

Gutachten

Diskriminierungsschutz im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe

Ausgearbeitet von

Prof. Dr. Susanne Baer, LL.M./ Ipek Ölcüm

Im Auftrag der

Landesstelle für Gleichbehandlung und gegen Diskriminierung

(Antidiskriminierungsstelle) Berlin, 2008

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung.....	3
2	Bedeutung des Vergabeverfahrens für die Chancengerechtigkeit.....	4
3	Ziele des Gesetzgebers.....	6
3.1	Keine Flucht ins Privatrecht	7
3.2	Ziele des Vergaberechts im Wandel	7
3.3	Ziele des Gleichstellungsrechts im Wandel.....	8
3.4	Zielkonflikte?.....	11
4	Die Zweiteilung des Vergaberechts nach Schwellenwerten.....	12
5	Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte	13
5.1	Europarecht	13
5.1.1	Primärrecht.....	13
5.1.2	Sekundärrecht	15
5.1.3	Zwischenergebnis	19
5.2	Bundesrecht	20
5.2.1	Verfassungsrechtliche Vorgaben	20
5.2.2	Bundesgesetzlicher Rahmen	21
5.2.3	Rechtspolitische Entwicklungen.....	25
5.2.4	Landesgesetzliche Vorgaben	28
5.2.5	Der Vergleich mit anderen Bundesländern.....	32
5.3	Zwischenergebnis	34
6	Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte.....	34
6.1	Konkret: Diskriminierungsschutz im Vergabeverfahren	35
6.1.1	Bedarfsbestimmung	35
6.1.2	Technische Spezifikationen	36
6.1.3	Auswahl der Bieter	38
6.1.4	Zuschlag.....	40
6.1.5	Ausführungsbedingungen	43
6.1.6	Zwischenergebnis	45
7	Ergebnis	46
7.1	Ergebnis für den Oberschwellenbereich: Landesgesetz	47
7.2	Ergebnis für den Unterschwellenbereich: Antidiskriminierungsklausel	47
8	Anregungen aus den USA, Großbritannien, Schweden und Österreich	49
8.1	USA: „contract compliance“	49
8.2	Großbritannien: „contract compliance“	50
8.3	Schweden: Vertragsklauseln.....	51
8.4	Österreich: Vergabegesetz	53
9	Gesamtergebnis.....	53

1 Einleitung

Die vorliegende Untersuchung befasst sich im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle Berlin mit der Frage, ob und in welcher Weise der Diskriminierungsschutz im Rahmen des öffentlichen Auftragswesens Beachtung finden kann. Diskriminierungsschutz und das öffentliche Auftragswesen unterliegen hinsichtlich des Gleichstellungs- und Gleichbehandlungsrecht und des Vergaberechts zunächst offensichtlich unterschiedlichen Zielprioritäten. Gleichbehandlungsrecht hat primär eine gesellschafts- und sozialpolitische Ausrichtung; das Vergaberecht ist primär markt- und wettbewerbsorientiert. Daraus entsteht ein Spannungsgeflecht, da im Vergabeverfahren die für die Beschaffung zuständigen Entscheidungsverantwortlichen im Lichte der ihnen zugewiesenen administrativen Gestaltungsbefugnis nicht nur dem Gebot ökonomischer Effizienz, sondern ebenso dem sozialstaatlichen Gebot der Gerechtigkeit und Chancengleichheit unterliegen.¹ Das Gutachten setzt sich mit der Frage auseinander, wie in eingedenk beider Ziele im Vergabeverfahren rechtmäßig entschieden werden kann.

Das Berliner Landesgleichstellungsgesetz (LGG)² sieht in § 13 vor, dass die Vergabe öffentlicher Aufträge mit Zielen der Frauenförderung und der Vereinbarkeit von Beruf und Familie in der Privatwirtschaft verbunden wird. So wird Vergaberecht mit einem Teil des Gleichstellungsrechts – jenem mit Blick auf die Geschlechterverhältnisse – zusammen geführt. Fraglich ist aber grundsätzlicher, ob, inwiefern und auf welchen Stufen des Vergabeprozesses die Gleichstellung eingedenk der Vielfalt der Lebenslagen und dem Verbot der darauf bezogenen Diskriminierung Eingang in das öffentliche Auftragswesen finden können. Eingedenk der bundes- und landesverfassungsrechtlichen, der europarechtlichen und menschenrechtlichen Bindungen muss in jeder Form staatlichen Handelns Diskriminierung hinsichtlich der „Rasse“ oder Ethnizität, der Religion, des Glaubens und der Weltanschauung, der Behinderungen, des

1 In der deutschsprachigen Literatur wird diese Diskussion spätestens seit den 1980er Jahren unter ganz verschiedenen Überschriften geführt, u.a. „politische“ Instrumentalisierung der Auftragsvergabe, „Sekundärzwecke“, „vergabefremde“, „soziale“, „nicht leistungsbezogene“, „weitergehende“ Zwecke, Ziele oder Anforderungen im Vergaberecht.

2 Landesgleichstellungsgesetz in der Fassung vom 06.09.2002, GVBl. 2002, S. 280, zuletzt geändert durch Ahtes Gesetz zur Änderung des Landesgleichstellungsgesetzes vom 19.06.2006, GVBl. 2006, S. 575.

Geschlechts, des Alters und der sexuellen Orientierung oder Identität vermieden werden. Was das für die Vergabe bedeutet, ist Gegenstand der folgenden Ausführungen.

Zunächst soll kurz auf die empirische Bedeutung der Vergabe hingewiesen werden. Dann werden einführend die wichtigsten Ziele und Reichweiten der beiden Regelungskomplexe geklärt. Danach werden die gleichstellungsrechtlichen und die vergaberechtlichen Vorgaben auf europäischer sowie deutscher verfassungs-, bundes- und landesrechtlicher Ebene ausführlicher dargestellt. Vor diesem Hintergrund lässt sich herausarbeiten, ob und in welcher Weise ein Diskriminierungsschutz im vergaberechtlichen Verfahren in Deutschland und insbesondere in Berlin gestaltbar ist. So lassen sich konkrete Möglichkeiten bzw. Handlungsoptionen für die Berücksichtigung des Diskriminierungsschutzes im Berliner Vergabeverfahren benennen. Ein Beispiel dafür ist eine „Antidiskriminierungsklausel“ für das Berliner Vergaberecht bzw. für die Berliner Auftraggeber.

2 Bedeutung des Vergabeverfahrens für die Chancengerechtigkeit

Das öffentliche Auftragswesen ist bei der Verwirklichung des staatlichen Handlungsauftrags, zu einer diskriminierungsfreien Gesellschaft beizutragen, gerade aufgrund seiner wirtschaftlichen Kapazitäten von immenser Bedeutung. Europaweit wurden über 16% des Bruttoinlandsprodukts der EU (ca. 1,5 Milliarden Euro) über öffentliche Aufträge erzielt.³ Die für Deutschland im Umlauf befindlichen Angaben schwanken stark, da keine aktuellen und umfassenden Statistiken zum öffentlichen Auftragswesen existieren. Die EU weist die vom Bundesministerium für Wirtschaft aufgrund europarechtlicher Vorgaben ermittelten Daten für das öffentliche Auftragswesen in Deutschland

³ Pressemitteilung der Kommission vom 3.2.2004 (IP/04/149), S. 2; s.a. Byok, Jan, Die Entwicklung des Vergaberechts seit 2002 NJW 2004, S. 198, 199; vgl. auch Umweltorientierte Beschaffung! – Ein Handbuch für ein umweltorientiertes öffentliches Beschaffungswesen, hrsg. vom Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaft, Luxemburg 2005, S. 5 = http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/buying_green_handbook_de.pdf (10.12.2007).

mit einem Volumen von 360 Mrd. Euro für das Jahr 2003 aus.⁴ Damit ist allerdings nur ein Teil des Vergabevolumens erfasst. Die Zahl blendet den gesamten „Unterschwellenbereich“ aus, also all die Vergabeverfahren, die unterhalb des finanziellen Volumens liegen, für den das Vergaberecht engere Vorgaben macht; das ist jedoch der Löwenanteil aller Vergabeverfahren in Deutschland.⁵ Zudem werden die kommunalen Auftragsvergaben nicht einbezogen.⁶ Insgesamt ist jedoch davon ausgehen, dass das öffentliche Auftragswesen von erheblicher Bedeutung für die Gesamtwirtschaft ist. Bei der öffentlichen Vergabe handelt es um einen Sachbereich, der wie kaum ein anderer durch eine große wirtschaftliche Relevanz, durch protektionistische Verhaltensweisen, aber auch durch eine hohe Regelungsdichte gekennzeichnet ist.⁷ Auch deshalb bietet sich dieser Bereich für die Frage nach der Beachtung des staatlichen Gleichstellungsauftrags i.S.v. Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG bzw. den Diskriminierungsverboten in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG bzw. den jeweiligen landesverfassungsrechtlichen sowie den einfachgesetzlichen Vorschriften an.

Die Bedeutung des Vergaberechts für die Gleichstellung ergibt sich zudem aus einem politischen Gesichtspunkt. Das Vergaberecht ist für den Gesetzgeber eine politisch und auch symbolisch und damit rechtskulturell wichtige Chance. So könnte hier der Nachweis geführt werden, dass Wirtschaftlichkeit und Chancengleichheit nicht kollidieren, sondern sich wechselseitig zumindest ergänzen oder sogar bedingen. Immerhin ist heute auch in der Wirtschaft zunehmend anerkannt, dass diskriminierungsfreie Personalpolitik die besseren Ergebnisse zeitigt. Im Vergaberecht könnte deutlich werden, dass auch ein diskriminierungsfreier Umgang mit öffentlichen Haushaltsmitteln nicht zuletzt

4 Vgl. <http://www.bmwi.de/BMWi/Navigation/root,did=7734.html> = [www.bmwi.de/Wirtschaft/Wirtschaftspolitik / Öffentliche Aufträge / EU Statistik](http://www.bmwi.de/Wirtschaft/Wirtschaftspolitik/Oeffentliche_Auftraege/EU_Statistik). Kommission der Europäischen Gemeinschaft, GD Binnenmarkt, Vergabewesen v. 1.12.2002 – CC/2003/22 DE „Indikatoren des öffentlichen Auftragswesens“, S. 2 = Anlage I zur Untersuchung; Grundlage ist Art. 75, 76 der Vergabekoordinierungsrichtlinie (VKR) RL 2004/18/EG v. 31.3.2004, ABl. EU L 134/114 vom 30.4.2004. Hingegen hält der BDI eine Summe von 250 Mrd. Euro für realistisch.

⁵ Vgl. Maibaum, Thomas, in: Fonari, Alexander / Führ, Vivien / Stamm, Norbert (Hrsg.), Kommunen und Eine Welt: Nachhaltigkeit in der öffentlichen Beschaffung, Augsburg, 2006, S. 23, 27.

6 Weitere Anknüpfungspunkte enthalten die Zahlen des Beschaffungsamtes des Bundesministeriums des Innern; www.bescha.bund.de. Sie erfassen allerdings nicht die Zuwendungen.

7 Prieß, Hans-Joachim, Handbuch des europäischen Vergaberechts – Gesamtdarstellung der EU/EWR – Vergaberegeln mit Textausgabe, 3. Auflage, Köln, 2006, S. 3.

eine Komponente sozialer Marktwirtschaft im 21. Jahrhundert ist.⁸ Das Instrument der Bindung der Vergabe an Gemeinwohlziele greift nicht dirigistisch in die Wirtschaft ein, sondern gibt lediglich denen, die mit öffentlichen Geldern arbeiten, das Ziel „Gleichstellung“ vor. Wie sich jedes einzelne Unternehmen – sofern es an öffentlichen Aufträgen interessiert ist – diesem Ziel nähert, bleibt ihm überlassen.⁹ So würde der Staat gewährleisten, dass öffentliche Gelder im Sinne der Staatsziele Verwendung finden, also eine Gewährleistungsverantwortung frei von Paternalismus übernehmen.

Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich jedoch nicht auf Zuwendungen. Dies sind zweckgebundene Geldleistungen öffentlich-rechtlicher Art, die zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben an Stellen außerhalb der Verwaltung erbracht werden, ohne dass darauf ein rechtlicher Anspruch besteht und ohne einen unmittelbaren Leistungsaustausch.¹⁰ Hier gilt Haushaltsrecht ebenso wie Verwaltungsverfahrenrecht.¹¹ Auch mit Zuwendungen können Gleichstellungsziele verfolgt werden. Insbesondere können Nebenbedingungen zu Zuwendungsbescheiden als Auflage im Sinne des § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG gesetzt werden.

3 Ziele des Gesetzgebers

Vergaberecht und Gleichstellungsrecht folgen bislang allerdings verschiedenen Traditionen, Ausrichtungen und Zielen.

8 In diesen Bereich gehört auch das international diskutierte „Gender Budgeting“, also die Überprüfung haushalterischer Entscheidungen auf ihre Gleichstellungswirkungen hinsichtlich von Gender. Weiterführende Informationen dazu finden sich bei der Arbeitsgruppe Gender Budgeting (<http://www.berlin.de/sen/gender/gender-budget/>) und auf den Seiten des GenderKompetenzZentrums unter <http://www.genderkompetenz.info/gendermainstreaming/strategie/genderbudgeting/>.

9 Hürten, Marianne, Die politische Debatte in NRW, in: Fraktion Bündnis 90/Die Grünen NRW (Hrsg.), Wettbewerbsvorteil: Frauenfeindlich – Öffentliche Auftrags- und Mittelvergabe an frauenfördernde Unternehmen und Hochschulen, 1998, S. 14.

10 Zuwendungen sind entsprechend einer Negativabgrenzung der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift Nr. 1.2.4. zu § 23 BHO gerade keine Entgelte aufgrund von Verträgen, die die Preisvorschriften für öffentliche Aufträge unterliegen, d.h. alle gegenseitigen Verträge, in denen die Erbringung von Leistungen gegen Entgelt vereinbart wird (Anlage zur VV Nr. 1.2.4. zu § 23 BHO).

11 Vgl. Krämer, Erwin / Schmidt, Jürgen, Zuwendungsrecht, Zuwendungspraxis – Kommentar, Loseblattsammlung, Band I, Heidelberg, Einf. S. XVII. Für den Bund gelten die Bewilligungsvoraussetzungen der §§ 23, 44 BHO sowie verschiedene allgemeine Verwaltungsvorschriften zu § 44 BHO.

3.1 Keine Flucht ins Privatrecht

Grundsätzlich gilt, dass der Staat unabhängig von der gewählten Handlungsform an die Grundsätze gebunden bleibt, die auch sonst für ihn gelten. Öffentliche Aufträge kann er zwar durch den Abschluss zivilrechtlicher Kauf-, Dienst- und Werkverträge erledigen, jedoch kann sich der Staat durch den Abschluss zivilrechtlicher Verträge nicht seinen öffentlich-rechtlichen Bindungen entziehen, sondern bleibt auch bei der Wahrnehmung unmittelbarer Verwaltungsaufgaben in der Form des Privatrechts an bestimmte Grundsätze und Regelungen gebunden. Eine „Flucht ins Privatrecht“ gibt es hier nicht.

3.2 Ziele des Vergaberechts im Wandel

Das deutsche Vergaberecht war nun jahrzehntelang von der haushaltswirtschaftlichen Zielsetzung einer sparsamen und wirtschaftlichen Mittelverwendung gekennzeichnet, in der die privaten Anbietenden und der zwischen ihnen bestehende Wettbewerb nur am Rande vorkamen. Die europarechtlich veranlasste Neuregelung des Vergaberechts im Jahre 1998 war zwar kein völliger Paradigmenwechsel, weil die haushaltswirtschaftlichen Aspekte weiterhin gelten. Im Vordergrund steht aber seitdem das wettbewerbliche Anliegen, transparente und diskriminierungsfreie Strukturen für den gesamteuropäischen Raum zu schaffen.¹² Das Wettbewerbsprinzip findet sich als *overriding principle* in § 97 Abs. 1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), was oberhalb bestimmter Schwellenwerte gilt, und unterhalb der Schwellenwerte in § 2 Nr. 1 S. 2 VOB/A, § 2 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A, § 4 Abs. 1 VOF geregelt ist. Das Prinzip der Diskriminierungsfreiheit findet sich in den Geboten europäischer Integration, also dem Verbot der Diskriminierung von EU-Angehörigen. Daneben ergibt sich eine Orientierung auf neue Ziele aus der jüngeren Zielsetzung der EU, einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts für alle Bürgerinnen und Bürger in ihrer Vielfalt ohne Ausgrenzungen zu schaffen. Hier gewinnt gemeinschaftsweit das auf Art. 2, Art. 3 Abs. 2 EGV basierende und in Art. 127 Abs. 2 EGV niedergelegte Querschnittsinstrument des „Mainstreaming“ zunehmend an Bedeutung. „Mainstreaming“ soll dafür sorgen, dass soziale Ungleichheit und Ausgrenzung systematisch auf allen Politikfeldern und auf

¹² Burgi, Martin, Vergabefremde Zwecke und Verfassungsrecht, NZBau 2001, S. 64, 65.

allen Stufen des Entscheidungsprozesses von allen Akteuren berücksichtigt werden.¹³ Dabei ist „Mainstreaming“ längst nicht mehr nur auf die Gleichstellung von Frauen und Männern beschränkt, sondern wird inzwischen auf alle Gleichstellungspolitiken und damit auch mit Blick auf andere Diskriminierungsgründe bezogen.¹⁴

Das deutsche Vergaberecht ist damit im Wandel. So wurde im Mai 2008 der Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts von der Bundesregierung am 21.5.2008 beschlossen.¹⁵ Er soll das Vergaberecht vereinfachen und die EU-Vergaberichtlinien weiter umsetzen. Besonders hervorzuheben ist, dass der Gesetzgeber – bisher nach § 97 Abs. 4 Hs. 2, dann in § 97 Abs. 4 S. 3 GWB - weiterhin die Möglichkeit vorsehen will, weitergehende Anforderungen im Vergabeverfahren auf der Grundlage eines Bundes- oder Landesgesetzes zu stellen. Zudem soll ausdrücklich geregelt werden, dass soziale Belange als Ausführungsbedingung Eingang in das Vergabeverfahren finden können; § 97 Abs. 4 S. 2 GWB-Entwurf. So wird deutlich, dass sich das Vergaberecht selbst sozialen Zielen öffnet.

3.3 Ziele des Gleichstellungsrechts im Wandel

Gleichstellungsrecht hat in Deutschland ohnehin eine gesellschafts- und sozialpolitische Ausrichtung: Es soll Benachteiligungen verhindern oder beseitigen. Dabei bezogen sich gesetzliche Regelungen lange nur auf Behinderung und Geschlecht und eher ausgrenzend auf das Alter, während seit Inkrafttreten von Landesgleichstellungs-, -gleichbehandlungs oder Antidiskriminierungsgesetzen und dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz des Bundes (AGG) auch der Schutz vor Diskriminierung aufgrund weiterer Merkmale gewollt ist. Sowohl die Verfassung (Art. 3 Abs. 2 und 3 Grundgesetz; Art. 10 Abs. 2 und 3 Verfassung von Berlin) wie auch die Gesetzgeber in Bund

13 Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Wirtschafts- und Sozialausschuss, den Ausschuss der Regionen v. 30.10.2003 Chancengleichheit für Menschen mit Behinderungen: Ein europäischer Aktionsplan, KOM (2003), 650 endg., S. 13 f.

14 Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Wirtschafts- und Sozialausschuss, den Ausschuss der Regionen v. 30.10.2003 Chancengleichheit für Menschen mit Behinderungen: Ein europäischer Aktionsplan, KOM (2003), 650 endg.

15 Federführend war das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (BMWi); s. <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/Gesetz/entwurf-gesetz-zur-modernisierung-des-vergaberechts,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf>

und Ländern verpflichten den Staat auch zum aktiven Schutz vor Diskriminierung.

Der vorläufig letzte Schritt, der insbesondere auch das allgemeine Privatrecht betrifft, war das seit 2006 geltende Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)¹⁶. Mit dem AGG setzte Deutschland wenn auch als einer der letzten EU-Mitgliedstaaten die vier EU-Antidiskriminierungsrichtlinien¹⁷ in nationales Recht um. Ziel des Gesetzes ist es gemäß § 1 AGG, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen.

Das AGG richtet sich gegen benachteiligende Ungleichbehandlungen auch in Form der Belästigung. Die unmittelbare Benachteiligung i.S.d. § 3 Abs. 1 AGG liegt vor, wenn eine weniger günstige Behandlung einer Person gegenüber einer anderen Person in einer vergleichbaren Situation gegeben ist; die mittelbare Benachteiligung i.S.d. § 3 Abs. 2 AGG liegt vor bei scheinbar neutralen Vorschriften, Maßnahmen, Kriterien oder Verfahren, die sich aber faktisch diskriminierend auswirken, soweit dies nicht durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt ist.¹⁸ Der Begriff der Diskriminierung bezeichnet damit die Benachteiligung oder Herabwürdigung von Menschen – individuell, mit Blick auf eine tatsächliche oder aber zugeschriebene Zugehörigkeit zu einer vermeintlich homogenen Gruppe.

16 Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung der Gleichbehandlung vom 14.8.2006, BGBl. I-2006, Nr. 39, S. 1897. Die Europäische Kommission hat bereits eine weitere Richtlinie vorgeschlagen, die den Diskriminierungsschutz für alle Merkmale einander angleicht.

17 Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. EG L 180, S. 22; Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. EG L 303, S. 16; Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.9.2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. EG L 269, S. 15; Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13.12.2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung von Gütern und Dienstleistungen, ABl. EU L 373, S. 37.

18 Zur Abgrenzung siehe Schiek, Dagmar, in: Kocher, Eva / Schiek, Dagmar / Laskowski, Silke Ruth / Welti, Felix / Schmidt, Marlene, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: Ein Kommentar aus europäischer Perspektive, München, 2007, § 3, RN 18.

Der Unterschied zwischen unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung realisiert sich in der Lebenswirklichkeit oft nur als Unterschied zwischen ausdrücklicher und offenkundiger Ungleichbehandlung und subtiler, scheinbar neutraler Ungleichbehandlung. Im Bereich der Auftragsvergabe wäre es unmittelbar diskriminierend, einen Auftrag nur für Männer auszuschreiben; es wäre mittelbar diskriminierend, einen Auftrag nur für Menschen mit Eigenschaften auszuschreiben, die de facto ganz überwiegend Männer haben, wenn dies nicht ausnahmsweise zu rechtfertigen sein sollte.

Das AGG gilt allerdings bei der Auftragsvergabe nicht unmittelbar. Es gilt in seinem arbeitsrechtlichen Teil (§§ 6-18) für Arbeitnehmende und Auszubildende der Privatwirtschaft, aber auch für Stellenbewerbungen. Für verbeamtete und andere Beschäftigte des Bundes und der Länder findet es im Dienstrecht gemäß § 24 AGG entsprechende Anwendung. Darüber hinaus gilt es gemäß §§ 19 – 21 AGG auch für bestimmte Bereiche des privaten Vertragsrechts. Nach § 2 bezieht es sich auf

- die Bedingungen für den Zugang zur Erwerbstätigkeit sowie für den beruflichen Aufstieg, einschließlich Arbeitsentgelt und Entlassungsbedingungen,
- die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen einschließlich Arbeitsentgelt und Entlassungsbedingungen,
- den Zugang zu Berufsberatung, Berufsbildung, Berufsausbildung, beruflicher Weiterbildung sowie Umschulung und praktischer Berufserfahrung,
- Mitgliedschaft und Mitwirkung in Gewerkschaften und Arbeitgebervereinigungen und Vereinigungen, deren Mitglieder einer bestimmten Berufsgruppe angehören,
- den Sozialschutz, einschließlich der sozialen Sicherheit und der Gesundheitsdienste,
- die sozialen Vergünstigungen,
- die Bildung,

- den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum.

Es entspricht damit der Zielsetzung des AGG, auch bei mittelbaren Einwirkungen des Staates auf die Arbeits- und Wirtschaftswelt der Gleichstellung Rechnung zu tragen. Daneben finden sich im sonstigen Gleichstellungsrecht durchaus deutlicher vergabeorientierte Ansätze.¹⁹ Insgesamt ist Recht gegen Diskriminierung ohnehin dynamisch angelegt, da umfassend gegen tradierte Vorurteile und benachteiligende Strukturen interveniert werden soll. Allgemein – und erneut mit Blick auch auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben für jedes staatliche Handeln – lässt sich also davon ausgehen, dass auch im Vergabeverfahren ein Grundsatz des Diskriminierungsschutzes gilt.

Definition: Diskriminierungsschutz

Der Diskriminierungsschutz im Vergabeverfahren erfasst alle Maßnahmen, die sowohl der Förderung als auch der Sicherung von Gleichberechtigung von Menschen dienen, die aufgrund des Geschlechts, der Ethnizität, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Orientierung benachteiligt werden.

3.4 Zielkonflikte?

Diskriminierungsschutz steht mit prioritären Zielen der öffentlichen Auftragsvergabe, nämlich der sparsamen und wirtschaftlichen Verwendung der Haushaltsmittel im Wettbewerb, zunächst in keinem offensichtlichen inneren Zusammenhang. Daraus könnten sich durchaus Konflikte ergeben. Konfliktreich stehen Vergaberecht und Gleichstellungsrecht beispielsweise zueinander, wenn gleichstellungsorientierte Vorgaben den Gesamtpreis für einen Auftrag für den öffentlichen Auftraggeber erhöhen, falls ein bietendes Unternehmen, das entsprechende Kriterien bisher nicht erfüllt, eventuell Aufwendungen tätigen muss, um diesen Kriterien gerecht zu werden. Konflikte sind auch denkbar, wenn gleichstellungsorientierte Kriterien auf einen bestimmten bislang benachteiligten Kreis als Bieterkreis zugeschnitten werden, da dies den

¹⁹ Siehe dazu unten 5.2.4.

Wettbewerb um die Vergabe einschränkt.²⁰ Produktiv können Vergabeziele und Gleichstellungsziele aber dann zusammen wirken, wenn und insofern der Staat mit der Auftragsvergabe übergreifende Gemeinwohlbelange sichern möchte. Die Auftragsvergabe ist dann – neben Recht oder Organisation - ein Mittel zur Erreichung dieser Ziele.

4 Die Zweiteilung des Vergaberechts nach Schwellenwerten

Die Integration der Gleichstellungszielsetzung in die Vergabe muss nun die Besonderheiten des Vergaberechts beachten. Prägend ist dabei zunächst die Zweiteilung in den Oberschwellen- und Unterschwellenbereich. Sie ist europarechtlich vorgegeben und wurde im deutschen Recht durch das Vergaberechtsänderungsgesetz²¹ eingeführt.

Auf Vergaben mit Beträgen ab bestimmten Schwellenwerten, die sich an den gemeinschaftsrechtlichen Schwellenwerten orientieren, sind die Regeln der §§ 97 ff. GWB mit ihrer „kartellrechtlichen Lösung“ nach § 100 Abs. 1 GWB i. V. m. § 2 der nach §§ 97 Abs. 6, 127 GWB erlassenen Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung, VgV) anwendbar. Für Vergaben unterhalb dieser Schwellenwerte verbleibt es dagegen bei der früheren, „haushaltsrechtlich“ geprägten Rechtslage. Die Europäische Kommission setzt sich allerdings dafür ein, die bisherigen Schwellenwerte zu relativieren; in einer Mitteilung hat sie die Binnenmarktrelevanz des Unterschwellenbereichs ausgearbeitet²² und zielt darauf, auch unterhalb der Schwellenwerte eine europaweite Ausschreibung verpflichtend werden zu lassen.²³

20 Martin-Ehlers, Andres, Die Unzulässigkeit vergabefremder Aspekte, WuW 1999, S. 685, 687; EuGH, Urt. v. 27.09.2001 – Rs. C-16/00 = „Nord-Pas-De-Calais“.

21 Gesetz zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgRÄG) v. 26.8.1998, BGBl. I-1998, S. 2512.

22 Mitteilung der Europäischen Kommission vom 1.8.2006 zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, ABI. EU 2006/C 179/02.

23 Vgl. Mitteilung der Europäischen Kommission vom 1.8.2006 zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, a.O.

5 Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte

Für Aufträge, die die gemeinschaftsrechtlichen Schwellenwerte übersteigen, hat der öffentliche Auftraggeber europarechtliche sowie bundes- und landesrechtliche Vorgaben zu beachten.

5.1 Europarecht

Das geltende deutsche Recht der öffentlichen Auftragsvergabe beruht oberhalb der Schwellenwerte ganz überwiegend auf gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben.²⁴ Sie ergeben sich sowohl aus Regeln des europäischen Vertragsrechts, also dem Primärrecht, wie auch aus europarechtlichen Verordnungen und Richtlinien, also dem Sekundärrecht.

5.1.1 Primärrecht

Obwohl das öffentliche Auftragswesen im EG-Vertrag nicht explizit geregelt wird²⁵, besteht doch Einigkeit, dass es vom Regelungsbereich des EGV und mithin von den Grundfreiheiten erfasst wird.²⁶ Die Grundfreiheiten sind unmittelbar, also ohne gesonderte Umsetzung in nationales Recht, anwendbar und verleihen EU-Angehörigen subjektive Rechte.²⁷ Sie sind von nationalen Gerichten und Behörden mit Vorrang vor entgegenstehendem nationalem Recht anzuwenden, und zwar unabhängig davon, ob sich die Begünstigten hierauf berufen. Die Mitgliedstaaten sind also auch ohne eine ausdrückliche primärrechtliche Regelung bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen nicht

24 Noch, Rainer, Vergaberecht und subjektiver Rechtsschutz: eine Darstellung nach europäischem und deutschen Recht, Baden Baden, 1998, S. 1, bezeichnet die grundlegenden und sehr weitgehenden Umwälzungen im deutschen Vergaberecht als „Paradebeispiel“ für die starke Einwirkung des Europarechts auf bestehende nationale Rechtsstrukturen.

25 Vgl. Dobmann, Volker, Die Tariftreueerklärung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, Baden Baden, 2007, S. 34 ff. m.w.N.; Nach einem der „Väter des Vertrages“ sei eine ausdrückliche Regelung des öffentlichen Auftragswesens von den Parlamenten aufgrund der starken protektionistischen Traditionen nicht akzeptiert worden, vgl. hierzu Meyer, Nina, Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 2002 S. 124.

26 Stolz, Kathrin, Das öffentliche Auftragswesen in der EG: Möglichkeiten und Grenzen der Liberalisierung, Baden Baden, 1991, S. 5 f. m.w.N.

27 Die unmittelbare Anwendbarkeit der Grundfreiheiten hat der EuGH bereits früh anerkannt: EuGH, Urt. v. 5.2.1963, RS 26/62, Slg. 1963, S. 3, 24 ff.– „van Gend & Loos“; EuGH, Urt. v. 17.12.1970, Rs. 33/70, Slg. 1970, 1213 (1233) = „S.A.C.E.“; EuGH, Urt. v. 21.6.1974, Rs. 2/74, Slg. 1974, 631 = „Reyners“; EuGH, Urt. v. 3.12.1974, Rs. 33/74, Slg. 1974, 1299 – „van Binsbergen“; EuGH, Urt. v. 22.6.1989, Rs. 103/88, Slg. 1989, S. 1839, TZ 30 f. – „Costanzo“. Die unmittelbare Anwendung der Grundfreiheiten beruht auf dem Gedanken, dass die uneingeschränkte gleichmäßige Geltung des Gemeinschaftsrechts in allen Mitgliedstaaten entscheidend für das Funktionieren der Gemeinschaft ist, vgl. Kling, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, Mainz, 2000, S. 24 m.w.N.

völlig frei. Sie haben vielmehr die Grundfreiheiten, die das Mittel zur Errichtung des Gemeinsamen Marktes sind, immer zu beachten.

Die Grundfreiheiten sind Ausprägungen des allgemeinen Diskriminierungsverbots des Art. 12 EGV.²⁸ Wenn ein öffentlicher Auftraggeber Waren oder Dienstleistungen bezieht oder Bauleistungen vergibt, sind in erster Linie die Art. 28, 43, 49 EGV berührt. Der EuGH entwickelte aus den Grundfreiheiten vergaberechtliche Grundsätze.²⁹ Besonders wichtig ist das Transparenzgebot.³⁰ Dieses gilt wie die anderen Primärrechte auch in Verfahren, die von den europäischen Vergaberichtlinien oder umsetzendem nationalen Recht mangels Erreichens der Schwellenwerte nicht erfasst werden. Hier bilden die Grundfreiheiten den einzigen gemeinschaftsrechtlichen Prüfungsmaßstab für die Kontrolle der Rechtmäßigkeit von Vergabeentscheidungen der Mitgliedstaaten wie auch der Europäischen Gemeinschaft selbst.³¹ Für Vergaben oberhalb der Schwellenwerte ist die Bedeutung der Grundfreiheiten zwar durch die sekundärrechtlichen Regelungen in den letzten Jahren zurückgedrängt worden. Jedoch sind die Normen des Primärrechts als gegenüber den Richtlinien höherrangiges Recht auch dort weiterhin zu beachten.

Aus gleichstellungsrechtlicher Sicht ist zudem Art. 3 Abs. 2 EGV relevant. Danach soll bei allen Tätigkeiten der EU im Sinne des Art. 3 Abs. 1 EGV darauf hingewirkt werden, Ungleichheiten zu beseitigen und die Gleichstellung von

28 Kling, Michael, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, Mainz, 2000, S. 8 m.w.N.

29 EuGH, Urt. v. 22.6.1993 – C-243/89, „Storebaelt“, EuZW 1993, S. 607 ff., RN 33 ff.; EuGH, Urt. v. 25.4.1996 – C-87/94, „Wallonische Busse“, EuZW 1996, S. 54 ff., RN 70 ff.; EuGH, Urt. v. 13.10.2005 – C-458/03, „Parking Brixen“, EuZW 2005, S. 727 ff., RN 48 f.; EuGH, Urt. v. 6.4.2006 – C-410/04, „Bari“, EuZW 2006, S. 415 ff, RN 21. Bevor der Gemeinschaftsgesetzgeber im Laufe der letzten 30 Jahre zahlreiche sekundärrechtliche Normen zur Öffnung der europäischen Vergabemärkte erlassen hatte, waren die Grundfreiheiten der einzige Ansatzpunkt für die Rechtsprechung des EuGH, Diskriminierungen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zu unterbinden. Wichtig waren die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit im Zusammenhang mit öffentlichen Bauaufträgen; für die Vergabe öffentlicher Lieferaufträge eher die Regeln über den freien Warenverkehr. Vgl. Sterner, Frank, Rechtbindungen und Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, München, 1996, S. 37 m.w.N.

30 Vgl. Prieß, Hans-Joachim, Handbuch des europäischen Vergaberechts – Gesamtdarstellung der EU/EWR – Vergaberegeln mit Textausgabe, 3. Auflage, Köln, 2006, S. 8 m.w.N.

31 Otting, Olaf, Zur Zulässigkeit beschaffungsfremder Vergabekriterien, Stadt und Gemeinde 1996, S. 461, 462; Prieß, Hans-Joachim, Handbuch des europäischen Vergaberechts – Gesamtdarstellung der EU/EWR – Vergaberegeln mit Textausgabe, 3. Auflage, Köln, 2006, S. 22.

Männern und Frauen zu fördern. Der Gleichstellungsgedanke findet sich also in der Europäischen Gemeinschaft als Zielbestimmung wieder. Daher wird auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur argumentiert, der Gedanke des Art. 3 Abs. 2 EGV stehe für die Zulässigkeit jedenfalls der Frauenförderung im Rahmen des öffentlichen Auftragswesens.³² Allerdings findet Art. 3 Abs. 2 EGV nicht unmittelbar Anwendung, da er unmittelbar nur die Tätigkeit der Gemeinschaft und nicht der Mitgliedstaaten betrifft.

5.1.2 Sekundärrecht

Für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen oberhalb der Schwellenwerte ist das sekundäre Gemeinschaftsrecht von entscheidender Bedeutung.

5.1.2.1 Vergaberichtlinien

Die aktuelle Rechtslage wird durch zwei junge Vergaberichtlinien bestimmt, die die früheren vier materiellrechtlichen Vergaberichtlinien ersetzen. Die Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG fasst die vorherigen Baukoordinierungs-, Lieferkoordinierungs- und Dienstleistungs koordinierungsrichtlinien zusammen; die Sektorenkoordinierungsrichtlinie 2004/17/EG tritt an die Stelle der früheren Sektorenrichtlinie. Darüber hinaus gelten noch die Rechtsmittelrichtlinien.³³

Die Umsetzungsfrist für die EU-Mitgliedstaaten für die aktuellen Vergaberichtlinien endete am 31.01.2006; die deutsche Gesetzgebung ist hier noch im Fluss.³⁴ Die erste Stufe der Vergaberechtsreform zur Umsetzung der

32 Vgl. Ziekow, Jan, Vergabefremde Zwecke und Europarecht, NZBau 2001, S. 72, 78; Neßler-Boehme, Volker, Politische Auftragsvergabe durch den Staat, DÖV 2000, S. 145, 151; Rust, Ursula, Die sozialen Kriterien im Vergaberecht – eine Duplik auf Rittner, EuZW 1999, S. 677, EuZW 2000, S. 205, 207.

33 Richtlinie 89/665/EWG des Rates v. 21.12.1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, ABl. L 395, S. 33 ff.; Richtlinie 92/13/EWG des Rates v. 25.12.1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. L 76, S. 14 ff.; Beide zuletzt geändert durch Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.12.2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge, ABl. L 335, S. 31 ff.

34 Die „rot-grüne“ Regierungskoalition hatte in der 15. Legislaturperiode die Absicht, die Umsetzung der EU-Richtlinien zum Anlass zu nehmen, gleichzeitig eine Vereinfachung dieses komplexen und undurchsichtigen Rechtsgebietes vorzunehmen; Arlt, Annett, Die Umsetzung der Vergabekoordinierungsrichtlinien in Deutschland, VergabeR-Sonderheft (2a), 2007, S. 280. Doch nach der Neuwahl des Deutschen Bundestages beschloss die neue Bundesregierung

EU-Vergaberichtlinien ist Ende 2006 in Kraft getreten.³⁵ Mit der Dritten Verordnung³⁶ zur Änderung der Vergabeverordnung und mit den Verdingungsordnungen VOL/A 2006³⁷, VOB/A 2006³⁸ und VOF 2006³⁹ wurden die als zwingend angesehenen EU-Vorschriften übernommen. Die Umsetzung der weiteren EU-Vorgaben steht jedoch noch aus.⁴⁰

Die EU-Richtlinien kommen erst ab Erreichen der in diesen festgesetzten Schwellenwerten zur Anwendung. Der Schwellenwert liegt gemäß Art. 7 VKR bzw. für Deutschland nach § 100 Abs. 1 GWB i.V.m. § 2 VgV bei EUR 162.000 für Liefer- und Dienstleistungsaufträge, die von zentralen Regierungsbehörden i.S.d. Anhang IV der VKR als öffentliche Auftraggeber vergeben werden, bei EUR 249.000 für sonstige öffentliche Liefer- und Dienstleistungsaufträge außerhalb des Sektorenbereichs sowie bei EUR 242.000 bei öffentlichen Bauaufträgen.

Die Berliner Verwaltung ist kein Sektorenauftraggeber, sondern ein klassischer öffentlich-rechtlicher Auftraggeber. Für sie gilt daher vorrangig die Vergabekoordinierungsrichtlinie.⁴¹ Die Möglichkeit, soziale und ökologische Zielsetzungen zu verfolgen oder zu berücksichtigen, findet sich in deren Art. 19, 23, 26, 53.

Ende 2005, die Regelungen des deutschen Vergaberechts beizubehalten und die Richtlinien zu integrieren; Vgl. Beschluss der Bundesregierung über Schwerpunkte zur Vereinfachung des Vergaberechts im bestehenden System vom 28.06.2006:

<http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/B/beschluss-der-bundesregierung-ueber-schwerpunkte-zur-vereinfachung-des-vergaberechts-im-bestehenden-system,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf>.

35 Vgl. Art. 2 der Dritten Verordnung zur Änderung der Vergabeverordnung v. 26.10.2006, BGBl. I-2006, S. 2334 f. http://www.dstgb-vis.de/home/aktuelles_news/aeltere_beitraege/vergaberechtsreform_zum_01_november_2006_in_kraft_getreten/index.html

36 Dritte Verordnung zur Änderung der Vergabeverordnung v. 26.10.2006, BGBl. I-2006, S. 2334 f.

37 VOL/A Ausgabe 2006 v. 6.4.2006: <http://www.bmwi.de/BMWi/Navigation/Service/gesetze,did=191324.html>

38 VOB/A Ausgabe 2006 v. 20.3.2006: http://www.bmvbs.de/Anlage/original_982127/VOB-A_Ausgabe-2006.pdf

39 VOF Ausgabe 2006 v. 16.3.2006: <http://www.bmwi.de/BMWi/Navigation/Service/gesetze,did=191328.html>

40 Dies betrifft beispielsweise die neuen Verfahren „elektronische Auktionen“ und „dynamische Beschaffungssysteme“.

41 Darüber hinaus können die Überlegungen zur VKR auf die SKR übertragen werden, da der Wortlaut der in der SKR enthaltenen Artikel bis auf die Nummernfolge teilweise identisch sind.

Zu den sozialen Belangen gehört auch der Diskriminierungsschutz. Dafür spricht schon die Geschichte der VKR. Noch vor ihrem Erlass hatte die Europäische Kommission 2001 in einer Interpretierenden Mitteilung die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge untersucht.⁴² Die Kommission betonte, dass dem Begriff „soziale Belange“ ein weiter Bedeutungsradius zukomme und sehr unterschiedliche Bereiche abgedeckt würden. Garantiert werden solle die Einhaltung der Grundrechte einschließlich der Grundsätze der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung; zudem sollten einzelstaatliche sozialrechtliche Vorschriften sowie die Umsetzung der einschlägigen Richtlinien der Gemeinschaft erfasst sein.⁴³ Ein Beispiel dafür sind auch Präferenzklauseln wie § 141 SGB IX zur vorrangigen Berücksichtigung von Werkstätten für Behinderte.⁴⁴

Tatsächlich kommt ein Diskriminierungsschutz im Vergabeverfahren der EU und ihrer Mitgliedstaaten bislang jedoch eher begrenzt zum Einsatz.⁴⁵ Die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Auftragswesen wird sowohl bei der Vergaberechtsgesetzgebung als auch in der Praxis zwar zunehmend, aber bislang auch eher kontrovers diskutiert.⁴⁶ Allerdings war auch die Frage, ob umweltbezogene Belange in das Vergabeverfahren mit einzubeziehen seien, jahrelang heftig umstritten und wurde von Teilen der Wirtschaft und Politik blockiert⁴⁷, gehört jedoch heute im Vergabeverfahren zum guten Ton. Im

42 Interpretierende Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeit zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, KOM (2001) 566 endgültig, 15.10.2001.

43 Interpretierende Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeit zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, KOM (2001) 566 endgültig, 15.10.2001, S. 5.

44 Interpretierende Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeit zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, KOM (2001) 566 endgültig, 15.10.2001, S. 6.

45 Vgl. die Studie im Auftrag der Europäischen Kommission im Dezember 2003: „Study of the Use of Equality and Diversity Considerations in Public Procurement. Final Report“, S. 17 ff., http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/stureps/pubproc_en.pdf

46 Steinberg, Philip, Vergaberechtliche Steuerung als Verbundaufgabe – Prozedurale und materielle Einwirkungsmöglichkeiten öffentlicher Auftraggeber im unvollkommenen Binnenmarkt, Baden Baden, 2005, 1 ff. m.w.N.; Nielsen, Ruth, Discrimination and equality in public procurement, 48 ff., online unter: <http://arbetsratt.juridicum.su.se/Filer/PDF/klaw46/discrimination.procurement.pdf>

47 Fischer, Kristian, Vergabefremde Zwecke im öffentlichen Auftragswesen: Zulässigkeit nach Europäischem Gemeinschaftsrecht, EuZW 2004, 492 ff.

Vordergrund der europäischen Vergaberechtssetzung stand zunächst auch nicht der Diskriminierungsschutz, sondern der Binnenmarkt und die Öffnung der öffentlichen Auftragsvergabe für den Wettbewerb. Insofern befindet sich das Vergaberecht derzeit in einer normalen und eben im Einzelnen auch kontroversen Phase der Anpassung an weitere Ziele.

5.1.2.2 Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs

Mit den Zielsetzungen des EG-Vergaberechts hat sich auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) befasst. In einer Reihe von Fällen⁴⁸ war zu entscheiden, ob weitergehende Anforderungen als die in den früheren Vergabekoordinierungsrichtlinien niedergelegten Eignungs- und Zuschlagskriterien EU-rechtlich zulässig sind. Dabei hob der EuGH in allen Entscheidungen den koordinierenden Charakter der europäischen Vergaberichtlinien hervor. Er entschied daher auch durchgängig, dass weitergehende Anforderungen zulässig seien, wenn sie mit den EG-Grundfreiheiten sowie dem allgemeinen europäischen Gebot der Nichtdiskriminierung aus Art. 12 EGV konform seien und wenn sie transparent gemacht würden.

Diese Linie hat der EuGH in seiner Entscheidung „Beentjes“⁴⁹ entwickelt, in den Entscheidungen „Nord-Pas-De-Calais“⁵⁰ sowie in „Concordia Bus Finland“⁵¹ fortgeführt sowie sie in der Entscheidung „Wienstrom“⁵² mit Blick auf zusätzliche Zuschlagskriterien zum Umweltschutz konkretisiert. Danach müssen weitergehende Anforderungen in Form von zusätzlichen Zuschlagskriterien nicht nur den Prinzipien des EG-Vertrages und dem Gebot der Transparenz entsprechen, sondern zusätzlich im Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen.⁵³ Zwar ging es im Fall „Wienstrom“ um

48 EuGH, Urt. v. 11.06.1987 – Rs. 27/86, 28/86, 29/86 = „CEI und Bellini“; Urt. v. 20.09.1988 – Rs. 31/87 = „Beentjes“; Urt. v. 27.09.2001 – Rs. C-16/00 = „Nord-Pas-De-Calais“; Urt. v. 17.09.2002 – Rs. 513/99 = „Concordia Bus Finland“; Urt. v. 04.12.2003 – Rs. 448/01 = „Wienstrom“; Urt. v. 03.04.2008 – Rs. C-346/06 = „Rüffert“.

49 EuGH, Urt. v. 20.9.1988 – Rs. 31/87 = „Beentjes“.

50 EuGH, Urt. v. 26.9.2000 – Rs. C-225/98 = „Nord-Pas-De-Calais“.

51 EuGH, Urt. v. 17.9.2002 – Rs. C-513/99 = „Concordia Bus Finland“.

52 EuGH, Urt. v. 04.12.2003 – Rs. 448/01 = „Wienstrom“.

53 Dem folgte auch der europäische Gesetzgeber in Art. 26, 53 VKR; vgl. auch Erwägungsgründe 1, 2.

umweltbezogene Belange. Doch hat sich der europäische Gesetzgeber in den Formulierungen der VKR und SKR dafür entschieden, diese in der Zuschlagsphase so zu behandeln wie die sozialen Bedingungen. Dies entspricht der Auffassung, die auch die Kommission in ihrer Interpretierenden Mitteilung⁵⁴ vertreten hatte. Zwar ließe sich argumentieren, dass umweltbezogene Belange eher einen Bezug zum Auftragsgegenstand haben als soziale Belange. Doch gilt dies heute auch nicht mehr für alle Umwelterwägungen, die z.B. im Rahmen des Klimaschutzes eine Rolle spielen. Daher dürften die Grundsätze der Rechtsprechung auch für soziale Belange gelten.

Die Rechtsprechung des EuGH unterscheidet allerdings zwischen den einzelnen Stufen des Vergabeverfahrens. Daraus ergeben sich je Verfahrensstufe unterschiedliche Prüfungs- und Zulässigkeitsanforderungen für Gleichstellungsanforderungen im Rahmen des Vergabeverfahrens. Dabei gilt das Gebot des engen Zusammenhangs, das Konnexitätsgebot, für die Zuschlagskriterien, die – auch nach Art. 53 VKR - im Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen müssen.⁵⁵ Es gilt jedoch nach Art. 26 VKR nicht für die Ausführungsbedingungen.⁵⁶ Also können auch Gleichstellungsziele wie z.B. die Beschäftigung von Angehörigen traditionell benachteiligter Gruppen, die in keinem direkten Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen, als Ausführungsbedingung formuliert werden.⁵⁷

5.1.3 Zwischenergebnis

Für das deutsche Vergaberecht ist das europäische Primärrecht mit seinen Grundfreiheiten, dem Diskriminierungsverbot und daraus abgeleiteten Grundsätzen relevant. Zudem ist die bereits weitgehend in deutsches Recht umgesetzte VKR zu beachten. Das Primärrecht gilt für die öffentliche

54 Interpretierende Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeit zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, KOM (2001) 566 endgültig, 15.10.2001.

55 Vgl. auch Erwägungsgrund 46 der VKR.

56 Vgl. EuGH, Urte. v. 04.12.2003 – Rs. 448/01 = „Wienstrom“. S.a. Erwägungsgrund 33 der VKR. Der Entwurf zur Änderung des GWB zur Modernisierung des Vergaberechts nennt in § 97 Abs. 4 soziale Belange als Ausführungsbedingungen, fordert allerdings anders als Art. 26 VKR einen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand. Dazu auch an anderer Stelle.

57 Dazu auch unten siehe 6.1.5.

Auftragsvergabe sowohl ober- als auch unterhalb der Schwellenwerte; die VKR kommt lediglich oberhalb der in ihr definierten Schwellenwerte zur Anwendung.

Aus europarechtlicher Sicht ist oberhalb der Schwellenwerte die Einbeziehung des Diskriminierungsschutzes aufgrund der Regelung des Art. 26 VKR in Form von Ausführungsbedingungen möglich. Im Rahmen der Vergabebedingungen muss dagegen ein enger Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand bestehen (Konnexität).

5.2 Bundesrecht

Für Berliner Vergabeverfahren sind neben dem Europarecht die bundesdeutschen Regelungen zu beachten. Das öffentliche Auftragswesen wird in Deutschland – anders als in Österreich, wo ein einheitliches Gesetz⁵⁸ vorliegt – in unterschiedlichen Vorschriften geregelt. Allgemeine Vorgaben ergeben sich aus der Verfassung, Details aus den gesetzlichen Regelungen.

5.2.1 Verfassungsrechtliche Vorgaben

Regelungen, die direkt die öffentliche Auftragsvergabe betreffen, gibt es im Grundgesetz nicht. Relevant können aber einige Grundrechte werden. In Betracht kommen Art. 12 GG (Berufsfreiheit), Art. 14 GG (Eigentumsgarantie), die Gleichheitsgebote des Art. 3 Abs. 1 und 3 GG, Art 2 Abs. 1 (Wirtschaftsfreiheit und Wettbewerb) sowie Art. 4 GG (Religionsfreiheit) und Art. 5 Abs. 1 GG (Meinungsfreiheit). Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber bestimmte öffentliche Belange zu verwirklichen hat. So hat er nach Art. 20 Abs. 1 GG das Sozialstaatsprinzip zu beachten, nach Art. 20 a GG die natürlichen Lebensgrundlagen zu schützen, nach Art. 109 Abs. 2 GG ein gesamtwirtschaftliches Gleichgewicht anzustreben und nach Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG die Gleichstellung der Geschlechter zu realisieren. Eventuelle Spannungslagen wären nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz zu lösen.⁵⁹

58 17. Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG 2006, BGBl. 2006, I, S. 1 ff. vom 31.01.2006.

59 Schäfer, Alexander, Öffentliche Belange im Auftragswesen und Europarecht, Berlin, 2003, 45.

Die Grundrechtsgeltung im öffentlichen Auftragswesen ist allerdings im Detail umstritten.⁶⁰ Eine Grundrechtsbindung bzw. -verpflichtung des Staates bei privatrechtlichen Handlungen wird als „Fiskalgeltung der Grundrechte“⁶¹ diskutiert.⁶² Auszugehen ist von der grundsätzlichen Relevanz der Grundrechte für das staatliche Handeln auch bei der Deckung seines Sach- und Dienstleistungsbedarfs. Wenn und soweit eine Rechtsfrage durch Gesetz geregelt ist, muss dieses grundrechtskonform ausgelegt werden.⁶³

5.2.2 Bundesgesetzlicher Rahmen

Das bundesdeutsche Vergaberecht nachvollzieht die europäische Zweiteilung des Vergaberechts nach den Schwellenwerten aus der VKR. Die Schwellen für den Auftragswert ergeben sich aus der Vergabeverordnung⁶⁴ (VgV). Oberhalb der Schwellenwerte gelten für die öffentliche Auftragsvergabe eine Vielzahl von nationalen, sowohl bundes-, landes- als auch kommunalrechtlichen Rechtsvorschriften; dies ist das „Kaskadenprinzip“⁶⁵ des deutschen Vergaberechts: Die Grundsätze und Rechtsschutzmöglichkeiten sind in den §§ 97-129 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) geregelt. § 97 Abs. 6 GWB ermächtigt die Bundesregierung zum Erlass einer

60 Vgl. statt vieler: Rittner, Fritz, Rechtsgrundlagen und Rechtsgrundsätze des öffentlichen Auftragswesens, Hamburg, 1988, S. 49; Hermes, Georg, Gleichheit durch Verfahren bei der staatlichen Auftragsvergabe, JZ 1997, S. 909, 912.

61 Erstmals wurde der Begriff verwendet von Löw, Konrad, Fiskalgeltung der Grundrechte, DÖV 1957, S. 879 ff.

62 Folgende Unterscheidung wird in der Literatur vorgenommen: Zu der fiskalischen Verwaltung gehören einerseits die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit des Staates und andererseits die privatwirtschaftlichen oder fiskalischen Hilfsgeschäfte. Die staatliche Auftragsvergabe wird unter die fiskalischen Hilfsgeschäfte subsumiert. Dabei ist der Fiskalbereich von dem Verwaltungsprivatrecht begrifflich zu unterscheiden. Unter Verwaltungsprivatrecht sind die Erfüllung öffentlicher Zwecke und Aufgaben (vor allem Daseinsvorsorge) durch Unternehmen der öffentlichen Hand in privater Rechtsform sowie die Zahlung von Subventionen und die Erbringung sonstiger Leistungen zu fassen.

63 Ossenbühl, Fritz, Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht, DÖV 1971, S. 513, 521.

64 Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge v. 9.1.2001, BGBl. I-2001, S. 110 zuletzt geändert durch Dritte Verordnung zur Änderung der Vergabeverordnung v. 26.10.2006, BGBl. I-2006, S. 2334 f.

65 Das noch immer bestehende „Kaskadensystem“ und damit die Unübersichtlichkeit des deutschen Vergaberechts sollte mit der Reform zur Umsetzung der aktuellen Vergaberichtlinien ursprünglich beseitigt werden. Allerdings wurde dies nach der Bildung der aktuellen Bundesregierung 2005 von dieser verworfen, um wahrscheinlich auch eine Verspätung der Umsetzung zu verhindern. Allerdings lässt sich der politischen Diskussion nach wie vor das Bestreben zur Vereinfachung des deutschen Vergaberechtsregimes entnehmen: Vgl. das Vergaberechtsinformationssystem des Deutschen Städte- und Gemeindetages: <http://www.dstgb-vis.de/home/index.html>

Rechtsverordnung über bei der Vergabe zu beachtenden Verfahrensvorschriften, was mit der Vergabeverordnung (VgV) als Bindeglied⁶⁶ umgesetzt wurde. Diese verweist in den §§ 4-7 VgV zur näheren Verfahrensregelung auf die drei Verdingungsordnungen (VOB/A, VOL/A, VOF).⁶⁷

Im bundesdeutschen Vergaberecht finden sich ebenfalls Regeln zur Beachtung sozialer Ziele. Sie zielen zunächst auf die Gleichstellung behinderter Menschen. Nach § 141 SGB IX (vormals §§ 54, 56 SchwbG) können – Im Einklang mit Art. 19 VKR - Aufträge der öffentlichen Hand im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung⁶⁸ bevorzugt anerkannten⁶⁹ Werkstätten für Behinderte angeboten werden, wenn diese den Auftrag ausführen können.⁷⁰ Auch das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie sieht in § 3 Nr. 4 in der von ihm erlassenen Richtlinie⁷¹ für die Berücksichtigung von Werkstätten für Behinderte und Blindenwerkstätten vor, dass anerkannten Werkstätten für Behinderte und Blindenwerkstätten immer dann der Zuschlag zu erteilen ist,

66 Die VgV stellt ein Bindeglied zwischen den gesetzlichen Regelungen über europaweit bekannt zu machende Vergabeverfahren und den einzelnen Verdingungsordnungen dar. Sie ist darüber hinaus das „Sammelbecken“ für alle bei der Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben erforderlich gewordenen Nachbesserungen.

67 Die VOB/A sowie die VOL/A sind ihrerseits in vier Abschnitte unterteilt, das „Schubladensystem“. Abschnitt 1 enthält die sog. „Basisparagrafen“, die unterhalb der Schwellenwerte anzuwenden sind. Abschnitt 2 enthält die Basisparagrafen und die sog. „a-Paragrafen“ und gilt im Bereich oberhalb der Schwellenwerte für klassische Auftraggeber. Die a-Paragrafen stellen europarechtlich determinierte Ergänzungen der Basisparagrafen dar. Abschnitt 3 regelt Vergaben in bestimmten Sektorenbereichen durch klassische staatliche Auftraggeber und enthält neben den a-Paragrafen die sog. „b-Paragrafen“. In Abschnitt 4 schließlich finden sich hingegen Vorschriften der Sektorenkoordinierungsrichtlinie (SKR), die von nach § 98 Abs. 4 GWB erfassten privaten Auftraggebern und staatlichen Sektorenauftraggebern in weitgehend liberalisierten Märkten zu beachten sind.

68 Vgl. hierzu auch BGH, Urt. v. 7.11.2006 – KZR 2/06.

69 Werkstätten für behinderte Menschen und Blindenwerkstätten (WfB) bedürfen einer Anerkennung durch die Bundesagentur für Arbeit bzw. die nach Landesrecht zuständigen Behörden, um bevorzugt zu werden § 141 SGB IX; § 5 BlindenwarenvertriebsG v. 9.4.1965, BGBl. I-1965, S. 311). Das Leistungsangebot der WfB umfasst Auftragsarbeiten, Eigenanfertigungen und Dienstleistungen. So sind sie insbesondere im Zuliefererbereich anzutreffen.

70 Eine ähnliche Regelung sieht auch das bulgarische Gesetz über öffentliche Ausschreibungen vor. Danach bestehen zwei Möglichkeiten: Erstens werden bestimmte Ausschreibungen spezialisierten Unternehmen mit Arbeitnehmern mit Behinderungen vorbehalten und zweitens wird in allgemeinen Ausschreibungen diesen spezialisierten Unternehmen Vorzug gegeben, vgl. hierzu auch: Europäische Kommission, Bericht über Gleichstellung, Vielfalt und Erweiterung in Beitritts- und Kandidatenstaaten, September 2003, S. 27.

71 Richtlinie vom 10.05.2001, BAAnz. 2001, Nr. 109, S. 11773, die nach § 159 Abs. 4 SGB IX bis zum Erlass von allgemeinen Verwaltungsvorschriften nach § 141 S. 2 SGB IX weiter anzuwenden sind.

wenn ihr Angebotspreis den des wirtschaftlich günstigsten Bieters um nicht mehr als 15% übersteigt.⁷² Diese Grundsätze sind mit den in den Ländern erlassenen Richtlinien im Wesentlichen identisch. Mit solchen Bevorzugungs- oder Präferenzregelungen soll die Eingliederung Behinderter in das berufliche, kulturelle und soziale Leben in der Bundesrepublik Deutschland erleichtert werden. Insbesondere soll die wettbewerbliche Benachteiligung dieser Personengruppe abgebaut und sie sollen stärker an öffentlichen Aufträgen beteiligt werden.

Die Beachtung sozialer Belange durch Präferenzklauseln ist auch von der deutschen höchstrichterlichen Rechtsprechung gebilligt worden. Der BGH hat ausgeführt, dass keine Diskriminierung oder unbillige Behinderung im Sinne des § 20 Abs. 1 GWB vorliege, wenn die Präferenzregel den sich an der Ausschreibung beteiligenden Unternehmen rechtzeitig zur Kenntnis gegeben werden, damit diese die Möglichkeit hätten, die Bedingungen für die Bevorzugung zu erfüllen.⁷³ Auch stellt der BGH fest, dass es weder der öffentlichen Hand als Normadressatin des § 20 Abs. 1 GWB noch einem anderen marktbeherrschenden Unternehmen grundsätzlich verwehrt sei, sich bei der Auswahl für die Vergabe auch von Gemeinwohlbelangen leiten zu lassen.⁷⁴ Allerdings dürften diese Gemeinwohlbelange nicht mit einem Mittel verfolgt werden, das mit der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes nicht vereinbar ist.⁷⁵ So müssten die sich an einem Gemeinwohlbelang orientierenden Voraussetzungen, die Bietende erfüllen sollen, auch von anderen erfüllt werden können; zudem müssen sie im Rahmen einer Ausschreibung offen gelegt werden. Es sei nichts dagegen einzuwenden, wenn die öffentliche Hand bereits in der Ausschreibung darauf hinweise, dass sie Unternehmen in einem im Einzelnen darzulegenden Umfang bevorzugt, die sich verpflichten, verstärkt behinderte Menschen zu beschäftigen.⁷⁶ Folglich dürfen öffentliche Auftraggeber Gemeinwohlbelange aus kartellrechtlicher Sicht

72 Meyer, Nina, Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, Berlin, 2002, S. 68.

73 BGH, Urteil v. 7.11.2006 – KZR 2/06, Tenor.

74 Vgl. zur Interessenabwägung bei § 20 Abs. 4 GWB: BGHZ 151, S. 274, 280 f., 283 – Fernwärme für Börsen; BGH, Urteil v. 7.11.2006 – KZR 2/06, RZ 15.

75 Vgl. BGH, Beschluss v. 18.1.2000 – KVR 23/98; BGH, Urteil v. 7.11.2006 – KZR 2/06, RZ 16.

76 BGH, Urteil v. 7.11.2006 – KZR 2/06, RZ 16.

beachten, sofern diese mit dem Wettbewerb vereinbar sind und transparent gemacht wurden.

Das bundesdeutsche Vergaberecht kennt darüber hinaus weitere soziale Anforderungen an die Vergabe. Allerdings hat der EuGH hier dem deutschen Gesetzgeber auch mehrfach Grenzen gesetzt.⁷⁷ Angemessen berücksichtigt werden müssen und dürfen derzeit mittelständische Interessen; § 97 Abs. 3 GWB. Auch können Umweltbelange auf allen Stufen des Vergabeverfahrens Berücksichtigung finden.⁷⁸ Zudem bindet der Bund die Vergabe an eine Scientology-Schutzerklärung.⁷⁹ Insofern ist die Berücksichtigung weitergehender Anforderungen im Rahmen des Vergabeverfahrens auch bundesdeutsche Realität.

Gleichstellungsanforderungen bei der Vergabe finden sich bislang nur auf landesrechtlicher Ebene. Das AGG adressiert Vergabeverfahren direkt nicht. Damit fällt es im Niveau der staatlichen Bindung an den Diskriminierungsschutz z.B. im Vergleich mit Großbritannien zurück; dort verpflichtet die Ergänzung zum Race Relations Act (Amendment 2000)⁸⁰ öffentliche Akteure durchgängig dazu, in allen Handlungen Diskriminierung zu vermeiden.⁸¹ Auch anderen Staaten ist diese Idee nicht fremd⁸². Das Bundesrecht hat sich hier jedoch noch

77 Das gilt für die Tariftreue und für Präferenzregelungen für ostdeutsche Unternehmen, die jeweils gegen Art. 12 EGV verstießen. Tariftreue als Kriterium für die Vergabe öffentlicher Bauaufträge wurde in Deutschland erstmals durch das Berliner Vergabegesetz aus dem Jahr 1999 vorgeschrieben; 2002 folgten Tariftreuegesetze in Bayern und im Saarland. Die Klausel stieß im Bund auf den Widerstand der unionsgeführten Länder; im Vermittlungsausschuss mit dem Bundesrat konnte keine Einigung gefunden werden. Der Bundesrat lehnte einen Gesetzentwurf am 12.7.2002 ab. Dazu auch unten.

78 Vgl. dazu ausführlich „Umweltorientierte Beschaffung“ – Ein Handbuch für ein umweltorientiertes öffentliches Beschaffungswesen, Europäische Kommission (Hrsg.): http://www.um.baden-wuerttemberg.de/servlet/is/28782/Handbuch_Beschaffung_EU.pdf?command=downloadContent&filename=Handbuch_Beschaffung_EU.pdf

79 Bekanntmachung des Rundschreibens über die Anwendung einer Schutzklausel zur Abwehr von Einflüssen der Scientology Organisation und deren Unternehmen auf öffentlich Bedienstete bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen des Bundes über Beratungs- und Schulungsleistungen vom 8.7.2001, BAnz Nr. 155, S. 18174 vom 21.8.2001: <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/S-T/scientology,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf>

⁸⁰ § 19B „Discrimination by public authorities“, Race Relation (Amendment) Act 2000.

⁸¹ Dazu im Einzelnen unten 8.2.; zum Landesrecht sogleich.

⁸² Im Öffentlichen Auftragswesen der Schweiz wird die Gleichstellung von Frauen und Männern als Bedingung schon seit längerem praktiziert. Vorreiter in diesem Bereich war auch die USA bzgl. des contract compliance in Bezug auf die Gleichstellung von Frauen und Männern sowohl

nicht geändert. Die Gleichstellung hinsichtlich anderer Merkmale als der Behinderung ist bislang nicht ausdrücklich in das Vergaberecht integriert.

5.2.3 Rechtspolitische Entwicklungen

Das Vergaberecht des Bundes ist allerdings in Bewegung. Es soll auch in Umsetzung der europäischen Vorgaben deutlich verschlankt und entbürokratisiert werden.⁸³ Dazu liegt ein Gesetzentwurf⁸⁴ für Vergaben oberhalb der Schwellenwerte vor. Er sieht vor, dass für die Auftragsausführung zusätzliche Anforderungen für die Ausführung des Auftrags berücksichtigt werden können, insbesondere soziale, umweltbezogene und innovative Aspekte. In der Leistungsbeschreibung könnten Auftraggeber beispielsweise die Begrenzung des Schadstoffausstoßes von Dieselmotorkraftfahrzeugen oder die Brennstoffzelltechnologie berücksichtigen. Durch die Beschreibung der Leistung als „Strom aus erneuerbaren Energiequellen“ oder „Recycling-Papier“ könnten auch mittelbar bestimmte Produktionsverfahren vorgegeben werden. Zudem könnten sich Anforderungen auf die Beschäftigung von Auszubildenden oder Langzeitarbeitslosen beziehen. Daneben könnten Arbeitsbedingungen eine Rolle spielen. So sollten Auftraggeber nach dem Gesetzesentwurf die Pflasterung öffentlicher Plätze mit Steinen verlangen können, die eventuell auch im Ausland unter Einhaltung der Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation produziert wurden. Damit wären Unternehmen, die Kernarbeitsnormen der ILO nicht beachten, zwingend vom Wettbewerb um öffentliche Aufträge auszuschließen. Nach der Gesetzesbegründung zählen zu den in § 97 Abs. 4 S. 2 GWB-Entwurf genannten sozialen Anforderungen auch Maßnahmen, die die gleichberechtigte Teilhabe von Männern und Frauen im Erwerbsleben betreffen.⁸⁵ Dies betreffe insbesondere die Entgeltgleichheit von Männern und Frauen.

im Erwerbsleben als auch als UnternehmerInnen, vgl. McCrudden, Christopher, *Buying Social Justice – Equality, Government Procurement & Legal Change*, Oxford, 2007, S. 6 ff.

⁸³ Vgl. <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/Gesetz/entwurf-gesetz-zur-modernisierung-des-vergaberechts,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf>

⁸⁴ Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, BT-Drucks. 16/10117 v. 13.8.2008.

⁸⁵ Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Modernisierung des Vergaberechts, BT-Drucks. 16/10117 v. 13.8.2003, S. 20 ff.

Das Vorhaben ist aber schon innerhalb der Bundesregierung umstritten. Das Bundesumweltministerium und das Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit sind für „weitergehende Faktoren“ in der Vergabe; dagegen sind insbesondere das federführende Bundeswirtschaftsministerium sowie das Bundesverkehrsministerium, die gegen eine Ausweitung auf „soziale Belange“ votieren.⁸⁶

Der Bundesrat hat nach ebenfalls kontroverser Debatte⁸⁷ auch in den Ausschüssen⁸⁸ am 4.7.2008⁸⁹ zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung Stellung genommen. Er begrüßt die Zielsetzung des Gesetzesentwurfs, das Vergaberecht zu modernisieren. Entgegen der Empfehlungen der Ausschüsse bejaht der Bundesrat auch die Berücksichtigung weitergehender Anforderungen im Entwurf zu § 97 Abs. 4 GWB.⁹⁰

Allerdings ist der Entwurf mit Blick auf die gleichstellungsorientierte Vergabe nicht unproblematisch. Insbesondere hat das federführende Bundeswirtschaftsministerium das Konnexitätsgebot ausgeweitet, wonach Gleichstellungskriterien mit dem Auftragsgegenstand unmittelbar zusammen hängen müssten.⁹¹ Das ist in Art. 26 VKR nicht vorgesehen. Es würde die Möglichkeiten der öffentlichen Auftragsvergabe in der Formulierung von sozialen Ausführungsbedingungen erheblich einschränken. Nach der Begründung des derzeitigen Entwurfs⁹² könnten die Anforderungen der Vergabe die Beschäftigung von Auszubildenden oder Langzeitarbeitslosen für

86 Vgl. hierzu: „Aktuelles zur Vergaberechtsreform“ am 28.06.2007 unter <http://www.dstgb-vis.de/home/index.html>

87 Vgl. hierzu den ablehnenden Standpunkt des DSTGB am 28.06.2007, formuliert von Portz, Norbert, Entbürokratisierung und Investitionsbeschleunigung ernst nehmen – Zehn Kernforderungen des DStGB an eine Novellierung des Vergaberechts unter <http://www.dstgb-vis.de/home/index.html>

88 BR-Drucks. 349/1/08 v. 20.6.2008. Bedenken bezogen sich auf Neuregelungen zu § 97 Abs. 3 GWB (Mittelstandsklausel) und § 97 Abs. 4 GWB (weitergehende Anforderungen).

89 BR-Drucks. 349/08 – Beschluss v. 4.7.2008.

90 BR-Drucks. 349/08 (Beschluss) v. 4.7.2008 – Stellungnahme des Bundesrates; BR-Drucks. 349/1/08 v. 20.6.2008 – Empfehlungen der Ausschüsse.

91 Es soll auch für die zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung gelten; vgl. Gesetzesentwurf Art. 1 Abs. 2 lit. b: <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/Gesetz/entwurf-gesetz-zur-modernisierung-des-vergaberechts,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf>

92 Entwurf der Begründung des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, S. 6, 10: <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/Gesetz/entwurf-gesetz-zur-modernisierung-des-vergaberechts,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf>

den konkreten Auftrag betreffen. Sie könnten auch angemessenes Entgelt zur Sicherstellung der Qualifikation des Personals fordern oder die Entgeltgleichheit verlangen. Jedoch wären weitere Anforderungen an die Unternehmens- und Geschäftspolitik ohne konkreten Bezug zum Auftrag nur landesgesetzlich möglich. Allgemeine Ausbildungsquoten, Quotierungen von Führungspositionen zugunsten der Gleichstellung, eine Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen u.ä. könnte dann der Berliner Gesetzgeber regeln; dies müsste weiter europarechtskonform sein.

Der bundesrechtliche Entwurf ist daher insbesondere vom Deutschen Juristinnenbund (djb) mit überzeugenden Argumenten kritisiert worden.⁹³ Die Vergabe öffentlicher Aufträge sei ein geeignetes Instrument zur Durchsetzung gerade der Gleichstellung der Geschlechter im Erwerbsleben. Aus Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG ergebe sich eine Verpflichtung des Staates, die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung der Geschlechter zu fördern und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinzuwirken. Das öffentliche Auftragswesen habe gerade in Zeiten knapper öffentlicher Mittel und schwacher Konjunktur eine große Bedeutung für die staatliche Wirtschaftspolitik. Öffentliche Auftragsvergabe sei sowohl ein Instrument der Konjunktur- als auch der Infrastrukturpolitik und gleichzeitig ein Steuerungs- und Förderinstrument von Wettbewerb und Sozialstaat.

Die Kritik des djb ist keine isolierte Stellungnahme. Im Rahmen der Querschnittsaufgabe Gleichstellungspolitik gibt es Bemühungen in der Bundesregierung, beispielsweise bei der Vergabe von Forschungsaufträgen Gleichstellungsaspekte zu beachten.⁹⁴ Auf der Ebene der Bundesregierung sah auch das Aktionsprogramm „Frau und Beruf“ der rot-grünen Koalition in ihrem Koalitionsvertrag 1998 „eine „Bindung der öffentlichen Auftragsvergabe an frauenfördernde Maßnahmen“ vor.⁹⁵ Anstelle eines Gesetzes traf die

93 Deutscher Juristinnenbund (djb), Offener Brief zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der öffentlichen Auftragsvergabe, Stellungnahme v. 16.07.2007, abrufbar unter: <http://www.djb.de/Kommissionen/kommission-oeffentliches-recht-europa-und-voelkerrecht/St-07-14-%C3%B6ffentl.-Auftragsvergabe/>; Stellungnahme v. 28.4.2008 zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts; http://www.djb.de/Kommissionen/kommission-arbeits-gleichstellungs-und-wirtschaftsrecht/St08-09_Vergaberecht/.

94 Vgl. <http://www.genderkompetenz.info/genderkompetenz/handlungsfelder/forschung/>

95 Siehe ZRP 1998, S. 485 ff., S. 497 oder Aufbruch und Erneuerung - Deutschlands Weg ins 21. Jahrhundert, Koalitionsvereinbarung zwischen der Sozial Demokratischen Partei Deutschlands

Bundesregierung 2001 mit den Spitzenverbänden der deutschen Wirtschaft eine Vereinbarung auf freiwilliger Basis und ohne Sanktionsmechanismen zur Förderung der Chancengleichheit von Frauen und Männern.⁹⁶ Darin sagen die Spitzenverbände zu, ihre Mitglieder zu entsprechenden Maßnahmen anzuhalten. Solange diese Vereinbarung erfolgreich umgesetzt wird, verzichtete die damalige Bundesregierung darauf, auf gesetzlichem Wege tätig zu werden. Mit dem Wechsel der Regierungskoalition hat sich an dieser Vorgehensweise trotz durchaus kritisch bewerteter Berichte zur Umsetzung der Vereinbarung nichts geändert.⁹⁷ Somit steht auch die Frage nach einem Gleichstellungsgesetz für die private Wirtschaft sowohl hinsichtlich der Gleichstellung der Geschlechter als auch bezüglich der Gleichstellung hinsichtlich weiterer Merkmale weiter im politischen Raum. In diese Richtung weisen auch die jüngeren Vorstöße der Europäischen Kommission zu Richtlinien gegen Diskriminierung. So ist die Frage der Bindung öffentlicher Aufträge an Gleichstellungsziele politisch – und auch europapolitisch – weiterhin Thema.

5.2.4 Landesgesetzliche Vorgaben

Die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Vergabe öffentlicher Aufträge in Berlin sind zudem landesrechtlich gesetzt.

Auch im Land Berlin wird nach dem Zusatz zu § 55 der Landeshaushaltsordnung (LHO) anhand der Schwellenwerte unterschieden. Oberhalb der Schwellenwerte gelten das GWB, die VgV sowie die entsprechenden Verdingungsordnungen. Also können nach § 97 Abs. 4 GWB

und Bündnis 90/DIE GRÜNEN vom 20.10.1998, online unter:
http://www.boell.de/downloads/stiftung/1998_Koalitionsvertrag.pdf

96 Vereinbarung zwischen der Bundesregierung und den Spitzenverbänden der deutschen Wirtschaft zur Förderung der Chancengleichheit von Frauen und Männern in der Privatwirtschaft v. 2.7.2001; vgl. hierzu auch Schäfer, Alexander, Öffentliche Belange im Europarecht, Berlin, 2003, S. 78 f.

97 Kleine Anfrage verschiedener Abgeordneter und der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drucks. 16/1505 v. 17.05.2006 zur Berücksichtigung von Ausbildungsplatzangebot und Förderung von Gleichstellung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge. S.a. BT-Drucks. 16/712 v. 15.02.2006, S. 1 ff.: Antrag Bündnis 90/Die GRÜNEN vom 15.2.2006 zur Verwirklichung der Gleichstellung auf dem Arbeitsmarkt – Innovationsgeheimnis Männerdominanz. Die Gleichstellung von Frauen in der Privatwirtschaft solle nicht weiter der Freiwilligkeit der Unternehmen überlassen bleiben. Gesetzliche Regelungen sollten Anreize setzen, gerade die Potentiale von Frauen zu nutzen. Dazu gehöre die Berücksichtigung solcher Unternehmen bei öffentlichen Aufträgen, die sich aktiv für die Geschlechtergleichstellung einsetzen.

Gleichstellungsaspekte im Rahmen des Vergabeverfahrens Anwendung finden, wenn ein Landesgesetz dies vorschreibt.

Der Berliner Gesetzgeber hat von dieser Möglichkeit mit dem ersten Berliner Vergabegesetz 1999 früh Gebrauch gemacht,⁹⁸ das mittlerweile vom neuen Landesvergabegesetz abgelöst worden ist. Einige Regeln des alten Vergaberechts gelten aber faktisch fort. So sah § 3 des alten Gesetzes die Koppelung öffentlicher Aufträge an eine Bevorzugungsregelung für Unternehmen vor, die Ausbildungsplätze bereitstellen. Das wurde im neuen Berliner Vergabegesetz nicht übernommen, doch besagt ein Rundschreiben der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung aus dem Jahr 2007, dass der Gesichtspunkt „Ausbildungsbetrieb“ Beachtung finden kann.⁹⁹ Darüber hinaus sieht die LHO §§ 55 unter Punkt 3.1 vor, dass bei der Vergabe öffentlicher Aufträge die Richtlinien für die bevorzugte Berücksichtigung bestimmter Bewerber, Produkte und Materialien anzuwenden sind, dazu gehören die Ausführungsvorschriften für umweltfreundliche Beschaffungen und Auftragsvergaben nach den Verdingungsordnungen für Leistungen.¹⁰⁰ Also sind Umweltgesichtspunkte auf allen Stufen des Vergabeverfahrens zu beachten.

In Berlin besagt zudem § 13 des Landesgleichstellungsgesetzes (LGG)¹⁰¹, dass die öffentliche Auftragsvergabe mit dem Ziel der Gleichstellung von Frauen und Männern zu verbinden sei. Das LGG verpflichtet die Einrichtungen des Landes

98 Berliner Vergabegesetz (VgG Bln) v. 9.7.1999. Im Vergabegesetz war in § 1 Abs. 1 eine Tariftreuebindung enthalten, die nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsgemäßheit landesgesetzlicher Tariftreueerklärungen (BVerfG, Beschluss v. 11.6.2006 – 1 BvL 4/00 = „Rüffert“) auf alle Vergaben und auf eine Bindung öffentlicher Aufträge an einen gesetzlichen Mindestlohn von Euro 7,50 erweitert wurde; 1. Gesetz zur Änderung des Berliner Vergabegesetzes v. 19.3.2008, GVBl. 2008, S. 80, Lesefassung des mit Wirkung vom 30.3.2008 geänderten Berliner Vergabegesetzes v. 9.7.1999, GVBl. 1999, S. 369. Der EUGH hat später entsprechende Klauseln im niedersächsischen Recht für europarechtswidrig erklärt; EuGH Urt. 3.4.2008 – Rs. C-346/06 – „Rüffert“; RL 96/71/EG v. 16.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen = Arbeitnehmerentsenderichtlinie, ABl. 1997, L 18, S. 1 ff.

99 Rundschreiben SenStadt VI A Nr. 08/2007 vom 9.5.2007. Das gilt in geeigneten Fällen für beschränkte Ausschreibungen nach der VOB bis zu einer Wertgrenze von 100.000 Euro unter Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen. Dabei findet unter den zur Abgabe eines Angebots Aufzufordernden eine Vorauswahl auch unter dem Gesichtspunkt „Ausbildungsbetrieb“ statt. Bei Bekanntmachungen sei hierauf sowie auf erforderliche Nachweise hinzuweisen.

100 Ausführungsvorschriften für umweltfreundliche Beschaffungen und Auftragsvergaben nach den Verdingungsordnungen für Leistungen – ausgenommen Bauleistungen – (AVUm VOL) v. 1.10.2005, ABl. Berlin Nr. 49 v. 30.9.2005, S. 3752.

101 Das LGG ist die 1993 neu benannte Fortsetzung des Landesantidiskriminierungsgesetzes (LADG) zur Gleichstellung von Frauen und Männern im Berliner Landesdienst von 1991.

Berlin gemäß § 1 Abs. 1 LGG zur aktiven Gleichstellung von Frauen und Männern in der Beschäftigung, untersagt gemäß § 2 LGG unmittelbare und mittelbare, sachlich nicht zu rechtfertigende Diskriminierungen und verlangt gemäß § 3 Abs. 1 und 2 LGG die Beseitigung bestehender Unterrepräsentanzen von Frauen. Darüber hinaus legt es fest, dass im Falle von personalwirtschaftlichen Abbaumaßnahmen der Anteil von Frauen – insbesondere auch in Führungs- und Leitungspositionen – erhalten bleiben muss; § 3 Abs. 3 LGG. Das LGG zielt vorrangig auf aktive Frauenförderung, primär durch die Erhöhung des Anteils von Frauen in den höheren Besoldungs- und Vergütungsgruppen, aber auch auf die Vereinbarkeit von Beruf und Familie.

§ 13 LGG verknüpft die öffentliche Auftragsvergabe mit diesen Zielen. Danach ist beim *„Abschluss von Verträgen über Leistungen, die einen Aufwand von mehr als 50.000¹⁰² Euro erfordern, in den jeweiligen Vertrag die Verpflichtung des Auftragnehmers aufzunehmen ist, Maßnahmen zur Frauenförderung und zur Förderung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie in seinem Unternehmen durchzuführen sowie das geltende Gleichbehandlungsrecht zu beachten.“* Dies gilt nach § 13 Abs. 1 S. 2 LGG nur für Betriebe, die in der Regel mehr als zehn Beschäftigte haben, wenn die Vergabe durch eine Vergabestelle des Landes Berlin erfolgt und der Auftragsgegenstand Liefer- und Dienstleistungen, also keine Bauleistungen sind. Die Frauenförderverordnung (FVV)¹⁰³ konkretisiert die Einzelheiten. Danach müssen Betriebe mit dem Angebot eine Erklärung über die Anzahl der in der Regel im Unternehmen Beschäftigten abgeben sowie je nach Unternehmensgröße weitere Erklärungen zu Frauenfördermaßnahmen vorlegen; § 1 Abs. 2, §§ 2,3 FVV. Wer den Verpflichtungen zur Durchführung dieser Frauenfördermaßnahmen nicht nachkommt, vertragliche Verpflichtungen verletzt oder bei der Vergabe Falschangaben macht, kann bis zur Dauer von zwei Jahren von der Auftragsvergabe ausgeschlossen werden; § 6 FVV. In der Praxis scheinen sich Betriebe daher auch an diese Vorgaben zu halten, was

102 Das LGG spricht hier noch von 100.000 Deutsche Mark, in der FFV ist dieser Betrag allerdings auf 50.000 Euro durch Art. I des Gesetzes zur Anpassung landeseigener Gesetze an den Euro (Berliner Euro-Anpassungsgesetz) vom 16.7.2001 aktualisiert worden, GVBl. 2001, S. 260.

103 Verordnung über die Förderung von Frauen und die Vereinbarkeit von Beruf und Familie bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Frauenförderverordnung – FFV) vom 23.08.1999, GVBl. 1999, S. 498.

eine Abfrage der Senatsverwaltung für Wirtschaft, Arbeit und Frauen im Jahr 2005 über die praktische Umsetzung von § 13 LGG und der Frauenförderverordnung bei den Vergabestellen der Senatsverwaltungen und der Bezirksamter ergab. Zwar waren die Angaben nicht vollständig und von unterschiedlicher Qualität, da die Vergabestellen zu statistischen Angaben nicht verpflichtet sind. Dennoch ließ sich erkennen, dass die Betriebe die FFV-Unterlagen in der Regel vollständig abgeben würden.¹⁰⁴ Allerdings ist das Controlling der FFV in der Praxis offensichtlich verbesserungswürdig.

Neben der geschlechtsbezogenen Gleichstellung zielt Berliner Landesrecht wie auch schon § 141 SGV IX auch auf die Gleichstellung von Behinderten. Ein Rundschreiben der Senatsverwaltung für Wirtschaft, Arbeit und Frauen von 2003 sieht vor, dass auch die Vergabe an dieses Ziel zu binden sei.¹⁰⁵ Das Berliner Gesetz über die Gleichberechtigung von Menschen mit und ohne Behinderungen (LGBG)¹⁰⁶ sieht zudem in § 2 vor, dass niemand wegen einer Behinderung diskriminiert werden darf. Es regelt im Einklang mit Art. 11 VvB ein Benachteiligungsverbot von Menschen mit Behinderungen und die Herstellung gleichwertiger Lebensbedingungen von Menschen mit und ohne Behinderungen. Eine direkte Verknüpfung mit dem öffentlichen Auftragswesen findet sich im LGBG allerdings bislang nicht. Nach § 4a LGBG müssen allerdings bauliche Anlagen, Verkehrsmittel etc. barrierefrei konstruiert werden.

Auf die Gleichstellung hinsichtlich der sexuellen Orientierung oder Identität zielt daneben ein Gesetz¹⁰⁷ zu Art. 10 Abs. 2 VvB. Daran müssen alle Berliner Behörden sowie Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen

104 Achter Bericht über die Umsetzung des Berliner Landesgleichstellungsgesetzes gemäß § 19 LGG – Berichtszeitraum: 1.7.2004 – 30.6.2006, S. 29:
http://www.berlin.de/imperia/md/content/sen-frauen/lgg/8_lgg_bericht.pdf

105 Rundschreiben WiArbfrau II F Nr. 6/2003 vom 28.7.2003. Danach bleibt die Allgemeine Anweisung über die bevorzugte Vergabe öffentlicher Aufträge an Werkstätten für Behinderte und Blindenwerkstätten anwendbar;
http://www.berlin.de/imperia/md/content/vergabeservice/rs03_06_vvw.doc.

106 Landesgleichberechtigungsgesetz (LGBG) v. 11.5.1997, aktualisiert mit dem Ersten Gesetz zur Änderung vom 20. November 2002, geändert am 29. September 2004 verkündet im GVBl. 2004, Nr. 42, S. 433 (siehe § 12), aktualisiert im Rahmen des Artikel I des Gesetzes zur Vereinfachung des Berliner Baurechts (Bauvereinfachungsgesetz - BauVGBln -) vom 29.09.2005, GVBl. 2005, S. 495 und des "Zweiten Gesetzes zur Rechtsvereinfachung und Entbürokratisierung" veröffentlicht in GVBl. 2005, S. 757 vom 24.12.2005, geändert mit dem "Dritten Gesetz zur Änderung" vom 19. Juni 2006, GVBl. 2006, Nr. 23, S. 576.

107 Gesetz zu Artikel 10 Abs. 2 der Verfassung von Berlin (Gleichberechtigung von Menschen unterschiedlicher sexueller Identität) v. 24.6.2004.

Rechts im Rahmen ihrer gesetzlichen und satzungsmäßigen Aufgaben aktiv mitwirken, § 2. Darüber hinaus ist dieser Diskriminierungsschutz mit der öffentlichen Auftragsvergabe jedoch bislang nicht unmittelbar verknüpft.

Zwar ist Berlin mit seinen diversen Gesetzen die Gleichstellung von Frauen und Männern, Menschen mit und ohne Behinderungen sowie dem Diskriminierungsverbot wegen der sexuellen Identität gleichstellungspolitisch weiter fortgeschritten als andere Bundesländer. Allerdings ist dies lediglich hinsichtlich des Geschlechts im LGG mit dem öffentlichen Auftragswesen verknüpft. Im Übrigen besteht noch Handlungsbedarf.

5.2.5 Der Vergleich mit anderen Bundesländern

Einige Bundesländer haben sich entschieden, Gleichstellung und die öffentliche Auftragsvergabe zu verknüpfen.¹⁰⁸ Die Idee, die öffentliche Auftragsvergabe zur Erreichung der Gleichstellung von Frauen und Männern auf dem Arbeitsmarkt zu nutzen, ist auch nicht neu. Vielmehr wurden solche Ziele schon früh von einzelnen Landtagen sowie einzelnen Fraktionen formuliert. So forderten die GRÜNEN 1998 in NRW, dass die öffentliche Auftrags- und Mittelvergabe an das Kriterium der Frauenförderung zu binden sei. Jede Mark, die der Staat ausgibt, solle auch für Frauen Wirkung verschaffen.¹⁰⁹

Schleswig-Holstein hat Gleichstellung in sein Vergaberecht integriert. Die Landesbeschaffungsordnung¹¹⁰ (LBeschO) Schleswig-Holstein sieht vor, dass ab einem Auftragsvolumen von EUR 10.000 netto und ab einer Zahl von 21 Beschäftigten die Erarbeitung eines betrieblichen Frauenförderplanes gemäß Nr. 9 Abs. 2 für das Unternehmen grundsätzlich zur Vertragsbedingung zu machen ist. In jeder öffentlichen Ausschreibung, beschränkter Ausschreibung oder freihändiger Vergabe ist auf diese Verpflichtung hinzuweisen. Unternehmen, die den betrieblichen Frauenförderplan nicht vorlegen, gelten regelmäßig so lange als nicht zuverlässig im Sinne von § 2 Nr. 3 VOL/A, wie der Nachweis nicht erbracht ist; Nr. 9 Abs. 5 LBeschO.

108 Vgl. Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage verschiedener Abgeordneter und der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drucks. 16/1712 vom 01.06.2006, S. 2.

109 Vgl. Hürten, Marianne, Die politische Debatte in NRW, in: Fraktion Bündnis 90/Die Grünen NRW (Hrsg.), Wettbewerbsvorteil: Frauenfeindlich – Öffentliche Auftrags- und Mittelvergabe an frauenfördernde Unternehmen und Hochschulen, 1998, S. 3.

110 Landesbeschaffungsordnung Schleswig-Holstein, Gl.-Nr.: 2006.32, Amtsbl. Schl.-H. 2005, S. 205, Bekanntmachung des Finanzministeriums vom 18.02.2005.

Andere Bundesländer binden ihr Vergabewesen ebenfalls an eine aktive Gleichstellungspolitik, tun dies aber nicht im Vergaberecht, sondern im Gleichstellungsrecht.¹¹¹ So sieht das Brandenburgische LGG in § 14 vor, dass beim Abschluss von Verträgen über Leistungen mit einem Aufwand von über EUR 50.000 bei gleichwertigen Angeboten das Angebot angenommen werden soll, bei welchem sich ein Betrieb zur Gleichstellung von Frauen im Erwerbsleben verpflichtet hat. Das Nähere regelt – wie auch im Berliner Recht – eine Rechtsverordnung¹¹² der Landesregierung. Sie gilt sowohl bei Liefer- und Dienstleistungs- als auch bei Bauaufträgen, soweit diese nicht europaweit ausgeschrieben werden müssen. Im Kern erhält den Zuschlag, wer im Verhältnis zu den Mitbietenden mehr Frauen und diese auf besser bezahlten Positionen beschäftigt, und das Preis-Leistungs-Verhältnis mit dem wirtschaftlichsten oder annehmbarsten Angebot gleichwertig ist. Anderenfalls wird ein Eintrittsrecht angeboten, sofern der Angebotspreis um nicht mehr als zwanzig Prozent über dem Preis des annehmbarsten und wirtschaftlichsten Angebots liegt. Macht ein Betrieb davon Gebrauch, erhält er den Zuschlag.

Auch im Saarland hat sich der Landesgesetzgeber in § 27 Abs. 3 saarländisches LGG¹¹³ für eine Einbeziehung der Frauenförderung in das öffentliche Auftragswesen des Landes entschieden. Danach ist bei öffentlichen Ausschreibungen darauf hinzuweisen, dass der Zuschlag zwischen zwei wirtschaftlich gleichwertigen Angeboten danach erfolgen kann, wer eine relativ größere Anzahl von Frauen beschäftigt oder bereits konkrete Maßnahmen zur Frauenförderung ergriffen hat.

Das Land Thüringen regelt in § 22 S. 1 Gleichstellungsgesetz, dass *„die öffentlichen Auftraggeber im Geltungsbereich des Gesetzes auch beim Abschluss von Verträgen über Leistungen mit einem Auftragswert von über 125.000 Euro an der Verwirklichung der Chancengleichheit von Frauen*

111 Solche Regeln fehlen in Baden-Württemberg, Bayern, Bremen, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Sachsen, Sachsen-Anhalt.

112 Verordnung über die bevorzugte Berücksichtigung von Frauen im Erwerbsleben (Frauenförderverordnung – FrauFöV) v. 25.4.1996, GVBl. II-1996, Nr. 22, S. 354, zuletzt geändert durch Verordnung v. 18.2.2002, GVBl. II-2002, Nr. 5, S. 139.

113 Landesgleichstellungsgesetz - LGG Saarland v. 24.4.1996, ABI. 1996, S. 623, zuletzt geändert durch Gesetz zur Reform der saarländischen Verwaltungsstrukturen v. 21.11.2007, ABI. 2007, S. 239.

mitwirken und darauf achten, dass nicht gegen Diskriminierungsverbote verstoßen wird.“ Das Nähere soll gemäß § 22 S. 2 eine Verwaltungsvorschrift der Landesregierung regeln, die jedoch bislang nicht verabschiedet ist. In der Vergabepraxis hat die Bestimmung damit keine Bedeutung.

5.3 Zwischenergebnis

Nach derzeitiger Rechtslage ist die Berücksichtigung von Gleichstellung bei einer Vergabe mit einem Auftragswert oberhalb der Schwellenwerte schwierig. Nach § 97 Abs. 4 Hs. 2 GWB können weitergehende Anforderungen nur auf landesgesetzlicher Grundlage gestellt werden. Diese liegen für die Gleichstellung hinsichtlich des Geschlechts mit § 13 LGG vor. Im Übrigen besteht Handlungsbedarf.

6 Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte

Die Vergabe von öffentlichen Aufträgen oberhalb der Schwellenwerte ist zwar detaillierter geregelt, aber für die Praxis spielen die Vergaben unterhalb der Schwellenwerte eine erheblich größere Rolle. Gegenwärtig finden zudem über 95% aller kommunalen Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte statt.¹¹⁴ Hier gelten die haushaltsrechtlichen Regeln¹¹⁵ sowie die Basisvorschriften der Verdingungsordnungen¹¹⁶ unter Beachtung der europäischen Grundfreiheiten, des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung und der Transparenz.¹¹⁷

114 Vgl. Deutscher Städte- und Gemeindebund, 10 Kernforderungen des DStGB an eine Novellierung des Vergaberechts 2006:
http://www.dstgb.de/homepage/kommunalreport/archiv_2006/entbuerokratisierung_und_investitionsbeschleunigung_ernst_nehmen/index.html.

115 Haushaltsgrundsätzegesetz (HGrG), Bundeshaushaltsordnung (BHO) sowie die Landeshaushaltsordnungen (LHO).

116 Rechtstechnisch ist dies so gestaltet, dass VOB/A und VOL/A aus verschiedenen Abschnitten für den Bereich unterhalb und den Bereich oberhalb der Schwellenwerte bestehen (1. Abschnitt einerseits, 2.-4. Abschnitt andererseits). Dabei sind die Verdingungsordnungen unterhalb der Schwellenwerte in der Regel aufgrund innerdienstlicher Weisungen in Form von Runderlassen, anzuwenden, wobei der Umfang der Anwendungspflichten landesrechtlich sehr unterschiedlich geregelt ist. Vgl. beispielhaft die Vergabegrundsätze für Gemeinden in Nordrhein-Westfalen, Runderlass des Innenministeriums zum 22.3.2006, MBl. NRW 2006, S. 222. Die VOF gilt ohnehin nur oberhalb der Schwellenwerte.

117 Vgl. Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, v. 24.6.2006, ABl. 2006, C 179, S. 2 ff.

Entscheidend ist zunächst das wirtschaftliche und sparsame Handeln des Staates, das allerdings auch seitens der Verwaltung flexibel gestaltbar ist. Daher bestehen hier auch administrative umzusetzende Möglichkeiten, gleichstellungsorientierte Vergabe für die Berliner Landesverwaltung zur Regelpraxis werden zu lassen. Das lässt sich im Folgenden ganz konkret für die einzelnen Stufen des Vergabeverfahrens darlegen.

6.1 Konkret: Diskriminierungsschutz im Vergabeverfahren

Das Vergabeverfahren umfasst das gesamte Vorgehen, das von einem öffentlichen Auftraggeber vom Beginn der Vorbereitung der Beschaffung eines bestimmten Gutes oder einer bestimmten Leistung bis zum Ende ihrer Abwicklung durchgeführt wird bzw. werden muss. Regelmäßig beginnt ein Vergabeverfahren auf der ersten Stufe mit der Entscheidung des Auftraggebers über einen bestimmten Bedarf durch die Veröffentlichung von Vorinformationen und der anschließenden amtlichen Bekanntmachung. Darauf folgt die zweite Stufe der Bestimmung der technischen Spezifikationen der gewünschten Bau-, Dienst- oder Lieferleistung. Auf der dritten Stufe werden die Bieter anhand festgelegter Eignungskriterien ausgewählt. Auf vierter Stufe wird der Zuschlag an ein bietendes Unternehmen erteilt. Auf der letzten fünften Stufe geht es um Bestandteile und Ausführungsbedingungen des Vertrages. Das gesamte Vergabeverfahren ist in den Verdingungsunterlagen transparent zu machen.

6.1.1 Bedarfsbestimmung

Bei der Bedarfsbestimmung fragt sich der öffentliche Auftraggeber, „was er kaufen oder bauen soll“. Auf dieser Stufe gibt es bereits Möglichkeiten zur Berücksichtigung weitergehender Belange, also auch des Diskriminierungsschutzes. Der öffentliche Auftraggeber kann also bei der Definition der Waren, Dienstleistungen oder Bauarbeiten sozial- oder gesellschaftspolitische Anliegen integrieren. Die Wahl darf nur nicht dazu führen, dass der Zugang zu dem betreffenden Markt zuungunsten der Bieter aus anderen Mitgliedstaaten der EU begrenzt wird, doch darf z.B. die Bedarfsbestimmung auf den Bau einer Schule, eines Krankenhauses oder eines Altenheimes zielen, womit jeweils spezielle Zielgruppen adressiert und

eventuell auch Gleichstellungsanliegen verfolgt werden.¹¹⁸ Der Auftrag darf also eine „soziale“ Zweckbestimmung haben.

6.1.2 Technische Spezifikationen

Die Auftraggeber haben auf der zweiten Stufe die Möglichkeit, technische Spezifikationen festzulegen. Damit wird der Gegenstand des Bau-, Liefer- und Dienstleistungsauftrags genauer bestimmt. Diese Vorgaben müssen den Vorgaben der Verdingungsordnungen entsprechen und dürfen ebenfalls wegen des primärrechtlichen Diskriminierungsverbots nicht zur Folge haben, dass Betriebe von vornherein ausgeschlossen oder bevorzugt werden.¹¹⁹

Technische Spezifikationen sind sämtliche, insbesondere die in den Verdingungsunterlagen enthaltenen technischen Anforderungen an eine Bauleistung, ein Material, ein Erzeugnis oder eine Lieferung, mit deren Hilfe diese so bezeichnet werden können, dass sie ihren durch den Auftraggeber festgelegten Verwendungszweck erfüllen.¹²⁰ Soweit es nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist, darf in technischen Spezifikationen nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren oder auf Marken, Patente, Typen, einen bestimmten Ursprung oder eine bestimmte Produktion verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden; Art. 23 Abs. 8 VKR.

Die Spezifikationen müssen in den Verdingungsunterlagen oder in zusätzlichen Dokumenten enthalten sein. Nach der Interpretierenden Mitteilung der Kommission zur Berücksichtigung sozialer Belange von 2001¹²¹ könnte Diskriminierungsschutz als Technische Spezifikation des Zugangs mit Blick auf die Barrierefreiheit berücksichtigt werden. Öffentliche Auftraggeber sollen, wo

118 So auch Interpretierende Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeit zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, KOM (2001) 566 endgültig, 15.10.2001, S. 8.

119 Eine Besonderheit gilt für die Technischen Spezifikationen: Art. 23 VKR wurde sowohl für Vergaben ober- als auch unterhalb der Schwellenwerte in die §§ 9, 10 VOB/A umgesetzt. In den für den Unterschwellenbereich zu beachtenden 1.Abschnitt der VOL/A wurde Art. 23 VKR allerdings nicht mit aufgenommen, so dass hier weiterhin die primärrechtlichen Vorgaben zu beachten sind.

120 Vgl. Anhang TS der VOB/A sowie Anhang VI, 1.a) VKR.

121 Interpretierende Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeit zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, KOM (2001) 566 endgültig, 15.10.2001.

immer dies möglich ist, technische Spezifikationen so festlegen, dass jedenfalls auch Personen mit einer Behinderung Zugang zur erbrachten Leistung haben; § 9 Nr. 5 VOB/A. Ziel ist es, ein allgemeines Kriterium der Konzeption für alle Benutzerinnen und Benutzer zu etablieren.¹²² Damit kann auch auf den Schutz vor Diskriminierung hinsichtlich der Herkunft oder Ethnizität eingegangen werden. So können technische Spezifikationen vorsehen, Informationsmaterial in verschiedenen Sprachen zur Verfügung zu stellen, um so auch ethnische (genauer: ethnisierte) Minderheiten zu adressieren.

6.1.2.1 Best Practice-Beispiel

Ein Beispiel für die Einbeziehung von Diskriminierungsschutz auf der Ebene der technischen Spezifikationen findet sich in einer Gemeinde Großbritanniens. Dort hat eine Arbeitsgruppe die in nachfolgender Tabelle gelisteten technischen Spezifikationen für die Ausschreibung eines Catering Services, für Instandhaltungsarbeiten, für Sport und Freizeit sowie Reinigungsarbeiten ausgearbeitet. Die Anforderungen werden in „Präqualifizierungsverfahren“ mit Hilfe von Fragebögen festgestellt.¹²³

<u>Gruppe</u>	<u>Bedürfnisse</u>	<u>Zugänglichkeit</u>	<u>Sicherheit</u>
Ethnische Minderheiten	-Sprachunterstützung -Ernährungsregeln -Freizeitaktivitäten	-Sprachunterstützung bzgl. Information durch Bereitstellung + Kommunikation	- Politik zur Vermeidung v. Diskriminierung - Sichere Umgebung, z.B. Licht
Menschen mit Behinderungen	-Vermittler bei Sportzentren -Mobile Bibliotheken, Großdruckschrift, Hörkassetten	-Blindenschrift + Farben (-anordnung) bei Informationsmaterial	-saubere Wege -Farbanordnung um zwischen Boden, Übergängen und Möbel unterscheiden zu können.
Menschen im Alter über 55 Jahre	-Diätkost -Hilfe für das Ausfüllen von Formularen	-Sitze mit Stuhllehnen in Wartebereichen -Rampen und automatisch öffnende große Türen	-saubere Wege Farbanordnung um zwischen Boden, Übergängen und Möbel unterscheiden zu können.

122 Art. 23 Abs. 1 VKR; Erwägungsgrund 29 der VKR „Design for All“.

123 Vgl. Studie: Report on the Use of Equality and Diversity Considerations in Public Procurement, S. 23, 37, 38
http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/stureps/pubproc_en.pdf

Angehörige verschiedener Religionen	-Frauenschwimmen	-religiöse Ernährungsregeln	-Schutz vor Diskriminierung
Homosexuelle	-Training für MA/AN bzgl. Bewusstsein für Homosexualität -Bücher über Homosexualität in Büchereien	-Politiken zur Unterstützung von homosexuellen Männern und Frauen	-Schutz vor Diskriminierung

Ein weiteres Beispiel ist die britische Anleitung zum Race Relation (Amendment) Act 2000. Danach haben öffentliche Auftraggeber die gesetzliche Pflicht, rassistische Diskriminierung zu verhindern und die Gleichstellung in dieser Hinsicht zu fördern.¹²⁴ Das gilt für alle Stufen des Vergabeverfahrens. Beispielsweise werden Aufträge für die Herstellung von Uniformen mit technischen Spezifikationen ausgeschrieben, die sicherstellen, dass Uniformen auch unterschiedliche kulturelle oder religiöse Kleidungsregeln berücksichtigen. Ausschreibungen für Bauarbeiten bzw. die Instandhaltung von Wohnimmobilien sehen vor, dass die Bedürfnisse von Menschen mit Behinderungen sowie von Menschen mit geringem Verständnis der englischen Sprache beachtet werden.

6.1.2.2 Zwischenergebnis

Die Einbeziehung des Diskriminierungsschutzes in die Formulierung der technischen Spezifikationen ist ein Ansatz, um Diskriminierungen auch bei der Vergabe entgegen zu treten.

6.1.3 Auswahl der Bieter

Der nächste Schritt im Vergabeverfahren ist die Auswahl der Bieter. Kriterien sind nach § 2 Nr. 2 VOL/A bzw. § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit.¹²⁵ Dabei können auch persönliche Aspekte zum Ausschluss aus einem Vergabeverfahren führen. Ob die Eignungskriterien erfüllt sind, wird in einer Eignungsprüfung festgestellt.

¹²⁴ Commission for Racial Equality, Race Equality and Public Procurement: A guide for public authorities and contractors, 2003
http://83.137.212.42/sitearchive/cre/downloads/proc_public.pdf; Commission for Racial Equality, Race Equality and Public Procurement in Local Government: A guide to meeting the duty to promote race equality, 2003: http://83.137.212.42/sitearchive/cre/downloads/duty_proc_la.pdf

¹²⁵ Vgl. auch Art. 44 ff. VKR.

Soziale Aspekte sind vorrangig im Rahmen der Prüfung der Zuverlässigkeit von Bedeutung. So sind nach einer Bewertung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit von 2008 in Deutschland agierende Unternehmen beispielsweise verpflichtet, die Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation zum Verbot der Kinder- und Zwangsarbeit zu beachten.¹²⁶ In Österreich ist die gesamte Sozialgesetzgebung zu beachten.¹²⁷ Auch im deutschen Recht kann das Kriterium der Zuverlässigkeit so ausgelegt werden, das Bieter sozialrechtliche Vorschriften einschließlich solcher zur Förderung der Gleichbehandlung wie z.B. im AGG zu beachten haben, um nicht von der Auswahl ausgeschlossen zu werden.¹²⁸ Eine gesetzgeberische Klarstellung würde dies absichern können.

6.1.3.1 Best-Practice-Beispiele

Die spanische Gesetzgebung¹²⁹ sieht die Möglichkeit vor, Bieter vom Vergabeverfahren auszuschließen, die eine gesetzliche Anforderung an Unternehmen mit mehr als 50 Beschäftigten missachten, mindestens 2% Menschen mit Behinderungen zu beschäftigen.¹³⁰ Unternehmen, die aus bestimmten objektiven Gründen keine Menschen mit Behinderungen beschäftigen können, haben die Möglichkeit, hierfür einen Ausgleich zu erbringen und so den Ausschluss vom Vergabeverfahren zu vermeiden.¹³¹

126 Schreiben zu Ökologischen und sozialen Kriterien im Vergaberecht des BMWi v. 6.3.2008, veröffentlicht unter www.bayern-gegen-ausbeuterische-kinderarbeit.de

127 Siehe dazu unten 8.4.

128 Oberhalb der Schwellenwerte erlaubt es Art. 45 VKR Bieter auszuschließen, „die ihre Verpflichtung auf Zahlung der Sozialbeiträge nach den Rechtsvorschriften des Landes, in dem sie ansässig sind, oder nach den Rechtsvorschriften des Landes des öffentlichen Auftraggebers nicht erfüllt haben. Darüber hinaus regelt Art. 45 VKR den Ausschluss von Bietern, „mit rechtskräftigem Urteil die aus Gründen bestraft worden sind, die ihre berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellen“ oder „die im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen haben, die von den öffentlichen Auftraggebern nachweislich festgestellt wurde“. So könnte ein Bieter, der rechtskräftig wegen Nichteinhaltung nationaler Rechtsvorschriften, die sich beispielsweise aus dem AGG, dem LGG oder dem SchwarzArbG ergeben, verurteilt worden ist, gemäß den genannten Bestimmungen von einem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden.

129 Gesetz Nr. 13/1982 vom 7.4.1982 die soziale Integration von Menschen mit Behinderungen betreffend.

130 Art. 20 lit. d. des Königlichen Erlasses 2/2000 vom 16.6.2000.

131 Königlicher Erlass 27/2000 vom 14.1.2000.

In Großbritannien können lokale Auftraggeber seit 1988 den Bietern sechs Fragen¹³² stellen, um zu prüfen, ob die antirassistischen Vorschriften des Race Relation Act 1976 eingehalten wurde oder nicht. Die Fragen können sich zudem auf die Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen als auch hinsichtlich der Sexualität beziehen.¹³³ Wer entsprechende Gleichstellungsvorgaben nicht beachtet, kann vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. Einige Gemeinden haben dazu Fragebögen für den Eignungstest entwickelt, die ab einer bestimmten Größe des Unternehmens erfüllt sein müssen.¹³⁴ Diese bezogen sich auch auf eine bestimmte Art und Weise der Durchsetzung von Antidiskriminierungs-Maßnahmen. Um die Einhaltung dieser Maßnahmen zu sichern, formulierten diese Gemeinden dies auch auf der Stufe der Ausführungsbedingungen.¹³⁵

6.1.3.2 Zwischenergebnis

Es besteht die Möglichkeit, technische Anforderungen so zu gestalten, dass Diskriminierungsschutz gewährleistet wird. Das betrifft insbesondere den Zugang zu Waren und Dienstleistungen wie auch Bauten frei von Behinderungen und auch für Menschen nicht-nationaler Muttersprache, was sich auf sprachliche Informationen zu den Auftragsleistungen oder auch auf Kompetenzen der Bieter beziehen kann. Es betrifft aber auch die Beachtung kultureller oder religiöser Vielfalt beispielsweise in der Gestaltung von Uniformen.

6.1.4 Zuschlag

Nach der Auswahl der Bewerberinnen oder Bewerber beginnt der Auftraggeber mit der Bewertung der Angebote, die mit der Zuschlagserteilung endet. Bei der Auswahl und der Zuschlagserteilung handelt es sich um zwei verschiedene Schritte, die unterschiedlichen Regeln unterliegen.

132 Vgl. zu dem Fragenkatalog: <http://www.nottinghamshire.gov.uk/environment-procure.pdf> und Commission für Racial Equality, The duty to promote race equality, Race Equality and Public Procurement – A guide for public authorities and contractors, S. 43 ff.

133 Vgl. Studie: Report on the Use of Equality and Diversity Considerations in Public Procurement, S. 31, 43 f., online unter http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/stureps/pubproc_en.pdf

134 Vgl. Studie: Report on the Use of Equality and Diversity Considerations in Public Procurement, S. 33, 43 f., online unter http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/stureps/pubproc_en.pdf

135 Vgl. zu den Ausführungsbedingungen unten 6.1.5.

Für die Zuschlagserteilung gilt nach §§ 25 Nr. 3 VOL/A, 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A das Kriterium des „wirtschaftlichsten Angebotes“; daneben sind wieder die Transparenz sowie die Grundfreiheiten und das allgemeine Diskriminierungsverbot aus Art. 12 EGV zu beachten. Die VOL/A und die VOB/A zählen wie Art. 53 Abs. 1 lit. a VKR eine Reihe von Beispielkriterien auf, auf die sich Auftraggeber konkret stützen können, um ein Angebot auszuwählen, das wirtschaftlich am günstigsten ist. Dies sind z.B. Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- und Ausführungsfrist, aber auch Umwelteigenschaften. Die Aufzählung enthält jedoch bislang keine ausdrücklichen sozialen oder gleichstellungspolitischen Belange. Sie ist allerdings auch nicht abschließend.

Anders als im Oberschwellenbereich müssen Kriterien hier bislang zudem nicht direkt mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen. Sie müssen nur wirtschaftlicher Natur sein. Dies ist weit auszulegen, denn auch die Liste beschränkt sich nicht auf rein kommerzielle Kriterien, sondern nennt auch „Umwelteigenschaften“. Insofern besteht hier ein gewisser gleichstellungsorientierter Spielraum. So könnte der Zuschlag an Bieter gehen, die einen gewichtigeren Beitrag zur Gleichstellung leisten.

6.1.4.1 Best-Practice-Beispiele

Nach spanischem Recht sind interne Arbeitnehmervereinbarungen, die den deutschen Betriebsvereinbarungen ähneln, als Kriterium für den Zuschlag bei der Vergabe zulässig. Einige spanische Regionen nutzen dies.¹³⁶ Sie formulieren als zusätzliches Zuschlagskriterium in den Vergabeunterlagen den Anteil von Beschäftigten mit Behinderungen, und erteilen bei gleichrangigen Bewerbungen den Zuschlag entsprechend. Eine spanische Region¹³⁷ hat zudem festgesetzt, dass 20% der kleineren und individuell ausgehandelten Verträge an soziale Integrationsorganisationen sowie an Non-Profit-

¹³⁶ Rechtliche Grundlage hierfür: 8.zusätzlicher Anhang zum Königlichen Erlass 2/2000 vom 16.6.2000 und ähnlich im Gesetz Nr. 53/1999 vom 28.12.2999, welches das Gesetz Nr. 13/1995 vom 18.5.1995 betreffend Verträge von Öffentlichen Auftraggebern änderte. Vgl. Studie: Report on the Use of Equality and Diversity Considerations in Public Procurement, S. 42.

¹³⁷ Vgl. Studie: Report on the Use of Equality and Diversity Considerations in Public Procurement, S. 43, 44, http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/stureps/pubproc_en.pdf

Organisationen¹³⁸ vergeben werden sollten; zu beachten ist dabei wiederum, dass ausländische Organisationen so nicht benachteiligt werden dürfen.¹³⁹

Ähnliche Regeln galten bzw. gelten¹⁴⁰ in Italien sowohl auf nationaler als auch auf regionaler Ebene für die „sozialen Kooperativen“¹⁴¹. Ein Gesetz sah vor, dass diese bei der öffentlichen Auftragsvergabe vorrangig berücksichtigt werden.¹⁴²

Auch in Großbritannien wird der Diskriminierungsschutz in der Zuschlagsphase in einigen Städten praktiziert. Bieter müssen in einer schriftlichen Erklärung wiederum nachweisen, dass sie spezielle Gleichheitsanforderungen erfüllen. Das Angebot wird dann nach einem Punktesystem bewertet. Das Gewicht, das die Gleichheitskriterien in diesem erhalten, ist abhängig von dem jeweiligen Vertrag. Dieser Vorgehensweise wird von Gleichstellungsbeauftragten in Großbritannien eine durchgehend positive Wirkung zugesprochen.¹⁴³

6.1.4.2 Zwischenergebnis

Die Einbeziehung des Diskriminierungsschutzes als zusätzliches Zuschlagskriterium bei der Bewertung des wirtschaftlich günstigsten Angebots lassen sich in Anbetracht der Aufzählung der Gesichtspunkte in § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A, die überwiegend an betriebswirtschaftlichen Faktoren ausgerichtet ist, schon bei der Vergabe unterhalb der Schwellenwerte¹⁴⁴ nur im Wege weiter Auslegung begründen. Auch hier würden erst ausdrückliche Klarstellungen eine entsprechende Praxis sichern.

138 Zudem führt die Abteilung für Familie und Soziales eine Liste mit etwa 170 Unternehmen, die den Anforderungen der Klausel entsprechen.

139 Es gilt Art. 12 EGV. Eine europarechtskonforme Formulierung müsste so offen sein, dass auch Integrationsunternehmen bzw. NGOs aus anderen EU-Mitgliedstaaten problemlos Zugang zu diesen Ausschreibungen hätten.

140 Aktuelle Daten sind nicht verfügbar. Vgl. Mattioni, Fulvio / Tranquilli, Domenico, Social Entrepreneurs: the Italian Case – Human Resources, Market and Development, 1989.

141 Soziale Kooperative sind Genossenschaften, deren Gesellschaftszweck ein sozialer ist und deren MitarbeiterInnen überwiegend Menschen mit Behinderungen sind. Erreicht werden soll mit den sozialen Kooperativen die Integration der Menschen mit Behinderungen in den Arbeitsmarkt.

142 Gesetz Nr. 381/91 vom 3.11.1991 betreffend die Regelung von Sozialen Kooperativen, insb. Art. 5, der direkt die Öffentlichen Aufträge regelte.

143 Vgl. Studie: Report on the Use of Equality and Diversity Considerations in Public Procurement, S. 48, http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/stureps/pubproc_en.pdf

144 Oberhalb der Schwellenwerte ist dies schwieriger, da hier das Konnexitätsgebot gilt, das Kriterium also mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen muss.

6.1.5 Ausführungsbedingungen

Die nächste Stufe des Verfahrens betrifft die Ausführungsbedingungen. Dies sind vertragliche Bestimmungen über die Art und Weise der Ausführung des Auftrags, aber keine Bevorzugungsregelungen, die unmittelbar die Auswahl des Unternehmens beeinflussen. Vielmehr verlangen sie ein bestimmtes Verhalten erst für die Zukunft, haben also keinen Einfluss auf den Zuschlag. Ausführungsbedingungen werden erst nach dem Zuschlag vereinbart. Auch sie müssen transparent sein, also sich schon in den Ausschreibungsunterlagen finden, und die EG-Grundfreiheiten sowie das europäische Diskriminierungsverbot beachten.

Bundes- oder landesrechtliche Regelung zu den Ausführungsbedingungen gibt es derzeit nicht.¹⁴⁵ Die Berliner Tariftreueerklärung war eine Ausführungsbedingung, aber nicht europarechtskonform.¹⁴⁶ Anders dürfte es sich jedoch gerade mit den Gleichstellungsforderungen verhalten, die nicht zuletzt europarechtlich mit den Richtlinien zu Art. 13 EG gesetzt sind und in Deutschland mit dem AGG und landesrechtlich umgesetzt wurden.

Hinsichtlich der Ausführungsbedingungen ist der Auftragnehmer verpflichtet, diese bei der Ausführung der Arbeiten oder der Lieferung zu erfüllen und auch Dritte dazu zu verpflichten. Entsprechende Vereinbarungen enthalten zudem Sanktionen bei Nichteinhaltung der Verpflichtungen; Sanktionsmittel können die Belegung mit einer Geldstrafe sein, die außerordentliche Kündigung, der Rücktritt und auch eine Auftragsperre. Zudem bedarf es der Kontroll- bzw. Evaluationsrechte für den Auftraggeber.

6.1.5.1 Best Practice Beispiele

In Dänemark geben 20 % der Gemeinden bei der Auftragsvergabe im Dienstleistungssegment als Ausführungsbedingung die Beschäftigung von Angehörigen bestimmter Bevölkerungsgruppen vor. Damit soll Diskriminierung verhindert werden, denn so werden Menschen einbezogen, die von gesellschaftlicher und sozialer Ausgrenzung betroffen sind. Die Gemeinden

¹⁴⁵ Der GWB-Entwurf sieht eine Umsetzung des Art. 26 VKR vor, der dann allerdings nur oberhalb der Schwellenwerte Geltung hätte.

¹⁴⁶ EuGH, Ur. v. 3.4.2008, Rs. 346/06 = „Rüffert“ zur Europarechtswidrigkeit des niedersächsischen Rechts. Der EuGH hielt regional gebundene Tariftreueerklärungen mit der Arbeitnehmerentsenderichtlinie und der Dienstleistungsfreiheit für unvereinbar. Dies gilt allerdings nicht für Mindestlöhne oder für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge.

verlangen von Auftragnehmenden eine schriftliche Strategie, um die Gleichbehandlung von Menschen mit verschiedenen ethnischen Hintergründen zu fördern. Die Strategie muss messbare Ziele nennen und mindestens den Zeitraum der Dauer des Vertrages abdecken. Wer diese Ausführungsbedingung nicht einhält, wird so behandelt, als sei der Hauptvertrag nicht erfüllt worden.¹⁴⁷

In Spanien wurde bei Bauaufträgen in Verträgen in Form einer fixen Klausel verlangt, dass sie einen „Sozialen Integrationsplan“ übernehmen, der mit Hilfe von Spezialistinnen und Spezialisten mit Zeitplänen und konkreten Zielsetzungen ausgearbeitet wird. Ziele sind die Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen, von Menschen mit Migrations- oder einem Minderheitenhintergrund, alleinerziehender Mütter, von Jugendlichen oder Anderen, die dem Risiko der sozialen Ausgrenzung ausgesetzt sind.¹⁴⁸

In Schweden sind Ausführungsbedingungen so gestaltet, dass geltendes Anti-Diskriminierungsrecht beachtet werden muss und keine ungesetzlichen Diskriminierungen während der Ausführung des Vertrages geschehen dürfen.¹⁴⁹

Dazu hat die Abteilung für Öffentliches Auftragswesen in Schweden im Auftrag der Regierung eine beispielhafte Antidiskriminierungsklausel zur Aufnahme in öffentliche Verträge für Gemeinden entwickelt.¹⁵⁰ Die Klausel benennt alle gesetzlichen Regelungen, die bei der Ausführung des Auftrags zu beachten sind: das schwedische Gleichbehandlungsgesetz, das Gesetz zur Vermeidung von Diskriminierung am Arbeitsplatz, das Gesetz zur Vermeidung von Diskriminierungen von Menschen mit Behinderungen am Arbeitsplatz sowie das Gesetz zur Vermeidung von Diskriminierung am Arbeitsplatz wegen der sexuellen Orientierung.¹⁵¹ Zudem verpflichtet die Klausel dazu, schriftlich darzulegen, welche Maßnahmen zur Umsetzung dieser Vorgaben ergriffen

147 Studie: Report on the Use of Equality and Diversity Considerations in Public Procurement, S. 51 ff., http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/stureps/pubproc_en.pdf

148 Studie: Report on the Use of Equality and Diversity Considerations in Public Procurement, S. 53., http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/stureps/pubproc_en.pdf

149 Studie: Report on the Use of Equality and Diversity Considerations in Public Procurement, S. 59., http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/stureps/pubproc_en.pdf

150 Vgl. Regeringsbeslut 2002-01-17 Fi2002/422.

151 Oberhalb der Schwellenwerte könnte aus europarechtlicher Sicht wegen Art. 12 EGV die ausschließliche Bezugnahme auf die schwedische Antidiskriminierungsgesetzgebung sein. Dem wäre mit einer Bezugnahme auf den europäischen Standard abzuwehren.

werden. Wer die Antidiskriminierungsklausel verletzt, muss Schadensersatz zahlen; in besonders schweren Fällen kann der Vertrag beendet werden.

Auch in Großbritannien benutzen lokale Auftraggeber eine von der Commission of Racial Equality erarbeitete Gleichbehandlungsklausel für Ausführungsbedingungen.¹⁵² Die Klausel enthält eine auf die entsprechenden Gesetze bezogene Aufforderung zur Beseitigung von Diskriminierung wegen der „Rasse“, des Geschlechts und Behinderung während der Vertragslaufzeit, die auch für Subunternehmen gilt. Zudem müssen angemessene Maßnahmen bzw. Schritte zur Beseitigung dieser Diskriminierungen nachgewiesen bzw. ergriffen werden. Insgesamt muss eine Politik der gleichen Chancen in Übereinstimmung mit den Leitlinien des Commission of Racial Equality erarbeitet werden, wozu auch eine jährliche Berichterstattung über die Entwicklung der Maßnahmen gehört.¹⁵³

6.1.5.2 Zwischenergebnis

Diskriminierungsschutz ist auf der Stufe der Ausführungsbedingungen in Form einer Klausel für den Vertrag transparent und in rechtlich zulässiger Weise zu etablieren. Wichtig ist eingedenk der Erfahrungen im europäischen Ausland die eindeutige Benennung der Anforderungen, die auch europaweit Geltung beanspruchen können, die Benennung der Sanktionen und eine Evaluation bzw. Monitoring während der Vertragslaufzeit.

6.1.6 Zwischenergebnis

Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge im Unterschwellenbereich besteht die Möglichkeit, auch ohne weiteres gesetzgeberisches Handeln Diskriminierungsschutz zu stärken. Auf der Stufe der Bedarfsdefinition ist der Auftraggeber weitgehend frei. Hier können insbesondere Bedarfslagen berücksichtigt werden, die sich aus Gleichstellungszielsetzungen ergeben, z.B. die Schaffung von Einrichtungen für bestimmte Zielgruppen.

Auf der Stufe der Technischen Spezifikationen ist insbesondere die Zugänglichkeit für Personen mit einer Behinderung, aber auch das weiter

¹⁵² Vgl. dazu die Dokumente unter <http://www.equalityhumanrights.com/en/forbusinessesandorganisation/publicauthorities/raceequalityduty/pages/default.aspx>

¹⁵³ Commission for Racial Equality, Race Equality and Public Procurement in local Government: A guide for authorities and contractors, S. 43, unter <http://www.equalityhumanrights.com> --> Local government procurement

reichende Kriterium der Konzeption für alle Benutzerinnen und Benutzer einsetzbar. So kann an Bauten, aber auch an Waren oder Dienstleistungen die Anforderung gestellt werden, sprachlich – bei der Beschilderung, in Informationstexten, bei Anleitungen - die lokal relevante kulturelle Vielfalt zu beachten. Desgleichen kann verlangt werden, auf religiöse Gebräuche Rücksicht zu nehmen.

Auf der Stufe der Auswahl der Bieter ist der Auftraggeber an die Kriterien der Fachkunde, Leistungsfähigkeit sowie die Zuverlässigkeit gebunden. Insbesondere bei der Bestimmung der Zuverlässigkeit scheint es vertretbar, die Einhaltung sozialrechtlicher Vorschriften zu verlangen. Dazu dürfte heute auch das Gleichstellungsrecht gehören. Zumindest nachweislich diskriminierende Praxen bzw. die Nichtumsetzung gleichstellungsrechtlicher Anforderungen dürften Zweifel an der Zuverlässigkeit und damit der Eignung eines Bieters für die öffentliche Vergabe begründen.

Auf der Stufe der Zuschlagserteilung gilt zwingend das Kriterium des wirtschaftlichsten Angebotes. Hier kann der Diskriminierungsschutz keine Rolle spielen.

Auf der Stufe der Ausführungsbedingungen hat der Diskriminierungsschutz demgegenüber erhebliche Bedeutung. Es bietet sich auch im Land Berlin an, dafür eine Antidiskriminierungsklausel zu entwickeln, wie sie auch in anderen europäischen Mitgliedstaaten Anwendung findet. Sie kann von Anfang an in die Unterlagen zum Verfahren integriert werden, auch um dem strengen Transparenzgebot gerecht zu werden.

7 Ergebnis

Das Vergaberecht befindet sich ebenso wie das Gleichstellungsrecht im Fluss. Nach derzeit geltendem Recht lässt sich der Diskriminierungsschutz allerdings sowohl ober- als auch unterhalb der vergaberechtlichen Schwellenwerte berücksichtigen. Oberhalb der Schwellenwerte müsste der Landesgesetzgeber tätig werden; unterhalb der Schwellenwerte kann der Senat als Landesverwaltung handeln.

7.1 Ergebnis für den Oberschwellenbereich: Landesgesetz

Für Vergaben oberhalb der Schwellenwerte gelten §§ 97 ff. GWB. Nach § 97 Abs. 4 Hs. 2 GWB können weitergehende Anforderungen im Vergabeverfahren in Landesgesetzen etabliert werden. Von dieser Möglichkeit müsste der Berliner Gesetzgeber über § 13 LGG hinaus auch mit Blick auf die weiteren in Art. 13 EGV genannten Diskriminierungsmerkmale Gebrauch machen.

7.2 Ergebnis für den Unterschwellenbereich: Antidiskriminierungsklausel

Für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte kann Diskriminierungsschutz im Wege einer Standardklausel etabliert werden, die in Verfahren von Anfang an transparent zu integrieren wäre. Dem bundesdeutschen und dem Berliner Vergaberecht sind weitergehende Anforderungen sozialpolitischer Natur im Rahmen des Vergabeverfahrens auch nicht fremd. Auch Art. 26 VKR sieht die Berücksichtigung sozialer Belange als Ausführungsbedingungen vor. Zudem liegt ein bundesgesetzlicher Entwurf für eine entsprechende Änderung des GWB vor, die allerdings enger ist als die europarechtliche Vorgabe.

In anderen europäischen Staaten sind zu diesem Zweck Klauseln entwickelt worden, die insbesondere auf der Stufe der Ausführungsbedingungen im Vergabeverfahren Anwendung finden. Die Klausel muss dann Bedingungen für die Art und Weise der Ausführung eines Auftrags formulieren. Das betrifft insbesondere das Personal der sich am Vergabeverfahren beteiligenden Unternehmen und Betriebe. Sollte Entwurf der Bundesregierung so Gesetz werden, wäre eine Antidiskriminierungsklausel insofern auch konform mit dem Bundesgesetz.

Eine Antidiskriminierungsklausel kann unterschiedlich gestaltet sein. Ein Beispiel findet sich hier.

1. Wer einen Auftrag annimmt, hat bei der Ausführung des Auftrags das Gebot der Gleichstellung und die Verhinderung und Beseitigung von Benachteiligungen hinsichtlich der Ethnizität, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der

sexuellen Identität zu beachten.¹⁵⁴ Diese Verpflichtung ist auch gegenüber Dritten durchzusetzen, die an der Erfüllung des Auftrags mitwirken.

2. Wer einen Auftrag annimmt, hat konkrete Maßnahmen nachzuweisen, die der Gleichstellung bereits dienen oder dienen sollen, und über die gesamte Laufzeit des Vertrages umgesetzt werden (Antidiskriminierungsplan). Über die Umsetzung ist nach Absprache mit dem Auftraggeber fortlaufend zu berichten.
3. Der Auftraggeber hat das Recht auf Information und erforderlichenfalls auch auf Nachprüfung der Umsetzung der Maßnahmen (Evaluation).
4. Wird diese Klausel nicht eingehalten, stellt dies eine Vertragsverletzung dar. Sie berechtigt zum Rücktritt vom Vertrag. Es kann zudem eine Vertragsstrafe vereinbart werden.

Für die Aufnahme einer solchen Klausel in das Vergabeverfahren sprechen gute rechtliche, soziale und auch wirtschaftliche Gründe. Rechtlich ist der Staat und auch das Land Berlin durch Grundgesetz und Landesverfassung an das Gebot der Gleichstellung gebunden. Sozial gilt das Gebot der Chancengerechtigkeit. Wirtschaftlich zeigt sich immer deutlicher, dass eine zukunftsfähige Personalentwicklung aktiv diskriminierungsfeindlich sein muss, dass aber auch ein tolerantes Umfeld für die Wirtschaft ein durchaus relevanter Standortfaktor ist. Die Integration von Gleichstellung in die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge entspricht zudem dem Gedanken des „Mainstreaming“¹⁵⁵, dass mit Blick auf die Geschlechterverhältnisse („Gender“) auch in der Berliner Landesverwaltung Anwendung findet.¹⁵⁶

154 Hier könnte auf konkrete Regelungen verwiesen werden, beginnend mit Art. 13 EGV und den darauf beruhenden Richtlinien, die allerdings unmittelbar nicht gelten.

155 In Österreich gibt es hierzu schon erste Ansätze: vgl. http://www.gem.or.at/repository/GeM-InfoLetterNr7_2004.pdf am 24.09.2007, wonach „Genderaspekte“ Bestand des kompletten Vergabeverfahrens sind und für die Ebenen des Vergabeverfahrens Möglichkeiten der Berücksichtigung erarbeitet wurden.

156 „Gender Mainstreaming“ besteht in der (Re-)Organisation, Verbesserung, Entwicklung und Evaluierung der Entscheidungsprozesse mit dem Ziel, dass die an politischer, verwaltender, organisatorischer und unternehmerischer Gestaltung beteiligten Akteurinnen und Akteure den Blickwinkel der Gleichstellung zwischen Frauen und Männern in allen Bereichen und auf allen Ebenen einnehmen. Mehr unter www.genderkompetenz.info.

8 Anregungen aus den USA, Großbritannien, Schweden und Österreich

Auch andere Länder verfolgen im Wege der Vergabe öffentlicher Aufträge soziale Zielsetzungen. In den USA, Großbritannien, Schweden und Österreich sind derartige Entwicklungen verstärkt zu beobachten.

8.1 USA: „contract compliance“

In den USA sahen bereits in den 60er Jahren bundesstaatliche Regeln den Schutz vor Diskriminierungen im Vergabeverfahren vor, die mit der Kündigung durch den Auftraggeber oder mit dem künftigen Ausschluss vom Vergabeverfahren sanktioniert werden.¹⁵⁷ Später kamen dazu positive Maßnahmen oder Fördermaßnahmen („affirmative action“), die sowohl „Quoten“ als auch Bildungsprogramme für Vielfalt („diversity“) u.ä. beinhalten können.

Das hier interessierende Instrument amerikanischen Gleichstellungsrechts ist die „contract compliance“. Dabei geht es um die Einhaltung vertraglicher Bedingungen, hier um die Durchführung positiver Maßnahmen zugunsten der Gleichstellung durch Auftragnehmer, also auf der Ebene der Ausführungsbedingungen im Sinne des Art. 26 VKR. Alle Unternehmen, die den Zuschlag zu einem öffentlichen Auftrag erhalten, dessen Wert 10.000 Dollar im Jahr übersteigt, verpflichten sich bei Vertragsabschluss, mit Blick auf das Personal niemanden auf Grund der „race“, Hautfarbe, Religion, des Geschlechts oder der nationalen Herkunft zu diskriminieren.¹⁵⁸ Darüber hinaus müssen Auftragnehmer und auch Subunternehmen im Rahmen eines öffentlich vergebenen Dienstleistungs- oder Liefervertrages mit einem jährlichen Auftragsvolumen von mehr als 50.000 Dollar oder mit mehr als 50 Beschäftigten einen Gleichstellungsplan entwickeln, der gleiche Arbeitsmöglichkeiten für Angehörige von Minderheiten und für Männer und Frauen sicherstellt¹⁵⁹; daneben gibt es Gleichstellungsvorgaben zugunsten von

157 Diesem Beispiel folgten dann auch andere Länder, wie z.B. Australien, vgl. hierzu: McCrudden, Christopher, *Buying Social Justice – Equality, Government Procurement & Legal Change*, Oxford, 2007, S. 6 ff.

158 <http://www.dol.gov/compliance/guide/discrim.htm>;
<http://www.dol.gov/compliance/guide/discrcon.htm>

159 <http://www.dol.gov/compliance/topics/eo.htm>

Menschen mit Behinderungen.¹⁶⁰ Die Einhaltung dieser Vertragsbedingungen wird durch das Federal Office for Contract Compliance¹⁶¹ kontrolliert.

Eine Studie für die Regierung belegt, dass dieses Instrument der gleichstellungsorientierten Vertragsgestaltung sehr effektiv ist. Darin wird argumentiert, dass gerade die Verknüpfung von öffentlicher Auftragsvergabe mit der Antidiskriminierungsgesetzgebung jahrzehntelang bestehende Diskriminierungsstrukturen zu beseitigen hilft. Gesetze allein könnten tradierte gesellschaftliche Muster nicht durchbrechen; das öffentliche Auftragswesen sei eine ergänzende Möglichkeit, um Diskriminierungsschutz tatsächlich zu erreichen und durchzusetzen.¹⁶²

8.2 Großbritannien: „contract compliance“

In Großbritannien führten in den 80er Jahren mehrere größere Gemeinden, so auch London, dem amerikanischen Vorbild folgend das Instrument der „contract compliance“ ein. Danach müssen Auftragnehmer Gewerkschaften anerkennen und Frauen sowie Minderheiten die vollen Arbeitnehmerrechte gewähren. Mit dem 1988 in Kraft getretenen Local Government Act wurde diese Vorgehensweise zunächst erschwert, da im Mittelpunkt das Wettbewerbsprinzip und das Prinzip des günstigsten Preises standen. Dies ist aber inzwischen vom „best value principle“ überholt worden, nach dem auch weitergehende Kriterien als der Preis bei der Vergabeentscheidung berücksichtigt werden sollen.¹⁶³ Lokale Auftraggeber haben jetzt einen größeren Spielraum, neben dem Preis weitergehende Kriterien zu nutzen.¹⁶⁴ Hierzu zählen die Ziele der Gleichstellung und Vielfalt.¹⁶⁵

Für Berlin dürfte das Contract Compliance-Programm des Greater London Council und der Inner London Education Authority besonders interessant sein.

160 <http://www.dol.gov/compliance/guide/503.htm>

161 <http://www.dol.gov/esa/ofccp/>

162 Affirmative Action Review – Report to the President, 1995, online unter: <http://clinton2.nara.gov/WH/EOP/OP/html/aa/aa-index.html>

163 Den Zuschlag erhält das wirtschaftlich günstigste Angebot, so auch in Deutschland, vgl. § 97 Abs. 5 GWB für oberhalb und §§ 25 Nr. 3 VOL/A, 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A für unterhalb der Schwellenwerte.

164 Commission for Racial Equality, Public Procurement and Race Equality – Briefing for Suppliers, unter <http://www.equalityhumanrights.com> -> Suppliers race equality briefing.

165 Office of Government Commerce, Social Issues in purchasing, 2006, S. 1 ff.

Es hat sich als sehr effektiv erwiesen, um Gleichstellungsmaßnahmen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge durchzusetzen.¹⁶⁶ Dazu kommt mittlerweile die „Responsible Procurement Policy“, also die „verantwortliche Beschaffungspraxis“, mit der London nachhaltige Mittelverwendung fördert, was international als beispielhaft gilt.¹⁶⁷ In der Diskussion ist daher als Teil der Nachhaltigkeit auch die Gleichstellung.

In Großbritannien haben öffentliche Auftraggeber seit 2000 zudem eine durch den Race Relation (Amendment) Act 2000 festgeschriebene Pflicht, die Gleichstellung hinsichtlich der Ethnizität zu fördern.¹⁶⁸ Dies beinhaltet die Einbeziehung von Zielen der Gleichstellung in den Vergabeprozess.¹⁶⁹ Hier werden Fragebögen eingesetzt, die zudem aufklärende und aktivierende Funktion haben.¹⁷⁰ Sie beinhalten sehr detaillierte Fragen zur Gleichstellungspolitik der Unternehmen und Betriebe. U.a. seitens des „National Health Service“ gibt es derzeit Bestrebungen, diese Pflicht auf andere Gleichstellungsdimensionen wie Alter, Behinderung und Geschlecht auszudehnen.¹⁷¹

8.3 Schweden: Vertragsklauseln

In Schweden wurde die Förderung und somit Berücksichtigungsfähigkeit von sozialen Belangen im Vergabeverfahren durch Vertragsklauseln mit der Änderung der Vergaberechtsgesetzgebung 2002 gefestigt.¹⁷² Dies stand im Zusammenhang mit einem Nationalen Aktionsplan zur Bekämpfung von

166 Trauner, Helena /Sohler, Karin, Betriebliche Maßnahmen gegen Diskriminierung und zur Gleichstellung von MigrantInnen und ethnischen Minderheiten im europäischen Vergleich - Modellbeispiele aus der Praxis und den Ländern Großbritannien, Belgien, Deutschland, Irland, Niederlande und Schweden, Wien, 2005, S. 50.

167 Informationen unter <http://www.london.gov.uk/gla/tenders/docs/responsibleprocurementsummary.pdf>

168 Vgl. § 19B „Discrimination by public authorities“, Race Relation (Amendment) Act 2000.

169 Vgl. <http://www.newcastle.gov.uk/wwwfileroot/cxo/equality/Equalityinprocurement.pdf>

170 Beispiele für diese Fragebögen finden sich unter
http://www.carrick.gov.uk/media/adobe/i/b/Equality_in_Procurement.pdf;
<http://www.nottinghamshire.gov.uk/environment-procure.pdf>;
<http://www.calderdale.gov.uk/employment/equality/equality-procurement/index.html>;
<http://www.norfolk.police.uk/artPDF/Race%20Equality%20&%20Procurement%20Policy1.pdf>

171 Mehr dazu unter <http://www.mosaic.nhs.uk/resources/word/DH%20FAQs%20.doc>

172 Vgl. Study on measures taken by municipalities and Recommendations for further action to Achieve Greater Vigilance against Racism, im Auftrag der UNESCO, Department on Social and Human Sciences, Graz, 2006, S. 73.

Fremdenfeindlichkeit, Homophobie und Diskriminierung, den die Regierung dem schwedischen Parlament Anfang 2001 präsentiert hatte. Teil des Plans war der Vorschlag, zur Bekämpfung von Diskriminierung die Instrumente der öffentlichen Auftragsvergabe auch Antidiskriminierungsklauseln bei Verträgen von Privaten mit der öffentlichen Hand zu nutzen.¹⁷³ Daraufhin beauftragte die schwedische Regierung die Nationale Behörde für Beschaffung¹⁷⁴ damit, eine „Muster-Antidiskriminierungsklausel“ für die öffentlichen Auftraggeber als Ausführungsbedingung zu entwickeln.¹⁷⁵ Ziel solle die Förderung der Gleichstellung bzw. Gleichbehandlung am Arbeitsplatz in den Bereichen Geschlecht, Rasse, Nationalität, ethnischer Herkunft sowie Religion sein. Diese Klausel präsentierte die Nationale Beschaffungsbehörde in einem Bericht vom Mai 2002.¹⁷⁶ Die Vergabestellen sind an diese nicht gebunden, sondern können auch ihre eigene Klausel entwerfen.

§ 1 der schwedischen Klausel sieht vor, dass der Auftragnehmer die schwedische Antidiskriminierungsgesetzgebung befolgt. Nach § 2 hat der Auftragnehmer hierüber Bericht zu erstatten. Mit § 3 verpflichtet er sich, auch bei Subunternehmern bzw. Lieferanten auf die Einhaltung der Maßstäbe aus § 1 zu achten. § 4 hält fest, dass eine Nicht-Einhaltung dieser Klauseln eine Vertragsverletzung darstellt und zur Aufhebung des Vertrages führen kann, wenn der Auftragnehmer die Diskriminierung nicht sofort beseitigt.¹⁷⁷

Für die Musterklausel gilt seit 2006 zudem eine Verordnung für das Vergaberecht.¹⁷⁸ Sie geht auf den Nationalen Aktionsplan 2006-2009 für

173 Trauner, Helena / Sohler, Karin, Betriebliche Maßnahmen gegen Diskriminierung und zur Gleichstellung von MigrantInnen und ethnischen Minderheiten im europäischen Vergleich - Modellbeispiele aus der Praxis und den Ländern Großbritannien, Belgien, Deutschland, Irland, Niederlande und Schweden, Wien, 2005, S. 187.

174 Board for Public Procurement, vgl. Regeringsbeslut 2002-01-17 Fi2002/422.

175 Vgl. Lappalainen, Paul, Analytical Report on Legislation compiled by the National Focal Point of the European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia, Wien, 2004, S. 41.

176 Vgl. dazu auch European Commission, Study of the Use of Equality and Diversity Considerations in Public Procurement: Final Report, S. 59 f.

177 Vgl. Kohroser, Gerlinde / Prinzi, Ursula / Starl, Klaus / Stocker, Alexandra / Thurn, Nicole / Vivona, Maddalena, Study on measures taken by municipalities and Recommendations for further action to Achieve Greater Vigilance against Racism, im Auftrag der UNESCO, Department on Social and Human Sciences, Graz, 2006, S. 73.

178 Ordinance on Anti-Discrimination Clauses in Procurement Contracts (2006:260), in Kraft getreten am 1.07.2006; vgl. auch Report on Racism and Xenophobia in the Member States of the EU, Agentur der EU für Grundrechte, 2007, S. 69, http://fra.europa.eu/fra/material/pub/racism/report_racism_0807_en.pdf

Menschenrechte und gegen Diskriminierungen und Rassismus zurück.¹⁷⁹ Die Verordnung bindet 30 größere „state agencies“. Sie gibt den Inhalt der vergaberechtlichen Antidiskriminierungsklauseln ebenso vor wie zulässige Sanktionen für den Fall der Nichteinhaltung.¹⁸⁰

8.4 Österreich: Vergabegesetz

In Österreich haben Städte die Möglichkeit, die Vergabe von öffentlichen Aufträgen an bestimmte Kriterien zu knüpfen.¹⁸¹ Nach § 84 Abs. 2 Bundesvergabegesetz hat der „Auftraggeber in der Ausschreibung vorzusehen, dass die Erstellung des Angebots für in Österreich zu erbringende Leistungen unter Berücksichtigung der in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften zu erfolgen hat und das sich der Bieter verpflichtet, bei der Durchführung des Auftrags in Österreich diese Vorschriften einzuhalten“. Zu den arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften gehören auch die Regeln der Antidiskriminierung und Gleichstellung. Die Stadt Graz sieht beispielsweise vor, im Rahmen der Verpflichtung der Förderung gleicher Chancen für alle gesellschaftlichen Gruppen auf dem Arbeitsmarkt Antidiskriminierungsbestimmungen in städtische Verträge und bei der Vergabe von Lizenzen aufzunehmen.¹⁸²

9 Gesamtergebnis

Die Vergabe öffentlicher Aufträge bietet sich auf besondere, auch im Ausland zunehmend genutzte Weise an, Gleichstellungsziele aktiv zu verfolgen und zu verwirklichen. Zu beachten sind dabei sowohl europarechtliche als auch bundes- und landesrechtliche Vorgaben für die Gleichstellung wie auch für das Vergabeverfahren. Diese sind zudem im Fluss: Das Vergaberecht des Bundes

179 Attström, Karin, International Migration Papers (86E), Discrimination against Native Swedes of Immigrant Origin in Access to Employment, Genf, 2007, S. 7.

180 Vgl. Report on Racism and Xenophobia in the Member States of the EU, Agentur der EU für Grundrechte, S. 69; Eriksson, Maja K. / Cameron, Iain / Bull, Thomas, Legal Study on Homophobia and Discrimination on grounds of Sexual Orientation – Sweden, Uppsala, 2008, S. 15.

181 Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz – BVergG 2006, in: Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich Teil I, 2006 v. 31. Jänner 2006.

182 Zur Umsetzung des Zehn-Punkte-Aktionsplans der Stadt Graz, Europäische Städtekoalition gegen Rassismus, Gemeinderatsbeschluss vom 29.6.2006 http://www.graz.at/cms/dokumente/10082807_410977/b6b68c05/Pr%C3%A4s%2013188_2006_5.pdf sowie zum Inhalt des 10-Punkte-Aktionsplans: http://www.wahlkampfbarometer-graz.at/cms/fileadmin/user_upload/ECCaR_10_Punkte_Aktionsplan.pdf

soll ebenso geändert werden wie seitens der EU weitere Richtlinien zum Diskriminierungsschutz angekündigt sind.

Grundsätzlich ist zwischen Regelungen für die Vergabe ober- und unterhalb der Schwellenwerte zu unterscheiden. Oberhalb der Schwellenwerte gelten im Kaskadensystem das GWB, die VgV sowie die Verdingungsordnungen sowie die Grundfreiheiten und das Diskriminierungsverbot der EU. Unterhalb der Schwellenwerte gelten die BHO bzw. LHO Berlin, die Verdingungsordnungen sowie ebenfalls die primärrechtlichen Vorgaben des EG-Vertrags.

Oberhalb der Schwellenwerte ist die Beachtung des Diskriminierungsschutzes im Vergabeverfahren derzeit nur möglich, wenn der Landesgesetzgeber von der Möglichkeit des § 97 Abs. 4 Hs. 2 GWB Gebrauch macht, weitere Vergabekriterien zu statuieren. Dies ist bislang nur in § 13 LGG für die geschlechtsbezogene Gleichstellung erfolgt. Rechtspolitisch ist dieser Bereich in Bewegung. Europarechtlich sieht Art. 26 VKR soziale Belange im Vergaberecht vor, doch ist dies noch nicht in bundesdeutsches Recht umgesetzt. Der vorliegende bundesrechtliche Entwurf zur Änderung des GWB ist allerdings enger als das Europarecht.

Nach derzeitiger Rechtslage könnte der Berliner Landesgesetzgeber also den Diskriminierungsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge regeln. Das kann im Vergaberecht erfolgen, in Ergänzungen zu den bestehenden Gleichstellungsgesetzen (wie § 13 LGG zur Gleichstellung von Frauen und Männern, auch im LGBG für Menschen mit und ohne Behinderungen sowie im Gesetz zu Art. 11 VvB zum Diskriminierungsverbot wegen der sexuellen Identität) oder in einem eigenen Landesgesetz zur diskriminierungsfreien Gestaltung der öffentlichen Vergabe.

Unterhalb der Schwellenwerte kann die Landesregierung eine Antidiskriminierungsklausel als Ausführungsbedingung vorsehen. Dabei darf sie nicht gegen die EG-Grundfreiheiten verstoßen, muss das Diskriminierungsverbot aus Art. 12 EGV beachten und transparent sein. Das entspräche den Ansätzen aus Großbritannien oder auch Schweden. Eine Antidiskriminierungsklausel im Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte wäre ein wichtiger Beitrag zur Stärkung einer Antidiskriminierungskultur im Land Berlin. Es wäre ein deutliches Signal, dass sich Stadt und Wirtschaft

gemeinsam dafür verantwortlich zeigen, dass es nicht zu Diskriminierungen kommt. Gerade die Koppelung der öffentlichen Auftragsvergabe mit dem Diskriminierungsschutz ist für die Wirtschaft ein Anreiz, Diskriminierung zu bekämpfen und Vielfalt nicht zuletzt im eigenen Interesse einer zukunftsfähigen Entwicklung zu fördern. Das ist auch sinnvoll, da der Löwenanteil der Aufträge, die von öffentlichen Einrichtungen vergeben werden, unterhalb der Schwellenwerte liegt. Damit wäre auch der individuelle Schutz vor Diskriminierung durch Landesgesetze und das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz sinnvoll ergänzt. Gerade das öffentliche Auftragswesen mit seinem gewaltigen Nachfragepotential und der Staat als Vorbild haben die Kraft, Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung zu fördern.

Literaturverzeichnis

- Artt, Annett*, Die Umsetzung der Vergabekoordinierungsrichtlinien in Deutschland, VergabeR-Sonderheft (2a), 2007, S. 280.
- Arrowsmith, Sue*, The law of public and utilities procurement, London, 1996.
- Attström, Karin*, International Migration Papers (86E), Discrimination against Native Swedes of Immigrant Origin in Access to Employment, Genf, 2007.
- Burgi, Martin*, Vergabefremde Zwecke und Verfassungsrecht, NZBau 2001, S. 64.
- Byok, Jan*, Die Entwicklung des Vergaberechts seit 2002, NJW 2004, S. 198.
- Dobmann, Volker*, Die Tariftreueerklärung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, Nomos, Baden-Baden, 2007.
- Eriksson, Maja K. / Cameron, Iain / Bull, Thomas*, Legal Study on Homophobia and Discrimination on grounds of Sexual Orientation – Sweden, Uppsala, 2008.
- European Commission*, Study of the Use of Equality and Diversity Considerations in Public Procurement: Final Report.
- Fischer, Kristian*, Vergabefremde Zwecke im öffentlichen Auftragswesen: Zulässigkeit nach Europäischem Gemeinschaftsrecht, EuZW 2004, S. 492.
- Fonari, Alexander / Führ, Vivien / Stamm, Norbert (Hrsg.)*, Kommunen und Eine Welt: Nachhaltigkeit in der öffentlichen Beschaffung, Augsburg, 2006.
- Fonari, Alexander / Führ, Vivien / Stamm, Norbert (Hrsg.)*, Sozialstandards in der öffentlichen Beschaffung – Grundlagen – Erfahrungen – Materialien, München, 2008.
- Hermes, Georg*, Gleichheit durch Verfahren bei der staatlichen Auftragsvergabe, JZ 1997, S. 909.
- Hürten, Marianne*, Die politische Debatte in NRW, in: Fraktion Bündnis 90/Die Grünen NRW (Hrsg.), Wettbewerbsvorteil: Frauenfeindlich – Öffentliche Auftrags- und Mittelvergabe an frauenfördernde Unternehmen und Hochschulen, 1998.
- Kling, Michael*, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen – Möglichkeiten und Grenzen einer politischen Instrumentalisierung der Vergabe öffentlicher Aufträge, Mainz, 2000.
- Kocher, Eva / Schiek, Dagmar / Laskowski, Silke Ruth / Welti, Felix / Schmidt, Marlene*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: Ein Kommentar aus europäischer Perspektive, München, 2007.
- Kohlroser, Gerlinde / Prinzi, Ursula / Starl, Klaus / Stocker, Alexandra / Thurn, Nicole / Vivona, Maddalena*, Study on measures taken by municipalities and Recommendations for further action to Achieve Greater Vigilance against Racism, im Auftrag der UNESCO, Department on Social and Human Sciences, Graz, 2006.
- Krämer, Erwin / Schmidt, Jürgen*, Zuwendungsrecht, Zuwendungspraxis – Kommentar, Loseblattsammlung, 5 Bände, Heidelberg, o.D.
- Löw, Konrad*, Fiskalgeltung der Grundrechte, DÖV 1957, S. 879.
- Martin-Ehlers, Andres*, Die Unzulässigkeit vergabefremder Aspekte, WuW 1999, S. 685.
- Mattioni, Fulvio / Tranquilli, Domenico*, Social Entrepreneurs: The Italian Case – Human Resources, Market and Development, 1998.
- McCrudden, Christopher*, Buying Social Justice – Equality, Government Procurement & Legal Change, Oxford, 2007.

- Meyer, Nina*, Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung – Zur Zulässigkeit der Verwendung sogenannter „beschaffungsfremder Kriterien“ unter besonderer Berücksichtigung der Tariftreueerklärungen, Berlin, 2002.
- Neßler-Boehme, Volker*, Politische Auftragsvergabe durch den Staat?, DÖV 2000, S. 145.
- Nielsen, Ruth*, Discrimination and equality in public procurement, <http://arbetsratt.juridicum.su.se/Filer/PDF/klaw46/discrimination.procurement.pdf>
- Noch, Rainer*, Vergaberecht und subjektiver Rechtsschutz: eine Darstellung nach europäischem und deutschem Recht, Baden-Baden, 1998.
- Ossenbühl, Fritz*, Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht, DÖV 1971, 513.
- Otting, Olaf*, Zur Zulässigkeit beschaffungsfremder Vergabekriterien, Stadt und Gemeinde, 1996, S. 461.
- Petterssen, Sigrid / Persson, Hans / Ohlsson, Kjell / Östlin, Olle*, Accessibility in public procurement through „Design for All“, Institutet för Human Teknologi – Commission: To analyse the possibilities for requirements in public procurement of accessibility for disabled persons, 2006.
- Pietzcker, Jost*, Die Zweiteilung des Vergaberechts, Baden-Baden, 2001.
- Prieß, Hans-Joachim*, Handbuch des europäischen Vergaberechts – Gesamtdarstellung der EU/EWR – Vergaberegeln mit Textausgabe, 3. Auflage, Köln, 2006.
- Rittner, Fritz*, Rechtsgrundlagen und Rechtsgrundsätze des öffentlichen Auftragswesens, Hamburg, 1988.
- Rust, Ursula*, Die sozialen Kriterien im Vergaberecht – ein Dublik auf Rittner, EuZW 1999, 677, EuZW 2000, S. 205.
- Schäfer, Alexander*, Öffentliche Belange im Auftragswesen und Europarecht, Berlin, 2003.
- Steinberg, Phillip*, Vergaberechtliche Steuerung als Verbundaufgabe – Prozedurale und materielle Einwirkungsmöglichkeiten öffentlicher Auftraggeber im unvollkommenen Binnenmarkt, Baden Baden, 2005.
- Sternner, Frank*, Rechtbindungen und Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, München u.a., 1996.
- Stolz, Kathrin*, Das öffentliche Auftragswesen in der EG: Möglichkeiten und Grenzen der Liberalisierung, Baden-Baden, 1991.
- Trauner, Helena / Sohler, Karin*, Betriebliche Maßnahmen gegen Diskriminierung und zur Gleichstellung von MigrantInnen und ethnische Minderheiten im europäischen Vergleich – Modellbeispiele aus der Praxis und den Ländern Großbritannien, Belgien, Deutschland, Irland, Niederlande und Schweden, Wien, 2005.
- Ziekow, Jan*, Vergabefremde Zwecke und Europarecht, NZBau 2001, S. 72.