

**Schleswig-Holsteinischer Landtag**  
**Umdruck 16/3311**

**inWent**

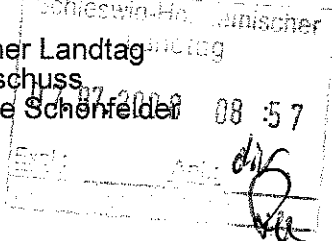
Internationale Weiterbildung  
und Entwicklung gGmbH

Capacity Building  
International, Germany

InWent gGmbH – Servicestelle Kommunen in der Einen Welt  
Friedrich-Ebert-Allee 40 D-53113 Bonn

Schleswig-Holsteinischer Landtag  
Innen- und Rechtsausschuss  
Geschäftsführerin Dörte Schönfelder  
Postfach 7121

24171 Kiel



**Servicestelle**  
**Kommunen in der Einen Welt**

Name Ulrich Nitschke  
Telefon 0228-4460-1630  
Telefax 0228-4460-1635  
Email ulrich.nitschke@inwent.org  
www.service-eine-welt.de

Ihr Zeichen L 215

Ihre Nachricht 16-6-08

Unser Zeichen

Datum 3. Juli 2008

J:\SKEW\Projekte\Faires  
Beschaffungswesen\Beratungen\Schleswig-Holstein\Landtagsbrief

**Verantwortungsvolle öffentliche Beschaffung**  
**Stellungnahme zur Anhörung**

Sehr geehrte Frau Schönfelder,

ich darf mich zunächst dafür bedanken, dass Sie die Servicestelle Kommunen in der Einen Welt in Trägerschaft der InWent gGmbH in Ihre schriftliche Anhörung einbeziehen. Ich komme dieser Bitte gerne nach. Ein wesentliches Thema der Servicestelle ist "Faires Beschaffungswesen". Hierzu beraten wir seit 2005 z.B. Kommunen.

Die angesprochene Thematik der öffentlichen Beschaffung und der Vermeidung von bestimmten Produktionsbedingungen gehört zum Regelfall der Fragestellungen der Beschaffung. Neu daran ist, die Vermeidung bestimmter Formen der Produktion im Ausland ebenfalls zu unterbinden. Dabei wird als neuer Fokus gefordert, nicht nur Beeinträchtigungen durch z.B. Nutzung oder Verzehr von im Ausland produzierten Waren bei Beschäftigten und Konsumenten hier auszuschließen, sondern diese Schutzaspekte auf andere Staaten auszudehnen: Auch in Herstellerländern sollen Beschäftigte nicht unter der Produktion von Waren leiden, die wir importieren lassen. Maßgabe dieser Überlegungen bietet die ILO, die für die Weltgemeinschaft sog. Kernarbeitsnormen erlassen hat und welche die meisten Staaten anerkennen. Zuletzt (1999) formuliert wurde die Kernarbeitsnorm 182 – zum Schutz vor ausbeuterischer Kinderarbeit. Diese Norm legt klar fest, was damit gemeint ist, denn es gibt keine Ausnahmebestände:

- umfasst alle Personen unter 18 Jahren
- verbietet Sklaverei (Kinderhandel, Leibeigenschaft, Zwangsarbeit...)
- verbietet Prostitution und Pornografie
- Aktivitäten im Drogenhandel
- schädliche Arbeitsformen.

Postfach 12 06 23  
53048 Bonn  
Friedrich-Ebert-Allee 40  
53113 Bonn

Telefon  
Telefax  
Internet:  
www.inwent.org

Sitz der Gesellschaft: Bonn  
Registergericht:  
Amtsgericht Bonn  
HRB 9942  
Steuer-Nr.: 205/5783/1270  
USt-IdNr.: DE 813586591

Vorsitzender des Aufsichtsrates:  
Erich Stather  
Geschäftsführung:  
Dr. Ulrich Popp  
Dr. Gudrun Kochendörfer-Lucius  
Bernd Schleich

Dresdner Bank Köln  
BLZ 370 800 40  
Konto 034 989 1800  
BIC: DRESDEFF370  
Commerzbank Bonn  
BLZ 380 400 07  
Konto 120 201 9  
BIC: COBADEFF380

Es bedeutet aber nicht, dass alle Arten von Kinderarbeit unterbunden sind. Allerdings hat die Norm 182 das Ziel durch eine Stufung (es können auch Produktionsstätten zeitlich befristet Handelspartner bleiben, die sich belegbar auf den Weg gemacht haben, die ausbeuterischen Formen der Kinderarbeit zu beenden) tatsächlich diese Formen der Kinderarbeit zu beenden, statt nur zu einer Verdrängung der betroffenen Kinder in andere Produktionsstätten oder weg vom Steinbruch in die Prostitution zu zwingen; denn diese Regelung der ILO 182 betrifft die Symptome, aber sie behebt die Ursachen nicht: Armut und Bildungsmangel. Jährlich werden weltweit 1,2 Mio. Kinder unter 18 Jahre selbst als Ware gehandelt. 126 Mio. Kinder arbeiten, 20.000 Kinder sterben jährlich durch Arbeitsunfälle. 20 % der arbeitenden Kinder leben ohne ihre Eltern, davon sind 11 % Vollweisen – häufig durch Aids. Spitzenreiter in der Statistik ist derzeit Sierra Leone, wo allein 78% aller Kinder dieses Landes im Alter von 7-14 Jahren arbeiten müssen.

Dabei, und auch diese Zahlen sind wichtig, fehlen nur wenige Cents, um diese extremen Formen zu mindern oder zu vermeiden. Ein Grabstein, zertifiziert und ohne Kinderarbeit, wird hier 1,5 % teurer, als ein "normaler" Grabstein aus Indien oder China. Ein Turnschuh würde bei einer Lohnverdoppelung dort in der Produktion hier nur 50 Cent teurer, eine Tasse Kaffee aus dem Fairen Handel kostet einen Cent mehr.

Durch die öffentliche Hand werden bundesweit ca. 350 Mrd. Euro ausgegeben, davon etwa die Hälfte durch Kommunen. Aktivitäten durch Gruppen, Initiativen, Parteien und Bündnisse versuchen seit 2002 (mit dem ersten Ratsbeschluss der Stadt München), diese ansehnliche Summe als Marktmacht zu entwickeln und sich als Vorbild öffentlich zur Nachahmung zu empfehlen. Bisher sind soziale Aspekte in der öffentlichen Beschaffung bei Ausschreibungen kein relevanter Aspekt und daher nicht zur Ausschreibungsbedingung formuliert worden. Daher bestehen bei Anbietern auch keine Notwendigkeiten, hier entsprechende Schritte einzuleiten. Andere, namentlich die Wirtschaft, reagieren seit Jahren auf diese Thematik. Unternehmen in Deutschland fürchten um ihre Reputation, wenn es Vorwürfe in der Öffentlichkeit gibt und sie mit Kinderarbeit konfrontiert werden. Beides gehört zusammen: Erstens die Übertragung von Ansprüchen der öffentlichen Arbeitgeber an die Qualitäten von Waren, mit denen die eigenen Mitarbeiter umgehen müssen, sind hoch und beachtenswert, denn hier werden u.a. Gesundheitsfolgen und Kosten daraus vermieden. Sowie zweitens die Formulierung der Anforderung an Unternehmen und Anbieter hier, deren eigene Maßnahmen damit öffentliche Anerkennung finden oder eben erst entwickelt werden müssen. In der Summe eine Form zur gerechteren Globalisierung. Auch befördert dies alle Maßnahmen, um Arbeitsbedingungen international zu verbessern.

Hinzuweisen ist in dem Kontext auch darauf, dass es hinsichtlich der Beachtung von Aspekten in der Beschaffung aus dem Feld "Ökologie" durchaus Forderungen gibt. Sozialaspekte sind selten eingefügt worden, z.B. zu Mindestlöhnen oder zu Ausbildungsplätzen. Stets aber nur mit der Beachtung auf die unmittelbaren Anbieter in Deutschland. Ferner führt die Thematik der ILO-Normen und der öffentlichen Beschaffung zu einer Schärfung der auch laufenden Diskussionen darüber, Anforderungen an die öffentliche Beschaffung insgesamt zu minimieren.

Problematisch ist ein solcher Beschluss juristisch nicht. Die Beachtung der Norm 182 widerspricht weder dem Bundesrecht (Grundgesetz) noch dem EU-Recht (vgl. Grundrechtscharta der EU Art. 32) und ist daher als Anforderung bei Ausschreibungen verwendbar. Problematisch sind der glaubwürdige Nachweis und die verlässliche Umsetzung einer solchen Anforderung. Zumindest bei der Umsetzung öffnet die Novelle des GWB mit seinem Art. 97 Abs. 4 die Option, auch soziale Kriterien aufzunehmen und als Bundesland zu konkretisieren. Der Passus lautet: "Für die Auftragsausführung können zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer gestellt werden, 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." Diese novellierte Fassung hat am 21.05.2008 die Zustimmung des Bundeskabinetts erfahren. Es gibt explizit den Bundesländern weiterhin (der zweite Satz im Zitat ist bereits im noch gültigen 97(4) GWB enthalten) einen Gestaltungsspielraum. Hierzu möchte ich Sie im Rahmen der Umsetzungen für Schleswig-Holstein ermuntern, sich dieser Möglichkeit zu bedienen und hier – um auch den Unternehmen eine transparente und verlässliche Regelung zu bieten – mit anderen Bundesländern über eine gemeinsame Ergänzung zu verständigen.

Insgesamt haben sich bis heute 114 Kommunen dazu entschlossen, per Rats- oder Gemeinde- oder Landkreistagsbeschluss ausbeuterische Kinderarbeit zu unterbinden in deren Beschaffung. Sieben Bundesländer (Bayern, Saarland, Sachsen, Bremen, Hamburg, Baden-Württemberg) sind ebenso vorgegangen. In Schleswig-Holstein haben sich bisher Amt Föhr-Amrum, Kiel und Lübeck in die Reihe der kommunalen Beschlüsse eingefügt; dass sind nur 2,6 % der bisherigen Beschlüsse im Bundesgebiet. Hier kann eine Vorbildmaßnahme eines Landtagsbeschlusses sicherlich motivieren. Zur Information füge ich Ihnen den Antrag aus Bayern und den dazu gehörende Erlass des Ministerpräsidenten bei, der bei der Frage nach Qualität und Formulierung des schleswig-holsteinischen Antrags eine Hilfe bieten könnte. Zu überlegen ist auch, ob weitere Kernarbeitsnormen angegangen werden (hierzu verweise ich auf Bremen).

Die Servicestelle bietet verschiedene Dienstleistungen zum Thema an. Wir pflegen hierzu einen bundesweiten Erfahrungsaustausch und bringen u.a. juristische Klarheiten durch ein Rechtsgutachten, welches auf dem Rechtsstand ohne Novelle des GWB die Umsetzbarkeit der acht Kernarbeitsnormen der ILO in das kommunale Beschaffungswesen beleuchtet. Wir werden auch dieses stark nachgefragte Gutachten fortschreiben. Eine Ausfertigung liegt dem Brief als Anlage bei, weitere Exemplare stellen wir kostenfrei zur Verfügung.

Mit diesen Hinweisen und Kommentaren hoffe ich, Ihre Anhörung bereichern zu können.

Ich wünsche Ihnen eine gute Beratung im Ausschuss und Landtag. Für Rückfragen oder Diskussionen vor Ort stehen wir gern zur Verfügung. Sie können sich hierzu auch direkt an meinen Projektleiter für dieses Thema, Herrn Michael Marwede ([michael.marwede@inwent.org](mailto:michael.marwede@inwent.org)), wenden.

Mit freundlichen Grüßen  
In Vertretung

  
Ulrich Mitschke  
Leiter der Servicestelle

Anlage

- Material 24
- Profil und Kurzprofil der Servicestelle
- Beschluss Bremische Bürgerschaft
- Beschluss Bayerischer Landtag
- Erlass Bayern zum o.g. Beschluss



**Antrag der Fraktionen der SPD und Bündnis 90/Die Grünen****Gegen Ausbeutung und Menschenrechtsverletzungen – Für eine verantwortungsvolle öffentliche Beschaffung und Vergabe**

Ob Bälle für den Schulunterricht, Pflastersteine oder Arbeitsbekleidung – das Land Bremen und seine Kommunen geben wie der Bund und die anderen Länder und Kommunen jährlich große Beträge für die Beschaffung von Gütern aus. Diese kommen oft von weit her und werden zum Teil unter katastrophalen Arbeitsbedingungen, Menschenrechtsverletzungen und mit ausbeuterischer Kinderarbeit produziert. Diesem Missstand muss dringend entgegengewirkt werden.

Ein verantwortungsvolles Beschaffungswesen stellt auf staatlicher und kommunaler Ebene einen wichtigen Schritt auf dem Weg zu einem sozial und ökologisch zukunftsfähigen Produktions- und Konsumverhalten dar. In anderen Ländern (z. B. Bayern) und Kommunen (z. B. Düsseldorf) wurden bereits entsprechende Beschlüsse gefasst und umgesetzt. Im Land Bremen haben sich die Koalitionspartner in ihrem Vertrag ebenfalls auf die Entwicklung und Anwendung fairer und ökologischer Kriterien geeinigt.

Über die landesrechtlichen Regelungen hinaus müssen auf Bundesebene bei der aktuellen Vergaberechtsreform, wie von den entsprechenden EU-Richtlinien zur öffentlichen Auftragsvergabe vorgesehen, soziale und ökologische Kriterien ausdrücklich zugelassen werden.

Die Bürgerschaft (Landtag) möge beschließen:

Die Bürgerschaft (Landtag) fordert den Senat auf,

1. geeignete Maßnahmen zu ergreifen und sicherzustellen, dass im Beschaffungswesen und bei Ausschreibungen im Land Bremen und seiner Kommunen in Zukunft nur Produkte erworben werden, die unter Einhaltung der Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation, ILO, insbesondere ohne ausbeuterische Kinderarbeit im Sinne der ILO-Konvention 182, hergestellt wurden. Der Senat hat weiter dafür Sorge zu tragen, dass ökologische Standards und Standards des fairen Handels in geeigneter Weise berücksichtigt werden. Der Nachweis ist durch eine Zertifizierung einer unabhängigen Organisation oder eine Selbstverpflichtungserklärung zu führen,
2. auf im öffentlichen (Mehrheits-)Besitz befindliche Gesellschaften und öffentliche Einrichtungen einzuwirken, nach derselben Maßgabe zu verfahren,
3. sich gegenüber der Bundesregierung im Rahmen der Novellierung des Bundesvergaberechts für eine verbindliche Verankerung sozialer und ökologischer Kriterien im Beschaffungswesen und bei Ausschreibungen einzusetzen,
4. der Bürgerschaft (Landtag) über die Umsetzung dieses Beschlusses bis März 2008 zu berichten.

Ulrike Hiller, Wolfgang Jägers,  
Dr. Carsten Sieling und Fraktion der SPD

Dr. Maike Schaefer,  
Dr. Matthias Güldner und Fraktion Bündnis 90/Die Grünen



## Beschluss

### des Bayerischen Landtags

Der Landtag hat in seiner heutigen öffentlichen Sitzung beraten und beschlossen:

**Antrag** der Abgeordneten **Henning Kaul, Joachim Unterländer, Dr. Jakob Kreidl, Peter Welhofer, Hermann Imhof, Günther Babel, Annemarie Biechl, Renate Dodell, Christa Götz, Helmut Guckert, Christine Haderthauer, Johannes Hintersberger, Dr. Marcel Huber, Dr. Otto Hünnerkopf, Melanie Huml, Anton Kern, Franz Kustner, Christa Matschl, Christian Meißner, Edeltraud Plattner, Ingeborg Pongratz, Martin Sailer, Ulrike Scharf-Gerlspeck, Berta Schmid, Sylvia Stierstorfer, Max Weichenrieder, Peter Winter, Dr. Thomas Zimmermann CSU,**

**Joachim Wahnschaffe, Johanna Werner-Muggendorfer, Dr. Hildegard Kronawitter, Karin Radermacher, Kathrin Sonnenholzner, Christa Steiger, Dr. Simone Strohmayer SPD,**

**Dr. Martin Runge, Renate Ackermann, Ruth Paulig, Barbara Rütting BÜNDNIS 90 DIE GRÜNEN**

Drs. 15/8120, 15/8641

### Vermeidung des Erwerbs von Produkten aus ausbeuterischer Kinderarbeit im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens

1. Der Landtag fordert die Staatsregierung auf, im Beschaffungswesen und bei Ausschreibungen des eigenen Geschäftsbereichs künftig nur Produkte zu berücksichtigen, 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. Dies ist durch eine Zertifizierung einer unabhängigen Organisation oder eine entsprechende Selbstverpflichtungserklärung nachzuweisen.

2. Staatliche Unternehmen und Beteiligungen werden aufgefordert, ebenso zu verfahren.
3. Weitere öffentliche Einrichtungen, die Regierungen und die Kommunen werden über die Maßnahmen der Staatsregierung informiert und ermutigt, im eigenen Zuständigkeitsbereich ebenso zu verfahren und entsprechende Maßnahmen umzusetzen. Um Rechtssicherheit zu gewähren, schafft der Freistaat Bayern hierzu entsprechende Grundlagen.
4. Die Öffentlichkeit, insbesondere die Verbraucherinnen und Verbraucher sowie die Unternehmen, werden von der Staatsregierung gemeinsam mit den im Eine Welt Netzwerk Bayern e.V. zusammengeschlossenen Eine Welt-Initiativen über die Problematik der ausbeuterischen Kinderarbeit informiert und aufgefordert, sich anzuschließen bzw. weiter zu engagieren.
5. Gegenüber der Bundesregierung setzt sich die Staatsregierung dafür ein, dass im Zuge der Neugestaltung des deutschen Vergaberechts öffentlichen Auftraggebern unstrittig die Möglichkeit gegeben wird, bei Ausschreibungen ökologische und soziale Kriterien zu berücksichtigen.
6. Dem Landtag ist über das Ergebnis der Umsetzung zu berichten.

Der Präsident

I.V.

**Barbara Stamm**

I. Vizepräsidentin





**Öffentliches Auftragswesen:****Vermeidung des Erwerbs von Produkten aus ausbeuterischer Kinderarbeit****Bekanntmachung****der Bayerischen Staatsregierung****vom 29. April 2008, Az.: B II 2 - 515-252**

1. <sup>1</sup> Nach Art. 100 der Verfassung und Art. 1 Abs. 1 des Grundgesetzes ist die Würde des Menschen unantastbar. <sup>2</sup> Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt. <sup>3</sup> Hierzu gehört das Bekenntnis des Deutschen Volkes zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten (Art. 1 Abs. 2 des Grundgesetzes). <sup>4</sup> Zum Kernbestand dieser Menschenrechte zählt das Verbot der Sklaverei und der Zwangsarbeit, wie es insbesondere in Art. 4 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 ausdrücklich verbürgt wird. <sup>5</sup> Die dort gewährleisteten Grundrechte werden nach Art. 6 Abs. 2 des EU-Vertrags von der Europäischen Union als Grundrechte geachtet; Gleiches gilt für Grundrechte, wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben. <sup>6</sup> Auch nach der Rechts- und Werteordnung der Verfassung und des Grundgesetzes hat jeder das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit (Art. 101 der Verfassung, Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes) und das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 des Grundgesetzes).
  
2. <sup>1</sup> Das Übereinkommen Nr. 182 der Internationalen Arbeitsorganisation vom 17. Juni 1999 über das Verbot und unverzügliche Maßnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit (im Folgenden: IAO-Übereinkommen Nr. 182) ist durch Zustimmungsgesetz vom 11. Dezember 2001 (BGBl II S. 1290) am 18. April 2003 in Kraft getreten (Bek. vom 28. Juni 2002, BGBl II S. 2352). <sup>2</sup> Nach Art. 2 des IAO-Übereinkommens Nr. 182 gelten als „Kind“ alle Personen unter 18 Jahren. <sup>3</sup> Der Ausdruck „die schlimmsten Formen der Kinderarbeit“ umfasst dabei nach Art. 3 Buchst. a und d des IAO-Übereinkommens Nr. 182 insbesondere:
  - alle Formen der Sklaverei oder alle sklavereiähnlichen Praktiken, wie den Verkauf von Kindern und den Kinderhandel, Schuldknechtschaft und Leibeigenschaft so-

wie Zwangs- oder Pflichtarbeit, einschließlich der Zwangs- oder Pflichtrekrutierung von Kindern für den Einsatz in bewaffneten Konflikten;

- Arbeit, die ihrer Natur nach oder aufgrund der Umstände, unter denen sie verrichtet wird, voraussichtlich für die Gesundheit, die Sicherheit oder die Sittlichkeit von Kindern schädlich ist.

3. <sup>1</sup> Der sich aus Art. 1 und 7 des IAO-Übereinkommens Nr. 182 ergebenden Pflicht, unverzügliche und wirksame Maßnahmen zu treffen sowie deren wirksame Durchführung sicherzustellen, wird auf nationaler Ebene durch den Vollzug der entsprechenden Vorschriften zum Jugendarbeitsschutz nachgekommen. <sup>2</sup> Der Freistaat Bayern achtet darüber hinaus bei seiner Beschaffung darauf, dass bei der Herstellung bzw. Bearbeitung der entsprechenden Produkte weder gegen die nationalen Jugendarbeitsschutzgesetze verstoßen wird noch gegen Normen, die außerhalb des Geltungsbereichs des Grundgesetzes zur Umsetzung des IAO-Übereinkommens Nr. 182 erlassen wurden oder die sonst dem Schutz vor ausbeuterischer Kinderarbeit dienen.

4. <sup>1</sup> Die staatlichen Vergabestellen haben daher bei der Vergabe öffentlicher Aufträge des Freistaates Bayern in begründeten Fällen eine Eigenerklärung zu verlangen, die bei Annahme des Angebots Vertragsbestandteil wird. <sup>2</sup> Eigenerklärungen kommen derzeit insbesondere bei folgenden Produkten in Betracht, falls diese in Afrika, Asien oder Lateinamerika hergestellt oder bearbeitet wurden:

- Sportbekleidung, Sportartikel, insbesondere Bälle;
- Spielwaren;
- Teppiche;
- Textilien;
- Lederprodukte;
- Billigprodukte aus Holz;
- Natursteine;
- Agrarprodukte wie z.B. Kaffee, Kakao, Orangen- oder Tomatensaft.

5. <sup>1</sup> Eigenerklärungen sind zulässig und notwendig, um die Zuverlässigkeit des Auftragnehmers abzuklären. <sup>2</sup> Die Nichtabgabe der Erklärung oder die Abgabe einer wesentlich oder vorwerfbar falschen Erklärung hat den Ausschluss von dem laufenden Vergabeverfahren zur Folge. <sup>3</sup> Die Erklärung muss mindestens folgenden Inhalt haben:

- a) Die Angabe, ob die angebotene Leistung oder Lieferung von ausbeuterischer Kinderarbeit betroffene Produkte nach Nr. 4 Satz 2 enthält;
  - b) falls die Leistung oder Lieferung solche Produkte enthält, die Zusicherung, dass die Herstellung bzw. Bearbeitung der zu liefernden Produkte ohne ausbeuterische Kinderarbeit im Sinn des 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;
  - c) falls die Erklärung nach Buchst. b nicht abgegeben werden kann, die Zusicherung, dass das Unternehmen, seine Lieferanten und deren Nachunternehmer aktive und zielführende Maßnahmen ergriffen haben, um ausbeuterische Kinderarbeit im Sinn des IAO-Übereinkommens Nr. 182 bei der Herstellung bzw. Bearbeitung der zu liefernden Produkte auszuschließen.
6. Erweist sich nach Vertragsschluss, dass eine wissentlich oder vorwerfbar falsche Erklärung abgegeben oder gegen mit der Erklärung eingegangene Verpflichtungen verstoßen wurde, so sollen Verträge nach VOL/B in der Regel aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Frist gekündigt werden.
7. <sup>1</sup> Die Erklärung ist bei Bauleistungen nach dem im Vergabehandbuch Bayern enthaltenen Formblatt zu verlangen. <sup>2</sup> Bei sonstigen Leistungen kann das als **Anlage** beigefügte Muster verwendet werden.
8. <sup>1</sup> Den kommunalen Auftraggebern und den sonstigen der Aufsicht des Freistaates Bayern unterliegenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts wird empfohlen, entsprechend zu verfahren. <sup>2</sup> Das Gleiche gilt für Empfänger von Zuwendungen des Freistaates Bayern, wenn die Zuwendungen zur Beschaffung von Produkten nach Nr. 4 Satz 2 gegeben werden.
9. Diese Bekanntmachung tritt am 1. Juni 2008 in Kraft.

**Der Bayerische Ministerpräsident**

Dr. Günther Beckstein



**Erklärung  
zur Vermeidung des Erwerbs von Produkten  
aus ausbeuterischer Kinderarbeit**

1. Von ausbeuterischer Kinderarbeit sind insbesondere folgende Produkte betroffen:

- Sportbekleidung, Sportartikel, insbesondere Bälle;
- Spielwaren;
- Teppiche;
- Textilien;
- Lederprodukte;
- Billigprodukte aus Holz;
- Natursteine;
- Agrarprodukte wie z.B. Kaffee, Kakao, Orangen- oder Tomatensaft.

— Enthält die Leistung oder Lieferung derartige Produkte, die in Afrika, Asien oder Lateinamerika hergestellt bzw. bearbeitet werden oder wurden?    Ja        Nein   

2. Falls ja, ist eine der beiden folgenden Erklärungen erforderlich. Bitte die entsprechende Erklärung **ankreuzen!**

— a) Ich/Wir sichere/n zu, dass die Herstellung bzw. Bearbeitung der zu liefernden Produkte ohne ausbeuterische Kinderarbeit im Sinn des 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.    Ja   

Kann die Erklärung unter a) nicht abgegeben werden, ist folgende Erklärung notwendig:

— b) Ich/Wir sichere/n zu, dass mein/unser Unternehmen, meine/unsere Lieferanten und deren Nachunternehmer aktive und zielführende Maßnahmen ergriffen haben, um ausbeuterische Kinderarbeit im Sinn des IAO-Übereinkommens Nr. 182 bei Herstellung bzw. Bearbeitung der zu liefernden Produkte auszuschließen.    Ja   

3. Ich bin mir/Wir sind uns bewusst, dass eine wissentlich oder vorwerfbar falsche Abgabe der vorstehenden Erklärung meinen/unsere Ausschluss von diesem Vergabeverfahren zur Folge hat bzw. – nach Vertragsschluss – den Auftraggeber gegebenenfalls zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Frist berechtigt.

Ort, Datum

Firmenstempel  
Rechtsverbindliche Unterschrift





**Material**

**Faires  
Beschaffungswesen  
in Kommunen  
und die  
Kernarbeitsnormen**

**Rechtswissenschaftliches  
Gutachten**

## Impressum:

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

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

Gutachter: Prof. Dr. Jan Ziekow, Speyer.  
Titel des Gutachtens:

"Rechtswissenschaftliches Gutachten zur rechtlichen Bewertung der Einbeziehung von IAO-Kernarbeitsnormen in das Vergabeverfahren sowie von diesbezüglichen Beschlüssen kommunaler Entscheidungsgremien."

Erstellt für den Herausgeber.

Stand: 30.04.2007. Inkl. der Ergänzungen: 20.06.2007.

Redaktion: Michael Marwede

Titelgestaltung: dreimalig, Köln  
Druck: Deller:>Druck, Neuss  
100% Recyclingpapier

Bonn, Juni 2007

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 und Rheinland-Pfalz und das Ministerium für Generationen, Familie, Frauen und Integration des Landes Nordrhein-Westfalen.



*Faires Beschaffungswesen in Kommunen  
und die Kernarbeitsnormen.*

Rechtswissenschaftliches Gutachten.

Univ.-Prof. Dr. Jan Ziekow



## Inhalt

Vorwort .....	7
<b>I.</b> Förderung sozialer Aspekte und öffentliche Beschaffung: Steuerungs- und Konfliktpotentiale .....	9
<b>II.</b> Überblick über in Vergabeverfahren einbezogene soziale Aspekte .....	11
1. Allgemein .....	11
2. Im Besonderen: IAO-Kernarbeitsnormen .....	11
a) Inhalt und vergaberelevante Gesichtspunkte der IAO-Kernarbeitsnormen .....	12
b) Zur rechtlichen Wirkung der IAO-Kernarbeitsnormen .....	14
<b>III.</b> Für die Einbeziehung sozialer Aspekte in Vergaben ab Erreichen und unterhalb der Schwellenwerte einheitlich geltende Maßstäbe .....	16
1. Primäres Gemeinschaftsrecht .....	16
a) Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot .....	16
aa) Die Bewertung der Berücksichtigung von IAO-Kernarbeitsnormen bei Lieferaufträgen .....	18
bb) Die Berücksichtigung von IAO-Kernarbeitsnormen bei Leistungsaufträgen .....	22
b) Transparenzgebot .....	23
2. Verfassungsrecht .....	24
a) Freiheitsgrundrechte .....	24
b) Allgemeiner Gleichheitssatz .....	27
<b>IV.</b> Vergaben ab Erreichen der Schwellenwerte .....	30
1. Anforderungen des sekundären Gemeinschaftsrechts an die Einbeziehung sozialer Aspekte .....	30
a) Die Rechtslage vor Verabschiedung des Legislativpakets 2004 .....	30
aa) Die früheren Vergaberichtlinien .....	30
bb) Die Urteile des EuGH in den Sachen „Concordia Bus“ und „Wienstrom“ .....	32
a) „Concordia Bus“ .....	32
b) „Wienstrom“ .....	34
b) Änderungen durch die Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004 .....	35

aa) Eignungsprüfung .....	35
bb) Zuschlagskriterien .....	37
cc) Zusätzliche Bedingungen für die Auftragsausführung .....	39
dd) Folgerungen für die Berücksichtigung der IAO-Kernarbeitsnormen .....	41
2. Die Berücksichtigung sozialer Aspekte nach geltendem Recht in Deutschland und die Wirkung des Art. 26 VKR .....	45
a) Unmittelbare Anwendbarkeit am Maßstab des Art. 26 VKR .....	46
b) Richtlinienkonforme Auslegung am Maßstab des Art. 26 VKR .....	49
<b>V. Vergaben unterhalb der Schwellenwerte .....</b>	<b>51</b>
1. Bindungswirkung der Verdingungsordnungen .....	51
2. Zulässigkeit vergabeexterner Zielsetzungen nach den Verdingungsordnungen .....	53
<b>VI. Möglichkeiten und Grenzen zur Einbeziehung von Aspekten der IAO-Kernarbeitsnormen in Vergabeverfahren sowie Folgerungen für die kommunale Praxis .....</b>	<b>57</b>
<b>VII. Bewertung von Beschlüssen und Beschlussvorschlägen einzelner Kommunen .....</b>	<b>61</b>
<b>Anhang</b>	
Abkürzungsverzeichnis .....	64
Publikationen .....	65
Bundesweites Netzwerk Faires Beschaffungswesen .....	67

---

## Vorwort

Liebe Leserinnen und Leser,

kann Recht Spaß machen?

Wir haben mit der Begründung des bundesweiten Netzwerkes zum fairen Beschaffungswesen Ende März 2007 gespürt, wie wichtig die Themen des Rechts bei der Beschaffung sind; und das die Kriterien des fairen und sozialen Handelns dazu nicht so umsetzbar sind, wie das viele – nicht zuletzt – kommunale Akteure aus der Berücksichtigung ökologischer Aspekte in der Beschaffung seit Jahrzehnten kennen.

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

Wir haben nach 2002 erneut Herrn Professor Dr. Jan Ziekow, Professor für Öffentliches Recht an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, gewinnen können und um ein Rechtsgutachten gebeten. Dieses legen wir Ihnen hiermit vor. Mit diesem Gutachten möchten wir nicht nur jene erreichen, die schon viel zum Thema der Sozialkriterien im Beschaffungswesen tun, sondern auch zur Rechtsklärung bei jenen wichtige Beiträge liefern, die sich ungeschlüssig sind oder die bisher eine juristische Einschätzung hierzu nicht erarbeiten konnten.

Die Servicestelle hofft, dass sie Ihnen mit diesem Material auch Türen und Potenziale öffnet, um durch kleine Schritte vor Ort die globale Verantwortung, der sich viele Kommunen in Deutschland bereits stellen, umsetzen zu können. Außerdem zeigen die Zunahme an Ratsbeschlüssen zum Ausschluss ausbeuterischer Kinderarbeit in den letzten Monaten, dass Kommunen dieses Thema sehr bewusst angehen. Und nicht nur durch die Anerkennung der Bevölkerung und lokaler Gruppen kann die Eingangsfrage mit Ja beantwortet werden: Recht kann Spaß machen, weil man sich für Mindestrechte auf der Welt einsetzt und vorbildhaft angeht.

Das Thema der Kernarbeitsnormen und deren Einhaltung in der Beschaffung erschüttert nämlich immer wieder. Unsere Beratungserfahrung vor Ort lehrt zweierlei: Viele Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in Rathäusern sind sich der internationalen Zustände trotz globalen Rechts und deren Wirkung bis hin zur Beschaffung für das eigene Rathaus nicht bewusst und erst mal betroffen. Hier helfen wir mit diesem Gutachten und mit direkter Beratung bei Ihnen vor Ort.

Wir freuen uns auf Ihre Anregungen, Anfragen und Ideen.

*Ulrich Nitschke*

Leiter der Servicestelle Kommunen in der Einen Welt / InWEnt gGmbH



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

Auf den ersten Blick hat das öffentliche Beschaffungswesen eine klar definierte Funktion: Nicht anderes 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.

Teile dieses besonderen Rechtsregimes sind beispielsweise das Haushaltsrecht und das an die Mitgliedstaaten adressierte europäische Gemeinschaftsrecht. 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 Gemeinschaftsrecht verbietet es den Mitgliedstaaten u.a., Angehörige anderer Mitgliedstaaten aus Gründen der Staatsangehörigkeit zu diskriminieren (Art. 12 EGV). 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.<sup>1</sup> Darüber hinaus verlangen besondere Vorschriften des sekundären Gemeinschaftsrechts, die sog. Vergabekoordinierungsrichtlinie<sup>2</sup> und die sog. Sektorenkoordinierungsrichtlinie<sup>3</sup>, oberhalb bestimmter Auftragswerte, der sog. Schwellenwerte, eine europaweite Ausschreibung öffentlicher Aufträge und geben hierfür einen Verfahrensrahmen vor. Zu beachten ist, dass dieses gemeinschaftsrechtliche Vergaberecht – anders die haushaltsrechtlichen Regelungen, die in erster Linie die Funktion des Vergaberechts unterhalb der Schwellenwerte bestimmen – nicht primär darauf abzielt, die öffentliche Verwaltung zu einer wirtschaftlichen und sparsamen Beschaffung anzuhalten. Im Vordergrund steht vielmehr das Ziel, in einem formalisierten Verfahren möglichst allen potentiellen Bietern freien Zugang zu den öffentlichen Beschaffungsmärkten in den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft 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 gemeinschaftsweiten Wettbewerb um den betreffenden öffentlichen Auftrag zu ermöglichen. In dieses Koordinatensystem

<sup>1</sup> EuGH VergabeR 2005, S. 737 Rdnr. 48.

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

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

der Ziele des Vergaberechts passt die zumindest teilweise Determinierung der Beschaffungsentscheidung durch soziale Aspekte nicht ohne weiteres hinein. Der Anreiz einer Bepackung des Vergabeverfahrens mit weiteren Zielen außer den genannten ist groß. Wegen der immensen Nachfragemacht der öffentlichen Hände lassen sich beträchtliche Steuerungseffekte erzielen, ohne dafür besondere Instrumente oder Regularien entwickeln zu müssen. Sozialpolitiker erhoffen sich verdeckte Haushaltsumschichtungen, wenn darauf hingewiesen wird, dass der Sozialpolitik in der EU 80 Milliarden Euro zur Verfügung stünden, wenn nur 5 % der Vertragssumme bei den Vergabeentscheidungen von sozialen Überlegungen geleitet würden<sup>4</sup>. Denn diese erhofften 80 Milliarden Euro werden ja durch teurere Beschaffungen anderer Ressorts gegenfinanziert. Allenfalls ist die Pflicht, bestimmte Umwelt- oder soziale Aspekte in einer Beschaffungsentscheidung zu berücksichtigen, beschaffungsneutral. Im Regelfall aber werden die zusätzlichen Anforderungen zu einer Erhöhung des Angebotspreises führen und den Kreis der Bieter, die auch diese Anforderungen erfüllen können, verengen. Strukturell läuft die Berücksichtigung solcher Anforderungen daher den Zielen einer sparsamen und wirtschaftlichen bzw. einer möglichst wettbewerbsoffenen Beschaffung zuwider.

Dieser Befund erfordert eine sorgfältige Prüfung, ob und unter welchen Voraussetzungen soziale Aspekte in Vergabeverfahren implementiert werden können, wobei im Mittelpunkt eine Berücksichtigung der IAO-Kernarbeitsnormen stehen soll. Zunächst sollen daher die sozialen Aspekte, die in Vergabeverfahren eine besondere Rolle spielen, skizziert werden, wobei ein besonderes Augenmerk auf den IAO-Kernarbeitsnormen liegen wird (Kapitel II., ab Seite 11). Anschließend werden die für alle Vergaben – oberhalb wie unterhalb der Schwel-

lenwerte – maßgebenden Maßstäbe des primären Gemeinschaftsrechts dargestellt (Kapitel III., ab Seite 16). Für Vergaben oberhalb der Schwellenwerte ist zusätzlich zwischen den Anforderungen des sekundären Gemeinschaftsrechts und des nationalen Rechts zu unterscheiden (Kapitel IV., ab Seite 30), während für Beschaffungen unterhalb der Schwellenwerte neben Verfassungs- und primärem Gemeinschaftsrecht die primäre Steuerungswirkung den haushaltsrechtlich verankerten Verdingungsordnungen zukommt (Kapitel V., ab Seite 51). 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 (Kapitel VI., ab Seite 57), bevor an diesem Maßstab exemplarische Beschlüsse und Beschlussvorlagen einzelner Kommunen gemessen werden. (Kapitel VII., ab Seite 61).

---

<sup>4</sup> 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 Belange 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.

### 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.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Zum Ganzen [www.ILO.org](http://www.ILO.org). Zu Inhalt und Durchsetzung der Kernarbeitsnormen *Martin Gölz*, 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, Baden-Baden 2002, S. 59 ff.

### **a) Inhalt und vergaberelevante Gesichtspunkte der IAO-Kernarbeitsnormen**

Die IAO-Kernarbeitsnormen<sup>6</sup> haben die Form von acht Übereinkommen, die im folgenden kurz dargestellt und hinsichtlich der für die Einbringung in Vergabeverfahren relevanten Aspekte analysiert werden.

#### **Übereinkommen 29: Übereinkommen über Zwangs- oder Pflichtarbeit**

**(1930)**

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

#### **Übereinkommen 105: Übereinkommen über die Abschaffung der Zwangsarbeit**

**(1957)**

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

oder als Maßnahme rassistischer, sozialer, nationaler oder religiöser Diskriminierung verwendet werden darf.

#### **Übereinkommen 87: Übereinkommen über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes**

**(1948)**

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

#### **Übereinkommen 98: Übereinkommen über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen**

**(1949)**

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

<sup>6</sup>

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

### **Übereinkommen 138: Übereinkommen über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung**

**(1973)**

Zielrichtung des Übereinkommens 138 ist die tatsächliche Abschaffung der Kinderarbeit und die schrittweise Anhebung des Mindestalters für die Zulassung zu einer Beschäftigung oder Arbeit bis auf einen Stand, bei dem die volle körperliche und geistige Entwicklung der Jugendlichen gesichert ist. Die unterste Grenze für wenig entwickelte Staaten liegt bei 14 Jahren, sonst bei 15 Jahren, für das Leben, die Gesundheit oder

die Sittlichkeit gefährdende Beschäftigungen bei 18 Jahren. Von diesen Grundsätzen sind beträchtliche Abweichungen zugelassen, zum einen für wenig entwickelte Staaten, zum anderen für mindestens 14 Jahre alte Personen zu Ausbildungszwecken und schließlich für 13 bis 15 Jahre alte Personen, die leichte Arbeiten ausführen, die Gesundheit, Entwicklung, Schulbesuch und berufliche Ausbildung nicht beeinträchtigen.

### **Übereinkommen 182: Übereinkommen über das Verbot und unverzügliche Maßnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit**

**(1999)**

Die jüngste IAO-Kernarbeitsnorm ergänzt das Übereinkommen 138 und erfasst alle Personen unter 18 Jahren (Kinder). Die das Übereinkommen ratifizierenden Staaten haben sicherzustellen, dass die schlimmsten Formen der Kinderarbeit verboten und beseitigt werden. Bei diesen schlimmsten Formen der Kinderarbeit handelt es sich um 1.) alle Formen der Sklaverei und 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 pornographischen Zwecken oder 3.) zu unerlaubten Tätigkeiten, insbesondere im Drogenhandel, und 4.) Arbeit, die ihrer Natur nach oder aufgrund der Umstände, unter denen sie verrichtet wird, voraussichtlich für die Gesundheit, Sicherheit oder Sittlichkeit von Kindern schädlich ist.

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

- *Zwangs- und Pflichtarbeit*
  - vollständig unzulässig:
    - zum Vorteil Privater

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

→ soweit zulässig: Grundsatz der arbeitsäquivalenten Vergütung

- *Vereinigungsrecht*

→ Freiheit der Bildung von Vereinigungen der Arbeitgeber und -nehmer

→ Schutz vor Benachteiligungen wegen Gewerkschaftszugehörigkeit oder gewerkschaftlicher Betätigung

- *Gleichheit des Entgelts*

→ gleiches Entgelt männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit

- *Diskriminierung*

→ keine Benachteiligung oder Bevorzugung auf Grund der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, des Glaubensbekenntnisses, der politischen Meinung, der nationalen Abstammung oder der sozialen Herkunft

→ keine die Gleichheit der Chancen oder der Behandlung beeinträchtigende andere Ungleichbehandlung, sofern von dem jeweiligen Staat festgelegt

- *Kinderarbeit*

→ Festsetzung von – differenzierten – Mindestaltersgrenzen für die Beschäftigung von Personen unter 18 Jahren

→ Verbot bestimmter Formen der Arbeit von Personen unter 18 Jahren

- Sklaverei und sklavereiähnliche Praktiken

- Prostitution und Pornographie

- unerlaubte Tätigkeiten
- schädliche Arbeiten.

## **b) Zur rechtlichen Wirkung der IAO-Kernarbeitsnormen**

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

Zum einen ist bei der Auslegung der Übereinkommen darauf zu achten, dass eine Lösung von nationalen Diskursen, Begriffsverständnissen und Kontexten stattfindet.<sup>7</sup> Maßgeblich für die Auslegung sind die Maßstäbe des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge<sup>8</sup>. Andere Inhalte, als sich anhand dieser Maßstäbe aus den IAO-Kernarbeitsnormen entnehmen lassen, sind durch die Übereinkommen nicht gedeckt.<sup>9</sup> Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund der Geltung des vergaberechtlichen Transparenzgrundsatzes (dazu u. III 1 b, Seite 23) von Bedeutung.

Zum anderen bedürfen die IAO-Übereinkommen zu ihrer Geltung der nationalen Umsetzung.<sup>10</sup> Eine solche Umsetzung bedarf

<sup>7</sup> *Egbert Schneider*, Die Vereinbarkeit des deutschen Arbeitskampfrechts mit den Übereinkommen Nr. 87 und 98 der Internationalen Arbeitsorganisation, Diss. iur. Bonn 1998, S. 52 ff.

<sup>8</sup> 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.).

<sup>9</sup> Vgl. dazu am Beispiel der Frage, ob das Übereinkommen 87 das Streikrecht verbürgt, *Wisskirchen* (Fußn. 8), S. 726 ff.

<sup>10</sup> 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).

nicht zwingend einer Transformation durch ein förmliches Gesetz. In Abhängigkeit von den Besonderheiten der verschiedenen Staaten sind auch Umsetzungen in anderen Formen, z.B. durch lückenlos geltende Gesamtarbeitsverträge u.a., möglich.<sup>11</sup> Die IAO-Kernarbeitsnormen sind sämtlich durch die Bundesrepublik ratifiziert worden und gelten in Deutschland im Range eines einfachen Bundesgesetzes.<sup>12</sup> Selbst wenn ihnen weiterhin zur Geltung auch unmittelbare Anwendbarkeit in dem Sinne zukommen sollte, dass sie unmittelbar Rechte und Pflichten begründen können,<sup>13</sup> 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 sank-

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

---

<sup>11</sup> Dazu *Böhmert* (Fußn. 5), S. 71 ff.; *Thilo Morhard*, Die Rechtsnatur der Übereinkommen der internationalen Arbeitsorganisation, Frankfurt a. M./Bern/New York/Paris 1988, S. 63 f.

<sup>12</sup> 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); *Böhmert* (Fußn. 5), S. 157; *Rolf Schuler*, Internationales Sozialrecht und nationale sozialpolitische Handlungsspielräume. Das Beispiel der Europäischen Union und der internationalen Arbeitsorganisation, in: *Schmähl/Rische* (Hrsg.), Internationalisierung von Wirtschaft und Politik – Handlungsspielräume der nationalen Sozialpolitik, Baden-Baden 1995, S. 103 (108).

<sup>13</sup> Dazu *Böhmert* (Fußn. 5), S. 160 ff.; *Winfried Haase*, Zur Bedeutung der IAO-Übereinkommen, ZfSH/SGB 1990, S. 238 (245); *Wolfgang Leinemann/Friedrich Schütz*, Wirkungen der IAO-Übereinkommen auf das Recht der Bundesrepublik Deutschland, ZfA 25 (1994), S. 1 (10 ff.).

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

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

#### 1. Primäres Gemeinschaftsrecht

Die Anforderungen des im EG-Vertrag geregelten primären Gemeinschaftsrechts gelten für das Handeln der Mitgliedstaaten unabhängig davon, ob es sich um eine Vergabe oberhalb oder unterhalb der Schwellenwerte oder z.B. in der Form einer Dienstleistungskonzession handelt.<sup>14</sup>

##### a) Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot

Bei den zu beachtenden Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts steht das Diskriminierungsverbot im Vordergrund. Die einschlägigen Vorschriften vor allem über die Warenverkehrs- (Art. 23 ff. EG) und die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 ff. EG) verbieten sowohl unmittelbare als auch mittelbare

Diskriminierungen auf Grund der Staatsangehörigkeit.

Unmittelbare Diskriminierungen werden bei der Vergabe öffentlicher Aufträge selten sein. Am ehesten in diesen Bereich hinein ragt die Bevorzugung ortsansässiger oder regional verwurzelter Unternehmen. Allerdings wird auch hier regelmäßig die Ansässigkeit und nicht die Staatsangehörigkeit als Unterscheidungskriterium gewählt. Verboten sind jedoch auch mittelbare Diskriminierungen, die durch Anlegung anderer Unterscheidungsmerkmale faktisch zu dem gleichen Ergebnis führen.<sup>15</sup> Eine solche mittelbare Diskriminierung stellt das Kriterium der Ortsansässigkeit dar.<sup>16</sup> Zu Recht verbieten die Verdingungsordnungen eine Beschränkung des Wettbewerbs auf Bewerber, die in bestimmten Regionen oder Orten ansässig sind (§ 8 Nr. 1 S. 2 VOB/A, § 7 Nr. 1 Abs. 1 S. 2 VOL/A). Eine Rolle kann die Ortsansässigkeit nur dann spielen, wenn sie einen unmittelbaren Leistungsbezug aufweist, sie beispielsweise notwendig ist, um bei komplexen technischen Anlagen einen Fehler sofort beheben zu können.<sup>17</sup>

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

<sup>14</sup> Zur Geltung des primären Gemeinschaftsrechts für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte und außerhalb des Anwendungsbereichs der gemeinschaftsrechtlichen Vergaberichtlinien *Jan Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, München 2007, § 9 Rdnr. 5 m. w. N.

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> *Malte Müller-Wrede*, Örtliche Präsenz, Ortsnähe und Ortsansässigkeit als Wartungskriterien – eine Verletzung des Diskriminierungsverbotes?, *VergabeR* 2005, S. 32 (33 f.).

<sup>17</sup> *Müller-Wrede* (Fußn. 16), S. 35 f.

den einheimischen Bietern<sup>18</sup>, sind beispielsweise

- die Vorgabe nationaler Normen für bei der Auftragsbefüllung zu verwendende Produkte<sup>19</sup>,
- die Notwendigkeit, im Besitz einer Niederlassungsgenehmigung des den Auftrag vergebenden Staates zu sein,<sup>20</sup> oder
- die Bezugnahme auf Klassifizierungen nationaler Berufsverbände für von den Bietern geforderte technische Spezifikationen, da es für die Bieter aus anderen Mitgliedstaaten schwerer ist, innerhalb der kurzen Frist Gebote abzugeben, weil sie sich bei den betreffenden öffentlichen Auftraggebern zunächst über Gegenstand und Inhalt der Klassifizierungen informieren müssen<sup>21</sup>.

Für die primärrechtliche Bewertung der Einführung sozialer Zielsetzungen in Vergabeverfahren ist weiter zu beachten, dass Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit nicht nur unmittelbare und mittelbare Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit, sondern auch unterschiedslos in- und ausländische Bieter betreffende Maßnahmen verbieten. Voraussetzung ist, dass diese Maßnahmen den Handel bzw. die Erbringung von Dienstleistungen behindern und nicht aus zwingenden Erfordernissen zu rechtfertigen sind.<sup>22</sup>

Wichtigstes Beispiel aus der Rechtsprechung des EuGH sind die sog. UNIX-Urteile<sup>23</sup>. Sie betrafen ein niederländisches und ein österreichisches Vergabeverfahren, in denen den Bietern u. a. vorgeschrieben wurde, dass als Betriebssystem das in den USA entwickelte UNIX-System verwendet werden müsse. Der Gerichtshof beanstan-

dete die Vorgabe als handelsbehindernd, da sie Interessenten, die ähnliche Systeme wie UNIX verwenden, davon abhalte, sich an der Ausschreibung zu beteiligen.<sup>24</sup>

Als kurzes Zwischenresümee ist festzuhalten, dass das Primärrecht differenzierte Maßstäbe für die Beurteilung der Zulässigkeit vergabeexterner Zielsetzungen zur Verfügung stellt. Es kommt entscheidend darauf an, in welcher Weise der öffentliche Auftraggeber die Zielsetzung verfolgt. Die Beurteilung ist nur unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls möglich.<sup>25</sup> Je nach der konkret gewählten Ausgestaltung kann die Verfolgung desselben Zwecks ebenso gut zulässig wie unzulässig sein.

Dies kann am Beispiel der sog. Tariftreueerklärung demonstriert werden. Auch arbeitsmarkt- und sozialpolitisch intendierte Zwecksetzungen müssen diskriminierungsfrei ausgestaltet sein. Eine Diskriminierung liegt etwa vor, wenn benachteiligte Gruppen, deren Beschäftigung gefördert werden soll, nur durch Verweis auf nationale Vorschriften beschrieben werden. Denn hierdurch ist den Bietern aus anderen Mitgliedstaaten eine Angebotskalkulation innerhalb der Angebotsfrist nur erschwert möglich. Dieser Gesichtspunkt ist auch bei der Tariftreueerklärung von Bedeutung: Eine Tariftreueerklärung, die ohne weitere Spezifizierung zur Einhaltung der am Ort der Auftragsausführung geltenden Tarifverträge verpflichtet – auf diese gleichsam dynamisch verweist –, wirkt mittelbar diskriminierend.<sup>26</sup> Es bedeutet für Bieter aus ande-

<sup>18</sup> Zu diesem Begriff der mittelbaren Diskriminierung im Vergaberecht vgl. EuGH Slg. 1988, S. 4635 Rdnr. 30; 2000, S. I-7445 Rdnr. 81 f.

<sup>19</sup> EuGH Slg. 1988, S. 4929 Rdnr. 19 f.

<sup>20</sup> EuGH Slg. 1982, S. 417 Rdnr. 14.

<sup>21</sup> EuGH Slg. 2000, S. I-7445 Rdnr. 81 ff.

<sup>22</sup> EuGH Slg. 1979, S. 649 Rdnr. 6 ff.; 1997, S. I-3689 Rdnr. 8; 1999, S. I-731 Rdnr. 19.

<sup>23</sup> EuGH Slg. 1995, S. I-168; 1999, S. I-7479.

<sup>24</sup> EuGH Slg. 1995, S. I-168 Rdnr. 27; 1999, S. I-7479 Rdnr. 68 ff.

<sup>25</sup> EuGH Slg. 1988, S. 4635 Rdnr. 30.

<sup>26</sup> OLG Celle VergabeR 2006, S. 756 (759); *Monika Böhm/Claudia Danker*, Politische Zielvorgaben als Vergabekriterien, NVwZ 2000, S. 767 (768); *Jörg Karenfort/Ulrich von Koppenfels/Stephan Siebert*, Tariftreueerklärungen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge – vereinbar mit deutschem Kartellrecht und Europarecht?, BB 1999, S. 1825 (1831 f.); *Michael Kling*, Tariftreue und Dienstleistungsfreiheit, EuZW 2002, S. 229 (232 ff.); *Fridhelm Marx*, Vergabefremde Aspekte im Lichte des europäischen und des deutschen Rechts, in: Schwarze (Hrsg.), Die Vergabe öf-

ren Mitgliedstaaten eine Erschwerung gegenüber ihren deutschen Konkurrenten, sich mit den Einzelheiten des deutschen Tarifvertragssystems vertraut machen zu müssen. Dies gilt insbesondere bei größeren Aufträgen, bei denen u. U. verschiedene Tarifverträge einschlägig sind. Diskriminierungsfrei wäre hingegen eine Ausgestaltung, die für die bei der Leistungserbringung vorzunehmenden Arbeiten in den Vergabeunterlagen Mindestlöhne festlegt, die den Tariflöhnen entsprechen.<sup>27</sup>

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

#### 1. Lieferaufträge

a) über die Beschaffung bereits vorhandener Waren;

b) über die Beschaffung von erst noch herzustellenden Waren;

#### 2. Leistungsaufträge (Baufträge, Dienstleistungsaufträge).

Prüfungsmaßstab für die unter 1. genannten Konstellationen sind die Regelungen über die Warenverkehrsfreiheit (Art. 23 ff. EGV), für die unter 2. genannten Gestaltungen die Bestimmungen über die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 ff. EGV).

### **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. 23 Abs. 2 Alt. 1 EGV). Waren aus dritten Ländern werden nur dann erfasst, wenn

sich die Waren in den Mitgliedstaaten im freien Verkehr befinden (Art. 23 Abs. 2 Alt. 2 EGV). Ausweislich des Art. 24 EGV 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 EG-Vertrags eingeführt worden sind (Konstellation 1a) oder eingeführt werden sollen (Konstellation 1b). Von vornherein nicht unter die Art. 23 ff. EGV 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. 23 ff. EGV nicht anwendbar sind. Denn für die Anwendbarkeit der Vorschriften des EG-Vertrages auf öffentliche Aufträge kommt es nicht darauf an, ob der Bieter, der tatsächlich zum Zuge kommt, innerhalb des Geltungsbereichs des EG-Vertrags 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. 28 EGV 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 potentiell zu

---

fentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, Baden-Baden 2000, S. 77 (86).

<sup>27</sup> Zur Vereinbarkeit der Festlegung von Mindestlöhnen mit den Grundfreiheiten vgl. EuGH Slg. 1999, S. I-8453 Rdnr. 41 f.



behindern.<sup>28</sup> Wichtig ist, dass dieser Grundsatz sowohl auf Maßnahmen, die inländische und eingeführte Waren in unterschiedlicher Weise betreffen (sog. diskriminierende Regelungen), als auch auf solche Maßnahmen anwendbar ist, die unterschiedslos auf eingeführte und einheimische Waren anwendbar sind.<sup>29</sup> 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 beschränken<sup>30</sup>: „wer verkauft was, wann darf verkauft werden, wo und wie darf verkauft werden“<sup>31</sup>. Beispiele für Verkaufsmodalitäten betreffende Bestimmungen sind das Verbot des Verkaufs von Waren unter dem Einkaufspreis, länderschlussrechtliche Regelungen oder Werbeverbote, die sich nicht auf den In-

halt oder das Erscheinungsbild eines Produktes beziehen (in diesem Fall liegt eine produktbezogene Regelung vor<sup>32</sup>), sondern beispielsweise die Werbung durch bestimmte Berufsgruppen beschränken.

Regelungen von Verkaufsmodalitäten sind bereits tatbestandlich nicht zur Handelsbehinderung geeignet, wenn sie nicht diskriminierend wirken, d. h. inländische Waren und Waren aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren.<sup>33</sup> Da sie schon keine Beeinträchtigungen des freien Warenverkehrs darstellen, sind nicht-diskriminierende Regelungen von Verkaufsmodalitäten also nicht rechtfertigungsbedürftig. Anderes gilt für (unmittelbar oder mittelbar) diskriminierende Regelungen von Verkaufsmodalitäten: Sie sind zur Behinderung des innergemeinschaftlichen Handels geeignet. Unmittelbare Diskriminierungen können nur nach Art. 30 EGV gerechtfertigt werden, mittelbare Diskriminierungen auch durch (sonstige) zwingende Gründe.

- Hingegen sind die *produktbezogenen Regelungen* von vornherein zur Handelsbehinderung geeignet und damit Maßnahmen gleicher Wirkung, und zwar selbst dann, wenn sie für in- und ausländische Waren unterschiedslos wirken.<sup>34</sup> Unter produktbezogenen sind solche Regelungen zu verstehen, die sich auf das Erzeugnis selbst und seine Merkmale, z. B. auf Abmessung, Bezeichnung, Form, Gewicht, Zusammensetzung, Verpackung

<sup>28</sup> EuGH Slg. 1974, 837 Rdnr. 5; 1982, 2349 Rdnr. 9; 1993, I-2361 Rdnr. 9; 1995, I-1923 Rdnr. 12; 1995, I-2467 Rdnr. 9; 1997, I-731 Rdnr. 19; 2000, I-10663 Rdnr. 15; 2003, I-5659 Rdnr. 56; 2003, I-9693 Rdnr. 39; 2004, I-1559 Rdnr. 18; 2004, I-3025 Rdnr. 36; NJW 2006, 2540 Rdnr. 14.

<sup>29</sup> EuGH Slg. 1979, 649 Rdnr. 14; 1997, I-731 Rdnr. 19; 1997, I-5909 Rdnr. 68 ff.

<sup>30</sup> EuGH Slg. 1995, I-1621 Rdnr. 13.

<sup>31</sup> Schlussanträge des Generalanwalts Tesauero, EuGH, Slg. 1993, I-6787 Rdnr. 20.

<sup>32</sup> Vgl. EuGH Slg. 1994, I-317 Rdnr. 13 ff.; 1995, I-1923 Rdnr. 13 f.; 1999, I-3175 Rdnr. 37 f.

<sup>33</sup> EuGH Slg. 1993, I-6097 Rdnr. 14; 1993, I-6787 Rdnr. 21; 1995, I-1141 Rdnr. 37; 1995, I-2467 Rdnr. 12; 1997, I-3689 Rdnr. 9; 1997, I-3843 Rdnr. 40; 2003, I-4581 Rdnr. 60; NJW 2006, 2540 Rdnr. 15.

<sup>34</sup> EuGH Slg. 1993, I-6097 Rdnr. 15; 1994, I-3879 Rdnr. 10; 1995, I-1923 Rdnr. 12 2000, I-8739 Rdnr. 46; 2003, I-459 Rdnr. 72.

und Etikettierung beziehen.<sup>35</sup> Unterschiedslos wirkende Maßnahmen können durch zwingende Gründe gerechtfertigt werden.

Zu beachten ist, dass der Kreis möglicher zur Handelsbehinderung geeigneter mitgliedstaatlicher Maßnahmen durch die Regelungen von Verkaufsmodalitäten und produktbezogenen Regelungen nicht abschließend erfasst wird<sup>36</sup>. Für diese sonstigen Maßnahmen bedarf es der Feststellung der potentiellen Handelsbehinderung im Einzelfall.

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

Dabei wird von folgendem, in der kommunalen Beschaffungspraxis verbreiteten Implementationsmodus ausgegangen: Vorrangig hat der Bieter durch eine unabhängige Zertifizierung (z.B. ein TransFair-Siegel oder ein Rugmark-Siegel) darzulegen, dass das Produkt unter Einhaltung der IAO-Kernarbeitsnormen hergestellt und gehandelt wurde. Dabei muss zugelassen werden, dass die Einhaltung des durch das Siegel zertifizierten Standards auch durch andere Nachweise belegt werden kann.<sup>37</sup> Liegt ein solcher Nachweis nicht vor, so hat der Bieter

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

Dass das Verlangen, solche Nachweise oder Erklärungen beizubringen, potentiell handelsbehindernd wirken kann, wird sich kaum in Abrede stellen lassen. Vor allem in einem anderen Mitgliedstaat ansässige Importeure von Art. 23 II, 24 EGV 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. 30 EGV, wonach Ausnahmen von Art. 28 EGV zum Schutz u.a. der Gesundheit und des Lebens von Menschen zulässig sind, scheidet aus. Denn diese Ausnahme ist nur dann anwendbar, wenn von der Ware selbst Gefahren für eines der Schutzgüter ausgehen.<sup>38</sup> Vorliegend geht es jedoch um einen Schutz bei der Herstellung der Ware.

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

- Es darf keine gemeinschaftsrechtliche Normierung bestehen, die den von der fraglichen mitgliedstaatlichen Maßnahme betroffenen Bereich bereits abschließend geregelt hat. In diesem Fall ist der Bereich schon „gesperrt“, so dass eine nationale Regelung nicht gerechtfertigt sein

<sup>35</sup> EuGH Slg. 1987, 1227 Rdnr. 29, 40; 1988, 4233 Rdnr. 11; 1994, I-3879 Rdnr. 10; 1995, I-1923 Rdnr. 12 ff.; 2000, I-8749 Rdnr. 48.

<sup>36</sup> Siehe die Fallgruppen bei *Werner Schroeder*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, München 2003, Art. 28 EGV Rdnr. 54 ff.

<sup>37</sup> Vgl. für Umweltgütezeichen Art. 23 Abs. 6 VKR.

<sup>38</sup> *Ulrich Becker*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Baden-Baden 2000, Art. 30 Rdnr. 15.

kann.<sup>39</sup> Eine solche abschließende Normierung wird nicht in der Verordnung (EG) Nr. 980/2005 des Rates vom 27.6.2005 über ein Schema allgemeiner Zollpräferenzen<sup>40</sup> gesehen werden können. Zwar sehen die Art. 8 ff. der Verordnung Sonderregelungen für nachhaltige Entwicklung und verantwortungsvolle Staatsführung für Länder vor, die u.a. die IAO-Kernarbeitsnormen entweder ratifiziert und tatsächlich umgesetzt oder sich zumindest zur Ratifizierung und Umsetzung der noch nicht eingeführten Übereinkommen verpflichtet hatten (Art. 9 i.V.m. Anhang III Teil A der Verordnung), und führen gemäß Art. 16 Abs. 1 lit.a der Verordnung schwerwiegende und systematische Verstöße gegen die Grundsätze der Übereinkommen zur vorübergehenden Zurücknahme der Zollpräferenzen. Jedoch stellen diese Regelungen keine abschließende gemeinschaftsrechtliche 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 gemeinschaftsrechtliche Regelung könnte daher nur die VKR enthalten – allerdings nur für Vergaben ab Erreichen der Schwellenwerte.

- Die Maßnahme muss in nichtdiskriminierender Weise angewendet werden.<sup>41</sup> Dies ist bei der Forderung der Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen der Fall.
- Weiterhin muss die Maßnahme zwingenden Gründen des Allgemeininteresses dienen.<sup>42</sup> 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.<sup>43</sup> Beispiele, für die das Vorliegen eines zwingenden Grundes des Allgemeininteresses anerkannt wurde, sind der Verbraucherschutz<sup>44</sup>, der Umweltschutz<sup>45</sup>, die Lauterkeit des Handelsverkehrs<sup>46</sup>, die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege<sup>47</sup>, die Verfolgung von kulturpolitischen Zielen<sup>48</sup> und der Gesundheitsschutz<sup>49</sup>.

Der Schutz der Grundrechte ist nach Art. 6 Abs. 2 EUV auch Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung und stellt nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ein berechtigtes Interesse dar, das grundsätzlich geeignet ist, eine Beschränkung der Grundfreiheiten zu rechtfertigen.<sup>50</sup> Die durch IAO-Kernarbeitsnormen geregelten Bereiche (Schutz vor Zwangs- und Pflichtarbeit, Diskrimi-

<sup>39</sup> *Peter-Christian Müller-Graff*, in: Streinz (Fußn. 36), Art. 43 EGV Rdnr. 72 m. w. N.

<sup>40</sup> ABl. L 1699/1 v. 30.6.2005.

<sup>41</sup> Zusammenfassend EuGH Slg. 1995, I-4165 Rdnr. 37.

<sup>42</sup> EuGH Slg. 1995, I-4165 Rdnr. 37; 1997, I-2471 Rdnr. 26, 31; NZBau 2006, 386 Rdnr. 45.

<sup>43</sup> *Müller-Graff* (Fußn. 39), Art. 43 EGV Rdnr. 75 m. w. N.

<sup>44</sup> EuGH Slg. 1979, 649 Rdnr. 8; 1986, 3755 Rdnr. 30; 1990, I-667 Rdnr. 18; 1990, I-4827 Rdnr. 12; 1991, I-2023 Rdnr. 17; 1994, I-3879 Rdnr. 20; 1997, I-3843 Rdnr. 46; 2004, I-8961 Rdnr. 21.

<sup>45</sup> EuGH Slg. 1985, 531 Rdnr. 13; 1988, 4607 Rdnr. 9; 1992, I-4431 Rdnr. 29 ff.; 1998, I-4473 Rdnr. 19; 2001, I-209 Rdnr. 73 ff.; DVBl. 2006, 103 Rdnr. 70.

<sup>46</sup> EuGH Slg. 1979, 649 Rdnr. 8; 1989, 229 Rdnr. 17; 1990, I-4827 Rdnr. 12; 1997, I-3843 Rdnr. 46.

<sup>47</sup> EuGH Slg. 1974, 1299 Rdnr. 14 ff.; 1996, I-6511 Rdnr. 36.

<sup>48</sup> EuGH Slg. 1991, I-4007 Rdnr. 23, 27; 1994, I-4795 Rdnr. 19.

<sup>49</sup> EuGH Slg. 2001, I-837 Rdnr. 28.

<sup>50</sup> EuGH Slg. 2003, I-5659 Rdnr. 74.

nierung 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. 2 EUV ausdrücklich in Bezug genommene Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Art. 4 Abs. 2: Verbot der Zwangs- oder Pflichtarbeit; Art. 11 Vereinigungsfreiheit, einschließlich des Rechts, Gewerkschaften zu bilden und ihnen beizutreten; Art. 14: Diskriminierungsverbot) als auch auf die 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), die zwar noch nicht in Kraft getreten ist, doch als Indikator für die Ermittlung von Gründen des Allgemeininteresses herangezogen werden kann. Einzelne dieser Positionen sind auch im EG-Vertrag geregelt (Art. 141 EGV: gleiches Entgelt für Männer und Frauen). 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.

- Eine Eignung der Maßnahme zur Erreichung des mit ihr verfolgten Zwecks ist nicht gegeben, wenn sie auch unter Berücksichtigung eines Prognosespielraums des Mitgliedstaats nicht zur Erreichung des verfolgten Ziels taugt. Schließlich darf die Maßnahme nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des Ziels erforderlich ist. Dies beinhaltet zum einen, dass das gleiche Ergebnis nicht durch weniger einschränkende Maßnahmen erreicht werden kann.<sup>51</sup> Zum ande-

ren ist der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu entnehmen, dass die aus einem zwingenden Allgemeininteresse ergriffene Maßnahme in einem angemessenen Verhältnis zur Beschränkung der Grundfreiheit stehen muss.<sup>52</sup> 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 Gemeinschaftsrecht 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

<sup>51</sup> Vgl. nur EuGH Slg. 1986, 3755 Rdnr. 29; 1991, I-659 Rdnr. 15; 1996, I-1905 Rdnr. 13; NZBau 2006, 386 Rdnr. 45.

<sup>52</sup> EuGH Slg. 1991, I-4151 Rdnr. 17 f.; 1997, I-3689 Rdnr. 19; 1997, I-3843 Rdnr. 54; 2002, I-6279 Rdnr. 42.

Grenzüberschreitung allein der Dienstleistung.

- Bei der sog. aktiven Dienstleistungsfreiheit wird die Grenzüberschreitung durch den Leistungserbringer vorgenommen, der sich zur Erbringung der Leistung in einen anderen Mitgliedstaat als denjenigen begibt, in dem er selbst ansässig ist. In der Grundkonstellation erfolgt die Leistungserbringung im Staat des Leistungsempfängers. Zwingend ist dies allerdings nicht: Sofern nur die Leistungserbringung in einem anderen als dem Mitgliedstaat des Leistungserbringers erfolgt, ist es unerheblich, in welchem Mitgliedstaat der Leistungsempfänger ansässig ist.<sup>53</sup> Leistungserbringer und -empfänger können also in demselben Mitgliedstaat ansässig sein.<sup>54</sup>
- In der Konstellation der passiven Dienstleistungsfreiheit überschreitet nicht der Leistungserbringer, sondern der Leistungsempfänger die Grenze. Die Art. 49 ff. EGV gewährleisten auch die Freiheit, sich ohne Beschränkungen in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben, um dort eine Dienstleistung in Anspruch zu nehmen.<sup>55</sup>
- Schließlich kann das erforderliche grenzüberschreitende Element auch dadurch konstituiert werden, dass allein die Dienstleistung die Grenze überschreitet. Ein Grenzübertritt durch Leistungserbringer oder -empfänger erfolgt hingegen nicht. Beispiele für solche Dienstleistungen sind die grenzüberschreitende Ausstrahlung von Fernseh- oder Werbesendungen<sup>56</sup> oder das grenzüberschreitende telefonische, elektronische oder postal-

sche Angebot von Finanzdienstleistungen<sup>57</sup>.

Ebenso wenig wie für die Beurteilung von Lieferaufträgen am Maßstab der Freiheit des Warenverkehrs (o. III 1 a aa, Seite 18) 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 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 o. III 1 a aa, Seite 18).

## b) Transparenzgebot

Der Europäische Gerichtshof begreift den Transparenzgrundsatz als Ausformung des Grundsatzes der Gleichbehandlung und des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit.<sup>58</sup> Wie die Kommission im Anschluss an die ständige Rechtsprechung des EuGH seit seinem Urteil *Walлонische Busse*<sup>59</sup> ausführt, ist eine hinreichende Transparenz Bedingung für eine diskriminierungsfreie Auftragsvergabe.<sup>60</sup> Hierzu statuiert das Transparenzgebot des europäischen Vergaberechts vor allem umfassende Publizitätspflichten. So hat der öffentliche Auftraggeber bereits in der Bekanntmachung alle ausschlaggebenden Eignungskri-

<sup>53</sup> EuGH Slg. 1997, I-3091 Rdnr. 8; 1999, I-7641 Rdnr. 19.

<sup>54</sup> EuGH Slg. 1991, I-659; 1991, I-709; 1991, I-727.

<sup>55</sup> EuGH Slg. 1984, 377 Rdnr. 10, 16; 1989, 195 Rdnr. 15; 1998, I-1931 Rdnr. 35; 2001, I-5473 Rdnr. 69; 2003, I-4509 Rdnr. 44.

<sup>56</sup> EuGH Slg. 1974, 409 Rdnr. 6; 1988, 2085 Rdnr. 15; 1994, I-4795 Rdnr. 13; 1997, I-3843 Rdnr. 48.

<sup>57</sup> Vgl. EuGH Slg. 1995, I-1141 Rdnr. 20 ff.

<sup>58</sup> EuGH NZBau 2002, 101 Rdnr. 38; NZBau 2002, 458 Rdnr. 45; VergabeR 2005, 737 Rdnr. 49.

<sup>59</sup> Vgl. EuGH Slg. 1996, I-2043 Rdnr. 54.

<sup>60</sup> Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABl. C121/2 v. 29. 4. 2000 Nr. 3.1.2.

terien zu benennen<sup>61</sup>. Die Zuschlagskriterien müssen den Bietern ebenfalls bekannt sein. Dem Auftraggeber ist es verwehrt, bei seiner Auswahlentscheidung Rückgriff auf solche Anforderungen zu nehmen, die in der Ausschreibung keinen Ausdruck gefunden haben<sup>62</sup>. 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<sup>63</sup>. Darüber hinaus dürfen die bekannt gegebenen Zuschlagskriterien dem Auftraggeber keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit belassen<sup>64</sup>. Dies heißt nichts anderes, als dass die Berücksichtigung der IAO-Kernarbeitsnormen in der Bekanntmachung bzw. den Verdingungsunterlagen angegeben werden muss. Sofern die Implementation als Zuschlagskriterium erfolgt, muss darüber hinaus die Gewichtung aufgegeben werden.

## 2. Verfassungsrecht

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

dass die Auftragsvergabe unter Bindung an die Grundrechte erfolgt.<sup>65</sup>

### 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 Koalitionsfreiheit<sup>66</sup>, im Falle der sog. Scientology-Erklärung<sup>67</sup> etwa an die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Art. 4 GG zu denken. Maßstab für die verfassungsrechtliche Prüfung von Vergabekriterien kann darüber hinaus die durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Vertragsfreiheit im unternehmerischen Bereich sein. Zwar wird die Vertragsfreiheit im Allgemeinen durch das Auffanggrundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet.<sup>68</sup> Jedoch tritt die Prüfung am

<sup>65</sup> BVerfG NJW 2006, S. 3701 (3702); NJW 2007, S. 51 (52 ff.); *Martin Burgi*, Vergabefremde Zwecke und Verfassungsrecht, NZBau 2001, S. 64 (65); *Arnold Boesen*, Vergaberecht, Köln 2000, Einl. Rdnr. 86; *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, Baden-Baden 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, Speyer 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.).

<sup>66</sup> Eine Berührung des Schutzbereichs des Art. 9 Abs. 3 GG verneinend BVerfG NJW 2007, S. 51 (53).

<sup>67</sup> Dazu *Rainer Noch*, Vergaberecht kompakt, 3. Aufl. München 2005, S. 348 f.; *Malte Müller-Wrede*, in: *Ingenstau/Korbion*, VOB Teile A und B, 15. Aufl. München 2004, § 97 GWB Rdnr. 29 (m.w.N. in Fn. 1 auf S. 965).

<sup>68</sup> BVerfGE 65, S. 196 (210); 74, S. 129 (151 f.).

<sup>61</sup> EuGH Slg. 2002, I-11617 Rdnr. 95.

<sup>62</sup> EuGH EuZW 2002, 628 Rdnr. 62 m. w. N.

<sup>63</sup> EuGH EuZW 2004, 81 Rdnr. 51 f., 57 ff.

<sup>64</sup> EuGH EuZW 2002, 628 Rdnr. 61 m. w. N.

Maßstab der allgemeinen Handlungsfreiheit als subsidiär zurück, wenn die fragliche Regelung die Vertragsfreiheit gerade in dem durch Art. 12 Abs. 1 GG erfassten Bereich beruflicher Betätigung betrifft.<sup>69</sup> Um eine solche Regelung in Form der Berufsausübungsregelung handelt es sich beispielsweise, wenn dem Arbeitgeber eine bestimmte Gestaltung der Arbeitsbeziehungen vorgegeben wird.<sup>70</sup>

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 Verga-

beverfahren 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 Maßstäbe<sup>71</sup> liegt in dieser Einschränkung keine allgemeine Regulierung des Wettbewerbsverhaltens der Unternehmen, sondern ein Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG. 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.

Im Ergebnis wird man diesen Eingriff jedoch 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 ver-

<sup>69</sup> BVerfGE 68, S. 193 (223 f.); 77, S. 84 (118); 95, S. 173 (188).

<sup>70</sup> BVerfG NJW 2007, S. 51 (54).

<sup>71</sup> BVerfG NJW 2007, S. 51 (54).

ankerte Sozialstaatsprinzip, wenngleich dieses deutlich macht, dass legitimierende Belange auch in sozialen Gesichtspunkten bestehen können.<sup>72</sup> Denn – wie ausgeführt (III 1 a aa, Seite 18) – handelt es sich bei den von den IAO-Kernarbeitsnormen erfassten Positionen um solche, die sowohl grundsätzlich auch menschenrechtlichen Schutz genießen. Zwar ergibt sich daraus keine grundrechtliche Schutzpflicht für deutsche Hoheitsträger, auf den Schutz dieser Positionen in anderen Staaten gegenüber den Staatsangehörigen dieser Staaten hinzuwirken.<sup>73</sup> Jedoch ist es ein verfassungsrechtlich legitimes Ziel, Maßnahmen zur Verbesserung eines solchen Schutzes zu ergreifen.

<sup>72</sup> *Michael Sachs*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 3. Aufl. München 2003, Art. 20 Rn. 50 m.w.N.

<sup>73</sup> 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, Baden-Baden 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, Heidelberg 2006, § 44 Rdnr. 4; *Johannes Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin 1992, S. 102 f.; *Georg Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit. Schutzpflicht und Schutzanspruch aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, Heidelberg 1987, S. 226 ff.; *Josef Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates, Berlin/New York 1983, S. 34 f.; *Bernd Jeand'Heur*, Verfassungsrechtliche Schutzgebote zum Wohl des Kindes und staatliche Interventionspflichten aus der Garantienorm des Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG, Berlin 1993, S. 90; *Hans H. Klein*, Die grundrechtliche Schutzpflicht, DVBl. 1994, S. 489 (490); *Eckart Klein*, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, S. 1633 (1636); *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, Baden-Baden 2001; *Peter Szczekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, Berlin 2002; *Peter Unruh*, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin 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 kompetentiell nicht möglich.<sup>74</sup> Freiwillige Selbstverpflichtungserklärungen der bietenden Unternehmen bleiben in ihren Wirkungen von vornherein gegenüber der pflichtigen Beachtung bei der Übernahme öffentlicher Aufträge zurück.

Hinsichtlich der Prüfung der Angemessenheit hat das Bundesverfassungsgericht zu Recht daran erinnert, dass die Freiheit der Unternehmen, die Vertragsbeziehungen zu seinen Arbeitnehmern – gleiches gilt für Subunternehmer und Lieferanten – frei gestalten zu können, mitentscheidend für den Erfolg der beruflichen Tätigkeit und damit

<sup>74</sup> Auf die Relevanz des Kompetenzgesichtspunkts für die Prüfung der Erforderlichkeit einer Maßnahme am Beispiel der Tarifreueerklärung weist BVerfG NJW 2007, S. 51 (55) hin.



wesentlicher Bestandteil der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Freiheit der Berufsausübung ist.<sup>75</sup> Auf der anderen Seite ist auf das besondere Gewicht der von den IAO-Kernarbeitsnormen erfassten Positionen hinzuweisen, die sämtlich grund- und menschenrechtlichen Schutz genießen (o. III 1 a aa, Seite 18). 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.<sup>76</sup> 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. In solchen Konstellationen wäre es 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;

<sup>75</sup> BVerfG NJW 2007, S. 51 (55).

<sup>76</sup> Vgl. zu diesen Gesichtspunkten BVerfG NJW 2007, S. 51 (55 f.).

- 2) bei – vom Bieter darzulegender – Unmöglichkeit oder Unverhältnismäßigkeit von 1): Abgabe einer verbindlichen Erklärung des Unternehmens, dass das Produkt unter Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen eingestellt, 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.<sup>77</sup>

### b) Allgemeiner Gleichheitssatz

Weiterhin sind Vergabeentscheidungen generell am allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG zu messen. Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist der allgemeine Gleichheitssatz verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten.<sup>78</sup> Die Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes kann nur in sach- und regelungsspezifischer Abwägung erfolgen.<sup>79</sup> Was in Anwendung des Gleichheitssatzes sachlich vertretbar oder sachfremd ist, lässt sich nicht abstrakt und allgemein festlegen, sondern nur stets in Bezug auf die Eigenart des konkre-

<sup>77</sup> 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.).

<sup>78</sup> BVerfGE 55, S. 72 (88); 82, S. 60 (86); 84, S. 197 (199); 95, S. 39 (45); BVerfG NJW 2000, S. 3341 (3342).

<sup>79</sup> *Lerke Osterloh*, in: Sachs (Fußn. 72) Art. 3 Rdnr. 37.

ten Sachbereichs, der geregelt werden soll.<sup>80</sup>

Für die Gleichheitsprüfung von Beschaffungsvorgängen bedeutet dies, dass der Auftraggeber die Auswahl unter den Bietern unter den Gesichtspunkten der sachgerechten und wirtschaftlichen Auftragserfüllung treffen muss. Dies heißt nicht, dass die Berücksichtigung anderer Auswahlkriterien unzulässig wäre; jedoch müssen diese einer Rechtfertigungsprüfung standhalten.<sup>81</sup> 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.<sup>82</sup>

An dieser Stelle endet allerdings weitgehend die Einigkeit. Welche Folgerungen aus dem dargestellten Befund gezogen werden können, ist von den Grundsätzen bis in die Einzelheiten äußerst umstritten. Die Facetten der Diskussion reichen von der Anerkennung einer legitimierenden Wirkung aller verfassungsrechtlich zulässigen Ziele mit einer wohl nur in Ausnahmefällen zur Unzulässigkeit des vergabeexternen Ziels führenden Verhältnismäßigkeitsprüfung<sup>83</sup> bis zur generellen Anzweiflung der Eignung vergabefremder Kriterien mit Blick auf die Zufälligkeit des Auftretens der Bieter in diesem Marktsegment, so dass eine Regelung über ein allgemeinverbindliches Gesetz erfolgen müsste<sup>84</sup>.

Richtigerweise wird man aber zu bedenken haben, dass die sachliche Vertretbarkeit eines Kriteriums im Rahmen der Gleichheits-

prüfung nur mit Blick auf die Eigenart des geregelten Sachbereichs beurteilt werden kann. Prägend für diese Eigenart sind für das Vergabewesen die Gesichtspunkte der sachgerechten und wirtschaftlichen Auftragserfüllung. Deshalb wird es für die Zulässigkeit weiterer Zwecksetzungen darauf ankommen, dass diese einen Bezug zu den genannten Gesichtspunkten aufweisen, also zur Leistung oder – insbesondere bei Dienstleistungsaufträgen – zur Leistungserbringung.<sup>85</sup>

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.

Problematischer ist der erforderliche Leistungs- bzw. Leistungserbringungsbezug bei Lieferaufträgen über die Beschaffung bereits vorhandener Waren. In diesem Fall führt die Beachtung oder Nichtbeachtung der IAO-Kernarbeitsnormen weder zu einer Veränderung der Eigenschaften der zu liefernden Produkte noch zu einer Beeinflussung des Prozesses der Leistungserbringung der zu liefernden Ware, deren Herstellung ja bereits abgeschlossen ist. Es bestehen allenfalls – intendierte – mittelbare Fernwirkungen für künftige Beschaffungsvorgänge, sollen sich doch die Hersteller gleichartiger Produkte an der, an der Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen ausgerichteten Beschaffungspraxis orientieren. Ein solcher mittelbarer Bezug reicht zur Begründung

<sup>80</sup> BVerfGE 90, S. 145 (195 f.).

<sup>81</sup> Hermann Pünder, Zu den Vorgaben des grundgesetzlichen Gleichheitssatzes für die Vergabe öffentlicher Aufträge, VerwArch 95 (2004), S. 38 (43).

<sup>82</sup> Burgi (Anm. 65), S. 70; Pünder (Anm. 81), S. 45 ff.

<sup>83</sup> Pünder (Anm. 81), S. 45 ff.

<sup>84</sup> Vgl. Thomas Puhl, Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, VVDStRL 60 (2001), S. 456 (497).

<sup>85</sup> Burgi (Anm. 65), S. 70 f.; Walter Frenz, Grundrechte und Vergaberecht, EuZW 2006, S. 748 (750).

der Angemessenheit der Einbeziehung sozialer Kriterien in das Vergabeverfahren nicht aus. Die Vergabe öffentlicher Aufträge ist kein Steuerungsinstrument, das die Verfolgung beliebiger weiterer politischer Zielsetzungen zulässt.

Fehlt es an einer sachgerechten Verknüpfung mit dem Auftragsgegenstand, so fehlt es typischerweise an der Angemessenheit der Berücksichtigung des betreffenden Kriteriums. Abweichungen von dieser typisierenden Betrachtung sind allerdings im Einzelfall möglich, wenn das Gewicht des die Einbeziehung in die Vergabe tragenden Ziels die Nachteile der nur mittelbaren Verknüpfung überwiegt.<sup>86</sup> 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 bereits hergestellter Waren an öffentliche Auftraggeber auf die Herkunft aus Produktionsprozessen zu achten, bei denen die IAO-Kernarbeitsnormen beachtet wurden, lediglich den einzelnen Einkaufsvorgang. Insofern ist von einer geringen Belastung der bietenden Unternehmen auszugehen. In der

Abwägung mit dieser Belastung überwiegt das Gewicht der von den IAO-Kernarbeitsnormen erfassten, grund- und menschenrechtlich umhögten Positionen deutlich. Auch insoweit liegt mithin kein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG vor.

---

<sup>86</sup> 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).

## IV. Vergaben ab Erreichen der Schwellenwerte

Während die Anforderungen des primären Gemeinschaftsrechts 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 Gemeinschaftsrechts (Kapitel IV 1) und des Kartellvergaberichts (Kapitel IV 2, ab Seite 45) heranzuziehen.

### 1. Anforderungen des sekundären Gemeinschaftsrechts an die Einbeziehung sozialer Aspekte

Im Zuge der Neufassung des EG-Vergaberechts durch die neue Vergabekoordinierungsrichtlinie (VKR) und die Sektorenkoordinierungsrichtlinie im Jahre 2004 sind die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Gesichtspunkten, die nach dem früheren sekundären Gemeinschaftsrecht weder als Eignungs- noch als Zuschlagskriterien berücksichtigt werden konnten, grundlegend neu geregelt worden. Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Reichweite dieser Neuregelung liegt – soweit ersichtlich – noch nicht vor. Anwendungskriterien lassen sich daher vor allem vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH zur Rechtslage unter den früheren Vergaberichtlinien und einen Vergleich mit den vorgenommenen Änderungen erarbeiten.

### a) Die Rechtslage vor Verabschiedung des Legislativpakets 2004

#### aa) Die früheren Vergaberichtlinien

Nach der durch das Urteil in der Rs. Nord-Pas-de-Calais konsolidierten Rechtsprechung des EuGH standen die früheren Vergaberichtlinien der Verfolgung materiell vergabefremder Zwecke indifferent gegenüber. Entscheidend war die Zuordnung zu einer der drei Kriterienkategorien eignungsbezogene, zuschlagsbezogene und besondere zusätzliche Kriterien, für die jeweils unterschiedliche Zulässigkeitsanforderungen galten. Für die Beurteilung kam es allein darauf an, welcher Kategorie das Kriterium in der vom öffentlichen Auftraggeber konkret gewählten Form zuzuordnen war. Dass ein mit einem Kriterium verfolgter Zweck ggf. auch in der Form einer der beiden anderen Kriterienkategorien hätte verfolgt werden können, war ohne Belang.<sup>87</sup>

Dies entspricht dem Grundsatz, dass bieterbezogene Kriterien und Zuschlagskriterien getrennt zu prüfen sind.<sup>88</sup> Nach der Systematik der Vergaberichtlinien wurden die Zuschlagskriterien erst dann relevant, wenn das Vorliegen von Ausschlussgründen und die finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit als bieterbezogene Kriterien geprüft wurden. Nichts anderes bringt nach ganz h. M. die Reihenfolge der Aufzählung in § 25 VOB / A bzw. VOL / A zum Ausdruck.<sup>89</sup> Diese Prüfungsreihenfolge ist also auch für die Wertung von Angeboten bei Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte vorgesehen.

<sup>87</sup> EuGH Slg. 2003, S. I-6351 Rdnr. 67; *Jan Ziolkow*, Vergabefremde Zwecke und Europarecht, NZBau 2001, S. 72 (76).

<sup>88</sup> Vgl. nur EuGH Slg. 2003, S. I-6351 Rdnr. 59; BGH NJW 1998, S. 3644 (3646).

<sup>89</sup> Siehe nur *Horst Dähne*, in: Kapellmann / Messerschmidt (Hrsg.), VOB Teile A und B, 2. Aufl. München 2007, § 25 VOB / A Rdnr. 2.

Führt z. B. die Weigerung des Bieters, eine bestimmte Erklärung, etwa über die allgemeine Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen bei seinem Geschäftsgebaren, abzugeben, zum Ausschluss vom weiteren Vergabeverfahren, so handelt es sich um ein bieterbezogenes Kriterium auf der Stufe der Eignungsprüfung. Auf dieser Stufe war eine solche Erklärung unzulässig. Der EuGH hat mehrfach entschieden, dass die in den Vergaberichtlinien enthaltenen Kataloge der bieterbezogenen Kriterien der Ausschlussgründe und Eignungsnachweise als abschließend anzusehen waren.<sup>90</sup> Sofern andere Nachweise als die in der Richtlinie ausdrücklich genannten gefordert wurden, durften sie nur zum Nachweis der Leistungsfähigkeit dienen.<sup>91</sup> Dies schloss es aus, auf der Stufe der Eignungsprüfung Nachweise zu fordern, die anderen Zwecken dienen.<sup>92</sup>

Statt als bieterbezogenes ließe sich die genannte Erklärung aber auch als zuschlagsbezogenes Kriterium fassen. Wurde diese Konstruktion gewählt, so stellte das Unterlassen der Abgabe der Erklärung nicht die Eignung des Bieters in Frage, sondern führte zur Nichtberücksichtigung beim Zuschlag. Zuschlagsbezogene Kriterien sind allerdings nur entweder der niedrigste Preis oder Kriterien, die der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen. Das deutsche Vergaberecht hat sich dafür entschieden, dass das wirtschaftlichste Angebot maßgebend sein soll (§ 97 Abs. 5 GWB, § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB / A, § 25 Nr. 3 VOL / A). Damit bleibt dem öffentlichen Auftraggeber die Auswahl der Kriterien überlassen, auf die er für die Erteilung des Zuschlags abzustellen beabsichtigt.<sup>93</sup> Allerdings musste ein notwendiger Bezug der Kriterien auf den jeweiligen Auftrag in dem Sinne vorliegen, dass die Kriterien der Ermittlung des wirtschaft-

lich günstigsten Angebots dienen mussten.<sup>94</sup> Dies schloss es aus, vergabefremde Zwecke als Kriterien des wirtschaftlich günstigsten Angebots einfließen zu lassen.<sup>95</sup>

Gemeinschaftsrechtlich war der Befund eindeutig: Die früheren Vergaberichtlinien sahen die Berücksichtigung externer Zielsetzungen beim Zuschlag nicht vor. Allerdings konnte hieraus nicht der Schluss gezogen werden, dass die früheren Vergaberichtlinien die Zuschlagskriterien abschließend regelten und keinen Raum für die Einführung vergabefremder Zwecke durch die Mitgliedstaaten ließen.<sup>96</sup> Denn nach der Rechtsprechung des EuGH wurden Kriterien, die weder eignungs- noch zuschlagsbezogen sind, von der Koordinierungswirkung der früheren Vergaberichtlinien überhaupt nicht erfasst.<sup>97</sup> Ein besonderes zusätzliches Kriterium, das nicht der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots diene, war daher am Maßstab der früheren Vergaberichtlinien

---

<sup>94</sup> EuGH Slg. 2003, S. I-6351 Rdnr. 64.

<sup>95</sup> Zur Unzulässigkeit *Christoph Benedict*, Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, Heidelberg u. a. 2000, S. 138 ff.; *Boesen* (FuBn. 65), § 97 Rdnr. 149.

<sup>96</sup> So aber *Michael Brenner*, Neuere Entwicklungen im Vergaberecht der Europäischen Union, Graz 1997, S. 47 f.; *Meinrad Dreher*, Politische Vorgaben bei der Vergabe öffentlicher Aufträge aus rechtswissenschaftlicher Sicht, ZVgR 1999, S. 289; *Walter Götz*, Die Zulässigkeit beschaffungsfremder Vergabekriterien nach Europarecht, EuR 1999, S. 621 (628 ff.); *Peter M. Huber*, Das öffentliche Auftragswesen als Beschaffungsvorgang oder Instrument der Wirtschaftslenkung und der Sozialgestaltung, ThürVBl. 2000, S. 193 (195); *Jörg Karenfort/Ulrich von Koppenfels/Stefan Siebert*, Tarifreueerklärungen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge – vereinbar mit deutschem Kartellrecht und Europarecht?, BB 1999, S. 1825 (1831); *Andrés Martin-Ehlers*, Die Unzulässigkeit vergabefremder Kriterien, WuW 1999, S. 685 (692); *Volker Neßler*, Politische Auftragsvergabe durch den Staat?, DÖV 2000, S. 145 (149); *Fritz Rittner*, Die „sozialen Belange“ i.S. der EG-Kommission und das inländische Vergaberecht, in: Schwarze (FuBn. 26), S. 87 (93).

<sup>97</sup> *Ziekow* (FuBn. 87), S. 75 f.

---

<sup>90</sup> EuGH Slg. 1992, S. I-3401 Rdnr. 20 f.; 1994, S. I-1409 Rdnr. 35.

<sup>91</sup> EuGH Slg. 1982, S. 417 Rdnr. 9, 15.

<sup>92</sup> Vgl. EuGH Slg. 1992, S. I-3401 Rdnr. 20; 1993, S. I-5923 Rdnr. 41 f.

<sup>93</sup> EuGH Slg. 1988, S. 4635 Rdnr. 19; 2003, S. I-6351 Rdnr. 63 f.

nicht unzulässig.<sup>98</sup> D. h. auch hier kam es wieder auf die vom öffentlichen Auftraggeber konkret gewählte Form an. Hatte er etwa die Beispiele der für die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots heranziehenden Kriterien in § 25 Nr. 3 Abs. 3 S. 2 VOB / A um das Kriterium „Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen“ erweitert, so handelte es sich um ein unzulässiges, weil ohne Bezug auf den Auftrag bleibendes zuschlagsbezogenes Kriterium. Wurde es hingegen selbständig neben die Kriterien für die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots gestellt, so handelte es sich um ein besonderes zusätzliches Kriterium, das von den früheren Vergaberichtlinien nicht berührt wurde.

Für die Zulässigkeit der besonderen zusätzlichen Kriterien galten folgende Anforderungen:

1. Die Verfahrensvorschriften der betreffenden Vergaberichtlinien, insbesondere die Publizitätsanforderungen, mussten beachtet werden. Das besondere zusätzliche Kriterium musste also in der Bekanntmachung des Auftrags ausdrücklich angegeben werden, damit die Unternehmen vom Bestehen einer solchen Bedingung Kenntnis nehmen konnten.<sup>99</sup>
2. Die wesentlichen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, vor allem das Diskriminierungsverbot, mussten beachtet werden (dazu o. III 1, ab Seite 16).<sup>100</sup>

#### **bb) Die Urteile des EuGH in den Sachen „Concordia Bus“ und „Wienstrom“**

Den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs in den Sachen „Concordia Bus“ und „Wienstrom“ kommt möglicherweise deshalb eine exponierte Bedeutung bei der Auslegung der Vergabekoordinierungsrichtlinie zu, weil diese Entscheidungen zwar noch zu den

früheren gemeinschaftsrechtlichen Vergaberichtlinien, jedoch zu Zeitpunkten ergingen, zu denen bereits eine konsolidierte Fassung des Entwurfs der Vergabekoordinierungsrichtlinie vorlag. Erwägungsgrund 1 dieser Richtlinie nimmt ausdrücklich „die Rechtsprechung des Gerichtshofs, insbesondere ... die Urteile zu den Zuschlagskriterien, wodurch klargestellt wird, welche Möglichkeiten die öffentlichen Auftraggeber haben, auf Bedürfnisse ... im ökologischen und/oder sozialen Bereich ... einzugehen“, in Bezug.

#### **a) „Concordia Bus“**

Das Urteil des EuGH in der Sache Concordia Bus<sup>101</sup> betraf ein finnisches Vergabeverfahren, mit dem der innerstädtische Busverkehr der Stadt Helsinki ausgeschrieben wurde. Zu den für die Vergabe zu berücksichtigenden Kriterien zählte auch das Qualitäts- und Umweltkonzept des bietenden Verkehrsunternehmers, wobei Zusatzpunkte für eine Gesamtheit von qualitativen Kriterien und ein zertifiziertes Umweltkonzept zugeteilt wurden. Ein unterlegener Bieter machte geltend, dass die Vergabe von Zusatzpunkten für Fahrzeuge, die gewisse Stickoxidemissionen und bestimmte Lärmpegel unterschritten, unzulässig gewesen sei. Zum einen sei faktisch nur der schließlich ausgewählte Bieter in der Lage gewesen, einen entsprechenden Fuhrpark einzusetzen, und zum anderen stünden diese Umweltkriterien in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit dem Gegenstand der Ausschreibung.

Der EuGH wiederholte zunächst seinen Standpunkt, dass die einschlägige Vergaberichtlinie die Kriterien, die für die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots festgelegt werden können, nicht abschließend aufzähle.<sup>102</sup> Auch die Feststellung des Gerichtshofs, dass es sich bei diesen Kriterien nicht um „wirtschaftliche“ in einem en-

<sup>98</sup> EuGH Slg. 2000, S. I-7445 Rdnr. 50 f.

<sup>99</sup> EuGH Slg. 1988, S. 4635 Rdnr. 36; 2000, S. I-7445 Rdnr. 50 f.

<sup>100</sup> EuGH Slg. 1988, S. 4635 Rdnr. 29 f.; 2000, S. I-7445 Rdnr. 50 f.

<sup>101</sup> EuGH Slg. 2002, S. I-7213 - Concordia Bus.

<sup>102</sup> EuGH Slg. 2002, S. I-7213 Rdnr. 54.

geren Sinne handeln müsse<sup>103</sup>, brachte in der Sache nichts Neues. Zur Begründung der Befugnis des Auftraggebers, Umwelt- und Wirtschaftskriterien in die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots einzubeziehen, hätte es daher des Rekurses auf Art 6 EG<sup>104</sup> nicht bedurft. Dieser Hinweis darf keinesfalls so verstanden werden, dass über eine Wirtschaftlichkeit in einem engeren Sinne hinausgehende Kriterien nur dann als Zuschlagskriterien einbezogen werden dürfen, wenn sie im gemeinschaftsrechtlichen Primärrecht oder dem vergabebezogenen Sekundärrecht ausdrücklich erwähnt sind. Denn wie der EuGH im Folgenden richtigerweise ausführt, kommt es für die Zulässigkeit von Zuschlagskriterien allein darauf an, dass sie mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen und dem öffentlichen Auftraggeber keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen.<sup>105</sup>

Die hierzu in der deutschen Literatur geführte Diskussion um die Art der „Faktoren, die nicht rein wirtschaftlich sind“<sup>106</sup>, beim Zuschlag aber berücksichtigungsfähig sind, ist nicht nachvollziehbar. Diese Diskussion leidet im wesentlichen unter der fehlenden Erkenntnis, dass der EuGH die Zulässigkeit eines Zuschlagskriteriums mehrschrittig prüft:

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“<sup>107</sup>. Durch die

Formulierung „für *diesen* Auftraggeber“ wird also ein Auftraggeberbezug hergestellt, der es ausschließt, ausschließlich bei anderen Personen oder Stellen eintretende Effekte einzubeziehen. Eine allgemeine Wohlfahrtspolitik mittels des Vergaberechts ist bereits auf dieser Stufe ausgeschlossen. Der Auftraggeber kann also beispielsweise keine dem Gesundheitsschutz der Bevölkerung dienenden Kriterien einbeziehen, wenn er nach der innerstaatlichen Kompetenzverteilung für diesen Gesundheitsschutz nicht zuständig ist und insoweit auch keine Kostenlast trägt. Dies ändert nichts daran, dass der auf dieser Prüfungsstufe einsetzende Filter sehr grobmaschig ist.

2. In der Diskussion übersehen wird dann zuweilen, dass die Prüfung nicht auf der dargestellten ersten Stufe stehen bleibt, sondern anschließend der Zusammenhang des Kriteriums mit dem Auftragsgegenstand zu prüfen ist. Diesen Zusammenhang nicht aufweisende Kriterien scheidet als zulässige *Zuschlagskriterien* – denn nur diese betraf die Concordia Bus-Entscheidung – aus. Dies gilt beispielsweise für allgemeine sozial- und umweltpolitische Erwägungen. Diese Kriterien ohne Auftragsbezug werden damit aber nicht generell unzulässig. Es handelt sich vielmehr um besondere zusätzliche Kriterien, die als solche gekennzeichnet und den vom EuGH aufgestellten, bereits genannten (o. IV 1 a aa, Seite 30) Zulässigkeitsanforderungen genügen müssen. In der Sache konnte man in der Tat keinen Zweifel daran haben, dass die Höhe der Stickoxidemissionen und der Lärmpegel der Busse Kriterien sind, die mit dem Gegenstand eines die Erbringung städtischer Busverkehrsdienstleistungen betreffenden Auftrags zusammenhängen.<sup>108</sup>
3. Die weiteren vom EuGH für die Zulässigkeit eines Zuschlagskriteriums genannten Voraussetzungen sind bekannt: Das Kriterium

<sup>103</sup> EuGH Slg. 2002, S. I-7213 Rdnr. 55.

<sup>104</sup> EuGH Slg. 2002, S. I-7213 Rdnr. 57.

<sup>105</sup> EuGH Slg. 2002, S. I-7213 Rdnr. 59 ff.

<sup>106</sup> EuGH Slg. 2002, S. I-7213 Rdnr. 55. Aus der Diskussion *Martin Beckmann*, Die Verfolgung ökologischer Zwecke bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, NZBau 2004, S. 600 (602); *Sören Rößner/Christoph Schalast*, Umweltschutz und Vergabe in Deutschland nach der Entscheidung des EuGH – Concordia Bus Finland, NJW 2003, S. 2361 ff.; *Jens-Peter Schneider*, EG-Vergaberecht zwischen Ökonomisierung und umweltpolitischer Instrumentalisierung, DVBl. 2003, S. 1186 (1188 f.).

<sup>107</sup> EuGH Slg. 2002, S. I-7213 Rdnr. 55.

<sup>108</sup> EuGH Slg. 2002, S. I-7213 Rdnr. 65.

- darf dem öffentlichen Auftraggeber keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen;<sup>109</sup>
- muss im Leistungsverzeichnis oder der Bekanntmachung des Auftrags ausdrücklich angegeben werden, wenn möglich in absteigender Reihenfolge gemäß der den Kriterien zugemessenen Bedeutung, damit die Unternehmer in der Lage sind, vom Bestehen und der Tragweite dieses Kriteriums Kenntnis zu nehmen;<sup>110</sup>
- muss alle wesentlichen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, vor allem das Diskriminierungsverbot, beachten<sup>111</sup>.

Auch hier sollte nicht zuviel hineingeheimnist werden. Bei der Aufzählung dieser Voraussetzungen, insbesondere der letzten beiden, hat der EuGH zwar seine Urteile in den Sachen Beentjes und Nord-Pas-de-Calais zitiert, die gerade keine Zuschlagskriterien, sondern besondere zusätzliche Kriterien betrafen. Hieraus lässt sich jedoch nicht die Folgerung ziehen, dass die auftragsbezogenen Umweltkriterien, wie sie in der Sache Concordia Bus relevant waren, nicht als Zuschlagskriterien, sondern als besondere zusätzliche Kriterien oder gar als vierte Kategorie zwischen Zuschlagskriterien und besonderen zusätzlichen Kriterien eingestuft werden sollten. Bereits in den Urteilen Beentjes und Nord-Pas-de-Calais hatte der EuGH deutlich gemacht, dass es sich um Voraussetzungen handelt, die *alle* Kategorien von Kriterien erfüllen müssen, die in einem Vergabeverfahren Berücksichtigung finden sollen.

Alle bisher dargestellten Erwägungen des EuGH in seinem Urteil Concordia Bus standen also strikt in der Linie seiner früheren Rechtsprechung. Dies gilt auch für die Passagen des Urteils, die die Vereinbarkeit unterschiedslos anwendbarer Zuschlagskriterien mit dem gemeinschaftsrechtlichen

Grundsatz der Gleichbehandlung betreffen. Der unterlegene Bieter hatte nämlich geltend gemacht, dass die Zusatzpunkte für verringerte Stickoxid- und Lärmemissionen faktisch nur von einem einzigen Unternehmen erlangt werden konnten. Hintergrund dieser Rüge dürfte die skizzierte (III 1 a, Seite 17) UNIX-Rechtsprechung des EuGH gewesen sein. Anders als dort aber entschied das fragliche Zuschlagskriterium in der Sache Concordia Bus nicht über die Vergabe als solche, sondern ermöglichte nur die Vergabe von Zusatzpunkten, so dass sich die Chancen anderer Unternehmen, die diese Zusatzpunkte nicht erwerben konnten, zwar geringfügig verschlechterten, jedoch nicht ausgeschlossen wurden. Die nach der UNIX-Rechtsprechung erforderliche Marktbehinderung war deshalb nicht feststellbar.<sup>112</sup>

### β) „Wienstrom“

Das Urteil des EuGH in der Sache „Wienstrom“<sup>113</sup> 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.

Unter Anlegung der im Concordia Bus-Urteil entwickelten Maßstäbe hielt der EuGH das Kriterium, Strom aus erneuerbaren Energien zu liefern, für ein zulässiges Zuschlagskriterium.<sup>114</sup> Zu beachten ist, dass der Gerichtshof nicht für die Zulässigkeit dieses Kriteri-

<sup>109</sup> EuGH Slg. 2002, S. I-7213 Rdnr. 61.

<sup>110</sup> EuGH Slg. 2002, S. I-7213 Rdnr. 62.

<sup>111</sup> EuGH Slg. 2002, S. I-7213 Rdnr. 63.

<sup>112</sup> EuGH Slg. 2002, S. I-7213 Rdnr. 83 ff.

<sup>113</sup> EuGH Slg. 2003, S. I-14527 - Wienstrom.

<sup>114</sup> EuGH Slg. 2003, S. I-14527 Rdnr. 32 ff.



ums als solche, sondern erst für die Rechtfertigung von dessen hoher Gewichtung mit 45 % auf die Vorschriften des Gemeinschaftsrechts zur Bekämpfung der Emission von Treibhausgasen durch die Förderung erneuerbarer Energiequellen rekurrierte<sup>115</sup>. Dies bestätigt die oben (IV 1 a bb a, Seite 34) gegebene Einschätzung, dass die Zulässigkeit als solche nicht von der Verankerung des Kriteriums im Gemeinschaftsrecht abhängt. Ob das Zuschlagskriterium zur Erreichung des Ziels, zur Erhöhung der Mengen aus erneuerbaren Energieträgern erzeugten Stroms beizutragen, möglicherweise überhaupt nicht geeignet ist, ist dabei unerheblich.<sup>116</sup>

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.<sup>117</sup>

Auch dieses Urteil fügt sich mithin nahtlos in das System ein, das der EuGH zur Prüfung der Zulässigkeit von Kriterien für die Vergabe öffentlicher Aufträge entwickelt hat. Es hat nochmals die bereits der früheren Rechtsprechung des Gerichtshofs entnehmbare Linie bestätigt, dass Umweltschutzkriterien auch als Zuschlagskriterien Berücksichtigung finden können, soweit sie einen Auftragsbezug aufweisen. Dies gilt beispielsweise nicht für die Anknüpfung an 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. Hierbei handelte es sich um besondere zusätzliche Kriterien, die als solche ge-

fasst sein und den für sie formulierten Zulässigkeitsanforderungen genügen mussten.<sup>118</sup>

### c) Änderungen durch die Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004

Die Vergabekoordinierungsrichtlinie (VKR) bemüht sich erkennbar, an die Fallgruppen anzuknüpfen, die in der bisherigen Rechtsprechung des EuGH eine Rolle spielten. Bedauerlich ist dabei, dass die Systematik, wie sie in der Judikatur des EuGH entwickelt worden ist, nur bedingt aufgegriffen wurde. Die Vorschriften über die im Rahmen des Vergabeverfahrens zu berücksichtigenden und berücksichtigungsfähigen Kriterien sind in der Richtlinie nicht zusammengefasst, sondern über zahlreiche Stellen verstreut worden.

Wie bisher bleibt es beim Grundsatz der getrennten Prüfung von bieterbezogenen Kriterien und Zuschlagskriterien. 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.

#### aa) 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.

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 Auftragge-

<sup>115</sup> EuGH Slg. 2003, S. I-14527 Rdnr. 40 f.

<sup>116</sup> EuGH Slg. 2003, S. I-14527 Rdnr. 53.

<sup>117</sup> EuGH Slg. 2003, S. I-14527 Rdnr. 66 ff.

<sup>118</sup> *Wolfram Krohn*, Umweltschutz als Zuschlagskriterium: Grünes Licht für „Ökostrom“, NZBau 2004, S. 92 (95).

ber 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 dürfen. Es ist daher weiterhin ausgeschlossen, auf der Stufe der Eignungsprüfung Nachweise zu fordern, die anderen Zwecken dienen. Zu beachten ist, dass Art. 44 Abs. 2 S. 3 die Anforderungen an vom öffentlichen Auftraggeber geforderte Leistungsfähigkeitsnachweise sogar noch verschärft. Sofern der Auftraggeber Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit formuliert, müssen diese Anforderungen mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen und ihm angemessen sein. Ein solcher Auftragsbezug war bisher vom EuGH explizit nur für Zuschlagskriterien gefordert worden. 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.<sup>119</sup> Dies hat sich durch die VKR nicht geändert.<sup>120</sup>

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

<sup>119</sup> 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.

<sup>120</sup> Stellungnahme „Soziale und ethische Kriterien bei der Neuregelung des Vergaberechts“ des Direktoriums – Rechtsabteilung – der Landeshauptstadt München vom 16. 3. 2005, S. 4.

ausdrücklich nur das Verlangen nach Vorlage dieser Nachweise zu.

Unter dem Gesichtspunkt, dass zur Berücksichtigung der Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen bei der Vergabe häufig gefordert wird, eine unabhängige Zertifizierung vorzulegen, ist zu beachten, dass die Vergabekoordinierungsrichtlinie eine Regelung zur Bedeutung von Zertifizierungen enthält, 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.<sup>121</sup> 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 vermittele, da die EMAS-Verordnung nur die Verpflichtung zur Verfolgung selbst gesetzter umweltpolitischer Ziele und bestimmter Maßnahmen der Umweltinformation verlange.<sup>122</sup> 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

<sup>121</sup> Siehe *Beckmann* (Fußn. 106), S. 601.

<sup>122</sup> *Marc Opitz*, Das Legislativpaket: Die neuen Regelungen zur Berücksichtigung umwelt- und sozialpolitischer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, VergabeR 2004, S. 421 (426).

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-Verordnung<sup>123</sup> ist eine der Voraussetzungen für die EMAS-Eintragung ein Umweltmanagementsystem, in dessen Rahmen die betreffende Organisation maßgebliche Merkmale über Arbeitsabläufe und Tätigkeiten, die eine bedeutende Auswirkung auf die Umwelt haben können, regelmäßig überwachen und messen muss. Fällt daher die Ausführung des zu vergebenden Auftrags in den Bereich der durch das Umweltmanagementsystem nach der EMAS-Verordnung erfassten Arbeitsabläufe und Tätigkeiten, so werden die Umweltmanagementmaßnahmen *bei* der Ausführung des Auftrags angewendet, wie es Art. 48 Abs. 2 lit. f VKR fordert. Dass ein EMAS-beteiligtes Unternehmen die Voraussetzungen des Art. 48 Abs. 2 lit. f nicht erfüllt, ist daher nur in seltenen Ausnahmefällen denkbar. Anderes gilt aber, wenn andere Nachweise für gleichwertige Umweltmanagementmaßnahmen vorgelegt werden, was nach Art. 50 generell zulässig ist. In diesen Fällen muss im Einzelfall überprüft werden, ob der Nachweis auch die Ausführung gerade des konkreten Auftrags abdeckt.

Die Möglichkeiten, die Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen über den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit in das Vergabeverfahren zu implementieren, sind äußerst begrenzt. Als Einfallstor kommt insoweit allenfalls Art. 48 Abs. 2 lit. b VKR in Betracht, wonach der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit auf die Angabe der technischen Fachkräfte erstreckt werden

---

<sup>123</sup> Verordnung (EG) Nr. 761 / 2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.3.2001 über die freiwillige Beteiligung von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung (EMAS), ABl. 2001 L 114 / 1.

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 Personalausstattung verlangt werden.<sup>124</sup> 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.<sup>125</sup> 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.<sup>126</sup>

## **bb) Zuschlagskriterien**

Als Zuschlagskriterien kennt Art. 53 Abs. 1 alternativ das wirtschaftlich günstigste Angebot oder das Kriterium des niedrigsten Preises. Die Ausgestaltung des Zuschlags auf das wirtschaftlich günstigste Angebot folgt den Grundsätzen, wie sie der EuGH in seiner Rechtsprechung vor Inkrafttreten der neuen Richtlinie entwickelt hatte: Die einzelnen Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung müssen in der Bekanntmachung oder den Verdingungsunterlagen in der Beschreibung angegeben sein (Art. 53 Abs. 2 VKR). Zulässig sind nur solche Kriterien, die mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen, wobei zu den beispielhaft aufgezählten Kriterien neben Qualität, Preis, technischem Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technischer Hilfe, Lieferzeitpunkt sowie Lie-

---

<sup>124</sup> Interpretierende Mitteilung der Kommission (Fußn. 119), Nr. 1.3.2.

<sup>125</sup> Interpretierende Mitteilung der Kommission (Fußn. 119), Nr. 1.3.2.

<sup>126</sup> Allgemein für die Berücksichtigung sozialer Aspekte als Eignungskriterien wie hier *Walter Frenz*, Soziale Vergabekriterien, NZBau 2007, S. 17 (18).

ferungs- und Ausführungsfrist nunmehr ausdrücklich auch die Umwelteigenschaften gehören. Insoweit hat die VKR also nichts Neues gebracht.

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

Nicht anders verhält es sich hinsichtlich der technischen Spezifikationen nach Art. 23 Abs. 3 lit. a, die in Anhang VI definiert sind. Ziff. 1 lit. a und b des Anhangs VI nennt als technische Spezifikationen ausdrücklich auch die „Produktionsprozesse und -methoden“. Wie Erwägungsgrund 29 der VKR klarstellt, zählen hierzu auch bestimmte Produktionsmethoden mit Blick auf die Umweltauswirkungen. Dies liegt in der Logik des „Wienstrom“-Urteils des EuGH, aus dem sich gleichzeitig die Grenzen der Einordnung produktionsbezogener Umwelthanforderungen als technische Spezifikationen ergeben dürften. Denn technische Spezifikationen sind laut Anhang VI Ziff. 1 der VKR nur solche Anforderungen und Vorschriften von Merkmalen, die an eine Leistung, ein Erzeugnis oder ein Material selbst gestellt werden. Gegenstand einer technischen Spezifikation kann also nur der Produktionsprozess bzw. die Produktionsmethode des Auftragsgegenstandes sein. Allgemeine umweltbezogene Erwägungen wie die Vorgabe

einer bestimmten Produktionsquote umweltverträglich hergestellter Produkte können auf diese Weise nicht in das Vergabeverfahren eingeführt werden.<sup>127</sup>

Aus dem Wortlaut der Vergabekoordinierungsrichtlinie geht nicht hervor, ob unter Produktionsprozess bzw. -methode und damit unter die Zuschlagskriterien neben umweltbezogenen auch sozialpolitisch intendierte Anforderungen gefasst werden können. Teilweise wird angenommen, dass dies dann zu bejahen sei, wenn etwa Langzeitarbeitslose, Behinderte oder Frauen in Führungspositionen bei der Auftragsausführung<sup>128</sup> oder sogar sonst im Betrieb des Bieters<sup>129</sup> eingesetzt werden sollen. Allerdings dürfte dem die Systematik der VKR widersprechen. Soziale Aspekte werden ausschließlich im Zusammenhang der zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung (Art. 26) erwähnt. Die Begründungserwägung 33 nennt hier ausdrücklich die Einstellung von Langzeitarbeitslosen, die Durchführung von Ausbildungsmaßnahmen für Arbeitnehmer und Jugendliche, die Einstellung von behinderten Personen und die Einhaltung der Bestimmungen der grundlegenden Übereinkommen der IAO für den Fall, dass diese nicht in innerstaatliches Recht umgesetzt worden sind. Zur sozialen Dimension der Zuschlagskriterien verhält sich Begründungserwägung 46: Dabei geht es aber nur um die „Erfüllung sozialer Anforderungen“ in dem Sinne, dass diese Kriterien sich an den Bedürfnissen benachteiligter Bevölkerungsgruppen hinsichtlich der *Nutzung* der Bauleistung, Lieferung oder Dienstleistung orientieren sollen. Ein Beispiel ist die in Art. 23 Abs. 1 S. 2 genannte Festlegung der technischen Spezifikationen

<sup>127</sup> 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).

<sup>128</sup> Opitz (Fußn. 122), S. 429.

<sup>129</sup> Kristian Fischer, Vergabefremde Zwecke im öffentlichen Auftragswesen: Zulässigkeit nach Europäischem Gemeinschaftsrecht, EuZW 2004, S. 492 (494).

in einer Weise, dass den Zugangskriterien für Behinderte Rechnung getragen wird. Diese Unterscheidung spricht dafür, soziale Kriterien, die sich nicht auf die Nutzung der erbrachten Leistung oder Lieferung beziehen, als zusätzliche Bedingungen für die Auftragsausführung zu verorten. Gesichtspunkte, die sich auf die Beschäftigungsbedingungen im Unternehmen des Bieters oder gar seines Lieferanten beziehen, können nicht als Zuschlagskriterien berücksichtigt werden.<sup>130</sup>

### cc) Zusätzliche Bedingungen für die Auftragsausführung

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

Bemerkenswert ist die Fassung dieser Vorschrift aus zwei Gründen. Zum einen hatte der EuGH die von der Kommission<sup>131</sup> und dem Generalanwalt *Alber* in seinen Schluss-

anträgen in der Sache Nord-Pas-De-Calais<sup>132</sup> vorgenommene Deutung der besonderen zusätzlichen Kriterien als Ausführungskriterien in seinem Urteil in der genannten Rechtssache deutlich zurückgewiesen.<sup>133</sup> 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.<sup>134</sup>

Zum anderen – und das ist die entscheidende – hat die durch die Herstellung dieser Verknüpfung vorgenommene Einordnung massive Folgen für die Zulässigkeit der zusätzlichen Bedingungen. Wie bereits der Ausschuss der Regionen in seiner Stellungnahme vom 13.12.2000 zu den Kommissionsvorschlägen erkannte (und kritisierte), führt die Forderung, dass sich die zusätzlichen Bedingungen auf die Ausführung des Auftrags beziehen müssen, zu einer deutlichen Restriktion gegenüber der durch die Rechtsprechung des EuGH aufgebauten Position,<sup>135</sup> 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“<sup>136</sup>.

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 zu-

<sup>130</sup> So schon für die früheren Vergaberichtlinien die Interpretierende Mitteilung der Kommission (Fußn. 119), Nr. 1.4.1, für die VKR *Dorothea Hegele*, Soziale Kriterien bei der Vergabe öffentlicher Aufträge – Arbeitshilfe für öffentliche Auftraggeber und sozialwirtschaftliche Unternehmen, Dresden 2005, S. 18; Daraus, dass „die Vergabe öffentlicher Aufträge vielfach im politischen Raum angesiedelt ist“, ergibt sich nichts anderes; a. M. *Frenz* (Fußn. 126), S. 20.

<sup>131</sup> Mitteilung KOM (89) 400 endg. der Kommission „Öffentliches Auftragswesen – Regionale und Soziale Aspekte“ vom 22.9.1989, ABL 1989 C 311 / 7, Tz. 46 ff.

<sup>132</sup> Schlussanträge des GA *Alber* vom 14.3.2000 in der Rs. C-225 / 98, Slg. 2000, S. I-7449 Rdnr. 43 ff.

<sup>133</sup> Im einzelnen *Ziekow* (Fußn. 87), S. 76.

<sup>134</sup> So aber *Oliver Mader*, Das neue EG-Vergaberecht, EuZW 2004, S. 425 (428).

<sup>135</sup> Stellungnahme des Ausschusses der Regionen, ABl. 2001 C 144 / 23 sub 2.7.1.

<sup>136</sup> Empfehlung des Ausschusses für Recht und Binnenmarkt für die zweite Lesung des Europäischen Parlaments vom 19.6.2003 (A5-0242 / 2003) S. 33.

sätzliche 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 (o. IV 1 b aa, Seite 35).

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 (o. IV 1 a aa, Seite 35) zulässige Kategorie der besonderen zusätzlichen Bedingungen beseitigt werden sollte.<sup>137</sup> Dem wird man kaum folgen können. Die dargestellten Regelungen der Vergabekoordinierungsrichtlinie zur Zulässigkeit der Berücksichtigung von sozialen oder umweltbezogenen Kriterien bei der Vergabe verfolgen gerade das Ziel der Privilegierung speziell dieser Kriterien. Während ihre Einbeziehung unter den in der Richtlinie genannten Voraussetzungen zulässig sein soll, sollen andere Kriterien nicht mehr berücksichtigt werden können. Würde der öffentliche Auftraggeber noch zusätzlich wie nach den früheren Vergaberichtlinien besondere zusätzliche Bedingungen in das Vergabeverfahren 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 be-

nannten Zulässigkeitsanforderungen ist die Vergabekoordinierungsrichtlinie hinsichtlich der Berücksichtigungsfähigkeit sozialer und umweltbezogener Belange strikter. Bestenfalls wären die detaillierten Regelungen der Vergabekoordinierungsrichtlinie zu den sozialen und umweltschutzbezogenen Kriterien überflüssig, würden die früheren besonderen zusätzlichen Bedingungen als überwölbende Kategorie fortgeführt.

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<sup>138</sup>. 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.

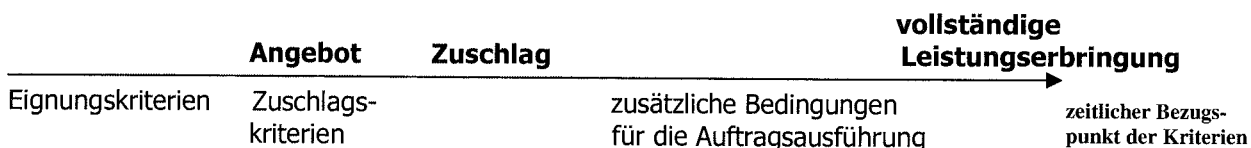
Der Endpunkt der letzten Phase wird durch die vollständige Erbringung der Leistung bezeichnet. Über diesen Zeitpunkt hinausgreifende Anforderungen können nicht auf Art. 26 gestützt werden.<sup>139</sup>

<sup>137</sup> Alexandra Losch, Das „harmonisierte“ EG-Vergaberecht im Spannungsfeld zwischen Umweltschutz und Binnenmarkt, Berlin 2005, S. 141 ff.

<sup>138</sup> Für die letztere Zuordnung ausdrücklich Erwägungsgrund 33 der VKR.

<sup>139</sup> Opitz (Fußn. 122), S. 425.

### Vergabekriterien (Phasenmodell)



#### dd) Folgerungen für die Berücksichtigung der IAO-Kernarbeitsnormen

Fasst man die Möglichkeiten für die Berücksichtigung sozialer Kriterien bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nach der Vergabekoordinierungsrichtlinie zusammen, so ergibt sich folgendes: Für die drei Kriterienkategorien hat die Richtlinie eine weitgehende 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 war vom EuGH schon bisher betont worden.
2. in einem Zusammenhang mit dem Auftrag stehen. Dieser Zusammenhang muss sich für Eignungs- und Zuschlagskriterien auf den Auftragsgegenstand, für die zusätzlichen Bedingungen auf die Auftragsausführung beziehen. Hinsichtlich des erforderlichen Zusammenhangs mit dem Auftragsgegenstand kann auf die vorliegende Rechtsprechung des EuGH, insbesondere in den Sachen „Concordia Bus“ und „Wienstrom“, zurückgegriffen werden.
3. in der Bekanntmachung oder in den Vergabungsunterlagen angegeben werden; hinsichtlich der Zuschlagskriterien muss darüber hinaus die Gewichtung angegeben werden. Auch dies folgt der bisherigen Linie des EuGH.
4. mit dem Gemeinschaftsrecht, insbesondere dem Gleichbehandlungsgrundsatz vereinbar sein. Dies – wie der EuGH in seiner Concordia Bus-Entscheidung deutlich gemacht hat – ohnehin selbstverständlich und gilt daher für alle in ein Vergabeverfahren eingeführten Kriterien. Für diese Prüfung kann in vollem Umfang auf die vorliegende Rechtsprechung des EuGH zurückgegriffen werden.

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. Zurückhaltung dürfte – wie schon nach den früheren Vergaberichtlinien – 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 (o. IV 1 b aa, Seite 35). Führt die Weigerung des Bieters, eine Erklärung abzugeben, dass weder er, seine Subunternehmer noch seine Zulieferfirmen gegen die IAO-Kernarbeitsnormen verstoßen, zum Ausschluss vom weiteren Vergabeverfahren, so handelt es sich um ein bieterbezogenes Kriterium auf der Stufe der Eignungsprüfung. Auf dieser Stufe dürfte eine solche Erklärung mangels Auftragsbezugs unzulässig sein. Dies macht der Vergleich mit den Voraussetzungen, unter denen die Angabe einer Umweltmanagementmaßnahme als Bestandteil des Nachweises der *technischen* Leistungsfähigkeit verlangt werden kann, deutlich: Nach Art. 48 Abs. 2 lit. f VKR ist ein solcher Nachweis nur bei öffentlichen Bau- oder Dienstleistungsauf-

trägen möglich. Lieferaufträge fallen von vornherein nicht unter diese Bestimmung. Denn der notwendige Auftragsbezug besteht nur dann, wenn die betreffende Umweltmanagementmaßnahme gerade „bei der Ausführung des Auftrags“ angewendet werden soll (dazu IV 1 b aa, Seite 35). Strukturell ist das Verlangen, die Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen durch die Beibringung von Zertifizierungen, anderen Nachweisen oder die Einleitung aktiver Maßnahmen zu belegen, der Angabe einer Umweltmanagementmaßnahme durchaus vergleichbar. Doch dient ein solches Verlangen zum einen weder dem Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen noch der technischen oder beruflichen Leistungsfähigkeit des Bieters, sondern einem aliud, seiner sozialen Verantwortung. Zum anderen ist die Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte bei der Auftragsausführung Regelungsgegenstand des Art. 26 VKR (o. IV 1 b cc, Seite 39), so dass kein Bedürfnis für eine erweiterte Anwendung berücksichtigungsfähiger Eignungskriterien besteht.

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<sup>140</sup>. Wie die Kommission zutreffend feststellt, ist der Begriff der schweren beruflichen Verfehlung bisher weder durch die europäische Gesetzgebung noch durch die Rechtsprechung definiert worden.<sup>141</sup> Für erforderlich halten müssen wird man, dass die Verfehlung 1. schuldhaft begangen worden ist und erhebliche Auswirkungen hat, 2. die persönliche Zuverlässigkeit als Bewerber in Frage stellt und 3. dazu führt, dass dem Auftraggeber angesichts des Verhaltens des Bewerbers nicht zugemutet werden kann, mit diesem in vertragli-

che Beziehungen zu treten.<sup>142</sup> Hierunter fallen auch Verstöße gegen sozial- und arbeitsschutzrechtliche Bestimmungen.<sup>143</sup> Es spricht nichts dagegen, hierunter auch Verstöße gegen die – menschenrechtlich unterlegten (o. III 1 a aa, Seite 18) – IAO-Kernarbeitsnormen zu fassen.

Zu beachten ist allerdings, dass der Ausschluss vom Vergabeverfahren den Nachweis der schweren Verfehlung durch den Auftraggeber erfordert. Hierfür sind konkrete Anhaltspunkte erforderlich; die bloße Mutmaßung, die Beschaffung bewege sich in einem hinsichtlich des Verstoßes gegen IAO-Kernarbeitsnormen sensiblen Bereich, genügt nicht.<sup>144</sup> Jedenfalls für Verfahren oberhalb der Schwellenwerte kann diese Darlegungs- und Beweislast des Auftraggebers nicht dadurch auf den Teilnehmer verlagert werden, dass von ihm die Vorlage von Nachweisen oder Erklärungen über das Nichtvorliegen des Ausschlussgrundes verlangt werden. Die Vergabekoordinierungsrichtlinie nimmt den Ausschlussgrund der schweren Verfehlung von der Nachweispflicht des Teilnehmers gerade aus (vgl. Art. 45 Abs. 3 VKR).

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

<sup>140</sup> Art. 45 Abs. 2 S. 1 lit. d VKR; § 8 Nr. 5 Abs. 1 lit. c VOB/A; § 7 Nr. 5 lit. c VOL/A.

<sup>141</sup> Interpretierende Mitteilung (Fußn. 119), Nr. 1.3.1.

<sup>142</sup> Hans-Joachim Prieß/Friedrich Ludwig Hausmann, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, München 2001, Abschn. 1 § 8 Rdnr. 100 ff.

<sup>143</sup> Vgl. VÜA Brandenburg ZVgR 1998, 485; Interpretierende Mitteilung (Fußn. 119), Nr. 1.3.1.

<sup>144</sup> Zu den Anforderungen im einzelnen Prieß / Hausmann (Fußn. 142), § 8 Rdnr. 104.



die Auswahl der Kriterien überlassen, auf die er für die Erteilung des Zuschlags abzustellen beabsichtigt<sup>145</sup>, sofern diese Kriterien mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen (Art. 53 Abs. 1 lit. A VKR). Dieser notwendige Bezug fehlt bei dem Erfordernis, die IAO-Kernarbeitsnormen zu berücksichtigen. Denn die Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen bei der Herstellung einer Ware oder der Erbringung einer Bau- oder Dienstleistung definiert keine Eigenschaft des Auftragsgegenstands, sondern der Umstände, unter denen er hergestellt oder geleistet wird. Solche produktionsbezogenen Umstände können als technische Spezifikationen nur dann berücksichtigt werden, wenn sie Merkmale des Auftragsgegenstandes beschreiben, zu denen auch die technischen und umweltbezogenen Produktionsprozesse und -methoden gehören. Die sozialen Bedingungen der Produktion zählen hingegen – anders als die soziale Nutzbarkeit des Auftragsgegenstandes – nicht zu den technischen Spezifikationen (siehe o. IV 1 b bb, Seite 37). Unterstützt wird dieses Ergebnis durch Art. 23 Abs. 6 VKR, wonach der Nachweis der Anforderungen eines Umweltgütezeichens nur verlangt werden kann, wenn „sie sich zur Definition der Merkmale der Waren oder Dienstleistungen eignen, die Gegenstand des Auftrags sind“. Derartige Merkmale sind hingegen nicht Gegenstand der zum Nachweis einer Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen vorzulegenden unabhängigen Zertifizierungen (z.B. TransFair-Siegel oder Rugmark-Siegel).

Abgesehen von dem genannten Ausschlusskriterium der schweren beruflichen Verfehlung kann das Kriterium der Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen daher nur als zusätzliche Bedingung für die Auftragsausführung nach Art. 26 VKR gefasst werden. Erwägungsgrund 33 der Vergabekoordinierungsrichtlinie nennt als solche Bedingung u.a., „die Bestimmungen der grundlegenden Übereinkommen der Internationalen Ar-

beitsorganisation (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.

Nachgerade idealtypisch werden diese Anforderungen in den Kriterien des Rugmark-Siegels abgebildet: Teppichhersteller und Exporteure erhalten eine Rugmark-Lizenz nur dann, wenn sie verbindlich u. a. erklären können, keine Kinder unter 14 Jahren zu beschäftigen, an erwachsene Beschäftigte zumindest den gesetzlichen Mindestlohn zu zahlen und unangekündigte Kontrollen zu jeder Zeit zu akzeptieren.<sup>146</sup> Wichtig für die Implementierung in das Vergabeverfahren ist, dass das Rugmark-Siegel nicht für bereits hergestellte Lagerware, sondern nur für laufende Aufträge erteilt wird. Das Rugmark-Büro kann dadurch den kompletten Herstellungsvorgang des bestellten Produkts auf die Einhaltung der vereinbarten Kriterien hin überwachen.<sup>147</sup> Ähnlich wirkt das Xertifix-System bezüglich des Natursteinabbaus bzw. -handels durch indische Akteure.<sup>148</sup> Wo die Zuerkennung von Siegeln nicht von vornherein am Herstellungsprozess des konkreten Produkts ansetzt, sondern entsprechende Standards unternehmensbezogen definiert sind<sup>149</sup>, muss

<sup>145</sup> EuGH Slg. 1988, S. 4635 Rdnr. 19; NZBau 2002, S. 618, Rdnr. 59; NZBau 2004, S. 105, Rdnr. 39; *Hans-Peter Kulartz*, in: ders./Kus/Portz (Hrsg.), Kommentar zum GWB-Vergaberecht, Neuwied 2006, § 97 Rdnr. 102.

<sup>146</sup> [www.rugmark.de/ueberrug/kriterien/uekr.htm](http://www.rugmark.de/ueberrug/kriterien/uekr.htm)

<sup>147</sup> [www.rugmark.de/ueberrug/kontroll/ueko.htm](http://www.rugmark.de/ueberrug/kontroll/ueko.htm).

<sup>148</sup> [www.xertifix.de/siegel/kriterien.shtml](http://www.xertifix.de/siegel/kriterien.shtml).

<sup>149</sup> Vgl. etwa die Generic Fairtrade Standards for Hired Labour vom Juli 2006, [www.fairtrade.net/fileadmin/user\\_upload/content/Generic\\_Fairtrade\\_Standard\\_Hired\\_Labour\\_Dec\\_2005\\_EN\\_01.pdf](http://www.fairtrade.net/fileadmin/user_upload/content/Generic_Fairtrade_Standard_Hired_Labour_Dec_2005_EN_01.pdf), die jeweils durch produktspezifische Standards ergänzt werden; siehe als Beispiel die Fairtrade Standards for Sports Balls for Hired Labour vom Jan. 2006,

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

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 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. Abgesehen davon, dass sich die Ausführung nicht auf zeitlich zurückliegende Phasen beziehen kann, steht einer solchen Betrachtung auch das Verbot der Umgehung der Zuschlagskriterien ent-

gegen. Die Kommission hat zutreffend darauf hingewiesen, dass die Ausführungsbedingungen „keine offene oder versteckte technische Spezifikation enthalten ... (und) weder die Prüfung der fachlichen Eignung der Bieter ... noch die Zuschlagskriterien betreffen“ dürfen.<sup>150</sup> Eine Erklärung, die die abgeschlossenen Produktions- und Handelsprozesse einer Lagerware zum Gegenstand hat, beinhaltet jedoch eine Eigenschaft der Ware selbst.

Regelungstechnisch handelt es sich bei den zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung um Vertragsbedingungen.<sup>151</sup> Sofern in der Auftragsbekanntmachung bzw. den Verdingungsunterlagen (so die systematische Einordnung des Art. 26 in das Kap. IV der VKR über „Besondere Vorschriften für die Verdingungsunterlagen und die Auftragsunterlagen“) auf den Inhalt der Vertragsbedingung und die Notwendigkeit, sich zu deren Einhaltung zu verpflichten, hingewiesen wird, kann vom Bieter verlangt werden, sich vor Zuschlagserteilung dazu zu verpflichten, die Vertragsbedingung zu akzeptieren. Unterlässt der Bieter die Abgabe einer solchen Erklärung, so greift der Ausschlussgrund des § 25 Nr. 1 Abs. 2 lit. a VOL/A ein, wobei nach Auffassung der Kommission das Ausschlussermessen wegen des Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz sogar auf Null reduziert ist<sup>152</sup>.

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

<sup>150</sup> Interpretierende Mitteilung (Fußn. 119), Nr. 1.6.

<sup>151</sup> Interpretierende Mitteilung (Fußn. 119), Nr. 1.6.

<sup>152</sup> Interpretierende Mitteilung (Fußn. 119), Nr. 1.6. 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, Hamburg 2006, S. 307.

Rechtsprechung des EuGH<sup>153</sup> 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.

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 Vertragsstrafeversprechen nach §§ 339 ff. BGB.

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

- die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nach § 123 Abs. 1 BGB oder
- das Verlangen von Schadensersatz wegen Pflichtverletzung nach § 280 BGB.<sup>154</sup>

## 2. Die Berücksichtigung sozialer Aspekte nach geltendem Recht in Deutschland und die Wirkung des Art. 26 VKR

Im Zuge der Umsetzung der Vergabekoordinierungsrichtlinie in deutsches Recht hat der Problembereich der Einbeziehung von sozialen oder umweltbezogenen Kriterien in die Vergabe keine über den dargestellten Gehalt des europäischen Sekundärrechts (o. IV 1 b, Seite 35) hinausgehende Regelung erfahren. Kriterien für die Zulässigkeit der Einbeziehung der Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen lassen sich zum einen dem Grundgesetz (dazu o. III 2, Seite 24), zum anderen den Verdingungsordnungen (dazu u. V 2, Seite 53) entnehmen. Zu beachten ist weiterhin, dass nach § 97 Abs. 4 HS 2 GWB anderen Anforderungen als Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit an Auftragnehmer nur gestellt werden dürfen, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist. Die Berücksichtigung weiterer Zielsetzungen bedarf also der Einführung durch ein formelles Bundes- oder Landesgesetz. Eine Regelung durch Rechtsverordnung oder Verwaltungsvorschrift ist ebenso ausgeschlossen<sup>155</sup> wie durch kommunale Satzung. Bei Aufträgen oberhalb der Schwellenwerte haben die

<sup>154</sup> Vgl. dazu etwa *Klaus Vygen*, in: Ingens-tau/Korbion (Fußn. 67), Einleitung Rdnr. 54 ff.

<sup>155</sup> *Boesen* (Fußn. 65), § 97 Rdnr. 111; *Andrea Kullack*, in: Heiermann/Zeiss/Kullack/Blaufuß (Hrsg.), Vergaberecht, Saarbrücken 2005, § 97 GWB Rdnr. 83; *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, Frankfurt a.M./Berlin/Bern u.a. 2005, S. 214.

<sup>153</sup> EuGH, Urt. v. 9.2.2006, Rs. C-226/04 und 228/04, Rdnr. 31.

Kommunen daher keine Möglichkeit zur eigenständigen Formulierung weiterer Anforderungen.

Da § 97 Abs. 4 Hs. 2 GWB eng auszulegen ist<sup>156</sup>, reicht es für die Zulässigkeit eines Gesichtspunkts als zusätzliche Anforderung in einem Vergabeverfahren nicht aus, dass der Gesichtspunkt in beliebiger Weise in einem Gesetz benannt ist. Sonst würden alle in Gesetzen enthaltenen Regelungsgegenstände über § 97 Abs. 4 Hs. 2 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 nicht, dass die Bundesrepublik die IAO-Kernarbeitsnormen ratifiziert hat. Flankierend müsste ein Gesetz erlassen werden, das die Berücksichtigung der Aspekte der IAO-Kernarbeitsnormen in der Beschaffung ausdrücklich ermöglicht.

Doch ist zu beachten, dass der Gesetzesvorbehalt des § 97 Abs. 4 Hs. 2 GWB nicht für jegliche Form der Berücksichtigung insbesondere umweltschutzbezogener oder sozialer Aspekte bei der Vergabe gilt. Der Bezug zu § 97 Abs. 4 Hs. 1 GWB einerseits und die eigenständige Regelung des ausschlaggebenden Zuschlagskriteriums in § 97 Abs. 5 GWB machen deutlich, dass sich § 97 Abs. 4 Hs. 2 GWB allein auf Ausnahmen auf der Stufe der Eignungsprüfung bezieht.<sup>157</sup> Auf dieser Stufe wird eine Einbeziehung der IAO-Kernarbeitsnormen allerdings ohnehin allenfalls auf zurückgezogener Linie in Betracht kommen. Die Möglichkeit der Berücksichtigung als zusätzliche Bedingung für die Auftragsausführung (IV 1 b dd) wird durch § 97 Abs. 4 Hs. 2 GWB nicht berührt.

<sup>156</sup> Kay Hailbronner, in: Byok/Jaeger (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 2. Aufl. Frankfurt a.M. 2005, § 97 Rdnr. 249.

<sup>157</sup> Hailbronner (Fußn. 156), § 97 Rdnr. 257; Scharpenack (Fußn. 155), S. 218.

Allerdings fehlt es insoweit de lege lata bislang an einer Umsetzungsnorm, die Art. 26 VKR in das deutsche Recht transformiert. Wirkungen für nationale Auftraggeber kann Art. 26 VKR daher nur im Wege der unmittelbaren Anwendung oder vermittelt einer richtlinienkonformen Auslegung entfalten.

#### a) Unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 26 VKR

Unmittelbar auf Art. 26 VKR kann die Berücksichtigung der IAO-Kernarbeitsnormen als Ausführungsbedingungen nur dann gestützt werden, wenn diese Regelung unmittelbar anwendbar ist. Die unmittelbare Anwendbarkeit von Vorschriften einer gemeinschaftsrechtlichen Richtlinie setzt zunächst voraus, dass die Umsetzungsfrist ohne vollständige mitgliedstaatliche Implementation abgelaufen ist.<sup>158</sup> Diese Voraussetzung ist hinsichtlich des Art. 26 VKR seit dem 1. 2. 2006 erfüllt.<sup>159</sup> Weiterhin muss die betreffende Richtlinienbestimmung inhaltlich als unbedingt und hinreichend genau erscheinen.<sup>160</sup>

Hinreichend genau ist eine Richtlinienbestimmung nur dann gefasst, wenn sie bestimmt formulierte und eindeutige Verpflichtungen der Mitgliedstaaten aufstellt. Die betreffende Bestimmung muss in dem Sinne justiziabel sein, dass sie eine geeignete Grundlage für die Zuerkennung eines individuellen Anspruchs gegen den Mitgliedstaat durch ein Gericht sein kann.<sup>161</sup> Dieses Kriterium darf aber nicht dahingehend missverstanden werden, dass die unmittelbare Anwendbarkeit voraussetzt, dass die fragliche Richtlinienbestimmung zumindest potenziell

<sup>158</sup> Schroeder (Fußn. 36), Art. 249 EGV Rdnr. 107 m. N. aus der Rspr. des EuGH.

<sup>159</sup> Zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Vorschriften der VKR vgl. Malte Müller-Wrede, Unmittelbare Anwendbarkeit der Richtlinie 2004/18/EG, VergabeR 2005, S. 693 ff., der allerdings auf Art. 26 VKR nicht eingeht.

<sup>160</sup> Schroeder (Fußn. 36), Art. 249 EGV Rdnr. 108 m. N. aus der Rspr. des EuGH.

<sup>161</sup> Schroeder (Fußn. 36), Art. 249 EGV Rdnr. 108 m. N. aus der Rspr. des EuGH.

auch individuelle Interessen begünstigt. Unmittelbar anwendbar können vielmehr auch solche Bestimmungen sein, die ausschließlich eine objektive Wirkung gegenüber staatlichen Stellen entfalten.<sup>162</sup> Es genügt, dass die Richtlinie konkrete Maßnahmen vorschreibt und nicht nur allgemeine Ziele absteckt.<sup>163</sup> Diesen Anforderungen dürfte Art. 26 VKR genügen. Der Vorschrift ist eindeutig zu entnehmen, dass zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags gemeinschaftsrechtlich zulässig sind, sofern sie mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar und in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen angegeben werden. Ein Wahlrecht der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Ausgestaltung dieser Zulässigkeitskriterien besteht nicht.<sup>164</sup> Gegen die hinreichende Genauigkeit des Art. 26 VKR kann auch nicht eingewandt werden, der Terminus „zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags“ sei so unbestimmt, dass er ohne Konkretisierung durch den mitgliedstaatlichen Gesetzgeber nicht angewandt werden könne. Denn bereits Art. 26 S. 2 VKR konkretisiert den Terminus durch Nennung der wichtigsten Beispielsgruppen für zusätzliche Bedingungen, die darüber hinaus in Erwägungsgrund 33 der VKR noch weiter ausdifferenziert werden.

Als unbedingt kann eine Richtlinienbestimmung nur dann angesehen werden, wenn sie weder mit einem Vorbehalt noch einer Bedingung versehen ist und ihrem Wesen nach keiner weiteren Maßnahmen der Gemeinschaftsorgane oder der Mitgliedstaaten bedarf.<sup>165</sup> Überlässt die Richtlinie den Mitgliedstaaten ausdrücklich die Wahl zwischen verschiedenen Optionen, so fehlt es an der

<sup>162</sup> *Schroeder* (Fußn. 36), Art. 249 EGV Rdnr. 110.

<sup>163</sup> *Schroeder* (Fußn. 36), Art. 249 EGV Rdnr. 108.

<sup>164</sup> Zum Fehlen der hinreichenden Genauigkeit bei Vorliegen eines solchen Wahlrechts der Mitgliedstaaten *Schroeder* (Fußn. 36), Art. 249 EGV Rdnr. 108 m. N. aus der Rspr. des EuGH.

<sup>165</sup> *Schroeder* (Fußn. 36), Art. 249 EGV Rdnr. 109 m. N. aus der Rspr. des EuGH.

Unbedingtheit, es sei denn, die Richtlinie will trotz der Wahlmöglichkeiten einen Mindeststandard gewährleisten<sup>166</sup>. Eine solche Option kann insbesondere darin bestehen, dass die Richtlinienbestimmung von den Mitgliedstaaten nicht zwingend umzusetzen ist, sondern das Gemeinschaftsrecht nur ein Instrument zur Verfügung stellt, dessen Übernahme dem nationalen Gesetzgeber freisteht. Solche Regelungsoptionen sind in der VKR an verschiedenen Stellen enthalten. Zu nennen sind u. a.

- Art. 19 VKR, wonach die *Mitgliedstaaten* vorsehen *können*, dass nur geschützte Werkstätten an den Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge teilnehmen dürfen,
- Art. 29 VKR, nach dem die *Mitgliedstaaten* bei besonders komplexen Aufträgen vorsehen *können*, dass der öffentliche Auftraggeber den wettbewerblichen Dialog anwenden kann, oder
- Art. 32 VKR, der vorsieht, dass *die Mitgliedstaaten* für die öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit des Abschlusses von Rahmenvereinbarungen vorsehen *können*.

Teilweise heben die Erwägungsgründe der Richtlinie noch einmal ausdrücklich hervor, dass die Mitgliedstaaten in diesen Fällen nicht zur Übernahme dieser Optionen in das nationale Recht verpflichtet sind: „Zur Berücksichtigung der unterschiedlichen Gegebenheiten in den Mitgliedstaaten sollte es in das Ermessen derselben gestellt werden zu entscheiden, ob für die öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit vorgesehen werden soll, auf Rahmenvereinbarungen ..., wie sie in dieser Richtlinie vorgesehen und geregelt sind, zurückzugreifen“ (Erwägungsgrund 16 VKR). Von diesen Vorschriften unterscheidet sich der Wortlaut des Art. 26 VKR deutlich: Diese Regelung richtet sich nicht an die Mitgliedstaaten, sondern die öffentlichen Auftraggeber. Diese werden ermächtigt, zusätzliche Ausführungsbedingungen vorzuschreiben, ohne da-

<sup>166</sup> Vgl. dazu *Schroeder* (Fußn. 36), Art. 249 EGV Rdnr. 109 m. N. aus der Rspr. des EuGH.

durch – wie Erwägungsgrund 33 VKR klarstellt – gegen die Richtlinie zu verstoßen. Es ist davon auszugehen, dass die die öffentlichen Auftraggeber unmittelbar ansprechenden Vorschriften der VKR als von den Mitgliedstaaten pflichtig umzusetzende Standards zu verstehen sind. Hierzu zählt auch Art. 26 VKR.<sup>167</sup>

Im Ergebnis erfüllt also Art. 26 VKR alle Voraussetzungen für die unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinienbestimmungen. Gleichwohl ist damit noch nicht festgestellt, dass die Einbringung der Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen als zusätzliche Bedingung für die Auftragsausführung auf Art. 26 VKR gestützt werden kann. Bedenken könnten insbesondere daraus hergeleitet werden, dass es sich bei Art. 26 VKR um keine Norm handelt, die den Einzelnen begünstigt. Hinter der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien steht – neben anderen Gesichtspunkten – vor allem der Gedanke, dass sich der zur Umsetzung verpflichtete Mitgliedstaat nicht auf sein eigenes Untätigbleiben berufen dürfen soll, wenn der Einzelne vor Gerichten oder Behörden eine Anwendung der Richtlinienbestimmung einfordert.<sup>168</sup> Um diese Konstellation geht es jedoch bei der Frage der Anwendbarkeit des Art. 26 VKR gerade nicht. Dass ein Privater gegenüber einem öffentlichen Auftraggeber fordert, dass soziale Belange als Ausführungsbedingungen aufgenommen werden, ist äußerst unwahrscheinlich. Im Mittelpunkt steht vielmehr die umgekehrte Fallgestaltung, dass sich ein öffentlicher Auftraggeber gegenüber den an dem Auftrag interessierten Unternehmen zur Berücksichtigung sozialer Aspekte auf den Art. 26 VKR stützen will.

Allerdings ist der Eintritt der unmittelbaren Wirkung nicht daran geknüpft, dass die betreffende Richtlinienbestimmung dem Einzelnen ein subjektives Recht verleiht oder ihn zumindest begünstigt.<sup>169</sup> Die Gerichte und Behörden der Mitgliedstaaten sind bereits von Amts wegen verpflichtet, unmittelbar wirkende Richtlinienbestimmungen anzuwenden.<sup>170</sup> Es dürfte jedoch nicht sachgerecht sein, hieraus zu folgern, dass sich öffentliche Auftraggeber bei der Implementation sozialer Aspekte in ein Vergabeverfahren unmittelbar auf die Norm des Art. 26 VKR stützen können. In der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist anerkannt, dass der Grundsatz der Rechtssicherheit einer Begründung von Verpflichtungen eines Einzelnen gegenüber dem betreffenden Mitgliedstaat unmittelbar durch eine Richtlinienbestimmung entgegensteht.<sup>171</sup> Wie oben III 2 a (Seite 24) dargelegt entfaltet eine Verpflichtung, soziale Aspekte berücksichtigen zu müssen, für die Bieter einen belastenden Gehalt, der sich sogar als Grundrechtseingriff darstellt. Insoweit handelt es sich auch nicht lediglich um bloße negative Auswirkungen auf die Rechte Dritter, die nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Erfüllung der Umsetzungsverpflichtung des Mitgliedstaats stehen.<sup>172</sup> Ein solches einer unmittelbaren Anwendbarkeit nicht entgegenstehendes Dreiecksverhältnis ist zwar im Vergaberecht möglich, setzt aber voraus, dass die unmittelbar anzuwendende Richtlinienbestimmung dazu führt, dass ein anderer als der ohne Berücksichtigung der Richtlinienbestimmung bezuschlagte Bieter zum Zuge kommen muss.<sup>173</sup> Hier ergibt sich die belastende Wirkung gegenüber dem zunächst bevorzugten Bieter allein daraus, dass aufgrund der unmittelbar anzuwendenden

<sup>167</sup> Ebenso *Horst Ollmann*, Das neue Vergaberecht, *VergabeR* 2004, S. 669 (679); Stellungnahme „Soziale und ethische Kriterien“ (Fußn. 120), S. 7 f.; wohl auch *Angela Dageförde/Miriam Dross*, Reform des europäischen Vergaberechts. Umweltkriterien in den neuen Vergaberichtlinien, *NVwZ* 2005, S. 19 (24).

<sup>168</sup> Matthias Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV*, 2. Aufl. München 2007, Art. 249 EGV Rdnr. 74 m. w. N.

<sup>169</sup> Schroeder (Fußn. 36), Art. 249 EGV Rdnr. 110.

<sup>170</sup> Ruffert (Fußn. 169), Art. 249 EGV Rdnr. 98 ff. m. w. N.

<sup>171</sup> Vgl. nur EuGH Slg. 1987, S. 3982 Rdnr. 9; 2004, S. I-748 Rdnr. 56.

<sup>172</sup> Dazu EuGH Slg. 2004, S. I-748 Rdnr. 57.

<sup>173</sup> Vgl. EuGH Slg. 1989, S. 1861 Rdnr. 28 ff.

Richtlinienregelung ein anderer Bieter den Zuschlag erhält. Eine unmittelbare Anwendung des Art. 26 VKR würde jedoch nicht zu einem derartigen Präferenzwechsel, sondern zu einer Belastung aller Bieter führen. Aus diesem Grund dürfte davon abzuraten sein, die Implementation sozialer Aspekte in ein Vergabeverfahren unmittelbar auf Art. 26 VKR zu stützen.

### **b) Richtlinienkonforme Auslegung am Maßstab des Art. 26 VKR**

Fehlt es an Voraussetzungen für die unmittelbare Anwendbarkeit einer Richtlinienbestimmung, so steht dies einer sog. richtlinienkonformen Auslegung nicht entgegen. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs sind mitgliedstaatliche Vorschriften im Lichte des Wortlauts und Zwecks einer Richtlinie auszulegen, unabhängig davon, ob sie in Umsetzung einer gemeinschaftsrechtlichen Richtlinie erlassen worden sind<sup>174</sup> oder schon vor Erlass der Richtlinie bestanden<sup>175</sup>. Dies gilt auch für den Fall, dass die unmittelbare Anwendbarkeit an einer sonst für einen Einzelnen entstehenden Verpflichtungswirkung scheitert. Zwar hat der EuGH mehrfach entschieden, dass eine richtlinienkonforme Auslegung nicht dazu führen darf, dass die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Einzelnen über das in den nationalen Rechtsvorschriften bestimmte Maß hinaus festgelegt oder verschärft wird.<sup>176</sup> Dies ergibt sich bereits aus dem als allgemeiner Rechtsgrundsatz geltenden Rückwirkungsverbot. Jedoch wird man diese Rechtsprechung nicht dahingehend verallgemeinern können, dass sich aus

einer richtlinienkonformen Auslegung keine Belastungen für den Einzelnen ergeben können. Das u. U. in einem solchen Sinne deutbare Urteil des EuGH in der Sache „Arcaro“ bezog sich auf die Konstellation der Eliminierung einer nationalen Vorschrift, die von einer Vorschrift einer nicht umgesetzten Richtlinie abweicht.<sup>177</sup> Eine solche Eliminierung würde in der Tat den Grundsatz der Rechtssicherheit berühren.

Anders verhält es sich jedoch, wenn das Rückwirkungsverbot nicht berührt ist und der Bestand der nationalen Rechtsordnung durch die richtlinienkonforme Auslegung nicht angetastet wird. In diesen Fällen ergeben sich eventuelle Verpflichtungen Privater nicht aus der Richtlinie selbst, sondern aus dem richtlinienkonform ausgelegten nationalen Recht.<sup>178</sup> Entsprechende richtlinienkonforme Auslegungen von Vorschriften des deutschen Vergaberechts finden sich in der Spruchpraxis der Nachprüfungsinstanzen des Öfteren.<sup>179</sup>

Ansatzpunkte für eine richtlinienkonforme Auslegung unter Beachtung des Ziels des Richtliniengebers, den öffentlichen Auftraggebern die in Art. 26 VKR vorgesehenen Möglichkeiten zur Einbeziehung sozialer Gesichtspunkte als Vertragsbedingungen zu eröffnen, sind die Regelungen in § 9 Nr. 3 Abs. 2 VOL/A und § 10 Nr. 2 Abs. 2 VOB/A, dass sich Abweichungen in Ergänzenden und Besonderen Vertragsbedingungen von den allgemeinen Vertragsbedingungen auf die Fälle beschränken sollen, für die in den Allgemeinen Vertragsbedingungen besondere Vereinbarungen ausdrücklich vorgesehen sind. Solche Öffnungsklauseln finden sich in VOB/B und VOL/B für die Berücksichtigung der IAO-Kernarbeitsnormen nicht. Doch ist der Verweis auf die Öffnungsklauseln in VOB/B und VOL/B ausdrücklich als Soll-Vorschrift konzipiert, so dass in Ausnahmefällen auch solche besonderen Vertragsbe-

<sup>174</sup> EuGHSlg. 1976, S. 657 (666); 1984, S. 1891 (1909); 1988, S. 673 (690); 1988, S. 4635 (4662); 1997, S. I-4961 (4997 f.). Zur richtlinienkonformen Auslegung vgl. nur Winfried Brechmann, Die richtlinienkonforme Auslegung, 1994; Georg Ress, Die richtlinienkonforme „Interpretation“ innerstaatlichen Rechts, DÖV 1994, S. 489 ff.

<sup>175</sup> Vgl. EuGHSlg. 1990, S. I-4135 (4159 f.); 1993, S. I-6911 (6932).

<sup>176</sup> EuGH Slg. 1987, S. 3982 Rdnr. 13; Urt. v. 26.9.1996, Rs. C-168/95, Rdnr. 42.

<sup>177</sup> EuGH, Urt. v. 26.9.1996, Rs. C-168/95, Rdnr. 43.

<sup>178</sup> Ruffert (Fußn. 169), Art. 249 EGV Rdnr. 120; Schroeder (Fußn. 36), Art. 249 EGV Rdnr. 129.

<sup>179</sup> Vgl. aus neuerer Zeit nur OLG Koblenz ZfBR 2006, S. 813 (814).

dingungen vereinbart werden können, die nicht in den Allgemeinen Vertragsbedingungen vorgesehen sind. Schon wegen dieser ausdrücklich vorgesehenen Möglichkeit zur Einbeziehung weiterer Vertragsbeziehungen verstößt eine den Regelungsgehalt des Art. 26 VKR zur Geltung bringende richtlinienkonforme Auslegung der genannten nationalen Bestimmungen nicht gegen den Grundsatz der Rechtssicherheit. Überdies müssen die zusätzlichen Ausführungsbedingungen bereits nach dem Wortlaut des Art. 26 VKR in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen angegeben werden, so dass die Dispositionsmöglichkeiten der Bieter durch eine richtlinienkonforme Auslegung nicht beeinträchtigt werden können.

Im Ergebnis vermittelt also eine richtlinienkonforme Auslegung der § 9 Nr. 3 Abs. 2 VOL/A und § 10 Nr. 2 Abs. 2 VOB/A die Anwendbarkeit des Regelungsgehalts des Art. 26 VKR für deutsche Auftraggeber.



## V. Vergaben unterhalb der Schwellenwerte

Auch für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte sind zunächst die von Verfassungs- und primärem Gemeinschaftsrecht aufgestellten Maßgaben (o. III, ab Seite 16) zu berücksichtigen. Nicht anwendbar sind hingegen das sekundäre Gemeinschaftsvergaberecht und 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. 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.<sup>180</sup>

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

heitlichen Vergabegrundsätzen bzw. Richtlinien verfahren werden (vgl. nur § 55 BHO, § 55 der Landeshaushaltsordnungen, § 31 GemHVO BW, § 25a Abs. 1 GemHVO Bbg, § 29 HessGemHVO, § 29 S. 1 GemHVO MV, § 25 GemHVO NRW, § 22 GemHVO RP, § 31 ThürGemHVO). Niedergelegt sind diese einheitlichen Grundsätze in der Regel in den Basisparagrafen der VOB/A und der VOL/A. Dabei entstehen im vorliegenden Zusammenhang zwei Fragen: Inwieweit ist erstens die Anwendung der genannten Vergaberegelwerke im Einzelfall zwingend? Was besagen die Verdingungsordnungen zweitens für die Einführung des Kriteriums der Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen in das Vergabeverfahren?

### 1. Bindungswirkung der Verdingungsordnungen

Die Basisparagrafen der Verdingungsordnungen tragen unterhalb der Schwellenwerte nach ganz überwiegender Auffassung lediglich den Charakter von Verwaltungsvorschriften ohne Außenwirkung.<sup>181</sup> 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.

<sup>180</sup> Eine zusätzliche Rechtfertigung für erforderlich haltend dagegen *Thomas Maibaum*, Rechtliche Rahmenbedingungen für nachhaltige Beschaffung in Kommunen – taugt unser Vergaberecht zu Bekämpfung von Sklaverei und Kinderarbeit?, in: Fonari/Führ/Stamm (Hrsg.), Kommunen und Eine Welt: Nachhaltigkeit in der öffentlichen Beschaffung, Augsburg 2006, S. 23 (26).

<sup>181</sup> *Horst Kuß*, Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB), Teile A und B, 4. Aufl. München 2003, Einführung Rdnr. 16; *Gerd Motzke*, in: Motzcke/Pietzcker/Prieß (Fußn. 142), Syst III Rdnr. 147 ff.

2 GemHVO MV) – oder den Vergabegesetzen der Länder (vgl. für Bremen § 3 Abs. 1 BremVergabG<sup>182</sup>, für Hamburg § 1 Abs. 3 HmbVgG<sup>183</sup>, für Sachsen § 1 Abs. 1 SächsVergabG<sup>184</sup>). In diesem Fall entfalten die Verdingungsordnungen eine vollumfängliche Bindung für die Kommunen. Keine Bindung besteht allerdings für die Landesgesetzgeber. Ob der Bund auf der Grundlage des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG einheitliche Regelungen auch für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte erlassen könnte, kann hier dahinstehen. Derzeit bestehen solche Bestimmungen nicht, so dass der Regelungsbereich zur vollen Disposition der Landesgesetzgeber steht.<sup>185</sup> § 30 HGrG ordnet lediglich an, dass überhaupt eine öffentliche Ausschreibung zu erfolgen hat.

- Das kommunale Haushaltsrecht anderer Länder verweist auf die Bekanntmachung allgemeiner Vergabegrundsätze (§ 30 Abs. 2 HessGemHVO; § 22 Abs. 2 GemHVO RP; § 31 Abs. 2 GemHVO NW; § 31 Abs. 2 GemHVO BW; § 31 Abs. 2 SächsGemHVO; § 32 Abs. 2 NdsGemHVO). In der Regel ordnen diese Bekanntmachungen die Anwendung des ersten Abschnitts von VOB/A und VOL/A an; diese Abschnitte „sind die maßgeblichen Richtlinien zur Auftragsvergabe“<sup>186</sup>.

<sup>182</sup> Vergabegesetz für das Land Bremen v. 17.12.2002, GBl. Brem. 2002, S. 594; die Vorschrift nimmt neben den Basisparagrafen von VOB/A und VOL/A auch §§ 97 Abs. 1-5, 98-101 GWB und §§ 4, 6, 16 VgV in Bezug.

<sup>183</sup> Hamburgisches Vergabegesetz v. 13.2.2006, HmbGVBl. 2006, S. 57.

<sup>184</sup> Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge im Freistaat Sachsen v. 8.7.2002, SächsGVBl. 2002, S. 218.

<sup>185</sup> Zum Fehlen einer abschließenden bundesrechtlichen Regelung des Vergaberechts im Bereich weiterer Kriterien BVerfG NJW 2007, S. 51 (52). Kritisch *Teemu Tietje*, Die Verfassungsmäßigkeit eines Tarifreueverlangens bei Bauauftragsvergabe, NZBau 2007, S. 23 (24 f.).

<sup>186</sup> So die Formulierung der Nr. 1 der Neufassung Vergabeerlasses mit Freigrenzen 2004 in

Auch die Stufung Haushaltsrecht (BHO, LHO, Gemeindehaushaltsverordnung) – Bekanntmachung – Verdingungsordnung aber schneidet den öffentlichen Auftraggebern die Möglichkeit, von den Verdingungsordnungen abzuweichen, ab.<sup>187</sup> Allerdings steht es dem zuständigen Ministerium frei, die Berücksichtigung vergabeexterner Zielsetzungen durch ergänzende Richtlinien anzuordnen. Diese ergänzenden Richtlinien haben dann den gleichen Rang wie die Verdingungsordnungen und modifizieren diese; erst die Zusammenschau von Verdingungsordnungen und ergänzenden Richtlinien ergibt die in den Haushalts(ver)ordnungen genannten, durch das Ministerium zu konkretisierenden Vergabegrundsätze.<sup>188</sup> Die öffentlichen Auftraggeber sind dann an die Verdingungsordnungen in der modifizierten Form gebunden.

- Die geringste Bindungswirkung der Kommunen tritt ein, wenn ihnen die Anwendung des Abschnitts 1 von VOB/A und VOL/A für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte nicht verbindlich vorgegeben wird. In Nordrhein-Westfalen ist für Aufträge über Bauleistungen angeordnet, dass die Bestimmungen des Abschnitts 1 VOB/A *grundsätzlich* angewendet werden *sollen*.<sup>189</sup> Hier ist den Kommunen eine Abweichung möglich, wenngleich nur in Ausnahmefällen. Noch geringer ist die Bindung an die Vorschriften des Abschnitts 1 VOL/A, deren Anwendung lediglich *grundsätzlich empfohlen* wird.<sup>190</sup> In einem solchen

Hessen, Gemeinsamer Runderlass vom 20. 3. 2001 i. d. F. d. Bek. Vom 1. 12. 2004.

<sup>187</sup> *Christoph Riese*, Vergaberecht, Berlin/Heidelberg/New York u. a. 1998, S. 206 f.

<sup>188</sup> *Riese* (Anm. 175), S. 205.

<sup>189</sup> Vergabegrundsätze für Gemeinden nach § 25 Gemeindehaushaltsverordnung (Kommunale Vergabegrundsätze), Runderlass des Innenministeriums vom 22. 3. 2006 – 34-48.07.01/01-2178/05 –, Nr. 4.

<sup>190</sup> Kommunale Vergabegrundsätze (Fußn. 177), Nr. 5.

Fall dürfte es den Kommunen weitgehend freistehen, sich innerhalb der verbindlichen Grenzen des Haushaltsrechts von Einzelvorgaben der VOL/A zu lösen. Dabei ist aber zu beachten, dass die haushaltsrechtlichen Grundsätze gerade durch rechtlich strukturierte Vergabeverfahren konkretisiert werden (o. V vor 1, Seite 51). Wird dieses Verfahren nicht eingehalten, so ist im Einzelfall zu begründen, dass trotz der Berücksichtigung der IAO-Kernarbeitsnormen bei der Vergabe kein Verstoß gegen das Haushaltsrecht erfolgt.

## 2. Zulässigkeit vergabeexterner Zielsetzungen nach den Verdingungsordnungen

Inhaltlich setzt der jeweilige Abschnitt 1 der Verdingungsordnungen der Berücksichtigung externer Zielsetzungen enge Grenzen. Die den gemeinschaftsrechtlichen Vergaberichtlinien zugrunde liegenden und in § 97 Abs. 1 und Abs. 2 GWB für das nationale Recht oberhalb der Schwellenwerte zum Ausdruck gebrachten Prinzipien des Vergaberechts – Wettbewerb, Transparenz und Diskriminierungsfreiheit – haben auch Eingang in die Verdingungsordnungen gefunden. § 2 Nr. 1 S. 2 VOB/A und § 2 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A fordern übereinstimmend, dass die Vergabe im Wettbewerb die Regel sein muss. § 2 Nr. 2 VOB/A und § 2 Nr. 2 VOL/A schreiben das Gebot der diskriminierungsfreien Vergabe ausdrücklich fest. Das Gebot, wettbewerbsbeschränkende und unlautere Verhaltensweisen zu bekämpfen (§ 2 Nr. 1 S. 3 VOB/A, § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A), ist Ausdruck des Transparenzprinzips<sup>191</sup>. Wiederum im Gleichklang mit dem Gemeinschaftsrecht verlangen die Verdingungsordnungen die Gleichbehandlung in- und ausländischer Bieter und verbieten die

Beschränkung auf Bieter, die in bestimmten Bezirken ansässig sind (§ 8 Nr. 1 VOB/A, § 7 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A).

Erwogen worden ist, soziale Aspekte über eine entsprechende Fassung der Leistungsbeschreibung in das Vergabeverfahren einzuführen. § 8 Nr. 3 Abs. 3 VOL/A erlaubt es, bestimmte Erzeugnisse oder Verfahren sowie bestimmte Ursprungsorte und Bezugsquellen ausdrücklich vorzuschreiben. Diese Regelung ermögliche den Ausschluss von Bezugsquellen, die sich durch rechts- und sozialfeindliche Produktionsmethoden auszeichnen.<sup>192</sup> Eine solche Vorgehensweise ist mit § 8 Nr. 3 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.<sup>193</sup> Denn das entsprechende Diskriminierungsverbot findet sich nicht in § 8 Nr. 3 Abs. 3 VOL/A, sondern in § 8 Nr. 3 Abs. 4 VOL/A, wonach die Beschreibung technischer Merkmale nicht die Wirkung haben darf, dass bestimmte Unternehmen oder Erzeugnisse bevorzugt oder ausgeschlossen werden. Die Notwendigkeit der Rechtfertigung der Beschränkung durch die Art der zu vergebenden Leistung in § 8 Nr. 3 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 Be-

<sup>191</sup> Dieter B. Schütte / Michael Horstkotte, Vergaberecht bei öffentlichen Aufträgen, Stuttgart 2001, S. 9.

<sup>192</sup> Maibaum (Fußn. 168), S. 28.

<sup>193</sup> So aber Maibaum (Fußn. 168), S. 28.

schaffungsbedarf technisch überlegen erweisen. Hier ist eine entsprechende Beschränkung gerade durch die Art der zu vergebenden Leistung gerechtfertigt. Aus diesem Grund ist die Beschränkungsmöglichkeit des § 8 Nr. 3 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.

Im Unterschied zu den Vergaberichtlinien kennt insbesondere § 7 Nr. 4 VOL/A keinen enumerativ wirkenden Katalog von Nachweisen betr. die unter dem Oberbegriff der Eignung zusammengefassten bieterbezogenen Kriterien, die gefordert werden dürfen. Es steht vielmehr im durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beschränkten Ermessen des Auftraggebers, welche Nachweise der Eignung er verlangt.<sup>194</sup> 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 (§ 7 Nr. 4 VOL/A).

Dies schließt es auch auf der Ebene der Verdingungsordnungen grundsätzlich aus, die Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen als bieterbezogenes Kriterium einzuführen.<sup>195</sup> Soweit teilweise – etwa in der Begründung von Vorlagen für Beschlüsse kommunaler Gremien – davon ausgegangen wird, die Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen, insbesondere des Übereinkommens 182 zur Beseitigung der schlimmsten

Formen der Kinderarbeit, könne im Rahmen der Prüfung der Zuverlässigkeit der Bieter berücksichtigt werden, so dürfte dies in dieser Allgemeinheit mit der Zielrichtung der Zuverlässigkeitsprüfung kaum vereinbar sein. Der in vielen Teilbereichen des öffentlichen Wirtschaftsrechts verwendete Begriff der Zuverlässigkeit erfordert eine Prognose von dem auf Tatsachen begründeten Gesamteindruck des Verhaltens des Betreffenden auf die Gewähr, dass er die fragliche Tätigkeit künftig ordnungsgemäß vornehmen bzw. die in Rede stehende Leistung ordnungsgemäß erbringen wird.<sup>196</sup> Für die vergaberechtliche Zulässigkeitsprüfung 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.<sup>197</sup> Bezugspunkt auch der Zuverlässigkeitsprüfung ist daher die betreffende Leistung.<sup>198</sup> An der Zuverlässigkeit des Bieters kann nur dann gezweifelt werden, wenn er entweder gesetzliche Verpflichtungen nicht beachtet oder frühere Verträge nicht ordnungsgemäß erfüllt hat.

Insoweit ist daher zu unterscheiden: Soweit die 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

<sup>194</sup> Malte Müller-Wrede, in: ders. (Hrsg.), Verdingungsordnung für Leistungen – VOL/A, 2. Aufl. Köln 2007 § 7 Rdnr. 41.

<sup>195</sup> Vgl. allgemein für die Einführung vergabefremder Aspekte unterhalb der Schwellenwerte Heike Glahs, in: Kapellmann/Messerschmidt (Fußn. 89), § 8 VOB/A Rdnr. 9.

<sup>196</sup> Zu § 35 GewO: BVerwGE 65, S. 1 f.; Kurt-Michael Heß, in: Friauf (Hrsg.), Kommentar zur Gewerbeordnung, Stand: 212 Erg.-Lf. November 2006, Neuwied, § 35 GewO Rdnr. 48 f.; Peter J. Tettinger, in: ders./Wank, Gewerbeordnung, 7. Aufl. München 2004, § 35 Rdnr. 26. Zu § 4 GastG: Richard Metzner, Gaststättengesetz, 6. Aufl. München 2002, § 4 Rdnr. 10.

<sup>197</sup> Kulartz (Fußn. 145), § 97 Rdnr. 86 m.w.N.

<sup>198</sup> Kulartz (Fußn. 145), § 97 Rdnr. 86.

Verhaltensweisen geht, die im Ausland begangen werden, sind diese zwar durchaus nicht von vornherein unbeachtlich. So ist ein großer Teil der vom IAO-Übereinkommen 182 erfassten Formen der Kinderarbeit nach dem Strafgesetzbuch strafbar, und zwar unter den Voraussetzungen aus § 7 StGB auch bei einer Begehung im Ausland. Allerdings setzt § 7 StGB voraus, dass die Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist. Sind also die IAO-Kernarbeitsnormen in einem Staat nicht in nationales Recht umgesetzt worden, so sind in diesem Staat begangene Verstöße gegen die IAO-Kernarbeitsnormen nach deutschem Recht irrelevant, soweit nicht Sonderregelungen anderes gebieten. Dies gilt um so mehr, wenn die Verstöße nicht in einem dem Bieter selbst gehörenden Betrieb, sondern in dem Unternehmen des Erstproduzenten oder eines Zwischenhändlers erfolgt sind. Solche Verstöße sind für die vergaberechtliche Zuverlässigkeitsprüfung ohne Bedeutung.

Im Vergleich zur Rechtslage ab Erreichen der Schwellenwerte (o. IV 1 b aa, Seite 35) 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.<sup>199</sup> Dies ändert aber nichts daran, dass eine solche Auskunftspflicht nur besteht, wenn der Auftraggeber konkrete Anhaltspunkte für das Vorliegen einer schweren Verfehlung hatte. Die pauschale Abforderung einer Erklärung von allen Bietern, dass bei der Herstellung des Produkts bzw. der Erbringung der Bau- oder Dienstleistung die IAO-Kernarbeitsnormen beachtet worden sind bzw. werden, ist unzulässig.

Der Zuschlag ist sowohl nach VOB/A (§ 25 Nr. 3 Abs. 3 S. 2) als auch nach VOL/A (§ 25 Nr. 3 S. 1) auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. Zur Bestimmung des wirtschaftlichsten Angebots kommen nur auf die Leistung bezogene Kriterien in Be-

tracht.<sup>200</sup> Von vornherein als unzulässig ausscheiden müssen daher alle Aspekte, die sich nicht auf die Leistung selbst, sondern auf die Organisation des bietenden Unternehmens im Allgemeinen beziehen. Im Übrigen gilt nichts anderes als für Vergaben oberhalb der Schwellenwerte (o. IV 1 b bb und dd, Seiten 37 und 41).

Auch unterhalb der Schwellenwerte kann eine Einbeziehung des Gesichtspunkts der Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen in die öffentliche Beschaffung im Wesentlichen nur über die Vereinbarung von Vertragsbedingungen erfolgen. Allerdings ist unterhalb der Schwellenwerte zu beachten, dass eine richtlinienkonforme Auslegung der § 9 Nr. 3 Abs. 2 VOL/A und § 10 Nr. 2 Abs. 2 VOB/A am Maßstab des Art. 26 VKR (dazu o. IV 2 b, Seite 49) ausscheidet. Sollen daher in Ausnahmefällen auch solche besonderen Vertragsbedingungen vereinbart werden, so ist zum einen Voraussetzung, dass begründet wird, weshalb aus zwingenden Gründen die Einbeziehung der besonderen Vertragsbedingung erforderlich ist.<sup>201</sup> Zum anderen soll die Vereinbarung nicht weitergehen, als es die Eigenart der Leistung und ihre Ausführung erfordern (§ 9 Nr. 3 Abs. 2 VOL/A, § 10 Nr. 2 Abs. 2 VOB/A). Notwendig ist also auch insoweit ein Auftragsbezug. In keinem Fall können die sozialen Umstände der Herstellung als Eigenart der Leistung selbst angesehen werden. In Betracht kommt also auch bei Beschaffungen unterhalb der Schwellenwerte allenfalls die Einbeziehung als Ausführungserfordernis. Ob es die Eigenart der Ausführung von Bau- oder gar Lieferaufträgen erfordert, dass die IAO-Kernarbeitsnormen beachtet werden, darf durchaus bezweifelt werden. Denn im Kern bezieht sich die genannte Formulierung auf die Möglichkeit, Spezifika einer besonderen Leistung berücksichtigen zu können.<sup>202</sup>

<sup>199</sup> Prieß/Hausmann (Fußn. 142) § 8 Rdnr. 116.

<sup>200</sup> Dähne (Fußn. 89), § 25 VOB/A Rdnr. 71; Maria Vavra, in: Völlink/Kehrberg, VOB/A, 2004, § 25 Rdnr. 36. A. M. Maibaum (Fußn. 168), S. 28.

<sup>201</sup> Katja Gnittke/Oliver Hattig, in: Müller-Wrede (Fußn. 182), § 9 Rdnr. 27.

<sup>202</sup> Rüdiger Kratzenberg, in: Ingenstau/Korbion (Fußn. 67), § 10 VOB/A Rdnr. 29.

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.<sup>203</sup> Dies muss zumindest für die Fälle gelten, in denen sich die Vertragsbedingung an den für Vergaben ab Erreichen der Schwellenwerte zulässigen Gestaltungsmöglichkeiten orientiert.

---

<sup>203</sup> *Claus von Rintelen*, in: Kapellmann/Messerschmidt (Fußn. 89), § 10 VOB/A Rdnr. 13; *Urban Schranner*, in: Ingenstau/Korbion (Fußn. 67), vor § 2 VOB/A Rdnr. 9.

---

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

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

1. Eine Pflicht öffentlicher Auftraggeber, bei öffentlichen Beschaffungen auf die Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen zu dringen, besteht nicht. 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 EG-Vertrages hindern die Berücksichtigung der Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen in Vergabeverfahren. Zwar wirkt die Einbeziehung dieses Kriteriums sowohl potentiell handelsbehindernd als auch als Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit, ist jedoch aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt. Das aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung abgeleitete Transparenzgebot fordert, dass das Kriterium in der Bekanntmachung bzw. den Verdingungsunterlagen angegeben werden muss.
3. Das Kriterium der Beachtung von IAO-Kernarbeitsnormen muss exklusiv einer der drei Kategorien Eignungskriterien, Zuschlagskriterien oder Bedingungen für die Auftragsausführung zugeordnet werden, die getrennt voneinander geprüft werden. Die Notwendigkeit des Bestehens eines Auftragsbezugs gilt für jede der drei Kategorien.
4. a) Als bieterbezogenes Kriterium auf der Stufe der Eignungsprüfung ist die Beachtung von IAO-Kernarbeitsnormen bei Vergaben ab Erreichen der Schwellen-

werte 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.

Die ab Erreichen der Schwellenwerte gemäß § 97 Abs. 4 Hs. 2 GWB bestehende Möglichkeit zur Einführung weiterer Anforderungen durch Bundes- oder Landesgesetz gilt zwar – aber auch nur! – für Ausnahmen auf der Stufe der Eignungsprüfung. Allerdings reicht erstens für eine solche Sonderregelung die bloße Ratifizierung der IAO-Kernarbeitsnormen nicht aus und sind zweitens die Möglichkeiten zur Berücksichtigung zusätzlicher Eignungskriterien faktisch auf Null reduziert.

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

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

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

5. In Ermangelung des notwendigen Zusammenhangs mit dem Auftragsgegenstand kann die Beachtung von IAO-Kernarbeitsnormen ab Erreichen der Schwellenwert nicht als Zuschlagskriterium in das Vergabeverfahren eingeführt werden.
6. a) Die Formulierung der Anforderung der Beachtung von IAO-Kernarbeitsnormen als Bedingung für die Auftragsausführung ist zulässig. Die vollständige, auch den Produktionsprozess erfassende Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen kann für Warenlieferungen 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 da-

her in Gestalt einer Vertragsbedingung ausgeschlossen werden.

- b) Ab Erreichen der Schwellenwerte ist Rechtsgrundlage für die Berücksichtigung von Ausführungsbedingungen eine richtlinienkonforme Auslegung der § 9 VOL/A und § 10 VOB/A am Maßstab des Art. 26 VKR. Unterhalb der Schwellenwerte können die besonderen Vertragsbedingungen (wohl) ebenfalls auf § 9 VOL/A bzw. § 10 VOB/A gestützt werden. Hier könnte darüber hinaus die Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen durch eine Änderung der die Anwendung der Verdingungsordnungen 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) Verstöße gegen die in der Vertragsbedingung aufgegebenen Verpflichtungen können zu vertragsrechtlichen Konsequenzen führen, wobei nach Möglichkeit ein vertragliches Rücktrittsrecht vorzubehalten oder ein Vertragsstrafeversprechen vorzusehen ist. In späteren Vergabeverfahren kann der betreffende Bieter wegen Unzuverlässigkeit ausgeschlossen werden.
7. Selbst eine nach dem Vorstehenden zulässige Einführung des Kriteriums der Beachtung von IAO-Kernarbeitsnormen in Vergabeverfahren bedarf der Rechtfertigung am Maßstab der Angemessenheitsprüfung, stellt doch das genannte Kriterium einen Eingriff in die durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Vertragsfreiheit im unternehmerischen Bereich



dar. Danach ist es unverhältnismäßig, vom Anbieter einer Lieferleistung ausnahmslos den Nachweis zu fordern, dass das Produkt unter voller Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen hergestellt und gehandelt wird. Zulässig ist hingegen folgende Implementation der IAO-Kernarbeitsnormen:

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

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. Für Lieferungen des Bieters aus eigenen Lagerbeständen könnte sich jedwede Erklärung nur auf den letzten Schritt der Lieferung an den Auftraggeber beziehen, was in der Regel nicht weiterführend sein wird.

8. Für die Praxis von Kommunen, die – vor allem im Rahmen von Agenda 21-Prozes-

sen – zur Verbesserung der Beachtung von IAO-Kernarbeitsnormen im Zuge von öffentlichen Beschaffungen beitragen möchten, zeitigen die aufgezeigten Grundsätze folgende Konsequenzen:

- a) Ausschreibungen, die für bereits in einem Lager des Bieters befindliche Waren oder Produkte den Nachweis oder die Erklärung fordern, dass das Produkt unter Beachtung im einzelnen benannter IAO-Kernarbeitsnormen gewonnen, hergestellt und bis zum Erwerb durch den Bieter gehandelt wurde oder dass der Bieter Maßnahmen zur Beachtung von IAO-Kernarbeitsnormen eingeleitet hat, sind unzulässig. Zulässig ist eine entsprechende Forderung nur hinsichtlich noch herzustellender bzw. vom Bieter zwecks Erfüllung des Auftrags noch zu erwerbender Produkte. Im letzteren Fall kann dem Bieter aufgegeben werden, eine entsprechende Erklärung seines Lieferanten beizubringen oder – wenn dies nicht möglich oder unzumutbar ist – seine gegenüber seinem Lieferanten und weiteren Gliedern in der Lieferkette ergriffenen Maßnahmen zur Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen darzulegen.
- b) Soweit sich die Beschaffung nicht auf die Erbringung von Bau- oder Dienstleistungen bezieht, sollte daher in die Ausschreibung ein Passus aufgenommen werden, der darauf hinweist, dass sich die betreffende Kommune den im einzelnen zu benennenden IAO-Kernarbeitsnormen verpflichtet weiß, zu deren Beachtung beitragen möchte und deshalb den Zuschlag nur ein solcher Anbieter erhält, der die Herstellung oder den eigenen Erwerb der Waren erst nach Zuschlag veranlasst. Ein entsprechender zeitlicher Mehraufwand muss deshalb einkalkuliert werden.
- c) Eine den vorstehenden Anforderungen genügende Ausschreibung hat die Verpflichtung auf die Beachtung von IAO-Kernarbeitsnormen in dem Schema o. zu VI 7 zu implementieren, wo-

bei 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.

- 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.

## 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 der Beschluss A eines Stadtrates von 2006:

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

Demgegenüber enthalten andere Beschlüsse B 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 ausbeu-*

*terischen Kinderarbeit eingeleitet haben.“* (so in wenigstens fünf Städten formuliert).

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 Beschlusses A zu bevorzugen.

Alternativ könnte die von einem Rat bevorzugte Variante von 2004 gewählt werden:

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

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

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

ist (so z. B. der Beschluss eines Stadtrates von 2006 und weiteren Städten).

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 Trans-Fair-Siegel (Orangensaft, Tee, Kaffee).“*

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.“* (Beschluss eines 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 Stadt für ihre Geschäftspartner). Zwar ist hier in concreto zutreffender Weise die Aufnahme als Vertragsbestandteil gemeint (so das Schreiben eines Oberbürgermeisters an alle Referate, Ämter, Schulen und Kindergärten von 2005), jedoch muss dies auch in den Verdingungsunterlagen zum Ausdruck kommen. Die zutreffende Einordnung als Vertragsbedingung findet sich in Beschlüssen anderer Stadträte.

Keiner der Entwürfe für Bieterklärungen trägt dem Umstand Rechnung, dass das Verlangen, eine Erklärung zur Herkunft von Lagerware des Bieters abzugeben oder eine auf diese Lagerware bezogene Zertifizierung vorzulegen, unzulässig ist. Gegenüber einem Bieter, der eigene Lagerware zu liefern beabsichtigt und die geforderte Erklärung nicht abgibt, stehen keine Sanktionsmöglichkeiten zur Verfügung. Ebenso wenig wird zwischen der unterschiedlichen Reichweite von Erklärungen, die sich auf noch herzustellende Ware einerseits und bereits hergestellte, vom Auftragnehmer aber erst noch zu erwerbende Ware andererseits beziehen, differenziert.

Abgesehen hiervon genügt die überwiegend vorgesehene Stufung von Nachweisen zur Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen im

Wesentlichen den rechtlichen Anforderungen. Häufig verwendet wird folgende Vorlage:

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

**Nachweis:**

- *Eine unabhängige Zertifizierung, die bestätigt, dass ein Produkt nicht mittels ausbeuterischer Kinderarbeit im Sinne der ILO-Konvention Nr. 182 hergestellt und/oder bearbeitet wurde (z. B. ein Fair-Handels-Siegel oder 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/unsere Unternehmen meine/unsere Lieferanten und deren Subunternehmer aktive und zielführende Maßnahmen zum Ausstieg aus der ausbeuterischen Kinderarbeit eingeleitet haben. Entsprechende Selbstverpflichtungserklärungen oder Verhaltenskodizes liegen bei."*

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

*„kaum vorstellbar (wäre), dass eine Organisation aus dem Bereich des fairen Handels es dulden würde, wenn >ihre< Produkte aus ausbeuterischer Kinderarbeit stammen würden"*

genügen insoweit nicht.

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." (so ein Beschluss aus 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." (so ein Beschluss 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 Beispielen wird der Bieter auf die Vorlage eines Sozialkodex festgelegt, ohne dass die Standards, denen dieser Kodex genügen muss, erkennbar wären. Unklar bleibt auch, was mit der Kontrolle durch ein unabhängiges Gremium verbunden sein soll: Soll diese Kontrolle vor oder nach dem Zuschlag erfolgen? Welche Pflichten treffen den Bieter, um eine solche Kontrolle zu ermöglichen?

## Abkürzungsverzeichnis (Auswahl)

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

## Publikationen

Die Veröffentlichungen können über die Servicestelle kostenfrei bestellt werden (sofern noch nicht vergriffen). Die meisten Publikationen liegen auch als Download auf unserer Homepage vor.

### Dialog Global – Schriftenreihe der Servicestelle:

- Heft 1.: Give me hope Jo'hanna?! Von Rio in die deutschen Kommunen nach Johannesburg – von Schwierigkeiten und Erfolgen der Agenda-Prozesse in Deutschland. Oktober 2002. [vergriffen]
- Heft 2.: Pressespiegel 2002. Dokumentation der Presseartikel rund um die Servicestelle für das Jahr 2002. Dezember 2002. [vergriffen]
- Heft 3.: Globales Handeln lokal verankern. Befragung 2002 der Kommunen und Nichtregierungsorganisationen zum Stand der Lokalen Agenda 21 und der Eine-Welt-Arbeit in Deutschland. Januar 2003. [vergriffen]
- Heft 4.: Die Lokale Agenda 21 braucht professionelle Moderation – Eine-Welt-Referenten informieren Moderatoren. Dokumentation einer Informationsveranstaltung am 12.12.2002, Bonn, Februar 2003. [vergriffen]
- Heft 5.: Porto Alegres Beteiligungshaushalt – Lernerfahrung für deutsche Kommunen. Dokumentation eines Fachgesprächs vom 19.12.2002, Bonn, Februar 2003. [vergriffen]
- Heft 6.: Faires Miteinander. Leitfaden für die interkulturell kompetente Kommune. Bonn, August 2003. Neuauflage Juli 2006.
- Heft 7.: Hauptstadt des Fairen Handels 2003. Dokumentation des Wettbewerbs. Bonn, Februar 2004.
- Heft 8.: Global vernetzt – lokal aktiv 2004. Der Wettbewerb 2004. Dokumentation. Bonn, Juli 2004.
- Heft 9.: Partner in alle Richtungen: Gestaltung und Nutzen kommunaler Partnerschaften in der Einen Welt. Ein Praxisleitfaden. Bonn, September 2004. Neuauflage Dezember 2005.
- Heft 10.: Kulturen der Welt vor Ort. Ein Praxisleitfaden. Bonn, August 2004.
- Heft 11.: Es geht! Kommunal nachhaltig handeln. Tipps & Ideen. Bonn, Juni 2005. Neuauflage Juli 2006.
- Heft 12.: Globalisierung gestaltet Kommunen – Kommunen gestalten Globalisierung. 9. Bundeskonferenz der Kommunen und Initiativen. Magdeburg 2004. Dokumentation. Bonn, Juli 2005.
- Heft 13.: Hauptstadt des Fairen Handels 2005. Dokumentation des Wettbewerbs. Bonn, November 2005.
- Heft 14.: Zwei Jahre Partnerschaftsinitiative. Two Years of Partnership Initiative. Bonn, Januar 2007.
- Heft 15.: Globales Handeln lokal verankern. Bundesweite Umfrage 2006. Bonn, Februar 2007.

### Material-Reihe der Servicestelle

- Nr. 1.: Pressespiegel 2003. Dokumentation der Presseartikel rund um die Servicestelle für das Jahr 2003. [vergriffen]
- Nr. 2.: ModeratorInnen-Briefing. Herausforderung Kommune – strategische Zukunftsthemen für ModeratorInnen. Dezember 2003.
- Nr. 3.: Bonn Action Plan. Bonner Aktionsplan – zur Stärkung kommunaler Partnerschaften. Mai 2004.
- Nr. 4.: ModeratorInnen-Briefing. Methoden und Themen – Das Netzwerk „bildet“ sich. September 2004. Mai 2004. [vergriffen]
- Nr. 5.: Pressespiegel 2004. Dokumentation der Presseartikel rund um die Servicestelle für das Jahr 2004. [vergriffen]
- Nr. 6.: Zweites bundesweites Netzwerktreffen Bürger- und Beteiligungshaushalt. Dokumentation vom 12.10.2004.
- Nr. 7.: ModeratorInnen-Briefing. Thementeam bilden. Dezember 2004.
- Nr. 8.: Partner schaffen Partnerschaften. Die kommunale Servicestelle – Partnerschaftsinitiative.
- Nr. 9.: Bürgerhaushalt – Umsetzungsmöglichkeiten und Erfahrungen. Beispiel Schleswig-Holstein.
- Nr. 10.: Pressespiegel. Medienberichterstattung zur Servicestelle Partnerschaftsinitiative. Januar-Juli 2005.
- Nr. 11.: Pressespiegel 2005. Dokumentation der Presseartikel rund um die Servicestelle für das Jahr 2005.
- Nr. 12.: Ein Jahr nach dem Tsunami. Dialogveranstaltung 07.12.2005. Dokumentation.
- Nr. 13.: Finanzierungsmöglichkeiten kommunaler Entwicklungszusammenarbeit. Dokumentation vom 19.06.2006.

- Nr. 14.: Pressespiegel 2006. Dokumentation der Presseartikel rund um die Servicestelle für das Jahr 2006.  
Nr. 15.: Viertes Netzwerktreffen Bürgerhaushalt. Dokumentation vom 18.12.2006.  
Nr. 16.: Faires Beschaffungswesen in Kommunen und die Kernarbeitsnormen. Rechtswissenschaftliches Gutachten.

### **Leporello – Kurzinformationen der Servicestelle**

- Kommunalpolitik auf neuen Wegen: Der Bürger- und Beteiligungshaushalt. (September 2003)
- Gewusst wie: Ressourcen für Nachhaltigkeitsprojekte. (Dezember 2003)
- Gesucht, gefunden: ModeratorInnen für kommunale Entscheidungsprozesse. (Februar 2004)
- Servicestelle Partnerschaftsinitiative / Service Agency Partnership Initiative (September 2005) [Englisch und Deutsch] [vergriffen]
- Kulturen der Welt vor Ort. Argumente für eine weltoffene Kommune. (Juni 2005)
- Südafrika 2010 – Deutschland 2006. Kompetenz und Stärkung kommunaler Zusammenarbeit und Entwicklung (Dezember 2006) [Englisch und Deutsch]

### **Sonstige Publikationen der Servicestelle:**

- Konzeption der Servicestelle [vergriffen]
- Profil der Servicestelle [Englisch und Deutsch]
- Kurzprofil der Servicestelle [Deutsch, Englisch, Französisch]
- Dokumentationen "Petersberger Gespräch"/"Petersberg Dialogue" am 18.06.2002. [vergriffen]
- CD-Rom zum bundesweiten Wettbewerb „Global vernetzt – lokal aktiv!“ Präsentation der Wettbewerbssieger und des Konzepts, Bonn 2002. (Englisch und Deutsch) [vergriffen]
- Empfehlungen von Magdeburg. Schlussempfehlungen der 9. Bundeskonferenz der Kommunen und Initiativen. Verabschiedet Magdeburg, November 2004 (Deutsch)
- Empfehlungen von Hamburg. Schlusserklärung der 10. Bundeskonferenz der Kommunen und Initiativen. Verabschiedet Hamburg, November 2006 (Deutsch)
- UN-Millennium-Gates. Acht Tore. Acht Ziele. Flyer zur Ausstellung im Rahmen der Kampagne 2015. (Deutsch)
- Evaluation der Servicestelle Kommunen in der Einen Welt. Bonn, Dezember 2005.
- No Excuse 2015. Aktiv vor Ort - Kommunen handeln jetzt! UN-Millenniumentwicklungsziele: Chancen in den Kommunen nutzen! Bonn, September 2005.

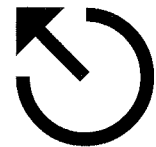
### **Publikationen in Kooperation mit der Servicestelle:**

- Broschüre: Vom Süden lernen. Porto Alegres Beteiligungshaushalt wird zum Modell für direkte Demokratie. Hrsg.: Servicestelle Kommunen in der Einen Welt, Misereor, DGB Bildungswerk, Aachen, Düsseldorf, Bonn, Neuauflage 2003.
  - Tagungsdokumentation: Agendaprozesse verknüpfen. Die Rolle der Kommunalverwaltungen bei der Sicherung zukunftsfähiger Entwicklung in Zentralamerika und Deutschland. Hrsg.: InWEnt gGmbH, Abtlg. Demokratieförderung und Verwaltungsreformen, Servicestelle Kommunen in der Einen Welt. Bonn, 2002. [vergriffen]
  - Gemeinsam empfohlene Indikatoren zur kommunalen Nachhaltigkeit. Unter Mitwirkung der Servicestelle und elf weiterer Institutionen entstanden. Bonn, Juli 2003. [vergriffen]
  - Witzel/Seifried: Das Solarbuch. Fakten, Argumente, Strategien. Energieagentur Regio Freiburg (Hg.). Freiburg 2004. [Bezug über den Buchhandel]
  - Halbig/Maurer/Nitschke: Nachhaltigkeit messen – Zukunft gestalten. Leitfaden des Pilotprojektes "Kommunen in der Welt". Bischöfliches Hilfswerk Misereor e.V. (Hg.), Aachen 2004.
-



- Documentation "Bonn Policy Forum. New Directions in Local Development: Challenges and Perspectives for City-to-City-Cooperation." 12-13 December 2003. In Kooperation mit der Abtlg. Demokratieförderung und Verwaltungsreformen der InWEnt gGmbH. [in Englisch] [vergriffen]
- Documentation: Local Renewables 2004. Municipal Leaders' Conference on Renewable Energy Source for the Local Level. Bonn 30.-31. May 2004. In cooperation with: Agenda-Transfer bundesweite Servicestelle Lokale Agenda 21. Bonn 2004. [in Englisch] [vergriffen]
- Genuss mit Zukunft – Francisco Aguilar und sein Bio-Kaffee. dwp eG (Hg.), Ravensburg. CD-ROM/DVD. Bezug: dwp, [info@dwp-rv.de](mailto:info@dwp-rv.de)
- Mayors's Conference on Early Warning – on the occasion of the Third International Conference on Early Warning in Bonn, 26<sup>th</sup> March 2006. In cooperation with City of Bonn and German Committee for Disaster Reduction/DKKV e.V., Bonn 2006.
- Nach dem Tsunami. Von der Nothilfe zu langfristigen Partnerschaften. In Kooperation mit: Verein zur Förderung der entwicklungspolitischen Publizistik e.V. (Hg.), Frankfurt/M., Reihe Dritte Welt-Information. Pädagogik praktisch, Heft 1/2/2006, Frankfurt/M. 2006.
- Buy Fair – Ein Leitfaden für die öffentliche Beschaffung von Produkten aus dem Fairen Handel. In Kooperation mit ICLEI. Freiburg/Bonn 2007.
- Nachhaltigkeit: Das Plus vor Ort. In Kooperation mit Agenda-Transfer. Bonn 2007.

Alle Informationen, Termine, Aktivitäten, Tipps und Hintergrundberichte aktuell in den monatlichen **\*\*\*Eine-Welt-Nachrichten\*\*\*** der Servicestelle. Kostenfrei! Bestellformular auch auf unserer Homepage.



## 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 knapp 60 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 werden etwa jährlich stattfinden.

---

## Notizen

---





***InWEnt – Internationale Weiterbildung und Entwicklung  
gGmbH***

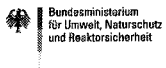
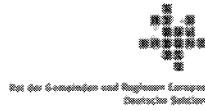
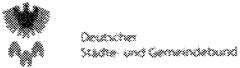
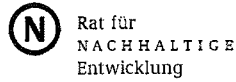
InWEnt – Internationale Weiterbildung und Entwicklung gGmbH steht für Personal- und Organisationsentwicklung in der internationalen Zusammenarbeit. Ihre Angebote richten sich an Fach- und Führungskräfte und an Entscheidungsträger aus Wirtschaft, Politik, Verwaltung und Zivilgesellschaft und erreichen jährlich rund 55.000 Personen.

Die Programme und Maßnahmen von InWEnt zielen darauf, Veränderungskompetenzen auf drei Ebenen zu fördern: Sie stärken individuelle Handlungskompetenzen, erhöhen die Leistungsfähigkeit von Unternehmen, Organisationen und Verwaltungen und verbessern die Handlungs- und Entscheidungsfähigkeit auf politischer Ebene. Das methodische Instrumentarium ist modular verfügbar und wird den jeweiligen Anforderungen lösungsgerecht angepasst. Neben face-to-face-Situationen in Bildungs-, Austausch- und Dialogveranstaltungen nimmt die Vernetzung durch E-Learning einen breiten Raum ein. Die Partner von InWEnt sitzen gleichermaßen in Entwicklungs-, Transformations- und Industrieländern.

Gesellschafter von InWEnt sind die Bundesregierung, vertreten durch das Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (BMZ), die deutsche Wirtschaft und die Länder.

InWEnt – Internationale Weiterbildung und Entwicklung gGmbH  
Friedrich-Ebert-Allee 40  
53113 Bonn  
Fon: +49 (0)2 28 – 4460 – 0  
Fax : +49 (0)2 28 – 4460 – 1766  
[www.inwent.org](http://www.inwent.org)

[www.service-eine-welt.de](http://www.service-eine-welt.de)



Die Servicestelle in der InWent gGmbH wird gefördert aus Mitteln des Bundesministeriums für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung sowie der Länder Bayern, Berlin, Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Schleswig-Holstein und der Stadt Bonn.  
Unter Mitwirkung: Land Mecklenburg Vorpommern, Rat für nachhaltige Entwicklung, Deutscher Städtetag, Deutscher Landkreistag, Deutscher Städte- und Gemeindebund, Deutsche Sektion des Rates

der Gemeinden und Regionen Europas, Industrie- und Handelskammer Ostbairingen, Deutscher Beamtenbund, Deutscher Gewerkschaftsbund, Diözesanrat der Katholischen Kirche, Verband Entwicklungspolitik deutscher Nichtregierungsorganisationen e. V., Auswärtiges Amt, Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, Kommunale Nord-Süd-Initiative, Arbeitsgemeinschaft der Eine-Welt-Landesnetzwerke e. V., Deutsche UNESCO-Kommission e. V. und Agenda-Transfer NRW.