

gefasst werden könnte, sollte der Bundesgesetzgeber deklaratorisch § 124 GWB ergänzen.

7. Regelung eines zwingenden Ausschlussgrundes bei Verstößen gegen die EU-Lohntransparenzrichtlinie

Fakultative Ausschlussmöglichkeiten belassen öffentlichen Auftraggebern noch zu große Spielräume. Zur Umsetzung der Ziele der EU wäre die Regelung eines zwingenden Ausschlussgrundes wünschenswert.

Bereits jetzt sind Bietende zwingend auszuschließen, wenn sie ihren Verpflichtungen zur Zahlung von Steuern, Abgaben oder Beiträgen zur Sozialversicherung nicht nachgekommen sind und dies durch eine rechtskräftige Gerichts- oder bestandskräftige Verwaltungsentscheidung festgestellt wurde (§ 123 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 GWB). Die Regelung könnte entsprechend erweitert werden.

Hierfür würde sprechen, dass die EU-Lohntransparenzrichtlinie Maßnahmen zur Sicherstellung des gleichen Entgelts nach Art. 24 Abs. 1 als solche ansieht, die im Einklang mit Art. 18 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU stehen. Dieser wurde durch

§ 128 Abs. 1 GWB umgesetzt und fordert bei der Auftragsausführung den Einklang mit bestehenden Gesetzen, insbesondere Steuern, Abgaben und Beiträgen zur Sozialversicherung.

8. Ergänzung des Wettbewerbsregistergesetzes⁹⁹

§ 2 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 des Wettbewerbsregistergesetzes (WRegG) sollte ergänzt werden, soweit Verstöße gegen die EU-Lohntransparenzrichtlinie vorliegen, um öffentlichen Auftraggebern Informationen über Ausschlussgründe nach den §§ 123, 124 GWB zur Verfügung zu stellen. Bereits jetzt sind u.a. nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 WRegG bestimmte Verstöße gegen das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz, des Mindestlohngesetzes oder des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes eintragungspflichtig. Zur Umsetzung der Ziele der EU hin zu einer stärkeren sozialen und geschlechtergerechten Beschaffung sollten Verstöße gegen die EU-Lohntransparenzrichtlinie ebenfalls eintragungspflichtig sein.

99 Vgl. Deutscher Juristinnenbund e.V. (djb), *Stellungnahme 23-03* (Fn. 83).

DOI: 10.5771/1866-377X-2023-3-129

Der föderale Flickenteppich des geschlechtergerechten Vergaberechts

Dr. Katharina Künne

Volljuristin, Bonn

Gender und Diversität der Unternehmensbelegschaft spielen nach aktuellem Bundesrecht in der konkret gelebten Vergabepraxis so gut wie keine Rolle. Das gilt auch für ihre Förderung unter dem Oberbegriff der „sozialen“ Kriterien, was wie geschildert unter anderem auf die geforderte Verknüpfung mit dem Auftragsgegenstand zurückzuführen ist.¹ Unter den Begriffen der Frauenförderung sowie der Chancen- und Entgeltgleichheit wird das Kriterium der Gleichstellung² auf Landesebene allerdings auf dem Papier bereits umfangreich berücksichtigt. Inwieweit die Gleichstellungskriterien in der praktischen Umsetzung Wirksamkeit entfalten, ist – soweit ersichtlich – jedenfalls nicht länderübergreifend erhoben worden. Als Gedankenanstöß für eine „Transformation“ des Vergaberechts auf Bundesebene wird nachfolgend dargestellt, welche Regulierungsansätze auf Landesebene bestehen, um der Gleichstellung bei der Auftragsvergabe zur Wirksamkeit zu verhelfen.

Ausgangslage

In den Bundesländern besteht ein föderaler Flickenteppich landesgesetzlicher Regulierung durch Vergabegesetze, Verordnungen und Verwaltungsvorschriften. Die Gesetzgebungskompetenz der Länder ergibt sich aus Art. 72 I GG; die Regulierung des

Vergaberechts durch den Bund in den Normen des GWB ist nach Art. 72 II, 74 Nr. 1, 11, 16 GG nur dann möglich, wenn es um vergaberechtliche Regelungen im Oberschwellenbereich geht.³ Beispielsweise der vergabespezifische Mindestlohn sowie Tariftreueregelungen wurden bislang vornehmlich durch Landesrecht geregelt. Im Gegensatz dazu soll das geplante Bundestariftreuegesetz die Vergabe von Bundesaufträgen ab 10.000 Euro von der Anwendung von Tarifbedingungen abhängig machen.

Gleichstellungserwägungen werden als soziales Kriterium in vielen Bundesländern regulatorisch aufgegriffen. Das geschieht systematisch als Kann-, vereinzelt als Muss-Vorschrift, sowie durch Vorschriften zu bevorzugten Bietern. Auch Eigenerklärungen oder eine Normierung bei der Leistungsbeschreibung, Eignungsprüfung und Zuschlag oder den Ausführungsbedingungen werden verwendet. Eine Muss-Vorschrift, der zufolge Aspekte der Gleichstellung verpflichtend bei der Vergabe zu

1 Siehe dazu den Beitrag von Henneberger in diesem Heft.

2 Unabhängig davon, dass den Landesvorschriften regelmäßig binäre Begrifflichkeiten und ein geschlechtsbezogenes (und damit sehr enges) Verständnis von Diversität zugrunde liegt, wird nachfolgend ebendiese gängige Praxis untersucht. Wünschenswert wäre fraglos eine Erweiterung auf weitere Diversitätsdimensionen.

3 Entscheidend ist mithin, ob die Auftragssumme bestimmte Schwellen übersteigt, die in § 106 II GWB konkretisiert werden. Vgl. zur Gesetzgebungskompetenz zur Änderung des 4. Teils des GWB auch BT-Drs. 18/6281, S. 56.

berücksichtigen sind, lässt sich beispielsweise in Bayern⁴ und Berlin⁵ finden. Beide Bundesländer sehen zur Absicherung der Muss-Vorschriften das Instrument der Eigenerklärung vor. Die Bundesländer Niedersachsen,⁶ Baden-Württemberg,⁷ Rheinland-Pfalz,⁸ Brandenburg,⁹ Mecklenburg-Vorpommern,¹⁰ Hessen,¹¹ Thüringen¹² und Schleswig-Holstein¹³ verwenden Kann-Vorschriften, die öffentlichen Auftraggebenden die Möglichkeit einräumen, für die Auftragsausführung soziale Anforderungen an die Unternehmen zu stellen. Über die Klassifizierung von potentiellen Auftragnehmenden als „bevorzugte Bieter“ soll in Brandenburg¹⁴ und Rheinland-Pfalz¹⁵ die Förderung von Frauen seitens der Unternehmen realisiert werden.

Beachtenswerte Instrumente zur Förderung der Gleichstellung

Besonders beachtenswert als Wirkmechanismus ist die qualifizierte Eigenerklärung. Auch Zertifizierungsregelungen bieten (nicht nur für das Vergaberecht) ein Einfallstor dafür, wie über die Landesebene hinaus Gesichtspunkte der Nachhaltigkeit ihren Niederschlag finden können. Sowohl hinsichtlich der Eigenerklärung als auch der Zertifizierung bestehen Parallelen zu anderen Themen. Zudem finden sie auf europarechtlicher Ebene bereits Anklang.¹⁶

Die Eigenerklärung bezeichnet ein Instrument, bei dem Auftragnehmende durch Unterzeichnung eines Formulars kundgeben, sich an die in der Erklärung enthaltenen Selbstverpflichtungen oder Angaben zu halten.¹⁷ In Bayern „ist in den Vergabeunterlagen durch alle staatlichen Auftraggebenden eine Klausel aufzunehmen, die den oder die Auftragnehmende ausdrücklich dazu verpflichtet, bei der Ausführung des Auftrags alle für ihn geltenden rechtlichen Verpflichtungen einzuhalten, insbesondere (...) gemäß § 7 Abs. 1 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, § 3 Abs. 1 des Entgelttransparenzgesetzes und § 2 Nr. 7 AEntG gleiches Entgelt für Frauen und Männer bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit zu bezahlen“.¹⁸ In Berlin „ist von den Bietenden eine Erklärung zur Förderung von Frauen entsprechend den dazu erlassenen Regelungen (...) abzugeben.“¹⁹ Die erwähnten Regelungen sehen wiederum vor, dass in den Vergabeverträgen Verpflichtungen der Auftragnehmenden festzuschreiben sind, „Maßnahmen zur Frauenförderung und zur Förderung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie im eigenen Unternehmen durchzuführen sowie das geltende Gleichbehandlungsrecht zu beachten“,²⁰ was bereits bei Abgabe des Angebots im Vergabeverfahren als Erklärung abzugeben ist.²¹

Welche Vorteile bieten nun solche Eigenerklärungen gegenüber einer rein normativen Gleichstellungsverpflichtung, die auf Seiten des Auftragsnehmenden kein umsetzendes Element fordert? Beispielsweise die Einheitliche Europäische Eigenerklärung, die bei überschwelligen europaweiten Vergaben angewendet werden kann, dient als Beleg für das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen und der Eignung des Unternehmens.²² Im juristischen Sinne können Eigenerklärungen also als unmittelbarer Nachweis dafür dienen, dass der oder die Auftragnehmende Kenntnis von der bestehenden Verpflichtung hatte, und dadurch die Sanktionierbarkeit von Verstößen erleichtern.²³ Das geschieht beispielsweise durch Niederschrift einer Mitteilungspflicht, entsprechender Vertragsstrafen oder eines außerordentlichen Kündigungsrechts. Üblicherweise nehmen Eigenerklärungen auf konkrete, bereits

bestehende normative Verpflichtungen Bezug. Insofern kann das Instrument der Eigenerklärung der Geschlechtergerechtigkeit nur insoweit Auftrieb verleihen, wie diese bereits regulatorisch verwirklicht wird. Beispielsweise in Bayern bedeutet dies, dass Vorgaben des AGG und EntgTranspG eingehalten werden sollen.²⁴ Dass die jeweils Auftraggebenden eigenständig qua Selbstverpflichtung der Auftragnehmenden darüberhinausgehende gleichstellungspolitische Eignungskriterien hinzufügen, ist nicht ersichtlich, aber wohl auch nicht ausgeschlossen.

Wirkliche Fortschritte für die Gleichstellung müssten also weiterhin vom (Landes-)Gesetzgeber ausgehen; das Instrument der Eigenerklärung im Vergaberecht kann auf Umsetzungsseite als Verstärker wirken.

Parallel dazu zeigt die Diskussion zur Tariftreue auf, dass durchaus der politische Wille besteht, über das Vehikel des Vergaberechts arbeitsrechtliche Implikationen zu erzeugen, auch wenn es sich dabei bislang um eine andere Perspektive als die der Gleichstellung handelt.²⁵ Zugleich wird deutlich, dass das

- 4 Verwaltungsvorschrift zum öffentlichen Auftragswesen, Ziffer 1.7; Zusätzliche Allgemeine Vertragsbedingungen Formular L215, Ziffer 11.
- 5 § 13 BerlAVG; § 13 LGG; § 1 Verordnung über die Förderung von Frauen und die Vereinbarkeit von Beruf und Familie bei der Vergabe öffentlicher Aufträge; Leistungsblätter Wirt-2141 P.
- 6 § 11 NTVergG.
- 7 Verwaltungsvorschrift der Landesregierung über die Vergabe öffentlicher Aufträge, Ziffer 10.3.1.1.
- 8 Verwaltungsvorschrift Öffentliches Auftrags- und Beschaffungswesen in Rheinland-Pfalz, Ziffer 8.1, Ziffer 12.
- 9 § 3 Brandenburgisches Vergabegesetz; §§ 4, 8, 9 Verordnung über die bevorzugte Berücksichtigung von Unternehmen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zur Förderung von Frauen im Erwerbsleben.
- 10 §§ 3, 5 Vergabegesetz Mecklenburg-Vorpommern.
- 11 § 3 Hessisches Vergabe- und Tarifreugesetz.
- 12 § 4 Thüringer Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge; Thüringer Verwaltungsvorschrift zur Vergabe öffentlicher Aufträge, Ziffern 4.3, 4.4, 13.2.3.
- 13 § 2 Vergabegesetz Schleswig-Holstein.
- 14 §§ 4, 8 Verordnung über die bevorzugte Berücksichtigung von Unternehmen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zur Förderung von Frauen im Erwerbsleben.
- 15 Verwaltungsvorschrift Öffentliches Auftrags- und Beschaffungswesen in Rheinland-Pfalz, Ziffern 8, 12.
- 16 Zum Instrument der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung s. gleich.
- 17 Bei der Eigenerklärung gibt es mehrere Stufen, die jedoch nicht einheitlich bezeichnet werden. Die obige Beschreibung definiert die einfache Eigenerklärung. Weitergehend gibt es die qualifizierte Eigenerklärung, in der die betreuende Person weitergehend mitteilt, wie sie den Verpflichtungen nachkommt, beispielsweise durch Zertifizierung, s. dazu gleich.
- 18 Verwaltungsvorschrift zum öffentlichen Auftragswesen (VVöA), Bekanntmachung der Bayerischen Staatsregierung, Nr. 1.7, Gebot des gleichen Entgelts für Frauen und Männer; Mindestarbeitsbedingungen.
- 19 § 13 BerlAVG.
- 20 § 13 LGG.
- 21 Vgl. § 1 II, § 2, § 4 Verordnung über die Förderung von Frauen und die Vereinbarkeit von Beruf und Familie bei der Vergabe öffentlicher Aufträge.
- 22 §§ 48 III, 50 VgV.
- 23 Zur Eigenerklärung nach § 48 II 1 VgV und dem herabgesetzten Beweisniveau für die öffentlichen Auftraggebenden s. BeckOK VergabeR-Mager, § 48 VgV Rn. 28 ff.
- 24 Verwaltungsvorschrift zum öffentlichen Auftragswesen, Ziffer 1.7.
- 25 Auch über das Zuwendungsrecht werden vergleichbare arbeitsrechtliche Implikationen erzeugt; vgl. dazu Künne, Das zuwendungsrechtliche Besserstellungsverbot aus arbeitsrechtlicher Perspektive.

Vergaberecht in den Ländern dem Bund einen Schritt voraus ist: Die meisten Bundesländer haben bereits Tariftreueregelungen implementiert;²⁶ der Referentenentwurf für ein Bundesstariftreugesetz liegt demgegenüber erst jetzt vor. Die Tariftreue wird in der Regel auch durch Erklärung versichert, fungiert also ebenso als Eigenerklärung. Insofern sollte die aktuelle Diskussion um die Tariftreue genutzt werden, um Synergien für die Wiederbelebung der sozialen Kriterien zu erzeugen.

Im Zusammenhang mit der Eigenerklärung ist weiterhin die Möglichkeit der Präqualifizierung von Unternehmen zu erwähnen, mithilfe derer dem Vergabeverfahren vorgelagert die Eignungsnachweise auftragsunabhängig überprüft werden können.²⁷ Die Präqualifizierung ist vergleichbar mit einer Zertifizierung über die Eignung des Unternehmens für die Teilnahme am Vergabeverfahren. Das Potential von Zertifizierung für Nachhaltigkeitsthemen, die zwingend auch Gender und Diversität berücksichtigen sollten, wird auch im Rahmen der Berichtspflichten relevant.²⁸ Bislang spielt die Zertifizierung im Vergaberecht auf Landesebene für Gleichstellungsbelange keine Rolle.²⁹ Dennoch sollte bei der Diskussion um Zertifizierung auch das Vergaberecht mitgedacht und der Prüfungsumfang um Gleichstellungsaspekte erweitert werden.

Zusammenfassung und Ausblick

Das Vergaberecht ist ein grundsätzlich geeignetes Instrument, um die Rolle von Gender und Diversität in auftragsnehmenden Unternehmen zu fördern und fordern. Damit können über die

Vergabe öffentlicher Aufträge erhebliche Impulse für die Privatwirtschaft erzeugt werden. Das Potential zur Einwirkung auf die Gleichstellung in Unternehmen wird bislang zu wenig genutzt. Die Bundesländer sind dem Bund dabei immerhin regulativ einen Schritt voraus und sehen teils vielfältigere Möglichkeiten vor, der Gleichstellung als soziales Kriterium zur Wirksamkeit zu verhelfen. Das sollte bei der geplanten „Transformation“ des Vergaberechts berücksichtigt werden. Gleichzeitig ist die Wirkkraft dahingehender vergaberechtlicher Instrumente, wie beispielsweise der Eigenerklärung, bislang grundlegend abhängig von den allgemeinen, vom Vergaberecht losgelösten gesetzlichen Vorgaben zur Gleichstellung.

DOI: 10.5771/1866-377X-2023-3-131

Exkurs: Die öffentliche Vergabe von IT-Projekten – eine Chance für Gleichstellungsbelange

Anke Stelkens

Vorsitzende der nichtständigen Kommission Digitales und Mitglied der Kommission Arbeits-, Gleichstellungs- und Wirtschaftsrecht, Rechtsanwältin in München

Vor dem Hintergrund des großen Marktvolumens öffentlicher Aufträge¹ – und hier insbesondere mit Blick auf die anstehenden großen Investitionsvorhaben in staatliche Digitalisierungsprojekte² – ist dringend zu fordern, das Vergaberecht für Gleichstellungsbelange nutzbar zu machen. Leider nutzt die Vergabepraxis diese Chance bisher nicht, wie in den Beiträgen von *Henneberger und Künne* in diesem Heft ausgeführt wird.

Ohne Rechtsverbindlichkeiten wird Gleichstellung von der Privatwirtschaft nicht umgesetzt werden. Das haben die vielen freiwilligen Vereinbarungen gezeigt, die seit über 20 Jahren als Appell ungehört verhallen.³ Der djb hat deshalb eine Konzeption für ein Gleichstellungsgesetz in der Privatwirtschaft vorgelegt, mit dem umfängliche Handlungspflichten für Unternehmen

1 Siehe dazu mit weiteren Nachweisen auf die Statistik in diesem Heft Henneberger „Gleichstellungspolitische Aspekte und Vergaberecht – kein Widerspruch“ in djbZ 3/2023 S. 121 ff. (S. 121).

2 Die Digitalstrategie der Bundesregierung sieht für die Jahre bis 2025 Investitionen in mehrere digitale „Leuchtturmprojekte“ und digitale Projekte mit „Hebelwirkung“ vor, die schnell realisiert werden sollen, siehe auf <https://www.bundesregierung.de/breg-de/weitere-themen/digitaler-aufbruch/digitalstrategie-20272884>; siehe dazu auch djb-Stellungnahme 22-22 vom 30.08.22 zur Digitalstrategie der Bundesregierung abrufbar unter <https://www.djb.de/presse/stellungnahmen/detail/st22-22> (letzter Zugriff für alle Links: 21.06.2023).

3 Z.B. die Vereinbarung zwischen der Bundesregierung und den Spartenverbänden der deutschen Wirtschaft von 2001 hat keine ausreichend positiven Veränderungen des Status Quo gebracht, siehe dazu Lange „Die Vereinbarung zwischen der Bundesregierung und den Spartenverbänden der deutschen Wirtschaft zur Förderung der Chancengleichheit von Frauen und Männern in der Privatwirtschaft und ihre Bilanzierung“, Berlin 2017 auf <https://www.genderopen.de/handle/25595/1373> und weitergehend zur Thematik die Analysen in den mittlerweile drei „Gleichstellungsberichten“ der Bundesregierung, abrufbar auf der Website des BMFSFJ unter <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/themen/gleichstellung/gleichstellungsberichte-der-bundesregierung>.