgeführt, dass die Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen beim Ausschluss eines Bieters berücksichtigt werden darf und mit der Richtlinie (EG-Richtlinie 71/305) vereinbar ist, sofern sie nicht unmittelbar oder mittelbar zu einer Diskriminierung der Bieter aus anderen Mitgliedstaaten führt und in der Bekanntmachung der Ausschreibung angegeben werden muss.⁵⁴

Neben der Rechtsprechung des EuGH spielt die EU-Kommission für die Berücksichtigung sozialer Aspekte ebenso eine treibende Rolle.⁵⁵ Sowohl im Grünbuch

49 Ausführlich dazu *Steiner*, Das WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, 4 f.

50 *Latzel*, NZBau 2014, 673; ausführlich vgl. *Egger*, Europäisches Vergaberecht, 26-28.

51 *Byok*, NJW 1998, 2774.

52 Vgl. „Richtlinie 71/304/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 zur Aufhebung der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge und bei öffentlichen Bauaufträgen, die an die Auftragnehmer über ihre Agenturen oder Zweigniederlassungen vergeben werden“ und „Richtlinie 77/62/EWG des Rates vom 21. Dezember 1976 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge“.

53 *Gramlich*, RIW 1995, 795 ff.; *Odendahl*, EuZW 2004, 647 f.

54 EuGH, Urteil v. 20.9.1988 – Rs. C-31/87 = NVwZ 1990, 353 ff. – *Beentjes*.

55 Vgl. *Jasper/Marx*, FS - Fridhelm Marx, 39 (330 ff.).