



Bietererklärungen als Instrument zur Einbeziehung von Arbeits- und Sozialstandards in der öffentlichen Beschaffung

Gutachten im Auftrag von WEED und CIR zur Berücksichtigung
von Arbeits- und Sozialstandards durch Bietererklärungen in den
Auftragsausführungsbedingungen am Beispiel PC und Arbeitsbekleidung
Prof. Dr. Markus Krajewski und Ass. jur. Rike Krämer

Musterbietererklärungen und Besonderheiten der öffentlichen
Beschaffung an den Fallbeispielen Computer und Arbeitsbekleidung
Sarah Bormann (WEED) und Johanna Fincke (CIR)

Impressum

Herausgeber:
Netzwerk Unternehmensverantwortung (CorA)
c/o Christliche Initiative Romero e.V. (CIR)
Breul 23
48143 Münster

Layout: **WARENFORM** – kommunizieren und gestalten
Druck: **Druckerei Kleyer, Münster**
Berlin, Oktober 2010

Schutzgebühr: 2 Euro
ISBN: 978-3-937383-69-9



Diese Publikation wurde mit finanzieller Unterstützung der Europäischen Union und InWEnt hergestellt. Die Inhalte liegen in der alleinigen Verantwortung der Herausgeber und können unter keinen Umständen als Standpunkt der Geldgeber angesehen werden.

Bietererklärungen als Instrument zur Einbeziehung von Arbeits- und Sozialstandards in der öffentlichen Beschaffung

Vorwort..... 5

Gutachten im Auftrag von WEED und CIR zur Berücksichtigung von Arbeits- und Sozialstandards durch Bietererklärungen in den Auftragsausführungsbedingungen am Beispiel PC und Arbeitsbekleidung
Prof. Dr. Markus Krajewski und Ass. jur. Rike Krämer 7 – 32

Musterbietererklärungen und Besonderheiten der öffentlichen Beschaffung an den Fallbeispielen Arbeitsbekleidung und Computer
Sarah Bormann (WEED) und Johanna Fincke (CIR) 33 – 58

Vorwort

Zunehmend wird die öffentliche Beschaffung und Auftragsvergabe als ein Instrument der sozialen und ökologischen Steuerung wahrgenommen. Spätestens seit der Reform des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkung (GWB) auf Bundesebene sowie der Verabschiedung fortschrittlicher Vergabegesetze in Ländern wie Berlin, Bremen und Hamburg geht es nun um die Frage der Implementierung. Erfahrungen aus Kommunen, die schon seit mehreren Jahren dementsprechende Beschlüsse gefasst haben, zeigen, dass die Kluft zwischen Beschluss und praktischer Umsetzung oft groß ist.

In der Regel wird bei Anforderungen an die Herstellung von Waren in globalen Zulieferketten mit Bietererklärungen gearbeitet, die im Rahmen der Auftragsausführungsbedingungen verlangt werden. Bislang wird dieses Instrument weder quantitativ noch qualitativ ausgeschöpft. Oftmals werden die Bieter geradezu eingeladen, lediglich zu unterzeichnen, dass die Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) in der Herstellung eingehalten werden. Zwar geht auch von dieser Nachfragebekundung eine positive Signalwirkung an die Bieter aus. Dennoch bleibt oftmals ungeklärt, ob der Bieter die im Einzelnen geforderten Kriterien auch tatsächlich umsetzt.

Vor diesem Hintergrund haben die beiden Organisationen WEED und CIR im Rahmen des CorA-Netzwerks für Unternehmensverantwortung seit 2009 eine Diskussion über die Fragen von Nachweispflicht und Kontrolle in der öffentlichen Beschaffung angestoßen und verschiedene Veranstaltungen zum Thema organisiert. Ziel dieser Aktivitäten ist es, menschenwürdige Arbeitsbedingungen aktiv zu fördern und dabei auch die öffentliche Hand in die Pflicht zu nehmen. Neben der Verabschiedung adäquater Landesgesetze und kommunaler Beschlüsse wird dies derzeit auf der Ebene der Implementierung ausgehandelt. Es bedarf Good Practice Beispielen die zeigen, dass sozial-ökologische Beschaffung ein verbindliches Instrument sein kann. Dies ist zweifelsohne ein schwieriger und langwieriger Prozess, der im Spannungsfeld von politischen Ansprüchen, juristischen Rahmenbedingungen und der Handhabbarkeit für die Verwaltung stattfindet.

Die im zweiten Teil der Publikation vorliegenden Musterbietererklärungen sind ein Kompromiss aus den unterschiedlichen politischen, juristischen und verwaltungstechnischen Anforderungen an ein Instrument zur Nachweispflicht und Kontrolle. Sie entsprechen nicht den eigentlichen politischen Vorstellungen der Autorinnen. Gleichzeitig sind wir uns darüber im Klaren, dass die formulierten Musterbietererklärungen aus Perspektive der Verwaltungen immer noch eine hohe Herausforderung darstellen. Wir möchten Sie dazu einladen, diese Muster entsprechend zu adaptieren und dennoch nicht das Ziel aus den Augen zu verlieren: Ohne verbindliche Nachweise und einer zumindest potentiellen Kontrolle werden kaum nachhaltige Veränderungen bewirkt werden können.

Während der zweite Teil aus der Feder von NGO-Mitarbeiterinnen stammt, ist das Rechtsgutachten, das uns für die Entwicklung der Bietererklärungen als Grundlage diente, von der Juristin Rike Krämer und dem Juristen Prof. Dr. Markus Krajewski verfasst worden.

Berlin/Münster, 20. September 2010

Sarah Bormann (WEED) und Johanna Fincke (CIR)

Gutachten im Auftrag von WEED und CIR zur Berücksichtigung von Arbeits- und Sozialstandards durch Bietererklärungen in den Auftragsausführungs- bedingungen am Beispiel PC und Arbeitsbekleidung

von Prof. Dr. Markus Krajewski und Ass. jur. Rike Krämer

Sonderforschungsbereich „Staatlichkeit im Wandel“ an der Universität Bremen

1. Hintergrund und Prüfauftrag	8
2. Die Bietererklärung im Vergabeverfahren	10
2.1 Die Bietererklärung zur Einbeziehung von Arbeits- und Sozialstandards	10
2.2 Die Funktionen der Bietererklärung als Auftragsausführungsbedingungen	12
2.3 Die Verortung der Bietererklärung	14
2.4 Rechtliche Anforderungen an Bietererklärungen	15
2.4.1 Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit	16
2.4.1.1 Einheitliche Anforderungen vs. abgestufte Erklärung mit zielführenden Maßnahmen	17
2.4.1.2 Produktgruppen	19
2.4.1.3 Umfang des Auftrages	19
2.4.1.4 Lieferkette	20
2.4.1.5 Offenlegung der Lieferkette	21
2.4.2 Bestimmtheit und Verständlichkeit.....	21
2.4.3 Vergleichbarkeit der Angebote	23
2.4.4 Auftragsbezug	23
2.4.4.1 Definition des Auftragsbezugs bei bereits hergestellten und bei noch herzustellenden Waren	24
2.4.4.2 Zielführende Maßnahmen.....	25
2.5 Besonderheiten bei der beschränkten und freihändigen Vergabe	26
2.6 Besonderheiten bei Rahmenverträgen	27
3. Die Kontrolle von Bietererklärungen	28
3.1 Kontrollmöglichkeiten und Konsequenzen eines Verstoßes vor Zuschlagserteilung	28
3.1.1 Plausibilitätsnachweis	28
3.1.2 Allgemeine Kontrollmöglichkeiten vor Zuschlagserteilung	29
3.2 Allgemeine Kontrollmöglichkeiten nach Zuschlagserteilung	31
3.3 Verstöße gegen Bietererklärungen und Vertragsstrafen	32

1 Hintergrund und Prüfauftrag

Jedes Jahr beschaffen die öffentlichen Auftraggeber in Europa Waren-, Bau- und Dienstleistungen im Wert von ca. 16 % des Bruttoinlandsprodukts. Die Umstellung des Einkaufes der öffentlichen Auftraggeber hin zu einer sozialen Beschaffung hat das Potential, das Angebot von unter fairen Bedingungen produzierten Waren zu beeinflussen und zu verändern. Ein Mittel, um diese Veränderung herbeizuführen, ist die Einbeziehung von Arbeits- und Sozialstandards in das Vergabeverfahren.

Diese Einbeziehung von Arbeits- und Sozialstandards in die öffentliche Beschaffung wirft rechtliche und tatsächliche Probleme auf. Grundsätzlich besteht in einem Vergabeverfahren die Möglichkeit, soziale Kriterien in der Leistungsbeschreibung, bei der Eignung, bei den Zuschlagskriterien oder bei den zusätzlichen Bedingungen für die Ausführung des Auftrages zu berücksichtigen. Als rechtlich am sichersten gilt dabei die Einbeziehung von Arbeits- und Sozialstandards in die Auftragsausführungsbedingungen, da sowohl im europäischen als auch im nationalen Recht bei den Auftragsausführungsbedingungen soziale Kriterien als Möglichkeit genannt werden.¹ Daher konzentriert sich dieses Gutachten auf die Auftragsausführungsbedingungen.

Angemerkt werden soll aber, dass die Einbeziehung von Arbeits- und Sozialstandards in andere Stufen des Vergabeverfahrens, z.B. in die Leistungsbeschreibung, Eignungs- oder Zuschlagskriterien, ebenso eine Option darstellt. Die EU-Kommission schreibt in ihrem Entwurf „Buying Social: A Guide to Taking Account of Social Considerations in Public Procurement“, dass soziale Labels bei der technischen Spezifikation in der Leistungsbeschreibung berücksichtigt werden können, wenn sie mit dem Auftrag im Zusammenhang stehen. Einen solchen Auftragszusammenhang bejaht der Entwurf auch für Produktionsbedingungen.² Kühling und Huerkamp fordern den deutschen Gesetzgeber auf, für die Zuschlagskriterien im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) selbst ebenso die Möglichkeit festzuschreiben soziale Aspekte zu berücksichtigen.³ Diese beiden weiteren Optionen zur Einbeziehung von Arbeits- und Sozialstandards ins Vergabeverfahren sind zum jetzigen Zeitpunkt allerdings weniger rechtssicher.⁴ Hinzukommt nach Ansicht Ziekows, dass es für die Eignungskriterien und die Zuschlagskriterien effektivere Überprüfungsmöglichkeiten und Kontrollen und damit eines „höheren“ Nachweises dafür bedarf, dass die geforderten Kriterien von dem Bieter eingehalten werden. Ziekow begründet die Abstufung des Nachweises damit, dass die Zuschlagskriterien zur Differenzierung der Angebote genutzt werden. Kriterien, welche nicht überprüft werden können, eig-

-
- 1 J. Ziekow, Die Berücksichtigung sozialer Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, 2007: S. 51; J. Schnutenhaus und C. Buchmüller, Rechtliches Gutachten zum Entwurf der Musterausschreibung von Desktop-PCs einschließlich Servicevertrag, 2008, S. 1-32: S. 25; J. Ziekow, Faires Beschaffungswesen in Kommunen und die Kernarbeitsnormen – Rechtswissenschaftliches Gutachten, Material – Schriftenreihe der Servicestelle 2009, S. 1-78: S. 52f, 72; Deutscher Städtetag, Die Berücksichtigung sozialer Belange im Vergaberecht – Hinweise für die kommunale Praxis, 2009: S. 16.
 - 2 EU-Kommission, Draft, 3. April 2009, S. 30 ff, herunterzuladen unter: http://www.araco.org/infutile/noutatifiec/2009-04-03%20Social%20Considerations%20in%20pp%20-%20sent%20out%20to%20EXTERNAL%20CONSULTATION%20_2_.pdf
 - 3 J. Kühling und F. Huerkamp, Vergaberechtsnovelle 2010/2011: Reformbedarf bei den vergabefremden Ausführungsbedingungen nach § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB?, Vergaberecht 2010, S. 545-554: S. 553.
 - 4 J. Schnutenhaus und C. Buchmüller, Rechtliches Gutachten zum Entwurf der Musterausschreibung von Desktop-PCs einschließlich Servicevertrag, 2008, S. 1-32: S. 13.

nen sich nicht um die verschiedenen Angebote zu unterscheiden und das wirtschaftlichste auszuwählen. Diese Anforderungen gelten in diesem Maße nicht für die Ausführungsbedingungen, da deren Erfüllung der Zuschlagsentscheidung nachgelagert ist.⁵ Sie wirken sich somit nicht direkt auf den Zuschlag aus.

Das Ziel dieses Gutachtens und des Gutachtenauftrages ist, die rechtlichen Möglichkeiten von Bietererklärungen im Vergabeverfahren zur Einbeziehung von Arbeits- und Sozialstandards⁶ in den Auftragsausführungsbedingungen darzustellen. Ein besonderes Augenmerk liegt hierbei auf der Einbeziehung von zielführenden Maßnahmen.

Die rechtlichen Grundlagen bilden hierbei auf europäischer Ebene die Vergaberichtlinien 2004/18/EG (VKR)⁷ sowie das europäische Primärrecht. Für Deutschland gilt die Umsetzung der europäischen Vergaberichtlinien im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und die Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge Vergabeverordnung (VgV) und das deutsche Verfassungsrecht. Dabei gelten das europäische Primärrecht sowie das deutsche Verfassungsrecht auch für die Unterschwellenbereiche, wohingegen das GWB und die VKR nur für die Oberschwellenbereiche gelten. Zurzeit liegen die Schwellenwerte für Liefer- und Dienstleistungsaufträge der obersten oder oberen Bundesbehörden sowie vergleichbarer Bundeseinrichtungen bei 125.000 Euro, für alle weiteren Liefer- und Dienstleistungsaufträge bei 193.000 Euro (§ 2 VgV). Da es sich bei PCs und Arbeitsbekleidung weder um freiberufliche noch um Bauleistungen handelt, ist gemäß § 4 VgV für den Oberschwellenbereich der 2. Abschnitt der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/EG 2009) maßgeblich. Die Landesgesetze nehmen zum Großteil auch Bezug auf die VOL, auf deren ersten Abschnitt (VOL/A 2009). Vereinzelt wird außerdem auf einige landesrechtliche Vorschriften Bezug genommen.

5 Ziekow, Faires Beschaffungswesen in Kommunen und die Kernarbeitsnormen – Rechtswissenschaftliches Gutachten: S. 55.

6 Die Einbeziehung von Arbeit- und Sozialstandards bezieht sich hier auf die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen bei der Produktion von Produkten außerhalb der EU. Die Frage nach der Möglichkeit Tariftreueklauseln im Vergabeverfahren zu vereinbaren ist nicht Gegenstand dieses Gutachtens.

7 Im Rahmen dieses Gutachtens gehen wir lediglich auf die Vergabekoordinierungsrichtlinie (VKR) (2004/18/EG) ein, nicht jedoch auf die Sektorenrichtlinie (2004/17/EG), da diese nur für den hier weniger relevanten Bereich der Wasser, Energie und Verkehrsversorgung sowie für Postdienste gilt. Für eine Synopse für ähnliche Regelungen in der Sektorenrichtlinie siehe A. Dageförde und M. Dross, Reform des europäischen Vergaberechts, Umweltkriterien in den neuen Vergaberichtlinien, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2005, S. 19-25: S. 24.

2 Die Bietererklärung im Vergabeverfahren

Bietererklärungen sind kein neues Instrument des Vergaberechts. Vor der Novellierung der VKR im Jahr 2004 und des GWB im Jahr 2009 wurden Bietererklärungen auch schon genutzt. Neu ist jedoch die Fragestellung, ob man mit dem Instrument der Bietererklärung Arbeits- und Sozialstandards ins Vergabeverfahren einbeziehen kann.

In diesem Abschnitt wird zuerst kurz dargestellt, was eine Bietererklärung ist und wie eine solche zur Einbeziehung von Arbeits- und Sozialstandards genutzt werden kann (2.1). Im weiteren werden die zwei Funktionen von Bietererklärungen für die Einbeziehung von Arbeits- und Sozialstandards in die Auftragsausführungsbedingungen des Vergabeverfahrens dargestellt (2.2), um dann auf die richtige Verortung von Bietererklärungen, also wo und wie diese in die Vergabeunterlagen einzubeziehen sind, einzugehen (2.3). Danach wird auf die rechtlichen Anforderungen an Bietererklärungen im Detail eingegangen (2.4), um dann auf die Besonderheiten sowohl bei der beschränkten und freihändigen Vergabe (2.5) als auch bei Rahmenverträgen einzugehen (2.6).

2.1 Die Bietererklärung zur Einbeziehung von Arbeits- und Sozialstandards

Die Bietererklärung ist kein eng begrenzter juristischer Begriff im Vergaberecht. Vielmehr werten die Vergabestellen unterschiedliche Erklärungen, die von den Bietern abgegeben werden, als Bietererklärungen. Diese Bietererklärungen können im Vergabeverfahren verschiedene Funktionen erfüllen. Sie können dazu dienen, Sachverhalte, die in der Vergangenheit lagen, mit in das Vergabeverfahren einzubeziehen: z.B. durch eine Erklärung des Bieters, dass er sein Angebot nicht mit Konkurrenten abgesprochen hat. Sie können demgegenüber ebenso dazu dienen, ein Verhalten des Bieters, das in der Zukunft liegt, mit in den Vertrag einzubeziehen: z.B. durch eine Erklärung des Bieters, dass er bei dem Bau einer Schule keine Arbeitskräfte illegal beschäftigen wird. Darüber hinaus können sie als Nachweis für bestimmte Fähigkeiten dienen, die der öffentliche Auftraggeber vom Bieter verlangt. Setzt der öffentliche Auftraggeber beispielsweise Kenntnisse wie den Umgang mit bestimmten Abfällen voraus, kann der Bieter eine Erklärung dahingehend abgeben, dass er diese Kenntnisse besitzt. Die Beispiele sind zahlreich.

Bietererklärungen waren bereits vor der Novellierung des Vergabeverfahrens als Nachweise bei der Eignungsprüfung üblich und sind es bis heute. Beispielsweise wurde und wird bei Bauaufträgen verlangt, dass der Bieter darlegt, dass er in den letzten drei Jahren Bauprojekte durchgeführt hat, die mit der geforderten Leistung technisch und im Umfang vergleichbar sind. Auch hier füllte der Bieter eine Liste mit den von ihm durchgeführten Bauaufträgen aus. Diese Liste wurde als Nachweis und Bietererklärung gewertet.⁸

Eine übliche Bietererklärung ist auch die Nachunternehmerbietererklärung. Diese lautet beispielsweise: „Beabsichtigt der Bieter, Teile der Leistung von Nachunternehmern ausführen zu lassen, muss er in seinem Angebot Art und Umfang der durch Nachunternehmer auszuführenden Leistungen angeben und auf Verlangen die vorgesehenen Nachunternehmer benennen.“⁹ Als Bietererklärung wird dann die Auflistung der Nachunternehmer durch den Bieter angesehen.

⁸ Vgl. BKartA Bonn, 3. Vergabekammer, Beschluss vom 17.12.2008, Az. VK 3 - 167/08.

⁹ BGH, Urteil vom 10.06.2008, Az. X ZR 78/07.

Mindestlöhne wurden ebenso durch Bietererklärungen einbezogen, beispielsweise durch die Formulierung: „Ich versichere, dass ich der sich aus der oben genannten Verordnung ergebenden Verpflichtung zur Zahlung des maßgeblichen Mindestlohns nach dem Tarifvertrag über Mindestlöhne für die Branche Briefdienstleistungen vom 29. November 2007 bei Auftragserteilung ordnungsgemäß nachkommen werde.“¹⁰ Diese Bietererklärung wurde allerdings vom Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf für vergaberechtswidrig erklärt.¹¹ Hiernach dürfen weitergehende Anforderungen nach damals geltender und auch auf die streitige Auftragsvergabe noch anzuwendender Rechtslage nur gestellt werden, soweit dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist. Die Tarifregelung muss unmittelbar in einem formellen Bundes- oder Landesgesetz getroffen worden sein. Dies war im Streitfall nicht gegeben.¹² Ein weiteres Beispiel für eine Bietererklärung ist die Erklärung, dass der Bieter keine Kenntnis über den Angebotsinhalt eines Konkurrenten hat.¹³

Festzuhalten ist, dass unterschiedliche Anliegen des öffentlichen Auftraggebers durch Bietererklärungen Bestandteil des Vergabeverfahrens geworden sind. Die ersten Beschlüsse der Städte und Kommunen zur Einbeziehung von Kernarbeitsnormen der International Labour Organisation (ILO) griffen daher auch auf dieses Instrument zurück.¹⁴ Neuere Landesvergabegesetze führen diese Bietererklärungen ebenso an, beispielsweise das Hamburgische Vergabegesetz in § 3a.¹⁵

In der Diskussion um die Einbeziehung von ILO-Kernarbeitsnormen wird schnell deutlich, dass die Palette bestimmter Produkte begrenzt ist: Zum einen gibt es nicht für jedes Produkt ein Siegel oder Zertifikat, durch das die Einhaltung der geforderten Standards nachgewiesen werden kann. Zum anderen können die Auftragnehmer nicht in allen Fällen zusichern, dass sie die Standards einhalten. Vor diesem Hintergrund kam der Ausdruck *zielführende Maßnahmen* auf. Kann der Bieter nicht gewährleisten, dass das Produkt unter Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen produziert worden ist, so kann er anstelle das Ergreifen bestimmter Maßnahmen zusichern. Diese Maßnahmen tragen zu dem Ziel bei, dass das Produkt unter Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen produziert wird. Diese zielführenden Maßnahmen können Bestandteil einer Bietererklärung sein. Sie können unterschiedlich ausgestaltet sein.¹⁶

Fazit: Bietererklärungen sind ein im Vergaberecht bekanntes Instrument, mit dem grundsätzlich die Integration verschiedener Anliegen des öffentlichen Auftraggebers ins Vergaberecht erreicht werden soll. Sie können sich auch zur Einbeziehung von Arbeits- und Sozialstandards eignen.

10 BKartA Bonn 1, Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 16.12.2008, Az. VK 1 - 162/08.

11 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.07.2009, Az. VII-Verg 18/09.

12 Ebd.

13 BKartA Bonn 3, Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 21.12.2007, Az. VK 3 - 142/07.

14 Für Beispiele von ersten Beschlüssen siehe Ziekow, Die Berücksichtigung sozialer Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge: 77f.

15 Siehe für den Wortlaut 2.2.

16 Siehe für die rechtliche Zulässigkeit von zielführenden Maßnahmen 2.4.1.1.

2.2 Die Funktionen der Bietererklärung als Auftragsausführungsbedingungen

Grundsätzlich stellen die Auftragsausführungsbedingungen der Zuschlagsentscheidung nachgelagerte Vertragsbedingungen dar, die vom Bieter bei der Auftragsausführung beachtet werden müssen.¹⁷ Die Kategorie der Auftragsausführungsbedingungen ist eine relativ neue Kategorie im Vergaberecht und geht auf die Rechtsprechung des EuGH im Fall Beentjes zurück. Dort heißt es:

„Was eine Bedingung wie die Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen betrifft, so handelt es sich um eine besondere zusätzliche Bedingung, die in der Bekanntmachung erwähnt werden muß, damit die Unternehmer in der Lage sind, von ihrem Bestehen Kenntnis zu nehmen.“¹⁸

Außerdem heißt es,

„so ist zunächst festzustellen, daß eine solche Bedingung weder mit der Prüfung der fachlichen Eignung der Unternehmer im Hinblick auf deren wirtschaftliche, finanzielle und technische Leistungsfähigkeit noch mit den in Artikel 29 genannten Kriterien für die Erteilung des Zuschlags etwas zu tun hat.“¹⁹

Diese Rechtsprechung des EuGH wurde in die VKR (Erwägungsgründe 33, 34 und 44 sowie Art. 26 VKR) und durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20. April 2009 ins GWB (Art. 97 Abs. 4 S. 2) aufgenommen. Erst seit dem 24. April 2009 ist damit die Kategorie von Auftragsausführungsbedingungen im deutschen Vergaberecht für den Oberschwellenbereich ausdrücklich verankert. Die Gesetzgebungsmaterialien sowohl zur VKR als auch zum Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts weisen ausdrücklich darauf hin, dass bei den Auftragsausführungsbedingungen auch die ILO-Kernarbeitsnormen Berücksichtigung finden können.²⁰

Bietererklärungen können in den Auftragsausführungsbedingungen zwei Funktionen erfüllen:

1. Sie können zur **Einbeziehung** der Forderung, dass bei der Herstellung der Ware X bestimmte Arbeits- und Sozialstandards einzuhalten sind, dienen.
2. Sie können zum **Nachweis oder als Beleg** dienen, dass die geforderten Arbeits- und Sozialstandards bei der Herstellung der Ware X eingehalten werden oder eingehalten worden sind.

Diese zwei Funktionen sollen im Folgenden am Beispiel des Hamburgischen Vergabegesetzes verdeutlicht werden, wobei das Hamburgische Vergabegesetz Bietererklärungen nur zur Erfüllung der ersten Funktion vorsieht.

Im Hamburgischen Vergabegesetz vom 13. Februar 2006 heißt es in § 3a:

¹⁷ K. Fischer, Vergabefremde Zwecke im öffentlichen Auftragswesen: Zulässigkeit nach Europäischem Gemeinschaftsrecht, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2004, S. 492-496; S. 494.

¹⁸ EuGH Urteil vom 20. September 1988, Rs. 31/87. Slg. 1988, S. 04635, Rn 36.

¹⁹ EuGH Urteil vom 20. September 1988, Rs. 31/87. Slg. 1988, S. 04635, Rn 28.

²⁰ Deutscher Städtetag, Die Berücksichtigung sozialer Belange im Vergaberecht – Hinweise für die kommunale Praxis: S. 19.

„(1) Bei der Vergabe von Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen ist darauf hinzuwirken, dass keine Waren Gegenstand der Leistung sind, die unter Missachtung der in den ILO-Kernarbeitsnormen festgelegten Mindeststandards gewonnen oder hergestellt worden sind. Die Mindeststandards der ILO-Kernarbeitsnormen ergeben sich aus

1. dem Übereinkommen Nr. 29 über Zwangs- oder Pflichtarbeit vom 28. Juni 1930 (BGBl. 1956 II S. 641) [...]
8. dem Übereinkommen Nr. 182 über das Verbot und unverzügliche Maßnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit vom 17. Juni 1999 (BGBl. 2001 II S. 1291).

(2) Aufträge über Lieferleistungen dürfen in den Fällen nach Absatz 3 nur mit einer **ergänzenden Vertragsbedingung** vergeben werden, die den **Auftragnehmer verpflichtet**, den Auftrag gemäß der Leistungsbeschreibung ausschließlich mit Waren auszuführen, die nachweislich oder gemäß einer entsprechenden Zusicherung unter bestmöglicher Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen gemäß Absatz 1 gewonnen oder hergestellt worden sind. Dazu sind entsprechende **Nachweise oder Erklärungen** von den Bietern zu verlangen. Sätze 1 und 2 gelten entsprechend für Waren, die im Rahmen der Erbringung von Bau- oder Dienstleistungen verwendet werden.

(3) Absatz 2 gilt nur für Waren oder Warengruppen, bei denen eine Gewinnung oder Herstellung unter Missachtung der ILO-Kernarbeitsnormen gemäß Absatz 1 im Einzelfall in Betracht kommt und die von der für Grundsatzangelegenheiten des Vergaberechts zuständigen Behörde in einer entsprechenden Liste aufgeführt werden. Unbeschadet der Erbringung anderer, gleichwertiger Nachweise, kann die zuständige Behörde in der Liste nach Satz 1 zusätzlich anerkannte unabhängige Nachweise oder Zertifizierungen für eine Herstellung unter bestmöglicher Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen benennen, bei deren Vorlage die Erfüllung der Anforderungen nach Absatz 1 vermutet wird.“

[Hervorhebungen durch die Verfasser]

Die Bietererklärung dient nach dem Hamburgischen Vergabegesetz (HmbVgG) erstens dazu die Anforderung, dass die ILO-Kernarbeitsnormen vom Bieter bei der Ausführung des Auftrages eingehalten werden, zum Vertragsgegenstand zu machen. Die Erklärungen dazu sehen folgendermaßen aus:

Ich verpflichte mich/wir verpflichten uns, den Auftrag ausschließlich mit Waren auszuführen, die nachweislich unter Beachtung der in § 3a Absatz 1 HmbVgG genannten ILO-Kernarbeitsnormen gewonnen oder hergestellt worden sind.

Oder:

Ich verpflichte mich/wir verpflichten uns, den Auftrag ausschließlich mit Waren auszuführen, für die ich zusichere/wir zusichern, dass sie unter bestmöglicher Beachtung der in § 3a Absatz 1 HmbVgG genannten ILO-Kernarbeitsnormen gewonnen oder hergestellt worden sind.

Zweitens verlangen die Hamburgischen Vertragsbedingungen einen **Nachweis**, dass diese Zusicherung der Einhaltung von ILO-Kernarbeitsnormen auch tatsächlich ein-

gehalten worden sind. Eine erneute Bietererklärung ist hier grundsätzlich als Nachweis nicht vorgesehen. So wird als Nachweis für diese Anforderungen entweder eine unabhängige Zertifizierung angefordert:

Als Nachweis ist dieser Erklärung _____
(z.B. unabhängige Zertifizierung) beigefügt.

Oder eine Selbstverpflichtung:

Zum Beleg hierfür ist dieser Erklärung _____
(z.B. Selbstverpflichtung, Verhaltenskodex und ähnliche Instrumente) beigefügt.
[Hervorhebung durch die Verfasser]

In Hamburg ist daher eine Bietererklärung als Nachweis nicht vorgesehen, es sei denn eine solche würde ein „ähnliches Instrument“ wie eine Selbstverpflichtung darstellen.

Grundsätzlich könnten eine Bieterklärungen bei der Lieferung der Ware X oder schon im Vergabeverfahren auch als **Nachweis**, dass die Arbeits- und Sozialstandards eingehalten werden oder worden sind, abgegeben werden. Z.B. in der Form:

Ich bestätige/wir bestätigen, dass die von uns gelieferten Waren unter Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen hergestellt werden/worden sind.

Diese Erklärung würde dann die zweite Funktion erfüllen, die eine Bietererklärung haben kann, als Nachweis zu dienen.

Fazit: Bieterklärungen können zwei Funktionen haben: (1) Sie können zur Einbeziehung von Arbeits- und Sozialstandards dienen und (2) als Nachweis, dass diese eingehalten werden oder worden sind.

2.3 Die Verortung der Bieterklärung

Um durch Bieterklärungen in den Auftragsausführungsbedingungen die Einhaltung von Arbeits- und Sozialstandards zum Gegenstand des Vergabeverfahrens zu machen, müssen diese in das Vergabeverfahren einbezogen werden. Für den Oberschwellenbereich verlangt Art. 97 Abs. 4 GWB, dass die zusätzlichen Anforderungen sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben. So heißt es dort: „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.“ In der Praxis müssen daher diese Bieterklärungen in die Leistungsbeschreibung der Vergabeunterlagen aufgenommen werden. Für den Unterschwellenbereich ist wegen des Transparenzgebotes rechtlich zwingend, dass sich die Anforderungen aus den Vergabeunterlagen ergeben. Der Deutsche Städtetag schlägt vor, diese in die Vertragsbedingungen als ergänzende Vertragsbedingungen aufzunehmen.²¹ Diesem Vorschlag sollte gefolgt werden, da er sich in die Systematik des Vergaberechts am besten einfügt.

²¹ Deutscher Städtetag, Die Berücksichtigung sozialer Belange im Vergaberecht – Hinweise für die kommunale Praxis: S. 14.

Wird die geforderte Bietererklärung im Vergabeverfahren dann nicht abgegeben, so führt dies zum Ausschluss des Bieters.²² In der VOL/A 2006 in § 25 Nr. 1 Abs. 2 lit. a war dieser Ausschluss anders als in der VOB § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b in Verbindung mit § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A zwar ins Ermessen der Vergabestelle gestellt, dieses Ermessen war aber durch das Gleichbehandlungsgebot auf Null reduziert.²³

Durch die Änderungen in der VOL/A 2009, die seit dem 11.06.2010 in Kraft ist, wird dieses Ergebnis gegenüber der VOL/A 2006 noch deutlicher. Hier heißt es jetzt ausdrücklich, dass Angebote ausgeschlossen werden, die nicht die geforderten Erklärungen enthalten (§ 16 Abs. 3a VOL/A 2009).

Falls durch das Landesgesetz oder kommunale Beschlüsse nicht auf die VOL/A 2009 Bezug genommen wird, muss in den Vertragsbedingungen zusätzlich folgende Passage aufgenommen werden:

Das Angebot muss die in den Verdingungsunterlagen geforderten Erklärungen und Angaben enthalten. Unvollständige Angebote werden ausgeschlossen.

Zur bloßen Klarstellung kann diese Passage auch bei der Bezugnahme auf die VOL/A 2009 aufgenommen werden.

Fazit: Bietererklärungen für den Oberschwellenbereich sind in die Leistungsbeschreibung aufzunehmen. Bietererklärung für den Unterschwellenbereich sollten in die Vertragsbedingungen als ergänzende Vertragsbedingungen aufgenommen werden.

2.4 Rechtliche Anforderungen an Bietererklärungen

Die rechtlichen Anforderungen an Bietererklärungen ergeben sich nicht nur aus dem Vergaberecht selbst. Da es sich bei der öffentlichen Vergabe um den Abschluss von Verträgen handelt, ergeben sie sich ebenso aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB). So richten sich die Auslegung von Bietererklärungen und die Beurteilung des Zustandekommens des Vertrages auch im Vergabeverfahren nach den allgemeinen Grundsätzen des BGB.²⁴ Werden die Bietererklärungen als Klauseln für eine Mehrzahl von Verträgen vorformuliert, so stellen diese Klauseln Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) dar. AGB unterliegen einer Inhaltskontrolle nach den Regeln der §§ 307-309 BGB. Der § 307 BGB gilt auch bei Verträgen zwischen der öffentlichen Hand und Unternehmen bei der Einbeziehung der VOL/B.²⁵

Ist die VOL/A 2009 für die Ausschreibung maßgeblich, so dürfen zusätzliche Vertragsbedingungen der VOL/B nicht widersprechen (§ 9 VOL/A 2009).

In der europäischen und deutschen Rechtsprechung und in der rechtswissenschaftlichen Literatur finden sich vier verschiedene Anforderungen an Bietererklärungen. Hiernach muss eine Bietererklärung verhältnismäßig und zumutbar sein (2.4.1). Die

²² OLG Frankfurt, Beschluss vom 05.05.2008, Az. 11 Verg 1/08.

²³ Ebd.

²⁴ OLG Celle, Urteil vom 25.06.2008, Az. 14 U 14/08.

²⁵ Seit 1.1.2009 gilt dies nicht mehr bei Verträgen zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Unternehmen, wenn die VOB/B einbezogen wurde § 310 Abs. 1 S. 3 BGB. Eine individuelle Klauselkontrolle am Maßstab der §§ 307-309 ist ausgeschlossen. Es verbleibt jedoch die Möglichkeit die VOB/B als Ganzes anhand des § 307 Abs. 1 und 2 einer Kontrolle zu unterziehen.

Bietererklärung muss bestimmt und verständlich sein (2.4.2). Alle Bieter müssen mit der Bietererklärung gleichbehandelt werden (2.4.3). Die Bietererklärung muss einen Bezug zum Auftrag haben (2.4.4).

2.4.1 Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit

Die von den Bietern abzugebenden Erklärungen müssen verhältnismäßig und damit zumutbar sein. Diese Anforderung ergibt sich daraus, dass durch die Forderung, dass bei der Herstellung des Produktes die ILO-Kernarbeitsnormen oder andere Arbeits- und Sozialstandards eingehalten wurden, in die Vertragsfreiheit im unternehmerischen Bereich des Bieters und damit in Art. 12 Grundgesetz (GG) eingegriffen wird. Die Vertragsfreiheit ist zwar grundsätzlich durch das Auffanggrundrecht in Art. 2 I GG geschützt.²⁶ Diese Prüfung ist jedoch subsidiär, wenn andere speziellere Grundrechte betroffen sind. In den Fällen, in denen in die Vertragsfreiheit eines Bieters im unternehmerischen Bereiche eingegriffen wird, ist Art. 12 GG das speziellere Grundrecht.²⁷ Eingriffe in Grundrechte müssen verhältnismäßig sein.²⁸

Zur Bestimmung der Verhältnismäßigkeit einer Forderung kommt es zum einen auf die Möglichkeit an, die geforderte Bietererklärung abzugeben. So hielt das OLG München die Abgabe einer Herstellerbestätigung über die Verfügbarkeit des Produktes in den nächsten zehn Jahren bzw. darüber hinaus von weiteren fünf Jahren für unzumutbar. Es sei nicht nachzuvollziehen, wie ein Bieter eine rechtsverbindliche Erklärung dieser Art herbeischaffen könne. Im Verhältnis zum Auftraggeber sei eine Erklärung des Lieferanten gegenüber dem Bieter zudem nicht nur ohne rechtliche Verbindlichkeit, es werde sich auch kaum ein Lieferant auf eine so weit gehende Garantie gegenüber einem Kunden einlassen.²⁹

Zum anderen spielen auch der Aspekt eines angemessenen Vorteils und der Ausgleich der verschiedenen Interessen zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer eine Rolle. So entschied der Bundesgerichtshof (BGH), dass zwar die Benennung der Leistungen, die an Nachunternehmer vergeben werden, bei Angebotsabgabe angemessen sei, nicht jedoch die verbindliche Mitteilung, welche Subunternehmer sie bei der Ausführung einschalten wollen.

„Um dazu wahrheitsgemäße Erklärungen abzugeben, müssten sich alle Ausschreibungsteilnehmer die Ausführung der fraglichen Leistungen von den jeweils ins Auge gefassten Nachunternehmern bindend zusagen lassen. Eine solche Handhabung kann die Bieter insgesamt in Anbetracht des Umstands, dass der Zuschlag naturgemäß nur auf ein Angebot ergeht, in einem Maße belasten, das in der Regel nicht in einem angemessenen Verhältnis zu den Vorteilen dieser Vorgehensweise für die Vergabestellen steht.“³⁰

26 BVerfG, Urteil vom 19.10.1983, Az. 2 BvR 298/81, BVerfGE 65, 196, Rn 50.

27 BVerfG, Beschluss vom 06.10.1987, Az. 1 BvR 1086/82, 1 BvR 1468/82, 1 BvR 1623/82, BVerfGE 77, 84-120.

28 Ziekow, Faires Beschaffungswesen in Kommunen und die Kernarbeitsnormen – Rechtswissenschaftliches Gutachten: S. 30ff; Kühling/Huerkamp fordern vom Gesetzgeber zur Klarstellung daher in § 97 Abs. 4 noch folgende Formulierung aufzunehmen: „Ausführungsbedingungen müssen in einem angemessenem Verhältnis zur wirtschaftlichen Bedeutung des Auftrages stehen.“ Kühling und Huerkamp, Vergaberechtsnovelle 2010/2011: Reformbedarf bei den vergabefremden Ausführungsbedingungen nach § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB?: S. 548.

29 OLG München, Beschluss vom 05.11.2009, Az. Verg 15/09.

30 BGH, Urteil vom 10.06.2008, Az. X ZR 78/07.

Ein weiteres Beispiel ist die Forderung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes. Diese darf man nach Hailbronner nur bei solchen Aufträgen verlangen, die z.B. wegen ihres Volumens ein erhöhtes Hinsehen bei der finanziellen Zuverlässigkeit des Auftraggebers erfordern.³¹ Aus diesen allgemeinen Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit von Bietererklärungen lassen sich einige Grundsätze ableiten, die für die Einbeziehung von ILO-Kernarbeitsnormen oder anderen Arbeits- und Sozialstandards gelten. Im Folgenden werden beispielhaft einige Aspekte und Fragen, die sich bezüglich der Verhältnismäßigkeit bei der Einbeziehung von Arbeits- und Sozialstandards stellen, erläutert. Festzuhalten ist jedoch, dass die Frage, ob eine Anforderung verhältnismäßig ist, nicht abstrakt beantwortet werden kann, sondern einer Prüfung im Einzelfall bedarf.

Fazit: Anforderungen müssen verhältnismäßig sein, d.h. sie müssen für den Bieter erfüllbar sein und die Interessen des Bieters und des öffentlichen Auftraggebers angemessen berücksichtigen. Dies muss für jedes Produkt und für jeden Einzelfall geprüft werden.

2.4.1.1 Einheitliche Anforderungen vs. abgestufte Erklärung mit zielführenden Maßnahmen

Wie im vorherigen dargelegt, kommt es bei der Verhältnismäßigkeit darauf an, ob es dem Bieter möglich ist, die geforderte Erklärung abzugeben. Aus diesem Grund hat Ziekow die abgestufte Bietererklärung entwickelt. Diese abgestufte Bietererklärung besteht aus drei Stufen, die vom Bieter je nach seinen Möglichkeiten auszuwählen sind.

- „1) Vorlage einer unabhängigen Zertifizierung oder eines anderen Beweismittels, das die Einhaltung des durch das Siegel zertifizierten Standards belegt;
- 2) bei – vom Bieter darzulegender – Unmöglichkeit oder Unverhältnismäßigkeit von 1): Abgabe einer verbindlichen Erklärung des Unternehmens, dass das Produkt unter Beachtung der IAO [ILO]-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 [ILO]-Kernarbeitsnormen ergriffen hat, wobei die Maßnahmen näher darzulegen sind.“³²

Die letzte dritte Stufe stellt dann die Bietererklärung mit zielführenden Maßnahmen dar. Ziekow bezeichnet diese als „wirksame Maßnahmen“.

Die Unmöglichkeit oder Unverhältnismäßigkeit ein Zertifikat oder eine Ehrenerklärung abzugeben, muss jeweils vom Bieter dargelegt werden. Das heißt, dass die Marktanalyse, ob die Beschaffung eines Zertifikates am Markt möglich und verhältnismäßig ist, dem Bieter obliegt. Dieser muss sich darüber informieren, ob für das Produkt X Zer-

³¹ Hailbronner in: J. Byok und W. Jäger, Kommentar zum Vergaberecht: Erläuterungen zu den vergaberechtlichen Vorschriften des GWB und der VgV, 2005, § 97 Rn 244.

³² Ziekow, Faires Beschaffungswesen in Kommunen und die Kernarbeitsnormen – Rechtswissenschaftliches Gutachten: S. 32f.

tifizierungen am Markt vorhanden sind und, wenn ja, warum es in seinem Fall unmöglich oder unverhältnismäßig ist, seine Produkte zu zertifizieren. Die Übernahme dieser Marktanalyse ist für den Bieter verhältnismäßig. Bei kritischen Produkten überwiegt das Interesse des öffentlichen Auftraggebers gegenüber dem Interesse des Bieters. Wann ein Produkt als kritisch einzustufen ist, richtet sich dabei nach Informationen, die allgemein zugänglich sind. Dies können beispielsweise Informationen über die Produktionsverhältnisse in verschiedenen Ländern sein, die sich aus verlässlichen Presseberichten oder Untersuchungen der ILO, anderer internationaler Organisationen, wissenschaftlicher Institute oder unabhängiger NGOs ergeben. Ferner ist es für den Auftragnehmer, der sich in seinem Marktsegment auskennt, zumutbar, sich einen Überblick über die verschiedenen Produkte zu verschaffen.

Bei einer Ausschreibung von Fußbällen, die unter der Einhaltung von ILO-Kernarbeitsnormen hergestellt werden sollen, könnte sich dann ein Unternehmen mit Fußbällen in seinem Sortiment bewerben, welche das FairTrade Siegel tragen (Erklärung I). Gleichzeitig könnte sich ein Unternehmen ohne gesiegelte Fußbälle bewerben und behaupten, dass entweder das Verlangen eines Siegels unverhältnismäßig oder für sie unmöglich sei, ihre Fußbälle aber dennoch unter Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen hergestellt worden sind (Erklärung II). Ferner könnte sich ein Unternehmen bewerben, dass für die Fußbälle im Sortiment keine Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen zusichern kann, dass aber wirksame Maßnahmen zur Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen ergreifen wird (Erklärung III).

Aufgrund dieser Möglichkeit wird vom Deutschen Städtetag daher gegen diese abgestufte Bietererklärung der Einwand erhoben, dass hier eine Ungleichbehandlung von Bietern vorliegt. Die eingereichten Angebote müssen vergleichbar sein, so dass der öffentliche Auftraggeber nach den von ihm aufgestellten Kriterien das wirtschaftlich günstigste auswählen kann. So äußert der Deutsche Städtetag gegen die von Ziekow vorgeschlagene abgestufte Bietererklärung Bedenken:

„Ohnehin bestanden bereits bisher Bedenken unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung der Bieter, wenn letztendlich Produkte aus ausbeuterischer Kinderarbeit (mit Bemühens-Erklärung) im Wettbewerb mit Produkten, die nicht aus ausbeuterischer Kinderarbeit stammen, zum Wettbewerb zugelassen wurden. Daher ist sowohl für den Ober- wie auch für den Unterschwellenbereich von derartigen abgestuften Erklärungen abzuraten.“³³

Diese Ansicht überzeugt nicht. Sie verkennt, dass nur bei Unverhältnismäßigkeit oder Unmöglichkeit ein bestimmtes Zertifikat zu erlangen oder eine Zusicherung abzugeben, der oben beschriebene Fall von verschiedenen Unternehmen mit unterschiedlichen Fußbällen auftritt. Bestehen entsprechende Zertifikate, liegt ein solcher Fall jedoch regelmäßig nicht vor. Es erscheint nämlich unwahrscheinlich, dass es einem Marktteilnehmer unmöglich ist, ein FairTrade Zertifikat zu erhalten, während ein anderer Unternehmer ein solches Produkt anbieten kann. Unzumutbarkeit oder Unmöglichkeit dürften in diesem Fall nur in seltenen Fällen auftreten. Denkbar wäre z. B., dass das Zertifikat nur an Unternehmen eines bestimmten Landes vergeben wird oder erst sehr kurzfristig auf dem Markt ist. In diesem Fall könnte das Argument der Unzumutbar-

33 Deutscher Städtetag, Die Berücksichtigung sozialer Belange im Vergaberecht – Hinweise für die kommunale Praxis: S. 22.

keit oder Unverhältnismäßigkeit greifen. Ist dies nicht der Fall, sind die anderen beiden Unternehmen mit der abgestuften Bietererklärung auf Stufe (II) und (III) vom Verfahren auszuschließen, da sie weder die Unzumutbarkeit noch die Unverhältnismäßigkeit darlegen konnten. Die Bieter werden daher nicht ungleich behandelt.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass eine abgestufte Bietererklärung nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz nach deutschem Verfassungsrecht und europäischem Primärrecht verstößt. Sie ist verhältnismäßiger als eine Bietererklärung, die dem Bieter nur die Zusicherung ermöglicht, dass er sein Produkt unter Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen hergestellt hat. Dagegen kann der Bieter im Rahmen einer solchen abgestuften Erklärung darlegen, warum er diesen Nachweis nicht erbringen kann oder warum das Verlangen eines solchen Nachweises für ihn unverhältnismäßig ist. Damit werden sowohl die Interessen des öffentlichen Auftraggebers als auch die des Auftragnehmers angemessen berücksichtigt. Die letzte Stufe der Bietererklärung, in der sich der Bieter zu wirksamen Maßnahmen verpflichtet, ist allerdings, wie weiter unten ausgeführt wird, zu unbestimmt. Vielmehr bedarf es der Festlegung, worin genau diese Maßnahmen bestehen sollen.

Fazit: Die abgestufte Bietererklärung stellt keine Ungleichbehandlung dar und ist grundsätzlich ein verhältnismäßiges Mittel.

2.4.1.2 Produktgruppen

Die abgestufte Bieterklärung ist zwar generell als verhältnismäßig anzusehen, es kommt allerdings immer auf den Einzelfall an. So könnte die Forderung, die ILO-Kernarbeitsnormen bei der Herstellung aller vom öffentlichen Auftraggeber zu beschaffenden Produkte einzuhalten, dann unverhältnismäßig sein, wenn keinerlei Anhaltspunkt über die Verletzung der ILO-Kernarbeitsnormen bei dem Produkt X bestehen.³⁴ In einem solchen Fall muss der Bieter eine zusätzliche Erklärung ausfüllen, die für ihn eine hohe Belastung darstellt und an deren Inhalt der öffentliche Auftraggeber nur ein geringes Interesse hat. Liegen hingegen Anhaltspunkte vor, dass bei der Herstellung des Produktes X ILO-Kernarbeitsnormen verletzt werden, so überwiegt das Interesse des öffentlichen Auftraggebers, diesen Verstößen bei dem Kauf von Waren keinen Vorschub zu leisten. Dies gilt dann ebenso für zielführende Maßnahmen. Hier kommt es natürlich weiterhin darauf an, welche zielführenden Maßnahmen verlangt werden. Es können nur solche Maßnahmen verlangt werden, die bei dem zu beschaffenden Produkt auf lange Sicht zur Einhaltung der Arbeits- und Sozialstandards führen.

Fazit: Die Einhaltung von ILO-Kernarbeitsnormen oder zielführenden Maßnahmen sollte nur für kritische Produktgruppen verlangt werden.

2.4.1.3 Umfang des Auftrages

Der Umfang des Auftrages spielt bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit ebenso eine Rolle. Wird nur im geringen Umfang und vielleicht nur einmalig ein Produkt beschafft, so können keine zeit- und kostenintensiven zielführenden Maßnahmen vom

³⁴ Für einen Überblick, woraus sich solche Anhaltspunkte ergeben könnten, siehe Kap. 2.4.1.1.

Auftragnehmer verlangt werden. Beispielsweise scheint die Abgabe eines umfassenden Nachhaltigkeitsberichtes bei einem Auftrag über 1000 Euro unverhältnismäßig. Schafft die Kommune X daher einen einzigen Computer an, wird sie einen solchen Bericht nicht als zielführende Maßnahme verlangen können.

Fazit: Für die Verhältnismäßigkeit von Bietererklärungen spielt auch das Beschaffungsvolumen des Auftrags eine Rolle.

2.4.1.4 Lieferkette

Ein weiterer Aspekt bei der Frage der Verhältnismäßigkeit von Anforderungen in der Bietererklärung könnte sein, wie weit die Lieferkette hierbei erfasst werden soll. Hierzu hat der Deutsche Städtetag in seinem Leitfaden erklärt:

„Zwar wäre es an sich wünschenswert, die gesamte Lieferkette bis zur Produktion der verwendeten Rohstoffe einzubeziehen. Angesichts der internationalen Arbeitsteilung und der Komplexität von Waren, insbesondere von technischen Produkten, dürfte dies jedoch in der Praxis kaum umzusetzen sein. Daher ist es nötig, die Lieferkette nur bis zu einem Punkt einzubeziehen, bis zu dem der Auftragnehmer noch eine zumutbare Möglichkeit hat, die Einhaltung der Grundprinzipien und Kernarbeitsnormen zu gewährleisten.“³⁵

Als Beispiel führt der Deutsche Städtetag dann an:

„So wird man dem Kraftfahrzeughändler gegenwärtig nicht zumuten können, eine Garantie dafür abzugeben, dass z.B. die im Fahrzeug verwendeten Textilien aus einer Baumwollproduktion ohne unzulässige Kinderarbeit stammen. Bei Produkten mit einem weniger komplexen Herstellungsprozess wie etwa T-Shirts mag dies demgegenüber möglich sein.“

Im Ergebnis sind daher auch bei der Frage, inwieweit der Herstellungsprozess in zumutbarer Weise mit einbezogen werden kann, die Besonderheiten der Herstellung eines Produktes ausschlaggebend. Hierbei handelt es sich allerdings um eine dynamische Entwicklung, welche im Fluss ist. Folglich kann sich die Verhältnismäßigkeit bezüglich der Einbeziehung des gesamten Lieferprozesses ändern, wenn sich mehr Zertifikate am Markt etablieren und Lieferketten immer transparenter werden. Der öffentliche Auftraggeber sollte daher den Markt und dessen Entwicklungen beobachten. Beispielsweise scheint die Konfektionierung bei der Beschaffung von Textilien ein Zeitpunkt zu sein, bis zu dem es dem Bieter möglich sein sollte, die Einhaltung von ILO-Kernarbeitsnormen oder bestimmter zielführender Maßnahmen zuzusichern.

Fazit: Ob die gesamte Lieferkette bei der Einhaltung der Arbeits- und Sozialstandards einbezogen werden kann, hängt von der Komplexität des Herstellungsprozesses und der Transparenz der Lieferkette ab.

³⁵ Deutscher Städtetag, Die Berücksichtigung sozialer Belange im Vergaberecht – Hinweise für die kommunale Praxis: S. 21.

2.4.1.5 Offenlegung der Lieferkette

Als zielführende Maßnahme wird zum Teil die Offenlegung der Lieferkette verlangt. Hierzu ist anzumerken, dass, wenn die allgemeinen Vertragsbedingungen für Leistungen VOL/B einbezogen werden, § 4 Nr. 2 Abs 2 und § 3 VOL/B gelten. Diese statuieren, dass der Auftraggeber bei der Ausführung des Auftrages keinen Anspruch auf Preisgabe von Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnissen des Auftragnehmers hat. Ferner sind alle bei der Besichtigung oder aus den Unterlagen und der sonstigen Unterrichtung erworbenen Kenntnisse von Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnissen vertraulich zu behandeln. Bei einem Missbrauch haftet der Auftraggeber. Zu fragen ist daher, ob die Lieferkette ein Geschäftsgeheimnis in diesem Sinne darstellt. Geschäftsgeheimnisse sind Tatsachen und Erkenntnisse, die nicht offenkundig sind, sondern nur einem begrenzten Personenkreis bekannt sind.³⁶ Für ein Geschäftsgeheimnis kommt es maßgeblich sowohl auf das Geheimhaltungsinteresse als auch auf den Geheimhaltungswillen des Unternehmens an.³⁷ Ein Geheimhaltungsinteresse liegt vor, wenn der Unternehmer ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse an deren Geheimhaltung hat. Die geheimzuhaltenden Tatsachen müssen für die *Wettbewerbsfähigkeit* des Unternehmens von Bedeutung sein und ihr Bekanntwerden müsste fremden Wettbewerb fördern oder eigenen Wettbewerb schwächen.³⁸ Im vorliegenden Fall stellt sich daher die Frage, ob einem Unternehmen die Aufdeckung der Produktionsstandorte schadet. Verschiedene große Unternehmen haben in den letzten Jahren Teile ihrer Lieferketten offengelegt. Hewlett Packard (HP) war in der Computerbranche z.B. das erste Unternehmen, das im Jahr 2008 seine direkten Zulieferer bekannt gegeben hat.³⁹ Diese Offenlegung könnte darauf schließen lassen, dass es den Unternehmen nicht grundsätzlich schadet, ihre Zuliefererkette transparent zu machen. Es ist daher fraglich, ob Zuliefererketten – zumindest direkte Zulieferer – heutzutage noch als Geschäftsgeheimnisse angesehen werden können.

Neben der Frage, ob es sich bei der Lieferkette um ein Geschäftsgeheimnis handelt, wäre für die Verhältnismäßigkeit dieser Klausel ferner von Bedeutung, welches Interesse die Vergabestelle an diesen Kenntnissen hat. Wenn die Vergabestelle nicht beabsichtigt, hier Überprüfungen vorzunehmen oder die Zuliefererstandorte mit Berichten z.B. von Gewerkschaften und Nichtregierungsorganisationen abzugleichen, wäre die Klausel als unverhältnismäßig einzustufen. Denn vom Bieter wird dann eine Information verlangt, an der der öffentliche Auftraggeber im Grunde kein Interesse hat.

2.4.2 Bestimmtheit und Verständlichkeit

Bei den Anforderungen an eine Bietererklärung bezüglich der Kriterien Bestimmtheit und Verständlichkeit ist gemäß ihrer Funktion zu unterscheiden: Ist die Funktion die Verankerung von Arbeits- und Sozialstandards oder die Nachweiserbringung (siehe 2.2).

36 Köhler in: H. Köhler und H. Piper, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 3, 2002: § 17, Rn 4

37 Ebd.

38 Ebd., Rn 7.

39 Siehe Hewlett Packard, Nachhaltige Veränderungen wagen – was HP im Jahr 2009 erreicht hat und wie es weiter geht, herunterzuladen unter http://www.hp.com/hpinfo/globalcitizenship/09gcreport/pdf/FY09CGCR_mechs_A4_DE.pdf (zuletzt abgerufen am 10.09.2010).

Eine Bietererklärung, welche die Funktion erfüllen soll, Arbeits- und Sozialstandards in den Auftragsausführungsbedingungen zu verankern (Funktion 1), muss grundsätzlich bestimmt sein. Damit ist gemeint, dass diese so verfasst sein muss, dass für die Bieter erkennbar ist, was von ihnen erwartet wird. Dies gilt ebenso für zielführende Maßnahmen, die in einer Bietererklärung verankert werden. Bei vorformulierten Klauseln ergibt sich diese Anforderung aus § 307 Abs. 1 BGB. Denn eine unklare Formulierung kann den Vertragspartner an der „sachgerechten Beurteilung hindern, ob es sich um einen für ihn günstigen oder zumindest akzeptablen Vertrag handelt.“⁴⁰

Zu unbestimmt könnte z.B. die Formulierung sein, dass der Bieter einen Nachhaltigkeitsbericht vorlegen soll. Hieraus ist nicht ersichtlich, welchen Inhalt dieser Bericht haben soll. Dies müsste genauer spezifiziert werden. Wird hingegen als zielführende Maßnahme verlangt, dass der Bieter Schulungen zu einem bestimmten Thema, in bestimmten Produktionsstätten, unter Teilnahme von näher definierten Arbeitnehmergruppen durchführen soll, dann dürfte für den Auftraggeber nachzuvollziehen sein, welche Anforderungen an ihn gestellt werden.

Soll eine Bietererklärung die Funktion eines Nachweises erfüllen (Funktion 2), dann muss diese „richtig, vollständig und aus sich heraus verständlich“ sein.⁴¹ Diese Anforderung ist z.B. dann erfüllt, wenn der Auftraggeber Kenntnisse mit einem bestimmten Verfahren X verlangt und der Bieter daraufhin erklärt, er habe dieses Verfahren bei seinen drei letzten großen Aufträgen, bei den Unternehmen 1, 2, 3 angewandt. Auftragsgegenstand bei den Aufträgen war jeweils Y und der Bieter hat diese Aufträge alleine ausgeführt.

Die Anforderung war beispielsweise in einem Fall nicht erfüllt, in dem der öffentliche Auftraggeber bei der Ausschreibung eines großvolumigen Raummietvertrages, der auch durch die Renovierung von Räumlichkeiten erbracht werden kann, forderte, dass der Bieter Referenzen von ähnlichen Leistungen beilegen soll. Hier teilte der Bieter lediglich mit, er habe ein bestimmtes Volumen X an Geschäfts- und Verwaltungsflächen erstellt.⁴² Diese Angaben bleiben zu vage, um einen Nachweis für erbrachte Leistungen darstellen zu können. Denn es wird aus der Verwendung des Begriffs „erstellen“ nicht deutlich welche genaue Aufgabe der Bieter bei den Projekten tatsächlich selbst ausgeführt hat oder zum gegenwärtigen Zeitpunkt möglicherweise noch übernimmt. Vielmehr hätte der Bieter einer Erklärung mit konkreteren Daten abgeben müssen, die vollständig und aus sich heraus verständlich sind, z.B. durch die Benennung von genauen Gebäuden, die er erstellt hat und einen Ansprechpartner, der beispielsweise als Mieter diese Angaben bestätigen könnte.⁴³

Daraus folgt, dass die Behauptung, man habe großvolumige Aufträge schon durchgeführt, nicht ausreicht, sondern diese im Detail dargelegt werden müssen. Fraglich ist es, ob diese Darlegung genauer Details bei der von Ziekow vorgeschlagenen zweiten Stufe (II), in welcher der Bieter bloß zusichert, dass das von ihm gelieferte Produkt unter Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen hergestellt worden ist, gegeben ist. Damit eine solche Bietererklärung den Anforderungen eines Nachweises gerecht wird, müsste sich

40 Michael Coester in: J. v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, 2006: § 307 Rn 175.

41 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6.07.2005, AzVII-Verg 22/05.

42 Vergabekammer Schleswig-Holstein, Beschluss vom 18.12.2007, Az. VK-SH 25/07.

43 Ebd.

aus ihr auch ergeben, wie der Bieter zu dieser Zusicherung kommt, oder anders gesagt: Warum ist er sich sicher, dass seine Ware unter Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen produziert worden ist? Denn erst dann wird die Bietererklärung für Dritte verständlich. Die bloße Behauptung „ich kann es“ reicht nicht aus.

Fazit: Bietererklärungen müssen so verfasst werden, dass sie bestimmt und verständlich sind. Um die Funktion (2) zu erfüllen, müssen sie darüber hinaus vom öffentlichen Auftraggeber nachvollziehbar sein. Aus den Bietererklärungen muss hervorgehen, dass hier ein Nachweis für die geforderten Kenntnisse etc. erbracht wird.

2.4.3 Vergleichbarkeit der Angebote

Wie bei 2.4.1.1 schon kurz angesprochen, müssen die verschiedenen Angebote miteinander vergleichbar sein. Wie schon erläutert, stellt hierbei eine abgestufte Bietererklärung keinen Verstoß gegen das Gebot der Vergleichbarkeit dar. Für die zielführenden Maßnahmen bedeutet dies, dass sie für alle Bieter gleich sein müssen. Die allgemeine Forderung, dass der Bieter wirksame Maßnahmen ergreifen soll, könnte daher nicht nur dem Bestimmtheitsgebot widersprechen, sondern auch dem Gleichbehandlungsgebot. Denn nicht alle Maßnahmen sind gleich wirksam und erfordern gleiche finanzielle Ressourcen. Aus diesem Grund sollten die zu ergreifenden Maßnahmen im Detail in die Bietererklärung aufgenommen werden – wie z.B. die Schulung von bestimmten Mitarbeitern in einem bestimmten Bereich X.

Fazit: Die Angebote müssen miteinander vergleichbar sein.

2.4.4 Auftragsbezug

Die Forderung nach der Einhaltung von Arbeits- und Sozialstandards in der Bietererklärung muss einen Bezug zum Auftrag aufweisen. Dies ergibt sich für den Oberschwellenbereich aus Art. 97 Abs. IV S. 2 GWB. Der Art. 26 VKR sieht ebenso vor, dass die öffentlichen Auftraggeber „zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags“ vorschreiben können. Aus dieser Formulierung ergibt sich, dass ein Bezug zum Auftragsgegenstand gegeben sein muss.⁴⁴

Im Unterschwellenbereich ist davon auszugehen, dass hier ebenso ein Bezug zu dem zu beschaffenden Gegenstand hergestellt werden muss. Dies ergibt sich zum einen aus § 9 Nr. 3 Abs. 2 VOL/A. Demnach sollen ergänzende Vertragsbedingungen nicht weiter gehen, als es die Eigenart der Leistung und ihre Ausführung erfordern. Zum anderen ergibt sich dies aus den Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes in Art. 3 Abs. 1 GG. Hiernach dürfen verschiedene Angebote nur aus legitimen Gründen ungleich behandelt werden. Nach Ziekow lassen sich solche legitimen Gründe nur dann finden, wenn sie einen Bezug zur Leistungserbringung aufweisen.⁴⁵

Im Ergebnis bedarf es sowohl im Oberschwellenbereich als auch im Unterschwellen-

⁴⁴ A. Egger, Europäisches Vergaberecht, 2008: Rn 1322

⁴⁵ Ziekow, Faires Beschaffungswesen in Kommunen und die Kernarbeitsnormen – Rechtswissenschaftliches Gutachten: S. 34.

bereich eines Auftragsbezuges. Noch nicht geklärt ist, wann ein solcher vorliegt und wann dieser zu verneinen ist.

2.4.4.1 Definition des Auftragsbezugs bei bereits hergestellten und bei noch herzustellenden Waren

Eine mögliche Option ist es, den Auftragsbezug bei den Ausführungsbedingungen danach zu bestimmen, welche Tätigkeiten der Bieter bei der Ausführung eines bestimmten Auftrages X tatsächlich durchführt. An diese Art, den Auftragsbezug bei den Auftragsausführungsbedingungen bieterbezogen zu statuieren, schließt sich Ziekows Unterteilung zwischen schon hergestellten oder noch herzustellenden Waren an. Folgt man der Ansicht, dass der Auftragsbezug von den tatsächlich auszuführenden Handlungen eines Bieters abhängt, so dürften die Anforderungen, Arbeits- und Sozialstandards einzuhalten, nur an diese tatsächlich auszuführenden Handlungen angesetzt werden.

Entsprechend begründet Ziekow seine Unterscheidung zwischen schon hergestellten oder noch herzustellenden Waren mit dem notwendigen Auftragsbezug. Diesen sieht er bei noch herzustellenden Waren als unproblematisch gegeben an.⁴⁶ Bei schon hergestellten Waren reduziere sich jedoch die Auftragsausführung allein auf die Warenlieferung. Man könne hier die ILO-Kernarbeitsnormen im Oberschwellenbereich nur dann noch einbeziehen, wenn der Bieter seinerseits die Waren bei einem Dritten ankauft. Dann könnte der Bieter von diesem Dritten, z.B. einem Zulieferer, die Vorlage eines Zertifikats oder einer Selbstverpflichtung verlangen. Diese Option bestehe aber dann nicht, wenn der Bieter Waren aus seinen eigenen Lagerbeständen liefern wolle.

Diese Auslegung ist nicht zwingend. Der Auftragsbezug im Rahmen der Auftragsbedingungen ist mit Hilfe einer Beschreibung des Auftrags selbst zu definieren. Der Begriff der Ausführungsbedingungen umfasst nicht nur das, was der Lieferant tatsächlich an Aufwand betreibt, um den Vertrag zu erfüllen. Es kommt vielmehr darauf an, was Gegenstand der Ausführung des Auftrages ist. Versteht man den Auftrag so, dass lediglich verlangt wird, Produkt X zu liefern, dürfte bei der Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen kein Auftragsbezug bestehen. Versteht man den Auftrag dagegen dahin, dass verlangt wird, dass während des Herstellungsprozesses des Produktes X die ILO-Kernarbeitsnormen eingehalten werden müssen, obliegt es dem Bieter diese Anforderung zu erfüllen. Hier umfasst der Auftrag nicht nur die Lieferung eines bestimmten Produktes X, sondern ebenso deren Herstellung unter den geforderten Bedingungen.

Die Ansicht von Ziekow läuft dagegen im Ergebnis darauf hinaus, dass der Auftragsbezug davon abhängt, wie der Auftragnehmer diesen erledigen will. Sind die Waren noch herzustellen oder zu beschaffen, scheint Ziekow in der Einhaltung von Sozial- und Arbeitsstandards einen Auftragsbezug zu sehen. Will der Auftragnehmer aus seinem Lager liefern, soll nach Ziekows Ansicht kein Auftragsbezug vorliegen. In beiden Fällen ist der Auftrag des öffentlichen Auftraggebers derselbe. Es überzeugt nicht, dass Sozial- und Arbeitsstandards nur in einem Fall einen Auftragsbezug haben und in dem anderen Fall nicht. Vielmehr haben die Sozial- und Arbeitsstandards entweder in keinem der Fälle einen Auftragsbezug oder immer. Der Auftraggeber kann nicht wissen, wie der Auftragnehmer die Erfüllung des Auftrags leisten will. Folglich kann der Auftrag-

46 Ebd.: S. 53.

geber dies auch nicht zum Inhalt des Auftrags gemacht haben. Eine Differenzierung nach Waren aus Lagerbeständen oder noch herzustellenden Waren wäre für ihn wohl auch nicht zumutbar.

Es liegt auch keine Benachteiligung eines Bieters vor, da der Auftragnehmer, der aus seinem Lager liefern will und die Erklärung nicht abgeben kann, nur so gestellt wird wie ein Auftragnehmer, der die Waren noch beschaffen muss.

Fazit: Der Bezug zum Auftrag ist durch die Beschreibung des Auftrages selbst zu definieren. Je nach Beschreibung des Auftrages können Arbeits- und Sozialstandards auch bei schon hergestellten Waren gefordert werden.

2.4.4.2 Zielführende Maßnahmen

Werden zielführende Maßnahmen vorgesehen, so müssen auch diese einen Bezug zum Auftragsgegenstand aufweisen. D.h. sie müssen sich konkret auf das zu beschaffende Produkt und die Lieferkette dieses Produktes beziehen. Eine Möglichkeit wäre beispielsweise, dass der öffentliche Auftraggeber bei einem großvolumigen Lieferauftrag über ein Jahr verlangt, dass die Mitarbeiter, die das zu liefernde Produkt X herstellen, Schulungen zur Vereinigungsfreiheit und zu dem Recht auf Kollektivverhandlungen sowie zu Gesundheits- und Arbeitsschutz erhalten.

Demgegenüber lehnt der Deutsche Städtetag Erklärungen über aktive und zielführende Maßnahmen im Betrieb des Bieters mit der Begründung ab, dass diese mit der neuen gesetzlichen Regelung (und den EG-Richtlinien) nicht vereinbar seien, weil zielführende Maßnahmen zum Ausschluss der Kinderarbeit in die Zukunft gerichtet sind und sich daher nicht nur auf die konkrete Warenlieferung beziehen.⁴⁷ Dieser Aussage des Deutschen Städtetags kann, wie oben beschrieben, nicht zugestimmt werden, kommt es doch darauf an, wie die zielführenden Maßnahmen ausgestaltet sind. Wird vom Bieter verlangt, seine gesamte Produktpalette auf die Einhaltung von ILO-Kernarbeitsnormen zu verpflichten, so weist diese Forderung keinen Bezug mehr zum Auftragsgegenstand auf. Dagegen besteht ein Bezug zum Auftragsgegenstand, wenn dies nur für das zu liefernde Produkt X verlangt wird.

Zu den Anforderungen eines Auftragsbezugs gehört auch, dass alle Ansprüche und Forderungen sich auf den Vertragspartner beziehen müssen. Die Einbeziehung von Verpflichtungen von Dritten – wie z.B. den Zulieferern – stellen unzulässige Vereinbarungen zu Lasten Dritter dar. Adressat von Maßnahmen kann immer nur der Vertragspartner, d.h. der Auftragnehmer, sein.

Ein Beispiel dafür, wann dieses Erfordernis nicht gegeben ist, wäre die Formulierung: „Auch die Zulieferer müssen in ihren Vertragsbedingungen die Einhaltung von ILO-Kernarbeitsnormen integrieren“. Die Veränderung von Vertragsbedingungen kann nur vom Auftragnehmer verlangt werden. Dieser kann seine Vertragsbedingungen natürlich dahingehend ändern, dass seine Zulieferer ebenso ihre Vertragsbedingungen ändern müssen. Die Forderung müsste sich also an den Bieter als Vertragspartner richten. Beispielsweise durch eine solche Klausel:

„Ich verpflichte mich/Wir verpflichten uns in meinen/unseren Vertragsbedingungen festzulegen, dass unsere Zulieferer sich verpflichten, die Einhaltung der

⁴⁷ Deutscher Städtetag, Die Berücksichtigung sozialer Belange im Vergaberecht – Hinweise für die kommunale Praxis: S. 22.

ILO-Kernarbeitsnormen wiederum als Bedingung an ihre eigenen Zulieferer weiterzugeben.⁴⁸

Fazit: In jeder Klausel muss der Bezug zur Hauptleistung des Vertrages gegeben sein.

2.5 Besonderheiten bei der beschränkten und freihändigen Vergabe

Ist die freihändige Ausschreibung möglich, so kann der öffentliche Auftraggeber selbst den Markt dahingehend sondieren,

„ob ein Anbieter in der Lage ist, den Auftrag unter Berücksichtigung der ILO-Kernarbeitsnormen auszuführen. Hierzu ist zu prüfen, ob der Lieferant fair gehandelte/gesiegelte Produkte im Programm hat bzw. anbietet. Eine Vorabprüfung ist durch die Vorlage von Siegeln bzw. durch die Recherche bei angebotenen Referenzen möglich“.⁴⁹

Ebenso kann man bei der beschränkten Ausschreibung im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs die Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen als Kriterium der Leistungsfähigkeit abfragen.⁵⁰

Das hier auch Zertifikate und gleichwertige Nachweise gefordert werden dürfen, wird durch die Vergabepaxis gestützt. Denn auch hier finden sich jetzt schon „Zertifikate“, die von den öffentlichen Auftraggebern zwingend verlangt werden, beispielsweise die Eintragung in die Liste des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen e.V. So heißt es: „Seit dem 1.10.2008 sind bei Vergaben des Bundeshochbaus im Verfahren der beschränkten Ausschreibung ohne öffentlichen Teilnahmewettbewerb und im Verfahren der Freihändigen Vergabe grundsätzlich nur solche Unternehmen zur Abgabe eines Angebotes aufzufordern, die ihre Eignung durch eine Eintragung in die allgemein zugängliche Liste des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen e.V. nachgewiesen haben.“⁵¹

Die Aufgabe des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen e.V. ist es, den Behörden die Prüfung bei der Zuverlässigkeit von Bauunternehmen zu erleichtern. Der Verein für die Präqualifikation wird von den präqualifizierten Bauunternehmen durch Entgelte finanziert, die die zu qualifizierenden Unternehmen jährlich zahlen müssen. Die Einrichtung eines solchen Vereins ist in § 97 Abs. 4a ausdrücklich eingeräumt und ist verhältnismäßig.

Aus dieser Praxis lässt sich schließen, dass die Forderung nach Zertifikaten, welche sich auch durch Unternehmensbeiträge finanzieren, grundsätzlich nicht unverhältnismäßig ist. Zertifikate oder die Mitgliedschaft in einer Multistakeholder-Initiative stel-

48 Für die Frage bis zu welcher Station im Herstellungsprozess man die Einhaltung von Arbeits- und Sozialstandards verlangen kann siehe Kap. 2.1.4.1.

49 Deutscher Städtetag, Die Berücksichtigung sozialer Belange im Vergaberecht – Hinweise für die kommunale Praxis: S. 24.

50 Ebd.: S. 27.

51 Braun und Petersen, Präqualifikation und Prüfungssysteme, VergabeR Issue 3 2010 Vol 10, S. 433-441: S. 434.

len etwas ähnliches wie die Präqualifizierung dar, übernehmen sie doch die Aufgabe zu kontrollieren, dass ihre Standards von den Unternehmen eingehalten werden. Diese Kontrolle muss dann nicht vom öffentlichen Auftraggeber durchgeführt werden. Bei der Präqualifizierung von Bauunternehmen muss der öffentliche Auftraggeber die Kontrolle der Eignung der Bauunternehmen nicht selbst durchführen, sondern diese wird vom Verein für ihn auf Kosten der Unternehmen durchgeführt.

Fazit: Ein Produktsiegel, ein Unternehmenszertifikat oder die Mitgliedschaft in einer Multistakeholder-Initiative kann sowohl bei der beschränkten als auch bei der freihändigen Vergabe gefordert werden.

2.6 Besonderheiten bei Rahmenverträgen

Ein Rahmenvertrag ist ein Vertrag, durch den die Rechte und Pflichten der Vertragspartner aus später zu schließenden Einzelverträgen ganz oder teilweise im Voraus geregelt werden. Es gibt verschiedene Arten von Rahmenverträgen. Bei einem Rahmenvertrag im engeren Sinne, auch Rahmenabkommen genannt, verpflichtet sich der Auftragnehmer nur während eines bestimmten Zeitraumes zu einem bestimmten Preis ein Produkt X bei Nachfrage an den öffentlichen Auftraggeber zu liefern, z.B. Papier. Bei Rahmenlieferverträgen werden schon bestimmte Mengen vereinbart, die geliefert werden und vom Auftraggeber abgenommen werden müssen. Nach § 4 VOL 2009 darf die Laufzeit eines Rahmenvertrages vier Jahre nicht überschreiten. Ausnahmen davon sind möglich.

Ein Rahmenvertrag bestimmt daher den Inhalt künftiger Einzelverträge. Daraus folgt, dass die Forderung nach der Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen oder anderen Arbeits- und Sozialstandards bei der Herstellung noch zu liefernder Produkte durch eine abgestufte Bietererklärung im Rahmenvertrag festgelegt werden müsste. Diese Bietererklärung könnte ebenso zielführende Maßnahmen enthalten.

Fazit: Die Einhaltung von Arbeits- und Sozialstandards muss wenn im Rahmenvertrag festgehalten werden.

3 Die Kontrolle von Bietererklärungen

Im Vergabeverfahren ist der öffentliche Auftraggeber grundsätzlich verpflichtet, nur solche Kriterien aufzustellen, die er überprüfen kann und zu deren Überprüfung er auch gewillt ist. Dies gilt grundsätzlich auch für Auftragsausführungsbedingungen, auch wenn nach Ansicht Ziekows hier das zulässige höchstmögliche Maß an Gewissheit ausreichend ist.⁵²

Die Kontrolle einer Bietererklärung kann zu zwei unterschiedlichen Zeitpunkten im Vergabeverfahren stattfinden: (1) Bei der Eignungsprüfung des Bieters im Vergabeverfahren vor der Zuschlagserteilung und (2) nach der Zuschlagserteilung.

3.1 Kontrollmöglichkeiten und Konsequenzen eines Verstoßes vor Zuschlagserteilung

Vor der Zuschlagserteilung stehen dem öffentlichen Auftragnehmer zwei Möglichkeiten der Kontrolle der Bietererklärung zur Verfügung. Zum einen könnte er für die Einhaltung der geforderten Arbeits- und Sozialstandards einen Plausibilitätsnachweis verlangen, den er dann kontrollieren könnte. Zum anderen könnte er die Bietererklärung insgesamt ohne Plausibilitätsnachweis kontrollieren. Dies wäre ihm aber nur dann möglich, wenn er schon vor der Ausführung des Auftrages durch den Bieter X Kenntnisse darüber hat, dass es diesem unmöglich ist, die von ihm abgegebene Erklärung einzuhalten.

3.1.1 Plausibilitätsnachweis

Die Frage lautet, ob Beschaffungsstellen schon bei der Angebotsabgabe darauf drängen können, dass Bieter bestimmte Plausibilitätsnachweise erbringen, dass sie die sozialen Kriterien auch tatsächlich erfüllen können. Rechtlich geht es bei dieser Frage um das Verhältnis von Auftragsausführungsbedingungen und Bieterauswahl. Anders formuliert: Darf bei der Auswahl der Bieter schon die Einhaltung der Auftragsausführung geprüft werden? Von einigen Autoren wird vertreten, dass die Auftragsausführungsbedingungen keinerlei Einfluss auf die Bewerberauswahl hätten, sondern es sich vielmehr um zulässige Ausführungskriterien handle, die nach der Auftragserteilung Bestandteil des Vertrages werden. Das hätte zur Konsequenz, dass Plausibilitätsnachweise nicht gefordert werden können.⁵³ Diese Auffassung ist abzulehnen. Auftragsausführungsbedingungen entfalten bereits eine differenzierende Wirkung zwischen den Bewerbern. Denn um die Ausschreibung, in der solche Auftragsausführungsbedingungen gefordert werden, kann sich nur ein Bieter bemühen, der diese zusätzlichen Anforderungen erfüllt.⁵⁴ Werden Auftragsausführungsbedingungen in der Leistungsbeschreibung festgelegt, so muss es dem Auftraggeber daher ermöglicht werden zu prüfen, ob die Bieter in der Lage sind die geforderten Standards einzuhalten.⁵⁵

52 Ziekow, Faires Beschaffungswesen in Kommunen und die Kernarbeitsnormen – Rechtswissenschaftliches Gutachten: S. 55.

53 Fischer, Vergabefremde Zwecke im öffentlichen Auftragswesen: Zulässigkeit nach Europäischem Gemeinschaftsrecht: S. 494; W. Frenz, Soziale Vergabekriterien, Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht 2007, S. 17-23: S. 20.

54 Kühling und Huerkamp, Vergaberechtsnovelle 2010/2011: Reformbedarf bei den vergabefremden Ausführungsbedingungen nach § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB?: S. 548.

55 Ebd.: S. 550.

Aus dem Handbuch zur umweltorientierten Beschaffung der Europäischen Kommission lässt sich eine andere Ansicht herauslesen. So heißt es dort: „Während Bieter nachweisen müssen, dass ihre Angebote den technischen Spezifikationen entsprechen, sollte während des Beschaffungsverfahrens kein Nachweis für die Einhaltung der Auftragsausführungsklauseln verlangt werden.“⁵⁶ Richtigerweise führen Kühling und Huerkamp an, dass ein solches Vorgehen dem Auftraggeber nicht zugemutet werden kann. Würde man die Prüfungskompetenz, ob der Bieter die Auftragsausführungsbedingungen auch wirklich erfüllen kann, auf die Zeit nach dem Zuschlag verschieben, würde dies den Zusatzbedingungen ihre Effektivität nehmen und den öffentlichen Auftraggeber unangemessen belasten. Würde nämlich erst nach dem Zuschlag festgestellt, dass der Bieter nicht in der Lage ist, die Ausführungsbedingungen einzuhalten, dann bliebe dem öffentlichen Auftraggeber nur die Wahl zu kündigen und erneut auszuschreiben.⁵⁷ Dies würde das Vergabeverfahren enorm verzögern und die Vergabestelle müsste lange auf das von ihr benötigte Produkt warten.

Zu beachten ist jedoch, dass nicht jede Art von Plausibilitätsnachweis herangezogen werden kann, sondern dass für den Oberschwellenbereich die Optionen abschließend in Art. 48 Abs. 2 VKR und § 7 Abs. 3 VOL/A EG 2009 geregelt sind. Beispielsweise könnte bei einer PC-Ausschreibung im Oberschwellenbereich gefordert werden, dass der Auftragnehmer nachweist, dass in seinem Unternehmen jemand für die Einhaltung der Arbeits- und Sozialstandards zuständig ist und eine Ausbildung inne hat, die ihm oder ihr eine solche Überprüfung innerhalb der Lieferkette ermöglicht (§ 7 Abs. 3g VOL/A EG). Dies wäre dann ein Plausibilitätsnachweis dafür, dass das Unternehmen in der Lage ist, die Arbeits- und Sozialstandards in der Lieferkette weiterzugeben und sich ein Bild über mögliche Verletzungen in der Lieferkette verschaffen kann.

Fazit: Teilweise können Plausibilitätsnachweise gefordert werden, die bereits bei der Angebotsabgabe belegen, dass die in den Auftragsausführungsbedingungen geforderten Kriterien auch tatsächlich eingehalten werden können. Denn das Warten des Auftraggebers bis nach Erteilung des Zuschlags ist dem öffentlichen Auftraggeber nicht zumutbar.

3.1.2 Allgemeine Kontrollmöglichkeiten vor Zuschlagserteilung

Vor der Erteilung des Zuschlages muss nicht jede Bietererklärung vom öffentlichen Auftraggeber immer überprüft werden. Ein öffentlicher Auftraggeber darf zunächst grundsätzlich darauf vertrauen, dass die von einem Bieter in den Angebotsunterlagen gemachten Angaben wahrheitsgemäß erfolgt sind. Nur wenn ihm konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass bestimmte Erklärungen des Bieters nicht der Wahrheit entsprechen, muss er von Amts wegen die Richtigkeit der entsprechenden Angaben näher überprüfen.⁵⁸

⁵⁶ Europäische Kommission, Umweltorientierte Beschaffung! Ein Handbuch für ein umweltorientiertes Beschaffungswesen, 2005: S. 38.

⁵⁷ Kühling und Huerkamp, Vergaberechtsnovelle 2010/2011: Reformbedarf bei den vergabefremden Ausführungsbedingungen nach § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB?: 550.

⁵⁸ OLG Celle, Beschluss vom 13.12.2007, Az: 13 Verg 10/07.

Für eine solche nähere Prüfung sind jedoch die Übernahme von ungeprüften Gerüchten oder nicht verifizierte Warnungen von Dritten durch die Vergabestelle nicht ausreichend.⁵⁹ Denn die Regelungen der VOL/A sind darauf angelegt, diese Entscheidungen für die betroffenen Bieter durchsichtig und gerichtlich überprüfbar zu machen.⁶⁰ Dieser Zweck schließt für eine den Bieter nachteilige Vergabeentscheidung die Berücksichtigung von Umständen aus, die nicht auf einer gesicherten eigenen Erkenntnis des Ausschreibenden beruhen.⁶¹ D.h. die bloße Mitteilung eines Wettbewerbers, der andere Bieter X stehe kurz vor der Insolvenz, kann nicht verwendet werden. Für die vorliegende Fragestellung bedeutet dies, dass die Mitteilung einer NGO, das Unternehmen XY könne niemals die geforderten Arbeits- und Sozialstandards einhalten, nicht ausreicht. Der öffentliche Auftraggeber kann diese Aussagen nur dazu benutzen, sich weitere Kenntnisse zu verschaffen und die „Gerüchte“ selbst zu prüfen.

Fällt die Prüfung der Vergabestelle negativ aus, so steht dieser vor der Zuschlagserteilung die Option offen, den Bewerber von der Teilnahme am Wettbewerb wegen einer schweren beruflichen Verfehlung, d.h. wegen Ungeeignetheit, auszuschließen (§ 6 VOL/A 2009, Art. 45 Abs. 2d VKR).

Die VKR sieht bezüglich der Eignungskriterien explizit eine Zusammenarbeit zwischen Behörden aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten vor. So heißt es in Art. 45 (1) VKR:

„Zum Zwecke der Anwendung dieses Absatzes verlangen die öffentlichen Auftraggeber gegebenenfalls von den Bewerbern oder Bietern die Vorlage der in Absatz 3 genannten Unterlagen, und sie können die nach ihrem Ermessen erforderlichen Informationen über die persönliche Lage dieser Bewerber oder Bieter bei den zuständigen Behörden einholen, wenn sie Bedenken in Bezug auf die persönliche Lage dieser Bewerber oder Bieter haben. Betreffen die Informationen einen Bewerber oder Bieter, der in einem anderen Staat als der öffentliche Auftraggeber ansässig ist, so kann dieser die zuständigen Behörden um Mitarbeit ersuchen. Nach Maßgabe des nationalen Rechts des Mitgliedstaats, in dem der Bewerber oder Bieter ansässig ist, betreffen diese Ersuchen juristische und/oder natürliche Personen, gegebenenfalls auch die jeweiligen Unternehmensleiter oder jede andere Person, die befugt ist, den Bewerber oder Bieter zu vertreten, in seinem Namen Entscheidungen zu treffen oder ihn zu kontrollieren.“

Die deutsche Vergabestelle kann sich daher Informationen über den Bieter von anderen europäischen Vergabestellen beschaffen. Dies gilt ebenso für Auskünfte über den Bieter, die nicht die Eignungskriterien betreffen. Insbesondere bei Plausibilitätsnachweisen könnte Art. 45 (1) VKR analog angewandt werden, da sie Eignungskriterien sehr stark ähneln. Das Kooperationsgebot gemäß Art 4 III EUV (vorher 10 EGV) stellt eine weitere Möglichkeit für deutsche Vergabestellen dar, sich bei den Behörden in anderen europäischen Ländern Informationen über den Markt oder über bestehende Zertifikate zu verschaffen:

„Nach dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit achten und unterstützen sich die Union und die Mitgliedstaaten gegenseitig bei der Erfüllung der Aufgaben, die sich aus den Verträgen ergeben.“

59 BGH, Urteil vom 26.10.1999, Az. X ZR 30/98.

60 BGU, Urteil vom 17.02.1999, Az. X ZR 101/97.

61 BGH, Urteil vom 26.10.1999, Az. X ZR 30/98.

Art. 4 III EUV begründet zum einen Mitteilungspflichten, zum anderen kann das Kooperationsgebot sogar über die bloße Mitteilung bis zur Zusammenarbeit nationaler Behörden reichen.⁶²

Über den europäischen Raum hinaus wird im Bereich des Wettbewerbsrechts zur Erlangung von Informationen aus Drittstaaten das Prinzip der comity angewandt. Neben dem Gebot der Rücksichtnahme auf ausländische Interessen umfasst dieses Prinzip auch den Austausch von Informationen.⁶³ Das Prinzip wird meist durch die Verabschiedung bilateraler Verträge untermauert.⁶⁴ Da das Vergaberecht Teil des Wettbewerbsrechts ist, könnten diese bilateralen Verträge auch zur Erlangung von Informationen im Vergaberecht genutzt werden.

Darüber hinaus könnten Auskunftersuche z.B. über Produktionsstandorte oder Probleme in Produktionsstätten auch an Tochterunternehmen des betroffenen Unternehmens in der EU gestellt werden.

Fazit: Die Vergabestellen müssen die Einhaltung der Bietererklärungen, wenn ein Verdacht besteht, dass diese nicht eingehalten werden, selbst prüfen und dürfen nicht auf ungeprüfte Gerüchte vertrauen. Benötigen sie dafür Informationen anderer Behörden aus der EU, so können sie diese um Auskunft ersuchen. Auskunftersuche(n) können auch an andere Staaten außerhalb der EU gerichtet werden.

3.2 Allgemeine Kontrollmöglichkeiten nach Zuschlagserteilung

Ergeben sich die Zweifel an der Richtigkeit der Bietererklärung erst nach der Erteilung des Zuschlages, so stehen der Vergabestelle die gesetzlichen und, falls vereinbart, vertraglichen (z.B. Vertragsstrafe oder ein vertragliches Rücktrittsrecht) Sanktionierungsinstrumente zu.⁶⁵

Um von den Sanktionsinstrumenten Gebrauch zu machen, bedarf es ebenfalls eines Nachweises, dass ein Verstoß gegen die Bietererklärung vorliegt. Ungeprüfte Gerüchte reichen hier ebenso nicht aus.

Für Informationen anderer europäischer Behörden käme hier eine analoge Anwendung des Art. 45 (1) VKR in Betracht. Ansonsten könnte auch in diesem Fall auf das oben beschriebene Kooperationsgebot zurückgegriffen werden. Für Auskünfte an Drittstaaten bietet sich ebenso das Prinzip der comity an.

62 Von Bogdandy in: E. Grabitz, M. Hilf und M. Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 38. EL, 2009: Art 10 EGV, Rn 51-52.

63 Meessen in: U. Löwenheim, K. M. Meessen und A. Riesenkampf, Kartellrecht: Kommentar, 2, 2009.

64 Für eine Übersicht der von der EU geschlossenen Verträge siehe <http://ec.europa.eu/competition/international/bilateral> (letzter Zugriff am 30. August 2009).

65 Ziekow, Faires Beschaffungswesen in Kommunen und die Kernarbeitsnormen – Rechtswissenschaftliches Gutachten: S. 55.

Fazit: Die Vergabestellen müssen die Einhaltung der Bietererklärungen selbst prüfen und dürfen nicht auf ungeprüfte Gerüchte vertrauen. Benötigen sie dafür Informationen anderer Behörden aus der EU, so können sie diese um Auskunft ersuchen. Auskunftersuche(n) können auch an andere Staaten außerhalb der EU gerichtet werden.

3.3 Verstöße gegen Bietererklärungen und Vertragsstrafen

Zu welchen Sanktionen bei einem Verstoß gegen eine Bietererklärung ge-griffen werden kann, hängt zum einen von dem Inhalt der Bietererklärungen selbst und zum anderen von den vertraglichen Vereinbarungen ab. Grundsätzlich besteht, soweit dies vertraglich vereinbart wurde, die Möglichkeit, für den Verstoß eines Bieters gegen eine Bietererklärung eine angemessene Vertragsstrafe zu verlangen sowie von einem vertraglichen Rücktritts- oder Schadensersatzrecht Gebrauch zu machen.

Wird von dem Bieter allerdings eine Erklärung dahingehend verlangt, dass er sein Angebot nicht mit Konkurrenten abgesprochen hat, so kann diese Erklärung, die lediglich ein bestimmtes Verhalten in der Vergangenheit gewährleistet, nur als Garantie-versprechen oder eine ihm ähnliche Erklärung angesehen werden. Sie kann nicht mit einer Vertragsstrafe geahndet werden. Denn Ziel der Vertragsstrafe ist es, jemanden zur Einhaltung seiner Verpflichtungen nach Vertragsschluss anzuhalten. Das hier mit Strafe bewährte Verhalten lag aber vor dem Vertragsschluss.⁶⁶ Anders liegt der Fall bei Erklärungen, die ein Verhalten in der Zukunft zusichern.

Die Bietererklärung, dass bei der Herstellung der Waren die geforderten Arbeits- und Sozialstandards eingehalten werden, verlangt ein Verhalten des Bieters, das in der Zukunft liegt. Sie stellt die Vereinbarung einer vertraglichen Nebenpflicht dar, die mit einer Vertragsstrafe geahndet werden kann.⁶⁷

Fazit: Nur bei Bietererklärungen, die eine Zusage für die Zukunft enthalten, kann eine Vertragsstrafe verhängt werden.

⁶⁶ BGH, Urteil vom 23.06.1988, Az. VII ZR 117/87, NJW 1988, 2536-2538.

⁶⁷ So z.B. für die Vereinbarung bei Ausführung des Bauauftrages keine illegalen Arbeitskräfte einzusetzen (BauR 2007, 897).

Musterbietererklärungen und Besonderheiten der öffentlichen Beschaffung an den Fallbeispielen Computer und Arbeitsbekleidung

von Sarah Bormann (WEED) und Johanna Fincke (CIR)

1. Einleitung	34
2. Die Besonderheiten bei der Beschaffung von PCs	35
2.1 Beispiel PCs: Produktion und Beschaffung	35
2.1.1 Arbeitsrechtsverletzungen in der PC-Produktion.....	35
2.1.2 Die Besonderheiten bei der PC Beschaffung	
2.2 Musterbietererklärung am Beispiel PC	40
2.2.1 Ankündigung der Anforderungen in der Ausschreibung	41
2.2.2 Vertragsbedingungen: Bietererklärung inklusive zielführender Maßnahmen ...	41
3. Die Besonderheiten bei der Beschaffung von Arbeitsbekleidung	45
3.1 Beispiel Arbeitsbekleidung: Produktion und Beschaffung	45
3.1.1 Die Verletzung von Mindestarbeitsstandards bei der Herstellung von Arbeitsbekleidung.....	45
3.1.2 Die Besonderheiten bei der Beschaffung von Arbeitsbekleidung	47
3.1.3 Anforderungen an einen unabhängigen Nachweis über die Einhaltung der sozialen Mindeststandards	49
3.2 Musterbieterklärungen am Beispiel Arbeitsbekleidung	50
3.2.1 Bietererklärung für Arbeitsbekleidung ohne MSI-Verifizierung	51
3.2.1.1 Ankündigung der Anforderungen in der Ausschreibung	51
3.2.1.2 Vertragsbedingungen: Bietererklärung inklusive zielführender Maßnahmen ...	51
3.2.2 Bietererklärung für Arbeitsbekleidung mit MSI-Mitgliedschaft.....	55
3.2.2.1 Ankündigung der Anforderungen in der Ausschreibung	55
3.2.2.2 Vertragsbedingungen	56
Anhang 1: Einzuhaltende Sozialstandards	57

1 Einleitung

Die Frage der Einbeziehung sozialer Kriterien in die Beschaffung ist für verschiedene Produktgruppen differenziert zu beantworten. Es unterscheiden sich nicht nur die Verletzungen international anerkannter Arbeitsstandards, auch die Zulieferketten weisen einen unterschiedlichen Grad an Komplexität auf. Dadurch finden Arbeitsrechtsverletzungen je nach Produktgruppe in verschiedenen Herstellungsstufen statt. Darüber hinaus existieren verschiedene Angebote nachhaltig hergestellter Produkte auf dem Markt. Dies hat in den Niederlanden zu dem Ergebnis geführt, dass die Regierung für verschiedene Produktgruppen unterschiedliche Vertragsklauseln erarbeitet hat.¹ In Deutschland verfolgen die Stadtstaaten Hamburg und Bremen einen ähnlichen Ansatz, indem sie die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen nur für bestimmte Warengruppen fordern. Auch das europäische Parlament verfolgt diesen Ansatz und fordert in seinen Entschlüssen zu den neueren Entwicklungen im Vergaberecht die Kommission auf, eine Datenbank mit produktspezifischen Kriterien zu entwickeln.²

Die Fokussierung auf bestimmte Produktgruppen hat aus Sicht der Verwaltung den Vorteil, dass in Anbetracht begrenzter personeller Ressourcen die Schulung der Mitarbeiter fokussiert werden kann. So ist es zu empfehlen, mit einigen wenigen Produktgruppen zu beginnen und diese dann sukzessive zu erweitern. Damit der Vorsatz der sozialen und nachhaltigen Beschaffung nicht bloße Rhetorik bleibt, muss in der Verwaltung produktspezifisches Wissen über Probleme in der Produktion sowie existierende Angebote auf dem Markt generiert werden.

Die hier vorgestellten Produktbeispiele PC und Arbeitsbekleidung sind bei weitem nicht die einzigen problematischen Güter. Sie wurden ausgewählt, weil sie im Vergleich differenzierte Eigenschaften aufweisen und sich zur Darstellung der Herausforderungen für eine soziale Beschaffung besonders eignen.

1 Siehe <http://www.senternovem.nl/sustainableprocurement/criteria/index.asp> (letzter Zugriff am 30. August 2010).

2 Europäisches Parlament, Entschließung des Europäischen Parlaments vom 18. Mai 2010 zu neuen Entwicklungen im öffentlichen Auftragswesen, T7-0173/2010.

2 Die Besonderheiten bei der Beschaffung von PCs

2.1 Beispiel PCs: Produktion und Beschaffung

Im Folgenden soll in Kürze auf die Arbeitsrechtsverletzungen in der PC-Produktion eingegangen werden und anschließend die besonderen Herausforderungen für die Beschaffung umschrieben werden.

2.1.1 Arbeitsrechtsverletzungen in der PC-Produktion

Produktion und Vertrieb von PCs finden innerhalb hoch komplexer Zulieferketten statt, in die Standorte rund um den Globus einbezogen sind. Diese Zulieferketten umfassen Markenunternehmen (OBM = Original Brand Manufacturer), Kontraktfertiger sowie eine Vielzahl von Sublieferanten einzelner Komponenten. Die Markenhersteller sind heute nahezu fabriklose Unternehmen, die 70 bis 75 Prozent ihrer Produktion an Kontraktfertiger auslagern.³

Die PC-Produktion ist rohstoffintensiv und benötigt zahlreiche Metalle als Vorprodukte. Für die Montage eines gewöhnlichen PCs werden über zwanzig unterschiedliche Metalle verwendet, darunter zwölf Prozent Kupfer sowie acht Prozent Zinn. Die Elektronikindustrie vereinigt auf sich allein neun Prozent der weltweiten Nachfrage nach Gold.⁴ Eine Analyse des gesamten Lebenszyklus eines PCs umfasst neben der Nutzungsphase zudem die Frage nach der Verschrottung bzw. des Recyclings der Altgeräte.

In der Produktion sowie bei der Rohstoffgewinnung sind folgende Verstöße gegen die ILO-Kernarbeitsnormen relevant:

- Verletzung der ILO-Kernarbeitsnormen 87 (Vereinigungsfreiheit) und 98 (Kollektivverhandlungen) in der gesamten Zulieferkette;
- Verletzung der ILO-Kernarbeitsnormen 138 (Mindestalter) und 182 (Kinderarbeit) bei der Rohstoffgewinnung.

Darüber hinaus kommt es zu einer Vielzahl von Verstößen weiterer ILO-Konventionen sowie nationaler Gesetze der Produktionsländer:

- Gesetzliche Mindestlöhne werden nicht bezahlt, die Löhne sind nicht existenzsichernd (Konvention 131);
- Die maximale Anzahl von Arbeitsstunden (48 + zwölf Stunden) wird überschritten (Konventionen 1 und 30);
- Unzureichender Arbeits- und Gesundheitsschutz, insbesondere auch im Umgang mit toxischen Stoffen (Konventionen 155 und 170);
- Die Arbeitsverträge werden nicht ausgehändigt;
- Arbeitsmigranten müssen gesetzeswidrige Vermittlungsgebühren an Leiharbeitsagenturen zahlen.⁵

3 Gallagher, Kevin und Lyuba Zarsky, 2007: *The Enclave Economy. Foreign Investment and Sustainable Development in Mexico's Silicon Valley*, Cambridge, Mass.: MIT Press: S. 77; Holdcroft, Jenny, 2010: *Industrial Development and trade union action*. Presentation at the IMF Conference on the ITK, Electrical and Electronics Industries, April 2010. Singapore. Abrufbar unter: http://www.imfmetal.org/files/10041615040410005/Background_Report_JH.pdf (letzter Zugriff am 7. August 2010).

4 GHGm (GreenhouseGasMeasurement.com) produced for GeSI and EICC, 2008: *Social and Environmental Responsibility in Metals Supply to the Electronic Industry*: S. 9ff.

5 Eine umfassende Sammlung einzelner Reports sowohl zur Rohstoffgewinnung als auch zur Produktion sind auf der Website www.goodelectronics.org zu finden.

Damit die Auftraggeber die Einhaltung der geforderten Arbeits- und Sozialstandards überprüfen können, müsste die Offenlegung der Lieferketten bis hin zur Verwendung der Rohmaterialien verlangt werden. Bislang haben die Markenunternehmen Dell, Fujitsu und Hewlett Packard (HP) Listen mit ihren Zulieferunternehmen veröffentlicht.⁶ Erst 2009, infolge des wachsenden Drucks von NGOs, initiierten die Electronic Industry Citizenship Coalition (EICC) und die Global e-Sustainability Initiative (GeSI) das „Supply Chain Mapping Project“ zur Identifizierung der Zulieferketten von Zinn, Tantal und Kupfer.⁷

2.1.2 Die Besonderheiten bei der PC Beschaffung

Auftragnehmer der öffentlichen Hand sind nicht nur OBMs, sondern auch IT-Händler und Dienstleistungsunternehmen. Dabei konkurrieren kleine und mittlere Unternehmen mit multinationalen Anbietern um Aufträge. Wenn der Vertrag nicht mit einem OBM als Direktlieferant, sondern mit einem solchen Distributor abgeschlossen wird, ergänzt dies die ohnehin komplexe Zulieferkette um eine weitere Stufe.

Auch aufgrund des schnellen Preisverfalls in der Branche werden Informations- und Telekommunikationstechnologie-Produkte (ITK-Produkte) in der Regel nicht auf Lager produziert, sondern erst nach Abschluss des Vertrags in seine einer Just-in-time Produktion hergestellt.

Ausschreibungen durch die öffentliche Hand sind ökonomisch relevant. So werden von den ca. 250 Mrd. Euro, die Bund, Länder und Kommunen jährlich ausgeben, ca. 17 Mrd. Euro für ITK-Produkte verwendet.⁸

Je nach Bundesland und abhängig von den entsprechenden Einrichtungen ist die Beschaffung von ITK-Produkten in unterschiedlichem Maße zentralisiert. So ist beispielsweise die IT-Kooperation Rheinland (ITK Rheinland) für die Beschaffung der Landeshaupt Düsseldorf sowie weiterer Kommunen im Rhein-Kreis Neuss zuständig. Im Bundesland Berlin existiert als zentrale Beschaffungsstelle das IT-Dienstleistungszentrum Berlin (ITDZ). Bundeslandübergreifend ist Dataport für die norddeutschen Länder Schleswig-Holstein, Hamburg, Bremen sowie eingeschränkt für Mecklenburg-Vorpommern zuständig. Diese zentralen Beschaffungsstellen stellen einen Mittler zwischen den Direktlieferanten bzw. den Distributoren sowie den Endkunden dar. Verwaltung sowie öffentliche Einrichtungen sind allerdings nicht gezwungen ihre Produkte von diesen zentralen Beschaffungsstellen zu beziehen. So beschaffen z.B. Universitäten in der Regel ihre ITK-Produkte selbst – zuweilen in hohem Maße dezentralisiert.

Einrichtungen wie Universitäten aber auch zentrale Beschaffungsstellen schließen zum Teil Rahmenverträge ab, die eine Laufzeit von bis zu vier Jahren haben können. Rahmenverträge haben zum Ziel, die Bedingungen für Aufträge, die in der Laufzeit vergeben werden sollen, festzulegen. Dazu zählen in der Regel die Festlegung bestimm-

6 GoodElectronics (2009): Dell publishes list of suppliers, in: http://goodelectronics.org/news-en/dell_publishes-list-of-suppliers/?searchterm=transparency%20supply%20chain (letzter Zugriff am 7. August 2010).

7 Siehe <http://eicc-gesi.resolv.wikispaces.net/Home+Page> (letzter Zugriff am 7. August 2010).

8 BITKOM, Bundesumweltamt und Beschaffungsamt des Bundesministeriums des Innern (2009): Empfehlung für die umweltfreundliche Beschaffung von Desktop-PCs, S. 3. Abzurufen unter: http://www.itk-beschaffung.de/fileadmin/itk/frei/lf_desktop_umwelt_de_v1-1.pdf (letzter Zugriff am 14. September 2010).

mter Preise sowie gegebenenfalls die in Aussicht genommene Menge. Vermutlich befinden sich die Rahmenverträge oftmals im Oberschwellenbereich, wogegen einzelne Ausschreibungen sich auch durchweg im Unterschwellenbereich bewegen können.

Das Beispiel ITDZ Berlin:

Die Abteilung *Einkauf* ist beim ITDZ für die öffentliche Beschaffung zuständig. Im Jahre 2008 belief sich das Einkaufsvolumen auf 84 Millionen Euro, wobei der größte Teil mit 40 Prozent auf Hardware entfällt. Die Anzahl der Beschaffungen belief sich 2008 auf 4.533 Einzelvorgänge, der Anteil der Abrufe aus Rahmenverträgen lag bei 55 Prozent.⁹

Anders als in Produktgruppen, wie z.B. Arbeitsbekleidung, gibt es in der Elektronikindustrie keinerlei Produktsiegel oder Unternehmenszertifikate, die neben ökologischen Kriterien auch soziale Kriterien abdecken. Des Weiteren konnte bislang vor allem keine Multistakeholder-Initiative (MSI) gegründet werden. Es existieren lediglich ein branchenweiter Verhaltenskodex – der Electronic Industry Citizenship Coalition Code of Conduct (EICC) – sowie unilaterale Kodizes auf Unternehmensebene. Diese Instrumente sind allerdings insbesondere aufgrund ihrer mangelhaften Umsetzung als unzureichend zu bewerten (siehe Kasten). Auch internationale Rahmenabkommen zwischen OBM und Gewerkschaften liegen in der Elektronikindustrie nur für zwei Unternehmen vor, die nicht die Hardware-Produktion umfassen.

Eine denkbare Alternative zu einer Multistakeholder-Initiative sowie zu verlässlichen Produktsiegeln oder Unternehmenszertifikaten stellen einschlägige Rankings von Markenunternehmen (d.h. Ranglisten der Unternehmen in Bezug auf Arbeitsstandards) dar. Aus Sicht der Kampagne *procureITfair*, die von Nichtergierungsorganisationen aus ganz Europa getragen wird und sich für sozial-ökologische Beschaffung von IT-Hardware einsetzt, ist ein solches Ranking zum jetzigen Zeitpunkt nicht zuverlässig. Denn die bisher öffentlich zugänglichen Informationen reichen nicht aus, um Unternehmen eine Punktzahl zuzuordnen. Die Zuordnung scheitert bereits an der fehlenden Transparenz der Zulieferketten. Die diversen Mitgliedschaften der Markenunternehmen im EICC, Global Compact sowie unilaterale Verhaltenskodizes können zwar Auskunft über unterschiedliche Unternehmenspolitiken geben, erlauben jedoch keine stichhaltigen Belege für die tatsächliche Umsetzung von Arbeitsstandards. Zudem ist der Konzentrationsgrad auf der Ebene der direkten Zulieferer – der so genannten Kontraktfertiger – sehr hoch. Auch ist davon auszugehen, dass ein Großteil der Markenunternehmen ihre Waren von den gleichen Kontraktfertigern beziehen.¹⁰ Vor diesem Hintergrund wäre es problematisch ein Unternehmen, wie beispielsweise HP, aufgrund seiner Mitgliedschaft im EICC positiv und ein anderes Unternehmen, wie beispielsweise Fujitsu, das dem EICC bislang nicht beigetreten ist, negativ zu klassifizieren, obwohl beide einen Großteil ihrer Produktion an die gleichen Kontraktfertiger ausgelagert haben.

9 Jahns, Ulrike, 2010: Machbarkeitsanalyse zur Beschaffung von Computern nach sozialen und ökologischen Kriterien – dargestellt am Beispiel des IT-Dienstleistungszentrum Berlin, Diplomarbeit, Technische Hochschule Wildau: S. 8f.

10 Die weltweit fünf größten Kontraktfertiger sind Foxconn, Flextronics, Celestica, Sanmina SCI and Jabil Circuit, siehe: Evertiq (2010): List: Top 10 EMS-providers for 2009, 07.04.2010, <http://www.evertiq.com/news/16621> (letzter Zugriff am 14. September 2010).

Unternehmensinitiativen

1) Die „Global e-Sustainability Initiative“ (GeSI)

GeSI wurde 2001 von Markenunternehmen der Branche gegründet. Inzwischen hat die Initiative, die die Nachhaltigkeit der ITK-Produktion befördern soll, 27 Mitglieder.¹¹ Der Schwerpunkt der Initiative liegt auf der Verbesserung der ökologischen Bilanz der Produkte. In Bezug auf soziale Kriterien ist die GeSI nicht eigenständig aktiv, kooperiert aber mit der EICC (s.u.).

2) Electronic Industry Citizenship Coalition (EICC)

2004 gründeten acht Unternehmen die Electronic Industry Citizenship Coalition (EICC), die den gleichnamigen Branchenkodex vereinbarte.¹² Mittlerweile sind der EICC 44 Unternehmen, darunter zahlreiche Markenunternehmen und Kontraktfertiger, beigetreten.¹³ Als Teil des so genannten Monitorings der Mitglieder hat die Koalition zusammen mit der GeSI einen Betriebsprüfungs-Prozess (ein sog. Auditing) entwickelt, mit dem die Einhaltung des EICC-Kodex durch die Mitglieder evaluiert werden soll.

Der EICC Verhaltenskodex hat jedoch erhebliche Mängel. Gewerkschaften und NGOs kritisieren, dass der Kodex zwei Kernarbeitsnormen der ILO – Assoziationsfreiheit und das Recht auf Kollektivverhandlungen – nicht vollständig anerkennt. Anstatt in Ländern wie China, die die ILO-Kernarbeitsnormen nicht ratifiziert haben, Unternehmen auf zielführende Maßnahmen zu verpflichten, um zumindest Verbesserungen in diesem Bereich zu erreichen, beschränkt sich der Verhaltenskodex auf die Aufforderung, nationale Gesetze zu respektieren. Da die nationalen Gesetze dieser Produktionsländer die ILO-Kernarbeitsnormen nicht respektieren, fällt der EICC somit hinter die von der ILO eingeforderten minimalen Arbeitnehmerrechte zurück.

Ein weiteres Problem ist die Einhaltung des EICC-Kodex. Bis 2008 war die einzige Bedingung für eine Mitgliedschaft die Zustimmung zu dem Kodex und die Teilnahme an einer Arbeitsgruppe. Seit 2008 gibt es allerdings die Unterscheidung zwischen „Applicants“ und „Full members“. Letztere müssen Maßnahmen zur Implementierung unternehmen. Dies bedeutet z.B., dass ihre Zulieferer entsprechend ihrer Selbsteinschätzung einen Fragebogen ausfüllen müssen (Self Assessment Questionnaire). Laut Jahresbericht der EICC-Koalition von 2009 wurde dieser Fragebogen nur von 36% der Zulieferer ausgefüllt.

Kontrollen finden auf der Grundlage dieser Fragebögen nur stichprobenartig entweder durch die Unternehmen selbst oder durch kommerzielle Anbieter statt und werden oft nur oberflächlich ausgeführt wie Fallstudien zeigen.¹⁴ Weder Interessenvertre-

11 Siehe [http://www.gesi.org/Membership/Members/ta bid/69/Default.aspx](http://www.gesi.org/Membership/Members/ta%20bid/69/Default.aspx) (letzter Zugriff am 3. August 2010).

12 „Verhaltenskodex der Elektronikindustrie. Version 3.0 (Juni 2009).“ <http://www.eicc.info/PDF/EICC%20Code%20of%20Conduct%20German.pdf> (letzter Zugriff am 3. August 2010).

13 Siehe <http://www.eicc.info/MEMBERSHIP.html> (letzter Zugriff am 3. August 2010).

14 de Haan, Esther und Irene Schipper, 2009: *Configuring labour rights. Labour Conditions in the Production of Computer Parts in the Philippines*. Amsterdam: SOMO (Center for Research on Multinational Corporations). Abrufbar unter: <http://www.germanwatch.org/corp/it-lab09.pdf> (letzter Zugriff am 30. September 2010).

tungen der Beschäftigten, Gewerkschaften oder andere Arbeitsrechtsorganisationen werden hierbei eingebunden.

Vor diesem Hintergrund kann die Mitgliedschaft beim EICC nicht als ein unabhängiger Beleg für die Einhaltung von sozialen Mindeststandards gewertet werden.¹⁵

3) Unilaterale Verhaltenskodizes

Eine Reihe von Unternehmen haben zusätzlich zum EICC-Kodex unilaterale Verhaltenskodizes verabschiedet.¹⁶ Diese Kodizes gehen inhaltlich zum Teil über den EICC-Kodex hinaus. Auch erproben einzelne Unternehmen, wie z.B. HP, im Rahmen von Pilotprojekten die Durchführung zielführender Maßnahmen.¹⁷ Eine Überprüfung der Einhaltung der in den Verhaltenskodizes festgeschriebenen Standards findet zum Teil jedoch gar nicht statt, teilweise werden diese von den Unternehmen selbst oder von Auditfirmen durchgeführt. Interessenvertretungen, Gewerkschaften oder andere Arbeitsrechtsorganisationen werden hierbei im Regelfall nicht eingebunden.¹⁸

4) Das TCO-Produktsiegel

Es gibt im ITK-Bereich eine Reihe relevanter Umwelt-Produktsiegel. Sie bewerten die Produkte etwa nach ihrer Umweltbilanz. Ein Beispiel hierfür ist das Energy Star-Siegel, das an energiesparende Geräte verliehen wird. Soziale Kriterien werden dabei nicht berücksichtigt.¹⁹

Eine Ausnahme bildet hier neuerdings das TCO-Siegel. Ursprünglich verliehen an ITK-Produkte, die sich durch besondere Benutzerfreundlichkeit und niedrige Umweltbelastung auszeichnen, bezieht es seit 2009 auch soziale Kriterien mit ein. Dazu heißt es in der Selbstdarstellung: „In order to secure the TCO label, brand owners must work actively to improve working conditions in the manufacturing of the product. This includes issues such as professional rights, working hours, reasonable wages and forced and child labor.“²⁰

Als Beleg für die Erfüllung dieses Anspruchs akzeptiert das TCO-Siegel unter anderem die aktive Mitgliedschaft im EICC.²¹ Die Funktion eines Siegels ist es die Erfüllung der vom Siegel festgelegten Standards zu garantieren. Jedoch nimmt das TCO-Siegel keine eigene Überprüfung vor.

15 Siehe auch: MVO Platform/GoodElectronics (Hrsg.), 2009: Reset. Corporate social responsibility in the global electronics supply chain. Abrufbar unter: http://goodelectronics.org/publications-en/Publication_3248 (letzter Zugriff am 9. September 2010).

16 Z.B. Apple: Apple Supplier Code of Conduct. Abrufbar unter: http://images.apple.com/supplierresponsibility/pdf/Supplier_Code_of_Conduct_V3_3.pdf (letzter Zugriff am 03. August 2010).

17 Hewlett Packard, 2009: Global Citizenship Report.

18 Siehe auch SOMO (Center for Research on Multinational Corporations), 2009: Computer Connections: Supply Chain policies and practices of seven computer companies. Abrufbar unter: http://somo.nl/publications-en/Publication_3054/at_download/fullfile (letzter Zugriff am 30.09.2010).

19 Siehe <http://www.eu-energystar.org/de/index.html> (letzter Zugriff am 14. September 2010).

20 Siehe: The environmental requirements associated with the TCO label. Abrufbar unter: <http://www.tcodevelopment.com/pls/nvp/Document.Show?CID=4146&MID=471> (letzter Zugriff am 3. August 2010).

21 Ebd.

Obwohl in der Branche weder eine MSI existiert, noch ein unabhängiges Unternehmenszertifikat oder Produktsiegel vorhanden ist, haben aufgrund der Öffentlichkeitsarbeit von NGOs²² mittlerweile mehrere europäische Beschaffungsstellen die Brisanz der Thematik erkannt und bemühen sich darum, soziale Kriterien auch bei der Beschaffung von ITK-Produkten zu berücksichtigen. Folgende ausgewählte Beispiele geben einen Überblick. Sie veranschaulichen zugleich, dass unterschiedliche Strategien verfolgt werden und dass es sich um einen „stufenweisen Prozess“ handelt; oder wie eine Vertreterin der Stadt Amsterdam anmerkte, dass es sich um ein „learning by doing“ handelt.²³ Aus der Sicht eines Vertreters von HP sei die Entwicklung von einer rein ökologischen hin zu einer insgesamt nachhaltigen Beschaffung bereits klar ersichtlich. Diesen Prozess würden insbesondere Körperschaften für öffentliche Beschaffung in einigen europäischen Ländern wie z.B. Schweden, Dänemark und Österreich, vorantreiben.²⁴

2.2 Musterbietererklärung am Beispiel PC

Die oben erwähnten Beispiele aus dem europäischen Ausland zeigen, dass in der Praxis unterschiedliche Instrumente verfolgt werden, um soziale Kriterien bei der Ausschreibung eines PCs zu berücksichtigen. Die Verankerung in den Auftragsausführungsbedingungen ist zum jetzigen Zeitpunkt zweifelsohne der rechtssicherste Weg (Krämer/Krajewski, Kap. 1). Dies trifft insbesondere auf jene Produktgruppen zu, für die die Möglichkeiten einer effizienten Kontrolle aufgrund des Fehlens von MSI, Produktsiegeln und Unternehmenszertifikaten umstritten sind. Dies ist der Fall bei ITK-Geräten (s.o.). Im Folgenden soll eine Bietererklärung als Muster vorgelegt werden, die möglichst rechtssicher ist. Sie basiert auf dem Gutachten von Rike Krämer und Prof. Dr. Markus Krajewski.

Zum jetzigen Zeitpunkt scheint aufgrund der oben beschriebenen Situation eine abgestufte Bietererklärung nicht sinnvoll, da keine entsprechenden Zertifikate oder Mitgliedschaften in MSI vorhanden sind. Es gilt allerdings diese Entwicklung zu beobachten und in Zukunft entsprechend zu berücksichtigen.

Vorneweg ist zu sagen, dass diese Erklärung aus rechtlicher Sicht relativ hohe Anforderungen an den Bieter stellt. Demgegenüber steht das besondere Interesse des Auftraggebers, keinen Verletzungen von Arbeits- und Sozialstandards durch den Kauf von Produkten Vorschub zu leisten. Die hohen Anforderungen scheinen juristisch gerechtfertigt, wenn es sich – wie häufig der Fall – um Rahmenverträge mit großen Volumina handelt. Bei einer einmaligen Beschaffung eines PCs durch eine kleine Kommune bei einem beliebigen Händler könnten diese Anforderungen jedoch unverhältnismäßig werden (Krämer/Krajewski, Kap. 2.4.1.3). Eine entsprechende Adaption ist dann erforderlich.

Die Bietererklärung ist so aufgebaut, dass die Mustervorschläge eingerückt sind, die Kommentare zu einzelnen Elementen sind im Anschluss zu finden.

22 Siehe z.B. www.procureitfair.org und www.buyitfair.org.

23 Best Practices in sustainable public procurement of IT hardware in Europe. Report of the ProcureITfair European Roundtable Meeting Amsterdam, 31. March 2010, S. 3.

24 Ebd., S. 8.

2.2.1 Ankündigung der Anforderungen in der Ausschreibung

Im Ausschreibungstext ist in die Leistungsbeschreibung eine Vorbemerkung mit folgendem Inhalt aufzunehmen:

Dem Auftraggeber ist es wichtig, dass die zu liefernden PCs unter Berücksichtigung der ILO-Kernarbeitsnormen, der ILO-Konventionen 131, 155 und 170 sowie der nationalen Arbeitsgesetze hergestellt wurden. Der Auftragnehmer hat daher Produkte zu liefern, bei deren Herstellung diese Arbeits- und Sozialstandards im Umfang der den Vergabe- und Vertragsunterlagen beigefügten Erklärung bestmöglich beachtet wurden. Die Erklärung ist Bestandteil des Angebots und wird bei Beauftragung Vertragsbestandteil.

Da es dem Auftragnehmer derzeit nicht möglich ist einen Nachweis zu erbringen, dass bei der Herstellung des Produktes die geforderten Arbeits- und Sozialstandards eingehalten wurden, ist dem Angebot ein Nachweis in Form einer Bietererklärung mit zielführenden Maßnahmen beizufügen. [1]

2.2.2 Vertragsbedingungen: Bietererklärung inklusive zielführender Maßnahmen

In den vom Auftraggeber verwendeten Vertragsbedingungen könnte folgende Erklärung aufgenommen werden, die vom Bieter unterzeichnet werden muss. Bei Vergaben oberhalb der Schwellenwerte muss dies außerdem in die Leistungsbeschreibung aufgenommen werden. [2]

Artikel 1: Standards

Der Lieferant ist verpflichtet bei der Herstellung der zu lieferenden Produkte: [3]

- a) die ILO-Kernarbeitsnormen,
- b) die ILO-Konventionen 131 (existenzsichernde Mindestlöhne) sowie 155 und 170 (Arbeits- und Gesundheitsschutz) sowie
- c) nationale Arbeitsgesetze einzuhalten.

Artikel 2: Zulieferung

Der Lieferant ist verpflichtet bei der Herstellung der zu lieferenden Produkte:

- a) seine direkten Zulieferer vertraglich zur Umsetzung der in Artikel 1 dieser Geschäftsbedingungen angeführten Grundsätze und gegebenenfalls der unter Artikel 3 aufgelisteten zielführenden Maßnahmen zu verpflichten. Er legt fest, dass die Zulieferer sich wiederum ihrerseits verpflichten, diese Anforderungen als Bedingung an ihre eigenen Zulieferer weiterzugeben, bis hin zur Herstellung der einzelnen Komponenten. [4]
- b) Auf Antrag hat der Bieter dem Käufer die Liste der eigenen Lieferanten mitzuteilen. Ist der Bieter ein Distributor hat er die direkten Lieferanten der Markenunternehmen zu nennen. [5]

Artikel 3: Ergreifen zielführender Maßnahmen

Wenn dem Lieferanten keine Belege vorliegen, dass die unter Artikel 1 angeführten Kriterien eingehalten werden und er auch nicht bereits im Rahmen einer Multi-Stakeholder-Initiative [6] auf deren Einhaltung hinwirkt, verpflichtet er sich zur Durchführung zielführender Maßnahmen in der Zulieferkette. [7]

Dazu zählen:

- a) Der Auftragnehmer veranlasst die Durchführung von Trainings des Managements, der Arbeiter/innen und der Arbeitnehmer/innenvertretungen zu Vereinigungsfreiheit, dem Recht auf Kollektivverhandlungen sowie Gesundheit- und Arbeitsschutz bei seinen direkten Zulieferern. Ist der Bieter ein Distributor verpflichtet er vertraglich das Markenunternehmen zur Durchführung der Trainings bei ihren direkten Zulieferern. [8]
- b) Beim Abschluss neuer Arbeitsverträge werden jedem Arbeitnehmer und jeder Arbeitnehmerin der direkten Zulieferer mit ihrem Arbeitsvertrag auch die nationalen Arbeitsgesetze ausgehändigt. Ist der Bieter ein Distributor verpflichtet er hierzu vertraglich das Markenunternehmen. [9]
- c) Der Bieter legt vertraglich fest, dass bei seinen direkten Zulieferern ein Beschwerdesystem eingeführt wird, falls keine gewerkschaftliche Interessenvertretung im Unternehmen existiert. Ist der Bieter ein Distributor so verpflichtet er hierzu das Markenunternehmen vertraglich. Bei der Entwicklung werden lokale Arbeitsrechtsorganisationen und Gewerkschafter mit eingebunden – sofern vorhanden. [10]
- d) Alle zwölf Monate – während Vertragslaufzeit – legt der Auftragnehmer einen Bericht zur nachhaltigen Beschaffung (Sustainable Procurement Report – SPR) vor, der den Standards der Global Reporting Initiative (GRI) entspricht. Der Bericht dokumentiert, ob das Unternehmen die unter Artikel 1 genannten Kriterien erfüllt bzw. welche Verstöße in der Lieferkette vorliegen. Er dokumentiert die Durchführung zielführender Maßnahmen. Bei Distributoren reicht auch ein entsprechender Bericht des Markenunternehmens aus. [11]

Bei einem Verstoß gegen die Erklärung oder einer wissentlichen Falschangabe kann der Auftraggeber eine Vertragsstrafe in Höhe von zehn Prozent des vertraglich vorgesehenen Entgelts (ohne Umsatzsteuer) verlangen. Darüber hinaus handelt es sich bei einem Verstoß um eine erhebliche Pflichtverletzung des Auftragnehmers, so dass der Auftraggeber vom Vertrag zurücktreten und Schadensersatz verlangen kann. Weitere gesetzliche Ansprüche bleiben unberührt.

Erklärung

[1] Entgegen der Position des Deutschen Städtetags argumentieren Krämer/Krajewski, dass die Forderung nach zielführenden Maßnahmen legitim sei – auch wenn sie in die Zukunft gerichtet ist. Entscheidend sei, dass vom Unternehmen nicht verlangt wird seine gesamte Produktpalette umzustellen. Stattdessen wird verlangt die zielführenden Maßnahmen bei der Herstellung der zu lieferenden Produkte durchzuführen. Damit ist der notwendige Bezug zum Auftragsgegenstand gewährleistet (Krämer/Krajewski, Kap. 2.4.4.2).

[2] Im Oberschwellenbereich muss diese zusätzliche Anforderung bereits aus der Leistungsbeschreibung ersichtlich werden (Krämer/Krajewski, Kap. 2.3).

[3] Die ILO-Kernarbeitsnormen stellen eine wichtige Referenz dar. Entgegen der Auffassung des Deutschen Städtetags, dass nur die Einhaltung der nationalen Umsetzung der ILO-Kernarbeitsnormen gefordert werden dürften, argumentieren Krämer/Krajewski wie folgt: Zwar richten sich die ILO-Kernarbeitsnormen nur an Staaten, das Vergaberecht bietet aber die Möglichkeit von den Unternehmen mehr zu verlangen und dies sei auch nicht rechtswidrig, da die ILO-Kernarbeitsnormen kein entsprechendes Verbot enthalten würden (ebd., Kap. 4).

Des Weiteren sind Unternehmen auf die Einhaltung der nationalen Arbeitsgesetze zu verpflichten. Mit Blick auf die Arbeitsrechtsverletzungen in der Branche (ebd., Kap. 1.1.1) müssen die ILO-Kernarbeitsnormen um Kriterien eines effizienten Arbeits- und Gesundheitsschutzes sowie einer existenzsichernden Bezahlung ergänzt werden. Dies obliegt den Unternehmen und stellt legitime Mindestanforderungen dar. Entsprechend einer positiven Entwicklung sind diese Anforderungen sukzessive zu erhöhen.

[4] Um die Anforderungen eines Auftragsbezugs zu erfüllen, müssen alle Ansprüche und Forderungen sich auf den Vertragspartner beziehen. Nur dieser kann Adressat von Maßnahmen sein, nicht seine Zulieferer. Dagegen ist es durchaus legitim, den Vertragspartner zu verpflichten, seinerseits die Vertragsbedingungen mit dem Zulieferunternehmen zu ändern und dies auch wiederum an seine Zulieferer weiterzugeben (ebd., Kap. 2.4.4.2).

[5] Laut Krämer/Krajewski (Kap. 2.4.1.5) seien alle im Ausschreibungsverfahren erworbenen Kenntnisse von Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnissen generell vertraulich zu behandeln. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob auch die Offenlegung der Lieferkette ein Geschäftsgeheimnis darstellt. Krämer/Krajewski weisen darauf hin, dass ein Geschäftsgeheimnis sowohl Interesse als auch Willen des Unternehmens zur Geheimhaltung voraussetzt. Da mehrere Markenunternehmen in den letzten Jahren ihre Lieferketten offen gelegt haben (siehe oben, Kap. 1.1.1) lässt dies vermuten, dass ihnen diese Offenlegung auch nicht unmittelbar schadet. Folglich sei die Offenlegung der Lieferketten auch nicht zwangsläufig als Geschäftsgeheimnis anzusehen. Allerdings ist festzuhalten, dass eine solche Offenlegung nur gegenüber dem Auftraggeber erfolgt.

Wichtig bei der Formulierung dieser Klausel ist zudem der Beisatz „Auf Antrag“. Es wäre nämlich unverhältnismäßig, wenn die Vergabestelle diese Information anfordern würde ohne sie entsprechend zu nutzen, z.B. indem sie Überprüfungen vornimmt oder die Zulieferstandorte mit Berichten über Verletzungen von Arbeitsstandards in Zulieferketten abgleicht.

[6] Eine anerkannte Multi-Stakeholder-Initiative erfüllt die folgenden Kriterien:

- gleichberechtigte Beteiligung der relevanten Interessenvertretungen
- ILO-Kernarbeitsnormens als Mindeststandards
- Überwachung der Einhaltung der Mindeststandards
- jährliche Veröffentlichung von Fortschrittsberichten²⁵
- Der EICC erfüllt diese Kriterien nicht (siehe oben, Kap. 1.1.2).

[7] Die aufgeführten zielführenden Maßnahmen sind als Vorschlag zu verstehen, es kann eine Auswahl getroffen werden. Bei der Auswahl der Maßnahmen wurde abgewogen, ob sie einerseits tatsächlich zur Durchsetzung der in Artikel 1 aufgeführten Kriterien beitragen und andererseits als verhältnismäßig gelten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Frage der Verhältnismäßigkeit dynamisch zu betrachten ist. Entwicklungen auf dem Markt müssen beobachtet und Anpassungen entsprechend vorgenommen werden.

[8] Krämer/Krajewski verweisen auf die Notwendigkeit, dass an die Bieter gestellte Anforderungen vollständig und aus sich heraus verständlich sein müssen. Dazu führen sie aus: „Wird hingegen als zielführende Maßnahme verlangt, dass der Bieter Schulungen zu einem bestimmten Thema, in bestimmten Produktionsstätten, unter Teilnahme von näher definierten Arbeitnehmer/innengruppen durchführen soll, dann dürfte für den Auftraggeber nachzuvollziehen sein, welche Anforderungen an ihn gestellt werden.“ (Kap. 2.4.2)

Die Realisierbarkeit dieser Forderung belegt zudem ein Pilotprojekt von Hewlett Packard in Kooperation mit der chinesischen Arbeitsorganisation SACOM, die solche Trainings bereits bei Zulieferunternehmen durchgeführt haben (siehe oben Kap. 1.1.2).

[9] Diese Maßnahme stellt relativ geringe Anforderungen an den Bieter. In der Praxis werden jedoch die Arbeitsverträge nicht immer ausgehändigt. Wenn die Beschäftigten zusätzlich die nationalen Arbeitsgesetze erhalten, stellt dies eine effiziente Grundlage dafür da, dass sie über ihre Rechte informiert sind. Dies ist oftmals nicht der Fall – insbesondere unter den meist jungen Wanderarbeiter/innen aus dem Binnenland bzw. aus dem Ausland. Es ist zu empfehlen, diese in der Muttersprache der Beschäftigten auszugeben.

[10] Es ist umstritten, ob diese Maßnahme als verhältnismäßig zu werten ist. Wichtig ist dabei, dass die Einbeziehung von Gewerkschaften und Arbeitsrechtsorganisationen nur gefordert werden kann, wenn diese auch vorhanden sind.

[11] Es ist an dieser Stelle darauf zu verweisen, dass die meisten großen Unternehmen wie beispielsweise HP oder Apple bereits Nachhaltigkeitsberichte veröffentlichen.

²⁵ Siehe CorA-Aktionsplan: http://www.cora-netz.de/wp-content/uploads/coraaktionsplan_a536seiten_web.pdf (letzter Zugriff am 26. September 2010).

3 Die Besonderheiten bei der Beschaffung von Arbeitsbekleidung

3.1 Beispiel Arbeitsbekleidung: Produktion und Beschaffung

3.1.1 Die Verletzung von Mindestarbeitsstandards bei der Herstellung von Arbeitsbekleidung

Allgemeine Vorbemerkung:

Die Produktion von Bekleidung findet in hochkomplexen Zulieferketten statt, die sich über den gesamten Globus verteilen. Die Lieferkette bei der Herstellung von Bekleidung reicht von der Rohstoffgewinnung oder der Produktion der Chemiefaser über die Produktion von Stoffen und Garnen (Weberei und Spinnerei), das Färben und das Design bis zur Konfektionierung und dem Verkauf im Handel. Die unterschiedlichen Herstellungsschritte und die stark globalisierte Produktion stellen hierbei einen der Hauptgründe dar, weshalb die Kontrolle von Umweltauflagen und Arbeitsrechten komplex und schwierig ist.

Im Zuge der Technologisierung ist die textile Produktionskette mit Ausnahme des Baumwollanbaus und der Konfektionierung stark automatisiert worden. Wegen der hohen Anforderungen an Qualitäts- und/oder Sicherheitsstandards bei Arbeitsbekleidung, z.B. ihre Haltbarkeit oder Reißfestigkeit, wird bei der Herstellung immer weniger auf Natur- und Pflanzenfasern wie Baumwolle, sondern zunehmend auf chemische Fasern, sprich Kunstfasern, zurückgegriffen. Die Produktion von Kunstfasern kommt gegenwärtig nahezu ohne Einsatz von Arbeitskräften aus. Häufige und grundlegende Verletzung international anerkannter Arbeitsstandards, wie der ILO-Normen (International Labour Organisation), bei der Herstellung von Arbeitsbekleidung lassen sich demnach insbesondere bei der Konfektionierung, sprich dem Prozess des Nähens, feststellen. In der folgenden Bieterklärung wird deswegen insbesondere auf Nachweispflicht und Kontrolle der Einhaltung der Sozialstandards im Bereich der Konfektionierung wert gelegt. Die Konfektionierung wurde von einem Großteil der Unternehmen in Niedriglohnländer ausgelagert.

Entwicklungen in der Arbeitsbekleidungsindustrie:

Die Arbeitsbekleidungsindustrie hat im Gegensatz zur Modeindustrie sehr viel später damit begonnen, die unterschiedlichen Produktionsschritte in der textilen Kette betrieblich auszulagern.²⁶ Darüber hinaus gehen die Arbeitsbekleidungsunternehmen, anders als die Modeunternehmen, langfristige Geschäftsbeziehungen mit ihren Zulieferbetrieben ein und verfügen bisweilen noch über eigene Werke im Ausland.²⁷

Laut Fair Wear Foundation²⁸ gibt es im Arbeitsbekleidungssektor deshalb weniger Probleme mit Arbeitsrechtsverletzungen als in der Modeindustrie.²⁹

26 van der Wal, Sanne und Bart Slob, 2005: Work in progress: Labour policies of workwear companies supplying public authorities in Europe. SOMO (Center for Research on Multinational Corporations). Abrufbar unter: http://somo.nl/html/paginas/pdf/Workwear_companies_2005_NL.pdf (letzter Zugriff am 27. September 2010).

27 So haben u.a. ROFA und Bierbaum-Proenen noch eigene Betriebe in Rumänien (ROFA) und Tunesien (Bierbaum-Proenen).

28 Erläuterungen zur FWF siehe Kap. 3.1.3 und 3.2

29 van der Wal, Sanne und Bart Slob, 2005: Work in progress: Labour policies of workwear companies supplying public authorities in Europe. SOMO (Center for Research on Multinational Corporations). Abrufbar unter: http://somo.nl/html/paginas/pdf/Workwear_companies_2005_NL.pdf (letzter Zugriff am 27. September 2010).

Nichtsdestotrotz hat sich auch die Arbeitsbekleidungsindustrie in den letzten Jahren aufgrund des Konkurrenz- und Preisdrucks stark internationalisiert. Darüber hinaus bekommt die Modefunktion von Arbeitsbekleidung immer größere Bedeutung.³⁰ Nicht mehr nur Funktionalität, sondern auch das Aussehen spielt bei Arbeitsbekleidung eine inzwischen bedeutende Rolle. Gerade bei Arbeitsbekleidung, die keinen besonderen Qualitäts- und Sicherheitsstandards genügen muss, nähert sich die Einkaufspolitik der Unternehmen zunehmend jener der Modefirmen an. Damit kommt es auch zu ähnlichen Problemen im Produktionsprozess.

Arbeitsrechtsverletzungen:

Neben allen Unterschieden zwischen Arbeits- und Modebekleidung lässt sich für den Bekleidungssektor Folgendes konstatieren: Immer weniger Firmen verfügen über eigene Produktionsstätten im Ausland, sondern geben die Aufträge an Lieferanten ab. Diese wiederum geben (Teil-)Aufträge an Sublieferanten und Sub-Sublieferanten weiter. Dies reicht teilweise auch bis hin zur informellen Beschäftigung und Heimarbeit. Aufgrund fortwährender Arbeitsrechtsverletzungen und Kampagnen gegen unverantwortliches Handeln der Unternehmen haben die meisten von diesen inzwischen akzeptable Verhaltenskodizes, die allerdings oft nicht eingehalten werden. Die Gründe für die Nichteinhaltung der Verhaltenskodizes liegen in den schwachen, weil nicht lokal eingebundenen Kontrollen, in den niedrigen Preisen und kurzen Lieferfristen für Lieferanten.

Laut Studien zu Arbeitsrechtsverletzungen in der Bekleidungsproduktion³¹ sind folgende Verstöße gegen die ILO-Konventionen in der Herstellung von Arbeitsbekleidung relevant:

- Verletzungen der ILO-Kernarbeitsnormen 87 (Vereinigungsfreiheit) und 98 (Kollektivverhandlungen) in der gesamten Zulieferkette;
- Verletzungen der ILO-Kernarbeitsnormen 29 (Zwangs- und Pflichtarbeit) und 105 (Abschaffung von Zwangsarbeit) in der gesamten Zulieferkette.

Ferner kommt es bei der Herstellung von Arbeitsbekleidung häufig zu vielen, oft unbezahlten, Überstunden (Verletzung der ILO-Konventionen 130 und 47). Es herrscht eine internationale Standortkonkurrenz, die zu einem Unterbietungswettbewerb bei den Löhnen führt. Zum Teil werden zwar staatlich festgelegte Mindestlöhne gezahlt. Diese decken jedoch nicht den Lebensbedarf (Verletzung der ILO Konvention 131, Zahlung existenzsichernder Mindestlöhne).

Weitere Probleme, die in der internationalen Bekleidungsproduktion auftreten können, sind:

- körperliche und psychische – oft geschlechtsspezifisch motivierte – Gewalt von Vorarbeitern und Fabrikbesitzern
- schlechte hygienische Bedingungen (z.B. verseuchtes Trinkwasser) und gesundheitliche Probleme (z.B. Atemwegserkrankungen) aufgrund verschiedener Stoffmaterialien

30 So wird inzwischen z.B. auch ein Fashion Award für das beste Design von Arbeitsbekleidung vergeben. Siehe <http://www.corporatefashionaward.nl> (letzter Zugriff am 13. Oktober 2010).

31 Studien zu Arbeitsrechtsverletzungen in der Textil und Bekleidungsindustrie sind abrufbar unter: <http://www.cleanclothes.org/resources/ccc> (letzter Zugriff am 9. September 2010).

- ausbeuterische Kinderarbeit (ILO-Kernarbeitsnorm 182) insbesondere bei der Rohstoffgewinnung von Pflanzenfasern (Baumwollernte)

Ferner ist von Bedeutung, dass ein Großteil der Arbeitskräfte in den Nähfabriken Frauen sind. Diese sind oftmals gering qualifiziert. Es werden geringe Investitionen in personelle Ressourcen und Fabriken (letztere sind häufig gemietet) getätigt. Dies erleichtert Fabrikschließungen und Entlassungen. Bei Bekanntmachung von Arbeitsrechtsverletzungen reagieren die Unternehmen häufig mit einem Abbruch der Lieferbeziehungen und vergeben die Aufträge an neue Zulieferer.³² Dieses sogenannte „cut and run“ führt dazu, dass Arbeiterinnen, die Arbeitsrechtsverletzungen öffentlich machen, doppelt bestraft werden: Arbeitslos und oftmals ohne Zahlung der letzten Löhne stehen sie nach Bekanntmachung der Misstände auf der Straße.

Da die Unternehmen im Zuge von Kostenoptimierung und Wettbewerbsfähigkeit Lagerflächen systematisch verkleinern wollen, wird Bekleidung immer schneller und kurzfristiger produziert. Dies führt zu einem unkalkulierbaren Druck für die Zulieferer und damit zu massiven Überstunden und Arbeitsspitzen in den Fabriken.

Zwischenfazit:

Nur wenn das Unternehmen seine Einkaufspolitik ändert, *können* die ILO-Normen in der Zulieferkette eingehalten werden. Das Unternehmen muss

- langfristige Lieferbeziehungen eingehen,
- angemessene Abnahmepreise zahlen,
- massive Auftragspitzen verhindern.

3.1.2 Die Besonderheiten bei der Beschaffung von Arbeitsbekleidung

Die öffentliche Hand beschafft unterschiedliche Arten von Arbeitsbekleidung. Die Palette reicht von T-Shirts für das Kantinenpersonal bis hin zu Hochsicherheitskleidung für die Feuerwehr. Bekleidung wird in Kommunen und Ländern in der Regel im Unterschwellenbereich ausgeschrieben.³³ Die häufigste Ausschreibungsart ist die *öffentliche Ausschreibung*. In kleinen Kommunen wird häufig auch freihändig und beschränkt vergeben.

Auftragnehmer sind sowohl Händler als auch Hersteller. Dabei konkurrieren überwiegend kleine und mittelständische Unternehmen (KMU) um das beste Preis-Leistungs-Verhältnis. Auch wenn die öffentliche Hand ein wichtiger Abnehmer von Arbeitsbekleidung ist, wächst das Gewicht von Leasingunternehmen.³⁴ Diese stellen hohe Qualitätsanforderungen an das Produkt, das extensive Reinigungsprozesse bestehen muss. Langfristige Verträge, hohe Qualitätsstandards und großvolumige Aufträge ma-

32 Siehe die Kampagnen um G-Star (2008) und Metro (2009): http://www.ci-romero.de/metro_erfolg/ und http://www.ci-romero.de/ccf_ff010 (letzter Zugriff am 13. Oktober 2010).

33 Größere öffentliche Aufträge unterliegen europaweit einheitlichen Vergaberichtlinien. Die EU hat Schwellenwerte definiert, die bestimmen, wann europäisches Vergaberecht zur Anwendung kommt. Als Faustregel gilt: Der Unterschwellenbereich bezeichnet alle Vergaben von Liefer- und Dienstleistungen bis 125.000 Euro. Diese unterliegen nicht der einheitlichen EU-Vergaberichtlinie. Ab 125.000 Euro muss im Oberschwellenbereich, das heißt europaweit, ausgeschrieben werden, damit greift das europäische Vergaberecht. Arbeitsbekleidung wird meistens unter einer Summe von 125.000 Euro ausgeschrieben.

34 Leasingunternehmen vermieten Arbeitsbekleidung und kümmern sich um Vollständigkeit, Reinigung und Auswechslung in Form eines Komplettservice.

chen die Leasingunternehmen zu einem beliebten Kunden der ArbeitsbekleidungsHersteller im hochpreisigen Segment.

Arbeitsbekleidung wird von Unternehmen unterschiedlich hergestellt: Je nach Unternehmenspolitik und Art der Bekleidung wird auf Lager oder auf Nachfrage produziert. Es gibt Unternehmen deren Bestreben es ist, ihr Standardsortiment und damit oft auch Lagerware zu platzieren. Es gibt aber auch Unternehmen, die sich darauf spezialisiert haben, je nach Auftrag Extra-Anfertigungen zu liefern. Darüber hinaus muss z.B. Hochsicherheits- und Schutzbekleidung im Normalfall so viele Qualitätskontrollen durchlaufen, dass eine Extraanfertigung zu immensen Kosten führen würde. Zudem bestimmt das Volumen des bestellten Produkts, ob das Unternehmen Lagerware anbietet, die nur veredelt wird, oder eine Extra-Anfertigung in Auftrag gibt.

Je nach Bundesland, Kommune und Einrichtung ist die Beschaffung unterschiedlich zentralisiert. In manchen Kommunen beschafft jedes Amt einzeln. Demgegenüber beschafft z.B. das Landeslogistikzentrum Niedersachsen (LZN) Arbeitsbekleidung für mehrere Bundesländer.

Bis heute ist es weder für Konsumenten noch für die öffentliche Hand möglich ein Textilprodukt zu erwerben, das vom Rohstoffanbau bis zum Endverkauf nachweislich nach sozialen Kriterien produziert wurde. Es gibt keine Zertifizierung für die gesamte Zulieferkette. Vielmehr gibt es bei den verschiedenen Produktionsstufen unterschiedliche Nachweise. So wird die Konfektionierung von unabhängigen Organisationen wie z.B. der Fair Wear Foundation (FWF) oder der Ethical Trading Initiative (ETI) abgedeckt, die Rohstoffgewinnung aber nicht. Diese wird u.a. von Fair Trade Certified Cotton gesiegelt. Wie in der allgemeinen Vorbemerkung dargelegt, ist der Nähprozess neben der natürlichen Rohstoffgewinnung der arbeitsintensivste. Da im Bereich Arbeitsbekleidung immer mehr mit chemischen Fasern gearbeitet wird, spielt ein Nachweis für die Produktion nach sozialen Kriterien bei der Rohstoffgewinnung in der folgenden Bietererklärung nicht so eine große Rolle wie bei der Konfektionierung.

Im Bereich der Arbeitsbekleidungsindustrie gibt es ausreichend Firmen, die in ihrem unternehmenseigenen Verhaltenskodex nicht nur die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen, sondern darüber hinaus die Zahlung existenzsichernder Löhne, ein sicheres Beschäftigungsverhältnis und keine überlangen Arbeitszeiten niedergeschrieben haben. Die Einhaltung des Verhaltenskodex wird durch die Mitgliedschaft in einer unabhängigen Multi-Stakeholder-Initiative überprüft.³⁵ Damit gibt es bei der öffentlichen Beschaffung von Arbeitsbekleidung, im Gegensatz zum Einkauf von Computern, Unternehmen, die Produkte liefern, die unter hohen Anforderungen im Bereich der Standards und Kriterien sowie der Nachweispflicht und Kontrolle hergestellt wurden.³⁶ Damit ist die Anforderung der Mitgliedschaft in einer Multi-Stakeholder-Initiative als Nachweis und die Forderung der in Anhang 1 benannten Kriterien verhältnismäßig (siehe Gutachten Krämer/Krajewski, Kapitel 2.4.1).³⁷

³⁵ Zur Erläuterung der Multi-Stakeholder-Initiative siehe Kap. 3.1.3.

³⁶ Viele niederländischen Arbeitsbekleidungsunternehmen sind z.B. in der Fair Wear Foundation (FWF), seit kurzem auch ein deutsches Arbeitsbekleidungsunternehmen.

³⁷ Wie in Kap. 3.2 ausformuliert sollte die öffentliche Hand neben rechtlichen Anforderungen auch ihrem Nachhaltigkeitsanspruch gerecht werden. Damit darf der öffentliche Einkauf nicht hinter dem zurückfallen, was von einigen Textil- und Bekleidungsunternehmen im Bereich Sozialstandards schon jetzt unternommen wird. Dies wäre ein falsches Signal an den Markt.

Weil die Einhaltung der in Anhang 1 benannten Kriterien aber noch lange keine Mainstream-Entwicklung auf dem Markt darstellt, kann es bei besonderen Anforderungen der öffentlichen Hand an z.B. Qualität, technischen Spezifizierungen und Lieferfristen für die Bekleidung schwieriger sein nachweislich unter Einhaltung von Mindeststandards produzierte Produkte einzukaufen. Dies setzt eine Marktanalyse im Vorfeld der Ausschreibung voraus.

Wenn der öffentliche Auftraggeber zu dem Schluss kommt, dass es genügend Produkte auf dem Markt gibt, die von Unternehmen hergestellt werden, welche einen Nachweis zur Einhaltung der geforderten Arbeitsstandards bieten können, gilt es, die im folgenden Kapitel genannten *Anforderungen an die Art des Nachweises* zu stellen.

3.1.3 Anforderungen an einen unabhängigen Nachweis über die Einhaltung der sozialen Mindeststandards

Aufgrund der Erfahrung, dass Selbstverpflichtungen von Unternehmen nicht automatisch zur Einhaltung der ILO-Standards in den Zulieferbetrieben führen und unternehmenseigene Kontrollen nicht ausreichen, um die Einhaltung grundlegender Arbeitsstandards nachzuweisen, muss die öffentliche Hand folgende Anforderungen an einen unabhängigen Nachweis zur Einhaltung der Mindestkriterien bei der Produktion von Arbeitsbekleidung stellen:

Der Nachweis kann nur durch eine Mitgliedschaft in solch einer unabhängigen Organisation erfolgen,

- in der alle relevanten Stakeholder des Bereichs³⁸ institutionalisiert und gleichberechtigt an den Entscheidungen beteiligt werden,
- die für den jeweiligen Produktbereich zutreffende Standards gemeinsam definieren und konsequent umsetzen,
- die Erfüllung dieser Standards unabhängig überwachen und verifizieren lassen sowie zur umfassenden Transparenz und Berichterstattung verpflichtet sind,
- ein Management System Audit³⁹ vornehmen,
- Selbstverständlich müssen die von dem öffentlichen Auftraggeber als Anforderung definierten Mindestkriterien von der Multi-Stakeholder-Initiative als eigene Standards definiert sein (siehe Anhang 1).

38 Mit relevanten Stakeholdern des Bereichs sind insbesondere die Betroffenen vor Ort in Form von Arbeiter/innen, Gewerkschaften und NGOs gemeint. Eine solche Organisation wird als Multi-Stakeholder-Initiative (MSI) bezeichnet.

39 Unter einem Management System Audit versteht man die Prüfung der Unternehmenspolitik. Ein Management System Audit (MSA) ist deshalb wichtig, weil u.a. die im Zwischenfazit von Kap. 3.1.1 benannten Kriterien in die Einkaufspolitik integriert werden müssen. Studien zeigen: Nur dann kann ein Unternehmen Produkte unter Einhaltung grundlegender Arbeitsrechte produzieren. Siehe u.a.: Südwind-Institut (Hrsg.), 2010: Schutz der Arbeit in Partnerschaftsabkommen mit China? Fallbeispiele von Adidas, Metro und Aldi. Siegburg; Clean Clothes Campaign, 2007: Quick fix. Die Suche nach der schnellen Lösung. Was bringen Sozial-Audits den Näherinnen der Sweatshops. INKOTA texte 3, Berlin.

Die Fair Wear Foundation (FWF): Überprüfungssystem und Rolle der Mitglieder

Die FWF überprüft, ob ihre Mitglieder den von ihr ausgearbeiteten Kodex wirksam umsetzen. Dies geschieht durch:

- Stichprobenkontrollen in den Zulieferbetrieben
- einen anonymen Beschwerdemechanismus für Arbeiter/innen in den Produktionsländern
- Management System Audits bei den Mitgliedern (Beschaffungspolitik, interne Kommunikation, Kohärenz des Überwachungssystems). Diese werden auf www.fairwear.org veröffentlicht.
- Prüfung von Arbeitsplan und Sozialbericht

Die Rolle der Mitgliedsunternehmen:

- Erstellung eines Arbeitsplans (Work Plan) und Einreichung eines kompletten Lieferantenregisters
- Arbeitsverhaltenskodex unterschreiben
- Lieferanten informieren
- Lieferanten kontrollieren
- Verbesserungsmaßnahmen umsetzen (Corrective Action Plan)
- FWF über Fortschritte informieren (Social Report)

3.2 Musterbieterklärungen am Beispiel Arbeitsbekleidung

Im Hinblick auf Arbeitsbekleidung gibt es zahlreiche Unternehmen, die Mitglied in einer glaubwürdigen Multi-Stakeholder-Initiative (MSI), wie z.B. der niederländischen Fair Wear Foundation, sind. Sollte kein Hersteller existieren, der eine Mitgliedschaft in einer derartigen Verifizierungseinrichtung oder ein anderes Zertifikat nachweisen kann, kann der Hersteller eine Bietererklärung für Arbeitsbekleidung ohne MSI-Mitgliedschaft abgeben (siehe Krämer/Krajewski, Kapitel 2.4.1). Wie im Kapitel zur Beschaffung von Computern und im Gutachten von Krämer und Krajewski benannt, ist auch beim Einkauf von Arbeitsbekleidung die Verankerung von Sozialstandards im Rahmen der Auftragsausführungsbestimmungen der rechtssicherste Weg.

Im Folgenden sollen zwei Bieterklärungen als Muster vorgelegt werden, die möglichst rechtssicher sind *und* hohe Anforderungen nicht nur an die einzuhaltenen Kriterien sondern auch an die Nachweispflicht und Kontrolle stellen.

Vorweg ist zu sagen, dass diese Erklärung aus rechtlicher Perspektive relativ hohe Anforderungen an den Bieter stellt. Demgegenüber steht das besondere Interesse des Auftraggebers, keine Verletzungen von Arbeits- und Sozialstandards durch den Kauf von Produkten Vorschub zu leisten. Die hohen Anforderungen scheinen juristisch gerechtfertigt, weil im Zuge wachsender Unternehmensverantwortung Arbeitsbekleidungsunternehmen Mitglieder in glaubwürdigen MSI geworden sind. In den Niederlanden sind fast alle kleinen und mittelständischen Arbeitsbekleidungsunternehmen Mitglieder in der Fair Wear Foundation (FWF) geworden, im Sommer 2010 ist auch ein deutsches Arbeitsbekleidungsunternehmen dieser MSI beigetreten. Der

Kodex der FWF beinhaltet über die ILO-Kernarbeitsnormen hinaus die Forderungen nach existenzsichernden Löhnen, sicheren Arbeitsverhältnissen und keinen überlangen Arbeitszeiten. Des Weiteren werden das Management System des Unternehmens in den Blick genommen und ausführliche Berichte verlangt. Dies ist eine wichtige Voraussetzung, um Arbeitsrechte in der internationalen Zulieferkette einhalten zu können (siehe Zwischenfazit in Kapitel 3.1.1). Eine Forderung nach Einhaltung dieser oder vergleichbarer Standards ist damit nicht unverhältnismäßig, wenn es sich um Aufträge mit größeren Volumina handelt und Anbieter diesen Standard nachweisen können. Gibt es keine Anbieter, die Mitglied einer MSI nach den oben genannten Kriterien sind, kann der Nachweis über eine Bietererklärung ohne Mitgliedschaft in einer MSI mit zielführenden Maßnahmen geschehen, die jener zu Computern ähnelt, ihr aber nicht gleicht. Die einzuhaltenden Sozialstandards gehen wie in Anhang 1 benannt über die ILO-Konventionen zur Vereinigungsfreiheit und die ILO-Normen 131, 155 und 170 hinaus. Bei einer kleinvolumigen Beschaffung von Arbeitsbekleidung oder bei einer hochspeziellen Anforderung könnten die in der Bietererklärung benannten zielführenden Maßnahmen jedoch unverhältnismäßig sein (Krämer/Krajewski, Kap. 2.4.1.3). Bei der Bietererklärung für Güter ohne MSI-Verifizierung sollte deswegen zwischen großvolumigen und kleinvolumigen Aufträgen unterschieden werden. Eine entsprechende Adaption ist dann erforderlich.

Die Bietererklärung ist so aufgebaut, dass die Mustervorschläge eingerückt sind, die Kommentare zu einzelnen Elementen sind im Anschluss zu finden.

3.2.1 Bietererklärung für Arbeitsbekleidung ohne MSI-Verifizierung

3.2.1.1 Ankündigung der Anforderungen in der Ausschreibung

Im Ausschreibungstext ist in die Leistungsbeschreibung eine Vorbemerkung mit folgendem Inhalt aufzunehmen:

Dem Auftraggeber ist es wichtig, dass die zu liefernde Arbeitsbekleidung unter Berücksichtigung der in Anhang 1 genannten Standards sowie der nationalen Arbeitsgesetze hergestellt wurde. Der Auftragnehmer hat daher Produkte zu liefern, bei deren Konfektionierung diese Arbeits- und Sozialstandards im Umfang der den Vergabe- und Vertragsunterlagen beigelegten Erklärung bestmöglich beachtet wurden. Die Erklärung ist Bestandteil des Angebots und wird bei Beauftragung Vertragsbestandteil.

Da es dem Auftragnehmer derzeit nicht möglich ist, einen Nachweis zu erbringen, dass bei der Herstellung des Produktes die geforderten Arbeits- und Sozialstandards eingehalten wurden, ist dem Angebot ein Nachweis in Form einer Bietererklärung mit zielführenden Maßnahmen beizufügen. [1]

3.2.1.2 Vertragsbedingungen: Bietererklärung inklusive zielführender Maßnahmen

In die vom Auftraggeber verwendeten Vertragsbedingungen könnte folgende Erklärung aufgenommen werden, die vom Bieter unterzeichnet werden muss. Bei Vergaben oberhalb der Schwellenwerte muss dies außerdem in die Leistungsbeschreibung aufgenommen werden. [2]

Artikel 1: Standards

Der Lieferant ist verpflichtet, bei der Herstellung des zu liefernden Produktes, die in Anhang 1 benannten ILO-Normen und nationale Arbeitsgesetze einzuhalten. [3]

Artikel 2: Zulieferung

Der Lieferant ist verpflichtet, bei der Herstellung der zu liefernden Produkte

- a) seine Zulieferer bis zur Konfektionierung vertraglich zur Umsetzung der in Artikel 1 dieser Geschäftsbedingungen angeführten Grundsätze und gegebenenfalls der unter Artikel 3 aufgelisteten zielführenden Maßnahmen zu verpflichten. Er legt fest, dass die Zulieferer sich wiederum ihrerseits verpflichten, diese Anforderungen als Bedingung an ihre eigenen Zulieferer weiterzugeben, bis zur Konfektionierung. [4] [5]
- b) Auf Antrag hat der Bieter dem Käufer die Liste der Sublieferanten bis zur Konfektionierung mitzuteilen. [6]

Artikel 3: Ergreifen zielführender Maßnahmen

Wenn dem Lieferanten keine Belege vorliegen, dass die in Anhang 1 angeführten Kriterien eingehalten werden und er auch nicht bereits im Rahmen einer anerkannten Multi-Stakeholder-Initiative [6] auf deren Einhaltung hinwirkt, verpflichtet er sich zur Durchführung zielführender Maßnahmen in der Zulieferkette. [7]

Dazu zählen:

- a) Der Auftragnehmer veranlasst die Durchführung von Trainings des Managements, der Arbeiter/innen und der Arbeitnehme/innenvertretungen zur Vereinigungsfreiheit, dem Recht auf Kollektivverhandlungen sowie zum Gesundheits- und Arbeitsschutz. [8]
- b) Beim Abschluss neuer Arbeitsverträge werden jedem Arbeitnehmer und jeder Arbeitnehmerin der Zulieferer mit ihrem Arbeitsvertrag auch die nationalen Arbeitsgesetze ausgehändigt. [9]
- c) Der Bieter legt vertraglich fest, dass bei seinen Zulieferern ein Beschwerdesystem eingeführt wird, falls keine gewerkschaftliche Interessenvertretung im Unternehmen existiert. Bei der Entwicklung werden lokale Arbeitsrechtsorganisationen und Gewerkschaften mit eingebunden, sofern vorhanden. [10]
- d) Alle zwölf Monate – während Vertragslaufzeit – legt der Auftragnehmer einen Bericht zur nachhaltigen Beschaffung (Sustainable Procurement Report, SPR) vor, der den Standards der Global Reporting Initiative (GRI) entspricht. Der Bericht dokumentiert, ob das Unternehmen die unter Anhang 1 genannten Kriterien erfüllt bzw. welche Verstöße in der Lieferkette vorliegen und welche korrigierenden Maßnahmen eingeleitet wurden. Er dokumentiert die Durchführung zielführender Maßnahmen. [11]

Bei einem Verstoß gegen die Bietererklärung oder einer wissentlichen Falschangabe kann der Auftraggeber eine Vertragsstrafe in Höhe von 10 Prozent des vertraglich vorgesehenen Entgelts (ohne Umsatzsteuer) verlangen. Darüber hinaus handelt es sich bei einem Verstoß um eine erhebliche Pflichtverletzung des Auftragnehmers, so dass der Auftraggeber vom Vertrag zurücktreten und Schadensersatz verlangen kann. Weitere gesetzliche Ansprüche bleiben unberührt.

Bei kleinvolumigen Aufträgen könnte folgende Adaption des Artikels 3 verhältnismäßig sein:

Artikel 3: Ergreifen zielführender Maßnahmen

Wenn dem Lieferanten keine Belege vorliegen, dass die unter Anhang 1 angeführten Kriterien eingehalten werden und er auch nicht bereits im Rahmen einer anerkannten Multi-Stakeholder-Initiative auf deren Einhaltung hinwirkt, verpflichtet er sich zur Durchführung zielführender Maßnahmen in der Zulieferkette. Dazu zählen:

- a) Der Auftragnehmer informiert sich bei Abschluss des Vertrages über den Stand der Umsetzung der sozialen Kriterien in der Lieferkette bis zur Konfektionierung.
- b) Wenn der Auftragnehmer die Schlussfolgerung zieht, dass soziale Kriterien in der Produktkette verletzt werden, wird er Schritte unternehmen, die Situation zu verbessern und korrigierende Aktivitäten durchführen. [12]
- c) Bei Abschluss des Vertrages legt der Auftragnehmer einen Bericht zur nachhaltigen Beschaffung (Sustainable Procurement Report, SPR) vor, der den Standards der Global Reporting Initiative (GRI) entspricht. Der Bericht dokumentiert, ob das Unternehmen, die unter Artikel 1 genannten Kriterien erfüllt bzw. welche Verstöße in der Lieferkette vorliegen und welche korrigierenden Maßnahmen eingeleitet wurden.

Erklärung

[1] Entgegen der Position des Deutschen Städtetages argumentieren Krämer und Krajewski, dass die Forderung zielführender Maßnahmen legitim sei – auch wenn sie in die Zukunft gerichtet ist. Entscheidend sei, dass vom Unternehmen nicht verlangt wird, seine gesamte Produktpalette umzustellen. Stattdessen wird verlangt, die zielführenden Maßnahmen bei der Herstellung der zu liefernden Produkte durchzuführen. Damit ist der notwendige Bezug zum Auftragsgegenstand gewährleistet (2.4.4.2).

[2] Im Oberschwellenbereich muss diese zusätzliche Anforderung bereits aus der Leistungsbeschreibung ersichtlich werden (Krämer/Krajewski, Kap. 2.3).

[3] Die ILO-Kernarbeitsnormen stellen eine wichtige Referenz dar. Entgegen der Auffassung des Deutschen Städtetages, dass nur die Einhaltung der nationalen Umsetzung der ILO-Kernarbeitsnormen gefordert werden dürfte, argumentieren Krämer und Krajewski wie folgt: Zwar richten sich die ILO-Kernarbeitsnormen nur an Staaten. Das Vergaberecht biete aber die Möglichkeit, von den Unternehmen mehr zu verlangen. Dies sei auch nicht rechtswidrig, da die ILO-Kernarbeitsnormen kein entsprechendes Verbot enthalten (Kap. 4).

Des Weiteren seien Unternehmen auf die Einhaltung der nationalen Arbeitsgesetze zu verpflichten. Mit Blick auf die Arbeitsrechtsverletzungen in der Branche (Kapitel 3.1.1) müssen die ILO-Kernarbeitsnormen darüber hinaus um die in Anhang 1 aufgeführten Kriterien ergänzt werden. Diese Kriterien finden sich in den Verhaltenskodizes von Arbeitsbekleidungsunternehmen wieder. Sie stellen deshalb eine legitime Anforderung dar.

[4] Um die Anforderungen eines Auftragsbezugs zu erfüllen, müssen alle Ansprüche und Forderungen sich auf den Vertragspartner beziehen. Nur dieser kann Adressat von Maßnahmen sein, nicht seine

Zulieferer. Dagegen ist es durchaus legitim, den Vertragspartner zu verpflichten, seinerseits die Vertragsbedingungen mit dem Zulieferunternehmen zu ändern und dies auch wiederum an seine Zulieferer weiterzugeben (Krämer/Krajewski, Kap. 2.4.4.2).

[5] Da es, wie in Kapitel 1.1.2 beschrieben, bis jetzt keine Möglichkeit gibt, Bekleidung vom Rohstoffanbau bis zum Händler zu zertifizieren, und die meisten Arbeitsrechtsverletzungen bei der Konfektionierung stattfinden, wird auch die Durchführung der zielführenden Maßnahmen nur bis zu diesem Produktionsschritt verlangt.

[6] Laut Krämer/Krajewski (Kap. 2.4.1.5) sind alle im Ausschreibungsverfahren erworbene Kenntnisse von Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnissen generell vertraulich zu behandeln. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob auch die Offenlegung der Lieferkette ein Geschäftsgeheimnis darstellt. Krämer und Krajewski weisen darauf hin, dass ein Geschäftsgeheimnis sowohl Interesse als auch Willen des Unternehmens zur Geheimhaltung voraussetzt. Da Bekleidungsunternehmen, die auch die öffentliche Hand beliefern (z.B. adidas), ihre Lieferketten offengelegt haben⁴⁰ lasse dies vermuten, dass ihnen diese Offenlegung auch nicht unmittelbar schadet. Folglich sei die Offenlegung der Lieferketten auch nicht zwangsläufig als Geschäftsgeheimnis anzusehen. Allerdings ist festzuhalten, dass eine solche Offenlegung nur gegenüber dem Auftraggeber erfolgt.

Wichtig bei der Formulierung dieser Klausel ist zudem der Beisatz „Auf Antrag“. Es wäre nämlich unverhältnismäßig, wenn die Vergabestelle diese Information anfordere, ohne sie entsprechend zu nutzen, z.B. indem sie Überprüfungen vornimmt oder die Zulieferstandorte mit Berichten über Verletzungen von Arbeitsstandards in Lieferketten abgleicht.

[7] Eine anerkannte Multi-Stakeholder-Initiative erfüllt die folgenden Kriterien:

- gleichberechtigte Beteiligung der relevanten Interessenvertretungen
- die in Anhang 1 benannten Mindeststandards
- Überwachung der Einhaltung der Mindeststandards
- jährliche Veröffentlichung von Fortschrittsberichten⁴¹
- Management System Audit (MSA)

[8] Die aufgeführten zielführenden Maßnahmen sind als Vorschlag zu verstehen; es kann eine Auswahl getroffen werden. Bei der Auswahl der Maßnahmen wurde abgewogen, ob sie einerseits tatsächlich zur Durchsetzung der in Anhang 1 aufgeführten Kriterien beitragen und andererseits als verhältnismäßig gelten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Frage der Verhältnismäßigkeit dynamisch zu betrachten ist. Entwicklungen auf dem Markt müssen beobachtet und Anpassungen entsprechend vorgenommen werden.

[9] Krämer und Krajewski verweisen auf die Notwendigkeit, dass an die Bieter gestellte Anforderungen vollständig und aus sich heraus verständlich sein müssen. Dazu führen sie aus: „Wird hingegen als zielführende Maßnahme verlangt, dass der Bieter Schulungen zu einem bestimmten Thema, in bestimmten Produktionsstätten, unter Teilnahme von näher definierten Arbeitnehmer/innengruppen durchführen soll, dann dürfte für den Auftraggeber nachzuvollziehen sein, welche Anforderungen an

40 Siehe <http://ser2009de.adidas-group.com/suppliers> (letzter Zugriff am 30. September 2009).

41 Siehe CorA-Aktionsplan: http://www.cora-netz.de/wp-content/uploads/coraaktionsplan_a536seiten_web.pdf (letzter Zugriff am 26. September 2010).

ihn gestellt werden.“ (Kapitel 2.4.2) Die Realisierbarkeit dieser Forderung belegt zudem ein Pilotprojekt von Hess Natur in Kooperation mit der Kampagne für Saubere Kleidung.⁴²

[10] Es ist umstritten, ob diese Maßnahme als verhältnismäßig zu werten ist. Wichtig ist dabei, dass die Einbeziehung von Gewerkschaften und Arbeitsrechtsorganisationen nur gefordert werden kann, wenn diese auch vorhanden sind.

[11] Es ist an dieser Stelle darauf zu verweisen, dass die meisten größeren Bekleidungshersteller bereits Nachhaltigkeitsberichte veröffentlichen.

[12] Korrigierende Maßnahmen können sein: Wenn der Auftragnehmer bei seiner in Abschnitt a) geforderten Analyse feststellt, dass die Arbeitnehmer/innen unbezahlte Überstunden leisten, so wird er bei seinem Zulieferer darauf hinwirken, dass diese bezahlt werden.

⁴² Siehe http://www.saubere-kleidung.de/cc-20_unternehmen/cc-25-04a_fp_hess-natur_kontrolle_ccc-modell.html (letzter Zugriff am 26. September 2010).

3.2.2 Bietererklärung für Arbeitsbekleidung mit MSI-Mitgliedschaft

3.2.2.1 Ankündigung der Anforderungen in der Ausschreibung

Im Ausschreibungstext ist in die Leistungsbeschreibung eine Vorbemerkung mit folgendem Inhalt aufzunehmen:

Dem Auftraggeber ist es wichtig, dass die zu liefernden Produkte unter Berücksichtigung der in Anhang 1 genannten Arbeits- und Sozialstandards hergestellt wurden. Der Auftragnehmer hat daher Produkte zu liefern, bei deren Konfektionierung diese Arbeits- und Sozialstandards im Umfang der den Vergabe- und Vertragsunterlagen beigefügten Erklärung beachtet werden. Die Erklärung ist Bestandteil des Angebots und wird bei Beauftragung Vertragsbestandteil. Dem Angebot ist ein unabhängiger Nachweis in Form einer Mitgliedschaft in einer Multi-Stakeholder-Initiative beizufügen. Der Nachweis kann auch durch die Vorlage anderer vergleichbarer Siegel oder Zertifikate erbracht werden, die die Einhaltung der in Anhang 1 genannten Arbeits- und Sozialstandards im Produktionsprozess im Rahmen der Anforderungen der beigefügten Erklärung belegen. Dieser Nachweis erfüllt folgende Kriterien:

- Alle relevanten Stakeholder des Bereichs werden institutionalisiert und gleichberechtigt an den Entscheidungen beteiligt.
- Die für den jeweiligen Produktbereich zutreffenden Standards sind gemeinsam definiert und werden konsequent umgesetzt.
- Die Erfüllung dieser Standards wird unabhängig überwacht und verifiziert. Es wird außerdem zur umfassenden Transparenz und Berichterstattung verpflichtet.

Die tatsächliche Einhaltung ist durch die Vorlage geeigneter Nachweise im Rahmen der Auftragsausführung nachzuweisen. Die Mitgliedschaft in einer

Multi-Stakeholder-Initiative, z.B. der Fair Wear Foundation, kann ein Nachweis in diesem Sinne sein.⁴³

3.2.2.2 Vertragsbedingungen

In den vom Auftraggeber verwendeten Vertragsbedingungen oder bei Vergaben oberhalb der Schwellenwerte kann außerdem in die Leistungsbeschreibung folgende Klausel aufgenommen werden:

Ich verpflichte mich/wir verpflichten uns, den Auftrag ausschließlich mit Waren auszuführen, die bei der Konfektionierung nachweislich unter Beachtung der in Anhang 1 genannten Arbeits- und Sozialstandards hergestellt worden sind.

Dieser Erklärung ist der Nachweis über eine Mitgliedschaft in einer unabhängigen Organisation oder einem Zertifikat beigefügt, welche die in der Leistungsbeschreibung geforderten Kriterien erfüllt.

Bei einem Verstoß gegen die Erklärung oder einer wissentlichen Falschangabe, kann der Auftraggeber eine Vertragsstrafe in Höhe von zehn Prozent des vertraglich vorgesehenen Entgelts (ohne Umsatzsteuer) verlangen. Darüber hinaus handelt es sich bei einem Verstoß um eine erhebliche Pflichtverletzung des Auftragnehmers, so dass der Auftraggeber vom Vertrag zurücktreten und Schadensersatz verlangen kann. Weitere gesetzliche Ansprüche bleiben unberührt.

⁴³ Die Klausel verlangt vom öffentlichen Auftraggeber Kenntnis, dass es auf dem Markt unabhängige Nachweise für die zu beschaffenden Produkte gibt. Gibt es auf dem Markt keine solchen Produkte, so ist die Klausel für die Bieter unzumutbar.

Anhang 1: Einzuhaltende Sozialstandards⁴⁴

1. Freiwillige Beschäftigung

Es darf keine Zwangsarbeit einschließlich Sklaven- oder Gefängnisarbeit geben (ILO-Übereinkommen 29 und 105). Die Arbeitnehmer/innen dürfen nicht gezwungen werden, eine „Kautions“ oder Identitätspapiere beim Arbeitgeber abzugeben.

2. Keine Diskriminierung bei der Beschäftigung

Es ist für Chancengleichheit und Gleichbehandlung zu sorgen, ungeachtet der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Religion, der politischen Meinung, der Nationalität, der sozialen Herkunft oder anderer Unterscheidungsmerkmale (ILO-Übereinkommen 100 und 111).

3. Keine Kinderarbeit

Es darf nicht auf Kinderarbeit zurückgegriffen werden. Es werden nur Arbeitnehmer/innen eingestellt, die älter als 15 Jahre sind oder das Pflichtschulalter überschritten haben (ILO-Übereinkommen 138). Gegebenenfalls sind zu entlassenden Kinderarbeitern ausreichende finanzielle Übergangshilfen und angemessene Bildungsmöglichkeiten anzubieten.

4. Achtung der Vereinigungsfreiheit und des Rechtes auf Tarifverhandlungen

Das Recht aller Arbeitnehmer/innen, Gewerkschaften zu gründen und ihnen beizutreten und das Recht auf Tarifverhandlungen werden anerkannt (ILO-Übereinkommen 87 und 98). Die Arbeitnehmer/innenvertreter dürfen nicht diskriminiert werden und müssen Zugang zu allen erforderlichen Arbeitsplätzen haben, damit sie ihre Vertretungsfunktion wahrnehmen können (ILO-Übereinkommen 135 und Empfehlung 143). Die Arbeitgeber sollen eine positive Haltung gegenüber der Arbeit von Gewerkschaften einnehmen sowie deren Aktivitäten hinsichtlich einer Organisation der Beschäftigten gegenüber offen sein.

5. Zahlung ausreichender Löhne

Die Löhne und sonstigen Leistungen für eine normale Arbeitswoche müssen zumindest den gesetzlichen oder für die Industrie geltenden Mindestlöhnen entsprechen und stets ausreichen, um die Grundbedürfnisse der Arbeitnehmer/innen und ihrer Familien zu erfüllen. Darüber hinaus sollen sie einen Betrag zur freien Verfügung enthalten.

Weder sind Abzüge von Löhnen als Strafmaßnahme erlaubt, noch sind Abzüge ohne die ausdrückliche Erlaubnis der betreffenden Arbeitnehmer/innen gestattet, die nicht durch die nationalen Gesetze begründet sind. Alle Arbeitnehmer/innen erhalten schriftliche und verständliche Informationen über die Lohnbedingungen vor Aufnahme der Arbeit und über die genauen Angaben zu ihrem Lohn für jeden Auszahlungszeitraum.

⁴⁴ Aus: Arbeitsverhaltenskodex für die Bekleidungsindustrie einschließlich Sportbekleidung, basierend auf den Musterkodex des Internationalen Bundes freier Gewerkschaften (IBFG), Februar 1998.

6. Keine überlangen Arbeitszeiten

Die Arbeitszeiten sind im Einklang mit den geltenden Gesetzen und Normen der Branche festzulegen. Von den Arbeitnehmern/innen darf nicht verlangt werden, dass sie regelmäßig mehr als 48 Stunden pro Woche arbeiten, und innerhalb eines Zeitraums von sieben Tagen müssen sie mindestens einen freien Tag haben. Überstunden müssen freiwillig sein, dürfen zwölf Stunden pro Woche nicht übersteigen, dürfen nicht regelmäßig angeordnet werden und müssen immer mit einer Mehrarbeitszulage zum Lohn kompensiert werden.

7. Menschenwürdige Arbeitsbedingungen

Es ist für eine sichere und hygienische Arbeitsumgebung zu sorgen. Der größtmögliche Gesundheits- und Sicherheitsschutz am Arbeitsplatz ist zu fördern, und zwar unter Berücksichtigung der aktuellen Kenntnisse der Industriebranche und etwaiger spezifischer Gefahren. Körperliche Misshandlung, Androhungen von körperlicher Misshandlung, unübliche Strafen oder Disziplinarmaßnahmen, sexuelle und andere Belästigungen sowie Einschüchterungen durch den Arbeitgeber sind streng verboten.

8. Festes Beschäftigungsverhältnis

Die arbeits- und sozialrechtlichen Verpflichtungen gegenüber den Beschäftigten, die sich aus dem regulären Beschäftigungsverhältnis ergeben, dürfen durch einseitige, nur die Beschäftigten bindende Verträge oder durch Ausbildungsprogramme, die nicht wirklich auf die Vermittlung von Fähigkeiten oder eine reguläre Beschäftigung abzielen, nicht umgangen werden. Jüngere Arbeitnehmer/innen sollen die Gelegenheit erhalten, an Ausbildungs- und Schulungsprogrammen teilzunehmen.

Materialien

Arbeitsgemeinschaft der Eine Welt Landesnetzwerke in Deutschland e.V. & Eine Welt Netzwerk Bayern e.V.: **Sozialstandards in der öffentlichen Beschaffung Grundlagen – Erfahrungen – Materialien**, 2009

Bremer entwicklungspolitisches Netzwerk e.V. (BeN): **Projekt-Dokumentation „Es geht auch anders – Sozial und ökologisch verantwortliche Beschaffung im Land Bremen“**, 2010

Christliche Initiative Romero & CorA-Netzwerk für Unternehmensverantwortung: **Vorschlag für einen Aktionsplan „Keine Ausbeutung mit Steuergeldern – soziale und ökologische Beschaffung jetzt!“**, 2009

Christliche Initiative Romero, CorA-Netzwerk für Unternehmensverantwortung & Kampagne für Saubere Kleidung: **Aktionszeitung und Aktionspostkarten „Jede Kommune zählt“**, 2010

Deutscher Städtetag u.a.: **Die Berücksichtigung sozialer Belange im Vergaberecht – Hinweise für die kommunale Praxis**, 2009

Eurocities & ICLEI – Local Governments for Sustainability (Hrsg.): **RESPIRO-Leitfaden zur sozial-verantwortlichen Beschaffung von Textilien und Bekleidung**, 2007

FIAN, Christliche Initiative Romero, Vamos e.V. u.a.: **Öko-soziale Beschaffung jetzt! Ein Leitfaden für lokale Initiativen**, 2010

ICLEI-Leitfaden Buy Fair: **Ein Leitfaden für die öffentliche Beschaffung von Produkten aus Fairem Handel**, 2006

InWEnt gGmbH – Servicestelle Kommunen in der Einen Welt (Hrsg.): **Faires Beschaffungswesen in Kommunen und die Kernarbeitsnormen. Rechtswissenschaftliches Gutachten von Prof. Dr. Jan Ziekow**, 2009

procure IT fair: **Best practices in sustainable public procurement of IT hardware in Europe. Report of the Procure IT Fair European Roundtable Meeting**, 2010

Eurocities & ICLEI – Local Governments for Sustainability (Hrsg.): **Der RESPIRO Leitfaden für sozial-verantwortliche Beschaffung im Baugewerbe**, 2007

WEED: **Buy IT fair – Leitfaden zur Beschaffung von Computern nach sozialen und ökologischen Kriterien**, 2009

WEED: **Wege aus der Dumpingfalle – Der Preiskampf auf dem Computermarkt und die Potenziale des sozial-ökologischen öffentlichen Einkaufs**, 2008

WEED, Christliche Initiative Romero & CorA: **Quo vadis, FAIRgabe? Zum Stand nachhaltiger Beschaffungspraxis auf kommunaler und Landesebene**, 2010

Bitte beachten Sie, dass bei Bestellung einiger Materialien Kosten anfallen können.

Internetplattformen:

Kampagne „Aktiv gegen Kinderarbeit“

Kompass Nachhaltigkeit Öffentliche Beschaffung

Kampagne „PC GLOBAL“

CorA-Netzwerk für Unternehmensverantwortung

Christliche Initiative Romero e.V.

WEED – Weltwirtschaft, Ökonomie & Entwicklung

www.aktiv-gegen-kinderarbeit.de

www.kompass-nachhaltigkeit.de

www.pcglobal.org

www.cora-netz.de

www.ci-romero.de/cora

www.weed-online.org



Herausgeber:
Netzwerk Unternehmensverantwortung (CorA)
c/o Christliche Initiative Romero e.V. (CIR)
Breul 23
48143 Münster