VORWORT

Seit über vier Jahren ist in Berlin das Landesgleichstellungsgesetz (LGG) in Kraft. In diesem Gesetz ist vor allem die Durchsetzung der Gleichstellung von Frauen und Männern im öffentlichen Dienst sowie die Verbesserung der Arbeitsbedingungen von Frauen und Dienstkräften mit Familienpflichten geregelt.

Das Landesgleichstellungsgesetz läßt aber auch die Frauenförderung in der privaten Wirtschaft nicht außer Acht. Eine Möglichkeit, Auftragnehmer und Zuwendungsempfänger - also Empfänger freiwilliger Leistungen des Staates wie Subventionen, Zuschüsse etc. im privatwirtschaftlichen wie im gemeinnützigen Bereich - zur Förderung von Frauen zu motivieren, ist die Verknüpfung der Vergabe öffentlicher Aufträge und der Gewährung staatlicher Leistungen mit Maßnahmen der Frauenförderung in den begünstigten Betrieben.

Mit einer solchen Verknüpfung soll erreicht werden, daß einerseits Frauen in der Privatwirtschaft und im gemeinnützigen Sektor in Sachen Frauenförderung vergleichbare Bedingungen wie im öffentlichen Dienst zugute kommen, und daß andererseits die Vergabe öffentlicher Mittel der angestrebten Gleichstellung von Frauen dient, wie es auch in der neuen, im Oktober 1995 endgültig zu verabschiedenden Verfassung von Berlin formuliert ist.

Mit der rechtlichen und praktischen Ausgestaltung solcher Regelungen betreten wir juristisches und politisches Neuland. Eine Vielzahl von europa-, verfassungs- und haushaltsrechtlichen Fragestellungen und auch Konflikten bedürfen der Klärung. Zu diesem Zweck hat die Senatsverwaltung für Arbeit und

Frauen zwei Sachverständigenanhörungen durchgeführt, von denen die erste sich ausschließlich mit den rechtlichen Problemen befaßte. Diese Anhörung mit insgesamt zuversichtlich stimmendem Ergebnis ist im Folgenden dokumentiert.

Wir hoffen, allen an dieser Diskussion Beteiligten und Interessierten damit fundiertes Material zur Verfügung zu stellen.

Dr: Christine Bergmann, Senatorin für Arbeit und Frauen

INHALT

Vorwort

Dr. Christine Bergmann, Senatorin für Arbeit und Frauen 4
Dr. Ute Sacksofsky 15
Dr. Elke Gurlit 24
Prof. Dr. Ursula Rust 32
Dr. Margaretha Sudhof 57
Dr. Dr. Hans Hermann Eberstein 73
Dr. Christopher McCrudden 87
Prof. Dr. Ulrich Battis 110

Diskussion 121

Anhang
Referentinnen und Referenten 135
Fragebogen 136
Tagungsprogramm 140

Ingrid Weber:

Frau Senatorin, meine Damen und Herren, ich begrüße Sie ganz herzlich zu der heutigen Fachtagung. Das Berliner Landesgleichstellungsgesetz ist mittlerweile fast 4 Jahre alt, und es wird Zeit, die flankierenden Frauenfördermaßnahmen in den §§ 13 und 14 durch die Schaffung eines Ausführungsgesetzes rechtlich und tatsächlich greifen zu lassen. Mit diesem Vorhaben betritt Berlin juristisches Neuland. Nur Brandenburg hat in seinem Gleichstellungsgesetz ähnliche Regelungen, dort ist allerdings eine Rechtsverordnung zur Ausführung vorgesehen, die es auch noch nicht als geltendes Recht gibt. Diese Vorreiterrolle, die Berlin einnimmt, ist verdienstvoll, sie ist aber auch verantwortungsvoll. Deshalb möchte die zuständige Senatsverwaltung in einer ersten Sachverständigenrunde die Fachleute zu Wort kommen lassen, die ausgewiesen sind als Kenner der verschiedenen rechtlichen Aspekte, das sind: Verfassungsrecht, Bundes- und Haushaltsrecht, Wettbewerbsrecht, EG-Recht. Die einzelnen Referentinnen und Referenten werde ich Ihnen jeweils zu Beginn des einzelnen Referats vorstellen. Abweichend vom vorliegenden Programm werden wir zusätzlich ein Referat von Frau Dr. Sudhof hören, das durch Vermittlung des Hessischen Frauenministeriums zustande gekommen ist, und das u.a. wettbewerbsrechtliche Gesichtspunkte behandelt. Nun bitte ich die Senatorin für Arbeit und Frauen, Frau Dr. Bergmann, um ihre Einführung in das Thema.

Dr. Christine Bergmann, Senatorin für Arbeit und Frauen:

Meine sehr geehrten Damen und Herren, die Zeit ist wirklich reif für diese Veranstaltung und dafür, daß wir in der Frage der betrieblichen Frauenförderung weiterkommen. Darf sich die Politik qua Gesetz in die Privatwirtschaft einmischen, um Unternehmen zu mehr Frauenförderung zu ermuntern? Das

ist - vielleicht ein bißchen flapsig formuliert - eine der brisantesten Fragen, mit der sich die Frauenpolitik in jüngster Zeit auseinandersetzt. Ich freue mich deshalb, daß ich Sie heute so zahlreich zu unserer Sachverständigenanhörung zu Rechtsfragen der §§ 13 und 14 im Berliner Landesgleichstellungsgesetz begrüßen darf.

Seit 45 Jahren sind Frauen in dieser Republik verfassungsrechtlich gleichgestellt, doch daß wir von der tatsächlichen Gleichstellung noch meilenweit entfernt sind, ist selbst frauenpolitisch Desinteressierten nicht verborgen geblieben. Die Vorsitzende der Landeszentralbank in Niedersachsen, Frau Dingwort-Nusseck, hat 1986 eine Rechnung angestellt, in der sie untersuchte, wie lange es ohne den Einsatz aktiver Frauenförderung wohl dauern würde, bis wir. Parität zwischen Frauen und Männern in den Spitzenpositionen der Wirtschaft erreicht haben. Von heute gerechnet wären das 236 Jahre, also im Jahre 2230. Ich denke, so lange können und wollen wir wohl nicht warten. Der ehemalige Verfassungsrichter Ernst Benda hat in einem Rechtsgutachten, das er 1986 im Auftrag der Leitstelle für die Gleichstellung der Frauen in Hamburg erstellt hat, sogar festgestellt, daß es verfassungswidrig wäre, so lange zu warten. Seine Aufgabe war es, zu begutachten, ob eine aktive Frauenförderung durch den Staat gegen die Verfassung verstößt oder nicht. Herr Benda kam hierbei zu dem Ergebnis, daß solche Aktivitäten grundsätzlich verfassungsrechtlich zulässig seien. Bedenklich sei vielmehr, die faktische Durchsetzung gleicher Chancen auf das nächste Jahrtausend zu verschieben. In diesem Sinne sei Bevorzugung nicht nur nicht verfassungswidrig, sondern sogar durchaus angebracht. Benda leitet aus dem Gleichstellungsgrundsatz im Grundgesetz den Verfassungsauftrag an den Staat ab, in einer - so Benda wörtlich – „vertretbaren Zeitspanne die faktische Gleichstellung der Frau zu

erreichen“. Und das Jahr 2230 hält auch Benda für keine vertretbare Zeitspanne. Letztendlich kann nur ein Urteil des Bundesverfassungsgerichts die Zweifel darüber aus der Welt räumen, ob nun aktive Frauenförderung des Staates verfassungswidrig ist oder nicht. Entsprechende Klagen sind anhängig, und in den Bundesländern warten wir seit langem sehnsüchtig auf eine endgültige Entscheidung der Frage, die für die Verabschiedung der ersten Landesgleichstellungsgesetze von zentraler Bedeutung gewesen ist. Seit der Neufassung des Artikels 3 Abs. 2 des Grundgesetzes sind wir dem Wunschziel einer aus frauenpolitischer Sicht positiven Entscheidung durch das Bundesverfassungsgericht ein erfreuliches Stück näher gekommen. Denn nach zähem Ringen in der gemeinsamen Verfassungskommission von Bundesrat und Bundestag konnte zumindest durchgesetzt werden, daß die Zulässigkeit und Notwendigkeit einer aktiven Rolle des Staates politisch unterstrichen wurde. Es heißt jetzt: „Männer und Frauen sind gleichberechtigt. Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin“.

Auch wenn ich mir, zugegeben, eine weitergehende Formulierung gewünscht hätte – und, wenn ich mich hier umblicke, weiß ich, daß viele diese Position teilen–, und größere Präzision durchaus angebracht wäre, bin ich zumindest froh darüber, daß wir mit diesem neuen Satz mit unseren Gleichstellungsgesetzen auf Länderebene auf etwas sichereren rechtlichen Fundamenten stehen. Die Überzeugung, daß staatliches Handeln zugunsten von Frauen erforderlich ist, um das verfassungsmäßige Recht nicht zu einer bloßen Fiktion für künftige Generationen verkommen zu lassen, prägte auch den Tenor des 1991 in Kraft getretenen Berliner Gleichstellungsgesetzes. Im Zentrum dieses immer noch bundesweit beispielgebenden Gesetzes steht ganz klar der

öffentliche Dienst und die Selbstverpflichtung des Senates von Berlin, Frauenförderung zu betreiben, sprich, den Berliner Landesbehörden wurde eine frauenpolitische Vorbildfunktion anvertraut, mit der sie mehr oder manchmal weniger gewissenhaft umgehen. An dieser Stelle möchte ich natürlich auch nicht verschweigen, daß das LGG nach wie vor ein recht ungeliebtes Gesetz ist. Und erlauben Sie mir auch noch eine Bemerkung: Verwaltungen wird ja manchmal nachgesagt, sie würden stur nach Paragraphen handeln, ohne Herz und Verstand. Ich kann Ihnen aus meinen Erfahrungen versichern: dem ist nicht so. Zumindest im Hinblick auf das LGG beweisen so einige Beamte, daß hier von Paragraphenreiterei nicht die Rede sein kann. Aber auch wenn uns der Gegenwind oft noch recht stark ins Gesicht bläst und nach so kurzer Zeit zahlenmäßig noch keine allzu großen Veränderungen abzulesen sein können, steht eines bereits heute fest: Mit dem LGG hat Berlin ein effektives Instrument geschaffen. Es funktioniert und natürlich hat es dazu beigetragen, daß langsam ein Bewußtseinswandel eintritt, der den Blick für Benachteiligungen von Frauen schärft und ihn hinter den immer wieder ins Feld geführten Sachzwängen und scheinbar logischen Erwägungen hervorzerrt. Diese Alibiargumente beschränken sich natürlich, wie wir alle nur zu gut wissen, keineswegs auf den öffentlichen Dienst. Die Benachteiligungen für Frauen auf dem Arbeitsmarkt generell sind eklatant. Immer noch verdienen Frauen durchschnittlich ein Drittel weniger als ihre männlichen Kollegen. Frauen sind stärker von Arbeitslosigkeit betroffen als Männer. In Berlin schneiden wir Dank unserer Wirtschaftsstruktur, aber auch Dank einer aktiven Arbeitsmarktpolitik, die Frauen in den Mittelpunkt ihrer Anstrengungen stellt. noch ganz gut ab. Hier liegt im Ostteil der Stadt der Anteil der Frauen an der Arbeitslosigkeit nur bei 54 %. Aber es gibt Regionen, in denen bis zu 70 % der Arbeitslosen Frauen sind. Es hat sich auch nichts daran geändert,

daß es immer noch die Frauen sind, die die Verantwortung für Kinderbetreuung und Haushalt übernehmen. Und überall dort, wo weitreichende Entscheidungen getroffen werden, sind Männer weitgehend unter sich. Kurz, je höher wir in den Führungsetagen kommen, desto dünner wird die Luft für Frauen. In den bundesdeutschen Unternehmen sind auf der ersten Führungsebene 5,9 % und auf der zweiten Ebene 7,8 % der Positionen von Frauen besetzt. Wir finden ganze 0,7 % - 0,7 %, man muß es wirklich wiederholen - weibliche Vorstandsmitglieder und 0,3 % weibliche Aufsichtsrätinnen in den Aktiengesellschaften der Bundesrepublik. Zahlen, die eigentlich keines weiteren Kommentars bedürfen. Mehr Frauenförderung in der Privatwirtschaft ist ein unbedingtes Muß für die nahe Zukunft. Hier sehe ich im Geiste schon wieder die entsetzten Gesichter vor mir, die mich davor warnen, ja nicht das schwache Pflänzchen Konjunktur durch frauenpolitischen Ballast zu gefährden. Wir kennen diese immer wiederkehrenden Einwände, wenn man auch nur das Wort Frauenförderung ausspricht. Dies trifft jedoch nicht zu. Vielmehr scheint es mir, daß einige zu ihrem Glück, nennen wir es ruhig so, gesetzlich ermuntert werden müssen. Denn lassen Sie mich eines vorweg nehmen: Ich bin der festen Überzeugung, daß Frauenförderung ein zukunftsweisender Weg zu einer modernen Personalführung ist, die - wenn richtig eingesetzt - auch für das Unternehmen von großem Nutzen sein kann. Um den Benachteiligungen von Frauen auf dem Arbeitsmarkt etwas entgegenzusetzen, betreiben wir in Berlin eine Arbeitsmarktpolitik, die Frauenförderung in den Mittelpunkt stellt. Doch das reicht mir nun wahrlich nicht. Wir wollen dabei nicht stehen bleiben, wir wollen nicht für Frauen erst etwas tun, wenn sie rausgefallen sind auf dem ersten Arbeitsmarkt, um uns dann zu überlegen, wie wir sie über die nächste Etappe ein oder zwei oder drei Jahre hin-

wegretten können. Mit den §§ 13 und 14 des LGG haben wir ein gleichstellungspolitisches Instrumentarium geschaffen, um über die Auftragsvergabe der öffentlichen Hand private Unternehmen gezielt zur aktiven Frauenförderung zu ermuntern. § 13 Abs. 1 LGG bestimmt, daß beim Abschluß von Verträgen über Leistungen mit einem Auftragsvolumen von mehr als 10 000 DM bei mehreren vergleichbar qualifizierten Anbietern derjenige bevorzugt werden soll, der sich des Gedankens der Gleichstellung von Frauen im Erwerbsleben besonders angenommen hat. Vergleichbares sieht § 14 LGG für die Gewährung staatlicher Leistungen vor, auf die kein Anspruch besteht. Hier handelt es sich in der Regel um Subventionen. Darüber hinaus enthält das LGG jedoch keine Vorgaben. Es bestimmt lediglich, daß das Nähere durch ein Ausführungsgesetz zu regeln ist. Und das genau ist der wunde Punkt und der Anlaß für die heutige Veranstaltung, denn es obliegt jetzt der zuständigen Verwaltung, also der Senatsverwaltung für Arbeit und Frauen, diesen Gesetzgebungsauftrag auszuführen. Nicht nur haben wir es mit erheblichen Vorbehalten von Seiten der Privatwirtschaft gegen die gleichstellungspolitische Instrumentalisierung der öffentlichen Auftragsvergabe zu tun, wir betreten mit diesem Gesetzgebungsauftrag gleichzeitig auch juristisches Neuland. Und natürlich laden wir uns hier wieder beträchtliche Konflikte auf, aber wir sind ja konfliktfreudig. Sonst wären wir hier auch falsch. Das Land Nordrhein-Westfalen unternahm in den 80er Jahren einen ersten derartigen Versuch: Bei der öffentlichen Auftragsvergabe aus Landesmitteln sollten die Betriebe den Zuschlag erhalten, die bei sonst etwa gleichwertigen Angeboten einen bestimmten Anteil von weiblichen Auszubildenden beschäftigen. Hier ist die EG-Kommission interveniert. Es hieß, diese Regelung verletzte EG-Richtlinien. Ergebnis: der Versuch wurde von NRW zurückgezogen. Und wir

wurden jahrelang eigentlich auch immer mit dieser Keule bombardiert:Alles das, was ihr da wollt, verstößt ja sowieso gegen EG-Recht` und wir bräuchten uns gar nicht erst auf dieses Gebiet zu begeben. Was bislang einem Ausführungsgesetz zu den §§ 13 und 14 LGG entgegenstand, war letztlich auch somit die Frage, ob die Kopplung der öffentlichen Mittelvergabe mit Frauenförderung überhaupt mit europäischem Recht zu vereinbaren sei. Generell ist das öffentliche Auftragswesen zunehmend durch das beständige Vordringen EG-rechtlicher Regelungen geprägt. Seit dem Ende der 70er Jahre, in dem die Schaffung eines Binnenmarktes zum europäischen Ziel erklärt wurde, haben wir es mit einer unüberschaubaren Richtlinienflut zu tun. Für die öffentliche Auftragsvergabe wurden diese Richtlinien vor dem Europäischen Gerichtshof erstmals in der sogenannten Beentjes-Entscheidung aus dem Jahre 1988 aktuell. Dort war einem Bieter, der das preisgünstigste Angebot abgegeben hatte, der Zuschlag verweigert worden, weil er nicht in der Lage war. die in der Ausschreibung geforderte Anzahl Langzeitarbeitsloser zu beschäftigen. Der Europäische Gerichtshof entschied, daß es grundsätzlich nicht zulässig sei, derartige sozialpolitische Ziele bei der Formulierung von Ausschreibungen zu berücksichtigen. Denkbar sei jedoch die Vereinbarung nachträglicher, auch sozialpolitisch motivierter Vertragsbedingungen, denen sich der erfolgreiche Bieter unterwerfen müsse. Hieraus kann nur der Schluß gezogen werden, daß die gleichstellungspolitische Instrumentalisierung der öffentlichen Mittelvergabe durchaus EU-rechtlichen Bestand haben kann. Maßgeblich ist die Art und Weise der Umsetzung. Für den Fall, daß die EU- rechtliche Hürde tatsächlich überwunden werden kann, stellt sich weiter die Frage nach der Vereinbarkeit mit deutschem Verfassungsrecht. Hier steht vor allem zur Debatte, ob und inwieweit der Staat Eingriffsmöglichkeiten in die Privatautonomie hat. Daneben können wettbewerbs- und verbraucherrechtliche Nor-

men tangiert sein. Auch Fragen der Gesetzgebungskompetenz bedürfen der Klärung. Auch wenn es darum geht, frauenfördernde Betriebe bei der Gewährung staatlicher Leistungen, wie z.B. Subventionen, zu bevorzugen, stoßen wir auf große Probleme, vor allem im Bereich des EU-Rechts. Fraglich ist hier, inwieweit derartige Leistungsgewährungen als sogenannte Beihilfen im Sinne des EU-Rechts einzustufen sind. Solche Beihilfen unterliegen bekanntlich einem strengen Verbot. Diese und andere Fragen soll die heutige Sachverständigenanhörung klären, Und. ich bin sehr neugierig darauf, was wir heute im Laufe des Tages von den Fachleuten hören werden. Eine weitere Spezialität des LGG sei an dieser Stelle noch erwähnt: Nach § 13 Abs. 2 LGG sollen diejenigen Anbieter keinen Zuschlag erhalten, die geringfügig Beschäftigte anstellen. Frauenpolitisch hat dieser Passus eine große Bedeutung, denn es sind zum allergrößten Teil Frauen, die geringfügig beschäftigt und damit völlig ungenügend abgesichert sind, Denken Sie nur zum Beispiel an das Reinigungsgewerbe. Auch wenn die heftigen Gegenreaktionen manchmal anderes vermuten lassen, betreten wird mit den §§ 13 und 14 LGG im internationalen Vergleich keineswegs Neuland. Also wir sind hier nicht etwa ganz vorne an der Spitze der Bewegung, so als deutsches Bundesland. Im Gegenteil, es liegen bereits Erfahrungen aus unterschiedlichen Ländern mit verbindlichen Vorgaben für die Förderung von Frauen in Unternehmen vor. Die Bedeutendsten stammen aus den USA. Hier bestimmen executive orders bereits aus den Jahren 1965 und 1967, daß Unternehmen ab einer bestimmten Beschäftigtenzahl betriebliche Frauenförderpläne entwickeln und umsetzen müssen, wenn sie öffentliche Aufträge erhalten wollen. Dieser Maßnahme entspricht es, daß die USA sehr viel weiter sind mit der Frauenförderung in der Privatwirtschaft als wir. So verfügt heute die Mehrheit der größeren amerikanischen Firmen üben Frauenförderpläne und betriebliche Frauenbeauftragte. Daß solche

Aktivitäten keineswegs Beeinträchtigungen der Wettbewerbsfähigkeit bedeuten und damit tendenziell in den berühmten Ruin führen, wie es oft polemisch ins Feld geführt wird, zeigen die weltweiten Erfolge einiger dieser Unternehmen. Wir haben als Beispiel AT&T: Diese Gesellschaft konnte innerhalb eines Jahrzehnts den Anteil von Frauen in technischen Berufen von 2,8 % auf 12 % und den Anteil von Frauen in Managementpositionen von 33 % auf 39,6 % steigern können, und mir ist nicht bekannt, daß dieses Unternehmen in dieser Zeit Pleite gegangen wäre.

In der Bundesrepublik ist das Thema Frauenförderung immer noch für viele Unternehmen ein Fremdwort. Insbesondere im Bereich der kleinen und mittleren Unternehmen tut sich hier noch herzlich wenig, obwohl dort die meisten Frauen arbeiten. Das belegt auch eine Studie des DIW von 1991. Von den 10 000 Fragebögen, die das DIW an Unternehmen verschickt hat, um Auskunft zu bekommen über Frauenförderung, kamen lediglich 647 ausgefüllt zurück. Von Zehntausend 647! In weniger als 10 % der Unternehmen, die sich an der Umfrage beteiligten, existierten Frauenförderpläne, und ich glaube, es ist keine waghalsige Vermutung, davon auszugehen, daß die anderen, die gar nicht erst geantwortet haben, über Frauenförderpläne wohl in den seltensten Fällen verfügen werden. Hier kann ich nur sagen, die Unternehmen sind selbst Schuld, wenn sie ihre Chancen nicht nutzen. Denn nationale und internationale Untersuchungen der letzten Jahre haben eindeutig belegt, daß eine angemessene Förderung von Frauen für ein modernes Unternehmensmanagement unverzichtbar ist. Immer bedeutender werden die Motivation von Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen und deren eigenes Interesse an der Umsetzung der Unternehmensziele im modernen Manage-

ment. Der Schlüsselbegriff „corporate identity" hat sich seinen Platz in den Führungsetagen erobert und gilt als zukunftsweisend, wenn es um Marktchancen und Markterfolge geht. Frauenförderung als erklärtes Managementziel, dazu wollen wir durch die Ausgestaltung des LGG zukunftsorientierte Unternehmen ermuntern. Unter diesen Aspekten wollen wir nach der Klärung der rechtlichen Rahmenbedingungen heute die weitere Ausgestaltung der §§ 13 und 14 verstanden wissen. Es geht uns nicht darum, der privaten Wirtschaft Daumenschrauben anzusetzen; es geht um konstruktive Zusammenarbeit mit Unternehmen, die zu Innovation und Kreativität bereit sind. Es wäre ein Jammer, wenn all das vorhandene Potential für die Entwicklung moderner Unternehmensführung weiterhin brach läge. Und natürlich ist ein wichtiger Motivationsfaktor eben der, daß wir nicht auf das Jahr 2230 warten wollen, bis Frauen paritätisch in den Führungsetagen der Privatwirtschaft schalten und walten. Heute machen wir mit dieser Anhörung den ersten Schritt für die weitere Ausgestaltung der §§ 13 und 14 des LGG. In einer zweiten Veranstaltung im Frühjahr nächsten Jahres wollen wir die existierenden guten Beispiele von frauenfördernden Unternehmen aufgreifen und die Fragestellung verfolgen, die heute noch zurückstehen muß, nämlich: Welche Voraussetzungen muß die Frauenförderung im privaten Unternehmen erfüllen, um ihm bei der Vergabe öffentlicher Aufträge eine bevorzugte Stellung gegenüber anderen einräumen zu können? Doch heute soll es zunächst um die juristischen Fragen gehen. In der Vergangenheit haben sich bereits die verschiedensten Gutachten daran gemacht, die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Kopplung öffentlicher Auftragsvergabe an Frauenfördermaßnahmen auszuloten. So liegen uns beispielsweise zwei Gutachten vor. Das eine stammt von Frau Prof. Dr. Osterloh von der Goethe-Universität in Frankfurt für die Länder NRW und Brandenburg. Leider ist Frau Prof. Dr.

Osterloh heute verhindert und kann hier nicht teilnehmen. Aber über die Ergebnisse eines weiteren Rechtsgutachtens für das Hessische Frauenministerium, das von Frau Dr. Sudhof, Richterin am Verwaltungsgericht Frankfurt, erstellt wurde, werden wir heute von ihr persönlich erfahren. Außerdem werden wir heute Einblick erlangen in die Diskussion, wie sie auf EU-Ebene geführt wird. Herr Dr. McCrudden, von der Oxford-Universität, wird als Gutachter im Auftrag der EU-Kornmission zur gleichstellungspolitischen Instrumentalisierung der öffentlichen Mittelvergabe Stellung beziehen.

Ich danke allen Anwesenden für ihr Interesse und bedanke mich vor allem bei den Vortragenden, daß sie uns heute mit ihrer Teilnahme an dieser Anhörung in unserer Arbeit unterstützen wollen. Ich bin sehr gespannt auf die Diskussion und erhoffe mir von diesem Tag, daß wir einer Klärung der offenen Fragen in dieser frauenpolitisch so wichtigen Materie ein gehöriges Stück näher kommen. Viel Erfolg bei der Diskussion. Vielen Dank.

Ingrid Weber:

Sie haben so einleuchtend auf die Notwendigkeit weiterer und intensiverer Frauenförderung hingewiesen, zugleich aber auch auf die rechtlichen Hürden oder Problemstellungen. Gehen wir die erste Hürde an. Mit dem Referat von Frau Dr. Sacksofsky werden wir gleich wissen, ob es wirklich eine ist. Frau Dr. Sacksofsky ist vielen von Ihnen sicher durch ihre Dissertation, die als Buch erschienen ist „Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, bekannt. Eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 3 Abs. 2 GG", bekannt. Sie ist zur Zeit wissenschaftliche Mitarbeiterin beim Bundesverfassungsgericht.

Dr. Ute Sacksofsky:

Meine Damen und Herren, erlauben Sie mir eine kurze Vorbemerkung. Ich spreche in keiner Weise für das Bundesverfassungsgericht, sondern äußere mich als private Person.

Ich bin gebeten worden, zu der Frage Stellung zu nehmen, ob der mit § 13 LGG beabsichtigten gleichstellungspolitischen Einwirkung auf die Privatwirtschaft grundsätzliche, verfassungsrechtliche Bedenken entgegenstehen. Eine entsprechende Frage ist mir zu § 14 I.GG gestellt worden. Ich freue mich sehr, mich im Rahmen dieser Fachtagung zu diesen Fragen äußern zu können.
Nachdem gleichstellungspolitische Maßnahmen häufig heftigen Angriffen auf politischer wie rechtlicher Ebene ausgesetzt sind, ist es um so wichtiger, die rechtlichen Rahmenbedingungen abzuklopfen. Man sollte Männern nicht gestatten, mit vorgeschobenen juristischen Argumenten wichtige frauenpolitische Vorhaben zu blockieren. Man sollte sich aber auch im klaren sein, wo rechtliche Probleme liegen. Nur so kann man bewußt entscheiden, welche rechtlichen Risiken man in Kauf nehmen will. Daß sich rechtliche Risiken nicht ausschließen lassen, ist das Schicksal aller größeren oder selbst auch kleineren Reformvorhaben in der Bundesrepublik. Immer finden sich einige Personen, die mit dem Ergebnis des politischen Prozesses so unzufrieden sind, daß sie auf die rechtliche Karte setzen. Und niemand kann mit Sicherheit vorhersagen, wie die Gerichte entscheiden werden. Ich kann lediglich versuchen, Ihnen dabei zu helfen, die Größe des Risikos abzuschätzen. Meine Stellungnahme gliedert sich in drei Abschnitte: § 13 Abs. 1, § 13 Abs. 2 und § 14 LGG. Dabei beschränke ich mich auf verfassungsrechtliche Aspekte.

Zunächst zu § 13 Abs. 1 LGG, also der Bevorzugung von Anbietern, die

sich ausweislich eines Frauenförderplans der Gleichstellung der Frauen im Erwerbsleben besonders angenommen haben. Hier möchte ich drei verfassungsrechtliche Problemfelder ansprechen.

Zunächst muß jedoch eine Vorfrage geklärt werden. Es gilt zu prüfen, ob der Staat bei der Vergabe öffentlicher Aufträge überhaupt an die Verfassung, insbesondere die Grundrechte, gebunden ist. Bei der Auftragsvergabe handelt der Staat nicht hoheitlich. Manche Juristen folgern daraus, daß der Staat in diesem Bereich - ebenso wie andere Nachfrager - allein zivilrechtlichen Bindungen unterliegt. Träfe diese Auffassung zu, könnte ich die Stellungnahme jetzt schon schließen. Wäre der Staat insoweit nicht an die Verfassung gebunden, könnten sich naturgemäß auch keine verfassungsrechtlichen Probleme stellen. Doch halte ich, wie viele Juristinnen und Juristen, diese Auffassung für nicht überzeugend. Es gibt keinen Bereich, wo sich der Staat außerhalb der Verfassung stellen darf. Er ist in allen seinen Handlungen an die Grundrechte gebunden.

Damit komme ich zum ersten grundrechtlichen Schwerpunkt: Das sind die Grundrechte der allgemeinen Handlungsfreiheit: nach Artikel 2 Abs. 1, der Berufsfreiheit nach Artikel 12 und des Schutzes des Eigentums nach Artikel 14 GG. Diese Grundrechte garantieren bestimmte wirtschaftliche und unternehmerische Freiheiten. Indem der Staat Aufträge bevorzugt an Unternehmen mit Frauenförderplänen vergibt, übt er einen gewissen Druck - das ist ja auch schließlich Sinn der Sache - darauf aus, daß Unternehmen Maßnahmen zur Gleichstellung der Frau ergreifen. Unmittelbaren Zwang übt der Staat damit aber nicht aus. Das Mittel der Auftragsvergabe stellt also - in der juristischen Terminologie gesprochen - keinen Eingriff dar.

In erster Linie schützen die Grundrechte aber nur vor staatlichen Eingriffen. Nach traditioneller Lehre setzen die genannten wirtschaftlichen und unternehmerischen Grundrechte damit den staatlichen Handlungsmöglichkeiten auch keine Grenzen. Freilich wollen manche Juristinnen und Juristen die Grundrechte auch bei faktischer Beeinträchtigung nutzbar machen. Unter dem Schlagwort „effektiver Grundrechtsschutz" wollen sie die Grundrechtsträgerinnen und Grundrechtsträger vor den Auswirkungen allen staatlichen Handelns schützen. Schließt man sich dieser Auffassung an, könnten Artikel die 2, 12 und 14 GG gewisse Schranken auch für den § 13 Abs. 1 LGG mit sich bringen. Diese Schranken lassen sich allerdings sehr schwer fassen und laufen letztlich auf eine allgemeine Abwägung hinaus, was sehr deutlich macht, daß da von allen Seiten das eingestellt und für besonders wichtig angesehen wird, was die jeweiligen Personen bevorzugen.

Mich überzeugt auch diese gesamte Auffassung nicht. Gerade für den wirtschaftlichen Bereich ist es typisch, daß Chancen und Risiken auf vielfältigen Faktoren beruhen. Insoweit macht es keinen Unterschied, ob der Staat oder ein anderes Unternehmen als Nachfrager auftritt. Das Risiko, daß ein Nachfrager nicht allein nach dem wirtschaftlich günstigsten Angebot entscheidet, stellt sich beim Staat nicht schärfer als bei einem Unternehmen, das sich auf die Privatautonomie berufen kann. Absatzchancen garantieren die Grundrechte nicht. Eine Einschränkung ist freilich für Wirtschaftsbereiche zu machen, in denen der Staat ein Nachfragemonopol oder eine ähnlich starke Stellung hat. Dann kommen die Bedingungen, die der Staat an die Vergabe öffentlicher Aufträge knüpft, einem Eingriff so nahe, daß sie auch unter dem Aspekt der Artikel 2, 12 und 14 GG relevant werden können. Sollte in einem der von § 13 LGG erfaßten Bereiche der Auftragsvergabe ein Nachfragemonopol bestehen, müßte hierauf beim Erlaß des Ausführungsgesetzes

Rücksicht genommen werden.

Als zweitem Fragenkomplex möchte ich mich den Grundrechten aus Artikel 3 Abs. 2, dein Gleichberechtigungsgebot, und Abs. 3 GG, dem Benachteiligungs- und Bevorzugungsgebot widmen. Dabei möchte ich zunächst kurz den bisherigen Stand der Diskussion skizzieren, um mich dann mit der Lage nach der Verfassungsänderung, die demnächst in Kraft treten wird, zu befassen. Die grundsätzliche Frage, ob Frauenfördermaßnahmen mit Artikel 3 Abs. 2 und 3 GG vereinbar sind, war nach der alten Fassung des Gleichberechtigungssatzes in Rechtsprechung und Literatur heftig umstritten. Das Bundesverfassungsgericht hat dazu noch nicht entschieden. Die alte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bis etwa in die Mitte der 80er Jahre ließ Differenzierungen nach dem Geschlecht nur zu, wenn diese im Hinblick auf objektive biologische oder funktionale Unterschiede gerechtfertigt waren. Dabei wurde die Reichweite dessen, was das Bundesverfassungsgericht als biologische oder funktionale Unterschiede ansah, im Laufe der Jahre immer enger. Nach dieser Rechtsprechung wären alle Formen von Frauenförderplänen, also auch § 13 LGG, da sie auf das Merkmal Geschlecht abstellen und damit Frauen anders behandeln als Männer, verfassungswidrig. Die neuen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, wie etwa die Entscheidung zum Rentenalter oder insbesondere die Entscheidung zum Nachtarbeitsverbot, wenden sich von diesem alten Verständnis aber ab und entwickeln neue Ansätze, nach denen Frauenfördermaßnahmen unter gewissen Bedingungen mit Artikel 3 Abs. 2 und 3 GG vereinbar erscheinen.

Zudem gab es auch schon nach dem bisherigen Stand der Verfassung viele Juristinnen und Juristen, die der Ansicht waren, Frauenförderpläne

seien mit Artikel 3 Abs. 2 und 3 GG vereinbar. Auch ich gehöre zu dieser Gruppe. Wortlaut, Systematik, Teleologie und insbesondere die Entstehungsgeschichte des Artikels 3 Abs. 2 GG alter Fassung belegen schon, daß diese Vorschrift allein die Verbesserung der Lage der Frauen bezweckt. Ich habe das Diskriminierungsverbot genannt. Zur Durchsetzung tatsächlicher Gleichberechtigung ist Artikel 3 Abs. 2 GG spezieller als das Differenzierungsverbot des Artikels 3 Abs. 3 GG, das auch Männer schützt. Frauenförderpläne waren daher schon bisher mit Artikel 3 Abs. 2 und 3 GG grundsätzlich vereinbar.

Mit der jetzt beschlossenen Verfassungsänderung sollten auch noch mehr derer, die anderer Auffassung waren als ich, davon überzeugt werden, davon überzeugt sein, daß Frauenfördermaßnahmen vom Grundgesetz gebilligt werden. Dem Artikel 3 Abs. 2 GG wird ein Satz angefügt. Die Senatorin hat ihn zitiert; ich werde ihn trotzdem noch einmal wiederholen, für den Fall, daß er nicht allen präsent ist: „Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin". Mit dieser. Formulierung sollte den Juristen, die die bisherige Rechtslage anders interpretiert haben, deutlich werden, daß Frauenfördermaßnahmen vorn Grundgesetz keineswegs verboten, sondern im Gegenteil gefordert sind. Anders als durch Flegeln, die an das Merkmal Geschlecht anknüpfen, wie etwa Frauenförderpläne, läßt sich auf die Beseitigung bestehender Nachteile kaum hinwirken. Nach dieser Verfassungsänderung scheint es mir also nicht länger vertretbar, gegen Frauenförderpläne unter Berufung auf die übergangenen Rechte der Männer zu Felde zu ziehen. Dies mag für das, was landläufig als Quote bezeichnet wird, anders sein. Insoweit bestand ein Dissens zwischen den die Verfassungsänderung tragenden Kräften, so daß die Verfassungsänderung insoweit möglicherweise

keine endgültige Klärung brachte. Doch auf Frauenförderpläne wird man den CDU-Vorbehalt nicht ausdehnen können. Die Frage, ob der Staat Frauenförderpläne von Unternehmen durch Auftragsvergabe unterstützen kann, läßt sich inzwischen mit einem noch lauteren Ja beantworten als bisher. Die Verfassungsänderung stellt auch klar, daß der Staat verpflichtet ist, zur Durchsetzung der Gleichberechtigung aktiv zu werden. Freilich kann die einzelne Bürgerin diese Pflicht des Staates, tätig zu werden, nicht einklagen. Dem Staat kommt insoweit ein großer Spielraum zu. Auf das Nichtstun kann sich der Staat aber nicht länger beschränken. Was er tut, um das etwas flapsig auszudrücken, muß auch Hand und Fuß haben. Juristisch gewendet könnte man hier das bei Schutzpflichten entwickelte Untermaßverbot heranziehen. Die Maßnahmen des Staates müssen also angemessen und wirksam sein und dürfen einen bestimmten Mindeststandard nicht unterschreiten. Das Berliner Landesgleichstellungsgesetz stellt einen Schritt zur Erfüllung dieses Verfassungsauftrags dar, soweit die §§ .13 und 14 betroffen sind, freilich wohl erst, wenn ein Ausführungsgesetz erlassen ist.

Damit komme ich zum dritten grundrechtlichen Komplex. Das ist der allgemeine Gleichheitssatz des Artikels 3 Abs. 1 GG. Einige Juristen behaupten, daß sich aus dem Gleichheitssatz ein Kopplungsverbot ergebe. Die Vergabe öffentlicher Aufträge dürfe nur am Beschaffungszweck orientiert sein, müsse also dem wirtschaftlich günstigsten Angebot den Zuschlag geben. Ich halte das für falsch. Der Gleichheitssatz verbietet lediglich System- oder Sachwidriges. Den entscheidenden Bezugspunkt, nach dem sich diese Sachwidrigkeit überhaupt beurteilen läßt, muß aber erst einmal der Gesetzgeber bestimmen, der dabei einen weiten Spielraum hat. Der Staat ist also frei, mit der Auftragsvergabe politische Ziele zu verfolgen. Dies ist auch nichts besonders

Neues, denn er hat es schon immer getan. Beispielsweise gibt es die Mittelstands- und die Schwerbehindertenförderung und es gab die Förderung nach dem Vertriebenengesetz und die Zonenrandförderung. Auch das Argument, die Auftragsvergabe im Sinne der Frauenförderung sei sachwidrig, weil dadurch nur die Unternehmen erreicht würden, die in nennenswertem Umfang öffentliche Aufträge erhalten, sticht nicht. Es ist zwar richtig, daß der Staat durch influenzierendes Handeln - anders als durch Ge- und Verbote - nicht alle zu dem gewünschten Verhalten zwingt. Doch das allein kann nicht ausschlaggebend sein. Zwar mag eine Politik der kleinen Schritte langsamer zum Erfolg führen; verfassungswidrig wird sie dadurch nicht. Bei dem Erlaß des Ausführungsgesetzes muß aber auf die Wettbewerbsgleichheit aller betroffenen Unternehmen geachtet werden. Es muß etwa berücksichtigt werden, daß kleinere Unternehmen mit einer geringeren Zahl von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern weniger freiwerdende Stellen haben, mit denen sie Frauenförderung betreiben können. Es muß auch sichergestellt werden, daß der Frauenförderplan nicht zum Selbstzweck wird. Es ist Vorsorge dafür zu treffen, daß Unternehmen, die Frauenförderung mit gleichem Erfolg auf andere Weise betrieben haben und betreiben, auch in den Genuß der Vorzugsregelung kommen. Zugegebenermaßen in Anbetracht der bekannten Frauenfreundlichkeit unserer Wirtschaftsunternehmen ein eher hypothetischer Fall. Dies sind aber Details, die ich hier nur anreißen will. Grundsätzlich läßt sich auch für den allgemeinen Gleichheitssatz feststellen, daß er § 13 Abs. 1 LGG nicht entgegensteht.

Die erste Frage kann ich also beantworten. § 13 Abs. 1 LGG stehen keine grundsätzlichen verfassungsrechtlichen bedenken entgegen.

Damit komme ich zu § 13 Abs. 2 LGG. Das ist die Vorschrift, die bestimmt,

daß beim Abschluß von Verträgen über Leistungen Anbieter, die Personen unter der Sozialversicherungsgrenze beschäftigen, keinen Zuschlag erhalten sollen. Hier habe ich erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken. In dieser Form ist § 13 Abs. 2 LGG nach meiner Auffassung nicht zu halten. Das Sozialversicherungsrecht füllt in den Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung, Artikel 74 Nr. 12 GG. Von dieser Kompetenz hat der Bund Gebrauch gemacht. Der Bund hat Arbeitgebern die Möglichkeit eröffnet, Arbeitsverhältnisse abzuschließen, die nicht der Sozialversicherungspflicht unterliegen. Indem das Land praktisch eine generelle Auftragssperre gegen Unternehmen verhängt, die von dieser bundesrechtlich eröffneten Möglichkeit Gebrauch machen, verstößt es gegen die Bundestreue. Die Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten verlangt, daß sowohl der Bund als auch die Länder bei der Wahrnehmung ihrer Kompetenzen die gebotene und ihnen zumutbare Rücksicht auf das Gesamtinteresse des Bundesstaates und auf die Belange der Länder nehmen. Dieser Rücksichtnahme widerspricht es, Regelungen des Bundes zu konterkarieren. Mißfällt einem Land die fehlende Sozialversicherung von geringfügig Beschäftigten, muß es sich auf Bundesebene bemühen, dies zu ändern. Hält es diese Regelungen etwa für verfassungswidrig, müßte es sich in den entsprechenden Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht dagegen wehren. Anders wäre es zu beurteilen, wenn das Land den § 13 Abs. 2 LGG darauf reduzierte, die Beschäftigung von nicht sozialversicherten Arbeitnehmern bei der Erfüllung des Auftrags auszuschließen. Die Bundestreue ist ein wechselseitiges Prinzip und gilt auch für den Bund gegenüber den Ländern. Ein Land, das die Ausnahme geringfügiger Beschäftigung von der Sozialversicherung für sozialpolitisch verfehlt hält, kann nicht dazu gezwungen sein, solches unternehmerisches Verhalten bei der Vergabe eigener Aufträge geradezu zu fördern. Würde der § 13 Abs. 2 LGG auf diesen

Inhalt beschränkt, hielte ich ihn für verfassungsmäßig.

Damit komme ich zum letzten Komplex, dem § 14 LGG, also der Verknüpfung von Subventionen mit der Frauenförderung. Das kann ich ganz kurz machen. Hier bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Die Subvention ist eines der klassischen wirtschaftslenkenden Mittel des Staates. Es ist gerade Inhalt vier Subvention, daß der Staat durch die Vergabe von Mitteln bestimmte wirtschafts-, regional- oder sozialpolitische Zwecke verfolgt. Die Frauenförderung stellt nicht nur irgendein, sondern, wie ich oben bereits ausgeführt habe, ein verfassungsrechtlich besonders legitimiertes Ziel dar. Daß Subventionen auch in den Dienst dieses Ziels gestellt werden dürfen, unterliegt keinen verfassungsrechtlichen Zweifeln.
Vielen Dank.

Ingrid Weber:
Ich danke Ihnen für das Referat. Es ist ja ganz schön, daß man sich dann, wenn Artikel 3 Abs. 2 GG wirklich geändert ist, etwas zurücklehnen kann und nicht mehr diesen riesigen Begründungsaufwand hat, um darzulegen, warum Frauenfördermaßnahmen nicht von Hause aus verfassungswidrig sind. Aber, Frau Dr. Sacksofsky, Sie haben uns auf einige andere Bedenken hingewiesen, die zu beherzigen sind. Die nächste Referentin, Frau Dr. Gurlit, hat als Schwerpunkt auch zunächst das Verfassungsrecht, dann aber die Vereinbarkeit dieser Regelungen mit dem Bundesrecht. Sie ist Mitverfasserin eines Rechtsgutachtens über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Quotenregelungen für Frauen im schulischen, hochschulischen und öffentlichen Berufsleben und habilitiert zur Zeit am Lehrstuhl von Prof. Kunig an der Freien Universität zu Berlin im Fachbereich Rechtswissenschaften. Darf ich

Sie ans Pult bitten.

Dr. Elke Gurlit:

Meine Damen und Herren, ich darf mich zunächst für die Einladung bedanken. Ich komme der Bitte, mich zu den verfassungs- und einfachrechtlichen Fragen der §§ 13 und 14 des LGG zu äußern, gerne nach.

Gestatten Sie mir zunächst einen Hinweis zum Wortlaut des § 13 Abs. 1 LGG, mit dem ich mich bei erster Lektüre etwas schwer getan habe. Die Vorschrift spricht zunächst im Satz 1 von „vergleichbar qualifizierten Anbietern", später im Satz 4 des gleichen Absatzes von „vergleichbar qualifizierten Angeboten". Die Sätze beziehen sich aufeinander und sollen auch den gleichen Maßstab zum Ausdruck bringen. So habe ich es zumindest verstanden. Gemeint ist das vergleichbar qualifizierte Angebot; es geht nicht um die Eignungs-, sondern um die Vergabekriterien. Der jetzige Wortlaut impliziert eine Trennung von Eignungs- und Vergabekriterien. Wenn einerseits von Anbietern, anderseits von Angeboten die Rede ist, würde ich vorschlagen, daß man diese missverständliche Fassung durch eine klarstellende Neuregelung beseitigt.

Zur Vereinbarkeit der Regelungen der §§ 13 Abs. 1, 13 Abs. 2 und 14 des LGG mit der Verfassung kann ich mich nach den Ausführungen von Frau Dr. Sacksofsky kurz fassen. Zur Grundrechtsgeltung habe ich nichts Weiteres hinzuzufügen. In der Tat hat die Mehrheit der Juristen ursprünglich unterschieden zwischen der unmittelbaren öffentlichen Aufgabenerfüllung, die immer an die Grundrechte gebunden sei, und den sogenannten fiskalischen Hilfsgeschäften, die nicht der Grundrechtsbindung unterlägen. Diese Trennung ist zunehmend aufgegeben worden. Und ich meine auch, es ist richtig, auch

diese sogenannten fiskalischen Hilfsgeschäfte, also die öffentliche Auftragsvergabe, der Grundrechtsbindung zu unterstellen.

Zu den betroffenen Einzelgrundrechten: hier kommen Artikel 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG in Betracht. Inwieweit wird also in diese Grundrechte eingegriffen durch die Vergabe oder Nichtvergabe von öffentlichen Aufträgen? Ich meine, daß es sinnvoll ist, sowohl bei der Auftragsvergabe als auch bei der Vergabe von Subventionen nach den betroffenen Gruppen zu unterscheiden. Inwieweit kommen Grundrechtsbeeinträchtigungen in Betracht bei den erfolglosen Bietern? M.E. stellt sich nur diese Frage. Der erfolgreiche Bieter, der also einen öffentlichen Auftrag erhält, u.a. weil er einen Frauenförderplan aufgestellt hat und ein vergleichbar günstiges Angebot abgegeben hat, kann natürlich in keiner Weise eine Grundrechtsbeeinträchtigung geltend machen. Auch wenn er nur in Antizipierung eines öffentlichen Auftrages möglicherweise einen kostenträchtigen Frauenförderplan aufgestellt hat, so fehlt es da in jeder Form an einem zurechenbaren staatlichen Handeln.

M.E. ist die Lage aber nicht ganz so unproblematisch bei dem erfolglosen Bieter, der also trotz wirtschaftlich günstigen Angebots erfolglos bleibt, weil er keinen Frauenförderplan aufgestellt hat. M.E. kommt in der Tat hier ein mittelbarer Grundrechtseingriff in Betracht. Ich würde das also nicht ohne weiteres von der Hand weisen, zumindest in den Fällen, in denen der Staat ein Nachfragemonopol besitzt. Zu denken ist diesbezüglich insbesondere an den Bereich des Tiefbaus; dort kommt eine Grundrechtsbetroffenheit in Betracht M.E. läßt sich ein Grundrechtseingriff nicht allein mit der Erwägung verneinen, der Bieter habe ja schließlich keinen Anspruch auf Abschluß eines Vertrages.

Zum einen sind Fallgestaltungen denkbar, in denen der allgemeine

Gleichheitssatz des Artikel 3 Abs. 1 GG einen Vertragsabschluß gebietet, weil sich der Nichtabschluß als willkürlich darstellen würde. Zum anderen kann eben die Beeinträchtigung gerade darin liegen, daß die nachfragemächtige Behörde den Nichtabschluß auf den fehlenden Frauenförderplan stützt.

Man kann auch nicht einer Grundrechtsbetroffenheit von vornherein entgegenhalten, Staat und Auftragnehmer wären sich auf der Ebene der Gleichordnung begegnet; wenn Verträge geschlossen würden, so könnten darin angesichts der einverständlichen Mitwirkung des Bieters keine Grundrechtsbeeinträchtigungen liegen. Hier geht es ja gerade darum, daß ein Vertrag nicht geschlossen wird. Der erfolglose Bieter erhält eben keinen Vertrag. Deshalb erübrigen sich in diesen Fällen Ausführungen zur Frage des Grundrechtsverzichts oder des Gebrauchs von Grundrechten durch den Vertragsschluß. Ich meine, man sollte ausgehen von einem mittelbaren Eingriff in Grundrechte, zumindest dann, wenn der Staat ein Nachfragemonopol besitzt. M.E. kommen aber auch grundrechtliche Beeinträchtigungen außerhalb dieses Bereichs in Betracht.

Indes ist nicht jeder Grundrechtseingriff nun mit einer Grundrechtsverletzung gleichzusetzen. Wenn man von einem mittelbaren Eingriff ausgeht, dann läßt sich dieser Eingriff verfassungsrechtlich rechtfertigen. Er ist gerechtfertigt durch das Ziel der Gleichberechtigung, durch Artikel 3 Abs. 2 GG.

Die Regelung des § 13 Abs. 1 LGG stellt einen verhältnismäßigen Ausgleich der betroffenen Rechtsgüter dar.

Zur Reichweite des Kopplungsverbotes: Das sogenannte verfassungsrechtliche Kopplungsverbot wird in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gelegentlich verortet als allgemeines rechtsstaatliches Kopplungsverbot. Das sind häufig recht kryptische Formulierungen. Wo genau

dieses Kopplungsverbot dogmatisch zu verankern ist, ist nicht ganz klar. Sofern man einen Eingriff in Grundrechte annimmt, könnte man bei der Frage der Angemessenheit dieses Eingriffs erörtern, ob möglicherweise das Kopplungsverbot dieser Angemessenheit entgegensteht, weil es den erfolglosen Bieter unzumutbar benachteiligt. M. E. kann das Kopplungsverbot in dieser Form keine Schranke sein.

Das Bundesverwaltungsgericht gibt ihm zwei Bedeutungen. Es sagt einerseits, daß Leistungen und Gegenleistungen in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen müssen, also, daß nichts, was nicht ohnehin zusammengehört, zusammengefügt werden darf durch einen Vertrag. Zum zweiten soll es darüber hinausgehend eine Bedeutung haben, nämlich, daß der Staat staatliche Leistungen nicht von. wirtschaftlichen Gegenleistungen abhängig machen darf, Stichwort: Verkauf von Hoheitsrechten.

In erstgenannter Konstellation ist das Kopplungsverbot m.E. schon rein tatbestandlich nicht betroffen. Der Vertrag selber, der öffentliche Auftrag, verkoppelt eben nichts. Leistung und Gegenleistung stehen hier in einem Synallagma. Man könnte sich allenfalls fragen, ob dadurch, daß die Gewährung des Auftrags von der Aufstellung eines Frauenförderplans abhängig gemacht wird, eine mittelbare Kopplung vorliegt im Sinne des Kopplungs verbots. Ich würde mich da aber auch der Meinung; anschließen, wie sie eben Frau Sacksofsky vertreten hat: Hier wird nichts Sachwidriges gekoppelt. Man kann das Kopplungsverbot auch in dieser rechtsstaatlichen Variante nur dahingehend verstehen, daß es um die Sachrichtigkeit einer Kopplung geht. Ich sehe nicht, inwieweit die Kopplung von Auftragsvergabe an die Aufstellung eines Frauenförderplans willkürlich oder eklatant sachwidrig sein sollte, so daß ich zu dem Ergebnis komme, daß man, selbst wenn man einen Eingriff in Grundrechte unterstellt und diesen u.a. auch im Rahmen der Verhält-

nismäßigkeit am Kopplungsverbot messen würde, nicht zu Grundrechtsverletzungen käme, was § 13 Abs. 1 des LGG betrifft.
Was § 13 Abs. 2 LGG betrifft, das negative Vergabekriterium, so muß man es wohl nennen, das negative Vergabekriterium der Beschäftigung von versicherungsfreien Personen, teile ich die Bedenken. M.E. ist die Regelung auch materiell verfassungsrechtlich bedenklich. In der Formulierung „soll der Zuschlag nicht erteilt werden, wenn versicherungsfreie Personen beschäftigt werden ...” kommt die Vermutung zum Ausdruck, daß der Mißbrauch von sozialversicherungsfreier Beschäftigung der Regelfall ist. Die Regelung in § 13 Abs. 2 LGG läßt praktisch der Verwaltung keinen Spielraum. Mit „soll” ist für Juristen ausgedrückt, daß regelmäßig der Zuschlag nicht erteilt werden darf.
Nur im Einzelfall, hei atypischer Sachverhaltsgestaltung, käme dann eine Abweichung in Betracht. M.E. ist die Regelung so zu wenig flexibel, um andere Gestaltungen zu berücksichtigen. Für den unterlegenen Bieter kommt sie einer Auftragssperre gleich. Das Nichterfüllen dieses negativen Kriteriums führt dazu, daß der Bieter, solange er versicherungsfreie Personen beschäftigt, praktisch keine Chance hat, öffentliche Aufträge zu erhalten. Mir scheint das auch in der Sache unverhältnismäßig zu sein, solange der Verwaltung kein größerer Abwägungsspielraum eingeräumt ist.

Auch zu § 14 LGG bleibt für mich wenig zu sagen. Auch hier kommen als betroffene Grundrechtsartikel die Artikel 2 Abs. 1, Art. 12 Abs.1 und Art. 14 Abs. 1 GG in Betracht. Es gilt das oben Gesagte. Auch das Kopplungsverbot, um das kurz zusammenzufassen, scheint mir hier der Regelung nicht entgegenzustehen. Man muß sich allerdings vergegenwärtigen, daß die Problemkonstellation in § 14 LGG und auch die Regelungstechnik eine andere ist. Hier wird unmittelbar die Gewährung der Subvention verkoppelt mit der

Durchführung frauenfördernder Maßnahmen. Das geschieht in der Technik der Nebenbestimmungen durch Auflagen s. § 14 Abs. 2 LGG. Hier wäre also zu fragen, inwieweit derjenige, der die Subventionen erhält, durch diese Nebenbestimmungen möglicherweise belastet ist. Derjenige, der eine Subvention nicht erhält, erhält sie nicht etwa deswegen nicht, weil er keine frauenfördernden Maßnahmen durchführt. Die Ablehnung einer Subvention ist also LGG-unspezifisch. Man kann sich nur fragen, ob der Erhalt der Subventionen, verkoppelt mit der belastenden Nebenbestimmung, möglicherweise einen Eingriff darstellt. Wenn man einen Eingriff annimmt, weil im Einzelfall möglicherweise die Wirkurig dieser Subvention im Bereich des Nachfragemonopols des Staats zwangsgleich ist und weil sich die Nebenbestimmung als selbständige Belastung darstellt, dann läßt sich aber m.E. auch dieser Eingriff verfassungsrechtlich rechtfertigen. Soweit zu den verfassungsrechtlichen Fragen.

Ganz kurz noch zu den Fragen des einfachen Rechts. Ich habe gehört, daß wir hierzu noch im einzelnen umfängliche Referate hören werden, so daß ich mich hier an dieser Stelle kurz fassen kann. Der § 13 LGG mit der gewählten Regelung eines Bevorzugungsmodells kann nicht mit dem AGB-Gesetz in Konflikt geraten. Auch wenn man davon ausgeht, daß der Staat bei seinem wirtschaftlichen Nachfrageverhalten unmittelbar auch an die Privatrechtsordnung gebunden ist, kommt ein Verstoß gegen das AGB-Gesetz schon tatbestandlich in der gewählten Fassung nicht in Betracht. Wenn die Frauenförderung nicht zur Vertragsbedingung gemacht wird, sondern die Bevorzugung als vorgängiges Vergabekriterium angewandt wird, scheiden Verstöße gegen das AGB-Gesetz von vornherein aus. Die Frage ist, wie die Vereinbarkeit mit § 26 Abs. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) zu

beurteilen ist. Dazu werden wir noch das Referat von Frau Dr. Sudhof hören. Ich kann es deshalb an dieser Stelle ganz kurz machen.

Auch soweit der Staat überhaupt Adressat dieses sogenannten kartellrechtlichen Diskriminierungsverbots ist, stehen m.E. im Ergebnis rechtliche Gründe der Bevorzugungsregelung nicht entgegen. Es ist vorab ohnehin im Einzelfall zu prüfen, inwieweit die öffentlichen Vergabestellen als Nachfrager überhaupt eine marktbeherrschende oder zumindest eine marktstarke Stellung haben. Das kann, wie vorhin schon im Beispiel genannt, z.B. im Bereich des Tiefbaus der Fall sein, wo die Aufträge praktisch ausschließlich von der öffentlichen Hand vergeben werden. In anderen Bereichen von Dienstleistungen oder Lieferungen mag das anders zu beurteilen sein. Das kann also nur durch eine Einzelfallbetrachtung geklärt werden. Sollte man für bestimmte öffentliche Aufträge eine zumindest marktstarke Stellung der öffentlichen Hand bejahen, so erfordert § 26 Abs. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, der auf diskriminierende Wirkungen abstellt, eine Abwägung der betroffenen Interessen. Und da ist es an dieser Stelle sehr schwer, generelle Aussagen zu machen. Zugunsten der betroffenen Unternehmen ist zu unterstellen, daß die Aufstellung eines Frauenförderplans gegebenenfalls mit erheblichen Kosten verbunden sein kann. Das muß allerdings auch wiederum nicht der Fall sein. Andererseits führt dir Regelung, so wie sie getroffen worden ist in § 13 LGG, nicht zu einer Verdrängung des Leistungswettbewerbs. Der Wettbewerb bleibt erhalten, weil allenfalls im Fall einer geringfügigen Überschreitung des nächst günstigeren Angebots überhaupt noch der bevorzugende Zuschlag in Betracht kommt. Insoweit wird also nicht in erheblichem Maße der Wettbewerb beeinträchtigt.

Im übrigen ist zu berücksichtigen, daß auch die Interessen der Vergabestellen im Rahmen voll § 26 Abs. 2 GWB in die Abwägung einzubeziehen sind. Für

die öffentliche Hand streitet dann eben auch das verfassungsrechtlich abgesicherte öffentliche Interesse an der Gleichberechtigung von Frauen im Beruf auch in der Privatwirtschaft. Soweit, so kurz zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

Auch das Gesetz zum Schutz vor unlauterem Wettbewerb, das UWG, steht den bereits getroffenen Regelungen in den §§ 13, 14 LGG m.E. nicht entgegen. Es ist bereits fraglich, ob der Staat als Nachfrager überhaupt zu Zwecken des Wettbewerbs handelt, wenn er die öffentliche Auftragsvergabe mit gleichstellungspolitischen Zielen koppelt. Ein Verstoß gegen das UWG ist m.E. in dieser Kopplung nicht zu sehen; darin ist keine Sittenwidrigkeit und keine Unlauterkeit zu sehen.

Da wir noch einen gesonderten Vortrag hören werden über das Haushaltsrecht, insbesondere über das Haushaltsgrundsätzegesetz, kann ich mich hier auch wiederum auf einen Satz beschränken. Es wird häufig gesagt, daß die Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit es verbieten, Bietern den Zuschlag zu erteilen, die nicht das günstigste Angebot abgegeben haben, sondern eines, daß geringfügig das günstigste Angebot überschreitet. Daran gemessen müßten auch andere Bevorzugungsregelungen, die ja bereits vorhanden sind, gegen das Haushaltsgrundsätzegesetz und gegen die entsprechenden Regelungen der Bundes- und der Landeshaushaltsordnung verstoßen. Das wird ernsthaft so nicht vertreten. Auszugehen ist vielmehr davon, daß das Haushaltsrecht selbst keine Zwecke bestimmt. Das Haushaltsrecht knüpft vielmehr die Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit an anderweitig gesetzte Zwecke an. Es verlangt eben, daß die zur Zweckerreichung jeweilig eingesetzten Mit tel dann auch wirtschaftlich und sparsam verwendet werden. Eine anderweitige Zwecksetzung, wenn sie etwa im Landesgleichstellungsgesetz erfolgt, verstößt nicht gegen das Haushaltsrecht.

Ich will hier erstmal an dieser Stellt schon meinen Vortrag beenden, um auch den anderen Vorträgen nicht zu viel vorwegzunehmen, und bedanke mich für Ihre Aufmerksamkeit.

Ingrid Weber:

Schönen Dank für Ihr Referat, Frau Dr. Gurlit.

Wir haben eine zweite Meinung gehört zur Frage des Grundrechtseingriffs, allerdings nicht ein unterschiedliches Ergebnis. Wenn man den Grundrechtseingriff bejaht, hat man eine Kollision mit dem Verfassungsgebot zur Gleichstellung der Frauen. Und diese Kollision wollen Sie ja im Ergebnis zugunsten der Frauenförderung lösen. Es ist nur ein unterschiedlicher rechtlicher Ansatz. Sie haben weiter übergeleitet auf die anderen gesetzlichen Vorschriften, die Ihrer Ansicht nach nicht den Zielen der §§ 13 und 14 des LGG entgegenstehen. Wir hören jetzt dazu gleich das nächste Referat mit dem Schwerpunkt Bundes- und Haushaltsrecht von Frau Professor Dr. Rust. Sie ist durch zahlreiche Veröffentlichungen zum Thema Diskriminierung von Frauen im weitesten Sinne hervorgetreten. Sie ist Mitherausgeberin des Handbuchs zur Frauenerwerbstätigkeit, einen, sehr guten Quellenwerk für alle, die mit diesem Thema befaßt sind. Sie hat einen Lehrstuhl an der Universität Bremen am Fachbereich Rechtswissenschaften inne und zwar für das Gebiet Recht der Geschlechterbeziehungen.

Bitte.

Prof. Dr. Ursula Rust:

Ich bin gerne dem Wunsch nachgekommen, mich heute zu bestimmten Teilen des Landesgleichstellungsgesetzes (LGG) zu äußern. Mein Interesse hat zum einen den Grund, daß ich nach langjähriger Tätigkeit in Frauenmini-

sterien seit 1992 als Professorin für das Gebiet „Recht der Geschlechterbeziehungen" am juristischen Fachbereich der Universität Bremen tätig bin und mich dabei auch mit Fragen der Bezüge von Wirtschaftsverwaltungsrecht und Frauenförderung befasse.

Hintergrund ist zum anderen auch, daß ich 1984 im Rahmen eines Stipendiums des German Marshall Funds die Gelegenheit hatte, die Arbeit des „Office of Federal contract compliance" (OFCCP) intensiv kennenzulernen. Das OFCCP ist die amerikanische Bundesbehörde, die seit langem im Bereich der Überwachung der Antidiskriminierungsverpflichtung von Arbeitgebern tätig ist. Wird die; Antidiskriminierungsverpflichtung von Arbeitgebern nicht hinreichend beachtet, entsteht für sie eine Pflicht zur Förderung von bisher benachteiligten Gruppen. Die Verpflichtung, die Antidiskriminierungsvorschriften zu beachten und fördernde Programme durchzuführen, wird gekoppelt an die Vergabe von Bundesaufträgen.

Die Philosophie des Instruments der Antidiskriminierungspolitik ist, daß es ein Gebot der Fairneß und des verantwortlichen Umgangs mit staatlichen Geldern ist, öffentliche Aufträge nicht an Firmen zu vergeben, die als Arbeitgeber die bestehenden Antidiskriminierungsgesetze nicht beachten. Trotz langer Praxis des OFCCP ist aber nicht zu verkennen, daß es auch viele Probleme bei der praktischen Anwendung und hinsichtlich der Wirksamkeit des Instruments „Beschaffungswesen" gibt - und selbstverständlich gibt es auch seit Beginn der Arbeit des OFCCP kontinuierlich vorgebrachte rechtliche Bedenken.

Meine Stellungnahme folgt teilweise nicht der Struktur des Fragenkatalogs, da ich die Probleme so bündeln möchte, daß es hoffentlich deutlich und nachvollziehbar wird, wo rechtliche Probleme liegen könnten.

Angesichts der Abgrenzung zu anderen Referaten werde ich im folgenden nicht näher auf das EU-Recht und auf das Verfassungsrecht eingehen, ebenso nicht auf die verschiedenen wettbewerbsrechtlichen Aspekte.

Hier soll eine Stellungnahme dazu erfolgen, inwieweit die §§ 13 und 14 LGG bundes- und haushaltsrechtlich zulässig sind. Dazu ist zunächst die Struktur der Ansätze des LGG herauszuarbeiten, es ist die Rechtmäßigkeit der gewählten Instrumente zu prüfen und es sind mögliche Ansätze für eine Weiterentwicklung zu benennen.

Vorab drei Hinweise hinsichtlich der Struktur möglicher Regelungen zur öffentlichen Auftragsvergabe und der Gewährung von Beihilfen. Mit dem Begriff Beihilfe bezeichne ich hierbei das Wortgetüm „staatliche Leistungsgewährung", wie es in § 14 LGG benannt ist. Es ist zweckmäßig, die „staatliche Leistungsgewährung" i.S. von § 14 LGG von Anfang an als Beihilfe zu bezeichnen. Zwar wäre der Begriff Subvention der aus der Alltagssprache vertraute Begriff für staatliche Zuwendungen, wie sie mit § 14 LGG angesprochen sind. Trotzdem ist es - rechtstechnisch - vorzuziehen, die staatliche Leistungsgewährung" als Beihilfe zu bezeichnen, da dieser im EU-Recht begründete Begriff im Rahmen der Beihilfeaufsicht der EG-Kommission nach Art. 92, 93 EGV Verwendung findet.

Der erste Hinweis betrifft das Zusammenwirken von „Gesetzestreue" und „Frauenförderung". Gesetzlich sind Arbeitgeber verpflichtet, Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht wegen des Geschlechts zu benachteiligen, so u.a. in § 611 a BGB geregelt. Daraus folgt aber nicht die Verpflichtung, auch

frauenfördernde Initiativen zu ergreifen. Solche besteht ausdrücklich nur für öffentliche Arbeitgeber. Private Arbeitgeber sind hierzu nicht gesetzlich verpflichtet.
Es gibt zwei unterschiedliche Arten von Anforderungen, die mit öffentlichen Auftragsvergabe oder der Beihilfegewährung verbunden werden können.

Der Inhalt des gewünschten Verhaltens kann schlicht nur auf die Einhaltung des geltenden Gleichbehandlungsrechts gerichtet sein. Dies wäre dann für einzelne Arbeitgeber keine zusätzliche Verpflichtung.
Sofern dann mit der Auftragsvergabe bzw. der Beihilfegewährung Informationen darüber verlangt werden, ob Auftragnehmer bzw. Beihilfeempfänger das geltende Recht beachten, wäre dies darin grundsätzlich eine übliche Nachweispflicht. Derartige Informationspflichten sind aus anderen Bereichen bekannt wie z.B. die Nachfrage, ob Steuer- und Sozialversicherungsbeiträge ordnungsgemäß entrichtet worden sind.

Das gewünschte Verhalten kann auch eine aktive Frauenförderung sein. Dies wäre mehr, als gesetzlich von Auftragnehmer bzw. Beihilfeempfänger z..Zt. verlangt wird.

Beschränkt sich die neue Verpflichtung dann ausschließlich auf die Bereitschaft, künftig frauenfördernde Initiativen zu ergreifen, ist die neue Belastung gering, wird es doch den Auftragnehmern bzw. Beihilfeempfän gern überlassen, für sich den Umfang der frauenfördernden Initiativen zu bestimmen. Stärkere Pflichten würden entstehen, wenn mit der Auftragsvergabe bzw. der Beihilfegewährung hinsichtlich der Frauenförderung bestimmte Handlungspflichten verbunden werden würden.

Der zweite Hinweis betrifft die Differenzierung zwischen „öffentlicher Auftragsvergabe" und „staatlicher Leistungsgewährung". Bei der rechtlichen Prüfung, inwieweit wirtschaftliches Handeln des Staates für die Implementation von Frauenförderung in der Privatwirtschaft genutzt werden kann, sind zwei Bereiche zu trennen: die Auftragsvergabe und die Beihilfe. Sie differieren in ihren rechtlichen Bezugspunkten, die wie folgt umrissen werden können:

Bei der Beihilfegewährung handelt der Staat als solcher mit öffentlich-rechtlichem Instrumentarium. Es werden meist Zuwendungsbescheide verschickt, also Verwaltungsakte erlassen oder es können auch öffentlich-rechtliche Verträge geschlossen werden.

Bei der Auftragsvergabe ist der Staat Marktteilnehmer und schließt privatrechtliche Verträge. Vertragsrechtlich erfolgt. z.B. der Kauf von Büroklammern oder die Dienstleistung Gebäudereinigung wird „eingekauft".

Beim dritten Hinweis geht es um die Alternative Bevorzugung oder Verpflichtung— ein wichtiger Punkt. Wenn die Frauenförderung Gegenstand staatlichen Handelns wird, kann dies zwei klar zu unterscheidende Wirkungen haben: Bevorzugung auf der Grundlage der Situation bei der Auswahlentscheidung oder Verpflichtung für die Dauer der Rechtsbeziehung.

Ein Beispiel für eine Bevorzugung bei der Auftragsvergabe ist der Ausbildungserlaß in Nordrhein-Westfalen gewesen. Danach wurden Betriebe mit im Vergleich zu anderen Betrieben mehr weiblichen Auszubildenden bei der Vergabe öffentlicher Aufträge bevorzugt, auch wenn ihr Angebot etwas teurer war als das ihrer Mitkonkurrenten, sofern die Angebote im Rahmen einer

bestimmten Mehrpreisstaffel lagen. Die Bevorzugung frauenfördernder Betriebe bei einer Auftragsvergabe über eine Mehrpreisstaffel ist lediglich ein Auswahlkriterium. Entscheidend ist der Zeitpunkt der Entscheidung über die Vergabe des Auftrags. Die Alternative wäre hierzu die mit der Auftragsvergabe verbundene (und länger andauernde) vertragliche Verpflichtung für den Auftragnehmer, als Arbeitgeber Frauen zu fördern. Hier würde sich die Wirkung auf die Dauer der vertraglichen Beziehung erstrecken.

Auch für die Beihilfe sind beide Ansätze denkbar. Die Wirkung kann sich in der Auswahl erschöpfen oder aber wiederum in einer fortwirkenden Verpflichtung. Eine solche Rechtspflicht für die Dauer der Beihilfegewährung kann nur eintreten, wenn dies mit der Verpflichtung verbunden ist, daß der Beihilfeempfänger für den gesamten Zeitraum der Beihilfegewährung als Arbeitgeber Frauen zu beschäftigen und die Arbeitnehmerinnen zu fördern hat.

STAATLICHE LEISTUNGSGEWÄHRUNG - § 14 LGG

Der § 14 des damals noch Landesantidiskriminierungsgesetz genannten Gesetzes aus dem Jahr 1990 war die erste landesgesetzliche Regelung zur Frauenförderung bei der staatlichen Leistungsgewährung, also der Gewährung von Beihilfen. 1994 folgte Brandenburg mit der Regelung zur staatlichen Leistungsgewährung in § 15 des Gesetzes über die Gleichstellung von Frauen und Männern im öffentlichen Dienst im Land Brandenburg. Eine allgemeine bundesgesetzliche Rahmenregelung fehlt bis heute.

Struktur des § 14 LGG

Die Struktur des in § 14 LGG für Beihilfen vorgesehenen Ansatzes ist die fol-

gende:

- Die Verpflichtung zur Frauenförderung ist als eine Auflage in den Bewilligungsbescheid aufzunehmen (§ 14 II LGG). Dies ist eine für die Verwaltung bindende Vorgabe.
- Die Auflage ist anzuwenden für die Leistungen auf der Grundlage von Landesgesetzen, auf die kein Rechtsanspruch besteht (§ 14 I LGG).
- Inhalt der Auflage ist die Verpflichtung des Beihilfeempfängers, Maßnahmen zur aktiven Förderung der Beschäftigung von Frauen durchzuführen, also die Gleichstellung der Geschlechter in der Beschäftigung und die Beseitigung bestehender Unterrepräsentanz zu verwirklichen. Ausgenommen sind die Bereiche, für die das Geschlecht „aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen" eine unverzichtbare Voraussetzung ist (§ 14 I LGG).
- Zur Umsetzung ist ein Gesetz vorgesehen. Es hat insbesondere über die Art der betroffenen Unternehmen, den Inhalt und die Kontrolle der angegebenen Frauenfördermaßnahmen Näheres zu regeln (§ 14 III i.V.m. § 13 III LGG).

§ 14 LGG enthält damit eine über die bundesgesetzlichen Vorgaben hinausgehende Verpflichtung zur Frauenförderung. Die Verpflichtung ist im Zuwendungsbescheid als Auflage zu verankern – und damit nicht im Rahmen eines öffentlichrechtlichen Vertrages, eine ebenfalls denkbare Möglichkeit. Die Verpflichtung, geregelt in der Auflage zum Zuwendungsbescheid, reicht über den Zeitpunkt der Auswahlentscheidung hinaus.

Rechtmäßigkeit des § 14 LGG

Die geäußerten rechtlichen Bedenken hinsichtlich des § 14 LGG lassen sich auf zwei Bereiche konzentrieren, nämlich

- § 14 LGG sei nicht rechtmäßig.
- die Verpflichtung sei nicht justiziabel.

Die zum Bundesrecht auch relevanten wettbewerbsrechtlichen Fragen werden in einem weiteren Referat erörtert und sind deshalb hier nicht zu behandeln.

Haushaltsrecht

Die Rechtmäßigkeit im Rahmen des Haushaltsrechts ist, anders als Diskussionen vermuten lassen, kein Problem.

Der rechtliche Rahmen für das Haushaltsrecht ist zunächst das Haushaltsgrundsätzegesetz als Vorgabe für entsprechende landesrechtliche Regelungen. Danach dürfen Zuwendungen im Haushaltsplan nur veranschlagt werden, wenn das Land an der Erfüllung von Aufgaben durch Stellen außerhalb der Landesverwaltung ein erhebliches Interesse hat, welches ohne die Zuwendungen nicht oder nicht im notwendigen Umfang befriedigt werden kann.

Welche Zwecke dann mit der Zuwendung verfolgt werden, regelt das Haushaltsrecht nicht. Es obliegt vielmehr jeweils dem Gesetzgeber, die mit der Gewährung von Beihilfen verfolgten Zwecke genauer festzulegen. Die

Zweckbestimmungen für die Beihilfe hat zumindest im Rahmen der jeweiligen haushaltsgesetzlichen Ausgabenermächtigungen zu erfolgen. Gleichstellungspolitische Zielsetzungen können dabei grundsätzlich ohne weiteres auch zusätzlich berücksichtigt werden.

Gleichstellungsrechtlicher Rahmen

Die Verpflichtung zur aktiven Frauenförderung kann in die Rechte von drei Gruppen eingreifen:

- die Rechte des Beihilfeempfängers (des Betriebes), angesprochen als Arbeitgeber,
- die Rechte der Konkurrenten und
- die Rechte nicht geförderter männlicher Arbeitnehmer.

Gesetzesverschärfende Regelung für den Arbeitgeber

Eine aktive Frauenförderung wird mit § 611 a BGB erlaubt. Sie wird in § 611 a BGB nicht gesetzlich gefordert. Die grundsätzliche Berechtigung des Staates, gleichwohl solch ein Handeln zu verlangen, ist spätestens mit der vor wenigen Monaten erfolgten Neufassung des Art. 3 II GG geklärt. Im EG-Bereich ist sie den Mitgliedstaaten der EG nach Europarecht gestattet und seit 1984 auch empfohlen, so die Empfehlung des Rates vom 13.12.1984 zur Förderung positiver Maßnahmen für Frauen. Interessant in diesem Zusammenhang wird sicherlich die zu erwartende Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) in der Rechtssache Kalanke gegen Freie Hansestadt Bremen. Dies Verfahren betrifft die bevorzugte Berücksichtigung einer Frau im Rahmen der Quotenregelung, wie sie mit dem Bremischen Landesgleichstel-

lungsgesetz für den Landesdienst geregelt ist. Es ist das erste Gerichtsverfahren zu Gleichstellungsvorschriften, über das der EuGH mit zu entscheiden hat.

Problematisch erscheint die eher allgemeine Bestimmung der neuen, mit der Beihilfegewährung zu verbindenden Verpflichtung. Der Inhalt „von Maßnahmen zur aktiven Förderung der Beschäftigung von Frauen" bleibt unpräzise. Eine Klarstellung wäre hier erforderlich und ist für das Ausführungsgesetz auch vorgesehen.

Diskriminierungsschutz für Konkurrenten aus anderen EG-Ländern

Gegenüber den Konkurrenten ist die Auflage grundsätzlich neutral, da sie für alle Anwendung findet.

Stärker als im geltenden § 14 LGG sollte aber der Aspekt des Verbots der Diskriminierung möglicher Beihilfeempfänger aus anderen Mitgliedstaaten der EG beachtet werden. Es wäre mit EG-Recht unvereinbar, von ausländischen Interessenten zu verlangen, Anforderungen zu erfüllen, die zwar nach bundesdeutschem Recht, nicht aber in anderen EG-Ländern erfüllbar wären. EG-widrig wäre deshalb z.B. die Voraussetzung, der Frauenförderplan müßte in einer Betriebsvereinbarung nach Betriebsverfassungsgesetz festgelegt sein. Dieser Aspekt ist für eine Ausführungsregelung zu beachten.

Rechte der Arbeitnehmer

Zur dritten Gruppe der Betroffenen: Die Auflage der Frauenförderung ist gegenüber den davon nicht begünstigten männlichen Arbeitnehmern im Rahmen des Art. 2 IV der europarechtlichen Gleichbehandlungsrichtlinie von 1976 legitim und rechtmäßig. Diese gestattet den Mitgliedstaaten und damit

auch dem Land Berlin „Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit für Männer und Frauen, insbesondere durch Beseitigung der tatsächlich bestehenden Ungleichheiten, die die Chancen von Frauen ... beeinträchtigen".

Kopplung mit anderen Beihilfezwecken

Frauenförderung als Hauptpflicht wird die absolute Ausnahme sein. und hierin liegt dann das verfahrensrechtliche Problem. In Praxis wird es sich bei der Auflage Frauenförderung typischerweise um eine beihilfefremde Auflage handeln. Es ist rechtlich umstritten, inwieweit es zulässig ist, über Nebenbestimmungen die Beihilfevergabe mit beihilfefremden Zwecken zu koppeln.

Die Auflage verpflichtet - anders als es eine Bedingung tun würde - den Begünstigten zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen. Werden diese Pflichten mißachtet kann die Beihilfegewährung widerrufen werden. Es handelt sich also um eine echte Rechtspflicht. Es bedarf deshalb u.a. der Prüfung, ob die Nebenbestimmung hinsichtlich des Zweckes der Beihilfe erforderlich ist. Hier lag früher ein rechtliches Risiko - spätestens seit der Neuformulierung von Art. 3 II GG im Jahre 1994 ist jedoch eine tragfähige Grundlage vorhanden, die beihilfefremde Nebenbestimmung "Frauenförderung" zu rechtfertigen.

Möglich war und ist auch ein anderer Weg: Bereits im Jahre 1980 hat die Enquete-Kommission „Frau und Gesellschaft" vorgeschlagen, die Verpflichtung zur aktiven Frauenförderung gezielt für Subventionen mit beschäftigungspolitischen öder sozialpolitischen Zwecken vorzusehen. Mangels einer gesetzlichen Verpflichtung der privaten Arbeitgeber zur Frauenförderung kann sich zur Zeit eine Beschränkung auf Beihilfen, die unmittelbar oder zumindest mittelbar die Beschäftigung fördern sollen, auch empfehlen. Die Mög-

lichkeit einer solchen Konkretisierung ist in § 14 LGG mit dem Ausführungsgesetz auch bereits vorgezeichnet.

Gesetzesvorbehalt

Bedenken hinsichtlich der Rechtmäßigkeit von § 14 LGG könnten sich aus der Unkonkretheit der Verpflichtung ergeben. Der Inhalt der Verpflichtung ist offen und im Gesetz nicht näher konkretisiert.

Entspricht es z.B. dem Ziel des Gesetzes, wenn ein Betrieb Wiedereinstellungszusagen nach Zeiten der Kinderbetreuung nur für die im eigenen Betrieb in gewerblich-technischen Berufen Ausgebildeten gibt? Und reicht es für die Bewertung, ein Betrieb habe eine Maßnahme zur aktiven Frauenförderung vorgesehen, wenn eine große bundesdeutsche Bank besonders qualifizierten Frauen – und auch nur diesen – eine intensive Förderung zusagt?

§ 14 LGG bedarf hier unbedingt der Präzisierung. Denkbar ist auch, den Inhalt des Begriffs „aktive Frauenfördermaßnahmen" europarechtskonform auszulegen und auf diesem Wege zu konkretisieren. Grundlage hierfür wäre die genannte Empfehlung über positive Maßnahmen von 1984. Ein solcher Weg bietet sich seit der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Grimaldi aus dem Jahre 1989 zweifelsohne an.

Das rechtliche Risiko angesichts der fehlenden Konkretheit des § 14 LGG kann aber nur eine gesetzliche Klarstellung mindern. Dies ist mit dem Ausführungsgesetz richtigerweise auch vorgesehen.

Außerdem bestehen noch Unklarheiten beim Kreis der Verpflichteten. In

§ 14 I LGG nennt hierzu die Empfänger der Leistung und § 14 III in Verbindung mit § 13 III LGG die Unternehmen. Hier wäre eine Vereinheitlichung und Klärung, ähnlich wie in Brandenburg geschehen, wünschenswert.

Zur Frage des dazu geeigneten rechtlichen Instrumentariums: Das Gesetz muß die grundsätzlichen Vorgaben über Inhalt, Kreis der Verpflichteten und Folgen der Mißachtung der Auflage regeln. Die Konkretisierung ist sinnvollerweise einer Rechtsverordnung zu überlassen und nicht einem weiteren Gesetz, das dann absehbar doch noch einer Konkretisierung durch eine Rechtsverordnung bedürfte.

ÖFFENTLICHE AUFTRAGSVERGABE - § 13 LGG

Der zweite Teil der Stellungnahme betrifft die Regelung des § 13 LGG, die Auftragsvergabe. Die Auftragsvergabe erfolgt in der Bundesrepublik traditionsgemäß zweistufig:

- In der ersten Stufe wird intern über die Vergabe entschieden, bisher mit Verwaltungsvorschriften einheitlich geregelt, künftig- fundiert für den Bereich der EG-Schwellenwerte über eine Rechtsverordnung der Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates.
- Die zweite Stufe ist dann der im Zivilrecht angesiedelte Abschluß eines Vertrages.

Mit guten Argumenten kann und wird nun in der Literatur zunehmend bezweifelt, daß es sich beim Vertragsschluß tatsächlich um privatrechtliches

Handeln des Staates handelt. Und dies ist nicht nur eine theoretische rechtliche Frage, die Stoff für juristische Hausarbeiten bietet, vielmehr wird mit der Zuordnung auch über den Rechtsweg entschieden. Gesetzt den Fall, § 13 LGG
würde von der Berliner Verwaltung ab morgen angewendet: Müßte ein Arbeitgeber, der einen öffentlichen Auftrag wegen der Bevorzugungsregelung des § 13 LGG nicht erhält, vor dem Zivil- oder vor dem Verwaltungsgericht klagen, wenn er die Entscheidung der Verwaltung für falsch hält?

Bisher gehören Streitigkeiten über wettbewerbsrelevantes Handeln des Staates grundsätzlich vor die Zivilgerichte. Neuerdings bejaht der BGH ausnahmsweise eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit, wenn öffentlich-rechtliche Vorschriften das Konkurrenzverhältnis unmittelbar determinieren. Diese neue Wertung könnte sich - aber nur in Ausnahmefällen - auf den Rechtsschutz bei der Anwendung von § .13 LGG auswirken.

Struktur des § 13 LGG

Die Struktur des in § 13 LGG für die öffentliche Auftragsvergabe vorgesehenen Ansatzes ist die folgende:

- Frauenförderung ist Kriterium für die Auswahlentscheidung zwischen vergleichbar qualifizierten Anbietern, wenn Verträge über Leistungen für mehr als 10.000 DM abgeschlossen werden sollen (§ 13 I 1 LGG).
- Anbieter mit einem Frauenförderplan sind im Rahmen einer in der Anlage zu § 13 LGG enthaltenen Mehrpreisstaffel zu bevorzugen (§ 13 I 4 u. 5 LGG).
- Für die Bevorzugung werden nur Frauenförderpläne berücksichtigt,

die mindestens feste Ziel- und Zeitvorgaben zur Erhöhung des Frauenanteils und entsprechende Maßnahmen zur Erhöhung des Frauenanteils enthalten (§ 13 I 2 u. 3, III LGG).

- Ausgeschlossen sind Anbieter mit geringfügig Beschäftigten (§13 II).
- Zur Umsetzung ist – wie für die Beihilfe – ein Gesetz vorgesehen (§ 13 III LGG).

§ 13 LGG enthält damit einen über die bundesgesetzlichen Vorgaben hinausgehenden Anreiz zur Frauenförderung. Dieser ist mit der Bevorzugung bei geringfügig höheren Preisen ausschließlich Gegenstand der Auswahlentscheidung. Die bundesrechtlich zulässige Beschäftigung geringfügig Beschäftigter wird Leistungserbringern für das Land Berlin – oberhalb der Schwelle von 10.000 DM – im Ergebnis untersagt, allerdings nur bezogen auf den Zeitpunkt des Abschluß des Vertrages.

Auswirkungen des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Haushaltsgrundsätzegesetzes und der Nachprüfungsverordnung

Die Position von Bewerbern um öffentliche Aufträge hat sich mit dem Zweiten Gesetz zur Änderung des Haushaltsgrundsätzegesetzes verstärkt.
Das Gesetz ist Grundlage für die sogenannte „Nachprüfungsverordnung“.
Wird mit dem Auftrag ein EG-relevantes Volumen erreicht, eröffnet die Nachprüfungsverordnung über die Einschaltung der Vergabeprüfstellen Möglichkeiten des vorläufigen Rechtsschutzes sowie von Schadensersatzansprüchen. Dies wird absehbar insbesondere dann genutzt werden, wenn nach Auffassung von Bewerbern ein diskriminierendes Vergabeverfahren vorliegt, also unzulässige Eignungskriterien verwendet worden sein sollen.

Hierbei stellt sich dann die Frage, ob das Kriterium Frauenförderung bei der Entscheidung über den Zuschlag berücksichtigt werden könne, wie für § 13 LGG vorgesehen. Entsprechende Vorschläge hat u.a. das EG-Parlament eingebracht.

Das Ergebnis der Debatte über die Novellierung der Lieferkoordinierungsrichtlinie gibt Anlaß zu Zweifeln, ob die bevorzugte Berücksichtigung bei der Auswahlentscheidung mit EG Recht vereinbar ist. Hinsichtlich § 13 LGG sehe ich Probleme insbesondere hinsichtlich des europäischen Vergaberechts sowie im - Ergebnis lösbare – wettbewerbsrechtliche Fragen - also für die Bereiche, zu denen noch weitere Stellungnahmen erfolgen.

Für die Frage der rechtlichen Zulässigkeit der Bevorzugungsregelung, wie sie § 13 LGG vorsieht, mit Bundes- und Haushaltsrecht ist die Frage zentral, ob die Regelung in § 13 LGG hinreichend geeignet ist, um dazu beizutragen, die in § 3 LGG genannten Ziele zu erreichen.

Bei der Beantwortung dieser Frage kann große Skepsis aufkommen – dies soll hier erläutert werden, Vorschläge für ein Modell vertraglicher Verpflichtung sollen entwickelt u«erden.

Eignung der Bevorzugungsregelung zur Zielerreichung?

Frauenförderung im Rahmen der Auftragsvergabe mit Bevorzugungsregelungen hat ihren Ausgangspunkt im Wirken institutioneller Frauenpolitik.
Das Beschaffungswesen ist in NRW Gegenstand der Frauenpolitik geworden. Zunächst wurden dort traditionsgemäß – und EG-rechtlich ausdrücklich erlaubt - Anbieter aus dem Zonenrandgebiet und bestimmte Randgruppen

wie Vertriebene im Rahmen einer Mehrpreisstaffel beim Vertragsabschluß bevorzugt. Ausbildungsbetriebe wurden 1983 einbezogen, es folgten dann 1986 die Betriebe mit einem überproportionalen Mädchenanteil bei den Auszubildenden. Das weitere Schicksal dieses Erlasses ist bekannt: Nachdem die EG-Kommission 1991 die erste offizielle Stufe eines Vertragsverletzungsverfahrens eingeleitet hatte, zog NRW 1992 seinen „Lehrlingserlaß" zurück.

Das LGG Berlin knüpft nun in § 1.3 an die Bevorzugungsregelung mit Mehrpreisstaffel von Nordrhein-Westfalen im Ansatzpunkt an, allerdings mit der erweiterten inhaltlichen Verpflichtung zur Durchführung von Frauenförderplänen. Dies ist nicht der angemessene und geeignete Weg:

Die Bevorzugung in Nordrhein-Westfalen betraf Betriebe, die zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe Lehrlinge, später überproportional Mädchen ausbildeten. Dies war für die Auswahlentscheidung unproblematisch feststellbar. Und im Hinblick auf die sehr beschränkte Möglichkeit von Ausbildungsbetrieben, Auszubildende zu kündigen, bestand berechtigte Erwartung, die der Auswahlentscheidung zugrundeliegende frauenfördernde Ausbildungspolitik würde auch während des Auftrages beibehalten.

Anders jedoch nun für § 13 LGG: Die Bevorzugung für Berlin gilt für Unternehmen, die zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe fördern oder solche Pläne einführen. Es ist damit in der Regel die Bevorzugung wegen eines Verhaltens, das in der Zukunft erwartet wird. Dies Verhalten ist aber ohne rechtliche Verpflichtung, kann die Nichtdurchführung der Frauenförderpläne lediglich bei einer erneuten Vergabe berücksichtigt werden. Denn die bevor-

zugte Berücksichtigung beeinflußt nur das Zustandekommen des Vertrages.

Damit endet es aber auch. Eine künftige Rechtspflicht entsteht nicht.

Die Bevorzugungsregel mit Mehrpreisstaffel greift, wenn es Betriebe gibt, die bereits Frauenförderpläne der gewünschten Art haben. Bezogen auf das Erfordernis von Ziel- und Zeitvorgaben sind solche Betriebe aber - auch bundesweit - fast nicht vorhanden. Also kann die Bevorzugungsregel i.d.R. nur für Betriebe angewandt werden, die künftig aktiv fördern wollen und dazu auch verbindliche Frauenförderpläne einführen. § 13 LGG ist so geeignet, Impulse zu geben und ist insoweit zielgerecht.

Es geht die Bevorzugung über eine Mehrpreisstaffel aber ins Leere, wenn es keine Betriebe gibt, die bereit sind, Frauenförderprogramme mit Ziel- und Zeitvorgaben einzuführen. Frauenförderung ist im Rahmen von § 13 LGG nur realisierbar, wenn es auch die Betriebe tatsächlich gibt, die sich in Konkurrenz zu Anbietern auf ein frauenförderndes Verhalten verständigen können. Die bisherigen Erfahrungen mit der betrieblichen Frauenförderung geben allen Anlaß zu zweifeln, daß eine solche Bereitschaft in erheblichem Umfang bestehen wird.

Die Bevorzugungsregel mit Mehrpreisstaffel kann ein weiteres Problem nicht lösen: Was ist, wenn z.B. während dar Vertragsdauer ein Arbeitgeber, der einen staatlichen Auftrag über die Bevorzugung als frauenfördernder Betrieb erhalten hat, wegen der Diskriminierung von Frauen bei der Einstellung arbeitsgerichtlich verurteilt wird? Oder welche Auswirkung hat die arbeitsgerichtliche Feststellung in einem Beschlußverfahren des Betriebsra-

tes, daß das Lohnsystem des Betriebes für die unteren Lohngruppen mittelbar diskriminierend ist?

Rechtlich ist die Situation klar: Der Vertrag ist abgeschlossen, eine Rechtspflicht mit Sanktionsmöglichkeit besteht nicht. Der wegen eines Frauenförderplans mit Mehrpreisstaffel geförderte Arbeitgeber behält den Vertrag. Zu erwarten wären lediglich Konsequenzen für spätere Verträge.

Deshalb: Das gewünschte Verhalten der Frauenförderung muß sinnvollerweise als Rechtspflicht geregelt sein. Dieser Vorschlag ist aus bundesrechtlicher Perspektive keine rechtliche Frage. Er beruht vielmehr auf der Einschätzung, daß die Entscheidung für die Bevorzugung mit Mehrheitstaffel kein zieladäquates Instrument hinsichtlich des verfolgten Zieles der Frauenförderung ist

Struktur einer vertraglichen Verpflichtung von § 13 LGG

Als Alternative zur gegenwärtigen Regelung des § 13 LGG könnte daran gedacht werden, statt einer Bevorzugungsregelung eine vertragliche Verpflichtung mit folgender Struktur zu vereinbaren:

Die Regelung würde für alle öffentlichen Aufträge mit einem Volumen über 10.000 DM gelten - ein solcher Grenzwert läge deutlich unter den EG-Schwellenwerten.

- Liegt der Auftrag im Anwendungsbereich von § 13 LGG, würde daraus die erste Pflicht folgen: Der Auftragnehmer hat sich ausweislich eines Frauenförderplanes der Gleichstellung der Frauen

im Erwerbsleben besonders anzunehmen. Dessen Inhalt sind zumindest Ziel- und Zeitvorgaben zum Abbau bestehender Unterrepräsentanz von Frauen.

- Die zweite Pflicht wäre dann die Vorgabe, daß Auftragnehmer alle Arbeitnehmerinnen sozialversicherungspflichtig beschäftigen sollen.
- Insbesondere die Art der betroffenen Unternehmen, Inhalt und Kontrolle der angegebenen Frauenfördermaßnahmen sind dann Gegenstand eines bis heute nicht vorliegenden besonderen Gesetzes.

Rechtmäßigkeit einer § 13 LGG entsprechenden vertraglichen Verpflichtung

Europarechtliche, verfassungsrechtliche und wettbewerbsrechtliche Fragen sind bereits beantwortet oder werden durch andere Referate noch geklärt werden. Hier soll Stellung genommen werden zu haushaltsrechtlichen Fragen und zur Verhältnismäßigkeit der gesetzlichen Regelung im Bereich der „Auftragsvergabe mit Auflagen".

Haushaltsrecht

Wie für die Beihilfe mit Auflage gilt auch für die mit der vertraglichen Verpflichtung zur Frauenförderung verbundene Auftragsvergabe die Feststellung: Wenn ein zusätzlicher Vertragsinhalt vom Auftraggeber gefordert wird, ist dies keine ordnungsrechtliche Frage. Vielmehr handelt es sich um eine ordnungspolitische Entscheidung.

Auch nach der Änderung des rechtlichen Rahmens für Haushaltspläne

gilt, daß das Auftragswesen in der Bundesrepublik unverändert nur haushaltsrechtlich gebunden ist. Ob eine kostenwirksame vertragliche Verpflichtung möglich ist, klärt das Haushaltsrecht nicht.

Frauenförderplan nach § 13 LGG

Die Auflage Frauenförderplan ist eindeutig gesetzesverschärfend. Die Berechtigung des Staates, auch ohne gesetzliche Regelung Frauenförderung zu fordern, habe ich bereits zur Beihilfevergabe skizziert. Entsprechendes ist auch für die vertragliche Verpflichtung festzustellen. Der mögliche Inhalt der Verpflichtung ist dabei insbesondere von den Kosten der frauenfördernden Maßnahmen abhängig.

Zusätzlich zu der für die Beihilfe bereits als zentral benannten verfassungsrechtlichen Grundlagen ein Hinweis: Für das Ziel der Lohngleichheit gibt es eine auch an die Bundesrepublik gerichtete Empfehlung, die Implementation im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe sicherzustellen – so die Empfehlung Nr. 90 der Internationalen Arbeitsorganisation aus dem Jahre 1951, „betreffend die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte bei gleichwertiger Arbeit“.

Diesen Hinweis soll folgende Anmerkung verdeutlichen: Warum wird mit § 13 I LGG die rechtlich völlig unumstrittene Möglichkeit nicht genutzt, die Auftragnehmer zu verpflichten, das geltende Gleichbehandlungsrecht zu beachten? Dies ist sinnvoll mit einem Informationsrecht der Auftraggeber zu verbinden, über generelle Angaben Näheres zur tatsächlichen Situation zu erhalten.

Die Umsetzung der vertraglichen Verpflichtung zur Frauenförderung ist nur möglich, wenn es den Betrieben überhaupt ermöglicht wird, die als Mindestbestandteil eines Frauenförderplanes geforderten festen Ziel- und Zeitvorgaben zu entwickeln. Die Einführungsphase ist zu klären. Wäre es z.B. sinnvoll – wie in anderen Ländern – die Registrierung in offizielle Listen z.B. über anerkannte Lieferanten vorzusehen? Ergebnis wäre, die Eignung generell vor Auftragserteilung über Listen zu prüfen, um bei der Vergabe nicht in widersprüchliche Wertungen zu kommen. Solche Fragen sollten gesetzlich geregelt werden, konkretisiert durch eine Rechtsverordnung und nicht über ein weiteres Gesetz.

Sozialversicherungspflicht – § 13 II LGG

Die, über die gesetzlichen Voraussetzungen hinausgehende, vertragliche Verpflichtung zum Ausschluß geringfügiger Beschäftigung ist gleichstellungsrechtlich begründbar. Dabei werden die mit der Sozialversicherungspflicht verbundenen zusätzlichen Kosten auf Preisangebote durchschlagen und sich die Kosten für den Auftraggeber erhöhen. .

Bedenken habe ich gegenüber der Regelung des § 13 II LGG in zweifacher Hinsicht:

- Die Verpflichtung zur sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung kann ihre Rechtfertigung im Rahmen des Gleichstellungsrechts finden mit dem Anliegen einer eigenständigen sozialen Sicherung der Frau. Dies Ziel wird mit der Formulierung von § 13 II LGG nicht erreicht. Wenn generell sozialversicherungsfreie Tätigkeiten im Rahmen von

§ 8 SGB IV ausgeschlossen werden sollen, werden damit zwei Typen erfaßt, die nicht vergleichbar sind:

- die Sozialversicherungsfreiheit für Geringverdienende und
- die Sozialversicherungsfreiheit für eine Nebentätigkeit mit dem Ziel, Personen den Zugang zu verwehren, die sonst bei geringen Beträgen einen kostengünstigen Sozialversicherungsschutz erhielten, obwohl ihr Gesamteinkommen dies eindeutig nicht rechtfertigen würde. Es besteht aus gleichstellungsrechtlichen Erwägungen kein Bedarf, die Sozialversicherungsfreiheit wegen einer Nebentätigkeit zu begrenzen. Hier wäre eine präzisere Eingrenzung der gleichstellungsrechtlich begründeten Anforderung notwendig.

- Die Anforderung müßte gleichzeitig eindeutig so formuliert sein, daß sie auch für alle in anderen Mitgliedsstaaten der EG angesiedelten Arbeitgeber erfüllbar wäre. Dies wäre angesichts des einmalig hohen Schwellenwertes in der Bundesrepublik für die Sozialversicherungspflichtigkeit für Arbeitgeber in anderen Ländern wohl immer unproblematisch zu erfüllen.

Es ist eine gesetzliche Änderung erforderlich. Der Wortlaut läßt zur Zeit keinen Spielraum dafür, die Begrenzung der Sozialversicherungsfreiheit auf die sozialversicherungsfreie Beschäftigung als Haupttätigkeit zu begrenzen.

Möglich ist auch ein anderer Weg: Die vertragliche Verpflichtung hinsichtlich der Geringverdienenden kann auf Wirtschaftsbereiche begrenzt werden, in denen typischerweise ein Mißbrauch mit der geringfügigen Beschäftigung besteht. Dies wäre zwar ein deutlich kleinerer Teil, als mit § 13 II LGG beabsichtigt. Angesichts einer ausdrücklichen Entscheidung gegen eine Sozialver-

sicherungspflicht für alle Erwerbstätigkeiten würde dies das rechtliche Risiko aber erheblich beschränken.

Auch zur Sozialversicherungspflicht gilt: eine gesetzliche Änderung ist angezeigt. Eine Ermächtigungsgrundlage für eine Rechtsverordnung wäre der jetzigen Fassung vorzuziehen.

Folgen der Verletzung von vertraglichen Verpflichtungen

Die Ansatzpunkte sind die üblichen jeder vertraglichen Leistungsstörung. Sie reichen von einer Abmahnung bis zur Geltendmachung einer vereinbarten Vertragsstrafe, am Ende kann dann u.U. die Kündigung des Vertrages stehen. Zur Frage, ob solche Reaktionen gerechtfertigt sind, ist zu bedenken, daß es sich um die Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht und nicht um die Nichterfüllung der vertraglichen Hauptpflicht handelt. Deshalb ist für eine gesetzliche Neuregelung des § 13 LGG zu empfehlen, die Anforderungen für Verträge mit arbeitsmarktpolitischen oder sozialpolitischen Vertragsinhalten bereits mit dem Gesetz höher ansetzen als für den üblichen Kauf-, Liefer- oder Dienstleistungsvertrag.

FAZIT

Grundsätzlich ist es zulässig, das Anliegen der Frauenförderung mit der Beihilfegewährung und der Vergabe öffentlicher Aufträge zu koppeln. Zusätzlich ist naheliegend, auch zu verlangen, das geltende Recht zur arbeitsrechtlichen Gleichbehandlung von Frauen und Männern zu beachten.

Einfachgesetzliche Regelungen nach Bundesrechts- und Haushaltsrecht setzen keine Grenzen. Der Rahmen für die Möglichkeiten und Grenzen wird durch verfassungsrechtliche und europarechtliche Rahmenbedingungen gesetzt.

Die einfachgesetzlichen Regelungen sind aber bedeutsam, um die Zieladäquenz der §§ 13,14 LGG beurteilen und bei entsprechenden Inhalten bejahen zu können. Hier besteht zu § 13 und 14 LGG Novellierungsbedarf.

Ingrid Weber:

Danke für dieses Referat, das für mein Empfinden erfreulich konkret geworden ist. Für das, was Berlin will, gibt es ja noch kein Modell, und die Senatsverwaltung ist ganz besonders dankbar für sehr konkrete Vorschläge, die dann im Einzelnen zu überlegen sind.

Vor der Mittagspause haben wir ein weiteres Referat. Die Referentin ist schon an das Pult getreten.

Frau Dr. Sudhof ist Richterin am Verwaltungsgericht Frankfurt/Main und wird heute die Ergebnisse ihres Gutachtens vorstellen, das sie im Auftrag des Hessischen Frauenministeriums zur Frage der Kopplung der öffentlichen Auftragsvergabe mit Aspekten der Frauenförderung erstellt hat. Wir sind dem

Hessischen Ministerium besonders dankbar, daß wir uns die Vorarbeit, die da geleistet worden ist, auch heute mit dem Referat von Frau Dr. Sudhof zunutze machen können. Bitte!

Dr. Margaretha Sudhof:

Zunächst auch von mir vielen Dank für die Einladung. Ich finde es ebenfalls sehr wichtig, daß Veranstaltungen wie diese stattfinden, nachdem es lange Zeit sehr ruhig um das Thema gewesen ist, um es euphemistisch auszudrücken. Ich möchte Ihre Fähigkeit, sich auf tagesfüllende akademische Vorträge zu konzentrieren, nicht überstrapazieren, auch angesichts der vorgerückten Stunde, und ihr Augenmerk deswegen nur auf einige Punkte richten. Wegen der jetzt doch schon über mehrere Stunden gehaltenen Vorträge will ich Sie insbesondere jetzt nicht damit quälen, mein gesamtes, für das Bundesland Hessen erstattetes Gutachten, das ja schriftlich vorliegt, nochmals vorzutragen.

Zum einen fällt mir auf bei der für Berlin geplanten Regelung, die ganz anders strukturiert ist als die in Hessen und in anderen Bundesländern, daß die Berücksichtung frauenfördender Belange bei öffentlichen Auftragsvergaben Gegenstand eines Gesetzes werden soll. So sieht es jedenfalls die Regelung in § 13 LGG bisher vor. Das ist ungewöhnlich. Öffentliche Auftragsvergaben finden normalerweise statt auf der Basis der Verdingungsordnungen A und B. Die Verdingungsordnungen sind vom normativen Stellenwert her „normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften", also Rechtssetzungen durch die Verwaltung in Ausfüllung ihr zur Verfügung stehender Handlungsspielräume, und das hat auch einen guten Grund. Denn eine flexible Handhabung oder auch Änderung, Anpassung dieser Verdingungsordnungen

bleibt möglich. Aus pragmatischer und verwaltungspraktischer Sicht entlastet es zunächst einmal, wenn Handlungsvorgaben eine gewisse Elastizität aufweisen. Man hat nicht bei jeder Anpassung ein kompliziertes Gesetzgebungsverfahren zu durchlaufen und es verbleiben einfach Handlungsspielräume bei der Einzelfallregelung.

Hier in Berlin ergibt sich bei dieser Ausgangslage das Problem, daß Sie vom Konzept her ein Gesetz haben, das „hinter" den Verdingungsordnungen, die keine Gesetze sind, rangiert. Angenommen, etwa die Verdingungsordnungen machten, was zwar im Moment politisch nicht zu erwarten ist, aber auch nicht ganz ausgeschlossen werden kann, ihrerseits Frauenförderung oder ähnliche sozialpolitische Zielsetzungen zum Thema, dann ergäbe sich für Berlin exekutiv gesetztes Recht, das Ihr Gesetz hier einholt, wiederholt oder gar überholt. Deshalb halte ich es aus normsystematischen Gründen für ungewöhnlich, öffentliche Auftragsvergaben, die grundsätzlich ohne gesetzliche Vorgabe erfolgen, durch ein Gesetz zu modifizieren.

Nicht mehr erklärbar ist bei einer Regelung durch Gesetz vor allem der hier gewählte, indirekte Normierungsweg. Man könnte fragen, wenn man schon die Form des Gesetzes wählt, um auf die Binnenstruktur von Privatunternehmen Einfluß zu nehmen, warum der politische Wille dann nicht ausreicht, sich an eine grundlegende Änderung und präzise Vorgabe im Betriebsverfassungsrecht heranzuwagen. Es wäre viel plausibler, dann gleich „Nägel mit Köpfen" zu machen und einen Frauenförderplan vorzusehen als obligatorische oder wenigstens fakultative Vorgabe im Betriebsverfassungsgesetz. Dies wäre ja denkbar, nicht wahr?

Der Hintergrund für die Enthaltsamkeit bei Versuchen direkter Steuerung gesellschaftlicher Prozesse durch rechtliche Vorgaben liegt in meinen Augen in einer gegenwärtig unheiligen Allianz zwischen herrschender Gesellschafts-

theorie und fehlenden politischen Handlungsspielräumen. Die Vorstellung, Entwicklungszusammenhänge der „freien Wirtschaft" seien, wenn überhaupt. dann nur durch mittelbare Regelungen zu beeinflussen, ist Mitte der 80er Jahre populär geworden. Zu dieser Zeit waren die Vorstellungen von Materialisierung und Intervention mit den Mitteln des Rechts ausgeträumt. „Politische Ziele" gelten seither, wenn überhaupt, als allenfalls indirekt durchsetzbar, vor allem über ökonomische Anreize, Veränderung motivationsbildender Faktoren. Das ist eine Idee, die als wohlfahrtsstaatliche Handlungsvorgabe hauptsächlich, meine Vorreferentin erwähnte es bereits in etwas anderem Zusammenhang, aus Amerika kam. In Deutschland fand die Adaption in den letzten Jahren statt in der neueren politischen Ökonomie und in der neuesten Systemtheorie.

Zurück zum spezifischen Berliner Modell der gesetzlichen Vorgabe öffentlicher Auftragsvergabepraxis: Ich kann mir diese Eigentümlichkeit nur erklären durch ein Zusammentreffen moderner rechtstheoretischer Präferenzen für indirekte Steuerung mit kontinentaleuropäischem Konstitutionalismus. Ich will hier insoweit abbrechen und ganz konkret auf wenige Fragen eingehen, die jetzt diese öffentliche Auftragsvergabe als für Berlin vorzufindendes Modell betreffen.
Mein Ansatzpunkt ist ein diesbezüglich konsequentionalistischer, entsprechend meinem Berufsalltag als Richterin. Das Sein prägt bekanntlich das Bewußtsein.

Ich befasse mich also mit den Konsequenzen, die erwartet werden können, nachdem die Vergabe öffentlicher Aufträge unter Berücksichtigung frauenfördernder Vorgaben in Berlin tatsächlich durchgeführt werden wird.

Übergangene Konkurrenten werden den Rechtsweg einschlagen, der sie zur ordentlichen Gerichtsbarkeit führen wird, also zu den Zivilgerichten. Die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges wird in diesem Anwendungszusammenhang derzeit nicht ernsthaft diskutiert.

Wenn nun ein übergangener Unternehmer, der aus der Tatsache, daß ihm Vertragsbeziehungen verweigert wurden, oder eine Unternehmerin, die soll es ja auch geben, vor allem bei juristischen Personen, die Justiz befaßt, dann wird der Gesichtspunkt möglicher Schadensersatzansprüche zu klären sein. Die neueste Spruchpraxis des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen ist übrigens tatsächlich gelegentlich mit Schadensersatzansprüchen wegen Abweichungen von den Verdingungsordnungen im Rahmen öffentlicher Auftragsvergaben befaßt. Offenbar erfordert dieses Thema im Moment generell eine erhöhte Aufmerksamkeit, die sich allerdings mehr auf den Gesichtspunkt der Rechtmäßigkeit der Verwaltung bezieht als auf Sozial- oder gar Frauenpolitik. Die vorfindlichen Entscheidungen zeigen jedenfalls sofort die Schwierigkeiten und die Behutsamkeit der Justiz bei diesem sensiblen Themenbereich, der ganz weitreichende Implikationen hat in Richtung grundlegender Schlüsselbegriffe der Wirtschafts- und Marktordnung, wie etwa Vertragsfreiheit. Kartellrecht, Wirtschaftslenkung durch Marktteilnahme der öffentlichen Hand.

Man kann vorab als Ergebnis feststellen: Schadensersatz in Geld oder als Kontrahierungszwang wegen öffentlicher Auftragsvergaben hat es bisher in Deutschland nicht gegeben. Es hat Schadensersatz gegeben in Form von Ansprüchen auf faire Berücksichtigungen bei künftigen Vergaben. Es hat bisher aber noch keinen einzigen Schadensersatzanspruch in Geld und auch keinen Kontrahierungszwang gegeben. Das liegt einfach an der Struktur der

recht unspezifischen Schadensersatzansprüche, die hier in Betracht zu ziehen sind.

Wir haben einmal den Schadensersatzanspruch aus dem Kartellgesetz, § 35 GWB. Dieser vorliegend wichtigste und potentiell einschlägigste Schadensersatzanspruch ist erfüllt, wenn ein Mitbewerber dadurch übergangen wird, daß ein marktstarkes oder marktbeherrschendes Unternehmen gegen das Verbot von § 26 Abs. 2 GWB, das ist das allgemeine Diskriminierungsverbot, verstoßen hat. Das allgemeine Diskriminierungsverbot wurde heute schon öfters erwähnt. Es ist der wirtschaftsrechtliche Ausdruck bestimmter Vorgaben der Verfassung, ohne darauf jetzt in diesem Zusammenhang näher eingehen zu wollen, die auch die öffentliche Hand betreffen. Es ist eine kartellrechtliche Generalklausel.
Wie bei Generalklauseln üblich und bekannt, wird auch diese Generalklausel im Bereich der Normanwendung Abwägungen unterzogen. Die Ausnutzung von marktbeherrschenden oder marktstarken Stellungen ist nur dann verboten, wenn sie ohne sachlich gerechtfertigten Grund erfolgt. Und bei diesem sachlich gerechtfertigten Grund kann es sich bei unterstellter marktbeherrschender Stellung, wie ich meine, durchaus um eine sozialpolitische, also altruistische Motivation handeln. „Sachlicher Grund" bezeichnet in diesem Zusammenhang erst einmal einen Grund, der sich nach allgemeinen Erwägungen, also Erwägungen jenseits des konkreten Wettbewerbsverhältnisses, „sehen lassen kann".

Zunächst aber muß man sehen, daß gerade bei öffentlichen Unternehmen oder der öffentlichen Hand als Nachfrager, was bisher vielleicht etwas unterkomplex behandelt wurde, eine marktbeherrschende Stellung nicht ein-

fach unterstellt werden kann. Das wird selten oder nie volkswirtschaftlich betrachtet oder analysiert. Für die Flächenstaaten, denke ich, kann man wohl sagen, ja sogar gesichert behaupten, daß sie selbst im vielzitierten Tiefbausektor keine marktstarke Stellung haben dürften, denn der Tiefbausektor wird im Schwerpunkt von Seiten des Bundes und der Kommunen bestritten, aber nicht von den Ländern. Bei einem Stadtstaat wie Berlin mag es anders aussehen, damit habe ich mich bisher nicht befaßt. Ich wage im Moment für Berlin die These, daß auch hier, sogar für den Tiefbausektor, eine marktbeherrschende Stellung des Stadtstaates in Zweifel gezogen werden muß; und zwar deshalb, weil erstens der Bund hier umfangreiche Bautätigkeiten im Rahmen der Hauptstadtfrage erledigt und zweitens auch Privatunternehmen in Berlin im Moment ganz erheblich zum Tiefbaubereich beitragen. Ich denke nur an den Potsdamer Platz. Das sind Evidenzen, die ausgeblendet zu werden pflegen, wenn §§ 35, 26 Abs. 2 GWB als prinzipieller Vorbehalt gegen frauenfördernde Auftragsvergabepraxis angeführt wird. Bei Mittelstandsförderung oder Zonenrandförderung wurden derartige Bedenken konsequenterweise auch nicht so vehement geäußert.

Zurück zum skizzierten Schadensersatzanspruch nach § 35 GWB: Selbst bei unterstellter „marktbeherrschender Stellung", die allerdings für Bundesstaaten, auch für Berlin, volkswirtschaftlich niemals erhärtet worden ist und mit gutem Grund, auch als „lex Tiefbau" bezweifelbar wäre, kann eine Diskriminierung im Rahmen des § 26 Abs. 2 GWB nicht einfach unterstellt werden. Sie ist übrigens auch in der gesamten bisherigen Spruchpraxis des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen erst einmal begründet worden und zwar in der sogenannten „Modellbauartikel II"- Entscheidung. Das ist eine Entscheidung aus den 70er Jahren. In dieser Entscheidung hat der BGH sich ausdrücklich von

jeglicher gesamtwirtschaftlichen Erwägung völlig ferngehaltenen. Es ging um ein Einzelproblem, nämlich die Vertriebspraxis eines marktbeherrschenden Unternehmens im Modellbausektor, das keinerlei Schlußfolgerungen für die hier zur Debatte stehende öffentliche Auftragsvergabe zulassen kann oder dürfte.

Selbst bei unterstellter marktbeherrschender Stellung müßte zunächst einmal begründet werden, daß Frauenförderung keinen sachlichen Grund der ungleichen Nachfragetätigkeit darstellt. Auch zu diesem Problem fehlen gründliche Analysen bislang. Sie hätten sich zunächst damit auseinanderzusetzen, daß die Verfassung des Grundgesetzes nach der neueren Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zum Gleichheitssatz einen ausdrücklichen Handlungsauftrag enthält, auf die Beseitigung bestehender Ungleichheiten zwischen den Geschlechtern hinzuwirken. Dieser Handlungsauftrag betrifft auch die Stadt und das Land Berlin.

Der nach alledem nur sehr aufwendig zu begründende Schadenersatzanspruch nach § 35 GWB wäre selbst bei wirklichkeitsfremd unterstellter marktbeherrschender Stellung und probleminadäquat unterstelltem fehlenden sachlichen Differenzierungsgrund nicht ohne weiteres gegeben. Denn Schadensersatzansprüche im Rahmen des § 35 GWB sind in der Haftungsausfüllung nochmals beschränkt. Die Zivilgerichte haben solche Ansprüche bisher auch deshalb abgelehnt, weil übergangene Unternehmen nicht darlegen konnten, daß gerade sie zu berücksichtigen gewesen wären, wenn diese für rechtswidrig gehaltene Auftragsvergabebedingung so nicht stattgefunden hätte. Das ist die Frage der sogenannten haftungsausfüllenden Kausalität, die in der Praxis zu einer ganz erheblichen Limitierung von wirtschaftsrechtlichen

Schadensersatzansprüchen führt. Es geht darum, ob eine Rechtsverletzung tatsächlich und erweislich zu einem Vermögensschaden geführt hat.

Die zweite denkbare Grundlage für Schadensersatzansprüche, jetzt unabhängig vom Kartellgesetz, ist Verschulden bei Vertragsschluß, auch culpa in contrahendo genannt. Das ist ein allgemeines zivilrechtliches Haftungsinstrument, das rein richterrechtlich entwickelt und konturiert wurde. Im Bürgerlichen Gesetzbuch selbst ist es nicht geregelt. Für culpa in contrahendo gilt hinsichtlich der Haftungsausfüllung – also die Frage: Was gibt es, wenn dieser Tatbestand erfüllt ist? - ähnliches wie für § 35 GWB: Der übergangene Unternehmer hat die gleichen Darlegungsobliegenheiten hinsichtlich des Zusammenhanges zwischen enttäuschten Erwartungen und Vermögenseinbuße. Bisher hat es noch keinen Fall gegeben, in dem ein – nennenswerter – Schadensersatz in Geld zugesprochen worden wäre. Es ist ein Fall im neuesten Band der Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, im 124. Band, der noch nicht vollständig ist, veröffentlicht. Dort ging es darum, ob eine Ausschreibung nach VOL oder VOB schadensersatzbegründend im Sinne eines Anspruchs aus Verschulden bei Vertragsschluß sein kann. Der BGH hat entschieden, daß dies allenfalls dann denkbar wäre, wenn nach Maßgabe der VOL oder VOB ein Auftrag ausgeschrieben wurde und später die Bedingung der Ausschreibung aber nicht eingehalten wurde. Es muß ein vorvertragliches Vertrauen auf Einhaltung der Verdingungsordnungen begründet und dann gebrochen worden sein.

Bei dieser Vorgabe ist hinsichtlich frauenfördernder Auftragsvergabekriterien- bzw. Bedingungen relative Gelassenheit angebracht. Denn, wie immer

man das Projekt konkret fassen will und was es konkret wäre, auf die Möglichkeiten gehe ich später noch ein, auch kurz, hoffe ich, jedenfalls wird eine Mitberücksichtigung stattfindender betrieblicher Frauenförderung bereits in der Ausschreibung enthalten sein. Nach bisher gängiger allgemeiner zivilrechtlicher Dogmatik kann damit bereits ein möglicher vorvertraglicher Schadensersatzanspruch ausgeschlossen werden. Eine von vorneherein ausgeschlossene Erwartung kann nicht zu später enttäuschbaren Vermögensdispositionen führen.

Damit kommen wir zu der Frage: Welche Konsequenzen sind jenseits von Schadensersatzansprüchen übergangener Angebote denkbar, wenn wir jetzt das LGG umsetzen, anwenden oder - wie auch immer - frauenfördernde Auftragsvergabebedingungen regeln?
Es gibt verschiedene Interventionsmöglichkeiten des Bundeskartellamtes und der EU-Kommission. Diese Interventionsmöglichkeiten lösen momentan in diesem speziellen Anwendungsbereich der frauenfördernden Auftragsvergabe in einem Ausmaße Angst und Schrecken aus, das mir nicht mehr rational erklärlich zu sein scheint, gerade aus meiner skizzierten konsequentialistischen Betrachtungsweise heraus. Ich kenne die Verwaltung eigentlich eher in der Richtung, daß sie einmal getroffene Entscheidungen oder geschaffene Handlungsgrundlagen durchhält bis zu einer höchstrichterlichen Entscheidung und zwar manchmal auch gegen überzeugende Argumente. Eigentlich war es eher selten, daß die Exekutive sich etwa durch ein - wie gut auch immer - begründetes erstinstanzliches Verwaltungsgerichtsurteil von der Unrichtigkeit eines Verwaltungshandelns überzeugen ließ. Ich verstehe nicht, warum man so große Hemmungen zeigt, Gutachten um Gutachten vergibt und zittert und zagt, wenn die Risiken, wie hier, so deutlich begrenzt sind.

Dieses ist so ungewöhnlich für das Verhalten der Exekutive im Übrigen, daß sozial-psychologische Erklärungsmodelle hierfür wesentlich näher zu liegen scheinen als juristische oder gar ökonomische.

In ähnlicher Richtung sind die Vorbehalte zu bewerten, die bisher stattgefunden haben. Ich nehme einmal Bezug auf einen Vorstoß des Bundeskartellamtes Mitte der 80er Jahre gegen den bereits erwähnten Erlaß des Bundeslandes Nordrhein-Westfalen zur Förderung von arbeitslosen Jugendlichen. Das Bundeskartellamt mahnte diese Auftragsvergabepraxis des Landes Nordrhein-Westfalen ab und untersagte es, sozialpolitisch Auftragsvergabebedingungen in irgendeiner Form durchzuführen. Die Beschlußabteilung des Bundeskartellamtes hielt sich mit der Frage der marktbeherrschenden Stellung des Landes Nordrhein-Westfalen in keiner Weise auf. Gut, in Nordrhein-Westfalen liegt diese marktbeherrschende Stellung etwas näher als in anderen Bundesländern, weil ein sogenannter haushaltsrechtlicher Verbund besteht, d.h., daß die Kommunen zusammen mit dem Land als Nachfrager zu sehen sind und nicht getrennt. Aber das war kein Thema der Beschlußabteilung.

In inhaltlicher Hinsicht lag die Begründung der Beschlußabteilung für den angeblichen Kartellrechtsverstoß in der festgestellten Abweichung von VOB und VOL, wie gesagt, normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften.
Das Bundeskartellamt begründete den daraus angeblich folgenden Kartellrechtsverstoß mit der bereits erwähnten „Modellbauartikel – II"- Entscheidung des Bundesgerichtshofes, einer Einzelfallentscheidung aus des 70er Jahren zur Frage der Vertriebspraxis eines Spielzeugherstellers. Dies ist rechtlich eigentlich nicht zu halten. Es ist dadurch zu erklären; daß im Bundeskartellamt ein bestimmtes wirtschaftspolitisches Grundverständnis vorherr-

schend ist, welches die Kartellrechtsprechung allerdings so nie geteilt hat.
Es ist ein maßgeblich von bestimmten führenden Köpfen in und für Nachkriegsdeutschland geprägtes Modellverständnis des Wettbewerbs und der Wirtschaftsordnung, welches jeglicher Intervention der öffentlichen Hand in das Wirtschaftsgeschehen übergroße Vorbehalte entgegenbringt. In dieser Sicht ist die Marktteilnahme der öffentlichen Hand als solche schon größter Anlaß zur Skepsis, jegliche Abweichung von festgezurrten Claims damit der Wettbewerbsverstoß par excellence. Auf ein personelles Stichwort gebracht. bezeichne ich diese postordoliberale Strömung, die in der Beschlußabteilung des Bundeskartellamtes schlicht federführend war und ist, als Mestmäcker-Schule.
Ganz egal, ob es sich jetzt konkret um Subventionen handelt oder um Nachfrageverhalten des Staates oder um was auch immer, man hegt großes Mißtrauen und ist zu frühestmöglicher Intervention entschlossen. Mit den generalklauselartigen Vorgaben des Kartellgesetzes hat das allerdings wenig zu tun.

In Nordrhein-Westfalen wurde diese Intervention der Beschlußabteilung des Bundeskartellamtes erst einmal ignoriert. Der Erlaß blieb zunächst bestehen; wurde dann ausgebaut zum Frauenfördererlaß. Die damit ausgelösten Turbulenzen überstiegen dann allerdings die Konfliktfähigkeit des Landes Nordrhein-Westfalen. Deswegen will ich auch die Geschichte ganz kurz berichten.

Es war so, daß es hieß, definitiv konnte ich den historischen Ablauf nie klären, es beständen EG-rechtliche Bedenken gegen die Frauenförderung über Nachfrageverhalten des Landes Nordrhein-Westfalen. Diese EG-rechtli-

chen Bedenken sollten angeblich von Seiten der Kommission geäußert worden sein. Das war eigentlich ausgesprochen unplausibel, denn die Kommission veröffentlichte in demselben Zeitraum und zu demselben Thema diametral entgegengesetzte Äußerungen. Und in demselben Zeitraum erging auch die bereits erwähnte Entscheidung Beentjes ./. Niederlande, aus der sich ebenfalls diametral Entgegengesetztes ergibt.

Ich kenne es aus meiner Praxis als Verwaltungsrichterin, daß zuweilen unseriös umgegangen werden kann mit konstruierten Sachzwängen, die sich angeblich aus vor- oder höherrangigen Gesichtspunkten ergeben sollen. Man verläßt damit die Sachebene und „entlastet" die auszutragende Diskussion. Gerne wird die Vorgabe europäischen Rechts als vorgeblich höherrangiger Gesichtspunkt bemüht. Ich wage auch die Behauptung, daß zuweilen sogar strategisch von bestimmten Teilen der Kommission Meinungsäußerungen regelrecht abgerufen werden könnten.

Jedenfalls hat dieses angebliche Vertragsverletzungsverfahren um den nordrhein-westfälischen Frauenfördererlaß einen offiziellen Stand oder Status nie erlangt. Ich habe, was damals übrigens schwierig war; mir die Bedenken der Kornmission im Wortlaut beschafft. Sie sind nirgends veröffentlicht und als einziger Urheber firmiert, entsprechend seiner damaligen Zuständigkeit, Herr Dr. Martin Bangemann. Ich hege die Vermutung, also mehr will ich hier nicht zu sagen wagen, daß das tatsächlich ein strategischer Vorstoß gewesen sein könnte. Vielleicht werden wir darüber heute Nachmittag noch Näheres erfahren.

Von daher meine ich, daß dieses Vertragsverletzungsverfahren um den nordrhein-westfälischen Frauenfördererlaß keine zuverlässigen Schlußfolgerungen, eigentlich auch keine seriösen Schlußfolgerungen auf die EU-rechtlichen Vorgaben und Handlungsbegrenzungen zuläßt. Zu eindeutig sind die wirklich diametral entgegengesetzten und veröffentlichten Äußerungen der Kommission aus demselben Zeitraum.

Damit will ich noch ganz kurz auf die Entscheidung „Beentjes./.Niederlande" eingehen. Ich denke hinter diese gehen wir auch und gerade unter europarechtlichem Gesichtspunkt nicht mehr zurück. In der Entscheidung Beentjes ging es darum, daß zur Bedingung eines öffentlichen Auftrags die Beschäftigung von 70 % Langzeitarbeitslosen bei der Ausführung des konkreten Vorhabens erhoben worden war.
Der EuGH entwickelte eine in meinen Augen sehr listige Lösung, und zwar nahm er eine Differenzierung vor. Es wurde grundsätzlich differenziert zwischen verschiedenen Möglichkeiten, im Rahmen öffentlicher Auftragsvergabe auf Verhalten einzuwirken. Dabei wählte der EuGH eine dreiteilige Nomenklatur, bestehend aus Auftragsbedingungen, Zuschlagskriterien und Auswahlkriterien. Unterscheidungsmerkmal ist die konkrete Art, wie diese Auflagen oder Bedingungen in die Nachfrage des Staates aufgenommen wurden.

Als Auswahlkriterien sah man ganz eng auftragsbezogene Auflagen an, also z.B. spezifische Erfahrungen mit den auszuführenden Arbeiten oder die fachliche Kompetenz des Anbieterunternehmens, konkrete Arbeiten – etwa komplizierte Tiefbauarbeiten – durchzuführen.

Die nächste Kategorie der Zuschlagskriterien waren solche, die den Zuschlag an ein Angebot ausschließen, weil das Angebot nach Ansicht des Auftraggebers nicht das günstigste ist. Das günstigste Angebot in diesem Sinne ist nicht das preiswerteste Angebot, sondern das günstigste Angebot ist das Angebot, das am vorteilhaftesten ist. Übrigens bietet sich in diesem Zusammenhang der Vorteilhaftigkeit, ein kurzer Exkurs zur geplanten Regelung an, die sich auf die geringfügig Beschäftigten bezieht. VOB und die VOL sehen es durchaus vor, daß die Frage von Sozialversicherungskosten zu Nebenbestimmungen von öffentlichen Aufträgen gemacht werden kann und unter Umständen auch Gegenstand einer gesonderten Vergütung werden kann. Insoweit müßte ein Land als Auftraggeber sich die Preisfrage stellen lassen. Inhalt eines Auftrages können durchaus Gesichtspunkte sein, die nicht die Hauptleistung eines Projektes sind, was sogar die Verdinungsordnungen, wie wir sie jetzt haben, bereits vorsehen. Ich erahne nicht die Praxisrelevanz, stelle jedoch fest, daß auch die Verdingungsordnungen eine Entscheidung zugunsten des vorteilhaftesten und nicht des preiswertesten Angebotes vorsehen.

Bei den Auswahlkriterien sah der EuGH keinerlei sozialpolitischen Hand lungsspielraum, bei den Zuschlagskriterien schon eher, klärte diesen aber nicht abschließend. Der Nordrhein-Westfälische Frauenfördererlaß wäre übrigens in diese Kategorie zu erheben gewesen, eine abschließende Klärung der Zulässigkeit ist europarechtlich bisher nicht erfolgt.

Der EuGH schuf oder entdeckte in der Beentjes-Entscheidung eine dritte Kategorie, und zwar die der Auftragsbedingung. Nach Ansicht des EuGH ist es zulässig, sozialpolitische Zusatzerwägungen als Auftragsbedingungen in

öffentliche Ausschreibungen und entsprechende Verträge aufzunehmen. Das ähnelt der Regelung, die in der VOL für die Frage von Sozialversicherungsbeiträgen vorgesehen ist. Eine Bedingung muß mit entgolten werden, sie gehört mit zum Leistungspaket. Wenn man z.B. das Vorliegen eines Frauenförderplanes zur Ausschreibungsbedingung erhebt, dann ist diese Bedingung im Leistungsumfang mit abzugelten, zwar als Nebenbestimmung oder als Nebenpflicht, aber sie ist jedenfalls mit abzugelten. Bei diesem Vorverständnis sah der EuGH keinerlei europarechtliche Probleme, und das ist auch konsequent. Denn diese Bedingungen -vom Leistungspaket mit umfaßt – treffen alle Anbieter und belasten auch alle Anbieter in gleicher Weise. Schwierig würde es allenfalls, wenn der Auftrag erteilt werden sollte an einen Unternehmer, der die Bedingungen nicht erfüllt. In dieser Hinsicht dürfte kein Handlungsspielraum mehr bestehen.

Das ist anders als bei den Mehrpreisstaffeln, die in der Nomenklatur des EuGH Zuschlagskriterien wären. Hier verbleiben der Verwaltung Handlungsalternativen. Wenn jemand die Bedingungen erfüllt, kann es auch ein bißchen mehr kosten. Wenn nicht, dann gelten die projektbezogenen Bedingungen der Ausschreibung. Dieser Flexibilität hat man sich bei Auftragsbedingungen wie im Fall Beentjes nach der Judikatur des EuGH begeben. Eine mit im Leistungspaket enthaltene Bedingung ist eine für alle Angebote verbindliche und genau deshalb jedenfalls europarechtlich indifferente Vorgabe.

Abschließend möchte ich kurz und deutlich darauf hinweisen, daß sowohl das Kartellrecht als auch das EU-Recht, beide Materien habe ich im schriftlich vorliegenden und bei Bedarf nachlesbaren Gutachten ausführlicher und durchaus seriöser erörtert, vom Ansatzpunkt her Antidiskriminierungsrechte

sind. Es geht jeweils darum, daß ungerechtfertigten Benachteiligungen entgegengewirkt werden soll. Ich halte es für ausgesprochen bemerkenswert, daß gerade das Antidiskriminierungsrecht besonders gewichtige Vorbehalte gegen Antidiskriminierungsprojekte zu enthalten scheint. Vielen Dank!

Ingrid Weber:

Ich danke Ihnen für dieses Referat. Sie haben gesagt, in Schriftform können wir es nachher haben, das wäre die seriösere Form. Ich schätze aber auch sehr die unseriöse Form, die wir eben gehört haben, und Ihren erfrischenden Appell an die Verwaltung. Man muß ja nicht schon vor dem ersten Urteil Angst haben. Normalerweise schöpft man alle Instanzen aus, das ist auch im Land Berlin nicht anders, wenn die Verwaltung prozessiert.

Wir haben das Klassenziel so schön frühzeitig erreicht, daß für Sie genügend Zeit zur Mittagspause zur Verfügung steht.

Wir treffen uns dann bitte ganz pünktlich um 14.30 Uhr, möglichst ein paar Minuten vorher, damit wir pünktlich mit dem zweiten Teil fortfahren können.

Guten Appetit!

So, ich hoffe, Sie haben gut gegessen oder sind gut spazieren gegangen. Nach der Mittagspause geht es weiter.

Sie sehen, daß das Podium sich teilweise verändert hat. Wir haben leider keinen so langen Tisch, daß alle Referentinnen und Referenten daran passen. Der erste Referent nach der Mittagspause mit dem Schwerpunkt öffentliche Auftragsvergabe ist Herr Dr. Eberstein, langjähriger Leiter der Rechtsabteilung des BDI. Er war als Lehrbeauftragter an der Gesamthochschule Wuppertal tätig und ist Mitherausgeber und Mitautor des führenden Kommentars

zum Recht der öffentlichen Auftragsvergabe.

Dr. Dr. Hans Hermann Eberstein:

Meine sehr verehrten Damen, meine Herren, mein Referat steht unter zwei Aspekten, einem positiven und einem negativen.

Der Positive ist der, daß ich das Glück hatte, alle vier, von weiblicher Seite vorgetragenen Referate zu hören und mir Notizen zu machen, wobei ich bemerken möchte, daß wir in einer verhältnismäßig guten Quotenregelung sind, 4 zu 3 für die weibliche Seite.

Der zweite Aspekt ist negativ. Ich muß nach der Mittagspause sprechen, das bedeutet immer gegen die Mittagsträgheit anzusprechen. Ich hoffe aber trotzdem, Sie etwas fesseln zu können.

Ich spreche nur zu dem § 13 „Öffentliche Auftragsvergabe und Frauenförderung" - also nicht zu einer Notwendigkeit der Frauenförderung, sondern nur zu der eventuellen Möglichkeit ihrer Förderung durch öffentliche Auftragsvergabe. In dem Titel der Einladung ist dies mit einem Fragezeichen versehen worden und dies m.E. zu Recht. Es heißt dort, bei vergleichbar qualifizierten Bietern wird der bevorzugt, der aufgrund eines Frauenförderungsplanes usw. sich der Gleichstellung der Frauen besonders annimmt, und vergleichbar qualifiziert ist auch der Bieter, dessen Angebot geringfügig über dem Preis des wirtschaftlichsten Angebots liegt, wobei ich anmerken darf, daß der Preis allein nach VOL/A nicht das ausschlaggebende Kriterium ist, obgleich das in der Praxis zum größten Teil der Fall ist.

Die Geringfügigkeit ist in Prozentsätzen in der Anlage 2 ausgedrückt; sie ähnelt den entsprechenden Einzelheiten anderer Bevorzugungsregelungen, dagegen wird nichts zu sagen sein. Dies ist aber, und das ist der entschei-

dende Punkt, ein Zuschlagskriterium. Es wird ja gesagt, bei Prüfung der Angebote wird der Bieter bevorzugt, d.h. ihm wird der Zuschlag erteilt, wenn er diese Forderungen der Frauenförderung des § 13 berücksichtigt. Bei einzelnen Stellungnahmen, die ich gelesen habe und die mir zugeschickt worden sind, und auch bei den Ausführungen, die hier gemacht worden sind, vor allem von Frau Prof. Rust, ist deutlich geworden, daß die Schwierigkeit darin besteht, so etwas in Zuschlagskriterien zu regeln oder ob man lieber auf die vertragsrechtliche Seite geht, nämlich dies in Ausschreibungsbedingungen zu regeln. Ich komme noch im Einzelnen darauf zurück. Wenn es in den Vergabebedingungen oder Ausschreibungsbedingungen, die der Auftraggeber den Bietern zuschickt und wo drinsteht, was er haben will, mit allen technischen Einzelheiten usw., wenn es dort geregelt ist, dann wird die Angabe des Bieters, Frauenförderung zu betreiben, Vertragsinhalt. Und das ist entscheidend, denn das geht in das Angebot des Bieters ein und mit Zuschlagserteilung wird dies nach Teil B VOL Vertragsinhalt. Ich komme nachher noch darauf zurück, dazu sind auch hier entscheidende Ausführungen schon am Vormittag gemacht worden. Wenn Sie die VOL/A kennen, wobei ich davon ausgehe, daß Sie sie nicht eingehend kennen, dann finden Sie dort beispielsweise § 7 Nr. 4 oder § 7 a des Abschnitts 2, (Lieferkoordinierungsrichtlinie) oder § 7 b des Abschnitts 3, (Sektorenrichtlinie). Danach können Nachweise verlangt werden über finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit, schon im Vorstadium, und nicht erst bei der Zuschlagserteilung. Das kann gefordert werden, und zwar z.B. in finanzieller Hinsicht Vorlage von Bilanzen, Aufträge in den letzten 3 Jahren vergleichbarer Art usw. Das sind Nachweise, die im Vorstadium erbracht werden können und üblicherweise auch erbracht werden. Dies muß also, wenn man hier einen Beitrag liefern will für die

gesetzliche Ausgestaltung des Landesgleichstellungsgesetzes und der folgenden Gesetzgebungsmaßnahmen, sehr scharf unterschieden werden von den Zuschlagskriterien, die im einzelnen etwas über die Wirtschaftlichkeit des Angebotes oder der Angebote sagen, nachdem zuvor die üblichen generellen Voraussetzungen geprüft sind: Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit eines Anbieters. Mit anderen Worten, die Wirtschaftlichkeit eines Angebotes richtet sich bei der Zuschlagserteilung naturgemäß nur nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten. Auch das, meine Damen und Herren, finden Sie ausdrücklich ausgeführt in § 25 Nr. 3 VOL/A und sehr eingehend begründet in den Erläuterungen zur VOL/A. Es geht also um das Preis-Leistungs-Verhältnis, das günstigste Verhältnis zwischen der gewünschten Leistung – was der Auftraggeber haben will – und dem angebotenen Preis. Maßgebend dafür sind die auftragsbezogenen Umstände, ich zitiere aus der Erläuterung zu § 25 Nr. 3, nämlich „z.B. Preise, technische, funktionsbedingte, gestalterische, ästhetische Gesichtspunkte, selbst das, Kundendienst, Folgekosten"; gerade die beiden letzten sind sehr wesentlich. Ein Angebot kann preislich wesentlich höher liegen, es ist aber nicht so stark mit Folgekosten belastet. Nehmen Sie mal an, weniger Bedienungspersonal erforderlich oder Kundendienst wird gratis geliefert usw., dann kann ein Angebot im Preis durchaus höher sein, insgesamt gesehen ist es aber wirtschaftlicher.

Man muß bei dieser ganzen Beurteilung auch unterscheiden, das klingt in den Unterlagen an, die ich bekommen habe, aber nicht im Gesetz, ob man diese Regelung nur für Aufträge unter dem Schwellenwert machen will. (200.000 ECU Lieferkoordinierungsrichtlinie, 400.000 ECU Sektorenrichtlinie (Wasser- und Energieversorgung, Verkehrsbetrieb) und 600.000 für Telekommunikation = 400.000, - oder 800.000 oder 1,2 Mio. DM). Das scheint mir ein entscheidender Ansatzpunkt zu sein. Ich will im Einzelnen darauf eingehen.

Also die Unterscheidung, bringt man die Frauenförderung als Zuschlagskriterium, dagegen habe ich große Bedenken, die klangen hier auch schon an, Sie finden sie auch z.B. in den Gutachten von Frau Lerke Osterloh und in den ausgezeichneten Gutachten des Deutschen Juristinnenbundes.

Ich will mich zunächst einmal beschäftigen mit den Vergaben oder Aufträgen unter dem Schwellenwert. Ich hatte die Schwellenwerte genannt in DM: einmal 400.000 Lieferkoordinierungsrichtlinie, 800.000 Sektorenrichtlinie, 1,2 Mio. Telekommunikation. Es bestehen grundsätzliche Bedenken gegen vergabefremde Aspekte, so nennt man all das, was nicht wirtschaftliche Kriterien sind, die ich vorhin angeführt habe. Die VOL/A schreibt dies vor, es gilt das wirtschaftlichste Angebot, (annehmbarste in der VOB, beinhaltet aber das gleiche), für die Zuschlagserteilung und nicht, ich muß dies in aller Deutlichkeit sagen - sozialpolitische, arbeitspolitische, gesellschaftspolitische Gesichtspunkte. Diese sind hier wenigstens nach der VOL/A als nicht zulässig für den Zuschlag anzusehen. Demnach ist doch völlig klar, daß das wirtschaftlichste Angebot ausgesucht werden, ihm der Zuschlug erteilt werden soll. Dies geht auch auf das Haushaltsgrundsätzegesetz zurück, daß Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit bei öffentlichen Vergaben vorschreibt: also muß man das wirtschaftlichste nehmen. Ob ein Bieter, Lehrlinge ausbildet, was sehr wünschenswert wäre, hat überhaupt keine Auswirkungen auf seine Leistung. Er braucht überhaupt keine Lehrlinge auszubilden, aber er bringt eine exzellente Leistung, technisch gesehen und was alles dazu gehört, zu einem annehmbaren Preis, das ist das Entscheidende. Es gilt all das, was ich schon eingangs sagte, der Zuschlag ist gemäß § 25 Nr. 3 VOL/A auf das unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. Was unter Berücksichtigung aller Umstände zu verstehen ist, ist eben, wie

gesagt, in den Erläuterungen zu § 25 aufgeführt. Ich habe es zitiert. Kleine Randbemerkung: § 16 Nr. 2 VOL/A verbietet generell Ausschreibungen für vergabefremde Zwecke, da klingt ein ähnlicher Gedanke an. Gemeint sind damit Scheinausschreibungen, da hat es einmal ein Urteil gegeben, auf Schadenersatz, allerdings eines Instanzgerichtes, nicht des BGH.

Dr. Margaretha Sudhof:

Scheinausschreibungen sind solche Ausschreibungen, bei denen die Leistung in Wirklichkeit gar nicht begehrt wird, sondern bei denen man nur mal den Markt sondieren will.

Dr. Dr. Hans Hermann Eberstein:

Richtig, Sie nehmen mir die Worte aus dem Munde. Da ist also einmal Schadenersatz zuerkannt werden. Ich gebe zu, es ist eine Instanzgerichts- und keine BGH-Entscheidung. Daraus kann man ableiten, daß auch vergabefremde Aspekte nicht zulässig sind, aber das andere Argument zieht mehr, daß wirtschaftliche Kriterien für Auftragserteilung maßgebend sind. Ich hatte schon gesagt, daß eine ganze Reihe von Ansichten, in dieser Richtung in den Vertragsbedingungen die Frauenförderung unterzubringen, angeklungen sind, auch in. den Unterlagen, die ich erhalten habe.

Darf ich mir an dieser Stelle eine kleine gesetzestechnische Anmerkung zu § 13 erlauben. Meine Damen und Herren, in der jetzigen Fassung ist § 13 nicht anwendbar so lange kein Gesetz über die Einzelheiten vorliegt, die ja dort vorgesehen sind. § 13 bringt aber eine ganze Menge Einzelheiten. Das ist ganz anders wie in anderen Gesetzen, wo nur die Frauenförderung als solche gebracht wird. Es ist aber üblich, solche Dinge in eine Verordnung zu brin-

gen. Ich habe mich wirklich gewundert, daß dies in einem gesonderten Gesetz gemacht werden soll. Es ist eben praktischer, den zuständigen Minister oder Senator zu ermächtigen, eine Verordnung mit Zustimmung, von welchen Gremien auch immer, zu erlassen.

Das war ein ganz knapper Abriß über das deutsche Recht, wohlgemerkt unter dem Schwellenwert.

Wenn man sich dem EU-Recht zuwendet zum öffentlichen Auftragswesen, so sind da auch die Kriterien für die Auftragsvergabe festgelegt, und zwar abschließend. Und zwar unter dem Aspekt, es handelt sich dabei um auftragsbezogene - auf den Auftrag, der erteilt werden soll – wirtschaftliche Kriterien. Außerhalb dieser objektiven Erfordernisse des Auftrages liegende Bedingungen sind unzulässig, werden nicht berücksichtigt. In den „a“-Paragraphen, „b“-Paragraphen, SKR-Paragraphen (Aufträge über dem Schwellenwert) wird Bezug genommen auf diese Grundregeln der VOL/A in § 25.
Ich muß noch einen kurzen Exkurs machen zu der hier vielfach schon erwähnten Regelung in Nordrhein-Westfalen über Lehrlingsausbildung, bevorzugt weibliche Lehrlinge. Die EG-Kommission hat mit Schreiben vom 24.1.1990 dies als unzulässig bezeichnet, da dies außerhalb objektiver, wirtschaftlicher Erfordernisse liegt. Es könnten nur wirtschaftliche Kriterien zulässig sein. Im Anschluß hieran wird ferner darauf hingewiesen, daß möglicherweise darin eine Beschränkung des freien Warenverkehrs, der Dienstleistungsfreiheit oder eine Diskriminierung von nichtinländischen Bietern oder Bewerbern liegt; das sind Verstöße gegen Artikel 59 und 62 des EWG-Vertrages. Dieser Erlaß des Landes Nordrhein-Westfalen ist aufgehoben, dazu gibt es ein Schreiben des Bundeswirtschaftsministeriums an die Kommission vom

22.7.1991. Wenn vorhin hier Herr Bangemann apostrophiert worden ist, er ist der zuständige Kommissar für diese Sachen, zufällig ein Deutscher, vielleicht zufällig FDP, ich will das nicht näher ausführen, aber, er ist zuständig und deshalb hat er den Brief unterschrieben an das Wirtschaftsministerium. Ein weiterer Gesichtspunkt: Der Zuschlag nach einer Mehrpreisstaffel bedeutet nach EU-Recht eine Beihilfe und Beihilfen sind nicht schlichtweg verboten, wie gesagt worden ist, sondern sie sind anmeldepflichtig, Art. 93 Abs. 3.

Man wird also zunächst zum Ergebnis kommen: Die Frauenförderung als Auswahl- oder Zuschlagskriterium zu behandeln, wird in aller Regel scheitern. Das sagt nichts dagegen, daß dieses Gesetz hier in Berlin und möglicherweise demnächst in Brandenburg oder Sachsen dann auch, eine gewisse Zeit läuft: die EG-Instanzen sind nicht so furchtbar schnell in diesem Punkte. In diesem Zusammenhang muß ich auch auf das mehrfach zitierte Beentjes-Urteil eingehen. Hierzu werden Sie wesentliche Ausführungen in einer veröffentlichten Dissertation von Dr. Schäfer „Wettbewerb nach Erlaß der EG-Richtlinien" finden. Ich mache etwas Reklame in eigener Sache. Diese Schrift erscheint als Heft 9 der von mir mit herausgegebenen Schriften zum öffentlichen Auftragswesen. Das Beentjes-Urteil ist mit großer Vorsicht zu genießen. Es läßt bei genauer Durchsicht verschiedene Auslegungen zu. Es war generell gesagt worden, so etwas, - es ging ja um die Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen, eröffne durchaus Möglichkeiten für eine Berücksichtigung bei Vergabe von Aufträgen, wobei es offen läßt und sich nicht dazu äußert, ob in Vergabebedingungen oder auf andere Weise. Es wird dort auch ausgeführt, daß es kein Zuschlagskriterium sein kann. Ferner muß man beachten, auch das ist hier nicht gesagt worden, das Beentjes-Urteil verweist die Sache an das nationale Gericht zurück. Es ist kein endgültiges Urteil. Es weist zurück

mit der Auflage u.a. zu prüfen. ob EU-Bestimmungen über freien Dienstleistungsverkehr, Errichtung von Handelshemmnissen und ähnlichem verletzt sind. Das muß man also einmal abwarten. Und der Grundtenor ist bei diesem Beentjes-Urteil, es kommt sehr auf den Einzelfall an.

Das ist ja oft die herrliche Bemerkung in einem Urteil, daß man sich vieles offen läßt für spätere Entscheidungen. Die EG-Kommission hat im Schreiben vom 24.7.1989 diese Entscheidung aufgegriffen und ist gleich eingegangen auf die von mir schon angeführte generelle Unterscheidung, wo bringt man so etwas, in Ausschreibungsbedingungen oder als Zuschlagskriterien, wobei die Kommission sagt, dies ist nicht als Zuschlagskriterium zu bringen, da dies nichts mit der Leistungsfähigkeit zu tun hat. Das hatte ich ja vorhin gesagt, ob jemand Lehrlinge ausbildet oder Frauen fördert, ändert nichts an seiner qualitativen Leistung. Immer unterstellt natürlich, daß – wenn entsprechend viele weibliche Arbeitskräfte auch in Führungsebenen tätig wären – die Leistung vielleicht noch besser ausfallen könnte. Das will ich nicht in Frage stellen. Also möglicherweise zulässig in Vergabebedingungen. Es stehen im Beentjes-Urteil auch sehr interessante Dinge drin, nämlich es wäre möglicherweise zulässig in Vergabebedingungen – nicht Zuschlagskriterium – unter bestimmten Voraussetzungen, nämlich die Auftragsbedingungen müssen unabhängig von der Beurteilung der Leistungsfähigkeit oder von Zuschlagskriterien sein -. Zweitens, es darf kein Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht vorliegen, also Niederlassungsfreiheit, freier Dienstleistungsverkehr, Diskriminierungsverbot, das halte ich für selbstverständlich, und das dritte ist, es sind nur solche Auftragsbedingungen zuzulassen, mit denen Ziele im Staatsgebiet des Auftragsgebers erreicht werden sollen. Natürlich bleibt eine endgültige Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs abzu-

warten. Für die Möglichkeit, die Frauenförderung nicht als Zuschlagskriterium, sondern in Ausschreibungs- oder Vergabebedingungen zu bringen, kann man aus der Stellungnahme der EU-Kornmission u.U. einiges herauslesen. Dafür spricht z.B. auch eine Regelung in der VOL/A § 7 Nr. 5 Buchst. d: Danach kann der Auftraggeber Nachweise fordern, ob die Bieter ihre Steuern bezahlt haben oder Sozialversicherungsbeiträge. Nach meiner ziemlich langjährigen Praxis kommt dies ganz selten vor, möglicherweise bei Bietern, die neu sind, aber es hat seinen guten Grund, denn wenn er keine Steuern zahlt und keine Sozialversicherung, ist das ein Ausschließungsgrund nach § 7 VOL/A Nr. 5 Buchst. d; der hat also schon eine gewisse Bedeutung.

Dann noch einige abschließende Bemerkungen zu der Gesetzgebungskompetenz, sie ist ja auch in dem Fragebogen der Senatsverwaltung angesprochen, und über den Rechtscharakter der VOL und der VOB, dies gilt gleichermaßen für beide Verdingungsordnungen. Für die Regelungen in der VOL/A für Aufträge über dem Schwellenwert, ich hatte sie genannt, 400.000 DM, 800.000 DM und 1,2 Mio. DM, ist durch das zweite Änderungsgesetz zum Haushaltsgrundsätzegesetz und die Vergabeverordnung die VOL zur Rechtsverordnung geworden. Sie hat den Charakter einer Rechtsverordnung, daraus folgt, daß es Bundesgesetzgebung ist, natürlich mit Zustimmung des Bundesrates. Nach der EG-Überwachungsrichtlinie können sich die Bieter, die glauben, daß ein Verstoß gegen die Vergabebestimmungen zu ihren Lasten vorgekommen ist, an die Vergabeprüfstelle wenden, und wenn sie mit dieser Entscheidung nicht einverstanden sind, an die Vergabeüberwachungsausschüsse, das sind gerichtsäquivalente Instanzen. Diese müssen unabhängig und mit Richtern besetzt sein sowie eine gerichtsähnliche Verfassung haben. Für die Vergaben des Bundes ist das im Bundeskartellamt geregelt. Es gibt

dort schon eine Geschäftsordnung und eine Anweisung, daß eine Abteilung des Bundeskartellamtes diese Aufgabe übernimmt, und besetzt ist mit unabhängigen Richtern und einem ehrenamtlichen Beisitzer aus dem Bereich des öffentlichen Auftragswesens. Für die unterhalb des Schwellenwertes ergehenden Aufträge bleibt es bei dem alten Rechtscharakter der VOL als allgemeine Verwaltungsvorschrift: intern bindend, kein Bieter kann daraus Rechte ableiten, weil es eine interne Verwaltungsvorschrift ist. Da gibt es also keine Rechtsmittel, es sei denn, ausnahmsweise aus dem Gesichtspunkt culpa in contrahendo. Mein persönlicher Eindruck ist, daß diese unterschiedliche Behandlung unter dem Gesichtspunkt der Ungleichbehandlung durchaus verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet, hier Aufträge unter dem Schwellenwert, keine Rechtsmittel, dort Aufträge über dem Schwellenwert, Rechtsmittel. Ich habe das ausgeführt in der Einführung zu dem schon zitierten Kommentar von mir zur VOL/A; den können Sie aber noch nicht nachlesen, da er erst voraussichtlich Mitte 1995 herauskommt, wenn die endgültige Ausgabe 1995 der VOL auf dem Tisch liegt. Natürlich können die Länder – es ist zulässig – noch zusätzlich ergänzende oder besondere Vertragsbedingungen erlassen. Alle größeren öffentlichen Auftraggeber haben so etwas, wo sie ihre speziellen Forderungen mit unterbringen, wo Sie also auch als Land Berlin die Frauenförderung unterbringen könnten. Ein Grundsatz ist zu beachten: § 9 Abs. 1 Nr. 3VOLIA. Sie dürfen nicht die Bestimmungen der VOL ändern. Sie können sie ergänzen, ausfüllen, wo das nötig ist. Da endet sozusagen die Kompetenz der Länder. Ich habe auch Bedenken, wenn hier gefragt worden ist, ob die Länder die Aufträge unter dem Schwellenwert in das Nachprüfungsverfahren einbeziehen können, das ja nur für Aufträge über dem Schwellenwert gilt. Da dies nun ausdrücklich geregelt ist im 2. Änderungsgesetz zum Haushaltsgrundsätzegesetz und in der

Vergabeverordnung, bin ich etwas skeptisch, ob dies zulässig ist. Aber vielleicht haltbar unter dem Gesichtspunkt, der noch auszudiskutieren wäre, ob das nicht eine Ungleichbehandlung der Bieter darstellt, die Aufträge unterhalb des Schwellenwertes anbieten und derjenigen, die oberhalb des Schwellenwertes anbieten.

Dann noch zu den deutschen Gesetzen, die hier und auch in dem Fragenkatalog angeführt sind. Das AGB-Gesetz gilt natürlich nur für Vertragsbedingungen. Meine Damen und Herren, Teil A regelt das Vergabeverfahren und Teil B ist Grundlage jedes öffentlichen Auftrages, nämlich Vertragsgestaltung. Da ist bei den Beratungen damals bis 1991 geklärt worden, ob all das, was in Teil B steht, AGB-komform ist. Wer es vielleicht mit Bausachen zu tun hat: VOB Teil B ist mehrfach novelliert worden, weil da Bedenken bestanden. Aber, wenn wir zurückkommen auf die Einbeziehung der Frauenförderung in Ausschreibungsbedingungen, dann werden diese ja, wie ich Ihnen gesagt habe, Vertragsbestandteil. Der Bieter liest das, muß das einbeziehen in sein Angebot und durch die Zuschlagserteilung ist der Vertrag zustande gekommen. Da diese Dinge im Zweifel nicht einzeln bei jedem Auftrag, nämlich Frauenförderungsnachweis, Frauenförderungsplan und Quotenregelung, gleicher Lohn etc. geregelt werden können, wird das im Zweifel, nehmen wir jetzt den Berliner Senat, in zusätzlichen Vergabebedingungen geregelt. Meine Damen und Herren, auch das muß einmal klar und deutlich gesagt werden, es ging ein bißchen unter, das AGB-Gesetz findet nur Anwendung auf allgemeine Geschäftsbedingungen. Diese sind nach der Legaldefinition im AGBG vorformulierte Vertragsbedingungen, die für jeden zukünftigen Fall fertig bereit liegen. Wenn Sie einen Privatvertrag abschließen, hat das AGB-Gesetz überhaupt nichts zu sagen. Aber das würde hier nicht der Fall sein, so daß

man dabei sehr wohl den Grundsatz des AGB-Gesetzes beachten müßte, nämlich keine unangemessene Benachteiligung wider Treu und Glauben des Bieters, das ist die Generalklausel. Ob da nun die Aufbürdung zusätzlicher Kosten durch die Frauenförderung, Erstellung des Frauenförderplans, diese ganzen Nachweise, als unangemessen betrachtet werden können, ist, wie gesagt, Tatsachenfrage. Es ist eine Sache des Einzelfalls. Es ist hier schon angeklungen, es gibt ja auch andere Dinge, die der Bieter übernehmen muß, ohne daß er sagen kann, das sind unangemessene Kosten. Auch das muß hier gesagt werden: Für viele ausgeschriebene Aufträge bedeutet es für die Bieter eine Leistung, die weit über die 10.000,- DM hinausgehen, nur für die Erstellung eines Angebotes. Das ist à fonds perdu, wenn der Betreffende nicht den Zuschlag erhält. Das ist aber üblich in der Wirtschaft und es ist auch üblich, wenn ein Industrieunternehmen bei mehreren anderen Lieferfirmen anfragt: ich möchte die und die Maschinenanlagen haben. Dann machen drei Industrieunternehmen Angebote. Diese müssen erarbeitet werden, es kostet Geld und einer kriegt nur den Auftrag. Das ist eine ganz normale Regelung. Ich wollte sie nur einmal in diesem Zusammenhang - zusätzliche Kosten, Überlastung von Kostenrisiken - mit ansprechen.

Beim UWG, das wurde schon gesagt, kann ich mich kurz fassen, das betrifft den unlauteren Wettbewerb zwischen konkurrierenden Unternehmen, also hat hier keine Bedeutung. GWB, also Kartellrecht, findet sicher nur dann Anwendung, wenn Marktbeherrschung auf der Auftraggeberseite vorliegt. Dies ist nicht zulässig, wenn es Maßnahmen sind, die aus dieser Stellung heraus resultieren. Meine Damen und Herren, es gibt auch Auftragnehmer, die Monopolstellung haben, für die gilt das gleiche.

Ich hatte mich schon geäußert zu der Frage, ob die Länder bei Aufträgen unter dem Schwellenwert trotzdem ein Nachprüfungsverfahren einrichten können. Das halte ich nicht für zulässig, da dies durch Bundesgesetzgebung, sprich 2. Änderungsgesetz zum Haushaltsgrundsätzegesetz plus Vergabeverordnung geregelt ist. Es wäre ein anderer Fall, wenn irgendwann das Bundesverfassungsgericht diese Unterteilung, hier Rechtsmittel bei Aufträgen über dem Schwellenwert, dort keine Rechtsmittel, weil unter dem Schwellenwert, als eine ungleiche Behandlung auffassen und demzufolge als unzulässig bezeichnen würde.

Lassen Sie mich abschließend sagen, ich hoffe deutlich gemacht zu haben, daß die Regelung, so wie in § 13 LGG vorgesehen, die Frauenförderung als Zuschlagskriterium auszugestalten, meiner Meinung nach nicht zum Erfolg führt, weil sie unzulässig ist. Und ich sehe überhaupt keinen Grund ein, das gilt auch für andere Ländergesetze, die noch anstehen oder die kommen werden, ich sehe überhaupt keinen Grund ein, dies im Gesetz als Zuschlagskriterium vorzusehen. Ich meine, Formulierungskünste werden ja wohl hoffentlich vorhanden sein, um zu regeln: Unternehmen, die Frauenförderung betreiben, werden in den Ausschreibungsbedingungen lesen, daß sie Angaben machen müssen über Frauenförderungsplan, hinsichtlich der gleichen Lohnzahlung, wie viel Quoten usw. und das nachweisen müssen. Dies hätte den ganz großen Vorteil, daß diese Angaben Vertragsbestandteil und damit rechtlich bindend werden. Anderenfalls ist es eine Vertragsverletzung. Eine Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht. die zum Schadensersatz führt. Wenn das als Zuschlagskriterium formuliert wird, erklären im Zweifel auch sehr viele Bieter, ob sie das nun haben oder ob sie es nicht haben: jawohl, das machen wir. Wenn nun der Zuschlag erteilt wird und sich nachher die Unrichtigkeit der Angaben herausstellt, dann haben Sie keine

rechtliche Handhabe. Dann ist der Zuschlag erteilt, der Vertrag ist zustandegekommen, der Auftragnehmer liefert, und Sie müssen bezahlen. Ohne daß das erreicht worden ist, was Sie im LGG erreichen wollen, und das können Sie meiner Meinung nach nur über Ausschreibungsbedingungen, das hat Frau Prof. Rust sehr klar und deutlich zum Ausdruck gebracht, daß da wirklich der Kern liegt. Die Regelung über Zuschlagskriterien, abzusehen von der Unzulässigkeit, ist nicht praktikabel. Praktikabel wird es aber, wenn so etwas in die Ausschreibungsbedingungen hineinkommt, weil es dann Vertragsbestandteil wird, und dann kann man nachprüfen, ist das erfüllt oder nicht. Ich meine, wenn ich mir das als Anregung erlauben darf, der Senat wäre hier gut beraten, den § 13 in dieser Form umzustellen und dann die Einzelheiten in einer Verordnung, wofür eine Ermächtigung im § 13 stehen müßte, auszuführen. Damit bin ich auch schon am Ende angelangt. Vielen Dank.

Ingrid Weber:
Vielen Dank, Herr Dr. Eberstein!

Eine weitere Stimme zu dem Problemkreis Zuschlagskriterium oder Vertragsinhalt, zugleich aber auch Überleitung, weil Sie das Beentjes-Urteil sorgfältig analysiert haben, zum EU-Recht. Nach der Kaffeepause, die jetzt wirklich nur 15 Minuten dauert, widmen wir uns dann dem Schwerpunkt EU-Recht.

Ich bitte Sie, wieder in den Saal zu kommen und Platz zu nehmen, damit wir fortfahren können.
Die Referentinnen und der Referent, die wir bisher gehört haben, haben das Europäische Recht schon immer einbezogen. Wir sind jetzt aber bei dem

Schwerpunkt EU-Recht angelangt und Herr Dr. McCrudden von der Universität Oxford ist im Auftrag der EG-Kommission als Gutachter für den Bereich Frauenförderung und öffentliche Auftragsvergabe auf EU-Ebene tätig geworden und wird aus diesem Blickwinkel her unser Thema beleuchten. Er wird sein Referat in Englisch halten. Wir haben für die Übersetzung abschnittsweise ins Deutsche gesorgt.

Bitte, Herr Dr. McCrudden, würden Sie so freundlich sein und beginnen.

Dr. Christopher McCrudden:

Ich fühle mich durch die Einladung zu dieser Konferenz, die sich mit dem wichtigen Thema der öffentlichen Leistungsvergabe und staatlicher Subventionen unter dem Blickwinkel der Frauenförderung beschäftigt, sehr geehrt.

Sie haben mich gebeten, die Vereinbarkeit des Landesgleichstellungsgesetzes mit den Anforderungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts anzusprechen. Ich werde mich in diesem Beitrag nicht mit den vielen Fragen des deutschen Rechts befassen. Diese werden von anderen zur Sprache gebracht. Ich dagegen beschränke meinen Kommentar auf die Regelungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts.

Grundlegende Regelungen des Gemeinschaftsrechts

Einige Regelungen des EWG-Vertrags sind besonders relevant, z.B. Art. 30 (freier Warenverkehr), und die Art. 52 und 59 (Niederlassungsfreiheit und freier Dienstleistungsverkehr). Diese Vorschriften verbieten nicht nur direkte Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, sondern auch eine Behandlung durch einen Mitgliedstaat, die in ihrer Wirkung eine Diskriminierung einer natürlichen oder juristischen Person darstellt. Diese Regelungen

sind deshalb so wichtig, weil sie Anforderungen festsetzen, die bei allen öffentlichen Auftragsvergabeentscheidungen zu beachten sind. Deshalb muß auch dann, wenn der einzelne Vertrag nicht unter die Auftragsvergabe-Richtlinien fällt, den Anforderungen der Nicht-Diskriminierung genüge getan werden.

Zweitens haben sich bei allen Verträgen oberhalb der relevanten Schwellenwerte die Gebots- und Zuschlagsverfahren nach den Regelungen der Auftragsvergaberichtlinien zu richten. Die EWG-Vertragsbestimmungen sind somit zwar notwendige, aber nicht hinreichende Regelungen zur Überprüfung von Vergabeentscheidungen. Zusätzlich normieren die Richtlinien eine beträchtliche Zahl von verfahrensmäßigen und inhaltlichen Anforderungen an diejenigen öffentlichen Verträge, die jenseits eines bestimmten Wertes liegen. Ich wende mich nun einigen einzelnen Regelungen der Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe zu. Dabei ist es mein Ziel, aufzuzeigen, in welchem Ausmaß, wenn überhaupt, sie Anti-diskriminierungs- und/oder weiterreichende Gleichstellungsregelungen zulassen, die für vertragsschließende Behörden gelten sollen.

Übereinstimmung mit nationalem Recht

Die Vergaberichtlinien sehen allgemein die Anwendung der nationalen Rechtsbestimmungen hinsichtlich Arbeitsschutz und Arbeitsbedingungen vor. Artikel 23 Abs. 1 der Richtlinie zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge sieht beispielsweise vor, daß die auftragserteilende Behörde in dem Vertrag bestimmen kann oder von einem Mitgliedsstaat angewiesen werden kann zu bestimmen, daß „die Behörde/die Behörden angeben kann, bei der/bei denen die Bieter die einschlägigen Aus-

künfte über die Verpflichtungen hinsichtlich der Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen erhalten können, die in dem Mitgliedsstaat, der Region oder an dem Ort gelten, wo die Bauarbeiten auszuführen sind, und die auf die während der Durchführung des Auftrags auf der Baustelle vorzunehmenden Arbeiten anwendbar sind". Außerdem bestimmt Artikel 23 Abs. 2, daß die vertragsschließende Behörde ,.von den Bietern oder Beteiligten eines Auftragsverfahrens die Angabe verlangen kann, daß sie bei der Ausarbeitung ihres Angebots den Verpflichtungen hinsichtlich der Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen Rechnung getragen haben, die dort gelten, wo die Bauarbeiten auszuführen sind“.

Unter der Voraussetzung, daß Rechtsvorschriften, die ein Diskriminierungsverbot gegen Frauen vorsehen, unter den Begriff der Rechtsbestimmungen hinsichtlich der Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen fallen, würde es vollkommen gerechtfertigt erscheinen, von Bietern zu verlangen, Garantien hinsichtlich der künftigen Einhaltung nationaler Diskriminierungsverbote abzugeben. Ebensolche Bestimmungen sind auch in anderen Richtlinien (zum Beispiel Art. 28 der Dienstleistungsrichtlinie) enthalten.

Solche gesetzlichen Regelungen dürfen jedoch weder direkt noch indirekt Bieter aus anderen Mitgliedsstaaten diskriminieren. Da jedoch die Richtlinien, die eine Gleichstellung von Männern und Frauen verlangen, gemeinschaftsweit Geltung haben, kann nationales Recht, das die Anforderungen des Gemeinschaftsrechts erfüllt, kaum als diskriminierend für Konkurrenten aus Mitgliedsstaaten angesehen werden, da alle an diese Bestimmungen gebunden sind. Diese Freiheit, ein Versprechen hinsichtlich eines zukünftigen

Verhaltens zu regeln, ist jedoch recht begrenzt. Kann eine vertragschließende Behörde hier weitergehen?

Beentjes

In der Rechtssache 31/87, Beentjes [1], entschied der Europäische Gerichtshof über die Vorlage eines niederländischen Gerichts. [2] Das Verfahren vor dem niederländischen Gericht betraf die Entscheidung über die Vergabe eines öffentlichen Bauauftrages. Beentjes hatte das niedrigste Angebot abgegeben, aber der Auftrag war an einen. anderen Anbieter gegangen. Es wurden verschiede Gründe angegeben, wegen derer der andere Anbieter bevorzugt wurde, unter anderem, daß Beentjes nicht in der Lage war, Langzeitarbeitslose zu beschäftigen. Die auftragserteilende Behörde hatte dies als notwendige Bedingung gefordert. Beentjes ging gegen diese Entscheidung vor mit der Begründung, die Richtlinie über öffentliche Bauaufträge verbiete der auftragserteilenden Behörde, solche Gründe zu berücksichtigen. Dem Europäischen Gerichtshof wurde die Frage vorgelegt, ob es mit der Richtlinie über öffentliche Bauaufträge (71 /305/EWG, nunmehr ersetzt durch 93/37/EWG) vereinbar sei, daß die auftragserteilende Behörde die Fähigkeit der Bieter, Langzeitarbeitslose zu beschäftigen, bei der Auftragsvergabe berücksichtigt, wenn zugleich ein solches Kriterium in der Ausschreibung nicht festgesetzt worden ist. Der Europäische Gerichtshof interpretierte diese Frage in zweierlei Hinsicht: erstens, ob es zulässig sei, derartige Überlegungen zu berücksichtigen, und zweitens, wenn dies der Fall sei, ob die Vergabebehörde verpflichtet war, die Bieler davon im Voraus zu unterrichten.

---

[1] [1988] ECR 4635

[2] Eine hervorrangende Diskussion dieses Falles ist bei S. Arrowsmith, A Guide to the Procurement Cases of the Court of Justice (Earlsgate Press, 1992), S. 73-82 zu finden.

Hinsichtlich der Rechtmäßigkeit solcher Kriterien unterschied der Gerichtshof zwischen zwei verschiedenen Aspekten der Auswahl von Vertragspartnern, die in der Richtlinie zur Vergabe öffentliche Bauaufträge festgelegt sind.

Der erste betrifft die Frage nach der Eignung möglicher Vertragspartner. Die Eignung ist durch genaue Prüfung der möglichen Vertragspartner (die nicht nach Art. 23 nun Art. 24 ausgeschlossen sind) festzustellen. Sie richtet sich nach den Kriterien der wirtschaftlichen und finanziellen Stellung sowie des technischen know how und der Leistungsfähigkeit gem. Art. 25 und 26 (nun Art. 26 und 27) der Richtlinie. Bei der Frage der Eignung ist die Behörde darauf beschränkt, lediglich die allgemeinen, von diesen Artikeln angesprochenen Fragen zu berücksichtigen.

Der zweite Gesichtspunkt bei der Auswahl eines Vertragspartners, der in der Richtlinie vorgesehen ist, ist der eigentliche Zuschlag an den Bieter, der im ersten Schritt als geeignet eingestuft worden ist. Seine Auswahl richtet sich nach den Kriterien des niedrigsten Preises oder des günstigsten Angebotes, wie sie in Art. 29 (nun Art. 30) festgelegt sind.

Es ist nun angebracht, die Frage der Vereinbarkeit (der Bieterauswahl) mit der Richtlinie unter den zwei vom Gerichtshof herausgestellten Gesichtspunkten zu betrachten: Eignungs- und Zuschlagskriterien.

Kriterien der Eignung

Der Europäische Gerichtshof hat sich eingehender mit den Kriterien der Eignung und diesbezüglich mit der Zulässigkeit, soziale Kriterien einzubezie-

hen, beschäftigt. In der Rechtssache C-360/89, Europäische Kommission gegen Italien, Urteil vom Juni 1992, beschäftigte sich der Gerichtshof mit der Vereinbarkeit zweier Regelungen des italienischen Rechts mit Art. 59 EWG-Vertrag.[3] Die erste regelte, daß der Hauptunternehmer für bestimmte öffentliche Dienstleistungsverträge einen bestimmten Prozentsatz der Arbeit für Unternehmen mit Sitz in der Region, in der die Arbeit ausgeführt werden sollte, vorbehalten sollte. Die Kommission war der Auffassung, diese Regelungen stellten eine Verletzung des Art. 59 EWG-V dar, weil sie diskriminierende Auswirkungen gegen Unternehmen haben könnten, die ihren Sitz außerhalb Italiens haben, was vom Gericht akzeptiert wurde. Die italienische Regierung hatte argumentiert, die Maßnahmen könnten im Rahmen der Ausnahmen zu Art. 59 für Bestimmungen gerechtfertigt sein, die die öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit betreffen und die kraft Art. 56 und 66 EWG-V anwendbar sind, in dem Sinne, als die Maßnahme, die die Kommission beanstandet hat, die Beteiligung kleiner und mittlerer Unternehmen fördern würde. Das Gericht wies jedoch die Ansicht, daß derartige Gesichtspunkte unter die Ausnahmebestimmungen fallen, zurück.

Eine zweite Regelung im italienischen Recht wurde ebenfalls als Verstoß gegen Art. 59 EWG-V gewertet. In bestimmten Fällen waren die Behörden bei der Entscheidung, welche Unternehmen zur Abgabe von Geboten aufgefordert werden sollten, verpflichtet, Konsortien und Gemeinschaftsunternehmen den Vorzug zu geben, an denen Unternehmen beteiligt waren, die ihre hauptsächliche Tätigkeit in dem Gebiet, in dem die Arbeiten ausgeführt wer-

[3] Siehe S. Arrowsmith, The Legality of „Secondary" Procurement Policies under the Treaty c Rome and the Works Directive, (1992) 1 Public Procurement Law Review 408

den sollten, ausübten. Das Gericht war der Auffassung, diese Regelung sei in ihren Auswirkungen diskriminierend und könne auch nicht unter die oben diskutierten Ausnahmen fallen.

Diese Regelung wurde ebenfalls von der Kommission angefochten, und zwar mit der Begründung, sie verstoße gegen Art. 22 der Richtlinie über öffentliche Bauaufträge (nun Art. 22 Abs. 1, nur unwesentlich geändert). Die Kommission argumentierte, daß bei der Entscheidung, welche Unternehmen aufgefordert werden, ein Angebot abzugeben, eine Behörde durch Art. 22 gehalten sei, nur solche Faktoren zu berücksichtigen, die aus den Informationen abgeleitet werden können, auf die sich Art. 17 (d) [nun Art. 22(1)] bezieht. Artikel 17, so wurde argumentiert, beziehe sich aber nur auf Informationen, die Gesichtspunkte betreffen, die in Art. 23-26 (nunmehr Art. 24-27) erwähnt sind. Dieses Argument wurde vom Gerichtshof akzeptiert. Der örtliche Präferenzfaktor, der im italienischen Recht erwähnt ist, war von Art. 23-26 nicht vorgesehen und durfte bei der Auswahl der Bieter auch nicht berücksichtigt werden.

Aus dem Gesagten können wir schließen, daß die in den einschlägigen Bestimmungen der Richtlinie ausgeführten Eignungskriterien erschöpfend sind und daß deshalb, außer in Fällen, in denen die von der vertragsschließende Behörde verfolgte Sozialpolitik unter diese Bestimmungen fällt, die vertragsschließende Behörde derartige Kriterien beim Ausschluß von Bietern von der Gebotsabgabe und der Berücksichtigung der Gebote nicht verwenden darf. Ein potentieller Bieter kann von der Beteiligung an der Auftragsvergabe nur in den begrenzten Fällen ausgeschlossen werden, die in Art. 24 der neuen Bauaufträgerichtlinie vorgesehen sind sowie aufgrund der Kriterien

der finanziellen Stellung und technischen Fähigkeiten, wobei die Kriterien zur Nachprüfung, die in Art. 26 und 27 der neuen Bauaufträgerichtlinie bestimmt sind, zur Anwendung kommen. Es soll noch hinzugefügt werden, daß die Vorgehensweisen, nach denen sich die Behörde davon überzeugt, daß diese Kriterien vorliegen, ebenfalls keine diskriminierende Wirkung gegenüber Bietern anderer Mitgliedsstaaten haben dürfen. In welchem Ausmaß machen es diese Regelungen zur Eignung möglich, die Frage der Gleichstellung von Frauen in die Entscheidung mit einzubeziehen?

Eignungskriterien und Antidiskriminierungsrecht

Mehrere der in Art. 24 enthaltenen Kriterien sind in anderen Mitgliedsstaaten verwendet worden, um Gesetze zu stützen, die solche Bieter ausschließen, die Frauen diskriminieren. Zwei Bestimmungen sind hier einschlägig. Artikel 24 (c) regelt, daß Bieter von der Beteiligung an einem Vertrag ausgeschlossen werden können, die „mit rechtskräftigem Urteil aus Gründen bestraft worden sind, die ihre berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellen“. Artikel 24 (d) sieht vor, daß solche Unternehmer ausgeschlossen werden können, „die im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen haben, die von den öffentlichen Auftraggebern nachweislich festgestellt wurde”.

So regelt zum Beispiel das italienische Gesetz Nr. 125 vom 10. April 1991 [4] über Fördermaßnahmen am Arbeitsplatz [5], daß bei Vorliegen diskriminierender Akte oder eines diskriminierenden Verhaltens im Sinne des Gesetzes seitens eines Arbeitgebers, dem in Übereinstimmung mit nationalem Recht Ver-

[4] GU 15. April 1991, Nr. 88

[5] Art. 4, § 9, Die Übersetzung wurde durch IAO publiziert, in Labour Law Documents, 1991-ITAl

günstigungen gewährt worden sind oder dem ein ausgeschriebener Bau-, Dienstleistungs- oder Beschaffungsvertrag zugesprochen worden ist, derartige Akte oder Verhalten umgehend von der Beschäftigungsaufsicht (Labour Inspectorate) an die Minister zu berichten sind, die für die Verwaltung zuständig sind, unter deren Hoheit die Vergünstigungen gewährt oder der ausgeschriebene Vertrag erteilt worden ist. Diese Minister sind verpflichtet, die notwendigen Schritte zu unternehmen einschließlich nötigenfalls der Aufhebung der Vergünstigungen; in ernsteren Fällen oder im Wiederholungsfalle können dem verantwortlichen Arbeitgeber auch finanzielle Mittel, Kredite oder Verträge für einen Zeitraum bis zu zwei Jahren verweigert werden.

Die Bestimmung gibt gleichermaßen in allen Fällen, in denen finanzielle Mittel, Kredite oder Verträge von öffentlichen Stellen erteilt worden sind; die Beschäftigungsaufsicht ist verpflichtet, diese öffentlichen Stellen umgehend über alle Fälle zu informieren, in denen es zur Diskriminierung gekommen ist, damit diese die von dem Artikel vorgesehenen Sanktionen anwenden können. Für die vertragsschließende Behörde ist es nicht zwingend, eine Gleichberechtigungsklausel in den Vertrag einzufügen, weil das Gleichberechtigungsprinzip ein Rechtsprinzip ist, das unabhängig von dem Vorliegen eines Vertrages Gültigkeit hat. Das Gesetzt bezieht sich auf jede Art von staatlicher Förderung, die der Arbeitgeber erhalten hat, wie z.B. Kredite, Finanzierungen (wobei Steuererleichterungen ausgeschlossen sind) und finanzielle Unterstützungen für Arbeitgeber, die. Förderpläne aufgestellt haben. Ein Ausschluß von Bietern auf dieser Grundlage erscheint daher von Art. 24 gerechtfertigt zu sein.

Zuschlagskriterien

Wir betrachten nun die andere Frage, welche Kriterien bei der endgülti-

gen Vergabe von Verträgen angewandt werden können. Dem Gerichtshof standen in dem Beentjes-Fall hinsichtlich des zweiten Aspekts drei Interpretationsmöglichkeiten offen. Wir werden jede mögliche Interpretation darstellen und dabei mit der engsten beginnen. Nach meinem Verständnis wird diese engste Interpretation, obwohl sie vom Gerichtshof nicht aufgegriffen wurde, dennoch von den Regierungen einiger Mitgliedsstaaten bevorzugt. Es ist deshalb wichtig, die Auswirkungen einer solchen Interpretation zu betrachten.

Erste Interpretation

Die erste Interpretation ist, daß Art. 29 (nun Art. 30) der Richtlinie die Merkmale, die bei der Auswahl eines Vertragspartners von der Behörde beachtet werden dürfen, umfassend regelt: die Richtlinie wäre eine abschließende Regelung. Diese Interpretation ließe den Behörden keinen Raum, auch andere als die in Art. 29 (nun Art. 30) der Richtlinie aufgeführten Kriterien bei der Auswahl zu beachten. Nach dieser Interpretation würde Art. 29 (Art. 30) sämtliche spezifische Ausnahmen zum niedrigsten Preis und zum wirtschaftlich günstigsten Angebot genau festlegen. Eine solche wäre nach dem alten Art. 29 (4) die Regelung, daß diese Kriterien keine Anwendung finden, „wenn ein Mitgliedsstaat bei der Vergabe von Bauaufträgen im Rahmen einer Regelung, bei der bestimmten Bietern eine Bevorzugung im Sinne einer Beihilfe gewährt wird, andere Kriterien zugrunde legt, sofern die angewandte Regelung mit dem Vertrag, insbesondere mit den Artikeln 92 ff., vereinbar ist". Artikel 29 (5) (nun Art. 30 (4)) bestimmt eine andere Ausnahme, indem er erlaubt „offensichtlich ungewöhnlich niedrige" Gebote zurückzuweisen. Der neue Art. 31 gestattete außerdem bis zum 31. Dezember 1992 Ausnahmen hinsichtlich einer Regionalförderung. Diese Ausnahmen, und nur diese

Ausnahmen, wären auf Grundlage der ersten Interpretation möglich. Dies ist der Ansatz, den der Generalanwalt im Beentjes-Fall zu vertreten schien.

Wäre diese enge Interpretation im Beentjes-Fall bestätigt oder in der Folge unterstützt worden, so wären vertragsschließende Behörden auf die in den Richtlinien ganz konkret geregelten Ausnahmen beschränkt. In welchem Ausmaß erlauben es jene, die Gleichstellung von Männern und Frauen in der Entscheidung zu berücksichtigen? Artikel 30 (3) der Richtlinie über öffentliche Bauaufträge regelt nun, daß die Bestimmungen hinsichtlich der Auswahl nach dem niedrigsten Preis oder dem wirtschaftlichsten Angebot" nicht angewandt werden sollen, „wenn ein Mitgliedsstaat bei der Vergabe von Aufträgen im Rahmen einer Regelung, die zum Zeitpunkt des Erlasses dieser Richtlinie in Kraft ist und bestimmten Bietern eine Bevorzugung gewährt, andere Kriterien zugrunde legt, sofern die angewandte Regelung mit dem Vertrag vereinbar ist". Der neue Art. 30 ist insoweit etwas anders als der alte Art. 29 (4). Auf der einen Seite fehlt die Regelung, daß eine Bevorzugung im Sinne einer Beihilfe zu wirken hat. Andererseits führt er die Regelung ein, daß eine Bevorzugungsbestimmung zum Zeitpunkt der Umsetzung der Richtlinie „in Kraft" sein muß, also (vermutlich) im Juni 1993 (es sei denn, das relevante Datum ist ein früheres mit der Begründung, daß „diese" Richtlinie sich auf die Richtlinie bezieht, die diese Änderungen ursprünglich eingeführt hat, und nicht auf die Koordinierungsrichtlinie). Artikel 32 der neuen Richtlinie über öffentliche Bauaufträge verlangt nun auch von den Mitgliedsstaaten, daß sie die Kommission über nationale Gesetze, die von Art. 30 (3) gedeckt sind, sowie deren Ausführungsvorschriften unterrichten. Ob es möglich ist, Bevorzugungsbestimmungen, die nicht vor Juni 1993 (oder wann auch immer) in Kraft getreten sind, anzuwenden, bleibt strittig.

Immer noch unter der Annahme, daß die erste Interpretation die richtige ist, ist es weiterhin wichtig aufzuzeigen, daß im Unterschied zur Richtlinie über öffentliche Bauaufträge, die, wie wir gesehen haben, in Art. 30 (3) vorsieht, daß die Kriterien des niedrigsten Preises und des wirtschaftlich günstigsten Angebotes in bestimmten Fällen der Bevorzugung nicht angewandt zu werden brauchen, zwei andere Auftragsvergaberichtlinien keine vergleichbaren Regelungen enthalten. Eine vergleichbare Regelung war in der ursprünglichen Lieferrichtlinie enthalten, fehlt aber in der entsprechenden Kodifizierungsrichtlinie (Richtlinie 93/36/EWG vom 14.06.1993, Art. 26), und in der Richtlinie für Auftragsvergaben in den sog. Sektoren (Richtlinie 93/38 / EWG vom 14.06.1993, Art. 34). Die Änderung der Lieferrichtlinie führte dazu, daß die britische Regierung kürzlich entschied, Programme zurückzuziehen, die bei der staatlichen Auftragsvergabe Behindertenwerkstätten bevorzugten. Hierbei waren solche Lieferanten bevorzugt worden, die in der Lage waren, so günstig zu liefern wie der günstigste kommerzielle Anbieter. Die bevorzugende Behandlung bestand darin, daß sie aufgefordert wurden, Angebote abzugeben, wo immer es möglich war, und daß ihnen ein Vertrag angeboten wurde, auch wenn ihr Angebot nicht das niedrigste war, vorausgesetzt, es war mit dem niedrigsten vergleichbar [6]. Die Regierung hatte sich auf die Ausnahmeregelung verlassen, derzufolge bestimmte, bereits praktizierte Bevorzugungen zulässig waren, war aber der Auffassung, daß durch deren Streichung aus der Lieferrichtlinie, das Programm gegen Gemeinschaftsrecht verstieße.

Für den Fall, daß die erste Interpretation die richtige ist, könnte eine möglicherweise einschlägige Ausnahme in der Zurückweisung „ungewöhn-

[6] Siehe Arrowsmith, The Lawyer, 27. September 1994, S. 25

lich niedriger" Bieter zu sehen sein. Eventuell könnte diese Ausnahme einen Ausschluß von Vertragspartnern rechtfertigen, bei denen das niedrige Angebot das Ergebnis einer Entgeltdiskriminierung von Frauen entgegen Art. 119 EWG-V ist, und dies obwohl behauptet wird, daß dieser Ansatz im Lichte der restriktiven Auslegung dieser Ausnahme durch den Gerichtshof im Fall Constanzo (C-103/88) zu sehen ist.

Zweite Interpretation

Eine zweite mögliche Interpretation ist, daß dann, wenn die Behörde ein sozialpolitisches Element (wie die Gleichstellung von Männern und Frauen) speziell in die Vertragsbedingungen aufnimmt, die von dem Vertragspartner erfüllt werden müssen, sie bei der .Auswahl des Vertragspartners die Fähigkeit, dieses Kriterium erfül1en zu können, berücksichtigen kann. Die Tatsache, daß ein solches Kriterium nicht in der Richtlinie aufgeführt ist, führt nicht zur Rechtswidrigkeit nach dieser Richtlinie.

Dritte Interpretation

Eine dritte Interpretation, ähnlich wie die zweite, ist, daß die Richtlinie nicht eine abschließende Regelung trifft und daß die Behörde entscheiden kann, einem Auftragnehmer einen Auftrag nicht zu erteilen, und zwar aus einem *anderen* Grund als denjenigen Gründen, die in der Richtlinie genannt sind. Sie weicht insofern von der zweiten Interpretation ab, als die Behörde entscheiden kann, einem Auftragnehmer einen Auftrag nicht zu erteilen, und zwar aus einem anderen Grund als der erwarteten Nichterfüllung einer Vertragsbedingung. Die Funktion der Richtlinie wäre nach dieser Interpretation, einerseits verbindliche Vorgehensweisen festzulegen, die im Zusammenhang mit einigen Gesichtspunkten des Vertragsverfahrens stehen, aber anderer-

seits den vertragsschließenden Behörden ein Ermessen zu geben, an wen sie den Vertrag vergeben wollen.

Die Beentjes-Entscheidung

Der Europäische Gerichtshof betonte, daß die Richtlinie nicht dazu bestimmt ist, die öffentliche Auftragsvergabe in den Mitgliedsstaaten erschöpfend zu regeln. Es ist daher klar, daß der Gerichtshof die erste Interpretation zurückgewiesen hat. Der Gerichtshof folgerte, daß die Bedingung, die sich auf die Langzeitarbeitslosen bezog, nicht durch die Richtlinie ausgeschlossen wurde. Der Gerichtshof war jedoch weiterhin der Ansicht, daß diese Politik nur rechtmäßig sein könne, wenn sie mit den Prinzipien des EWG-Vertrages übereinstimme, die Vorgehensweisen ausschließen, die in einer diskriminierenden Weise wirken. Der Gerichtshof selber entschied nicht, ob die Bedingungen, die berücksichtigt wurden, diskriminierend waren oder nicht. Unklar ist jedoch, ob der Gerichtshof die zweite oder die dritte der oben diskutierten Interpretationen angenommen hat. Es ist argumentiert worden, die Rechtssache 360/89, Kommission gegen Italien, deute darauf hin, daß die zweite Interpretation die korrekte sei, da ansonsten eine Unvereinbarkeit zwischen diesem und dem Beentjes-Fall entstehen würde [7]. Es sollte zur Kenntnis genommen werden, daß die Kommission in ihrer Mitteilung, die auf die Beentjes-Entscheidung folgte, die zweite Interpretation zu vertreten scheint. [8]

Der Gerichtshof wandte sich dann der Frage zu, in welchem Ausmaß solche Auswahlkriterien vorher bekanntgemacht werden müssen. Er war der Ansicht,

---

[7] Arrowsmith, Legality of „Secondary“ Procurement Policies, oben

[8] KOM (89) 400, AmtsBl. C 1117 v. 12. Dez. 1989, S.12, Ziff. 46-47.

daß die Bedingung in Bezug auf die Fähigkeit, Langzeitarbeitslose zu beschäftigen, in der Ausschreibung hätte mitgeteilt werden müssen. Dies ist ein besonders wichtiger Punkt.

Schlußfolgerungen hinsichtlich der Zuschlagskriterien

Von dieser Analyse ausgehend ist unklar, in welchem Ausmaß andere als die in Art. 30 (1) festgelegten Kriterien (niedrigster Preis und wirtschaftlich günstigstes Angebot) bei anderen als der Richtlinie über öffentliche Bauverträge berücksichtigt werden können. Unter der Annahme, daß der Gerichtshof die Ausnahme für Bevorzugung gem. Art. 29 (4) nicht als notwendigen Teil seiner Begründung angesehen hat (und der Gerichtshof verwies ja in Beentjes auf Art. 29 (4), stützte sich aber nicht direkt darauf), so scheint die Beentjes-Entscheidung die Sicht zu stützen, daß soziale Kriterien (vermutlich in allen Fällen, die durch Richtlinien zur öffentlichen Auftragsvergabe gedeckt sind) angewandt werden können, vorausgesetzt, sie sind nicht diskriminierend, sie sind den Anbietern bekanntgegeben und (möglicherweise) Inhalt der Vertragsbedingungen. Wenn andererseits die Ausnahme für Bevorzugung ein notwendiger Teil der Argumentation des Gerichtshofes ist, dann ist es nur dort zulässig, sozialpolitische Aspekte zu berücksichtigen, wo bereits existierende Bestimmungen wirksam sind (und zwar nur im Zusammenhang mit zwei bestimmten Richtlinien) oder wenn man die Ausnahme, die sich auf die „außergewöhnlich niedrigen" Bieter bezieht, weit interpretiert.

Fördermaßnahmen als Zuschlagskriterien

Bis hierher hat dieser Beitrag das Ausmaß untersucht, in dem Anti-Diskriminierungs-Kriterien berücksichtigt werden können, und wir haben gesehen,

daß diese Kriterien in drei Konstellationen relevant und zulässig sein können: um den Bieter zu verpflichten, sein Einverständnis dazu abzugeben, die nationalen Diskriminierungsverbote hinsichtlich des Geschlechts einzuhalten; zweitens in dem Zusammenhang, daß die vertragsvergebende Stelle sich versichert, daß der Bieter nicht wegen Verletzung von Diskriminierungsverboten in einem Mitgliedsstaat verurteilt wurde; und drittens im Kontext mit Zuschlagskriterien.

Ich wende mich nun der schwierigeren Frage zu, in welchem Ausmaß die vertragsschließende Behörde von den Bietern verlangen darf, weiterreichende Aktivitäten hinsichtlich der Förderung der Beteiligung und Interessen der Frauen am Arbeitsplatz zu unternehmen, und insbesondere Fördermaßnahmen zu ergreifen, in dem Ausmaß, daß es eine klare Trennung gibt zwischen Beseitigung mittelbarer Diskriminierung und dem Durchführen von Fördermaßnahmen.

Es ist anzunehmen, daß diese Frage die größte Bedeutung im Zusammenhang mit den Zuschlagskriterien hat. Die Zulässigkeit der Einbeziehung solcher Kriterien im Zuteilungsstadium hängt deshalb von der Beantwortung der Frage ab, die oben betreffend der vom Gerichtshof im Beentjes-Fall angewandten Interpretation gestellt wurde. Selbst unter der Annahme einer wieten Interpretation der Richtlinie, ist jedoch noch ein weiterer Punkt zu berücksichtigen. Derartige Kriterien dürfen Bieter anderer Mitgliedsstaaten nicht diskriminieren.
Ob Gleichstellungserfordernisse gegenüber Bietern anderer Mitgliedsstaaten diskriminierende Wirkung haben oder nicht, hängt sehr von der Art der getroffenen Regelung ab.

Wenn zum Beispiel das Gleichstellungserfordernis so gestaltet ist, daß von einem Bieter verlangt wird, er müsse Gleichstellungsmaßnahmen in seinem Unternehmen ergreifen, wo immer sich dieses in der Gemeinschaft befindet und wenn zusätzlich dieses Gleichstellungserfordernis von einer Art ist, die in einem Mitgliedsstaat (zum Beispiel Deutschland) rechtmäßig, aber in einem anderen Mitgliedsstaat (zum Beispiel im Vereinigten Königreich) rechtswidrig ist, dann hätte der deutsche Bieter einen eindeutigen Vorteil bei der Verwirklichung dieses Gleichstellungskriteriums. Dies wäre beispielsweise der Fall bei einem Erfordernis, daß dort, wo zwei gleichermaßen gut qualifizierte Kandidaten sich um eine Stelle bewerben, die Stelle an ei ne Frau vergeben werden soll, wenn Frauen in diesem Unternehmen deutlich unterrepräsentiert sind. Dies mag in Deutschland rechtmäßig sein (eine Frage, die gegenwärtig vor deutschen Gerichten behandelt wird), ist jedoch im Vereinigten Königreich eindeutig rechtswidrig.

Ein Weg, auf dem dieses Problem gelöst werden kann, ist der Ausschluß nicht-deutscher Bieter von der Pflicht zur Erfüllung jeglicher Gleichstellungserfordernisse, die in dem Mitgliedsstaat rechtswidrig sein können, in dem die Gleichstellungsmaßnahme durchgeführt werden muß. Es ist interessant festzustellen, daß *Executive Order* 11 246 [9] (die das Hauptinstrument ist, durch welches Gleichstellungserfordernisse in öffentliche Verträge in den Vereinigten Staaten eingefügt werden) in Art. 204 vorsieht, daß der Arbeitsminister eine Freistellung für bestimmte Gruppen von Verträgen, Unterverträgen oder Beschaffungsanweisungen erteilen kann, „wenn Arbeiten außerhalb der Vereinigten Staaten ausgeführt werden müssen oder ausgeführt worden sind

[9] Executive Order 11 246 (30 FR 12319)

und keine Einstellung von Arbeitnehmern innerhalb der Vereinigten Staaten stattgefunden hat“. Die „Verpflichtung von staatlichen Auftragnehmern zur Chancengleichheit hei der Beschäftigung“ (Equal Employment Opportunity Duties of Government Contractors) [10] des Büros des Einhaltungsüberwachungsprogramms für Bundesverträge (Office of Federal Contract Compliance Program) bestimmt: „Verträge und Unterverträge sind von dem Erfordernis der Chancengleichheitsbestimmung für Arbeiten, die außerhalb der Vereinigten Staaten von Arbeitnehmern verrichtet werden, die nicht innerhalb der Vereinigten Staaten eingestellt worden sind, befreit.“

Art. 92 und 93 EWG-V: Staatliche Beihilfen und die Förderung der Gleichberechtigung von Frauen

Bis hierhin haben wir die Fragen des Verbots der Diskriminierung auf der Grundlage der Staatsangehörigkeit im EWG-Vertrag und die Anforderungen der Vergaberichtlinien behandelt. Wir wollen uns nun ganz knapp einigen verbliebenen Punkten, angefangen mit der Frage der Beihilfen, zuwenden. Die Frage staatlicher Beihilfen stellt sich insbesondere im Kontext von Programmen, die darauf zielen, bei der Ausschreibung öffentlicher Verträge Firmen einen Preisvorteil auf der Basis des Frauenanteils ihrer Beschäftigten zu geben oder (allgemeiner) Zuschüsse an Unternehmen zu vergeben, die Frauenförderpläne durchführen.

Eine neue Entscheidung der Kommission mag in diesem Zusammenhang von Interesse sein. Im Juli 1992 eröffnete die Europäische Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren wegen eines italienischen Gesetzentwurfs, der die Leistung von Beihilfemaßnahmen an Unternehmen mit mehr Frauen als

[10] 33 FR 7804 [para 60-1…(3)]

Männern sowie an Organisationen vorsieht, die Maßnahmen technischer Hilfe, Beratungsdienste und Ausbildung hauptsächlich für Frauen leisten [11]. Angesichts des Umstands, daß das vom Gesetzentwurf vorgesehene Beihilfeprogramm ergänzend zu allen sonstigen nationalen, regionalen oder gemeinschaftlichen Beihilfemaßnahmen gedacht war, hätte die gesamte Beihilfe für ein Projekt bis zu 80 % der Kosten des Projekts erreichen können. Die Kommission war der Auffassung, daß das geplante Gesetz durch seine allgemeine und unspezifizierte Natur der Schaffung eines allgemeinen Beihilfesystems gleichkommen würde. Das Projekt war nicht auf Kleinunternehmen beschränkt und sollte in ganz Italien zur Anwendung kommen. Dieses System hätte dadurch negative Rückwirkungen auf die Gemeinschaftsebene gehabt, daß es die Wirkung regionaler Entwicklungsprogramme aufgehoben und Investitionen zum Nachteil anderer Mitgliedsstaaten angezogen hätte. Das Niveau der Beihilfeleistungen war auch außerordentlich hoch, insbesondere in Kombination mit verschiedenen anderen geplanten Beihilfeprogrammen. Mit Ausnahme der Unterstützung für Ausbildungsmaßnahmen, die als unproblematisch erschien, schien der Gesetzentwurf nicht in der Lage zu sein, die Bedingungen zu erfüllen, die für eine Freistellung vom Verbot staatlicher Beihilfen erforderlich sind [12].

Nach Verhandlungen zwischen der Kommission und der italienischen Regierung wurde eine Übereinkunft getroffen, derzufolge die italienischen Behörden Ausführungsbestimmungen erlassen würden, die die Anwendbarkeit des Programms wie folgt einschränken: die Unterstützung würde auf Kleinunternehmen beschränkt; die Höhe der Unterstützung würde ein Maxi-

[11] Amtsbl. C 237, 16.9.1992
[12] Agence Europe, 27.7.1992

mum von 50 000 ECU in einem Zeitraum von drei Jahren bzw. die Höhe des Betrages, der in den Richtlinien der Kommission für staatliche Beihilfen an kleine und mittelständische Unternehmen bestimmt ist, nicht übersteigen; und der Anteil weiblicher Beschäftigter soll für einen Zeitraum von fünf Jahren nach Leistung der Unterstützung beibehalten werden, andernfalls müßte diese zurückgezahlt werden.[13]

Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen, Regierungsabkommen über öffentliche Auftragsvergabe

Eine weitere rechtlich relevante Beschränkung besteht in dem Regierungsabkommen über öffentliche Auftragsvergabe (Government Procurement Agreement, GPA), dessen Vertragsparteien sämtliche Mitglieder der Europäischen Gemeinschaft sind. Das GPA wurde im Jahre 1979 abgeschlossen und im Jahr 1987 erweitert. Für die Europäische Gemeinschaft wurde es durch Ratsentscheidung 80/271 /EWG vom 10. Dezember 1979 ratifiziert.[14] Die Erweiterung wurde entsprechend durch Ratsentscheidung 87/565/EWG vom 16. November 1987 ratifiziert.[15]

Ein neues Abkommen würde als Teil der Uruguay-Runde am 15. Dezember 1993 abgeschlossen und tritt zu Anfang des Jahres 1996 in Kraft.[16] Das neue Abkommen könnte einige wichtige Auswirkungen auf die hier zur Diskussion stehenden Fragen haben. Es erweitert die geregelten Materien auf die Auftragsvergabe bei Bauaufträgen und Dienstleistungen sowie Waren; es

---

[13] Amtsbl. C 222/3. 18.?.1993
[14] Amtsbl. L 71, 17.3.1980, S. 1
[15] Amtsbl. L 345, 9.12. 1987, S. 24
[16] Abkommen über Regierungs-Auftragsvergabe, enthalten in den „Vorschlägen für eine Ratsentscheidung hinsichtlich des Abschlusses der Ergebnisse der Urugay-Runde multilateraler Verhandlungen über den Handel (1986-1994), KOM (94) 143 final/2, Brüssel, 25.4.1994

umfaßt die Auftragsvergabe durch örtliche wie regionale Behörden, und es stellt neue Rechtsbehelfe bei Verletzungen dieser Regeln bereit.

Es ist argumentiert worden, [17] daß diese Vorschriften hinsichtlich der Anwendung sozialpolitischer Maßnahmen restriktiver sein könnten als die Gemeinschaftsrichtlinie. In diesem Zusammenhang ist es interessant festzustellen, daß die Vereinigten Staaten einen Vorbehalt zu dem neuen GPA für bestimmte rechtliche Vorschriften angestrebt haben, die das Erfordernis aufstellen, daß ein bestimmter Anteil öffentlicher Verträge unter bestimmten Umständen zugunsten von Bietern aus ethnischen Minderheiten zurückgestellt werden. Der Public Works Employment Act aus dem Jahr 1977 stellt zum Beispiel das Erfordernis auf, daß 10 Prozent der $ 4 Mrd., die für örtliche Bauaufträge der öffentlichen Hand bereitgestellt werden, an die Unternehmen von Minderheiten gehen sollen. Obwohl das Gesetz ausgelaufen ist, enthält der Surface Transportation Assistance Act des Bundes aus dem Jahr 1982 eine entsprechende Bestimmung. Weiterhin hat der Kongreß seit November 1983 festgelegt, daß 10 Prozent der Gelder, die zur Ausführung bestimmter Vorschriften des Foreign Assistance Act aus dem Jahr 1961 vorgesehen sind, für Minderheitenunternehmen zugänglich gemacht werden soll. Die Staaten Ohio und Michigan haben solche Programme verabschiedet, ebenso verschiedene Counties der Staaten Florida und Washington, die Städte Hartford, Birmingham, Boston, Camden, Atlanta und Richmond sowie kommunale Behörden in San Francisco, Chicago und Oakland. Die Ausnahmeregelungen, die den Vereinigten Staaten in dem neuen GPA gewährt worden sind, gelten sowohl im Hinblick auf die Bestimmungen, die die Diskriminierung auf der Basis der Nationalität verbieten als auch hinsichtlich

---

[17] S. Arrowsmith, Public Procurement as an Instrument of Policy and the Impact of Market Liberalisation (unveröffentlicht)

der Vorschriften über die Vergabeverfahren.[18] Es sollte beachtet werden, daß die EG keine derartigen Vorbehalte angebracht hat.

Im Lichte der Entscheidung, auch weiter eine Freistellung für die Programme zur Förderung von Minderheitenbietern anzustreben, ist die Frage besonders interessant, warum weder von den Vereinigten Staaten noch von Kanada eine ähnliche Befreiung für diejenigen Programme ausgehandelt worden ist, die von den Bietern verlangen, bestimmte verfahrensmäßige und inhaltliche Anforderungen hinsichtlich der Gleichberechtigung vor der Vergabe des Vertrages und während seiner Erfüllung einzuhalten. Das berühmteste Beispiel hierfür ist bereits erwähnt worden – Executive Order 11 246 in den Vereinigten Staaten. Es gibt jedoch auch andere ähnliche Programme in den USA sowohl auf der Bundes- als auch auf der Staatenebene. Auch in Kanada werden ähnliche Programme sowohl von der Bundesregierung als auch von einigen Provinzregierungen verfolgt. Angesichts der politischen Bedeutung dieser Programme (insbesondere in den Vereinigten Staaten) ist es nur schwer vorstellbar, daß ein Gericht sie für unvereinbar mit dem Abkommen (GPA) halten könnte. Wenn sie jedoch mit ihm vereinbar sind, dann stellt sich die Frage, auf welcher Grundlage dies so sein kann. Wenn sie weiterhin mit dem Abkommen vereinbar sind, dann müßte dies auch für die entsprechenden europäischen Programme gelten, da es keine spezifischen amerikanischen oder kanadischen Ausnahmen gibt. Wenn schließlich solche Programme mit dem Abkommen vereinbar sind, warum sollten sie dann als im Widerspruch zu den (möglicherweise) weniger restriktiven Vergaberichtlinien stehend angesehen werden?

---

[18] US Annexe zu Anhang 1, Allgemeine Bemerkung 1

Studie im Hinblick auf Chancengleichheit für Frauen und das öffentliche Auftragswesen

Die Studie, an der ich zur Zeit arbeite, ist von der Generaldirektion V (Arbeit und Soziales) mit Unterstützung der Generaldirektion XV (Binnenmarkt) in Auftrag gegeben worden. Die Studie wird den rechtlichen Status der „Vertragserfüllung" (contract compliance) (soziale Bestimmungen in öffentlichen Verträgen) in den Mitgliedsstaaten der EG, in Verfassungs- wie in anderen Gesetzen untersuchen: Gegenstand ist weiter das Ausmaß, in dem das Instrument der Vertragserfüllung in den Mitgliedsstaaten in der Praxis genutzt wird. Die Studie wird die Situation in der EG mit anderen Nicht-EG-Staaten, insbesondere den Vereinigten Staaten, vergleichen. Sie wird die Vereinbarkeit von Vertragserfüllungsprogrammen mit EG-Recht, insbesondere mit öffentlichem Auftragsrecht, untersuchen und die Frage stellen, wie die EG-Institutionen Vertragserfüllungsprogramme genutzt haben oder nutzen könnten.

Da die Studie noch nicht abgeschlossen ist, stellen die in diesem Beitrag zum Ausdruck gekommenen Ansichten nur einen vorläufigen Entwurf dar und sollten nicht als Schlußfolgerungen der Studie interpretiert werden. Ich würde mich jedoch sehr über Reaktionen zu einer Frage freuen, die sowohl politisch als auch juristisch komplex und schwierig ist.

Ingrid Weber:

Danke, Herr Dr. McCrudden.

Dieses beeindruckende Referat hat bei Ihnen vielleicht auch den Eindruck verfestigt, das Europäische Recht ist schon schwierig. Der EuGH ist auch nicht berechenbarer als es die nationalen Gerichte sind. Er bietet mindestens so viele Auslegungsprobleme mit jeder Entscheidung wie wir sie auch bei

unseren höchsten nationalen Gerichten haben. Aber Herr Dr. McCrudden hat uns Lösungsansätze aufgezeigt, gerade auch in der Form, wie Frau Prof. Rust das getan hat und das läßt doch hoffen, daß Berlin die Regelung auch unter europarechtlichen Gesichtspunkten hinbekommt. Wir haben aber noch einen Referenten, der uns da vielleicht auch noch aufrichtet auf diesem Gebiet. Herr Prof. Dr. Battis, Sie hier in Berlin vorzustellen, erübrigt sich eigentlich, aber es sind ja auch Nichtberliner als Gäste da. Sie sind als Gutachter in zahlreichen Anhörungen zu gleichstellungspolitischen Fragen und als Experte im Bereich EU-Recht aufgetreten. Sie bekleiden den Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaften an der Humboldt-Universität zu Berlin. Darf ich Sie um Ihren Beitrag bitten.

Prof. Dr. Ullrich Battis:

Frau Bürgermeisterin, Frau Vorsitzende, meine sehr verehrten Damen, meine Herren, ich bitte mein Zuspätkommen zu entschuldigen. Ich bin nun schon gestraft genug, dadurch, daß ich die wichtigen Erkenntnisse, die hier vorgetragen worden sind, nicht kenne, außer daß ich die sehr interessanten Ausführungen von Herrn Kollegen McCrudden am Schluß habe mitbekommen können. Das Vergabewesen ist im Moment - und das scheint mir ganz wichtig zu sein - innerhalb der EG/EU in einer Phase der Verstärkung. Sie wissen, daß die Bundesrepublik Deutschland ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs zu erwarten hat, das mit ziemlicher Sicherheit wieder einmal zu ungunsten der Bundesrepublik Deutschland ausgehen wird. Die Vorstellung, das sage ich jetzt nicht, weil Herr McCrudden hier ist, die Vorstellung, die Deutschen seien immer die Musterknaben, ist völlig falsch. Die Deutschen sind im unteren Drittel bei dem Vollzug von Richtlinien und sie sind oft diejenigen, die Prozesse in Luxemburg verlieren. An der Spitze stehen übrigens,

das würde man vielleicht nicht erwarten, was den Vollzug von Richtlinien angeht, die vielgescholtenen europamüden Briten und die Dänen, die sind die Besten, aber das gehört eigentlich nicht hierher, aber das muß man auch mal sagen.

Zu der Richtlinie: Ausgangspunkt ist ja diese sehr alte Richtlinie 71/305 und da gibt es 2 Alternativen - das ist hier ja schon behandelt worden -, einmal die Frage des niedrigsten Preises und zum anderen das wirtschaftlich günstigste Angebot. Ich werde versuchen, im Folgenden ganz kurz hier einen Ansatzpunkt für einen Weg einer korrigierenden Richtlinieninterpretation zu versuchen, aber ich sage gleich, daß ich davon nichts halte. Aber man kann das versuchen. Letztlich bin ich der Meinung man kommt damit nicht weiter, - man kann das natürlich auch anders sehen -, aber ich persönlich glaube nicht daran, daß das der richtige Weg ist. Ich werde vielmehr dann im Schlußteil eine sehr viel radikalere Lösung vorschlagen. Ich meine einfach, man muß die bisherige Politik der EU aufbrechen, und zwar aufbrechen anhand des neueren Primärrechts der EU und auch im Lichte der Vereinbarungen von Maastricht. Das ist ein durchaus juristischer Weg, aber auch ein politischer Weg, der mir sinnvoller erscheint, als daß man solange die Argumente verändert und hebt und wägt, bis man doch noch einen Ausweg findet.

I. ANSATZPUNKTE EINER „KORRIGIERENDEN" RL-INTERPRETATION

1. Subsumtion frauenfördernder Maßnahmen unter die Kriterien der RL

a) Zunächst könnte bei dem subjektiven Element der Leistungsfähigkeit des Anbieters angesetzt werden. Daß hier auch ordnungspolitische Aspekte tragfähige Kriterien sind, erweist die Entscheidung des EuGH aus dem Jahr 1987

bezüglich einer belgischen Vorschrift. Diese sah vor, daß Anbieter, die bereits ein bestimmtes Volumen öffentlicher Aufträge erhalten und zu erfüllen haben, für weitere Ausschreibungen nicht mehr als leistungsfähig gelten können. Der EuGH hielt diese Vorschrift für vereinbar mit der Richtlinie, da der Kriterienkatalog des Art. 25 Abs. 2 nicht erschöpfend und es nicht Zweck der Vorschrift sei, die Mitgliedsstaaten insoweit in ihrer Entscheidungsbefugnis zu beschneiden. die Zulässigkeit der belgischen Bestimmung hinge deshalb davon ab, ob sie „mit der Gesamtsystematik der Richtlinie vereinbar" sei, was von deren „Sinn und Zweck" abhinge. Diesen sieht der EuGH in der Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs durch Koordinierung der einzelstaatlichen Verfahren, die dabei jedoch so weit wie möglich zu berücksichtigen sind.

Bezüglich der angegriffenen belgischen Regelung stellte der EuGH sodann lapidar fest: „nichts rechtfertigt die Annahme, daß hierdurch der Zugang der Unternehmer der Gemeinschaft zu öffentlichen Bauaufträgen beschränkt wird."

In der „Beentjes"-Entscheidung grenzte der EuGH dann jedoch die Einfügung ordnungspolitischer Kriterien bei der Eignungsbeurteilung der Bieter ein. Aus den Bestimmungen der Art. 25 bis 28 gehe hervor, daß „die öffentlichen Auftraggeber die fachliche Eignung der Unternehmer nur auf der Grundlage von Kriterien prüfen könnten, die sich auf die wirtschaftliche, finanzielle und technische Leistungsfähigkeit der Betroffenen beziehen."

Zusätzliche, ordnungs- oder sozialpolitisch motivierte Anforderungen an

den Bieter könnten nur neben dem Eignungserfordernis als weitere Bedingungen für die Teilnahme an dem Ausschreibungsverfahren eingeführt werden. Als solche würden sie von der Richtlinie nicht von vornherein ausgeschlossen, solange sie nicht ausländerdiskriminierend wirkten. Dies wäre immer dann der Fall, wenn Bedingungen von ausländischen Bietern nicht oder im Vergleich zu Inländern schwerer zu erfüllen wären.

Vergleicht man diese Entscheidung der 4. Kammer des EuGH mit der vorgenannten der 6. Kammer, so scheint bezüglich des Rahmens der Vorschriften des Art. 25 der Richtlinie eine einheitliche Auslegung noch nicht erfolgt zu sein.

Ob diese Divergenzen zugunsten frauenfördernder Kriterien nutzbar sind, scheint jedoch fraglich: Zwar ist die Einordnung des belgischen Obergrenzen-Kriteriums als Maßstab der wirtschaftlichen Eignung ziemlich weit hergeholt, aber doch nicht ganz denkunlogisch. Es beruht auf der – freilich fragwürdigen - Annahme, daß solche Unternehmen, die bereits in erheblichem Umfang Aufträge abzuwickeln haben, in ihren Kapazitäten zu beschränkt sind, um für weitere Aufträge als leistungsfähig zu gelten. Demgegenüber hat die Frauenförderung überhaupt keinen ersichtlichen Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Eignung eines Bieters. Das Kriterium Frauenförderung wäre deshalb als weitere Anforderung an den Bieter neben dessen Leistungsfähigkeit zu verstehen. Eine solche zusätzliche Bedingung wäre zwar nach der Beentjes-Entscheidung des EuGH prinzipiell mit dem europäischen Recht vereinbar, sie wäre jedoch m.E. kaum mit dem Gleichheitssatz des Grundgesetzes zu vereinbaren, da sie zum Ausschluß aller Unternehmen führen würde, die nicht frauenfördernd tätig sind.

b) Die „frauenfreundliche" Interpretation könnte bei den Zuschlagskriterien des Art. 29 der Richtlinie ansetzen. Der Zuschlag hat nach Art. 29 RL auf den niedrigsten Preis oder auf das wirtschaftlich günstigste Angebot zu erfolgen. Da es sich bei dem Kriterium „wirtschaftlich günstig" um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, könnte eine frauenfördernde Interpretation hier ansetzen.

Denn wirtschaftlich günstig könnte auch im Sinne einer marktökonomischen Günstigkeit interpretiert werden und so auch arbeitsmarktpolitische Erwägungen und Auswirkungen der Auftragsvergabe mit einbeziehen. Unter diesem Aspekt könnten die geplanten Frauenförderungskriterien berücksichtigt werden, die ja auf die bessere Eingliederung der Frauen in das Erwerbsleben abzielen und ihre Berufsbildungschancen verbessern sollen. Da es sich hierbei um eine arbeitsmarktpolitische Zielsetzung von gesamteuropäischem Zuschnitt handelt, wäre insoweit auch keine direkt oder indirekt diskriminierende Wirkung zu befürchten.

Allerdings hat der Normgeber durch den anschließenden Kriterienkatalog deutlich gemacht, daß insoweit nur projektbezogene Merkmale maßgeblich sein sollen. Zwar beläßt diese Aufzählung dem öffentlichen Auftraggeber ein „Beurteilungsermessen"; dieses ist jedoch aufgrund objektiver Kriterien, wie die in Art. 29 Abs. 2 der Richtlinie beispielhaft aufgezählten, auszuüben. Ob das Frauenförderungskriterium in diesem Sinne „objektiv" oder „subjektiv" zu bewerten ist, mag offenbleiben. Jedenfalls ist es kaum mit den in Art. 29 Abs. 2 aufgezählten vergleichbar. Denn im Gegensatz zu ihnen ist es eben gesamtwirtschaftlich und nicht projektbezogen ausgerichtet.

Es erscheint daher höchst zweifelhaft, ob sich der EuGH einer solchen, „frauenfreundlich korrigierenden" Auslegung des Begriffs der wirtschaftlichen Günstigkeit anschließen würde.

2. Frauenförderung als richtlinienergänzendes Kriterium

Wenn danach frauenfördernde Kriterien weder unter das Merkmal der Eignung des Unternehmers nach Art. 25, noch unter die genannten Zuschlagskriterien des Art. 29 zu fassen sind, ist ihre Berücksichtigung nach der Richtlinie nur möglich, soweit diese nicht abschließend ist.

Zwar hat der EuGH in den zitierten Entscheidungen wiederholt betont, daß die Richtlinie kein einheitliches, erschöpfendes Gemeinschaftsrecht schafft, sondern nur einen Rahmen für den Erlaß von Vorschriften durch die Mitgliedsstaaten. Damit ist jedoch noch nicht allzuviel gewonnen, da es entscheidend darauf ankommt, wie eng dieser Rahmen im Einzelnen gezogen ist.

Aus der obigen Erörterung ergibt sich, daß die Richtlinie offen ist für weitere Anforderungen an Person und Betrieb des Bieters, deren Nichterfüllung zum Ausschluß aus dem Ausschreibungsverfahren führt. Demgegenüber zieht Art. 29 den Rahmen bezüglich der Zuschlagskriterien sehr eng. Durch seine Formulierungen legt er ein „Entweder-oder-Verfahren" fest, das in sich abgeschlossen ist (tertium non datur).

II. GELTUNGSEINSCHRÄNKUNG DER RICHTLINIE

Nachdem weder die Auslegung der Richtlinie noch die Nutzung des Spielraumes, den sie beläßt, zu dem gewünschten Ergebnis führt, kann die Lösung

des Problems nur in der Einschränkung ihrer Verbindlichkeit gesucht werden. Hierfür ist ihre Verträglichkeit mit dem primären Gemeinschaftsrecht unter besonderer Berücksichtigung der durch den Maastricht-Vertrag erfolgten Änderungen und der hierzu ergangenen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts kritisch zu prüfen. Nachfolgend soll deshalb thesenartig eine Argumentationslinie skizziert werden, die zur juristischen Untermauerung einer offensiven mitgliedsstaatlichen Frauenförderungspolitik dienen könnte.

1. Zum festen Grundbestand des europäischen Rechts zählt das Prinzip der beschränkten Einzelermächtigung. Danach sind Handlungen und Rechtsakte der Gemeinschaftsorgane nur rechtmäßig, wenn und soweit sie von Normen des primären Gemeinschaftsrechts gedeckt sind. Die Verträge sind also für das Sekundärrecht „Grundlage, Rahmen und Grenze“ Die besondere Bedeutung dieses Grundsatzes wird auch vom BVerfG hervorgehoben. Die Richtlinie 71/305 verfolgt das Ziel, durch Rechtsangleichung die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit zu verwirklichen. Damit entspricht sie der Zielsetzung des EWG-Vertrags in Art. 52 ff, 59 ff und 100.
2. Mit der Errichtung der Europäischen Union durch den Vertrag von Maastricht ist neben diese Kompetenzbegrenzung noch das Subsidiaritätsprinzip und der strikte Grundsatz der Verhältnismäßigkeit getreten (Art. 3 b Abs. 2 und 3 EGV). Gerade in diesem Punkt erweist sich, daß europäisches Recht nur als politisches Recht zu verstehen ist: Zwar wurde das Zusammenwachsen der Gemeinschaft durch den Vertrag beschleunigt, gleichzeitig jedoch der erhebliche Spielraum der

Mitgliedsstaaten gesichert und betont, um so die Akzeptanz für den Kompetenzverlust zu erhöhen. Daß diese Sicherung auch im Hinblick auf das Demokratiedefizit der Gemeinschaft geboten ist, hat die Maastricht-Entscheidung des BVerfG - bei aller berechtigten Kritik - verdeutlicht. Die hierdurch eingetretene Kompetenzbeschränkung des europäischen Normsetzers läßt die Rechtmäßigkeit des weitgehend „durchnormierten" Zuschlagsverfahrens durch Art. 29 der RL und den damit verbundenen Ausschuß frauenfördernder Einzelstaats-regelungen fraglich erscheinen.

Dies gilt insbesondere gemessen an dem strikten Erforderlichkeits-grundsatz des Art. 3 b Abs. 3 EGV. Denn danach darf die Regelung des Zuschlagsverfahrens nur soweit vorgegeben werden, wie es zum Erreichen des gemeinsamen Zwecks erforderlich ist. Die Regelung darf mit anderen Worten nur solche Zuschlagskriterien ausschließen, die direkt oder indirekt diskriminierend wirken oder zumindest wirken könnten, dadurch den Zugang ausländischer Bieter erschweren würden und so dem Ziel der Niederlassungs- und Dienstleistungs-freiheit entgegenstünden.

Solche Auswirkungen sind von den von den Bundesländern angestrebten Regelungen zur Frauenförderung grundsätzlich nicht zu befürchten. Ihrer Zielsetzung und Ausgestaltung nach bevorzugen — und benachteiligen – sie gleichermaßen deutsche wie EG-ausländische Bieter. Diese, Einschätzung wird auch von der „Beentjes"-Entscheidung des EuGH bestätigt. Denn danach verstoßen selbst die wesentlich weiterreichenden ordnungspolitisch motivierten zusätzlichen Bedingungen an den Bieter prinzipiell nicht gegen das Primärrecht der Gemeinschaft. Dies muß dann erst recht

für entsprechende, aber wesentlich weniger einschneidende Präferenzregeln gelten.

Selbst die Kommission räumt mittlerweile ein, daß solche Vorschriften keine Beschränkungen der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit zur Folge hätten.

3. Diese Bedenken aufgrund der Kompetenzbeschränkungen werden durch folgende inhaltliche Argumente untermauert:
   Die Richtlinie 71/305 entstammt einer Zeit, zu der Frauenpolitik nur im Rahmen des Grundsatzes „gleiches Geld für gleiche Arbeit" Eingang in das europäische Primärrecht gefunden hatte (Art. 119 EWG-Vertrag). Seitdem hat eine tiefgreifende Bewußtseinsänderung in weiten Kreisen der Öffentlichkeit, wie auch der nationalen und europäischen Funktionsträger stattgefunden. Dieser Wandel schlug sich im Bereich des Sekundärrechts in den Frauenförderungsrichtlinien 75/117, 76/207, 79/7, 86/378 und 86/613 nieder. Insbesondere der RL 76/207 wurde zur Grundlage einer weitreichenden und wirksamen Rechtsprechung des EuGH zur Bekämpfung der geschlechtsspezifischen Diskriminierung im Arbeitsrecht. Die Richtlinie geht weit über den genannten Grundsatz des Art. 119 EGV hinaus. Sie beruft sich auf die Entschließung des Rates über ein sozial-politisches Aktionsprogramm und stützt sich auf Art. 235 EGV Ob damit eine Änderung des Primärrechtes in der Weise bewirkt wurde, daß die arbeitsmarktpolitischen Zielsetzungen der Frauenförderung zu einem Bestandteil des EGV wurden, mag angesichts der systematischen Probleme bei der Auslegung des Art.

235 EGV offenbleiben. Denn jedenfalls hat der Rat damit anerkannt, daß die Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zu Beschäftigung, Berufsausbildung und Aufstieg eines der Ziele der Gemeinschaft darstellt. Darüber hinaus sieht Art. 2 Abs. 4 der Gleichbehandlungsrichtlinie auch die grundsätzliche Zulässigkeit einer kompensierenden Bevorzugung des bisher benachteiligten Geschlechtes vor.

Den vorläufigen Abschluß und Höhepunkt der Berücksichtigung frauenpolitischer Anliegen bilden Art. 2 Abs. 1, 4. Spiegelstrich und Art. 6 Abs. 3 des Abkommens der Mitgliedsstaaten – außer Großbritanniens – über die Sozialpolitik, das dem Protokoll über die Sozialpolitik zum EUV beigefügt ist.

Danach hat die Gemeinschaft solche Tätigkeit der Mitgliedsstaaten zu unterstützen, die die tatsächliche Chancengleichheit von Männern und Frauen auf dem Arbeitsmarkt zum Ziel haben (Art. 2 Abs. 1, Spiegelstrich 4). Zudem wird ausdrücklich nochmals die Zulässigkeit von frauenspezifischen Vergünstigungen „zur Verhinderung bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen in ihrer beruflichen Laufbahn festgestellt (Art. 6 Abs. 3).

Hieraus ergibt sich, daß die von den Bundesländern beabsichtigten Frauenförderungsregelungen in ihrer Zielsetzung und auch in den begünstigenden Maßnahmen vollkommen mit den Zielen des primären Gemeinschaftsrechts übereinstimmen. Auch unter diesem Aspekt erscheint es unzulässig, wenn die Auftragsvergaberichtlinie solche Maßnahmen ausschließt.

III. ZU §§ 13, 14 DES LANDESGLEICHSTELLUNGSGESETZES BERLIN

1. Die Präferenzregel des § 13 Abs. 1 LGG steht nach den obigen Ausführungen grundsätzlich im Einklang mit den Normen des europäischen Primärrechts und den einschlägigen Richtlinien zur Frauenförderung. Soweit das in den Vergaberichtlinien bestimmte Mindestauftragsvolumen überschritten wird und das Angebot des frauenfördernden Bieters nicht den niedrigsten Preis enthält oder das wirtschaftlich günstigste darstellt, widerspricht die Präferenzregel den Zuschlagskriterien der Vergaberichtlinien. Es spricht jedoch einiges dafür, daß die Richtlinien insoweit dem europäischen Primärrecht, wie es durch den Vertrag von Maastricht gestaltet wurde, widersprechen und deshalb keine Bindungswirkungen entfalten.

2. Die Vorschriften des § 13, die die Parameter für den Nachweis der Frauenförderung festlegen, sind hinsichtlich des Verbots indirekter Diskriminierung bedenklich. Das ausschließliche Abstellen auf einen inhaltlich nach speziellem Landesrecht auszugestaltenden Frauenförderplan, vgl. Abs. 3, könnte diskriminierend wirken. Dies insbesondere auch deshalb, weil ausländische Bieter dadurch zu einer längerfristigen, über die Auftragsabwicklung zeitlich hinausgehenden, Beachtung deutschen Landesrechts gezwungen würden. Wenn an dem Kriterium „Frauenförderplan" festgehalten werden soll, müßte dem zumindest eine „Öffnungsklausel" zur Seite gestellt werden, nach der beispielsweise auch solche Bieter in den Genuß der Präferenz kommen, die unter den Beschäftigten verschiedener Lohngruppen einen bestimmten Frauenanteil ausweisen können.

3. Gegen die Regelung des § 13 Abs. 2 bestehen keine ersichtlichen europarechtlichen Bedenken. Sie statuiert eine zusätzliche, ordnungspolitische Anforderung an den Auftragnehmer, die nach der Rechtsprechung des EuGH grundsätzlich mit dem europäischen Vergaberecht vereinbar ist. Ein Verstoß gegen Grundsätze des Primärrechts ist jedenfalls dann nicht ersichtlich, wenn man die Vorschrift entsprechend ihrem Wortlaut als reine „Inländerdiskriminierung“ auslegt.

4. Die subventionsrechtliche Bestimmung des § 14 LGG erscheint europarechtlich unbedenklich. Insbesondere ist die Vorschrift hinsichtlich der-Verbots von diskriminierenden Beihilfen (Art. 93 ff) irrelevant. Nach Wortlaut und Sinn setzt § 14 LGG einen – europarechtlich möglicherweise relevanten – Subventionstatbestand voraus und schafft selbst nur zusätzliche Auflagen. Insoweit kann er selbst eine staatliche Beihilfe niemals begründen.

Schönen Dank!

Ingrid Weber:

Ich danke Ihnen für die Überraschung zu fortgeschrittener Stunde, Ihren überraschenden, sehr mutigen Lösungsansatz. Ein Landesgesetzgeber überlegt natürlich auch unter Sicherheitsgesichtspunkten und ob Berlin es schaffen würde, die Schwierigkeiten mit einem Schlag so aufzubrechen, das muß man sehen. Aber Sie haben ja selbst gesagt, daß man im Rahmen des Gängigen so argumentieren kann, wie sich das im bisherigen Verlauf der Tagung herausgestellt hat.

Wir haben jetzt noch eine gute halbe Stunde zum Diskutieren. Sie kennen

den Spruch 3 Juristen 4 Meinungen. Das war hier heute eigentlich nur vordergründig so, denn nach all den Referaten gibt es doch wohl in einigen Punkten Konsens: Formal zunächst Neufassung der § 13, 14 LGG im Sinne einer Präzisierung und auch Eingrenzung auf das, was rechtlich zulässig und sinnvoll ist, dann mit einer Ermächtigung und nachfolgender Rechtsverordnung. Materiell haben sich die Referentinnen und Referenten mehrheitlich dahin geäußert, daß als Zuschlagskriterium die Frauenförderung wohl nicht in Frage kommt, anknüpfend an EuGH-Rechtsprechung. Sie haben sich aber ausgesprochen für die Einführung als vertragliche Verpflichtung mit der gebotenen Rücksicht auf andere EG-Anbieter, die man nicht diskriminieren darf, auch nicht mittelbar, wenn in ihren Ländern Frauenförderung in der Form, wie Berlin sie fordern will, nicht zulässig ist. Weiter ist der Ausschluß von Bietern, wie wir es jetzt im Augenblick haben, die geringfügig Beschäftigte in ihrem Betrieb beschäftigen, wohl nicht zulässig. Das war herrschende Meinung nach diesem Durchgang. Also haben wir schon in vielen Punkten einen Konsens bei den Referentinnen und Referenten. Jetzt würde aber sehr die Meinung der Zuhörerinnen und Zuhörer interessieren, alle Referentinnen und Referenten stehen zum Nachfragen zur Verfügung.

Uta Brüggemann, Senatsverwaltung für Arbeit und Frauen

Ich möchte noch einmal zurückkommen auf diese Verlautbarung der EG. Da gibt es – es liegt uns vor – ein Anschreiben vom 25.2.1991 des Bundesministers für Wirtschaft mit einem weiteren Schreiben, das unterschrieben worden ist von Herrn Bangemann an den Herrn Bundesminister und die mit Gründen versehene Stellungnahme der Kommission. Es ist vorhin schon mehrfach angesprochen worden, und ich würde gerne wissen, welch eine Verbindlichkeit von der Aussage her diesem Papier überhaupt beigemessen

werden kann. Wir hatten dazu ja unterschiedliche Aussagen und ich will nicht verhehlen, daß wir als Verwaltung - als uns dieses Papier auf den Tisch kam - wir tatsächlich unsere Arbeit an einem Ausführungsgesetz zu den § 13 und 14 schlichtweg eingestellt haben und keine Möglichkeit sahen, darüber hinaus zu gehen.

Ingrid Weber:

Frage an wen? Wer von den Referentinnen und Referenten möchte antworten?

Könnte Herr Dr. McCrudden etwas dazu sagen?

Dr. Christopher McCrudden:

Die Kommission hat damals entschieden, daß der Fall von Nordrhein-Westfalen dem Gemeinschaftsrecht widerspreche. Die deutsche Regierung hat sich dieser Auffassung angeschlossen, und hat dann die entsprechende Anweisung nach Nordrhein-Westfalen gegeben, auf diese Weise ist ja dann die Sache dem Europäischen Gerichtshof nicht vorgelegt worden. Eine andere Situation wäre es gewesen, wenn die deutsche Regierung mit der Kommission nicht übereingestimmt hätte, dann wäre die Sache dem Europäischen Gerichtshof vorgelegt worden und die Entscheidung hätte dort getroffen werden müssen. In diesem Fall war es also eine Übereinstimmung zwischen einem Mitgliedstaat und der Kommission. Hier ist also klar wie die rechtliche Position ist, aber es ist nicht ganz klar, wie sich die Situation in Zukunft entwickeln könnte, wenn andere Umstände gegeben wären. Denn bei dem Beentjes-Fall war es eine unterschiedliche Meinung, die zwischen der Kommission und dem Gerichtshof bestand. Da entsprach die Auffassung

der Kommission nicht dem Gerichtshof.

Ingrid Weber:

Bitte sehr! Da ist ein Standmikrophon.

Herr Kühn, Leiter der Auftragsberatungsstelle Berlin:

Mein Name ist Kühn, Leiter der Auftragsberatungsstelle hier in Berlin, also täglich mit der Auftragsvergabe zu tun habend gegenüber Firmen aber auch gegenüber der Verwaltung- ich möchte es so zusammenfassen.

Eigentlich kann doch Berlin nichts Besseres tun als jetzt alle Kräfte – nach all den Vorträgen, die wir hier heute gehört haben - darauf zu konzentrieren, eine tatsächliche Frauenförderung durchzuführen, als hier in dieses Fragezeichenobjekt öffentliche Auftragsvergabe in Kombination mit Frauenförderung zu investieren. Ich bin der Meinung - und schauen Sie bitte, wir reden über eine öffentliche Auftragsvergabe, bei der über 85 % freihändig vergeben wird. Ein ganz, ganz kleiner Kreis hat überhaupt Chancen daran teilzunehmen. Dieser kleine Kreis wird jetzt noch mal verengt, und dann frage ich die Verwaltung, wie wollen Sie das alles umsetzen, nachfordern, untersetzen, wie wollen Sie dieses alles in eine für ein Unternehmen faßbare Form bringen? Bitte denken Sie daran, ein Unternehmer muß noch eine Chance haben, am öffentlichen Auftragswesen teilzunehmen. Diese Chance ist in Berlin verhältnismäßig gering mit 85 % freihändiger Vergabe. Diese Chance ist von einem Berliner Unternehmen im Brandenburgischen aufgrund der Tatsache, daß er Berliner Unternehmen ist noch viel geringer, die werden nämlich rausgeworfen. Wenn wir jetzt anfangen in diesen Bereich in die Vergabeordnung mit den rechtlichen Problemen, die wir heute hier gesehen haben, mit dem Begriff Frauenförderung reinzugehen, dann halte ich das einfach für vergeu-

dete Mittel. Lassen Sie uns gemeinsam darüber nachdenken, wie wir den Unternehmer unterstützen, der Frauen in die 1. und 2. Reihe hineinbringen will. Ich bin gerne bereit, öffentliche Auftragsvergabe in besonderen Fördermaßnahmen auch diesen dann vor allem auch weiblichen Unternehmen beizubringen, die Chancengleichheit zu gewähren, aber an dieser Stelle dieses rechtlich doch sehr unsichere Gebilde jetzt weiter fortzuführen, würde ich sagen, halte ich für unklug. Zu anderen Sachen bin ich gerne bereit, und ich glaube nicht, daß es so einen Zweck hat.

Dr. Christine Bergmann, Senatorin für Arbeit und Frauen

Ich nehme mir das Recht heraus, dazu zu sprechen, weil ich meine, wir dürfen zum einen nicht Äpfel und Birnen miteinander vermengen. Also die Tatsache, daß 85 % der öffentlichen Aufträge eben nicht ausgeschrieben werden, ist ja schlichtweg eine Schweinerei. Also da ist der Wirtschaftssenator schon dran, ja da. kämpfen wir dafür und da kriegen wir auch eher Verbündete dazu. Sie wissen, der Wirtschaftssenator ist da auch schon dran, also das ist ein Problem, da muß man - wir kommen gerne auf Sie zurück-, wir können ja da auch alle dabei brauchen. Das ist der eine Fakt, der andere Fakt ist natürlich, daß wir sagen, ja was machen wir denn, wenn wir Frauenförderung betreiben wollen. Da kann ich mich als Arbeitssenatorin in dem großen Bereich der Arbeitsmarktpolitik tummeln, das tue ich. Das ist aber nun aus unserer Sicht fast abgegrast, mehr Geld bekomme ich nicht, vielmehr Möglichkeiten haben wir nicht und das sehe ich auch nicht nur als alleinige Aufgabe an. Ich will Frauen nicht erst dann fördern, wenn sie rausgefallen sind aus dem Arbeitsmarkt, und dann denke ich darüber nach, ich habe es heute morgen schon gesagt, wie kann ich noch ein Jahr was machen. Also haben wir natürlich nachgedacht. Der große Bereich der Privatwirtschaft kann

doch nicht außen vor bleiben. Es gibt ja Diskussionen und Veranstaltungen und wir reden mit den Unternehmen und mit den Frauenbeauftragten, so es sie gibt in den Unternehmen, usw. dies tun wir, unabhängig davon. Aber wenn man nachdenkt, kommt man eben auf bestimmte Mittel, die vielleicht wirksam werden können. Dies ist eben die Auftragsvergabe. Ich bin gerne bereit, auch über andere Möglichkeiten noch nachzudenken. Das wollen wir gar nicht ausschließen. Aber wir wollen dieses Pfund, das wir in der Hand haben, natürlich nicht aus der Hand geben. Deswegen führt aus meiner Sicht kein Weg daran vorbei. Und für mich ist es spannend, wo findet man die Partner.

Prof. Battis Sie haben hier wahrscheinlich schon gesehen, wie das Dilemma ist: Also versucht man jetzt einen Weg zu gehen, wo man so auf der einigermaßen sicheren-rechtlichen Seite ist und denkt, naja, die werden es ja schon begreifen, wenn wir erst soweit sind, daß das auch für die Unternehmen gut ist, was wir hier einfordern, da hat sich ja auch erfreulicherweise heute doch einiges abgezeichnet oder geht man den politisch mutigen Weg, gegen den ich ja persönlich nichts hätte, wo ich mich aber dann ziemlich schnell umschaue und sage, wer ist denn eigentlich noch neben mir oder hinter mir, wie bekomme ich das überhaupt umgesetzt, die großen Veränderungen haben wir ja leider nicht gehabt, so daß der politisch mutige Weg vielleicht leichter gangbar wäre.

Ingrid Weber:
Bitte sehr! Da hinten.

Anna Damrat, Berlin, Mitglied des Abgeordnetenhauses:

Was wir eben gehört haben, ist ein bißchen verwirrend, und man muß das alles erst einmal verdauen. Aus den Referaten habe ich allerdings den Eindruck gewonnen, daß man sich bei diesen juristischen Schwierigkeiten leicht in den Einzelheiten versteigen kann, ähnlich wie in der Eiger Nordwand. Die Frage ist aber nur, ob man weiter in der Eiger Nordwand herumkrabbeln muß, also, ob man sich wirklich in dieses schwierige Gelände begeben muß, um den Weg über den Berg zu finden. Denn nach den Referaten, insbesondere denen von Herrn Battis und Frau Sudhoff, aber auch nach dem des englischen Kollegen komme ich zu dem Schluß, daß diese Entscheidung letztlich nicht auf dem juristischen Wege möglich ist, sondern daß sie politisch getroffen wird. Das ist spätestens da der Fall, wo die Kommission bzw. der Ministerrat entscheidet. Damit wird auch die Bedeutung der Rechtsfragen relativiert. Also nicht nur dadurch, daß fünf verschiedene Juristinnen und Juristen unterschiedlicher Meinung sind und vielleicht noch eine sechste hinzukommt, wie es teilweise aus den Beiträgen zu erfahren war, wird die Rechtslage offen, sondern weil gerade dies eben auch die Möglichkeit verstärkt, in anderer, d.h. politischer Weise zu entscheiden.

Die Regelungen des Berliner Gleichstellungsgesetzes sind vor dem Hintergrund internationaler Erfahrungen entstanden, insbesondere der US-amerikanischen. Diese Erfahrungen haben alle gelehrt, daß die Gleichstellung auf allein freiwilliger Basis zwar etwas Nettes ist und wenn alle Unternehmungen dies täten, auch ganz prima wäre; nur, daß sie es freiwillig leider nicht tun! Selbst die großen nicht, die zwar gewisse Frauenförderpläne „fürs Schaufenster" haben, sie aber nach Auskunft der Gewerkschaften ungenügend umsetzen. So kommt es bestenfalls zu Gruppenbildern mit sehr vereinzelten

Damen, während es vorher reine Herrenriegen waren, die sich dem Fotografen als Führungsriege in Pose stellten. So denke ich, daß eine gesetzliche Bindung der Auftragsvergabe an Frauenförderpläne erstens möglich und zweitens notwendig ist.

Die Frauenförderung auf privatrechtlichem Wege durch Vertragsbedingungen zu bewirken, halte ich für fragwürdig und gefährlich. Dies könnte ggf. mit dem Gesetz zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz) kollidieren. Die Geschichte würde dann von hinten aufgerollt, statt von vorn durch die Tür zu gehen. Wir müssen den Mut finden, den geraden Weg zu gehen. Sonst kommen wir nicht weiter! Die Rechtsprechung bewegt sich ja peu à peu, Stück für Stück in Richtung Gleichstellung; auch juristische Veröffentlichungen der letzten Zeit zeigen das. Die kürzliche Änderung des Art. 3, Abs. 2 GG hat hier eine weitere Öffnung in diese Richtung geschaffen. So ist es im übrigen fraglich, ob die Unternehmen klagen werden, erst recht, wenn es um Schadensersatzforderungen einzelner Unternehmen geht. Ich glaube jedenfalls, daß sie solche Prozesse eher nicht führen werden.

Ingrid Weber:
Ja, Frau Brüggemann.

Uta Brüggemann, Senatsverwaltung für Arbeit und Frauen:
Ich hätte noch eine weitere Frage, die heute — meine ich — noch überhaupt nicht angesprochen worden ist, und zwar gesetzt den Fall, es gäbe die §§ 13, 14 nicht oder entsprechend modifizierte Vorschriften, die dann eben auch den einzelnen Kriterien, die vorhin angesprochen worden sind, entsprechen würden. Wäre es denn möglich, eine so skizzierte Vergabepraxis schlicht auf

der Grundlage von Verwaltungsvorschriften durchzuführen. Also meine Frage ist: Ist dieses Gesetz jetzt nötig, um es tun zu können, kann man es auch ohne?

Ingrid Weber:

Frage an wen? Wer von den Referentinnen und Referenten mochte antworten?

Herr Strempel, Senatsverwaltung für Finanzen:

Mein Name ist Strempel, ich bin von der Senatsverwaltung für Finanzen.

Das Gesetz schreibt im § 13 Abs. 3 und im § 14 Abs. 3 vor, daß die näheren Einzelheiten durch ein Ausführungsgesetz bestimmt werden. Da ohnehin inhaltliche Änderungen vorgenommen werden sollen, besteht die Möglichkeit, auch Absatz 3 dergestalt zu ändern, daß die weiteren Einzelheiten durch Verwaltungsvorschrift zu regeln sind. Diese Maßnahme sollte möglichst bald verwirklicht werden. Ein gangbarer Weg wäre, eine Regelung über sogenannte Auftragsbedingungen zu treffen. Die entscheidende Frage für mich ist, daß eine Bevorzugung über ein Mehrpreisstaffel-System entfällt. Es sind alle Bevorzugtenregelungen zum 31.12.1992 entfallen. Wegen der finanziellen Auswirkungen kann eine Bevorzugtenregelung über Mehrpreisstaffel-System von mir nicht befürwortet werden.

Ingrid Weber:

Dies es ist noch ein anderer Aspekt, der finanzielle. Ich möchte aber zunächst einmal die Frage von Frau Brüggemann durch die beiden Referentinnen beantworten lassen.

Dr. Elke Gurlit:

Wenn ich die Frage richtig verstanden habe, ging es ja wohl darum, ob die öffentliche Auftragsvergabe auch schlicht auf der Ebene von Verwaltungsrichtlinien erfolgen könnte. Das war nun rechtlich die Frage nach der Geltung des sog. Vorbehalts des Gesetzes. Brauchen wir für die öffentliche Auftragsvergabe eine gesetzliche Grundlage? Nach meiner Auffassung würde man die benötigen. Es liegt an meiner verfassungsrechtlichen Sichtweise, daß sich u.U. auch die öffentliche Auftragsvergabe zumindest für den erfolglosen Bieter, der einen öffentlichen Auftrag nicht erhält, weil er keinen Frauenförderplan vorweisen kann, als Grundrechtseingriff darstellen kann. Wenn man dieser Sichtweise folgt, daß es sich möglicherweise um einen Grundrechtseingriff handeln könnte, würden die Grundrechte eine gesetzliche Grundlage verlangen. Auch wenn man dieser Auffassung nicht folgt, ich würde es zumindest doch für wünschenswert halten, auch die öffentliche Auftragsvergabe einer gesetzlichen Regelung zu unterstellen. Für den Bereich der Subventionsvergabe wird bislang, das ist wohl bekannt, nach wie vor davon ausgegangen, daß die Darstellung im Haushaltsplan in Verbindung mit dem Haushaltstitel reicht für die Vergabe von Subventionen. Auch diese Auffassung wird aber vielfach in der Literatur bestritten. Wenn es die Möglichkeit gibt, hier öffentliche Auftragsvergabe und Subventionen gesetzlich zu regeln, dann sollte man diese Möglichkeit auch nutzen. Der Rechtsklarheit dient es in jedem Falle, auch wenn man nicht der Meinung folgt, daß hier Grundrechtseingriffe vorliegen können.

Dr. Ute Sacksofsky:

Auch aus meiner Sicht noch eine kurze Bemerkung dazu. Ich sage das

etwas ungeschützt, weil ich mir das Problem bisher nicht überlegt habe. Nachdem es den § 13 LGG gibt, habe ich mir keine Gedanken darüber gemacht, ob man die Auftragsvergabe auch dann an Frauenförderpläne knüpfen könnte, wenn es ihn nicht gäbe. Nach meiner Auffassung wäre wahrscheinlich auch ein schlichtes Handeln der Verwaltung möglich. Aber ich würde dringend anraten, eine politisch so umstrittene Sache immer durch Gesetz zu machen. Nach § 13 Abs. 3 kann man es auch inzwischen nicht mehr mit Verwaltungsvorschriften regeln. Daß eine Regelung auf dem Verordnungswege möglicherweise sinnvoller wäre, muß jetzt - ohne Gesetzesänderung - außer Betracht bleiben.

Dr. Dr. Hans Hermann Eberstein:

Ich halte das für durchaus möglich. Man muß sich ja nicht mit Händen und Füßen daran klammern, daß ein Gesetz vorliegt. Gesetze kann man auch wieder abschaffen oder ändern. Grundlage der Auftragsvergabe ist, ich hoffe es klargemacht zu haben, die VOL in den Teilen A und B; sie ist zum Teil Rechtsverordnung, nämlich für all die Aufträge über dem Schwellenwert, also durchaus eine Rechtsgrundlage. Sie sieht ferner vor, auch das habe ich erwähnt, daß die Auftraggeber zusätzliche, ergänzende und besondere Vertragsbedingungen schaffen können. Mein Vorschlag war ja zu sagen, die Frauenförderung sollte man nicht über das Zuschlagskriterium machen, wie jetzt beim Gesetz, § 13, sondern man sollte sie über die Ausschreibungsbedingungen machen, und genau das ist auch der Weg, um auch dies ohne Gesetz machen zu können. Irre übrigen ist die Vergabesituation ja in Berlin doch besonders günstig, weil hier ein einziger Auftraggeber existiert, wenn ich es richtig sehe. In Flächenländern ist das sehr viel schwieriger. Im übri-

gen sollte man nicht so furchtbar gesetzesgläubig sein. Gesetze bewirken gar nichts, wenn nicht der Wille dahintersteht, sie auch durchzuführen. Wir sind schon wieder nahe dran zu sagen, da gibt es ein Gesetz, also läuft die Sache. Ich habe das nach 30jähriger Erfahrung mit Bundestag und Bundesministe rien erlebt, es läuft zum Teil überhaupt nichts. Nur, um das abschließend zu sagen.

Prof. Dr. Ulrich Battis:

Also in dem letzten Punkt stimme ich Ihnen natürlich uneingeschränkt zu. Gesetzesgläubigkeit, das sehen wir ja beim Umweltschutz, die alte Umweltschutzpolitik bestand ja darin, daß man Verbote und Gebote erließ und niemand hat das kontrolliert und deshalb hat sich auch nichts geändert, aber das ist eine andere Frage, darum geht es hier nicht. Es geht ja nicht um Steuerungsfähigkeit von Recht, so wird das ja nun diskutiert auch unter Politikwissenschaftlern, sondern es geht ja hier um die Frage, ob nach deutschem Verfassungsrecht, ob zu Recht oder zu Unrecht, die Wesentlichkeitstheorie oder was wir da auch immer nennen wollen, hier eine gesetzliche Regelung vorliegen müsse und da würde ich bei meinen beiden Vorrednern nach dem bisherigen Verlauf zustimmen wollen. Ich glaube, das Risiko, nach diesem Verlauf jetzt zu sagen, ach das ist doch nicht so gut, wir machen es lieber mal anders, ist auch nicht gut darstellbar. Also es würde wahrscheinlich bei keinem Gericht Gnade finden. Aber ich glaube man sollte, es kommt natürlich ein bißchen auf den Inhalt an, man sollte hier die EU-rechtliche Problematik nicht herausnehmen und ich denke, wir haben bei der VOB das Theater, das werden wir doch verlieren. Die haushaltsrechtliche Lösung, das geht doch den Bach hinab in Luxemburg, das ist doch so sicher wie das Amen in der Kirche. Wir werden den Prozeß verlieren und deshalb brauchen

wir uns darüber gar nicht mehr zu unterhalten. Das läuft eben nicht mehr. Das akzeptiert die EU nicht. Also bitte, ich bin kein Prophet, aber ich würde keine Mark darauf setzen, daß das anders ausgeht.

Ingrid Weber:

Na, gut! In welcher Form auch immer, die Tagung hat ja zum Ziel, die Möglichkeiten auszuloten, was kann das Land machen, um diese ausfüllungsbedürftigen Vorschriften zum Leben zu erwecken, welche rechtlichen Schranken sind da.

Ich danke zunächst allen Referentinnen und Referenten für ihre Beiträge, die, denke ich, die Senatsverwaltung ein großes Stück weiterbringen werden, weil wir sehr viele Aspekte gehört haben, die jetzt überlegt werden müssen. Sie haben gehört von der Senatorin, daß es eine zweite Runde gibt im nächsten Jahr und daß diese Tagung auch dokumentiert werden wird. Ich möchte Sie, Frau Senatorin, um ein Abschlußwort bitten, die Teilnehmerinnen und Teilnehmer vorher aber mit dem Dank für ihre Geduld und ihre Aufmerksamkeit, zu dem Empfang, der jetzt im Anschluß unten im Foyer stattfindet, herzlich einladen.

Frau Senatorin bitte.

Dr Christine Bergmann, Senatorin für Arbeit und Frauen:

Ich will gerne die Gelegenheit noch einmal nutzen, um allen ganz herzlich zu danken. Ich denke, das war ein ungemein spannender Tag, auch für Nichtjuristinnen und Nichtjuristen, zu denen ich mich ja zähle. Wir haben doch eine Menge gehört, welche Wege man eventuell gehen kann, vor allen Dingen sind wir endlich an dieses brisante Thema wieder herangegangen. Das ist der erste Schritt, auch wenn wir alle realistisch genug sind, um zu

wissen, daß wir damit das Problem noch längst nicht vom Tisch haben. Die nächste Runde mit den Vertretern der Wirtschaft, den Kammern und Verbänden wird sicher noch sehr konfliktreich werden. Wir wollten die rechtlichen Fragen deshalb für uns selbst vorher noch einmal ganz deutlich angespro chen haben, um nicht mit jedem Argument sofort aus dem Sattel geworfen zu werden, sondern das Problem schon von allen Seiten beleuchtet zu haben. Herzlichen Dank, Ihnen allen, daß Sie daran mitgewirkt haben, die Sie zum Teil weit gereist sind, um hier zu unserer Tagung beizutragen. Ich hoffe, daß es Ihnen ein bißchen Spaß gemacht hat, aber bei dem Interesse, daß ich hier bei Ihnen festgestellt habe, denke ich, daß Sie wohl auch davon profitiert haben. Herzlichen Dank, Frau Weber, daß Sie sich hier bereitgefunden haben, den ganzen Tag zu moderieren. Ihnen allen, den Teilnehmerinnen und Teilnehmern herzlichen Dank und ich hoffe, Sie werden uns dann in den nächsten Runden weiterhin kräftig unterstützen. Das braucht man ja, wenn es in die nächste Diskussion geht. Wir sind wohl alle dafür jetzt ein Stückchen besser gewappnet und last but not least: Gestatten Sie mir, meinen Mitarbeiterinnen ganz herzlich zu danken, die mit viel Engagement und mit viel Liebe und viel Interesse die Tagung vorbereitet haben. Damit haben wir, denke ich, für heute genug geredet und haben uns jetzt einen kleinen Imbiß verdient.

ANHANG

Referentinnen und Referenten

Prof. Dr. Ulrich Battis

Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaften an der Humboldt-Universität Berlin

Dr. Dr. Hans Hermann Eberstein

Rechtsanwalt, ehem. Lehrbeauftragter an der Bergischen GH Wuppertal

Dr. Elke Gurlit

Lehrstuhl für Staatsrecht, Verwaltungsrecht, völkerrecht unter Einschluß des Umweltschutzrechtes - Prof. Dr. Kunig, Freie Universität Berlin

Dr. Christopher McCrudden

Universität Oxford. Gutachter im Auftrag der EG-Kommission für den Bereich Frauenförderung und öffentliche Auftragsvergabe auf EU-Ebene

Prof. Dr. Ursula Rust

Lehrstuhl „Recht der Geschlechterbeziehungen", Fachbereich Rechtswissenschaften, Universität Bremen

Dr. Ute Sacksofsky

Wissenschaftliche Mitarbeiterin beim 2. Senat des Bundesverfassungsgerichtes

Dr. Margaretha Sudhof

Richterin am Verwaltungsgericht Frankfurt/Main

FRAGENKATALOG FÜR DIE SACHVERSTÄNDIGEN-ANHÖRUNG ZU DEN §§ 13 UND 14 LANDESGLEICHSTELLUNGSGESETZ (LGG)

A. Fragen zu § 13 LGG

I. EU-Recht

Verstößt die in § 13 LGG vorgesehene Einführung gleichstellungspolitischer und damit vergabefremder Kriterien in das öffentliche Auftragswesen gegen das EU-Vergaberecht?

Welche Tragweite hat in diesem Zusammenhang nach Ihrer Einschätzung das Beentjes-Urteil?

II. Verfassungsrecht

Stehen der mit § 13 LGG beabsichtigten gleichstellungspolitischen Einwirkung auf die Privatwirtschaft grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedenken entgegen?

III. Bundesrecht

Welche Vorgaben ergeben sich für den Gesetzgeber bei einer Instrumentalisierung der öffentlichen Auftragsvergabe für seine Gleichstellungspolitik aus dem einfachen Bundesrecht, insbesondere aus den Vorschriften des AGBG, UWG, GWB?

Ist durch die Änderung des Haushaltsgrundsätzegesetzes (HGrG) durch das

2. Änderungsgesetz zum HGrG die - bisher umstrittene - Rechtsnatur der Vergabeentscheidung bzw. des Auftragsverhältnisses geklärt; können insbesondere die Rechtswege abgegrenzt werden?

IV. Landesrecht

Ist angesichts der Tatsache, daß sich der Gesetzgeber im 2. Änderungsgesetz zum HGrG für eine sogenannte „haushaltsrechtliche Lösung" entschieden hat, die Bestimmung des § 13 I.GG (insbesondere kompetenzrechtlich) haltbar, wonach ein Ausführungsgesetz vorgesehen ist?

Die Änderungen des Haushaltsgrundsätzegesetzes haben dazu geführt, daß die Rechtsstellung der Anbieter/-innen davon abhängig ist, ob die EG-Schwellenwerte erreicht werden oder nicht.

Könnte landesrechtlich geregelt werden, daß das in der Verordnung über das Nachprüfungsverfahren für öffentliche Aufträge (Nachprüfungsverordnung - NpV vom 22.2.1994 BGB1 I, S. 324) geregelte Nachprüfungsverfahren auch bei Vergaben unter den EG-Schwellenwert anzuwenden ist?

Wie schätzen Sie insoweit die bundesrechtliche Tendenz ein?

Durch die eben genannte Nachprüfungsverordnung werden bundesweit Vergabeprüfstellen eingerichtet.

Fällt auch die Überwachung der Kursivschrifteinhaltung von etwaigen vertraglichen Verpflichtungen der Anbieter/-innen zu frauenfördernden Maßnahmen in diesen Unternehmen in die Zuständigkeit dieser Vergabeprüfstellen?

Wenn diese Frage zu verneinen ist, hätte der Landesgesetzgeber die Regelungskompetenz, eine derartige Zuständigkeit der Vergabeprüfstellen zu begründen?

V. Haushaltsrecht

Inwiefern hat sich die bisherige Rechtslage im Vergabewesen durch die Novellierung des Haushaltsgrundsätzegesetzes geändert?

Haben die Anbieter/-innen subjektive, d.h. einklagbare Rechte erhalten? Werden durch die Art der Umsetzungen der EG Basis- und Überwachungsrichtlinien für die Frage der Frauenförderung durch öffentliche Auftragsvergabe relevante weitere und ggf. in der bisherigen Diskussion noch nicht aufgezeigte Probleme aufgeworfen?

B. Fragen zu § 14 LGG

I. EU-Recht

Könnte die Regelung der staatlichen Leistungsgewährung in § 14 LGG unter den Begriff der Beihilfe fallen und wenn ja, welche EU-rechtlichen Fragen ergeben sich hieraus?

II. Verfassungsrecht

Stehen der Regelung des § 14 LGG verfassungsrechtliche Bedenken entgegen?

III. Nationales Recht

Ist nach Ihrer Auffassung eine Änderung der Formulierung des § 14 LGG bzw. eine Anpassung der Landeshaushaltsordnung angezeigt?

PROGRAMM

Öffentliche Auftragsvergabe und staatliche Leistungsgewährung – ein Instrument der Frauenförderung? Teil 1

Sachverständigenanhörung zu Rechtsfragen der §§ 13 und 14 Landesgleichstellungsgesetz (LGG)

Moderation
Ingrid Weber, Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht Berlin

11.00 **Begrüßung und Einführung**
Dr. Christine Bergmann, Senatorin für Arbeit und Frauen

11.30 **Verfassungsrecht**
Dr. Ute Sacksofsky, Frankfurt a.M.

12.00 **Bundes- und Haushaltsrecht**
Dr. Elke Gurlit, Freie Universität Berlin

12.30 *Prof. Dr. Ursula Rust, Universität Bremen*

13.00 Mittagessen

14.30	*Dr. Dr. Hans Hermann Eberstein, ehem. Lehrbeauftragter der Bergischen Universität GH Wuppertal*
15.15	Kaffepause
15.30	**EU-Recht** *Dr. Christopher McCrudden, Lehrbeauftragter Universität Oxford*
16.30	*Prof. Dr. Ulrich Battis, Humboldt-Universität zu Berlin*
17.00	**Abschlußdiskussion**
18.00	**Empfang**

Öffentliche Auftragsvergabe und staatliche Leistungsgewährung — ein Instrument der Frauenförderung? (Teil 1)

Dokumentation der Sachverständigenanhörung
zu Rechtsfragen der §§ 13 und 14
Landesgleichstellungsgesetz (LGG)
am 3. November 1994

Impressum

Senatsverwaltung für Arbeit und Frauen
— Ref. Öffentlichkeitsarbeit —
Storkower Str. 97
10407 Berlin

Satz und Gestaltung: KIara Hell
Druck: Oktoberdruck Berlin

Berlin, August 1995