

**ENGAGEMENT
GLOBAL**

Service für Entwicklungsinitiativen



SERVICESTELLE

KOMMUNEN IN DER EINEN WELT

MATERIAL

**Faires Beschaffungswesen
in Kommunen und die
Kernarbeitsnormen**

**Rechtswissenschaftliches
Gutachten. 2013.**

Im Auftrag des

BMZ



Bundesministerium für
wirtschaftliche Zusammenarbeit
und Entwicklung

Nr.24

Impressum

Herausgeber:

ENGAGEMENT GLOBAL gGmbH
Service für Entwicklungsinitiativen
Tulpenfeld 7
53113 Bonn
Telefon +49 228 20 717-0
Telefax +49 228 20 717-150
info@engagement-global.de
www.engagement-global.de

Servicestelle Kommunen in der Einen Welt
info@service-eine-welt.de
www.service-eine-welt.de

V.i.s.d.P.: Dr. Stefan Wilhelmy

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

Text: Prof. Dr. Jan Ziekow: „Rechtswissenschaftliches Gutachten zur rechtlichen Bewertung der Einbeziehung von IAO-Kernarbeitsnormen in das Vergabeverfahren sowie von diesbezüglichen Beschlüssen kommunaler Entscheidungsgremien.“ 4. Auflage. Stand: 23.04.2013.
Redaktion: Michael Marwede

Titelgestaltung: Fabian Ewert Design, Königswinter
Layout und Satz: Fabian Ewert Design, Königswinter
Druck: Theissen Medien Gruppe GmbH & Co.KG
100% Recyclingpapier, RecyMago

Das Heft liegt auch als eBook vor.

Bonn, August 2013, revidierte Neuauflage 2013

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

Faires Beschaffungswesen in Kommunen und die Kernarbeitsnormen

Rechtswissenschaftliches Gutachten. 2013.

Inhalt

Vorwort	7
Lebenslauf des Autors.....	9
Vorbemerkung des Autors.....	9
I. Förderung sozialer Aspekte und öffentliche Beschaffung: Steuerungs- und Konfliktpotenziale	10
II. Überblick über in Vergabeverfahren einbezogene soziale Aspekte	12
1. Allgemein.....	12
2. Im Besonderen: IAO-Kernarbeitsnormen.....	12
a) Inhalt und vergaberelevante Gesichtspunkte der IAO-Kernarbeitsnormen	12
b) Zur rechtlichen Wirkung der IAO-Kernarbeitsnormen	15
III. Für die Einbeziehung sozialer Aspekte in Vergaben ab Erreichen und unterhalb der Schwellenwerte einheitlich geltende Maßstäbe.....	17
1. Primäres Unionsrecht	17
a) Grundsatz der Gleichbehandlung	17
aa) Die Bewertung der Berücksichtigung von IAO-Kernarbeitsnormen bei Lieferaufträgen	19
bb) Die Berücksichtigung von IAO-Kernarbeitsnormen bei Leistungsaufträgen	23
cc) Das „Rüffert-Urteil“ des EuGH.....	24
b) Transparenzgebot.....	25
2. Verfassungsrecht	26
a) Freiheitsgrundrechte.....	26
b) Allgemeiner Gleichheitssatz.....	29
c) Verfassungsrechtliche Grenzen der Zuständigkeit der Kommunen	31
IV. Vergaben ab Erreichen der Schwellenwerte.....	33
1. Anforderungen des sekundären Unionsrechts an die Einbeziehung sozialer Aspekte.....	33
a) Das Urteil des EuGH in der Sache Max Havelaar.....	33
aa) Gütezeichen als technische Spezifikationen?	34
bb) Die Verwendung der Gütezeichen als Zuschlagskriterium und Ausführungsbedingung	35
cc) Gesellschaftlich verantwortliches Verhalten als Eignungskriterium	37
b) Möglichkeiten der Berücksichtigung sozialer Kriterien im System der vergaberechtlichen Prüfung	37

aa) Leistungsbeschreibung	37
bb) Eignungsprüfung	39
cc) Zuschlagskriterien.....	42
dd) Zusätzliche Bedingungen für die Auftragsausführung	43
ee) Folgerungen für die Berücksichtigung der IAO-Kernarbeitsnormen.....	45
α) Leistungsbeschreibung.....	46
β) Eignungsprüfung	46
γ) Zuschlagskriterium	47
δ) Ausführungsbedingung	48
2. Die Berücksichtigung sozialer Aspekte nach deutschem Recht	52
a) Eignungsprüfung	53
b) Auf die Auftragsausführung bezogene zusätzliche Anforderungen	55
c) Weitergehende Anforderungen an den Auftragnehmer	56
d) Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots	56
V. Vergaben unterhalb der Schwellenwerte.....	57
1. Bindungswirkung der Vergabe- und Vertragsordnungen.....	57
2. Zulässigkeit vergabeexterner Zielsetzungen nach den Vergabe- und Vertragsordnungen.....	58
3. Vorgaben zur Berücksichtigung der IAO-Kernarbeitsnormen auf Landesebene	61
a) Gesetzliche Regelungen	61
b) Verwaltungsvorschriften.....	63
aa) Baden-Württemberg und Bayern.....	63
bb) Rheinland-Pfalz	64
VI. Möglichkeiten und Grenzen zur Einbeziehung von Aspekten der IAO-Kernarbeitsnormen in Vergabeverfahren sowie Folgerungen für die kommunale Praxis.....	65
VII. Bewertung von Beschlüssen und Beschlussvorschlägen einzelner Kommunen.....	70
Anhang	74
Abkürzungsverzeichnis	74
Bundesweites Netzwerk Faires Beschaffungswesen.....	75
Leitfaden zur Berücksichtigung sozialer Belange im Vergaberecht	76
ENGAGEMENT GLOBAL gGmbH – Service für Entwicklungsinitiativen	77
Publikationen der Servicestelle Kommunen in der Einen Welt.....	78

Vorwort

Liebe Leserinnen und Leser,

wie legen Ihnen hiermit die vierte Fassung dieses Gutachtens vor. Vergaberecht bleibt ein dynamischer Prozess, nicht nur für die Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen in der öffentlichen Beschaffung. Es entwickelt sich weiter, gerade durch das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 10. Mai 2012.

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

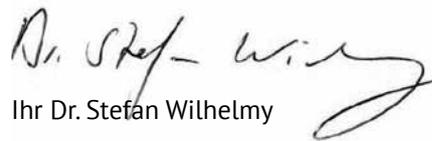
International und damit auch in jeder Kommune ist es einfach, an Produkte ökologische Anforderungen zu stellen. „Bio“ wird bestellt, das Lebensmittel kommt in Bio-Qualität hier an. Einrichtungen auf staatlicher Ebene wachen darüber und die Produkteigenschaft lässt sich messen. Das Kriterium der Arbeitsbedingungen, die Produzentinnen „erleiden“ müssen, ist leider komplizierter in die Beschaffungsanforderungen bei uns einzufügen. Darüber wacht in Deutschland allenfalls der Arbeitsschutz, aber an den importierten Waren ist die Missachtung von Menschenrecht nicht messbar.

Wir haben erneut Herrn Professor Dr. Jan Ziekow, Professor für Öffentliches Recht an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, gewinnen können, eine Neufassung vorzulegen. Sie nimmt die Entwicklungen des deutschen und europäischen Rechts und der Rechtsprechung seit April 2011 neu ins Visier.

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

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

Wir freuen uns auf Ihre Anregungen, Anfragen und Ideen.



Ihr Dr. Stefan Wilhelmy

Leiter der Servicestelle Kommunen in der Einen Welt/
Engagement Global gGmbH

Lebenslauf des Autors

Prof. Dr. Jan Ziekow

Geboren 1960 in Berlin.

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

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

Mitglied des UN Committee of Experts on Public Administration, des Beirats Verwaltungsverfahrenrecht 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 Auflage, die vierte, dieses im Jahre 2007 erstellten und 2009 sowie 2011 neu aufgelegten Gutachtens zur rechtlichen Bewertung der Einbeziehung von IAO-Kernarbeitsnormen in das Vergabeverfahren sowie von diesbezüglichen Beschlüssen kommunaler Entscheidungsgremien vorgelegt. Von besonderer Bedeutung ist vor allem das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 10. Mai 2012, das die Spielräume für eine Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte bei der Vergabe erweitert, dabei aber auch neue Fragen aufgeworfen hat. Darüber hinaus sind zahlreiche neue Leitfäden im Zusammenhang des vorliegend behandelten Themas. Dass diese erfreulich intensive Befassung mit der Frage sozial verantwortlicher Verfassung auch negative Effekte in Gestalt einer Verunsicherung der Vergabep Praxis durch die Pluralität von Empfehlungen haben kann¹, sei nicht verschwiegen.

Noch nicht berücksichtigt sind die Entwürfe der EU-Kommission zur Neuregelung des europäischen Vergaberechts. Sie wiesen zur Zeit des Abschlusses der Arbeiten an dieser Auflage noch nicht einen Konsolidierungsstand auf, der dies als sinnvoll erschienen ließ.

Rechtsprechung und Literatur konnten bis Ende März 2013 berücksichtigt werden.

Freisbach, 23. April 2013.

1 *Lutz Preuss/Helen Walker, Psychological barriers in the road to sustainable development: evidence from public sector procurement, Public Administration 89 (2011), S. 493 ff.*

I. 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.²

Teile dieses besonderen Rechtsregimes sind beispielsweise das Haushaltsrecht und das an die Mitgliedstaaten adressierte europäische Unionsrecht. Das Haushaltsrecht verpflichtet die ihm unterworfenen Körperschaften des öffentlichen Rechts auf die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (§ 7 I 1 BHO, § 6 HGrG). Das primäre Unionsrecht verbietet es den Mitgliedstaaten u.a., Angehörige anderer Mitgliedstaaten aus Gründen der Staatsangehörigkeit zu diskriminieren (Art. 18 AEUV). Im 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. Vergabekoordinierungsrichtlinie³ und die sog. Sektorenkoordinierungsrichtlinie⁴, oberhalb bestimmter Auftragswerte, der sog. Schwellenwerte, eine europaweite Ausschreibung öffentlicher Aufträge und geben hierfür einen Verfahrensrahmen vor. Zu beachten ist, dass dieses unionsrechtliche Vergaberecht – anders die haushaltsrechtlichen Regelungen, die in erster Linie die Funktion des Vergaberechts unterhalb der Schwellenwerte bestimmen – nicht primär darauf abzielt, die öffentliche Verwaltung zu einer wirtschaftlichen und sparsamen Beschaffung anzuhalten. Im Vordergrund steht vielmehr das Ziel, in einem formalisierten Verfahren möglichst allen potenziellen Bietern freien Zugang zu den öffentlichen Beschaffungsmärkten in den Mitgliedstaaten der EU zu gewähren und dadurch Wettbewerb herzustellen (vgl. nur Erwägungsgrund 2 VKR).

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

2 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. Geb., 2004, S. 303 (308 ff.).

3 RL 2004/18/EG v. 31.03.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. L 134/114 v. 30.04.2004. Im Folgenden: VKR.

4 RL 2004/17/EG v. 31.03.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. L 134/1 v. 30.04.2004.

nicht ohne Weiteres hinein. Der Anreiz einer Bepackung des Vergabeverfahrens mit weiteren Zielen außer den genannten ist groß. Wegen der immensen Nachfragemacht der öffentlichen Hände lassen sich beträchtliche Steuerungseffekte erzielen, ohne dafür besondere Instrumente oder Regularien entwickeln zu müssen. 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.⁵ Sozialpolitiker erhoffen sich verdeckte Haushaltsumschichtungen, wenn darauf hingewiesen wird, dass der Sozialpolitik in der EU 80 Milliarden Euro zur Verfügung stünden, wenn nur 5 Prozent der Vertragssumme bei den Vergabeentscheidungen von sozialen Überlegungen geleitet würden.⁶ Denn diese erhofften 80 Milliarden Euro werden ja durch teurere Beschaffungen anderer Ressorts gegenfinanziert. Allenfalls ist die Pflicht, bestimmte Umwelt- oder soziale Aspekte in einer Beschaffungsentscheidung zu berücksichtigen, beschaffungsneutral. Im Regelfall aber werden die zusätzlichen Anforderungen zu einer Erhöhung des Angebotspreises führen und den Kreis der Bieter, die auch diese Anforderungen erfüllen können, verengen. Strukturell läuft die Berücksichtigung solcher Anforderungen daher den Zielen einer sparsamen und wirtschaftlichen bzw. einer möglichst wettbewerbsfähigen Beschaffung zuwider.

Dieser Befund erfordert eine sorgfältige Prüfung, ob und unter welchen Voraussetzungen soziale Aspekte in Vergabeverfahren implementiert werden können, wobei im Mittelpunkt eine Berücksichtigung der IAO-Kernarbeitsnormen stehen soll. Zunächst sollen daher die sozialen Aspekte, die in Vergabeverfahren eine

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

5 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).

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

II. Überblick über in Vergabeverfahren einbezogene soziale Aspekte

1. Allgemein

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

Beispiele solcher in Vergabeverfahren implementierter sozialer Belange⁷ 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

u. v. m.

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

2. Im Besonderen: IAO-Kernarbeitsnormen

Eine zunehmende Rolle in der Vergabepaxis spielt das Bemühen der beschaffenden Stellen, die Bieter auf die Einhaltung aller oder bestimmter IAO-Kernarbeitsnormen zu verpflichten. Bei der 1919 gegründeten Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) handelt es sich um eine Sonderorganisation der Vereinten Nationen, wobei die Organe der IAO neben den Vertretern der Regierungen der Mitgliedstaaten auch mit Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertretern besetzt sind. Zu ihren elementaren Zielen gehört es, durch die Schaffung weltweit anerkannter Sozialstandards zu verhindern, dass sich einzelne Teilnehmer am internationalen Handel dadurch Vorteile verschaffen, dass sie Arbeitnehmerrechte abbauen und die Arbeitsbedingungen verschlechtern. Zu diesem Zweck setzt die IAO Arbeitsnormen, von denen die Kernarbeitsnormen die zentralen Grundprinzipien der IAO aufnehmen.⁸

a) Inhalt und vergaberelevante Gesichtspunkte der IAO-Kernarbeitsnormen

Die IAO-Kernarbeitsnormen⁹ haben die Form von acht Übereinkommen, die im Folgenden kurz dargestellt und hinsichtlich der für die Einbringung in Vergabeverfahren relevanten Aspekte analysiert werden.

⁸ Zum Ganzen www.ilo.org. Zu Inhalt und Durchsetzung der Kernarbeitsnormen *Martin Götz*, Die Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation im Licht der neuen handelspolitischen „Sozialklausel“ der Europäischen Union, ZIAS 16 (2002), S. 319 ff. Weiterhin zur Normsetzung und -kontrolle durch die IAO *Gabriele Stauner*, Normensetzung und Normenkontrolle der internationalen Arbeitsorganisation, ZFSH/SGB 1990, S. 169 ff.; *Sabine Böhmert*, Das Recht der IAO und sein Einfluß auf das deutsche Arbeitsrecht im Zeichen der europäischen Integration, 2002, S. 59 ff.

⁹ www.ilo.org/ilolex/german/docs/convdisp1.htm.

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

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

► Übereinkommen 105: Übereinkommen über die Abschaffung der Zwangsarbeit (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 stehenden Mitteln auf die Ausschaltung jeglicher Diskriminierung hinzuwirken.

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

Zielrichtung des Übereinkommens 138 ist die tatsächliche Abschaffung der Kinderarbeit und die schrittweise Anhebung des Mindestalters für die Zulassung zu einer Beschäftigung oder Arbeit bis auf einen Stand, bei dem die volle körperliche und geistige Entwicklung der Jugendlichen gesichert ist. Die unterste Grenze für wenig entwickelte Staaten liegt bei 14 Jahren, sonst bei 15 Jahren, für das Leben, die Gesundheit oder die Sittlichkeit gefährdende Beschäftigungen bei 18 Jahren. Von diesen Grundsätzen sind beträchtliche Abweichungen zugelassen, zum einen für wenig entwickelte Staaten, zum anderen für mindestens 14 Jahre alte Personen zu Ausbildungszwecken und schließlich für 13 bis 15 Jahre alte Personen, die leichte Arbeiten ausführen, die Gesundheit, Entwicklung, Schulbesuch und berufliche Ausbildung nicht beeinträchtigen.

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

Die jüngste IAO-Kernarbeitsnorm ergänzt das Übereinkommen 138 und erfasst alle Personen unter 18 Jahren (Kinder). Die das Übereinkommen ratifizierenden Staaten haben sicherzustellen, dass die schlimmsten Formen der Kinderarbeit verboten und beseitigt werden. Bei diesen schlimmsten Formen der Kinderarbeit handelt es sich um 1.) alle Formen der Sklaverei und 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 IAO-Kernarbeitsnormen lassen sich folgende Gesichtspunkte herausarbeiten, die zur Einbringung als soziale Kriterien in Vergabeverfahren in Betracht kommen könnten:

- Zwangs- und Pflichtarbeit
 - vollständig unzulässig:
 - zum Vorteil Privater
 - als politische Disziplinierung, für Zwecke der wirtschaftlichen Entwicklung, zur Sicherung der Arbeitsdisziplin oder der Sanktionierung der Streikteilnahme und als Maßnahme rassistischer, sozialer, nationaler oder religiöser Diskriminierung
 - soweit zulässig: Grundsatz der arbeitsäquivalenten Vergütung
- Vereinigungsrecht
 - Freiheit der Bildung von Vereinigungen der Arbeitgeber und -nehmer
 - Schutz vor Benachteiligungen wegen Gewerkschaftszugehörigkeit oder gewerkschaftlicher Betätigung
- Gleichheit des Entgelts
 - gleiches Entgelt männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit
- Diskriminierung
 - keine Benachteiligung oder Bevorzugung 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 IAO-Kernarbeitsnormen

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

Zum einen ist bei der Auslegung der Übereinkommen darauf zu achten, dass eine Lösung von nationalen Diskursen, Begriffsverständnissen und Kontexten stattfindet.¹⁰ Maßgeblich für die Auslegung sind die Maßstäbe des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge.¹¹ Andere Inhalte, als sich anhand dieser Maßstäbe aus den IAO-Kernarbeitsnormen entnehmen lassen, sind durch die Übereinkommen nicht gedeckt.¹² Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund der Geltung des vergaberechtlichen Transparenzgrundsatzes (dazu unten III.1.b) von Bedeutung.

Zum anderen bedürfen die IAO-Übereinkommen zu ihrer Geltung der nationalen Umsetzung.¹³ 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.¹⁴ Die IAO-Kernarbeitsnormen sind sämtlich durch die Bundesrepublik ratifiziert worden und gelten in Deutschland im Range eines einfachen Bundesgesetzes.¹⁵ Selbst wenn ihnen weiterhin zusätzlich zur Geltung auch unmittelbare Anwendbarkeit in dem Sinne zukommen sollte, dass sie unmittelbar Rechte und Pflichten begründen können¹⁶, würde dies lediglich bedeuten, dass sich z. B. Arbeitnehmer in Deutschland gegenüber ihrem Arbeitgeber auf in der betreffenden IAO-Kernarbeitsnorm niedergelegte Rechtspositionen berufen können bzw. die Arbeitgeber verpflichtet sind, diese Rechtspositionen zu beachten. Zu einem positiven Tun im Sinne des Ergreifens von Maßnahmen zur Durchsetzung der in den IAO-Kernarbeitsnormen beschriebenen Standards sind jedoch nur die Mitglieder der IAO verpflichtet. Kein öffentlicher Auftraggeber ist gehalten, die Missachtung von IAO-Kernarbeitsnormen durch private Unternehmen, möglicherweise sogar mit Sitz in anderen Staaten, zu sanktionieren. Auch in deutsches Recht transformierte

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

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

12 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.).

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

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

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

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

und unmittelbar anwendbare IAO-Kernarbeitsnormen müssen also nicht in Beschaffungsvorgängen zur Geltung gebracht werden. Ob und, wenn ja, wie sie berücksichtigt werden können, wird im Folgenden zu untersuchen sein.

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

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

1. Primäres Unionsrecht

Die Anforderungen des im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) geregelten primären Unionsrechts gelten für das Handeln der Mitgliedstaaten unabhängig davon, ob es sich um eine Vergabe oberhalb oder unterhalb der Schwellenwerte handelt.¹⁷ Allerdings ist zu beachten, dass dies für einen Auftrag unterhalb der Schwellenwerte nur dann gilt, wenn der Auftrag eine bestimmte grenzüberschreitende Bedeutung hat.¹⁸ Erforderlich ist insoweit ein „eindeutiges“ grenzüberschreitendes Interesse.¹⁹ 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.²⁰

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 Verdingungsordnungen das Gebot der diskriminierungsfreien Vergabe ausdrücklich festschreiben (§ 2 Abs. 2 VOB/A und § 2 Abs. 1 VOL/A).

a) Grundsatz der Gleichbehandlung

Bei den zu beachtenden Grundsätzen des 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 und bei der Beurteilung ihrer Angebote durch den öffentlichen Auftraggeber über die gleichen Chancen verfügen müssen.²¹

Unmittelbare Diskriminierungen werden bei der Vergabe öffentlicher Aufträge selten sein. Am ehesten in diesen Bereich hinein ragt die Bevorzugung ortsansässiger oder regional verwurzelter Unternehmen.

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

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

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

20 EuGH VergabeR 2008, S. 625 Rdnr. 24. Entsprechend BGH NZBau 2012, S. 46 (48).

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

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.²² Eine solche mittelbare Diskriminierung stellt das Kriterium der Ortsansässigkeit dar.²³ Zu Recht verbietet § 6 Abs. 1 Nr. 1 EG 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.²⁴

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 Bietern²⁵, sind beispielsweise

- die Vorgabe nationaler Normen für bei der Auftragerfüllung zu verwendende Produkte²⁶,
- die Notwendigkeit, im Besitz einer Niederlassungsgenehmigung des den Auftrag vergebenden Staates zu sein²⁷,
- 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 müssen²⁸ oder

- der automatische Ausschluss ungewöhnlich niedriger Angebote, benachteiligt er doch Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten, die mit anderen Kostenstrukturen oder niedrigeren Gewinnmargen kalkulieren.²⁹

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.³⁰

Wichtigstes Beispiel aus der Rechtsprechung des EuGH sind die sog. UNIX-Urteile.³¹ 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.³² Weitere Beispiele sind die Erfordernisse, für die Ausübung derjenigen Tätigkeiten,

22 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.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

die Gegenstand der Ausschreibung sind, als juristische Person verfasst zu sein und über ein bestimmtes Mindestgesellschaftskapital zu verfügen.³³

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.³⁴ Je nach der konkret gewählten Ausgestaltung kann die Verfolgung desselben Zwecks ebenso gut zulässig wie unzulässig sein.

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

1. Lieferaufträge

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

2. Leistungsaufträge (Baufaufträge, Dienstleistungsaufträge).

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

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

Primärrechtlicher Maßstab für Lieferaufträge sind die Vorschriften über den freien Warenverkehr zunächst dann, wenn die Waren aus anderen Mitgliedstaaten

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

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

³³ EuGH NZBau 2012, S. 714 Rdnr. 37 f.

³⁴ EuGH Slg. 1988, S. 4635 Rdnr. 30.

zu behindern.³⁵ 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.³⁶ Ausschlaggebend ist allein die Eignung der Maßnahme zur Handelsbehinderung.

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

- *Verkaufsmodalitäten* regeln solche Bestimmungen, die sich nicht auf die Merkmale der betreffenden Waren beziehen, sondern die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Wirtschaftsteilnehmer beschränken³⁷: „wer verkauft was, wann darf verkauft werden, wo und wie darf verkauft werden.“³⁸ 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 vor³⁹), 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.⁴⁰ Da sie schon keine Beeinträchtigungen des freien Warenverkehrs darstellen, sind nichtdiskriminierende Regelungen von Verkaufsmodalitäten also nicht rechtfertigungsbedürftig. Anderes gilt für (unmittelbar oder mittelbar) diskriminierende Regelungen von Verkaufsmodalitäten: Sie sind zur Behinderung des Handels innerhalb der Union geeignet. Unmittelbare Diskriminierungen können nur nach Art. 36 AEUV gerechtfertigt werden, mittelbare Diskriminierungen auch durch (sonstige) zwingende Gründe.

- 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.⁴¹ Unter produktbezogenen sind solche Regelungen zu verstehen, die sich auf das Erzeugnis selbst und seine Merkmale, z. B. auf Abmessung, Bezeichnung, Form, Gewicht, Zusammensetzung,

35 EuGH Slg. 1974, S. 837 Rdnr. 5; 1982, S. 2349 Rdnr. 9; 1993, S. I-2361 Rdnr. 9; 1995, S. I-1923 Rdnr. 12; 1995, S. I-2467 Rdnr. 9; 1997, S. I-731 Rdnr. 19; 2000, S. I-10663 Rdnr. 15; 2003, S. I-5659 Rdnr. 56; 2003, S. I-9693 Rdnr. 39; 2004, S. I-1559 Rdnr. 18; 2004, S. I-3025 Rdnr. 36; NJW 2006, S. 2540 Rdnr. 14; Urt. v. 15.11.2007, Rs. C-319/05, Rdnr. 80; Urt. v. 11.09.2008, Rs. C-141/07, Rdnr. 28; Urt. v. 10.02.2009, Rs. C-110/05, Rdnr. 33; Urt. v. 5.03.2009, Rs. C-88/07, Rdnr. 82.

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

37 EuGH Slg. 1995, S. I-1621 Rdnr. 13; Urt. v. 11.09.2008, Rs. C-141/07, Rdnr. 31.

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

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

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

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

Verpackung und Etikettierung beziehen.⁴² 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.⁴³ 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 IAO-Kernarbeitsnormen in Vergabeverfahren: Die Gesichtspunkte der Unterbindung von Kinder-, Zwangs- und Pflichtarbeit sowie von Diskriminierung und die Sicherung des Vereinigungsrechts und der Gleichheit des Entgelts beziehen sich weder auf den Verkauf noch die Eigenschaften des Produkts, sondern die Bedingungen, unter denen das Produkt hergestellt wird. Maßgebend ist daher, ob die Implementation von Anforderungen der IAO-Kernarbeitsnormen in Vergabeverfahren potenziell handelsbehindernd wirken kann.

Dabei wird von folgendem, in der kommunalen Beschaffungspraxis verbreiteten Implementationsmodus ausgegangen: Vorrangig hat der Bieter durch eine unabhängige Zertifizierung (z. B. ein Transfair-Siegel oder ein GoodWeave-Siegel) darzulegen, dass das Produkt unter Einhaltung der IAO-Kernarbeitsnormen hergestellt und gehandelt wurde. Dabei muss zugelassen werden, dass die Einhaltung des durch das Siegel zertifizierten Standards auch durch andere Nachweise belegt werden kann.⁴⁴ Liegt ein solcher Nachweis nicht vor, so hat

der Bieter zu versichern, dass das betreffende Produkt unter Einhaltung der IAO-Kernarbeitsnormen hergestellt und verarbeitet wurde. Ist auch die Abgabe einer solchen Erklärung nicht möglich, so hat der Bieter unter Vorlage entsprechender Selbstverpflichtungserklärungen oder Verhaltenskodizes verbindlich zu erklären, dass er, seine Lieferanten und eventuelle Subunternehmer aktive und zielführende Maßnahmen zur Einhaltung der IAO-Kernarbeitsnormen eingeleitet haben.

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

Eine Rechtfertigung über Art. 36 AEUV, wonach Ausnahmen von Art. 34 AEUV zum Schutz u. a. der Gesundheit und des Lebens von Menschen zulässig sind, scheidet aus. Denn diese Ausnahme ist nur dann anwendbar, wenn von der Ware selbst Gefahren für eines der Schutzgüter ausgehen.⁴⁵ 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

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

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

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

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

Maßnahme betroffenen Bereich bereits abschließend geregelt hat. In diesem Fall ist der Bereich schon „gesperrt“, sodass eine nationale Regelung nicht gerechtfertigt sein kann.⁴⁶ Eine solche abschließende Normierung wird nicht in der Verordnung (EU) Nr. 978/2012 vom 25. Oktober 2012 über ein Schema allgemeiner Zollpräferenzen⁴⁷ 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 IAO-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 33 der VKR. Eine abschließende unionsrechtliche Regelung könnte daher nur die VKR enthalten – allerdings nur für Vergaben ab Erreichen der Schwellenwerte.

- Die Maßnahme muss in nicht-diskriminierender Weise angewendet werden.⁴⁸ Dies ist bei der Forderung der Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen der Fall.
- Weiterhin muss die Maßnahme zwingenden Gründen des Allgemeininteresses dienen.⁴⁹ Der Kreis solcher zwingender Gründe ist nicht abschließend festgelegt. Da die Grundfreiheiten gerade dazu dienen, einen durch einen hindernisfreien wirtschaftlichen Verkehr gekennzeichneten Binnenmarkt zu

konstituieren, kann es sich dabei allerdings nur um solche Allgemeininteressen handeln, die nicht-wirtschaftlicher Natur sind. Sonst könnte über die Anerkennung wirtschaftlicher Gesichtspunkte als Beschränkung der Binnenmarktfreiheiten der Binnenmarktgrundsatz ausgehöhlt werden.⁵⁰ Beispiele, für die das Vorliegen eines zwingenden Grundes des Allgemeininteresses anerkannt wurde, sind der Verbraucherschutz⁵¹, der Umweltschutz⁵², die Lauterkeit des Handelsverkehrs⁵³, die Sicherheit des Straßenverkehrs⁵⁴, die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege⁵⁵, die Verfolgung von kulturpolitischen Zielen⁵⁶ und der Gesundheitsschutz⁵⁷.

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.⁵⁸ Die durch IAO-Kernarbeitsnormen geregelten Bereiche (Schutz vor Zwangs- und Pflichtarbeit, Diskriminierung und Kinderarbeit, Schutz des Vereinigungsrechts und der Gleichheit des Entgelts) sind sämtlich grundrechtlich unterlegte Positionen. Dies zeigt sowohl ein Blick auf die in Art. 6 Abs. 3 EUV ausdrücklich in Bezug genommene Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Art. 4 Abs. 2: Verbot

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

47 ABl. L 303/1 v. 31.10.2012.

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

49 EuGH Slg. 1995, S. I-4165 Rdnr. 37; 1997, S. I-2471 Rdnr. 26, 31; NZBau 2006, S. 386 Rdnr. 45; Urt. v. 10.02.2009, Rs. C-110/05, Rdnr. 59.

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

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

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

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

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

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

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

57 EuGH Slg. 2001, S. I-837 Rdnr. 28.

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

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.⁵⁹ In Anbetracht dessen ist davon auszugehen, dass die von den IAO-Kernarbeitsnormen erfassten Positionen zwingende Gründe des Allgemeininteresses bezeichnen, die eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit zu rechtfertigen vermögen.⁶⁰

- Eine Eignung der Maßnahme zur Erreichung des mit ihr verfolgten Zwecks⁶¹ 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.⁶² 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.⁶³ Dass der Einsatz der Nachfragemacht der öffentlichen Hand dazu taugt, die Beachtung der in den IAO-Kernarbeitsnormen niedergelegten Positionen zu verbessern, ist offensichtlich. Zwar ist ein Bündel anderer Maßnahmen zur Erreichung dieses Ziels, z. B. ein Einfuhrverbot, ebenfalls geeignet; doch schränken diese Maßnahmen die Freiheit des Warenverkehrs nicht weniger, sondern in der Regel sogar mehr ein als die Berücksichtigung in Vergabeverfahren. In Anbetracht des Gewichts der betroffenen Positionen steht eine solche Berücksichtigung auch nicht außer Verhältnis zur Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit.

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

bb) Die Berücksichtigung von IAO-Kernarbeitsnormen bei Leistungsaufträgen

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

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

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

61 Zu diesem Erfordernis EuGH, Urt. v. 10.02.2009, Rs. C-110/05, Rdnr. 59.

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

63 EuGH Slg. 1991, S. I-4151 Rdnr. 17 f.; 1997, S. I-3689 Rdnr. 19; 1997, S. I-3843 Rdnr. 54; 2002, S. I-6279 Rdnr. 42; Urt. v. 10.02.2009, Rs. C-110/05, Rdnr. 59.

- 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.⁶⁴ Leistungserbringer und -empfänger können also in demselben Mitgliedstaat ansässig sein.⁶⁵
- 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.⁶⁶
- 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 Werbesendungen⁶⁷ oder das grenzüberschreitende telefonische, elektronische oder postalische Angebot von Finanzdienstleistungen⁶⁸.

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

cc) Das „Rüffert-Urteil“ des EuGH

In seinem Urteil vom 3. April 2008 in der Sache Rüffert hatte der Europäische Gerichtshof Gelegenheit, die Wirkungsweise der Grundfreiheiten für die Einführung sozialer Kriterien in das Vergabeverfahren am Beispiel der sog. Tariftreueerklärung zu verdeutlichen.⁶⁹ Zugrunde lag ein Vorlagebeschluss des OLG Celle, der eine Vorschrift des niedersächsischen Landesvergabegesetzes betraf. Diese Vorschrift sah vor, dass Bauaufträge nur an Unternehmen vergeben werden durften, die sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichteten, ihren Arbeitnehmern bei der Ausführung der Leistungen mindestens das am Ort der Ausführung tarifvertraglich vorgesehene Entgelt zu bezahlen.

Neben Fragen der Entsenderichtlinie⁷⁰ wendet sich das Urteil des Gerichtshofs zentral der Auslegung des Art. 49 EGV (= Art. 56 AEUV) zu. Es bewertet das Erfordernis der Zahlung von Tariflöhnen als Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit, weil es den in einem anderen Mitgliedstaat, in dem die Mindestlohnsätze

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

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

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

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

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

69 EuGH VergabeR 2008, S. 478.

70 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.

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.⁷¹ 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.⁷² Darüber hinaus sei die Regelung nicht erforderlich, um eine erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit zu verhindern.⁷³ 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.⁷⁴ Hingegen hält der Gerichtshof das Verlangen auf Zahlung staatlich festgesetzter Mindestlöhne für mit der Dienstleistungsfreiheit vereinbar.⁷⁵

Für die Einbeziehung anderer sozialer Zwecke, etwa der Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen, in Vergabeverfahren stellt sich das Problem, ob aus der Entscheidung des EuGH abzuleiten ist, dass eine solche Einbeziehung nur noch dann gerechtfertigt sein kann, wenn gleichzeitig eine entsprechende Beachtung der verfolgten Ziele für private Beschaffungsprozesse verbindlich vorgegeben würde. Dies würde im vorliegenden Zusammenhang bedeuten, dass eine Implementation der IAO-Kernarbeitsnormen in Verfahren der Beschaffung durch öffentliche Auftraggeber nicht

zu rechtfertigen wäre, da private Unternehmen nicht gesetzlich verpflichtet sind, nur Waren oder Leistungen zu beschaffen, die unter Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen hergestellt worden sind bzw. erbracht werden. Doch dürfte ein solches Verständnis die Reichweite der Entscheidung des EuGH überdehnen. Denn im Fall Rüffert war seitens der niedersächsischen Landesregierung zur Rechtfertigung der Beschränkung allein auf den Schutz von Interessen durch nationale Systeme des Arbeitnehmerschutzes und der sozialen Sicherheit rekuriert worden. Insoweit verlangt der EuGH ein konsistentes Schutzsystem. Dementsprechend anders zu 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.

b) Transparenzgebot

Der Europäische Gerichtshof begreift den Transparenzgrundsatz als Ausformung des Grundsatzes der Gleichbehandlung und des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit.⁷⁶ Wie die Kommission im Anschluss an die ständige Rechtsprechung des EuGH seit seinem Urteil „Wallonische Busse“⁷⁷ ausführt, ist eine hinreichende Transparenz Bedingung für eine diskriminierungsfreie Auftragsvergabe.⁷⁸ Hierzu statuiert das Transparenzgebot des europäischen Vergaberechts vor allem umfassende Publizitätspflichten. So hat der öffentliche Auftraggeber bereits in der Bekanntmachung alle ausschlaggebenden Eignungskriterien zu

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

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

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

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

75 EuGH EuZW 2002, S. 245 Rdnr. 19 ff. – Portugaia Construções.

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

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

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

benennen.⁷⁹ 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.⁸⁰ Auch darf er einmal bekanntgemachte Eignungs- oder Zuschlagskriterien während des Vergabeverfahrens nicht mehr ändern.⁸¹ 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.⁸²

Nach Art. 53 Abs. 2 VKR ist in der Beschreibung anzugeben, wie die einzelnen Kriterien zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots gewichtet werden. Eine objektive und 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.⁸³ Darüber hinaus dürfen die bekannt gegebenen Zuschlagskriterien dem Auftraggeber keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit belassen.⁸⁴ Dies heißt nichts anderes, als dass die Berücksichtigung der IAO-Kernarbeitsnormen in der Bekanntmachung bzw. den Verdingungsunterlagen angegeben werden muss. Sofern die Implementation als Zuschlagskriterium erfolgt, muss darüber hinaus die Gewichtung angegeben werden. Die Verpflichtung zur Angabe der Gewichtung erfasst auch die Mitteilung des Wertungsverfahrens zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots – zumindest dann, wenn sonst die Gefahr einer Verzerrung des Bieterverhaltens bestehen würde.⁸⁵ Außerhalb des Anwendungsbereichs des Art. 53 Abs.

2 VKR, also z.B. für nachrangige Dienstleistungen oder Dienstleistungskonzessionen, besteht keine Verpflichtung, vorab die relative Gewichtung der vom Auftraggeber verwendeten Kriterien mitzuteilen.⁸⁶

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.⁸⁷

a) Freiheitsgrundrechte

Je nach Konstellation können verschiedene Freiheitsgrundrechte thematisch einschlägig sein. Im Falle der sog. Tariftreueerklärung ist an die von Art. 9 Abs. 3 GG geschützte negative Koalitionsfreiheit⁸⁸, im Falle der

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

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

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

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

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

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

85 Frank Roth, Methodik und Bekanntgabe von Wertungsverfahren zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots, NZBau 2011, S. 75 (78).

86 EuGH NZBau 2011, S. 50 Rdnr. 43. Dazu Pascal Friton, Weniger ist mehr? – Der EuGH und die Bekanntmachungspflichten, NZBau 2011, S. 213.

87 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.).

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

sog. Scientology-Erklärung⁸⁹ 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.⁹⁰ 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.⁹¹ Um eine solche Regelung in Form der Berufsausübungsregelung handelt es sich beispielsweise, wenn dem Arbeitgeber eine bestimmte Gestaltung der Arbeitsbeziehungen vorgegeben wird.⁹²

Für die Berücksichtigung der in den IAO-Kernarbeitsnormen bezeichneten Positionen im Vergabeverfahren ist Prüfungsmaßstab die genannte, von Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Vertragsfreiheit im unternehmerischen Bereich. Dem bietenden Unternehmen wird aufgegeben, seine 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 Mindestaltergrenzen oder in bestimmten Formen der Kinderarbeit im Sinne der IAO-Kernarbeitsnormen erfolgt. Zwar sind für den grundrechtlichen Schutz der genannten Positionen im Grundrechtskatalog 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 IAO-Kernarbeitsnormen Art. 9 Abs. 3 GG, für die Gleichheit des Entgelts Art. 3 Abs. 2 GG, für das Diskriminierungsverbot Art. 3 Abs. 3 GG sowie für das Verbot der Kinderarbeit Art. 1 Abs. 1 GG. Jedoch steht eine Berührung dieser Grundrechte von vornherein nicht in Rede, weil die Implementierung der Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen in Vergabeverfahren gerade zu einer Verstärkung des Schutzes der von den genannten Grundrechten geschützten Rechtsgüter führen soll. Durch die Pflicht zur Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen betroffen wird allein der bietende Unternehmer, der in der Freiheit, seine Vertragsbeziehungen zu seinen Arbeitnehmern, zu Produzenten oder Zwischenhändlern nach Belieben zu gestalten, eingeschränkt wird.

Unter Zugrundelegung der vom Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss zur Tariftreuepflicht entwickelten Maßstäbe⁹³ 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.⁹⁴ Weigert sich ein Unternehmen, seine Vertragsbeziehungen nach den Standards der IAO-Kernarbeitsnormen zu gestalten, so hat es keine Chance auf den Zuschlag. Die in diesem Druck zu einer bestimmten Vertragsgestaltung liegende Berührung des Schutzbereichs stellt sich als Eingriff dar, weil die Beschränkung der Vertragsfreiheit der Unternehmen nicht lediglich ein bloßer Reflex der an die öffentlichen Auftraggeber adressierten Pflicht zur Ausgestaltung des Vergabeverfahrens ist. Vielmehr ist es die eigentliche Zielrichtung der Einführung der IAO-Kernarbeitsnormen in das Vergabeverfahren, die bietenden Unternehmen zu dem gewünschten Verhalten zu veranlassen, um dadurch die faktische Durchsetzung der IAO-Kernarbeitsnormen zu verbessern.

89 Dazu *Rainer Noch*, *Vergaberecht kompakt*, 5. Aufl. 2011, Rdnr. 389.

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

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

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

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

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

Hieraus ergibt sich zunächst, dass der Grundrechtseingriff einer gesetzlichen Grundlage bedarf (Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG), d.h. gesetzliche Regelungen bestehen müssen, auf die die Implementation der IAO-Kernarbeitsnormen in Vergabeverfahren gestützt werden kann (dazu unten IV.2. und V). In diesem Fall wird man den Eingriff im Ergebnis als verfassungsrechtlich gerechtfertigt ansehen müssen. Ziel der Einführung der Berücksichtigung der IAO-Kernarbeitsnormen in das Vergabeverfahren ist es, durch den Einsatz der Nachfragemacht der öffentlichen Hände die faktische Durchsetzung der IAO-Kernarbeitsnormen zu verbessern, zwar auch in Deutschland, in erster Linie aber in anderen Staaten. Zur Begründung dafür, dass es sich dabei um ein verfassungsrechtlich legitimes Ziel handelt, bedarf es keines Rückgriffs auf das in Art. 20 Abs. 1 GG verankerte Sozialstaatsprinzip, wengleich dieses deutlich macht, dass legitimierende Belange auch in sozialen Gesichtspunkten bestehen können.⁹⁵ Denn – wie ausgeführt (III.1.a.aa) – handelt es sich bei den von den IAO-Kernarbeitsnormen erfassten Positionen um solche, die sowohl grund- als auch menschenrechtlichen Schutz genießen. Zwar ergibt sich daraus keine grundrechtliche Schutzpflicht für deutsche Hoheitsträger, auf den Schutz dieser Positionen in anderen Staaten gegenüber den Staatsangehörigen dieser Staaten hinzuwirken.⁹⁶ Jedoch ist es ein verfassungsrechtlich legitimes Ziel, Maßnahmen zur Verbesserung eines solchen Schutzes zu ergreifen.

95 *Michael Sachs*, in: ders. (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, 6. Aufl. 2011, Art. 20 Rdnr. 50 m.w.N.

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

An der Eignung der Verankerung der Pflicht, auf die Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen hinzuwirken, in Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge zur Erreichung des genannten Ziels bestehen keine Zweifel. Ungeachtet des tatsächlichen Volumens der mit einer solchen Pflicht belasteten öffentlichen Aufträge dürfen die betreffenden öffentlichen Auftraggeber annehmen, dass die spezifische Ausgestaltung des Vergabeverfahrens zu einer Verbesserung der Durchsetzung der IAO-Kernarbeitsnormen beitragen kann. Ein ebenso geeignetes, die bietenden Unternehmen aber weniger belastendes Mittel ist nicht erkennbar. Als die bietenden Unternehmen weniger belastende Mittel kämen etwa die Verhängung eines Handelsembargos oder zumindest die Entfaltung politischen Drucks auf diejenigen Staaten, in denen die IAO-Kernarbeitsnormen nicht beachtet werden, oder die Abgabe freiwilliger Selbstverpflichtungserklärungen seitens der bietenden Unternehmen in Betracht. Allerdings können diese Mittel nicht als ebenso gut zur Zielerreichung geeignet wie die Verknüpfung mit dem Vergabeverfahren angesehen werden. Die Entfaltung politischen Drucks oder gar die Verhängung eines Handelsembargos gegenüber anderen Staaten ist den betreffenden öffentlichen Auftraggebern, jedenfalls soweit es sich nicht um den Bund handelt, schon kompetenziell nicht möglich.⁹⁷ 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

97 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.

Berufsausübung ist.⁹⁸ Auf der anderen Seite ist auf das besondere Gewicht der von den IAO-Kernarbeitsnormen erfassten Positionen hinzuweisen, die sämtlich grund- und menschenrechtlichen Schutz genießen (oben III.1.a.aa). Darüber hinaus ist das Gewicht des Eingriffs in die Berufsausübungsfreiheit der bietenden Unternehmen dadurch gemindert, dass es den Unternehmen zum einen freisteht, ob sie ein Angebot auf die betreffende Ausschreibung abgeben wollen, und dass zum anderen nicht die gesamte Geschäftstätigkeit der Unternehmen betroffen ist, sondern nur die Teilbereiche, die sich auf die Erlangung öffentlicher Aufträge beziehen.⁹⁹ In Abwägung dieser Gesichtspunkte ist die Einführung des Aspekts, zu einer Verbesserung der Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen beizutragen, in Vergabeverfahren nicht unangemessen.

Allerdings gilt dies nur dann, wenn diese Einführung in das Vergabeverfahren in einer Weise erfolgt, die den bietenden Unternehmer nicht vor unerfüllbare Anforderungen stellt. Dies wäre etwa der Fall, wenn der Anbieter einer Lieferleistung ausnahmslos nachweisen müsste, dass das Produkt unter voller Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen hergestellt und gehandelt wurde. Denn häufig wird der Bieter nicht die tatsächliche Möglichkeit haben, in den produzierenden Unternehmen vor Ort entsprechende Recherchen vorzunehmen. Dies gilt insbesondere beim Import von Waren über Zwischenhändler. Sofern nicht eine Beschränkung der Nachweispflicht auf die Stufe der letzten Be- oder Verarbeitung und die weiteren Be- und Verarbeitungen erfolgt¹⁰⁰, wäre es in solchen Konstellationen unverhältnismäßig, vom Bieter die Vorlage entsprechender Nachweise zu verlangen. Unbedenklich ist es hingegen, wenn die Implementation der IAO-Kernarbeitsnormen in der folgenden Weise und Stufung erfolgt:

1. Vorlage einer unabhängigen Zertifizierung oder eines anderen Beweismittels, das die Einhaltung des durch das Siegel zertifizierten Standards belegt;
2. bei – vom Bieter darzulegender – Unmöglichkeit oder Unverhältnismäßigkeit von 1): Abgabe einer verbindlichen Erklärung des Unternehmens, dass das Produkt unter Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen hergestellt, bearbeitet und gehandelt wurde;
3. bei – vom Bieter darzulegender – Unmöglichkeit oder Unverhältnismäßigkeit von 2): verbindliche Erklärung des Bieters, dass er für sein Unternehmen, seine Lieferanten und gegenüber dem Produzenten wirksame Maßnahmen zur Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen ergriffen hat, wobei die Maßnahmen näher darzulegen sind.¹⁰¹

Inwieweit gegen eine solche verfassungsrechtlich geforderte Abstufung Bedenken unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten bestehen sollten¹⁰², ist nicht erkennbar.

b) Allgemeiner Gleichheitssatz

Weiterhin sind Vergabeentscheidungen generell am allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG zu messen. Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist der allgemeine Gleichheitssatz verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem

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

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

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

101 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.).

102 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.).

Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten.¹⁰³ Die Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes kann nur in sach- und regelungsspezifischer Abwägung erfolgen.¹⁰⁴ 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.¹⁰⁵

Für die Gleichheitsprüfung von Beschaffungsvorgängen bedeutet dies, dass der Auftraggeber die Auswahl unter den Bietern unter den Gesichtspunkten der sachgerechten und wirtschaftlichen Auftrags Erfüllung treffen muss. Dies heißt nicht, dass die Berücksichtigung anderer Auswahlkriterien unzulässig wäre; jedoch müssen diese einer Rechtfertigungsprüfung standhalten.¹⁰⁶ Elemente dieser Prüfung sind die Legitimität des mit dem externen Kriterium verfolgten Ziels, die Eignung des Kriteriums zur Erreichung des Ziels, das geringstmögliche Maß der Ungleichbehandlung sowie die Angemessenheit des Kriteriums zur Verwirklichung des Differenzierungsziels.¹⁰⁷

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 Verhältnismäßigkeitsprüfung¹⁰⁸ 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 allgemeinverbindliches Gesetz erfolgen müsste¹⁰⁹.

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 Auftrags Erfüllung. 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.¹¹⁰

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

Fehlt es an einer sachgerechten Verknüpfung mit dem Auftragsgegenstand, so fehlt es typischerweise an der

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

104 *Lerke Osterloh*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 6. Aufl. 2011, Art. 3 Rdnr. 37.

105 BVerfGE 90, S. 145 (195 f.).

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

107 *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.).

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

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

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

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.¹¹¹ Für diese Bewertung ist zu beachten, dass die Pflicht, keine unter Verstoß gegen IAO-Kernarbeitsnormen hergestellten Produkte an öffentliche Auftraggeber zu liefern, die sich an der Ausschreibung beteiligenden Unternehmen nur gering belastet. Eine hohe Belastung bringen insbesondere solche sozialen Kriterien mit sich, die die Vergabe öffentlicher Aufträge nur an solche Unternehmen zulassen, die ihre Unternehmensorganisation dauerhaft an den betreffenden sozialen Aspekten ausrichten. In diesen Fällen ist das Unternehmen – will es weiterhin eine Chance auf den Erhalt öffentlicher Aufträge haben – gezwungen, seine gesamte Struktur an den jeweiligen Erfordernissen auszurichten. Derartige soziale Kriterien wirken sich also nicht nur im Rahmen der Erfüllung öffentlicher Aufträge, sondern auf die gesamte Geschäftstätigkeit des Unternehmens aus. Im Unterschied dazu berührt die – hier allein in Rede stehende – Pflicht, bei der Lieferung von Waren an öffentliche Auftraggeber auf die Herkunft aus Produktionsprozessen zu achten, bei denen die IAO-Kernarbeitsnormen beachtet wurden, lediglich den einzelnen Einkaufsvorgang. Insoweit ist von einer geringen Belastung der bietenden Unternehmen auszugehen. In der Abwägung mit dieser Belastung überwiegt das Gewicht der von den IAO-Kernarbeitsnormen erfassten, grund- und menschenrechtlich umhегten Positionen deutlich. Auch insoweit liegt mithin kein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG vor.

c) **Verfassungsrechtliche Grenzen der Zuständigkeit der Kommunen**

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

- Die Entscheidung des OVG Koblenz¹¹² betraf ein Normenkontrollverfahren gegen die Friedhofssatzung einer Gemeinde, nach welcher nur solche Grabmale aufgestellt werden durften, die nachweislich in der gesamten Wertschöpfungskette ohne ausbeuterische Kinderarbeit im Sinne der IAO-Konvention 182 hergestellt wurden. Das OVG erklärte die beanstandeten Normen der Friedhofssatzung mangels ausreichender gesetzlicher Ermächtigung für unwirksam. Zur Begründung wies das Gericht darauf hin, dass auch im Bereich der Selbstverwaltungsaufgaben eine besondere gesetzliche Ermächtigung des kommunalen Satzungsgebers erforderlich sei, wenn Grundrechteingriffe – hier Eingriffe in das Grundrecht der Steinmetze aus Art. 12 Abs. 1 GG – in Rede stünden. Die allgemeine Satzungsbefugnis der Gemeinde reiche für Eingriffe in Grundrechtspositionen nicht aus. Auch 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.

¹¹¹ Vgl. zur Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen der Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes am Beispiel der – nach dem im Text Ausgeführten insoweit allerdings ohnehin unproblematischen – Tariftreueerklärung BVerfG NJW 2007, S. 51 (56).

¹¹² OVG Koblenz, Urt. v. 06.11.2008 – 7 C 10771/08.OVG –.

Vielmehr regelten diese Bestimmungen das Vorfeld des Benutzungsverhältnisses, 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 kam zu einem entsprechenden Ergebnis und erklärte die Bestimmung einer kommunalen Friedhofssatzung, wonach nur Grabmale aufgestellt werden durften, die nachweislich in der gesamten Wertschöpfungskette ohne ausbeuterische Kinderarbeit im Sinne der IAO-Konvention 182 hergestellt wurden, für unwirksam.¹¹³ Auch nach Auffassung des VGH München stellt die Einräumung der allgemeinen Satzungsautonomie an die Gemeinden keine ausreichende Ermächtigungsgrundlage für einen Eingriff in die Grundrechte der Steinmetze dar und halten sich die die Herstellung der Grabmale betreffenden Satzungsregelungen nicht innerhalb der gesetzlichen Ermächtigung der Gemeinde zur Regelung der Benutzung ihrer öffentlichen Einrichtungen.

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

Inwieweit diese Entscheidungen den in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts entwickelten Grundsätzen zur Reichweite der durch Art. 28 Abs. 2 GG gewährleisteten Garantie der kommunalen Selbstverwaltung entsprechen¹¹⁴, bedarf vorliegend keiner Diskussion. Denn die zur Beurteilung durch das OVG Koblenz und den VGH München gestellten Konstellationen sind von der Frage der Implementation von IAO-Kernarbeitsnormen in Vergabeverfahren verschieden. Anders als in den genannten Entscheidungen geht es vorliegend nicht um das Problem des Vorliegens einer ausreichenden gesetzlichen Ermächtigung für eine in Grundrechte eingreifende kommunale Satzung, also eine generell-abstrakte Regelung, sondern um das Bestehen einer Rechtsgrundlage für die Einbeziehung bestimmter Anforderungen in einzelne Vergabeverfahren. Diesbezüglich ergibt sich bereits aus dem Vorliegen eines Eingriffs in das Grundrecht der an dem Auftrag interessierten Unternehmen aus Art. 12 Abs. 1 GG, dass eine hinreichende gesetzliche Ermächtigung vorliegen muss (oben III.2.a). Auf die Frage der Reichweite der durch Art. 28 Abs. 2 GG vorgegebenen örtlichen Radizierung der gemeindlichen Rechtsetzungskompetenz kommt es nicht an.

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass einzelne Bundesländer nunmehr eine entsprechende gesetzliche Ermächtigung in ihrem Bestattungsrecht vorgesehen haben. So ermächtigt der durch Gesetz vom 1. Juli 2009¹¹⁵ neu eingefügte § 8 Abs. 4 des saarländischen Bestattungsgesetzes den Friedhofsträger zur Festlegung durch Satzung bzw. Friedhofsordnung, dass nur Grabsteine und Grabeinfassungen verwendet werden dürfen, die nachweislich aus fairem Handel stammen und ohne ausbeuterische Kinderarbeit im Sinne der IAO-Konvention 182 hergestellt sind.¹¹⁶

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

115 Gesetz Nr. 1693 zur Änderung des Saarländischen Bestattungsgesetzes und weiterer Vorschriften v. 01.07.2009, *ABLSaarl* S. 1240.

116 Zu weiteren landesrechtlichen Regelungen *Markus Kaltenborn/Nina Reit*, Das Verbot der Aufstellung von Grabsteinen aus Kinderarbeit, *NVwZ* 2012, S. 925 (926).

113 VGH München, Urt. v. 04.02.2009 – 4 N 08.778 –.

IV. Vergaben ab Erreichen der Schwellenwerte

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

1. Anforderungen des sekundären Unionsrechts an die Einbeziehung sozialer Aspekte

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

Es gilt der Grundsatz der getrennten Prüfung von bieterbezogenen Kriterien und Zuschlagskriterien.¹¹⁷ Art. 44 Abs. 1 VKR schreibt ausdrücklich vor, dass die Zuschlagskriterien erst dann zum Zuge kommen, wenn der öffentliche Auftraggeber die Eignung der Wirtschaftsteilnehmer festgestellt hat. Dass ein mit einem

Kriterium verfolgter Zweck ggf. auch in der Form der anderen Kriterienkategorie hätte verfolgt werden können, ist ohne Belang.¹¹⁸

Wegen der Bedeutung dieser Entscheidung wird zunächst das Urteil des Europäischen Gerichtshofs in der Sache Max Havelaar im Zusammenhang dargestellt und bewertet. Anschließend erfolgt zur Erleichterung einer rechtssicheren Implementation des Ziels der Durchsetzung der IAO-Kernarbeitsnormen in öffentliche Beschaffungsprozesse eine Darstellung der Implementationsmöglichkeiten entlang der unterschiedlichen vergaberechtlichen Anforderungen.

a) Das Urteil des EuGH in der Sache Max Havelaar

In seinem Urteil vom 10. Mai 2012¹¹⁹ hatte der Europäische Gerichtshof erstmals seit Inkrafttreten der Vergabekoordinierungs- und der Sektorenrichtlinie von 2004 Gelegenheit, sich mit der Zulässigkeit der Implementierung von Nachhaltigkeitsgesichtspunkten in Beschaffungsprozesse zu befassen. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Ausgangsfall hatte der öffentliche Auftraggeber bei der Ausschreibung eines öffentlichen Auftrags über die Lieferung und Bewirtschaftung von Kaffeeautomaten auch das Ziel verfolgt, „die Verwendung von ökologischen und Fair-Trade-Erzeugnissen in Kaffeeautomaten zu erhöhen“.

Für die Prüfung und Wertung der Angebote war zum einen vorgesehen, dass in die Wertung der Angebote neben dem Preis und Qualitätskriterien auch die Umweltkriterien einbezogen werden. Zu den Eignungskriterien, deren Erfüllung Voraussetzung für die Berücksichtigung des Angebots war, zählte u. a. das Verlangen,

¹¹⁷ 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).

¹¹⁸ EuGH Slg. 2003, S. I-6351 Rdnr. 67; Jan Ziekow, Vergabefremde Zwecke und Europarecht, NZBau 2001, S. 72 (76).

¹¹⁹ EuGH NZBau 2012, S. 445.

„dass der Lieferant die Kriterien in Bezug auf nachhaltige Einkäufe und gesellschaftlich verantwortliches Verhalten erfüllt“, welcher darüber hinaus anzugeben hatte, inwiefern er „zur Verbesserung der Nachhaltigkeit des Kaffeemarkts und zu einer umwelttechnisch, sozial und wirtschaftlich verantwortlichen Kaffeeproduktion beiträgt“. Schließlich 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.

Die Prüfung des Europäischen Gerichtshofs erfolgte in drei thematischen Blöcken: der Vereinbarkeit der Verwendung der Gütezeichen mit den Vorschriften über technische Spezifikationen¹²⁰, des Vorliegens eines Verstoßes gegen die für die Aufstellung von

Zuschlagskriterien geltenden rechtlichen Anforderungen¹²¹ und der Beachtung der sekundärrechtlichen Bestimmungen über die Prüfung der Eignung der Bieter.¹²²

aa) Gütezeichen als technische Spezifikationen?

Die in dem EKO-Gütezeichen formulierte Anforderung, dass der zu liefernde Kaffee aus ökologischem Landbau stammen soll, hat der Gerichtshof als Leistungs- und Funktionsanforderung in Form einer Umwelteigenschaft nach Art. 23 Abs. 3 lit. b VKR angesehen, das EKO-Gütezeichen selbst als Umweltgütezeichen im Sinne von Art. 23 Abs. 6 VKR.¹²³ Der 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, bewertete der Gerichtshof als Verstoß gegen die Vorgaben des Art. 23 Abs. 6 VKR.¹²⁴ Die Inbezugnahme eines Gütezeichens durch die Verdingungsunterlagen genügt mithin nicht, um die für seine Verleihung erforderlichen Voraussetzungen – wie erforderlich – zum Bestandteil der Verdingungsunterlagen zu machen. Eine Erleichterung bietet Art. 26 Abs. 6 Unterabs. 2 VKR lediglich insofern, als dann, wenn die in einem Umweltgütezeichen definierten Spezifikationen angegeben worden sind, vermutet werden kann, dass die mit diesem Gütezeichen versehenen Waren oder Dienstleistungen diesen Spezifikationen genügen.

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 erfordert – auf die Merkmale der Ware oder ihre Produktionsprozesse

120 EuGH NZBau 2012, S. 445 Rdnr. 59 ff.

121 EuGH NZBau 2012, S. 445 Rdnr. 80 ff.

122 EuGH NZBau 2012, S. 445 Rdnr. 98 ff.

123 EuGH NZBau 2012, S. 445 Rdnr. 98 ff.

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

und -methoden abstellen.¹²⁵ Es handelt sich vielmehr um soziale Aspekte, deren Rechtmäßigkeit an dem für Ausführungsbedingungen formulierten Maßstab des Art. 26 VKR zu messen ist.¹²⁶ Im entschiedenen Fall hat der Europäische Gerichtshof diese Prüfung allerdings nicht vorgenommen, da die entsprechende Rüge von der Kommission erst verspätet erhoben worden war.

bb) Die Verwendung der Gütezeichen als Zuschlagskriterium und Ausführungsbedingung

Im Folgenden 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 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 betreffe¹²⁷. Der Europäische Gerichtshof wies zunächst darauf hin, dass die Aufzählung von möglichen Zuschlagskriterien in Art. 53 Abs. 1 lit. a nicht abschließend sei und diese neben wirtschaftlichen auch qualitative Gesichtspunkte, z. B. Umwelteigenschaften, umfassen könnten.¹²⁸

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, denen die Nutznießer/Nutzer der Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen angehören“. Offenbar aus der Verwendung des Wortes „insbesondere“ folgert der Gerichtshof, dass die sozialen Zuschlagskriterien „aber auch andere Personen betreffen können“.¹²⁹

Den von der Kommission vermissten Bezug zum Auftragsgegenstand sah der Gerichtshof 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.¹³⁰ 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 Ware der „ökologischen Herkunft“ im Sinne des „Wienstrom-Urteils“¹³¹ gleich.¹³²

Diese Erwägungen werfen einige Fragen auf. So ist die Behauptung, die den Gütezeichen zugrunde liegenden Kriterien würden sich nicht auf die vom konkreten Auftrag unabhängige allgemeine Einkaufspolitik der Bieter beziehen, unzutreffend. Jedenfalls das Zeichen MAX HAVELAAR verlangt nach den Feststellungen des Gerichtshofs auch, dass „zwischen Erzeuger und Importeur ... langfristige Handelsbeziehungen bestehen“ müssen¹³³. Es ist mithin explizites Zuschlagskriterium, dass der Bieter über den konkreten Auftrag hinaus eine bestimmte Ausrichtung seiner Einkaufspolitik nachweisen kann. Exakt ein solches Kriterium ist vom EuGH im Wienstrom-Urteil als unzulässig bezeichnet worden.¹³⁴

Systematisch begründungsbedürftig ist, dass der EuGH die sonst so strikt durchgehaltene Trennung der verschiedenen Anforderungen an ein Angebot für das Verhältnis zwischen Zuschlagskriterien und Ausführungsbedingungen aufzulösen scheint. So formuliert er zunächst:

„Vorzuschreiben, dass der zu liefernde Tee und Kaffee von Kleinerzeugern aus Entwicklungsländern stammt,

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

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

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

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

129 EuGH NZBau 2012, S. 445 Rdnr. 85.

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

131 Siehe EuGH Slg. 2003, I-14527 Rdnr. 34.

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

133 EuGH NZBau 2012, S. 445 (449).

134 EuGH Slg. 2003, I-14527 Rdnr. 66 ff. – Wienstrom.

*zu denen für sie günstige Handelsbeziehungen bestehen, ist ein solcher sozialer Aspekt. Somit ist die Rechtmäßigkeit dieser Bedingung anhand von Art. 26 der Richtlinie 2004/18 zu prüfen.*¹³⁵

Dies steht völlig in Einklang mit der von der beklagten niederländischen Regierung selbst vorgenommenen Einordnung der dem Gütezeichen MAX HAVELAAR zugrunde liegenden Kriterien als Ausführungsbedingungen im Sinne des Art. 26 VKR.¹³⁶ Zu demselben Ergebnis war die Generalanwältin in der vom Gerichtshof zu Unrecht für seine Ableitung in Anspruch genommenen Passage ihrer Schlussanträge gekommen:

*„Was sodann das ‚Max Havelaar‘, Gütezeichen anbelangt, so definiert es zwar keine Produkteigenschaften im eigentlichen Sinne, wie sie im Rahmen der technischen Spezifikationen (Art. 23 der Richtlinie 2004/18) eine Rolle spielen. Dieses Gütezeichen gibt aber Auskunft darüber, ob die zu liefernden Waren fair gehandelt wurden. Ein solcher Gesichtspunkt kann im Rahmen der Bedingungen für die Auftragsausführung (Art. 26 der Richtlinie 2004/18) Berücksichtigung finden. Ihm kann deshalb der Bezug zum Auftragsgegenstand (hier: Lieferung von ‚Zutaten‘ wie Zucker, Milchpulver und Kakao) nicht von vornherein abgesprochen werden.“*¹³⁷

Anschließend aber kommt der Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass die durch

*„das Gütezeichen MAX HAVELAAR ... vorgeschriebenen Kriterien ... (sich als) Zuschlagskriterium (darstellen, das) Umwelt- und soziale Eigenschaften betraf, die unter Art. 53 I lit. a der Richtlinie 2004/18 fallen.“*¹³⁸

Auflösen lässt sich dieser scheinbare Widerspruch nur durch eine Analyse des Streitgegenstandes: Die Einordnung als Ausführungsbedingung erfolgte im Zusammenhang der Auseinandersetzung mit dem

Vorbringen der Kommission, das Verlangen, dass der zu liefernde Kaffee oder Tee mit dem Gütezeichen ausgestattet sein müsse, stelle eine technische Spezifikation im Sinne von Art. 23 VKR dar.¹³⁹ Dem widersprach der Gerichtshof unter Hinweis darauf, dass Prüfungsmaßstab Art. 26 VKR sein müsse. Wegen der insoweit fehlenden Rüge der Kommission erfolgte jedoch keine Prüfung an diesem für die Zulässigkeit von Ausführungsbedingungen geltenden Maßstab.¹⁴⁰

Hieraus wird man die Folgerung ziehen müssen, dass soziale Gesichtspunkte wie die Lieferung eines Produkts in einem Fair-Trade-System sowohl als Zuschlagskriterium als auch als Ausführungsbedingung gefasst sein können¹⁴¹ und die Beurteilung der Zulässigkeit im Einklang mit den allgemeinen Grundsätzen für die Prüfung der Kriterien für die Angebotsauswahl sich danach richtet, wie das Kriterium in der konkreten Ausschreibung verwendet worden ist.¹⁴²

Für die „Verdichtung“ eines solchen Zuschlagskriteriums oder einer solchen Ausführungsbedingung in einem Gütezeichen wies der EuGH darauf hin, dass insoweit nichts anderes als für eine Verwendung als technische Modifikation gelten könne. Auch diesbezüglich reicht also die Inbezugnahme eines Gütezeichens durch die Verdingungsunterlagen nicht aus, sondern es müssen die dem Gütezeichen zugrunde liegenden Kriterien offen gelegt werden. Fehlt es hieran, so hilft hierüber auch die Zulassung gleichwertiger Gütezeichen nicht hinweg.¹⁴³

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

136 Vgl. Schlussanträge der Generalanwältin Kokott v. 15.12.2011 in der Rs. C-368/10, Rdnr. 85.

137 Schlussanträge der Generalanwältin Kokott v. 15.12.2011 in der Rs. C-368/10, Rdnr. 110.

138 EuGH NZBau 2012, S. 445 Rdnr. 89.

139 Vgl. EuGH NZBau 2012, S. 445 Rdnr. 71.

140 Vgl. EuGH NZBau 2012, S. 445 Rdnr. 77 f.

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

142 Vgl. für die Prüfung eines anderen Gesichtspunkts als Eignungskriterium oder als Ausführungsbedingung EuGH NZBau 2012, S. 445 Rdnr. 103.

143 EuGH NZBau 2012, S. 445 Rdnr. 96. Dazu Alexander Hübner, Öffentliche Lieferaufträge über fair gehandelte und Bio-Produkte, VergabeR 2012, S. 545 (553).

cc) Gesellschaftlich verantwortliches Verhalten als Eignungskriterium

Das Verlangen, „dass der Lieferant die Kriterien in Bezug auf nachhaltige Einkäufe und gesellschaftlich verantwortliches Verhalten erfüllt“, welcher darüber hinaus anzugeben hatte, inwiefern er „zur Verbesserung der Nachhaltigkeit des Kaffeemarkts und zu einer umwelttechnisch, sozial und wirtschaftlich verantwortlichen Kaffeeproduktion beiträgt“, bewertete der Gerichtshof als unzulässige Mindestanforderung an die berufliche Leistungsfähigkeit. Da die Aufzählung der Anforderungen an die technische und berufliche Leistungsfähigkeit in Art. 48 VKR abschließend ist und sich die verlangten Anforderungen keinem der in Art. 48 VKR genannten Punkte zuordnen lassen, dürfen sie nicht berücksichtigt werden. Das gilt auch für eine Einordnung als Maßnahme der Qualitätssicherung im Sinne von Art. 48 Abs. 2 lit. c VKR, da der Begriff der Qualität hier in einem rein technischen Sinne zu verstehen ist.¹⁴⁴

Darüber hinaus waren die dargestellten Verlangen schon wegen eines Verstoßes gegen den Transparenzgrundsatz nicht mit EU-Recht vereinbar. Denn aus den Kriterien „des gesellschaftlich verantwortlichen Verhaltens“ und der Verpflichtung, „zu einer umwelttechnisch, sozial und wirtschaftlich verantwortlichen Kaffeeproduktion beizutragen“, kann ein Bieter nicht mit der notwendigen Bestimmtheit entnehmen, welche Anforderungen an ihn gestellt werden.¹⁴⁵

b) Möglichkeiten der Berücksichtigung sozialer Kriterien im System der vergaberechtlichen Prüfung

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.

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

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

¹⁴⁴ EuGH NZBau 2012, S. 445 Rdnr. 105 ff.

¹⁴⁵ EuGH NZBau 2012, S. 445 Rdnr. 110.

Dies liegt in der Logik des „Wienstrom“-Urteils des EuGH¹⁴⁶: Dieses Urteil betraf ein österreichisches Vergabeverfahren, mit welchem die Republik Österreich die Lieferung von Elektrizität ausgeschrieben hatte. Zuschlagskriterium zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots sollte u. a. die Umweltgerechtigkeit der Leistungen dergestalt sein, dass der Energielieferant im Rahmen der technischen Möglichkeiten elektrische Energie aus erneuerbaren Energieträgern liefern sollte. Angebote, die keinen Nachweis dafür enthielten, dass der Bieter eine bestimmte Menge Strom aus erneuerbaren Energieträgern erzeugt oder zugekauft hat bzw. erzeugen oder zukaufen wird, sollten ausgeschlossen werden. Der EuGH hielt das Kriterium, Strom aus erneuerbaren Energien zu liefern, auf der ersten Stufe für ein mögliches Zuschlagskriterium.¹⁴⁷ Die Zulässigkeit des Zuschlagskriteriums scheiterte dann auf der zweiten Prüfungsstufe, der Prüfung des Zusammenhangs mit dem Gegenstand des Auftrags. Denn das Zuschlagskriterium bezog sich nicht auf die Lieferung der Menge Strom des im Rahmen des ausgeschriebenen Auftrags zu erwartenden jährlichen Verbrauchs, sondern auf die Mengen, die die Bieter anderen Abnehmern als dem Auftraggeber geliefert haben oder zu liefern beabsichtigen.¹⁴⁸ Nicht spezifisch auf den Auftragsgegenstand bezogene Merkmale oder Verhaltensweisen des Bieters, etwa eine umweltfreundliche Bauweise des Produktionsstandorts oder die Erreichung einer bestimmten Produktionsquote als umweltfreundlich eingeschätzter Güter, sind mithin nicht als technische Spezifikationen berücksichtigungsfähig.

Hieraus ergeben sich gleichzeitig die Grenzen der Einordnung produktionsbezogener Umwelanforderungen als technische Spezifikationen. Denn technische Spezifikationen sind laut Anhang VI Ziff. 1 der VKR nur solche Anforderungen und Vorschreibungen von Merkmalen, die an ein Erzeugnis, eine Leistung,

ein Erzeugnis oder ein Material selbst gestellt werden. Gegenstand einer technischen Spezifikation kann also nur der Produktionsprozess bzw. die Produktionsmethode des Auftragsgegenstandes sein. Allgemeine umweltbezogene Erwägungen wie die Vorgabe einer bestimmten Produktionsquote umweltverträglich hergestellter Produkte oder allgemeine Anforderungen an die Unternehmensführung können auf diese Weise nicht in das Vergabeverfahren eingeführt werden.¹⁴⁹

Aus dem Wortlaut der Vergabekoordinierungsrichtlinie geht nicht hervor, ob unter Produktionsprozess bzw. -methode neben umweltbezogenen auch sozialpolitisch intendierte Anforderungen gefasst werden können. Teilweise wird angenommen, dass dies dann zu bejahen sei, wenn etwa Langzeitarbeitslose, Behinderte oder Frauen in Führungspositionen bei der Auftragsausführung¹⁵⁰ oder sogar sonst im Betrieb des Bieters¹⁵¹ eingesetzt werden sollen¹⁵². Allerdings dürfte dem die Systematik der VKR widersprechen.¹⁵³ 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,

149 *Andreas Hermann*, Rechtsgutachten Umweltfreundliche öffentliche Beschaffung, 2012, S. 41. A. M. *Christoph Leifer/Sven Mißling*, Die Berücksichtigung von Umweltschutzkriterien im bestehenden und zukünftigen Vergaberecht am Beispiel des europäischen Umweltmanagementsystems EMAS, ZUR 2004, S. 266 (267).

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

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

152 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.

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

146 EuGH Slg. 2003, S. I-14527.

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

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

zu denen auch eine Vorfinanzierung der Produktion gehört, eine Einordnung als technische Spezifikation abgelehnt¹⁵⁴.

bb) Eignungsprüfung

Die Eignungsprüfung ist nach den in den Art. 47 bis 52 VKR genannten Kriterien der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit sowie der beruflichen und technischen Fachkunde durchzuführen. Aus dem ausdrücklichen Verweis auf die Art. 47 bis 52 wird man schließen müssen, dass neben diesen Kriterien und den Ausschlussgründen der Art. 45 und 46 keine weiteren bieterbezogenen Kriterien statuiert werden dürfen.¹⁵⁵

Art. 47 betrifft die wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit, die in der Regel durch die in Art. 47 Abs. 1 genannten Nachweise belegt werden soll. Wie Art. 47 Abs. 4 deutlich macht, kann der Auftraggeber allerdings auch andere Nachweise fordern, sofern diese in der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder in der Bekanntmachung angegeben sind. Aus dem Normzusammenhang wird man schließen müssen, dass es hier bei dem schon früher vom EuGH entwickelten Grundsatz bleibt, dass diese anderen Nachweise nur zum Nachweis der Leistungsfähigkeit dienen dürfen¹⁵⁶. Es ist daher ausgeschlossen, auf der Stufe der Eignungsprüfung Nachweise zu fordern, die anderen Zwecken dienen. Allerdings reicht nicht bereits jeder sachliche Bezug eines Eignungsnachweises zum Auftragsgegenstand aus. Es kommt vielmehr auf die Angemessenheit der Eignungsanforderung

in dem Sinne an, dass sie geeignet und erforderlich sein muss, um die Leistungsfähigkeit im Hinblick auf den konkret ausgeschriebenen Auftragsgegenstand nachzuweisen.¹⁵⁷

Zu beachten ist, dass Art. 44 Abs. 2 S. 3 die Anforderungen an vom öffentlichen Auftraggeber geforderte Leistungsfähigkeitsnachweise sogar noch verschärft. Sofern der Auftraggeber Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit formuliert, müssen diese Anforderungen mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen und ihm angemessen sein.¹⁵⁸ Schon für den unter den früheren Vergaberichtlinien geltenden Rechtszustand hatte die Kommission die Auffassung vertreten, dass die Feststellung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit keinen Raum für die Einbeziehung sozialer Gesichtspunkte lässt.¹⁵⁹ Dies hat sich durch die VKR nicht geändert.¹⁶⁰

Diese Regelung betreffend die vom Auftraggeber vorgegebenen Mindestanforderungen gilt auch für die Bewertung der technischen und/oder beruflichen Leistungsfähigkeit nach Art. 48. Dabei ist zu beachten, dass es dem Auftraggeber – anders als bei der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit – nicht freisteht, andere Nachweise als die in Art. 48 Abs. 2 genannten zu fordern.¹⁶¹ Art. 48 Abs. 6 lässt ausdrücklich nur das Verlangen nach Vorlage dieser Nachweise zu.

154 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.

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

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

157 EuGH NZBau 2013, S. 58 Rdnr. 29; OLG Düsseldorf NZBau 2012, S. 321 (322).

158 Vgl. EuGH, Urt. v. 18.10.2012, Rs. C-218/11, Rdnr. 29.

159 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.

160 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; *Zsofia Varga*, Berücksichtigung sozialpolitischer Anforderungen nach dem neuen § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB – europarechtskonform?, VergabeR 2009, S. 535 (537 f.).

161 EuGH NZBau 2012, S. 445 Rdnr. 105.

Unter dem Gesichtspunkt, dass zur Berücksichtigung der Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen bei der Vergabe häufig gefordert wird, eine unabhängige Zertifizierung vorzulegen, ist zu beachten, dass die Vergabekoordinierungsrichtlinie eine Regelung zur Bedeutung von Zertifizierungen enthält, allerdings nur für den Umweltbereich. Nach Art. 48 Abs. 2 lit. f kann zu den geforderten Nachweisen der technischen Leistungsfähigkeit „in den entsprechenden Fällen“ auch die Angabe von Umweltmanagementmaßnahmen gehören. Auch hier ist ausdrücklich ein Auftragsbezug dergestalt gefordert, dass es sich nur um den Nachweis solcher Umweltmanagementmaßnahmen handeln darf, die der Wirtschaftsteilnehmer gerade bei der Ausführung des Auftrags anwenden will.¹⁶² Dies ist vor allem dann von Bedeutung, wenn der Auftraggeber zum Nachweis der Erfüllung von Normen des Umweltmanagements die Vorlage von Bescheinigungen unabhängiger Stellen verlangt und dies gemäß Art. 50 durch Vorlage einer EMAS-Zertifizierung erfolgen soll.

Hierzu wird zuweilen darauf hingewiesen, dass die EMAS-Zertifizierung als solche nicht den nach Art. 44 Abs. 2 VKR erforderlichen Zusammenhang zwischen der nachzuweisenden Umweltmanagementmaßnahme und dem Auftragsgegenstand vermittelt, da die EMAS-Verordnung nur die Verpflichtung zur Verfolgung selbst gesetzter umweltpolitischer Ziele und bestimmter Maßnahmen der Umweltinformation verlange.¹⁶³ Dies ist allerdings nur bedingt richtig. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der durch Art. 44 Abs. 2 für alle Anforderungen an die Leistungsfähigkeit geforderte Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand für das Verlangen der Angabe von Umweltmanagementmaßnahmen bei Bau- und Dienstleistungsaufträgen durch Art. 48 Abs. 2 lit. f

speziell ausgeformt wird. Der Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand ist daher immer gegeben, wenn die Umweltmanagementmaßnahme bei der Ausführung des Auftrags angewendet werden soll. Dass ein Umweltmanagementsystem nach der EMAS-Verordnung bei der Ausführung eines Auftrags gerade nicht angewendet wird, dürfte dabei die Ausnahme darstellen. Denn nach Anhang I.A.5.1 zur EMAS-Verordnung¹⁶⁴ ist eine der Voraussetzungen für die EMAS-Eintragung ein Umweltmanagementsystem, in dessen Rahmen die betreffende Organisation maßgebliche Merkmale über Arbeitsabläufe und Tätigkeiten, die eine bedeutende Auswirkung auf die Umwelt haben können, regelmäßig überwachen und messen muss. Fällt daher die Ausführung des zu vergebenden Auftrags in den Bereich der durch das Umweltmanagementsystem nach der EMAS-Verordnung erfassten Arbeitsabläufe und Tätigkeiten, so werden die Umweltmanagementmaßnahmen bei der Ausführung des Auftrags angewendet, wie es Art. 48 Abs. 2 lit. f VKR fordert. Dass ein EMAS-beteiligtes Unternehmen die Voraussetzungen des Art. 48 Abs. 2 lit. f nicht erfüllt, ist daher nur in seltenen Ausnahmefällen denkbar. Anderes gilt aber, wenn andere Nachweise für gleichwertige Umweltmanagementmaßnahmen vorgelegt werden, was nach Art. 50 generell zulässig ist. In diesen Fällen muss im Einzelfall überprüft werden, ob der Nachweis auch die Ausführung gerade des konkreten Auftrags abdeckt. Für die Führung des Gleichwertigkeitsnachweises reichen Eigenerklärungen des Bieters nicht aus.¹⁶⁵

Die Möglichkeiten, die Beachtung von sozialen Aspekten über den Nachweis der beruflichen oder technischen Leistungsfähigkeit in das Vergabeverfahren zu implementieren, sind äußerst begrenzt. So bewertete

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

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

164 Verordnung (EG) Nr. 761 / 2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.03.2001 über die freiwillige Beteiligung von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung (EMAS), ABl. 2001 L 114 / 1.

165 *Andreas Hermann*, Rechtsgutachten Umweltfreundliche öffentliche Beschaffung, 2012, S. 48.

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 ist und sich die verlangten Anforderungen keinem der in Art. 48 VKR genannten Punkte zuordnen lassen.¹⁶⁶ Darüber hinaus verstößt die Verwendung derartiger Formulierungen in Anbetracht ihrer fehlenden Bestimmtheit gegen den Transparenzgrundsatz.¹⁶⁷

Als Einfallstor kommt insoweit allenfalls Art. 48 Abs. 2 lit. b VKR in Betracht, wonach der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit auf die Angabe der technischen Fachkräfte erstreckt werden kann. Sofern es sich bei dem Bieter um den Produzenten handelt, kann von ihm in der Tat die Darlegung der sich auf die Qualität der Produkte auswirkenden Personalzusammensetzung verlangt werden.¹⁶⁸ Die Herstellung von Produkten in Kinderarbeit könnte in dieser Weise erfasst werden. Allerdings geht es dabei immer nur um den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des konkreten Bieters für die Ausführung des übernommenen Auftrags.¹⁶⁹ Handelt es sich bei dem Bieter – wie im Regelfall – um einen Importeur, so kann der Nachweis nicht auf die Leistungsfähigkeit des ursprünglichen Produzenten erstreckt werden.

Über diesen Gesichtspunkt hinaus lässt sich die Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen nicht über die Eignungsprüfung in das Vergabeverfahren implementieren.¹⁷⁰

Etwas anderes dürfte sich auch nicht aus den vom Europäischen Gerichtshof in seinem Urteil in der Sache *Michaniki*¹⁷¹ entwickelten Grundsätzen ergeben. In dieser Entscheidung hat der Gerichtshof für die frühere Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG dargelegt, dass die Aufzählung der Eignungskriterien in der Richtlinie zwar als abschließend zu verstehen ist, den Mitgliedstaaten jedoch der Erlass von Vorschriften frei steht, die die Beachtung der Grundsätze 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.¹⁷² Allerdings müssen die in solchen Vorschriften statuierten Anforderungen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen.¹⁷³ 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 öffentliche Aufträge ausführenden Unternehmens sein können¹⁷⁴ oder durch

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

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

168 Interpretierende Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 15. 10. 2001, ABl. C 333/27 v. 28.11.2001, Nr. 1.3.2.

169 Interpretierende Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 15.10. 2001, ABl. C 333/27 v. 28.11.2001, Nr. 1.3.2.

170 Dies erkennt auf dem Boden der Rechtsprechung des EuGH auch Rainer Noch, *Rechtliche Prüfung der Umsetzung sozialer Vergabekriterien*, Stellungnahme für das Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung vom 19.07.2006, S. 20 ff., an, der jedoch auf der Grundlage seiner abweichenden Auffassung anregt, es auf ein Vertragsverletzungsverfahren ankommen zu lassen. Hiervor kann nur *dringend* gewarnt werden! Allgemein für die Berücksichtigung sozialer Aspekte als Eignungskriterien wie hier *Walter Frenz*, *Soziale Vergabekriterien*, NZBau 2007, S. 17 (18).

171 EuGH VergabeR 2009, S. 146.

172 EuGH VergabeR 2009, S. 146 Rdnr. 43 f.; ebenso *Urt. v. 19.05.2009*, Rs. C-538/07, Rdnr. 20 f.; *Urt. v. 15. 7. 2010*, Rs. C-74/09, Rdnr. 43.

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

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

Abhängigkeitsverhältnisse miteinander verbundene Unternehmen nicht getrennt an demselben Vergabeverfahren teilnehmen können.¹⁷⁵

Geht man davon aus, dass diese Grundsätze auch unter Geltung der VKR Anwendung finden¹⁷⁶, so erbringen sie doch nichts für eine Zulässigkeit der Implementierung der IAO-Kernarbeitsnormen. Denn eine solche Implementierung ist nicht den Grundsätzen der Bietergleichheit und der Transparenz bei der Vergabe, sondern der Beachtung materieller sozialer Standards verpflichtet.

cc) Zuschlagskriterien

Als Zuschlagskriterien kennt Art. 53 Abs. 1 alternativ das wirtschaftlich günstigste Angebot oder das Kriterium des niedrigsten Preises. Soll der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgen, so müssen die einzelnen Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung in der Bekanntmachung oder den Vergabungsunterlagen in der Beschreibung angegeben sein (Art. 53 Abs. 2 VKR). Zulässig sind nur solche Kriterien, die mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen, wobei zu den beispielhaft aufgezählten Kriterien neben Qualität, Preis, technischem Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technischer Hilfe, Lieferzeitpunkt sowie Lieferungs- und Ausführungsfrist auch die Umwelteigenschaften gehören. Dabei bleibt dem öffentlichen Auftraggeber die Auswahl der Kriterien überlassen, auf die er für die Erteilung des Zuschlags abzustellen beabsichtigt.¹⁷⁷

Der EuGH prüft die materielle Zulässigkeit eines Zuschlagskriteriums zweischrittig:

1. Auf der ersten Stufe kann der Auftraggeber alle – auch nicht-wirtschaftlichen – Faktoren heranziehen, die „sich auf den Wert eines Angebots für diesen Auftraggeber auswirken können“¹⁷⁸. Durch die Formulierung „für diesen Auftraggeber“ wird also ein Auftraggeberbezug hergestellt, der es ausschließt, ausschließlich bei anderen Personen oder Stellen eintretende Effekte einzubeziehen. Eine allgemeine Wohlfahrtspolitik mittels des Vergaberichts ist bereits auf dieser Stufe ausgeschlossen. Der Auftraggeber kann also beispielsweise keine dem Gesundheitsschutz der Bevölkerung dienenden Kriterien einbeziehen, wenn er nach der innerstaatlichen Kompetenzverteilung für diesen Gesundheitsschutz nicht zuständig ist und insoweit auch keine Kostenlast trägt.
2. In der Diskussion übersehen wird zuweilen, dass die Prüfung nicht auf der ersten Stufe stehen bleibt, sondern anschließend der Zusammenhang des Kriteriums mit dem Auftragsgegenstand zu prüfen ist. Diesen Zusammenhang nicht aufweisende Kriterien scheiden als zulässige Zuschlagskriterien aus. Dies gilt beispielsweise für allgemeine sozial- und umweltpolitische Erwägungen.

Hierbei bestand bisher im Einklang mit dem Standpunkt der Kommission im Wesentlichen Einigkeit darüber, dass Gesichtspunkte, die sich auf die Beschäftigungsbedingungen im Unternehmen des Bieters oder seines Lieferanten beziehen, mangels Auftragsbezugs nicht als Zuschlagskriterien berücksichtigt

¹⁷⁵ EuGH, Urt. v. 19.05.2009, Rs. C-538/07, Rdnr.

¹⁷⁶ Vgl. *Hans-Joachim Prietz/Pascal Friton*, Ausschluss bleibt Ausnahme, NZBau 2009, S. 300 (302).

¹⁷⁷ EuGH Slg. 1988, S. 4635 Rdnr. 19; 2003, S. I-6351 Rdnr. 63 f.

¹⁷⁸ EuGH Slg. 2002, S. I-7213 Rdnr. 55.

werden können.¹⁷⁹ Diese Bewertung ist vom EuGH in seinem Urteil vom 10. Mai 2012 dahingehend korrigiert worden, dass auch die „soziale Herkunft“ einer Ware als Zuschlagskriterium Verwendung finden kann (oben IV.1.a.bb). Ob derartige soziale Gesichtspunkte wie die Lieferung eines Produkts in einem Fair-Trade-System im Einzelfall als Zuschlagskriterium oder als Ausführungsbedingung zu verstehen sind, richtet sich danach, wie das Kriterium in der konkreten Ausschreibung verwendet worden ist.

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 IAO-Kernarbeitsnorm hergestellte Produkte beziehen, nicht berücksichtigt werden dürfen. Denn wie Art. 53 Abs. 2 VKR deutlich macht, gehört es zum Wesen der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots, dass eine Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien im Verhältnis zueinander vorgenommen wird. Es muss deshalb zugelassen werden, 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“¹⁸⁰. 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 % gewichtet. Die Verwendung eines sozialen Kriteriums 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.

dd) Zusätzliche Bedingungen für die Auftragsausführung

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

Bemerkenswert ist die Fassung dieser Vorschrift aus zwei Gründen. Zum einen hatte der EuGH die von der Kommission¹⁸¹ und dem Generalanwalt Alber in seinen Schlussanträgen in der Sache Nord-Pas-De-Calais¹⁸² vorgenommene Deutung der besonderen zusätzlichen

179 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; *Zsofia 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 –.

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

181 Mitteilung KOM (89) 400 endg. der Kommission „Öffentliches Auftragswesen – Regionale und Soziale Aspekte“ vom 22.09.1989, ABL 1989 C 311 / 7, Tz. 46 ff.

182 Schlussanträge des GA Alber vom 14.03.2000 in der Rs. C-225 / 98, Slg. 2000, S. I-7449 Rdnr. 43 ff.

Kriterien als Ausführungskriterien in seinem Urteil in der genannten Rechtssache deutlich zurückgewiesen.¹⁸³ Art. 26 VKR korrigiert diese Rechtsprechung durch die Verknüpfung der zusätzlichen Bedingungen mit der Ausführung des Auftrags und schafft die neben Eignungs- und Zuschlagskriterien dritte Kategorie der zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung. Mitnichten handelt es sich also bei diesen zusätzlichen Bedingungen um Zuschlagskriterien.¹⁸⁴

Zum anderen – und das ist das Entscheidende – hat die durch die Herstellung dieser Verknüpfung vorgenommene Einordnung massive Folgen für die Zulässigkeit der zusätzlichen Bedingungen. Wie bereits der Ausschuss der Regionen in seiner Stellungnahme vom 13. Dezember 2000 zu den Kommissionsvorschlägen erkannte (und kritisierte), führt die Forderung, dass sich die zusätzlichen Bedingungen auf die Ausführung des Auftrags beziehen müssen, zu einer deutlichen Restriktion gegenüber der durch die Rechtsprechung des EuGH aufgebauten Position¹⁸⁵, die eine solche Forderung nicht kannte. Wie in den späteren Beratungen hervorgehoben wurde, ist diese Entscheidung bewusst getroffen worden, um „nicht mit dem Vertragsgegenstand verbundene Vergabeaspekte ... auszuschließen“¹⁸⁶.

Es kann nicht übersehen werden, dass diese Lösung systematisch konsequent ist und alle im Rahmen der Vergabe eine Rolle spielenden Kriterien gleich behandelt: Für Eignungs- und Zuschlagskriterien sowie zusätzliche Bedingungen ist nun gleichermaßen ein Bezug zum Auftragsgegenstand notwendig. Dies hat zur Folge, dass betriebsbezogene Anforderungen umwelt- und sozialpolitischer Art grundsätzlich im

Vergabeverfahren keine Berücksichtigung mehr finden können, es sei denn, sie wirken sich gerade bei der Ausführung des betreffenden Auftrags aus. Insoweit besteht auch ein Gleichklang zu den Voraussetzungen, unter denen das Eignungskriterium der Angabe von Umweltmanagementmaßnahmen nach Art. 48 Abs. 2 lit. f eingeführt werden darf (oben IV.1.b.bb).

Abweichend hiervon ist in der Literatur behauptet worden, dass die in der Vergabekoordinierungsrichtlinie entwickelte Dreiteilung von Eignungskriterien, Zuschlagskriterien und zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung nicht abschließend sei. Es sei nicht erkennbar, dass die nach den früheren Vergaberichtlinien unter den vom Europäischen Gerichtshof entwickelten Voraussetzungen zulässige Kategorie der besonderen zusätzlichen Bedingungen beseitigt werden sollte.¹⁸⁷ Denn nach der Rechtsprechung des EuGH wurden Kriterien, die weder eignungs- noch zuschlagsbezogen sind, von der Koordinierungswirkung der früheren Vergaberichtlinien überhaupt nicht erfasst.¹⁸⁸ Ein besonderes zusätzliches Kriterium, das nicht der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots diene, war daher am Maßstab der früheren Vergaberichtlinien nicht unzulässig.¹⁸⁹ Dem wird man kaum folgen können.¹⁹⁰ Die dargestellten Regelungen der Vergabekoordinierungsrichtlinie zur Zulässigkeit der Berücksichtigung von sozialen oder umweltbezogenen Kriterien bei der Vergabe verfolgen gerade das Ziel der Privilegierung speziell dieser Kriterien. Während ihre Einbeziehung unter den in der Richtlinie genannten Voraussetzungen zulässig sein soll, sollen andere Kriterien nicht mehr berücksichtigt werden können. Würde der öffentliche Auftraggeber noch zusätzlich wie nach den früheren

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

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

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

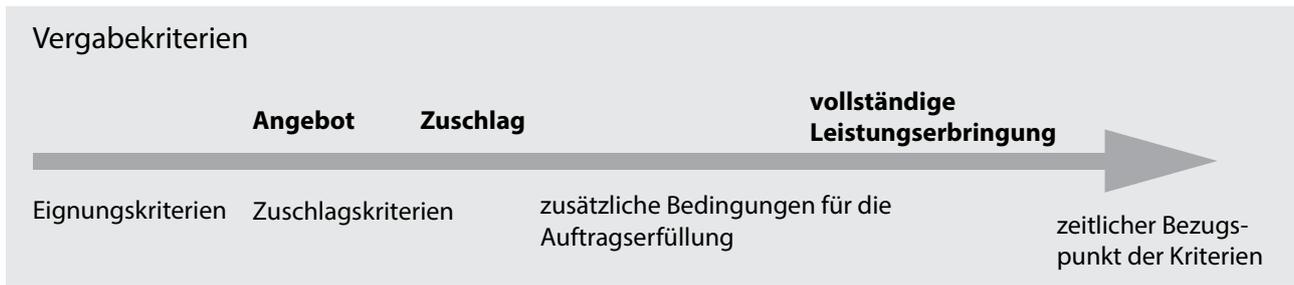
186 Empfehlung des Ausschusses für Recht und Binnenmarkt für die zweite Lesung des Europäischen Parlaments vom 19.06.2003 (A5-0242/2003) S. 33.

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

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

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

190 Im Ergebnis ebenso *Johannes Masters*, Ethische Beschaffung, 2010, S. 450.



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

Worin bestehen nun die Unterschiede zwischen Eignungskriterien, Zuschlagskriterien und zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung? Wie hat die Zuordnung zu erfolgen? Schlagwortartig zusammengefasst beziehen sich die Eignungskriterien auf die Person, das bisherige Verhalten und den bisherigen Betrieb des Bieters, die Zuschlagskriterien auf die Wertung der Angebote untereinander hinsichtlich der für den Auftragsgegenstand festgelegten Anforderungen und die zusätzlichen Bedingungen auf die Ausführung der durch den Auftragsgegenstand bezeichneten Leistung.¹⁹¹ Auch wenn dies in der unübersichtlichen Fassung der Vergabekoordinierungsrichtlinie nicht zum Ausdruck kommt, steht dahinter das Konzept eines Phasenmodells: Verhalten des Bieters vor dem Angebot – Entwicklung der Leistungsperspektive im Angebot – Erbringung der Leistung nach dem Zuschlag.

¹⁹¹ 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 Art. 26 gestützt werden.¹⁹²

ee) Folgerungen für die Berücksichtigung der IAOKernarbeitsnormen

Fasst man die Möglichkeiten für die Berücksichtigung sozialer Kriterien bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nach der Vergabekoordinierungsrichtlinie zusammen, so ergibt sich Folgendes: Für die drei Kriterienkategorien hat die Richtlinie eine weitgehende Vereinheitlichung der Zulässigkeitsvoraussetzungen gebracht. Unabhängig davon, ob es sich um Eignungskriterien, Zuschlagskriterien oder zusätzliche Bedingungen für die Auftragsausführung handelt, müssen die Kriterien

1. exklusiv einer der drei Kategorien zugeordnet werden, die getrennt voneinander geprüft werden. Die Zuordnung erfolgt nach dem oben dargestellten Phasenmodell. Diese Exklusivität der Zuordnung ist vom EuGH mehrfach betont worden.¹⁹³ Ist das Kriterium in der gewählten Kategorie unzulässig, so wird es nicht dadurch zulässig, dass es in einer anderen Kategorie im Einklang mit dem Unionsrecht stehen würde. Deshalb ist auch ein Erst-recht-Schluss

¹⁹² Marc Opitz, Das Legislativpaket: Die neuen Regelungen zur Berücksichtigung umwelt- und sozialpolitischer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, VergabeR 2004, S. 421 (425).

¹⁹³ Zu dieser Exklusivität auch Franz Josef Hölzl/Pascal Friton, Entweder – Oder: Eignungs- sind keine Zuschlagskriterien, NZBau 2008, S. 307 ff.

dergestalt, dass ein als Ausführungsbedingung zulässiges Kriterium erst recht als Zuschlagskriterium zulässig sein müsse¹⁹⁴, EU-rechtlich unhaltbar.

2. in einem Zusammenhang mit dem Auftrag stehen. Dieser Zusammenhang muss sich für Eignungs- und Zuschlagskriterien auf den Auftragsgegenstand, für die zusätzlichen Bedingungen auf die Auftragsausführung beziehen.
3. in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen angegeben werden; hinsichtlich der Zuschlagskriterien muss darüber hinaus die Gewichtung angegeben werden.
4. mit dem Unionsrecht, insbesondere dem Gleichbehandlungsgrundsatz vereinbar sein. Dies gilt für alle in ein Vergabeverfahren eingeführten Kriterien.

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

α) Leistungsbeschreibung

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

beauftragten Unternehmen¹⁹⁵, lassen sich nicht über die Leistungsbeschreibung in das Vergabeverfahren einführen.¹⁹⁶

β) Eignungsprüfung

Zurückhaltung dürfte bei der Einführung als Eignungskriterium zu üben sein. In Art. 47 VKR nicht genannte Nachweise dürfen nur zum Beleg der Leistungsfähigkeit verlangt werden. Auch im Übrigen ist ein Bezug der Eignungskriterien auf den Auftragsgegenstand erforderlich (oben IV.1.b.bb). Führt die Weigerung des Bieters, eine Erklärung abzugeben, dass weder er, seine Subunternehmer noch seine Zulieferfirmen gegen die IAO-Kernarbeitsnormen verstoßen, zum Ausschluss vom weiteren Vergabeverfahren, so handelt es sich um ein bieterbezogenes Kriterium auf der Stufe der Eignungsprüfung. Auf dieser Stufe dürfte eine solche Erklärung als unzulässige Mindestanforderung an die berufliche Leistungsfähigkeit des Bieters anzusehen sein, da die Aufzählung der Anforderungen an die technische und berufliche Leistungsfähigkeit in Art. 48 VKR abschließend ist und sich die verlangte Anforderung keinem der in Art. 48 VKR genannten Punkte zuordnen lässt.¹⁹⁷

Möglich ist allenfalls ein Rekurs auf die ab Erreichen und unterhalb der Schwellenwerte gleichermaßen bestehende Möglichkeit des Ausschlusses eines Bieters von der Teilnahme am Vergabeverfahren, weil er im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen hat, die vom öffentlichen Auftraggeber nachweislich festgestellt wurde (Art. 45 Abs. 2 S. 1 lit. d VKR; § 16 Abs. 1 Nr. 2 lit. c VOB/A; § 16 Abs. 1 Nr. 2 lit. c EG VOB/A; § 6 Abs. 5 lit. c VOL/A; § 6 Abs. 6 lit. c EG VOL/A). Die Präzisierung dieser Begriffe

194 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.

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

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

197 Vgl. EuGH NZBau 2012, S. 445 Rdnr. 105 ff.

kann durch das nationale Recht der EU-Mitgliedstaaten erfolgen, allerdings nur unter Beachtung der unionsrechtlichen Vorgaben.¹⁹⁸ Für erforderlich halten müssen wird man, 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 in Frage stellt.¹⁹⁹ Hierunter fallen auch Verstöße gegen sozial- und arbeitsschutzrechtliche Bestimmungen.²⁰⁰ Es spricht nichts dagegen, hierunter auch Verstöße gegen die IAO-Kernarbeitsnormen zu fassen, wenn es sich um einen Verstoß des Bieters selbst handelt, der Einsatz von Kinderarbeit also im eigenen Verantwortungsbereich eines Unternehmens erfolgt.²⁰¹

Zu beachten ist allerdings, dass der Ausschluss vom Vergabeverfahren den Nachweis der schweren Verfehlung durch den Auftraggeber erfordert. Hierfür bedarf es zwar keiner gerichtlichen Verurteilung²⁰², jedoch sind konkrete, auf den Einzelfall bezogene Anhaltspunkte erforderlich; die bloße Mutmaßung, die Beschaffung bewege sich in einem hinsichtlich des Verstoßes gegen IAO-Kernarbeitsnormen sensiblen Bereich, genügt nicht.²⁰³ 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. Die Vergabekoordinierungsrichtlinie nimmt den Ausschlussgrund der schweren Verfehlung von der Nachweispflicht des Teilnehmers gerade aus (vgl. Art. 45 Abs. 3 VKR).

y) Zuschlagskriterium

Wie oben dargelegt, lässt sich nach der neueren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs die „soziale Herkunft“ eines Produkts als Zuschlagskriterium verwenden (oben IV.1.a.bb). Der Umstand, dass das zu beschaffende Produkt ohne Verstoß gegen die IAO-Kernarbeitsnormen hergestellt und gehandelt worden ist, kann mithin mit einer auszuweisenden Gewichtung belegt werden und muss dann mit dieser Gewichtung beim Zuschlag berücksichtigt werden.

Vor allem dann, wenn die Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen auf jeden Fall gesichert werden soll, ist allerdings in die Erwägungen bei der Erstellung der Ausschreibung einzubeziehen, dass die Verwendung als Zuschlagskriterium nicht in ja/nein-Form erfolgen kann, sondern das Kriterium der Beachtung bestimmter oder aller IAO-Kernarbeitsnormen im Verhältnis zu anderen Zuschlagskriterien gewichtet werden muss (oben IV.1.a.bb). Dies kann beispielsweise 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 weggewogen wurde.

Die Verwendung eines sozialen Kriteriums 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

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

199 EuGH EuZW 2013, S. 151 Rdnr. 27 ff.

200 Vgl. VÜA Brandenburg ZVgR 1998, 485; Interpretierende Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 15.10.2001, ABl. C 333/27 v. 28.11.2001, Nr. 1.3.1.

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

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

203 Ingeborg Diemon-Wies, Soziale und ökologische Kriterien in der Vergabepaxis, VergabeR 2010, S. 317 (319 f.). Zur Unzulässigkeit von Ausschlussautomatismen EuGH EuZW 2013, S. 151 Rdnr. 35

Möglichkeit, die Qualität von Systemen zum Nachweis der Einhaltung von Sozialstandards, z. B. von Zertifizierungssystemen, beim Zuschlag zu bewerten.²⁰⁴

Ob die Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen zum Zuschlagskriterium gemacht werden soll, bedarf daher im Einzelfall einer sehr sorgfältigen Prüfung und ggf. Gestaltung der Bewertungsmatrix. Dabei wird in Rechnung zu stellen sein, dass zwischen Produkten, die unter Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen hergestellt und gehandelt worden sind, und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist, ggf. beträchtliche Preisdifferenzen bestehen, die vor der Ausschreibung abgeschätzt werden sollten. Entsprechendes gilt für etwaige qualitative Unterschiede. Auch ist zu beachten, dass bei der Implementation als Zuschlagskriterium der öffentliche Auftraggeber in der Lage sein muss, die Erfüllung des Zuschlagskriteriums effektiv zu überprüfen (oben III.1.b). Dies setzt voraus, dass vor der Ausschreibung entsprechende Überlegungen zur Überprüfbarkeit angestellt werden.

δ) Ausführungsbedingung

Schließlich kann das Kriterium der Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen auch als zusätzliche Bedingung für die Auftragsausführung nach Art. 26 VKR gefasst werden.²⁰⁵ Die Europäische Kommission hat nochmals ausdrücklich hervorgehoben, dass hier der klare Schwerpunkt der Implementierbarkeit sozialer Belange in das Vergabeverfahren liegt.²⁰⁶ Das Urteil des EuGH in der Sache Max Havelaar hat bestätigt, dass soziale Aspekte der Produktherkunft als Ausführungsbedingungen in das Vergabeverfahren einbezogen

werden können.²⁰⁷ Erwägungsgrund 33 der Vergabekoordinierungsrichtlinie nennt als solche Bedingungen u. a., „die Bestimmungen der grundlegenden Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) für den Fall, dass diese nicht in innerstaatliches Recht umgesetzt worden sind, im Wesentlichen einzuhalten“. Unproblematisch zulässig ist die genannte Bedingung bei Aufträgen über noch zu erbringende Bau- oder Dienstleistungen. Da der Wortlaut des Art. 26 VKR nicht auf diese Auftragsarten beschränkt ist, spricht nichts dagegen, die Vorschrift auch auf öffentliche Aufträge jedenfalls über die Beschaffung erst noch herzustellender Waren anzuwenden. Denn in diesem Fall ist der notwendige Auftragsbezug in Gestalt des Ausführungsbezugs ebenfalls gegeben. Dieser Auftragsbezug besteht (und erschöpft sich) darin, dass die Ausführungsbedingung gerade bei der konkret beauftragten Leistung zur Anwendung zu bringen ist, sodass auf das Unternehmen des Bieters oder eines Lieferanten allgemein bezogene Anforderungen nicht in der Form von Ausführungsbedingungen formuliert werden dürfen.²⁰⁸ 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 kon-

204 Dazu The Landmark Project, Überprüfung sozialer Verantwortung entlang der Zulieferkette, 2012, S. 55.

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

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

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

208 *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).

... kret zu liefernden Produkte aus fairem Handel stammen.“²⁰⁹

Einen weitergehenden Gehalt dergestalt, dass die „Vergabestelle ... gute, sachliche Gründe“ für die Aufnahme der Ausführungsbedingung haben muss²¹⁰ oder die Ausführungsbedingung geeignet sein muss, die Qualität der Leistungserbringung zu verbessern²¹¹, hat das Erfordernis des Auftragsbezugs nicht.

Richtigerweise hat die Europäische Kommission darauf hingewiesen, dass die sich auf die Beschäftigungsbedingungen beziehende Bedeutung von Soziallabeln nicht im Bereich der technischen Spezifikationen, sondern bei den Ausführungsbedingungen liegt.²¹² Nachgerade idealtypisch werden diese Anforderungen in den Kriterien des GoodWeave-Siegels abgebildet: Teppichexporteure und Importeure erhalten eine GoodWeave-Zertifizierung nur dann, wenn sie verbindlich u. a. erklären, keine Kinder unter 14 Jahren zu beschäftigen, soziale und ökologische Kriterien zu beachten und unangekündigte Kontrollen zu akzeptieren, bzw. – als Importeure – Teppiche nur von GoodWeave-lizenzierten Exporteuren beziehen. Da jedes GoodWeave-Siegel einen Code trägt, kann die Herkunft des Siegels zurückverfolgt und der komplette Herstellungsvorgang jedes Teppichs überwacht werden.²¹³ Ähnlich wirkt das Xertifix-System bezüglich des Natursteinabbaus bzw. -handels durch indische Akteure.²¹⁴ Wo die Zuerkennung von Siegeln nicht von vornherein am Herstellungsprozess des konkreten Produkts ansetzt, sondern entsprechende Standards

unternehmensbezogen definiert sind²¹⁵, muss dem Bieter die Erklärung abverlangt werden, dass die IAO-Kernarbeitsnormen auch gerade bei der Herstellung und dem Handel des konkreten Produkts beachtet werden.²¹⁶

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

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

Diese Möglichkeit versagt allerdings, wenn der Bieter Ware aus seinen Lagerbeständen liefern möchte. In dieser Konstellation besteht die Ausführung des Auftrags allein noch in der Lieferung der Lagerware

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

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

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

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

213 www.goodweave.de/control/.

214 www.xertifix.de/siegel/10schritte/.

215 Vgl. etwa den Fairtrade Standard for Hired Labour vom 01.05.2011, www.fairtrade.net/fileadmin/user_upload/content/2011-12-29-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, www.fairtrade.net/fileadmin/user_upload/content/2009/standards/documents/2012-09-01_EN_Sportsballs_HL.pdf.

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

an den Auftraggeber. Auf frühere Schritte der Lieferkette zurückzugreifen, erlaubt Art. 26 VKR nicht. Es könnte daher auch nicht argumentiert werden, dass der Auftragnehmer die auf die Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen bezogene Erklärung in Ausführung des Auftrags abgebe, wenn diese Erklärung im Zuge der Warenlieferung an den Auftraggeber erfolge. Die Ausführung des Auftrags kann sich nicht auf zeitlich zurückliegende Phasen beziehen.

Gegen diese Differenzierung kann auch nicht eingewandt werden, der Gleichbehandlungsgrundsatz gebiete die Gleichbehandlung aller Bieter, so dass es einem auf die Einhaltung der IAO-Kernarbeitsnormen achtenden Bieter auch ermöglicht werden müsse, Waren aus seinen Lagerbeständen zu liefern.²¹⁷ Die Implementation der Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen in ein Vergabeverfahren stellt vielmehr umgekehrt eine rechtfertigungsbedürftige (und -fähige) Beschränkung der Grundfreiheiten dar (oben III.1.a). Hat der EU-Gesetzgeber in Art. 26 VKR selbst die Grenzen dieser Rechtfertigung definiert, so kann das Gleichbehandlungsgebot nicht eine hierüber hinausgehende Einschränkung seiner selbst fordern.

Ebenso wenig verfangen die Einwände,²¹⁸

- Gegenstand der Ausführung des betreffenden Auftrags könne auch die Herstellung unter den geforderten Bedingungen sein: Dies trifft zu, sofern die Herstellung noch zur Vertragserfüllung erfolgt. Der

„Auftrag“ selbst²¹⁹ kann nicht die Herstellung des Produkts unter bestimmten Bedingungen umfassen, wird er doch durch die Leistungsbeschreibung definiert, die die Berücksichtigung solcher Kriterien gerade nicht zulässt (siehe IV.1.b.aa).

- Sozial- und Arbeitsstandards könnten bei Lieferaufträgen entweder immer oder nie, nicht aber fallbezogen einen Auftragsbezug haben: Dies ist unzutreffend weil der Auftragsbezug sich immer nur auf den konkreten Auftrag und seine Besonderheiten bezieht.
- eine Differenzierung nach Waren aus Lagerbeständen und noch herzustellenden Waren sei dem Auftraggeber unzumutbar: Auch hier ist darauf hinzuweisen, dass die Implementation der Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen in ein Vergabeverfahren eine rechtfertigungsbedürftige Beschränkung der Grundfreiheiten darstellt. Deshalb können die unionsrechtlichen Grenzen einer zulässigen Beschränkung nicht für den Beschränkenden unzumutbar sein.

Regelungstechnisch handelt es sich bei den zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung um Vertragsbedingungen.²²⁰ Sofern in der Auftragsbekanntmachung bzw. den Verdingungsunterlagen (so die systematische Einordnung des Art. 26 in das Kap. IV der VKR über „Besondere Vorschriften für die Verdingungsunterlagen und die Auftragsunterlagen“) auf den Inhalt der Vertragsbedingung und die Notwendigkeit, sich zu deren Einhaltung zu verpflichten, hingewiesen wird, kann vom Bieter verlangt werden, sich vor Zuschlagserteilung dazu zu verpflichten, die

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

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

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

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.

Vertragsbedingung zu akzeptieren. Unterlässt der Bieter die Abgabe einer solchen Erklärung, so greift der Ausschlussgrund des § 19 Abs. 3 lit. a EG VOL/A ein, wobei nach Auffassung der Kommission das Ausschlussermessen wegen des Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz sogar auf Null reduziert ist²²¹.

Da Art 26 VKR insoweit keine Vorgaben enthält, dürfte es allerdings nach der zu den Eignungskriterien ergangenen neueren Rechtsprechung des EuGH²²² den Mitgliedstaaten überlassen bleiben, den Zeitpunkt festzusetzen, zu dem die Erklärung vorliegen muss, sofern dieser Zeitpunkt vor dem der Zuschlagserteilung liegt und im Voraus eindeutig festgelegt ist. Zweckmäßig dürfte es sein, die Abgabe der Erklärung mit Einreichung des Angebots zu verlangen. Keineswegs handelt es sich bei dem Verlangen auf Abgabe einer Verpflichtungserklärung um ein unionsrechtlich unzulässiges indirektes Eignungskriterium²²³. Vielmehr wäre es widersinnig, die Ausführungsbedingung in der Bekanntmachung oder den Verdingungsunterlagen angeben zu müssen (Art. 26 VKR), dann jedoch eine entsprechende Selbstverpflichtung nicht verlangen zu dürfen und den Zuschlag ggf. einem Bieter erteilen zu müssen, der zur Erfüllung der Ausführungsbedingung überhaupt nicht bereit ist.

Vor der Zuschlagserteilung stehen der ausschreibenden Stelle gegenüber einem Bieter, der die geforderte Erklärung, dass er bei der Auftragsausführung die

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

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

Gegen die Implementierbarkeit der Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen als Ausführungsbedingungen ist vorgetragen worden, dass es „dem Auftraggeber verwehrt (sei), ein Vergabekriterium festzulegen, dessen Erfüllung durch die Bieter er nicht nachprüfen kann oder will, denn ein solches Kriterium ... (widerspreche) insbesondere dem Transparenzgebot. ... Begnügt er sich mit der Eigenerklärung des ... (Bieters), ... (sei) das nicht nur reine Augenwischerei, sondern

221 Interpretierende Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 15.10.2001, ABL C 333/27 v. 28.11.2001, Nr. 1.6; Europäische Kommission, Sozialorientierte Beschaffung. Ein Leitfaden für die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Beschaffungswesen, 2011, S. 43. Für einen zwingenden Ausschluss bei mangelnder Akzeptierung der Ausführungsbedingungen nach Art. 26 VKR Andreas van den Eikel, Die zulässige Implementierung „vergabefremder“ Kriterien im europäischen Vergaberecht. Unter Berücksichtigung der neuen Vergaberichtlinien, 2006, S. 307.

222 EuGH NVwZ 2006, S. 444 Rdnr. 31.

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

auch vergaberechtlich sehr bedenklich.²²⁴ In der Tat hat der Europäische Gerichtshof unter dem Gesichtspunkt des Transparenzgebots für die Zuschlagskriterien entschieden, dass der Auftraggeber in der Lage sein muss, die Erfüllung des Zuschlagskriteriums effektiv zu überprüfen (oben III.1.b). Doch wird sich dieses Erfordernis nicht auf die Ausführungsbedingungen übertragen lassen. Das Erfordernis der effektiven Kontrolle der Beachtung der Zuschlagskriterien soll die Vergleichbarkeit der Angebote und die Gleichbehandlung der Bieter sicherstellen. Ein Zuschlagskriterium, dessen Erfüllung nicht kontrollierbar ist, ist keine geeignete Grundlage einer Differenzierung. Diese Differenzierungsentscheidung ist hingegen für die Ausführungsbedingungen nicht zu treffen, deren Erfüllung der Auswahlentscheidung vielmehr nachgelagert ist.²²⁵ Hier muss sich der Auftraggeber im Vergabeverfahren von vornherein darauf beschränken, das im Rahmen der Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zulässige höchstmögliche Maß an Gewissheit über die Erfüllung der Ausführungsbedingung zu erlangen.

2. Die Berücksichtigung sozialer Aspekte nach deutschem Recht

Durch Art. 1 Nr. 2 lit. b des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20. April 2009²²⁶ ist § 97 Abs. 4 GWB neu gefasst worden. Eingefügt wurde u.a. in den Satz 1 die Vorgabe, dass Aufträge nur an gesetzestreue Unternehmen vergeben werden dürfen, sowie ein Satz 2, der es ermöglicht, für die Auftragsausführung zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer zu stellen, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen, wenn sie im sachlichen

Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben. Andere oder weitergehende Anforderungen dürfen an Auftragnehmer nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist (§ 97 Abs. 4 S. 3 GWB n. F.).

Die Neufassung des § 97 Abs. 4 GWB war im Gesetzgebungsverfahren nicht unumstritten. Ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs dient der neue Satz 2 des § 97 Abs. 4 GWB der Umsetzung des Art. 26 VKR (bzw. Art. 38 SKR).²²⁷ Bedauerlicherweise ist die genannte Begründung unübersichtlich und führt zu Missverständnissen. So subsumiert die Begründung unter den neuen § 97 Abs. 4 S. 2 GWB beispielsweise die Fälle, dass „durch Spezifizierung des Auftragsgegenstandes beispielsweise ... die Begrenzung des Schadstoffausstoßes von Dienstkraftfahrzeugen oder die Brennstoffzellentechnologie ... oder ‚Recyclingpapier‘ vorgegeben wird. Diese Einordnung als Bedingungen für die Auftragsausführung ist unzutreffend. In allen Fällen handelt es sich um Eigenschaften des Auftragsgegenstandes selbst, die entweder als Elemente der Leistungsbeschreibung und/oder als Zuschlagskriterien zu berücksichtigen sind.

Die Begründung des Gesetzentwurfs geht darüber hinaus davon aus, dass über § 97 Abs. 4 S. 3 GWB n. F., wonach andere oder weitergehende Anforderungen an Auftragnehmer nur gestellt werden dürfen, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist, auch allgemeine Anforderungen ohne sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand in Vergabeverfahren implementiert werden können.²²⁸ Sowohl der Wirtschaftsausschuss als auch der Ausschuss für Städtebau, Wohnungswesen und Raumordnung des Bundesrats hielten diese Regelung für schädlich, weil sie wettbewerbsfeindlich sei und einer ökonomischen

224 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.

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.

226 BGBl. I S. 790.

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

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

Beschaffung entgegenwirke.²²⁹ Gleichwohl und auch gegen die im weiteren Gesetzgebungsverfahren geltend gemachten Bedenken hielt die Bundesregierung an der schließlich verabschiedeten Fassung des § 97 Abs. 4 GWB fest. So wurde seitens der F.D.P-Fraktion im Bundestag die Berücksichtigungsfähigkeit von Anliegen der Sozial- und Umweltpolitik bei der Vergabe grundsätzlich abgelehnt.²³⁰ Wirtschaftsverbände sahen bei einer Verankerung der Möglichkeit zur Berücksichtigung sozialer und ökologischer Kriterien die Gefahren einer Wettbewerbsverfälschung, einer Manipulation der Vergabe und einer Benachteiligung kleiner und mittelständischer Unternehmen.²³¹ Andere Wirtschaftsverbände und die Gewerkschaften begrüßten die geplante Neuregelung hingegen.²³² Ähnliche Bewertungsunterschiede bestanden zwischen den kommunalen Spitzenverbänden: Während der Deutsche Städtetag die Neuregelung als Rechtssicherheit stiftend begrüßte, lehnten der Deutsche Städte- und Gemeindebund und der Deutsche Landkreistag sie als dem Prinzip eines wirtschaftlichen Einkaufs zuwiderlaufend ab.²³³ In der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie des Bundestages wurde schließlich von Sachverständigen

darauf hingewiesen, dass § 97 Abs. 4 S. 2 GWB vor allem im Bereich der sozialen Kriterien dem Transparenzgebot widerspreche, weil eine Kontrolle der Einhaltung der festgelegten Anforderungen seitens des Auftragnehmers durch den Auftraggeber kaum möglich sei.²³⁴

Die Verortung der Anforderungen an die Auftragsausführung im neuen § 97 Abs. 4 S. 2 GWB, der sich gleichsam zwischen die bisherigen beiden Halbsätze des § 97 Abs. 4 GWB a.F. schiebt, bleibt nicht ohne Konsequenzen für die Systematik des § 97 Abs. 4 GWB. So war der bisherigen Systematik des § 97 Abs. 4 GWB a.F. zu entnehmen, dass der Gesetzesvorbehalt des § 97 Abs. 4 Hs. 2 GWB a.F. nicht für jegliche Form der Berücksichtigung insbesondere umweltschutzbezogener oder sozialer Aspekte bei der Vergabe galt. Der Bezug zu § 97 Abs. 4 Hs. 1 GWB a. F. einerseits und die eigenständige Regelung des Zuschlagskriteriums in § 97 Abs. 5 GWB machten deutlich, dass sich § 97 Abs. 4 Hs. 2 GWB a. F. allein auf Ausnahmen auf der Stufe der Eignungsprüfung bezog.²³⁵ Dieser Zusammenhang ist nunmehr durch § 97 Abs. 4 S. 2 GWB n. F. aufgelöst worden, so dass es einer Neubewertung des Verhältnisses der drei Sätze des § 97 Abs. 4 GWB n. F. untereinander und zu § 97 Abs. 5 GWB bedarf.

a) Eignungsprüfung

§ 97 Abs. 4 S. 1 GWB, wonach Aufträge an fachkundige, leistungsfähige sowie gesetzestreue und zuverlässige Unternehmen vergeben werden, bezieht sich allein auf die Eignungsprüfung. Wie die Begründung des Gesetzesentwurfs ausführt, zählen zu den einzuhaltenden

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

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

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

232 Stellungnahme des Bundesverbands der Deutschen Versorgungswirtschaft zum Entwurf des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts S. 2; ver.di-Eckpunkte zur Modernisierung des Vergaberechts vom 08.04.2008.

233 Stellungnahme der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vom 03.04.2008 S. 2 f.

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

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

deutschen Gesetzen auch die Kernarbeitsnormen der IAO zum Verbot der Kinder- und Zwangsarbeit. Sie „sind zwingender Bestandteil unserer Rechtsordnung und damit der Vergaberegeln“²³⁶, worunter jedoch nicht zu verstehen ist, dass damit beispielsweise Anforderungen an den in anderen Staaten stattfindenden Prozess der Herstellung in deutschen Vergabeverfahren obligatorisch zu beachten sind. Vielmehr bezieht sich dieser Passus allein auf „in Deutschland agierende Unternehmen, die diese Grundprinzipien und Rechte nicht beachten“²³⁷.

Dies entspricht der schon bisher bestehenden Rechtslage, dass Verstöße gegen die in deutsches Recht transformierten IAO-Kernarbeitsnormen durch in Deutschland tätige Unternehmen die Unzuverlässigkeit des Bieters begründen. Keinesfalls dürfen die Ausführungen der Gesetzesbegründung, „die international vereinbarten Grundprinzipien und Rechte, wie die Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) zum Verbot der Kinder- und Zwangsarbeit, ... (seien) zwingender Bestandteil unserer Rechtsordnung und damit der Vergaberegeln ... (, weshalb in) Deutschland agierende Unternehmen, die diese Grundprinzipien und Rechte nicht beachten, ... prinzipiell aufgrund fehlender Zuverlässigkeit vom Wettbewerb um öffentliche Aufträge ausgeschlossen werden“ müssten, so verstanden werden, dass Bieter in deutschen Vergabeverfahren dafür Sorge zu tragen hätten, dass ihre ausländischen Zulieferer ihnen keine Ware anbieten, die unter Verstoß gegen IAO-Kernarbeitsnormen hergestellt worden ist. Denn eine solche Pflicht erlegen weder die IAO-Kernarbeitsnormen noch anderes deutsches Recht in Deutschland agierenden Unternehmen gegenüber in anderen Staaten ansässigen Unternehmen auf. Das in § 97 Abs. 4 S. 1 GWB zusätzlich eingefügte Merkmal der „Gesetzestreue“ verlangt

denn auch nach allgemeiner Auffassung im Verhältnis zur bisher schon durchzuführenden Zuverlässigkeitsprüfung nichts Zusätzliches und ist überflüssig.²³⁸

Dem lässt sich auch nicht entgegenhalten, dass zumindest Verstöße gegen das IAO-Übereinkommen 182 elementare Verletzungen der durch Art. 1 Abs. 1 GG vom Staat zu achtenden und schützenden Menschenwürde darstellten, weshalb der Staat verpflichtet sei „nachzufragen, ob bei der Herstellung von Produkten, die er erwerben möchte, (minderjährige) Sklaven beschäftigt waren“.²³⁹ Ein Unternehmen, das Produkte in ausbeuterischer Kinderarbeit herstellen lasse oder mit ihnen handle, verstoße gegen den mit unmittelbarer Drittwirkung ausgestatteten Art. 1 Abs. 1 GG und sei im vergaberechtlichen Sinne unzuverlässig. Ein Bewerber, der die vom öffentlichen Auftraggeber geforderte Erklärung nicht oder falsch abgebe, könne dann nach Art. 45 Abs. 2 lit. g VKR ausgeschlossen werden.²⁴⁰ Unterstellt man die Richtigkeit dieser Prämissen und lässt dabei außer Acht, dass die Frage der unmittelbaren Drittwirkung des Art. 1 Abs. 1 GG äußerst umstritten ist, die staatliche Schutzpflicht vielmehr durch die den Maßstäben des Art. 1 Abs. 1 GG gerecht werdende Ausgestaltung der Rechtsordnung zu erfüllen ist²⁴¹, dass es dem Staat überlassen bleibt, wie er zum Schutze der Menschenwürde tätig wird, und die Pflicht, bestimmte Erklärungen in einem Vergabeverfahren zu verlangen, eindeutig nicht aus der Staatsfundamentalnorm des Art. 1 Abs.

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

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

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

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

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

241 Siehe nur *Christoph Enders*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, Loseblatt, Stand: April 2009, Art. 1 Rdnr. 107 ff.; *Wolfram Höfling*, in: Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz*, 6. Aufl. 2011, Art. 1 Rdnr. 49.

1 GG abgeleitet werden kann, und dass die deutsche Staatsgewalt nicht zum Einschreiten zugunsten ausländischer Staatsangehöriger in ihren Heimatstaaten verpflichtet ist (oben III.2.a), so gebietet Art. 1 Abs. 1 GG jedenfalls nicht, den Schutz der Menschenwürde gerade bei der Prüfung der bieterbezogenen Kriterien im Vergabeverfahren zu berücksichtigen. Nach Art. 45 Abs. 2 lit. g VKR kann der Ausschluss nur wegen der Falsch- oder Nichterteilung solcher Auskünfte erfolgen, „die gemäß diesem Abschnitt eingeholt werden können“, wozu die Erklärung, keine Produkte aus Kinderarbeit zu beziehen, gerade nicht gehört.²⁴² Insoweit besteht auch keine Lücke, die der EU-Gesetzgeber nicht gesehen haben und die mit Menschenwürdeerwägungen ausgefüllt werden könnte:

Es bleibt also auch in Zukunft dabei, dass auf der Stufe der Eignungsprüfung eine Implementation der IAO-Kernarbeitsnormen in Vergabeverfahren nur auf äußerst zurückgezogener Linie erfolgen kann²⁴³ (oben IV.1.b.ee.β).

b) Auf die Auftragsausführung bezogene zusätzliche Anforderungen

Der neue § 97 Abs. 4 S. 2 GWB erfasst über die Eignungsprüfung hinausgehende zusätzliche Anforderungen an die Auftragnehmer, die sich auf die Auftragsausführung beziehen müssen.²⁴⁴ Nicht auf die Auftragsausführung bezogene Anforderungen sind nur nach § 97 Abs. 4 S. 3 GWB berücksichtigungsfähig. Keine Ausführungsanforderungen sind

entgegen der Begründung des Regierungsentwurfs²⁴⁵ Spezifizierungen des Auftragsgegenstands in der Leistungsbeschreibung wie die Ausschreibung von „Recyclingpapier“. Eine solche Zuordnung würde die der VKR zugrunde liegende klare Systematik (oben IV.1.b.dd) verfehlen. Auch mit einer funktionalen Leistungsbeschreibung oder der Zulassung von Nebenangeboten haben Ausführungsanforderungen nichts zu tun.²⁴⁶ Ausführungsanforderungen sind vielmehr nur solche Bedingungen, die sich auf den Prozess der Erbringung der Lieferung oder Leistungserbringung in Erfüllung des erteilten Auftrags beziehen. Hierzu zählen in der Tat „die Beschäftigung von Auszubildenden oder Langzeitarbeitslosen, bezogen auf den konkreten Auftrag“, „eine angemessene Bezahlung zur Sicherstellung der Qualifikation von Wachpersonal“ oder „die Sicherstellung der Entgeltgleichheit von Frauen und Männern bei der konkreten Ausführung eines Auftrages“.²⁴⁷ Ein weiteres Beispiel ist die dem Auftragnehmer auferlegte Verpflichtung, bei der Durchführung des Auftrags nur Personal einzusetzen, das sozialversichert ist.²⁴⁸

Zur Berücksichtigung von IAO-Kernarbeitsnormen als Ausführungsanforderungen führt die Entwurfsbegründung aus: „Ebenso steht es einem öffentlichen Auftraggeber frei, die Pflasterung öffentlicher Plätze aus Steinen zu verlangen, die im Ausland unter Einhaltung der Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation hergestellt wurden. Damit kann der öffentliche Auftraggeber die Vorgabe der Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen bei Importen für die gesamte Lieferkette bis ins Ursprungsland erstrecken.“²⁴⁹ Dem

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

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

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

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

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

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

248 A. M. wegen eines zu Unrecht angenommenen fehlenden Bezugs zum Auftragsgegenstand OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.01.2013 – Verg 35/12 –.

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

ist zuzustimmen – soweit sich der Auftraggeber dabei in den oben IV.1.b.dd, ee dargestellten unionsrechtlichen Grenzen bewegt.

c) Weitergehende Anforderungen an den Auftragnehmer

Als aus EU-rechtlicher Sicht problematisch ist die Regelung des § 97 Abs. 4 S. 3 GWB anzusehen. Nach ihr dürfen andere oder weitergehende Anforderungen an Auftragnehmer nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist. Die Berücksichtigung weiterer Anforderungen bedarf also zunächst der Einführung durch ein formelles Bundes- oder Landesgesetz. Eine Regelung durch Rechtsverordnung oder Verwaltungsvorschrift ist ebenso ausgeschlossen²⁵⁰ wie durch kommunale Satzung. Bei Aufträgen oberhalb der Schwellenwerte haben die Kommunen daher keine Möglichkeit zur eigenständigen Formulierung weiterer Anforderungen. Weiterhin reicht es nicht aus, dass der Gesichtspunkt in beliebiger Weise in einem Gesetz benannt ist. Sonst würden alle in Gesetzen enthaltenen Regelungsgegenstände über § 97 Abs. 4 S. 3 GWB zu im Vergabeverfahren berücksichtigungsfähigen Kriterien transformiert. Erforderlich ist vielmehr, dass aus dem Gesetz die Entscheidung des Gesetzgebers hervorgeht, einen im Einzelnen benannten Gesichtspunkt für die Berücksichtigung gerade im Vergabeverfahren vorzusehen. Hierfür genügt es beispielsweise nicht, dass die Bundesrepublik die IAO-Kernarbeitsnormen ratifiziert hat.

Hinsichtlich der Reichweite der Regelungsbefugnis des Bundes- oder Landesgesetzgebers scheint die Begründung des Gesetzesentwurfs davon auszugehen, dass diese Befugnis prinzipiell unbegrenzt ist. Dies

würde in der Tat der dargestellten Auflösung der unter der Geltung von § 97 Abs. 4 HS 2 GWB a. F. bestehenden Begrenzung auf Ausnahmen auf der Stufe der Eignungsprüfung entsprechen. § 97 Abs. 4 S. 3 GWB soll es nunmehr ermöglichen, nicht im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehende Anforderungen, etwa „allgemeine Anforderungen an die Unternehmens- oder Geschäftspolitik ohne konkreten Bezug zum Auftrag (z. B. allgemeine Ausbildungsquoten, Quotierungen von Führungspositionen zugunsten der Frauenförderung, generelle Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen)“²⁵¹ vermittels einer gesetzlichen Regelung in Vergabeverfahren einzuführen²⁵¹. Würde dies zutreffen, so stünde dem Bundes- oder Landesgesetzgeber auch die Möglichkeit offen, in der Leistungsbeschreibung, der Eignungsprüfung, den Zuschlagskriterien oder als Ausführungsbedingungen nicht implementierbare Anforderungen hinsichtlich der Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen verbindlich vorzuschreiben.

Mit dem EU-Recht dürfte dieser Versuch, zusätzlich zu den unionsrechtlich gerade erst eingeführten Bedingungen für die Auftragsausführung noch eine weitere Kategorie von Kriterien zu schaffen, nicht vereinbar sein.

d) Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots

Soziale Gesichtspunkte können auch im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots nach § 97 Abs. 5 GWB berücksichtigt werden.²⁵² Insoweit ist auf die Ausführungen oben IV.1.b.cc zu verweisen.

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

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

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

V. Vergaben unterhalb der Schwellenwerte

Auch für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte sind zunächst die von Verfassungs- und primärem Unionsrecht aufgestellten Maßgaben (oben III) zu berücksichtigen. Nicht anwendbar sind hingegen das sekundäre EU-Vergaberecht sowie die Vorschriften der §§ 97 ff. GWB und der Vergabeverordnung. Unterhalb der Schwellenwerte ist gesetzliche Grundlage für die Vergabe öffentlicher Aufträge das Haushaltsrecht der jeweiligen Körperschaft – soweit nicht in den Bundesländern besondere gesetzliche Vorschriften bestehen (dazu unten V.3.a). Daher ist das Vergaberecht unterhalb der Schwellenwerte nicht – wie oberhalb der Schwellenwerte – vom Zweck der Öffnung des Wettbewerbs, sondern von den haushaltsrechtlichen Maßgaben der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit bestimmt. Realisiert werden die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit im Bereich der öffentlichen Beschaffung durch rechtlich strukturierte Vergabeverfahren. Gesichtspunkte, die zulässigerweise in einem solchen Beschaffungsverfahren berücksichtigt werden dürfen, bedürfen daher selbst dann keiner weiteren Rechtfertigung durch verfassungs- oder völkerrechtlich anerkannte Werte, wenn sie zu einer Verteuerung der beschafften Leistung führen.²⁵³

Das Haushaltsrecht von Bund, Ländern und Kommunen verlangt regelmäßig, dass der Vergabe von Aufträgen über Lieferungen und Leistungen eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen muss, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen. Bei der Vergabe von Aufträgen und dem Abschluss von Verträgen soll dabei nach einheitlichen Vergabegrundsätzen bzw. Richtlinien verfahren werden (vgl. nur § 55 BHO, § 55 der

Landeshaushaltsordnungen, § 31 GemHVO BW, § 25a Abs. 1 GemHV Bbg, § 30 HessGemHVO, § 29 GemHVO MV, § 22 GemHVO RP, § 29 GemHVO Doppik LSA, § 31 ThürGemHV). Niedergelegt sind diese einheitlichen Grundsätze in der Regel im Abschnitt 1 der VOB/A und der VOL/A. Dabei entstehen im vorliegenden Zusammenhang zwei Fragen: Inwieweit ist erstens die Anwendung der genannten Vergaberegelerwerke im Einzelfall zwingend? Was besagen die Vergabe- und Vertragsordnungen zweitens für die Einführung des Kriteriums der Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen in das Vergabeverfahren?

1. Bindungswirkung der Vergabe- und Vertragsordnungen

Die Vorschriften des jeweiligen Abschnitts 1 der Vergabe- und Vertragsordnungen tragen unterhalb der Schwellenwerte nach ganz überwiegender Auffassung lediglich den Charakter von Verwaltungsvorschriften ohne Außenwirkung.²⁵⁴ Dies ist zwar richtig, besagt aber nichts über die Intensität der Bindung der Kommunen. Diese Bindung ist in den verschiedenen Bundesländern unterschiedlich ausgestaltet:

Teilweise beruht die Bindung der Kommunen an den ersten Abschnitt von VOB/A bzw. VOL/A unmittelbar auf einer gesetzlichen Verweisung im jeweiligen Haushaltsrecht – wie in den Gemeindehaushaltsverordnungen in Brandenburg (§ 25a Abs. 2 und 3 GemHVO Bbg.) oder Mecklenburg-Vorpommern (§ 29 S. 2 GemHVO MV) – oder den Vergabegesetzen der Länder (vgl. für Bremen §§ 6 Abs. 1, 7 Abs. 1 BremTtVG, für Hamburg § 2a Abs. 1 HmbVgG, für Niedersachsen § 2 Abs. 1 Nds. LVergabeG, für Sachsen § 1 Abs. 2 SächsVergabeG, für

²⁵³ Eine zusätzliche Rechtfertigung für erforderlich halten 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).

²⁵⁴ *Horst Kuß*, Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB), Teile A und B, 4. Aufl. 2003, Einführung Rdnr. 16; *Gerd Motzke*, in: Motzcke/Pietzcker/Prieß (Fußn. 142), Syst III Rdnr. 147 ff.

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, so dass der Regelungsbe- reich zur vollen Disposition der Landesgesetzgeber steht.²⁵⁵ § 30 HGrG ordnet lediglich an, dass überhaupt eine öffentliche Ausschreibung zu erfolgen hat.

Das kommunale Haushaltsrecht anderer Länder ver- weist auf die Bekanntmachung allgemeiner Verga- begrundsätze (§ 29 Abs. 2 HessGemHVO; § 22 Abs. 2 GemHVO RP; § 25 Abs. 2 GemHVO NW; § 31 Abs. 2 GemHVO BW; § 29 Abs. 2 GemHVO Doppik LSA). In der Regel ordnen diese Bekanntmachungen die Anwen- dung des ersten Abschnitts von VOB/A und VOL/A an; diese Abschnitte „gelten als einheitliche Richtlinien und als Vergabegrundsätze ... für alle Beschaffungsver- fahren außerhalb des EU-Vergaberegime der §§ 97 ff. GWB“²⁵⁶. Auch die Stufung Haushaltsrecht (BHO, LHO, Gemeindehaushaltsverordnung) – Bekanntmachung – Verdingungsordnung aber schneidet den öffent- lichen Auftraggebern die Möglichkeit, von den Ver- gabe- und Vertragsordnungen abzuweichen, ab.²⁵⁷ Allerdings steht es dem zuständigen Ministerium frei, die Berücksichtigung vergabeexterner Zielsetzun- gen durch ergänzende Richtlinien anzuordnen. Diese ergänzenden Richtlinien haben dann den gleichen Rang wie die Verdingungsordnungen und modifizie- ren diese; erst die Zusammenschau von Verdingungs- ordnungen und ergänzenden Richtlinien ergibt die in den Haushalts(ver)ordnungen genannten, durch

das Ministerium zu konkretisierenden Vergabegrund- sätze.²⁵⁸ Die öffentlichen Auftraggeber sind dann an die Verdingungsordnungen in der modifizierten Form gebunden.

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 ober- halb der Schwellenwerte zum Ausdruck gebrachten Prinzipien des Vergaberechts – Wettbewerb, Transpa- renz und Diskriminierungsfreiheit – haben auch Ein- gang in die Vergabeordnungen gefunden. § 2 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A und § 2 Abs. 1 VOL/A fordern überein- stimmend, 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 Ver- gabe ausdrücklich fest. Das Gebot, wettbewerbs- beschränkende und unlautere Verhaltensweisen zu bekämpfen (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 VOB/A), ist Ausdruck des Transparenzprinzips.²⁵⁹

Erwogen worden ist, soziale Aspekte über eine entsprechende Fassung der Leistungsbeschrei- bung 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 Bezugs- quellen, die sich durch rechts- und sozialfeindliche

255 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.).

256 So die Formulierung der Nr. 1.1 des Gemeinsamen Runderlasses des hessischen Ministeriums für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung vom 01.11.2007.

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

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

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

Produktionsmethoden auszeichnen.²⁶⁰ Eine solche Vorgehensweise ist mit § 7 Abs. 3 VOL/A kaum vereinbar. Die Vorschrift verlangt ausdrücklich, dass die Beschränkung durch die Art der zu vergebenden Leistung gerechtfertigt sein muss. Keineswegs zielt diese Anforderung allein auf die Vermeidung von Diskriminierungen ab.²⁶¹ 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 anheim zu geben. Öffentliche Beschaffung erfolgt, um einen konkreten Beschaffungsbedarf zu decken. Diesen Beschaffungsbedarf inhaltlich zu definieren, ist Sache des jeweiligen öffentlichen Auftraggebers, soweit es sich um die Verwendbarkeit der zu beschaffenden Ware oder Leistung zur Schließung der Beschaffungslücke handelt. Beispielsweise können sich bestimmte Produktionsmethoden oder Produkte aus bestimmten Quellen anderen Produkten als mit Blick auf den Beschaffungsbedarf technisch überlegen erweisen. Hier ist eine entsprechende Beschränkung gerade durch die Art der zu vergebenden Leistung gerechtfertigt. Aus diesem Grund ist die Beschränkungsmöglichkeit des § 7 Abs. 3 VOL/A positiv gefasst: Bestimmte Erzeugnisse etc. können vorgeschrieben werden. Die Vorschrift ermöglicht aber gerade nicht den Ausschluss bestimmter Erzeugnisse aus Gründen, die mit der Verwendbarkeit der Ware oder Leistung zur Deckung des Beschaffungsbedarfs des öffentlichen

Auftraggebers in keinem Zusammenhang stehen. Eine Einführung des Kriteriums der Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen über die Leistungsbeschreibung scheidet aus.²⁶²

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

Dies schließt es auch auf der Ebene der Vergabe- und Vertragsordnungen grundsätzlich aus, die Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen als bieterbezogenes Kriterium einzuführen.²⁶³ Soweit teilweise – etwa in der Begründung von Vorlagen für Beschlüsse kommunaler Gremien – davon ausgegangen wird, die Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen, insbesondere des Übereinkommens 182 zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit, könne im Rahmen der Prüfung der Zuverlässigkeit der Bieter berücksichtigt werden, so dürfte dies in dieser Allgemeinheit mit der Zielrichtung der Zuverlässigkeitsprüfung kaum vereinbar sein. Der in vielen Teilbereichen des öffentlichen Wirtschaftsrechts verwendete Begriff der Zuverlässigkeit erfordert eine Prognose von dem auf Tatsachen begründeten Gesamteindruck des Verhaltens des Betreffenden auf die Gewähr, dass er die fragliche Tätigkeit künftig ordnungsgemäß vornehmen bzw. die in Rede stehende Leistung ordnungsgemäß erbringen

260 *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).

261 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).

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

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

wird.²⁶⁴ Für die vergaberechtliche Zuverlässigkeitsprüfung gilt im Kern nichts anderes. Im vergaberechtlichen Sinne zuverlässig ist ein Bieter, der seinen gesamten gesetzlichen Verpflichtungen nachgekommen ist und der aufgrund der Erfüllung früherer Verträge eine einwandfreie Ausführung des Auftrags einschließlich ggf. der Erbringung von Gewährleistungen erwarten lässt.²⁶⁵ Bezugspunkt auch der Zuverlässigkeitsprüfung ist daher die betreffende Leistung.²⁶⁶ 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 IAO-Kernarbeitsnormen in deutsches Recht transformiert worden sind, was ganz überwiegend der Fall sein dürfte, vermögen Verstöße gegen diese nationalen Rechtsnormen die Unzuverlässigkeit des Bieters zu begründen. Allerdings ist der Geltungsbereich dieser Bestimmungen regelmäßig auf den Geltungsbereich des Grundgesetzes beschränkt. Sofern es um die Prüfung von Verhaltensweisen geht, die im Ausland begangen werden, sind diese zwar durchaus nicht von vornherein unbeachtlich. So ist ein großer Teil der vom IAO-Übereinkommen 182 erfassten Formen der Kinderarbeit nach dem Strafgesetzbuch strafbar, und zwar unter den Voraussetzungen aus § 7 StGB auch bei einer Begehung im Ausland. Allerdings setzt § 7 StGB voraus, dass die Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist. Sind also die IAO-Kernarbeitsnormen in einem Staat nicht in nationales Recht umgesetzt worden, so sind in diesem Staat begangene Verstöße gegen die IAO-Kernarbeitsnormen nach deutschem Recht irrelevant, soweit nicht Sonderregelungen anderes gebieten. Dies gilt 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.ee.β) ist der Ausschlussgrund der nachweislichen schweren Verfehlung unterhalb der Schwellenwerte leichter zur Anwendung zu bringen. Unterhalb der Schwellenwerte ist es zulässig, bereits an eine Verletzung der Auskunftspflicht durch den Bieter die Konsequenz des Ausschlusses zu knüpfen.²⁶⁷ 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 IAO-Kernarbeitsnormen beachtet worden sind bzw. werden, ist unzulässig.

Der Zuschlag ist sowohl nach VOB/A (§ 16 Abs. 6 Nr. 3 S. 2) als auch nach VOL/A (§ 16 Abs. 8) auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. Zur Bestimmung des wirtschaftlichsten Angebots kommen nur auf die Leistung bezogene Kriterien in Betracht.²⁶⁸ 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 ee.γ), so dass auch unterhalb der Schwellenwerte die „soziale Herkunft“ eines Produkts als Zuschlagskriterium eingeführt werden kann..

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

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

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

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

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

Auch unterhalb der Schwellenwerte kann eine Einbeziehung des Gesichtspunkts der Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen in die öffentliche Beschaffung des Weiteren über die Vereinbarung von Vertragsbedingungen erfolgen.²⁶⁹ 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.²⁷⁰ Zum anderen soll die Vereinbarung nicht weitergehen, als es die Eigenart der Leistung und ihre Ausführung erfordern (§ 8 Abs. 4 Nr. 2 S. 2 VOB/A). Notwendig ist also auch insoweit ein Auftragsbezug.

Ob es die Eigenart der Ausführung von Bau- oder gar Lieferaufträgen erfordert, dass die IAO-Kernarbeitsnormen beachtet werden, darf durchaus bezweifelt werden. Denn im Kern bezieht sich die genannte Formulierung auf die Möglichkeit, Spezifika einer besonderen Leistung berücksichtigen zu können.²⁷¹ Doch wird dies für die kommunale Praxis dahin stehen können, wird doch weder das Vergabeverfahren fehlerhaft noch die Vertragsklausel unwirksam, wenn die Kautelen für eine Abweichung von den Allgemeinen Vertragsbedingungen nicht beachtet sind.²⁷² Anders als bei Vergaben ab Erreichen der Schwellenwerte ist es daher unschädlich, wenn die auf die Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen bezogene Vertragsbedingung

auch dann verwendet wird, wenn das den Auftrag ausführende Unternehmen Waren aus seinen Lagerbeständen liefert.

3. Vorgaben zur Berücksichtigung der IAO-Kernarbeitsnormen auf Landesebene

a) Gesetzliche Regelungen

Regelungen zur Berücksichtigung der IAO-Kernarbeitsnormen in Vergabeverfahren in der Form eines formellen Gesetzes sind mittlerweile in mehreren Bundesländern verabschiedet worden; in weiteren Bundesländern befinden sich entsprechende Gesetzentwürfe im parlamentarischen Beratungsgang.²⁷³ Die Regelungsdichte dieser Regelungen ist unterschiedlich:

Das Gesetz Nr. 1798 über die Sicherung von Sozialstandards, Tariftreue und Mindestlöhnen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge im Saarland (STTG)²⁷⁴, das für alle öffentlichen Auftraggeber und Aufträge ab einem geschätzten Auftragswert von € 25.000 gilt (§ 1), sieht in seinem § 11 vor, dass bei der Vergabe von Leistungen darauf hinzuwirken ist, dass keine Waren Gegenstand der Leistung sind, die unter Missachtung der in den IAO-Kernarbeitsnormen festgelegten Mindeststandards – die im Einzelnen durch Aufzählung der einschlägigen Kernarbeitsnormen bezeichnet werden – gewonnen oder hergestellt worden sind. Der nahezu wortidentische § 11 des Vergabegesetzes Mecklenburg-Vorpommern²⁷⁵ kommt ohne Rücksicht auf Auftragswerte zur Anwendung.

Weitergehende und untereinander strukturell vergleichbare Regelungen enthalten das Berliner

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

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

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

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

273 Übersicht bei *Barbara Meißner*, *Ökologische und soziale Aspekte der Landesvergabegesetze*, *VergabeR* 2012, S. 301 ff.

274 Vom 6.02.2013, *ABLSaar* S. 84.

275 Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge in Mecklenburg-Vorpommern v. 07.07.2011, *GVObL M-V* S. 411, *VgG M-V*.

Ausschreibungs- und Vergabegesetz²⁷⁶, das Bremer Tariftreue- und Vergabegesetz²⁷⁷, das Hamburgische Vergabegesetz, das Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen²⁷⁸, das Landesvergabegesetz Sachsen-Anhalt²⁷⁹ und das Thüringer Vergabegesetz²⁸⁰, die sämtlich für Vergaben ab Erreichen und unterhalb der Schwellenwerte gelten (vgl. § 1 Abs. 1 BlnAusVgG; § 2 BremTT-VgG; § 1 HmbVgG; § 2 TVgG-NRW; § 1 Abs. 1 LVG LSA – sofern der Auftragswert bei Bauaufträgen € 50.000 und bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen € 25.000 übersteigt –; § 1 Abs. 1 ThürVgG – sofern der Auftragswert bei Bauaufträgen € 50.000 und bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen € 20.000 übersteigt). Alle diese Gesetze enthalten eine besondere Vorschrift, die die Verpflichtung öffentlicher Auftraggeber statuiert, bei der Vergabe öffentlicher Aufträge darauf hinzuwirken, dass keine Waren Gegenstand der Leistung sind, die unter Missachtung der in den IAO-Kernarbeitsnormen festgelegten Mindeststandards gewonnen oder hergestellt worden sind, oder solche Waren nicht einkaufen zu sollen (§ 8 Abs. 1 BlnAusVgG; § 18 Abs. 2 BremTT-VgG; § 3a Abs. 1 HmbVgG; § 18 Abs. 1 TVgG-NRW²⁸¹; § 12 Abs. 1 LVG LSA; § 11 Abs. 1 ThürVgG – mit in der Sache unerheblicher Wortlautabweichung). Die Bremische

Kernarbeitsnormenverordnung²⁸² nimmt eine Eingrenzung auf bestimmte Produktgruppen vor und regelt eingehend das Verfahren der Implementation der Kernarbeitsnormen. Lieferaufträge dürfen gem. § 8 Abs. 2 BlnAusVgG, § 3a Abs. 2 HmbVgG nur mit einer ergänzenden Vertragsbedingung vergeben werden; in § 11 Abs. 2 ThürVgG fehlt zwar die ausdrückliche Bezugnahme auf eine ergänzende Vertragsbestimmung, die aber ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs der Vorschrift als Instrument zugrunde liegt.²⁸³ Bremen verwendet den Ausdruck „vertragliche Regelungen“ (§ 18 Abs. 2 S. 3 BremTT-VgG), Nordrhein-Westfalen den der „besonderen Ausführungsbedingungen“ (§ 18 Abs. 2 S. 1 TVgG-NRW). Gemäß § 12 Abs. 2 LVG LSA muss der Bieter bei Angebotsabgabe eine schriftliche Verpflichtungserklärung abgegeben haben.

Die Vertragsbedingung bzw. Erklärung hat den Auftragnehmer zur Auftragsausführung ausschließlich mit Waren zu verpflichten, die nachweislich oder gemäß einer entsprechenden Zusicherung unter „bestmöglicher Beachtung“ der IAO-Kernarbeitsnormen gewonnen oder hergestellt worden sind (§ 8 Abs. 2 BlnAusVgG, § 3a Abs. 2 HmbVgG). Die Unbestimmtheit des Begriffs „bestmögliche Beachtung“ (§ 18 Abs. 2 S. 1 TVgG-NRW, § 12 Abs. 2 S. 1 LVG LSA und § 11 Abs. 2 ThürVgG sprechen nur von „Beachtung“) ist nur deshalb hinnehmbar, weil § 8 Abs. 2 S. 2 BlnAusVgG, § 3a Abs. 2 S. 2 HmbVgG, § 12 Abs. 2 S. 2 LVG LSA die öffentlichen Auftraggeber verpflichtet, die von den Bietern für die betreffende Vergabe zu erbringenden Nachweise oder Erklärungen entsprechend zu konkretisieren. § 3a Abs. 2 HmbVgG, § 18 Abs. 2 S. 1 TVgG-NRW und § 11 Abs. 2 ThürVgG lassen insoweit neben einem vom Bieter zu führenden Nachweis auch eine

276 Vom 8.07.2010, GVBl. Bln. S. 399, BlnAusVgG.

277 Bremisches Gesetz zur Sicherung von Tariftreue, Sozialstandards und Wettbewerb bei öffentlicher Auftragsvergabe v. 24.11.2009, Brem.GBl. S. 476, BremTT-VgG.

278 Gesetz über die Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge v. 10.01.2012, GV. NRW S. 17, TVgG-NRW.

279 Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge in Sachsen-Anhalt v. 19.11.2012, GVBl. LSA S. 536, LVG LSA.

280 Thüringer Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge v. 18.04.2011, ThürGVBl. S. 69, ThürVgG.

281 Verfassungskonforme Auslegung bei der Anwendung durch kommunale Auftraggeber bei *Markus Faber*, Rechtsfragen zum Tariftreue- und Vergabegesetz NRW unter Berücksichtigung des verfassungs- und europarechtlichen Rahmens sowie des Rechtsschutzes, NWVBl. 2012, S. 255 (258).

282 Bremische Verordnung über die Berücksichtigung der Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation bei der öffentlichen Auftragsvergabe v. 17.05.2011, Brem.GBl. S. 375. Bur praktischen Umsetzung der Bremer Regelungen vgl. *Thomas Jablonski*, Von der Norm zur Wirklichkeit – Strategien zur Implementierung ökologischer und sozialer Aspekte am Beispiel der Freien Hansestadt Bremen, VergabeR 2012, S. 310 ff.

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

„entsprechende Zusicherung“ zu, wohingegen § 8 Abs. 2 BlnAusVgG auf einer „nachweislichen“ Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen besteht. Bedenken gegen diese Regelungen, die für Vergaben ab Erreichen der Schwellenwerte entsprechend den oben III und IV aufgezeigten Grundsätzen unions- und bundesrechtskonform – dies bedeutet nach dem oben III.2.a zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Ausgeführten etwa, dass auch in Berlin ggf. eine Zusicherung des Bieters ausreicht – auszulegen sind, obwalten nicht.

Darüber hinaus enthalten einige Landesvergabebe-
setze detaillierte Vorgaben, durch welche in den zu
schließenden Verträgen aufzunehmende Instrumente
wie Vertragsstrafen, Kündigungsrechte etc. Verstöße
der Bieter sanktioniert werden müssen (vgl. nur § 6
BlnAusVgG; § 18 LVG LSA).

b) Verwaltungsvorschriften

Sich auf die Vermeidung des Erwerbs von Produkten
aus ausbeuterischer Kinderarbeit richtende Verwal-
tungsvorschriften sind etwa in Baden-Württemberg²⁸⁴,
Bayern²⁸⁵ und Rheinland-Pfalz²⁸⁶ erlassen worden.

aa) Baden-Württemberg und Bayern

Die bayerischen und baden-württembergischen Rege-
lungen gelten für alle Vergaben der Behörden und
Betriebe des Landes sowie die landesunmittelbaren
juristischen Personen (Nr. 4 S. 1 VwV Kinderarbeit öA
BW) bzw. staatlicher Vergabestellen (Nr. 4 S. 1 Bek.

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

Auch gegen diese Regelungen ist im Wesentlichen
nichts zu erinnern.²⁸⁷ Dass die Eigenerklärung der Eig-
nungsprüfung zugeordnet wird (dazu oben IV.1.a und
IV.2.a), ist unschädlich, weil maßgebend für die recht-
liche Bewertung die Ausgestaltung in der einzelnen
Vergabe ist. Hier lässt die Bezeichnung als „Vertrags-
bestandteil“ (Nr. 4 S. 1 VwV Kinderarbeit öA BW, Nr. 4 S.
1 Bek. Kinderarbeit Bay) den Vergabestellen genügend
Raum, die Erklärung in gemeinschaftsrechtskonformer
Weise als Ausführungsbedingung zu fassen.

284 Verwaltungsvorschrift der Ministerien zur Vermeidung des
Erwerbs von Produkten aus ausbeuterischer Kinderarbeit bei
der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 20.08.2008, GABl. 2008,
S. 325. Im Folgenden: VwV Kinderarbeit öA BW.

285 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.

286 Erlass des Ministeriums für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft
und Weinbau betr. Nichtberücksichtigung von Produkten
aus ausbeuterischer Kinderarbeit im Sinne des IAO-
Übereinkommens Nr. 182 bei der Vergabe öffentlicher
Aufträge vom 06.04.2010, Az.: 8205 – 381015.

287 Zur hinreichenden Bestimmtheit des Regelungsmechanismus
vgl. VK Baden-Württemberg VergabeR 2010, S. 713 (716 f.).

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

bb) Rheinland-Pfalz

In Rheinland-Pfalz verlangt der Erlass vom 6. April 2010 von den Landesbehörden (den Kommunen, landeseigenen Unternehmen oder Unternehmen mit Landesbeteiligung sowie den sonstigen der Aufsicht des Landes unterliegenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts wird die Anwendung empfohlen) bei der Beschaffung im Einzelnen aufgeführter Produkte aus Afrika, Asien oder Lateinamerika die Beifügung einer Vertragsbedingung, deren Einhaltung die Bieter per Eigenerklärung versichern müssen. Sie ist

darauf gerichtet, dass bei der Ausführung des Auftrags nur Produkte Berücksichtigung finden, die ohne ausbeuterische Kinderarbeit im Sinne des IAO-Übereinkommens hergestellt oder bearbeitet wurden, bzw. das Unternehmen, seine Lieferanten und deren Nachunternehmer aktiv und zielführende Maßnahmen zum Ausschluss ausbeuterischer Kinderarbeit eingeleitet haben. In den Grenzen des (oben IV.1.d.dd) zur Reichweite der Ausführungsbedingungen Ausgeführten ist hiergegen nichts zu erinnern.

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

Fasst man die Ergebnisse dieser Arbeit zur Zulässigkeit der Einziehung von IAO-Kernarbeitsnormen in Vergabeverfahren zusammen, so lassen sich Grundsätze formulieren, die für Vergaben unterhalb und ab Erreichen der Schwellenwerte nicht unerhebliche Gemeinsamkeiten aufweisen²⁸⁸:

1. Eine Pflicht öffentlicher Auftraggeber, bei öffentlichen Beschaffungen auf die Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen zu dringen, besteht nur dann, wenn sie durch Landesgesetz oder zumindest durch Verwaltungsvorschrift explizit vorgeschrieben ist. Die Einbeziehung des Gesichtspunkts der Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen in das Vergabeverfahren ist nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig.
2. Weder die Warenverkehrs- noch die Dienstleistungsfreiheit des AEUV hindern die Berücksichtigung der Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen in Vergabeverfahren. Zwar wirkt die Einbeziehung dieses Kriteriums sowohl 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.
3. Das Kriterium der Beachtung von IAO-Kernarbeitsnormen muss – zumal es nicht in der Leistungsbeschreibung verankert werden kann – einer der Kategorien Eignungskriterien, Zuschlagskriterien oder

Bedingungen für die Auftragsausführung zugeordnet werden, die getrennt voneinander geprüft werden. Die Notwendigkeit des Bestehens eines Auftragsbezugs gilt für jede der drei Kategorien. Ein nicht auf den konkreten Auftrag, sondern die Beschäftigungsbedingungen in dem bietenden Unternehmen im Allgemeinen abstellendes Kriterium ist unzulässig.

4. **a)** Als bieterbezogenes Kriterium auf der Stufe der Eignungsprüfung ist die Beachtung von IAO-Kernarbeitsnormen bei Vergaben ab Erreichen der Schwellenwerte ausnahmslos und für öffentliche Aufträge unterhalb der Schwellenwerte insoweit unzulässig, wie es sich um die Abwehr von Verstößen handelt, die außerhalb des Geltungsbereichs des Grundgesetzes oder nicht von dem betreffenden Bieter selbst begangen werden oder in dem Staat, in dem das Produkt hergestellt wird, keinem strafbewehrten Verbot unterfallen. Unterhalb der Schwellenwerte könnte die Berücksichtigung eines entsprechenden Zuverlässigkeitskriteriums durch die Einfügung einer Öffnungsklausel in die die Verbindlichkeit der VOB/A oder VOL/A anordnenden haushaltsrechtlichen Vorschriften, Landesvergabegesetze oder ministeriellen Richtlinien ermöglicht werden. Eine abschließende bundesrechtliche Regelung, die eine entsprechende Kompetenz der Länder sperren würde, liegt derzeit nicht vor. **b)** Möglich ist lediglich die Berücksichtigung von Verstößen gegen IAO-Kernarbeitsnormen unter dem Gesichtspunkt des Ausschlusses des Bieters vom Vergabeverfahren wegen einer nachweislich festgestellten schweren beruflichen Verfehlung. Ein solcher Ausschluss setzt in jedem Fall voraus, dass der öffentliche Auftraggeber konkrete Anhaltspunkte für das Vorliegen einer schweren Verfehlung hat. Die pauschale Abforderung einer Erklärung von

²⁸⁸ Eine SWOT-Analyse in der Praxis vorfindlicher Praktiken zur Einbeziehung von Gesichtspunkten sozialer Verantwortung in Beschaffungsprozesse findet sich in The Landmark Project, Überprüfung sozialer Verantwortung entlang der Zulieferkette, 2012, S. 14 ff.

allen Bietern, dass bei der Herstellung des Produkts bzw. der Erbringung der Bau- oder Dienstleistung die IAO-Kernarbeitsnormen beachtet worden sind, ist unzulässig.

5. Nach der neueren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Zulässigkeit der „sozialen Herkunft“ eines Produkts als Zuschlagskriterium kann der Umstand, dass das zu beschaffende Produkt ohne Verstoß gegen die IAO-Kernarbeitsnormen hergestellt und gehandelt worden ist, mithin mit einer auszuweisenden Gewichtung belegt werden und muss dann mit dieser Gewichtung beim Zuschlag berücksichtigt werden. Die Verwendung als Zuschlagskriterium scheidet allerdings 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. Im Übrigen kann die Einführung der Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen als Zuschlagskriterium 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 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 muss sich das Zuschlagskriterium – im Gegensatz zur Ausführungsbedingung – nicht auf die Erfassung erst noch herzustellender Waren beschränken. Ob die Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen zum Zuschlagskriterium gemacht werden soll, bedarf daher im Einzelfall einer sehr sorgfältigen Prüfung, Abwägung mit der Gestaltung als Ausführungsbedingung und ggf. Gestaltung der Bewertungsmatrix.
6. a) Die Formulierung der Anforderung der Beachtung von IAO-Kernarbeitsnormen als Bedingung für die Auftragsausführung ist ebenfalls zulässig. Die vollständige, auch den Produktionsprozess

erfassende Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen kann für Warenlieferungen bei Aufträgen ab Erreichen der Schwellenwerte nur dadurch durchgesetzt werden, dass die Ausschreibung auf die Lieferung erst noch herzustellender Waren begrenzt wird. Soweit sich das Kriterium auf den Produktions- oder Handelsprozess bereits fertiger Waren bezieht, kann die Beachtung von IAO-Kernarbeitsnormen nur noch für den Lieferprozess eingefordert werden. Möglich ist aber eine mittelbare Einbeziehung des Produktionsprozesses dergestalt, dass dem Bieter, der seinerseits die zu liefernde Ware in Ausführung des Auftrags erst noch ankaufen muss, als Vertragsbedingung aufgegeben wird, von dem Hersteller oder Zwischenhändler wiederum die Vorlage einer unabhängigen Zertifizierung oder die Abgabe einer verbindlichen Erklärung, dass das Produkt unter Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen hergestellt bzw. gehandelt wurde etc., zu verlangen. Liefert der Bieter hingegen Ware aus seinen Lagerbeständen, so kann ihm ein solches Vorgehen gegenüber dem Hersteller oder einem Zwischenhändler nicht aufgegeben werden. Die Lieferung aus Lagerbeständen sollte daher in Gestalt einer Vertragsbedingung ausgeschlossen werden. Unterhalb der Schwellenwerte wird die Vergabe hingegen nicht fehlerhaft, wenn das Verlangen nach Vorlage einer Zertifizierung oder eines anderen Nachweises oder nach Abgabe einer Erklärung auch in den Fällen als Vertragsbedingung vorgegeben wird, in denen das Unternehmen Waren aus seinen Lagerbeständen liefert.

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

c) Die Ausführungsbedingungen werden als

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

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

e) Verstöße gegen die in der Vertragsbedingung aufgegebenen Verpflichtungen können zu vertragsrechtlichen Konsequenzen führen, wobei nach Möglichkeit ein vertragliches Rücktrittsrecht vorzubehalten oder ein Vertragsstrafversprechen vorzusehen ist. In späteren Vergabeverfahren kann der betreffende Bieter wegen Unzuverlässigkeit ausgeschlossen werden.

7. Zur Nutzung der ab Erreichen der Schwellenwerte gemäß § 97 Abs. 4 S. 3 GWB bestehenden Möglichkeit zur Einführung weiterer Anforderungen durch Bundes- oder Landesgesetz reicht die bloße Ratifizierung der IAO-Kernarbeitsnormen nicht aus. Darüber hinaus läuft die Vorschrift weitestgehend leer, weil die durch Art. 26 VKR vorgenommene Privilegierung sozialer und ökologischer Belange nur unter den dort genannten Voraussetzungen als abschließend zu verstehen ist.
8. Selbst eine nach dem Vorstehenden zulässige Einführung des Kriteriums der Beachtung von IAO-Kernarbeitsnormen in Vergabeverfahren bedarf der Rechtfertigung am Maßstab der Angemessenheitsprüfung, stellt doch das genannte Kriterium einen

Eingriff in die durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Vertragsfreiheit im unternehmerischen Bereich dar. Danach ist es unverhältnismäßig, vom Anbieter einer Lieferleistung ausnahmslos den Nachweis zu fordern, dass das Produkt unter voller Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen hergestellt und gehandelt wird. Für die Ausgestaltung im Einzelnen ist danach zu unterscheiden, ob die Implementation in das Vergabeverfahren in Form eines Zuschlagskriteriums oder als Ausführungsbedingung erfolgt:

9. Als Ausführungsbedingung zulässig ist folgende Implementation der IAO-Kernarbeitsnormen:
 - a)** Vorlage einer unabhängigen Zertifizierung oder eines anderen Beweismittels, das die Einhaltung des durch das Siegel zertifizierten Standards belegt. Die Zulassung eines dem jeweiligen Label gleichwertigen Nachweises der Einhaltung der zugrunde liegenden Kriterien ist EU-rechtlich zwingend geboten. Darüber hinaus müssen die Verdingungsunterlagen die detaillierten Spezifikationen, auf denen das Gütezeichen aufbaut, selbst aufführen.²⁸⁹ Bei der Entwicklung und Verbreitung entsprechender Siegel bzw. Kriterien sollte einer der Schwerpunkte der Implementation der IAO-Kernarbeitsnormen in Vergabeverfahren gesetzt werden²⁹⁰;
 - b)** bei – vom Bieter darzulegender – Unmöglichkeit oder Unverhältnismäßigkeit von a): Abgabe einer

289 EuGH NZBau 2012, 445 Rdnr. 63 ff.; Europäische Kommission, Sozialorientierte Beschaffung. Ein Leitfaden für die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Beschaffungswesen, 2011, S. 32; *Andreas Hermann*, Rechtsgutachten Umweltfreundliche öffentliche Beschaffung, 2012, S. 43; *Malte Müller-Wrede*, Nachhaltige Beschaffung, VergabeR 2012, S. 416 (425). Unzutreffend deshalb Deutscher Städtetag (Hrsg.), Die Berücksichtigung sozialer Belange im Vergaberecht, 2009, S. 23: „Sofern es für die Produkte geeignete und ausreichend verbreitete Label gibt, etwa zum Aspekt Kinderarbeit (z.B. das Rugmark-Label für Teppiche), kann der öffentliche Auftraggeber mit dem Angebot außerdem eine Bestätigung verlangen, dass ausschließlich Waren mit dem Label geliefert werden.“

290 Ebenso das Gutachten „Öffentliches Beschaffungswesen“ des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie vom 12.05.2007, Rdnr. 44, www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/Publikationen/gutachten-2-2007,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf; Antrag der Abgeordneten *Andreae* u.a. und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drucks. 16/8810 Ziff. 6.

verbindlichen Erklärung des Unternehmens, dass das Produkt unter Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen hergestellt, bearbeitet und gehandelt wurde; **c)** bei – vom Bieter darzulegender – Unmöglichkeit oder Unverhältnismäßigkeit von b): verbindliche Erklärung des Bieters, dass er für sein Unternehmen, seine Lieferanten und gegenüber dem Produzenten wirksame Maßnahmen zur Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen ergriffen hat, wobei die Maßnahmen näher darzulegen sind und zu erklären ist, dass sie auch und gerade bei dem konkret zu liefernden Produkt wirksam geworden sind bzw. werden. In diesem Fall handelt es sich nicht um eine lediglich zukunftsgerichtete, sondern um eine Erklärung, die auch die konkrete Produktherstellung bzw. -lieferung erfasst. Eine reine Bemühenserklärung des Unternehmens reicht hingegen nicht aus. Dies gilt in vollem Umfang allerdings nur für noch herzustellende Waren. Ist die Ware bereits hergestellt und wird vom Auftragnehmer nach dem Zuschlag lediglich angekauft, so kann dem Bieter nur aufgegeben werden, für die bis zu seinem Eintritt in die Handelskette schon beschrittenen Stufen eine die Punkte a) bzw. b) umfassende Erklärung seines Lieferanten beizubringen. Bei Unmöglichkeit oder Unverhältnismäßigkeit der Vorlage einer solchen Erklärung muss zumindest die Erklärung zu Punkt c) abgegeben werden.

10. Für die Einführung der Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen gelten die vorstehend entwickelten Grundsätze nicht in gleicher Weise. Zum einen ist in diesem Fall eine Beschränkung auf erst noch herzustellende Waren nicht geboten. Zum anderen entsteht in dieser Konstellation ein gewisses Spannungsfeld zwischen den Anforderungen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und dem Gebot, dass der Auftraggeber in der Lage sein muss, die Erfüllung der Zuschlagskriterien effektiv zu überprüfen. Eine Implementation als Zuschlagskriterien in dem für Ausführungsbedingungen (oben 9.) entwickelten Schema sieht sich dem Einwand ausgesetzt, dass Eigenerklärungen des Bieters eine effektive Überprüfung durch den Auftraggeber

von vornherein ausschließen. Die Fassung als Zuschlagskriterium setzt deshalb voraus, dass die Erfüllung der mit einem vorgegebenen Gütezeichen verlangten Standards bzw. der Spezifikationen, auf denen das Gütezeichen aufbaut, allen Bietern möglich und darüber hinaus verhältnismäßig ist.

11. Für die Praxis von Kommunen, die zur Verbesserung der Beachtung von IAO-Kernarbeitsnormen im Zuge von öffentlichen Beschaffungen beitragen möchten, zeitigen die aufgezeigten Grundsätze folgende Konsequenzen: **a)** Bestehen für das zu beschaffende Produkt gesicherte Möglichkeiten des Nachweises, dass das Produkt tatsächlich unter Einhaltung der IAO-Kernarbeitsnormen hergestellt worden ist, und ist die Führung dieses Nachweises allen Bietern zumutbar, so kann die Erbringung dieses Nachweises als Zuschlagskriterium formuliert werden. Dabei kommt es nicht darauf an, ob das zu liefernde Produkt bereits hergestellt worden ist oder nicht. 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. **b)** Soll bei Ausschreibungen oberhalb der Schwellenwerte die Beachtung im einzelnen benannter IAO-Kernarbeitsnormen als Ausführungsbedingung vorgegeben werden, so ist dies für bereits in einem Lager des Bieters befindliche Waren oder Produkte unzulässig. Zulässig ist die Forderung des Nachweises oder der Erklärung, dass das Produkt unter Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen gewonnen, hergestellt und bis zum Erwerb durch den Bieter gehandelt wurde oder dass der Bieter Maßnahmen zur Beachtung von IAO-Kernarbeitsnormen eingeleitet hat, nur hinsichtlich noch herzustellender bzw. vom Bieter zwecks Erfüllung des Auftrags noch zu erwerbender Produkte. Im letzteren Fall kann dem Bieter aufgegeben werden, eine entsprechende Erklärung seines Lieferanten beizubringen oder – wenn dies nicht möglich oder unzumutbar ist – seine gegenüber seinem Lieferanten und weiteren Gliedern

in der Lieferkette ergriffenen Maßnahmen zur Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen darzulegen. Soweit sich die Beschaffung nicht auf die Erbringung von Bau- oder Dienstleistungen bezieht, sollte daher in die Ausschreibung ein Passus aufgenommen werden, der darauf hinweist, dass sich die betreffende Kommune den im Einzelnen zu benennenden IAO-Kernarbeitsnormen verpflichtet weiß, zu deren Beachtung beitragen möchte und deshalb den Zuschlag nur ein solcher Anbieter erhält, der die Herstellung oder den eigenen Erwerb der Waren erst nach Zuschlag veranlasst. Ein entsprechender zeitlicher Mehraufwand muss deshalb einkalkuliert werden. Eine den vorstehenden Anforderungen genügende Ausschreibung hat die Verpflichtung auf die Beachtung von IAO-Kernarbeitsnormen in dem Schema oben zu VI.9 zu implementieren, wobei auf die Vertragsbedingung in der Auftragsbekanntmachung bzw. den Verdingungsunterlagen hinzuweisen und dem Bieter aufzugeben ist, sich bei Einreichung des Angebots auf die Akzeptierung der Vertragsbedingung zu verpflichten.

c) Anderes gilt für Beschaffungen unterhalb der Schwellenwerte. Hier ist es unschädlich, bei der Vorgabe einer Ausführungsbedingung dem Unternehmen auch bei Lieferung aus eigenen Warenbeständen die Beibringung eines Nachweises oder einer entsprechenden Erklärung seines Lieferanten oder – wenn dies unverhältnismäßig wäre – eine eigene Erklärung abzuverlangen.

d) Zur Erleichterung der Einführung des Kriteriums der Beachtung von IAO-Kernarbeitsnormen in Vergabeverfahren sollte zusätzlich politisch darauf gedrungen werden, dass für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte eine entsprechende Öffnungsklausel in die die Anwendung der VOB/A und VOL/A anordnenden Rechtsvorschriften oder Richtlinien aufgenommen wird. Als Vorbilder zu nennen sind insoweit die Erlasse in Baden-Württemberg, Bayern und Rheinland-Pfalz sowie die gesetzlichen

Regelungen in Berlin, Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, dem Saarland, Sachsen-Anhalt und Thüringen.

VII. Bewertung von Beschlüssen und Beschlussvorschlägen einzelner Kommunen

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

► Gremienbeschlüsse

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

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

Demgegenüber enthalten andere Beschlüsse eine striktere Fassung:

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

zum Ausstieg aus der ausbeuterischen Kinderarbeit eingeleitet haben.“ (z. B. Beschluss eines Plenums einer Stadt aus 2004; Beschluss des Verwaltungsausschusses des Gemeinderats einer Stadt aus 2005; Ziff. 2 des Beschlusses eines Stadtrats aus NRW aus 2005; Ziff. 1 des Beschlusses des Gemeinderats einer Stadt aus 2011; unter Erstreckung auf die IAO Sozialstandards Nr. 29/105, 87, 98, 100, 111 und 138 auch Beschluss eines Rates einer NRW-Stadt aus 2006).

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

Alternativ könnte diese Variante (Ziff. 1 des Ratsbeschlusses vom 24.06.2004 gewählt werden:

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

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

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

ist (so z. B. der Beschluss eines bayrischen Stadtrates aus 2006; Beschluss des Verwaltungsausschusses eines württembergischen Gemeinderats aus 2005).

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

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

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

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

► Konkrete Implementationsmaßnahmen

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

Von vornherein unzulässig sind alle dem Bieter abgeforderten Erklärungen, die als Nachweis der Eignung des Bieters eingeordnet werden. Wegen der Notwendigkeit der eindeutigen Zuordnung zu den verschiedenen Phasen der Eignungsprüfung, der Zuschlagskriterien oder der Ausführungsbedingungen

sind auch scheinbar neutrale Formulierungen bedenklich, die die Vorlage der Zertifizierung bzw. Erklärung als

„Voraussetzung für Ihre Teilnahme an der Ausschreibung“

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

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

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

Nachweis:

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

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

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

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

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

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

„kaum vorstellbar (wäre), dass eine Organisation aus dem Bereich des fairen Handels es dulden würde, wenn ‚ihre‘ Produkte aus ausbeuterischer Kinderarbeit stammen würden“ (so eine Stellungnahme einer NRW-Stadtverwaltung zu einem Bürgerantrag)

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

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

„Ich/Wir (= bei Bietergemeinschaften) bestätigen, dass die von mir/uns angebotenen Produkte nicht mit ausbeuterischer Kinderarbeit hergestellt wurden.“ (Ziff. 2 eines Beschlusses eines Rates aus NRW von 2005).

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

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

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

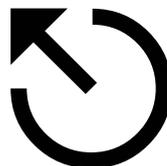
Anhang

Abkürzungsverzeichnis

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

Bundesweites Netzwerk Faires Beschaffungswesen

Die Servicestelle bietet zum Thema der fairen und sozialen Beschaffung für Kommunen und weitere Akteure neben der individuellen Beratung auch ein Netzwerk an. Dieses Gremium wurde im März 2007 gegründet und hat derzeit über 115 persönliche Mitglieder aus Rathäusern, Ministerien, Institutionen und Nichtregierungsorganisationen.



Wenn Sie Mitglied werden wollen,

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

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

Die Treffen finden etwa jährlich statt.

Leitfaden zur Berücksichtigung sozialer Belange im Vergaberecht



Der Leitfaden wird auf www.staetetag.de/publikationen/materialien/index.html zum Download zur Verfügung gestellt.

ENGAGEMENT GLOBAL gGmbH – Service für Entwicklungsinitiativen

Engagement Global gGmbH - Service für Entwicklungsinitiativen ist die Ansprechpartnerin in Deutschland für entwicklungspolitisches Engagement, deutschlandweit und international. Seit 1. Januar 2012 vereint Engagement Global unter ihrem Dach Initiativen und Programme, die sich in der entwicklungspolitischen Arbeit aktiv für ein gerechtes globales Miteinander einsetzen.

Mit Engagement Global gibt es erstmalig in Deutschland eine zentrale Anlaufstelle für die Vielfalt des entwicklungspolitischen Engagements sowie der Informations- und Bildungsarbeit.

Engagement Global informiert zu aktuellen Projekten und Initiativen in Deutschland und weltweit, berät Einzelne und Gruppen zu entwicklungspolitischen Vorhaben und fördert diese finanziell. Sie qualifiziert bedarfsgerecht, verbindet Menschen und Institutionen miteinander, unterstützt zivilgesellschaftliches und kommunales Engagement, private Träger und Einrichtungen.

Interessierte Bürgerinnen und Bürger, Vereine und Nichtregierungsorganisationen, Unternehmen und Kommunen, Lehrer und Schüler finden

- Information
- Beratung
- Weiterbildung
- Förderung
- Netzwerke

Engagement Global arbeitet im Auftrag der Bundesregierung und wird vom Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung finanziert. Mit dem Ministerium teilt Engagement Global das Ziel, mehr Bürgerinnen und Bürger für entwicklungspolitisches Engagement zu gewinnen.

Engagement Global ist eine gemeinnützige Gesellschaft mit beschränkter Haftung (gGmbH). Sie hat ihren Sitz in Bonn. Weitere Standorte sind Berlin, Düsseldorf, Hamburg, Leipzig, Mainz und Stuttgart.

ENGAGEMENT GLOBAL gGmbH
Service für Entwicklungsinitiativen

Tulpenfeld 7
53113 Bonn
Telefon +49 228 20 717-0
Telefax +49 228 20 717-150
info@engagement-global.de
www.engagement-global.de
www.facebook.com/engagement-global
www.twitter.com/EngGlobal

Infotelefon 0800 188 7 188

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.

Hier finden Sie Verweise auf ausgewählte aktuelle Publikationen.

Dialog Global-Schriftenreihe der Servicestelle:

- Nr. 29: 50 Kommunale Klimapartnerschaften bis 2015 – Dokumentation der Pilotphase. Bonn, Mai 2013
- Nr. 28: Handreichung zur Kommunalen Entwicklungspolitik – Ein Theorie- und Praxisleitfaden. Bonn, Mai 2013
- Nr. 27: Gutachten zu Migration und kommunaler Entwicklungspolitik 2012. Bonn, Februar 2012
- Nr. 26: Hauptstadt des Fairen Handels 2011. Dokumentation. Bonn, Dezember 2011
- Nr. 25: Vom Süden lernen: Bürgerhaushalte weltweit – eine Einladung zur globalen Kooperation, Studie, Bonn, Dezember 2010
- Nr. 24: Internationaler Kongress zu Modellen des Bürgerhaushalts. Berlin 2010. Dokumentation. Bonn, November 2010
- Nr. 23: Fair Handeln in Kommunen. Ein Praxisleitfaden. Bonn, November 2010
- Nr. 22: Migration und Entwicklung auf lokaler Ebene – Ein Praxisleitfaden. Bonn, November 2010
- Nr. 56: Achstes bundesweites Netzwerktreffen Bürgerhaushalt. Dokumentation vom 22./23. Mai 2012. Bonn, September 2012
- Nr. 55: Zweites Netzwerktreffen Deutscher Kommunen mit Partnerschaften in Nordafrika – Dokumentation. Bonn, August 2012
- Nr. 54: International Kick-off Workshop „50 Municipal Climate Partnerships by 2015“, 14th–16th November 2011 – Documentation. Bonn, May 2012. [English]
- Nr. 53: Zweites bundesweites Netzwerktreffen Migration und Entwicklung – Dokumentation. Bonn, August 2012
- Nr. 52: Erstes Netzwerktreffen WM Brasilien-Deutschland 2006/2011: Partner für Nachhaltige Stadtentwicklung 5.- 6. Dezember 2011, Bad Breisig

Material-Schriftenreihe der Servicestelle:

- Nr. 59: Internationaler Auftaktworkshop „50 Kommunale Klimapartnerschaften bis 2015“. Bonn, April 2013
- Nr. 58: Drittes Netzwerktreffen deutscher Kommunen mit Partnerschaften in Nordafrika. Dokumentation vom 15. November 2012. Bonn, Februar 2013
- Nr. 57: Pressespiegel 2012

Sonstige Publikationen der Servicestelle:

- Unser Profil. Bonn 2012
- Unsere Strategie. Bonn 2010
- Über Uns. Kurzprofil der Servicestelle. Bonn 2013 [Deutsch, Englisch, Spanisch, Portugiesisch]
- Kommunale Partnerschaften. Vernetzt in der globalisierten Welt. Ein Dossier der Servicestelle in Zusammenarbeit mit der Redaktion welt-sichten (Beilage zur Ausgabe 04/2013 von welt-sichten).
- Migranten als Brückenbauer. Das entwicklungspolitische Engagement von Migrantenorganisationen. Ein Dossier der Servicestelle in Zusammenarbeit mit der Redaktion welt-sichten (Beilage zur Ausgabe 09/2013 von welt-sichten)

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.

SERVICESTELLE

KOMMUNEN IN DER EINEN WELT

Engagement Global gGmbH,
Service für Entwicklungsinitiativen
Servicestelle Kommunen in der Einen Welt
Tulpenfeld 7, 53113 Bonn • 0228/20717-0

Eine Welt beginnt vor Ort

Das Leben der Menschen in unserer Einen Welt ist in vielfältiger Weise miteinander verbunden. Voneinander lernen, miteinander Lösungen suchen, gemeinsame Wege gehen – das sind die Erfordernisse unserer Zeit, um global nachhaltige Entwicklung zu fördern. Ihre Entscheidungen und Ihr Engagement als Kommune wirken sich auch auf das Leben anderenorts aus. Ihre gesellschaftliche, ökologische und wirtschaftliche Zukunft wird durch Ihr entwicklungspolitisches Engagement vielfältiger, ideenreicher und erfolgreicher.

Sie wollen Schritt halten mit den globalen Herausforderungen und gleichzeitig zur Entwicklung lebenswerter Bedingungen auch in anderen Teilen der Welt beitragen? Die Servicestelle Kommunen in der Einen Welt steht Ihnen als Partner zu allen Fragen kommunaler Entwicklungspolitik zur Seite. Wir stehen für Erfahrung, Kompetenz, erfolgreiche Projekte, nachhaltige Ergebnisse und umfangreiche Informationen.

Schärfen Sie das internationale Profil Ihrer Kommune. Erwerben Sie interkulturelle Kompetenz. Engagieren Sie sich.

Wir sind

als Teil der Engagement Global gGmbH:

- Kompetenzzentrum und Serviceeinrichtung für entwicklungspolitisch interessierte Kommunen in Deutschland,
- Partner für kommunale Entwicklungspolitik zur Erreichung internationaler Entwicklungsziele und einer nachhaltigen und partizipativen Stadtentwicklung – hier und bei den Partner im Süden,
- Förderer des Austausches von internationalem Know-how mit Kommunalexperten in Entwicklungs- und Schwellenländern,
- Experten für die Qualifizierung von kommunalen Projekt- und Städtepartnerschaften,
- Berater für wirkungsvolle Informations- und Bildungsarbeit deutscher Kommunen.

Wir arbeiten

im Auftrag des Bundesministeriums für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung an kommunalen Zukunftsthemen:

- Deshalb helfen wir kommunale Partnerschaften mit Entwicklungs- und Schwellenländern auf- und auszubauen, aktuell mit den Schwerpunkten: Klima, Bürgerhaushalt, nachhaltige Stadtentwicklung.
- Deshalb unterstützen wir die Vernetzung von Migration und Entwicklung auf lokaler Ebene und stärken kommunale Entwicklungspolitik durch die Einbeziehung von Migrantinnen und Migranten.
- Deshalb fördern wir ein Faires Beschaffungswesen als kommunalen Beitrag zur Ausweitung des Fairen Handels.

Wir bieten

- Veranstaltungen wie Workshops, Tagungen und Konferenzen die Betreuung und Unterstützung themenbezogener Netzwerke,
- den Wettbewerb „Hauptstadt des fairen Handels“,
- persönliche, kostenlose Beratung, auch bei Ihnen vor Ort,
- einen Online-Finanzierungsratgeber,
- umfangreiche Publikationsreihen, Studien und Recherchen zu aktuellen Themen der entwicklungspolitisch relevanten kommunalen Handlungsfelder, eine umfangreiche Homepage www.service-eine-welt.de und Internetportale, beispielsweise www.buergerhaushalt.org,
- den monatlichen Newsletter „Eine Welt Nachrichten“,
- Beratung für Kommunen zu den Angeboten der Engagement Global gGmbH.

Sie haben Ideen? Wir helfen Ihnen, diese umzusetzen.

Sie suchen Lösungen? Wir finden mit Ihnen partnerschaftlich das Ziel.

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



DEUTSCHER
LANDKREISTAG



Deutscher
Städtetag



DStGB
Deutscher Städte-
und Gemeindebund



Rat der Gemeinden und Regionen Europas
Deutsche Sektion

EINE WELT.
ONE WORLD.
UN SEUL MONDE.
BONN.



DORTMUND



Landeshauptstadt
München



stadt wermelskirchen
der richtige ort.



Auswärtiges Amt



Bundesministerium
für Umwelt, Naturschutz
und Reaktorsicherheit



dbb
beamtenbund
und tarifunion



DGB



d.i.e.

Deutsches Institut für
Entwicklungspolitik



German Development
Institute



UNESCO
Deutsche
UNESCO-Kommission e.V.



DIÖZESAN
RAT DER KATHOLIKEN
IM ERZBISTUM KÖLN



FORUM DER
KULTUREN
STUTTART E. V.



Rat für
NACHHALTIGE
Entwicklung



VENRO
VERBAND ENTWICKLUNGSPOLITISCHER
DEUTSCHER NICHTREGIERUNGS-
ORGANISATIONEN e.V.

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

Unter Mitwirkung: Land Mecklenburg-Vorpommern, Deutscher Landkreistag, Deutscher Städtetag, Deutscher Städte- und Gemeindebund, Deutsche Sektion des Rates der Gemeinden und Regionen Europas, Stadt Bonn, Stadt Dortmund, Main-Kinzig-Kreis, Stadt München, Stadt Wermelskirchen, Arbeitsgemeinschaft der Eine-Welt-Landesnetzwerke e.V., Auswärtiges Amt, Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, Deutscher Beamtenschaft, Deutscher Gewerkschaftsbund, Deutsches Institut für Entwicklungspolitik, Deutsche UNESCO-Kommission e.V., Diözesanrat der Katholischen Kirche, Forum der Kulturen Stuttgart e.V., Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit, Rat für Nachhaltige Entwicklung, Verband Entwicklungspolitik deutscher Nichtregierungsorganisationen e.V.