



MATERIAL

**Faires
Beschaffungswesen
in Kommunen
und die
Kernarbeitsnormen**
Rechtswissenschaftliches
Gutachten. 2011.

Im Auftrag des

BMZ



Bundesministerium für
wirtschaftliche Zusammenarbeit
und Entwicklung

50 Jahre

Wir machen Zukunft.
Machen Sie mit.

Nr. 24

Impressum:

Herausgeber:

GIZ GmbH – Servicestelle Kommunen in der Einen Welt.
Friedrich-Ebert-Allee 40, D-53113 Bonn
Fon ++49/228/4460-1600, Fax++49/228/4460-1601,
info@service-eine-welt.de, www.service-eine-welt.de
V.i.s.d.P.: Anita Reddy

Material – Schriftenreihe der Servicestelle, Heft 24
Projektleitung: Michael Marwede

Text: Prof. Dr. Jan Ziekow: "Rechtswissenschaftliches Gutachten zur rechtlichen Bewertung der Einbeziehung von IAO-Kernarbeitsnormen in das Vergabeverfahren sowie von diesbezüglichen Beschlüssen kommunaler Entscheidungsgremien." 3. Auflage. Stand: 28.04.2011.
Redaktion: Michael Marwede

Titelgestaltung: dreimalig, Köln
Druck: Media Cologne Kommunikationsmedien GmbH, Hürth
100% Recyclingpapier, RecyMago

Produktionsnummer: 7.01-0003-2011

Bonn, Juni 2011

Nachdruck, auch auszugsweise, nur mit vorheriger Genehmigung des Herausgebers.
Die Reihe "Material" wird finanziell gefördert durch das Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung sowie die Bundesländer Bremen, Hamburg, Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz.

*Faires Beschaffungswesen in Kommunen
und die Kernarbeitsnormen.*

Rechtswissenschaftliches Gutachten.

Univ.-Prof. Dr. Jan Ziekow

Inhalt

Vorwort	7
Vorbemerkung des Gutachter	9
I. Förderung sozialer Aspekte und öffentliche Beschaffung: Steuerungs- und Konfliktpotentiale	11
II. Überblick über in Vergabeverfahren einbezogene soziale Aspekte	13
1. Allgemein	13
2. Im Besonderen: IAO-Kernarbeitsnormen	13
a) Inhalt und vergaberelevante Gesichtspunkte der IAO-Kernarbeitsnormen	14
b) Zur rechtlichen Wirkung der IAO-Kernarbeitsnormen	16
III. Für die Einbeziehung sozialer Aspekte in Vergaben ab Erreichen und unterhalb der Schwellenwerte einheitlich geltende Maßstäbe	18
1. Primäres Unionsrecht	18
a) Grundsatz der Gleichbehandlung	18
aa) Die Bewertung der Berücksichtigung von IAO-Kernarbeitsnormen bei Lieferaufträgen	20
bb) Die Berücksichtigung von IAO-Kernarbeitsnormen bei Leistungsaufträgen	25
cc) Das „Rüffert-Urteil“ des EuGH	26
b) Transparenzgebot	27
2. Verfassungsrecht	27
a) Freiheitsgrundrechte	28
b) Allgemeiner Gleichheitssatz	31
c) Verfassungsrechtliche Grenzen der Zuständigkeit der Kommunen	33
IV. Vergaben ab Erreichen der Schwellenwerte	35
1. Anforderungen des sekundären Unionsrechts an die Einbeziehung sozialer Aspekte	35
a) Eignungsprüfung	35
b) Zuschlagskriterien	38
c) Zusätzliche Bedingungen für die Auftragsausführung	41
d) Folgerungen für die Berücksichtigung der IAO-Kernarbeitsnormen	43
aa) Leistungsbeschreibung	44

bb) Eignungsprüfung	44
cc) Zuschlagskriterium	46
dd) Ausführungsbedingung	46
2. Die Berücksichtigung sozialer Aspekte nach deutschem Recht	50
a) Eignungsprüfung	52
b) Auf die Auftragsausführung bezogene zusätzliche Anforderungen	54
c) Weitergehende Anforderungen an den Auftragnehmer	54
d) Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots	55
V. Vergaben unterhalb der Schwellenwerte	56
1. Bindungswirkung der Vergabe- und Vertragsordnungen	56
2. Zulässigkeit vergabeexterner Zielsetzungen nach den Vergabe- und Vertragsordnungen	58
3. Vorgaben zur Berücksichtigung der IAO-Kernarbeitsnormen auf Landesebene	61
a) Gesetzliche Regelungen	61
b) Verwaltungsvorschriften	62
aa) Baden-Württemberg und Bayern	62
bb) Nordrhein-Westfalen	63
cc) Rheinland-Pfalz	65
VI. Möglichkeiten und Grenzen zur Einbeziehung von Aspekten der IAO-Kernarbeitsnormen in Vergabeverfahren sowie Folgerungen für die kommunale Praxis	66
VII. Bewertung von Beschlüssen und Beschlussvorschlägen einzelner Kommunen	70
 Anhang	
Abkürzungsverzeichnis	73
 Bundesweites Netzwerk Faires Beschaffungswesen	74
Leitfaden zur Berücksichtigung sozialer Belange im Vergaberecht	75

Vorwort

Liebe Leserinnen und Leser,

wie legen Ihnen hiermit die dritte Fassung dieses Heftes vor. Wir erleben damit wieder, wie dynamisch der Prozess zur Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen in der Öffentlichen Beschaffung ist und wie sich diese Thematik weiter entwickelt. Gerade in den letzten zwei Jahren ist dazu viel passiert.

Die Gründung des bundesweiten Netzwerkes zum fairen Beschaffungswesen Ende März 2007 hat verdeutlicht, wie wichtig die Themen des Rechts bei der Beschaffung sind; und dass die Kriterien des fairen und sozialen Handelns dabei nicht so umsetzbar sind, wie das viele – gerade auch – kommunale Akteure aus der Berücksichtigung ökologischer Aspekte in der Beschaffung seit Jahrzehnten kennen.

International und damit auch in jeder Kommune ist es einfach, an Produkte ökologische Anforderungen zu stellen. "Bio" wird bestellt, dass Lebensmittel kommt in "gesunder" Qualität hier an. Das Kriterium der Arbeitsschutzbedingungen, die Produzentinnen "erleiden" müssen, ist leider komplizierter in die Beschaffungsanforderungen bei uns einzufügen.

Wir haben nach 2002, 2007 und 2009 erneut Herrn Professor Dr. Jan Ziekow, Professor für Öffentliches Recht an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, gewinnen können, uns ein Rechtsgutachten zu erstellen. Diese Neufassung legen wir Ihnen hiermit vor. Sie nimmt die Entwicklungen des deutschen und europäischen Rechts und der Rechtsprechungen der letzten Jahre neu ins Visier. Mit diesem Gutachten möchten wir nicht nur jene erreichen, die schon viel zum Thema Sozialkriterien im Beschaffungswesen tun. Wir möchten auch einen Beitrag leisten zur Rechtsklärung für jene, die sich unschlüssig sind oder die bisher eine juristische Einschätzung hierzu nicht erarbeiten konnten.

Ob es sich lohnt, sich damit zu befassen? Wir finden: Ja. Wenn allein auf der Ebene von Bund und Bundesländern an jedem der 220 Arbeitstage Vergaben von fast 1,6 Mio € entschieden werden und gleichzeitig an jedem Tag des Jahres 48 Kinder bei Arbeitsunfällen sterben, dann hat das mittelbare Zusammenhänge.

Das Thema der Kernarbeitsnormen und deren Einhaltung in der Beschaffung erschüttert immer wieder. Unsere Beratungserfahrung vor Ort lehrt zweierlei: Viele Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in Rathäusern sind sich der internationalen Zustände trotz globalen Rechts und dessen Wirkung für das eigene Rathaus nicht bewusst. Diese Auswirkungen zu erkennen macht zunächst betroffen. Mit diesem Gutachten und direkter Beratung vor Ort möchten wir Ihr global verantwortungsvolles Handeln konkret unterstützen.

Wir freuen uns auf Ihre Anregungen, Anfragen und Ideen.

Anita Reddy

Leiterin der Servicestelle Kommunen in der Einen Welt / InWEnt gGmbH

Lebenslauf des Autors

Prof. Dr. Jan Ziekow

Geboren 1960 in Berlin.

Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Bielefeld und der Freien Universität Berlin.

Direktor des Deutschen Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung Speyer - German Research Institute for Public Administration (Leibniz-Institut). Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insbesondere allgemeines und besonderes Verwaltungsrecht, an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer.

Mitglied des UN Committee of Experts on Public Administration, des Beirats Verwaltungsverfahrensrecht beim Bundesministerium des Innern, des Beirats für sozial- und ökologisch-verantwortungsvolles Verwaltungshandeln der Freien Hansestadt Bremen und anderer Expertengremien. Präsident der Deutschen Sektion des Internationalen Instituts für Verwaltungswissenschaften. Erster Stellvertreter des Vorsitzenden des Verfassungs- und Verwaltungsgerichts der Pfälzischen Landeskirche.

Autor zahlreicher Bücher und Aufsätze sowie Herausgeber verschiedener Fachzeitschriften.

Vorbemerkung des Gutachters

Wegen der dynamischen Entwicklung im Umgang mit sozialen Kriterien bei der Vergabe öffentlicher Aufträge wird nunmehr erneut eine überarbeitete, die 3., Auflage dieses im Jahre 2007 erstellten und 2009 neu aufgelegten Gutachtens zur rechtlichen Bewertung der Einbeziehung von IAO-Kernarbeitsnormen in das Vergabeverfahren sowie von diesbezüglichen Beschlüssen kommunaler Entscheidungsgremien vorgelegt. Wenngleich der Bestand des Vergaberechts auf Bundesebene mittlerweile zu einer gewissen Stabilität gelangt ist, haben zahlreiche Bundesländer entweder bereits rechtliche Regelungen zur Einbeziehung insbesondere der IAO-Kernarbeitsnorm 182 in Vergabeverfahren verabschiedet oder zumindest im Entwurf vorgelegt. Für die kommunale Ebene ist neben zahlreichen Beschlüssen kommunaler Gremien vor allem auf den vom deutschen Städtetag federführend erarbeitete Leitfaden „Die Berücksichtigung sozialer Belange im Vergaberecht“ hinzuweisen. Von besonderer Bedeutung ist der Anfang 2011 veröffentlichte Leitfaden der Europäischen Kommission, Generaldirektion Beschäftigung, Soziales und Chancengleichheit, „Sozialorientierte Beschaffung. Ein Leitfaden für die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Beschaffungswesen“. Er hat an keiner Stelle zu einer Revision der schon bisher im vorliegenden Gutachten vertretenen Positionen Anlass gegeben.

Rechtsprechung und Literatur konnten bis Mitte April 2011 berücksichtigt werden.

Freisbach, 28.04.2011

I. Förderung sozialer Aspekte und öffentliche Beschaffung: Steuerungs- und Konfliktpotentiale

Auf den ersten Blick hat das öffentliche Beschaffungswesen eine klar definierte Funktion: Nicht anders als private Unternehmen benötigt die öffentliche Verwaltung bestimmte Güter, um ihre Aufgaben erfüllen zu können. Sofern sie diese Waren und Dienstleistungen nicht selbst in internen Leistungsvorgängen herstellen bzw. erbringen kann, ist sie darauf angewiesen, sie extern einzukaufen. Anderen Marktteilnehmern steht für vergleichbare Beschaffungsvorgänge die Privatautonomie zur Seite, die sie in den Stand setzt, sich an beliebige Anbieter der benötigten Waren und Dienstleistungen wenden und – bis zur Grenze des Verstoßes gegen Rechtsvorschriften (§ 134 BGB) oder die guten Sitten (§ 138 BGB) – beliebige Vertragsbedingungen vereinbaren zu können. Doch ist die öffentliche Hand – abgesehen von ihrer überragenden Nachfragemacht – schon deshalb kein Marktteilnehmer wie jeder andere, weil sie sich nicht auf die Privatautonomie berufen kann, sondern einem besonderen Rechtsregime unterliegt.¹

Teile dieses besonderen Rechtsregimes sind beispielsweise das Haushaltsrecht und das an die Mitgliedstaaten adressierte europäische Unionsrecht. Das Haushaltsrecht verpflichtet die ihm unterworfenen Körperschaften des öffentlichen Rechts auf die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (§ 7 I 1 BHO, § 6 HGrG). Das primäre Unionsrecht verbietet es den Mitgliedstaaten u.a., Angehörige anderer Mitgliedstaaten aus Gründen der Staatsangehörigkeit zu diskriminieren (Art. 18 AEUV). Im

¹ Ausführlich Jan Ziekow, Institutionen unter Konkurrenzdruck: Das Beispiel des öffentlich-rechtlichen Vertrages, in: Benz/Siedentopf/Sommermann (Hrsg.), Institutionenwandel in Regierung und Verwaltung, FS für Klaus König zum 70. Geb., 2004, S. 303 (308 ff.).

Vergaberecht beinhaltet der Grundsatz der Gleichbehandlung insbesondere, dass alle Bieter unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit bei der Aufstellung ihrer Angebote über die gleichen Chancen verfügen müssen (dazu unten III.1.a). Darüber hinaus verlangen besondere Vorschriften des sekundären EU-Rechts, die sog. Vergabekoordinierungsrichtlinie² und die sog. Sektorkoordinierungsrichtlinie³, oberhalb bestimmter Auftragswerte, der sog. Schwellenwerte, eine europaweite Ausschreibung öffentlicher Aufträge und geben hierfür einen Verfahrensrahmen vor. Zu beachten ist, dass dieses unionsrechtliche Vergaberecht – anders die haushaltsrechtlichen Regelungen, die in erster Linie die Funktion des Vergaberechts unterhalb der Schwellenwerte bestimmen – nicht primär darauf abzielt, die öffentliche Verwaltung zu einer wirtschaftlichen und sparsamen Beschaffung anzuhalten. Im Vordergrund steht vielmehr das Ziel, in einem formalisierten Verfahren möglichst allen potentiellen Bietern freien Zugang zu den öffentlichen Beschaffungsmärkten in den Mitgliedstaaten der EU zu gewähren und dadurch Wettbewerb herzustellen (vgl. nur Erwägungsgrund 2 VKR).

Grundsätzlich ist also davon auszugehen, dass ein Vergabeverfahren darauf ausgerichtet ist, entweder eine sparsame und wirtschaftliche Beschaffung durch die öffentliche Verwaltung herbeizuführen oder

² RL 2004/18/EG v. 31.3.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. L 134/114 v. 30.4.2004. Im Folgenden: VKR.

³ RL 2004/17/EG v. 31.3.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. L 134/1 v. 30.4.2004.

einen unionsweiten Wettbewerb um den betreffenden öffentlichen Auftrag zu ermöglichen. In dieses Koordinatensystem der Ziele des Vergaberechts passt die zumindest teilweise Determinierung der Beschaffungsentscheidung durch soziale Aspekte nicht ohne weiteres hinein. Der Anreiz einer Bepackung des Vergabeverfahrens mit weiteren Zielen außer den genannten ist groß. Wegen der immensen Nachfragemacht der öffentlichen Hände lassen sich beträchtliche Steuerungseffekte erzielen, ohne dafür besondere Instrumente oder Regularien entwickeln zu müssen. Sozialpolitiker erhoffen sich verdeckte Haushaltsumschichtungen, wenn darauf hingewiesen wird, dass der Sozialpolitik in der EU 80 Milliarden Euro zur Verfügung stünden, wenn nur 5 % der Vertragssumme bei den Vergabeentscheidungen von sozialen Überlegungen geleitet würden⁴. Denn diese erhofften 80 Milliarden Euro werden ja durch teurere Beschaffungen anderer Ressorts gegenfinanziert. Allenfalls ist die Pflicht, bestimmte Umwelt- oder soziale Aspekte in einer Beschaffungsentscheidung zu berücksichtigen, beschaffungsneutral. Im Regelfall aber werden die zusätzlichen Anforderungen zu einer Erhöhung des Angebotspreises führen und den Kreis der Bieter, die auch diese Anforderungen erfüllen können, verengen. Strukturell läuft die Berücksichtigung solcher Anforderungen daher den Zielen einer sparsamen und wirtschaftlichen bzw. einer möglichst wettbewerbsoffenen Beschaffung zuwider.

Dieser Befund erfordert eine sorgfältige Prüfung, ob und unter welchen Voraussetzungen soziale Aspekte in Vergabeverfahren implementiert werden können, wobei im Mittelpunkt eine Berücksichtigung der IAO-Kernarbeitsnormen stehen soll. Zunächst sollen daher die sozialen Aspekte, die in Vergabeverfahren eine besondere Rolle spielen, skizziert werden, wobei ein besonderes Augenmerk auf den IAO-Kernarbeitsnormen liegen wird (II.). Anschließend wer-

den die für alle Vergaben – oberhalb wie unterhalb der Schwellenwerte – maßgebenden Maßstäbe des primären EU-Rechts dargestellt (III.). Für Vergaben oberhalb der Schwellenwerte ist zusätzlich zwischen den Anforderungen des sekundären EU-Rechts und des nationalen Rechts zu unterscheiden (IV.), während für Beschaffungen unterhalb der Schwellenwerte neben Verfassungs- und primärem Unionsrecht die primäre Steuerungswirkung den haushaltsrechtlich verankerten Vergabe- und Vertragsordnungen zukommt (V.). Die bei diesen Analysen gewonnenen Erkenntnisse werden abschließend für eine zusammenfassende Bewertung von Möglichkeiten und Grenzen zur Einbeziehung von Aspekten der IAO-Kernarbeitsnormen in Vergabeverfahren fruchtbar gemacht (VI.), bevor an diesem Maßstab exemplarische Beschlüsse und Beschlussvorlagen einzelner Kommunen gemessen werden (VII.).

⁴ So *Thomas Höpfl*, Soziale Auftragsvergabe – Entscheidung zwischen Pflicht- und Kürprogramm im öffentlichen Beschaffungswesen?, WISO 27 (2004), Nr. 2, S. 105 (124).

II. Überblick über in Vergabeverfahren einbezogene soziale Aspekte

1. Allgemein

Der Kreis von Gesichtspunkten, aus dem sich in Vergabeverfahren zu berücksichtigende soziale Aspekte generieren lassen, ist weder definitorisch noch durch eine Aufzählung abschließend zu erfassen. Zusammenfassend wird man unter sozialen Aspekten alle Gesichtspunkte verstehen können, die die rechtlichen, wirtschaftlichen und kulturellen Lebensbedingungen von Personen oder Personengruppen sichern oder verbessern sollen.

Beispiele solcher in Vergabeverfahren implementierter sozialer Belange⁵ sind

- die Förderung der Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen,
- die Eingliederung Behinderter in das Arbeitsleben,
- die Förderung der Ausbildung von Lehrlingen,
- die Beschäftigung älterer Arbeitnehmer,
- die Zahlung von Tarif- oder Mindestlöhnen,
- die Einhaltung bestimmter Arbeitsschutzstandards,
- die Verbesserung der Beschäftigungs- und Aufstiegschancen von Frauen,
- die Sicherstellung der Möglichkeit ökonomisch oder körperlich benachteiligter Bevölkerungsgruppen zur Teilnahme an kulturellen Veranstaltungen,
- die Nutzbarkeit des beschafften Gegenstands bzw. der beschafften Leistung für Menschen mit einer Behinderung,

⁵ Weitere Beispiele bei Europäische Kommission, Sozialorientierte Beschaffung. Ein Leitfadens für die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Beschaffungswesen, 2011, S. 7 ff.

- die Durchsetzung familienfreundlicher Unternehmenskonzepte

u.v.m.

2. Im Besonderen: IAO-Kernarbeitsnormen

Eine zunehmende Rolle in der Vergabepaxis spielt das Bemühen der beschaffenden Stellen, die Bieter auf die Einhaltung aller oder bestimmter IAO-Kernarbeitsnormen zu verpflichten. Bei der 1919 gegründeten Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) handelt es sich um eine Sonderorganisation der Vereinten Nationen, wobei die Organe der IAO neben den Vertretern der Regierungen der Mitgliedstaaten auch mit Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertretern besetzt sind. Zu ihren elementaren Zielen gehört es, durch die Schaffung weltweit anerkannter Sozialstandards zu verhindern, dass sich einzelne Teilnehmer am internationalen Handel dadurch Vorteile verschaffen, dass sie Arbeitnehmerrechte abbauen und die Arbeitsbedingungen verschlechtern. Zu diesem Zweck setzt die IAO Arbeitsnormen, von denen die Kernarbeitsnormen die zentralen Grundprinzipien der IAO aufnehmen.⁶

⁶ Zum Ganzen www.ilo.org. Zu Inhalt und Durchsetzung der Kernarbeitsnormen *Martin Götz*, Die Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation im Licht der neuen handelspolitischen „Sozialklausel“ der Europäischen Union, ZIAS 16 (2002), S. 319 ff. Weiterhin zur Normsetzung und -kontrolle durch die IAO *Gabriele Stauner*, Normensetzung und Normenkontrolle der internationalen Arbeitsorganisation, ZfSH/SGB 1990, S. 169 ff.; *Sabine Böhmert*, Das Recht der IAO und sein Einfluß auf das deutsche Arbeitsrecht im Zeichen der europäischen Integration, 2002, S. 59 ff.

a) Inhalt und vergaberelevante Gesichtspunkte der IAO-Kernarbeitsnormen

Die IAO-Kernarbeitsnormen⁷ haben die Form von acht Übereinkommen, die im Folgenden kurz dargestellt und hinsichtlich der für die Einbringung in Vergabeverfahren relevanten Aspekte analysiert werden.

Übereinkommen 29: Übereinkommen über Zwangs- oder Pflichtarbeit (1930)

Die das Übereinkommen 29 ratifizierenden Mitglieder der IAO verpflichten sich zur baldstmöglichen Beseitigung von Zwangs- und Pflichtarbeit, wobei Militärdienstleistungen und Arbeiten im Rahmen der üblichen Bürgerpflichten von vornherein nicht als Zwangs- oder Pflichtarbeit gelten. Im Übrigen wird die Zwangs- und Pflichtarbeit bis zu ihrer völligen Abschaffung bestimmten Bedingungen unterworfen. Vollständig unzulässig ist die Zwangs- oder Pflichtarbeit zum Vorteil Privater, insbesondere auch, wenn die Privaten mit aus Zwangs- oder Pflichtarbeit gewonnenen Erzeugnissen Handel treiben wollen. Zulässige Zwangs- oder Pflichtarbeit muss zu den für entsprechende Arbeitsleistungen geltenden Sätzen in Geld vergütet werden.

Übereinkommen 105: Übereinkommen über die Abschaffung der Zwangsarbeit

Das Übereinkommen 105 fügt hinzu, dass Zwangs- oder Pflichtarbeit nicht als Mittel politischen Zwanges oder politischer Erziehung oder als Strafe gegenüber Personen mit missliebigen Ansichten, als Methode der Rekrutierung und Verwendung von Arbeitskräften für Zwecke der wirtschaftlichen Entwicklung, als Maßnahme der Arbeitsdisziplin, als Strafe für die Teilnahme an Streiks oder als Maßnahme rassischer, sozi-

aler, nationaler oder religiöser Diskriminierung verwendet werden darf.

Übereinkommen 87: Übereinkommen über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes (1948)

Das Übereinkommen 87 betrifft die Gewährleistung des Rechts der Arbeitnehmer und Arbeitgeber zur Bildung von Vereinigungen ohne vorherige Genehmigung. Diese Organisationen müssen das Recht haben, sich Satzungen zu geben, ihre Vertreter frei zu wählen und sich zu Verbänden und Zentralverbänden zusammenzuschließen.

Übereinkommen 98: Übereinkommen über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen (1949)

Ergänzt wird das Übereinkommen 87 durch das Übereinkommen 98. Es fordert den Schutz der Arbeitnehmer vor jeder gegen die Vereinigungsfreiheit gerichteten unterschiedlichen Behandlung, die mit ihrer Beschäftigung in Zusammenhang steht. Hierunter werden insbesondere Handlungen begriffen, die die Beschäftigung eines Arbeitnehmers von der Nichtzugehörigkeit zu einer Gewerkschaft abhängig machen oder die Entlassung eines Arbeitnehmers wegen der Zugehörigkeit zu einer Gewerkschaft oder wegen einer gewerkschaftlichen Betätigung betreffen. Die Möglichkeit zum Abschluss von Gesamtarbeitsverträgen zwischen Arbeitgebern oder Organisationen von Arbeitgebern und Organisationen von Arbeitnehmern zur Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen soll gefördert werden.

Übereinkommen 100: Übereinkommen über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit (1951)

⁷ www.ilo.org/ilolex/german/docs/convdisp1.htm.

Das Übereinkommen 100 verpflichtet dazu, die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit zu fördern und nach Möglichkeit sicherzustellen.

Übereinkommen 111: Übereinkommen über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf (1958)

„Diskriminierung“ im Sinne des Übereinkommens 111 ist 1.) jede Unterscheidung, Ausschließung oder Bevorzugung auf Grund der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, des Glaubensbekenntnisses, der politischen Meinung, der nationalen Abstammung oder der sozialen Herkunft sowie 2.) jede andere Unterscheidung, Ausschließung oder Bevorzugung – sofern sie von dem betreffenden Staat festgelegt worden ist –, die dazu führt, die Gleichheit der Gelegenheiten oder der Behandlung in Beschäftigung oder Beruf aufzuheben oder zu beeinträchtigen. Die durch das Übereinkommen gebundenen Staaten sind verpflichtet, mit den ihnen zur Verfügung stehenden Mitteln auf die Ausschaltung jeglicher Diskriminierung hinzuwirken.

Übereinkommen 138: Übereinkommen über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung (1973)

Zielrichtung des Übereinkommens 138 ist die tatsächliche Abschaffung der Kinderarbeit und die schrittweise Anhebung des Mindestalters für die Zulassung zu einer Beschäftigung oder Arbeit bis auf einen Stand, bei dem die volle körperliche und geistige Entwicklung der Jugendlichen gesichert ist. Die unterste Grenze für wenig entwickelte Staaten liegt bei 14 Jahren, sonst bei 15 Jahren, für das Leben, die Gesundheit oder die Sittlichkeit gefährdende Beschäftigungen bei 18 Jahren. Von diesen Grundsätzen sind beträchtliche Abweichungen zugelassen, zum einen für wenig entwickelte Staaten, zum anderen für mindestens 14 Jahre alte Personen zu Ausbildungszwecken und

schließlich für 13 bis 15 Jahre alte Personen, die leichte Arbeiten ausführen, die Gesundheit, Entwicklung, Schulbesuch und berufliche Ausbildung nicht beeinträchtigen.

Übereinkommen 182: Übereinkommen über das Verbot und unverzügliche Maßnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit (1999)

Die jüngste IAO-Kernarbeitsnorm ergänzt das Übereinkommen 138 und erfasst alle Personen unter 18 Jahren (Kinder). Die das Übereinkommen ratifizierenden Staaten haben sicherzustellen, dass die schlimmsten Formen der Kinderarbeit verboten und beseitigt werden. Bei diesen schlimmsten Formen der Kinderarbeit handelt es sich um 1.) alle Formen der Sklaverei und sklaverei-ähnlicher Praktiken (z. B. Verkauf von Kindern, Kinderhandel, Schuldknechtschaft, Leibeigenschaft sowie Zwangs- oder Pflichtarbeit), 2.) das Heranziehen, Vermitteln oder Anbieten eines Kindes zur Prostitution oder zu pornographischen Zwecken oder 3.) zu unerlaubten Tätigkeiten, insbesondere im Drogenhandel, und 4.) Arbeit, die ihrer Natur nach oder aufgrund der Umstände, unter denen sie verrichtet wird, voraussichtlich für die Gesundheit, Sicherheit oder Sittlichkeit von Kindern schädlich ist.

Aus den dargestellten IAO-Kernarbeitsnormen lassen sich folgende Gesichtspunkte herausarbeiten, die zur Einbringung als soziale Kriterien in Vergabeverfahren in Betracht kommen könnten:

Zwangs- und Pflichtarbeit

→ vollständig unzulässig:

- zum Vorteil Privater
- als politische Disziplinierung, für Zwecke der wirtschaftlichen Entwicklung, zur Sicherung der Arbeitsdisziplin oder der Sanktionierung der Streikteilnahme und als Maßnahme rassistischer, sozialer, nationaler oder religiöser Diskriminierung

→ soweit zulässig: Grundsatz der arbeitsäquivalenten Vergütung

Vereinigungsrecht

- Freiheit der Bildung von Vereinigungen der Arbeitgeber und -nehmer
- Schutz vor Benachteiligungen wegen Gewerkschaftszugehörigkeit oder gewerkschaftlicher Betätigung

Gleichheit des Entgelts

gleiches Entgelt männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit

Diskriminierung

- keine Benachteiligung oder Bevorzugung auf Grund der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, des Glaubensbekenntnisses, der politischen Meinung, der nationalen Abstammung oder der sozialen Herkunft
- keine die Gleichheit der Chancen oder der Behandlung beeinträchtigende andere Ungleichbehandlung, sofern von dem jeweiligen Staat festgelegt

Kinderarbeit

- Festsetzung von – differenzierten – Mindestaltersgrenzen für die Beschäftigung von Personen unter 18 Jahren
- Verbot bestimmter Formen der Arbeit von Personen unter 18 Jahren
 - Sklaverei und sklavereiähnliche Praktiken
 - Prostitution und Pornographie
 - unerlaubte Tätigkeiten
 - schädliche Arbeiten.

b) Zur rechtlichen Wirkung der IAO-Kernarbeitsnormen

Bei den genannten IAO-Kernarbeitsnormen handelt es sich um völkerrechtliche Übereinkommen, was für die Inbezugnahme in Vergabeverfahren vor allem in zweierlei Hinsicht von Bedeutung ist:

Zum einen ist bei der Auslegung der Übereinkommen darauf zu achten, dass eine Lösung von nationalen Diskursen, Begriffsver-

ständnissen und Kontexten stattfindet.⁸ Maßgeblich für die Auslegung sind die Maßstäbe des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge⁹. Andere Inhalte, als sich anhand dieser Maßstäbe aus den IAO-Kernarbeitsnormen entnehmen lassen, sind durch die Übereinkommen nicht gedeckt.¹⁰ Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund der Geltung des vergaberechtlichen Transparenzgrundsatzes (dazu unten III.1.b) von Bedeutung.

Zum anderen bedürfen die IAO-Übereinkommen zu ihrer Geltung der nationalen Umsetzung.¹¹ Eine solche Umsetzung bedarf nicht zwingend einer Transformation durch ein förmliches Gesetz. In Abhängigkeit von den Besonderheiten der verschiedenen Staaten sind auch Umsetzungen in anderen Formen, z.B. durch lückenlos geltende Gesamtarbeitsverträge u.a., möglich.¹² Die IAO-Kernarbeitsnormen sind

⁸ *Egbert Schneider*, Die Vereinbarkeit des deutschen Arbeitskämpfrechts mit den Übereinkommen Nr. 87 und 98 der Internationalen Arbeitsorganisation, Diss. iur. Bonn 1998, S. 52 ff.

⁹ BGBl. 1985 II, 926. Zur Maßgeblichkeit für die Auslegung der IAO-Übereinkommen *Alfred Wiskirchen*, Die normensetzende und normenüberwachende Tätigkeit der Internationalen Arbeitsorganisation, ZfA 34 (2003), S. 691 (714 ff.).

¹⁰ Vgl. dazu am Beispiel der Frage, ob das Übereinkommen 87 das Streikrecht verbürgt, *Alfred Wiskirchen*, Die normensetzende und normenüberwachende Tätigkeit der Internationalen Arbeitsorganisation, ZfA 34 (2003), S. 691 (726 ff.).

¹¹ Eine Geltung zumindest der IAO-Kernarbeitsnormen als allgemeine Regeln des Völkerrechts im Sinne von Art. 25 GG in Erwägung ziehend aber *Klaus Lörcher*, Die Normen der Internationalen Arbeitsorganisation und des Europarats – Ihre Bedeutung für das Arbeitsrecht der Bundesrepublik –, ArbuR 1991, S. 97 (103).

¹² Dazu *Sabine Böhmert*, Das Recht der IAO und sein Einfluß auf das deutsche Arbeitsrecht im Zeichen der europäischen Integration, 2002, S. 71 ff.; *Thilo Morhard*, Die Rechtsnatur der Übereinkommen der internationalen Arbeitsorganisation, 1988, S. 63 f.

sämtlich durch die Bundesrepublik ratifiziert worden und gelten in Deutschland im Range eines einfachen Bundesgesetzes.¹³ Selbst wenn ihnen weiterhin zusätzlich zur Geltung auch unmittelbare Anwendbarkeit in dem Sinne zukommen sollte, dass sie unmittelbar Rechte und Pflichten begründen können,¹⁴ würde dies lediglich bedeuten, dass sich z.B. Arbeitnehmer in Deutschland gegenüber ihrem Arbeitgeber auf in der betreffenden IAO-Kernarbeitsnorm niedergelegte Rechtspositionen berufen können bzw. die Arbeitgeber verpflichtet sind, diese Rechtspositionen zu beachten. Zu einem positiven Tun im Sinne des Ergreifens von Maßnahmen zur Durchsetzung der in den IAO-Kernarbeitsnormen beschriebenen Standards sind jedoch nur die Mitglieder der IAO verpflichtet. Kein öffentlicher Auftraggeber ist gehalten, die Missachtung von IAO-Kernarbeitsnormen durch private Unternehmen, möglicherweise sogar mit Sitz in anderen Staaten, zu sanktionieren. Auch in deutsches Recht transformierte und unmittelbar anwendbare IAO-Kernarbeitsnormen *müssen* also nicht in Beschaffungsvorgängen zur Geltung gebracht werden.

Ob und wenn ja wie sie berücksichtigt werden *können*, wird im Folgenden zu untersuchen sein.

¹³ Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Drucks. 12/3495 S. 10; BVerfGE 58, S. 233 (255); *Wilhelm Adamy*, Bedeutung internationaler Arbeitsnormen für die deutsche Arbeits- und Sozialpolitik, *Soziale Sicherheit* 1995, S. 165 (172); *Sabine Böhmert*, Das Recht der IAO und sein Einfluß auf das deutsche Arbeitsrecht im Zeichen der europäischen Integration, 2002, S. 157; *Rolf Schuler*, Internationales Sozialrecht und nationale sozialpolitische Handlungsspielräume. Das Beispiel der Europäischen Union und der internationalen Arbeitsorganisation, in: Schmähl/Rische (Hrsg.), *Internationalisierung von Wirtschaft und Politik – Handlungsspielräume der nationalen Sozialpolitik*, 1995, S. 103 (108).

¹⁴ Dazu *Sabine Böhmert*, Das Recht der IAO und sein Einfluß auf das deutsche Arbeitsrecht im Zeichen der europäischen Integration, 2002, S. 160 ff.; *Winfried Haase*, Zur Bedeutung der IAO-Übereinkommen, *ZfSH/SGB* 1990, S. 238 (245); *Wolfgang Leinemann/Friedrich Schütz*, Wirkungen der IAO-Übereinkommen auf das Recht der Bundesrepublik Deutschland, *ZfA* 25 (1994), S. 1 (10 ff.).

III. Für die Einbeziehung sozialer Aspekte in Vergaben ab Erreichen und unterhalb der Schwellenwerte einheitlich geltende Maßstäbe

Zwar gelten für Vergaben oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte des Art. 7 VKR, § 2 VgV grundsätzlich verschiedene Rechtsregime, nämlich ab Erreichen der Schwellenwerte die Vorschriften der VKR bzw. die umsetzenden deutschen Regelungen der §§ 97 ff. GWB, der VgV und der Basis- sowie der a- bzw. EG-Paragrafen der Verdingungsordnungen, unterhalb der Schwellenwerte die Basisparagrafen der Verdingungsordnungen. Jedoch setzen primäres Unionsrecht und Verfassungsrecht für alle Vergaben einheitlich geltende Maßstäbe.

1. Primäres Unionsrecht

Die Anforderungen des im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) geregelten primären Unionsrechts gelten für das Handeln der Mitgliedstaaten unabhängig davon, ob es sich um eine Vergabe oberhalb oder unterhalb der Schwellenwerte handelt.¹⁵ Allerdings ist zu beachten, dass dies für einen Auftrag unterhalb der Schwellenwerte nur dann gilt, wenn der Auftrag eine bestimmte grenzüberschreitende Bedeutung hat.¹⁶ Erforderlich ist insoweit ein „eindeutiges“ grenzüberschreitendes Interesse.¹⁷ Als Indikatoren dafür, dass von einem Auftrag „Wirtschaftsteilnehmer aus anderen Mitgliedstaaten angezogen werden können“, hat der Europäische Gerichtshof für den Bereich der Bauaufträge beispielsweise den geschätzten Wert des

Auftrags, seine technischen Merkmale sowie den für die Durchführung der Arbeiten vorgesehenen Ort identifiziert.¹⁸

In der Praxis sollte ein solches grenzüberschreitendes Interesse auch bei einem geringen Auftragswert nicht vorschnell verneint werden. Insbesondere bei Lieferaufträgen, bei denen die Lieferung von Waren aus Drittländern in Rede steht und bei denen der Ort der Leistung eine untergeordnete Rolle spielt, sollte sorgfältig begründet werden, weshalb ein Interesse von Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten nicht zu erwarten ist. Überdies ist zu beachten, dass unterhalb der Schwellenwert bereits die Verdingungsordnungen das Gebot der diskriminierungsfreien Vergabe ausdrücklich festschreiben (§ 2 Abs. 2 VOB/A und § 2 Abs. 1 VOL/A).

a) Grundsatz der Gleichbehandlung

Bei den zu beachtenden Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts steht das Diskriminierungsverbot im Vordergrund. Die einschlägigen Vorschriften vor allem über die Warenverkehrs- (Art. 28 ff. AEUV) und die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 ff. AEUV) verbieten sowohl unmittelbare als auch mittelbare Diskriminierungen auf Grund der Staatsangehörigkeit. In der vergaberechtlichen Ausformung beinhaltet der Grundsatz der Gleichbehandlung, dass alle Bieter unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit bei der Aufstellung und bei der Beurteilung ihrer Angebote durch den öffentlichen Auftraggeber über die gleichen Chancen verfügen müssen.¹⁹

¹⁵ EuGH VergabeR 2007, S. 609 Rdnr. 33; 2008, S. 196 Rdnr. 71 f.; 2008, S. 501 Rdnr. 66; 2008, S. 625 Rdnr. 20.

¹⁶ EuGH VergabeR 2008, S. 55 Rdnr. 29; 2008, S. 501 Rdnr. 66; 2008, S. 625 Rdnr. 21.

¹⁷ EuGH VergabeR 2008, S. 625 Rdnr. 21; 2010, S. 469 Rdnr. 24.

¹⁸ EuGH VergabeR 2008, S. 625 Rdnr. 24.

¹⁹ EuGH VergabeR 2005, S. 737 Rdnr. 48; 2009, S. 146 Rdnr. 45.

Unmittelbare Diskriminierungen werden bei der Vergabe öffentlicher Aufträge selten sein. Am ehesten in diesen Bereich hineinragt die Bevorzugung ortsansässiger oder regional verwurzelter Unternehmen. Allerdings wird auch hier regelmäßig die Ansässigkeit und nicht die Staatsangehörigkeit als Unterscheidungskriterium gewählt. Verboten sind jedoch auch mittelbare Diskriminierungen, die durch Anlegung anderer Unterscheidungsmerkmale faktisch zu dem gleichen Ergebnis führen.²⁰ Eine solche mittelbare Diskriminierung stellt das Kriterium der Ortsansässigkeit dar.²¹ Zu Recht verbietet § 6 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A eine Beschränkung des Wettbewerbs auf Bewerber, die in bestimmten Regionen oder Orten ansässig sind. Eine Rolle kann die Ortsansässigkeit nur dann spielen, wenn sie einen unmittelbaren Leistungsbezug aufweist, sie beispielsweise notwendig ist, um bei komplexen technischen Anlagen einen Fehler sofort beheben zu können.²²

Typische weitere mittelbare Diskriminierungen, bei denen die betreffenden Bedingungen zwar auch von Bietern aus anderen Mitgliedstaaten erfüllt werden können, jedoch nur unter größeren Schwierigkeiten als von den einheimischen Bietern²³, sind beispielsweise

- die Vorgabe nationaler Normen für bei der Auftragserfüllung zu verwendende Produkte²⁴,

- die Notwendigkeit, im Besitz einer Niederlassungsgenehmigung des den Auftrag vergebenden Staates zu sein,²⁵
- die Bezugnahme auf Klassifizierungen nationaler Berufsverbände für von den Bietern geforderte technische Spezifikationen, da es für die Bieter aus anderen Mitgliedstaaten schwerer ist, innerhalb der kurzen Frist Gebote abzugeben, weil sie sich bei den betreffenden öffentlichen Auftraggebern zunächst über Gegenstand und Inhalt der Klassifizierungen informieren müssen²⁶ oder
- der automatische Ausschluss ungewöhnlich niedriger Angebote, benachteiligt er doch Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten, die mit anderen Kostenstrukturen oder niedrigeren Gewinnmargen kalkulieren²⁷.

Für die primärrechtliche Bewertung der Einführung sozialer Zielsetzungen in Vergabeverfahren ist weiter zu beachten, dass Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit nicht nur unmittelbare und mittelbare Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit, sondern auch unterschiedslos in- und ausländische Bieter betreffende Maßnahmen verbieten. Voraussetzung ist, dass diese Maßnahmen den Handel bzw. die Erbringung von Dienstleistungen behindern oder weniger attraktiv machen und nicht aus zwingenden Erfordernissen zu rechtfertigen sind.²⁸

Wichtigstes Beispiel aus der Rechtsprechung des EuGH sind die sog. UNIX-Urteile²⁹. Sie betrafen ein niederländisches und ein österreichisches Vergabeverfahren, in denen den Bietern u. a. vorgeschrieben wurde, dass als Betriebssystem das in den

²⁰ Zur Unterscheidung unmittelbare/mittelbare Diskriminierung vgl. nur EuGH Slg. 1980, S. 3427 Rdnr. 9; 1989, S. 4035 Rdnr. 8; 1992, S. I-3401 Rdnr. 11.

²¹ *Malte Müller-Wrede*, Örtliche Präsenz, Ortsnähe und Ortsansässigkeit als Wartungskriterien – eine Verletzung des Diskriminierungsverbotes?, *VergabeR* 2005, S. 32 (33 f.).

²² *Malte Müller-Wrede*, Örtliche Präsenz, Ortsnähe und Ortsansässigkeit als Wartungskriterien – eine Verletzung des Diskriminierungsverbotes?, *VergabeR* 2005, S. 32 (35 f.).

²³ Zu diesem Begriff der mittelbaren Diskriminierung im Vergaberecht vgl. EuGH Slg. 1988, S. 4635 Rdnr. 30; 2000, S. I-7445 Rdnr. 81 f.

²⁴ EuGH Slg. 1988, S. 4929 Rdnr. 19 f.

²⁵ EuGH Slg. 1982, S. 417 Rdnr. 14.

²⁶ EuGH Slg. 2000, S. I-7445 Rdnr. 81 ff.

²⁷ EuGH *VergabeR* 2008, S. 625 Rdnr. 26.

²⁸ EuGH Slg. 1979, S. 649 Rdnr. 6 ff.; 1997, S. I-3689 Rdnr. 8; 1999, S. I-731 Rdnr. 19; Urt. v. 17.7.2008, Rs. C-500/06, Rdnr. 32 ff.; Urt. v. 28.4.2009, Rs. C-518/08, Rdnr. 62; Urt. v. 25.6.2009, Rs. C-356/08, Rdnr. 38.

²⁹ EuGH Slg. 1995, S. I-168; 1999, S. I-7479.

USA entwickelte UNIX-System verwendet werden müsse. Der Gerichtshof beanstandete die Vorgabe als handelsbehindernd, da sie Interessenten, die ähnliche Systeme wie UNIX verwenden, davon abhalte, sich an der Ausschreibung zu beteiligen.³⁰

Als kurzes Zwischenresümee ist festzuhalten, dass das Primärrecht differenzierte Maßstäbe für die Beurteilung der Zulässigkeit vergabeexterner Zielsetzungen zur Verfügung stellt. Es kommt entscheidend darauf an, in welcher Weise der öffentliche Auftraggeber die Zielsetzung verfolgt. Die Beurteilung ist nur unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls möglich.³¹ Je nach der konkret gewählten Ausgestaltung kann die Verfolgung desselben Zwecks ebenso gut zulässig wie unzulässig sein.

Dementsprechend muss auch für die Bewertung der Einbeziehung der Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen in Beschaffungsvorgänge differenziert werden. Zu unterscheiden ist zwischen folgenden Konstellationen:

1. Lieferaufträge

- a) über die Beschaffung bereits vorhandener Waren;
- b) über die Beschaffung von erst noch herzustellenden Waren;

2. Leistungsaufträge (Baufaufträge, Dienstleistungsaufträge).

Prüfungsmaßstab für die unter 1. genannten Konstellationen sind die Regelungen über die Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 ff. AEUV), für die unter 2. genannten Gestaltungen die Bestimmungen über die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 ff. AEUV).

aa) Die Bewertung der Berücksichtigung von IAO-Kernarbeitsnormen bei Lieferaufträgen

Primärrechtlicher Maßstab für Lieferaufträge sind die Vorschriften über den freien Warenverkehr zunächst dann, wenn die Waren aus anderen Mitgliedstaaten stammen (Art. 28 Abs. 2 Alt. 1 AEUV). Waren aus dritten Ländern werden nur dann erfasst, wenn sich die Waren in den Mitgliedstaaten im freien Verkehr befinden (Art. 28 Abs. 2 Alt. 2 AEUV). Ausweislich des Art. 29 AEUV ist dies dann der Fall, wenn für die Waren aus dritten Ländern die in dem betreffenden Mitgliedstaat vorgesehenen Einfuhr-Förmlichkeiten erfüllt sowie die vorgeschriebenen Zölle und Abgaben gleicher Wirkung erhoben und nicht ganz oder teilweise rückvergütet worden sind. Unter diesen Voraussetzungen unterliegen also auch Waren den Vorschriften über den freien Warenverkehr, die von einem in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Bieter in den Geltungsbereich des AEUV eingeführt worden sind (Konstellation 1a) oder eingeführt werden sollen (Konstellation 1b). Von vornherein nicht unter die Art. 28 ff. AEUV fallen hingegen Direktlieferungen von in Drittstaaten ansässigen Bietern an Auftraggeber im Inland. Hieraus kann aber nicht gefolgert werden, dass bei der Erteilung von öffentlichen Aufträgen an Bieter aus Drittstaaten die Art. 28 ff. EGV nicht anwendbar sind. Denn für die Anwendbarkeit der Vorschriften des AEUV auf öffentliche Aufträge kommt es nicht darauf an, ob der Bieter, der tatsächlich zum Zuge kommt, innerhalb des Geltungsbereichs des AEUV ansässig ist oder nicht. Vielmehr muss der Beschaffungsvorgang als solcher den Anforderungen der Vorschriften über den freien Warenverkehr genügen. Insbesondere muss bereits die Ausschreibung so ausgestaltet sein, dass sie nicht Bewerber aus anderen Mitgliedstaaten davon abhält, ein Angebot abzugeben.

Art. 34 AEUV verbietet mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung, wobei im vorliegenden Zusammenhang allein die letzteren Maßnahmen von Bedeutung sind. Ausgangs-

³⁰ EuGH Slg. 1995, S. I-168 Rdnr. 27; 1999, S. I-7479 Rdnr. 68 ff.

³¹ EuGH Slg. 1988, S. 4635 Rdnr. 30.

punkt der Prüfung ist die vom EuGH entwickelte „Dassonville-Formel“: Maßnahme gleicher Wirkung ist jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern.³² Wichtig ist, dass dieser Grundsatz sowohl auf Maßnahmen, die inländische und eingeführte Waren in unterschiedlicher Weise betreffen (sog. diskriminierende Regelungen), als auch auf solche Maßnahmen anwendbar ist, die unterschiedslos auf eingeführte und einheimische Waren anwendbar sind.³³ Ausschlaggebend ist allein die Eignung der Maßnahme zur Handelsbehinderung.

Diese Weite der „Dassonville-Formel“ hatte zur Konsequenz, dass zahlreiche nationale Regelungen, die nicht den Handelsverkehr als solche betrafen, sondern allgemeine Rahmenbedingungen für wirtschaftliche Betätigungen setzten, Gefahr liefen, mit der Warenverkehrsfreiheit zu kollidieren. Aus diesem Grunde entwickelte der EuGH die sog. *Keck-Formel*, die bestimmte nationale Regelungen bereits auf Tatbestandsebene als Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit ausschließt. Zu diesem Zweck erfolgt eine Unterscheidung zwischen der Regelung von Verkaufsmodalitäten und produktbezogenen Regelungen:

- *Verkaufsmodalitäten* regeln solche Bestimmungen, die sich nicht auf die Merkmale der betreffenden Waren beziehen, sondern die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Wirtschaftsteilnehmer be-

schränken³⁴: „wer verkauft was, wann darf verkauft werden, wo und wie darf verkauft werden“³⁵. Beispiele für Verkaufsmodalitäten betreffende Bestimmungen sind das Verbot des Verkaufs von Waren unter dem Einkaufspreis, ladenschlussrechtliche Regelungen, Anforderungen an Lieferantenverträge oder Werbeverbote, die sich nicht auf den Inhalt oder das Erscheinungsbild eines Produktes beziehen (in diesem Fall liegt eine produktbezogene Regelung vor³⁶), sondern beispielsweise die Werbung durch bestimmte Berufsgruppen beschränken.

Regelungen von Verkaufsmodalitäten sind bereits tatbestandlich nicht zur Handelsbehinderung geeignet, wenn sie nicht diskriminierend wirken, d. h. inländische Waren und Waren aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren.³⁷ Da sie schon keine Beeinträchtigungen des freien Warenverkehrs darstellen, sind nichtdiskriminierende Regelungen von Verkaufsmodalitäten also nicht rechtfertigungsbedürftig. Anderes gilt für (unmittelbar oder mittelbar) diskriminierende Regelungen von Verkaufsmodalitäten: Sie sind zur Behinderung des Handels innerhalb der Union geeignet. Unmittelbare Diskriminierungen können nur nach Art. 36 AEUV gerechtfertigt werden, mittelbare Diskriminierungen auch durch (sonstige) zwingende Gründe.

³² EuGH Slg. 1974, S. 837 Rdnr. 5; 1982, S. 2349 Rdnr. 9; 1993, S. I-2361 Rdnr. 9; 1995, S. I-1923 Rdnr. 12; 1995, S. I-2467 Rdnr. 9; 1997, S. I-731 Rdnr. 19; 2000, S. I-10663 Rdnr. 15; 2003, S. I-5659 Rdnr. 56; 2003, S. I-9693 Rdnr. 39; 2004, S. I-1559 Rdnr. 18; 2004, S. I-3025 Rdnr. 36; NJW 2006, S. 2540 Rdnr. 14; Urt. v. 15.11.2007, Rs. C-319/05, Rdnr. 80; Urt. v. 11.9.2008, Rs. C-141/07, Rdnr. 28; Urt. v. 10.2.2009, Rs. C-110/05, Rdnr. 33; Urt. v. 5.3.2009, Rs. C-88/07, Rdnr. 82.

³³ EuGH Slg. 1979, S. 649 Rdnr. 14; 1997, S. I-731 Rdnr. 19; 1997, S. I-5909 Rdnr. 68 ff.; EuZW 2009, S. 617 Rdnr. 24.

³⁴ EuGH Slg. 1995, S. I-1621 Rdnr. 13; Urt. v. 11.9.2008, Rs. C-141/07, Rdnr. 31.

³⁵ Schlussanträge des Generalanwalts Tesauro, EuGH, Slg. 1993, S. I-6787 Rdnr. 20.

³⁶ Vgl. EuGH Slg. 1994, S. I-317 Rdnr. 13 ff.; 1995, S. I-1923 Rdnr. 13 f.; 1999, S. I-3175 Rdnr. 37 f.

³⁷ EuGH Slg. 1993, S. I-6097 Rdnr. 14; 1993, S. I-6787 Rdnr. 21; 1995, S. I-1141 Rdnr. 37; 1995, S. I-2467 Rdnr. 12; 1997, S. I-3689 Rdnr. 9; 1997, S. I-3843 Rdnr. 40; 2003, S. I-4581 Rdnr. 60; NJW 2006, S. 2540 Rdnr. 15; Urt. v. 14.2.2008, Rs. C-244/06, Rdnr. 29; Urt. v. 11.9.2008, Rs. C-141/07, Rdnr. 29; Urt. v. 10.2.2009, Rs. C-110/05, Rdnr. 36.

- Hingegen sind die *produktbezogenen Regelungen* von vornherein zur Handelsbehinderung geeignet und damit Maßnahmen gleicher Wirkung, und zwar selbst dann, wenn sie für in- und ausländische Waren unterschiedslos wirken.³⁸ Unter produktbezogenen sind solche Regelungen zu verstehen, die sich auf das Erzeugnis selbst und seine Merkmale, z. B. auf Abmessung, Bezeichnung, Form, Gewicht, Zusammensetzung, Verpackung und Etikettierung beziehen.³⁹ Unterschiedslos wirkende Maßnahmen können durch zwingende Gründe gerechtfertigt werden.

Zu beachten ist, dass der Kreis möglicher zur Handelsbehinderung geeigneter mitgliedstaatlicher Maßnahmen durch die Regelungen von Verkaufsmodalitäten und produktbezogenen Regelungen nicht abschließend erfasst wird⁴⁰. Für diese sonstigen Maßnahmen bedarf es der Feststellung der potentiellen Handelsbehinderung im Einzelfall.

Um eine solche sonstige Maßnahme handelt es sich bei der Berücksichtigung von IAO-Kernarbeitsnormen in Vergabeverfahren: Die Gesichtspunkte der Unterbindung von Kinder-, Zwangs- und Pflichtarbeit sowie von Diskriminierung und die Sicherung des Vereinigungsrechts und der Gleichheit des Entgelts beziehen sich weder auf den Verkauf noch die Eigenschaften des Produkts, sondern die Bedingungen, unter denen das Produkt hergestellt wird. Maßgebend ist daher, ob die Implementation von Anforderungen der IAO-Kernarbeitsnormen in Vergabeverfahren potentiell handelsbehindernd wirken kann.

³⁸ EuGH Slg. 1993, S. I-6097 Rdnr. 15; 1994, S. I-3879 Rdnr. 10; 1995, S. I-1923 Rdnr. 12; 2000, S. I-8739 Rdnr. 46; 2003, S. I-459 Rdnr. 72.

³⁹ EuGH Slg. 1987, S. 1227 Rdnr. 29, 40; 1988, S. 4233 Rdnr. 11; 1994, S. I-3879 Rdnr. 10; 1995, S. I-1923 Rdnr. 12 ff.; 2000, S. I-8749 Rdnr. 48.

⁴⁰ EuGH EuZW 2009, S. 617 Rdnr. 24.

Dabei wird von folgendem, in der kommunalen Beschaffungspraxis verbreiteten Implementationsmodus ausgegangen: Vorrangig hat der Bieter durch eine unabhängige Zertifizierung (z.B. ein Transfair-Siegel oder ein Rugmark-Siegel) darzulegen, dass das Produkt unter Einhaltung der IAO-Kernarbeitsnormen hergestellt und gehandelt wurde. Dabei muss zugelassen werden, dass die Einhaltung des durch das Siegel zertifizierten Standards auch durch andere Nachweise belegt werden kann.⁴¹ Liegt ein solcher Nachweis nicht vor, so hat der Bieter zu versichern, dass das betreffende Produkt unter Einhaltung der IAO-Kernarbeitsnormen hergestellt und verarbeitet wurde. Ist auch die Abgabe einer solchen Erklärung nicht möglich, so hat der Bieter unter Vorlage entsprechender Selbstverpflichtungserklärungen oder Verhaltenskodizes verbindlich zu erklären, dass er, seine Lieferanten und eventuelle Subunternehmer aktive und zielführende Maßnahmen zur Einhaltung der IAO-Kernarbeitsnormen eingeleitet haben.

Dass das Verlangen, solche Nachweise oder Erklärungen beizubringen, potentiell handelsbehindernd wirken kann, wird sich kaum in Abrede stellen lassen. Vor allem in einem anderen Mitgliedstaat ansässige Importeure von Art. 28 II, 29 AEUV unterfallenden Waren aus Drittstaaten können wegen der Schwierigkeit, die Bedingungen, unter denen eine Zertifizierung erfolgen kann, oder die Umstände, unter denen die Ware produziert oder gehandelt worden ist, während des laufenden Vergabeverfahrens in Erfahrung bringen zu müssen, davon abgehalten werden, sich an der Ausschreibung zu beteiligen.

Eine Rechtfertigung über Art. 36 AEUV, wonach Ausnahmen von Art. 34 AEUV zum Schutz u.a. der Gesundheit und des Lebens von Menschen zulässig sind, scheidet aus. Denn diese Ausnahme ist nur dann anwendbar, wenn von der Ware selbst Gefah-

⁴¹ Vgl. für Umweltgütezeichen Art. 23 Abs. 6 VKR.

ren für eines der Schutzgüter ausgehen.⁴² Vorliegend geht es jedoch um einen Schutz bei der Herstellung der Ware.

Allerdings sind mittelbare Diskriminierungen und unterschiedslos wirkende Beschränkungen auch unter folgenden Voraussetzungen gerechtfertigt:

- Es darf keine unionsrechtliche Normierung bestehen, die den von der fraglichen mitgliedstaatlichen Maßnahme betroffenen Bereich bereits abschließend geregelt hat. In diesem Fall ist der Bereich schon „gesperrt“, so dass eine nationale Regelung nicht gerechtfertigt sein kann.⁴³ Eine solche abschließende Normierung wird nicht in der Verordnung (EG) Nr. 732/2008 des Rates vom 22.7.2008 über ein Schema allgemeiner Zollpräferenzen für den Zeitraum vom 1. Januar 2009 bis 31. Dezember 2011⁴⁴ gesehen werden können. Zwar sehen die Art. 7 ff. der Verordnung Sonderregelungen für nachhaltige Entwicklung und verantwortungsvolle Staatsführung für Länder vor, die u.a. die IAO-Kernarbeitsnormen ratifiziert und tatsächlich umgesetzt haben (Art. 8 i.V.m. Anhang III A der Verordnung), und führen gemäß Art. 15 Abs. 1 lit. a der Verordnung schwerwiegende und systematische Verstöße gegen die Grundsätze der Übereinkommen zur vorübergehenden Zurücknahme der Zollpräferenzen. Jedoch stellen diese Regelungen keine abschließende unionsrechtliche Normierung in dem Sinne dar, dass mitgliedstaatliche Maßnahmen in anderen Bereichen damit gesperrt werden sollen. Dies zeigt schon die ausdrücklich erwähnte Möglichkeit, im Zuge von Vergabeverfahren die Bestimmungen der grundlegenden Übereinkommen der

internationalen Arbeitsorganisation in Bezug zu nehmen, durch Erwägungsgrund 33 der VKR. Eine abschließende unionsrechtliche Regelung könnte daher nur die VKR enthalten – allerdings nur für Vergaben ab Erreichen der Schwellenwerte.

- Die Maßnahme muss in nichtdiskriminierender Weise angewendet werden.⁴⁵ Dies ist bei der Forderung der Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen der Fall.
- Weiterhin muss die Maßnahme zwingenden Gründen des Allgemeininteresses dienen.⁴⁶ Der Kreis solcher zwingender Gründe ist nicht abschließend festgelegt. Da die Grundfreiheiten gerade dazu dienen, einen durch einen hindernisfreien wirtschaftlichen Verkehr gekennzeichneten Binnenmarkt zu konstituieren, kann es sich dabei allerdings nur um solche Allgemeininteressen handeln, die nichtwirtschaftlicher Natur sind. Sonst könnte über die Anerkennung wirtschaftlicher Gesichtspunkte als Beschränkung der Binnenmarktfreiheiten der Binnenmarktgrundsatz ausgehöhlt werden.⁴⁷ Beispiele, für die das Vorliegen eines zwingenden Grundes des Allgemeininteresses anerkannt wurde, sind der Verbraucherschutz⁴⁸, der Umweltschutz⁴⁹, die Lauterkeit des Handelsverkehrs⁵⁰, die Sicher-

⁴² Ulrich Becker, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Aufl. 2009, Art. 30 Rdnr. 15; Marc Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, 2007, S. 305.

⁴³ Peter-Christian Müller-Graff, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 43 EGV Rdnr. 72 m. w. N.

⁴⁴ ABl. L 221/1 v. 6.8.2008.

⁴⁵ Zusammenfassend EuGH Slg. 1995, S. I-4165 Rdnr. 37.

⁴⁶ EuGH Slg. 1995, S. I-4165 Rdnr. 37; 1997, S. I-2471 Rdnr. 26, 31; NZBau 2006, S. 386 Rdnr. 45; Urt. v. 10.2.2009, Rs. C-110/05, Rdnr. 59.

⁴⁷ Peter-Christian Müller-Graff, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 43 EGV Rdnr. 75 m. w. N.

⁴⁸ EuGH Slg. 1979, S. 649 Rdnr. 8; 1986, S. 3755 Rdnr. 30; 1990, S. I-667 Rdnr. 18; 1990, S. I-4827 Rdnr. 12; 1991, S. I-2023 Rdnr. 17; 1994, S. I-3879 Rdnr. 20; 1997, S. I-3843 Rdnr. 46; 2004, S. I-8961 Rdnr. 21.

⁴⁹ EuGH Slg. 1985, S. 531 Rdnr. 13; 1988, S. 4607 Rdnr. 9; 1992, S. I-4431 Rdnr. 29 ff.; 1998, S. I-4473 Rdnr. 19; 2001, S. I-209 Rdnr. 73 ff.; DVBl. 2006, S. 103 Rdnr. 70.

⁵⁰ EuGH Slg. 1979, S. 649 Rdnr. 8; 1989, S. 229 Rdnr. 17; 1990, S. I-4827 Rdnr. 12; 1997, S. I-3843 Rdnr. 46.

heit des Straßenverkehrs⁵¹, die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege⁵², die Verfolgung von kulturpolitischen Zielen⁵³ und der Gesundheitsschutz⁵⁴.

Der Schutz der Grundrechte ist nach Art. 6 Abs. 1 und 3 EUV auch Bestandteil der Unionsrechtsordnung und stellt nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ein berechtigtes Interesse dar, das grundsätzlich geeignet ist, eine Beschränkung der Grundfreiheiten zu rechtfertigen.⁵⁵ Die durch IAO-Kernarbeitsnormen geregelten Bereiche (Schutz vor Zwangs- und Pflichtarbeit, Diskriminierung und Kinderarbeit, Schutz des Vereinigungsrechts und der Gleichheit des Entgelts) sind sämtlich grundrechtlich unterlegte Positionen. Dies zeigt sowohl ein Blick auf die in Art. 6 Abs. 3 EUV ausdrücklich in Bezug genommene Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Art. 4 Abs. 2: Verbot der Zwangs- oder Pflichtarbeit; Art. 11 Vereinigungsfreiheit, einschließlich des Rechts, Gewerkschaften zu bilden und ihnen beizutreten; Art. 14: Diskriminierungsverbot) als auch auf die dem Vertragsrecht durch Art. 6 Abs. 1 EUV gleichgestellte Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Art. 5 Abs. 2: Verbot der Zwangs- oder Pflichtarbeit; Art. 12 Abs. 1: Vereinigungsfreiheit einschließlich der Gewerkschaftsgründungs- und -beitrittspflicht; Art. 21: Diskriminierungsverbot; Art. 23: Gleichheit des Arbeitsentgelts für Männer und Frauen; Art. 32: Verbot der Kinderarbeit).

Darüber hinaus hat der Europäische Gerichtshof entschieden, dass der durch völkerrechtliche Übereinkommen bezweckte Schutz der Rechte von Kindern ein berechtigtes Interesse darstellt, das geeignet ist,

eine Beschränkung der Grundfreiheiten zu rechtfertigen.⁵⁶ In Anbetracht dessen ist davon auszugehen, dass die von den IAO-Kernarbeitsnormen erfassten Positionen zwingende Gründe des Allgemeininteresses bezeichnen, die eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit zu rechtfertigen vermögen.⁵⁷

- Eine Eignung der Maßnahme zur Erreichung des mit ihr verfolgten Zwecks⁵⁸ ist nicht gegeben, wenn sie auch unter Berücksichtigung eines Prognosespielraums des Mitgliedstaats nicht zur Erreichung des verfolgten Ziels taugt. Schließlich darf die Maßnahme nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des Ziels erforderlich ist. Dies beinhaltet zum einen, dass das gleiche Ergebnis nicht durch weniger einschränkende Maßnahmen erreicht werden kann.⁵⁹ Zum anderen ist der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu entnehmen, dass die aus einem zwingenden Allgemeininteresse ergriffene Maßnahme in einem angemessenen Verhältnis zur Beschränkung der Grundfreiheit stehen muss.⁶⁰ Dass der Einsatz der Nachfragemacht der öffentlichen Hand dazu taugt, die Beachtung der in den IAO-Kernarbeitsnormen niedergelegten Positionen zu verbessern, ist offensichtlich. Zwar ist ein Bündel anderer Maßnahmen zur Erreichung dieses Ziels, z.B. ein Einfuhrverbot, ebenfalls geeignet; doch schränken diese Maßnahmen die Freiheit des Warenverkehrs

⁵¹ EuGH, Urt. v. 10.2.2009, Rs. C-110/05, Rdnr. 60.

⁵² EuGH Slg. 1974, S. 1299 Rdnr. 14 ff.; 1996, S. I-6511 Rdnr. 36.

⁵³ EuGH Slg. 1991, S. I-4007 Rdnr. 23, 27; 1994, S. I-4795 Rdnr. 19.

⁵⁴ EuGH Slg. 2001, S. I-837 Rdnr. 28.

⁵⁵ EuGH Slg. 2003, S. I-5659 Rdnr. 74.

⁵⁶ EuGH, Urt. v. 14.2.2008, Rs. C-244/06, Rdnr. 39 ff.

⁵⁷ Für die Durchsetzung des Ausschlusses von Kinderarbeit auch *Marc Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, 2007, S. 305.

⁵⁸ Zu diesem Erfordernis EuGH, Urt. v. 10.2.2009, Rs. C-110/05, Rdnr. 59.

⁵⁹ Vgl. nur EuGH Slg. 1986, S. 3755 Rdnr. 29; 1991, S. I-659 Rdnr. 15; 1996, S. I-1905 Rdnr. 13; NZBau 2006, S. 386 Rdnr. 45.

⁶⁰ EuGH Slg. 1991, S. I-4151 Rdnr. 17 f.; 1997, S. I-3689 Rdnr. 19; 1997, S. I-3843 Rdnr. 54; 2002, S. I-6279 Rdnr. 42; Urt. v. 10.2.2009, Rs. C-110/05, Rdnr. 59.

nicht weniger, sondern in der Regel sogar mehr ein als die Berücksichtigung in Vergabeverfahren. In Anbetracht des Gewichts der betroffenen Positionen steht eine solche Berücksichtigung auch nicht außer Verhältnis zur Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit.

Im Ergebnis handelt es sich bei den genannten Formen der Einbringung der Beachtung von IAO-Kernarbeitsnormen in Verfahren zur Vergabe von Lieferaufträgen zwar um Beschränkungen des freien Warenverkehrs, jedoch sind diese Beschränkungen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt. Im primären Unionsrecht wurzelnde Bedenken stehen insoweit also nicht entgegen.

bb) Die Berücksichtigung von IAO-Kernarbeitsnormen bei Leistungsaufträgen

Sollen die IAO-Kernarbeitsnormen bei der Vergabe von Leistungsaufträgen berücksichtigt werden, so sind Prüfungsmaßstab die Vorschriften über den freien Dienstleistungsverkehr. Die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs umfasst drei Fallgestaltungen, nämlich die Grenzüberschreitung des Leistungserbringers, die Grenzüberschreitung des Leistungsempfängers und die Grenzüberschreitung allein der Dienstleistung.

- Bei der sog. aktiven Dienstleistungsfreiheit wird die Grenzüberschreitung durch den Leistungserbringer vorgenommen, der sich zur Erbringung der Leistung in einen anderen Mitgliedstaat als denjenigen begibt, in dem er selbst ansässig ist. In der Grundkonstellation erfolgt die Leistungserbringung im Staat des Leistungsempfängers. Zwingend ist dies allerdings nicht: Sofern nur die Leistungserbringung in einem anderen als dem Mitgliedstaat des Leistungserbringers erfolgt, ist es unerheblich, in welchem Mitgliedstaat der Leistungsempfänger an-

sässig ist.⁶¹ Leistungserbringer und -empfänger können also in demselben Mitgliedstaat ansässig sein.⁶²

- In der Konstellation der passiven Dienstleistungsfreiheit überschreitet nicht der Leistungserbringer, sondern der Leistungsempfänger die Grenze. Die Art. 56 ff. AEUV gewährleisten auch die Freiheit, sich ohne Beschränkungen in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben, um dort eine Dienstleistung in Anspruch zu nehmen.⁶³
- Schließlich kann das erforderliche grenzüberschreitende Element auch dadurch konstituiert werden, dass allein die Dienstleistung die Grenze überschreitet. Ein Grenzüberschreitung durch Leistungserbringer oder -empfänger erfolgt hingegen nicht. Beispiele für solche Dienstleistungen sind die grenzüberschreitende Ausstrahlung von Fernseh- oder Werbesendungen⁶⁴ oder das grenzüberschreitende telefonische, elektronische oder postalische Angebot von Finanzdienstleistungen⁶⁵.

Ebenso wenig wie für die Beurteilung von Lieferaufträgen am Maßstab der Freiheit des Warenverkehrs (oben III.1.a.aa) kommt es darauf an, ob die Leistungserbringung durch den Bieter, der schließlich den Zuschlag erhält, in eine dieser drei Fallgruppen eingeordnet werden kann oder etwa der Bieter im selben Mitgliedstaat wie der öffentliche Auftraggeber oder in einem Drittstaat ansässig ist, ist doch bereits die Ausschreibung an den Vorschriften über die Dienstleistungsfreiheit zu messen. Auch hier

⁶¹ EuGH Slg. 1997, S. I-3091 Rdnr. 8; 1999, S. I-7641 Rdnr. 19.

⁶² EuGH Slg. 1991, S. I-659; 1991, S. I-709; 1991, S. I-727.

⁶³ EuGH Slg. 1984, S. 377 Rdnr. 10, 16; 1989, S. 195 Rdnr. 15; 1998, S. I-1931 Rdnr. 35; 2001, S. I-5473 Rdnr. 69; 2003, S. I-4509 Rdnr. 44; EuZW 2007, S. 601 Rdnr. 36.

⁶⁴ EuGH Slg. 1974, S. 409 Rdnr. 6; 1988, S. 2085 Rdnr. 15; 1994, S. I-4795 Rdnr. 13; 1997, S. I-3843 Rdnr. 48.

⁶⁵ Vgl. EuGH Slg. 1995, S. I-1141 Rdnr. 20 ff.

gilt, dass das Erfordernis, bei der Erfüllung des Leistungsauftrags die Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen sicherzustellen, Unternehmen von der Abgabe eines Angebots abhalten kann – allerdings in deutlich geringerem Maße als bei Lieferaufträgen. Um so eher ist deshalb von einer Rechtfertigung der Beschränkung durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses auszugehen (dazu oben III.1.a.aa).

cc) Das „Rüffert-Urteil“ des EuGH

In seinem Urteil vom 3.4.2008 in der Sache Rüffert hatte der Europäische Gerichtshof Gelegenheit, die Wirkungsweise der Grundfreiheiten für die Einführung sozialer Kriterien in das Vergabeverfahren am Beispiel der sog. Tariftreueerklärung zu verdeutlichen.⁶⁶ Zugrunde lag ein Vorlagebeschluss des OLG Celle, der eine Vorschrift des niedersächsischen Landesvergabegesetzes betraf. Diese Vorschrift sah vor, dass Bauaufträge nur an Unternehmen vergeben werden durften, die sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichteten, ihren Arbeitnehmern bei der Ausführung der Leistungen mindestens das am Ort der Ausführung tarifvertraglich vorgesehene Entgelt zu bezahlen.

Neben Fragen der Entsenderichtlinie⁶⁷ wendet sich das Urteil des Gerichtshofs zentral der Auslegung des Art. 49 EGV (= Art. 56 AEUV) zu. Es bewertet das Erfordernis der Zahlung von Tariflöhnen als Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit, weil es den in einem anderen Mitgliedstaat, in dem die Mindestlohnsätze niedriger als in Deutschland sind, niedergelassenen Leistungserbringern eine zusätzliche wirtschaftliche Belastung auferlegt, die geeignet ist, die Erbringung ihrer Dienstleistungen in Deutschland zu unterbinden, zu behindern oder we-

niger attraktiv zu machen.⁶⁸ Eine Rechtfertigung dieser Beschränkung kam nach Auffassung des Gerichtshofs nicht in Betracht: Da die Vorschrift des Landesvergabegesetzes nur für öffentliche, nicht aber für private Aufträge und damit nur für einen Teil der Bautätigkeit galt und der Tarifvertrag nicht für allgemein verbindlich erklärt worden war, diene die Beschränkung nicht dem Ziel des Arbeitnehmerschutzes und ebenso wenig der Gewährleistung des Schutzes der autonomen Ordnung des Arbeitslebens durch Koalitionen.⁶⁹ Darüber hinaus sei die Regelung nicht erforderlich, um eine erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit zu verhindern.⁷⁰

Für die Einbeziehung anderer sozialer Zwecke, etwa der Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen, in Vergabeverfahren stellt sich das Problem, ob aus der Entscheidung des EuGH abzuleiten ist, dass eine solche Einbeziehung nur noch dann gerechtfertigt sein kann, wenn gleichzeitig eine entsprechende Beachtung der verfolgten Ziele für private Beschaffungsprozesse verbindlich vorgegeben würde. Dies würde im vorliegenden Zusammenhang bedeuten, dass eine Implementation der IAO-Kernarbeitsnormen in Verfahren der Beschaffung durch öffentliche Auftraggeber nicht zu rechtfertigen wäre, da private Unternehmen nicht gesetzlich verpflichtet sind, nur Waren oder Leistungen zu beschaffen, die unter Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen hergestellt worden sind bzw. erbracht werden. Doch dürfte ein solches Verständnis die Reichweite der Entscheidung des EuGH überdehnen. Denn im Fall Rüffert war seitens der niedersächsischen Landesregierung zur Rechtfertigung der Beschränkung allein auf den Schutz von Interessen durch nationale Systeme des Arbeitnehmerschutzes und der sozialen Sicherheit rekuriert worden. Insoweit verlangt der EuGH ein konsistentes Schutzsystem. Dementsprechend anders zu beurtei-

⁶⁶ EuGH VergabeR 2008, S. 478.

⁶⁷ Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 1997 L 18/1.

⁶⁸ EuGH VergabeR 2008, S. 478 Rdnr. 37.

⁶⁹ EuGH VergabeR 2008, S. 478 Rdnr. 39 ff.

⁷⁰ EuGH VergabeR 2008, S. 478 Rdnr. 42.

len werden Konstellationen sein, in denen die betreffenden sozialen Gesichtspunkte solche sind, die nahezu ausschließlich auf die Beachtung völkerrechtlicher Regelungen in anderen Staaten zielen. In diesen Fällen besteht – anders als bei der Tariftreue – nicht die Gefahr, dass die verfolgten Schutzinteressen im Ergebnis zu einer partiellen Marktabschottung führen.

b) Transparenzgebot

Der Europäische Gerichtshof begreift den Transparenzgrundsatz als Ausformung des Grundsatzes der Gleichbehandlung und des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit.⁷¹ Wie die Kommission im Anschluss an die ständige Rechtsprechung des EuGH seit seinem Urteil *Wallonische Busse*⁷² ausführt, ist eine hinreichende Transparenz Bedingung für eine diskriminierungsfreie Auftragsvergabe.⁷³ Hierzu statuiert das Transparenzgebot des europäischen Vergaberechts vor allem umfassende Publizitätspflichten. So hat der öffentliche Auftraggeber bereits in der Bekanntmachung alle ausschlaggebenden Eignungskriterien zu benennen⁷⁴. Die Zuschlagskriterien müssen den Bietern ebenfalls bekannt sein. Dem Auftraggeber ist es verwehrt, bei seiner Auswahlentscheidung Rückgriff auf solche Anforderungen zu nehmen, die in der Ausschreibung keinen Ausdruck gefunden haben⁷⁵. Nach Art. 53 Abs. 2 VKR ist in der Beschreibung anzugeben, wie die einzelnen Kriterien zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots gewichtet werden. Eine objektive und trans-

parente Bewertung setzt ferner voraus, dass zum einen nur hinreichend bestimmte Zuschlagskriterien benutzt werden und zum anderen der Auftraggeber in der Lage ist, deren Erfüllung effektiv zu überprüfen⁷⁶. Darüber hinaus dürfen die bekannt gegebenen Zuschlagskriterien dem Auftraggeber keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit belassen⁷⁷. Dies heißt nichts anderes, als dass die Berücksichtigung der IAO-Kernarbeitsnormen in der Bekanntmachung bzw. den Verdingungsunterlagen angegeben werden muss. Sofern die Implementation als Zuschlagskriterium erfolgt, muss darüber hinaus die Gewichtung aufgegeben werden.

2. Verfassungsrecht

Die Bedeutung des Grundgesetzes im Vergaberecht, soweit es die Implementation sozialer Aspekte anbetrifft, besteht primär darin, Maßstäbe für die Prüfung der Einführung solcher Zielsetzungen auf Bundes- und Landesebene – sei es durch Gesetz oder Rechtsverordnung, sei es durch Erlass – zu errichten. Da es sich bei der Vergabe öffentlicher Aufträge um Handeln der öffentlichen Gewalt handelt, wird mit Blick auf Art. 1 Abs. 3 GG kaum noch ernsthaft bestritten, dass die Auftragsvergabe unter Bindung an die Grundrechte erfolgt.⁷⁸

⁷¹ EuGH NZBau 2002, S. 101 Rdnr. 38; NZBau 2002, S. 458 Rdnr. 45; VergabeR 2005, S. 737 Rdnr. 49; 2008, S. 213 Rdnr. 24; 2010, S. 203 Rdnr. 37.

⁷² Vgl. EuGH Slg. 1996, S. I-2043 Rdnr. 54.

⁷³ Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABl. C121/2 v. 29. 4. 2000 Nr. 3.1.2.

⁷⁴ EuGH Slg. 2002, S. I-11617 Rdnr. 95.

⁷⁵ EuGH EuZW 2002, S. 628 Rdnr. 62 m. w. N.

⁷⁶ EuGH EuZW 2004, S. 81 Rdnr. 51 f., 57 ff.

⁷⁷ EuGH EuZW 2002, S. 628 Rdnr. 61 m. w. N.

⁷⁸ BVerfG NJW 2006, S. 3701 (3702); NJW 2007, S. 51 (52 ff.); *Martin Burgi*, Vergabefremde Zwecke und Verfassungsrecht, NZBau 2001, S. 64 (65); *Oliver Dörr*, Das deutsche Vergaberecht unter dem Einfluß von Art. 19 Abs. 4 GG, DÖV 2001, S. 1014 (1015); *Wolfgang Kahl*, Privatrechtliches Handeln und Verwaltungsverfahrensgesetz am Beispiel des Vergaberechts, in: *Aschke/Hase/Schmidt-De Caluwe* (Hrsg.), *Selbstbestimmung und Gemeinwohl*, Festschrift für Professor Dr. Friedrich von Zezschwitz, 2005, S. 151 (158); *Detlef Merten*, Die Grundrechtsbindung der Verwaltung bei Handeln in Privatrechtsform, in: *Sommermann* (Hrsg.), *Aktuelle Fragen zu Verfassung und Verwaltung im Euro-*

a) Freiheitsgrundrechte

Je nach Konstellation können verschiedene Freiheitsgrundrechte thematisch einschlägig sein. Im Falle der sog. Tariftreueerklärung ist an die von Art. 9 Abs. 3 GG geschützte negative Koalitionsfreiheit⁷⁹, im Falle der sog. Scientology-Erklärung⁸⁰ etwa an die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Art. 4 GG zu denken. Maßstab für die verfassungsrechtliche Prüfung von Vergabekriterien kann darüber hinaus die durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Vertragsfreiheit im unternehmerischen Bereich sein. Zwar wird die Vertragsfreiheit im Allgemeinen durch das Auffanggrundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet.⁸¹ Jedoch tritt die Prüfung am Maßstab der allgemeinen Handlungsfreiheit als subsidiär zurück, wenn die fragliche Regelung die Vertragsfreiheit gerade in dem durch Art. 12 Abs. 1 GG erfassten Bereich beruflicher Betätigung betrifft.⁸² Um eine solche Regelung in Form der Berufsausübungsregelung handelt es sich beispielsweise, wenn dem Arbeitgeber eine bestimmte Gestaltung der Arbeitsbeziehungen vorgegeben wird.⁸³

Für die Berücksichtigung der in den IAO-Kernarbeitsnormen bezeichneten Positionen im Vergabeverfahren ist Prüfungsmaßstab die genannte, von Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Vertragsfreiheit im unternehmerischen Bereich. Dem bietenden Unternehmen wird aufgegeben, seine Vertrags-

päischen Mehrebenensystem, 2003, S. 1 (12); Thorsten Siegel, Effektiver Rechtsschutz und der Vorrang des Primärrechtsschutzes, DÖV 2007, S. 237 (239); Jan Ziekow/Thorsten Siegel, Das Vergabeverfahren als Verwaltungsverfahren, ZfBR 2004, S. 30 (34 f.).

⁷⁹ Eine Berührung des Schutzbereichs des Art. 9 Abs. 3 GG verneinend BVerfG NJW 2007, S. 51 (53).

⁸⁰ Dazu Rainer Noch, Vergaberecht kompakt, 4. Aufl. 2008, Rdnr. 404.

⁸¹ BVerfGE 65, S. 196 (210); 74, S. 129 (151 f.).

⁸² BVerfGE 68, S. 193 (223 f.); 77, S. 84 (118); 95, S. 173 (188).

⁸³ BVerfG NJW 2007, S. 51 (54).

beziehungen zu seinen Arbeitnehmern, zu eventuellen Subunternehmen, zu den Herstellern der zu liefernden Produkte und zu eventuellen Zwischenhändlern so zu gestalten, dass weder die Herstellung noch der Handel der Produkte oder die Erbringung der Leistungen unter Einsatz von Zwangs- und Pflichtarbeit, unter Verstößen gegen das Vereinigungsrecht, den Grundsatz der Gleichheit des Entgelts und das Diskriminierungsverbot sowie unter Heranziehung von Kindern unterhalb der Mindestaltergrenzen oder in bestimmten Formen der Kinderarbeit im Sinne der IAO-Kernarbeitsnormen erfolgt. Zwar sind für den grundrechtlichen Schutz der genannten Positionen im Grundrechtekatalog des Grundgesetzes andere Grundrechte als das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG einschlägig: für das Verbot der Zwangs- und Pflichtarbeit Art. 12 Abs.e 2 und 3 GG, für das Vereinigungsrecht im Sinne der IAO-Kernarbeitsnormen Art. 9 Abs. 3 GG, für die Gleichheit des Entgelts Art. 3 Abs. 2 GG, für das Diskriminierungsverbot Art. 3 Abs. 3 GG sowie für das Verbot der Kinderarbeit Art. 1 Abs. 1 GG. Jedoch steht eine Berührung dieser Grundrechte von vornherein nicht in Rede, weil die Implementierung der Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen in Vergabeverfahren gerade zu einer *Verstärkung* des Schutzes der von den genannten Grundrechten geschützten Rechtsgüter führen soll. Durch die Pflicht zur Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen betroffen wird allein der bietende Unternehmer, der in der Freiheit, seine Vertragsbeziehungen zu seinen Arbeitnehmern, zu Produzenten oder Zwischenhändlern nach Belieben zu gestalten, eingeschränkt wird.

Unter Zugrundelegung der vom Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss zur Tariftreuepflicht entwickelten Maßstäbe⁸⁴ liegt in dieser Einschränkung keine allgemeine Regulierung des Wettbewerbsverhaltens der Unternehmen, sondern ein Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12

⁸⁴ BVerfG NJW 2007, S. 51 (54).

Abs. 1 GG.⁸⁵ Weigert sich ein Unternehmen, seine Vertragsbeziehungen nach den Standards der IAO-Kernarbeitsnormen zu gestalten, so hat es keine Chance auf den Zuschlag. Die in diesem Druck zu einer bestimmten Vertragsgestaltung liegende Berührung des Schutzbereichs stellt sich als Eingriff dar, weil die Beschränkung der Vertragsfreiheit der Unternehmen nicht lediglich ein bloßer Reflex der an die öffentlichen Auftraggeber adressierten Pflicht zur Ausgestaltung des Vergabeverfahrens ist. Vielmehr ist es die eigentliche Zielrichtung der Einführung der IAO-Kernarbeitsnormen in das Vergabeverfahren, die bietenden Unternehmen zu dem gewünschten Verhalten zu veranlassen, um dadurch die faktische Durchsetzung der IAO-Kernarbeitsnormen zu verbessern.

Hieraus ergibt sich zunächst, dass der Grundrechtseingriff einer gesetzlichen Grundlage bedarf (Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG), d.h. gesetzliche Regelungen bestehen müssen, auf die die Implementation der IAO-Kernarbeitsnormen in Vergabeverfahren gestützt werden kann (dazu unten IV.2. und V). In diesem Fall wird man den Eingriff im Ergebnis als verfassungsrechtlich gerechtfertigt ansehen müssen. Ziel der Einführung der Berücksichtigung der IAO-Kernarbeitsnormen in das Vergabeverfahren ist es, durch den Einsatz der Nachfragemacht der öffentlichen Hände die faktische Durchsetzung der IAO-Kernarbeitsnormen zu verbessern, zwar auch in Deutschland, in erster Linie aber in anderen Staaten. Zur Begründung dafür, dass es sich dabei um ein verfassungsrechtlich legitimes Ziel handelt, bedarf es keines Rückgriffs auf das in Art. 20 Abs. 1 GG verankerte Sozialstaatsprinzip, wengleich dieses deutlich macht, dass legitimierende Belange auch in sozialen Gesichtspunkten bestehen können.⁸⁶ Denn – wie ausgeführt (III.1.a.aa) – handelt es sich

bei den von den IAO-Kernarbeitsnormen erfassten Positionen um solche, die sowohl grund- als auch menschenrechtlichen Schutz genießen. Zwar ergibt sich daraus keine grundrechtliche Schutzpflicht für deutsche Hoheitsträger, auf den Schutz dieser Positionen in anderen Staaten gegenüber den Staatsangehörigen dieser Staaten hinzuwirken.⁸⁷ Jedoch ist es ein verfassungsrechtlich legitimes Ziel, Maßnahmen zur Verbesserung eines solchen Schutzes zu ergreifen.

An der Eignung der Verankerung der Pflicht, auf die Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen hinzuwirken, in Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge zur Erreichung des genannten Ziels bestehen keine Zweifel. Ungeachtet des tatsächlichen Volumens der mit einer solchen Pflicht belasteten öffentlichen Aufträge dürfen die betreffenden öffentlichen Auftraggeber annehmen, dass die spezifische Ausgestaltung des Vergabeverfahrens zu einer Verbesserung der Durchsetzung der IAO-Kernarbeitsnormen beitragen kann. Ein ebenso geeignetes, die bietenden Unternehmen aber weniger belastendes Mittel ist nicht erkennbar. Als die bietenden Unternehmen weniger belastende Mittel kämen etwa die Verhängung eines

⁸⁵ Zustimmend etwa *Ipek Ölcüm*, Die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Auftragswesen, 2009, S. 208.

⁸⁶ *Michael Sachs*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 20 Rdnr. 50 m.w.N.

⁸⁷ Zur Schutzpflichtdogmatik BVerfGE 39, S. 1 (41); 46, S. 160 (164); 49, S. 89 (140 f.); 53, S. 30 (57); 56, S. 54 (73); 88, S. 203 (251); *Robert Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 410; *Christian Calliess*, Schutzpflichten, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. II: Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren I, 2006, § 44 Rdnr. 4; *Johannes Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992, S. 102 f.; *Hans H. Klein*, Die grundrechtliche Schutzpflicht, DVBl. 1994, S. 489; *Eckart Klein*, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, S. 1633; *Alexandra Pietrzak*, Die Schutzpflicht im verfassungsrechtlichen Kontext, JuS 1994, S. 748. Siehe aus der Literatur auch – teilweise mit kritischen Ansätzen – *Liv Jaeckel*, Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2001; *Peter Szczekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2002; *Peter Unruh*, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, 1996.

Handelsembargos oder zumindest die Entfaltung politischen Drucks auf diejenigen Staaten, in denen die IAO-Kernarbeitsnormen nicht beachtet werden, oder die Abgabe *freiwilliger* Selbstverpflichtungserklärungen seitens der bietenden Unternehmen in Betracht. Allerdings können diese Mittel nicht als ebenso gut zur Zielerreichung geeignet wie die Verknüpfung mit dem Vergabeverfahren angesehen werden. Die Entfaltung politischen Drucks oder gar die Verhängung eines Handelsembargos gegenüber anderen Staaten ist den betreffenden öffentlichen Auftraggebern, jedenfalls soweit es sich nicht um den Bund handelt, schon kompetentiell nicht möglich.⁸⁸ Freiwillige Selbstverpflichtungserklärungen der bietenden Unternehmen bleiben in ihren Wirkungen von vornherein gegenüber der pflichtigen Beachtung bei der Übernahme öffentlicher Aufträge zurück.

Hinsichtlich der Prüfung der Angemessenheit hat das Bundesverfassungsgericht zu Recht daran erinnert, dass die Freiheit der Unternehmen, die Vertragsbeziehungen zu seinen Arbeitnehmern – gleiches gilt für Subunternehmer und Lieferanten – frei gestalten zu können, mitentscheidend für den Erfolg der beruflichen Tätigkeit und damit wesentlicher Bestandteil der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Freiheit der Berufsausübung ist.⁸⁹ Auf der anderen Seite ist auf das besondere Gewicht der von den IAO-Kernarbeitsnormen erfassten Positionen hinzuweisen, die sämtlich grund- und menschenrechtlichen Schutz genießen (oben III.1.a.aa). Darüber hinaus ist das Gewicht des Eingriffs in die Berufsausübungsfreiheit der bietenden Unternehmen dadurch gemindert, dass es den Unternehmen zum einen freisteht, ob sie ein Angebot auf die betreffende Ausschreibung abgeben wollen, und dass zum anderen nicht die gesamte Geschäftstätigkeit der Unternehmen

betroffen ist, sondern nur die Teilbereiche, die sich auf die Erlangung öffentlicher Aufträge beziehen.⁹⁰ In Abwägung dieser Gesichtspunkte ist die Einführung des Aspekts, zu einer Verbesserung der Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen beizutragen, in Vergabeverfahren nicht unangemessen.

Allerdings gilt dies nur dann, wenn diese Einführung in das Vergabeverfahren in einer Weise erfolgt, die den bietenden Unternehmer nicht vor unerfüllbare Anforderungen stellt. Dies wäre etwa der Fall, wenn der Anbieter einer Lieferleistung ausnahmslos nachweisen müsste, dass das Produkt unter voller Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen hergestellt und gehandelt wurde. Denn häufig wird der Bieter nicht die tatsächliche Möglichkeit haben, in den produzierenden Unternehmen vor Ort entsprechende Recherchen vorzunehmen. Dies gilt insbesondere beim Import von Waren über Zwischenhändler. Sofern nicht eine Beschränkung der Nachweispflicht auf die Stufe der letzten Be- oder Verarbeitung und die weiteren Be- und Verarbeitungen erfolgt⁹¹, wäre es in solchen Konstellationen unverhältnismäßig, vom Bieter die Vorlage entsprechender Nachweise zu verlangen. Unbedenklich ist es hingegen, wenn die Implementation der IAO-Kernarbeitsnormen in der folgenden Weise und Stufung erfolgt:

- 1) Vorlage einer unabhängigen Zertifizierung oder eines anderen Beweismittels, das die Einhaltung des durch das Siegel zertifizierten Standards belegt;
- 2) bei – vom Bieter darzulegender – Unmöglichkeit oder Unverhältnismäßigkeit von 1): Abgabe einer verbindlichen Erklärung des Unternehmens, dass das Produkt unter Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen hergestellt, bearbeitet und gehandelt wurde;

⁸⁸ Auf die Relevanz des Kompetenzgesichtspunkts für die Prüfung der Erforderlichkeit einer Maßnahme am Beispiel der Tarifreueerklärung weist BVerfG NJW 2007, S. 51 (55) hin.

⁸⁹ BVerfG NJW 2007, S. 51 (55).

⁹⁰ Vgl. zu diesen Gesichtspunkten BVerfG NJW 2007, S. 51 (55 f.).

⁹¹ So die Lösung bei *Deutscher Städtetag (Hrsg.)*, Die Berücksichtigung sozialer Belange im Vergaberecht, 2009, S. 21.

3) bei – vom Bieter darzulegender – Unmöglichkeit oder Unverhältnismäßigkeit von 2): verbindliche Erklärung des Bieters, dass er für sein Unternehmen, seine Lieferanten und gegenüber dem Produzenten wirksame Maßnahmen zur Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen ergriffen hat, wobei die Maßnahmen näher darzulegen sind.⁹²

Inwieweit gegen eine solche verfassungsrechtlich geforderte Abstufung Bedenken unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten bestehen sollten⁹³, ist nicht erkennbar.

b) Allgemeiner Gleichheitssatz

Weiterhin sind Vergabeentscheidungen generell am allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG zu messen. Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist der allgemeine Gleichheitssatz verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten.⁹⁴ Die Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes kann nur in sach- und regelungsspezifischer

Abwägung erfolgen.⁹⁵ Was in Anwendung des Gleichheitssatzes sachlich vertretbar oder sachfremd ist, lässt sich nicht abstrakt und allgemein festlegen, sondern nur stets in Bezug auf die Eigenart des konkreten Sachbereichs, der geregelt werden soll.⁹⁶

Für die Gleichheitsprüfung von Beschaffungsvorgängen bedeutet dies, dass der Auftraggeber die Auswahl unter den Bietern unter den Gesichtspunkten der sachgerechten und wirtschaftlichen Auftragserfüllung treffen muss. Dies heißt nicht, dass die Berücksichtigung anderer Auswahlkriterien unzulässig wäre; jedoch müssen diese einer Rechtfertigungsprüfung standhalten.⁹⁷ Elemente dieser Prüfung sind die Legitimität des mit dem externen Kriterium verfolgten Ziels, die Eignung des Kriteriums zur Erreichung des Ziels, das geringstmögliche Maß der Ungleichbehandlung sowie die Angemessenheit des Kriteriums zur Verwirklichung des Differenzierungsziels.⁹⁸

An dieser Stelle endet allerdings weitgehend die Einigkeit. Welche Folgerungen aus dem dargestellten Befund gezogen werden können, ist von den Grundsätzen bis in die Einzelheiten äußerst umstritten. Die Facetten der Diskussion reichen von der Anerkennung einer legitimierenden Wirkung aller verfassungsrechtlich zulässigen Ziele mit einer wohl nur in Ausnahmefällen zur Unzulässigkeit des vergabeexternen Ziels führenden Verhältnismäßigkeitsprüfung⁹⁹ bis zur

⁹² Zur Bedeutung von Verhaltenscodices für die tatsächliche Durchsetzung der IAO-Kernarbeitsnormen *Reingard Zimmer*, Die Durchsetzung internationaler Mindeststandards von Arbeitsbedingungen – Verhaltenskodizes als Ergänzung zum Völkerrecht, *Forum Recht* 2003, S. 125 (126 f.).

⁹³ So wohl *Deutscher Städtetag (Hrsg.)*, Die Berücksichtigung sozialer Belange im Vergaberecht, 2009, S. 22. Zu Recht hiergegen *Markus Krajewski / Rike Krämer*, Gutachten im Auftrag von WEED und CIR zur Berücksichtigung von Arbeits- und Sozialstandards durch Bietererklärungen in den Auftragsausführungsbedingungen an Beispiel PC und Arbeitsbekleidung, in: Bietererklärungen als Instrument zur Einbeziehung von Arbeits- und Sozialstandards in der öffentlichen Beschaffung, 2010, S. 7 (18 f.).

⁹⁴ BVerfGE 55, S. 72 (88); 82, S. 60 (86); 84, S. 197 (199); 95, S. 39 (45); BVerfG NJW 2000, S. 3341 (3342).

⁹⁵ *Lerke Osterloh*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 3 Rdnr. 37.

⁹⁶ BVerfGE 90, S. 145 (195 f.).

⁹⁷ *Hermann Pünder*, Zu den Vorgaben des grundgesetzlichen Gleichheitssatzes für die Vergabe öffentlicher Aufträge, *VerwArch* 95 (2004), S. 38 (43).

⁹⁸ *Martin Burgi*, Vergabefremde Zwecke und Verfassungsrecht, *NZBau* 2001, S. 64 (70); *Hermann Pünder*, Zu den Vorgaben des grundgesetzlichen Gleichheitssatzes für die Vergabe öffentlicher Aufträge, *VerwArch* 95 (2004), S. 38 (45 ff.).

⁹⁹ *Hermann Pünder*, Zu den Vorgaben des grundgesetzlichen Gleichheitssatzes für die Vergabe öffentlicher Aufträge, *VerwArch* 95 (2004), S. 38 (45 ff.).

generellen Anzweiflung der Eignung vergabefremder Kriterien mit Blick auf die Zufälligkeit des Auftretens der Bieter in diesem Marktsegment, so dass eine Regelung über ein allgemeinverbindliches Gesetz erfolgen müsste¹⁰⁰.

Richtigerweise wird man aber zu bedenken haben, dass die sachliche Vertretbarkeit eines Kriteriums im Rahmen der Gleichheitsprüfung nur mit Blick auf die Eigenart des geregelten Sachbereichs beurteilt werden kann. Prägend für diese Eigenart sind für das Vergabewesen die Gesichtspunkte der sachgerechten und wirtschaftlichen Auftragserfüllung. Deshalb wird es für die Zulässigkeit weiterer Zwecksetzungen darauf ankommen, dass diese einen Bezug zu den genannten Gesichtspunkten aufweisen, also zur Leistung oder – insbesondere bei Dienstleistungsaufträgen – zur Leistungserbringung.¹⁰¹

Misst man die Einführung der Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen in das Vergabeverfahren an diesem Maßstab, so dürfte sie bei Leistungsaufträgen wegen des hier problemlos vorliegenden Bezugs zur Leistungserbringung ohne weiteres zulässig sein. Entsprechend behandeln müssen wird man Lieferaufträge über die Beschaffung erst noch herzustellender Waren. Für die gleichheitsrechtliche Prüfung kann es keinen Unterschied machen, ob Diskriminierungen, der Einsatz von Kindern etc. bei der Erbringung von Bau- oder Dienstleistungen oder bei der Herstellung von Produkten erfolgen. In beiden Fällen besteht der erforderliche Bezug zu den Modi der Leistungserbringung.

Fehlt es an einer sachgerechten Verknüpfung mit dem Auftragsgegenstand, so fehlt es typischerweise an der Angemessenheit der Berücksichtigung des betreffenden Kri-

teriums. Abweichungen von dieser typisierenden Betrachtung sind allerdings im Einzelfall möglich, wenn das Gewicht des die Einbeziehung in die Vergabe tragenden Ziels die Nachteile der nur mittelbaren Verknüpfung überwiegt.¹⁰² Für diese Bewertung ist zu beachten, dass die Pflicht, keine unter Verstoß gegen IAO-Kernarbeitsnormen hergestellten Produkte an öffentliche Auftraggeber zu liefern, die sich an der Ausschreibung beteiligenden Unternehmen nur gering belastet. Eine hohe Belastung bringen insbesondere solche sozialen Kriterien mit sich, die die Vergabe öffentlicher Aufträge nur an solche Unternehmen zulassen, die ihre Unternehmensorganisation dauerhaft an den betreffenden sozialen Aspekten ausrichten. In diesen Fällen ist das Unternehmen – will es weiterhin eine Chance auf den Erhalt öffentlicher Aufträge haben – gezwungen, seine gesamte Struktur an den jeweiligen Erfordernissen auszurichten. Derartige soziale Kriterien wirken sich also nicht nur im Rahmen der Erfüllung öffentlicher Aufträge, sondern auf die gesamte Geschäftstätigkeit des Unternehmens aus. Im Unterschied dazu berührt die – hier allein in Rede stehende – Pflicht, bei der Lieferung von Waren an öffentliche Auftraggeber auf die Herkunft aus Produktionsprozessen zu achten, bei denen die IAO-Kernarbeitsnormen beachtet wurden, lediglich den einzelnen Einkaufsvorgang. Insoweit ist von einer geringen Belastung der bietenden Unternehmen auszugehen. In der Abwägung mit dieser Belastung überwiegt das Gewicht der von den IAO-Kernarbeitsnormen erfassten, grund- und menschenrechtlich umhögten Positionen deutlich. Auch insoweit liegt mithin kein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG vor.

¹⁰⁰ Vgl. *Thomas Puhl*, Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, VVDStRL 60 (2001), S. 456 (497).

¹⁰¹ *Martin Burgi*, Vergabefremde Zwecke und Verfassungsrecht, NZBau 2001, S. 64 (70 f.); *Walter Frenz*, Grundrechte und Vergaberecht, EuZW 2006, S. 748 (750).

¹⁰² Vgl. zur Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen der Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes am Beispiel der – nach dem im Text Ausgeführten insoweit allerdings ohnehin unproblematischen – Tariftreueerklärung BVerfG NJW 2007, S. 51 (56).

c) Verfassungsrechtliche Grenzen der Zuständigkeit der Kommunen

Soweit es die Möglichkeiten auf kommunaler Ebene anbetrifft, die Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen in Vergabeverfahren zu implementieren, bedarf es einer Auseinandersetzung mit den Urteilen des OVG Koblenz vom 6. 11. 2008 und des VGH München vom 4. 2. 2009 zur Regelungskompetenz der Gemeinden für Bestimmungen in Friedhofssatzungen, die einen Ausschluss von Grabmalen enthalten, die nicht nachweislich ohne Kinderarbeit hergestellt worden sind:

- Die Entscheidung des OVG Koblenz¹⁰³ betraf ein Normenkontrollverfahren gegen die Friedhofssatzung einer Gemeinde, nach welcher nur solche Grabmale aufgestellt werden durften, die nachweislich in der gesamten Wertschöpfungskette ohne ausbeuterische Kinderarbeit im Sinne der IAO-Konvention 182 hergestellt wurden. Das OVG erklärte die beanstandeten Normen der Friedhofssatzung mangels ausreichender gesetzlicher Ermächtigung für unwirksam. Zur Begründung wies das Gericht darauf hin, dass auch im Bereich der Selbstverwaltungsaufgaben eine besondere gesetzliche Ermächtigung des kommunalen Satzungsgebers erforderlich sei, wenn Grundrechteingriffe – hier Eingriffe in das Grundrecht der Steinmetze aus Art. 12 Abs. 1 GG – in Rede stünden. Die allgemeine Satzungsbefugnis der Gemeinde reiche für Eingriffe in Grundrechtspositionen nicht aus. Auch handele es sich nicht um eine bloße Regelung betreffend die Benutzung einer kommunalen Einrichtung.

Da die Ermächtigungsgrundlage im Bestattungsgesetz des Landes nur die Benutzung von Gemeindefriedhöfen, Leichenhallen und Einäscherungsanlagen sowie die Gestaltung der Grabstätten betreffe, trage sie die fraglichen Satzungsregelungen nicht. Vielmehr regelten diese Bestimmungen das Vorfeld des Benutzungsverhältnisses, nämlich die Produktionsabläufe, und seien als Außen-

handelsregelungen einzustufen. Für solche Außenhandelsregelungen aber sei der Gesamtstaat und – mangels örtlichen Bezugs – nicht die Gemeinde zuständig. Der Umstand, dass die Bemühungen der Gemeinde zur Verhinderung ausbeuterischer Kinderarbeit aus ethischer Sicht und mit Blick auf das Verbraucherverhalten verständlich und aner kennenswert seien, helfe über das Fehlen der gemeindlichen Regelungskompetenzen nicht hinweg.

- Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof kam zu einem entsprechenden Ergebnis und erklärte die Bestimmung einer kommunalen Friedhofssatzung, wonach nur Grabmale aufgestellt werden durften, die nachweislich in der gesamten Wertschöpfungskette ohne ausbeuterische Kinderarbeit im Sinne der IAO-Konvention 182 hergestellt wurden, für unwirksam.¹⁰⁴ Auch nach Auffassung des VGH München stellt die Einräumung der allgemeinen Satzungsautonomie an die Gemeinden keine ausreichende Ermächtigungsgrundlage für einen Eingriff in die Grundrechte der Steinmetze dar und halten sich die die Herstellung der Grabmale betreffenden Satzungsregelungen nicht innerhalb der gesetzlichen Ermächtigung der Gemeinde zur Regelung der Benutzung ihrer öffentlichen Einrichtungen.

Da die fraglichen Bestimmungen der Friedhofssatzung der Umsetzung eines weltweiten politischen Anliegens dienen, fehle ihnen von vornherein der nach Art. 28 Abs. 2 GG erforderliche örtliche Bezug. Schließlich könnten sie auch nicht unmittelbar auf das IAO-Übereinkommen 182 gestützt werden, da der Schwerpunkt der innerstaatlichen Umsetzung des Übereinkommens nicht im kommunalen Bestattungsrecht liege.

Inwieweit diese Entscheidungen den in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts entwickelten Grundsätzen zur Reichweite der durch Art. 28 Abs. 2 GG gewährleisteten Garantie der kommunalen Selbstverwaltung

¹⁰³ OVG Koblenz, Urt. v. 6.11.2008 – 7 C 10771/08.OVG –.

¹⁰⁴ VGH München, Urt. v. 4.2.2009 – 4 N 08.778 –.

entsprechen¹⁰⁵, bedarf vorliegend keiner Diskussion. Denn die zur Beurteilung durch das OVG Koblenz und den VGH München gestellten Konstellationen sind von der Frage der Implementation von IAO-Kernarbeitsnormen in Vergabeverfahren verschieden. Anders als in den genannten Entscheidungen geht es vorliegend nicht um das Problem des Vorliegens einer ausreichenden gesetzlichen Ermächtigung für eine in Grundrechte eingreifende kommunale Satzung, also eine generell-abstrakte Regelung, sondern um das Bestehen einer Rechtsgrundlage für die Einbeziehung bestimmter Anforderungen in einzelne Vergabeverfahren. Diesbezüglich ergibt sich bereits aus dem Vorliegen eines Eingriffs in das Grundrecht der an dem Auftrag interessierten Unternehmen aus Art. 12 Abs. 1 GG, dass eine hinreichende gesetzliche Ermächtigung vorliegen muss (oben III.2.a). Auf die Frage der Reichweite der durch Art. 28 Abs. 2 GG vorgegebenen örtlichen Radizierung der gemeindlichen Rechtsetzungskompetenz kommt es nicht an.

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass einzelne Bundesländer nunmehr eine entsprechende gesetzliche Ermächtigung in ihrem Bestattungsrecht vorgesehen haben. So ermächtigt der durch Gesetz vom 1. 7. 2009¹⁰⁶ neu eingefügte § 8 Abs. 4 des saarländischen Bestattungsgesetzes den Friedhofsträger zur Festlegung durch Satzung bzw. Friedhofsordnung, dass nur Grabsteine und Grabeinfassungen verwendet werden dürfen, die nachweislich aus fairem Handel stammen und ohne ausbeuterische Kinderarbeit im Sinne der IAO-Konvention 182 hergestellt sind.

¹⁰⁵ Dazu *Saskia Misera / Hans Wolfram Kessler*, Die globalisierte Friedhofssatzung, *KommJur* 2009, S. 52 ff.

¹⁰⁶ Gesetz Nr. 1693 zur Änderung des Saarländischen Bestattungsgesetzes und weiterer Vorschriften v. 1. 7. 2009, *ABl.Saarl* S. 1240.

IV. Vergaben ab Erreichen der Schwellenwerte

Während die Anforderungen des primären EU-Rechts und des Verfassungsrechts einheitlich für alle Vergaben – ab Erreichen und unterhalb der Schwellenwerte – gelten, ist für die Gewinnung weiterer rechtlicher Maßstäbe für die Beurteilung der Einbeziehung der Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen in Vergabeverfahren zwischen Vergaben ab Erreichen und unterhalb der Schwellenwerte zu differenzieren. Ab Erreichen der Schwellenwerte sind vor allem die Regelungen des sekundären Unionsrechts (unten IV.1) und des Kartellvergaberechts (unten IV.2) heranzuziehen.

1. Anforderungen des sekundären Unionsrechts an die Einbeziehung sozialer Aspekte

Im Zuge der Neufassung des europäischen Vergaberechts durch die Vergabekoordinierungsrichtlinie (VKR) und die Sektorenkoordinierungsrichtlinie im Jahre 2004 sind die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Gesichtspunkten, die nach dem früheren sekundären Gemeinschaftsrecht weder als Eignungs- noch als Zuschlagskriterien berücksichtigt werden konnten, grundlegend neu geregelt worden.

Es gilt der Grundsatz der getrennten Prüfung von bieterbezogenen Kriterien und Zuschlagskriterien¹⁰⁷. Art. 44 Abs. 1 VKR schreibt ausdrücklich vor, dass die Zuschlagskriterien erst dann zum Zuge kommen, wenn der öffentliche Auftraggeber die Eignung der Wirtschaftsteilnehmer festgestellt hat. Dass ein mit einem Kriterium verfolgter Zweck ggf. auch in der Form der an-

deren Kriterienkategorie hätte verfolgt werden können, ist ohne Belang.¹⁰⁸

a) Eignungsprüfung

Die Eignungsprüfung ist nach den in den Art. 47 bis 52 VKR genannten Kriterien der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit sowie der beruflichen und technischen Fachkunde durchzuführen. Aus dem ausdrücklichen Verweis auf die Art. 47 bis 52 wird man schließen müssen, dass neben diesen Kriterien und den Ausschlussgründen der Art. 45 und 46 keine weiteren bieterbezogenen Kriterien statuiert werden dürfen.¹⁰⁹

Art. 47 betrifft die wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit, die in der Regel durch die in Art. 47 Abs. 1 genannten Nachweise belegt werden soll. Wie Art. 47 Abs. 4 deutlich macht kann der Auftraggeber allerdings auch andere Nachweise fordern, sofern diese in der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder in der Bekanntmachung angegeben sind. Aus dem Normzusammenhang wird man schließen müssen, dass es hier bei dem schon früher vom EuGH entwickelten Grundsatz bleibt, dass diese anderen Nachweise nur zum Nachweis der Leistungsfähigkeit dienen dürfen¹¹⁰. Es ist daher ausgeschlossen, auf der Stufe der Eignungsprüfung Nachweise zu fordern, die anderen Zwecken dienen. Zu beachten ist, dass Art. 44 Abs. 2 S. 3 die Anforderungen an vom öffentlichen Auftraggeber geforderte Leistungsfähigkeits-

¹⁰⁷ Vgl. nur EuGH Slg. 2003, S. I-6351 Rdnr. 59; VergabeR 2008, S. 496 Rdnr. 30; BGH NJW 1998, S. 3644 (3646); VergabeR 2008, S. 641 (642).

¹⁰⁸ EuGH Slg. 2003, S. I-6351 Rdnr. 67; *Jan Ziekow*, Vergabefremde Zwecke und Europarecht, NZBau 2001, S. 72 (76).

¹⁰⁹ Vgl. EuGH Slg. 1992, S. I-3401 Rdnr. 20 f.; 1994, S. I-1409 Rdnr. 35; VergabeR 2009, S.146 Rdnr. 43; *Marc Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, 2007, S. 302.

¹¹⁰ Vgl. EuGH Slg. 1992, S. I-3401 Rdnr. 20; 1993, S. I-5923 Rdnr. 41 f.

nachweise sogar noch verschärft. Sofern der Auftraggeber Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit formuliert, müssen diese Anforderungen mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen und ihm angemessen sein. Schon für den unter den früheren Vergaberichtlinien geltenden Rechtszustand hatte die Kommission die Auffassung vertreten, dass die Feststellung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit keinen Raum für die Einbeziehung sozialer Gesichtspunkte lässt.¹¹¹ Dies hat sich durch die VKR nicht geändert.¹¹²

Diese Regelung betreffend die vom Auftraggeber vorgegebenen Mindestanforderungen gilt auch für die Bewertung der technischen und / oder beruflichen Leistungsfähigkeit nach Art. 48. Dabei ist zu beachten, dass es dem Auftraggeber – anders als bei der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit – nicht freisteht, andere Nachweise als die in Art. 48 Abs. 2 genannten zu fordern. Art. 48 Abs. 6 lässt ausdrücklich nur das Verlangen nach Vorlage dieser Nachweise zu.

Unter dem Gesichtspunkt, dass zur Berücksichtigung der Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen bei der Vergabe häufig gefordert wird, eine unabhängige Zertifizierung vorzulegen, ist zu beachten, dass die Vergabekoordinierungsrichtlinie eine Regelung zur Bedeutung von Zertifizierungen enthält,

¹¹¹ Interpretierende Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 15. 10. 2001, ABl. C 333/27 v. 28. 11. 2001, Nr. 1.3.

¹¹² Stellungnahme „Soziale und ethische Kriterien bei der Neuregelung des Vergaberechts“ des Direktoriums – Rechtsabteilung – der Landeshauptstadt München vom 16. 3. 2005, S. 4; *Ipek Ölcüm*, Die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Auftragswesen, 2009, S. 235; *Zsofia Varga*, Berücksichtigung sozialpolitischer Anforderungen nach dem neuen § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB – europarechtskonform?, VergabeR 2009, S. 535 (537 f.).

allerdings nur für den Umweltbereich. Nach Art. 48 Abs. 2 lit. f kann zu den geforderten Nachweisen der technischen Leistungsfähigkeit „in den entsprechenden Fällen“ auch die Angabe von Umweltmanagementmaßnahmen gehören. Auch hier ist ausdrücklich ein Auftragsbezug dergestalt gefordert, dass es sich nur um den Nachweis solcher Umweltmanagementmaßnahmen handeln darf, die der Wirtschaftsteilnehmer gerade *bei* der Ausführung des Auftrags anwenden will.¹¹³ Dies ist vor allem dann von Bedeutung, wenn der Auftraggeber zum Nachweis der Erfüllung von Normen des Umweltmanagements die Vorlage von Bescheinigungen unabhängiger Stellen verlangt und dies gemäß Art. 50 durch Vorlage einer EMAS-Zertifizierung erfolgen soll.

Hierzu wird zuweilen darauf hingewiesen, daß die EMAS-Zertifizierung als solche nicht den nach Art. 44 Abs. 2 VKR erforderlichen Zusammenhang zwischen der nachzuweisenden Umweltmanagementmaßnahme und dem Auftragsgegenstand vermitteln, da die EMAS-Verordnung nur die Verpflichtung zur Verfolgung selbst gesetzter umweltpolitischer Ziele und bestimmter Maßnahmen der Umweltinformation verlange.¹¹⁴ Dies ist allerdings nur bedingt richtig. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der durch Art. 44 Abs. 2 für alle Anforderungen an die Leistungsfähigkeit geforderte Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand für das Verlangen der Angabe von Umweltmanagementmaßnahmen bei Bau- und Dienstleistungsaufträgen durch Art. 48 Abs. 2 lit. f speziell ausgeformt wird. Der Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand ist daher immer gegeben, wenn die Umweltmanagementmaßnahme *bei* der Ausführung des Auftrags angewendet werden soll. Dass ein Umweltmanagementsystem nach der EMAS-Verordnung bei der Ausführung eines Auf-

¹¹³ Siehe *Martin Beckmann*, Die Verfolgung ökologischer Zwecke bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, NZBau 2004, S. 600 (601).

¹¹⁴ *Marc Opitz*, Das Legislativpaket: Die neuen Regelungen zur Berücksichtigung umwelt- und sozialpolitischer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, VergabeR 2004, S. 421 (426).

trags gerade *nicht* angewendet wird, dürfte dabei die Ausnahme darstellen. Denn nach Anhang I.A.5.1 zur EMAS-Verordnung¹¹⁵ ist eine der Voraussetzungen für die EMAS-Eintragung ein Umweltmanagementsystem, in dessen Rahmen die betreffende Organisation maßgebliche Merkmale über Arbeitsabläufe und Tätigkeiten, die eine bedeutende Auswirkung auf die Umwelt haben können, regelmäßig überwachen und messen muss. Fällt daher die Ausführung des zu vergebenden Auftrags in den Bereich der durch das Umweltmanagementsystem nach der EMAS-Verordnung erfassten Arbeitsabläufe und Tätigkeiten, so werden die Umweltmanagementmaßnahmen *bei* der Ausführung des Auftrags angewendet, wie es Art. 48 Abs. 2 lit. f VKR fordert. Dass ein EMAS-beteiligtes Unternehmen die Voraussetzungen des Art. 48 Abs. 2 lit. f nicht erfüllt, ist daher nur in seltenen Ausnahmefällen denkbar. Anderes gilt aber, wenn andere Nachweise für gleichwertige Umweltmanagementmaßnahmen vorgelegt werden, was nach Art. 50 generell zulässig ist. In diesen Fällen muss im Einzelfall überprüft werden, ob der Nachweis auch die Ausführung gerade des konkreten Auftrags abdeckt.

Die Möglichkeiten, die Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen über den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit in das Vergabeverfahren zu implementieren, sind äußerst begrenzt. Als Einfallstor kommt insoweit allenfalls Art. 48 Abs. 2 lit. b VKR in Betracht, wonach der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit auf die Angabe der technischen Fachkräfte erstreckt werden kann. Sofern es sich bei dem Bieter um den Produzenten handelt, kann von ihm in der Tat die Darlegung der sich auf die Qualität der Produkte auswirkenden Personalzusammensetzung verlangt werden.¹¹⁶ Die Her-

stellung von Produkten in Kinderarbeit könnte in dieser Weise erfasst werden. Allerdings geht es dabei immer nur um den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des konkreten Bieters für die Ausführung des übernommenen Auftrags.¹¹⁷ Handelt es sich bei dem Bieter – wie im Regelfall – um einen Importeur, so kann der Nachweis nicht auf die Leistungsfähigkeit des ursprünglichen Produzenten erstreckt werden.

Über diesen Gesichtspunkt hinaus lässt sich die Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen nicht über die Eignungsprüfung in das Vergabeverfahren implementieren.¹¹⁸

Etwas anderes dürfte sich auch nicht aus den vom Europäischen Gerichtshof in seinem Urteil in der Sache *Michaniki*¹¹⁹ entwickelten Grundsätzen ergeben. In dieser Entscheidung hat der Gerichtshof für die frühere Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG dargelegt, dass die Aufzählung der Eignungskriterien in der Richtlinie zwar als abschließend zu verstehen ist, den Mitgliedstaaten jedoch der Erlass von Vorschriften frei steht, die die Beachtung der Grundsätze

gaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 15. 10. 2001, ABl. C 333/27 v. 28. 11. 2001, Nr. 1.3.2.

¹¹⁷ Interpretierende Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 15. 10. 2001, ABl. C 333/27 v. 28. 11. 2001, Nr. 1.3.2.

¹¹⁸ Dies erkennt auf dem Boden der Rechtsprechung des EuGH auch *Rainer Noch*, Rechtliche Prüfung der Umsetzung sozialer Vergabekriterien, Stellungnahme für das Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung vom 19. 7. 2006, S. 20 ff., an, der jedoch auf der Grundlage seiner abweichenden Auffassung anregt, es auf ein Vertragsverletzungsverfahren ankommen zu lassen. Hiervor kann nur *dringend* gewarnt werden! Allgemein für die Berücksichtigung sozialer Aspekte als Eignungskriterien wie hier *Walter Frenz*, Soziale Vergabekriterien, NZBau 2007, S. 17 (18).

¹¹⁹ EuGH VergabeR 2009, S. 146.

¹¹⁵ Verordnung (EG) Nr. 761 / 2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.3.2001 über die freiwillige Beteiligung von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung (EMAS), ABl. 2001 L 114 / 1.

¹¹⁶ Interpretierende Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Ver-

der Gleichbehandlung und der Transparenz auf dem Gebiet der öffentlichen Aufträge sicherstellen sollen, und zwar auch dann, wenn die Nichtbeachtung dieser Vorschriften zum Ausschluss vom Vergabeverfahren führt.¹²⁰ Allerdings müssen die in solchen Vorschriften statuierten Anforderungen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen.¹²¹ Beispiele – die vom EuGH aber in concreto als unverhältnismäßig und damit gemeinschaftsrechtswidrig beurteilt wurden – sind Unvereinbarkeitsregelungen, nach denen Gesellschafter oder Führungskräfte eines Medienunternehmens nicht gleichzeitig Gesellschafter oder Führungskraft eines öffentlichen Aufträge ausführenden Unternehmens sein können¹²² oder durch Abhängigkeitsverhältnisse miteinander verbundene Unternehmen nicht getrennt an demselben Vergabeverfahren teilnehmen können.¹²³

Geht man davon aus, dass diese Grundsätze auch unter Geltung der VKR Anwendung finden,¹²⁴ so erbringen sie doch nichts für eine Zulässigkeit der Implementierung der IAO-Kernarbeitsnormen. Denn eine solche Implementierung ist nicht den Grundsätzen der Bietergleichheit und der Transparenz bei der Vergabe, sondern der Beachtung materieller sozialer Standards verpflichtet.

b) Zuschlagskriterien

Als Zuschlagskriterien kennt Art. 53 Abs. 1 alternativ das wirtschaftlich günstigste Angebot oder das Kriterium des niedrigsten Preises. Soll der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgen, so müssen die einzelnen Zuschlagskriterien

und ihre Gewichtung in der Bekanntmachung oder den Verdingungsunterlagen in der Beschreibung angegeben sein (Art. 53 Abs. 2 VKR). Zulässig sind nur solche Kriterien, die mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen, wobei zu den beispielhaft aufgezählten Kriterien neben Qualität, Preis, technischem Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technischer Hilfe, Lieferzeitpunkt sowie Lieferungs- und Ausführungsfrist nunmehr ausdrücklich auch die Umwelteigenschaften gehören. Dabei bleibt dem öffentlichen Auftraggeber die Auswahl der Kriterien überlassen, auf die er für die Erteilung des Zuschlags abzustellen beabsichtigt.¹²⁵

Der EuGH prüft die materielle Zulässigkeit eines Zuschlagskriteriums zweischrittig:

1. Auf der ersten Stufe kann der Auftraggeber alle – auch nicht-wirtschaftlichen – Faktoren heranziehen, die „sich auf den Wert eines Angebots für diesen Auftraggeber auswirken können“¹²⁶. Durch die Formulierung „für diesen Auftraggeber“ wird also ein Auftraggeberbezug hergestellt, der es ausschließt, ausschließlich bei anderen Personen oder Stellen eintretende Effekte einzubeziehen. Eine allgemeine Wohlfahrtspolitik mittels des Vergaberechts ist bereits auf dieser Stufe ausgeschlossen. Der Auftraggeber kann also beispielsweise keine dem Gesundheitsschutz der Bevölkerung dienenden Kriterien einbeziehen, wenn er nach der innerstaatlichen Kompetenzverteilung für diesen Gesundheitsschutz nicht zuständig ist und insoweit auch keine Kostenlast trägt.
2. In der Diskussion übersehen wird zuweilen, dass die Prüfung nicht auf der ersten Stufe stehen bleibt, sondern anschließend der Zusammenhang des Kriteriums mit dem Auftragsgegenstand zu prüfen ist. Diesen Zusammenhang nicht aufweisende Kriterien scheiden als zulässige Zuschlagskriterien aus. Dies gilt bei-

¹²⁰ EuGH VergabeR 2009, S. 146 Rdnr. 43 f.; ebenso Urt. v. 19.5.2009, Rs. C-538/07, Rdnr. 20 f.; Urt. v. 15. 7. 2010, Rs. C-74/09, Rdnr. 43.

¹²¹ EuGH VergabeR 2009, S. 146 Rdnr. 48.

¹²² EuGH VergabeR 2009, S. 146 Rdnr. 59 ff.

¹²³ EuGH, Urt. v. 19.5.2009, Rs. C-538/07, Rdnr.

¹²⁴ Vgl. *Hans-Joachim Prieß / Pascal Friton*, Ausschluss bleibt Ausnahme, NZBau 2009, S. 300 (302).

¹²⁵ EuGH Slg. 1988, S. 4635 Rdnr. 19; 2003, S. I-6351 Rdnr. 63 f.

¹²⁶ EuGH Slg. 2002, S. I-7213 Rdnr. 55.

spielsweise für allgemeine sozial- und umweltpolitische Erwägungen.

Im vorliegenden Zusammenhang sind auch die Regelungen über technische Spezifikationen zu beachten, die die Merkmale der zu erbringenden Leistung und damit ein zuschlagsrelevantes Kriterium betreffen. Hier ist ausdrücklich vorgesehen, dass die in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen gefassten technischen Spezifikationen auch Umwelteigenschaften umfassen können (Art. 23 Abs. 3 lit. b). Da dem Auftraggeber dabei aufgegeben wird, die Anforderungen so genau zu fassen, dass „sie den Bietern ein klares Bild vom *Auftragsgegenstand* vermitteln“, wird man davon ausgehen müssen, dass die hier erfassten Umwelteigenschaften solche des zu erbringenden Leistungsgegenstandes selbst sein müssen. Dies macht auch Art. 23 Abs. 6 deutlich, der auf die Spezifikationen in Umweltgütezeichen verweist, wenn sich diese zur Definition der Merkmale der Waren oder Dienstleistungen eignen, die Gegenstand des Auftrags sind.

Nicht anders verhält es sich hinsichtlich der technischen Spezifikationen nach Art. 23 Abs. 3 lit. a, die in Anhang VI definiert sind. Ziff. 1 lit. a und b des Anhangs VI nennt als technische Spezifikationen ausdrücklich auch die „Produktionsprozesse und -methoden“. Wie Erwägungsgrund 29 der VKR klarstellt, zählen hierzu auch bestimmte Produktionsmethoden mit Blick auf die Umweltauswirkungen.

Dies liegt in der Logik des „Wienstrom“-Urteils des EuGH¹²⁷: Dieses Urteil betraf ein österreichisches Vergabeverfahren, mit welchem die Republik Österreich die Lieferung von Elektrizität ausgeschrieben hatte. Zuschlagskriterium zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots sollte u. a. die Umweltgerechtigkeit der Leistungen dergestalt sein, dass der Energielieferant im Rahmen der technischen Möglichkeiten elektrische Energie aus erneuerbaren Energieträgern liefern sollte. Angebote, die keinen Nachweis dafür enthielten, dass der

Bieter eine bestimmte Menge Strom aus erneuerbaren Energieträgern erzeugt oder zugekauft hat bzw. erzeugen oder zukaufen wird, sollten ausgeschlossen werden. Der EuGH hielt das Kriterium, Strom aus erneuerbaren Energien zu liefern, auf der ersten Stufe für ein mögliches Zuschlagskriterium.¹²⁸ Die Zulässigkeit des Zuschlagskriteriums scheiterte dann auf der zweiten Prüfungsstufe, der Prüfung des Zusammenhangs mit dem Gegenstand des Auftrags. Denn das Zuschlagskriterium bezog sich nicht auf die Lieferung der Menge Strom des im Rahmen des ausgeschriebenen Auftrags zu erwartenden jährlichen Verbrauchs, sondern auf die Mengen, die die Bieter anderen Abnehmern als dem Auftraggeber geliefert haben oder zu liefern beabsichtigen.¹²⁹ Nicht spezifisch auf den Auftragsgegenstand bezogene Merkmale oder Verhaltensweisen des Bieters, etwa eine umweltfreundliche Bauweise des Produktionsstandorts oder die Erreichung einer bestimmten Produktionsquote als umweltfreundlich eingeschätzter Güter, sind mithin nicht als Zuschlagskriterien berücksichtigungsfähig.

Hieraus ergeben sich gleichzeitig die Grenzen der Einordnung produktionsbezogener Umwelanforderungen als technische Spezifikationen. Denn technische Spezifikationen sind laut Anhang VI Ziff. 1 der VKR nur solche Anforderungen und Vorschriften von Merkmalen, die an ein Erzeugnis, eine Leistung, ein Erzeugnis oder ein Material selbst gestellt werden. Gegenstand einer technischen Spezifikation kann also nur der Produktionsprozess bzw. die Produktionsmethode des Auftragsgegenstandes sein. Allgemeine umweltbezogene Erwägungen wie die Vorgabe einer bestimmten Produktionsquote umweltverträglich hergestellter Produkte können auf diese Weise nicht in das Vergabeverfahren eingeführt werden.¹³⁰

¹²⁷ EuGH Slg. 2003, S. I-14527 - Wienstrom.

¹²⁸ EuGH Slg. 2003, S. I-14527 Rdnr. 32 ff.

¹²⁹ EuGH Slg. 2003, S. I-14527 Rdnr. 66 ff.

¹³⁰ A.M. *Christoph Leifer / Sven Mißling*, Die Berücksichtigung von Umweltschutzkriterien im bestehenden und zukünftigen Vergaberecht am Beispiel des europäischen Umweltmanagementsystems EMAS, ZUR 2004, S. 266 (267).

Aus dem Wortlaut der Vergabekoordinierungsrichtlinie geht nicht hervor, ob unter Produktionsprozess bzw. -methode und damit unter die Zuschlagskriterien neben umweltbezogenen auch sozialpolitisch intendierte Anforderungen gefasst werden können. Teilweise wird angenommen, dass dies dann zu bejahen sei, wenn etwa Langzeitarbeitslose, Behinderte oder Frauen in Führungspositionen bei der Auftragsausführung¹³¹ oder sogar sonst im Betrieb des Bieters¹³² eingesetzt werden sollen¹³³. Allerdings dürfte dem die Systematik der VKR widersprechen.¹³⁴ Soziale Aspekte werden ausschließlich im Zusammenhang der zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung (Art. 26) erwähnt. Die Begründungserwägung 33 nennt hier ausdrücklich die Einstellung von Langzeitarbeitslosen, die Durchführung von Ausbildungsmaßnahmen für Arbeitnehmer und Jugendliche, die Einstellung von behinderten Personen und die Einhaltung der Bestimmungen der grundlegenden Übereinkommen der IAO für den Fall, dass diese nicht in innerstaatliches Recht umgesetzt worden sind. Zur sozialen Dimension der Zuschlagskriterien verhält sich Begründungserwägung 46: Dabei geht es aber nur um die „Erfüllung sozialer Anforderungen“ in dem Sinne, dass diese Kriterien sich an den Bedürfnissen benachteiligter Bevölkerungsgruppen hinsichtlich der

Nutzung der Bauleistung, Lieferung oder Dienstleistung orientieren sollen. Ein Beispiel ist die in Art. 23 Abs. 1 S. 2 genannte Festlegung der technischen Spezifikationen in einer Weise, dass den Zugangskriterien für Behinderte Rechnung getragen wird. Diese Unterscheidung spricht dafür, soziale Kriterien, die sich nicht auf die Nutzung der erbrachten Leistung oder Lieferung beziehen, als zusätzliche Bedingungen für die Auftragsausführung zu verorten. Gesichtspunkte, die sich auf die Beschäftigungsbedingungen im Unternehmen des Bieters oder gar seines Lieferanten beziehen, können nicht als technische Spezifikationen¹³⁵ und nicht als Zuschlagskriterien¹³⁶ berücksichtigt werden.

¹³¹ *Marc Opitz*, Das Legislativpaket: Die neuen Regelungen zur Berücksichtigung umwelt- und sozialpolitischer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, *VergabeR* 2004, S. 421 (429).

¹³² *Kristian Fischer*, Vergabefremde Zwecke im öffentlichen Auftragswesen: Zulässigkeit nach Europäischem Gemeinschaftsrecht, *EuZW* 2004, S. 492 (494).

¹³³ Allgemein bejahend für „Anforderungen an die Arbeitsbedingungen in der Produktionskette der auftragsgegenständlichen Ware“ *Johannes Mosters*, *Ethische Beschaffung*, 2010, S. 415 f.; ebenso für „social aspects of sustainable forest management“ *Client Earth*, *Legal Analysis: The Place of „Social Criteria“ in Public Procurement Policies for Legal and Sustainable Timber*, Briefing June 2010, S. 16 f.

¹³⁴ So im Ergebnis wohl auch Entscheidung des Groningen District Court vom 23.11.2007 – 97093 / KG ZA 07-320 –, Nr. 4.4.

¹³⁵ So jetzt auch Europäische Kommission, Sozialorientierte Beschaffung. Ein Leitfaden für die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Beschaffungswesen, 2011, S. 29, 32; *Ipek Ölcüm*, Die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Auftragswesen, 2009, S. 234.

¹³⁶ So schon für die früheren Vergaberichtlinien die Interpretierende Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 15. 10. 2001, *ABl.* C 333/27 v. 28. 11. 2001, Nr. 1.4.1, für die VKR Europäische Kommission, Sozialorientierte Beschaffung. Ein Leitfaden für die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Beschaffungswesen, 2011, S. 44; *Marc Bungenberg*, *Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme*, 2007, S. 304; *Dorothea Hegele*, *Soziale Kriterien bei der Vergabe öffentlicher Aufträge – Arbeitshilfe für öffentliche Auftraggeber und sozialwirtschaftliche Unternehmen*, 2005, S. 18; *Jochen Mohr*, *Ein soziales Vergaberecht?*, *VergabeR* 2009, S. 543 (548); *Rainer Noch*, *Rechtliche Prüfung der Umsetzung sozialer Vergabekriterien, Stellungnahme für das Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung* vom 19. 7. 2006, S. 26; *Ipek Ölcüm*, *Die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Auftragswesen*, 2009, S. 238; *Zsofia Varoga*, *Berücksichtigung sozialpolitischer Anforderungen nach dem neuen § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB – europarechtskonform?*, *VergabeR* 2009, S. 535 (540 f.). Zur Unzulässigkeit auf den Bieter bezogener Kriterien als Zuschlagskriterien

Diesem Ergebnis lässt sich nicht die Entscheidung des Groningen District Court vom 23.11.2007 entgegenhalten. In dieser Entscheidung hat das Gericht die Auffassung vertreten, soziale und ökologische Standards des Herstellungsprozesses des zu beschaffenden Gegenstands ließen sich als „additional requirements“ berücksichtigen, und zur Begründung darauf hingewiesen, dass der Kanon der Zuschlagskriterien in Art. 53 Abs. 1 VKR nicht abschließend sei und sich aus dem EU-Recht die Befugnis des Auftraggebers ergebe, in das Vergabeverfahren Gesichtspunkte der Nachhaltigkeit einzubringen sowie ökologische und soziale Standards positiv zu beeinflussen.¹³⁷ Wenngleich aus der Entscheidung nicht ganz klar wird, ob die Bezugnahme auf Art. 53 Abs. 1 VKR diese Kriterien als Zuschlagskriterien verorten will oder nur als Hinweis auf die Offenheit der von öffentlichen Auftraggebern zu definierenden Anforderungen zu verstehen ist, widerspricht die Entscheidung in jeder möglichen Interpretation dem geltenden Unionsrecht: Sollte die Entscheidung einerseits dahingehend zu verstehen sein, dass der Kreis der Zuschlagskriterien nicht in dem Sinne abschließend ist, dass damit weitergehende „additional requirements“ ausgeschlossen werden, so wäre das als Rückgriff auf die frühere Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Zulässigkeit der „besonderen zusätzlichen Kriterien“ zu verstehen (dazu oben IV.1.a.aa). Dieser Rechtsprechung jedoch ist wie dargestellt durch die Neufassung der Vergaberichtlinien

auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.1.2009 – VII-Verg 59/08 –. Daraus, dass „die Vergabe öffentlicher Aufträge vielfach im politischen Raum angesiedelt ist“, ergibt sich nichts anderes; a. M. *Walter Frenz*, Soziale Vergabekriterien, NZBau 2007, S. 17 (20). Ob der dargestellte Ausschluss der Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte als Zuschlagskriterien die Regelungskompetenz der EU überschreitet, wie *Client Earth*, Legal Analysis: The Place of „Social Criteria“ in Public Procurement Policies for Legal and Sustainable Timber, Briefing June 2010, S. 16 f. annimmt, mag hier dahinstehen.

¹³⁷ Entscheidung des Groningen District Court vom 23.11.2007 – 97093 / KG ZA 07-320 –, Nr. 4.4.

der Boden entzogen worden. Müsste die Entscheidung des Groningen District Court andererseits in der Weise interpretiert werden, dass soziale und ökologische Standards des Herstellungsprozesses als Zuschlagskriterien berücksichtigt werden können, so trifft dies jedenfalls für die sozialen Standards mangels Auftragsbezugs nicht zu. Die ohne jede Begründung vorgetragene Behauptung, diese Kriterien seien „sufficiently related to the object of the assignment“¹³⁸, entbehrt jeder Grundlage.

c) Zusätzliche Bedingungen für die Auftragsausführung

Eine bemerkenswerte Korrektur der Rechtsprechung des EuGH findet sich in Art. 26 VKR, der der Sache nach die in der bisherigen Judikatur so bezeichneten besonderen zusätzlichen Kriterien aufgenommen hat. Nach dieser Vorschrift können die öffentlichen Auftraggeber zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags vorschreiben, sofern diese mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind und in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen angegeben werden.

Bemerkenswert ist die Fassung dieser Vorschrift aus zwei Gründen. Zum einen hatte der EuGH die von der Kommission¹³⁹ und dem Generalanwalt *Alber* in seinen Schlussanträgen in der Sache Nord-Pas-De-Calais¹⁴⁰ vorgenommene Deutung der besonderen zusätzlichen Kriterien als Ausführungskriterien in seinem Urteil in der genannten Rechtssache deutlich zurückgewiesen.¹⁴¹

¹³⁸ Entscheidung des Groningen District Court vom 23.11.2007 – 97093 / KG ZA 07-320 –, Nr. 4.4.

¹³⁹ Mitteilung KOM (89) 400 endg. der Kommission „Öffentliches Auftragswesen – Regionale und Soziale Aspekte“ vom 22.9.1989, ABL 1989 C 311 / 7, Tz. 46 ff.

¹⁴⁰ Schlussanträge des GA *Alber* vom 14.3.2000 in der Rs. C-225 / 98, Slg. 2000, S. I-7449 Rdnr. 43 ff.

¹⁴¹ Im einzelnen *Jan Ziekow*, Vergabefremde Zwecke und Europarecht, NZBau 2001, S. 72 (76).

Art. 26 VKR korrigiert diese Rechtsprechung durch die Verknüpfung der zusätzlichen Bedingungen mit der Ausführung des Auftrags und schafft die neben Eignungs- und Zuschlagskriterien dritte Kategorie der zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung. Mitnichten handelt es sich also bei diesen zusätzlichen Bedingungen um Zuschlagskriterien.¹⁴²

Zum anderen – und das ist das Entscheidende – hat die durch die Herstellung dieser Verknüpfung vorgenommene Einordnung massive Folgen für die Zulässigkeit der zusätzlichen Bedingungen. Wie bereits der Ausschuss der Regionen in seiner Stellungnahme vom 13.12.2000 zu den Kommissionsvorschlägen erkannte (und kritisierte), führt die Forderung, dass sich die zusätzlichen Bedingungen auf die Ausführung des Auftrags beziehen müssen, zu einer deutlichen Restriktion gegenüber der durch die Rechtsprechung des EuGH aufgebauten Position,¹⁴³ die eine solche Forderung nicht kannte. Wie in den späteren Beratungen hervorgehoben wurde, ist diese Entscheidung bewusst getroffen worden, um „nicht mit dem Vertragsgegenstand verbundene Vergabeaspekte ... auszuschließen“¹⁴⁴.

Es kann nicht übersehen werden, dass diese Lösung systematisch konsequent ist und alle im Rahmen der Vergabe eine Rolle spielenden Kriterien gleich behandelt: Für Eignungs- und Zuschlagskriterien sowie zusätzliche Bedingungen ist nun gleichermaßen ein Bezug zum Auftragsgegenstand notwendig. Dies hat zur Folge, dass betriebsbezogene Anforderungen umwelt- und sozialpolitischer Art grundsätzlich im Vergabeverfahren keine Berücksichtigung mehr finden können, es sei denn, sie wirken sich gerade bei der Ausführung des betreffen-

den Auftrags aus. Insoweit besteht auch ein Gleichklang zu den Voraussetzungen, unter denen das Eignungskriterium der Angabe von Umweltmanagementmaßnahmen nach Art. 48 Abs. 2 lit. f eingeführt werden darf (oben IV.1.a).

Abweichend hiervon ist in der Literatur behauptet worden, dass die in der Vergabekoordinierungsrichtlinie entwickelte Dreiteilung von Eignungskriterien, Zuschlagskriterien und zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung nicht abschließend sei. Es sei nicht erkennbar, dass die nach den früheren Vergaberichtlinien unter den vom Europäischen Gerichtshof entwickelten Voraussetzungen zulässige Kategorie der besonderen zusätzlichen Bedingungen beseitigt werden sollte.¹⁴⁵ Denn nach der Rechtsprechung des EuGH wurden Kriterien, die weder eignungs- noch zuschlagsbezogen sind, von der Koordinierungswirkung der früheren Vergaberichtlinien überhaupt nicht erfasst.¹⁴⁶ Ein besonderes zusätzliches Kriterium, das nicht der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots diene, war daher am Maßstab der früheren Vergaberichtlinien nicht unzulässig.¹⁴⁷ Dem wird man kaum folgen können.¹⁴⁸ Die dargestellten Regelungen der Vergabekoordinierungsrichtlinie zur Zulässigkeit der Berücksichtigung von sozialen oder umweltbezogenen Kriterien bei der Vergabe verfolgen gerade das Ziel der Privilegierung speziell dieser Kriterien. Während ihre Einbeziehung unter den in der Richtlinie genannten Voraussetzungen zulässig sein soll, sollen andere Kriterien nicht mehr berücksichtigt werden können. Würde der öffentliche Auftraggeber noch zusätzlich wie nach den früheren Vergaberichtlinien besondere zusätzliche Bedingungen in das Vergabeverfahren einfüh-

¹⁴² So aber *Oliver Mader*, Das neue EG-Vergaberecht, EuZW 2004, S. 425 (428).

¹⁴³ Stellungnahme des Ausschusses der Regionen, ABl. 2001 C 144 / 23 sub 2.7.1.

¹⁴⁴ Empfehlung des Ausschusses für Recht und Binnenmarkt für die zweite Lesung des Europäischen Parlaments vom 19.6.2003 (A5-0242 / 2003) S. 33.

¹⁴⁵ *Alexandra Losch*, Das „harmonisierte“ EG-Vergaberecht im Spannungsfeld zwischen Umweltschutz und Binnenmarkt, 2005, S. 141 ff.

¹⁴⁶ *Jan Ziekow*, Vergabefremde Zwecke und Europarecht, NZBau 2001, S. 72 (75 f.).

¹⁴⁷ EuGH Slg. 2000, S. I-7445 Rdnr. 50 f.

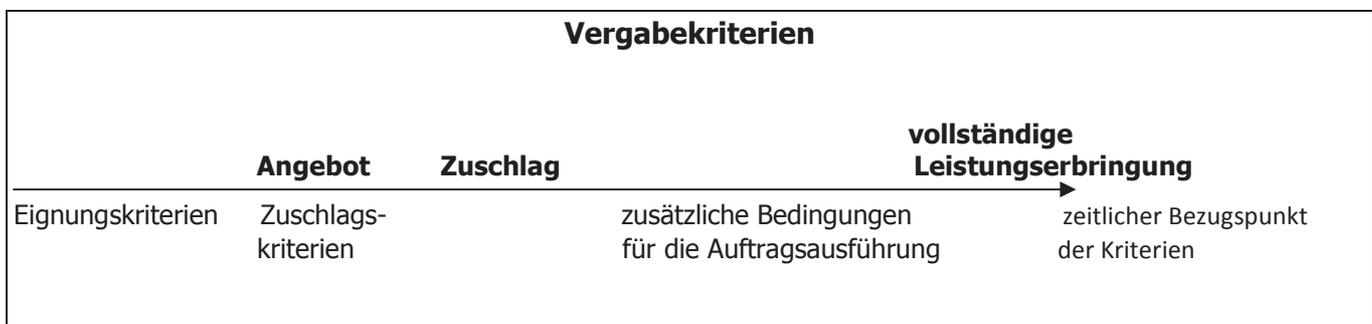
¹⁴⁸ Im Ergebnis ebenso *Johannes Mosters*, Ethische Beschaffung, 2010, S. 450.

ren können, so würde die beabsichtigte Privilegierung der sozialen und umweltbezogenen Kriterien nachgerade konterkariert. Denn im Vergleich zu den vom Europäischen Gerichtshof für die früheren besonderen zusätzlichen Bedingungen benannten Zulässigkeitsanforderungen ist die Vergabekoordinierungsrichtlinie hinsichtlich der Berücksichtigungsfähigkeit sozialer und umweltbezogener Belange strikter. Bestenfalls wären die detaillierten Regelungen der Vergabekoordinierungsrichtlinie zu den sozialen und umweltschutzbezogenen Kriterien überflüssig, würden die früheren besonderen zusätzlichen Bedingungen als überwölbende Kategorie fortgeführt.

Der Endpunkt der letzten Phase wird durch die vollständige Erbringung der Leistung bezeichnet. Über diesen Zeitpunkt hinausgreifende Anforderungen können nicht auf Art. 26 gestützt werden.¹⁵⁰

d) Folgerungen für die Berücksichtigung der IAO-Kernarbeitsnormen

Fasst man die Möglichkeiten für die Berücksichtigung sozialer Kriterien bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nach der Vergabekoordinierungsrichtlinie zusammen, so ergibt sich folgendes: Für die drei Kriterienkategorien hat die Richtlinie eine weitgehende Ver-



Worin bestehen nun die Unterschiede zwischen Eignungskriterien, Zuschlagskriterien und zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung? Wie hat die Zuordnung zu erfolgen? Schlagwortartig zusammengefasst beziehen sich die Eignungskriterien auf die Person, das bisherige Verhalten und den bisherigen Betrieb des *Bieters*, die Zuschlagskriterien auf die Wertung der Angebote untereinander hinsichtlich der für den *Auftragsgegenstand* festgelegten Anforderungen und die zusätzlichen Bedingungen auf die *Ausführung* der durch den Auftragsgegenstand bezeichneten Leistung¹⁴⁹. Auch wenn dies in der unübersichtlichen Fassung der Vergabekoordinierungsrichtlinie nicht zum Ausdruck kommt, steht dahinter das Konzept eines Phasenmodells: Verhalten des Bieters *vor* dem Angebot – Entwicklung der Leistungsperspektive *im* Angebot – Erbringung der Leistung *nach* dem Zuschlag.

einheitlichung der Zulässigkeitsvoraussetzungen gebracht. Unabhängig davon, ob es sich um Eignungskriterien, Zuschlagskriterien oder zusätzliche Bedingungen für die Auftragsausführung handelt, müssen die Kriterien

1. exklusiv einer der drei Kategorien zugeordnet werden, die getrennt voneinander geprüft werden. Die Zuordnung erfolgt nach dem oben dargestellten Phasenmodell. Diese Exklusivität der Zuordnung ist vom EuGH mehrfach betont worden.¹⁵¹ Ist das Kriterium in der gewählten Kategorie unzulässig, so wird es nicht dadurch zulässig, dass es in einer anderen Kategorie im Einklang mit dem Unions-

¹⁴⁹ Für die letztere Zuordnung ausdrücklich Erwägungsgrund 33 der VKR.

¹⁵⁰ *Marc Opitz*, Das Legislativpaket: Die neuen Regelungen zur Berücksichtigung umwelt- und sozialpolitischer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, VergabeR 2004, S. 421 (425).

¹⁵¹ Zu dieser Exklusivität auch *Franz Josef Hölzl / Pascal Friton*, Entweder – Oder: Eignungs- sind keine Zuschlagskriterien, NZBau 2008, S. 307 ff.

recht stehen würde. Deshalb ist auch ein Erst-recht-Schluss dergestalt, dass ein als Ausführungsbedingung zulässiges Kriterium erst recht als Zuschlagskriterium zulässig sein müsse¹⁵², EU-rechtlich unhaltbar.

2. in einem Zusammenhang mit dem Auftrag stehen. Dieser Zusammenhang muss sich für Eignungs- und Zuschlagskriterien auf den Auftragsgegenstand, für die zusätzlichen Bedingungen auf die Auftragsausführung beziehen. Hinsichtlich des erforderlichen Zusammenhangs mit dem Auftragsgegenstand kann auf die vorliegende Rechtsprechung des EuGH, insbesondere in den Sachen „Concordia Bus“ und „Wienstrom“, zurückgegriffen werden. Gesichtspunkte, die sich allgemein auf die Organisations- oder Beschäftigungsbedingungen im Unternehmen des Bieters oder gar seines Lieferanten beziehen, können nicht bei der Vergabe berücksichtigt werden.¹⁵³
3. in der Bekanntmachung oder in den Vergabungsunterlagen angegeben werden; hinsichtlich der Zuschlagskriterien muss darüber hinaus die Gewichtung angegeben werden.
4. mit dem Unionsrecht, insbesondere dem Gleichbehandlungsgrundsatz vereinbar sein. Dies gilt für alle in ein Vergabeverfahren eingeführten Kriterien.

Soll die Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen in ein Vergabeverfahren eingefügt werden, so bedarf es also zunächst der Wahl einer Kriterienkategorie, deren Anforderungen die Inbezugnahme der IAO-Kernarbeitsnormen genügen muss.

¹⁵² So Christian Buchmüller / Jörn Schnutenhaus, Rechtliches Gutachten zum Entwurf der Musterausschreibung von Desktop-PCs, einschließlich Servicevertrag, unter Berücksichtigung sozialer und ökologischer Kriterien, 12.11.2008, S. 22.

¹⁵³ Martin Krämer, Mehr Verantwortung bei der Beschaffung – Aufnahme sozialer Kriterien bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, Stadt und Gemeinde 4/2009, S. 116 (118).

aa) Leistungsbeschreibung

Bei der Berücksichtigung sozialer Kriterien in der Leistungsbeschreibung wird es in der Regel darum gehen, dass die Leistung inhaltlich den Bedürfnissen bestimmter sozialer Gruppen gerecht wird. Beispiel ist die in Art. 23 Abs. 1 VKR ausdrücklich genannte behindertengerechte Ausgestaltung der Leistung. Diese nutzerbezogenen Elemente sind in der Leistungsbeschreibung eindeutig berücksichtigungsfähig. Andere soziale Ziele, insbesondere die allgemeinen Arbeitsbedingungen in dem mit der Leistungserbringung beauftragten Unternehmen¹⁵⁴, lassen sich nicht über die Leistungsbeschreibung in das Vergabeverfahren einführen.¹⁵⁵

bb) Eignungsprüfung

Zurückhaltung dürfte bei der Einführung als Eignungskriterium zu üben sein. In Art. 47 VKR nicht genannte Nachweise dürfen nur zum Beleg der Leistungsfähigkeit verlangt werden. Auch im Übrigen ist ein Bezug der Eignungskriterien auf den Auftragsgegenstand erforderlich (oben IV.1.a). Führt die Weigerung des Bieters, eine Erklärung abzugeben, dass weder er, seine Subunternehmer noch seine Zulieferfirmen gegen die IAO-Kernarbeitsnormen verstoßen, zum Ausschluss vom weiteren Vergabeverfahren, so handelt es sich um ein bieterbezogenes Kriterium auf der Stufe der Eignungsprüfung. Auf dieser Stufe dürfte eine solche Erklärung mangels Auftragsbezugs unzulässig sein. Dies macht der Vergleich mit den Voraussetzungen, unter denen die Angabe einer Umweltmanagementmaßnahme als Bestandteil des Nachweises der *technischen* Leistungsfähigkeit verlangt werden kann,

¹⁵⁴ So nunmehr auch unmissverständlich Europäische Kommission, Sozialorientierte Beschaffung. Ein Leitfaden für die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Beschaffungswesen, 2011, S. 23.

¹⁵⁵ Alexander Egger, Europäisches Vergaberecht, 2008, Rdnr. 1080; Jakob Steiff, Vergabefremde Aspekte – eine Zwischenbilanz, VergabeR 2009, S. 290 (294).

deutlich: Nach Art. 48 Abs. 2 lit. f VKR ist ein solcher Nachweis nur bei öffentlichen Bau- oder Dienstleistungsaufträgen möglich. Lieferaufträge fallen von vornherein nicht unter diese Bestimmung. Denn der notwendige Auftragsbezug besteht nur dann, wenn die betreffende Umweltmanagementmaßnahme gerade „bei der Ausführung des Auftrags“ angewendet werden soll (dazu oben IV.1.a). Strukturell ist das Verlangen, die Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen durch die Beibringung von Zertifizierungen, anderen Nachweisen oder die Einleitung aktiver Maßnahmen zu belegen, der Angabe einer Umweltmanagementmaßnahme durchaus vergleichbar. Doch dient ein solches Verlangen zum einen weder dem Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen noch der technischen oder beruflichen Leistungsfähigkeit des Bieters, sondern einem aliud, seiner sozialen Verantwortung. Zum anderen ist die Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte bei der Auftragsausführung Regelungsgegenstand des Art. 26 VKR (oben IV.1.c), so dass kein Bedürfnis für eine erweiterte Anwendung berücksichtigungsfähiger Eignungskriterien besteht.¹⁵⁶

Möglich ist allenfalls ein Rekurs auf die ab Erreichen und unterhalb der Schwellenwerte gleichermaßen bestehende Möglichkeit des Ausschlusses eines Bieters von der Teilnahme am Vergabeverfahren, weil er im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen hat, die vom öffentlichen Auftraggeber nachweislich festgestellt wurde¹⁵⁷. Wie die Kommission zutreffend feststellt, ist der Begriff der schweren beruflichen Verfehlung bisher weder durch die europäische Gesetzgebung noch durch die Rechtsprechung definiert worden.¹⁵⁸ Für erforderlich halten müssen wird

¹⁵⁶ Vgl. auch 1. VergK Bund, Beschl. v. 16.12.2008 – VK 1 – 162/08 –, zur Einordnung von Tariftreueerklärungen als Ausführungsbedingungen.

¹⁵⁷ Art. 45 Abs. 2 S. 1 lit. d VKR; § 16 Abs. 1 Nr. 2 lit. c VOB/A 2009; § 7 Nr. 5 lit. c VOL/A.

¹⁵⁸ Interpretierende Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 15. 10. 2001, ABl. C 333/27 v. 28. 11. 2001, Nr. 1.3.1.

man, dass die Verfehlung 1. schuldhaft begangen worden ist und erhebliche Auswirkungen hat, 2. die persönliche Zuverlässigkeit als Bewerber in Frage stellt und 3. dazu führt, dass dem Auftraggeber angesichts des Verhaltens des Bewerbers nicht zugemutet werden kann, mit diesem in vertragliche Beziehungen zu treten.¹⁵⁹ Hierunter fallen auch Verstöße gegen sozial- und arbeitsschutzrechtliche Bestimmungen.¹⁶⁰ Es spricht nichts dagegen, hierunter auch Verstöße gegen die – menschenrechtlich unterlegten (oben III.1.a.aa) – IAO-Kernarbeitsnormen zu fassen, wenn es sich um einen Verstoß des Bieters selbst handelt, der Einsatz von Kinderarbeit also im eigenen Verantwortungsbereich eines Unternehmens erfolgt¹⁶¹.

Zu beachten ist allerdings, dass der Ausschluss vom Vergabeverfahren den Nachweis der schweren Verfehlung durch den Auftraggeber erfordert. Hierfür sind konkrete Anhaltspunkte erforderlich; die bloße Mutmaßung, die Beschaffung bewege sich in einem hinsichtlich des Verstoßes gegen IAO-Kernarbeitsnormen sensiblen Bereich, genügt nicht.¹⁶² Jedenfalls für Verfahren oberhalb der Schwellenwerte kann diese Darlegungs- und Beweislast des Auftraggebers nicht dadurch auf den Teilnehmer ver-

sichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 15. 10. 2001, ABl. C 333/27 v. 28. 11. 2001, Nr. 1.3.1.

¹⁵⁹ *Hans-Joachim Prieß/Friedrich Ludwig Hausmann*, in: Motzke / Pietzcker / Prieß, VOB/A, 2001, Abschn. 1 § 8 Rdnr. 100 ff.

¹⁶⁰ Vgl. VÜA Brandenburg ZVgR 1998, 485; Interpretierende Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 15. 10. 2001, ABl. C 333/27 v. 28. 11. 2001, Nr. 1.3.1.

¹⁶¹ *Marc Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, 2007, S. 301.

¹⁶² *Ingeborg Diemon-Wies*, Soziale und ökologische Kriterien in der Vergabepaxis, VergabeR 2010, S. 317 (319 f.); Zu den Anforderungen im einzelnen *Hans-Joachim Prieß/Friedrich Ludwig Hausmann*, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, 2001, Abschn. 1 § 8 Rdnr. 104.

lagert werden, dass von ihm die Vorlage von Nachweisen oder Erklärungen über das Nichtvorliegen des Ausschlussgrundes verlangt werden. Die Vergabekoordinierungsrichtlinie nimmt den Ausschlussgrund der schweren Verfehlung von der Nachweispflicht des Teilnehmers gerade aus (vgl. Art. 45 Abs. 3 VKR).

cc) Zuschlagskriterium

Statt als Eignungskriterium ließe sich die Berücksichtigung der IAO-Kernarbeitsnormen aber auch als zuschlagsbezogenes Kriterium fassen. Wird diese Konstruktion gewählt, so stellt das Unterlassen der Erbringung der Nachweise nicht die Eignung des Bieters in Frage, sondern führt zur Nichtberücksichtigung beim Zuschlag. Zuschlagsbezogene Kriterien sind entweder der niedrigste Preis oder Kriterien, die der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen (Art. 53 Abs. 1 VKR). Das deutsche Vergaberecht hat sich dafür entschieden, dass das wirtschaftlichste Angebot maßgebend sein soll (§ 97 Abs. 5 GWB). Damit bleibt dem öffentlichen Auftraggeber die Auswahl der Kriterien überlassen, auf die er für die Erteilung des Zuschlags abzustellen beabsichtigt¹⁶³, sofern diese Kriterien mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen (Art. 53 Abs. 1 lit. A VKR).

Dieser notwendige Bezug fehlt bei dem Erfordernis, die IAO-Kernarbeitsnormen zu berücksichtigen. Denn die Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen bei der Herstellung einer Ware oder der Erbringung einer Bau- oder Dienstleistung definiert keine Eigenschaft des Auftragsgegenstands, sondern der Umstände, unter denen er hergestellt oder geleistet wird. Solche produktionsbezogenen Umstände können als technische Spezifikationen nur dann berücksichtigt werden, wenn sie Merkmale des Auftrags-

gegenstandes beschreiben, zu denen auch die technischen und umweltbezogenen Produktionsprozesse und -methoden gehören. Die sozialen Bedingungen der Produktion zählen hingegen – anders als die soziale Nutzbarkeit des Auftragsgegenstandes – nicht zu den technischen Spezifikationen (siehe oben IV.1.b.). Unterstützt wird dieses Ergebnis durch Art. 23 Abs. 6 VKR, wonach der Nachweis der Anforderungen eines Umweltgütezeichens nur verlangt werden kann, wenn „sie sich zur Definition der Merkmale der Waren oder Dienstleistungen eignen, die Gegenstand des Auftrags sind“. Derartige Merkmale sind hingegen nicht Gegenstand der zum Nachweis einer Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen vorzulegenden unabhängigen Zertifizierungen (z. B. Transfair-Siegel oder GoodWeave-Zertifizierung).

dd) Ausführungsbedingung

Abgesehen von dem genannten Ausschlusskriterium der schweren beruflichen Verfehlung kann das Kriterium der Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen daher nur als zusätzliche Bedingung für die Auftragsausführung nach Art. 26 VKR gefasst werden.¹⁶⁴ Die Europäische Kommission hat nochmals ausdrücklich hervorgehoben, dass hier der klare Schwerpunkt der Implementierbarkeit sozialer Belange in das Vergabeverfahren liegt¹⁶⁵. Erwägungsgrund 33 der Vergabekoordinierungsrichtlinie nennt als solche Bedingung u. a., „die Bestimmungen der grundlegenden Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) für den Fall, dass diese nicht in innerstaatliches Recht umgesetzt worden sind, im Wesentlichen einzuhalten“. Unproblematisch zuläs-

¹⁶³ EuGH Slg. 1988, S. 4635 Rdnr. 19; NZBau 2002, S. 618 Rdnr. 59; NZBau 2004, S. 105 Rdnr. 39; *Hans-Peter Kulartz*, in: ders./Kus/Portz (Hrsg.), Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 2. Aufl. 2009, § 97 Rdnr. 125.

¹⁶⁴ Ebenso etwa *Deutscher Städtetag (Hrsg.)*, Die Berücksichtigung sozialer Belange im Vergaberecht, 2009, S. 16.

¹⁶⁵ Europäische Kommission, Sozialorientierte Beschaffung. Ein Leitfadens für die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Beschaffungswesen, 2011, S. 43 f. Völlige Fehleinschätzung dieser Position etwa bei *Johannes Mosters*, Ethische Beschaffung, 2010, S. 422 ff.

sig ist die genannte Bedingung bei Aufträgen über noch zu erbringende Bau- oder Dienstleistungen. Da der Wortlaut des Art. 26 VKR nicht auf diese Auftragsarten beschränkt ist, spricht nichts dagegen, die Vorschrift auch auf öffentliche Aufträge jedenfalls über die Beschaffung erst noch herzustellender Waren anzuwenden. Denn in diesem Fall ist der notwendige Auftragsbezug in Gestalt des Ausführungsbezugs ebenfalls gegeben. Dieser Auftragsbezug besteht (und erschöpft sich) darin, dass die Ausführungsbedingung gerade bei der konkret beauftragten Leistung zur Anwendung zu bringen ist, so dass auf das Unternehmen des Bieters oder eines Lieferanten allgemein bezogene Anforderungen nicht in der Form von Ausführungsbedingungen formuliert werden dürfen¹⁶⁶. Einen weitergehenden Gehalt dergestalt, dass die „Vergabestelle ... gute, sachliche Gründe“ für die Aufnahme der Ausführungsbedingung haben muss,¹⁶⁷ hat das Erfordernis des Auftragsbezugs nicht.

Richtigerweise hat die Europäische Kommission darauf hingewiesen, dass die sich auf die Beschäftigungsbedingungen beziehende Bedeutung von Soziallabels nicht im Bereich der technischen Spezifikationen, sondern bei den Ausführungsbedingungen liegt.¹⁶⁸ Nachgerade idealtypisch werden diese Anforderungen in den Kriterien des GoodWeave-Siegels abgebildet: Teppichexporteure und Importeure erhalten eine GoodWeave-Zertifizierung nur dann, wenn sie verbindlich u. a. erklären, keine Kinder unter 14 Jahren zu beschäftigen, soziale und ökologische Kriterien zu beachten und unange-

kündigte Kontrollen zu akzeptieren, bzw. - als Importeure - Teppiche nur von GoodWeave-lizenzierten Exporteuren beziehen. Da jedes GoodWeave-Siegel einen Code trägt, kann die Herkunft des Siegels zurück verfolgt und der komplette Herstellungsvorgang jedes Teppichs überwacht werden.¹⁶⁹ Ähnlich wirkt das Xertifix-System bezüglich des Natursteinabbaus bzw. -handels durch indische Akteure.¹⁷⁰ Wo die Zuerkennung von Siegeln nicht von vornherein am Herstellungsprozess des konkreten Produkts ansetzt, sondern entsprechende Standards unternehmensbezogen definiert sind¹⁷¹, muss dem Bieter die Erklärung abverlangt werden, dass die IAO-Kernarbeitsnormen auch gerade bei der Herstellung und dem Handel des konkreten Produkts beachtet werden.¹⁷²

Anderes gilt aber für Aufträge über die Lieferung bereits vorhandener Waren. In dieser Konstellation reduziert sich die Auftragsausführung allein auf die Warenlieferung. Zusätzliche Bedingungen für die Auftragsausführung können lediglich noch an das Unternehmen, das den Zuschlag erhalten hat, und seine eventuell noch tätig werdenen Zwischenlieferanten gestellt werden. Der Prozess der Produktion der Waren ist hingegen nicht mehr einbeziehbar.

¹⁶⁶ Jürgen Kühling / Florian Huerkamp, Vergaberechtsnovelle 2010/2011: Reformbedarf bei den vergabefremden Ausführungsbedingungen nach § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB?, VergabeR 2010, S. 545 (547).

¹⁶⁷ So Ingeborg Diemon-Wies, Soziale und ökologische Kriterien in der Vergabepaxis, VergabeR 2010, S. 317 (320 f.).

¹⁶⁸ Europäische Kommission, Sozialorientierte Beschaffung. Ein Leitfadens für die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Beschaffungswesen, 2011, S. 32.

¹⁶⁹ <http://www.goodweave.de/control/>.

¹⁷⁰ <http://www.xertifix.de/siegel/10schritte/>.

¹⁷¹ Vgl. etwa die Generic Fairtrade Standards for Hired Labour vom 15. 8. 2009, http://www.fairtrade.net/fileadmin/user_upload/content/2009/standards/documents/04-10_EN_Generic_Fairtrade_Standard_HL_Aug_2009_EN_amended_version_04-10.pdf, die jeweils durch produktspezifische Standards ergänzt werden; siehe als Beispiel die Fairtrade Standards for Sports Balls for Hired Labour vom 16. 2. 2009, http://www.fairtrade.net/fileadmin/user_upload/content/SportsBalls_HL_Feb09EN.pdf.

¹⁷² Zu weiteren Zertifizierungen und Siegeln und deren Bewertung hinsichtlich der Einhaltung des IAO-Übereinkommens 182 vgl. EarthLink (Hrsg.), Leitfadens für Untenehmen gegen ausbeuterische Kinderarbeit, 2009, S. 18 f.

Möglich dürfte aber eine mittelbare Einbeziehung des Produktionsprozesses dergestalt sein, dass dem Bieter, der seinerseits die zu liefernde Ware in Ausführung des Auftrags erst noch ankaufen muss, als Vertragsbedingung aufgegeben wird, von dem Hersteller oder Zwischenhändler wiederum die Vorlage einer unabhängigen Zertifizierung oder die Abgabe einer verbindlichen Erklärung, dass das Produkt unter Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen hergestellt bzw. gehandelt wurde etc., zu verlangen. Denn auch die Erfüllung dieser Vertragsbedingung erfolgt in Ausführung des Auftrags.

Diese Möglichkeit versagt allerdings, wenn der Bieter Ware aus seinen Lagerbeständen liefern möchte. In dieser Konstellation besteht die Ausführung des Auftrags allein noch in der Lieferung der Lagerware an den Auftraggeber. Auf frühere Schritte der Lieferkette zurückzugreifen, erlaubt Art. 26 VKR nicht. Es könnte daher auch nicht argumentiert werden, dass der Auftragnehmer die auf die Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen bezogene Erklärung in Ausführung des Auftrags abgebe, wenn diese Erklärung im Zuge der Warenlieferung an den Auftraggeber erfolge. Die Ausführung des Auftrags kann sich nicht auf zeitlich zurückliegende Phasen beziehen.

Gegen diese Differenzierung kann auch nicht eingewandt werden, der Gleichbehandlungsgrundsatz gebiete die Gleichbehandlung aller Bieter, so dass es einem auf die Einhaltung der IAO-Kernarbeitsnormen achtenden Bieter auch ermöglicht werden müsse, Waren aus seinen Lagerbeständen zu liefern.¹⁷³ Die Implementation der Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen in ein Vergabeverfahren stellt vielmehr umgekehrt eine rechtfertigungsbedürftige (und -fähige) Beschränkung der Grundfreiheiten dar (oben III.1.a). Hat der EU-Gesetzgeber in Art. 26 VKR selbst die Grenzen dieser

Rechtfertigung definiert, so kann das Gleichbehandlungsgebot nicht eine hierüber hinausgehende Einschränkung seiner selbst fordern.

Ebenso wenig verfangen die Einwände,¹⁷⁴

- Gegenstand der Ausführung des betreffenden Auftrags könne auch die Herstellung unter den geforderten Bedingungen sein: Dies trifft zu, sofern die Herstellung noch zur Vertragserfüllung erfolgt. Der „Auftrag“ selbst¹⁷⁵ kann nicht die Herstellung des Produkts unter bestimmten Bedingungen umfassen, wird er doch durch die Leistungsbeschreibung definiert, die die Berücksichtigung solcher Kriterien gerade nicht zulässt (siehe IV.1.d.aa).
- Sozial- und Arbeitsstandards könnten bei Lieferaufträgen entweder immer oder nie, nicht aber fallbezogen einen Auftragsbezug haben: Dies ist unzutreffend weil der Auftragsbezug sich immer nur auf den *konkreten* Auftrag und seine Besonderheiten bezieht.
- eine Differenzierung nach Waren aus Lagerbeständen und noch herzustellenden Waren sei dem Auftraggeber unzumutbar: Auch hier ist darauf hinzuweisen, dass die Implementation der Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen in ein Vergabeverfahren eine rechtfertigungsbedürftige Beschränkung der

¹⁷⁴ So aber *Markus Krajewski / Rike Krämer*, Gutachten im Auftrag von WEED und CIR zur Berücksichtigung von Arbeits- und Sozialstandards durch Bietererklärungen in den Auftragsausführungsbedingungen an Beispiel PC und Arbeitsbekleidung, in: *Bietererklärungen als Instrument zur Einbeziehung von Arbeits- und Sozialstandards in der öffentlichen Beschaffung*, 2010, S. 7 (24 f.).

¹⁷⁵ So wohl *Markus Krajewski / Rike Krämer*, Gutachten im Auftrag von WEED und CIR zur Berücksichtigung von Arbeits- und Sozialstandards durch Bietererklärungen in den Auftragsausführungsbedingungen an Beispiel PC und Arbeitsbekleidung, in: *Bietererklärungen als Instrument zur Einbeziehung von Arbeits- und Sozialstandards in der öffentlichen Beschaffung*, 2010, S. 7 (23).

¹⁷³ So aber *Christian Buchmüller / Jörn Schnutenhaus*, Rechtliches Gutachten zum Entwurf der Musterausschreibung von Desktop-PCs, einschließlich Servicevertrag, unter Berücksichtigung sozialer und ökologischer Kriterien, 12.11.2008, S. 26.

Grundfreiheiten darstellt. Deshalb können die unionsrechtlichen Grenzen einer zulässigen Beschränkung nicht für den Beschränkenden unzumutbar sein.

Regelungstechnisch handelt es sich bei den zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung um Vertragsbedingungen.¹⁷⁶ Sofern in der Auftragsbekanntmachung bzw. den Verdingungsunterlagen (so die systematische Einordnung des Art. 26 in das Kap. IV der VKR über „Besondere Vorschriften für die Verdingungsunterlagen und die Auftragsunterlagen“) auf den Inhalt der Vertragsbedingung und die Notwendigkeit, sich zu deren Einhaltung zu verpflichten, hingewiesen wird, kann vom Bieter verlangt werden, sich vor Zuschlagserteilung dazu zu verpflichten, die Vertragsbedingung zu akzeptieren. Unterlässt der Bieter die Abgabe einer solchen Erklärung, so greift der Ausschlussgrund des § 19 Abs. 3 lit. a EG VOL/A ein, wobei nach Auffassung der Kommission das Ausschlussermessen wegen des Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz sogar auf Null reduziert ist¹⁷⁷.

Da Art 26 VKR insoweit keine Vorgaben enthält, dürfte es allerdings nach der zu den Eignungskriterien ergangenen neueren

Rechtsprechung des EuGH¹⁷⁸ den Mitgliedstaaten überlassen bleiben, den Zeitpunkt festzusetzen, zu dem die Erklärung vorliegen muss, sofern dieser Zeitpunkt vor dem der Zuschlagserteilung liegt und im Voraus eindeutig festgelegt ist. Zweckmäßig dürfte es sein, die Abgabe der Erklärung mit Einreichung des Angebots zu verlangen. Keineswegs handelt es sich bei dem Verlangen auf Abgabe einer Verpflichtungserklärung um ein unionsrechtlich unzulässiges indirektes Eignungskriterium¹⁷⁹. Vielmehr wäre es widersinnig, die Ausführungsbedingung in der Bekanntmachung oder den Verdingungsunterlagen angeben zu müssen (Art. 26 VKR), dann jedoch eine entsprechende Selbstverpflichtung nicht verlangen zu dürfen und den Zuschlag ggf. einem Bieter erteilen zu müssen, der zur Erfüllung der Ausführungsbedingung überhaupt nicht bereit ist.

Vor der Zuschlagserteilung stehen der ausschreibenden Stelle gegenüber einem Bieter, der die geforderte Erklärung, dass er bei der Auftragsausführung die Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen sicherstellen wird, abgegeben hat, keine weiteren Handlungsoptionen offen. Ausnahmen gelten nur in den Fällen, in denen der nachweisliche Verstoß gegen die IAO-Kernarbeitsnormen zum Ausschlussgrund der schweren beruflichen Verfehlung führt oder in denen der Bieter in einem früheren Verfahren eine falsche Erklärung zur Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen abgegeben hat und hierdurch seine Zuverlässigkeit für künftige Aufträge in Frage steht.

Häufig werden sich Hinweise darauf, dass der Bieter, der den Zuschlag erhalten hat, entgegen seiner Erklärung nicht die Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen in dem durch die Ausführungsbedingung geforderten Rahmen sicherstellt, erst nach Zuschlagserteilung oder sogar nach Leistungsbeginn ergeben. Insoweit sollte darauf geachtet werden, dass der Vertrag ein ange-

¹⁷⁶ Interpretierende Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 15. 10. 2001, ABl. C 333/27 v. 28. 11. 2001, Nr. 1.6.

¹⁷⁷ Interpretierende Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 15. 10. 2001, ABl. C 333/27 v. 28. 11. 2001, Nr. 1.6; Europäische Kommission, Sozialorientierte Beschaffung. Ein Leitfaden für die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Beschaffungswesen, 2011, S. 43. Für einen zwingenden Ausschluss bei mangelnder Akzeptierung der Ausführungsbedingungen nach Art. 26 VKR *Andreas van den Eikel*, Die zulässige Implementierung „vergabefremder“ Kriterien im europäischen Vergaberecht. Unter Berücksichtigung der neuen Vergaberichtlinien, 2006, S. 307.

¹⁷⁸ EuGH NVwZ 2006, S. 444 Rdnr. 31.

¹⁷⁹ A. M. *Marc Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, 2007, S. 305.

messen Instrumentarium zur Sanktionierung von Verstößen vorsieht. Unter der Voraussetzung der im Einzelfall zu prüfenden und sicherzustellenden vertragsrechtlichen Zulässigkeit kommen insoweit insbesondere in Betracht:

- der vertragliche Vorbehalt eines Rücktrittsrechts (§ 346 Abs. 1 BGB) und
- ein Vertragsstrafeversprechen nach §§ 339 ff. BGB.

Daneben stehen die allgemeinen, von einer gesonderten Vereinbarung unabhängigen Reaktionsmöglichkeiten wie

- die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nach § 123 Abs. 1 BGB oder
- das Verlangen von Schadensersatz wegen Pflichtverletzung nach § 280 BGB.

Gegen die Implementierbarkeit der Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen als Ausführungsbedingungen ist vorgetragen worden, dass es „dem Auftraggeber verwehrt (sei), ein Vergabekriterium festzulegen, dessen Erfüllung durch die Bieter er nicht nachprüfen kann oder will, denn ein solches Kriterium ... (widerspreche) insbesondere dem Transparenzgebot. ... Begnügt er sich mit der Eigenerklärung des ... (Bieters), ... (sei) das nicht nur reine Augenwischerei, sondern auch vergaberechtlich sehr bedenklich.“¹⁸⁰ In der Tat hat der europäische Gerichtshof unter dem Gesichtspunkt des Transparenzgebots für die Zuschlagskriterien entschieden, dass der Auftraggeber in der Lage sein muss, die Erfüllung des Zuschlagskriteriums effektiv zu überprüfen (oben III.1.b). Doch wird sich dieses Erfordernis nicht auf die Ausführungsbedingungen übertragen lassen. Das Erfordernis der effektiven Kontrolle der Beachtung der Zuschlagskriterien soll die Vergleichbarkeit der Angebote und die Gleichbehandlung der Bieter sicherstellen. Ein Zuschlagskriterium, dessen Erfüllung nicht kontrollierbar ist, ist

keine geeignete Grundlage einer Differenzierung. Diese Differenzierungsentscheidung ist hingegen für die Ausführungsbedingungen nicht zu treffen, deren Erfüllung der Auswahlentscheidung vielmehr nachgelagert ist.¹⁸¹ Hier muss sich der Auftraggeber im Vergabeverfahren von vornherein darauf beschränken, das im Rahmen der Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zulässige höchstmögliche Maß an Gewissheit über die Erfüllung der Ausführungsbedingung zu erlangen.

2. Die Berücksichtigung sozialer Aspekte nach deutschem Recht

Durch Art. 1 Nr. 2 lit. b des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20. 4. 2009¹⁸² ist § 97 Abs. 4 GWB neu gefasst worden. Eingefügt wurde u.a. in den Satz 1 die Vorgabe, dass Aufträge nur an gesetzestreue Unternehmen vergeben werden dürfen, sowie ein Satz 2, der es ermöglicht, für die Auftragsausführung zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer zu stellen, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben. Andere oder weitergehende Anforderungen dürfen an Auftragnehmer nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist (§ 97 Abs. 4 S. 3 GWB n.F.).

Die Neufassung des § 97 Abs. 4 GWB war im Gesetzgebungsverfahren nicht unumstritten. Ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs dient der neue Satz 2 des § 97 Abs. 4 GWB der Umsetzung des Art. 26

¹⁸⁰ Stellungnahme des RiOLG *Summa* zu dem Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts, BT-Ausschuss für Wirtschaft und Technologie, Ausschussdrucks. 16(9)1171 S. 6.

¹⁸¹ *Christian Buchmüller / Jörn Schnutenhaus*, Rechtliches Gutachten zum Entwurf der Musteranschreibung von Desktop-PCs, einschließlich Servicevertrag, unter Berücksichtigung sozialer und ökologischer Kriterien, 12.11.2008, S. 8.

¹⁸² BGBl. I S. 790.

VKR (bzw. Art. 38 SKR).¹⁸³ Bedauerlicherweise ist die genannte Begründung unübersichtlich und führt zu Missverständnissen. So subsumiert die Begründung unter den neuen § 97 Abs. 4 S. 2 GWB beispielsweise die Fälle, dass „durch Spezifizierung des Auftragsgegenstandes beispielsweise ... die Begrenzung des Schadstoffausstoßes von Dienstkraftfahrzeugen oder die Brennstoffzellentechnologie ... oder »Recyclingpapier«“ vorgegeben wird. Diese Einordnung als Bedingungen für die *Auftragsausführung* ist unzutreffend. In allen Fällen handelt es sich um Eigenschaften des Auftragsgegenstandes selbst, die entweder als Elemente der Leistungsbeschreibung und/oder als Zuschlagskriterien zu berücksichtigen sind.

Die Begründung des Gesetzentwurfs geht darüber hinaus davon aus, dass über § 97 Abs. 4 S. 3 GWB n.F., wonach andere oder weitergehende Anforderungen an Auftragnehmer nur gestellt werden dürfen, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist, auch allgemeine Anforderungen ohne sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand in Vergabeverfahren implementiert werden können.¹⁸⁴ Sowohl der Wirtschaftsausschuss als auch der Ausschuss für Städtebau, Wohnungswesen und Raumordnung des Bundesrats hielten diese Regelung für schädlich, weil sie wettbewerbsfeindlich sei und einer ökonomischen Beschaffung entgegenwirke.¹⁸⁵ Gleichwohl und auch gegen die im weiteren Gesetzgebungsverfahren geltend gemachten Bedenken hielt die Bundesregierung an der schließlich verabschiedeten Fassung des § 97 Abs. 4 GWB fest. So wurde seitens der F.D.P-Fraktion im Bundestag die Berücksichtigungsfähigkeit von Anliegen der Sozi-

al- und Umweltpolitik bei der Vergabe grundsätzlich abgelehnt.¹⁸⁶ Wirtschaftsverbände sahen bei einer Verankerung der Möglichkeit zur Berücksichtigung sozialer und ökologischer Kriterien die Gefahren einer Wettbewerbsverfälschung, einer Manipulation der Vergabe und einer Benachteiligung kleiner und mittelständischer Unternehmen.¹⁸⁷ Andere Wirtschaftsverbände und die Gewerkschaften begrüßten die geplante Neuregelung hingegen.¹⁸⁸ Ähnliche Bewertungsunterschiede bestanden zwischen den kommunalen Spitzenverbänden: Während der Deutsche Städtetag die Neuregelung als Rechtssicherheit stiftend begrüßte, lehnten der Deutsche Städte- und Gemeindebund und der Deutsche Landkreistag sie als dem Prinzip eines wirtschaftlichen Einkaufs zuwiderlaufend ab.¹⁸⁹ In der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie des Bundestages wurde schließlich von Sachverständigen darauf hingewiesen, dass § 97 Abs. 4 S. 2

¹⁸³ Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, BT-Drucks. 16/10117 S. 16.

¹⁸⁴ Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, BT-Drucks. 16/10117 S. 16 f.

¹⁸⁵ Empfehlungen der Ausschüsse des Bundesrats zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, BR-Drucks. 349/1/08 S. 6.

¹⁸⁶ Abg. *Friedhoff* in der 1. Lesung des Entwurfs eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, BT-Plen.Prot. 16/179 S. 19047.

¹⁸⁷ Vgl. nur die Stellungnahme des BDI zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, BT-Ausschuss für Wirtschaft und Technologie, Ausschussdrucks. 16(9)1143 S. 2 f.; Stellungnahme des Zentralverbands des Deutschen Handwerks zum Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts, BT-Ausschuss für Wirtschaft und Technologie, Ausschussdrucks. 16(9)1155 S. 6 ff.; Stellungnahme des Bundesverbandes Deutscher Omnibusunternehmer e.V. zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts S. 2 f.; Stellungnahme des Gesamtverbands textil+mode insbesondere zur Einführung vergabefremder Kriterien, BT-Ausschuss für Wirtschaft und Technologie, Ausschussdrucks. 16(9)1163.

¹⁸⁸ Stellungnahme des Bundesverbandes der Deutschen Entsorgungswirtschaft zum Entwurf des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts S. 2; ver.di-Eckpunkte zur Modernisierung des Vergaberechts vom 8.4.2008.

¹⁸⁹ Stellungnahme der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vom 3.4.2008 S. 2 f.

GWB vor allem im Bereich der sozialen Kriterien dem Transparenzgebot widerspreche, weil eine Kontrolle der Einhaltung der festgelegten Anforderungen seitens des Auftragnehmers durch den Auftraggeber kaum möglich sei.¹⁹⁰

Die Verortung der Anforderungen an die Auftragsausführung im neuen § 97 Abs. 4 S. 2 GWB, der sich gleichsam zwischen die bisherigen beiden Halbsätze des § 97 Abs. 4 GWB a.F. schiebt, bleibt nicht ohne Konsequenzen für die Systematik des § 97 Abs. 4 GWB. So war der bisherigen Systematik des § 97 Abs. 4 GWB a.F. zu entnehmen, dass der Gesetzesvorbehalt des § 97 Abs. 4 Hs. 2 GWB a.F. nicht für jegliche Form der Berücksichtigung insbesondere umweltschutzbezogener oder sozialer Aspekte bei der Vergabe galt. Der Bezug zu § 97 Abs. 4 Hs. 1 GWB a.F. einerseits und die eigenständige Regelung des Zuschlagskriteriums in § 97 Abs. 5 GWB machten deutlich, dass sich § 97 Abs. 4 Hs. 2 GWB a. F. allein auf Ausnahmen auf der Stufe der Eignungsprüfung bezog.¹⁹¹ Dieser Zusammenhang ist nunmehr durch § 97 Abs. 4 S. 2 GWB n.F. aufgelöst worden, so dass es einer Neubewertung des Verhältnisses der drei Sätze des § 97 Abs. 4 GWB n.F. untereinander und zu § 97 Abs. 5 GWB bedarf.

a) Eignungsprüfung

§ 97 Abs. 4 S. 1 GWB, wonach Aufträge an fachkundige, leistungsfähige sowie gesetzestreue und zuverlässige Unternehmen

¹⁹⁰ Stellungnahme des RiOLG *Summa* zu dem Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts, BT-Ausschuss für Wirtschaft und Technologie, Ausschussdrucks. 16(9)1171 S. 4 ff.

¹⁹¹ Kay Hailbronner, in: Byok / Jaeger (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 2. Aufl. 2005, § 97 Rdnr. 257; Gerald Scharpenack, Sekundärzwecke im Vergaberecht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung anhand der *Affirmative Action Policy* der USA und der Verfolgung „vergabefremder“ Ziele im Rahmen der Auftragsvergabe in der Bundesrepublik Deutschland, 2005, S. 218.

vergeben werden, bezieht sich allein auf die Eignungsprüfung. Wie die Begründung des Gesetzentwurfs ausführt, zählen zu den einzuhaltenden *deutschen* Gesetzen auch die Kernarbeitsnormen der IAO zum Verbot der Kinder- und Zwangsarbeit. Sie „sind zwingender Bestandteil unserer Rechtsordnung und damit der Vergaberegeln“¹⁹², worunter jedoch nicht zu verstehen ist, dass damit beispielsweise Anforderungen an den in anderen Staaten stattfindenden Prozess der Herstellung in deutschen Vergabeverfahren obligatorisch zu beachten sind. Vielmehr bezieht sich dieser Passus allein auf „in Deutschland agierende Unternehmen, die diese Grundprinzipien und Rechte nicht beachten“¹⁹³.

Dies entspricht der schon bisher bestehenden Rechtslage, dass Verstöße gegen die in deutsches Recht transformierten IAO-Kernarbeitsnormen durch in Deutschland tätige Unternehmen die Unzuverlässigkeit des Bieters begründen. Keinesfalls dürfen die Ausführungen der Gesetzesbegründung, „die international vereinbarten Grundprinzipien und Rechte, wie die Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) zum Verbot der Kinder- und Zwangsarbeit, ... (seien) zwingender Bestandteil unserer Rechtsordnung und damit der Vergaberegeln... (, weshalb in) Deutschland agierende Unternehmen, die diese Grundprinzipien und Rechte nicht beachten, ... prinzipiell aufgrund fehlender Zuverlässigkeit vom Wettbewerb um öffentliche Aufträge ausgeschlossen werden“ müssten, so verstanden werden, dass Bieter in deutschen Vergabeverfahren dafür Sorge zu tragen hätten, dass ihre ausländischen Zulieferer ihnen keine Ware anbieten, die unter Verstoß gegen IAO-Kernarbeitsnormen hergestellt worden ist. Denn eine solche Pflicht erlegen weder die IAO-Kernarbeitsnormen noch anderes deutsches Recht in Deutschland agie-

¹⁹² Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, BT-Drucks. 16/10117 S. 16.

¹⁹³ Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, BT-Drucks. 16/10117 S. 16.

renden Unternehmen gegenüber in anderen Staaten ansässigen Unternehmen auf. Das in § 97 Abs. 4 S. 1 GWB zusätzlich eingefügte Merkmal der „Gesetzestreue“ verlangt denn auch nach allgemeiner Auffassung im Verhältnis zur bisher schon durchzuführenden Zuverlässigkeitsprüfung nichts Zusätzliches und ist überflüssig.¹⁹⁴

Dem lässt sich auch nicht entgegenhalten, dass zumindest Verstöße gegen das IAO-Übereinkommen 182 elementare Verletzungen der durch Art. 1 Abs. 1 GG vom Staat zu achtenden und schützenden Menschenwürde darstellten, weshalb der Staat verpflichtet sei „nachzufragen, ob bei der Herstellung von Produkten, die er erwerben möchte, (minderjährige) Sklaven beschäftigt waren“.¹⁹⁵ Ein Unternehmen, das Produkte in ausbeuterischer Kinderarbeit herstellen lasse oder mit ihnen handele, verstoße gegen den mit unmittelbarer Drittwirkung ausgestatteten Art. 1 Abs. 1 GG und sei im vergaberechtlichen Sinne unzuverlässig. Ein Bewerber, der die vom öffentlichen Auftraggeber geforderte Erklärung nicht oder falsch abgebe, könne dann nach Art. 45 Abs. 2 lit. g VKR ausgeschlossen werden.¹⁹⁶ Unterstellt man die Richtigkeit dieser Prämissen und lässt dabei außer Acht, dass die Frage der unmittelbaren Drittwirkung des Art. 1 Abs. 1 GG äußerst umstritten ist, die staatliche Schutzpflicht vielmehr durch die den Maßstäben des Art. 1 Abs. 1 GG gerecht werdende Ausgestaltung der Rechts-

ordnung zu erfüllen ist¹⁹⁷, dass es dem Staat überlassen bleibt, wie er zum Schutze der Menschenwürde tätig wird, und die Pflicht, bestimmte Erklärungen in einem Vergabeverfahren zu verlangen, eindeutig nicht aus der Staatsfundamentalnorm des Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitet werden kann, und dass die deutsche Staatsgewalt nicht zum Einschreiten zugunsten ausländischer Staatsangehöriger in ihren Heimatstaaten verpflichtet ist (oben III.2.a), so gebietet Art. 1 Abs. 1 GG jedenfalls nicht, den Schutz der Menschenwürde gerade bei der Prüfung der bieterbezogenen Kriterien im Vergabeverfahren zu berücksichtigen. Nach Art. 45 Abs. 2 lit. g VKR kann der Ausschluss nur wegen der Falsch- oder Nichterteilung solcher Auskünfte erfolgen, „die gemäß diesem Abschnitt eingeholt werden können“, wozu die Erklärung, keine Produkte aus Kinderarbeit zu beziehen, gerade nicht gehört.¹⁹⁸ Insoweit besteht auch keine Lücke, die der Gemeinschaftsrechtssetzgeber nicht gesehen haben und die mit Menschenwürdeerwägungen ausgefüllt werden könnte: Ausweislich des Erwägungsgrundes 33 der VKR sind Lücken bei der Beachtung der grundlegenden Übereinkommen der IAO vergabeverfahrensrechtlich durch Berücksichtigung als Ausführungsbedingungen zu schließen.

Es bleibt also auch in Zukunft dabei, dass auf der Stufe der Eignungsprüfung eine Implementation der IAO-Kernarbeitsnormen in Vergabeverfahren nur auf äußerst zurück

¹⁹⁴ *Matthias Diehr*, in: Reidt / Stickler / Glahs (Hrsg.), *Vergaberecht*, 3. Aufl. 2011, § 97 Rdnr. 75; *Alexander Kus*, Inhalt und Reichweite des Begriffs der Gesetzestreue in § 97 Abs. 4 GWB, *VergabeR* 2010, S. 321 ff.; *Rudolf Roth*, Reform des Vergaberechts – der große Wurf?, *VergabeR* 2009, S. 404 (407); *Jakob Steiff*, Vergabefremde Aspekte – eine Zwischenbilanz, *VergabeR* 2009, S. 290 (296).

¹⁹⁵ *Josef Beck / Stephan Wagner*, Die Vermeidung des Erwerbs von Produkten aus ausbeuterischer Kinderarbeit, *VergabeR* 2008, S. 601 (605).

¹⁹⁶ *Josef Beck / Stephan Wagner*, Die Vermeidung des Erwerbs von Produkten aus ausbeuterischer Kinderarbeit, *VergabeR* 2008, S. 601 (605 f.).

¹⁹⁷ Siehe nur *Christoph Enders*, in: Friauf / Höfling (Hrsg.), *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, Loseblatt, Stand: April 2009, Art. 1 Rdnr. 107 ff.; *Wolfram Höfling*, in: Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz*, 5. Aufl. 2009, Art. 1 Rdnr. 47.

¹⁹⁸ Grundsätzlich ablehnend und eine Ausnahme allenfalls für die Beachtung des IAO-Übereinkommens 182 in Betracht ziehend auch *Christian Buchmüller / Jörn Schnutenhaus*, Rechtliches Gutachten zum Entwurf der Musterausbeschreibung von Desktop-PCs, einschließlich Servicevertrag, unter Berücksichtigung sozialer und ökologischer Kriterien, 12.11.2008, S. 17.

gezogener Linie erfolgen kann¹⁹⁹ (oben IV.1.d.bb).

b) Auf die Auftragsausführung bezogene zusätzliche Anforderungen

Der neue § 97 Abs. 4 S. 2 GWB erfasst über die Eignungsprüfung hinausgehende zusätzliche Anforderungen an die Auftragnehmer, die sich auf die Auftragsausführung beziehen müssen²⁰⁰. Nicht auf die Auftragsausführung bezogene Anforderungen sind nur nach § 97 Abs. 4 S. 3 GWB berücksichtigungsfähig. *Keine* Ausführungsanforderungen sind entgegen der Begründung des Regierungsentwurfs²⁰¹ Spezifizierungen des Auftragsgegenstands in der Leistungsbeschreibung wie die Ausschreibung von „Recyclingpapier“. Eine solche Zuordnung würde die der VKR zugrunde liegende klare Systematik (oben IV.1.c) verfehlen. Auch mit einer funktionalen Leistungsbeschreibung oder der Zulassung von Nebenangeboten haben Ausführungsanforderungen nichts zu tun²⁰². Ausführungsanforderungen sind vielmehr nur solche Bedingungen, die sich auf den Prozess der Erbringung der Lieferung oder Leistungserbringung in Erfüllung des erteilten Auftrags beziehen. Hierzu zählen in der Tat „die Beschäftigung von Auszubildenden oder Langzeitarbeitslosen, bezogen auf den konkreten Auftrag“, „eine angemessene Bezahlung zur Sicherstellung der Qualifikation von Wachpersonal“ oder „die Sicherstellung der Entgeltgleichheit von

Frauen und Männern bei der konkreten Ausführung eines Auftrages“.²⁰³

Zur Berücksichtigung von IAO-Kernarbeitsnormen als Ausführungsanforderungen führt die Entwurfsbegründung aus: „Ebenso steht es einem öffentlichen Auftraggeber frei, die Pflasterung öffentlicher Plätze aus Steinen zu verlangen, die im Ausland und Einhaltung der Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation hergestellt wurden. Damit kann der öffentliche Auftraggeber die Vorgabe der Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen bei Importen für die gesamte Lieferkette bis ins Ursprungsland erstrecken.“²⁰⁴ Dem ist zuzustimmen – soweit sich der Auftraggeber dabei in den oben IV.1.c, d dargestellten unionsrechtlichen Grenzen bewegt.

c) Weitergehende Anforderungen an den Auftragnehmer

Als aus EU-rechtlicher Sicht problematisch ist die Regelung des § 97 Abs. 4 S. 3 GWB anzusehen. Nach ihr dürfen andere oder weitergehende Anforderungen an Auftragnehmer nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist. Die Berücksichtigung weiterer Anforderungen bedarf also zunächst der Einführung durch ein formelles Bundes- oder Landesgesetz. Eine Regelung durch Rechtsverordnung oder Verwaltungsvorschrift ist ebenso ausgeschlossen²⁰⁵ wie durch kom-

¹⁹⁹ Jakob Steiff, Vergabefremde Aspekte – eine Zwischenbilanz, VergabeR 2009, S. 290 (297).

²⁰⁰ Zur Unterscheidung von den Eignungskriterien Zsófia Varga, Berücksichtigung sozialpolitischer Anforderungen nach dem neuen § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB – europarechtskonform?, VergabeR 2009, S. 535 (537 f.)

²⁰¹ Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, BT-Drucks. 16/10117 S. 16.

²⁰² A. M. offenbar Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, BT-Drucks. 16/10117 S. 16.

²⁰³ Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, BT-Drucks. 16/10117 S. 16.

²⁰⁴ Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, BT-Drucks. 16/10117 S. 16.

²⁰⁵ Vgl. Arnold Boesen, Vergaberecht, 2000, § 97 Rdnr. 111; Hermann Summa, in: Heiermann / Zeiss / Kullack / Blaufuß (Hrsg.), Vergaberecht, 2. Aufl. 2008, § 97 GWB Rdnr. 85; Gerald Scharpenack, Sekundärzwecke im Vergaberecht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung anhand der *Affirmative Action Policy* der USA und der Verfolgung „vergabefremder“ Ziele im Rahmen der Auftragsvergabe in der Bundesrepublik Deutschland, 2005, S. 214.

munale Satzung. Bei Aufträgen oberhalb der Schwellenwerte haben die Kommunen daher keine Möglichkeit zur eigenständigen Formulierung weiterer Anforderungen. Weiterhin reicht es nicht aus, dass der Gesichtspunkt in beliebiger Weise in einem Gesetz benannt ist. Sonst würden alle in Gesetzen enthaltenen Regelungsgegenstände über § 97 Abs. 4 S. 3 GWB zu im Vergabeverfahren berücksichtigungsfähigen Kriterien transformiert. Erforderlich ist vielmehr, dass aus dem Gesetz die Entscheidung des Gesetzgebers hervorgeht, einen im Einzelnen benannten Gesichtspunkt für die Berücksichtigung gerade im Vergabeverfahren vorzusehen. Hierfür genügt es beispielsweise nicht, dass die Bundesrepublik die IAO-Kernarbeitsnormen ratifiziert hat.

Hinsichtlich der Reichweite der Regelungsbefugnis des Bundes- oder Landesgesetzgebers scheint die Begründung des Gesetzesentwurfs davon auszugehen, dass diese Befugnis prinzipiell unbegrenzt ist. Dies würde in der Tat der dargestellten Auflösung der unter der Geltung von § 97 Abs. 4 HS 2 GWB a.F. bestehenden Begrenzung auf Ausnahmen auf der Stufe der Eignungsprüfung entsprechen. § 97 Abs. 4 S. 3 GWB soll es nunmehr ermöglichen, nicht im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehende Anforderungen, etwa „allgemeine Anforderungen an die Unternehmens- oder Geschäftspolitik ohne konkreten Bezug zum Auftrag (z. B. allgemeine Ausbildungsquoten, Quotierungen von Führungspositionen zugunsten der Frauenförderung, generelle Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen)“²⁰⁶ mittels einer gesetzlichen Regelung in Vergabeverfahren einzuführen. Würde dies zutreffen, so stünde dem Bundes- oder Landesgesetzgeber auch die Möglichkeit offen, in der Leistungsbeschreibung, der Eignungsprüfung, den Zuschlagskriterien oder als Ausführungsbedingungen nicht implementierbare Anforderungen hinsichtlich der Beachtung der IAO-

²⁰⁶ Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, BT-Drucks. 16/10117 S. 16 f.

Kernarbeitsnormen verbindlich vorzuschreiben.

Mit dem EU-Recht dürfte dieser Versuch, zusätzlich zu den unionsrechtlich gerade erst eingeführten Bedingungen für die Auftragsausführung noch eine weitere Kategorie von Kriterien zu schaffen, nicht vereinbar sein. Die durch Art. 26 VKR vorgenommene Privilegierung sozialer und ökologischer Belange *nur* unter den dort genannten Voraussetzungen ist als abschließend zu verstehen²⁰⁷ (oben IV.1.c).

d) Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots

Soziale Gesichtspunkte können auch im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots nach § 97 Abs. 5 GWB berücksichtigt werden.²⁰⁸ Insoweit ist auf die Ausführungen oben IV.1.b. zu verweisen.

²⁰⁷ Etwas großzügiger *Hans-Peter Kulartz*, in: ders. / Kus / Portz (Hrsg.), Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 2. Aufl. 2009, § 97 Rdnr. 120, der mit Blick auf die EU-rechtlichen Vorgaben „nur einen begrenzten Spielraum“ sieht.

²⁰⁸ Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, BT-Drucks. 16/10117 S. 16.

V. Vergaben unterhalb der Schwellenwerte

Auch für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte sind zunächst die von Verfassungs- und primärem Unionsrecht aufgestellten Maßgaben (oben III) zu berücksichtigen. Nicht anwendbar sind hingegen das sekundäre EU-Vergaberecht sowie die Vorschriften der §§ 97 ff. GWB und der Vergabeverordnung. Unterhalb der Schwellenwerte ist gesetzliche Grundlage für die Vergabe öffentlicher Aufträge das Haushaltsrecht der jeweiligen Körperschaft – soweit nicht in den Bundesländern besondere gesetzliche Vorschriften bestehen (dazu unten V.3.a). Daher ist das Vergaberecht unterhalb der Schwellenwerte nicht – wie oberhalb der Schwellenwerte – vom Zweck der Öffnung des Wettbewerbs, sondern von den haushaltsrechtlichen Maßgaben der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit bestimmt. Realisiert werden die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit im Bereich der öffentlichen Beschaffung durch rechtlich strukturierte Vergabeverfahren. Gesichtspunkte, die zulässigerweise in einem solchen Beschaffungsverfahren berücksichtigt werden dürfen, bedürfen daher selbst dann keiner weiteren Rechtfertigung durch verfassungs- oder völkerrechtlich anerkannte Werte, wenn sie zu einer Verteuerung der beschafften Leistung führen.²⁰⁹

Das Haushaltsrecht von Bund, Ländern und Kommunen verlangt regelmäßig, dass der Vergabe von Aufträgen über Lieferungen und Leistungen eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen muss, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen. Bei

der Vergabe von Aufträgen und dem Abschluss von Verträgen soll dabei nach einheitlichen Vergabegrundsätzen bzw. Richtlinien verfahren werden (vgl. nur § 55 BHO, § 55 der Landeshaushaltsordnungen, § 31 GemHVO BW, § 29 HessGemHVO - Doppik, § 29 GemHVO MV, § 22 GemHVO RP, § 29 GemHVO Doppik LSA). Niedergelegt sind diese einheitlichen Grundsätze in der Regel im Abschnitt 1 der VOB/A und der VOL/A. Dabei entstehen im vorliegenden Zusammenhang zwei Fragen: Inwieweit ist erstens die Anwendung der genannten Vergaberegelerwerke im Einzelfall zwingend? Was besagen die Vergabe- und Vertragsordnungen zweitens für die Einführung des Kriteriums der Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen in das Vergabeverfahren?

1. Bindungswirkung der Vergabe- und Vertragsordnungen

Die Vorschriften des jeweiligen Abschnitts 1 der Vergabe- und Vertragsordnungen tragen unterhalb der Schwellenwerte nach ganz überwiegender Auffassung lediglich den Charakter von Verwaltungsvorschriften ohne Außenwirkung.²¹⁰ Dies ist zwar richtig, besagt aber nichts über die Intensität der Bindung der Kommunen. Diese Bindung ist in den verschiedenen Bundesländern unterschiedlich ausgestaltet:

- Teilweise beruht die Bindung der Kommunen an den ersten Abschnitt von VOB/A bzw. VOL/A unmittelbar auf einer gesetzlichen Verweisung im jeweiligen Haushaltsrecht – wie in den Gemeindehaushaltsverordnungen in Brandenburg (§ 25a Abs. 2 und 3 GemHV Bbg) oder

²⁰⁹ Eine zusätzliche Rechtfertigung für erforderlich haltend dagegen *Thomas Maibaum*, Rechtliche Rahmenbedingungen für nachhaltige Beschaffung in Kommunen – taugt unser Vergaberecht zu Bekämpfung von Sklaverei und Kinderarbeit?, in: Fonari / Führ / Stamm (Hrsg.), Kommunen und Eine Welt: Nachhaltigkeit in der öffentlichen Beschaffung, 2006, S. 23 (26).

²¹⁰ *Horst Kuß*, Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB), Teile A und B, 4. Aufl. 2003, Einführung Rdnr. 16; *Gerd Motzke*, in: Motzke / Pietzcker / Prieß (Fußn. 142), Syst III Rdnr. 147 ff.

Mecklenburg-Vorpommern (§ 29 S. 2 GemHVO MV) – oder den Vergabege-
setzen der Länder (vgl. für Bremen §§ 6
Abs. 1, 7 Abs. 1 BremTT-VgG²¹¹, für
Hamburg § 2a Abs. 1 HmbVgG²¹², für
Niedersachsen § 2 Abs. 1
Nds.LVergabeG²¹³, für Sachsen § 1 Abs.
1 SächsVergabeG²¹⁴, für Thüringen § 1
Abs. 2 ThürVgG²¹⁵). In diesem Fall ent-
falten die Verdingungsordnungen eine
vollumfängliche Bindung für die Kom-
munen. Keine Bindung besteht aller-
dings für die Landesgesetzgeber. Ob der
Bund auf der Grundlage des Art. 74 Abs.
1 Nr. 11 GG einheitliche Regelungen
auch für Vergaben unterhalb der
Schwellenwerte erlassen könnte, kann
hier dahinstehen. Derzeit bestehen sol-
che Bestimmungen nicht, so dass der
Regelungsbereich zur vollen Disposition
der Landesgesetzgeber steht.²¹⁶ § 30
HGrG ordnet lediglich an, dass über-
haupt eine öffentliche Ausschreibung zu
erfolgen hat.

- Das kommunale Haushaltsrecht anderer
Länder verweist auf die Bekanntma-
chung allgemeiner Vergabegrundsätze
(§ 29 Abs. 2 HessGemHVO - Doppik; §
22 Abs. 2 GemHVO RP; § 25 Abs. 2
GemHVO NW; § 31 Abs. 2 GemHVO
BW, § 29 Abs. 2 GemHVO Doppik LSA).

²¹¹ Bremisches Gesetz zur Sicherung von Tarif-
treue, Sozialstandards und Wettbewerb bei öf-
fentlicher Auftragsvergabe v. 24. 11. 2009, GBl.
Brem. 2009, S. 476.

²¹² Hamburgisches Vergabegesetz v. 13.2.2006,
HmbGVBl. 2006, S. 57.

²¹³ Niedersächsisches Landesvergabegesetz v.
15.12.2008, Nds.GVBl. 2008, S. 411.

²¹⁴ Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträ-
ge im Freistaat Sachsen v. 8.7.2002, SächsGVBl.
2002, S. 218.

²¹⁵ Thüringer Gesetz über die Vergabe öffentli-
cher Aufträge.

²¹⁶ Zum Fehlen einer abschließenden bundes-
rechtlichen Regelung des Vergaberechts im Be-
reich weiterer Kriterien BVerfG NJW 2007, S. 51
(52). Kritisch *Teemu Tietje*, Die Verfassungsmä-
ßigkeit eines Tariftreueverlangens bei Bauauf-
tragsvergabe, NZBau 2007, S. 23 (24 f.).

In der Regel ordnen diese Bekanntma-
chungen die Anwendung des ersten Ab-
schnitts von VOB/A und VOL/A an; diese
Abschnitte »gelten als einheitliche Richt-
linien für alle Beschaffungsverfahren
außerhalb des EU-Vergaberegimes der
§§ 97 ff. GWB«²¹⁷. Auch die Stufung
Haushaltsrecht (BHO, LHO, Gemein-
dehaushaltsverordnung) – Bekanntma-
chung – Verdingungsordnung aber
schneidet den öffentlichen Auftragge-
bern die Möglichkeit, von den Vergabe-
und Vertragsordnungen abzuweichen,
ab.²¹⁸ Allerdings steht es dem zuständi-
gen Ministerium frei, die Berücksichti-
gung vergabeexterner Zielsetzungen
durch ergänzende Richtlinien anzuord-
nen. Diese ergänzenden Richtlinien ha-
ben dann den gleichen Rang wie die
Verdingungsordnungen und modifizieren
diese; erst die Zusammenschau von
Verdingungsordnungen und ergänzen-
den Richtlinien ergibt die in den Haus-
halts(ver)ordnungen genannten, durch
das Ministerium zu konkretisierenden
Vergabegrundsätze.²¹⁹ Die öffentlichen
Auftraggeber sind dann an die Verdin-
gungsordnungen in der modifizierten
Form gebunden.

- Die geringste Bindungswirkung der
Kommunen tritt ein, wenn ihnen die
Anwendung des Abschnitts 1 von VOB/A
und VOL/A für Vergaben unterhalb der
Schwellenwerte nicht verbindlich vorge-
geben wird. In Nordrhein-Westfalen ist
für Aufträge über Bauleistungen ange-
ordnet, dass die Bestimmungen des Ab-
schnitts 1 VOB/A *grundsätzlich* ange-
wendet werden *sollen*.²²⁰ Hier ist den

²¹⁷ So die Formulierung der Nr. 1.1 des Gemein-
samen Runderlasses des hessischen Ministeri-
ums für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwik-
lung vom 1. 11. 2007 i. d. F. des Gemeinsamen
Runderlasses vom 26. 10. 2010.

²¹⁸ *Christoph Riese*, Vergaberecht, 1998, S. 206
f.

²¹⁹ *Christoph Riese*, Vergaberecht, 1998, S. 205.

²²⁰ Vergabegrundsätze für Gemeinden nach § 25
Gemeindehaushaltsverordnung (Kommunale
Vergabegrundsätze), Runderlass des Innenmi-

Kommunen eine Abweichung möglich, wenngleich nur in Ausnahmefällen. Noch geringer ist die Bindung an die Vorschriften des Abschnitts 1 VOL/A, deren Anwendung lediglich *grundsätzlich empfohlen* wird.²²¹ In einem solchen Fall dürfte es den Kommunen weitgehend freistehen, sich innerhalb der verbindlichen Grenzen des Haushaltsrechts von Einzelvorgaben der VOL/A zu lösen. Dabei ist aber zu beachten, dass die haushaltsrechtlichen Grundsätze gerade durch rechtlich strukturierte Vergabeverfahren konkretisiert werden (oben V vor 1). Wird dieses Verfahren nicht eingehalten, so ist im Einzelfall zu begründen, dass trotz der Berücksichtigung der IAO-Kernarbeitsnormen bei der Vergabe kein Verstoß gegen das Haushaltsrecht erfolgt.

2. Zulässigkeit vergabeexterner Zielsetzungen nach den Vergabe- und Vertragsordnungen

Inhaltlich setzt der jeweilige Abschnitt 1 der Vergabe- und Vertragsordnungen der Berücksichtigung externer Zielsetzungen enge Grenzen. Die den EU-rechtlichen Vergaberichtlinien zugrunde liegenden und in § 97 Abs. 1 und Abs. 2 GWB für das nationale Recht oberhalb der Schwellenwerte zum Ausdruck gebrachten Prinzipien des Vergabebereichs – Wettbewerb, Transparenz und Diskriminierungsfreiheit – haben auch Eingang in die Vergabeordnungen gefunden. § 2 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A und § 2 Abs. 1 VOL/A fordern übereinstimmend, dass die Vergabe im Wettbewerb die Regel sein muss. § 2 Abs. 2 VOB/A und § 2 Abs. 1 S. 2 VOL/A schreiben das Gebot der diskriminierungsfreien Vergabe ausdrücklich fest. Das Ge-

bot, wettbewerbsbeschränkende und unlautere Verhaltensweisen zu bekämpfen (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 VOB/A), ist Ausdruck des Transparenzprinzips²²². Wiederum im Gleichklang mit dem Unionsrecht verlangt § 6 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A die Gleichbehandlung in- und ausländischer Bieter und verbietet die Beschränkung auf Bieter, die in bestimmten Regionen oder Orten bzw. Bezirken ansässig sind.

Erwogen worden ist, soziale Aspekte über eine entsprechende Fassung der Leistungsbeschreibung in das Vergabeverfahren einzuführen. § 7 Abs. 3 VOL/A erlaubt es, bestimmte Erzeugnisse oder Verfahren sowie bestimmte Ursprungsorte und Bezugsquellen ausdrücklich vorzuschreiben. Diese Regelung ermögliche den Ausschluss von Bezugsquellen, die sich durch rechts- und sozialfeindliche Produktionsmethoden auszeichnen.²²³ Eine solche Vorgehensweise ist mit § 7 Abs. 3 VOL/A kaum vereinbar. Die Vorschrift verlangt ausdrücklich, dass die Beschränkung durch die Art der zu vergebenden Leistung gerechtfertigt sein muss. Keineswegs zielt diese Anforderung allein auf die Vermeidung von Diskriminierungen ab.²²⁴ Die Notwendigkeit der Rechtfertigung der Beschränkung durch die Art der zu vergebenden Leistung in § 7 Abs. 3 VOL/A soll vielmehr sicherstellen, dass die Beschränkung auf bestimmte Erzeugnisse etc. nicht dazu benutzt wird, mittels der Leistungsbeschreibung beliebige Kriterien in das Verga-

²²² Dieter B. Schütte / Michael Horstkotte, Vergaberecht bei öffentlichen Aufträgen, 2001, S. 9.

²²³ Thomas Maibaum, Rechtliche Rahmenbedingungen für nachhaltige Beschaffung in Kommunen – taugt unser Vergaberecht zu Bekämpfung von Sklaverei und Kinderarbeit?, in: Fonari / Führ / Stamm (Hrsg.), Kommunen und Eine Welt: Nachhaltigkeit in der öffentlichen Beschaffung, 2006, S. 23 (28).

²²⁴ So aber Thomas Maibaum, Rechtliche Rahmenbedingungen für nachhaltige Beschaffung in Kommunen – taugt unser Vergaberecht zu Bekämpfung von Sklaverei und Kinderarbeit?, in: Fonari / Führ / Stamm (Hrsg.), Kommunen und Eine Welt: Nachhaltigkeit in der öffentlichen Beschaffung, 2006, S. 23 (28).

nisteriums vom 22. 3. 2006 – 34-48.07.01/01-2178/05 –, Nr. 4.

²²¹ Vergabegrundsätze für Gemeinden nach § 25 Gemeindehaushaltsverordnung (Kommunale Vergabegrundsätze), Runderlass des Innenministeriums vom 22. 3. 2006 – 34-48.07.01/01-2178/05 –, Nr. 5.

beverfahren einzuführen und damit Beschaffungsvorgänge dem Belieben der Beschaffungsstelle anheim zu geben. Öffentliche Beschaffung erfolgt, um einen konkreten Beschaffungsbedarf zu decken. Diesen Beschaffungsbedarf inhaltlich zu definieren, ist Sache des jeweiligen öffentlichen Auftraggebers, *soweit* es sich um die Verwendbarkeit der zu beschaffenden Ware oder Leistung zur Schließung der Beschaffungslücke handelt. Beispielsweise können sich bestimmte Produktionsmethoden oder Produkte aus bestimmten Quellen anderen Produkten als mit Blick auf den Beschaffungsbedarf technisch überlegen erweisen. Hier ist eine entsprechende Beschränkung gerade durch die Art der zu vergebenden Leistung gerechtfertigt. Aus diesem Grund ist die Beschränkungsmöglichkeit des § 7 Abs. 3 VOL/A positiv gefasst: *Bestimmte* Erzeugnisse etc. können *vorgeschrieben* werden. Die Vorschrift ermöglicht aber gerade nicht den *Ausschluss* bestimmter Erzeugnisse aus Gründen, die mit der Verwendbarkeit der Ware oder Leistung zur Deckung des Beschaffungsbedarfs des öffentlichen Auftraggebers in keinem Zusammenhang stehen. Eine Einführung des Kriteriums der Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen über die Leistungsbeschreibung scheidet aus.²²⁵

Im Unterschied zu den Vergaberichtlinien kennt insbesondere § 6 Abs. 3 VOL/A keinen enumerativ wirkenden Katalog von Nachweisen betr. die unter dem Oberbegriff der Eignung zusammengefassten bieterbezogenen Kriterien, die gefordert werden dürfen. Inhaltlich dürfen sich diese Nachweise allerdings nur auf die Fachkunde, die Leistungsfähigkeit und die Zuverlässigkeit beziehen und dies auch nur, soweit es durch den Gegenstand des Auftrags gerechtfertigt ist (§ 6 Abs. 3 VOL/A).

Dies schließt es auch auf der Ebene der Vergabe- und Vertragsordnungen grundsätzlich aus, die Beachtung der IAO-

Kernarbeitsnormen als bieterbezogenes Kriterium einzuführen.²²⁶ Soweit teilweise – etwa in der Begründung von Vorlagen für Beschlüsse kommunaler Gremien – davon ausgegangen wird, die Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen, insbesondere des Übereinkommens 182 zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit, könne im Rahmen der Prüfung der Zuverlässigkeit der Bieter berücksichtigt werden, so dürfte dies in dieser Allgemeinheit mit der Zielrichtung der Zuverlässigkeitsprüfung kaum vereinbar sein. Der in vielen Teilbereichen des öffentlichen Wirtschaftsrechts verwendete Begriff der Zuverlässigkeit erfordert eine Prognose von dem auf Tatsachen begründeten Gesamteindruck des Verhaltens des Betreffenden auf die Gewähr, dass er die fragliche Tätigkeit künftig ordnungsgemäß vornehmen bzw. die in Rede stehende Leistung ordnungsgemäß erbringen wird.²²⁷ Für die vergaberechtliche Zuverlässigkeitsprüfung gilt im Kern nichts anderes. Im vergaberechtlichen Sinne zuverlässig ist ein Bieter, der seinen gesamten gesetzlichen Verpflichtungen nachgekommen ist und der aufgrund der Erfüllung früherer Verträge eine einwandfreie Ausführung des Auftrags einschließlich ggf. der Erbringung von Gewährleistungen erwarten lässt.²²⁸ Bezugspunkt auch der Zuverlässigkeitsprüfung ist daher die betreffende Leistung.²²⁹ An der Zuverlässigkeit des Bieters

²²⁶ Vgl. allgemein für die Einführung vergabefremder Aspekte unterhalb der Schwellenwerte *Heike Glahs*, in: Kapellmann / Messerschmidt (Hrsg.), VOB Teile A und B, 3. Aufl. 2010, § 6 VOB/A Rdnr. 27.

²²⁷ Zu § 35 GewO: BVerwGE 65, S. 1 f.; *Kurt-Michael Heß*, in: Friauf (Hrsg.), Kommentar zur Gewerbeordnung, Stand: 212 Erg.-Lf. November 2006, § 35 GewO Rdnr. 48 f.; *Peter J. Tettinger*, in: ders. / Wank, Gewerbeordnung, 7. Aufl. 2004, § 35 Rdnr. 26. Zu § 4 GastG: *Richard Metzner*, Gaststättengesetz, 6. Aufl. 2002, § 4 Rdnr. 10.

²²⁸ OLG Rostock VergabeR 2009, S. 660 (670); *Jan Ziekow*, in: Ziekow / Völlink (Hrsg.), Vergaberecht, 2011, § 97 GWB Rdnr. 99.

²²⁹ OLG Brandenburg VergabeR 2007, S. 235 (240 f.)..

²²⁵ *Rainer Noch*, Rechtliche Prüfung der Umsetzung sozialer Vergabekriterien, Stellungnahme für das Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung vom 19. 7. 2006, S. 16 f.

kann nur dann gezweifelt werden, wenn er entweder gesetzliche Verpflichtungen nicht beachtet oder frühere Verträge nicht ordnungsgemäß erfüllt hat.

Insoweit ist daher zu unterscheiden: Soweit die IAO-Kernarbeitsnormen in deutsches Recht transformiert worden sind, was ganz überwiegend der Fall sein dürfte, vermögen Verstöße gegen diese nationalen Rechtsnormen die Unzuverlässigkeit des Bieters zu begründen. Allerdings ist der Geltungsbereich dieser Bestimmungen regelmäßig auf den Geltungsbereich des Grundgesetzes beschränkt. Sofern es um die Prüfung von Verhaltensweisen geht, die im Ausland begangen werden, sind diese zwar durchaus nicht von vornherein unbeachtlich. So ist ein großer Teil der vom IAO-Übereinkommen 182 erfassten Formen der Kinderarbeit nach dem Strafgesetzbuch strafbar, und zwar unter den Voraussetzungen aus § 7 StGB auch bei einer Begehung im Ausland. Allerdings setzt § 7 StGB voraus, dass die Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist. Sind also die IAO-Kernarbeitsnormen in einem Staat nicht in nationales Recht umgesetzt worden, so sind in diesem Staat begangene Verstöße gegen die IAO-Kernarbeitsnormen nach deutschem Recht irrelevant, soweit nicht Sonderregelungen anderes gebieten. Dies gilt um so mehr, wenn die Verstöße nicht in einem dem Bieter selbst gehörenden Betrieb, sondern in dem Unternehmen des Erstproduzenten oder eines Zwischenhändlers erfolgt sind. Solche Verstöße sind für die vergaberechtliche Zuverlässigkeitsprüfung ohne Bedeutung.

Im Vergleich zur Rechtslage ab Erreichen der Schwellenwerte (oben IV.1.d.bb) ist der Ausschlussgrund der nachweislichen schweren Verfehlung unterhalb der Schwellenwerte leichter zur Anwendung zu bringen. Unterhalb der Schwellenwerte ist es zulässig, bereits an eine Verletzung der Auskunftspflicht durch den Bieter die Konsequenz des Ausschlusses zu knüpfen.²³⁰ Dies ändert aber nichts daran, dass eine solche Aus-

kunftspflicht nur besteht, wenn der Auftraggeber konkrete Anhaltspunkte für das Vorliegen einer schweren Verfehlung hatte. Die pauschale Abforderung einer Erklärung von allen Bietern, dass bei der Herstellung des Produkts bzw. der Erbringung der Bau- oder Dienstleistung die IAO-Kernarbeitsnormen beachtet worden sind bzw. werden, ist unzulässig.

Der Zuschlag ist sowohl nach VOB/A (§ 16 Abs. 6 Nr. 3 S. 2) als auch nach VOL/A (§ 16 Abs. 8) auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. Zur Bestimmung des wirtschaftlichsten Angebots kommen nur auf die Leistung bezogene Kriterien in Betracht.²³¹ Von vornherein als unzulässig ausscheiden müssen daher alle Aspekte, die sich nicht auf die Leistung selbst, sondern auf die Organisation des bietenden Unternehmens im Allgemeinen beziehen. Im Übrigen gilt nichts anderes als für Vergaben oberhalb der Schwellenwerte (oben IV.1.b. und d.cc).

Auch unterhalb der Schwellenwerte kann eine Einbeziehung des Gesichtspunkts der Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen in die öffentliche Beschaffung im Wesentlichen nur über die Vereinbarung von Vertragsbedingungen erfolgen.²³² Sollen in Ausnahmefällen solche besonderen Vertragsbedingungen vereinbart werden, die nicht in den Allgemeinen Vertragsbedingungen vorgesehen sind, so ist zum einen Voraussetzung, dass begründet wird, weshalb aus zwingenden Gründen die Einbeziehung der besonderen

²³⁰ Hans-Joachim Prieß / Friedrich Ludwig Hausmann, in: Motzke / Pietzcker / Prieß, VOB/A, 2001, § 8 Rdnr. 116.

²³¹ Maria Vavra, in: Ziekow / Völlink (Hrsg.), Vergaberecht, 2011, § 16 VOB/A Rdnr. 50. A. M. Thomas Maibaum, Rechtliche Rahmenbedingungen für nachhaltige Beschaffung in Kommunen – taugt unser Vergaberecht zu Bekämpfung von Sklaverei und Kinderarbeit?, in: Fonari / Führ / Stamm (Hrsg.), Kommunen und Eine Welt: Nachhaltigkeit in der öffentlichen Beschaffung, 2006, S. 23 (28).

²³² Wenngleich § 9 Abs. 1 VOL/A die besonderen Vertragsbedingungen nicht mehr ausdrücklich nennt, sind sie doch weiterhin zulässig, Hans-Peter Kulartz, in: ders. / Marx / Portz / Prieß (Hrsg.), Kommentar zur VOL/A, 2. Aufl. 2011, § 9 Rdnr. 5.

Vertragsbedingung erforderlich ist.²³³ Zum anderen soll die Vereinbarung nicht weitergehen, als es die Eigenart der Leistung und ihre Ausführung erfordern (§ 8 Abs. 4 Nr. 2 S. 2 VOB/A). Notwendig ist also auch insoweit ein Auftragsbezug. In keinem Fall können die sozialen Umstände der Herstellung als Eigenart der Leistung selbst angesehen werden.

In Betracht kommt also auch bei Beschaffungen unterhalb der Schwellenwerte allenfalls die Einbeziehung als Ausführungserfordernis. Ob es die Eigenart der Ausführung von Bau- oder gar Lieferaufträgen erfordert, dass die IAO-Kernarbeitsnormen beachtet werden, darf durchaus bezweifelt werden. Denn im Kern bezieht sich die genannte Formulierung auf die Möglichkeit, Spezifika einer besonderen Leistung berücksichtigen zu können.²³⁴ Doch wird dies für die kommunale Praxis dahin stehen können, wird doch weder das Vergabeverfahren fehlerhaft noch die Vertragsklausel unwirksam, wenn die Kautelen für eine Abweichung von den Allgemeinen Vertragsbedingungen nicht beachtet sind.²³⁵ Anders als bei Vergaben ab Erreichen der Schwellenwerte ist es daher unschädlich, wenn die auf die Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen bezogene Vertragsbedingung auch dann verwendet wird, wenn das den Auftrag ausführende Unternehmen Waren aus seinen Lagerbeständen liefert.

²³³ Katja Gnittke / Oliver Hattig, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen – VOL/A, 3. Aufl. 2010, § 11 EG Rdnr. 19.

²³⁴ Frank Verfürth, in: Kulartz / Marx / Portz / Prieß (Hrsg.), Kommentar zur VOB/A, 2010, § 8 Rdnr. 58.

²³⁵ Claus von Rintelen, in: Kapellmann / Messerschmidt (Hrsg.), VOB Teile A und B, 3. Aufl. 2010, § 8 VOB/A Rdnr. 72; Frank Verfürth, in: Kulartz / Marx / Portz / Prieß (Hrsg.), Kommentar zur VOB/A, 2010, § 8 Rdnr. 57.

3. Vorgaben zur Berücksichtigung der IAO-Kernarbeitsnormen auf Landesebene

a) Gesetzliche Regelungen

Regelungen zur Berücksichtigung der IAO-Kernarbeitsnormen in Vergabeverfahren in der Form eines formellen Bundesgesetzes sind mittlerweile in mehreren Bundesländern verabschiedet worden; in weiteren Bundesländern befinden sich entsprechende Gesetzentwürfe im parlamentarischen Beratungsgang. Die Regelungsdichte dieser Regelungen ist unterschiedlich:

Das Saarländische Vergabe- und Tariftreugesetz²³⁶, das für alle öffentlichen Auftraggeber und Aufträge ab einem geschätzten Auftragswert von € 50.000 gilt (§ 1 Abs. 5), sieht in seinem § 10 vor, dass bei der Vergabe von Leistungen darauf hinzuwirken ist, dass keine Waren Gegenstand der Leistung sind, die unter Missachtung der in den IAO-Kernarbeitsnormen festgelegten Mindeststandards - die im einzelnen durch Aufzählung der einschlägigen Kernarbeitsnormen bezeichnet werden - gewonnen oder hergestellt worden sind.

Weitergehende und untereinander strukturell vergleichbare Regelungen enthalten das Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz²³⁷, das Bremer Tariftreue- und Vergabegesetz, das Hamburgische Vergabegesetz und das Thüringer Vergabe- und Mittelförderungsgesetz, die sämtlich für Vergaben ab Erreichen und unterhalb der Schwellenwerte gelten (vgl. § 1 Abs. 1 BlnAusVgG; § 2 BremTT-VgG; § 1 HmbVgG; § 1 Abs. 1 ThürVgG - sofern der Auftragswert bei Bauaufträgen € 50.000 und bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen € 20.000 übersteigt). Alle diese Gesetze enthalten ei-

²³⁶ Gesetz Nr. 1719 über die Vergabe öffentlicher Aufträge und zur Sicherung von Sozialstandards und Tariftreue im Saarland v. 15. 9. 2010, ABl.Saarl S. 1378.

²³⁷ Vom 8. 7. 2010, GVBl. Bln. S. 399, BlnAusVgG.

ne besondere Vorschrift, die die Verpflichtung öffentlicher Auftraggeber statuiert, bei der Vergabe öffentlicher Aufträge darauf hinzuwirken, dass keine Waren Gegenstand der Leistung sind, die unter Missachtung der in den IAO-Kernarbeitsnormen festgelegten Mindeststandards gewonnen oder hergestellt worden sind (§ 8 Abs. 1 BlnAusVgG; § 18 Abs. 2 BremTT-VgG; § 3a Abs. 1 HmbVgG; § 11 Abs. 1 ThürVgG - mit in der Sache unerheblicher Wortlautabweichung). Aus diesem Grund dürfen Lieferaufträge gem. § 8 Abs. 2 BlnAusVgG, § 3a Abs. 2 HmbVgG nur mit einer Ergänzenden Vertragsbedingung vergeben werden; in § 11 Abs. 2 ThürVgG fehlt zwar die ausdrückliche Bezugnahme auf eine Ergänzende Vertragsbestimmung, die aber ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs der Vorschrift als Instrument zugrunde liegt²³⁸. Bremen verwendet den Ausdruck „vertragliche Regelungen“ (§ 18 Abs. 2 S. 3 BremTT-VgG).

Die Vertragsbedingung hat den Auftragnehmer zur Auftragsausführung ausschließlich mit Waren zu verpflichten, die nachweislich oder gemäß einer entsprechenden Zusicherung unter „bestmöglicher Beachtung“ der IAO-Kernarbeitsnormen gewonnen oder hergestellt worden sind (§ 8 Abs. 2 BlnAusVgG, § 3a Abs. 2 HmbVgG). Die Unbestimmtheit des Begriffs „bestmögliche Beachtung“ (§ 11 Abs. 2 ThürVgG spricht nur von „Beachtung“) ist nur deshalb hinnehmbar, weil § 8 Abs. 2 S. 2 BlnAusVgG, § 3a Abs. 2 S. 2 HmbVgG die öffentlichen Auftraggeber verpflichtet, die von den Bietern für die betreffende Vergabe zu erbringenden Nachweise oder Erklärungen entsprechend zu konkretisieren. § 3a Abs. 2 HmbVgG und § 11 Abs. 2 ThürVgG lassen insoweit neben einem vom Bieter zu führenden Nachweis auch eine „entsprechende Zusicherung“ zu, wohingegen § 8 Abs. 2 BlnAusVgG auf einer „nachweislichen“ Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen besteht. Bedenken gegen diese Regelungen, die für Vergaben ab Erreichen der Schwellenwerte entsprechend den oben III und IV aufgezeigten Grundsätzen unions- und bun-

desrechtskonform – dies bedeutet nach dem oben III.2.a zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Ausgeführten etwa, dass auch in Berlin ggf. eine Zusicherung des Bieters ausreicht – auszulegen sind, obwalten nicht.

b) Verwaltungsvorschriften

Sich auf die Vermeidung des Erwerbs von Produkten aus ausbeuterischer Kinderarbeit richtende Verwaltungsvorschriften sind etwa in Baden-Württemberg²³⁹, Bayern²⁴⁰, Nordrhein-Westfalen²⁴¹ und Rheinland-Pfalz²⁴² erlassen worden.

aa) Baden-Württemberg und Bayern

Die bayerischen und baden-württembergischen Regelungen gelten für alle Vergaben der Behörden und Betriebe des Landes sowie die landesunmittelbaren juristischen Personen (Nr. 4 S. 1 VwV Kinderarbeit öA BW) bzw. staatlicher Vergabestellen (Nr. 4 S. 1 Bek. Kinderarbeit Bay). Kommunalen Auftraggebern wird eine Anwendung der Grundsätze empfohlen (Nr. 8 VwV Kinder-

²³⁹ Verwaltungsvorschrift der Ministerien zur Vermeidung des Erwerbs von Produkten aus ausbeuterischer Kinderarbeit bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 20. 8. 2008, GABI. 2008, S. 325. Im Folgenden: VwV Kinderarbeit öA BW.

²⁴⁰ Bekanntmachung der Bayerischen Staatsregierung vom 29. 4. 2008 „Vermeidung des Erwerbs von Produkten aus ausbeuterischer Kinderarbeit“, Az.: B II 2 – 515-252, StAnz Nr. 20 v. 16.5.2008. Im Folgenden: Bek. Kinderarbeit Bay.

²⁴¹ Runderlass zur Vermeidung der Beschaffung von Produkten aus schlimmsten Formen der Kinderarbeit vom 23. 3. 2010, Az.: 121 – 80 – 52/01 –, MBl. NRW 2010, S. 293.

²⁴² Erlass des Ministeriums für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau betr. Nichtberücksichtigung von Produkten aus ausbeuterischer Kinderarbeit im Sinne des IAO-Übereinkommens Nr. 182 bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 6.4.2010, Az.: 8205 – 381015.

²³⁸ ThürLT-Drucks. 5/1500 sub B. zu § 15.

arbeit öA BW, Nr. 8 Bek. Kinderarbeit Bay). Für bestimmte Produkte wird den Bietern zur Abklärung der Zuverlässigkeit des Auftragnehmers (Nr. 5 S. 1 VwV Kinderarbeit öA BW, Nr. 5 S. 1 Bek. Kinderarbeit Bay) eine Eigenerklärung abgefordert (Nr. 4 S. 1 VwV Kinderarbeit öA BW, Nr. 4 S. 1 Bek. Kinderarbeit Bay). Sie muss u. a. die Zusicherung enthalten, „dass die Herstellung bzw. Bearbeitung der zu liefernden Produkte ohne ausbeuterische Kinderarbeit im Sinn des ILO(IAO)-Übereinkommens Nr. 182 erfolgt bzw. erfolgt ist sowie ohne Verstöße gegen Verpflichtungen, die sich aus der Umsetzung dieses Übereinkommens oder aus anderen nationalen oder internationalen Vorschriften zur Bekämpfung von ausbeuterischer Kinderarbeit ergeben“ (Nr. 5 S. 3 lit. b VwV Kinderarbeit öA BW, Nr. 5 S. 3 lit. b Bek. Kinderarbeit Bay). Kann eine solche Erklärung nicht abgegeben werden, so muss das Unternehmen zusichern, dass es selbst, seine Lieferanten und deren Nachunternehmer aktive und zielführende Maßnahmen ergriffen haben, um ausbeuterische Kinderarbeit im Sinn des IAO-Übereinkommens Nr. 182 bei der Herstellung bzw. Bearbeitung der zu liefernden Produkte auszuschließen (Nr. 5 S. 3 lit. c VwV Kinderarbeit öA BW, Nr. 5 S. 3 lit. c Bek. Kinderarbeit Bay).

Auch gegen diese Regelungen ist im Wesentlichen nichts zu erinnern.²⁴³ Dass die Eigenerklärung der Eignungsprüfung zugeordnet wird (dazu oben IV.1.a und IV.2.a), ist unschädlich, weil maßgebend für die rechtliche Bewertung die Ausgestaltung in der einzelnen Vergabe ist. Hier lässt die Bezeichnung als „Vertragsbestandteil“ (Nr. 4 S. 1 VwV Kinderarbeit öA BW, Nr. 4 S. 1 Bek. Kinderarbeit Bay) den Vergabestellen genügend Raum, die Erklärung in gemeinschaftsrechtskonformer Weise als Ausführungsbedingung zu fassen.

Problematisch hingegen ist die Verwendung des Begriffs der „ausbeuterischen Kinderarbeit“, der den IAO-Übereinkommen fremd

ist; IAO-Übereinkommen Nr. 182 verwendet vielmehr den Terminus „schlimmste Formen der Kinderarbeit“. Diese Falschbezeichnung ist unschädlich, soweit der Begriff der „ausbeuterischen Kinderarbeit“ wie in Nr. 5 S. 3 lit. c VwV Kinderarbeit öA BW, Nr. 5 S. 3 lit. c Bek. Kinderarbeit Bay unter Verweis auf das IAO-Übereinkommen Nr. 182 verwendet und dadurch das Begriffsverständnis offen gelegt wird. Hingegen soll der Bieter nach Nr. 5 S. 3 lit. b VwV Kinderarbeit öA BW, Nr. 5 S. 3 lit. b Bek. Kinderarbeit Bay zusätzlich erklären, dass auch kein Verstoß gegen andere nationale oder internationale Vorschriften zur Bekämpfung ausbeuterischer Kinderarbeit vorliegt. Mag man dies trotz der fehlenden Definition des Begriffs „ausbeuterische Kinderarbeit“ für nationale Normen noch für leistbar halten können, so ist dies für den in keiner Weise eingegrenzten Kreis „anderer internationaler Rechtsvorschriften“ schlechterdings unmöglich. Zum einen ist nicht klar, was unter „ausbeuterischer Kinderarbeit“ zu verstehen ist; die Ermittlung eines gemeinsamen Kanons an Grundüberzeugungen aus den diversen Schichten regionaler und globaler Abkommen zu ermitteln, wird man einem Bieter nicht zumuten können. Zum anderen handelt es dabei in der Regel um völkerrechtliche Verträge, die innerstaatliche Rechtssubjekte nicht per se binden. Ihre Kenntnis dem Bieter aufzubürden, verstößt gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

bb) Nordrhein-Westfalen

Der nordrhein-westfälische Runderlass gilt für die öffentlichen Auftraggeber des Landes (Nr. 2), den Gemeinden und Gemeindeverbänden wird er zur Anwendung empfohlen (Nr. 4) und bezieht sich nur auf die schlimmsten Formen der Kinderarbeit im Sinne der IAO-Kernarbeitsnorm Nr. 182 (Nr. 1) und nur für das Angebot oder die Verwendung von Produkten aus den in Nr. 2.1 aufgeführten Produktgruppen bei der Leistungserbringung. Eine Berücksichtigung der IAO-Kernarbeitsnorm Nr. 182 im Vergabeverfahren sieht der Erlass an zwei Stellen vor:

²⁴³ Zur hinreichenden Bestimmtheit des Rege-
lungsmechanismus vgl. VK Baden-Württemberg
VergabeR 2010, S. 713 (716 f.).

- Gem. Nr. 2.2 sind wegen einer nachweislichen schweren Verfehlung solche Bewerber als ungeeignet auszuschließen, „die im allgemeinen Geschäftsverkehr oder im Zusammenhang mit der Leistungserbringung Produkte anbieten oder verwenden, von denen bekannt ist oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht bekannt ist, dass sie unter Bedingungen, die den schlimmsten Folgen der Kinderarbeit im Sinne des ILO-Übereinkommens Nr. 182 entsprechen, hergestellt oder vertrieben worden sind“. Die Vermeidung der Verwendung entsprechender Produkte kann der Bieter – gleichwertig – 1. durch Vorlage einer unabhängigen Zertifizierung oder eines vergleichbaren Nachweises, 2. eine verbindliche Erklärung des Bieters, dass er sich vergewissert hat, dass die verwendeten Produkte ohne den Einsatz von Kinderarbeit im Sinne des ILO-Übereinkommens Nr. 182 hergestellt oder vertrieben worden sind, oder 3. eine verbindliche Erklärung über die Ergreifung wirksamer Maßnahmen zur Vermeidung der Verwendung der genannten Produkte nachweisen.

Wie ausgeführt (oben V.2) begegnet die Forderung nach der Vorlage der genannten Nachweise bzw. Abgabe der Erklärungen grundsätzlich keinen Bedenken, soweit sie sich auf Vergaben unterhalb der Schwellenwerte beziehen. Zwar erfordert der Ausschlussgrund der nachweislichen schweren Verfehlung eine Prüfung im Einzelfall, ob eine solche Verfehlung vorliegt. Jedoch ist es den zuständigen Stellen unbenommen, entsprechende Typisierungen von Fallgruppen vorzunehmen, die allerdings für eine gerichtliche Prüfung nicht verbindlich ist. Da die Nachweise bzw. Erklärungen auch nicht bei allen Vergaben, sondern nur bei solchen Vergaben verlangt werden, bei denen wegen der betroffenen Produktgruppen zumindest ein Anfangsverdacht bestehen könnte, liegt auch der notwendige Konkretisierungsbezug vor. In Anbetracht dessen, dass die Anwendung der Vergabe- und Vertragsordnungen in Nordrhein-Westfalen nur auf der Bekanntmachung der Vergabe-grundsätze im Erlasswege beruht (oben

V.1), ist es den zuständigen Stellen ohnehin unbenommen, durch Erlass modifizierende Regelungen zu erlassen.

Für Vergaben ab Erreichen der Schwellenwerte steht diese Möglichkeit nicht zur Verfügung. Hinsichtlich solcher Vergaben gilt es Folgendes zu bedenken:

- Aufgrund der unionsrechtlichen Vorgabe in Art. 45 Abs. 2 lit. d VKR, die in § 6 Abs. 3 Nr. 3 lit. g VOB/A, § 6 Abs. 6 lit. c VOL/A übernommen wurde, erfolgt der Ausschluss auch bei Nachweis einer schweren Verfehlung nicht pflichtig, sondern nach Ermessen, das in jedem Einzelfall auszuüben ist²⁴⁴. Demgegenüber sieht Nr. 2.2 des nordrhein-westfälischen Runderlasses einen obligatorischen Ausschluss („sind ... auszuschließen“) ohne Durchführung einer Einzelfallprüfung vor. Allerdings wird man akzeptieren können, dass in den von der genannten Bestimmung des Erlasses erfassten Fällen der vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Verwendung von unter Verstoß gegen die IAO-Kernarbeitsnorm Nr. 182 hergestellt oder vertriebenen Produkten kein Raum für eine zum Nichtausschluss führende Ermessensausübung ist.
- Problematischer dürfte sein, dass zu den durch die Nachweise bzw. Erklärungen des Bieters auszuschließenden schweren Verfehlungen nicht nur solche „im allgemeinen Geschäftsverkehr“ des Bieters, sondern auch Verfehlungen „im Zusammenhang mit der Leistungserbringung“ sein sollen. Offenbar soll der Ausschluss also nicht nur wegen vergangener, sondern auch wegen zukünftiger Verfehlungen möglich sein. Dies dürfte aus mehreren Gründen unzulässig sein: Zum einen muss das Vorliegen einer schweren Verfehlung durch den Auftraggeber beweisbar sein.²⁴⁵ Eine zu-

²⁴⁴ Tobias Hänzel, in: Ziekow / Völlink (Hrsg.), Vergaberecht, 2011, § 6 VOL/A Rdnr. 11.

²⁴⁵ Friedrich Hausmann / von Hoff, in: Kulartz / Marx / Portz / Prieß (Hrsg.), Kommentar zur VOL/A, 2. Aufl. 2011, § 6 EG Rdnr. 110.

künftige Tatsache aber ist dem Beweis nicht zugänglich. Zum anderen ist nach dem der Systematik der VKR zugrunde liegenden Phasenmodell (oben IV.1.c) die Phase der Erbringung der konkret beauftragten Leistung nach Zuschlagserteilung der Regelung durch Ausführungsbedingungen zugeordnet und kann nicht zum Gegenstand bieterbezogener Nachweise bzw. Erklärungen gemacht werden.

- Auch wenn nicht verkannt wird, dass § 7 Abs. 7 EG VOL/A vorsieht, dass die Auftraggeber von den Bietern Bescheinigungen oder Erklärungen darüber verlangen können, dass die Ausschlussgründe des § 6 Abs. 6 EG VOL/A auf sie nicht zutreffen, und hierzu ausweislich § 7 Abs. 7 S. 3 EG VOL/A auch der Ausschlussgrund der nachweislichen schweren Verfehlung (§ 6 Abs. 6 lit. c EG VOL/A) zählt, ist nochmals darauf hinzuweisen, dass Art. 45 Abs. 3 VKR einzig für diesen Ausschlussgrund *nicht* die Einholung von Bieternachweisen vorsieht. Da § 6 Abs. 6 EG VOL/A gerade für den Ausschlussgrund der schweren Verfehlung eine andere Nummerierung der fakultativen Ausschlussgründe als Art. 45 Abs. 2 VKR vorsieht, § 7 Abs. 7 S. 3 EG VOL/A aber gleichwohl die Verweisnummerierung aus Art. 45 Abs. 3 S. 2 VKR übernimmt, ist wegen der fehlenden Anpassung von einem Redaktionsversehen auszugehen. Nr. 2.2 des nordrhein-westfälischen Runderlasses darf deshalb bei Vergaben ab Erreichen der Schwellenwerte nicht angewendet werden.
- Zusätzlich verlangt Nr. 2.3 des nordrhein-westfälischen Runderlasses die Aufnahme einer Ausführungsbedingung, dass der Auftrag ausschließlich mit Waren ausgeführt wird, die nachweislich oder gemäß einer entsprechenden Zusage unter bestmöglicher Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen hergestellt oder beschafft worden sind. Gegen diese Regelung obwalten keine Bedenken. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass sich diese Bestimmung abweichend vom

Titel des Erlasses nicht allein auf die IAO-Kernarbeitsnorm Nr. 182, sondern auf alle Kernarbeitsnormen bezieht. Diese sind in der Vertragsbedingung im Einzelnen zu bezeichnen.

cc) Rheinland-Pfalz

In Rheinland-Pfalz verlangt der Erlass vom 6. 4. 2010 von den Landesbehörden (den Kommunen, landeseigenen Unternehmen oder Unternehmen mit Landesbeteiligung sowie den sonstigen der Aufsicht des Landes unterliegenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts wird die Anwendung empfohlen) bei der Beschaffung im Einzelnen aufgeführter Produkte aus Afrika, Asien oder Lateinamerika die Beifügung einer Vertragsbedingung, deren Einhaltung die Bieter per Eigenerklärung versichern müssen. Sie ist darauf gerichtet, dass bei der Ausführung des Auftrags nur Produkte Berücksichtigung finden, die ohne ausbeuterische Kinderarbeit im Sinne des IAO-Übereinkommens hergestellt oder bearbeitet wurden, bzw. das Unternehmen, seine Lieferanten und deren Nachunternehmer aktiv und zielführende Maßnahmen zum Ausschluss ausbeuterischer Kinderarbeit eingeleitet haben. In den Grenzen des (oben IV.1.d.dd) zur Reichweite der Ausführungsbedingungen Ausgeführten ist hiergegen nichts zu erinnern.

VI. Möglichkeiten und Grenzen zur Einbeziehung von Aspekten der IAO-Kernarbeitsnormen in Vergabeverfahren sowie Folgerungen für die kommunale Praxis

Fasst man die Ergebnisse dieser Arbeit zur Zulässigkeit der Einziehung von IAO-Kernarbeitsnormen in Vergabeverfahren zusammen, so lassen sich Grundsätze formulieren, die für Vergaben unterhalb und ab Erreichen der Schwellenwerte nicht unerhebliche Gemeinsamkeiten aufweisen:

1. Eine Pflicht öffentlicher Auftraggeber, bei öffentlichen Beschaffungen auf die Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen zu dringen, besteht nur dann, wenn sie durch Landesgesetz oder zumindest durch Verwaltungsvorschrift explizit vorgeschrieben ist. Die Einbeziehung des Gesichtspunkts der Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen in das Vergabeverfahren ist nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig.
2. Weder die Warenverkehrs- noch die Dienstleistungsfreiheit des AEUV hindern die Berücksichtigung der Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen in Vergabeverfahren. Zwar wirkt die Einbeziehung dieses Kriteriums sowohl potentiell handelsbehindernd als auch als Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit, ist jedoch aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt. Das aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung abgeleitete Transparenzgebot fordert, dass das Kriterium in der Bekanntmachung bzw. den Verdingungsunterlagen angegeben werden muss.
3. Das Kriterium der Beachtung von IAO-Kernarbeitsnormen muss exklusiv einer der drei Kategorien Eignungskriterien, Zuschlagskriterien oder Bedingungen für die Auftragsausführung zugeordnet werden, die getrennt voneinander geprüft werden. Die Notwendigkeit des Bestehens eines Auftragsbezugs gilt für jede der drei Kategorien. Ein nicht auf den konkreten Auftrag, sondern die

Beschäftigungsbedingungen in dem bietenden Unternehmen im Allgemeinen abstellendes Kriterium ist unzulässig.

4. a) Als bieterbezogenes Kriterium auf der Stufe der Eignungsprüfung ist die Beachtung von IAO-Kernarbeitsnormen bei Vergaben ab Erreichen der Schwellenwerte ausnahmslos und für öffentliche Aufträge unterhalb der Schwellenwerte insoweit unzulässig, wie es sich um die Abwehr von Verstößen handelt, die außerhalb des Geltungsbereichs des Grundgesetzes oder nicht von dem betreffenden Bieter selbst begangen werden oder in dem Staat, in dem das Produkt hergestellt wird, keinem strafbewehrten Verbot unterfallen.

Unterhalb der Schwellenwerte könnte die Berücksichtigung eines entsprechenden Zuverlässigkeitskriteriums durch die Einfügung einer Öffnungsklausel in die die Verbindlichkeit der VOB/A oder VOL/A anordnenden haushaltsrechtlichen Vorschriften, Landesvergabegesetze oder ministeriellen Richtlinien ermöglicht werden. Eine abschließende bundesrechtliche Regelung, die eine entsprechende Kompetenz der Länder sperren würde, liegt derzeit nicht vor.

b) Möglich ist lediglich die Berücksichtigung von Verstößen gegen IAO-Kernarbeitsnormen unter dem Gesichtspunkt des Ausschlusses des Bieters vom Vergabeverfahren wegen einer nachweislich festgestellten schweren beruflichen Verfehlung. Ein solcher Ausschluss setzt in jedem Fall voraus, dass der öffentliche Auftraggeber konkrete Anhaltspunkte für das Vorliegen einer schweren Verfehlung hat. Die pauschale Abforderung einer Erklärung von allen Bietern, dass bei der Herstel-

lung des Produkts bzw. der Erbringung der Bau- oder Dienstleistung die IAO-Kernarbeitsnormen beachtet worden sind, ist unzulässig.

5. In Ermangelung des notwendigen Zusammenhangs mit dem Auftragsgegenstand kann die Beachtung von IAO-Kernarbeitsnormen ab Erreichen der Schwellenwerte nicht als Zuschlagskriterium in das Vergabeverfahren eingeführt werden.
6. a) Die Formulierung der Anforderung der Beachtung von IAO-Kernarbeitsnormen als Bedingung für die Auftragsausführung ist zulässig. Die vollständige, auch den Produktionsprozess erfassende Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen kann für Warenlieferungen bei Aufträgen ab Erreichen der Schwellenwerte nur dadurch durchgesetzt werden, dass die Ausschreibung auf die Lieferung erst noch herzustellender Waren begrenzt wird. Soweit sich das Kriterium auf den Produktions- oder Handelsprozess bereits fertiger Waren bezieht, kann die Beachtung von IAO-Kernarbeitsnormen nur noch für den Lieferprozess eingefordert werden.

Möglich ist aber eine mittelbare Einbeziehung des Produktionsprozesses dergestalt, dass dem Bieter, der seinerseits die zu liefernde Ware in Ausführung des Auftrags erst noch ankaufen muss, als Vertragsbedingung aufgegeben wird, von dem Hersteller oder Zwischenhändler wiederum die Vorlage einer unabhängigen Zertifizierung oder die Abgabe einer verbindlichen Erklärung, dass das Produkt unter Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen hergestellt bzw. gehandelt wurde etc., zu verlangen.

Liefert der Bieter hingegen Ware aus seinen Lagerbeständen, so kann ihm ein solches Vorgehen gegenüber dem Hersteller oder einem Zwischenhändler nicht aufgegeben werden. Die Lieferung aus Lagerbeständen sollte daher in Gestalt einer Vertragsbedingung ausgeschlossen werden.

Unterhalb der Schwellenwerte wird die Vergabe hingegen nicht fehlerhaft, wenn das Verlangen nach Vorlage einer Zertifizierung oder eines anderen Nachweises oder nach Abgabe einer Erklärung auch in den Fällen als Vertragsbedingung vorgegeben wird, in denen das Unternehmen Waren aus seinen Lagerbeständen liefert.

b) Ab Erreichen der Schwellenwerte ist Rechtsgrundlage für die Berücksichtigung von Ausführungsbedingungen nunmehr § 97 Abs. 4 S. 2 GWB. Unterhalb der Schwellenwerte können die besonderen Vertragsbedingungen (wohl) auf die VOL/A bzw. § 8 VOB/A gestützt werden. Hier könnte darüber hinaus die Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen durch eine Änderung der die Anwendung der Vergabe- und Vertragsordnungen anordnenden Gesetze oder Richtlinien zugelassen werden.

c) Die Ausführungsbedingungen werden als Vertragsbedingungen in den Beschaffungsprozess eingeführt, worauf in der Auftragsbekanntmachung bzw. den Verdingungsunterlagen hinzuweisen ist. Dem Bieter sollte dabei aufgegeben werden, sich bei Einreichung des Angebots auf die Akzeptierung der Vertragsbedingungen zu verpflichten. Unterlässt der Bieter die Abgabe einer solchen Erklärung, so ist er auszuschließen.

d) Die einzuhaltenden IAO-Kernarbeitsnormen sind im Einzelnen zu benennen. Dabei ist zu beachten, dass einzelne Kernarbeitsnormen, wie z. B. das Übereinkommen 138 den Mitgliedstaaten Spielräume belassen. In diesen Fällen ist die Beachtung der betreffenden Kernarbeitsnorm in der Fassung der diese jeweils umsetzenden nationalen Rechtsvorschrift aufzugeben. Bestehen solche Umsetzungsspielräume wie etwa bei dem IAO-Übereinkommen 182 nicht oder allenfalls am Rande, so kann unmittelbar auf diese Kernarbeitsnorm Bezug genommen werden.

e) Verstöße gegen die in der Vertragsbedingung aufgegebenen Verpflichtungen können zu vertragsrechtlichen Konsequenzen führen, wobei nach Möglichkeit ein vertragliches Rücktrittsrecht vorzubehalten oder ein Vertragsstrafeversprechen vorzu-

sehen ist. In späteren Vergabeverfahren kann der betreffende Bieter wegen Unzuverlässigkeit ausgeschlossen werden.

7. Zur Nutzung der ab Erreichen der Schwellenwerte gemäß § 97 Abs. 4 S. 3 GWB bestehenden Möglichkeit zur Einführung weiterer Anforderungen durch Bundes- oder Landesgesetz reicht die bloße Ratifizierung der IAO-Kernarbeitsnormen nicht aus. Darüber hinaus läuft die Vorschrift weitestgehend leer, weil die durch Art. 26 VKR vorgenommene Privilegierung sozialer und ökologischer Belange *nur* unter den dort genannten Voraussetzungen als abschließend zu verstehen ist.

8. Selbst eine nach dem Vorstehenden zulässige Einführung des Kriteriums der Beachtung von IAO-Kernarbeitsnormen in Vergabeverfahren bedarf der Rechtfertigung am Maßstab der Angemessenheitsprüfung, stellt doch das genannte Kriterium einen Eingriff in die durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Vertragsfreiheit im unternehmerischen Bereich dar. Danach ist es unverhältnismäßig, vom Anbieter einer Lieferleistung ausnahmslos den Nachweis zu fordern, dass das Produkt unter voller Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen hergestellt und gehandelt wird. Zulässig ist hingegen folgende Implementation der IAO-Kernarbeitsnormen:

a) Vorlage einer unabhängigen Zertifizierung oder eines anderen Beweismittels, das die Einhaltung des durch das Siegel zertifizierten Standards belegt. Die Zulassung eines dem jeweiligen Label gleichwertigen Nachweises der Einhaltung der zugrunde liegenden Kriterien ist EU-rechtlich zwingend geboten; deshalb sollte nicht nur das Label selbst genannt, sondern sollten auch die betreffenden Kriterien aufgeführt werden.²⁴⁶ Bei der Entwicklung

und Verbreitung entsprechender Siegel bzw. Kriterien sollte einer der Schwerpunkte der Implementation der IAO-Kernarbeitsnormen in Vergabeverfahren gesetzt werden²⁴⁷;

- b) bei – vom Bieter darzulegender – Unmöglichkeit oder Unverhältnismäßigkeit von a): Abgabe einer verbindlichen Erklärung des Unternehmens, dass das Produkt unter Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen hergestellt, bearbeitet und gehandelt wurde;
- c) bei – vom Bieter darzulegender – Unmöglichkeit oder Unverhältnismäßigkeit von b): verbindliche Erklärung des Bieters, dass er für sein Unternehmen, seine Lieferanten und gegenüber dem Produzenten *wirksame* Maßnahmen zur Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen ergriffen hat, wobei die Maßnahmen näher darzulegen sind und zu erklären ist, dass sie auch und gerade bei dem konkret zu liefernden Produkt wirksam geworden sind bzw. werden. In diesem Fall handelt es sich nicht um eine lediglich zukunftsgerichtete, sondern um eine Erklärung, die auch die konkrete Produktherstellung bzw. -lieferung erfasst. Eine reine Bemühenserklärung des Unternehmens reicht hingegen nicht aus.

23: „Sofern es für die Produkte geeignete und ausreichend verbreitete Label gibt, etwa zum Aspekt Kinderarbeit (z.B. das Rugmark-Label für Teppiche), kann der öffentliche Auftraggeber mit dem Angebot außerdem eine Bestätigung verlangen, dass ausschließlich Waren mit dem Label geliefert werden.“

²⁴⁷ Ebenso das Gutachten „Öffentliches Beschaffungswesen“ des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie vom 12.5.2007, Rdnr. 44, <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/Publikationen/gutachten-2-2007,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf>; Antrag der Abgeordneten *Andreae* u.a. und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drucks. 16/8810 Ziff. 6.

²⁴⁶ Europäische Kommission, Sozialorientierte Beschaffung. Ein Leitfadens für die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Beschaffungswesen, 2011, S. 32. Unzutreffend deshalb *Deutscher Städtetag (Hrsg.)*, Die Berücksichtigung sozialer Belange im Vergaberecht, 2009, S.

Dies gilt in vollem Umfang allerdings nur für noch herzustellende Waren. Ist die Ware bereits hergestellt und wird vom Auftragnehmer nach dem Zuschlag lediglich angekauft, so kann dem Bieter nur aufgegeben werden, für die bis zu seinem Eintritt in die Handelskette schon beschrittenen Stufen eine die Punkte a) bzw. b) umfassende Erklärung seines Lieferanten beizubringen. Bei Unmöglichkeit oder Unverhältnismäßigkeit der Vorlage einer solchen Erklärung muss zumindest die Erklärung zu Punkt c) abgegeben werden.

9. Für die Praxis von Kommunen, die zur Verbesserung der Beachtung von IAO-Kernarbeitsnormen im Zuge von öffentlichen Beschaffungen beitragen möchten, zeitigen die aufgezeigten Grundsätze folgende Konsequenzen:

- a) Ausschreibungen oberhalb der Schwellenwerte, die für bereits in einem Lager des Bieters befindliche Waren oder Produkte den Nachweis oder die Erklärung fordern, dass das Produkt unter Beachtung im einzelnen benannter IAO-Kernarbeitsnormen gewonnen, hergestellt und bis zum Erwerb durch den Bieter gehandelt wurde oder dass der Bieter Maßnahmen zur Beachtung von IAO-Kernarbeitsnormen eingeleitet hat, sind unzulässig. Zulässig ist eine entsprechende Forderung nur hinsichtlich noch herzustellender bzw. vom Bieter zwecks Erfüllung des Auftrags noch zu erwerbender Produkte. Im letzteren Fall kann dem Bieter aufgegeben werden, eine entsprechende Erklärung seines Lieferanten beizubringen oder – wenn dies nicht möglich oder unzumutbar ist – seine gegenüber seinem Lieferanten und weiteren Gliedern in der Lieferkette ergriffenen Maßnahmen zur Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen darzulegen.
- b) Soweit sich die Beschaffung nicht auf die Erbringung von Bau- oder Dienstleistungen bezieht, sollte daher in die Ausschreibung ein Passus aufgenommen werden, der darauf hinweist, dass sich die betreffende Kommune den im einzelnen zu benennenden IAO-Kernarbeitsnormen verpflichtet weiß, zu deren Beachtung beitragen möchte und deshalb den Zuschlag nur ein solcher Anbieter erhält, der die Herstellung oder den eigenen Erwerb der Waren erst nach Zuschlag veranlasst. Ein entsprechender zeitlicher Mehraufwand muss deshalb einkalkuliert werden.
- c) Anderes gilt für Beschaffungen unterhalb der Schwellenwerte. Hier ist es unschädlich, dem Unternehmen auch bei Lieferung aus eigenen Warenbeständen die Beibringung eines Nachweises oder einer entsprechenden Erklärung seines Lieferanten oder – wenn dies unverhältnismäßig wäre – eine eigene Erklärung abzuverlangen,
- d) Eine den vorstehenden Anforderungen genügende Ausschreibung hat die Verpflichtung auf die Beachtung von IAO-Kernarbeitsnormen in dem Schema oben zu VI.8 zu implementieren, wobei auf die Vertragsbedingung in der Auftragsbekanntmachung bzw. den Verdingungsunterlagen hinzuweisen und dem Bieter aufzugeben ist, sich bei Einreichung des Angebots auf die Akzeptierung der Vertragsbedingung zu verpflichten.
- e) Zur Erleichterung der Einführung des Kriteriums der Beachtung von IAO-Kernarbeitsnormen in Vergabeverfahren sollte zusätzlich politisch darauf gedrungen werden, dass für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte eine entsprechende Öffnungsklausel in die die Anwendung der VOB/A und VOL/A anordnenden Rechtsvorschriften oder Richtlinien aufgenommen wird. Als Vorbilder zu nennen sind insoweit die Erlasse in Baden-Württemberg, Bayern, Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz sowie die gesetzlichen Regelungen in Berlin, Bremen, Hamburg, dem Saarland und Thüringen.

VII. Bewertung von Beschlüssen und Beschlussvorschlägen einzelner Kommunen

Die vorstehend entwickelten Maßstäbe für eine zulässige Einbeziehung des Gesichtspunkts der Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen sollen im Folgenden für eine Bewertung verschiedener Beschlüsse kommunaler Gremien bzw. diesen vorgelegter Beschlussvorschläge sowie von Mustern zur Implementation des genannten Gesichtspunkts in Vergabeverfahren fruchtbar gemacht werden. Dabei ist zwischen den Gremienbeschlüssen und den konkreten Implementationsmaßnahmen zu unterscheiden:

➤ Gremienbeschlüsse

Soweit die vorliegenden Beschlüsse bzw. Beschlussvorlagen die betreffende Kommune in ihrem Beschaffungsverhalten dahingehend binden sollen, dass bei der Beschaffung auf die Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen, insbesondere der Konvention 182, geachtet werden soll, sind sie rechtlich unproblematisch. Beispiel ist Ziff. 1 des Beschlusses eines Stadtrates von 2006:

„Im Beschaffungswesen und bei Ausschreibungen finden künftig möglichst nur Produkte Berücksichtigung, die ohne ausbeuterische Kinderarbeit im Sinne der ILO-Konvention 182 hergestellt wurden bzw. Produkte, deren Hersteller oder Verkäufer aktive zielführende Maßnahmen zum Ausstieg aus der ausbeuterischen Kinderarbeit eingeleitet haben.“

Demgegenüber enthalten andere Beschlüsse eine striktere Fassung:

„Im Beschaffungswesen und bei Ausschreibungen finden künftig nur Produkte Berücksichtigung, die ohne ausbeuterische Kinderarbeit im Sinne der ILO-Konvention 182 hergestellt wurden bzw. Produkte, deren Hersteller oder Verkäufer aktive zielführende Maßnahmen zum Ausstieg aus der ausbeuterischen Kinderarbeit eingeleitet haben.“ (z.B. Ziff. 2 des Beschlusses eines Plenums einer Stadt von 2004; Beschluss

des Verwaltungsausschusses eines Gemeinderats von 2005; Ziff. 2 des Beschlusses eines Stadtrats von 2005; Ziff. 2 eines Beschlusses eines Rates; Ziff. 1 des Beschlusses eines Gemeinderats von 2011; unter Erstreckung auf die IAO Sozialstandards Nr. 29/105, 87, 98, 100, 111 und 138 auch Beschluss eines Rates von 2006).

Da auch durch diese strikte Fassung faktisch nicht gänzlich sichergestellt werden kann, dass die gelieferten Produkte tatsächlich ohne Verstoß gegen die genannten IAO-Kernarbeitsnormen hergestellt bzw. gehandelt wurden, ist die durch den Passus „möglichst“ offenere Formulierung des o.g. Beschlusses zu bevorzugen.

Alternativ könnte die von einem Stadtrat bevorzugte Variante (Ziff. 1 des Ratsbeschlusses von 2004 gewählt werden:

„Die Stadt XY wird künftig bei allen Vergaben dafür Sorge tragen, dass keine Produkte bezogen werden, die mit ausbeuterischer Kinderarbeit hergestellt werden.“

Ob es sinnvoll ist, der Verwaltung die zur Verwirklichung solcher Beschlüsse zu ergreifenden Maßnahmen im Einzelnen vorzuschreiben, mag dahinstehen. Unproblematisch – weil durch entsprechende Verfahrenskautelen zulässigerweise im Vergabeverfahren abbildbar – ist die Vorgabe, dass

„dies ... durch eine Zertifizierung einer unabhängigen Organisation oder eine entsprechende Selbstverpflichtungserklärung nachzuweisen“

ist (so z.B. Ziff. 1 des Beschlusses eines Stadtrates von 2006; Beschluss des Verwaltungsausschusses eines Gemeinderats von 2005; Beschluss eines Stadtrats; Ziff. 2 des Beschlusses eines Plenums von 2004).

Da immer auch gleichwertige Nachweise akzeptiert werden müssen, ist von folgender Bindung der Verwaltung durch Ratsbeschlüsse abzuraten:

„Produkte mit einem anerkannten Siegel werden nachweislich ohne ausbeuterische Kinderarbeit hergestellt. Hierbei handelt es sich derzeit um das Rugmark-Siegel für Teppiche ohne Kinderarbeit Produkte mit dem TransFair-Siegel (Orangensaft, Tee, Kaffee).“ (Ziff. 3 des Beschlusses eines Stadtrates von 2006).

Keine rechtlichen Bedenken obwalten gegenüber Beschlüssen, die in typisierender Betrachtung bestimmte Produkt- und/oder Ländergruppen, bei denen Verstöße gegen die benannten IAO-Kernarbeitsnormen nachweislich gehäuft auftreten, benennen und die Verwaltung nur insoweit zu Implementationsmaßnahmen verpflichten:

„Bei folgenden Produkten aus Asien, Afrika oder Lateinamerika, welche die Stadt Erlangen möglicherweise im Einkauf bezieht, kommt ausbeuterische Kinderarbeit vor: Bälle, Sportartikel, Sportbekleidung, Spielwaren, Teppiche, Wohn- und Kleidungstextilien – Natursteine, Pflastersteine (z. B. aus China) – Lederprodukte – Billigprodukte aus Holz – Agrarprodukte wie Kakao, Orangensaft oder Tomaten.“ (Ziff. 2 eines Beschlusses eines Stadtrates von 2006).

➤ **Konkrete Implementationsmaßnahmen**

Von den zur Implementierung des Gesichtspunkts der Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen ergriffenen Maßnahmen genügt keine vollständig den vorliegend entwickelten Maßgaben.

Von vornherein unzulässig sind alle dem Bieter abgeforderten Erklärungen, die als Nachweis der Eignung des Bieters eingeordnet werden. Wegen der Notwendigkeit der eindeutigen Zuordnung zu den verschiedenen Phasen der Eignungsprüfung, der Zuschlagskriterien oder der Ausführungsbedingungen sind auch scheinbar neutrale Formulierungen bedenklich, die die Vorlage der Zertifizierung bzw. Erklärung als

„Voraussetzung für Ihre Teilnahme an der Ausschreibung“

bezeichnen (so die Information einer Stadt für ihre Geschäftspartner). Zwar ist hier in concreto zutreffender Weise die Aufnahme als Vertragsbestandteil gemeint (so das Schreiben des dortigen Oberbürgermeisters an alle Referate, Ämter, Schulen und Kindergärten von 2005), jedoch muss dies auch in den Verdingungsunterlagen zum Ausdruck kommen. Die zutreffende Einordnung als Vertragsbedingung findet sich auch in Ziff. 3 des Beschlusses des Stadtrates von 2006, einem Rundschreiben einer von 2005 und in Zusätzlichen Vertragsbedingungen einer Stadtverwaltung für die Ausführung von Leistungen – ausgenommen Bauleistungen – aus 2006.

Keiner der Entwürfe für Bieterklärungen trägt dem Umstand Rechnung, dass das Verlangen, eine Erklärung zur Herkunft von Lagerware des Bieters abzugeben oder eine auf diese Lagerware bezogene Zertifizierung vorzulegen, bei Vergaben oberhalb der Schwellenwerte unzulässig ist.

Abgesehen hiervon genügt die überwiegend vorgesehene Stufung von Nachweisen zur Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen im Wesentlichen den rechtlichen Anforderungen. Häufig verwendet wird folgende Vorlage:

„Falls oben genannte Produkte in Asien, Afrika oder Lateinamerika hergestellt oder bearbeitet werden, ist folgender Nachweis bzw. Erklärung erforderlich:

Nachweis:

- *Eine unabhängige Zertifizierung, die bestätigt, dass ein Produkt nicht mittels ausbeuterischer Kinderarbeit im Sinne der ILO-Konvention Nr. 182 hergestellt und/oder bearbeitet wurde (z. B. ein Fair-Handels-Siegel oder Goodweave-Siegel) liegt bei.*

*Liegt kein Nachweis vor, ist folgende **Erklärung** abzugeben:*

- *Ich/Wir versichern, dass das Produkt ohne ausbeuterische Kinderarbeit im Sinne der ILO-Konvention Nr. 182 hergestellt und/oder verarbeitet wurde.*

Kann auch diese Erklärung nicht abgegeben werden, ist folgende **Zusicherung** notwendig:

- *Ich/Wir erklären verbindlich, dass mein/unsere Unternehmen meine/unsere Lieferanten und deren Subunternehmer aktive und zielführende Maßnahmen zum Ausstieg aus der ausbeuterischen Kinderarbeit eingeleitet haben. Entsprechende Selbstverpflichtungserklärungen oder Verhaltenskodizes liegen bei.* (Erklärungsvordrucke verschiedener Städte).

Da grundsätzlich auch ein durch gleichwertige Beweismittel geführter Nachweis, dass der durch ein bestimmtes Siegel zertifizierte Standard eingehalten ist, akzeptiert werden muss, sollte die Erwähnung bestimmter Siegel sich wie vorstehend auf die Benennung als Beispiele beschränken. Im Falle der Erwähnung bestimmter Siegel muss feststehen, dass sie die Einhaltung der spezifischen IAO-Kernarbeitsnorm auch tatsächlich zertifizieren. Mutmaßungen, dass es z. B.

„kaum vorstellbar (wäre), dass eine Organisation aus dem Bereich des fairen Handels es dulden würde, wenn >ihre< Produkte aus ausbeuterischer Kinderarbeit stammen würden“ (so die Stellungnahme einer Stadtverwaltung zu einem Bürgerantrag von Terre des hommes)

genügen insoweit nicht. Hinsichtlich der dem Unternehmen hilfsweise eröffneten Möglichkeit zu erklären, dass das Unternehmen „Maßnahmen zum Ausstieg aus der ausbeuterischen Kinderarbeit eingeleitet“ habe, fehlt sowohl die erforderliche Benennung der Maßnahmen als auch die Darlegung, dass diese auch gerade bei dem betreffenden Auftrag zum Einsatz kommen.

Wegen Verstoßes gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unzulässig ist folgende, keine Abstufungen zulassende Abforderung einer Bietererklärung:

„Ich / Wir (= bei Bietergemeinschaften) bestätigen, dass die von mir / uns angebotenen Produkte nicht mit ausbeuterischer Kin-

derarbeit hergestellt wurden.“ (Ziff. 2 eines Ratsbeschlusses von 2005).

Wenngleich im folgenden Beispiel der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit durch die Möglichkeit, anstatt des Siegels eine Selbstverpflichtung beizubringen, gewahrt ist, ist die gewählte Konstruktion rechtlich problematisch:

„Der Nachweis ist von den Herstellern entweder durch ein Fair-Trade-Label oder durch eine Selbstverpflichtung in Form eines Sozialkodexes für sich und ihre Zulieferer zu erbringen, der durch ein unabhängiges Gremium kontrolliert wird.“ (Beschluss eines Stadtrates von 2006).

Diese Klausel dürfte nicht die notwendige Bestimmtheit aufweisen, die geeignet ist, den Bieter zu einer ausschreibungsgerechten Ausrichtung seines Angebots zu veranlassen. Im Unterschied zu dem oben genannten Beispiel wird der Bieter auf die Vorlage eines Sozialkodex festgelegt, ohne dass die Standards, denen dieser Kodex genügen muss, erkennbar wären. Unklar bleibt auch, was mit der Kontrolle durch ein unabhängiges Gremium verbunden sein soll: Soll diese Kontrolle vor oder nach dem Zuschlag erfolgen? Welche Pflichten treffen den Bieter, um eine solche Kontrolle zu ermöglichen?

Abkürzungsverzeichnis (Auswahl)

ABl.	Amtsblatt	Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz
Anm.	Anmerkung		
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch		
BGBI.	Bundesgesetzblatt	StGB	Strafgesetzbuch
BHO	Bundeshaushaltsordnung	ThürGemHVO	Thüringische Gemeindehaushaltsverordnung
BremVergabG	Bremisches Vergabegesetz	VgV	Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge; Vergabeverordnung
BVerfG	Bundesverfassungsgericht		
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts	VKR	Vergabekoordinierungsrichtlinie
EG	Europäische Gemeinschaft	Ziff.	Ziffer
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft		
EU	Europäische Union		
EuGH	Europäischer Gerichtshof		
EUV	Europäischer Vertrag (von Maastricht)		
Fußn.	Fußnote (in diesem Text)		
GemHVO Bbg	Gemeindehaushaltsverordnung Brandenburg		
GemHVO BW	Gemeindehaushaltsverordnung Baden-Württemberg		
GemHVO MV	Gemeindehaushaltsverordnung Mecklenburg-Vorpommern		
GemHVO NRW	Gemeindehaushaltsverordnung Nordrhein-Westfalen		
GemHVO RP	Gemeindehaushaltsverordnung Rheinland-Pfalz		
GewO	Gewerbeordnung		
GG	Grundgesetz		
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen		
h.M.	herrschende Meinung		
HessGemHVO	Hessische Gemeindehaushaltsverordnung		
HGrG	Haushaltsgrundsatzgesetz		
HmbVgG	Hamburgisches Vergabegesetz		
Hs.	Halbsatz		
IAO	Internationale Arbeitsorganisation		
ILO	= IAO; International Labour Organization		
LHO	Landeshaushaltsordnung		
NdsGemHVO	Niedersächsische Gemeindehaushaltsordnung		
RL	Richtlinie		
Rndr.	Randnummer		
SächsVergabeG	Sächsisches Vergabegesetz		



Bundesweites Netzwerk Faires Beschaffungswesen

Die Servicestelle bietet zum Thema der fairen und sozialen Beschaffung für Kommunen und weitere Akteure neben der individuellen Beratung auch ein Netzwerk an. Dieses Gremium wurde im März 2007 gegründet und hat derzeit über 90 persönliche Mitglieder aus Rathäusern, Ministerien, Institutionen und Nichtregierungsorganisationen.

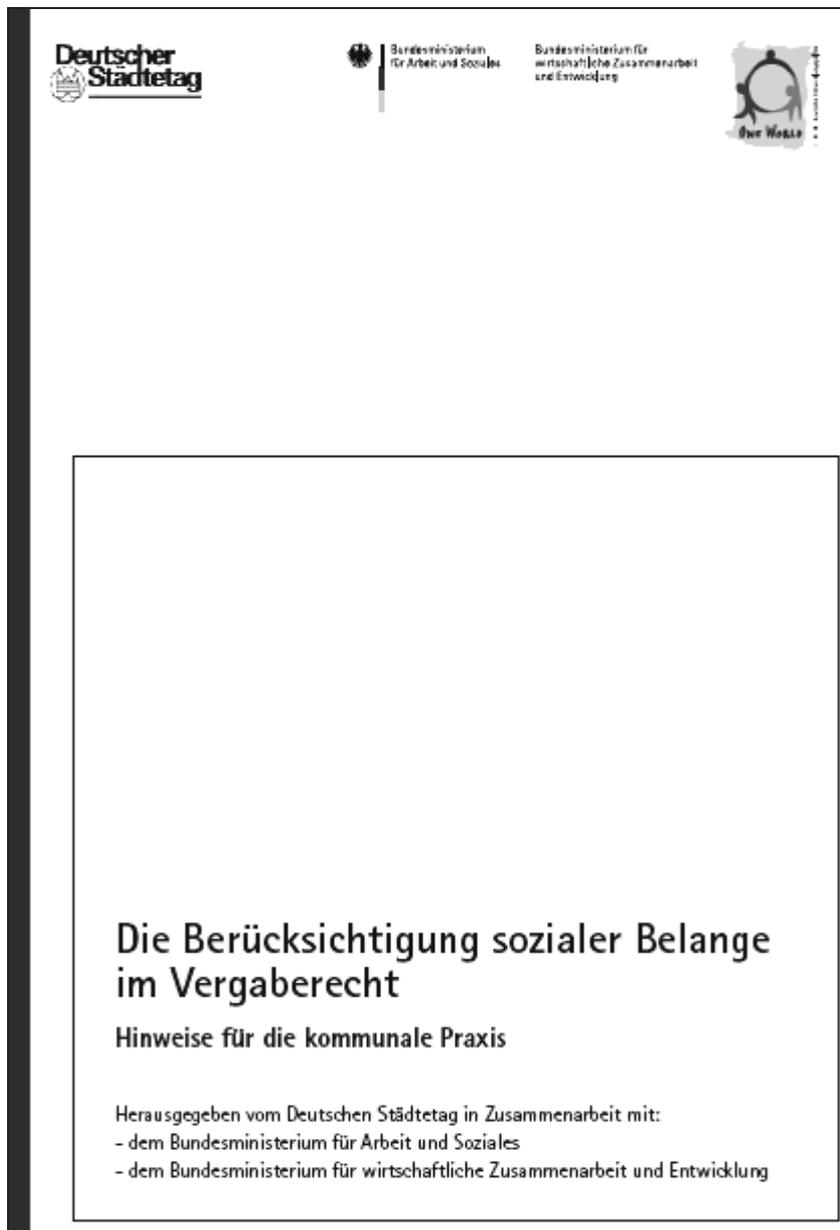
Wenn Sie Mitglied werden wollen,

- um an der Erfahrung auf Bundesebene zu partizipieren
- Publikationen der Servicestelle zu diesem Thema zeitnah automatisch zu bekommen
- Problemlösungen zu besprechen und gemeinsam eine Einrichtung mit der Suche nach Antworten zu beauftragen
- zu wissen, was andere so tun
- und berichten, was andere für Erfahrungen sammeln,
- und und und,

dann melden Sie sich bei der Servicestelle Kommunen in der Einen Welt.

Die Treffen finden etwa jährlich stattfinden.

Leitfaden zur Berücksichtigung sozialer Belange im Vergaberecht



Der Leitfaden wird auf www.staedtetag.de zum Herunterladen zur Verfügung gestellt, dort unter "Schwerpunkte" – "Fachinformationen".

Servicestelle Kommunen in der Einen Welt

Über uns

Eine Welt beginnt vor Ort

Voneinander lernen, miteinander Lösungen suchen, gemeinsame Wege gehen – das sind die Erfordernisse unserer Zeit. Das Leben der Menschen in dieser Einen Welt ist von einer nie dagewesenen Dynamik geprägt. Sie wollen Schritt halten und gleichzeitig nachhaltig Verantwortung für die Entwicklung lebenswerter Bedingungen übernehmen? Ihre Entscheidungen und Ihr Engagement in Ihrer Kommune, mit Ihren Bürgerinnen und Bürgern, wirken sich auch auf das Leben anderenorts aus. Ihre gesellschaftliche, ökologische und wirtschaftliche Zukunft entwickelt sich durch kommunale Partnerschaften vielfältiger, ideenreicher und erfolgreicher.

Die Servicestelle Kommunen in der Einen Welt steht ihnen als Partner zu allen Fragen kommunaler Entwicklungspolitik zur Seite. Das Team steht für Erfahrung, Kompetenz, erfolgreiche Projekte, nachhaltige Ergebnisse und umfangreiche Informationen. Verknüpfen Sie Ihre Potenziale mit denen anderer.

Steigern Sie das internationale Profil Ihrer Kommune durch globales Wissen im Austausch. Erwerben Sie interkulturelle Kompetenz. Engagieren Sie sich.

Wir arbeiten

an den Themen der Zukunft:

- Deshalb helfen wir **kommunale Partnerschaften mit Entwicklungsländern** - aktuell mit den Schwerpunkten: **Klima, Dreieckskooperationen, Bürgerhaushalt, Fußball** – auf- und auszubauen.
- Deshalb unterstützen wir **Migration und Entwicklung** und arbeiten mit **lokalen Diasporen** zusammen.
- Deshalb fördern wir ein **Faires Beschaffungswesen** als kommunaler Beitrag zur Ausweitung des **Fairen Handels**.

Wir sind

- Kompetenzzentrum für entwicklungspolitisch interessierte Kommunen in Deutschland,
 - Partner für nachhaltige kommunale Entwicklungspolitik zur Erreichung der MDGs,
 - Förderer von Netzwerken und internationalem Know-how-Austausch mit Kommunalexperten in Entwicklungs- und Schwellenländern,
 - Experten für die Qualifizierung von kommunalen Projekt- und Städtepartnerschaften
 - Berater für wirkungsvolle Informations- und Bildungsarbeit deutscher Kommunen
 - Unterstützer entwicklungspolitischer Aktivitäten für sozialen Zusammenhalt, politische Partizipation und Gleichberechtigung.
-

Wir bieten

- Veranstaltungen wie Workshops, Tagungen und Konferenzen sowie nationale und internationale Bürgermeisterforen,
- die Betreuung und Unterstützung themenbezogener Netzwerke,
- Wettbewerbe,
- persönliche, kostenlose Beratung, auch vor Ort in den Kommunen,
- die Publikationsreihen Dialog Global und Material sowie Sonderveröffentlichungen als Print- und Download-Versionen,
- eine umfangreiche Homepage www.service-eine-welt.de mit aktuellen Informationen und umfangreichen Links und Datenbanken,
- Internetportale, beispielsweise www.buergerhaushalt.org,
- den monatlichen Newsletter „Eine Welt Nachrichten“,
- Studien und Recherchen zu aktuellen Themen der entwicklungspolitisch relevanten kommunalen Handlungsfelder.

Sie haben Ideen? Wir helfen Ihnen, diese umzusetzen.
Sie suchen Lösungen? Wir finden mit Ihnen partnerschaftlich das Ziel.

Kommunales entwicklungspolitisches Engagement heißt verantwortungsbewusst und nachhaltige die Zukunft in der Einen Welt zu gestalten. Seien Sie dabei!

Servicestelle Kommunen in der Einen Welt / GIZ GmbH
Friedrich-Ebert-Allee 40
53113 Bonn

0228/4460-1600

www.service-eine-welt.de



N Rat für NACHHALTIGE Entwicklung



Deutscher Städte- und Gemeindebund



DEUTSCHER LANDKREISTAG



Rat der Gemeinden und Regionen Europas Deutsche Sektion



VERBAND ENTWICKLUNGSPOLITIK DEUTSCHER NICHTREGIERUNGSORGANISATIONEN e.V.



dbb beamtenbund und tarifunion



Deutsche UNESCO-Kommission e.V.



Auswärtiges Amt



Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit



DIÖZESANRAT DER KATHOLIKEN IM ERZBISTUM KÖLN



Deutsches Institut für Entwicklungspolitik



German Development Institute



Die Servicestelle in der GIZ GmbH wird gefördert aus Mitteln des Bundesministeriums für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung sowie der Länder Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Bremen, Hamburg, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Schleswig-Holstein, Thüringen und der Stadt Bonn.

Unter Mitwirkung: Land Mecklenburg-Vorpommern, Rat für Nachhaltige Entwicklung, Deutscher Städtetag, Deutscher Städte- und Gemeindebund, Deutscher Landkreistag, Deutsche

Sektion des Rates der Gemeinden und Regionen Europas, Verband Entwicklungspolitik deutscher Nichtregierungsorganisationen e.V., Deutscher Beamtenbund, Deutsche UNESCO-Kommission e.V., Auswärtiges Amt, Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, Deutscher Gewerkschaftsbund, Diözesanrat der Katholischen Kirche, Deutsches Institut für Entwicklungspolitik und Arbeitsgemeinschaft der Eine-Welt-Landesnetzwerke e.V.