



## **DIALOG GLOBAL**

FAIRES BESCHAFFUNGSWESEN IN KOMMUNEN  
UND DIE KERNARBEITSNORMEN

**Rechtswissenschaftliches Gutachten 2016 | Nr. 42**

#### **Servicestelle Kommunen in der Einen Welt (SKEW)**

info@service-eine-welt.de

www.service-eine-welt.de

Dialog Global – Schriftenreihe der Servicestelle, Heft 42

Inhaltlich verantwortlich: SKEW, Dr. Stefan Wilhelmy

Projektleitung: Michael Marwede

Text: Prof. Dr. Jan Ziekow: „Rechtswissenschaftliches Gutachten zur rechtlichen Bewertung der Einbeziehung von IAO-Kernarbeitsnormen in das Vergabeverfahren“, 5. Aufl., Stand 27.05.2016.

Redaktion: Michael Marwede

Layout, Satz und Umschlaggestaltung: Fabian Ewert, Königswinter

Druck: Schloemer & Partner GmbH, [www.grün-gedruckt.de](http://www.grün-gedruckt.de)

100% Recyclingpapier, CyclusPrint

Druck mit mineralölfreien Farben, CO<sub>2</sub>-kompensiert

Bonn, Dezember 2017

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

Um die Lesbarkeit zu vereinfachen, sind in der vorliegenden Publikation die zur Gleichstellung von Mann und Frau gebräuchlichen Schreibweisen nicht durchgängig verwendet worden. Bei allen männlichen Bezeichnungen sind selbstverständlich die Frauen gleichermaßen angesprochen (und umgekehrt).

Namentlich gezeichnete Beiträge geben nicht unbedingt die Meinung des Herausgebers und der Redaktion wieder.

Dieses Druck-Erzeugnis wurde mit dem Blauen Engel ausgezeichnet.



## **DIALOG GLOBAL**

FAIRES BESCHAFFUNGSWESEN IN KOMMUNEN  
UND DIE KERNARBEITSNORMEN

**Rechtswissenschaftliches Gutachten 2016 | Nr. 42**

# INHALT

<b>Vorwort .....</b>	<b>6</b>
<b>Lebenslauf des Autors .....</b>	<b>7</b>
<b>Vorbemerkung des Autors .....</b>	<b>8</b>
<b>1. Förderung sozialer Aspekte und öffentliche Beschaffung: Steuerungs- und Konfliktpotenziale .....</b>	<b>9</b>
<b>2. Überblick über in Vergabeverfahren einbezogene soziale Aspekte .....</b>	<b>12</b>
2.1 Allgemein .....	12
2.2 Im Besonderen:	
ILO-Kernarbeitsnormen.....	12
a) Inhalt und vergaberelevante Gesichtspunkte der ILO-Kernarbeitsnormen ..	13
b) Zur rechtlichen Wirkung der ILO-Kernarbeitsnormen.....	14
c) Die unionsrechtlich begründete Handlungspflicht des nationalen Gesetzgebers im Bereich des Vergaberechts.....	16
<b>3. Für die Einbeziehung sozialer Aspekte in Vergaben ab Erreichen und unterhalb der Schwellenwerte einheitlich geltende Maßstäbe .....</b>	<b>19</b>
3.1 Primäres Unionsrecht .....	19
a) Grundsatz der Gleichbehandlung.....	19
aa) Die Bewertung der Berücksichtigung von ILO-Kernarbeitsnormen bei Lieferaufträgen.....	21
bb) Die Berücksichtigung von ILO-Kernarbeitsnormen bei Leistungsaufträgen .....	25
cc) Die Entscheidungen des EuGH zu Tariftreuepflicht und Mindestentgelten .....	25
b) Transparenzgebot .....	27
3.2 Verfassungsrecht .....	28
a) Bestimmtheitsgrundsatz.....	28
b) Freiheitsgrundrechte .....	29
c) Allgemeiner Gleichheitssatz .....	32
d) Verfassungsrechtliche Grenzen der Zuständigkeit der Kommunen.....	34
<b>4. Vergaben ab Erreichen der Schwellenwerte .....</b>	<b>37</b>
4.1 Anforderungen des sekundären Unionsrechts an die Einbeziehung sozialer Aspekte .....	37
a) Zusammenhang des Kriteriums mit dem Auftragsgegenstand .....	38
b) Möglichkeiten der Berücksichtigung sozialer Kriterien im System der vergaberechtlichen Prüfung .....	39
aa) Leistungsbeschreibung .....	40
bb) Auswahl der Teilnehmer.....	41
cc) Wertungsstufe .....	44

dd) Zusätzliche Bedingungen für die Auftragsausführung .....	45
ee) Auswahl: Zuschlagskriterium oder Ausführungsbedingung? .....	49
4.2 Die Berücksichtigung sozialer Aspekte nach deutschem Recht .....	50
a) Leistungsbeschreibung .....	50
b) Eignungsprüfung .....	50
c) Angebotswertung .....	52
d) Ausführungsbedingungen .....	52
4.3 Nachweise .....	53
a) Gütezeichen im Sinne von Art. 43 VRL, Art. 34 VgV, § 7a Abs. 6 EU VOB/A .....	54
b) Nachweis in anderer Form .....	56
aa) Einführung als Wertungskriterium .....	56
bb) Einführung als Ausführungsbedingung .....	56
<b>5. Vergaben unterhalb der Schwellenwerte .....</b>	<b>58</b>
5.1 Bindungswirkung der Vergabe- und Vertragsordnungen.....	58
5.2 Zulässigkeit vergabeexterner Zielsetzungen nach den Vergabe- und Vertragsordnungen.....	59
<b>6. Vorgaben zur Berücksichtigung der ILO-Kernarbeitsnormen auf Landesebene .....</b>	<b>63</b>
6.1 Gesetzliche Regelungen .....	63
a) Berlin.....	63
b) Bremen.....	63
c) Hamburg .....	64
d) Hessen .....	64
e) Mecklenburg-Vorpommern .....	64
f) Niedersachsen.....	64
g) Nordrhein-Westfalen .....	65
h) Rheinland-Pfalz .....	66
i) Saarland .....	66
j) Sachsen.....	66
k) Sachsen-Anhalt .....	67
l) Schleswig-Holstein .....	67
m) Thüringen.....	67
6.2 Verwaltungsvorschriften .....	68
a) Bayern .....	68
b) Baden-Württemberg.....	68
<b>7. Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Aspekten der ILO-Kernarbeitsnormen in Vergabeverfahren sowie Folgerungen für die kommunale Praxis .....</b>	<b>70</b>
<b>Anhang.....</b>	<b>74</b>
Abkürzungsverzeichnis .....	74

# VORWORT

## Liebe Leserinnen und Leser,

wir legen Ihnen hiermit die fünfte Fassung dieses Gutachtens vor. Neun Jahre Rechtsgeschichte können Sie in dieser Zeit mitgemacht haben!

Vergaberecht bleibt ein unerschrockenes Thema, nicht nur für die Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen in der öffentlichen Beschaffung, sondern auch für uns. Es entwickelt sich ständig weiter, ungeachtet der Folgen und der Wirkungen der gedruckten Paragraphen auf Prozesse und Strukturen.

Unerschrockener werden aber auch Nichtjuristen: Die Grundzüge einer geänderten Beschaffung der öffentlichen Hand sind als Thema von Relevanz in immer mehr Strukturen, Institutionen und Bevölkerungskreisen bekannt. Auch bei der Servicestelle werden Angebote zu diesen Themen immer stärker wahrgenommen, ob nun durch unsere Unterstützung von Kommunen durch Beratung, Vernetzung oder – neu in diesem Jahr – auch durch finanzielle Unterstützungen. Das zeigt auch unsere Kampagne „Deutschland Fairgleicht“, die das Thema in die Strukturen neu hineinträgt.

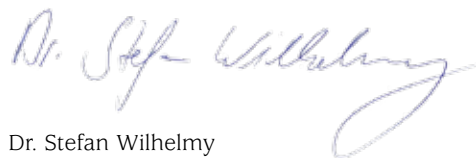
Schließlich lohnt auch der Blick in die von uns betreute Internetseite [www.kompass-nachhaltigkeit.de](http://www.kompass-nachhaltigkeit.de). Hier wird Ihnen der Durchblick durch den unvermeidlichen Siegel-Dschungel ermöglicht und es werden je Ware über Ausschreibungstextbausteine bis hin zu Bieterlisten immer mehr Angaben verfügbar gemacht. Gute Beispiele gibt es. Werden auch Sie in Ihrer Kommune eins!

Kompliziert bleibt das Vergaberecht trotzdem. Komplex sowieso, schon wegen der damit verknüpften Aufgaben und Herausforderungen. Nicht nur für Laien. Für Klarheit sorgt hier aber wieder Professor Dr. Jan Ziekow, Professor für Öffentliches Recht an der Deutschen Universität

für Verwaltungswissenschaften Speyer, der hiermit seine Neufassung des Gutachtens vorlegt. Es nimmt die Entwicklungen des europäischen und deutschen Rechts und der Rechtsprechungen seit 2013 neu ins Visier.

Wenn Sie nicht alles nachvollziehen können, was juristisch aufgeführt wird, dann sind Sie definitiv bei der Mehrheit. Aber Sie werden in Gesprächen argumentativ besser dafür eintreten können, dass sich die öffentliche Hand weiter ihrer Vorbildfunktion und ihrer Marktwirkung stellt, indem sie eben sozial gerecht einkauft und dabei global handelt und fordert.

Und wenn Sie nicht alles verstanden haben oder sich neu als Verwaltung aufstellen möchten zur fairen Beschaffung: Unsere Angebote stehen Ihnen kostenfrei zur Verfügung.



Dr. Stefan Wilhelmy

Leiter der Servicestelle Kommunen in der Einen Welt von Engagement Global

# LEBENS LAUF 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. 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 AUTORS

Wegen der dynamischen Entwicklung im Umgang mit sozialen Kriterien bei der Vergabe öffentlicher Aufträge wird nunmehr erneut eine überarbeitete, die 5. Auflage dieses im Jahre 2007 erstellten und 2009, 2011 sowie 2013 neu aufgelegten Gutachtens zur rechtlichen Bewertung der Einbeziehung von ILO-Kernarbeitsnormen in das Vergabeverfahren sowie von diesbezüglichen Beschlüssen kommunaler Entscheidungsgremien vorgelegt.

Nachdem das europäische Vergaberecht im Jahre 2014 eine grundlegende Neuregelung erfahren hat und insbesondere die Möglichkeiten zur Berücksichtigung der ILO-Kernarbeitsnormen bei der Vergabe gestärkt wurden, hat der deutsche Gesetzgeber die notwendigen Rechtsakte zur Umsetzung der EU-Richtlinien im Frühjahr 2016 erlassen. Die Neuauflage beruht auf dieser neuen Rechtslage. Berücksichtigt wurden darüber hinaus verschiedene neue Regelungen auf Landesebene. Da die neue VOL/A für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte zum Zeitpunkt der Fertigstellung des vorliegenden Gutachtens noch nicht vorlag, gehen die diesbezüglichen Passagen noch von dem mit der VOL/A 2009 geschaffenen Rechtsstand aus.

Ausgewertet wurden schließlich zahlreiche Entscheidungen der vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen sowie neue Publikationen. Berücksichtigt werden konnten Rechtsprechung und Literatur bis Ende April 2016.



# 1. FÖRDERUNG SOZIALER ASPEKTE UND ÖFFENTLICHE BESCHAFFUNG: STEUERUNGS- UND KONFLIKTPOTENZIALE

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.<sup>1</sup>

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 Abs. 1 S. 1 BHO, § 6 HGrG). Das Recht der öffentlichen Beschaffung ist seinem Ursprung nach staatliches Haushaltsrecht. Durch die Statuierung von formalen Regeln für den Einkauf von Gütern oder Dienstleistungen durch die

öffentliche Hand soll eine wirtschaftliche und sparsame Beschaffung sichergestellt sowie Korruption verhindert werden. Das primäre Unionsrecht verbietet es den Mitgliedstaaten u. a., Angehörige anderer Mitgliedstaaten aus Gründen der Staatsangehörigkeit zu diskriminieren (Art. 18 AEUV). Im 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. Vergaberichtlinien, oberhalb bestimmter Auftragswerte, der sog. Schwellenwerte, eine europaweite Ausschreibung öffentlicher Aufträge und geben hierfür einen Verfahrensrahmen vor. Dieses unionsrechtliche Vergaberecht – anders die haushaltsrechtlichen Regelungen, die in erster Linie die Funktion des Vergaberechts unterhalb der Schwellenwerte bestimmen – zielt nicht primär darauf ab, die öffentliche Verwaltung zu einer wirtschaftlichen und sparsamen Beschaffung anzuhalten. Im Vordergrund steht vielmehr das Ziel, in einem formalisierten Verfahren möglichst allen potenziellen Bietern freien Zugang zu den öffentlichen Beschaffungsmärkten in den Mitgliedstaaten der EU zu gewähren und dadurch Wettbewerb herzustellen.

Ein Vergabeverfahren ist mithin darauf ausgerichtet, entweder eine sparsame und wirtschaftliche Beschaffung durch die öffentliche Verwaltung herbeizuführen oder 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

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

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. Zu Recht wird auf die Bedeutung nicht nur technologischer, sondern auch sozialer Innovationen für die dauerhafte Leistungsfähigkeit von Volkswirtschaften und die Möglichkeiten von Beschaffungsprozessen in diesem Zusammenhang hingewiesen.<sup>2</sup> Sozialpolitiker erhoffen sich verdeckte Haushaltsumschichtungen, wenn darauf hingewiesen wird, dass der Sozialpolitik in der EU 80 Milliarden Euro zur Verfügung stünden, wenn nur fünf Prozent der Vertragssumme bei den Vergabeentscheidungen von sozialen Überlegungen geleitet würden<sup>3</sup>. Denn diese erhofften 80 Milliarden Euro werden 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.

Dementsprechend sind insbesondere soziale Kriterien lange Zeit mit der Formulierung der „vergabefremden Aspekte“ belegt worden<sup>4</sup>. Das europäische Vergaberecht hat im Umgang mit dem Spannungsbogen zwischen wirtschaftlicher und

wettbewerbsöffnender Beschaffung einerseits und Nutzung des Steuerungspotenzials zur Verfolgung sozialer Ziele andererseits eine deutlich erkennbare Entwicklung durchlaufen. In den ersten Fassungen der europäischen Richtlinien für das öffentliche Beschaffungswesen aus den Jahren 1971 (Baufträge)<sup>5</sup> bzw. 1977 (Lieferaufträge)<sup>6</sup> und 1992 (Dienstleistungsaufträge)<sup>7</sup> war von sozialen Aspekten bei der Vergabe noch keine Rede. Erst nachdem der Europäische Gerichtshof entschieden hatte, dass aus dem Schweigen des Richtlinien textes nicht der Schluss auf die Unzulässigkeit sozialer Kriterien geschlossen werden könne, sondern diese als zur Disposition des konkreten öffentlichen Auftraggebers stehende „besondere zusätzliche Kriterien“ berücksichtigt werden könnten<sup>8</sup>, nahm sich der Richtliniengeber der Frage an.

Bei der Neufassung und Vereinheitlichung des europäischen Vergaberechts durch die sog. Vergabekoordinierungsrichtlinie (VKR)<sup>9</sup> aus dem Jahre 2004 wurden die sozialen Kriterien ausdrücklich im Text der Richtlinie erwähnt, allerdings mit dem etwas irreführenden Hinweis, die Richtlinie „gründe“ sich auf die einschlägige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (Erwägungsgrund 1). In Wahrheit lag der Richtlinie das Bestreben zugrunde, die großzügige Tendenz der Rechtsprechung des EuGH legislativ zu begrenzen<sup>10</sup>. Die VKR äußerte sich dementsprechend zu sozialen Aspekten bei der Vergabe nur sehr sparsam und wies die Berücksichtigung dieser Aspekte nur der Auffangkategorie der „zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung“ zu (Art. 26 i. V. m. Erwägungsgrund 33).

2 Vgl. nur *Martin Burgi*, Die Förderung sozialer und technischer Innovationen durch das Vergaberecht, NZBau 2011, S. 577 ff.; *Michael Fehling*, Forschungs- und Innovationsförderung durch wettbewerbliche Verfahren, NZBau 2012, S. 673 (674).

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

4 Siehe nur *Ingo Beuttenmüller*, Vergabefremde Kriterien im öffentlichen Auftragswesen, 2007; *Martin Burgi*, Vergabefremde Zwecke und Verfassungsrecht, NZBau 2001, S. 64 ff.; *Kristian Fischer*, Vergabefremde Zwecke im öffentlichen Auftragswesen: Zulässigkeit nach Europäischem Gemeinschaftsrecht, EuZW 2004, S. 492 ff.; *Michael Kling*, Zur Zulässigkeit vergabefremder Kriterien im Recht der öffentlichen Auftragsvergabe, 2000.

5 RL 71/305/EWG des Rates v. 26.07.1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl.EWG Nr. L 185 v. 16.08.1971, S. 5.

6 RL 77/62/EWG des Rates v. 21.12.1976 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABl.EWG Nr. L 13 v. 15.01.1977, S. 1.

7 RL 92/50/EWG des Rates vom 18.06.1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABl.EWG Nr. L 209 v. 24.07.1992, S. 1.

8 EuGH Slg. 1988, S. 4635 Rdnr. 29 f., 36; EuGH Slg. 2000, S. I-7445 Rdnr. 50 f.

9 RL 2004/18/EG v. 31.03.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl.EU Nr. L 134 v. 30.04.2004, S. 114.

10 *Jan Ziekow*, in: ders./Völlink (Hrsg.), Vergaberecht, 2. Aufl. 2013, § 97 GWB Rdnr. 152.

Die von der EU im Jahre 2014 erlassenen Novellierungen des europäischen Vergaberechts, die Richtlinie 2014/24 über die öffentliche Auftragsvergabe (VRL)<sup>11</sup>, die Richtlinie 2014/23 über die Konzessionsvergabe (KRL)<sup>12</sup> sowie die sog. Sektorenrichtlinie<sup>13</sup> (SRL) deuten bereits rein äußerlich einen Paradigmenwechsel an, wird doch im Vergleich zur Vorgängerrichtlinie das Wort „sozial“ nahezu inflationär gebraucht. Die Öffnung der nationalen Beschaffungsmärkte für den Wettbewerb wird zwar in Erwägungsgrund 1 VRL nach wie vor als zentrales Ziel des europäischen Vergaberechts betont. Jedoch hebt gleich anschließend Erwägungsgrund 2 VRL explizit hervor, dass die Richtlinie – im Unterschied zum früheren EU-Vergaberecht – „die öffentliche Auftragsvergabe in stärkerem Maße zur Unterstützung gemeinsamer gesellschaftlicher Ziele“ fruchtbar machen soll.

Gleichwohl bedarf es weiterhin einer sorgfältigen Prüfung, ob und unter welchen Voraussetzungen soziale Aspekte in Vergabeverfahren implementiert werden können, wobei im Mittelpunkt eine Berücksichtigung der ILO-Kernarbeitsnormen stehen soll. Zunächst sollen daher die sozialen Aspekte, die in Vergabeverfahren eine besondere Rolle spielen, skizziert werden, wobei ein besonderes Augenmerk auf den ILO-Kernarbeitsnormen liegen wird (II.). Anschließend werden die für alle Vergaben – oberhalb wie unterhalb der Schwellenwerte – relevanten 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.), wobei zusätzlich zwischen bundes- und landesrechtlichen Vorschriften zu unterscheiden ist. Beschaffungen unterhalb der Schwellenwerte unterliegen neben

Verfassungs- und primärem Unionsrecht den je nach Bundesland unterschiedlich verankerten Vergabe- und Vertragsordnungen (V.) sowie eventuellen landesrechtlichen Spezialvorschriften (VI.). Die bei diesen Analysen gewonnenen Erkenntnisse werden abschließend für eine zusammenfassende Bewertung von Möglichkeiten und Grenzen zur Einbeziehung von Aspekten der ILO-Kernarbeitsnormen in Vergabeverfahren fruchtbar gemacht (VII.).

- 
- 11 RL 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.02.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl.EU Nr. L 94 v. 28.03.2014, S. 65. Die unionsrechtlichen Vorschriften werden im folgenden Gutachten am Beispiel dieser, für die Praxis mit Abstand wichtigsten Richtlinie betrachtet.
- 12 RL 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.02.2014 über die Konzessionsvergabe, ABl.EU Nr. L 94 v. 28.03.2014, S. 1.
- 13 RL 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.02.2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl.EU Nr. L 94 v. 28.03.2014, S. 243.

## 2. ÜBERBLICK ÜBER IN VERGABEVERFAHREN EINBEZOGENE SOZIALE ASPEKTE

### 2.1 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 Belange<sup>14</sup> 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,
- die Durchsetzung familienfreundlicher Unternehmenskonzepte,
- die Lieferung von Produkten, die bestimmten sozialen Standards wie etwa denen des fairen Handels genügen,

u. v. m.

### 2.2 Im Besonderen: ILO-Kernarbeitsnormen

Eine immer stärker zunehmende Rolle in der vergaberechtlichen Rechtsetzung wie Vergabepaxis spielt das Bemühen, die Bieter auf die Einhaltung aller oder bestimmter ILO-Kernarbeitsnormen zu verpflichten. Bei der 1919 gegründeten Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) handelt es sich um eine Sonderorganisation der Vereinten Nationen, wobei die Organe der ILO 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 ILO Arbeitsnormen, von denen die Kernarbeitsnormen die zentralen Grundprinzipien der ILO aufnehmen.<sup>15</sup>

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

15 Zum Ganzen [www.ilo.org](http://www.ilo.org). Zu Inhalt und Implementierung der Kernarbeitsnormen vgl. nur *Martin Götz*, Die Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation im Licht der neuen handelspolitischen „Sozialklausel“ der Europäischen Union, ZIAS 16 (2002), S. 319 ff.; *Steffen Stübiger*, Flexibilität und Legitimität in der ILO. Ursachen der Akzeptanz von Kernarbeitsnormen, 2015. Weiterhin zur Normsetzung und -kontrolle durch die ILO *Sandra Gitzel*, Der Schutz der Vereinigungsfreiheit durch die Internationale Arbeitsorganisation. Aufgabe und Spruchpraxis des Verwaltungsratsausschusses für Vereinigungsfreiheit, 2014, S. 34 ff.; *Gabriele Stauner*, Normensetzung und Normenkontrolle der internationalen Arbeitsorganisation, ZfSH/SGB 1990, S. 169 ff.; *Sabine Böhmert*, Das Recht der ILO und sein Einfluß auf das deutsche Arbeitsrecht im Zeichen der europäischen Integration, 2002, S. 59 ff.

## a) Inhalt und vergaberelevante Gesichtspunkte der ILO-Kernarbeitsnormen

Die ILO-Kernarbeitsnormen<sup>16</sup> 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 ILO verpflichten sich zur baldmöglichsten 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 (1957)**

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 rassistischer, sozialer, 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)**

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 aufgrund 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

16 [www.ilo.org/berlin/arbeits-und-standards/keRdnr-arbeitsnormen/lang--de/index.htm](http://www.ilo.org/berlin/arbeits-und-standards/keRdnr-arbeitsnormen/lang--de/index.htm).

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 ILO-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 sklavereiähnlicher 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 pornografischen 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 ILO-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 aufgrund 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 Pornografie
    - unerlaubte Tätigkeiten
    - schädliche Arbeiten

**b) Zur rechtlichen Wirkung der ILO-Kernarbeitsnormen**

Bei den genannten ILO-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,



Begriffsverständnissen und Kontexten stattfindet.<sup>17</sup> Maßgeblich für die Auslegung sind die Maßstäbe des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge.<sup>18</sup> Andere Inhalte, als sich anhand dieser Maßstäbe aus den ILO-Kernarbeitsnormen entnehmen lassen, sind durch die Übereinkommen nicht gedeckt.<sup>19</sup> Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund der Geltung des vergaberechtlichen Transparenzgrundsatzes (dazu unten III. 1. b) von Bedeutung.

Zum anderen bedürfen die ILO-Übereinkommen zu ihrer Geltung der nationalen Umsetzung.<sup>20</sup> 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.<sup>21</sup> Die ILO-Kernarbeitsnormen sind sämtlich durch die Bundesrepublik ratifiziert worden und gelten in Deutschland im Range eines

einfachen Bundesgesetzes.<sup>22</sup> Selbst wenn ihnen weiterhin zusätzlich zur Geltung auch unmittelbare Anwendbarkeit in dem Sinne zukommen sollte, dass sie unmittelbar Rechte und Pflichten begründen können,<sup>23</sup> würde dies lediglich bedeuten, dass sich z. B. Arbeitnehmer in Deutschland gegenüber ihrem Arbeitgeber auf in der betreffenden ILO-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 ILO-Kernarbeitsnormen beschriebenen Standards sind jedoch nur die Mitglieder der ILO verpflichtet. Kein öffentlicher Auftraggeber ist gehalten, die Missachtung von ILO-Kernarbeitsnormen durch private Unternehmen, möglicherweise sogar mit Sitz in anderen Staaten, zu sanktionieren. Auch in deutsches Recht transformierte und unmittelbar anwendbare ILO-Kernarbeitsnormen *müssen* also nicht in Beschaffungsvorgängen zur Geltung gebracht werden, es sei denn, aus den vergaberechtlichen Regelungen selbst ergibt sich etwas anderes.

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

18 BGBl. 1985 II, 926. Zur Maßgeblichkeit für die Auslegung der ILO-Übereinkommen *Ulrich Ruchti*, Das ILO-Übereinkommen Nr. 94. Möglichkeiten der Umsetzung unter Zugrundelegung der aktuellen Rechtsprechung des BVerfG und des EuGH, 2010, S. 88 ff.; *Alfred Wisskirchen*, Die normensetzende und normenüberwachende Tätigkeit der Internationalen Arbeitsorganisation, ZfA 34 (2003), S. 691 (714 ff.).

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

20 Eine Geltung zumindest der ILO-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). Zu den treibenden Motiven der Ratifizierung am Beispiel der ILO-Kernarbeitsnorm 138 *Miriam Abu Sharkh*, Warum ratifizieren Länder internationale Kinderarbeitskonventionen? Eine Ereignisanalyse der Ratifizierung des „Übereinkommens über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung“ (ILO-Konvention Nr. 138), ZSR 56 (2010), S. 207 ff.

21 Dazu *Sabine Böhmert*, Das Recht der ILO 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.

22 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 ILO 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).

23 Ablehnend *Frederik Diepgen*, Verpflichtungen wirtschaftlicher Akteure zur Beachtung der Kernarbeitsrechte der Internationalen Arbeitsorganisation. Bestehende Ansätze der Entwicklung einer völkergewohnheitsrechtlichen Norm am Beispiel der Maßnahmen der Europäischen Union und der Rechtsprechung im Rahmen des Alien Tort Claims Act in Bezug auf die Kernarbeitsrechte, 2015, S. 43 ff. Dazu auch *Sabine Böhmert*, Das Recht der ILO und sein Einfluß auf das deutsche Arbeitsrecht im Zeichen der europäischen Integration, 2002, S. 160 ff.; *Winfried Haase*, Zur Bedeutung der ILO-Übereinkommen, ZfSH/SGB 1990, S. 238 (245); *Wolfgang Leinemann/Friedrich Schütz*, Wirkungen der ILO-Übereinkommen auf das Recht der Bundesrepublik Deutschland, ZfA 25 (1994), S. 1 (10 ff.).

**c) Die unionsrechtlich begründete Handlungspflicht des nationalen Gesetzgebers im Bereich des Vergaberechts**

Art. 18 Abs. 2 VRL formuliert folgenden Auftrag an die EU-Mitgliedstaaten:

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

Zu den hiervon erfassten internationalen Übereinkommen gehören laut Anhang X zur VRL auch die ILO-Kernarbeitsnormen.

Diese Regelung kann als wirkliche Neuerung begriffen werden. Zusätzlich weist Erwägungsgrund 37 darauf hin, dass während der Auftragsausführung auch die Verpflichtungen aus den genannten Übereinkommen gelten sollen.

Der deutsche Gesetzgeber hat spezifische Regelungen zur Erfüllung dieses Auftrags mit Blick auf die Einhaltung der Verpflichtungen aus den ILO-Kernarbeitsnormen für nicht erforderlich gehalten, da er die Beachtung dieser Normengruppe durch § 128 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen<sup>24</sup> (GWB) sichergestellt sieht. Nach dieser Vorschrift haben die einen öffentlichen Auftrag ausführenden Unternehmen dabei alle für sie geltenden rechtlichen Verpflichtungen einzuhalten, insbesondere Steuern, Abgaben und Beiträge zur Sozialversicherung zu entrichten, die arbeitschutzrechtlichen Regelungen einzuhalten und den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern wenigstens diejenigen Mindestarbeitsbedingungen einschließlich des Mindestentgelts zu gewähren, die nach dem Mindestlohngesetz, einem nach

dem Tarifvertragsgesetz mit den Wirkungen des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrag oder einer Rechtsverordnung für die betreffende Leistung verbindlich vorgegeben werden.

Da die ILO-Kernarbeitsnormen „vollständig in das deutsche Recht und die Rechtsordnungen der EU-Mitgliedstaaten umgesetzt“ seien, sei ein auf Art. 18 Abs. 2 Var. 2 VRL hinweisender Verweis entbehrlich<sup>25</sup>. Damit dürfte der deutsche Gesetzgeber dem Ansatz des Art. 18 Abs. 2 Var. 2 VRL nicht vollständig gerecht geworden sein. Um die Bedeutung dieser Regelung auszuloten, ist es notwendig, sich mit der räumlichen Reichweite der Sicherung der aus den ILO-Kernarbeitsnormen fließenden Verpflichtungen auseinanderzusetzen. Diese Übereinkommen sind in der Tat von allen EU-Mitgliedstaaten ratifiziert und durch nationales Recht umgesetzt worden. Würde es nur darum gehen, die Einhaltung dieser Vorschriften auf dem Gebiet der Mitgliedstaaten zu sichern, wäre Art. 18 Abs. 2 Var. 2 VRL überflüssig. Denn die Einhaltung der in den Mitgliedstaaten geltenden europäischen und nationalen Regelungen wird durch Art. 18 Abs. 2 Var. 1 VRL ohnehin vorgegeben. Soll der zusätzliche Hinweis auf die Einhaltung der Verpflichtungen aus den ILO-Kernarbeitsnormen eine eigenständige Funktion haben, so muss er einen weitergehenden Gehalt haben. Dieser Gehalt liegt darin, dass in öffentlichen Beschaffungsprozessen, die im Anwendungsbereich der EU-Vergaberichtlinien erfolgen, keine Leistungen oder Produkte beschafft werden sollen, bei deren Erbringung, Herstellung oder Lieferung gegen die ILO-Kernarbeitsnormen verstoßen worden ist – und zwar unabhängig davon, ob der Verstoß innerhalb oder außerhalb der EU erfolgte.<sup>26</sup>

Etwas anderes ließe sich auch nicht aus dem Wort „geltenden“ in der Weise entnehmen, dass außerhalb der EU die Übereinkommen nach Anhang X für ein bietendes Unternehmen aus einem Drittstaat oder dessen Zulieferer

24 In der Fassung des Art. 1 des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vom 17.02.2016, BGBl. I, S. 203.

25 Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, BT-Drucks. 18/6281, S. 113.  
26 Ebenso *Andreas Glaser*, Zwingende Mindeststandards bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, 2015, S. 25; *Hermann Summa*, Vergaberecht und ILO-Kernarbeitsnormen, VergabeR 2016, S. 147 (150).



eben gerade nicht „gelten“, wenn der betreffende Drittstaat die Übereinkommen nicht ratifiziert hat. Die in Anhang X genannten Übereinkommen gelten als völkerrechtliche Übereinkommen nie unmittelbar für einzelne Unternehmen. Art. 18 Abs. 2 VRL ist eine an die Mitgliedstaaten adressierte Vorschrift. Es dürfte den Regelungsgehalt des Art. 18 Abs. 2 VRL am Besten treffen, die Vorschrift als Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Durchsetzung des darin genannten Rechts unterschiedlichen Charakters zu verstehen, wobei ihnen hinsichtlich der Auswahl der betreffenden Maßnahmen ein Entscheidungsspielraum zukommt.<sup>27</sup> Erforderlich ist allerdings, dass die ausgewählten Maßnahmen die genannten Bestimmungen effektiv durchzusetzen vermögen.

Die durch den deutschen Gesetzgeber vorgenommene Umsetzung der Verpflichtungen aus der VRL verfehlt mithin den Auftrag des Art. 18 Abs. 2 Var. 2 VRL deutlich. In Anbetracht dessen, dass die Novellierung in Deutschland sich hinsichtlich der Sanktionierung von Verstößen gegen die in Art. 18 Abs. 2 VRL genannten Normen auch im Übrigen durchgehend mit einer Beschränkung auf Verstöße gegen geltende umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen und damit einer Aufnahme des Wortlauts des Art. 18 Abs. 2 Var. 1 VRL beruhigt (dazu im Einzelnen IV.2), erhebt sich die Frage nach den unionsrechtlichen Konsequenzen dieser Verkürzung.

Eindeutig ist, dass Art. 18 Abs. 2 Var. 2 VRL nicht den Voraussetzungen genügt, die der Europäische Gerichtshof an die unmittelbare Anwendbarkeit defizitär umgesetzter Richtlinienbestimmungen stellt. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs muss die betreffende Richtlinienbestimmung inhaltlich als unbedingt und hinreichend genau erscheinen.<sup>28</sup> Hinreichend genau ist eine Richtlinienbestimmung nur dann gefasst, wenn sie bestimmt formulierte und eindeutige

Verpflichtungen der Mitgliedstaaten aufstellt. Die betreffende Bestimmung muss in dem Sinne justizierbar sein, dass sie eine geeignete Grundlage für die Zuerkennung eines individuellen Anspruchs gegen den Mitgliedstaat durch ein Gericht sein kann.<sup>29</sup> Als unbedingt kann eine Richtlinienbestimmung nur dann angesehen werden, wenn sie weder mit einem Vorbehalt noch einer Bedingung versehen ist und ihrem Wesen nach keiner weiteren Maßnahmen der EU-Organe oder der Mitgliedstaaten bedarf.<sup>30</sup> Überlässt die Richtlinie den Mitgliedstaaten ausdrücklich die Wahl zwischen verschiedenen Optionen, so fehlt es an der Unbedingtheit, es sei denn, die Richtlinie will trotz der Wahlmöglichkeiten einen Mindeststandard gewährleisten.<sup>31</sup> Wenngleich Art. 18 Abs. 2 Var. 2 VRL den Mitgliedstaaten abverlangt, dafür Sorge zu tragen, dass die Verpflichtungen auch aus den ILO-Kernarbeitsnormen eingehalten werden, kann diese allgemeine Durchsetzungsverpflichtung nicht als Definition eines Mindeststandards in dem genannten Sinne verstanden werden.

Fehlt es an Voraussetzungen für die unmittelbare Anwendbarkeit einer Richtlinienbestimmung, so steht dies allerdings einer sog. richtlinienkonformen Auslegung nicht entgegen. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs sind mitgliedstaatliche Vorschriften im Lichte des Wortlauts und Zwecks einer Richtlinie auszulegen, unabhängig davon, ob sie in Umsetzung einer unionsrechtlichen Richtlinie erlassen worden sind<sup>32</sup> oder schon vor Erlass der Richtlinie bestanden.<sup>33</sup> Dies gilt auch für den Fall, dass die unmittelbare Anwendbarkeit an einer sonst für einen Einzelnen entstehenden Verpflichtungswirkung oder aus anderen Gründen scheitert. In diesen Fällen ergeben sich eventuelle Verpflichtungen Privater

27 *Andreas Glaser*, Zwingende Mindeststandards bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, 2015, S. 27 ff.

28 EuGH Slg. 1974, S. 1337 Rdnr. 12 – van Duyn; Slg. 1979, S. 1629 Rdnr. 23 – Ratti; Slg. 1988, S. 4635 Rdnr. 40 – Beentjes; Slg. 1990, S. I-3313 Rdnr. 16 – Foster; Slg. 1999, S. I-1405 Rdnr. 34 – HI; Slg. 2003, S. I-2741 Rdnr. 69; Slg. 2006, S. I-4999 Rdnr. 49 f.; Slg. 2008, S. I-2483 Rdnr. 57; Slg. 2011, S. I-11637 Rdnr. 31; Slg. 2011, S. I-11659 Rdnr. 32.

29 EuGH Slg. 1980, S. 1585 Rdnr. 13 – Santillo; Slg. 1989, S. 1925 Rdnr. 26 – Kühne; Slg. 1994, S. I-483 Rdnr. 10 – Comitato di coordinamento.

30 EuGH Slg. 1974, S. 1337 Rdnr. 13 f. – van Duyn; Slg. 1988, S. 4635 Rdnr. 43 – Beentjes; Slg. 1994, S. I-483 Rdnr. 9 – Comitato di coordinamento.

31 Vgl. dazu EuGH Slg. 1977, S. 113 Rdnr. 20 ff.; Slg. 1982, S. 53 Rdnr. 29 – Becker; Slg. 1996, S. I-5403 Rdnr. 50 – Kraijeveld.

32 EuGH Slg. 1976, S. 657 (666); Slg. 1984, S. 1891 (1909); Slg. 1988, S. 673 (690); Slg. 1988, S. 4635 (4662); Slg. 2003, S. I-12537 Rdnr. 21; Slg. 2004, S. I-8835 Rdnr. 114 f.

33 Vgl. EuGH Slg. 1990, S. I-4135 (4159 f.); Slg. 1993, S. I-6911 Rdnr. 20; Slg. 1997 S. I-4961 Rdnr. 43; Slg. 2006, S. I-6057 Rdnr. 108; Slg. 2009, S. I-3071 Rdnr. 197.

nicht aus der Richtlinie selbst, sondern aus dem richtlinienkonform ausgelegten nationalen Recht.<sup>34</sup>

Dieses Gebot der richtlinienkonformen Auslegung unter der Anforderung des Art. 18 Abs. 2 Var. 2 VRL ist bei der Untersuchung der Möglichkeiten zur Berücksichtigung der ILO-Kernarbeitsnormen bei der Vergabe (dazu unten IV.2) zu beachten.

---

34 *Matthias Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 288 AEUV Rdnr. 81.

### 3. 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 § 106 Abs. 2 GWB i. V. m. den jeweiligen EU-rechtlichen Vorschriften grundsätzlich verschiedene Rechtsregime, nämlich ab Erreichen der Schwellenwerte die Vorschriften der VRL bzw. die umsetzenden deutschen Regelungen der §§ 97 ff. GWB, der VgV bzw. der EU-Paragrafen des 2. Abschnitts der VOB/A,<sup>35</sup> unterhalb der Schwellenwerte die ersten Abschnitte der VOB/A und der VOL/A.<sup>36</sup> Jedoch setzen primäres Unionsrecht und Verfassungsrecht für alle Vergaben einheitlich geltende Maßstäbe.

#### 3.1 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.<sup>37</sup> Allerdings ist zu beachten, dass dies für einen Auftrag unterhalb der Schwellenwerte nur dann gilt, wenn der Auftrag eine bestimmte grenzüberschreitende Bedeutung hat.<sup>38</sup> Erforderlich ist insoweit ein „eindeutiges“ grenzüberschreitendes Interesse.<sup>39</sup> 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.<sup>40</sup>

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 Schwellenwerte bereits die Vergabe- und Vertragsordnungen 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 Unionsrechts 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 aufgrund der Staatsangehörigkeit. In der vergaberechtlichen Ausformung beinhaltet der Grundsatz der Gleichbehandlung, dass alle Bieter unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit bei der Aufstellung

35 Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil A, vom 07.01.2016, BAnz AT 19.01.2016 B3.

36 Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen, Teil A, vom 20.11.2009, BAnz Nr. 196a.

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

38 EuGH VergabeR 2008, S. 55 Rdnr. 29; 2008, S. 501 Rdnr. 66; 2008, S. 625 Rdnr. 21; NZBau 2011, S. 50 Rdnr. 31.

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

40 EuGH VergabeR 2008, S. 625 Rdnr. 24. Entsprechend BGH NZBau 2012, S. 46, 48.

und bei der Beurteilung ihrer Angebote durch den öffentlichen Auftraggeber über die gleichen Chancen verfügen müssen.<sup>41</sup>

Unmittelbare Diskriminierungen werden bei der Vergabe öffentlicher Aufträge selten sein. Am ehesten in diesen Bereich hinein ragt 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.<sup>42</sup> Eine solche mittelbare Diskriminierung stellt das Kriterium der Ortsansässigkeit dar.<sup>43</sup> Zu Recht verbietet § 6 Abs. 3 Nr. 1 EU 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.<sup>44</sup>

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 Bietern<sup>45</sup>, sind beispielsweise:

- die Vorgabe nationaler Normen für bei der Auftragsbefüllung zu verwendende Produkte,<sup>46</sup>
- die Notwendigkeit, im Besitz einer Niederlassungsgenehmigung des den Auftrag vergebenden Staates zu sein,<sup>47</sup>
- 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 müssen,<sup>48</sup> oder → der automatische Ausschluss ungewöhnlich niedriger Angebote, benachteiligt er doch Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten, die mit anderen Kostenstrukturen oder niedrigeren Gewinnmargen kalkulieren.<sup>49</sup>

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.<sup>50</sup>

Wichtigstes Beispiel aus der Rechtsprechung des EuGH sind die sog. UNIX-Urteile.<sup>51</sup> Sie betrafen ein niederländisches und ein österreichisches Vergabeverfahren, in denen den Bietern u. a. vorgeschrieben wurde, dass als Betriebssystem das in den 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.<sup>52</sup> Weitere Beispiele sind die Erfordernisse, für die Ausübung derjenigen Tätigkeiten, die Gegenstand der Ausschreibung sind, als juristische Person verfasst zu sein und über ein bestimmtes Mindestgesellschaftskapital zu verfügen.<sup>53</sup>

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

42 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.

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

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

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

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

47 EuGH Slg. 1982, S. 417 Rdnr. 14.

48 H Slg. 2000, S. I-7445 Rdnr. 81 ff.

49 EuGH VergabeR 2008, S. 625 Rdnr. 26.

50 EuGH Slg. 1979, S. 649 Rdnr. 6 ff.; Slg. 1997, S. I-3689 Rdnr. 8; Slg. 1999, S. I-731 Rdnr. 19; Slg. 2009, S. I-3491 Rdnr. 62; Slg. 2009, S. I-108 Rdnr. 38; Slg. 2011, I-2101 Rdnr. 45; NZBau 2012, S. 714 Rdnr. 36.

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

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

53 EuGH NZBau 2012, S. 714 Rdnr. 37 f.

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.<sup>54</sup> 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 ILO-Kernarbeitsnormen in Beschaffungsvorgänge differenziert werden. Zu unterscheiden ist zwischen Lieferaufträgen und Leistungsaufträgen (Bauaufträgen, Dienstleistungsaufträgen). Prüfungsmaßstab für Lieferaufträge sind die Regelungen über die Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 ff. AEUV), für Leistungsaufträge die Bestimmungen über die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 ff. AEUV).

#### aa) Die Bewertung der Berücksichtigung von ILO-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

Bieter 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. AEUV 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. Ausgangspunkt 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 potenziell zu behindern.<sup>55</sup> 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.<sup>56</sup> Ausschlaggebend ist allein die Eignung der Maßnahme zur Handelsbehinderung.

54 EuGH Slg. 1988, S. 4635 Rdnr. 30.

55 EuGH Slg. 1974, S. 837 Rdnr. 5; Slg. 1982, S. 2349 Rdnr. 9; Slg. 1993, S. I-2361 Rdnr. 9; Slg. 1995, S. I-1923 Rdnr. 12; Slg. 1995, S. I-2467 Rdnr. 9; Slg. 1997, S. I-731 Rdnr. 19; Slg. 2000, S. I-10663 Rdnr. 15; Slg. 2003, S. I-5659 Rdnr. 56; Slg. 2003, S. I-9693 Rdnr. 39; Slg. 2004, S. I-1559 Rdnr. 18; Slg. 2004, S. I-3025 Rdnr. 36; Slg. 2006, S. I-2093 Rdnr. 14; Slg. 2007, S. I-9811 Rdnr. 80; Slg. 2008, S. I-6935 Rdnr. 28; Slg. 2009, S. I-519 Rdnr. 33; Slg. 2009, S. I-1353 Rdnr. 82; Slg. 2010, S. I-12213 Rdnr. 47; Slg. 2010, S. I-12869 Rdnr. 26; Slg. 2011, S. I-2685 Rdnr. 15; Slg. 2011, S. I-9327 Rdnr. 26; DVBl. 2014, S. 1120 Rdnr. 66; GRUR Int 2014, S. 385 Rdnr. 16, EuZW 2016, S. 230 Rdnr. 31.

56 EuGH Slg. 1979, S. 649 Rdnr. 14; Slg. 1997, S. I-731 Rdnr. 19; Slg. 1997, S. I-5909 Rdnr. 68 ff.; Slg. 2008, S. I-505 Rdnr. 27; Slg. 2009, S. I-4304 Rdnr. 24; Slg. 2010, S. I-12213 Rdnr. 49; EuZW 2012, S. 508 Rdnr. 34.

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 beschränken.<sup>57</sup> „wer verkauft was, wann darf verkauft werden, wo und wie darf verkauft werden“.<sup>58</sup> 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 vor)<sup>59</sup>, 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.<sup>60</sup> Da sie schon keine Beeinträchtigungen des freien Warenverkehrs darstellen, sind nicht diskriminierende 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.

→ 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.<sup>61</sup> 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.<sup>62</sup> 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 wird.<sup>63</sup> Für diese sonstigen Maßnahmen bedarf es der Feststellung der potenziellen Handelsbehinderung im Einzelfall.

Um eine solche sonstige Maßnahme handelt es sich bei der Berücksichtigung von ILO-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 ILO-Kernarbeitsnormen in Vergabeverfahren potenziell handelsbehindernd wirken kann.

57 EuGH Slg. 1995, S. I-1621 Rdnr. 13; Slg. 2008, S. I-505 Rdnr. 29, 31; Slg. 2008, S. I-6935 Rdnr. 31.

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

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

60 EuGH Slg. 1993, S. I-6097 Rdnr. 14; Slg. 1993, S. I-6787 Rdnr. 21; Slg. 1995, S. I-1141 Rdnr. 37; Slg. 1995, S. I-2467 Rdnr. 12; Slg. 1997, S. I-3689 Rdnr. 9; Slg. 1997, S. I-3843 Rdnr. 40; Slg. 2003, S. I-4581 Rdnr. 60; Slg. 2006, S. I-2095 Rdnr. 15; Slg. 2008, S. I-505 Rdnr. 29; Slg. 2008, S. I-6935 Rdnr. 29; Slg. 2009, S. I-519 Rdnr. 36; Slg. 2010, I-12213 Rdnr. 51.

61 EuGH Slg. 1993, S. I-6097 Rdnr. 15; Slg. 1994, S. I-3879 Rdnr. 10; Slg. 1995, S. I-1923 Rdnr. 12; Slg. 2000, S. I-8739 Rdnr. 46; Slg. 2003, S. I-459 Rdnr. 72; Slg. 2010, S. I-12213 Rdnr. 49.

62 EuGH Slg. 1987, S. 1227 Rdnr. 29, 40; Slg. 1988, S. 4233 Rdnr. 11; Slg. 1994, S. I-3879 Rdnr. 10; Slg. 1995, S. I-1923 Rdnr. 12 ff.; Slg. 2000, S. I-8749 Rdnr. 48; Slg. 2008, S. I-505 Rdnr. 27.

63 EuGH EuZW 2009, S. 617 Rdnr. 24.



Dabei wird davon ausgegangen, dass die Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen durch den Bieter nachzuweisen ist (zu den Formen des Nachweises unten IV.3). Dass das Verlangen, solche Nachweise oder Erklärungen beizubringen, potenziell handelsbehindernd wirken kann, wird sich kaum in Abrede stellen lassen. Vor allem in einem anderen Mitgliedstaat ansässige Importeure von Art. 28 Abs. 2, 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 Gefahren für eines der Schutzgüter ausgehen.<sup>64</sup> 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“, sodass eine nationale Regelung nicht gerechtfertigt sein kann.<sup>65</sup> Eine solche abschließende Normierung wird nicht in der Verordnung (EU) Nr. 978/2012 vom 25. Oktober 2012 über ein Schema allgemeiner Zollpräferenzen<sup>66</sup> gesehen werden können. Zwar sehen die Art. 9 ff. der Verordnung Sonderregelungen für nachhaltige Entwicklung und verantwortungsvolle Staatsführung betreffend Länder vor, die u. a. die ILO-Kernarbeitsnormen ratifiziert und tatsächlich umgesetzt haben (Art. 9 Abs. 1 S. 1 lit. b i. V. m.

Anhang VIII Teil A Nr. 8 ff. der Verordnung). 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 98 der VRL. Eine abschließende unionsrechtliche Regelung könnte daher nur die VRL enthalten – allerdings nur für Vergaben ab Erreichen der Schwellenwerte.

- Die Maßnahme muss in nicht diskriminierender Weise angewendet werden.<sup>67</sup> Dies ist bei der Forderung der Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen der Fall.
- Weiterhin muss die Maßnahme zwingenden Gründen des Allgemeininteresses dienen.<sup>68</sup> Der Kreis solcher zwingenden 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 nicht wirtschaftlicher Natur sind. Sonst könnte über die Anerkennung wirtschaftlicher Gesichtspunkte als Beschränkung der Binnenmarktfreiheiten der Binnenmarktgrundsatz ausgehöhlt werden.<sup>69</sup> Beispiele, für die das Vorliegen eines zwingenden Grundes des Allgemeininteresses anerkannt wurde, sind der Verbraucherschutz<sup>70</sup>, der Umweltschutz<sup>71</sup>, die Lauterkeit des Handels-

64 Ulrich Becker, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 36 AEUV Rdnr. 15; Marc Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, 2007, S. 305.

65 Peter-Christian Müller-Graff, in: Streinz (Hrsg.), EUV/ AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 49 AEUV Rdnr. 83 m. w. N.

66 ABl. L 303/1 v. 31.10.2012.

67 Zusammenfassend EuGH Slg. 1995, S. I-4165 Rdnr. 37; Slg. 2007, S. I-1891 Rdnr. 49; Slg. 2008, S. I-5785 Rdnr. 35.

68 EuGH Slg. 1995, S. I-4165 Rdnr. 37; Slg. 1997, S. I-2471 Rdnr. 26, 31; Slg. 2006, S. I-2161 Rdnr. 45; Slg. 2009, S. I-519 Rdnr. 59; Slg. 2009, S. I-7633 Rdnr. 55 f.; Slg. 2010, S. I-8149 Rdnr. 45; NVwZ 2012, S. 1162 Rdnr. 35; EuZW 2013, S. 269 Rdnr. 33; NVwZ 2015, S. 506 Rdnr. 47.

69 Peter-Christian Müller-Graff, in: Streinz (Hrsg.), EUV/ AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 49 AEUV Rdnr. 85 m. w. N.

70 EuGH Slg. 1979, S. 649 Rdnr. 8; Slg. 1986, S. 3755 Rdnr. 30; Slg. 1990, S. I-667 Rdnr. 18; Slg. 1990, S. I-4827 Rdnr. 12; Slg. 1991, S. I-2023 Rdnr. 17; Slg. 1994, S. I-3879 Rdnr. 20; Slg. 1997, S. I-3843 Rdnr. 46; Slg. 2004, S. I-8961 Rdnr. 21; Slg. 2006, S. I-2093 Rdnr. 26 f.; Slg. 2008, S. I-9947 Rdnr. 47.

71 EuGH Slg. 1985, S. 531 Rdnr. 13; Slg. 1988, S. 4607 Rdnr. 9; Slg. 1992, S. I-4431 Rdnr. 29 ff.; Slg. 1998, S. I-4473 Rdnr. 19; Slg. 2001, S. I-209 Rdnr. 73 ff.; Slg. 2004, S. I-11763 Rdnr. 75; Slg. 2005, S. I-9871 Rdnr. 70; Slg. 2009, S. I-4273 Rdnr. 32, DVBl 2014, S. 1120 Rdnr. 77.

verkehrs<sup>72</sup>, die Sicherheit des Straßenverkehrs,<sup>73</sup> die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege,<sup>74</sup> die Verfolgung von kulturpolitischen Zielen<sup>75</sup> und der Gesundheitsschutz.<sup>76</sup>

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.<sup>77</sup> Die durch ILO-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 -beitrittsfreiheit; 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.<sup>78</sup> In

Anbetracht dessen ist davon auszugehen, dass die von den ILO-Kernarbeitsnormen erfassten Positionen zwingende Gründe des Allgemeininteresses bezeichnen, die eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit zu rechtfertigen vermögen.<sup>79</sup>

→ Eine Eignung der Maßnahme zur Erreichung des mit ihr verfolgten Zwecks<sup>80</sup> 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.<sup>81</sup> 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.<sup>82</sup> Dass der Einsatz der Nachfragemacht der öffentlichen Hand dazu taugt, die Beachtung der in den ILO-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 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 ILO-Kernarbeitsnormen in Verfahren zur Vergabe von Lieferaufträgen zwar um Beschränkungen des freien Warenverkehrs, jedoch sind diese

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

73 EuGH Slg. 2009, S. I-519 Rdnr. 60.

74 EuGH Slg. 1974, S. 1299 Rdnr. 14 ff.; Slg. 1996, S. I-6511 Rdnr. 36; Slg. 2006, S. I-11421 Rdnr. 64.

75 EuGH Slg. 1991, S. I-4007 Rdnr. 23, 27; Slg. 1994, S. I-4795 Rdnr. 19; Slg. 1999, S. I-7599 Rdnr. 50; Slg. 2003, S. I-12489 Rdnr. 71.

76 EuGH Slg. 2001, S. I-837 Rdnr. 28; Slg. 2008, S. I-5785 Rdnr. 37; Slg. 2010, S. I-12213 Rdnr. 57-59; EuZW 2016, S. 230 Rdnr. 33, 35.

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

78 EuGH, Urt. v. 14.02.2008, Rs. C-244/06, Rdnr. 39 ff.

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

80 Zu diesem Erfordernis EuGH Slg. 2009, S. I-519 Rdnr. 59; Slg. 2010, S. I-12213 Rdnr. 57; Slg. 2011, S. I-1915 Rdnr. 73; EuZW 2016, S. 230 Rdnr. 33.

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

82 EuGH Slg. 1991, S. I-4151 Rdnr. 17 f.; Slg. 1997, S. I-3689 Rdnr. 19; Slg. 1997, S. I-3843 Rdnr. 54; Slg. 2002, S. I-6279 Rdnr. 42; Slg. 2009, S. I-519 Rdnr. 59.



Beschränkungen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt. Im primären Unionsrecht wurzelnde Bedenken stehen insoweit also nicht entgegen.

#### bb) Die Berücksichtigung von ILO-Kernarbeitsnormen bei Leistungsaufträgen

Sollen die ILO-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 ansässig ist.<sup>83</sup> Leistungserbringer und -empfänger können also in demselben Mitgliedstaat ansässig sein.<sup>84</sup>
- 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.<sup>85</sup>
- Schließlich kann das erforderliche grenzüberschreitende Element auch dadurch konstituiert werden, dass allein die Dienstleistung die Grenze überschreitet. Ein Grenzübertritt durch Leistungserbringer oder -empfänger erfolgt hingegen nicht. Beispiele für solche Dienstleistungen sind die

grenzüberschreitende Ausstrahlung von Fernseh- oder Werbesendungen<sup>86</sup> oder das grenzüberschreitende telefonische, elektronische oder postalische Angebot von Finanzdienstleistungen.<sup>87</sup>

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

#### cc) Die Entscheidungen des EuGH zu Tarifreuepflicht und Mindestentgelten

In seinen Urteilen vom 03.04.2008 in der Sache Rüffert,<sup>88</sup> vom 18.09.2014 in der Sache Bundesdruckerei<sup>89</sup> und vom 17.11.2015 in der Sache RegioPost<sup>90</sup> hatte der Europäische Gerichtshof Gelegenheit, die Wirkungsweise der Grundfreiheiten für die Einführung sozialer Kriterien in das Vergabeverfahren am Beispiel der sog. Tarifreueerklärung und der Verpflichtung zur Zahlung von Mindestentgelten zu verdeutlichen. Der Rüffert-Entscheidung lag ein Vorlagebeschluss des OLG Celle zugrunde, 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

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

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

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

86 EuGH Slg. 1974, S. 409 Rdnr. 6; Slg. 1988, S. 2085 Rdnr. 15; Slg. 1994, S. I-4795 Rdnr. 13; Slg. 1997, S. I-3843 Rdnr. 48; Slg. 2001, S. I-9445 Rdnr. 28; Slg. 2007, S. I-11135 Rdnr. 28.

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

88 EuGH VergabeR 2008, S. 478.

89 EuGH, Urt. v. 19.09.2014 – C-549/13.

90 EuGH, Urt. v. 17.11.2015 – C-115/14.

Leistungen mindestens das am Ort der Ausführung tarifvertraglich vorgesehene Entgelt zu bezahlen.

Neben Fragen der Entsenderichtlinie<sup>91</sup> wandte sich das Urteil des Gerichtshofs zentral der Auslegung des Art. 49 EGV (= Art. 56 AEUV) zu. Es bewertete 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 weniger attraktiv zu machen.<sup>92</sup> 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, diente die Beschränkung nicht dem Ziel des Arbeitnehmerschutzes und ebenso wenig der Gewährleistung des Schutzes der autonomen Ordnung des Arbeitslebens durch Koalitionen.<sup>93</sup> Darüber hinaus sei die Regelung nicht erforderlich, um eine erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit zu verhindern.<sup>94</sup> Dieser EU-rechtlichen Unzulässigkeit kann auch nicht dadurch ausgewichen werden, dass der Auftraggeber den Bietern die Kalkulationsvorgabe macht, für die Laufzeit des Vertrages mit den Tariflöhnen zu kalkulieren.<sup>95</sup>

Im Urteil des EuGH in der Sache Bundesdruckerei ging es um eine Vorschrift des nordrhein-westfälischen Tarifreue- und Vergabegesetzes, die eine Vergabe von öffentlichen Aufträgen nur an solche Unternehmen zuließ, die sich bei der Angebotsabgabe durch Erklärung gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber schriftlich verpflichteten, ihren Beschäftigten bei der Ausführung der Leistung ein Mindeststundenentgelt mindestens

des in dem Gesetz genannten Betrags zu zahlen. Der Gerichtshof wies zunächst darauf hin, dass es sich zwar möglicherweise um eine im Vergaberecht vorgesehene Ausführungsbedingung zur Realisierung sozialer Aspekte handele, diese aber nur zulässig sei, wenn sie mit dem europäischen Recht vereinbar sei<sup>96</sup> (zu den Ausführungsbedingungen unten IV.1.b.dd).

Des Weiteren bestätigte der Gerichtshof nunmehr auch für die Pflicht zur Zahlung der am Sitz des öffentlichen Auftraggebers geltenden vergaberechtlichen Mindestentgelte die im Ruffert-Urteil für Tariflöhne vorgenommene Bewertung, dass hierdurch die Leistungserbringung für in einem anderen Mitgliedstaat mit niedrigerem Lohnniveau ansässige Unternehmen weniger attraktiv werden könnte und es sich deshalb um eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit handelt.<sup>97</sup> Da auch diese Regelung nur für die Vergabe öffentlicher Aufträge, nicht aber für alle Arbeitnehmer in dem betreffenden Mitgliedstaat galt, sah sie der EuGH nicht als geeignet zur Erreichung der Ziele des Arbeitnehmerschutzes und der Stabilität sozialer Systeme an.<sup>98</sup>

Diese Rechtsprechung hat der EuGH in seinem Urteil in der Sache RegioPost<sup>99</sup> dahin gehend weiterentwickelt, dass ein für alle Vergaben öffentlicher Aufträge in einem Bundesland als Ausführungsbedingung zu beachtender Mindestlohn, der nicht über die in anderen Rechtsvorschriften vorgeschriebenen Mindestlöhne hinausgeht, ein Mindestmaß an sozialem Schutz gewährleistet und daher mit dem EU-Recht vereinbar ist.<sup>100</sup>

Für die Einbeziehung anderer sozialer Zwecke, etwa der Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen, in Vergabeverfahren stellt sich das Problem, ob aus den Entscheidungen 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

91 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.

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

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

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

95 A. M. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.11.2012 – VII-Verg 42/12.

96 EuGH, Urte. v. 18.09.2014 – C-549/13, Rdnr. 28.

97 EuGH, Urte. v. 18.09.2014 – C-549/13, Rdnr. 30; ebenso Urte. v. 17.11.2015 – C-115/14, Rdnr. 69 – RegioPost.

98 EuGH, Urte. v. 18.09.2014 – C-549/13, Rdnr. 31 ff.

99 EuGH, Urte. v. 17.11.2015 – C-115/14.

100 EuGH, Urte. v. 17.11.2015 – C-115/14, Rdnr. 74 ff.

vorliegenden Zusammenhang bedeuten, dass eine Implementation der ILO-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 ILO-Kernarbeitsnormen hergestellt worden sind bzw. erbracht werden. Doch dürfte ein solches Verständnis die Reichweite der Entscheidungen des EuGH überdehnen. Denn in den vom Gerichtshof entschiedenen Fällen war zur Rechtfertigung der Beschränkung allein auf den Schutz von Interessen durch nationale Systeme des Arbeitnehmerschutzes und der sozialen Sicherheit rekurriert worden. Insoweit verlangt der EuGH ein konsistentes Schutzsystem. Dementsprechend anders zu beurteilen 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.<sup>101</sup>

## b) Transparenzgebot

Der Europäische Gerichtshof begreift den Transparenzgrundsatz als Ausformung des Grundsatzes der Gleichbehandlung und des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit.<sup>102</sup> Wie die Kommission im Anschluss an die ständige Rechtsprechung des EuGH seit seinem Urteil Wallonische Busse<sup>103</sup> ausführt, ist eine hinreichende Transparenz Bedingung für eine diskriminierungsfreie Auftragsvergabe.<sup>104</sup> Hierzu statuiert das Transparenzgebot des europäischen Vergaberechts vor allem umfassende Publizitätspflichten. So hat der öffentliche Auftraggeber bereits in der Bekanntmachung

alle ausschlaggebenden Eignungskriterien zu benennen.<sup>105</sup> 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 haben.<sup>106</sup> Auch darf er einmal bekannt gemachte Eignungs- oder Zuschlagskriterien während des Vergabeverfahrens nicht mehr ändern.<sup>107</sup> Insoweit genügt es, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass die nachträgliche Änderung zu einer Diskriminierung von Bietern führen kann; ein diesbezüglicher Nachweis ist nicht erforderlich.<sup>108</sup>

Nach Art. 67 Abs. 5 VRL ist in der Beschreibung anzugeben, wie die einzelnen Kriterien zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots gewichtet werden. Eine objektive und transparente 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 überprüfen.<sup>109</sup> Darüber hinaus dürfen die bekannt gegebenen Zuschlagskriterien dem Auftraggeber keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit belassen.<sup>110</sup>

Für die Implementation der ILO-Kernarbeitsnormen in das Vergabeverfahren bedeutet dies grundsätzlich, dass die Pflicht zur Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen in der Bekanntmachung bzw. den Verdingungsunterlagen angegeben werden muss. Allerdings hat die Neuregelung des EU-Vergaberechts durch die VRL insoweit eine bedeutende Änderung gebracht. Denn die VRL enthält zur Sicherung der durch die ILO-Kernarbeitsnormen statuierten Verpflichtungen einige Sonderregelungen, die auf andere vom öffentlichen Auftraggeber in ein Vergabeverfahren eingeführte soziale Kriterien nicht anwendbar sind (Art. 57 Abs. 4 lit. a VRL, Art. 69 Abs. 2 lit. d VRL, Art. 56 Abs. 1 UAbs. 2 VRL; dazu unten IV.1.b). Die Besonderheit hinsichtlich der ILO-Kernarbeitsnormen als soziale Kriterien in der

101 Im Ergebnis ebenso *Claas Friedrich Germelmann*, Mindestlöhne und ILO-Kernarbeitsnormen: Kernprobleme und Perspektiven sozialer Sekundärziele im Vergaberecht, *GewArch* 2016, S. 60 (65).

102 EuGH NZBau 2002, S. 101 Rdnr. 38; NZBau 2002, S. 458 Rdnr. 45; VergabeR 2005, S. 737 Rdnr. 49; VergabeR 2008, S. 213 Rdnr. 24; VergabeR 2010, S. 203 Rdnr. 37; NZBau 2012, S. 376 Rdnr. 25 – NDS; NZBau 2013, S. 783 Rdnr. 28.

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

104 Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, *ABl.* C121/2 v. 29.04.2000 Nr. 3.1.2.

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

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

107 EuGH NZBau 2011, S. 50 Rdnr. 60, für Zuschlagskriterien; OLG Koblenz NZBau 2012, S. 724 (725), für Eignungskriterien.

108 EuGH NZBau 2011, S. 50 Rdnr. 63.

109 EuGH EuZW 2004, S. 81 Rdnr. 51 f., 57 ff.; NZBau 2012, S. 445 Rdnr. 109 – Max Havelaar.

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

Vergabe besteht darin, dass sie vom öffentlichen Auftraggeber – anders als andere soziale Kriterien – nicht besonders in das Vergabeverfahren eingeführt werden müssen. Allerdings gilt dies nur insoweit, wie die genannten Sonderregelungen der VRL reichen. Soll die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen in anderer Weise berücksichtigt werden als in diesen Sonderregelungen, z. B. als Zuschlagskriterium oder als Bedingung für die Auftragsausführung, gelten für die Berücksichtigungsfähigkeit die gleichen Anforderungen, wie sie für andere soziale Kriterien maßgebend sind. Insoweit bleibt es mithin bei den dargestellten Transparenzanforderungen.

### 3.2 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.<sup>111</sup>

#### a) Bestimmtheitsgrundsatz

Während es der Bayerische Verwaltungsgerichtshof noch für zulässig erachtet hatte, dass nicht in einer Friedhofsatzung selbst festgelegt worden war, durch welche Beweismittel die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnorm 182 hinsichtlich der auf

dem Friedhof verwendeten Grabsteine zu belegen sein sollte, sondern dies der Friedhofsverwaltung für den Einzelfall überlassen wurde,<sup>112</sup> sah das Bundesverwaltungsgericht hierin einen Verstoß gegen die Anforderungen des rechtsstaatlichen Gebots der Normenklarheit und -bestimmtheit:

*„Die angegriffene Satzungsbestimmung (verletzt) das Gebot der Normenklarheit und der hinreichenden Bestimmtheit, indem sie anordnet, dass nur Grabmale aufgestellt werden dürfen, die ‚nachweislich in der gesamten Wertschöpfungskette‘ ohne ausbeuterische Kinderarbeit im Sinne der ILO-Konvention 182 hergestellt wurden. Durch diese Regelung hat es die Antragsgegnerin der Friedhofsverwaltung überlassen zu überprüfen und zu beurteilen, ob die von den Steinmetzen beigebrachten Nachweise belegen, dass das Grabmal in der gesamten Wertschöpfungskette ohne ausbeuterische Kinderarbeit hergestellt worden ist, und damit die im Zusammenhang mit der Anwendung dieser Bestimmung entstehenden Probleme unzulässigerweise in den Normvollzug verlagert. Dies könnte den Anforderungen an die Klarheit und Bestimmtheit einer Norm nur gerecht werden, wenn für den Normbetroffenen unschwer erkennbar wäre, welcher Nachweis genügen würde. Daran fehlt es jedoch, da es bislang keine validen Nachweismöglichkeiten gibt. Derzeit können sich die Steinmetzbetriebe nur auf Eigenklärungen von Herstellern und Lieferanten stützen, die jedoch keinerlei Sicherheit hinsichtlich des Merkmals ‚frei von Kinderarbeit‘ garantieren können. Verlässliche Zertifizierungssysteme und Gütesiegel unabhängiger Organisationen sind bisher nicht bekannt; ob die vorhandenen Zertifikate aussagekräftig sind und auf tatsächlichen Inspektionen in*

111 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 Europäischen 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.).

112 VGH München, Urt. v. 06.07.2012 – 4 N 11.2673, juris Rdnr. 17.

*den Herkunftsländern der Grabmale beruhen, ist für die Steinmetze mit zumutbarem Aufwand nicht nachprüfbar. Angesichts dessen bedürfte es einer Bestimmung, welcher Art der geforderte Nachweis zu sein hat und welche Nachweise als ausreichend angesehen werden; gegebenenfalls müsste der Normgeber die Voraussetzungen festlegen, unter denen die Zeugnisse privater Zertifizierungsstellen als ausreichend angesehen werden.“<sup>113</sup>*

In Anbetracht dessen, dass das Bundesverwaltungsgericht diese Grundsätze unmittelbar aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet hat, bestehen keine Zweifel an der Übertragbarkeit dieser Anforderungen auf die Forderung der nachweislichen Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen in Vergabeverfahren. Dies bedeutet, dass die potenziellen Teilnehmer am Vergabeverfahren bereits aus einer abstrakt-generellen Regelung entnehmen können müssen, in welcher Weise der Nachweis der Einhaltung erbracht werden soll. Dies kann durch die Bezugnahme auf Zertifizierungssysteme erfolgen<sup>114</sup>, ohne dass dies die einzige Möglichkeit der Regelung wäre.

Eine Beschränkung darauf, dass der jeweilige Normgeber ausschließlich die Beibringung von Gütesiegeln durch die Bieter als Nachweis anerkennen darf, lässt sich der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts nicht entnehmen. Vielmehr hat das Gericht zweistufig geprüft: Fehlt auf der ersten Stufe eine Norm, in der die Form der Führung des Nachweises der Beachtung der ILO-Kernarbeitsnorm festgelegt ist, so kann das Gebot der Normenklarheit und -bestimmtheit auf einer zweiten Stufe gleichwohl dann eingehalten

sein, „wenn für den Normbetroffenen unschwer erkennbar wäre, welcher Nachweis genügen würde.“<sup>115</sup> Da sowohl Eigenerklärungen von Herstellern und Lieferanten keinen sicheren Nachweis führen könnten als auch keine verlässlichen Gütesiegel existierten, sei eine solche Erkennbarkeit für die Betroffenen nicht gegeben. Die letztgenannten Erwägungen beziehen sich allerdings allein auf die zweite Prüfungsstufe, sodass der jeweilige Normgeber zumindest durch das Gebot der Normenklarheit und -bestimmtheit nicht daran gehindert ist, beispielsweise auch Eigenerklärungen als Nachweise zuzulassen. Für diese Stufe bleibt es dabei, dass der Normgeber einen „bloßen Wahrscheinlichkeitsmaßstab“ ausreichen lassen kann.<sup>116</sup>

#### b) 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 Koalitionsfreiheit,<sup>117</sup> im Falle der sog. Scientology-Erklärung<sup>118</sup> 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.<sup>119</sup> 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.<sup>120</sup> Um eine solche Regelung in Form der Berufsausübungsregelung handelt es sich beispielsweise, wenn dem Arbeitgeber eine bestimmte Gestaltung der Arbeitsbeziehungen vorgegeben wird.<sup>121</sup>

113 BVerwG, Urt. v. 16.10.2013 – 8 CN 1/12, juris Rdnr. 22. Zu dieser Entscheidung etwa *Melanie Kößler/Miriam Saage-Maaß*, Extraterritorialer Menschenrechtsschutz durch die Hintertür des Kommunalrechts?, Kritische Justiz 2014, S. 461 ff. Dem BVerwG folgend und das fortbestehende Fehlen einer gesicherten Verkehrsauffassung hinsichtlich der Vertrauenswürdigkeit von Zertifikaten betonend VGH Mannheim VBIBW 2014, S. 462 ff.; ZfBR 2015, S. 714 ff.; ZfBR 2016, S. 100 ff.  
114 *Markus Krajewski*, Kommunaler Menschenrechtsschutz durch Verbot von Grabmalen aus ausbeuterischer Kinderarbeit, DÖV 2014, S. 721 (726 f.).

115 BVerwG, Urt. v. 16.10.2013 – 8 CN 1/12, juris Rdnr. 22.  
116 Vgl. VGH München, Urt. v. 06.07.2012 – 4 N 11.2673, juris Rdnr. 17 f.  
117 Eine Berührung des Schutzbereichs des Art. 9 Abs. 3 GG verneinend BVerfG NJW 2007, S. 51 (53).  
118 Dazu *Rainer Noch*, Vergaberecht kompakt, 6. Aufl. 2015, Kap. B Rdnr. 1839.  
119 BVerfGE 65, S. 196 (210); 74, S. 129 (151 f.).  
120 BVerfGE 68, S. 193 (223 f.); 77, S. 84 (118); 95, S. 173 (188).  
121 BVerfG NJW 2007, S. 51 (54).



Für die Berücksichtigung der in den ILO-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 Vertragsbeziehungen 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 Mindestaltersgrenzen oder in bestimmten Formen der Kinderarbeit im Sinne der ILO-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. 2 und 3 GG, für das Vereinigungsrecht im Sinne der ILO-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 ILO-Kernarbeitsnormen in Vergabeverfahren gerade zu einer *Verstärkung* des Schutzes der von den genannten Grundrechten geschützten Rechtsgüter führen soll. Durch die Pflicht zur Beachtung der ILO-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 Maßstäbe<sup>122</sup> liegt in dieser Einschränkung keine allgemeine Regulierung des Wettbewerbsverhaltens der Unternehmen, sondern ein Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit aus

Art. 12 Abs. 1 GG.<sup>123</sup> Weigert sich ein Unternehmen, seine Vertragsbeziehungen nach den Standards der ILO-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 ILO-Kernarbeitsnormen in das Vergabeverfahren, die bietenden Unternehmen zu dem gewünschten Verhalten zu veranlassen, um dadurch die faktische Durchsetzung der ILO-Kernarbeitsnormen zu verbessern.<sup>124</sup>

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 ILO-Kernarbeitsnormen in Vergabeverfahren gestützt werden kann.<sup>125</sup> In diesem Fall wird man den Eingriff im Ergebnis als verfassungsrechtlich gerechtfertigt ansehen müssen. Ziel der Einführung der Berücksichtigung der ILO-Kernarbeitsnormen in das Vergabeverfahren ist es, durch den Einsatz der Nachfragemacht der öffentlichen Hände die faktische Durchsetzung der ILO-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, wenngleich dieses deutlich macht, dass legitimierende Belange auch in sozialen Gesichtspunkten bestehen können.<sup>126</sup> Denn – wie ausgeführt (oben III.1.a.aa) – handelt es sich

122 BVerfG NJW 2007, S. 51 (54).

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

124 Vgl. auch für die Forderung der Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnorm 182 für Grabmale in einer kommunalen Bestattungssatzung BVerwG, Urt. v. 16.10.2013 – 8 CN 1/12, juris Rdnr. 24.

125 Vgl. für die Forderung der Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnorm 182 für Grabmale in einer kommunalen Bestattungssatzung BVerwG, Urt. v. 16.10.2013 – 8 CN 1/12, juris Rdnr. 25.

126 *Michael Sachs*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 20 Rdnr. 50 m. w. N.

bei den von den ILO-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.<sup>127</sup> 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 ILO-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 ILO-Kernarbeitsnormen beitragen kann. Ein ebenso geeignetes, die bietenden Unternehmen aber weniger belastendes Mittel ist nicht erkennbar.<sup>128</sup> Als die bietenden Unternehmen weniger belastende Mittel kämen etwa die Verhängung eines Handelsembargos oder zumindest die Entfaltung politischen Drucks auf diejenigen Staaten, in denen die ILO-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 kompetenziell nicht möglich.<sup>129</sup> 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.<sup>130</sup> Das Bundesverwaltungsgericht hat die in einer kommunalen Friedhofssatzung enthaltene Pflicht der hierdurch in ihrer Berufsausübungsfreiheit berührten Steinmetze, die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnorm bei der Lieferung von Grabmalen nachzuweisen, als außer Verhältnis zu dem damit verfolgten Zweck, der allerdings nicht in der Verstärkung des Menschenrechtsschutzes, sondern in der würdigen Friedhofsgestaltung durch „kinderarbeitsfreie“ Grabmale bestand, als außer Verhältnis zu dem damit verbundenen Grundrechtseingriff stehend qualifiziert.<sup>131</sup> Jedoch wird sich diese Bewertung nicht auf die Implementation der ILO-Kernarbeitsnormen in Vergabeverfahren übertragen lassen:

Zum einen ist auf das besondere Gewicht der von den ILO-Kernarbeitsnormen erfassten Positionen hinzuweisen, die sämtlich grund- und menschenrechtlichen Schutz genießen (oben III.1.a.aa) und deren verstärkte Beachtung gerade Ziel der einschlägigen vergaberechtlichen Regelungen ist. Zum anderen 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.<sup>132</sup> Hingegen hat das Bundesverwaltungsgericht für die Regelungen in kommunalen Friedhofssatzungen gerade darauf

127 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).

128 So auch für die Forderung der Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnorm 182 für Grabmale in einer kommunalen Bestattungssatzung BVerwG, Urt. v. 16.10.2013 – 8 CN 1/12, juris Rdnr. 32.

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

130 BVerfG NJW 2007, S. 51 (55).

131 BVerwG, Urt. v. 16.10.2013 – 8 CN 1/12, juris Rdnr. 33.

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

abgestellt, dass von ihnen der wesentliche Teil der beruflichen Tätigkeit von Steinmetzen betroffen ist.<sup>133</sup> Drittens hat das Bundesverwaltungsgericht für die Unverhältnismäßigkeit der Satzungsregelungen gerade darauf abgestellt, dass diese Regelungen mangels Konkretisierung der von den Steinmetzen zu erbringenden Nachweise betreffend die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen den Steinmetzen ein unkalkulierbares Risiko aufbürden.<sup>134</sup> Dieses Risiko besteht nicht mehr, wenn die entsprechenden Regelungen dem Gebot der Normenklarheit und -bestimmtheit (dazu oben III.2.a) genügen.<sup>135</sup>

In Abwägung dieser Gesichtspunkte ist die Einführung des Aspekts, zu einer Verbesserung der Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen beizutragen, bei Beachtung des Gebots der Normenklarheit und -bestimmtheit 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 ILO-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 erfolgt,<sup>136</sup> wäre es in solchen Konstellationen unverhältnismäßig, vom Bieter die Vorlage entsprechender Nachweise zu verlangen.

Inwieweit gegen eine solche verfassungsrechtlich geforderte Abstufung Bedenken unter

Gleichbehandlungsgesichtspunkten bestehen sollten,<sup>137</sup> ist nicht erkennbar.

### c) Allgemeiner Gleichheitssatz

Weiterhin sind Vergabeentscheidungen generell am allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG zu messen. Nach der 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.<sup>138</sup> Die Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes kann nur in sach- und regelungsspezifischer Abwägung erfolgen.<sup>139</sup> 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.<sup>140</sup>

Für die Gleichheitsprüfung von Beschaffungsvorgängen bedeutet dies, dass der Auftraggeber die Auswahl unter den Bietern unter den Gesichtspunkten der sachgerechten und wirtschaftlichen Auftragsbefriedigung treffen muss. Dies heißt nicht, dass die Berücksichtigung anderer Auswahlkriterien unzulässig wäre; jedoch müssen diese einer Rechtfertigungsprüfung standhalten.<sup>141</sup> Elemente dieser Prüfung sind die Legitimität des mit dem externen Kriterium verfolgten Ziels, die

133 BVerwG, Urt. v. 16.10.2013 – 8 CN 1/12, juris Rdnr. 33.

134 BVerwG, Urt. v. 16.10.2013 – 8 CN 1/12, juris Rdnr. 33.

135 So auch *Markus Krajewski*, Kommunalen Menschenrechtsschutz durch Verbot von Grabmalen aus ausbeuterischer Kinderarbeit, DÖV 2014, S. 721 (728).

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

137 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.).

138 BVerfGE 55, S. 72 (88); 82, S. 60 (86); 84, S. 197 (199); 95, S. 39 (45); BVerfG NJW 2000, S. 3341 (3342); BVerfGE 124, S. 199 (219 f.); 126, S. 400 (418); 131, S. 239 (256).

139 *Lerke Osterloh/Angelika Nußberger*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 3 Rdnr. 37.

140 VerfGE 17, S. 122 (130); 75, S. 108 (157); 90, S. 145 (195 f.); 103, S. 310 (318).

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



Eignung des Kriteriums zur Erreichung des Ziels, das geringstmögliche Maß der Ungleichbehandlung sowie die Angemessenheit des Kriteriums zur Verwirklichung des Differenzierungsziels.<sup>142</sup>

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 Verhältnismäßigkeitsprüfung<sup>143</sup> bis zur generellen Anzweiflung der Eignung vergabefremder Kriterien mit Blick auf die Zufälligkeit des Auftretens der Bieter in diesem Marktsegment, sodass eine Regelung über ein allgemein verbindliches Gesetz erfolgen müsste.<sup>144</sup>

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.<sup>145</sup>

Misst man die Einführung der Beachtung der ILO-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 Kriteriums. 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.<sup>146</sup> Für diese Bewertung ist zu beachten, dass die Pflicht, keine unter Verstoß gegen ILO-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 ILO-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

142 *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.).

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

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

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

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

den ILO-Kernarbeitsnormen erfassten, grund- und menschenrechtlich umhögten Positionen deutlich. Auch insoweit liegt mithin kein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG vor.

#### d) Verfassungsrechtliche Grenzen der Zuständigkeit der Kommunen

Soweit es die Möglichkeiten auf kommunaler Ebene anbetrifft, die Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen in Vergabeverfahren zu implementieren, bedarf es einer Auseinandersetzung mit verschiedenen Urteilen zur Regelungskompetenz der Gemeinden für Bestimmungen in Friedhofssatzungen, die einen Ausschluss von Grabmalen enthalten, die nicht nachweislich ohne Kinderarbeit hergestellt worden sind:<sup>147</sup>

→ Die Entscheidung des *OVG Koblenz* vom 06.11.2008<sup>148</sup> 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 ILO-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 Grundrechtseingriffe – 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 handle 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 Benut-

zungsverhältnisses, nämlich die Produktionsabläufe, und seien als Außenhandelsregelungen 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* war mit dem Fragenkreis des Rekurses auf die ILO-Kernarbeitsnorm 182 in kommunalen Friedhofssatzungen mehrfach befasst. In seinem Urteil vom 04.02.2009 kam der BayVGH zu einem entsprechenden Ergebnis wie das OVG Koblenz 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 ILO-Konvention 182 hergestellt wurden, für unwirksam.<sup>149</sup> Auch nach Auffassung des BayVGH 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 dienten, fehle ihnen von vornherein der nach Art. 28 Abs. 2 GG erforderliche örtliche Bezug. Schließlich könnten sie auch nicht unmittelbar auf das ILO-Übereinkommen 182 gestützt werden, da der Schwerpunkt der innerstaatlichen Umsetzung des Übereinkommens nicht im kommunalen Bestattungsrecht liege.

Das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 27.07.2009 bestätigte zunächst diese Grundsätze,<sup>150</sup> bevor dieses Urteil durch die Entscheidung des *Bayerischen Verfassungsgerichtshofs* vom 07.10.2011<sup>151</sup> aufgehoben

147 Zu dieser Rechtsprechung und ihrer Entwicklung vgl. nur *Markus Kaltenborn/Nina Reit*, Das Verbot der Aufstellung von Grabsteinen aus Kinderarbeit, NVwZ 2012, S. 925 ff.; *Saskia Misera/Hans Wolfram Kessler*, Die globalisierte Friedhofssatzung, KommJur 2009, S. 52 ff.  
 148 OVG Koblenz, Urt. v. 06.11.2008 – 7 C 10771/08.OVG.

149 VGH München, Urt. v. 04.02.2009 – 4 N 08.778.  
 150 VGH München, Urt. v. 27.07.2009 – 4 N 09.1300, juris Rdnr. 15 ff.  
 151 BayVerfGH, Urt. v. 07.10.2011 – Vf. 32-VI-10, juris.

wurde. Nach Auffassung des Verfassungsgerichtshofs zählt die Totenbestattung zum eigenen Wirkungskreis der Gemeinden, sodass die Gemeinden die Totenbestattung eigenverantwortlich durch Satzung regeln könnten. Wenngleich die fraglichen Satzungsbestimmungen zur Verfolgung des globalen Anliegens der ILO-Kernarbeitsnorm 182 geeignet seien, reiche dieser Umstand nicht aus, um sie als außerhalb des Bereichs des kommunalen Selbstverwaltungsrechts stehend zu qualifizieren.<sup>152</sup> Der erforderliche spezifische örtliche Bezug sei darin zu sehen, dass sich die Regelung in der Bestattungssatzung nicht mit dem Wirtschaftskreislauf allgemein befasse, sondern sich auf die Aufstellung von Grabmalen auf konkret bezeichneten Friedhöfen innerhalb des Gemeindegebiets beziehe. Das Ermessen der Gemeinde beim Satzungserlass umfasse auch den Schutz der Würde des Bestattungsortes durch Ausschluss der Verwendung von Produkten, die unter Verstoß gegen die ILO-Kernarbeitsnorm 182 hergestellt wurden.<sup>153</sup>

In seinem Urteil vom 06.07.2012 sah sich der *Bayerische Verwaltungsgerichtshof* an die vom BayVerfGH aufgestellten Grundsätze gebunden und bejahte sowohl einen sachlichen Zusammenhang der betreffenden Satzungsregelung mit dem Friedhofszweck als auch einen spezifischen örtlichen Bezug.<sup>154</sup>

Auf die gegen die letztgenannte Entscheidung erhobene Revision hob das *Bundesverwaltungsgericht* die angefochtene Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs auf.<sup>155</sup> Das BVerwG sah zwar in der Auslegung der Bestimmungen der bayerischen Gemeindeordnung keinen Verstoß gegen die kommunale Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG, da die Satzungsregelungen über die Beachtung der ILO-Kernarbeitsnorm 182 nicht den gegenständlichen Bezug zu den Friedhöfen der Gemeinde verlasen.<sup>156</sup> Jedoch können nach Ansicht des Gerichts weder Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG noch die allgemein die Kommunen zum Satzungserlass ermächtigenden Bestimmungen der Gemeindeordnungen eine den

Anforderungen des grundrechtlichen Gesetzesvorbehalts genügende Grundlage für Eingriffe in die Berufsfreiheit darstellen. Einer expliziten gesetzlichen Grundlage bedürfen insbesondere die zentralen Grundzüge des Nachweissystems, d. h. die Festlegung, welche Nachweise zur Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnorm 182 als ausreichend angesehen werden.<sup>157</sup>

Die von der vorstehend dargestellten Rechtsprechung zur Beurteilung von Regelungen in kommunalen Friedhofssatzungen betreffend die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnorm 182 entwickelten Grundsätze lassen sich nur bedingt auf die Frage der Implementation von ILO-Kernarbeitsnormen in Vergabeverfahren übertragen. 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).

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass verschiedene Bundesländer nunmehr eine entsprechende gesetzliche Ermächtigung in ihrem Bestattungsrecht vorgesehen haben:

- 15 Abs. 3 des baden-württembergischen Bestattungsgesetzes ermächtigt die Kommunen, in Friedhofsordnungen festzulegen, dass nur Grabsteine und Grabeinfassungen verwendet werden dürfen, die nachweislich aus fairem Handel stammen und ohne ausbeuterische Kinderarbeit im Sinne der ILO-Konvention 182 hergestellt sind, wobei die Anforderungen an den Nachweis in den Friedhofsordnungen festzulegen sind.
- Gemäß § 4 Abs. 5 des Gesetzes über das Friedhofs- und Bestattungswesen in der Freien Hansestadt Bremen kann der Friedhofsträger in seiner Friedhofsordnung festlegen, dass nur Grabsteine verwendet werden dürfen, die nachweislich aus fairem Handel stammen und ohne ausbeuterische Kinderarbeit im Sinne der

152 BayVerfGH, Urt. v. 07.10.2011 – Vf. 32-VI-10, juris Rdnr. 21 ff.

153 BayVerfGH, Urt. v. 07.10.2011 – Vf. 32-VI-10, juris Rdnr. 24 f.

154 VGH München, Urt. v. 06.07.2012 – 4 N 11.2673, juris Rdnr. 16.

155 BVerwG, Urt. v. 16.10.2013 – 8 CN 1/12, juris.

156 BVerwG, Urt. v. 16.10.2013 – 8 CN 1/12, juris Rdnr. 16 f.

157 BVerwG, Urt. v. 16.10.2013 – 8 CN 1/12, juris Rdnr. 28 f.

- ILO-Kernarbeitsnorm 182 hergestellt sind.
- Eine eingehende Regelung enthält § 4a des Bestattungsgesetzes Nordrhein-Westfalen. Danach dürfen Grabmäler aus Naturstein nur aufgestellt werden, wenn sie in Staaten gewonnen, be- und verarbeitet worden sind, auf deren Staatsgebiet bei der Herstellung von Naturstein nicht gegen die ILO-Konvention 182 verstoßen wird, oder durch eine staatlicherseits anerkannte Zertifizierungsstelle bestätigt worden ist, dass die Herstellung ohne schlimmste Formen von Kinderarbeit erfolgte.
  - § 8 Abs. 4 des saarländischen Bestattungsgesetzes ermächtigt 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 ILO-Konvention 182 hergestellt sind.

## 4. 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 ILO-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.

### 4.1 Anforderungen des sekundären Unionsrechts an die Einbeziehung sozialer Aspekte

Im Zuge der Neufassung des europäischen Vergaberechts durch die Richtlinien vom 26. Februar 2014 (siehe oben I.) sind die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von sozialen Gesichtspunkten grundlegend neu geregelt worden.

Zwar sind durch die Neuregelung Möglichkeiten geschaffen worden, bieterbezogene Kriterien auch als Zuschlagskriterien einzuführen.

Gemäß Art. 67 Abs. 2 S. 2 lit. b VRL können Zuschlagskriterien auch solche Kriterien sein, die sich auf Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals beziehen, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann. Doch ändert dies nichts daran, dass die Zuschlagskriterien erst dann zum Zuge kommen, wenn der öffentliche Auftraggeber die Eignung der Bieter festgestellt hat. Es gilt also weiterhin der Grundsatz der getrennten

Prüfung von Eignungs- und Zuschlagskriterien.<sup>158</sup>

Die Zulässigkeit eines Kriteriums richtet sich danach, ob es in der Form, in der es konkret in das Vergabeverfahren eingeführt worden ist, zulässig ist oder nicht.<sup>159</sup> Diese Exklusivität der Zuordnung ist vom EuGH mehrfach betont worden.<sup>160</sup> Dass ein mit einem Kriterium verfolgter Zweck gegebenenfalls auch in der Form einer anderen Kriterienkategorie hätte verfolgt werden können, ist ohne Belang.<sup>161</sup> Deshalb ist ein Erst-recht-Schluss dergestalt, dass ein als Ausführungsbedingung zulässiges Kriterium erst recht als Zuschlagskriterium zulässig sein müsse,<sup>162</sup> EU-rechtlich unhaltbar.

Die Besonderheit der ILO-Kernarbeitsnormen als soziale Kriterien in der Vergabe besteht nach der Neuregelung durch die VRL darin, dass sie vom öffentlichen Auftraggeber – anders als andere soziale Kriterien – nicht in jedem Fall besonders in das Vergabeverfahren eingeführt werden müssen. Vielmehr enthält die VRL verschiedene Sonderregelungen, die eine Berücksichtigung der ILO-Kernarbeitsnormen auch dann ermöglichen, wenn der öffentliche

158 Vgl. nur EuGH Slg. 2003, S. I-6351 Rdnr. 59; VergabeR 2008, S. 496 Rdnr. 30; NZBau 2010, S. 120 Rdnr. 55; BGH NJW 1998, S. 3644 (3646); VergabeR 2008, S. 641 (642); OLG Celle NZBau 2012, S. 198 (199); OLG Düsseldorf ZfBR 2012, S. 72 (75); OLG München VergabeR 2011, S. 130 (134); OLG Naumburg VergabeR 2009, S. 933 (940).

159 Für die Einführung sozialer Kriterien in das Vergabeverfahren so ausdrücklich VK Münster, Beschl. v. 21.01.2015 – VK 18/14, juris Rdnr. 75 f.; Roswitha Brackmann, Nachhaltige Beschaffung in der Vergabepraxis, VergabeR 2014, S. 310 (313).

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

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

162 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.

Auftraggeber bei der Ausschreibung keine diesbezüglichen Dispositionen getroffen hat (dazu unten IV.1.b.bb). Allerdings gilt dies nur insoweit, wie die genannten Sonderregelungen der VRL reichen. Soll die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen in anderer Weise berücksichtigt werden als in diesen Sonderregelungen, z. B. als Zuschlagskriterium oder als Bedingung für die Auftragsausführung, gelten für die Berücksichtigungsfähigkeit die gleichen Anforderungen, die für andere soziale Kriterien maßgebend sind.

Außerhalb der genannten besonderen Vorschriften enthält die VRL unterschiedliche Regelungen zur Berücksichtigung sozialer Kriterien bei der Vergabe. Ihre Zulässigkeit soll im Folgenden anhand der verschiedenen Stufen der Vergabe dargestellt werden.

#### a) Zusammenhang des Kriteriums mit dem Auftragsgegenstand

Für alle diese Stufen gilt zunächst, dass die jeweiligen sozialen Kriterien im Zusammenhang mit den bei Erfüllung des Auftrags zu erbringenden Leistungen oder Lieferungen stehen müssen.

Wann dies der Fall ist, regelt Art. 67 Abs. 3 VRL für die Zuschlagskriterien, wobei diese Bestimmung gemäß Art. 70 VRL auf die Ausführungsbedingungen entsprechend anwendbar ist. Danach stehen die Kriterien mit dem Auftragsgegenstand des öffentlichen Auftrags in Zusammenhang, wenn sie sich auf die gemäß dem Auftrag zu erbringenden Leistungen oder Lieferungen oder Dienstleistungen beziehen – und zwar unabhängig von dem Lebenszyklus-Stadium. Hiervon umfasst sind auch Faktoren, die mit dem spezifischen Prozess der Herstellung oder der Bereitstellung solcher Leistungen oder Lieferungen oder des Handels damit oder einem spezifischen Prozess in Bezug auf ein anderes Lebenszyklus-Stadium zusammenhängen. Unerheblich ist es, ob sich derartige Faktoren auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken oder nicht. Erwägungsgrund 97 VRL ergänzt dies für die Einbeziehung sozialer und ökologischer Überlegungen dahin gehend, dass derartige Überlegungen als Zuschlagskriterien oder Ausführungsbedingungen umfassend genutzt werden können und dass der Lebenszyklus, in dem dies erfolgen kann, „von der Gewinnung der

Rohstoffe für die Ware bis zur Entsorgung der Ware“ reicht.

Dies entspricht der vom Europäischen Gerichtshof im Havelaar-Urteil<sup>163</sup> entwickelten Linie, auf die Erwägungsgrund 97 VRL explizit Bezug nimmt. In dem diesem Urteil zugrunde liegenden Fall musste der Bieter einem Anforderungsprofil genügen, das u. a. verlangte, dass die „Zutaten ... möglichst dem EKO- und / oder MAX HAVELAAR-Gütezeichen entsprechen sollen“. Bei beiden Gütezeichen handelt es sich um private Labels, die von niederländischen Stiftungen des Zivilrechts vergeben werden:

- Die Vergabe des EKO-Gütezeichens setzt voraus, dass das betreffende Erzeugnis sich zu mindestens 95 Prozent aus ökologisch erzeugten Bestandteilen zusammensetzt.
- Das Gütezeichen MAX HAVELAAR ist ein Fair-Trade-Label, soll also den Handel mit Erzeugnissen aus fairem Handel fördern. Zu diesem Zweck zertifiziert es den Erwerb der betreffenden Erzeugnisse zu einem fairen Preis und fairen Bedingungen von Organisationen, die sich aus Kleinerzeugern in Entwicklungsländern zusammensetzen, unter folgenden Voraussetzungen:
  - kostendeckender Preis,
  - der einen Zuschlag auf den Weltmarktpreis beinhaltet,
  - Vorfinanzierung der Produktion und
  - Bestehen langfristiger Handelsbeziehungen zwischen Erzeuger und Importeur.

Der Gerichtshof sah den von der Kommission vermissten Bezug zum Auftragsgegenstand darin, dass die Einhaltung der den Gütezeichen zugrunde liegenden Kriterien nur für die konkret in Erfüllung des Auftrags zu liefernden Waren gefordert wurde und deshalb keine Einflussnahme auf die allgemeine Einkaufspolitik der Bieter vorlag.<sup>164</sup> Unter Berufung auf die Schlussanträge der Generalanwältin wies der EuGH darauf hin, dass sich ein Zuschlagskriterium nicht „auf eine echte innere Eigenschaft eines Erzeugnisses“ beziehen müsse, und stellte die „soziale Herkunft“ einer

163 Zu dieser Entscheidung etwa *Thorsten Siegel*, *Wie fair ist das Vergaberecht? Der faire Handel vor dem EuGH*, *VergabeR* 2013, S. 370 ff.

164 EuGH NZBau 2012, S. 445 Rdnr. 90.



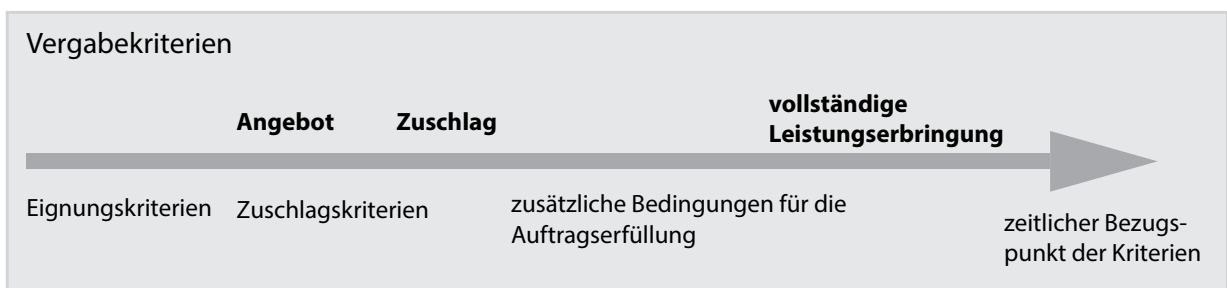
Ware der „ökologischen Herkunft“ im Sinne des Wienstrom-Urteils<sup>165</sup> gleich.<sup>166</sup>

Durch die VRL beantwortet wird die bislang nicht abschließend geklärte und für die Praxis bedeutsame Frage der Einbeziehbarkeit von Produktions- und Distributionsstufen, die vor der Herstellung oder dem Erwerb des Produkts durch den Bieter liegen. Soziale Zuschlagskriterien oder Ausführungsbedingungen können sich auch auf diese Phasen, also Urproduzenten oder Zulieferer des Bieters, beziehen.

Generell unzulässig sind weiterhin Kriterien, die sich nicht auf den konkreten Prozess der Lieferung oder Leistungserbringung in Lebenszyklusbetrachtung, sondern auf das Unternehmen des Bieters als solches und seine Unternehmenspolitik mit Blick auf eine bestimmte Politik der sozialen Verantwortung beziehen<sup>167</sup> (Erwägungsgrund 97). Dementsprechend könnte etwa nicht verlangt werden, dass in den Organen eines Unternehmens eine bestimmte Quote für Frauen reserviert ist. Wohl aber könnte darauf abgestellt werden, ob Frauen Führungspositionen bei der Erfüllung des konkreten Auftrags innehaben. Dementsprechend kann die Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen auch nur insoweit in das Vergabeverfahren eingeführt werden, wie sich diese Forderung auf die konkrete Leistungserbringung bezieht. Denn in diesem Fall handelt es sich nicht um eine allgemein unternehmensbezogene Anforderung.<sup>168</sup>

## b) Möglichkeiten der Berücksichtigung sozialer Kriterien im System der vergabe-rechtlichen Prüfung

Wie für andere Kriterien ist auch für soziale Anforderungen eine Einführung in das Vergabeverfahren auf verschiedenen Stufen möglich: in der Leistungsbeschreibung (unten IV.1.b.aa), bei der Auswahl der Teilnehmer (unten IV.1.b.bb), als Zuschlagskriterien (unten IV.1.b.cc) und als Ausführungsbedingungen (unten IV.1.b.dd). Worin bestehen nun die Unterschiede zwischen Kriterien für die Auswahl der Teilnehmer (Eignungskriterien), Zuschlagskriterien und 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 Leistung.<sup>169</sup> Dahinter steht das Konzept eines Phasenmodells: Verhalten des Bieters *vor* dem Angebot – Entwicklung der Leistungsperspektive *im* Angebot – Erbringung der Leistung *nach* dem Zuschlag.



165 Vgl. EuGH Slg. 2003, S. I-14527 Rdnr. 34.

166 EuGH NZBau 2012, S. 445 Rdnr. 91.

167 Clemens Latzel, Soziale Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nach der Richtlinie 2014/24/EU, NZBau 2014, S. 673 (679).

168 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.01.2014 – Verg 28/13, juris Rdnr. 30; Beschl. v. 25.06.2014 – Verg 29/14, juris Rdnr. 31.

169 Für die letztere Zuordnung ausdrücklich Erwägungsgrund 33 der VKR.

Der Endpunkt der letzten Phase wird durch die vollständige Erbringung der Leistung bezeichnet. Über diesen Zeitpunkt hinausgreifende Anforderungen können nicht auf das Vergaberecht gestützt werden.<sup>170</sup>

#### aa) Leistungsbeschreibung

Der öffentliche Auftraggeber ist nicht daran gehindert, durch eine entsprechende Gestaltung der Leistungsbeschreibung bestimmte soziale oder umweltrelevante Ziele zu verfolgen. Es ist allein Sache des öffentlichen Auftraggebers festzulegen, welche Art von Leistung oder Lieferung mit welchen Merkmalen er nachfragen will, sofern diese Festlegung nach sachbezogenen Kriterien erfolgt. 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, beispielsweise durch eine 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 Unternehmen,<sup>171</sup> lassen sich nicht über die Leistungsbeschreibung in das Vergabeverfahren einführen,<sup>172</sup> sofern nicht eine Berücksichtigung als technische Spezifikation möglich ist.

Technische Spezifikationen betreffen die Merkmale der zu erbringenden Leistung. Hier ging aus dem Wortlaut des früheren Art. 23 VKR nicht hervor, ob unter den Produktionsprozessen bzw. -methoden, die mit Blick auf die Umweltauswirkungen explizit als technische Spezifikationen vorgesehen werden konnten, neben umweltbezogenen auch sozialpolitisch intendierte Anforderungen gefasst werden konnten. Teilweise wurde angenommen, dass dies dann zu bejahen gewesen war, wenn etwa Langzeitarbeitslose, Behinderte oder Frauen in

Führungspositionen bei der Auftragsausführung<sup>173</sup> oder sogar sonst im Betrieb des Bieters<sup>174</sup> eingesetzt werden sollten<sup>175</sup>. Allerdings dürfte dem die Systematik der VKR widersprochen haben.<sup>176</sup> Darüber hinaus hat der EuGH in der Sache Max Havelaar für Anforderungen, die an den Erwerb der betreffenden Erzeugnisse zu einem fairen Preis und fairen Bedingungen gestellt werden, zu denen auch eine Vorfinanzierung der Produktion gehört, eine Einordnung als technische Spezifikation abgelehnt.<sup>177</sup> Die dem Gütezeichen MAX HAVELAAR zugrunde liegenden Kriterien sind nach Auffassung des Gerichtshofs nicht als technische Spezifikationen einzuordnen, weil sie nicht – wie es die Definition der technischen Spezifikation in Anhang VI Nr. 1 lit. b VKR erforderte – auf die Merkmale der Ware oder ihre Produktionsprozesse und -methoden abstellen.<sup>178</sup> Es handelt sich vielmehr um soziale Aspekte, deren Rechtmäßigkeit an dem für Ausführungsbedingungen formulierten Maßstab des Art. 26 VKR zu messen sein sollte.<sup>179</sup>

Anders als nach der bisherigen VKR können zwar nunmehr soziale Kriterien auch als technische Spezifikationen im Sinne des Art. 42 VRL verwendet werden, soweit es um den Prozess oder die spezifische Methode zur Erfüllung des

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

171 *Europäische Kommission*, Sozialorientierte Beschaffung. Ein Leitfaden für die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Beschaffungswesen, 2011, S. 23.

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

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

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

175 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.

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

177 EuGH NZBau 2012, S. 445 Rdnr. 74. Siehe dazu auch die ausführliche Begründung in den Schlussanträgen der Generalanwältin Kokott v. 15.12.2011 in der Rs. C-368/10, Rdnr. 77 ff. Wie hier im Ergebnis *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.

178 EuGH NZBau 2012, S. 445 Rdnr. 74.

179 EuGH NZBau 2012, S. 445 Rdnr. 76.



Auftrags geht.<sup>180</sup> Erwägungsgrund 99 VRL verdeutlicht jedoch, dass es sich dabei um „solche sozialen Anforderungen ... (handeln muss), die die betreffende Ware oder die betreffende Dienstleistung unmittelbar charakterisieren, wie das Kriterium der Zugänglichkeit für Personen mit einer Behinderung oder das Kriterium ‚Design für Alle‘“. Man wird daher davon ausgehen müssen, dass die sozialen Bedingungen der Produktion und Distribution und damit auch die ILO-Kernarbeitsnormen nach wie vor nicht als technische Spezifikationen in die Vergabe eingebracht werden können.<sup>181</sup>

#### bb) Auswahl der Teilnehmer

Ausweislich des Art. 56 Abs. 1 S. 1 lit. b VRL setzt die Vergabe eines öffentlichen Auftrags voraus, dass der betreffende Bieter die qualitativen Eignungskriterien der Art. 57 und 58 VRL erfüllt, d. h. kein Ausschlussgrund vorliegt (Art. 57 VRL) und die vom öffentlichen Auftraggeber gemäß Art. 58 VRL genannten Eignungskriterien erfüllt sind.

Hinsichtlich der Möglichkeiten zur Berücksichtigung der ILO-Kernarbeitsnormen auf der Stufe der Auswahl der Teilnehmer empfiehlt es sich, zwischen dem Vorliegen von Ausschlussgründen (unten IV.1.b.bb.α), der Erfüllung der Eignungskriterien (unten IV.1.b.bb.β) sowie weiteren Möglichkeiten der öffentlichen Auftraggeber (unten IV.1.b.bb.γ) zu unterscheiden.

#### α) Vorliegen von Ausschlussgründen

Die Möglichkeit des Ausschlusses von Bietern wegen Verstoßes gegen die ILO-Kernarbeitsnormen in Drittländern ist durch die VRL erweitert worden. Sieht man vom Vorliegen einer Verurteilung wegen Kinderarbeit (Art. 57 Abs. 1 S. 1 lit. f VRL) ab, so ist zunächst ein Rekurs auf die Möglichkeit des Ausschlusses eines Bieters von der Teilnahme am

Vergabeverfahren, weil er im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen hat, die seine berufliche Integrität infrage stellt und die vom öffentlichen Auftraggeber nachgewiesen werden kann (Art. 57 Abs. 4 S. 1 lit. c VRL), denkbar. Die Präzisierung dieser Begriffe kann wie schon zu Art. 45 Abs. 2 S. 1 lit. d VKR durch das nationale Recht der EU-Mitgliedstaaten erfolgen, allerdings nur unter Beachtung der unionsrechtlichen Vorgaben.<sup>182</sup> Für erforderlich halten müssen wird man weiterhin, dass (1) ein fehlerhaftes Verhalten des Bieters vorliegt, das (2) schuldhaft, also vorsätzlich oder fahrlässig begangen worden ist und eine gewisse Schwere aufweist, sich mithin nicht z. B. in einer mangelhaften Vertragserfüllung erschöpft, und (3) Einfluss auf die berufliche Glaubwürdigkeit des betreffenden Wirtschaftsteilnehmers, hat, d. h. die persönliche Zuverlässigkeit als Bewerber infrage stellt.<sup>183</sup> Hierunter fallen auch Verstöße gegen sozial- und arbeitsschutzrechtliche Bestimmungen.<sup>184</sup> Es spricht nichts dagegen, hierunter auch Verstöße gegen die ILO-Kernarbeitsnormen zu fassen, wenn es sich um einen Verstoß des Bieters selbst handelt, der Einsatz von Kinderarbeit also im eigenen Verantwortungsbereich eines Unternehmens erfolgt.<sup>185</sup>

Zu beachten ist allerdings, dass der Ausschluss vom Vergabeverfahren den Nachweis der schweren Verfehlung durch den Auftraggeber erfordert. Hierfür bedarf es zwar keiner gerichtlichen Verurteilung,<sup>186</sup> jedoch sind konkrete, auf den Einzelfall bezogene Anhaltspunkte erforderlich; die bloße Mutmaßung, die Beschaffung bewege sich in einem hinsichtlich des Verstoßes gegen ILO-Kernarbeitsnormen sensiblen Bereich, genügt

180 *Andreas Glaser*, Zwingende Mindeststandards bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, 2015, S. 42 f.; *Clemens Latzel*, Soziale Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nach der Richtlinie 2014/24/EU, NZBau 2014, S. 673 (675).

181 *Claas Friedrich Germelmann*, Mindestlöhne und ILO-Kernarbeitsnormen: Kernprobleme und Perspektiven sozialer Sekundärziele im Vergaberecht, GewArch 2016, S. 100 (104); *Clemens Latzel*, Soziale Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nach der Richtlinie 2014/24/EU, NZBau 2014, S. 673 (675).

182 EuGH EuZW 2013, S. 151 Rdnr. 26.

183 Zum bisherigen Recht EuGH EuZW 2013, S. 151 Rdnr. 27 ff.

184 Vgl. VUA 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.

185 *Marc Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, 2007, S. 301; *Claas Friedrich Germelmann*, Mindestlöhne und ILO-Kernarbeitsnormen: Kernprobleme und Perspektiven sozialer Sekundärziele im Vergaberecht, GewArch 2016, S. 100 (104).

186 EuGH EuZW 2013, S. 151 Rdnr. 28.

nicht.<sup>187</sup> Jedenfalls für Verfahren oberhalb der Schwellenwerte kann diese Darlegungs- und Beweislast des Auftraggebers nicht dadurch auf den Teilnehmer verlagert werden, dass von ihm die Vorlage von Nachweisen oder Erklärungen über das Nichtvorliegen des Ausschlussgrundes verlangt werden und ein Ausschluss erfolgt, wenn die Erklärung nicht abgegeben wird.<sup>188</sup>

Durch die VRL neu aufgenommen wurde der Ausschlussgrund des Art. 57 Abs. 4 S. 1 lit. a VRL. Danach können öffentliche Auftraggeber einen Bieter ausschließen, wenn der öffentliche Auftraggeber auf geeignete Weise Verstöße gegen geltende Verpflichtungen gemäß Artikel 18 Abs. 2 VRL nachweisen kann. Wie dargestellt (oben II.2.c) zählt zu diesen Verpflichtungen auch die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen. Für die Praxis relevant ist vor allem die Frage, ob der Bieter selbst gegen die ILO-Kernarbeitsnormen verstoßen, z. B. in seinem Unternehmen selbst ausbeuterische Kinderarbeit betrieben haben muss oder ob es ausreicht, wenn der Verstoß von einem seiner Lieferanten etwa von Vorprodukten oder einem Zwischenhändler begangen wird. Würde man auf die erstgenannte Variante abstellen, so hätte die Vorschrift insoweit keinen über den Ausschlussgrund der schweren Verfehlung hinausgehenden Anwendungsbereich. Die Struktur der Richtlinie weist jedoch darauf hin, dass es allein auf das Vorliegen eines Verstoßes gegen die ILO-Kernarbeitsnormen und nicht auf die Begehung des Verstoßes durch den Bieter selbst ankommt. So stellen die weiteren Ausschlussgründe nach Art. 57 Abs. 4 VRL explizit auf ein Handeln oder einen Zustand des *Wirtschaftsteilnehmers*, d. h. des Bieters ab. Für Verstöße gegen die ILO-Kernarbeitsnormen findet der Wirtschaftsteilnehmer hingegen keine Erwähnung, gedacht wird allein des Verstoßes als solchem. Hieraus wird man entnehmen können, dass Art. 57 Abs. 4 S. 1 lit. a VRL auch Verstöße erfasst, die nicht im Unternehmen des Bieters selbst begangen wurden.

Allerdings eröffnet auch Art. 57 Abs. 4 S. 1 lit. a VRL keine Möglichkeit, die Darlegungslast auf den Bieter zu verlagern. Der Nachweis des Vorliegens eines Verstoßes gegen die ILO-Kernarbeitsnormen im konkreten Produktions- und Distributionsprozess muss vielmehr positiv durch den öffentlichen Auftraggeber geführt werden. Auch hier genügen keine bloßen Vermutungen.

### β) Eignungskriterien

Die festgelegten Eignungskriterien müssen die Befähigung zur Berufsausübung, die wirtschaftliche und finanzielle sowie die technische und berufliche Leistungsfähigkeit der Bieter betreffen (Art. 58 Abs. 1 S. 1 lit. a–c VRL). Laut Art. 58 Abs. 1 S. 2 VRL können die öffentlichen Auftraggeber den Wirtschaftsteilnehmern nur die in Art. 58 Abs. 2–4 VRL genannten Anforderungen an die Teilnahme auferlegen. Hierüber hinausgehende Eignungsanforderungen dürfen nicht gestellt werden. Es bleibt mithin bei der bisherigen Rechtslage, dass neben den aufgeführten Eignungskriterien und den Ausschlussgründen keine weiteren bieterbezogenen Kriterien statuiert werden dürfen.<sup>189</sup>

Des Weiteren dürfen die Anforderungen nur dazu dienen sicherzustellen, dass ein Bewerber oder Bieter über die rechtlichen und finanziellen Kapazitäten sowie die technischen und beruflichen Fähigkeiten zur Ausführung des zu vergebenden Auftrags verfügt, und nicht über das dazu Erforderliche hinausgehen.<sup>190</sup> Dies entspricht im Wesentlichen der bisherigen Rechtsprechung des EuGH zur Unzulässigkeit der Forderung anderer als der im EU-Recht benannten Nachweise.<sup>191</sup> Es ist daher ausgeschlossen, auf der Stufe der Eignungsprüfung Anforderungen zu formulieren, die anderen Zwecken dienen. Schon für den unter den früheren Vergaberichtlinien geltenden Rechtszustand hatte die Kommission die Auffassung vertreten, dass die Feststellung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit

187 Ingeborg Dieman-Wies, Soziale und ökologische Kriterien in der Vergabep Praxis, *VergabeR* 2010, S. 317 (319 f.). Zur Unzulässigkeit von Ausschlussautomatismen EuGH EuZW 2013, S. 151 Rdnr. 35.

188 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.01.2014 – Verg 28/13, juris Rdnr. 29; Claas Friedrich Germelmann, Mindestlöhne und ILO-Kernarbeitsnormen: Kernprobleme und Perspektiven sozialer Sekundärziele im Vergaberecht, *GewArch* 2016, S. 100 (104).

189 Für die bisherige Rechtslage vgl. EuGH Slg. 1992, S. I-3401 Rdnr. 20 f.; 1994, S. I-1409 Rdnr. 35; *VergabeR* 2009, S.146 Rdnr. 43; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.01.2014 – Verg 28/13, juris Rdnr. 28; Marc Bungenberg, *Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme*, 2007, S. 302.

190 So schon zur bisherigen Rechtslage EuGH NZBau 2013, S. 58 Rdnr. 29; OLG Düsseldorf NZBau 2012, S. 321 (322).

191 Vgl. EuGH Slg. 1992, S. I-3401 Rdnr. 20; 1993, S. I-5923 Rdnr. 41 f.; NZBau 2013, S. 58 Rdnr. 29.

keinen Raum für die Einbeziehung sozialer Gesichtspunkte durch die öffentlichen Auftraggeber lässt. Dies hat sich durch die VKR<sup>192</sup> und nun auch die VRL<sup>193</sup> nicht geändert.<sup>194</sup>

Dementsprechend bewertete der EuGH das Verlangen, „dass der Lieferant die Kriterien in Bezug auf nachhaltige Einkäufe und gesellschaftlich verantwortliches Verhalten erfüllt“, als unzulässige Mindestanforderung an die berufliche Leistungsfähigkeit, da die Aufzählung der Anforderungen an die technische und berufliche Leistungsfähigkeit in Art. 48 VKR abschließend war und sich die verlangten Anforderungen keinem der in Art. 48 VKR genannten Punkte zuordnen ließen.<sup>195</sup> Darüber hinaus verstieß die Verwendung derartiger Formulierungen in Anbetracht ihrer fehlenden Bestimmtheit gegen den Transparenzgrundsatz.<sup>196</sup>

An der Unzulässigkeit der Formulierung der Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen als Eignungskriterien ändert sich auch nichts bei Berücksichtigung der vom Europäischen Gerichtshof in seinem Urteil in der Sache *Michaniki*<sup>197</sup> entwickelten Grundsätze. 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 freisteht, die die Beachtung der Grundsätze 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.<sup>198</sup> Allerdings müssen die in solchen Vorschriften statuierten Anforderungen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen.<sup>199</sup> Beispiele – die vom EuGH aber in concreto als unverhältnismäßig und damit unionsrechtswidrig beurteilt wurden – sind Unvereinbarkeitsregelungen, nach denen Gesellschafter oder Führungskräfte eines Medienunternehmens nicht gleichzeitig Gesellschafter oder Führungskraft eines öffentlichen Auftrags ausführenden Unternehmens sein können<sup>200</sup> oder durch Abhängigkeitsverhältnisse miteinander verbundene Unternehmen nicht getrennt an demselben Vergabeverfahren teilnehmen können.<sup>201</sup>

Geht man davon aus, dass diese Grundsätze auch unter Geltung der VRL Anwendung finden,<sup>202</sup> so erbringen sie doch nichts für eine Zulässigkeit der Implementierung der ILO-Kernarbeitsnormen. Denn eine solche Implementierung ist nicht den Grundsätzen der Bietergleichheit und der Transparenz bei der Vergabe, sondern der Beachtung materieller sozialer Standards verpflichtet.

#### y) Weitere Möglichkeiten der öffentlichen Auftraggeber

In ihrer Reichweite schwierig zu interpretieren ist die Regelung des Art. 56 Abs. 1 S. 2 VRL. Nach dieser Bestimmung *können* die öffentlichen Auftraggeber entscheiden, einen Auftrag nicht auf das wirtschaftlich günstigste Angebot zu vergeben, wenn sie festgestellt haben, dass das Angebot nicht den anwendbaren Verpflichtungen gemäß den ILO-Kernarbeitsnormen genügt. Dieser Fassung nach handelt es sich um eine Ultimo-Ratio-Klausel für Konstellationen, in denen die Wertung des wirtschaftlich günstigsten Angebots nach Art. 67 VRL bereits stattgefunden hat und ein Verstoß gegen die ILO-Kernarbeitsnormen vorliegt,

192 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; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.01.2014 – Verg 28/13, juris Rdnr. 28; VK Münster, Beschl. v. 21.01.2015 – VK 18/14, juris Rdnr. 75.

193 *Claas Friedrich Germelmann*, Mindestlöhne und ILO-Kernarbeitsnormen: Kernprobleme und Perspektiven sozialer Sekundärziele im Vergaberecht, *GewArch* 2016, S. 100 (103).

194 Stellungnahme „Soziale und ethische Kriterien bei der Neuregelung des Vergaberechts“ des Direktoriums – Rechtsabteilung – der Landeshauptstadt München vom 16.03.2005, S. 4; *Ipek Ölcüm*, Die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Auftragswesen, 2009, S. 235; *Zsófia Varga*, Berücksichtigung sozialpolitischer Anforderungen nach dem neuen § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB – europarechtskonform?, *VergabeR* 2009, S. 535 (537 f.).

195 EuGH NZBau 2012, S. 445 Rdnr. 105 ff.

196 EuGH NZBau 2012, S. 445 Rdnr. 110.

197 EuGH VergabeR 2009, S. 146.

198 EuGH VergabeR 2009, S. 146 Rdnr. 43 f.; ebenso Urt. v. 19.05.2009, Rs. C-538/07, Rdnr. 20 f.; Urt. v. 15.07.2010, Rs. C-74/09, Rdnr. 43.

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

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

201 EuGH, Urt. v. 19.05.2009, Rs. C-538/07.

202 Vgl. für die frühere VKR *Hans-Joachim Prieß/Pascal Fritton*, Ausschluss bleibt Ausnahme, NZBau 2009, S. 300 (302).

der entweder erst jetzt festgestellt wurde oder der auf vorherigen Stufen des Vergabeverfahrens nicht sanktioniert werden konnte. Hiermit nur schwer vereinbar ist die systematische Stellung der Vorschrift im Art. 56 VRL, der die der Wertung der Angebote gerade vorgelagerte Prüfungsstufe betrifft.

Man wird diesen scheinbaren Widerspruch vor dem Hintergrund der Unterscheidung zwischen bieterbezogenen Prüfungsgesichtspunkten und Wertungskriterien zu sehen haben. Wie dargestellt (oben IV.1.b) ist es auch unter der VRL bei der grundsätzlichen Trennung zwischen auf die Person oder das Unternehmen des Bieters bezogenen Kriterien und den auf die angebotene Leistung selbst bezogenen Wertungskriterien geblieben, die nur in dem sehr beschränkten und hier nicht einschlägigen Rahmen des Art. 67 Abs. 2 S. 2 lit. b VRL modifiziert wird. Relevant wird die Vorschrift ohnehin nur, wenn gerade das wirtschaftlichste Angebot nicht den anwendbaren Verpflichtungen nach Art. 18 Abs. 2 VRL, darunter auch den ILO-Kernarbeitsnormen, genügt. In dieser Situation müsste der Zuschlag auf dieses Angebot erteilt werden. Stellt der öffentliche Auftraggeber aber fest, dass das Angebot nicht den ILO-Kernarbeitsnormen genügt, so kann – nicht: muss – der Auftrag an den Bieter mit dem zweitplatzierten Angebot vergeben werden. Der Sache nach entspricht dies dem Ausschlussgrund des Art. 57 Abs. 4 S. 1 lit. a VRL (dazu oben IV.1.b.bb.α). Dementsprechend liegt auch nach Art. 56 Abs. 1 S. 2 VRL die Feststellungslast beim öffentlichen Auftraggeber. Wohl deshalb ist diese Möglichkeit des öffentlichen Auftraggebers in den Vorschriften über die Auswahl der Teilnehmer verortet worden.

### cc) Wertungsstufe

Gemäß Art. 67 Abs. 1 VRL ist der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot zu erteilen, für dessen Ermittlung Art. 67 Abs. 2 VRL dem öffentlichen Auftraggeber verschiedene Wege aufzeigt, nämlich der Bewertung auf der Grundlage des Preises oder der Kosten, mittels eines Kosten-Wirksamkeits-Ansatzes, wie der Lebenszykluskostenrechnung gemäß Art. 68 VRL, wobei die Bewertung das beste Preis-Leistungs-Verhältnis beinhalten kann, das auf der Grundlage von Kriterien — unter Einbeziehung qualitativer,

umweltbezogener und/oder sozialer Aspekte — ermittelt wird. Laut Art. 67 Abs. 2 Unterabs. 3 VRL können die Mitgliedstaaten den öffentlichen Auftraggebern vorschreiben, dass sie nicht den Preis oder die Kosten allein als einziges Zuschlagskriterium verwenden dürfen. Eine umgekehrte Bestimmungsbefugnis zur ausschließlichen Maßgeblichkeit von Preis oder Kosten besteht nicht.

Die Auswahl der Kriterien, auf die er für die Erteilung des Zuschlags abzustellen beabsichtigt, bleibt dem öffentlichen Auftraggeber überlassen.<sup>203</sup> Art. 67 Abs. 2 VRL stellt nun ausdrücklich klar, dass soziale Aspekte als Zuschlagskriterien verwendet werden dürfen, sofern sie den erforderlichen Auftragsbezug (dazu oben IV.1.a) aufweisen. Im Anschluss an das Urteil des EuGH in der Sache Max Havelaar weist Erwägungsgrund 97 ausdrücklich darauf hin, dass ein handelsbezogenes Zuschlagskriterium beispielsweise darin bestehen kann, dass die betreffende Ware aus fairem Handel stammt – einschließlich des Erfordernisses, Erzeugern einen Mindestpreis und einen Preisaufschlag zu zahlen.

In dem genannten Urteil prüfte der Gerichtshof die Zulässigkeit der Verwendung eines Zuschlagskriteriums des Inhalts, dass die in Erfüllung des Auftrags zu liefernden Zutaten mit einem der oder beiden der in Bezug genommenen Gütezeichen versehen sein sollen. Die Kommission hatte insoweit gerügt, dass dieses Kriterium sich nicht auf die zu liefernden Erzeugnisse selbst beziehe, sondern die allgemeine Politik der Bieter betreffe.<sup>204</sup> Der Europäische Gerichtshof wies zunächst darauf hin, dass die Aufzählung von möglichen Zuschlagskriterien in Art. 53 Abs. 1 lit. a VKR nicht abschließend sei und diese neben wirtschaftlichen auch qualitative Gesichtspunkte, z. B. Umwelteigenschaften, umfassen könnten.<sup>205</sup> Anschließend nahm der EuGH Bezug auf Erwägungsgrund 46 zur VKR, wonach zu den Zuschlagskriterien auch „Kriterien zur Erfüllung sozialer Anforderungen ...“, die insbesondere den ... Bedürfnissen besonders benachteiligter Bevölkerungsgruppen entsprechen,

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

204 Vgl. EuGH NZBau 2012, S. 445 Rdnr. 82.

205 EuGH NZBau 2012, S. 445 Rdnr. 84 f.

denen die Nutznießer/Nutzer der Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen angehören“, zählen. Offenbar aus der Verwendung des Wortes „insbesondere“ folgert der Gerichtshof, dass die sozialen Zuschlagskriterien „aber auch andere Personen betreffen können“.<sup>206</sup>

Die frühere Auffassung, dass Gesichtspunkte, die sich auf die Beschäftigungsbedingungen im Unternehmen des Bieters oder seines Lieferanten beziehen, mangels Auftragsbezugs nicht als Zuschlagskriterien berücksichtigt werden können,<sup>207</sup> ist nunmehr durch das Havelaar-Urteil des EuGH und Art. 67 Abs. 2 VRL korrigiert. In der Konsequenz bedeutet dies, dass die Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen auf allen Produktions- und Distributionsstufen als Wertungskriterium in das Vergabeverfahren eingeführt werden kann.

Darüber hinaus enthält Art. 69 Abs. 2 lit. d VRL die Regelung, dass der Auftraggeber vom Bieter die Erläuterung der im Angebot veranschlagten Preise und Kosten fordern kann, wenn diese im Verhältnis zu den angebotenen Leistungen oder Lieferungen oder Dienstleistungen ungewöhnlich niedrig erscheinen, wobei in diese Forderung auch auf die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen einbezogen werden kann. Wird dabei festgestellt, dass das Angebot ungewöhnlich niedrig ist, weil den geltenden Anforderungen der

ILO-Kernarbeitsnormen nicht genügt wird, so muss das Angebot abgelehnt werden (Art. 69 Abs. 3 Unterabs. 2 VRL).

#### dd) Zusätzliche Bedingungen für die Auftragsausführung

Die besonderen Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags im Sinne von Art. 70 VRL beziehen sich auf die Phase nach Zuschlagserteilung. Nach dieser Vorschrift können die öffentlichen Auftraggeber besondere Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags festlegen, sofern diese mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen und im Aufruf zum Wettbewerb oder in den Auftragsunterlagen angegeben werden. Erwägungsgrund 104 VRL definiert die Bedingungen für die Auftragsausführung folgendermaßen:

*„Die Bedingungen für die Auftragsausführung dienen der Festlegung konkreter Anforderungen bezüglich der Ausführung des Auftrags. Anders als Zuschlagskriterien, die die Grundlage für eine vergleichende Bewertung der Qualität von Angeboten bilden, sind Bedingungen für die Auftragsausführung festgelegte, objektive Anforderungen, von denen die Bewertung von Angeboten unberührt bleibt. Bedingungen für die Auftragsausführung sollten mit dieser Richtlinie vereinbar sein, sofern sie nicht unmittelbar oder mittelbar eine Diskriminierung bewirken und sie mit dem Auftragsgegenstand in Zusammenhang stehen; dazu gehören alle Faktoren, die mit dem konkreten Prozess der Herstellung, Bereitstellung oder Vermarktung zusammenhängen. Dies schließt Bedingungen in Bezug auf die Ausführung des Auftrags mit ein, jedoch nicht Anforderungen in Bezug auf eine allgemeine Unternehmenspolitik.“*

Art. 70 Satz 2 VRL weist ausdrücklich darauf hin, dass zu den Ausführungsbedingungen auch soziale Belange zählen können. Als Beispiele nennt Erwägungsgrund 98 VRL dieselben sozialen Kriterien wie für die Zuschlagskriterien und zusätzlich die Umsetzung von Maßnahmen

<sup>206</sup> EuGH NZBau 2012, S. 445 Rdnr. 85.

<sup>207</sup> 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 Leitfadens 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 19.07.2006, S. 26; *Ipek Ölcüm*, Die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Auftragswesen, 2009, S. 238; *Zsófia Varga*, 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 auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.01.2009 – VII-Verg 59/08.



zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern am Arbeitsplatz, die verstärkte Beteiligung der Frauen am Erwerbsleben und die Erfüllung der Kernarbeitsnormen der ILO sowie die Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen oder die Umsetzung von Ausbildungsmaßnahmen für Arbeitslose oder Jugendliche.

Dementsprechend kann das Kriterium der Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen wie bisher als zusätzliche Bedingung für die Auftragsausführung nach Art. 70 VRL gefasst werden.<sup>208</sup> Dies entspricht dem Urteil des EuGH in der Sache Max Havelaar, das bestätigt hat, dass soziale Aspekte der Produktherkunft als Ausführungsbedingungen in das Vergabeverfahren einbezogen werden können.<sup>209</sup>

Unproblematisch zulässig ist die genannte Bedingung bei Aufträgen über noch zu erbringende Bau- oder Dienstleistungen. Da der Wortlaut des Art. 70 VRL 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, sodass auf das Unternehmen des Bieters oder eines Lieferanten allgemein bezogene Anforderungen nicht in der Form von Ausführungsbedingungen formuliert werden dürfen<sup>210</sup>. Dementsprechend formulierte die Generalanwältin in der Sache Max Havelaar:

*„In der Sache ist der Kommission zuzugestehen, dass Art. 26 der Richtlinie 2004/18 keine unbegrenzte Einflussnahme des öffentlichen Auftraggebers auf die Einkaufspolitik seines künftigen Auftragnehmers*

*ermöglicht. Seine Vorgaben für diese Einkaufspolitik müssen sich konkret auf den Gegenstand des öffentlichen Lieferauftrags beziehen und dürfen nicht etwa allgemein die Einkaufspolitik des Auftragnehmers betreffen. Der öffentliche Auftraggeber darf also nicht verlangen, dass potenzielle Bieter ausschließlich Produkte aus fairem Handel in ihrem Sortiment führen, sondern nur, dass die an ihn im Rahmen eines öffentlichen Auftrags konkret zu liefernden Produkte aus fairem Handel stammen.“<sup>211</sup>*

Einen weitergehenden Gehalt dergestalt, dass die „Vergabestelle ... gute, sachliche Gründe“ für die Aufnahme der Ausführungsbedingung haben muss<sup>212</sup> oder die Ausführungsbedingung geeignet sein muss, die Qualität der Leistungserbringung zu verbessern,<sup>213</sup> hat das Erfordernis des Auftragsbezugs nicht. Dies stellt nunmehr die Begründung zu § 128 Abs. 2 GWB ausdrücklich klar: „Einer gesonderten Begründung des öffentlichen Auftraggebers für die Vorgabe von Auftragsbedingungen bedarf es nicht.“<sup>214</sup>

Richtigerweise hat die Europäische Kommission darauf hingewiesen, dass die sich auf die Beschäftigungsbedingungen beziehende Bedeutung von Soziallabeln (zu den Gütezeichen unten IV.3.a) nicht im Bereich der technischen Spezifikationen, sondern bei den Ausführungsbedingungen liegt.<sup>215</sup> Nachgerade idealtypisch werden diese Anforderungen in den Kriterien des GoodWeave-Siegels abgebildet: Teppichproduzenten 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 unangekündigte Kontrollen zu

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

209 EuGH NZBau 2012, S. 445 Rdnr. 76.

210 *Jürgen Kühling/Florian Huerkamp*, Vergaberechtsnovelle 2010/2011: Reformbedarf bei den vergabefremden Ausführungsbedingungen nach § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB?, *VergabeR* 2010, S. 545 (547); *Thorsten Siegel*, Sozial- und Umweltstandards in der öffentlichen Beschaffung, *LKRZ* 2011, S. 121 (125).

211 Schlussanträge der Generalanwältin Kokott v. 15.12.2011 in der Rs. C-368/10, Rdnr. 88.

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

213 So OLG Düsseldorf, *Beschl.* v. 17.01.2013 – *Verg* 35/12.

214 Vgl. Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, BT-Drucks. 18/6281, S. 114.

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



akzeptieren.<sup>216</sup> Wo die Zuerkennung von Siegeln nicht von vornherein am Herstellungsprozess des konkreten Produkts ansetzt, sondern entsprechende Standards unternehmensbezogen definiert sind,<sup>217</sup> muss dem Bieter die Erklärung abverlangt werden, dass die ILO-Kernarbeitsnormen auch gerade bei der Herstellung und dem Handel des konkreten Produkts beachtet werden.

Während unter der Rechtslage der früheren europäischen Vergabekoordinierungsrichtlinie für Aufträge über die Lieferung bereits vorhandener Waren anderes galt, weil der Prozess der Produktion der Waren als Ausführungsbedingung nicht mehr einbeziehbar war, sodass insbesondere für die Lieferung von Waren aus Lagerbeständen des Bieters eine auf die Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen bezogene Erklärung nicht mehr in Ausführung des Auftrags gefordert werden konnte<sup>218</sup>, dürfte sich diese Rechtslage unter der VRL von 2014 geändert haben. Erwägungsgrund 97 VRL hebt nunmehr explizit hervor, dass sich die Einbeziehung sozialer Überlegungen in das Vergabeverfahren als Ausführungsbedingung auf jedes „Lebenszyklus-Stadium von der Gewinnung der Rohstoffe für die Ware bis zur Entsorgung der Ware“ beziehen können. Hieraus wird man ableiten können, dass auch Produktions- und Distributionsschritte vor Erteilung des konkreten Auftrags in der Weise als Ausführungsbedingung gefasst werden können, dass der Bieter – in den Grenzen des ihm Möglichen und Zumutbaren (dazu unten VII.) – nachweist bzw. erklärt, dass bei Herstellung bzw. Handel die ILO-Kernarbeitsnormen beachtet worden sind.

Regelungstechnisch handelt es sich bei den zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung

um Vertragsbedingungen.<sup>219</sup> Sofern im Aufruf zum Wettbewerb oder in den 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 § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV ein, wobei nach Auffassung der Kommission das Ausschlussermessen wegen des Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz sogar auf null reduziert ist.<sup>220</sup>

Da Art. 70 VRL insoweit keine Vorgaben enthält, dürfte es den Mitgliedstaaten überlassen bleiben, den Zeitpunkt festzusetzen, zu dem die Erklärung vorliegen muss, sofern dieser Zeitpunkt 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 Eignungskriterium.<sup>221</sup> Vielmehr wäre es widersinnig, die Ausführungsbedingung im Aufruf zum Wettbewerb oder in den Auftragsunterlagen angeben zu müssen (Art. 70 VRL), dann jedoch eine entsprechende Selbstverpflichtung nicht verlangen zu dürfen und den Zuschlag gegebenenfalls

216 [www.goodweave.net/uploads/GoodWeave-Generic-Intl-Standard-v3-0.pdf](http://www.goodweave.net/uploads/GoodWeave-Generic-Intl-Standard-v3-0.pdf); <http://comments.goodweave.org/wp-content/uploads/GWI-Licensing-and-Certification-Policy-v1.2.pdf>.

217 Vgl. etwa den Fairtrade Standard for Hired Labour vom 15.01.2014, [http://www.fairtrade.net/fileadmin/user\\_upload/content/2009/standards/documents/generic-standards/HL\\_EN.pdf](http://www.fairtrade.net/fileadmin/user_upload/content/2009/standards/documents/generic-standards/HL_EN.pdf), der jeweils durch produktspezifische Standards ergänzt wird; siehe als Beispiel den Fairtrade Standard for Sports Balls for Hired Labour vom 16.02.2009, [http://www.fairtrade.net/fileadmin/user\\_upload/content/2009/standards/documents/2012-09-01\\_EN\\_Sportsballs\\_HL.pdf](http://www.fairtrade.net/fileadmin/user_upload/content/2009/standards/documents/2012-09-01_EN_Sportsballs_HL.pdf).

218 Jan Ziekow, in: Ziekow/Völlink (Hrsg.), *Vergaberecht*, 2. Aufl. 2013, § 97 GWB Rdnr. 148.

219 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.

220 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 Leitfadens für die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Beschaffungswesen, 2011, S. 43. Für einen zwingenden Ausschluss bei mangelnder Akzeptierung der Ausführungsbedingungen auch die Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, BT-Drucks. 18/6281, S. 113; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.01.2014 – Verg 28/13, juris Rdnr. 30; Beschl. v. 25.06.2014 – Verg 29/14, juris Rdnr. 30; *Andreas van den Eikel*, Die zulässige Implementierung „vergabefremder“ Kriterien im europäischen Vergaberecht. Unter Berücksichtigung der neuen Vergaberichtlinien, 2006, S. 307.

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

einem Bieter erteilen zu müssen, der zur Erfüllung der Ausführungsbedingung überhaupt nicht bereit ist.

Vor der Zuschlagserteilung stehen der aus-schreibenden Stelle gegenüber einem Bieter, der die geforderte Erklärung, dass er bei der Auftragsausführung die Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen sicherstellen wird, abgegeben hat, keine weiteren Handlungsoptionen offen. Ausnahmen gelten nur in den Fällen, in denen der nachweisliche Verstoß gegen die ILO-Kernarbeitsnormen zum Ausschlussgrund der schweren beruflichen Verfehlung führt oder in denen der Bieter in einem früheren Verfahren eine falsche Erklärung zur Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen abgegeben hat und hierdurch seine Zuverlässigkeit für künftige Aufträge infrage steht.<sup>222</sup>

Häufig werden sich Hinweise darauf, dass der Bieter, der den Zuschlag erhalten hat, entgegen seiner Erklärung nicht die Beachtung der ILO-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 angemessenes 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 Vertragsstrafversprechen 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.

222 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.01.2014 – Verg 28/13, juris Rdnr. 30.

Gegen die Implementierbarkeit der Beachtung der ILO-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.“<sup>223</sup> 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.<sup>224</sup> 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.<sup>225</sup> Hier muss sich der Auftraggeber im Vergabeverfahren von vornherein darauf beschränken, das im Rahmen der Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zulässige

223 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.

224 VK Münster, Beschl. v. 21.01.2015 – VK 18/14, juris Rdnr. 86; *Clemens Latzel*, Soziale Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nach der Richtlinie 2014/24/EU, NZBau 2014, S. 673 (680). A. M. *Martin Burgi*, Ökologische und soziale Beschaffung im künftigen Vergaberecht: Kompetenzen, Inhalte, Verhältnismäßigkeit, NZBau 2015, S. 597 (600); *Ingeborg Diemon-Wies/Stefan Graiche*, Vergabefremde Aspekte – Handhabung bei der Ausschreibung gem. § 97 IV GWB, NZBau 2009, S. 409 (413); *Jürgen Kühling/Florian Huerkamp*, Vergaberechtsnovelle 2010/2011: Reformbedarf bei den vergabefremden Ausführungsbedingungen nach § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB?, VergabeR 2010, S. 545 (551). Offengelassen von OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.01.2014 – Verg 28/13, juris Rdnr. 32.

225 *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. 8.

höchstmögliche Maß an Gewissheit über die Erfüllung der Ausführungsbedingung zu erlangen.

#### ee) Auswahl: Zuschlagskriterium oder Ausführungsbedingung?

Ob soziale Gesichtspunkte wie die Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen im Einzelfall als Zuschlagskriterium oder als Ausführungsbedingung zu verstehen sind, richtet sich danach, wie das Kriterium in der konkreten Ausschreibung verwendet worden ist. Dem öffentlichen Auftraggeber steht es grundsätzlich frei, sich für die eine oder für die andere Möglichkeit zu entscheiden.<sup>226</sup>

Dabei ist zu beachten, dass die Verwendung eines sozialen Aspekts als Zuschlagskriterium nicht in Ja/Nein-Form erfolgen kann. Bei der Ausgestaltung als Zuschlagskriterium könnte beispielsweise nicht festgelegt werden, dass Angebote, die sich auf unter Verstoß gegen eine ILO-Kernarbeitsnorm hergestellte Produkte beziehen, nicht berücksichtigt werden dürfen. Denn wie Art. 67 Abs. 5 VRL deutlich macht, gehört es grundsätzlich zum Wesen der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots, dass eine Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien im Verhältnis zueinander vorgenommen wird. Dies kann sich bei der Verwendung eines sozialen Kriteriums als Zuschlagskriterium als Vorteil erweisen, wenn beispielsweise das Maß der Gewährleistung sozialer Anforderungen bewertet werden soll. In dieser Weise kann der Erfüllungsgrad sozialer Anforderungen bewertet werden. Lautet etwa das soziale Kriterium „Frauen in Führungspositionen bei Tätigkeiten mit Auftragsbezug“, so kann eine höhere Zahl von Frauen in Führungspositionen oder eine höhere Funktion innerhalb der Ebene des Führungspersonals entsprechend höher gewichtet werden.

Der Umstand, dass das zu beschaffende Produkt ohne Verstoß gegen die ILO-Kernarbeitsnormen hergestellt und gehandelt worden ist, kann mithin mit einer auszuweisenden Gewichtung belegt werden und muss dann mit dieser Gewichtung beim Zuschlag berücksichtigt werden. Damit verbunden ist allerdings, dass sich andere

Wertungskriterien in der Gewichtung gegen die „soziale Herkunft“ eines Produkts durchsetzen können. So verhielt es sich auch in dem der Entscheidung des EuGH zugrunde liegenden Sachverhalt, führte doch „der Umstand, dass die zu liefernden Zutaten mit den Gütezeichen EKO und/oder MAX HAVELAAR ausgestattet seien, zur Vergabe einer bestimmten Punktzahl im Rahmen der Rangfolge der konkurrierenden Angebote für die Zuschlagserteilung“.<sup>227</sup> Das vom Europäischen Gerichtshof zitierte Wienstrom-Urteil besagt nichts anderes, wurde doch in dem dem Urteil zugrunde liegenden Sachverhalt das Kriterium der Lieferung von Strom aus erneuerbaren Energieträgern eben gerade mit 45 Prozent gewichtet. Dies kann die Konsequenz zeitigen, dass der Zuschlag auf das Angebot eines unter Einsatz ausbeuterischer Kinderarbeit hergestellten Produkts erteilt werden muss, weil dieses Kriterium durch das deutliche Überwiegen anderer Zuschlagskriterien wegge- wogen wurde.

Die Verwendung der Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen als Zuschlagskriterium scheidet also immer dann von vornherein aus, wenn seine Einhaltung in jedem Fall sichergestellt werden soll. In diesem Fall bleibt nur – da die Gestaltung als Eignungskriterium unzulässig ist – die Fassung als Ausführungsbedingung.

Andererseits bietet die Fassung als Zuschlagskriterium z. B. die Möglichkeit, die Qualität von Systemen zum Nachweis der Einhaltung von Sozialstandards, z. B. von Zertifizierungssystemen, beim Zuschlag zu bewerten.<sup>228</sup> Zwar wird der Nachweis der Erfüllung als Zuschlagskriterien oder Ausführungsbedingungen gefasster sozialer Kriterien durch Art. 43 VRL gegenüber der früheren Vergabekoordinierungsrichtlinie erleichtert. Anders als Art. 23 Abs. 6 VKR, der die Verwendung von Gütezeichen nur mit Blick auf Umwelteigenschaften regelte, lässt Art. 43 VRL auch für soziale Anforderungen – gleich, auf welcher Stufe des Vergabeverfahrens sie implementiert werden – die Bezugnahme auf Gütezeichen zum Nachweis der Erfüllung der Anforderungen

226 Vgl. *Bernhard W. Wegener/Jörg Ludwig Hahn*, Ausschreibung von Öko- und Fair-Trade-Produkten mittels Gütezeichen, NZBau 2012, S. 684 (687).

227 EuGH NZBau 2012, S. 445 Rdnr. 93.

228 Dazu *Das Landmark Konsortium (Hrsg.)*, The Landmark Project, Überprüfung sozialer Verantwortung entlang der Zulieferkette, 2012, S. 55.

zu, sofern das Gütezeichen den in der Vorschrift genannten Anforderungen genügt (dazu IV.3.a). Jedoch sind die Anforderungen, die Art. 43 VRL an Gütezeichen stellt, im Wesentlichen auf den Prozess der Generierung des Gütezeichens bezogen und nicht auf dessen tatsächliche Verlässlichkeit. Varianzen in der Verlässlichkeit verschiedener Gütezeichen kann über die Gewichtung als Zuschlagskriterium Rechnung getragen werden.

Weiterhin ist in die Überlegungen einzubeziehen, dass für Zuschlagskriterien das Gebot der effektiven Überprüfbarkeit gilt: Der Auftraggeber muss in der Lage sein, die Erfüllung der Zuschlagskriterien effektiv zu überprüfen.<sup>229</sup> Dieses Gebot gilt für Ausführungsbedingungen nicht (oben IV.1.b.dd). Dementsprechend kommt eine Verwendung der Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen als Zuschlagskriterium nicht in Betracht, wenn nicht für alle erfassten Produktions- und Distributionsstufen verifiziert werden kann, dass den sozialen Aspekten Rechnung getragen worden ist.

#### 4.2 Die Berücksichtigung sozialer Aspekte nach deutschem Recht

Durch die mit Art. 1 des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vom 17.02.2016<sup>230</sup> herbeigeführte Neufassung der §§ 97 ff. GWB, die durch Art. 1 der Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts vom 12.04.2016<sup>231</sup> erlassene neue Vergabeverordnung sowie den Abschnitt 1 der am 07.01.2016 bekannt gemachten neuen VOB/A ist das deutsche Vergaberecht für Vergaben ab Erreichen der Schwellenwerte neu geregelt worden.<sup>232</sup> Die (oben IV.1) dargestellten Vorgaben der EU-Vergaberichtlinien von 2014 sind dabei für den vorliegenden Fragenkreis größtenteils in einer Weise umgesetzt worden, die hinsichtlich der Berücksichtigung der ILO-Kernarbeitsnormen bei der Vergabe zu keinen Abweichungen von den unionsrechtlichen Vorgaben führt. Soweit

sich insoweit Besonderheiten ergeben, wird im Folgenden darauf eingegangen.

##### a) Leistungsbeschreibung

Ausweislich § 121 Abs. 1 S. 2 GWB enthält die Leistungsbeschreibung die Funktions- oder Leistungsanforderungen sowie die Umstände und Bedingungen der Leistungserbringung. Wie § 31 Abs. 3 VgV klarstellt, gehören zu den Merkmalen des Auftragsgegenstands, die in der Leistungsbeschreibung – beispielsweise durch Bezugnahme auf technische Anforderungen – beschrieben werden, auch soziale Aspekte, die sich auf den Prozess oder die Methode zur Herstellung oder Erbringung der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus des Auftragsgegenstands einschließlich der Produktions- und Lieferkette beziehen, selbst wenn diese Faktoren keine materiellen Bestandteile der Leistung werden. Auf dieser Grundlage sollen auch Vorgaben zur Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen entlang der Produktionskette gemacht werden können.<sup>233</sup>

Wie dargelegt (oben IV.1.b.aa) ermöglicht das sekundäre Unionsrecht eine Einbeziehung der Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen auf der Ebene der Leistungsbeschreibung gerade nicht. Insoweit geht das deutsche Recht also über das EU-Recht hinaus. Eine Abweichung des nationalen Rechts von den Vorgaben der EU-Vergaberichtlinien ist nicht generell ausgeschlossen. Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Abweichung ist allerdings, dass das nationale Recht zu einer Erweiterung des Wettbewerbs im Vergleich mit dem EU-Recht führt. Dies ist jedoch bei einer Einführung der Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen in das Vergabeverfahren nicht der Fall. Vielmehr führt dieses Kriterium zu einer Verengung des Wettbewerbs auf diejenigen Unternehmen, deren Leistungen bzw. Produkte das Kriterium erfüllen.

##### b) Eignungsprüfung

Die Neufassung des GWB hat zu einer veränderten Systematik der Eignungsprüfung geführt. Nach dem früheren § 97 Abs. 4 S. 1 GWB wurden

229 EuGH EuZW 2004, S. 81 Rdnr. 51 f., 57 ff.; NZBau 2012, S. 445 Rdnr. 109.

230 BGBl. I S. 203.

231 BGBl. I S. 624.

232 Die Neufassung der VOL/A für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte lag zum Zeitpunkt der Fertigstellung dieses Gutachtens noch nicht vor.

233 Begründung des Entwurfs der VgV, [http://www.forum-vergabe.de/fileadmin/user\\_upload/Rechtsvorschriften/Referentenentwurf\\_Verordnungen\\_11.11.2015/Referentenentwurf\\_Verordnungen\\_gesamt\\_11.11.2015.pdf](http://www.forum-vergabe.de/fileadmin/user_upload/Rechtsvorschriften/Referentenentwurf_Verordnungen_11.11.2015/Referentenentwurf_Verordnungen_gesamt_11.11.2015.pdf), S. 166.

Aufträge an fachkundige, leistungsfähige sowie gesetzestreue und zuverlässige Unternehmen vergeben. Dabei wurde teilweise versucht, den Begriff der Zuverlässigkeit dahin gehend zu instrumentalisieren, dass zumindest Verstöße gegen das ILO-Übereinkommen 182 elementare Verletzungen der durch Art. 1 Abs. 1 GG vom Staat zu achtenden und schützenden Menschenwürde darstellen sollten, weshalb der Staat verpflichtet sei „nachzufragen, ob bei der Herstellung von Produkten, die er erwerben möchte, (minderjährige) Sklaven beschäftigt waren“.<sup>234</sup> 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. Unabhängig davon, dass ein solcher Versuch auch schon nach bisherigem Recht zum Scheitern verurteilt war,<sup>235</sup> ist ihm durch den Begriff der Eignung in § 122 GWB nunmehr der Anknüpfungspunkt entzogen worden. Denn Eignungskriterien dürfen sich gemäß § 122 Abs. 2 S. 2 GWB ausschließlich auf die Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung, die wirtschaftliche und finanzielle sowie die technische und berufliche Leistungsfähigkeit beziehen. Der Begriff der Eignung umfasst daher nicht mehr die unbestimmten Begriffe der Zuverlässigkeit und Gesetzestreue.<sup>236</sup>

Vielmehr ist ausweislich der Gesetzesbegründung die Nichtbeachtung von Normen nur über die Ausschlussgründe der §§ 123 und 124 GWB sowie die in § 128 Abs. 1 GWB statuierte Pflicht der Unternehmen, bei der Ausführung des Auftrags alle für sie geltenden rechtlichen Verpflichtungen einzuhalten, sanktioniert.<sup>237</sup> Die Eignungsprüfung eröffnet daher keine Möglichkeit, die Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen in das Vergabeverfahren einzuführen.

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

235 Siehe nur *Jan Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink* (Hrsg.), *Vergaberecht*, 2. Aufl. 2013, § 97 GWB Rdnr. 134.

236 Vgl. Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, BT-Drucks. 18/6281, S. 101.

237 Vgl. Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, BT-Drucks. 18/6281, S. 101.

Der Ausschlussgrund der nachweislichen Begehung einer die Integrität des Unternehmens infrage stellenden schweren Verfehlung (§ 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB) entspricht in seiner Reichweite Art. 57 Abs. 4 Unterabs. 1 lit. c VRL (dazu oben IV.1.b.bb.α). Hingegen bleibt § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB hinter Art. 57 Abs. 4 Unterabs. 1 lit. a VRL zurück. Gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB kann ein Unternehmen ausgeschlossen werden, wenn es bei der Ausführung öffentlicher Aufträge nachweislich gegen geltende umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen verstoßen hat. Hierüber geht Art. 57 Abs. 4 Unterabs. 1 lit. a VRL hinaus:<sup>238</sup> *Geltende Verpflichtungen im Sinne von § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB sollen ausweislich der Gesetzesbegründung „gemäß Artikel 18 Absatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU alle für das Unternehmen geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen, die durch Rechtsvorschriften der Europäischen Union, einzelstaatliche Rechtsvorschriften, aber auch durch für das Unternehmen verbindliche Tarifverträge festgelegt sind“, sein.*<sup>239</sup> Dies soll explizit auch für die in Anhang X VRL aufgeführten ILO-Kernarbeitsnormen gelten. Diese Verengung entspricht nicht der (oben II.2.c) dargestellten Unterscheidung zwischen Vorschriften im Sinne von Art. 18 Abs. 2 Var. 1 VRL, die durch § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB erfasst werden, und Vorschriften im Sinne von Art. 18 Abs. 2 Var. 2 VRL, zu denen die ILO-Kernarbeitsnormen gehören. Da Art. 57 Abs. 4 Unterabs. 1 lit. a in Verbindung mit Art. 18 Abs. 2 Var. 2 VRL alle Verstöße gegen die ILO-Kernarbeitsnormen erfasst, unabhängig davon, ob sie durch den Bieter selbst oder einen Zulieferer oder ob sie in einem Staat, in dem die ILO-Kernarbeitsnormen in nationales Recht umgesetzt worden sind, begangen worden sind (oben II.2.c), ist die Umsetzung in § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB defizitär.

§ 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB ist daher dahin gehend unionsrechtskonform auszulegen (dazu oben IV.1.b.bb.α), dass die Vorschrift auch einen Ausschluss von Bietern ermöglicht, wenn diese selbst oder einer ihrer Zulieferer gegen die ILO-Kernarbeitsnormen verstoßen haben, selbst wenn

238 Ebenfalls von einem Umsetzungsdefizit ausgehend *Hermann Summa*, *Vergaberecht und ILO-Kernarbeitsnormen*, *VergabeR* 2016, S. 147 (150).

239 Vgl. Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, BT-Drucks. 18/6281, S. 105.



dieser Verstoß in einem Staat außerhalb der EU erfolgte.

Keine erkennbare Umsetzung hat Art. 56 Abs. 1 S. 2 VRL (zu dieser Vorschrift oben IV.1.b.bb.y) erfahren. Auch dabei handelt es sich um eine an die öffentlichen Auftraggeber adressierte Vorschrift. Es dürfte den Mitgliedstaaten nicht freistehen, den Auftraggebern die darin vorgesehene Handlungsmöglichkeit vollständig zu nehmen. Da der fakultative Ausschlussgrund des § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB einen Ausschluss zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens, also auch noch nach Angebotswertung ermöglicht, ist eine entsprechende unionsrechtskonforme Auslegung möglich.

### c) Angebotswertung

In engem Anschluss an Art. 67 Abs. 1 und 2 VRL gibt § 127 Abs. 1 GWB vor, dass der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erfolgt. Zu dessen Ermittlung hat eine Bewertung zu erfolgen, ob und inwieweit das einzelne Angebot die vorgegebenen Zuschlagskriterien erfüllt, wobei maßgebend das beste Preis-Leistungs-Verhältnis ist. In der Ermittlung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses können u. a. auch soziale Aspekte berücksichtigt werden. § 58 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 VgV ergänzt dies dahin gehend, dass zu den Zuschlagskriterien soziale Eigenschaften sowie Vertriebs- und Handelsbedingungen gehören.

Dass die Berücksichtigung der ILO-Kernarbeitsnormen als Zuschlagskriterium auf jeder Produktions- und Distributionsstufe möglich ist, macht die Begründung des Entwurfs zu § 58 VgV deutlich:

Es „stellt bereits § 127 Absatz 3 GWB in Umsetzung des Artikels 67 Absatz 3 der Richtlinie 2014/24/EU klar, dass ein Auftragsbezug künftig auch dann angenommen werden kann, wenn sich das Kriterium auf ein beliebiges Stadium im Lebenszyklus der Leistung bezieht. Dies kann insbesondere Prozesse der Herstellung (auch der Rohstoffgewinnung), Bereitstellung oder Entsorgung der Leistung betreffen, aber (insbesondere bei Warenlieferungen) z. B. auch den Handel

mit ihr. Dabei müssen sich solche Kriterien nicht zwingend auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken. Künftig kann somit ein zu beschaffendes Produkt, das aus fairem Handel (z. B. durch die Beachtung internationaler Standards, wie etwa die ILO-Kernarbeitsnormen entlang der Produktions- und Lieferkette) stammt, im Rahmen der Zuschlagswertung mit einer höheren Punktezahl versehen werden als ein konventionell gehandeltes Produkt. Damit steigen dessen Chancen, auch bei einem höheren Angebotspreis den Zuschlag zu erhalten.“<sup>240</sup>

Die Regelung des § 60 VgV zum Umgang mit ungewöhnlich niedrigen Angeboten entspricht nicht vollständig der unionsrechtlichen Regelung des Art. 69 Abs. 2 lit. d VRL. Zwar verweist § 60 Abs. 2 S. 2 Nr. 4 VgV auf die Erstreckung der Prüfung auf die Einhaltung der Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1 GWB, insbesondere der für das Unternehmen geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften. Doch erfasst § 128 Abs. 1 GWB eben nur die für das Unternehmen geltenden rechtlichen Verpflichtungen, zu denen die ILO-Kernarbeitsnormen in Drittstaaten nicht gehören. Auch hier ist mithin eine unionsrechtskonforme Auslegung dahin gehend geboten, dass die Prüfung sich nach § 60 Abs. 2 S. 2 Nr. 4 VgV auch auf die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen in Gebieten außerhalb der eigenen Rechtsordnung beziehen kann.

### d) Ausführungsbedingungen

Gemäß § 128 Abs. 2 GWB können öffentliche Auftraggeber besondere Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags (Ausführungsbedingungen) festlegen, die sich insbesondere auch auf soziale Belange beziehen

240 Begründung des Entwurfs der VgV, [http://www.forum-vergabe.de/fileadmin/user\\_upload/Rechtsvorschriften/Referentenentwurf\\_Verordnungen\\_11.11.2015/Referentenentwurf\\_Verordnungen\\_gesamt\\_11.11.2015.pdf](http://www.forum-vergabe.de/fileadmin/user_upload/Rechtsvorschriften/Referentenentwurf_Verordnungen_11.11.2015/Referentenentwurf_Verordnungen_gesamt_11.11.2015.pdf), S. 191.



können, sofern diese mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Insoweit gelten für die Zulässigkeit der Berücksichtigung der ILO-Kernarbeitsnormen als Ausführungsbedingungen die dargestellten (oben IV.1.b.dd) Grundsätze.

Sollen bestimmte Aspekte zwingend als Ausführungsbedingungen berücksichtigt werden müssen, so darf dies nur aufgrund eines Bundes- oder Landesgesetzes erfolgen (§ 129 GWB). Für nicht erforderlich ansehen wird man insoweit eine explizite Regelung, dass die betreffenden Aspekte, beispielsweise die ILO-Kernarbeitsnormen, gerade als Ausführungsbedingungen berücksichtigt werden müssen. Ausreichend sind vielmehr Regelungen, die eine Berücksichtigung der ILO-Kernarbeitsnormen bei der Vergabe vorschreiben. Ungeachtet der Frage, ob eine solche verpflichtende Vorgabe überhaupt z. B. hinsichtlich der Zuschlagskriterien rechtlich zulässig wäre, ist sie jedenfalls für die Anordnung einer zwingenden Berücksichtigung als Ausführungsbedingung erforderlich. Regelungen in Verwaltungsvorschriften reichen nicht aus (zu den Regelungen in den Bundesländern unten VI.).

### 4.3 Nachweise

Für die Praxis der Implementation der Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen in Beschaffungsprozesse von zentraler Bedeutung ist die Frage, in welcher Weise die Bieter die Erfüllung des Kriteriums zu belegen haben. In Anbetracht dessen, dass dieses Kriterium auf der Stufe der Leistungsbeschreibung nicht eingeführt (oben IV.1.b.aa und 2.a) und es auf der Stufe der Auswahl der Teilnehmer nur dann berücksichtigt werden kann, wenn seine Nichterfüllung durch den öffentlichen Auftraggeber nachgewiesen wird, stellt sich die genannte Frage allein auf den Stufen der Wertungskriterien (oben IV.1.b.cc und 2.c) und der Ausführungsbedingungen (oben IV.1.b.dd und 2.d).

Hierfür stehen dem öffentlichen Auftraggeber grundsätzlich zwei Formen von Nachweisen, die der Bieter beizubringen hat, zur Verfügung:

- die Vorlage eines Gütezeichens im Sinne von Art. 43 VRL, § 34 VgV, § 7a Abs. 6 EU VOB/A (dazu unten IV.3.a) oder
- der Nachweis in anderer Weise (dazu unten IV.3.b).

Die Auswahl, welche Form des Nachweises er verlangt, steht grundsätzlich im Ermessen des Auftraggebers. Es gibt mithin keine grundsätzliche Pflicht des öffentlichen Auftraggebers, für den Regelfall die Vorlage eines Gütezeichens zu fordern. Vielmehr führt das Verlangen nach Vorlage eines Gütezeichens zu einer – unter Umständen erheblichen – Einschränkung des Wettbewerbs<sup>241</sup> und ist deshalb nur unter den ausdrücklich statuierten Voraussetzungen und in den rechtlich geregelten Grenzen zulässig. Sowohl für die Wertungskriterien (Art. 43 Abs. 1 VRL, §§ 58 Abs. 4, 34 VgV, § 7a Abs. 6 EU VOB/A) als auch für die Ausführungsbedingungen (Art. 43 Abs. 1 VRL, §§ 61, 34 VgV, § 7a Abs. 6 EU VOB/A) ist die Forderung nach Vorlage eines Gütezeichens explizit zugelassen.

Eine Einschränkung dieses Ermessens kommt allerdings für den Nachweis der Erfüllung von Wertungskriterien unter dem Gesichtspunkt in Betracht, dass der öffentliche Auftraggeber in der Lage sein muss, die Erfüllung der Zuschlagskriterien effektiv zu überprüfen (oben IV.1.b.cc). Da die Gütezeichen-Anforderungen auf objektiv nachprüfbar Kriterien beruhen müssen (Art. 43 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. b VRL, § 34 Abs. 2 Nr. 2 VgV, § 7a Abs. 6 EU VOB/A), genügen Gütezeichen im Sinne von Art. 43 VRL, § 34 VgV, § 7a Abs. 6 EU VOB/A von Gesetzes wegen der Anforderung der effektiven Überprüfbarkeit durch den öffentlichen Auftraggeber. Die in der bisherigen deutschen Rechtsprechung und Literatur zu findende Bewertung, dass Gütezeichen dieser Anforderung nicht genügen,<sup>242</sup> ist daher für die genannte Gruppe von Gütezeichen überholt.<sup>243</sup>

Daher wird man davon ausgehen müssen, dass immer dann, wenn es ein Gütezeichen gibt, dessen Anforderungen das Merkmal der Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen in dem vom öffentlichen Auftraggeber gewünschten Umfang abbilden,

241 Zutreffend die Begründung des Entwurfs der VgV, [http://www.forum-vergabe.de/fileadmin/user\\_upload/Rechtsvorschriften/Referentenentwurf\\_Verordnungen\\_11.11.2015/Referentenentwurf\\_Verordnungen\\_gesamt\\_11.11.2015.pdf](http://www.forum-vergabe.de/fileadmin/user_upload/Rechtsvorschriften/Referentenentwurf_Verordnungen_11.11.2015/Referentenentwurf_Verordnungen_gesamt_11.11.2015.pdf), S. 167.

242 BVerwG, Urt. v. 16.10.2013 – 8 CN 1/12, juris Rdnr. 22; VGH Mannheim VBIBW 2014, S. 462 ff.; ZfBR 2015, S. 714 ff.; ZfBR 2016, S. 100 ff.

243 Zweifelnd *Hermann Summa*, Vergaberecht und ILO-Kernarbeitsnormen, VergabeR 2016, S. 147 (152).

dieser die Vorlage des Gütezeichens verlangen muss, soweit es um den Nachweis der Erfüllung eines *Zuschlagskriteriums* geht. Für den Regelfall genügt auch das Verlangen nach der Vorlage eines Gütezeichens den Anforderungen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Denn häufig wird der Bieter nicht die tatsächliche Möglichkeit haben, in den produzierenden Unternehmen vor Ort entsprechende Recherchen vorzunehmen, ob das Produkt unter voller Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen hergestellt und gehandelt wurde. Dies gilt insbesondere beim Import von Waren über Zwischenhändler. Demgegenüber dient die Bezugnahme auf ein gefordertes Gütezeichen in den Verdingungsunterlagen gerade dazu, einerseits dem Bieter die Mühe der eigenen Nachweisbeschaffung zu ersparen und andererseits dem Auftraggeber eine unproblematische Kontrolle der Einhaltung der geforderten Standards zu ermöglichen.

Eine Ausnahme ist allenfalls in der Konstellation denkbar, dass ein Nachweis durch Gütezeichen im Sinne von Art. 43 VRL, Art. 34 VgV, § 7a Abs. 6 EU VOB/A zwar zur Verfügung stünde, aber ein zumindest gleich sicherer Nachweis durch Abstellen auf die Anforderungen eines anderen Gütezeichens oder in anderer Weise möglich wäre, der die Bieter weniger belastet. Soll die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen als Ausführungsbedingung verwendet werden (zu den Auswahlkriterien oben IV.1.b.cc), so besteht keine Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers, vorrangig die Vorlage eines Gütezeichens zu fordern. Entscheidet er sich aber dafür, dass der Bieter den Nachweis mittels Gütezeichens zu führen hat, so gelten die Anforderungen der Art. 43 VRL, § 34 VgV, § 7a Abs. 6 EU VOB/A in vollem Umfang.

Zu beachten ist schließlich die Konstellation, dass die Erlangung des Gütezeichens potenzielle Bieter vor unzumutbare Herausforderungen stellt, weil etwa hohe Gebühren erhoben werden. Führt die geforderte Vorlage des Gütezeichens nur für eine bestimmte Gruppe, z. B. kleine und mittlere Unternehmen, zu Schwierigkeiten, so bedarf eine solche differenzierende Wirkung der Rechtfertigung am Maßstab des Gleichheitssatzes. Es bedarf daher immer der Prüfung, ob das mit dem ursprünglich favorisierten Gütezeichen angestrebte Nachhaltigkeitsniveau nicht auch durch ein

anderes Gütezeichen, das in Verfahrenshinsicht (nicht: inhaltlich) geringere Anforderungen stellt, gesichert werden kann. Existiert ein solches anderes Gütezeichen nicht und ergeben sich Schwierigkeiten hinsichtlich der Vorlage des Gütezeichens für eine bestimmte Gruppe von Unternehmen, so zwingt dies allerdings nicht zum Verzicht auf das Verlangen nach Vorlage des Gütezeichens. Denn in einer solchen Konstellation kann der unverhältnismäßigen Nachweispflicht der Gruppe angehörenden Unternehmen durch Anwendung des Art. 43 Abs. 1 Unterabs. 4 VRL, § 34 Abs. 5 VgV, § 7a Abs. 6 EU VOB/A (dazu sogleich) Rechnung getragen werden.

#### a) Gütezeichen im Sinne von Art. 43 VRL, Art. 34 VgV, § 7a Abs. 6 EU VOB/A

Ein Gütezeichen darf nach Art. 43 Abs.

1 Unterabs. 1 VRL, § 34 Abs. 2 VgV, § 7a Abs. 6 EU VOB/A nur verlangt werden, wenn es den folgenden Voraussetzungen entspricht:

1. Alle Anforderungen des Gütezeichens sind für die Bestimmung der Merkmale der Leistung geeignet und stehen in Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand.
2. Die Anforderungen des Gütezeichens beruhen auf objektiv nachprüfbar und nicht diskriminierenden Kriterien.
3. Das Gütezeichen wurde im Rahmen eines offenen und transparenten Verfahrens entwickelt, an dem alle interessierten Kreise teilnehmen können.
4. Alle betroffenen Unternehmen haben Zugang zu dem Gütezeichen.
5. Ein Dritter hat die Anforderungen des Gütezeichens festgelegt; das Unternehmen, das das Gütezeichen erwirbt, konnte auf diesen Dritten keinen maßgeblichen Einfluss ausüben.

Als Einschränkung ist zu beachten, dass das Gütezeichen nur zum Nachweis der Erfüllung von solchen Wertungskriterien und Ausführungsbedingungen verlangt werden kann, die ihrerseits unionsrechtlich zulässig sind. Dies ist nicht der Fall, wenn einer Gütezeichen-Anforderung der erforderliche Auftragsbezug (dazu oben IV.1.a) fehlt, etwa weil die betreffende Gütezeichen-Anforderung unternehmens- und nicht auftragsbezogen formuliert ist. In diesem Fall gibt Art. 43 Abs. 1 Unterabs. 2, Abs. 2 VRL, § 34 Abs. 3 VgV, § 7a Abs. 6 EU VOB/A dem öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit anzugeben,

welche Anforderungen erfüllt bzw. nicht erfüllt sein müssen. In diesem Fall allerdings kann nur der Nachweis der Erfüllung der nicht ausgenommenen Anforderungen durch den Bieter, nicht aber die Vorlage des Gütezeichens verlangt werden. Denn für den Erwerb des Gütezeichens fehlt es in dieser Konstellation ja gerade an der Erfüllung der ausgenommenen Anforderungen.

In dieser Gestaltung dient also der Hinweis auf das Gütezeichen nicht dem Verlangen nach Vorlage des Gütezeichens als solchem, sondern der Bezeichnung der hinter dem Gütezeichen stehenden Gütezeichen-Anforderungen, deren Einhaltung der Bieter nachweisen muss. Im Übrigen allerdings wird man davon ausgehen müssen, dass nach der Neuregelung ausschließlich die Vorlage des Gütezeichens durch den Bieter erforderlich ist.

Hingegen hat der Europäische Gerichtshof in seinem Max-Havelaar-Urteil auf der Basis der bisherigen Rechtslage den Umstand, dass die Verdingungsunterlagen nur auf das EKO-Gütezeichen und die unionsrechtliche Vorschrift, auf der die Kriterien des Gütezeichens aufbauten, hinwiesen, ohne die sich hieraus ergebenden detaillierten Spezifikationen selbst aufzuführen, als Verstoß gegen die Vorgaben des Art. 23 Abs. 6 VKR bewertet.<sup>244</sup> Die Inbezugnahme eines Gütezeichens durch die Verdingungsunterlagen genügte nach früherem Recht mithin nicht, um die für seine Verleihung erforderlichen Voraussetzungen – wie erforderlich – zum Bestandteil der Verdingungsunterlagen zu machen. Eine Erleichterung bot Art. 26 Abs. 6 Unterabs. 2 VKR lediglich insofern, als dann, wenn die in einem Umweltgütezeichen definierten Spezifikationen angegeben worden waren, vermutet werden konnte, dass die mit diesem Gütezeichen versehenen Waren oder Dienstleistungen diesen Spezifikationen genügten.

Demgegenüber stellt Art. 43 VRL eindeutig auf die Vorlage allein des Gütezeichens ab, sodass die zusätzliche Angabe der Gütezeichen-Anforderungen nicht erforderlich ist. Hierfür spricht auch der bereits erwähnte Art. 43 Abs. 1 Unterabs. 2 VRL. Nur in diesem Fall verlangt die Richtlinie die positive Aufzählung der

relevanten Gütezeichen-Anforderungen, die in der konkreten Ausschreibung als Kriterien Verwendung finden sollen. Hieraus kann im Umkehrschluss gefolgert werden, dass in allen anderen Fällen die Nennung nur des geforderten Siegels ausreicht, weil in diesem Fall alle Gütezeichen-Anforderungen in Bezug genommen werden.

Die Richtigkeit der vorstehenden Auslegung unterstellt, bleibt allerdings ungeklärt, wie sich das Abstellen allein auf das Gütezeichen als solches zur Rechtsprechung des EuGH in der Sache Max Havelaar verhält, auch wenn sie zur Verwendung eines Umweltgütezeichens im Rahmen von Art. 23 Abs. 6 VKR erging. Die Formulierung, „die dem öffentlichen Auftraggeber auferlegte Verpflichtung, die detaillierten Umwelteigenschaften, die er vorschreiben will, auch dann ausdrücklich anzugeben, wenn er die für ein Umweltzeichen festgelegten Eigenschaften verwendet, (ist nicht nur in Art. 23 Abs. 6 VKR positivrechtlich vorgeschrieben, sondern) ist auch unerlässlich, um es potenziellen Bietern zu ermöglichen, sich auf ein einheitliches und amtliches Dokument des öffentlichen Auftraggebers selbst zu stützen, ohne dass sie also den Zufälligkeiten einer Informationssuche und möglichen im Laufe der Zeit eintretenden Veränderungen der für ein Umweltgütezeichen geltenden Kriterien ausgesetzt sind“<sup>245</sup>, setzt grundsätzlich an den durch den primärrechtlichen Transparenzgrundsatz der Verwendung von Gütezeichen gezogenen Grenzen an und dürfte auch auf Gütezeichen im Sinne von Art. 43 VRL erstreckbar sein. Hieran ändert auch Art. 43 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. d VRL, wonach das Gütezeichen für alle Betroffenen zugänglich sein muss, nichts. Denn diese Anforderung fand sich nahezu wortgleich im früheren Art. 23 Abs. 6 Unterabs. 1 Spiegelstrich 4 VKR.

Zu beachten ist, dass selbst dann, wenn dem Bieter die Vorlage eines bestimmten Gütezeichens abverlangt wird, ihm die Möglichkeit offensteht, ein anderes Gütezeichen vorzulegen, wenn dieses bestätigt, dass die erbrachte Leistung gleichwertige Gütezeichen-Anforderungen erfüllt (Art. 43 Abs. 1 Unterabs. 3 VRL, § 34 Abs. 4 VgV, § 7a Abs. 6 EU VOB/A).

244 EuGH NZBau 2012, S. 445 Rdnr. 63 ff.

245 EuGH NZBau 2012, S. 445 Rdnr. 67 – Max Havelaar.

Eine weitere Ausnahme von der Pflicht zur Vorlage eines geforderten Gütezeichens statuiert aus Gründen der Verhältnismäßigkeit Art. 43 Abs. 1 Unterabs. 4 VRL, § 34 Abs. 5 VgV, § 7a Abs. 6 EU VOB/A. Kann danach ein Unternehmen nachweisen, dass es innerhalb der zur Verfügung stehenden Zeit nachweislich keine Möglichkeit zur Erlangung des geforderten oder eines gleichwertigen Gütezeichens hatte, ohne dass ihm die Gründe hierfür zurechenbar wären, so muss der öffentliche Auftraggeber andere Nachweise dafür akzeptieren, dass die von dem Unternehmen erbrachte Leistung die Gütezeichen-Anforderungen erfüllt.

Zusammengefasst lassen sich hieraus folgende Maßgaben für die Implementation der ILO-Kernarbeitsnormen als Zuschlagskriterien oder Ausführungsbedingungen mit dem Verlangen nach Vorlage eines Gütezeichens im Sinne von Art. 43 VRL, § 34 VgV, § 7a Abs. 6 EU VOB/A ableiten:

1. Verlangen nach Vorlage eines Gütezeichens im Sinne von Art. 43 VRL, Art. 34 VgV, § 7a Abs. 6 EU VOB/A:
  - a) bei der Implementation als Zuschlagskriterium grundsätzlich erforderlich, es sei denn, es steht gleich wirksamer, die Bieter weniger belastender Nachweis zur Verfügung
  - b) bei der Einführung als Ausführungsbedingung fakultativ
2. Zulässigkeit der Beibringung eines anderen Gütezeichens, das bestätigt, dass die Leistung gleichwertige Gütezeichen-Anforderungen wie das geforderte Gütezeichen erfüllt.
3. Im Falle der vom Bieter nachzuweisenden schuldlosen Unmöglichkeit der Vorlage eines Gütezeichens: anderer geeigneter Nachweis, dass die zu erbringende Leistung die Anforderungen des Gütezeichens erfüllt. Aus der Formulierung der Vorschrift wird man zu entnehmen haben, dass es sich um einen wirklichen *Nachweis* der Einhaltung der Anforderungen durch den Bieter handeln muss. Sofern der öffentliche Auftraggeber den Weg des Nachweises durch das Verlangen nach Vorlage eines Gütezeichens beschritten hat, dürfte eine Eigenerklärung des Bieters, dass das Produkt unter Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen hergestellt, bearbeitet und gehandelt wurde oder dass er für sein Unternehmen, seine Lieferanten und gegenüber dem Produzenten wirksame Maßnahmen zur Beachtung der ILO-Kernarbeits-

normen ergriffen hat, selbst dann nicht zulässig sein, wenn die Führung eines Nachweises für ihn unmöglich oder unverhältnismäßig ist.

## b) Nachweis in anderer Form

### aa) Einführung als Wertungskriterium

Soll die Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen als Zuschlagskriterium in das Vergabeverfahren eingeführt werden und steht kein Gütezeichen im Sinne von Art. 43 VRL, § 34 VgV, § 7a Abs. 6 EU VOB/A zur Verfügung oder existiert ein anderes Gütezeichen, das die Einhaltung der Gütezeichen-Anforderungen eines Gütezeichens im Sinne von Art. 43 VRL, § 34 VgV, § 7a Abs. 6 EU VOB/A gleich wirksam nachweisen kann, so kann der öffentliche Auftraggeber auf dieses Gütezeichen in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen hinweisen. Da in diesem Fall allerdings die Privilegierung für Gütezeichen im Sinne von Art. 43 VRL, § 34 VgV, § 7a Abs. 6 EU VOB/A nicht eingreift, müssen – wie nach bisherigem Recht (dazu oben IV.3.a) – zusätzlich die Gütezeichen-Anforderungen genannt werden.<sup>246</sup>

Voraussetzung ist, dass die Einhaltung dieser Anforderungen durch den Bieter seitens des öffentlichen Auftraggebers verifizierbar und kontrollierbar ist. Gütezeichen, die diesen Anforderungen nicht genügen, können nicht verwendet werden. Ebenso wenig genügt eine Eigenerklärung des Bieters, dass das Produkt unter Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen hergestellt, bearbeitet und gehandelt wurde oder dass er für sein Unternehmen, seine Lieferanten und gegenüber dem Produzenten wirksame Maßnahmen zur Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen ergriffen hat.

### bb) Einführung als Ausführungsbedingung

Bei einer Einführung der ILO-Kernarbeitsnormen als Ausführungsbedingung steht es im Ermessen des öffentlichen Auftraggebers, ob er zum Nachweis die Vorlage eines Gütezeichens im Sinne von Art. 43 VRL, Art. 34 VgV, § 7a Abs. 6 EU VOB/A, eines anderen Gütezeichens oder einer anderen Unterlage fordert.

<sup>246</sup> Zur bisherigen Rechtslage *Henrik Baumann*, Zertifikate und Gütezeichen im Vergabeverfahren, VergabeR 2015, S. 367 ff.

Die Begründung des Entwurfs eines Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes weist ausdrücklich darauf hin, es bleibe „dem öffentlichen Auftraggeber unbenommen, sich die Einhaltung der Ausführungsbedingungen bei Angebotsabgabe durch eine gesonderte Erklärung seitens des Bieters oder Bewerbers zusichern zu lassen“<sup>247</sup>.

Danach kann die bisher in der Praxis verbreitete Form des Nachweises bei der Verwendung als Ausführungsbedingung auch weiterhin Verwendung finden:

1. Vorlage eines unabhängigen Gütesiegels oder eines anderen Beweismittels, das die Einhaltung des zertifizierten Standards belegt; dabei ist die Benennung des Gütesiegels allein nicht ausreichend, vielmehr müssen die Gütezeichen-Anforderungen explizit genannt werden.
2. Bei – vom Bieter darzulegender – Unmöglichkeit oder Unverhältnismäßigkeit von (1) Abgabe einer verbindlichen Erklärung des Unternehmens, dass das Produkt unter Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen hergestellt, bearbeitet und gehandelt wurde.
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 ILO-Kernarbeitsnormen ergriffen hat, wobei die Maßnahmen näher darzulegen sind.<sup>248</sup>

247 Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, BT-Drucks. 18/6281, S. 113.

248 Die Zulässigkeit einer solchen Verpflichtung des Bieters bejahend *Claas Friedrich Germelmann*, Mindestlöhne und ILO-Kernarbeitsnormen: Kernprobleme und Perspektiven sozialer Sekundärziele im Vergaberecht. *GewArch* 2016, S. 60 (65). 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.).

## 5. 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, der Vergabeverordnung und des Abschnitts 2 der VOB/A. 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 VI.1). Daher ist das Vergaberecht unterhalb der Schwellenwerte – vorbehaltlich anderweitiger Zweckbestimmungen – 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.<sup>249</sup>

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. Richtlinienverfahren werden (vgl. nur § 55 BHO, § 55 der Landeshaushaltsordnungen, § 31 GemHVO BW, § 30 BayKommHV-Doppik, § 29 Abs. 2 HessGemHVO, § 25 GemHVO NRW, § 22 GemHVO RP, § 24 Saarl.KommHVO, § 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 ILO-Kernarbeitsnormen in das Vergabeverfahren?

### 5.1 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.<sup>250</sup> Allerdings ist die Bindung 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 GemHVO Bbg.), Mecklenburg-Vorpommern (§ 29 S. 2 GemHVO MV), Niedersachsen (§ 26a Abs. 2 Nds.GemHKVO) oder Thüringen (§ 31 Abs. 2 ThürGemHV) – oder den Vergabegesetzen der Länder (vgl. für Bremen §§ 6 Abs. 1, 7 Abs. 1 BremTtVG, für Hamburg § 2a Abs. 1 HmbVgG, für Mecklen-

249 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).

250 Vgl. *Oliver Dörr*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Aufl. 2013, Einleitung Rdnr. 68; *Horst Kuß*, Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB), Teile A und B, 4. Aufl. 2003, Einführung Rdnr. 16.



burg-Vorpommern § 2 Abs. 1 VergabeG M-V, für Niedersachsen § 3 Abs. 2 Nds.VergG, für Sachsen § 1 Abs. 2 SächsVergabeG, für Sachsen-Anhalt § 1 Abs. 2 LandesvergabeG LSA, für Schleswig-Holstein § 3 Abs. 1 und § 3 Abs. 1 SHVgVO, für Thüringen § 1 Abs. 2 ThürVgG). In diesem Fall entfalten die Vergabeordnungen eine vollumfängliche Bindung für die Kommunen. 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 solche Bestimmungen nicht, sodass der Regelungsbereich zur vollen Disposition der Landesgesetzgeber steht.<sup>251</sup> § 30 HGrG ordnet lediglich an, dass überhaupt eine öffentliche Ausschreibung zu erfolgen hat.

- Das kommunale Haushaltsrecht anderer Länder verweist auf die Bekanntmachung allgemeiner Vergabegrundsätze (§ 29 Abs. 2 HessGemHVO; § 22 Abs. 2 GemHVO RP; § 25 Abs. 2 GemHVO NW; § 31 Abs. 2 GemHVO BW). In der Regel ordnen diese Bekanntmachungen die Anwendung des ersten Abschnitts von VOB/A und VOL/A an; diese Abschnitte „gelten als einheitliche Richtlinien und als Vergabegrundsätze ... für alle Beschaffungsverfahren außerhalb des EU-Vergaberegimes der §§ 97 ff. GWB“.<sup>252</sup> Auch die Stufung Haushaltsrecht (BHO, LHO, Gemeindehaushaltsverordnung) – Bekanntmachung – Verdingungsordnung schneidet den öffentlichen Auftraggebern die Möglichkeit, von den Vergabe- und Vertragsordnungen abzuweichen, ab.<sup>253</sup> Allerdings steht es dem zuständigen Ministerium frei, die Berücksichtigung vergabeexterner Zielsetzungen durch ergänzende Richtlinien anzuordnen. Diese ergänzenden Richtlinien haben dann den gleichen Rang wie die Vergabe- und Vertragsordnungen und modifizieren diese; erst die Zusammenschau von Vergabe- und Vertragsordnungen und ergänzenden Richtlinien ergibt die in den Haushalts(ver)ordnungen genannten, durch das Ministerium zu konkretisierenden Vergabegrundsätze.<sup>254</sup> Die

öffentlichen Auftraggeber sind dann an die Vergabe- und Vertragsordnungen in der modifizierten Form gebunden.

## 5.2 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 Vergaberechts – 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 Gebot, wettbewerbsbeschränkende und unlautere Verhaltensweisen zu bekämpfen (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 VOB/A), ist Ausdruck des Transparenzprinzips.<sup>255</sup>

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.<sup>256</sup> 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

251 Zum Fehlen einer abschließenden bundesrechtlichen Regelung des Vergaberechts im Bereich weiterer Kriterien BVerfG NJW 2007, S. 51 (52). Kritisch *Teemu Tietje*, Die Verfassungsmäßigkeit eines Tariftreueverlangens bei Bauauftragsvergabe, NZBau 2007, S. 23 (24 f.).

252 So die Formulierung der Nr. 1.1 des Gemeinsamen Runderlasses des hessischen Ministeriums für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Landesentwicklung vom 02.12.2015.

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

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

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

256 *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).

Diskriminierungen ab.<sup>257</sup> 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 Vergabeverfahren einzuführen und damit Beschaffungsvorgänge dem Belieben der Beschaffungsstelle anheimzugeben. 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 ILO-Kernarbeitsnormen über die Leistungsbeschreibung scheidet aus.<sup>258</sup>

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 ILO-Kernarbeitsnormen als bieterbezogenes Kriterium einzuführen. Soweit teilweise – etwa in der Begründung von Vorlagen für Beschlüsse kommunaler Gremien – davon ausgegangen wird, die Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen, insbesondere des Übereinkommens 182 zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit, könne im Rahmen der Prüfung der Zuverlässigkeit der Bieter – dieser Begriff wird für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte nach wie vor verwendet, vgl. § 6a Abs. 1 VOB/A – 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.<sup>259</sup> 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 gegebenenfalls der Erbringung von Gewährleistungen erwarten lässt.<sup>260</sup> Bezugspunkt auch der Zuverlässigkeitsprüfung ist daher die betreffende Leistung.<sup>261</sup> An der Zuverlässigkeit des Bieters 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 ILO-Kernarbeitsnormen in deutsches

257 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).

258 *Rainer Nach*, Rechtliche Prüfung der Umsetzung sozialer Vergabekriterien, Stellungnahme für das Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung vom 19.07.2006, S. 16 f.

259 Zu § 35 GewO: BVerwGE 65, S. 1 f.; *Jörg Ennuschat*, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, Gewerbeordnung, 8. Aufl. 2011, § 35 Rdnr. 27.

260 OLG Rostock VergabeR 2009, S. 660 (670); *Jan Ziekow*, in: Ziekow/Völlink (Hrsg.), Vergaberecht, 2. Aufl. 2013, § 97 GWB Rdnr. 99.

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

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 ILO-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 ILO-Kernarbeitsnormen in einem Staat nicht in nationales Recht umgesetzt worden, so sind in diesem Staat begangene Verstöße gegen die ILO-Kernarbeitsnormen nach deutschem Recht irrelevant, soweit nicht Sonderregelungen anderes gebieten. Dies gilt umso 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.b.bb.α) ist der Ausschlussgrund der nachweislichen schweren Verfehlung unterhalb der Schwellenwerte leichter zur Anwendung zu bringen. Unterhalb der Schwellenwerte ist es zulässig, eine Eigenerklärung des Bieters zu fordern und an eine Verletzung der Auskunftspflicht die Konsequenz des Ausschlusses zu knüpfen.<sup>262</sup> Dies ändert aber nichts daran, dass eine solche Auskunftspflicht 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 ILO-Kernarbeitsnormen beachtet worden sind bzw. werden, ist unzulässig.

<sup>262</sup> Vgl. *Marc Opitz*, in: *Dreher/Motzke* (Hrsg.), *Beck'scher Vergaberechtskommentar*, 2. Aufl. 2013, § 16 VOB/A Rdnr. 150.

Der Zuschlag ist sowohl nach VOB/A (§ 16d Abs. 1 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.<sup>263</sup> 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.cc und 2.c), sodass auch unterhalb der Schwellenwerte die „soziale Herkunft“ eines Produkts als Zuschlagskriterium eingeführt werden kann.

Auch unterhalb der Schwellenwerte kann eine Einbeziehung des Gesichtspunkts der Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen in die öffentliche Beschaffung des Weiteren über die Vereinbarung von Vertragsbedingungen erfolgen.<sup>264</sup> 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 Vertragsbedingung erforderlich ist.<sup>265</sup> Zum anderen soll die Vereinbarung nicht weiter gehen, als es die Eigenart der Leistung und ihre Ausführung erfordern (§ 8a Abs. 2 Nr. 2 VOB/A). Notwendig ist also auch insoweit ein Auftragsbezug.

Ob es die Eigenart der Ausführung von Bau- oder gar Lieferaufträgen erfordert, dass die ILO-Kernarbeitsnormen beachtet werden, darf durchaus bezweifelt werden. Denn im Kern

<sup>263</sup> *Maria Vavra*, in: *Ziekow/Völlink* (Hrsg.), *Vergaberecht*, 2. Aufl. 2013, § 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).

<sup>264</sup> 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*, 3. Aufl. 2014, § 9 Rdnr. 4.

<sup>265</sup> *Katja Gnittke/Oliver Hattig*, in: *Müller-Wrede* (Hrsg.), *Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen – VOL/A*, 3. Aufl. 2010, § 11 EG Rdnr. 19.

bezieht sich die genannte Formulierung auf die Möglichkeit, Spezifika einer besonderen Leistung berücksichtigen zu können.<sup>266</sup> Doch wird dies für die kommunale Praxis dahinstehen können, wird doch weder das Vergabeverfahren fehlerhaft noch die Vertragsklausel unwirksam, wenn die Kautelen für eine Abweichung von den allgemeinen Vertragsbedingungen nicht beachtet sind.<sup>267</sup>

---

266 Frank Verfürth, in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß (Hrsg.), Kommentar zur VOB/A, 2. Aufl. 2014, § 8 Rdnr 58.

267 Vgl. Claus von Rintelen, in: Kapellmann/Messerschmidt (Hrsg.), VOB Teile A und B, 5. Aufl. 2015, § 8 VOB/A Rdnr. 115; Frank Verfürth, in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß (Hrsg.), Kommentar zur VOB/A, 2. Aufl. 2014, § 8 Rdnr. 57.

## 6. VORGABEN ZUR BERÜCKSICHTIGUNG DER ILO-KERNARBEITSNORMEN AUF LANDESEBENE

### 6.1 Gesetzliche Regelungen

Regelungen zur Berücksichtigung der ILO-Kernarbeitsnormen in Vergabeverfahren in der Form eines formellen Gesetzes sind mittlerweile in mehreren Bundesländern verabschiedet worden;<sup>268</sup> in weiteren Bundesländern befinden sich entsprechende Gesetzentwürfe im parlamentarischen Beratungsgang. Die Regelungsdichte dieser Regelungen ist unterschiedlich.

#### a) Berlin

Das für Vergaben oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte geltende Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz (BerlVAG) sieht in seinem § 8 Abs. 1 eine Pflicht der öffentlichen Auftraggeber zur Hinwirkung, dass keine unter Missachtung der ILO-Kernarbeitsnormen gewonnenen oder hergestellten Waren Gegenstand der Leistung sind, vor. Bei Waren oder Warengruppen, die in einer Liste der zuständigen Senatsverwaltung<sup>269</sup> aufgeführt sind, darf eine Auftragserteilung nur unter Hinzufügung einer ergänzenden Vertragsbedingung in Form einer Ausführungsbedingung erfolgen, durch die der Auftragnehmer zur Ausführung von nachweislich unter Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen gewonnenen oder hergestellten Waren verpflichtet wird (§ 8 Abs. 2 BerlVAG). Die zuständige

Senatsverwaltung kann unabhängige Nachweise und Zertifizierungen benennen, bei deren Beibringung die Einhaltung dieser Voraussetzungen vermutet wird (§ 8 Abs. 3 S. 2 BerlVAG).

Diese Benennung ist durch das Gemeinsame Rundschreiben Nr. 2/2011<sup>270</sup> erfolgt.

#### b) Bremen

Abschnitt 4 des Bremischen Gesetzes zur Sicherung von Tariftreue, Sozialstandards und Wettbewerb bei öffentlicher Auftragsvergabe (BremTTVG) gilt für Vergaben unabhängig vom Auftragswert (vgl. § 2 BremTTVG) und enthält in § 18 Abs. 2 eine Pflicht des öffentlichen Auftraggebers, auf die Lieferung bzw. Verwendung von unter Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen gewonnenen oder hergestellten Waren hinzuwirken. Die diesbezüglichen Einzelheiten regelnde Bremische Verordnung über die Berücksichtigung der Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation bei der öffentlichen Auftragsvergabe (BremKernV) begrenzt den Anwendungsbereich auf Arbeits- und Dienstbekleidung, Stoffe und sonstige Textilwaren, Naturstein, Tee, Kaffee, Kakao, Blumen, Spielwaren sowie Sportbälle (§ 1 BremKernV). Zur Sicherung der Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen ist eine vorformulierte Vertragsklausel zu verwenden (§ 2 BremKernV), deren Einhaltung durch die Vorlage bzw. Abgabe in den Ausschreibungsunterlagen angegebener oder gleichwertiger Siegel, Zertifikate oder Erklärungen nachzuweisen ist. Die Gleichwertigkeit

268 Zu den landesrechtlichen Regelungen etwa *Barbara Meißner*, Ökologische und soziale Aspekte der Landesvergabegesetze, *VergabeR* 2012, S. 301 ff.; *Volkmar Wagner/Benjamin Quirin Pfohl*, Vergabefremde Aspekte in den Landesvergabegesetzen, *VergabeR* 2015, S. 389 ff.

269 Gemeinsames Rundschreiben der Senatsverwaltung für Wirtschaft, Technologie und Frauen und der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung, Nr. 2/2011, Öffentliches Auftragswesen, hier: ILO-Kernarbeitsnormen vom 09.06.2011, in der Fassung des Gemeinsamen Rundschreibens Nr. 1/2012 vom 29.02.2012.

270 Gemeinsames Rundschreiben der Senatsverwaltung für Wirtschaft, Technologie und Frauen und der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung, Nr. 2/2011, Öffentliches Auftragswesen, hier: ILO-Kernarbeitsnormen vom 09.06.2011.

eines anderen Siegels etc. mit den in den Ausschreibungsunterlagen erwähnten Nachweisen ist vom Bieter zu belegen (§ 3 BremKernV). Muster zum Text der ergänzenden Vertragsbedingung sowie der Eigenerklärung des Bieters sind durch das Rundschreiben Nr. 05/2011 des Senators für Wirtschaft und Häfen bekannt gemacht worden. Als fakultativ zu vereinbarende Sanktionen sind eine Vertragsstrafe von bis zu einem Prozent des Auftragswerts und ein Rücktrittsrecht des Auftraggebers vorgesehen (§ 6 BremKernV).

### c) Hamburg

Das ausweislich seines § 1 unabhängig von den Schwellenwerten anzuwendende Hamburgische Vergabegesetz (HmbVG) enthält die Pflicht der öffentlichen Auftraggeber zum Hinwirken auf die Lieferung nur von unter Beachtung der Standards der ILO-Kernarbeitsnormen gewonnener oder hergestellter Waren (§ 3a Abs. 1 HmbVG). Sofern es sich um die Beschaffung oder den Einsatz von Waren handelt, die von einer von der zuständigen Behörde veröffentlichten Liste erfasst werden (§ 3a Abs. 3 S. 1 HmbVG), ist eine ergänzende Vertragsbedingung vorzusehen. Sie verpflichtet den Auftragnehmer zur Vorlage entsprechender Nachweise oder Erklärungen (§ 3a Abs. 2 S. 2 HmbVG). Die zuständige Behörde kann unabhängige Nachweise oder Zertifizierungen benennen, bei deren Vorlage die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen vermutet wird (§ 3a Abs. 3 S. 2 HmbVG). Wird die Erklärung von dem Bieter nicht fristgerecht vorgelegt, so ist nach den für die jeweilige Vergabe geltenden Vorschriften (VgV, VOL/A, VOB/A; dazu oben IV.1.b.dd) ein Ausschluss des Angebots zu prüfen (§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 HmbVG).

### d) Hessen

Das Hessische Vergabe- und Tariftreugesetz (HVTG)<sup>271</sup> gilt für alle Vergaben, sei es ab Erreichen, sei es unterhalb der Schwellenwerte, der öffentlichen Auftraggeber des Landes sowie der Kommunen (§ 1 Abs. 1 HVTG). Speziell die Berücksichtigung der ILO-Kernarbeitsnormen betreffende Regelungen enthält das HVTG nicht. Zwar steht es den öffentlichen Auftraggebern

nach § 3 Abs. 1 HVTG frei, auch mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehende soziale Anforderungen zu berücksichtigen. Jedoch nennt der nach dem Wortlaut der Vorschrift abschließend zu verstehende<sup>272</sup> § 3 Abs. 2 HVTG die ILO-Kernarbeitsnormen nicht als berücksichtigungsfähige soziale Belange. Dass Produkte, die unter Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen hergestellt worden sind, unter den Begriff der „fair gehandelten Produkte“ im Sinne von § 3 Abs. 2 Nr. 7 HVTG subsumiert werden können, erscheint nur in sehr extensiver Auslegung möglich. Für Vergaben ab Erreichen der Schwellenwerte ist dies ohne Folgen, weil insoweit das auf EU-Vorgaben beruhende Bundesrecht vorgeht (vgl. § 1 Abs. 7 HVTG). Vergaben unterhalb der Schwellenwerte sehen sich in Anbetracht der derzeitigen Fassung des § 3 Abs. 2 HVTG einem beträchtlichen Risiko der Beurteilung als rechtswidrig ausgesetzt, wenn eine Berücksichtigung der ILO-Kernarbeitsnormen in das Verfahren eingeführt werden soll.

### e) Mecklenburg-Vorpommern

Auch das Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge in Mecklenburg-Vorpommern (VgG M-V) gilt für alle Vergaben öffentlicher Auftraggeber des Landes und der Kommunen (§ 1 VgG M-V). Zur Berücksichtigung der ILO-Kernarbeitsnormen statuiert § 11 VgG M-V die Pflicht der öffentlichen Auftraggeber, darauf hinzuwirken, dass keine unter Missachtung der ILO-Kernarbeitsnormen gewonnenen oder hergestellten Waren Gegenstand der Leistung sind.

### f) Niedersachsen

Der die Berücksichtigung der ILO-Kernarbeitsnormen betreffende § 12 des Niedersächsischen Gesetzes zur Sicherung von Tariftreue und Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (NTVergG) gilt für Vergaben aller niedersächsischen öffentlichen Auftraggeber, nicht nur unterhalb, sondern auch ab Erreichen der Schwellenwerte (vgl. § 2 Abs. 2 NTVergG). Auch nach § 12 Abs. 1 NTVergG haben die öffentlichen Auftraggeber darauf hinzuwirken, dass keine unter Missachtung der ILO-Kernarbeitsnormen

271 Dazu *Elke Tegeler*, Das neue Hessische Vergabe- und Tariftreugesetz, VergabeR 2015, S. 402 ff.

272 So auch *Elke Tegeler*, Das neue Hessische Vergabe- und Tariftreugesetz, VergabeR 2015, S. 402 (405).



gewonnenen oder hergestellten Waren Gegenstand der Leistung sind. Die Regelung von Einzelheiten wird durch § 12 Abs. 2 NTVergG einer Verordnung der Landesregierung überwiesen.

Diesem Regelungsauftrag ist die niedersächsische Landesregierung durch Erlass der Niedersächsischen Verordnung über die Beachtung der Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (NKernVO) nachgekommen. Die § 12 Abs. 1 NTVergG unterfallenden Produkte zählt § 1 S. 1 NKernVO auf, nämlich Stoffe und sonstige Textilwaren, ungebrauchter Naturstein, Tee, Kaffee, Kakao, Blumen, Spielwaren und Sportbälle, sofern sie in der DAC List of ODA Recipients der OECD aufgeführten Gebieten gewonnen oder hergestellt wurden. Für die Beschaffung dem § 1 S. 1 NKernVO unterfallender Waren ist die Aufnahme einer Vertragsklausel nach dem in § 3 NKernVO genannten Muster obligatorisch, wobei sich die Verpflichtung zur Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen auf die Lieferkette bis zur Produktfertigstellung bezieht. Der Nachweis der Einhaltung ist gemäß § 2 Abs. 1 NKernVO – entsprechend der Bekanntmachung in den Vergabeunterlagen – durch das Zertifikat einer unabhängigen Organisation, der Mitgliedschaft in einer sich für die Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen einsetzenden Initiative oder einer Erklärung eines Dritten, wenn dieser von dem Bieter, seinen Zulieferern und dem Hersteller der Waren unabhängig ist, zu führen. Ist bei einer Forderung der Beibringung dieser Nachweise nach Einschätzung des öffentlichen Auftraggebers kein zureichender Wettbewerb zu erwarten, so kann auch eine Eigenerklärung des Bieters zugelassen werden (§ 2 Abs. 2 NKernVO).

Der Auftragnehmer muss sich verpflichten, dem öffentlichen Auftraggeber alle eine Nachprüfung seiner Angaben ermöglichenden Unterlagen vorzulegen (§ 4 NKernVO). Hingegen ist die Vereinbarung einer Vertragsstrafe von einem Prozent des Auftragswerts für den Fall von Verstößen des Bieters gegen die eingegangenen Verpflichtungen fakultativ (§ 5 NKernVO).

### g) Nordrhein-Westfalen

Das für alle Vergaben öffentlicher Auftraggeber in Nordrhein-Westfalen geltende Gesetz über die Sicherung von Tarifreue und Sozialstandards

sowie fairen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (TVgG NRW, vgl. § 2 Abs. 4 und 5)<sup>273</sup> statuiert in § 18 Abs. 1 ein Verbot der Verwendung von Waren, die unter Missachtung der Standards der ILO-Kernarbeitsnormen gewonnen oder hergestellt worden sind, bei der Ausführung öffentlicher Aufträge. Eine Vergabe soll nur an solche Bieter erfolgen, die sich bei Angebotsabgabe schriftlich zur Einhaltung dieser Vorgabe verpflichtet und einen entsprechenden Nachweis oder eine zureichende Erklärung abgegeben haben. Soweit der Bieter diese Abgabe unter Beachtung der an ihn zu stellenden Sorgfaltsanforderungen nicht oder nicht fristgerecht erbringen kann, kann auf die Vorlage von Nachweisen oder Erklärungen verzichtet werden (§ 18 Abs. 2 TVgG NRW). Fehlt die geforderte Erklärung des Bieters und wird sie auf Anforderung auch nicht nachgereicht, so muss das Angebot von der Wertung ausgeschlossen werden (§ 18 Abs. 3 S. 1 i. V. m. § 8 Abs. 2 TVgG NRW). Ein schuldhafter Verstoß gegen eine eingegangene Verpflichtung zur Verwendung ausschließlich unter Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen hergestellter Waren soll die Konsequenz eines Ausschlusses von öffentlichen Auftragsvergaben für einen Zeitraum von bis zu drei Jahren zeitigen (§ 18 Abs. 3 S. 3 i. V. m. § 13 Abs. 1 S. 1 TVgG NRW).

Gemäß § 14 Abs. 2 der Verordnung zur Regelung von Verfahrensanforderungen in den Bereichen umweltfreundliche und energieeffiziente Beschaffung, Berücksichtigung sozialer Kriterien und Frauenförderung sowie Förderung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie bei der Anwendung des Tarifreue- und Vergabegesetzes Nordrhein-Westfalen (RVO TVgG NRW) besteht die Pflicht des Bieters zur Abgabe von Nachweisen bzw. Erklärungen nur dann, wenn er nach vorgehender Prüfung zu dem Ergebnis gekommen ist, dass es sich erstens bei der zu liefernden Ware um ein sensibles Produkt im Sinne von § 14 Abs. 3 RVO TVgG NRW (Bekleidung, Stoffe, Textilwaren, Naturkautschuk-Produkte, landwirtschaftliche Produkte, Büromaterialien, die die Rohstoffe Holz, Gesteinsmehl und Kautschuk enthalten, Holz, Lederwaren, Gerbprodukte, Natursteine, Spielwaren, Sportartikel, Teppiche sowie Informations- und Kommunikationstechnologie)

<sup>273</sup> Eingehend zu diesem Gesetz *Alexander Fandrey*, Tarifreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen, 2014.

handelt und zweitens die Waren, die der Bieter zu liefern beabsichtigt, in einem in der DAC-Liste der OECD aufgeführten Land gewonnen oder hergestellt worden sind.

Ausweislich § 14 Abs. 4 RVO TVgG NRW kann der Bieter den ihm obliegenden Nachweis erbringen<sup>274</sup> durch:

1. den Verweis auf ein Siegel oder Zertifikat oder einen anderen vergleichbaren Nachweis, dass die Produkte ohne Missachtung der ILO-Kernarbeitsnormen gewonnen oder hergestellt worden sind, oder
2. eine verbindliche Erklärung des Bieters, dass er sich vergewissert hat, dass die Produkte ohne Missachtung der ILO-Kernarbeitsnormen gewonnen oder hergestellt worden sind, oder
3. eine verbindliche Erklärung des Bieters im Rahmen einer Verpflichtungserklärung, dass er für sein Unternehmen unter Beachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns wirksame Maßnahmen ergriffen hat, um die Verwendung von Produkten zu vermeiden, die unter Missachtung der ILO-Kernarbeitsnormen gewonnen oder hergestellt worden sind.

#### h) Rheinland-Pfalz

Das für alle Vergaben des Landes, der Kommunen und anderer öffentlicher Auftraggeber in Rheinland-Pfalz geltende Landesgesetz zur Gewährleistung von Tariftreue und Mindestentgelt bei öffentlichen Auftragsvergaben (LTTG) (vgl. § 2 LTTG) verlangt in seinem § 2a den öffentlichen Auftraggebern ab, darauf hinzuwirken, dass keine Waren Gegenstand der Leistung sind, die unter Missachtung der ILO-Kernarbeitsnormen gewonnen oder hergestellt worden sind. Die in § 7 LTTG vorgesehene Pflicht zur Vereinbarung von Vertragsstrafen und Möglichkeiten der fristlosen Kündigung erstreckt sich explizit nicht auf die Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen.

Verfahrenshinweise zur Einführung der ILO-Kernarbeitsnormen in von unmittelbaren Stellen

des Landes durchgeführten Vergabeverfahren enthält Nr. 11 der Verwaltungsvorschrift Öffentliches Auftrags- und Beschaffungswesen in Rheinland-Pfalz (VV-Öffent.Auftrag-RP), wobei über den allgemeinen Hinweis auf die Möglichkeiten zur Implementation hinausgehende Detaillierungen nur für die ILO-Kernarbeitsnorm 182 vorgegeben werden. Hinsichtlich der Einhaltung der Anforderungen der ILO-Kernarbeitsnorm 182 ist in „begründeten Fällen“ eine Eigenerklärung nach einem vorgegebenen Muster zu verlangen, die Vertragsbestandteil wird. Produktgruppen, bei denen die Annahme eines begründeten Falls naheliegt, werden ausdrücklich aufgezählt (Nr. 11.2.2 VV-Öffent.Auftrag-RP). Die Berücksichtigung der Anforderungen der übrigen ILO-Kernarbeitsnormen soll „in geeigneten Fällen“ verlangt werden (Nr. 11.3 VV-Öffent.Auftrag-RP).

#### i) Saarland

Im Saarland ist das Gesetz Nr. 1798 über die Sicherung von Sozialstandards, Tariftreue und Mindestlöhnen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge im Saarland (STTG) auf alle Vergaben öffentlicher Auftraggeber im Saarland anwendbar (§ 1 STTG). Die Berücksichtigung der ILO-Kernarbeitsnormen erfolgt über eine Pflicht des öffentlichen Auftraggebers zu einer entsprechenden Hinwirkung auf den Bieter. In welcher Weise diese Hinwirkung, beispielsweise durch die Abgabe einer Verpflichtungserklärung des Bieters, erfolgen soll, ist nicht geregelt. Dies schließt zwar nicht aus, dass der Auftraggeber in den Vergabeunterlagen die Beibringung von Nachweisen oder die Abgabe einer Verpflichtungserklärung fordert. Jedoch handelt es sich bei der Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen um keine „der sich aus diesem Gesetz für den Auftragnehmer ergebenden Verpflichtungen“, sodass die durch § 10 STTG für derartige Verpflichtungen statuierte Pflicht zur Vereinbarung einer Vertragsstrafe und eines Rechts des Auftraggebers zur fristlosen Kündigung nicht gelten dürfte. Allerdings ist der Auftraggeber dadurch nicht daran gehindert, die Vereinbarung solcher Vertragsklauseln in den Vergabeunterlagen vorzusehen.

#### j) Sachsen

Das Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge im Freistaat Sachsen (SächsVergabeG) enthält

<sup>274</sup> Diese Regelung für mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Einklang stehend erachtend 2. VK Bund, Beschl. v. 31.07.2013 – VK 2-58/13, juris Rdnr. 57.

keine die Berücksichtigung sozialer Aspekte bei der Vergabe betreffenden Bestimmungen.

### **k) Sachsen-Anhalt**

Das Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge in Sachsen-Anhalt (LVG LSA) gilt für das Land, die Kommunen und andere öffentliche Auftraggeber in Sachsen-Anhalt (§ 2 LVG LSA), und zwar unabhängig von den Schwellenwerten (§ 1 Abs. 1 LVG LSA). Gemäß § 12 Abs. 1 LVG LSA sollen keine Waren Gegenstand der Leistung sein, die unter Missachtung der ILO-Kernarbeitsnormen gewonnen oder hergestellt worden sind. Eine entsprechende schriftliche Verpflichtungserklärung haben die Bieter bei Angebotsabgabe einzureichen (§ 12 Abs. 2 LVG LSA). Die Nichtvorlage einer solchen Erklärung kann zum Ausschluss des Angebots von der Wertung führen (§ 15 Abs. 1 LVG LSA). Die Sicherung der Verpflichtung zur Lieferung ausschließlich unter Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen hergestellter Produkte erfolgt obligatorisch durch Vereinbarung einer Vertragsstrafe von bis zu fünf Prozent des Auftragswerts sowie des Rechts des Auftraggebers zur fristlosen Kündigung des Vertrags für den Fall eines schuldhaften Verstoßes (§ 18 Abs. 1 und 2 LVG LSA).

### **l) Schleswig-Holstein**

In Schleswig-Holstein ist das Gesetz über die Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (TTG S-H) für vom Land, den Kommunen oder anderen öffentlichen Auftraggebern (§ 2 Abs. 1 TTG S-H) durchgeführte Vergaben ungeachtet des Auftragswerts (§ 2 Abs. 6 TTG S-H) anzuwenden. Die Einzelheiten der Pflicht der öffentlichen Auftraggeber, auf die Lieferung von unter Einhaltung der Standards der ILO-Kernarbeitsnormen gewonnenen oder hergestellten Waren hinzuwirken, werden durch Rechtsverordnung geregelt (§ 18 Abs. 1 TTG S-H).

Gemäß § 6 der schleswig-holsteinischen Landesverordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (SHVgVO) hat der öffentliche Auftraggeber zunächst zu prüfen, ob die Beschaffung eine oder mehrere der in Abs. 2 aufgezählten „sensiblen Waren“ (Bekleidung, Stoffe und Textilwaren, Naturkautschuk-Produkte, Lederwaren, Gerbprodukte, Spielwaren, Sportartikel, Holz und

Holzprodukte, Naturstein sowie Agrarprodukte) umfassen kann, soweit die Gewinnung oder Herstellung in Afrika, Asien oder Lateinamerika erfolgt. Ist dies der Fall, so hat der Bieter auf einem Formblatt eine Erklärung und einen geeigneten Nachweis über die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen (§ 6 Abs. 1 SHVgVO) vorzulegen. Bei unterlassener oder unvollständiger Abgabe der Erklärung muss das Angebot von der Wertung ausgeschlossen werden (§ 6 Abs. 3 SHVgVO).

### **m) Thüringen**

Das Thüringer Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge (ThürVgG) gilt für alle Vergaben oberhalb bestimmter Bagatellwerte (§ 1 Abs. 1 ThürVgG) und für alle staatlichen und kommunalen Auftraggeber sowie sonstige Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts (§ 2 Abs. 1 ThürVgG).

Ausweislich des § 11 Abs. 1 ThürVgG sollen bei der Vergabe von Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen keine Waren Gegenstand der Leistung sein, die unter Missachtung der ILO-Kernarbeitsnormen gewonnen oder hergestellt worden sind. Für die Vergabe von Lieferleistungen und die Verwendung von Waren im Rahmen von Bau- und Dienstleistungen ist die vorherige Abgabe einer Verpflichtungserklärung durch den Bieter in Form einer Ausführungsbedingung zwingend, worüber der Bieter entsprechende Nachweise beizubringen oder eine Erklärung abzugeben hat (§ 11 Abs. 2 ThürVgG). Im Falle der Nichtabgabe einer solchen Erklärung kann das Angebot von der Wertung ausgeschlossen werden (§ 15 Abs. 1 Nr. 2 ThürVgG). Zur Sicherung der Verpflichtung muss für Fälle schuldhafter Verstöße eine Vertragsstrafe in Höhe von fünf Prozent des Auftragswerts sowie ein Recht des öffentlichen Auftraggebers zur fristlosen Kündigung des Vertrags vereinbart werden (§ 18 Abs. 1 und 2 ThürVgG).

## 6.2 Verwaltungsvorschriften

Sich auf die Vermeidung des Erwerbs von Produkten aus ausbeuterischer Kinderarbeit richtende Verwaltungsvorschriften sind in Baden-Württemberg<sup>275</sup> und Bayern<sup>276</sup> erlassen worden. Die bayerischen und baden-württembergischen Regelungen gelten für alle Vergaben der Behörden und Betriebe des Landes sowie die landesunmittelbaren juristischen Personen (Nr. 1.2 VwV Beschaffung BW) bzw. staatlicher Vergabestellen (Nr. 4 S. 1 Bek. Kinderarbeit Bay). Kommunalen Auftraggebern in Bayern wird eine Anwendung der Grundsätze empfohlen (Nr. 8 Bek. Kinderarbeit Bay).

### a) Bayern

In Bayern wird den Bietern für bestimmte Produkte zur Abklärung der Zuverlässigkeit des Auftragnehmers (Nr. 5 S. 1 Bek. Kinderarbeit Bay) eine Eigenerklärung abgefordert (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 Sinne des ILO-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 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 ILO-Übereinkommens Nr. 182 bei der Herstellung bzw. Bearbeitung der zu liefernden Produkte auszuschließen (Nr. 5 S. 3 lit. c Bek. Kinderarbeit Bay).

Gegen diese Regelungen ist im Wesentlichen nichts zu erinnern. Dass die Eigenerklärung

der Eignungsprüfung zugeordnet wird, 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 Bek. Kinderarbeit Bay) den Vergabestellen genügend Raum, die Erklärung in unionrechtskonformer Weise als Ausführungsbedingung zu fassen. Allerdings gilt dies nur für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte. Für Vergaben ab Erreichen der Schwellenwerte kann die Verwaltungsvorschrift keine Wirkungen entfalten, da sie nicht den Anforderungen des § 129 GWB genügt.

Problematisch ist die Verwendung des Begriffs der „ausbeuterischen Kinderarbeit“, der den ILO-Übereinkommen fremd ist; ILO-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 Bek. Kinderarbeit Bay unter Verweis auf das ILO-Übereinkommen Nr. 182 verwendet und dadurch das Begriffsverständnis offengelegt wird. Hingegen soll der Bieter nach 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.

### b) Baden-Württemberg

Die für Vergaben oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte geltenden Regelungen der VwV Beschaffung BW sehen in Nr. 8.6.1.2 eine Einbeziehung der ILO-Kernarbeitsnorm ausschließlich in Form von Ausführungsbedingungen

275 Verwaltungsvorschrift der Landesregierung über die Vergabe öffentlicher Aufträge vom 17.03.2015, GABI. 2015, 139. Im Folgenden: VwV Beschaffung BW.

276 Bekanntmachung der Bayerischen Staatsregierung vom 29.04.2008 „Vermeidung des Erwerbs von Produkten aus ausbeuterischer Kinderarbeit“, Az.: B II 2 – 515-252, StAnz Nr. 20 v. 16.05.2008. Im Folgenden: Bek. Kinderarbeit Bay.

vor. Hierfür haben die Bieter die in Anlage 1 zur VwV Beschaffung BW vorgesehene Erklärung abzugeben, dass der Auftrag ausschließlich mit Produkten ausgeführt wird, die unter Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen gewonnen oder hergestellt worden sind. Zum Nachweis kann alternativ entweder ein in der Leistungsbeschreibung verlangtes Gütezeichen beigebracht oder ein anderer gleichwertiger Nachweis erbracht oder eine Erklärung über die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen durch den Bieter, den Hersteller und direkte Zulieferer abgegeben werden.

Eine Abforderung der Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen als Eignungs- oder Zuschlagskriterien wird explizit ausgeschlossen. Für Vergaben oberhalb der Schwellenwerte ist dies mit der dem öffentlichen Auftraggeber eingeräumten Befugnis, die Kriterien selbst festzulegen, nicht zu vereinbaren. Möglich wäre dies gemäß § 129 GWB nur aufgrund einer gesetzlichen Regelung.

Die Bestimmung ist als Soll-Vorschrift konzipiert, sodass keine strikte Bindung des vergaberechtlichen Ermessens der öffentlichen Auftraggeber besteht. Dies dürfte für Vergaben oberhalb der Schwellenwerte noch unterhalb der Auslösung der Anforderungen nach § 129 GWB (dazu oben IV.2.d) liegen.

## 7. MÖGLICHKEITEN ZUR BERÜCKSICHTIGUNG VON ASPEKTEN DER ILO-KERNARBEITSNORMEN IN VERGABEVERFAHREN SOWIE FOLGERUNGEN FÜR DIE KOMMUNALE PRAXIS

Fasst man die Ergebnisse dieser Arbeit zur Zulässigkeit der Einziehung von ILO-Kernarbeitsnormen in Vergabeverfahren zusammen, so lassen sich Grundsätze formulieren, die für Vergaben unterhalb und ab Erreichen der Schwellenwerte nicht unerhebliche Gemeinsamkeiten aufweisen:<sup>277</sup>

1. Eine Pflicht öffentlicher Auftraggeber, bei öffentlichen Beschaffungen auf die Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen zu dringen, besteht nur dann, wenn sie durch Landesgesetz oder zumindest durch Verwaltungsvorschrift explizit vorgeschrieben ist.
2. Weder die Warenverkehrs- noch die Dienstleistungsfreiheit des AEUV hindern die Berücksichtigung der Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen in Vergabeverfahren. Zwar wirkt die Einbeziehung dieses Kriteriums sowohl potenziell 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, wenn die Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen als Wertungskriterium oder als Ausführungsbedingung in das Vergabeverfahren eingeführt werden soll. Nach der Neufassung der EU-Vergaberichtlinien im Jahre 2014 ist darüber hinaus eine Sanktionierung der Nichtbeachtung der ILO-Kernarbeitsnormen unter bestimmten Voraussetzungen auch ohne die Angabe in der Bekanntmachung bzw. den Vergabeunterlagen möglich.
3. Das Kriterium der Beachtung von ILO-Kernarbeitsnormen muss – in welcher Form auch immer es in ein Vergabeverfahren eingeführt werden soll – im Zusammenhang mit den bei Erfüllung des Auftrags zu erbringenden Leistungen oder Lieferungen stehen. Zuschlagskriterien oder Ausführungsbedingungen können sich dabei auf alle Produktions- und Distributionsstufen, auch auf Urproduzenten oder Zulieferer des Bieters, beziehen. Ein nicht auf den konkreten Auftrag, sondern die Beschäftigungsbedingungen in dem bietenden Unternehmen im Allgemeinen abstellendes Kriterium ist unzulässig.
4. Eine Einbringung des Kriteriums der Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen als Element der Leistungsbeschreibung bzw. als technische Spezifikation ist nicht möglich.
5. Auf der Stufe der Auswahl der Bieter ist bei Vergaben die Berücksichtigung von Verstößen gegen ILO-Kernarbeitsnormen unter dem Gesichtspunkt des Ausschlusses des Bieters vom Vergabeverfahren wegen einer nachweislich festgestellten schweren beruflichen Verfehlung möglich. Ein solcher Ausschluss setzt in jedem Fall voraus, dass der öffentliche Auftraggeber konkrete Anhaltspunkte für das Vorliegen einer schweren

<sup>277</sup> Eine SWOT-Analyse in der Praxis vorfindlicher Praktiken zur Einbeziehung von Gesichtspunkten sozialer Verantwortung in Beschaffungsprozesse findet sich in *Das Landmark Konsortium (Hrsg.), The Landmark Project, Überprüfung sozialer Verantwortung entlang der Zulieferkette*, 2012, S. 14 ff.



Verfehlung hat. Die pauschale Abforderung einer Erklärung von allen Bietern, dass bei der Herstellung des Produkts bzw. der Erbringung der Bau- oder Dienstleistung die ILO-Kernarbeitsnormen beachtet worden sind, ist unzulässig.

Der durch die VRL neu eingeführte weitere Ausschlussgrund des Verstoßes gegen die ILO-Kernarbeitsnormen erfasst auch Verstöße durch Lieferanten etwa von Vorprodukten oder Zwischenhändler. Er ist für Vergaben ab Erreichen der Schwellenwerte in unionsrechtskonformer Auslegung des § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB anwendbar und setzt eine positive Nachweisführung durch den öffentlichen Auftraggeber voraus.

6. Als bieterbezogenes Kriterium auf der Stufe der Eignungsprüfung ist die Beachtung von ILO-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.
7. Die Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen kann oberhalb wie unterhalb der Schwellenwerte auf allen Produktions- und Distributionsstufen als Wertungskriterium in das Vergabeverfahren eingeführt werden. Darüber hinaus kann der Auftraggeber in unionsrechtskonformer Auslegung des § 60 Abs. 2 S. 2 Nr. 4 VgV vom Bieter die Erläuterung der im Angebot veranschlagten Preise und Kosten fordern, wenn diese im Verhältnis zu den angebotenen Leistungen oder Lieferungen oder Dienstleistungen ungewöhnlich niedrig erscheinen, wobei in diese Forderung auch die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen einbezogen werden kann. Wird dabei festgestellt, dass das Angebot ungewöhnlich niedrig ist, weil den geltenden Anforderungen der ILO-Kernarbeitsnormen nicht genügt wird, so muss das Angebot abgelehnt werden.
8. Die Formulierung der Anforderung der Beachtung von ILO-Kernarbeitsnormen als Bedingung für die Auftragsausführung ist ebenfalls zulässig, und zwar nach neuem Recht für alle Arten von Aufträgen, auch für solche über die Lieferung bereits vorhandener Waren. Unterhalb der Schwellenwerte können die besonderen Vertragsbedingungen auf die VOL/A bzw. § 8a VOB/A gestützt werden. 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. Verstöße gegen die in der Vertragsbedingung aufgegebenen Verpflichtungen können zu vertragsrechtlichen Konsequenzen führen, wobei nach Möglichkeit ein vertragliches Rücktrittsrecht vorzubehalten oder ein Vertragsstrafeversprechen vorzusehen ist. In späteren Vergabeverfahren kann der betreffende Bieter wegen Unzuverlässigkeit ausgeschlossen werden.
9. Dem öffentlichen Auftraggeber steht es grundsätzlich frei, sich für die Einbringung als Wertungskriterium oder als Ausführungsbedingung zu entscheiden. Die Verwendung als Zuschlagskriterium scheidet allerdings von vornherein aus, wenn seine Einhaltung in jedem Fall sichergestellt werden soll. Denn die Einführung als Zuschlagskriterium zeitigt die Konsequenz, dass der Zuschlag gegebenenfalls auf das Angebot eines unter Einsatz ausbeuterischer Kinderarbeit hergestellten Produkts erteilt werden muss, weil dieses Kriterium durch das deutliche Überwiegen anderer Zuschlagskriterien weggewogen wurde. Auch ist zu beachten, dass bei der Implementation als Zuschlagskriterium der öffentliche Auftraggeber – anders als bei der Fassung als Ausführungsbedingung – in der Lage sein muss, die Erfüllung des Zuschlagskriteriums effektiv zu überprüfen. Andererseits bietet die Fassung als Zuschlagskriterium z. B. die Möglichkeit, die Qualität von Systemen zum Nachweis der Einhaltung von Sozialstandards, z. B. von Zertifizierungssystemen, beim Zuschlag zu bewerten.
10. Für die Vergaben ab Erreichen der Schwellenwerte steht zum Nachweis der Beachtung der Vorgaben der ILO-Kernarbeitsnormen die Vorlage eines Gütezeichens im Sinne von § 34 VgV, § 7a Abs. 6 EU VOB/A zur Verfügung. Bei der Einführung des Kriteriums als Ausführungsbedingung ist das Verlangen nach Vorlage eines solchen Gütezeichens fakultativ, bei der Verwendung als Wertungskriterium wegen des Erfordernisses der effektiven Überprüfbarkeit durch den Auftraggeber grundsätzlich obligatorisch, soweit kein zumindest gleich sicherer Nachweis, der die Bieter weniger belastet, zur Verfügung steht. Darüber hinaus muss der öffentliche Auftraggeber andere Nachweise dafür akzeptieren, dass die

von dem Unternehmen erbrachte Leistung die Gütezeichen-Anforderungen erfüllt, wenn das Unternehmen nachweisen kann, dass es innerhalb der zur Verfügung stehenden Zeit nachweislich keine Möglichkeit zur Erlangung des geforderten oder eines gleichwertigen Gütezeichens hatte, ohne dass ihm die Gründe hierfür zurechenbar wären. Eine bloße Eigenerklärung des Bieters dürfte insoweit nicht ausreichen.

Soll die Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen als Zuschlagskriterium in das Vergabeverfahren eingeführt werden und steht kein Gütezeichen im Sinne von § 34 VgV, § 7a Abs. 6 EU VOB/A zur Verfügung, so kann der öffentliche Auftraggeber auf ein anderes Gütezeichen in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen hinweisen. In diesem Fall müssen zusätzlich die Gütezeichen-Anforderungen genannt werden. Voraussetzung ist, dass die Einhaltung dieser Anforderungen durch den Bieter seitens des öffentlichen Auftraggebers verifizierbar und kontrollierbar ist. Eine Eigenerklärung des Bieters, dass das Produkt unter Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen hergestellt, bearbeitet und gehandelt wurde oder dass er für sein Unternehmen, seine Lieferanten und gegenüber dem Produzenten wirksame Maßnahmen zur Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen ergriffen hat, genügt nicht.

Wird das Kriterium der Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen hingegen als Ausführungsbedingung bei der Vergabe verwendet, so bleibt das Abstellen auf eine Eigenerklärung zum Nachweis zulässig.

11. Für die Ausgestaltung im Einzelnen ist danach zu unterscheiden, ob die Implementation in das Vergabeverfahren in Form eines Wertungskriteriums oder als Ausführungsbedingung erfolgt:

a) Als Ausführungsbedingung zulässig ist folgende Implementation der ILO-Kernarbeitsnormen:

- Vorlage eines unabhängigen Gütesiegels oder eines anderen Beweismittels, das die Einhaltung des zertifizierten Standards belegt; dabei ist die Benennung des Gütesiegels allein nicht ausreichend, vielmehr müssen die Gütezeichen-Anforderungen explizit genannt werden.
- Bei – vom Bieter darzulegender – Unmöglichkeit oder Unverhältnismäßigkeit des vorgenannten Nachweises: Abgabe einer verbindlichen Erklärung des Unternehmens, dass das Produkt unter Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen hergestellt, bearbeitet und gehandelt wurde.
- Bei – vom Bieter darzulegender – Unmöglichkeit oder Unverhältnismäßigkeit der Abgabe der letztgenannten Erklärung: Verbindliche Erklärung

des Bieters, dass er für sein Unternehmen, seine Lieferanten und gegenüber dem Produzenten wirksame Maßnahmen zur Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen ergriffen hat, wobei die Maßnahmen näher darzulegen sind.

b) Soll die Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen als Wertungskriterium eingeführt werden, so ist für Vergaben ab Erreichen der Schwellenwerte das Gebot, dass der Auftraggeber in der Lage sein muss, die Erfüllung der Zuschlagskriterien effektiv zu überprüfen, zu beachten. Hieraus lässt sich folgendes Schema der Forderung von Nachweisen ableiten:

- Verlangen nach Vorlage eines Gütezeichens im Sinne von § 34 VgV, § 7a Abs. 6 EU VOB/A, es sei denn, es steht gleich wirksamer, die Bieter weniger belastender Nachweis zur Verfügung.
  - Zulässigkeit der Beibringung eines anderen Gütezeichens, das bestätigt, dass die Leistung gleichwertige Gütezeichen-Anforderungen wie das geforderte Gütezeichen erfüllt.
  - Im Falle der vom Bieter nachzuweisenden schuldlosen Unmöglichkeit der Vorlage eines Gütezeichens: anderer geeigneter Nachweis, dass die zu erbringende Leistung die Anforderungen des Gütezeichens erfüllt, wobei eine bloße Eigenerklärung des Bieters, dass das Produkt unter Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen hergestellt, bearbeitet und gehandelt wurde oder dass er für sein Unternehmen, seine Lieferanten und gegenüber dem Produzenten wirksame Maßnahmen zur Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen ergriffen hat, nicht ausreichen dürfte.
12. Für die Praxis von Kommunen, die zur Verbesserung der Beachtung von ILO-Kernarbeitsnormen im Zuge von öffentlichen Beschaffungen beitragen möchten, zeitigen die aufgezeigten Grundsätze folgende Konsequenzen:

Bestehen für das zu beschaffende Produkt gesicherte Möglichkeiten des Nachweises, insbesondere in Form eines Gütezeichens – vorrangig nach § 34 VgV, § 7a Abs. 6 EU VOB/A, bei Fehlen eines solchen in Form eines anderen Gütezeichens –, dass das Produkt tatsächlich unter Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen hergestellt worden ist, und ist die Führung dieses Nachweises allen Bietern zumutbar, so kann die Erbringung dieses Nachweises als *Zuschlagskriterium* formuliert werden. Allerdings muss dabei das Gewicht dieses Kriteriums im Verhältnis zu anderen Zuschlagskriterien, insbesondere Preis und

Qualitätsgesichtspunkten, angegeben werden.  
Dies verlangt eine sehr sorgfältige Prüfung und  
Gestaltung der Bewertungsmatrix.

Fehlt es an solchen gesicherten  
Nachweismöglichkeiten, sodass auf eine  
Eigenerklärung des Bieters abgehoben  
werden muss, so bleibt nur die Vorgabe einer  
Ausführungsbedingung, auf deren Einhaltung sich  
der Bieter verpflichten muss.

# ANHANG

## Abkürzungsverzeichnis

a. M.	anderer Meinung
ABl.EU/ABl.EWG	Amtsblatt der Europäischen Union/der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Alt.	Alternative
ArbuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BAnz	Bundesanzeiger
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshofs
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
Bbg.	Brandenburg
Bek. Kinderarbeit Bay	Bekanntmachung der Bayerischen Staatsregierung vom 29.04.2008 „Vermeidung des Erwerbs von Produkten aus ausbeuterischer Kinderarbeit“
BerlAVG	Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz
Beschl.	Beschluss
betr.	betreffs/betreffend
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BHO	Bundeshaushaltsordnung
BremKernV	Bremische Verordnung über die Berücksichtigung der Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation bei der öffentlichen Auftragsvergabe (Bremische Kernarbeitsnormenverordnung)
BremTtVG	Bremisches Gesetz zur Sicherung von Tariftreue, Sozialstandards und Wettbewerb bei öffentlicher Auftragsvergabe (Tariftreue- und Vergabegesetz)
BT-Drucks.	Deutscher Bundestag, Drucksache
BverfG	Bundesverfassungsgericht
BverfGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BverfG)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BW	Baden-Württemberg
bzw.	beziehungsweise
d. h.	das heißt
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
f./ff.	folgende/fortfolgende [Seiten]
GemHVO	Gemeindehaushaltsverordnung
GewArch	Gewerbearchiv (Zeitschrift)
GG	Grundgesetz

GRUR .....	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GWB .....	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGrG .....	Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder
HmbVgG .....	Hamburgisches Vergabegesetz
Hrsg. ....	Herausgeber
HVTG .....	Hessisches Vergabe- und Tarifreuegesetz
i. V. m. ....	in Verbindung mit
IAO .....	Internationale Arbeitsorganisation, englisch: International Labour Organization (ILO)
ILO .....	International Labour Organization, deutsch: Internationale Arbeitsorganisation (IAO)
juris .....	Juristisches Informationssystem für die Bundesrepublik Deutschland
Kap. ....	Kapitel
KommJur .....	Kommunaljurist (Zeitschrift)
KRL .....	Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe
LVG LSA .....	Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge in Sachsen-Anhalt (Landesvergabegesetz)
LHO .....	Landeshaushaltsordnung
lit. ....	Litera (Buchstabe)
LKRZ .....	Zeitschrift für Landes- und Kommunalrecht Hessen, Rheinland-Pfalz, Saarland
LTG .....	Landesgesetz zur Gewährleistung von Tarifreue und Mindestentgelt bei öffentlichen Auftragsvergaben (Landestarifreuegesetz)
m. w. N. ....	mit weiteren Nachweisen
MV .....	Mecklenburg-Vorpommern
Nds.GemHKVO .....	Verordnung über die Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans sowie die Abwicklung der Kassengeschäfte der Gemeinden auf der Grundlage der kommunalen Doppik (Gemeindehaushalts- und -kassenverordnung)
NJW .....	Neue Juristische Wochenschrift
NKernVO .....	Niedersächsische Verordnung über die Beachtung der Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Niedersächsische Kernarbeitsnormenverordnung)
NRW .....	Nordrhein-Westfalen
NTVergG .....	Niedersächsisches Gesetz zur Sicherung von Tarifreue und Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Niedersächsisches Tarifreue- und Vergabegesetz)
NVwZ .....	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZBau .....	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
OLG .....	Oberlandesgericht
OVG .....	Oberverwaltungsgericht
Rdnr. ....	Randnummer
RiOLG .....	Richter am Oberlandesgericht
RL .....	Richtlinie
RP .....	Rheinland-Pfalz
Rs. ....	Rechtssache
RVO .....	Rechtsverordnung
S. ....	Seite
SächsVergabeG .....	Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge im Freistaat Sachsen (Sächsisches Vergabegesetz)
SHVgVO .....	Landesverordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Schleswig-Holsteinische Vergabeverordnung)
SKEW .....	Servicestelle Kommunen in der Einen Welt

Slg .....	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz
sog. ....	sogenannte
SRL.....	Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste
StGB .....	Strafgesetzbuch
STTG.....	Gesetz Nr. 1798 über die Sicherung von Sozialstandards, Tariftreue und Mindestlöhnen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge im Saarland (Saarländisches Tariftreuegesetz)
SWOT .....	Englisch: <i>strengths, weaknesses, opportunities, and threats</i>
ThürGemHV .....	Thüringer Verordnung über das Haushalts-, Kassen- und Rechnungswesen der Gemeinden (Thüringer Gemeindehaushaltsverordnung)
ThürVgG.....	Thüringer Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Thüringer Vergabegesetz)
TTG S-H .....	Gesetz über die Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Tariftreue- und Vergabegesetz Schleswig-Holstein)
TVgG NRW .....	Gesetz über die Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen)
u. v. m. ....	und vieles mehr
UAbs.....	Unterabsatz
UN.....	United Nations
Urt.....	Urteil
Var. ....	Variante
VBIBW .....	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
Verg .....	Vergabesache(n)
VgG M-V .....	Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge in Mecklenburg-Vorpommern (Vergabegesetz Mecklenburg-Vorpommern)
Vergaber.....	Vergaberecht (Zeitschrift)
VerwArch.....	Verwaltungsarchiv (Zeitschrift)
VGH.....	Verwaltungsgerichtshof
vgl. ....	vergleiche
VgV .....	Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge
VK.....	Vergabekammer
VKR.....	Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (Vergabekoordinierungsrichtlinie)
VOB/A .....	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil A
VOL/A.....	Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen, Teil A
VRL .....	Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG
VÜA.....	Vergabeüberwachungsausschuss
VV .....	Verwaltungsvorschrift
VV-Öffent.Auftrag-RP .....	Verwaltungsvorschrift „Öffentliches Auftrags- und Beschaffungswesen in Rheinland-Pfalz“
VVDStRL.....	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwV Beschaffung .....	Verwaltungsvorschrift der Landesregierung über die Vergabe öffentlicher Aufträge



z. B. ....	zum Beispiel
ZfA .....	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfBR .....	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht
ZfSH/SGB .....	Zeitschrift für die sozialrechtliche Praxis
ZIAS .....	Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht
ZSR .....	Zeitschrift für Sozialrecht

# PUBLIKATIONEN DER SERVICESTELLE

## KOMMUNEN IN DER EINEN WELT

Die Servicestelle Kommunen in der Einen Welt stellt alle ihre Publikationen und Informationsmaterialien zum kostenfreien Bestellen (sofern noch nicht vergriffen) oder als Download auf ihrer Homepage bereit: <https://skew.engagement-global.de/publikationen.html>. Hier finden Sie Verweise auf ausgewählte aktuelle Publikationen.

### Dialog Global-Schriftenreihe der Servicestelle:

- Nr. 41: Zwischenevaluation des Projektes „50 Kommunale Klimapartnerschaften bis 2015“. Executive Summary. Bonn, September 2016
- Nr. 40: 50 Kommunale Klimapartnerschaften bis 2015. Dokumentation der dritten Projektphase. Bonn, Mai 2016
- Nr. 39: Global Nachhaltige Kommune. Bonn, März 2016
- Nr. 38: Kommune bewegt Welt – Der Preis für herausragende kommunale Beispiele zu Migration und Entwicklung 2014. Bonn, Februar 2016
- Nr. 37: Hauptstadt des Fairen Handels 2015. Bonn, Februar 2016
- Nr. 36: Partizipation von Flüchtlingen in der kommunalen Entwicklungspolitik. Gutachten. Bonn, November 2015
- Nr. 35: Host City Programm WM Brasilien 2014 – Deutschland 2006/2011: Partner für nachhaltige Stadtentwicklung. Bonn, November 2015
- Nr. 33: Beispiele guter Praxis zu Migration und Entwicklung auf kommunaler Ebene. Bonn, Februar 2015
- Nr. 23: Fair Handeln in Kommunen. Ein Praxisleitfaden. 2. vollständig überarbeitete und aktualisierte Auflage. Bonn, Januar 2015

### Material-Schriftenreihe der Servicestelle:

- Nr. 79: Erster Runder Tisch „Kommunale Partnerschaften mit der Mongolei“ am 12. und 13. November 2015 in Bonn. Bonn, Juli 2016
- Nr. 78: Zweiter Runder Tisch „Kommunale Partnerschaften mit Burkina Faso“ am 6. und 7. November 2015 in Hofheim am Taunus. Bonn, Juli 2016
- Nr. 77: Zweite deutsch-palästinensische kommunale Partnerschaftskonferenz, 10. bis 13. November 2015 in Jena. Bonn, Juli 2016
- Nr. 76: Konferenz „Kommunale Partnerschaften

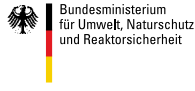
mit Lateinamerika und der Karibik“, 18. bis 20. November 2015 in Frankfurt am Main. Bonn, April 2016

- Nr. 75: Elftes bundesweites Netzwerktreffen Bürgerhaushalt, 16. und 17. September 2015 in Mannheim. Bonn, April 2016
- Nr. 74: Pressespiegel 2015. Bonn, Dezember 2015
- Nr. 73: Internationaler Auftaktworkshop „50 Kommunale Klimapartnerschaften bis 2015“, Phase 4: Lateinamerika. Bonn, November 2015
- Nr. 72: Konferenz „Kommunale Partnerschaften mit Asien“, 17. und 18. November 2014 in Berlin. Bonn, August 2015
- Nr. 70: Internationaler Workshop der kommunalen Klimapartnerschaften – Präsentation der Handlungsprogramme 1. bis 3. Juli 2014 in Berlin. Bonn, Februar 2015

### Sonstige Publikationen der Servicestelle:

- Unsere Angebote. Bonn 2015
- Über Uns. Kurzprofil der Servicestelle. Bonn 2016 [Deutsch, Englisch, Französisch, Portugiesisch, Spanisch]
- Global Nachhaltige Kommune. Kommunen engagieren sich für Nachhaltigkeit in der Einen Welt. Ein Dossier in Zusammenarbeit mit der Redaktion welt-sichten (Beilage zur Ausgabe 8-2016 von welt-sichten)
- Kommunale Entwicklungszusammenarbeit. Deutsche Städte und Gemeinden aktiv für die Eine Welt. Dokumentation des Deutschen Städte- und Gemeindebundes (DStGB) in Kooperation mit der Servicestelle. Dezember 2015
- KOMMUNE heute: Lokal handeln, global wirken. Ein Sonderheft der Servicestelle in Zusammenarbeit mit der Redaktion DEMO (Beilage zur Ausgabe Oktober 2015 von DEMO)

Alle Informationen, Termine, Aktivitäten, Tipps und Hintergrundberichte aktuell in den monatlichen \*\*\*Eine-Welt-Nachrichten\*\*\* der Servicestelle. Kostenfrei! Bestellformular auf unserer Homepage unter [www.service-eine-welt.de](http://www.service-eine-welt.de).



Die Servicestelle Kommunen in der Einen Welt der Engagement Global gGmbH wird finanziell gefördert aus Mitteln des Bundesministeriums für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung sowie der Länder Baden-Württemberg, Bremen, Hamburg, Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz. Durch unsere Gremien Programmbeirat und Programmkommission beteiligen wir unsere Förderer und Kooperationspartner an der Fortentwicklung der SKEW.

Unter Mitwirkung von: Freistaat Bayern, Land Berlin, Land Mecklenburg-Vorpommern, Land Niedersachsen, Saarland, Land Schleswig-Holstein, Freistaat Thüringen, Gemeinde Aidlingen, Auswärtiges Amt, Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit, Bundesstadt Bonn, DBB Beamtenbund und Tarifunion, DEAB Dachverband Entwicklungspolitik Baden-Württemberg e. V., Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit GmbH, Deutsche UNESCO-Kommission e. V., Deutscher Gewerkschaftsbund, Deutscher Landkreistag, Deutscher Städtetag, Deutscher Städte- und Gemeindebund, Deutsches Institut für Entwicklungspolitik, Diözesanrat der Katholiken im Erzbistum Köln, Forum der Kulturen Stuttgart e. V., Stadt Freiburg im Breisgau, Stadt Jena, Stadt Karlsruhe, Stadt Köln, Landeshauptstadt München, Stadt Nürnberg, Rat der Gemeinden und Regionen Europas, Rat für Nachhaltige Entwicklung, Kreis Steinfurt, Verband Entwicklungspolitik deutscher Nichtregierungsorganisationen e. V.

**ENGAGEMENT GLOBAL gGmbH**  
**Service für Entwicklungsinitiativen**

Tulpenfeld 7 · 53113 Bonn  
Postfach 12 05 25 · 53047 Bonn

Telefon +49 228 20 717-0  
Telefax +49 228 20 717-150

**[info@engagement-global.de](mailto:info@engagement-global.de)**  
**[www.engagement-global.de](http://www.engagement-global.de)**

Im Auftrag des



Bundesministerium für  
wirtschaftliche Zusammenarbeit  
und Entwicklung