

ist daher ein starkes Argument für die Zulässigkeit der *subsidiären* sozialen Zuschlagskriterien.

## *VIII. Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen affirmative action-Maßnahmen und sozialen Zuschlagskriterien*

### *1. Individuelle Verantwortung der Bieterunternehmen*

Darüber hinaus spricht die gemeinschaftsrechtliche Billigung von *affirmative action*-Maßnahmen auch für die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien, die als „vollwertige“ Zuschlagskriterien ausgestaltet sind. Soziale Zuschlagskriterien können der Konstellation gleichen, daß im Wettbewerb um eine Position bei staatlichen Institutionen dem Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts der Vorzug gegeben wird, obwohl die Qualifikationen des männlichen Kandidaten höher einzustufen sind.

Dieser Vergleich mag auf den ersten Blick müßig erscheinen, hat der EuGH doch zuletzt in der *Abrahamsson*-Entscheidung unmißverständlich zum Ausdruck gebracht, daß derartige *affirmative action*-Maßnahmen, gegen das Diskriminierungsverbot verstößen und daher rechtswidrig sind<sup>1846</sup>. *Affirmative action*-Maßnahmen können keine Qualifikationsunterschiede ausgleichen<sup>1847</sup>. Auf den zweiten Blick jedoch ergeben sich im Hinblick auf den unmittelbaren Adressatenkreis der Normen Unterschiede zwischen *affirmative action*-Maßnahmen und sozialen Vergabekriterien. Bei dieser Gegenüberstellung ist das Augenmerk auf die folgenden zwei Vergleichspaare zu richten: Begünstigter der *affirmative action*-Maßnahmen ist der Kandidat, der als Mitglied einer gesellschaftlich benachteiligten Gruppe aus dem Bewerbungsverfahren erfolgreich hervorgeht. Im Vergabeverfahren wiederum profitiert dasjenige Bieterunternehmen, dem schließlich aufgrund der sozialen Vergabekriterien der Zuschlag erteilt wird. Demgegenüber stehen auf der Seite der Benachteiligten der aufgrund der *affirmative action*-Maßnahme unterlegene Kandidat sowie dasjenige unterlegene Bieterunternehmen, welches das nach rein betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten das wirtschaftlich günstigste Angebot abgegeben hat.

Das Hauptargument gegen derartige *affirmative action*-Maßnahmen ist, daß es für das konkret betroffene Individuum nicht zumutbar ist, ohne eine besondere subjektive Verantwortlichkeit benachteiligt zu werden. Es wird schlicht als ungerecht empfunden, daß der männliche Kandidat als Mitglied der gesellschaftlich dominanten Gruppe stellvertretend für die institutionelle Diskriminierungen von Frauen Einbußen seiner Rechtspositionen hinzunehmen hat. Denn das konkrete Individuum hat an dem generellen Problem der institutionellen Diskriminierung von bestimmten gesellschaftlichen Gruppen keinen Anteil und kann auch an seiner Eigenschaft als Mitglied der gesellschaftlich dominanten Gruppen nichts ändern.

Diese Feststellung trifft jedoch in der vergaberechtlichen Konstellation auf die betroffenen Bieterunternehmen nicht zu. Im Gegenteil, den Bieterunternehmen, welche die sozialen Vergabekriterien nicht erfüllen, kann *Verhaltensverantwortlichkeit* zur Last gelegt werden. Denn eine nach gesellschaftlichen Gruppen segregierte Personalstruktur läßt auf eine selektiven Auswahlprozeß schließen. Zwar mag es für ein Bieterunternehmen, welches Arbeitskräfte auf einem Arbeitsmarkt rekrutiert, der gruppenspezifisch segmentiert ist, konkret sachliche Grün-

<sup>1846</sup> EuGH, Rs. C-407/98 (Abrahamsson), Slg. 2000, I-5539, Rdnr. 56.

<sup>1847</sup> Numhauser-Henning, ILJ 2001, 121 (124).

de dafür geben, diese Segregation auch im eigenen Betrieb widergespiegelt zu sehen<sup>1848</sup>. Die Summe all dieser Entscheidungen trägt jedoch zu einer Reproduktion der gesellschaftlichen Ungleichheiten bei<sup>1849</sup>. Insofern gibt es im Fall der Bieterunternehmen durchaus einen Anknüpfungspunkt für den Normbefehl der sozialen Zuschlagskriterien. Der Anknüpfungspunkt ist in dem unsozialem Verhalten zu sehen, welches quasi eine „Ingerenz“ der Bieterunternehmen begründet.

## 2. Öffnungsklausel und Relative Ausschlußwirkung sozialer Zuschlagskriterien

Des weiteren gilt zu berücksichtigen, daß auch soziale Vergabekriterien kein System „absoluter und unbedingter Präferenz“ schaffen<sup>1850</sup>. Der EuGH akzeptierte die Anwendung von *affirmative action*-Maßnahmen nur unter Hinzutreten einer Öffnungsklausel (*saving clause, hardship clause*), die es dem öffentlichen Arbeitgeber erlaubt, bei Vorliegen besonderer Umstände in der Person des männlichen Kandidaten von der Anwendung der *affirmative action*-Maßnahme abzusehen<sup>1851</sup>. Pattsituation und Öffnungsklausel schwächen die benachteiligende Wirkung der *affirmative action*-Maßnahme gegenüber den männlichen Kandidaten ab<sup>1852</sup> und ermöglichen per Rückausnahme eine flexible Korrektur.

Diese abmildernde Wirkung von Pattsituation und Öffnungsklausel übernimmt im Fall der sozialen Vergabekriterien die Ausgestaltung als Zuschlagskriterien. Auch hier kommt es zu keiner absolut und automatisch wirkenden Bevorzugung. Denn wie von Befürwortern<sup>1853</sup> wie auch Gegnern<sup>1854</sup> sozialer Vergabekriterien gleichermaßen zugestanden wird, zeichnen sich soziale Zuschlagskriterien gerade durch ihre *relative Ausschlußwirkung* aus. Auf der Stufe der Zuschlagsentscheidung ist der soziale Aspekt nur einer unter vielen betriebswirtschaftlichen Kriterien und kann damit auch überstimmt werden. Folglich werden sich Bieterunternehmen mit herausragend betriebswirtschaftlich günstigen Angeboten im Vergabeverfahren auch zukünftig durchsetzen, ohne die Bedingungen der sozialen Zuschlagskriterien zu erfüllen. Die Beurteilung der Angebote nach ihrer betriebswirtschaftlichen Günstigkeit, genießt weiterhin Vorrang gegenüber der Bevorzugung des sozial verantwortlich handelnden Bieterunternehmens. Die Auswahlfunktion bleibt in ihren Grundsätzen erhalten. Die Flexibilität, welche die Öffnungsklausel als Rückausnahme von der grundsätzlichen Präferenzregelung erzielt, ist sozialen Vergabekriterien in ihrer Ausgestaltung als Zuschlagskriterien geradezu inhärent.

## 3. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Zudem erfüllen soziale Zuschlagskriterien auch die im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit geäußerten Vorgaben für *affirmative action*-Maßnahmen. Prinzipiell darf bei Interessenkonflikten das Recht der nicht von der Norm profitierenden Zielgruppe nicht übermäßig beschnitten werden. Das Übermaßverbot ist im Fall der *affirmative action*-Maßnahmen dann berührt, wenn die Wirkungen der Korrekturmaßnahmen nicht in einem

1848 Kocher, RdA 2002, 167 (169).

1849 Kocher, RdA 2002, 167 (169).

1850 Vgl. GA Saggio, Schlußanträge, Rs. C-407/98 (Abrahamsson), Slg. 2000, I-5539, Rdnr. 28.

1851 GA Saggio, Schlußanträge, Rs. C-407/98 (Abrahamsson), Slg. 2000, I-5539, Rdnr. 30.

1852 Vgl. GA Saggio, Schlußanträge, Rs. C-407/98 (Abrahamsson), Slg. 2000, I-5539, Rdnrn. 28, 30, 32.

1853 Krohn, NZBau 2004, 92 (94); Schneider, DVBl. 2003, 1187 (1190).

1854 Vgl. Forum vergabe, Monatsinfo 6/02, 95; Kling, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 212.

angemessenen Verhältnis zu den tatsächlichen Bedürfnissen der benachteiligten Zielgruppe stehen. GA Saggio sah diese Situation als gegeben an, wenn sich beispielsweise erweisen sollte, daß sich die Frauen- und Männeranteile in einem Betrieb oder im öffentlichen Bereich nur unerheblich unterscheiden<sup>1855</sup>. Soziale Zuschlagskriterien haben nun den Vorteil, daß sie als produktionsbezogene Bedingungen für einen konkreten öffentlichen Auftrag ohnehin individuell zugeschnitten sind. Nach dem *mainstreaming*-Ansatz sind die öffentlichen Auftraggeber dazu gehalten, innerhalb ihres Verantwortungsbereichs den Bedarf für soziale Vergabekriterien zu klären und ihre Vorgaben stets der sozialen Realität anzupassen.

#### 4. Objektives Verfahren

Des weiteren erfüllen soziale Vergabekriterien bereits eine weitere im Kontext mit *affirmative action*-Maßnahmen aufgestellte Bedingung: Der EuGH hat in den Urteilen *Marschall*<sup>1856</sup>, *Badeck*<sup>1857</sup> und *Abrahamsson*<sup>1858</sup> die Forderung aufgestellt, daß die öffentlichen Arbeitgeber in jedem Einzelfall eine objektiven Beurteilung der Bewerbungen vorzunehmen haben, bei der alle Elemente des persönlichen und beruflichen Profils der Bewerber berücksichtigt werden. Hierbei hatte der EuGH hervorgehoben, daß „die Kriterien in transparenter und nachprüfbarer Weise angewandt werden müssen, um jede willkürliche Beurteilung der Qualifikation der Bewerber auszuschließen“<sup>1859</sup>. Das Recht des öffentlichen Auftragsvergabe stellt jedoch nicht nur ein objektives Verfahren zur Verfügung, das den geschilderten Anforderungen entspricht. Das Vergabeverfahren gemäß den Vorgaben der Vergaberichtlinien ist geradezu die Inkarnation eines solchen objektiven Auswahlverfahrens.

#### 5. Fiktion der Gleichwertigkeit

Ein weiterer Grund, warum man in der vergaberechtlichen Konstellation regelungstechnisch nicht auf der Stufe der Pattsituation Halt machen kann, ist die Tatsache, daß kaum jemals zwei Angebote identisch, i.e. gleich wirtschaftlich günstig sein werden<sup>1860</sup>. Wie GA Saggio in seinen Schlußanträgen zur Rechtssache *Abrahamsson* zu Recht anmerkte: Gleichwertigkeit stellt eine Fiktion dar, wenn man bedenkt, daß es praktisch unmöglich oder äußerst schwierig ist, zwei oder mehrere Bewerber auf dieselbe Stufe zu stellen<sup>1861</sup>. Angesichts der Komplexität und Fülle der in der Zuschlagsphase einschlägigen Vergabekriterien stellt sich die Pattsituation auch bei der öffentlichen Auftragsvergabe als ein eher hypothetischer Fall dar. In der Wettbewerbssituation des Vergabeverfahrens wird sich jedes Bieterunternehmen auf bestimmte Vergabekriterien kaprizieren und versuchen, sich darüber zu profilieren. Es wird daher äußerst selten vorkommen, daß einmal zwei Angebote exakt dieselbe Punktzahl erreichen.

1855 GA Saggio, Schlußanträge, Rs. C-158/97 (Badeck), Slg. 2000, I-1875, Rdnr. 29.

1856 EuGH, Rs. C-409/95 (Marschall), Slg. 1997, I-6363, Rdnr. 33.

1857 EuGH, Rs. C-158/97 (Badeck), Slg. 2000, I-1875, Rdnr. 22.

1858 EuGH, Rs. C-407/98 (Abrahamsson), Slg. 2000, I-5539, Rdnr. 43.

1859 EuGH, Rs. C-407/98 (Abrahamsson), Slg. 2000, I-5539, Rdnr. 49.

1860 Kling, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 587.

1861 GA Saggio, Schlußanträge, Rs. C-407/98 (Abrahamsson), Slg. 2000, I-5539, Rdnr. 28.

## 6. Ergebnis

Der Vergleich mit den gemeinschaftsrechtlich gebilligten *affirmative action*-Maßnahmen spricht für die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit sozialer Zuschlagskriterien. Erstere teilen mit letzteren eine Reihe von Gemeinsamkeiten wie die Wettbewerbssituation, die Förderungsziele und die gemeinschaftsgerichtliche Entwicklung. Auch in der konkreten Gegenüberstellung empfehlen sich die sozialen Zuschlagskriterien dank ihrer relativen Ausschlußwirkung sowie der Transparenz und Objektivität des Vergabeverfahrens. Aus Gründen der Homogenität und Kongruenz der Gemeinschaftsrechtsordnung entfaltet der vom EuGH erarbeitete statthafte Rahmen für *affirmative action*-Maßnahmen daher auch Indizwirkung für die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit sozialer Zuschlagskriterien.