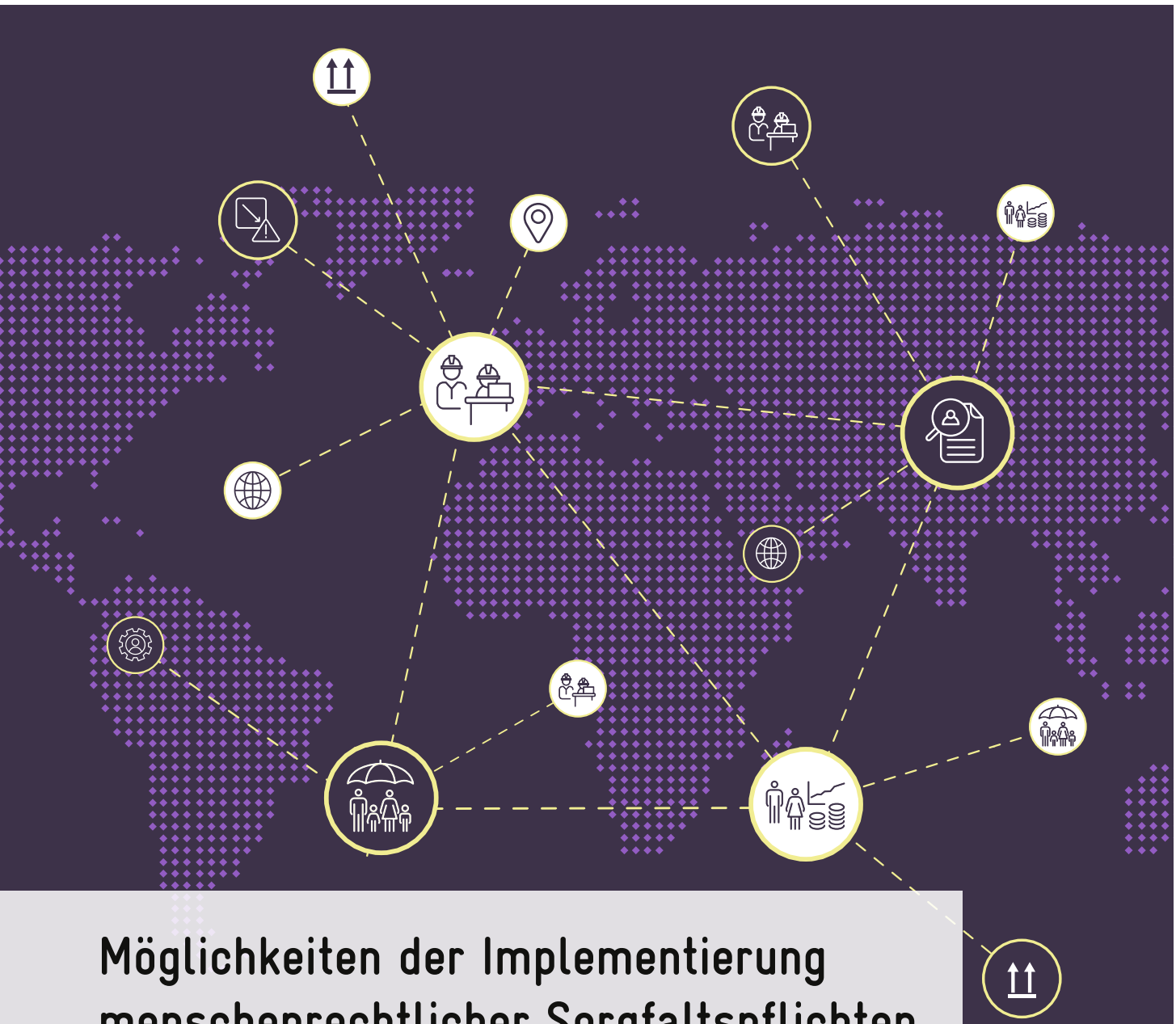

Möglichkeiten der Implementierung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten in die öffentliche Auftragsvergabe

Herausgegeben von:

giz Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

Dieses Dokument dient öffentlichen Auftraggebenden als Hilfestellung zur Einbeziehung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten in öffentliche Auftragsvergaben. Trotz sorgfältiger Erstellung des Dokuments unter Einholung vergaberechtlicher Expertise können Fehler, abweichende Ansichten der Spruchpraxis oder eine fehlerhafte Anwendung der Hilfestellung nicht ausgeschlossen werden.

Die Richtigkeit, Vollständigkeit und Aktualität des Inhalts sind daher ohne Gewähr und das Dokument ersetzt nicht die eigenständige rechtliche Prüfung und Bewertung der Vergabeunterlagen und der aus diesem Dokument übernommenen Formulierungen. Eine Haftung des Herausgebers für Schäden jeglicher Art, auch für die mit dem Inhalt verbundenen potenziellen Folgen, ist ausgeschlossen..

Herausgeber:
Deutsche Gesellschaft für
Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

Sitz der Gesellschaft
Bonn und Eschborn
Friedrich-Ebert-Allee 32 + 36
53113 Bonn, Deutschland

E nachhaltige-beschaffung@giz.de
I www.giz.de

Projekt und Redaktion:
SV Unternehmerische und öffentliche Verantwortung für nachhaltige Lieferketten
nachhaltige-beschaffung@giz.de

Layout
FLMH Labor für Politik und Kommunikation

Bonn 2023

Inhalt

0 ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE 1

1 EINFÜHRUNG 2

2 INHALT UND UMFANG MENSCHENRECHTLICHER SORGFALTSPFLICHTEN 3

3 ABGRENZUNG MENSCHENRECHTLICHER SORGFALTSPFLICHTEN VON ANDEREN SOZIALEN KRITERIEN 3

4 IMPLEMENTIERUNG MENSCHENRECHTLICHER SORGFALTSPFLICHTEN IN DAS VERGABEVERFAHREN 5

a. Auftragsgegenstandsbezug 7

b. Gleichbehandlung 10

c. Ausschlussgründe 10

d. Eignungskriterien 11

e. Zuschlagskriterien 13

f. Ausführungsbedingungen 15

5 ZUSAMMENFASSENDE ÜBERSICHT 17

0 Zusammenfassung der Ergebnisse

Alle Unternehmen sollen menschenrechtliche Sorgfaltspflichten[1] umsetzen, um nachteilige Auswirkungen von Aktivitäten in ihrer Lieferkette auf Menschenrechte zu vermeiden oder zu mildern. **Öffentliche Auftraggebende sind besonders verpflichtet, Sorgfaltspflichten auch in der Vergabe umzusetzen.**

Auftraggebende können **Sorgfaltspflichten als „soziale Aspekte" in Vergabeverfahren** implementieren. Dabei müssen sie immer einen Bezug zum konkreten Auftragsgegenstand herstellen. Da Sorgfaltspflichten vorrangig unternehmensinterne Prozesse und Maßnahmen sind, ist die Abgrenzung zu unzulässigen Anforderungen an allgemeine Unternehmenspolitik essenziell.

Auftraggebende können Sorgfaltspflichten auf der **Ebene der Eignungskriterien, Zuschlagskriterien und Auftragsausführungsbedingungen** umsetzen, wenn sie einen konkreten, auf die Lieferkette des Produkts oder der Leistung reduzierten **Auftragsbezug** herstellen. Auftraggebende können Unternehmen zudem bei qualifizierten Verstößen gegen das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz ausschließen.

Auftraggebende können Sorgfaltspflichten als Eignungskriterium „Lieferkettenmanagement- und Lieferkettenüberwachungssystem" gemäß § 46 Abs. 3 Nr. 4 VgV einbringen. Über Mindeststandards können sie fordern, dass Bietende Kernelemente der Sorgfaltspflichten umsetzen. Die Anforderungen müssen mit den konkreten Risiken des Auftragsgegenstandes in Verbindung stehen. Auftraggebende können neben Eigenerklärungen insbesondere auch Drittbescheinigungen (z.B. Gütezeichen) als Nachweis fordern.

Auftraggebende können die Umsetzung von Sorgfaltspflichten als Zuschlagskriterien wertend nutzen, wenn sie diese klar von Eignungskriterien abgrenzen und auf die Auftragsausführung sowie das angebotene Produkt bzw. Leistung begrenzen. Als Nachweis eigenen sich insbesondere konzeptionelle Darstellungen. Denkbar sind aber auch Drittbescheinigungen (z. B. Gütezeichen).

Auftraggebende können die Einhaltung von Sorgfaltspflichten während der Vertragsausführung als Ausführungsbedingung verlangen. Die vertragliche Verpflichtung muss auf den Zeitraum der Auftragsausführung sowie auf das angebotene Produkt bzw. Leistung begrenzt sein. Auftraggebende können aber bereits im Vergabeverfahren entsprechende Verpflichtungserklärungen oder Drittbescheinigungen (z.B. Gütezeichen) als Nachweis verlangen.

[1] Unternehmerische Sorgfaltspflichten sollen negative Auswirkungen auf Menschenrechte und die Umwelt vermeiden. Wegen unterschiedlicher Anknüpfungspunkte im Vergaberecht beschränkt sich dieses Dokument auf den menschenrechtlichen Aspekt der Sorgfaltspflichten.

1 Einführung

Unternehmen stehen in der Verantwortung, Menschenrechte zu achten. Sie sind wichtige gesellschaftliche Akteure, die mit ihrer Geschäftstätigkeit und ihren Geschäftsbeziehungen lokale Strukturen und das Leben der Menschen beeinflussen. Sie tragen das Risiko, dass sich ihre Aktivitäten – direkt oder indirekt – nachteilig auf Menschenrechte auswirken. Dieses Risiko zu kennen, ist Bestandteil der unternehmerischen Verantwortung. Zu fragen ist: Durch welche Aktivitäten und an welcher Stelle der Lieferkette könnten Menschenrechte nachteilig beeinflusst werden? Wie wahrscheinlich sind negative Auswirkungen und wie schwerwiegend sind sie? Nur wenn ein Unternehmen die Risiken ermittelt hat und kennt, kann es nachteilige Auswirkungen vermeiden oder mildern.[2]

Die Bundesregierung erwartet von allen Unternehmen, dass sie Leitlinien und Prozesse einführen, um ihrer menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht – in Deutschland und in ihrem Auslandsgeschäft – nachzukommen. Das gilt auch für Unternehmen, die nicht in den Anwendungsbereich der verbindlichen Regeln des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes (LkSG) fallen.[3] Diese Erwartungen wurden im **Nationalen Aktionsplan Wirtschaft und Menschenrechte (NAP)** 2016 formuliert.[4] Mit dem NAP sollen die 2011 beschlossenen **VN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte** umgesetzt werden.[5]

Der NAP konkretisiert neben den Erwartungen an Unternehmen auch die **Erwartungen an staatliche Institutionen in Bezug auf den Schutz von Menschenrechten in Lieferketten**. Soweit öffentliche Auftraggebende unternehmerisch tätig sind, sind auch sie zur menschenrechtlichen Sorgfalt verpflichtet. Generell tragen sie als staatliche Akteure mit großer Marktmacht eine **besondere Verantwortung** dafür, dass sie mit öffentlichen Mitteln keine negativen Auswirkungen auf Menschenrechte verursachen und sie ihrer **staatlichen Schutzpflicht** nachkommen. Indem sie ihre Kaufkraft für Waren und Dienstleistungen mit positiven sozialen Auswirkungen aufwenden, können sie einen **wichtigen Beitrag zur nachhaltigen Entwicklung** leisten.[6]

Menschenrechtliche Sorgfaltspflichten sind in allen Beschaffungsbereichen relevant. Öffentliche Auftraggebende sollten sie **besonders bei langen und komplexen Lieferketten** und bei der Beschaffung von **Risikoprodukten** berücksichtigen (z.B. Bekleidung und Textilien, IT, Naturstein).[7]

Dieses Dokument soll öffentliche Auftraggebende unterstützen, Anforderungen an die menschenrechtliche Sorgfalt der sich Bewerbenden und Bietenden[8] in das Vergabeverfahren einzubeziehen. Damit sollen Aufträge an solche Unternehmen vergeben werden können, die ihrer gesellschaftlichen Verantwortung nachkommen.

[2] Quelle und weitere Informationen: CSR - Unternehmerische Sorgfaltspflicht für Menschenrechte (csr-in-deutschland.de).
[3] Quelle und weitere Informationen: CSR - Unternehmerische Sorgfaltspflicht für Menschenrechte (csr-in-deutschland.de).
[4] Quelle und weitere Informationen: CSR - NAP (csr-in-deutschland.de)
[5] Weitere Informationen: CSR - VN-Leitprinzipien (csr-in-deutschland.de)
[6] Mitteilung der Kommission „Sozialorientierte Beschaffung – ein Leitfaden für die Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (2. Ausgabe), C(2021) 3573 final.
[7] Siehe auch Praxisbeispiele: Kompass Nachhaltigkeit (kompass-nachhaltigkeit.de).
[8] Im Folgenden verwendet das Dokument für bessere Lesbarkeit nur noch „Bietende“.

2 Inhalt und Umfang menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten

Die Umsetzung der menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht ist für jedes Unternehmen ein individueller und fortlaufender Prozess. Die Sorgfaltspflicht setzt sich aus **fünf Kernelementen** zusammen:[9]

Zu Beginn steht die strategische Entscheidung der Unternehmensführung, Menschenrechte zu stärken. Unternehmen sollten durch eine **Grundsatzerklärung** öffentlich zum Ausdruck bringen, dass sie ihrer Verantwortung für die Achtung der Menschenrechte nachkommen.

Unternehmen sollten kontextbezogen und fortlaufend **Risiken ermitteln und bewerten**, wie sich eigene Geschäftstätigkeit oder ihre Geschäftsbeziehungen auf Menschenrechte tatsächlich oder potenziell nachteilig auswirken.

Haben sie Risiken erkannt, sollten Unternehmen **Präventions- und Gegenmaßnahmen** ergreifen und in ihre Geschäftstätigkeit integrieren. Die ergriffenen Maßnahmen sollten der Schwere der potenziellen und tatsächlichen Auswirkungen auf Menschenrechte angemessen begegnen.

Unternehmen sollten **Informationen bereithalten und extern kommunizieren**, um darzulegen, dass sie die tatsächlichen und potenziellen Auswirkungen ihres unternehmerischen Handelns auf die Menschenrechte kennen und diesen in geeigneter Weise begegnen.

Um tatsächliche oder potenziell nachteilige Auswirkungen auf Menschenrechte frühzeitig zu identifizieren, sollten Unternehmen selbst eigene **Beschwerdemechanismen** einführen oder sich aktiv an externen Verfahren beteiligen, beispielsweise auf Verbandsebene oder im Rahmen von Multi-Stakeholder-Initiativen.

3 Abgrenzung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von anderen sozialen Kriterien

Es ist anerkannt und vergaberechtlich geregelt, dass öffentliche Auftraggebende soziale Aspekte bei ihrer Vergabeentscheidung berücksichtigen sollen und dürfen.

[9] Quelle und weitere Informationen: CSR - Unternehmerische Sorgfaltspflicht für Menschenrechte (csr-in-deutschland.de).

Grundsätze des Vergaberechts

§ 97 Abs. 3 GWB

Bei der Vergabe werden […] soziale Aspekte nach Maßgabe dieses Teils berücksichtigt.

Ausschlussgründe	Eignungskriterien	Leistungs-beschreibung[10]	Zuschlagskriterien	Ausführungsbedin-gungen
vgl. § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB: sozialrechtliche Verpflichtung § 124 Abs. 2 GWB: § 22 des Lieferketten-sorgfaltspflichten-gesetzes	z. B. § 46 Abs. 3 Nr. 4 VgV: Angabe des Lieferkette-management- und Lieferkettenüber-wachungssystems	z. B. § 31 Abs. 3 S. 1 VgV: soziale … Aspekte	vgl.. § 127 Abs. 1 S. 4 GWB: soziale Aspekte § 58 Abs. 2 Nr. 2 VgV: soziale Zuschlags-kriterien	vgl. § 128 Abs. 2 Satz 3 GWB: soziale Belange

Herkömmlich berücksichtigen öffentliche Auftraggebende soziale Aspekte, indem sie Bietende verpflichten, bei der Herstellung des zu beschaffenden Produktes oder bei der Leistungserbringung Menschenrechte nicht selber zu verletzen (Erfolgspflicht). Menschenrechtliche Sorgfaltspflichten haben einen komplementären und darüber hinausgehenden Ansatz. Sie verlangen **Maßnahmen und Prozesse innerhalb des Unternehmens**, die darauf hinwirken, dass in der Lieferkette der Leistung Risiken erkannt und **negative Auswirkungen auf Menschenrechte so gut wie möglich vermieden werden** (Bemühenspflicht).

Soziale Aspekte

Bezugspunkt: Leistungserbringung/Prozess der Herstellung	**Bezugspunkt:** Unternehmen
Verpflichtung zur: Beachtung geschützter Rechtspositionen/Rechtsgüter durch das Unternehmen selber	**Verpflichtung zur:** Etablierung von Maßnahmen und Prozessen innerhalb des Unternehmens
Beispiele: • Einhaltung ILO-Kernarbeitsnormen • Barrierefreiheit • Zahlung von Mindestlohn • Tariftreueerklärung	**Beispiele:** • menschenrechtliche Sorgfaltspflichten in Bezug auf die Lieferkette • Maßnahmen zur Frauenförderung im Unternehmen

[10] Auf eine Darstellung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten im Rahmen der Leistungsbeschreibung wird in dieser Handreichung verzichtet, da nach überwiegender Meinung zumindest solche sozialen Aspekte, die sich nicht unmittelbar in der Eigenschaft der Leistung widerspiegeln (wie die Beachtung von Menschenrechten bei der Herstellung des Produktes) nicht als Merkmal der Leistung in der Leistungsbeschreibung etabliert werden sollen.

Zusammengefasst lassen sich menschenrechtliche Sorgfaltspflichten im Vergabeverfahren über die Berücksichtigung von **sozialen Aspekten, die an Maßnahmen und an Prozesse innerhalb des Unternehmens anknüpfen,** implementieren.

4 Implementierung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten in das Vergabeverfahren

Öffentliche Auftraggebende können die Einhaltung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten auf **verschiedenen Ebenen des Vergabeverfahrens (Ausschlussgründe, Eignungskriterien, Zuschlagskriterien, Ausführungsbedingungen)**[11] implementieren.

Sorgfaltspflichten erhalten – je nach der gewählten Ebene – **vergaberechtlich unterschiedliche Anknüpfungspunkte**. Es verändern sich somit nicht die Kernelemente der Sorgfalt, sondern die rechtlichen „Aufhänger" für deren Etablierung. So erfordert beispielsweise eine Umsetzung auf Ebene der Eignung die Zuordnung zu einem konkreten Eignungskriterium; bei einer Etablierung auf Zuschlagsebene bedarf es hingegen wertender Elemente. Auf welcher Ebene die Sorgfaltspflichten im konkreten Vergabeverfahren verortet werden, ist eine Frage der Zweckmäßigkeit und in jedem Einzelfall gesondert zu beurteilen. Die nachfolgende Tabelle kann dabei als **Orientierungshilfe** dienen:

Entscheidungsrelevante Aspekte	Eignungskriterium	Zuschlagskriterium	Ausführungsbedingung
Relevanz im Vergabeverfahren	• Anforderung an die Eignung, deren Erfüllung von den Bietenden im Vergabeverfahren nachgewiesen werden muss	• Kriterien, die Auftraggebende bei der Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots berücksichtigen müssen	• Vertragsbedingung, deren Einhaltung von den Bietenden im Vergabeverfahren bestätigt und nachgewiesen werden muss
Rechtsfolge bei Nichterfüllung	• Nichterfüllung führt zum Ausschluss aus dem Vergabeverfahren	• Nichterfüllung führt zur Abwertung des Angebots, nicht aber zum Ausschluss • **Ausnahme**: Nichterfüllung führt zum Ausschluss, falls vorher als Ausschlusskriterium (A-Kriterium) festgelegt	• Nichterfüllung führt zum Ausschluss des Angebots aus dem Vergabeverfahren

[11] Auf eine Darstellung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten im Rahmen der Leistungsbeschreibung wird in dieser Handreichung verzichtet, da nach überwiegender Meinung zumindest solche sozialen Aspekte, die sich nicht unmittelbar in der Eigenschaft der Leistung widerspiegeln (wie die Beachtung von Menschenrechten bei der Herstellung des Produktes) nicht als Merkmal der Leistung in der Leistungsbeschreibung etabliert werden sollen.

Entscheidungsrelevante Aspekte	Eignungskriterium	Zuschlagskriterium	Ausführungsbedingung
Relevanz für die Vertragsausführung	• Eignungskriterien werden nicht automatisch Vertragsbestandteil • Damit Eignungskriterien bei Vertragserfüllung weitergelten (z. B. Einsatz des Lieferkettenmanagementsystems), sollten sie zusätzlich als Vertragspflicht geregelt werden	• Zuschlagskriterien werden nicht automatisch Vertragsbestandteil, sondern nur das angebotene Produkt, dass der Wertung der Zuschlagskriterien zugrunde lag • Produkt muss wie angeboten geliefert werden; vertragliches Kündigungsrecht, wenn Bietende Falschangaben im Vergabeverfahren gemacht haben	• Ausführungsbedingungen sind Vertragsbedingungen • Nichterfüllung der Vertragsbedingungen führt zu vertraglich festgelegten Sanktionen (z. B. Vertragsstrafe, Kündigung, ggf. Auftragssperre)
Folgen für den Wettbewerb	• Reduzierung des Wettbewerbs auf Unternehmen, die die Eignungsanforderungen erfüllen und den geforderten Nachweis im Vergabeverfahren erbringen können	• Kaum Einschränkungen für den Wettbewerb, da auch nicht nachhaltig produzierte Produkte angeboten werden können • Ausnahme bei Ausschlusskriterien: je mehr Einzelkriterien als Ausschlusskriterien festgelegt werden, desto mehr schränkt dies den Wettbewerb ein	• Reduzierung des Wettbewerbs auf Unternehmen, die die Ausführungsbedingungen vollumfänglich erfüllen und den geforderten Nachweis im Vergabeverfahren erbringen können

Im Folgenden werden zunächst allgemeine Anforderungen an Auftragsgegenstandsbezug und Gleichbehandlung ausgeführt. Anschließend werden konkrete Umsetzungsmöglichkeiten auf den einzelnen Verfahrensebenen dargestellt:

a. Auftragsgegenstandsbezug (Seite 7)

b. Gleichbehandlung (Seite 10)

c. Ausschlussgründe (Seite 10)

d. Eignungskriterien (Seite 11)

e. Zuschlagskriterien (Seite 13)

f. Ausführungsbedingungen (Seite 15)

a. Auftragsgegenstandsbezug

Auftraggebende dürfen in Vergabeverfahren nur solche Anforderungen stellen, die mit dem Auftragsgegenstand der ausgeschriebenen Leistung in Verbindung stehen. Dies gilt auf allen Ebenen:

Regelungen zum erforderlichen Auftragsbezug		
Eignungskriterien	**Zuschlagskriterien**	**Ausführungsbedingungen**
§ 122 Abs. 4 S. 1 GWB: Eignungskriterien müssen **mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung** und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen.	§ 127 Abs. 3 S. 1 GWB: Die Zuschlagskriterien müssen **mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung** stehen.	§ 128 Abs. 2 S. 1 GWB: 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.

Eignungskriterien, Zuschlagskriterien und Ausführungsbedingungen müssen daher mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen.

↕

Eine solche Verbindung mit dem Auftragsgegenstand fehlt, wenn sich die Anforderungen nicht auf den Auftrag, sondern auf die allgemeine Unternehmenspolitik beziehen:

Unzulässige Anforderungen an die allgemeine Unternehmenspolitik

Erwägungsgrund 97 RL 2014/24/EU:

„Die Bedingung eines Bezugs zum Auftragsgegenstand **schließt allerdings Kriterien und Bedingungen bezüglich der allgemeinen Unternehmenspolitik aus**, da es sich dabei nicht um einen Faktor handelt, der den konkreten Prozess der Herstellung oder Bereitstellung der beauftragten Bauleistung, Lieferung oder Dienstleistung charakterisiert. Daher sollte es öffentlichen Auftraggebern **nicht gestattet** sein, von den Bietende **eine bestimmte Politik der sozialen oder ökologischen Verantwortung zu verlangen.**"

BT-Drs. 18/6281, S. 114:

„**Nicht** möglich ist es, über Ausführungsbedingungen dem Unternehmen **allgemeine Vorgaben für seine Unternehmenspolitik oder Betriebsorganisation** zu machen."

Vorgaben öffentlicher Auftraggebender zur Einhaltung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten dürfen daher nicht in die Unternehmenspolitik oder Betriebsorganisation der Bietenden eingreifen.

Aufgrund dessen forderte die **Vergabekammer des Bundes** (Beschluss vom 03.12.2020 – VK 1-94/20), dass von Auftraggebenden gestellte Anforderungen:

- nur für den **spezifischen Herstellungsprozess des zu beschaffenden Produktes** gelten und
- von jedem Bietenden **bei der Ausführung des Auftrags beeinflusst und erfüllt** werden können.

Diese Abgrenzung ist vorliegend besonders relevant. Menschenrechtliche Sorgfaltspflichten zielen auf eine nachhaltige und sozial verantwortungsbewusste Geschäftspraxis der Unternehmen ab, die das Wohlergehen und die Rechte aller Menschen respektiert, die von den Aktivitäten des Unternehmens betroffen sind. Es handelt sich um eine unternehmenspolitische Entscheidung, in die öffentliche Auftraggebende grundsätzlich nicht eingreifen dürfen. Um im Vergabeverfahren dennoch Anforderungen an menschenrechtliche Sorgfaltspflichten stellen zu dürfen, bedarf es der **Herstellung eines konkreten, nur auf die Lieferkette der nachgefragten Leistung reduzierten Bezugs zum Auftragsgegenstand:**

Kernelement	Allgemeine Bedeutung	Korrektiv: Auftragsbezug
Grundsatzerklärung	• Verantwortung anerkennen/Bekenntnis des Unternehmens zur Achtung der Menschenrechte • Verabschiedung einer Menschenrechtsstrategie durch die Unternehmensleitung • Beschreibung des Verfahrens, mit dem das Unternehmen den Sorgfaltspflichten nachkommt • Festlegung der menschenrechtlichen Erwartungen an Beschäftigte und Zulieferer	• Strategie, die das Verfahren beschreibt, mit dem das Unternehmen **bei der Ausführung des Auftrags seinen Sorgfaltspflichten in der Lieferkette des angebotenen Produktes** nachkommt sowie hierauf bezogene Maßnahmen, z. B. zur: › Umsetzung im betreffenden Geschäftsbereich/-abläufen › Beschaffungsstrategie/Einkaufspraxis › ggf. Schulung der für die Auftragsausführung eingesetzten Mitarbeiter/innen › Durchführung von Kontrollmaßnahmen › Verankerung gegenüber Zulieferern der betroffenen Lieferkette
Risiken ermitteln	• Ermittlung potenzieller und tatsächlicher Risiken im eigenen Geschäftsbereich und bei Zulieferern • angemessene Gewichtung und Priorisierung und Weitergabe an die maßgeblichen Entscheidungsträger • kontinuierliche Erfassung der gesamten Bandbreite an Auswirkungen, die die Unternehmen selber verursachen, zu denen sie beitragen oder mit denen sie verbunden sind	• Ermittlung potenzieller und tatsächlicher Risiken **in der Lieferkette des angebotenen Produktes**, die sich auf Menschrechte **bei der Erfüllung des Auftrags** auswirken können sowie hierauf bezogene Maßnahmen, z. B.: › angemessene Gewichtung und Priorisierung › Erfassung der Auswirkungen, die die Unternehmen bei der Herstellung des angebotenen Produktes selber verursachen, zu denen sie beitragen oder mit denen sie verbunden sind
Risiken minimieren	• Identifizierung und Ergreifung geeigneter Maßnahmen, u. a. Festlegung klarer Verantwortlichkeiten und Zuweisung von Mitteln • Einrichtung eines angemessenen und wirksamen Risikomanagements, das in allen maßgeblichen Geschäftsabläufen durch angemessene Maßnahmen zu verankern ist • Managementsystem betrifft die Geschäftstätigkeit des Unternehmens und alle maßgeblichen Geschäftsabläufe	• Identifizierung und Ergreifung geeigneter Maßnahmen, um die Risiken für die Menschenrechte **in der Lieferkette des angebotenen Produktes während der Auftragsausführung** zu minimieren, sowie hierauf bezogene Maßnahmen, z. B.: › Festlegung klarer Verantwortlichkeiten › Zuweisung von Mitteln
Informieren + Berichten	• Fortlaufende Dokumentation der Erfüllung der Sorgfaltspflichten und Erstellung eines Berichts • Veröffentlichung der Berichte auf der Internetseite des Unternehmens	• Dokumentation und Berichterstattung **während der Auftragsausführung** über die Einhaltung der vereinbarten menschenrechtlichen Sorgfaltspflichten bzgl. **der Lieferkette des angebotenen Produktes gegenüber dem Auftraggebenden**
Beschwerden ermöglichen	• Einrichtung eines Beschwerdeverfahrens auf operativer Ebene, das es Hinweisgebenden ermöglicht, auf menschenrechtliche Risiken und ihre Verletzungen hinzuweisen	• Einrichtung eines geeigneten Beschwerdeverfahrens **während der Auftragsausführung** für Verstöße gegen die vereinbarten menschenrechtlichen Sorgfaltspflichten **in der Lieferkette des angebotenen Produktes**

Zusammengefasst ist für die Implementierung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten stets eine **Verbindung mit dem Auftragsgegenstand** der ausgeschriebenen Leistung erforderlich. Diese **fehlt bei allgemeinen Anforderungen an die Unternehmenspolitik oder an die Betriebsorganisation** der Unternehmen. Die Kernelemente menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten bedürfen daher vor ihrer Implementierung in das Vergabeverfahren eines **Korrektivs** durch Herstellung eines konkreten Auftragsbezugs.

b. Gleichbehandlung

Öffentliche Auftraggebende müssen Bietende im gesamten Vergabeverfahren gleich behandeln. Bei der Implementierung von menschenrechtlichen Sorgfaltspflichten ergeben sich keine Besonderheiten. Insbesondere verstößt es nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, wenn Auftraggebende Sorgfaltspflichtenprozesse fordern, die größere Unternehmen aufgrund ihrer gesetzlichen Verpflichtung nach dem LkSG regelmäßig bereits etabliert haben dürften. Hierbei handelt es sich um einen Vorteil, der aus der unterschiedlichen Marktstellung der teilnehmenden Unternehmen resultiert. Auftraggebende sind nicht verpflichtet (und nach der Rechtsprechung auch nicht berechtigt), unabhängig von der konkreten Ausschreibung bestehende Wettbewerbsvorteile auszugleichen.

c. Ausschlussgründe

Im Rahmen der vergaberechtlich normierten Ausschlussgründe finden menschenrechtliche Sorgfaltspflichten nur begrenzt Berücksichtigung.

Verstoß gegen sozialrechtliche Verpflichtungen – § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB

Öffentliche Auftraggebende **können** unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen, wenn das Unternehmen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge nachweislich gegen geltende umwelt-, **sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen** verstoßen hat.

Sozialrechtliche Verpflichtungen im Sinne von § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB umfassen alle **Rechtsvorschriften** der Europäischen Union, einzelstaatliche Rechtsvorschriften, Tarifverträge sowie die im Anhang X der Richtlinie 2014/24/EU aufgeführten internationalen sozialrechtlichen Übereinkommen. Leitlinien oder Leitprinzipien, die kein verbindliches Recht sind (z. B. VN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschrechte, OECD Guidelines oder OECD Guidances), fallen nicht unter den Begriff der sozialrechtlichen Verpflichtung in § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB und können daher keinen Ausschluss begründen.

Adressiert werden über die v. g. Norm daher die durch menschenrechtliche Sorgfaltspflichten geschützten Rechtsgüter (z. B. Menschenrechte gemäß ILO-Kernarbeitsnormen), nicht aber die Umsetzung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten im Unternehmen.

Verstoß gegen das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – § 124 Abs. 2 GWB

Nach § 22 Abs. 1 LkSG – in Bezug genommen von § 124 Abs. 2 GWB – **sollen** von der Teilnahme an einem Verfahren über die Vergabe eines Liefer-, Bau- oder Dienstleistungsauftrags Unternehmen **ausgeschlossen**

werden, die wegen eines rechtskräftig festgestellten Verstoßes gegen das LkSG mit einer Geldbuße von wenigstens EUR 175.000 belegt worden sind.[12] Der Ausschluss darf nur innerhalb eines angemessenen Zeitraums von bis zu drei Jahren erfolgen.

Öffentliche Auftraggebende erhalten Kenntnis von einem solchen Verstoß (spätestens) durch Einholung des **Auszugs aus dem Wettbewerbsregister**. Dort sind rechtskräftige Bußgeldentscheidungen, die wegen Ordnungswidrigkeiten nach § 24 Abs.1 LkSG ergangen sind, eingetragen.

Rechtsfolge eines Verstoßes

Stellen öffentliche Auftraggebende im Rahmen eines Vergabeverfahrens fest, dass Unternehmen gegen ihre sozialrechtliche Verpflichtungen im Sinne des § 124 Abs. 1 oder Abs. 2 GWB verstoßen haben, so können sie diese vom Vergabeverfahren ausschließen. Der Ausschluss erfordert mithin eine ordnungsgemäße Ausübung des **Ermessens**. Unternehmen haben jedoch die Möglichkeit, Selbstreinigungsmaßnahmen nach § 125 GWB zu ergreifen mit der Folge, dass sie sodann nicht von der Teilnahme auszuschließen wären.

Zusammengefasst können Unternehmen bei einem bußgeldbewährten Verstoß gegen das LkSG nach § 124 Abs. 2 GWB vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. **Dieser Ausschluss ergibt sich aus dem Gesetz und bedarf keiner weiteren Etablierung durch öffentliche Auftraggebende in Vergabeverfahren.** Eine weitergehende Berücksichtigung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten über die vergaberechtlichen Ausschlussgründe ist nicht möglich.

d. Eignungskriterien

Ein Unternehmen ist gemäß **§ 122 Abs. 2 GWB** geeignet, wenn es die durch die öffentlichen Auftraggebenden im Einzelnen zur ordnungsgemäßen Ausführung des öffentlichen Auftrags festgelegten Kriterien (Eignungskriterien) erfüllt. Die Eignungskriterien dürfen **ausschließlich** Folgendes betreffen:

1. **Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung,**
2. **wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit,**
3. **technische und berufliche Leistungsfähigkeit.**

Eignungskriterien knüpfen damit an (vorhandene) Umstände und Ausstattungen im Unternehmen des Bietenden an. Sie sind in den Vergabeordnungen näher ausgestaltet und **abschließend**. Anforderungen an die Eignung müssen stets einem der aufgeführten Eignungskriterien zugeordnet werden können. Es ist nicht zulässig, neue Eignungsanforderungen zu formulieren.

Zur Verwendung als Eignungskriterium müssen menschenrechtliche Sorgfaltspflichten daher einem normierten Eignungskriterium zugeordnet werden können. Einen Ansatz hierfür bietet die Forderung nach einem – im Unternehmen vorhandenen – Lieferkettenmanagementsystem.

Lieferkettenmanagementsystem – § 46 Abs. 3 Nr. 4 VgV:

Als Beleg der erforderlichen technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit kann die **Angabe des Lieferkettenmanagement- und Lieferkettenüberwachungssystems**, das dem Unternehmen

[12] Abweichend hiervon werden für die in § 22 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 bis 3 LkSG genannten Fälle höhere Bußgelder als Ausschlussschwelle festgelegt. Es ist daher im konkreten Einzelfall auf der Grundlage des Auszugs aus dem Wettbewerbsregister zu prüfen, welche Bußgeldschwelle gilt.

zur Vertragserfüllung zur Verfügung steht, gefordert werden. Der Wettbewerb wird damit auf Bietende verengt, die bereits ein Lieferkettenmanagementsystem im Unternehmen etabliert bzw. dieses bis spätestens zur Vertragserfüllung getan haben.

Ein Lieferkettenmanagement- und -überwachungssystem kann sich auch auf soziale Aspekte der Produktion und Herstellung gelieferter bzw. verwendeter Produkte beziehen. Ein solches **nachhaltiges Lieferkettenmanagement** betrachtet die Wertschöpfungsschritte des Produktes in Bezug auf menschenrechtliche Risiken. Ziel ist es, negativen Auswirkungen vorzubeugen, diese zu beheben oder zumindest zu minimieren.

Ein nachhaltiges, auf die Minimierung von menschenrechtlichen Risiken gerichtetes Lieferkettenmanagementsystem kann als Eignungskriterien verlangt werden, wenn eine **Verbindung mit dem Auftragsgegenstand** besteht und die Anforderungen an ein solches in einem **angemessenen Verhältnis zum Auftragsgegenstand** stehen. In der (tieferen) Lieferkette des Auftragsgegenstandes muss daher eine Verletzung von Menschenrechten zu befürchten sein. Die Anforderungen müssen sich auf das für die Auftragsausführung Erforderliche reduzieren. Sie dürfen sich also nicht auf Geschäftsbereiche der Unternehmen erstrecken, die für die Ausführung nicht relevant sind. Unzulässig wäre es beispielsweise, wenn Auftraggebende für die Erbringung von Rechtsanwaltsberatungsleistungen die Angaben eines nachhaltigen Lieferkettenmanagementsystem forderten. Sie werden hier regelmäßig weder die Verbindung zum Auftragsgegenstand noch die Verhältnismäßigkeit begründen können.

Es wird als zulässig erachtet, spezifische Mindeststandards an ein Lieferkettenmanagement- und Lieferkettenüberwachungssystem vorzugeben, soweit ein Auftragsbezug besteht und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt ist (vgl. § 122 Abs. 4 S. 1 GWB). Als **Mindeststandard** könnte daher gefordert werden, dass das **Lieferkettenmanagement- und Lieferkettenüberwachungssystems**, das dem Unternehmen zur Vertragserfüllung zur Verfügung steht, Kernelemente menschenrechtlicher Sorgfalt enthält. Ein solches (menschenrechtliches) Lieferkettenmanagementsystem sollte mindestens Folgendes umfassen:

- Es muss eine **Strategie** beinhalten, die das Verfahren beschreibt, mit dem das Unternehmen bei der Ausführung des Auftrags seinen menschenrechtlichen Sorgfaltspflichten in der Lieferkette des ausgeschriebenen Produktes nachkommt
- Es muss eine **Ermittlung potenzieller und tatsächlicher menschenrechtlicher Risiken** in der Lieferkette des ausgeschriebenen Produktes umfassen
- Es muss **geeignete Maßnahmen** beinhalten, um menschenrechtliche Risiken in der Lieferkette des ausgeschriebenen Produktes während der Auftragsausführung zu minimieren
- Es muss eine **Berichterstattung** während der Auftragsausführung mindestens gegenüber dem Auftraggebenden über die Einhaltung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten in der Lieferkette des ausgeschriebenen Produktes beinhalten
- Es muss **Beschwerdemechanismen** für menschenrechtliche Risiken in der Lieferkette des ausgeschriebenen Produktes umfassen

Nachweismöglichkeiten

Auftraggebende müssen angeben, mit welchen Unterlagen (Eigenerklärungen, Angaben, Bescheinigungen und sonstige Nachweise) Bietende ihre Eignung zu belegen haben. Dabei gilt grundsätzlich ein Vorrang von Eigenerklärungen. Auftraggebende dürfen aber auch Bescheinigungen verlangen. So existieren bereits Gütezeichen, die die Umsetzung von Sorgfaltspflichten im Rahmen eines Lieferkettenmanagementsystems erfassen, wie beispielsweise der Grüne Knopf 2.0 für Textilien.

Rechtsfolge bei Nichterfüllung

Verfügen Bietende nicht über ein den Anforderungen entsprechendes Lieferkettenmanagement- und Lieferkettenüberwachungssystem, müssen Auftraggebende sie **wegen mangelnder Eignung zwingend aus dem Vergabeverfahren ausschließen**.

Praxistipp

Wird im Rahmen des Vergabeverfahrens die Angabe des Lieferkettenmanagementsystems gefordert, sollte der tatsächliche Einsatz bei der Leistungserbringung über Regelungen im Vertrag oder in Vertragsbedingungen abgesichert werden.

Zusammengefasst können menschenrechtliche Sorgfaltspflichten im Rahmen von Eignungskriterien über die **Angabe eines Lieferkettenmanagement- und Lieferkettenüberwachungssystems**, das dem Unternehmen zur Vertragserfüllung zur Verfügung steht, verlangt werden. Hierauf bezogen können Mindeststandards formuliert werden, welche die menschenrechtlichen Sorgfaltspflichten adressieren. Als Nachweise über das Vorliegen eines nachhaltigen (auf die Beachtung von Menschenrechten gerichteten) Lieferkettenmanagementsystems können Eigenerklärungen, aber auch Drittbescheinigungen, wie z. B. Gütezeichen gefordert werden. Der Einsatz eines solches Lieferkettenmanagementsystems bei der Vertragserfüllung sollte über entsprechende vertragliche Regelungen abgesichert werden.

e. Zuschlagskriterien

Zuschlagskriterien sind objektive sowie wertende Kriterien, auf deren Grundlage das wirtschaftlichste Angebot ermittelt wird. Neben dem Preis oder den Kosten können auch qualitative, umweltbezogene oder **soziale Aspekte** gemäß § 127 Abs. 1 S. 4 GWB berücksichtigt werden.

Die Aufzählung möglicher Zuschlagskriterien im Rahmen der Vergabeordnungen ist nur beispielhaft und **nicht abschließend**. Dennoch haben Auftraggebende nur **eingeschränkte Entscheidungsfreiheit** hinsichtlich der Auswahl der Kriterien. Insbesondere gilt ein Gebot der strikten Trennung von (unternehmensbezogenen) Eignungskriterien und (leistungsbezogenen) Zuschlagskriterien. Die **Abgrenzung von Eignungs- und Zuschlagskriterien** erfolgt danach, ob sie im Schwerpunkt die Leistungsfähigkeit und fachliche Eignung der Unternehmen oder die Wirtschaftlichkeit des Angebots betreffen. Eignungskriterien dürfen nicht als Zuschlagskriterien verwendet werden.[13] Auftraggebende dürfen daher im Rahmen der Zuschlagskriterien nicht das Vorhandensein oder die Anwendung eines betrieblichen Lieferkettenmanagement- und Lieferkettenüberwachungssystems bewerten, da es sich hierbei um ein Eignungskriterium gemäß § 46 Abs. 3 Nr. 4 VgV handelt.

Ein Zuschlagskriterium zur Bewertung der Umsetzung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten muss eine **Verbindung zum Auftragsgegenstand** aufweisen. Dies erfordert, dass im konkreten Einzelfall bei der Herstellung der ausgeschriebenen Leistung ein Risiko der Verletzung von Menschenrechten besteht. Es dürfen **keine Anforderungen an die allgemeinen Unternehmenspolitik oder an die Betriebsorganisation** mit den Zuschlagskriterien verbunden sein. Die Anforderungen an die Sorgfaltspflichten müssen daher auf den Auftragsgegenstand reduziert werden und dürfen nicht alle Leistungen bzw. Waren des Unternehmens erfassen. Unzulässig wäre es beispielsweise, eine allgemeine Grundsatzerklärung der Unternehmensleitung, Schulungsmaßnahmen für alle Mitarbeitenden oder Veröffentlichungs- bzw. Transparenzpflichten gegenüber der Allgemeinheit zu fordern. Hierbei fehlt in der Regel der erforderliche Auftragsbezug.

Die Einhaltung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten muss als Zuschlagskriterium daher **beschränkt**

[13] Von diesem Grundsatz existiert eine normierte Ausnahme in Bezug auf die Qualifikation, Organisation und Erfahrung des mit der Auftragsausführung beauftragten Personals, welche hier aber keine Rolle spielt.

auf den Leistungsgegenstand und die konkrete Auftragsausführung formuliert werden. Die Formulierung muss die Möglichkeit eröffnen, die Angaben des Bietenden **abgestuft zu werten** (z. B. nicht erfüllt, wenig erfüllt, gut erfüllt, sehr gut erfüllt). Denkbar wäre es, von den Bietenden **ein Konzept zur Leistungserfüllung** zu fordern, ob und welche Maßnahmen bei der Ausführung der Leistung ergriffen werden, um Sorgfaltspflichten für Menschenrechte entlang der Lieferkette des Produktes einzuhalten, z. B.:

- ob und wie bei der Auftragsausführung **potenzielle und tatsächliche menschenrechtliche Risiken** in der Lieferkette des angebotenen Produktes ermittelt werden
- ob und welche **Maßnahmen** während der Auftragsausführung ergriffen werden, um die ermittelten menschenrechtlichen Risiken in der Lieferkette des angebotenen Produktes zu minimieren
- ob und wie gegenüber dem Auftraggebenden während der Auftragsausführung eine **Berichterstattung** über die ermittelten Risiken und die geplanten Maßnahmen zur Minimierung dieser Risiken erfolgt sowie
- ob und welche **Beschwerdemechanismen** das Unternehmen während der Auftragsausführung für menschenrechtliche Risiken in Bezug auf die Lieferkette des angebotenen Produktes einrichtet

Nachweismöglichkeiten

Durch die Forderung konzeptioneller Darstellungen und Erläuterungen können öffentliche Auftraggebende die **Einhaltung der Zuschlagskriterien wirksam überprüfen** im Sinne von § 127 Abs. 4 S. 1 GWB. Sie können – ergänzend zu dem Konzept – zum Nachweis über die Erfüllung der Zuschlagskriterien auch Bescheinigungen von Konformitätsbewertungsstellen oder Gütezeichen fordern (vgl. § 58 Abs. 4 VgV). Für den Textilbereich erfasst beispielsweise der Grüne Knopf 2.0 die Einhaltung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten. Wichtig ist, dass der geforderte Nachweis nicht das Konzept des Bietenden ersetzt, sondern als Beleg für dessen Ausführungen im Konzept dient. Der Auftraggebende erhält somit eine unabhängige Drittbescheinigung, dass die Angaben des Bietenden in seinem Konzept durch das angebotene Produkt auch tatsächlich erfüllt werden.

Rechtsfolge bei Nichterfüllung

Die Nicht- oder Schlechterfüllung von Zuschlagskriterien **führt zu einer Abwertung, aber nicht zum Ausschluss des Angebots**.

Risikohinweis: Das Zuschlagskriterium „Lieferkette" wurde von der Vergabekammer des Bundes[14] als unzulässig verworfen, da nach Auffassung der Vergabekammer das Zuschlagskriterium in der dortigen Ausgestaltung (Anknüpfen an Produktionsstandorte) nicht der Leistung als solcher anhaftete, sondern Ergebnis einer unternehmerischen Entscheidung gewesen sei. Dem wird in der oben vorgeschlagenen Weise zwar dadurch Rechnung getragen, dass die Anwendung der menschenrechtlichen Sorgfaltspflichten auf die Auftragsausführung und das angebotene Produkt beschränkt wurde. Dennoch verbleiben rechtliche Risiken, dass eine Nachprüfungsinstanz unter pauschalem Verweis auf die v. g. Entscheidung eine abweichende Auffassung vertritt.

[14] VK Bund, Beschluss vom 03.12.2020 – VK 1-94/20 (nicht bestandskräftig, bestätigt durch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2021 – Verg 54/20).

Zusammengefasst kann die Anwendung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten durch ein Unternehmen im Rahmen von Zuschlagskriterien wertend herangezogen werden. Voraussetzung ist, dass ein solches **Zuschlagskriterium klar von den Eignungskriterien (Lieferkettenmanagementsystem) abgegrenzt** und ausschließlich **auf die Auftragsausführung sowie auf das angebotene Produkt bzw. die angebotene Leistung begrenzt** wird. Als Nachweise eignen sich konzeptionelle Darstellungen des Unternehmens (Eigenerklärung). Denkbar sind auch Drittbescheinigungen, wie z. B. Gütezeichen.

f. Ausführungsbedingungen

Ausführungsbedingungen stellen festgelegte, objektive Anforderungen dar, die – anders als Zuschlagskriterien – die Bewertung der Angebote nicht berührt. Sie sind **(besondere) Vertragsbedingungen und werden mit Zuschlag Vertragsinhalt**.

Ausführungsbedingungen können gemäß § 128 Abs. 2 S. 3 GWB (auch) **soziale Belange** umfassen und den gesamten „Lebenszyklus“ von Waren betreffen, d. h. von der Gewinnung der Rohstoffe bis zur Entsorgung. Dabei müssen die Faktoren sich nicht in der stofflichen Beschaffenheit niederschlagen. Allerdings muss stets ein **Auftragsbezug** gegeben sein. Dieser fehlt, wenn die fragliche Bedingung die allgemeine Unternehmenspolitik oder die Betriebsorganisation des Auftragnehmenden regeln will.

Dies erfordert, dass im konkreten Einzelfall bei der Herstellung der ausgeschriebenen Leistung ein Risiko der Verletzung von Menschenrechten besteht. Es dürfen **keine Anforderungen an die allgemeinen Unternehmenspolitik oder an die Betriebsorganisation** über Ausführungsbedingungen auferlegt werden. Die Anforderungen an die Sorgfaltspflichten müssen daher auf den Auftragsgegenstand und den Leistungszeitraum reduziert werden und dürfen nicht alle Leistungen bzw. Waren der Unternehmen erfassen. Unzulässig wäre es beispielsweise, die Implementierung eines Lieferkettenmanagementsystems im gesamten Unternehmen, eine allgemeine Grundsatzerklärung der Unternehmensleitung, Schulungsmaßnahmen für alle Mitarbeitenden oder Veröffentlichungs- bzw. Transparenzpflichten gegenüber der Allgemeinheit zu fordern. Hierbei fehlt in der Regel der erforderliche Auftragsbezug.

Die Einhaltung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten muss als Ausführungsbedingung daher **auftragsbezogen begrenzt** werden, sowohl **gegenständlich** auf die Lieferkette des angebotenen (und sodann beauftragten) Produktes als auch **zeitlich** auf den Zeitraum der Auftragsausführung. Denkbar wäre es daher, im Rahmen von besonderen Vertragsbedingungen **den Auftragnehmenden nach Erteilung des Zuschlags bei der Ausführung des konkreten Auftrags** zu verpflichten,

- eine **Strategie** zu erstellen, die das Verfahren beschreibt, mit dem das Unternehmen bei der Ausführung des Auftrags seinen Sorgfaltspflichten in der Lieferkette des ausgeschriebenen Produktes nachkommt,
- bei der Auftragsausführung **potenzielle und tatsächliche menschenrechtliche Risiken** in der Lieferkette des angebotenen Produktes zu ermitteln,
- geeignete **Maßnahmen** während der Auftragsausführung zu ergreifen, um die ermittelten menschenrechtlichen Risiken in der Lieferkette des angebotenen Produktes zu minimieren,
- während der Auftragsausführung gegenüber dem Auftraggebenden **Bericht zu erstatten** über die ermittelten Risiken und die geplanten Maßnahmen zur Minimierung dieser Risiken sowie
- **Beschwerdemechanismen** für menschenrechtliche Risiken in Bezug auf die Lieferkette des angebotenen Produktes während der Auftragsausführung zur Verfügung zu stellen.

Nachweismöglichkeiten

Bereits im Rahmen des Vergabeverfahrens dürfen sich öffentliche Auftraggebende die Erfüllung der Ausführungsbedingungen nachweisen lassen. Sie dürfen als Beleg, dass die angebotene Leistung den geforderten Ausführungsbedingungen entspricht, Bescheinigungen von Konformitätsbewertungsstellen oder auch Gütezeichen verlangen (vgl. § 61 VgV). Für den Textilbereich erfasst beispielsweise der Grüne Knopf 2.0 die Einhaltung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten. Das Verlangen nach einer solchen Drittbescheinigung oder eines Zertifikats schränkt jedoch den Wettbewerb auf Unternehmen ein, die hierüber bereits verfügen oder während des Vergabeverfahrens eine solche Bescheinigung erlangen können.[15] Üblich und zulässig ist es daher, Verpflichtungserklärungen von den Unternehmen über die Einhaltung der Ausführungsbedingungen mit Angebotsabgabe zu fordern.

Rechtsfolge bei Nichterfüllung

Besondere Vertragsbedingungen werden in den Vergabeunterlagen einseitig durch öffentliche Auftraggebende vorgegeben. Sie werden mit Angebotsabgabe Grundlage des Angebots und mit Zuschlagserteilung Inhalt des Vertrages und der geschuldeten Leistung. Erklären Bietende im Vergabeverfahren, dass sie diese Ausführungsbedingungen nicht einhalten werden oder können sie etwaig geforderte Nachweise hierzu nicht vorlegen, müssen Auftraggebende das Angebot aus dem Vergabeverfahren ausschließen. Werden die vertraglich festgelegten Sorgfaltspflichten während der Ausführung des Auftrags durch den Auftragnehmenden nicht umgesetzt, greifen **vertragsrechtliche Sanktionsmöglichkeiten**, wie bspw. Vertragsstrafen, Kündigungsrechte etc.

Zusammengefasst kann die Einhaltung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten über Ausführungsbedingungen **vom späteren Auftragnehmenden als Vertragspflicht** eingefordert werden. Der gebotene Auftragsbezug erfordert es, dass diese vertragliche Verpflichtung **auf den Zeitraum der Auftragsausführung sowie auf das angebotene Produkt bzw. die angebotene Leistung begrenzt** wird. Als Nachweise können öffentliche Auftraggebende aber bereits im Vergabeverfahren entsprechende Verpflichtungserklärungen oder auch Drittbescheinigungen, wie z. B. Gütezeichen verlangen.

[15] Es wird allerdings auf § 34 Abs. 5 GWB hingewiesen, wonach öffentliche Auftraggebende auch andere geeignete Belege akzeptieren müssen, falls das Unternehmen keine Möglichkeit hatte, innerhalb der Fristen des Vergabeverfahrens das geforderte Gütezeichen zu erlangen.

5 Zusammenfassende Übersicht

	Implementierung menschenrechtlicher Sorgfaltspflicht als:				
	Ausschlussgrund	**Eignungskriterium**	**Leistungsmerkmal**	**Zuschlagskriterium**	**Ausführungsbedingung**
Rechtsgrundlage	**§ 124 Abs. 2 GWB:** bußgeldbewährter Verstoß gegen das LkSG	**§ 122 Abs. 2 GWB i. V. m. § 46 Abs. 3 Nr. 4 VgV:** Angaben zu einem nachhaltigen, auf die Beachtung der Menschenrechte gerichteten Lieferkettenmanagement- und -überwachungssystem	strittig, aufgrund konformer Auslegung sollen nach überwiegender Auffassung soziale Aspekte, die sich nicht unmittelbar in den Eigenschaften des Produktes wiederfinden, **nicht als Leistungsmerkmale** vorgegeben werden	**§ 127 Abs. 1 S. 4 GWB i. V. m. § 58 Abs. 2 Nr. 1 VgV:** soziale Eigenschaften dürfen als Zuschlagskriterium genutzt werden	**§ 128 Abs. 2 S. 3 GWB:** Ausführungsbedingungen können soziale Belange umfassen
Auftragsbezug		Auftragsbezug erforderlich, insbesondere müssen die gestellten Anforderungen im angemessenen Verhältnis zum Auftrag stehen: **etwaige Mindeststandards an ein nachhaltiges Lieferkettenmanagementsystem müssen mit den konkreten Risiken des Auftragsgegenstandes in Verbindung stehen**		Auftragsbezug erforderlich, insbesondere dürfen keine Eignungskriterien sowie keine allgemeinen Vorgaben an die Unternehmenspolitik oder Betriebsorganisation gestellt werden: **Konkrete Anforderungen sind auf den Zeitraum der Auftragsausführung sowie auf die Lieferkette des angebotenen Produktes bzw. der angebotenen Leistung zu begrenzen** **Unzulässig**: Wertung des Vorhandenseins eines Lieferkettenmanagementsystems	Auftragsbezug erforderlich, insbesondere dürfen keine allgemeinen Vorgaben an die Unternehmenspolitik oder Betriebsorganisation gestellt werden: **Ausführungsbedingungen sind auf den Zeitraum der Auftragsausführung sowie auf die Lieferkette des angebotenen Produktes bzw. der angebotenen Leistung zu begrenzen**
Umsetzung		Formulierung von (Mindest-) Anforderungen in Bezug auf die Einhaltung von menschenrechtlichen Sorgfaltspflichten des Unternehmens, die das im Unternehmen vorhandene Lieferkettenmanagementsystem aufweisen müssen		wertende Formulierung von konkreten Maßnahmen zur Einhaltung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten als Zuschlagskriterium einschließlich eines abgestuften Bewertungssystems (z. B. nicht erfüllt, wenig erfüllt, gut erfüllt, sehr gut erfüllt) Beschränkung auf den Leistungsgegenstand und die konkrete Auftragsausführung	Vertragsrechtliche Verpflichtung des Auftragnehmenden konkrete, auf die Lieferkette des beauftragten) Produktes/der beauftragten Leistung bezogene Maßnahmen menschenrechtlicher Sorgfalt während der Auftragsausführung umzusetzen

	Implementierung menschenrechtlicher Sorgfaltspflicht als:				
	Ausschlussgrund	**Eignungskriterium**	**Leistungsmerkmal**	**Zuschlagskriterium**	**Ausführungsbedingung**
Standort(e) in den Vergabeunterlagen/ im Vergabeverfahren	ggf. Bekanntmachung und/oder Bewerbungsbedingungen	Bekanntmachung: Anforderungen an die Eignung und etwaige Mindeststandards, die das nachhaltige Lieferkettenmanagementsystem erfüllen muss (z. B. die 5 Kernelemente unternehmerischer Sorgfalt)		Bekanntmachung und/oder Bewerbungsbedingungen und/oder gesonderte Anlage	Vertrag oder Besondere Vertragsbedingungen
Nachweismöglichkeiten	Auszug aus dem Wettbewerbsregister (Einholung durch den Auftraggebenden vor Zuschlagserteilung)	Angaben/Eigenerklärungen oder Belege, wie z. B. Gütezeichen		Eigenerklärungen (konzeptionelle Darstellungen), Bescheinigungen von Konformitätsbewertungsstellen, Gütezeichen	Eigenerklärung (Verpflichtungserklärung) zur Einhaltung der Ausführungsbedingungen, Bescheinigungen von Konformitätsbewertungsstellen, Gütezeichen
Rechtsfolge bei Nichterfüllung/ Schlechterfüllung/ Verstoß	Fakultativer Ausschluss vom Vergabeverfahren: Ermessensausübung des Auftraggebenden erforderlich	Zwingender Ausschluss, wenn kein Lieferkettenmanagement- und -überwachungssystem zur Verfügung steht oder ein solches etwaige Mindeststandards nicht erfüllt oder ein geforderter Nachweis nicht vorgelegt wird		Abwertung des Angebots, wenn die Anforderungen nicht oder schlecht erfüllt werden oder nicht wie gefordert nachgewiesen wurden	Ausschluss des Angebots, wenn die Einhaltung der Ausführungsbedingungen nicht wie gefordert erklärt oder nicht wie gefordert nachgewiesen wurde
Risikohinweis				Das Zuschlagskriterium „Lieferkette" wurde von der Vergabekammer des Bundes[16] als unzulässig verworfen	
Formulierungshilfen (können per Mail an nachhaltige-beschaffung@giz.de angefragt werden)		Siehe Anhang A: Musterformular Eignungskriterien		Siehe Anhang B: Musterformular Zuschlagskriterien	Siehe Anhang C: Musterformular Ausführungsbedingungen

[16] VK Bund, Beschluss vom 03.12.2020 – 03.12.2020 – VK 1-94/20 (nicht bestandskräftig, bestätigt durch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2021 – Verg 54/20).

Deutsche Gesellschaft für
Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

Sitz der Gesellschaft
Bonn and Eschborn

Friedrich-Ebert-Allee 32 + 36
53113 Bonn
T +49 (0) 228 44 60 – 0
F +49 (0) 228 44 60 – 17 66

Dag-Hammarskjöld-Weg 1 – 5
65760 Eschborn
T +49 (0) 61 96 79-0
F +49 (0) 61 96 79-11 15

E info@giz.de
I www.giz.de

Im Auftrag des

Bundesministerium für
wirtschaftliche Zusammenarbeit
und Entwicklung