

Johanna Fincke
Christliche Initiative Romero
Breul 23
48143 Münster



Angela Schmitz
Eine Welt Netz NRW
Kasernenstr. 6
40213 Düsseldorf



Stellungnahme zur Anhörung über die Verordnung der Landesregierung Nordrhein-Westfalen zur Durchführung des Gesetzes über die Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Tariftreue- und Vergabegesetz –TVgG-DVO NRW) vom 01. Mai 2012

Allgemeine Vorbemerkung:

Die Verordnung der Landesregierung Nordrhein-Westfalen zur Durchführung des Gesetzes über die Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (RVO) fällt hinsichtlich der sozialen Kriterien in der öffentlichen Auftragsvergabe hinter den Vorgaben des TVgG zurück und versäumt es, sich an aktuellen und progressiven Rechtsverordnungen und Rechtsprechungen zu orientieren.¹

Damit verpasst das Land NRW die Chance, der Anwendung sozialer Kriterien durch die öffentliche Auftragsvergabe Durchsetzungskraft zu verleihen und dabei eine Vorbildrolle einzunehmen. Die im vergangenen Jahr erarbeiteten und von vielen entwicklungspolitischen NROs in NRW getragenen Hinweise zur Erarbeitung einer Durchführungsverordnung² im Sinne einer effektiven sozialen öffentlichen Beschaffung, haben bis auf wenige Ausnahmen, keinen Eingang in die RVO gefunden.

In ihrer vorliegenden Fassung trägt die RVO leider nicht dazu bei, dass Arbeitsrechte in den Produktionsländern Asiens, Afrikas, Lateinamerikas und Osteuropas effektiv gestärkt werden. In der vorliegenden Stellungnahme nehmen wir nur auf die Ausführungen zur Einhaltung der sozialen Kriterien Bezug.

¹ Vgl. Eigenerklärung zu den ergänzenden Vertragsbedingungen „Kernarbeitsnormen ILO“ der Rechtsverordnung Bremen, in Kraft seit 10.6.2011. Dort wird die Nachweisebringung folgendermaßen geregelt: „Liegen bezüglich einer bestimmten Ware oder einer Ware aus einem bestimmten Herkunftsland noch keine hinreichend marktgängigen Siegel oder Zertifikate vor, so verlangt der öffentliche Auftraggeber anstelle eines Nachweises eine Eigenerklärung des Bieters, aus der sich die Einhaltung der Mindeststandards ergibt. Der öffentliche Auftraggeber fordert in der Eigenerklärung in angemessenem Umfang Informationen über die Lieferkette und über die Art und Weise, in der sich der Bieter über die Arbeitsbedingungen in den jeweiligen Produktionsstätten informiert.“. Außerdem wird das Angebot laut Anmerkung der Bremischen Eigenerklärung (...) vom Verfahren ausgeschlossen, wenn lediglich die Erklärung 3 abgegeben wird, obwohl marktgängige Siegel, Label, Zertifikate, die Mitgliedschaft in einer Initiative oder sonstige Erklärungen eines Dritten für die vertragsgegenständliche Ware verfügbar sind“ Vgl. hierzu auch die aktuelle Rechtssprechung im Fall NordHolland und die altbekannte Rechtssprechung im Fall Wienstrom, in denen die Verankerung von sozialen Kriterien auch in anderen Stufen des Vergabeverfahrens unter bestimmten Bedingungen zugelassen werden. Vgl. hierzu auch juristische Gutachten, die konkrete und klar definierte zielführende Maßnahmen zur Einhaltung der ILO Normen beschreiben und empfehlen (z.B. Krämer und Krajewski, Bietererklärungen als Instrument zur Einhaltung sozialer Kriterien in der öffentlichen Auftragsvergabe. Hrsg. CIR, WEED, CorA, 2010, Rechtsleitfaden zur Überprüfung sozialer Verantwortung entlang der Lieferkette. Hrsg. ICLEI; CIR; WEED u.a., 2012.

² Siehe „Hinweise zur Erarbeitung einer Rechtsverordnung NRW“. Hrsg. Christliche Initiative Romero (CIR), Brot für die Welt –Evangelischer Entwicklungsdienst, Zukunft einkaufen, Eine Welt Netz NRW, TransFair, Kampagne für Saubere Kleidung (CCC), FIAN und vamos e.V.

Konkret möchten wir zu folgenden Punkten der RVO Stellung nehmen:

1. a) Die Durchführungsverordnung definiert die Anforderungen an die Einhaltung der ILO Normen nur für die Beschaffungen, in denen gefährdete Produkte den Hauptteil der konkreten Beschaffung oder des konkreten Auftrags ausmachen (> 20% des Leistungsumfangs). Dies entspricht nicht dem Willen des Gesetzgebers, der in dem TVgG formuliert hat, dass „bei der Ausführung öffentlicher Aufträge keine Waren verwandt werden dürfen, die unter Missachtung der in den ILO-Kernarbeitsnormen festgelegten Mindeststandards gewonnen oder hergestellt worden sind“ (vgl. §18 Abs. 1 des TVgG). Zudem ist die Formulierung in der RVO unklar und lässt offen, ob es sich bei der Schwelle von 20% um die Anschaffungen im Rahmen eines Auftrages handelt oder um den Gesamtauftrag. Dies ist ein gefährliches Schlupfloch, da im Falle der letzteren Interpretation nur noch ein winziger Teil der Beschaffungen von der Bestimmung zur Einhaltung der ILO Normen betroffen wäre. So würden z.B. große Bauaufträge mit hohem Einsatz von Arbeitskräften niemals in Betracht für die Einhaltung der ILO-Normen kommen – obwohl gerade bei Holz und Natursteinen schwere und häufige Verletzungen der ILO-Normen feststellbar sind.

→ Wir empfehlen daher dringend, dieses Schlupfloch zu stopfen und eine Klärung hinsichtlich des Hauptleistungsgegenstandes dahingehend vorzunehmen, dass der Passus gestrichen wird. Die Einhaltung grundlegender Arbeits- und Menschenrechte nur für Güter einzufordern, die den Hauptleistungsgegenstand einer Lieferung darstellen, ist weder sachlich noch politisch nachvollziehbar. Auch juristisch gesehen gibt es keinerlei Notwendigkeit, die Einhaltung der ILO-Normen an eine Hauptleistung zu koppeln.

1. b) Darüber hinaus wurde eine Bagatellgrenze von 500 Euro in der RVO eingesetzt, obwohl in der gleichen RVO unter Einzelbegründungen B, S. 30 steht: „Wie unmittelbar aus TVgG §2 Abs. 5 TVgG NRW zu schließen ist, ist die (...) erforderliche Verpflichtungserklärung im Zusammenhang mit der Einhaltung der ILO Kernarbeitsnormen grundsätzlich unabhängig vom Auftragswert abzugeben.“ Da in Bezug auf Fair gehandelte Produkte sowohl im TVgG als auch in der RVO nur eine Kann-Regelung formuliert ist, steht zu befürchten, dass Beschaffende gerade in diesem niedrighschwelligem Bereich keine Produkte einkaufen, die den sozialen Kriterien nach § 18 entsprechen.

→ Wir raten daher dringend, für Beschaffende eine Empfehlung zu formulieren, die Anreize schaffen sozial fair einzukaufen und den Beschaffenden Rechtssicherheit zu geben, Produkten aus Fairem Handel den Vorzug vor konventionellen Produkten bzw. vor Produkten, die unter ausbeuterischen Bedingungen hergestellt wurden, zu geben.

2. In der RVO wird – mit Verweis auf geltendes Zollrecht – die letzte Stufe der wesentlichen Be- und Verarbeitung als die Stufe benannt, die für die Einhaltung der ILO-Normen von Bedeutung ist (vgl. §14 Abs. 5 und Einzelbegründungen B, S. 40). Sachlich ist dies problematisch, da auf den unteren Stufen der Zulieferketten die Verletzungen grundlegender Arbeitsrechte zunehmen. Zweitens ist die Orientierung am deutschen Zollrecht nicht bei allen von der öffentlichen Hand beschafften Produkten praktikabel. So bietet das Zollrecht häufig nur begrenzt einen geeigneten Orientierungswert. So kann sich z.B. bei einem Computer die nach dem Zollrecht definierte Endmontage auf das Bespielen der Software, der Montage der Tastatur sowie Verpackung und Auslieferung beschränken. Damit ist ein als „bare bone“ (blanker Knochen) angeliefertes Notebook „Made in Germany“. Die Produktion aller

wichtigen Komponenten sowie die eigentliche Endmontage bleiben unberücksichtigt.³ Auch bei Textilien ist das „Finishing“ ein beliebtes und praktiziertes Instrument (z.B. das Einnähen des Firmentiketts in das Bekleidungsstück), um die Zollvorschriften dahingehend zu nutzen, dass die Arbeitshosen „Made in Germany“ sind. Die Arbeits- und Menschenrechtsverletzungen in den Koltan-Minen für die Herstellung wichtiger Komponenten für Informations- und Kommunikationstechnologie als auch die Baumwollproduktion für Arbeitsbekleidung würden aus der Bestimmung zur Einhaltung der ILO Normen fallen, um nur zwei Beispiele zu nennen.

→ Wir empfehlen daher dringend, die RVO dahingehend zu verändern, dass die gesamte Zulieferkette für die Einhaltung der ILO-Normen einbezogen wird, weil gerade auf den unteren Stufen der Zulieferketten die Verletzung grundlegender Arbeitsrechte ansteigen. Aus pragmatischen Gesichtspunkten ist allerdings ein abgestuftes Vorgehen zu empfehlen, das nach Produktgruppen differenzieren muss.⁴

3. Die Berücksichtigung von Arbeitsstandards in globalen Lieferketten wird in der RVO auf die Auftragsausführungsbedingungen beschränkt. Dies ist derzeit der rechtssicherste Weg; andere Möglichkeiten wie die Berücksichtigung im Rahmen der Leistungsbeschreibung sowie der Zuschlagskriterien sollten aber offen gehalten werden. Denn sonst werden für die Unternehmen motivierendere Stufen des Verfahrens von vornherein ausgeschlossen. So ist es unverständlich, dass bei Umweltkriterien die Möglichkeit gegeben wird, dass eine Übererfüllung von Mindestanforderungen im Energiebereich in der Angebotswertung höher gewichtet werden können (§9. Abs. 2), dies aber bei sozialen Kriterien nicht möglich ist. Durch die ausschließliche Verankerung der ILO Normen in den zusätzlichen Auftragsausführungsbestimmungen wird dem öffentlichen Auftraggeber jede Möglichkeit genommen, positiv auf die Marktentwicklung Einfluss zu nehmen und seine Marktmacht zu nutzen, indem z.B. höhere Standards bei der Kontrolle der ILO Normen oder höhere menschenrechtliche Standards in den Zuschlagskriterien Eingang finden und damit besser bewertet werden.

Ein Vorteil bei der Verankerung der sozialen Kriterien in der Leistungsbeschreibung ist, dass ein Bieter, der nicht die Anforderungen erfüllt, von vornherein ausgeschlossen werden kann, wogegen nachträgliche Sanktionen im Fall einer Berücksichtigung im Rahmen der Auftragsausführungsbedingungen mit komplizierten Verfahren und potentiellen Nachteilen für die Beschaffungsstellen verbunden sein können.

Die Festlegung auf die zusätzlichen Auftragsausführungsbestimmungen ignoriert zudem Rechtssprechungen des EUGH im Fall Nord-Holland und im Fall Wienstrom, in denen deutlich gemacht wird, dass sich Kriterien bei einem klaren Auftragsbezug nicht zwingend in physisch fassbaren Produkteigenschaften niederschlagen muss, sondern sich auch auf den Herstellungsprozess beziehen kann.⁵

→ Wir empfehlen daher dringend, andere Stufen des Vergabeverfahrens nicht von vornherein durch die Durchführungsverordnung auszuschließen. Bei der Verankerung der sozialen Kriterien in den Zuschlagskriterien würde eine bessere soziale Performance höher gewichtet: eine Verankerung in der Leistungsbeschreibung könnte ungeeignete Angebote von vornherein

³ Aus: Bormann, Sarah. Kommentar zur Veröffentlichung des Leitfadens des Deutschen Städtetags, 2010. Hrsg. CorA, WEED, CIR.

⁴ Aus: Bormann, Sarah. Kommentar zur Veröffentlichung des Leitfadens des Deutschen Städtetags, 2010. Hrsg. CorA, WEED, CIR.

⁵ Rechtssprechung des EUGH Fall Nord Holland und Wienstrom sowie Rechtsleitfaden zur Überprüfung sozialer Verantwortung entlang der Lieferkette. Hrsg. ICLEI; CIR; WEED, u.a., 2012.

ausschließen. Politisch und juristisch ist es daher nicht nachvollziehbar, dass die o.g. anderen Stufen des Verfahrens ausgeschlossen wurden.

4. Die verschiedenen gleichrangigen Möglichkeiten zur Abgabe einer Bietererklärung (Musterblätter, Anhang 4 der RVO) als Nachweis zur Einhaltung der ILO-Normen führen zu einer Ungleichbehandlung von Unternehmen und sind rechtlich fragwürdig. Durch die Verankerung der ILO Normen in den zusätzlichen Auftragsausführungsbestimmungen, die nicht gewertet werden dürfen, werden Unternehmen, die sich glaubwürdig kontrollieren lassen, im Auswahlprozess genauso behandelt wie Unternehmen, die eine Erklärung abgeben, dass sie die ILO Normen nicht einhalten können, aber wirksame Maßnahmen unternehmen. Damit werden Erstere im Ausschreibungsverfahren indirekt benachteiligt, weil sie glaubhafte, aufwändige Maßnahmen ergriffen haben, um den Anforderungen der Ausschreibung nachweislich gerecht zu werden, ohne dass dies bei der Auftragsvergabe gewürdigt wird. Zudem werden in der RVO weder die „wirksamen Maßnahmen“ definiert oder konkretisiert noch wird dem Auftraggeber eine Möglichkeit an die Hand gegeben, diese „wirksamen Maßnahmen“ annähernd nachzuprüfen. Laut allgemeiner juristischer Auffassung und Rechtsprechung muss es eine Gleichbehandlung von Unternehmen geben. Außerdem müssen alle geforderten Maßnahmen genau definiert, nachprüfbar und eindeutig sein, um dem Wettbewerbsgrundsatz zu entsprechen.⁶ Aus diesem Grund sehen wir insbesondere die zwei letzten Erklärungen in den Musterblättern als problematisch an.

→ Wir empfehlen daher dringend, die Musterblätter zum Nachweis der Einhaltung der ILO Normen in der Durchführungsverordnung zu überarbeiten und die letzten beiden Optionen nach Vorbild der Bremischen RVO (laut Ausführungen in Fußnote 1) umzuformulieren, um einer Ungleichbehandlung von Unternehmen vorzubeugen. Konkret muss der Bieter ergänzend „Informationen über die Lieferkette und über die Art und Weise, in der sich der Bieter über die Arbeitsbedingungen in den jeweiligen Produktionsstätten informiert“ vorlegen. Falls marktgängige Siegel etc. für die vertragsgegenständliche Ware vorliegen, darf eine Eigenerklärung nicht als Nachweis akzeptiert werden.

→ Zudem empfehlen wir die Konkretisierung des Passus „wirksame Maßnahmen“. Eine Konkretisierung wirksamer Maßnahmen könnte z.B. sein, dass der Bieter sich regelmäßig über die Arbeitsbedingungen zu informieren hat, dass er die Lieferkette offen legen muss, dass den ArbeiterInnen die ILO Normen ausgehändigt werden, dass arbeitsrechtliche Schulungen durchgeführt werden, dass eine Beschwerdestelle eingerichtet wird, etc., pp. Hierzu kann auf diverse juristische Gutachten und Publikationen zurückgegriffen werden, die von NRO-Seite bereits in Auftrag gegeben wurden und zielführende Maßnahmen konkret definieren.⁷

5. Die Durchführungsverordnung sieht keine Kontrolle der Einhaltung der ILO-Normen vor. Eine stichprobenartige Kontrolle der Eigenerklärungen und der Anwendung der sozialen

⁶ Bieterklärungen als Instrument zur Einbeziehung von Arbeits- und Sozialstandards in der öffentlichen Auftragsvergabe. Hrsg. CIR, WEED, CorA, 2010 und Rechtsleitfaden zur Überprüfung sozialer Verantwortung entlang der Lieferkette. Hrsg. ICLEI; CIR; WEED u.a., 2012 und Quo vadis, Beschaffung? Hrsg. CIR, WEED, CorA, 2010.

⁷ Vgl. Bieterklärungen als Instrument zur Einbeziehung von Arbeits- und Sozialstandards in der öffentlichen Auftragsvergabe. Hrsg. CIR, WEED, CorA, 2010 und Rechtsleitfaden zur Überprüfung sozialer Verantwortung entlang der Lieferkette. Hrsg. ICLEI; CIR; WEED u.a., 2012 und Quo vadis, Beschaffung? Hrsg. CIR, WEED, CorA, 2010.

Kriterien, ist aber unerlässlich, um der Einhaltung von Arbeitsrechten in der öffentlichen Auftragsvergabe Durchsetzungskraft zu verleihen. Neben stichprobenartigen Kontrollen der Behörden, könnte auch eine umfassende Transparenz jeglicher Vergabeverfahren dazu beitragen, die Behörden einer zivilgesellschaftlichen Kontrolle zu unterziehen.

→ Wir empfehlen daher dringend, die Aufnahme vorbildlicher und glaubwürdiger Zertifikate, Siegel oder Standardinitiativen, als erste Orientierung für den öffentlichen Auftraggeber in die RVO beispielhaft mit aufzunehmen, um den Beschaffenden die Arbeit zu erleichtern.

→ Außerdem empfehlen wir der Landesregierung dringend die Implementierung eines effektiven Kontrollmechanismus. Die Kontrolle der Einhaltung der ILO Normen sollte stichprobenartig entweder von der noch einzurichtenden Kontrollstelle für Tariftreue und Mindestlohn oder einer neu zu schaffenden Stelle für nachhaltige Beschaffung in NRW übernommen werden. Neben stichprobenartigen Kontrollen der Behörden und Unternehmensangaben, könnte auch eine umfassende Transparenz jeglicher Vergabeverfahren dazu beitragen, die Behörden einer zivilgesellschaftlichen Kontrolle zu unterziehen.

6. Es ist vollkommen unverständlich, dass laut Durchführungsverordnung keine Vertragsstrafen bei wissentlich falschen Angaben der Bieter vorgesehen sind. Die Sanktionen beschränken sich auf den Ausschluss aus dem Vergabeverfahren von bis zu 3 Jahren. Dies bedeutet im Klartext, dass, wenn einem Unternehmen ein Vergehen gegen die Sorgfaltspflicht eines ordentlichen Kaufmanns nachgewiesen werden kann, ihm keine kostenintensiven Vertragsstrafen drohen. Dies trägt nicht dazu bei, das Unternehmen zu Sorgfalt und Ernsthaftigkeit bei den Angaben zur Einhaltung der ILO-KA zu motivieren. Dieser Beschluss verkennt die Realität auf dem deutschen Markt, in dem VerbraucherInnen mit massivem greenwashing von Unternehmen konfrontiert sind, bei denen die Einhaltung grundlegender Arbeits- und Menschenrechte nur auf dem Papier existieren. Die öffentliche Hand verpasst damit die Chance, Glaubwürdigkeit und Integrität auf dem Markt zu fördern und kommt ihrer Verpflichtung den VerbraucherInnen gegenüber – die weder über geeignete Kontrollmöglichkeiten noch über Wissen verfügen, den CSR-Kampagnen von Unternehmen auf den Grund zu gehen – nicht nach.

→ Wir empfehlen daher dringend die juristisch unbedenkliche Implementierung einer Vertragsstrafe von 5% bei einer wissentlich gemachten falschen Angabe zu der Einhaltung der ILO-Normen. Dies ist das Mindeste, um zu wirkungsvolleren Durchsetzungsmechanismen zu gelangen.

7. Aus der Aufzählung der Produktgruppen geht nicht explizit hervor, dass sie nicht abschließend ist. In Zeiten der Globalisierung werden jedoch ständig neue Wertschöpfungsketten geschaffen, arbeitsintensive Produktionen von Produkten in die Länder des Südens ausgelagert. Darüber hinaus deckt sich die Aufzählung der Produktgruppen in § 14 nicht mit der Aufzählung der gleichen in der Anlage 4, welche die Bieter ausfüllen. In der Anlage wurde die Produktgruppe „Holz“ vergessen.

→ Wir empfehlen daher, die Liste der Produktgruppen als dynamisch zu kennzeichnen und in der Anlage die Produktgruppe Holz mit aufzunehmen, um sicherzustellen, dass die Produktgruppenlisten identisch sind.