

sichern. Während individuelles Fehlverhalten über die Organisationsdisziplin verhindert werden muss, können strukturelle Manipulationsrisiken nur durch externe Kontrollen abgewendet werden. Diskutiert – und im Rahmen des LkSG schon vorgeschrieben – werden Formen der öffentlichen Kontrolle durch eine Veröffentlichungspflicht auf Unternehmenswebseiten oder in öffentlichen Registern. Unternehmensentwicklungen aber auch der Wahrheitsgehalt der Berichte sollen damit nach außen nachvollziehbar sowie zivilgesellschaftlich und wissenschaftlich diskutierbar werden. So kann Druck auf die Unternehmen ausgeübt und die Reputationsinteressen der Unternehmen genutzt werden. Allerdings werden bestimmte Manipulationen nach außen nur schwer erkennbar oder nachweisbar sein, wie z.B. die Verzerrung der Datenlage, das Weglassen von Informationen, aber auch Fehler aufgrund der Unwissenheit der Unternehmen hinsichtlich bestimmter sozialer Belange. Um so entscheidender kommt es darauf an, den Berichtsprozess selbst zu schützen.

Neben externen Monitoring-Instrumenten, die aber immense staatliche Ressourcen verschlingen und in privater Hand selbst hohes Manipulationspotential haben,<sup>36</sup> könnte gerade der Umstand des vermehrten Einsatzes digitaler Erhebungs- und Berichtstools genutzt werden. Denn eine Zertifizierung der zur Erhebung und Analyse der sozialen Situation in den Unternehmen eingesetzten digitalen Tools könnte Abhilfe schaffen. Solche Prüfverfahren könnten nicht nur untersuchen, ob die eingesetzten

digitalen Tools den festgeschriebenen Standards entsprechen und damit richtige Daten im oben beschriebenen Sinn erzeugen, sondern auch, ob sie manipulationssicher gestaltet sind.

Die Verwendung zertifizierter Berichtstools könnte als Siegel dienen und die Grundlage für staatliche Kontrollen sein. Mit Blick auf die Zielrichtung der Regulierungsinitiativen kann argumentiert werden, dass eine solche prozedurale Absicherung des Berichtspflichtenprozesses Teil des staatlichen Schutzauftrages und damit unumgänglich ist. Hinweise für eine dahingehende staatliche Gestaltungspflicht finden sich auch in den Erwägungsgründen 13 und 60 der europäischen CSRD.

Der Gesetzgeber ist nun gefragt, auch die Gleichstellungsberichterstattung in diesem Sinn voranzutreiben. Die Prämissen für ihre Wirksamkeit sind dank der Erfahrungswerte aus der Nachhaltigkeitsberichterstattung offensichtlich. Es bedarf bindender und umfangreicher gesetzlicher Regelungen und rechtssicherer Standardisierungen, die die Datengrundlage der Berichte sichern und so die entscheidenden innerbetrieblichen Reflexionsprozesse über die Gleichstellungssituationen auslösen können. Bei der Umsetzung der Lohntransparenzrichtlinie in deutsches Recht können diese Prämissen mit Blick auf gleichstellungspolitische Besonderheiten erprobt werden.

36 European Center for Constitutional and Human Rights u.a., Menschenrechtsfitness von Audits und Zertifizierern?, 2021.

DOI: 10.5771/1866-377X-2023-3-121

## Gleichstellungspolitische Aspekte und Vergaberecht – kein Widerspruch

**Jutta Henneberger**

Regierungsdirektorin im Hessischen Ministerium der Finanzen, Wiesbaden<sup>1</sup>

Öffentliche Auftraggeber<sup>2</sup> haben eine enorme Marktmacht. Für das erste Halbjahr 2021 liefern das Statistische Bundesamt<sup>3</sup> und der Bericht des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK)<sup>4</sup> nunmehr transparente und valide Zahlen zum Beschaffungsvolumen in Deutschland: Öffentliche Auftraggeber, Sektorenauftraggeber- und Konzessionsgeber erreichen in nur sechs Monaten bei über 86.000 Vergaben ein Beschaffungsvolumen von etwa 53 Milliarden Euro in der Oberschwelle und im Unterschwellenbereich.<sup>5</sup> Die EU-Kommission schätzt, dass das Beschaffungsvolumen aller öffentlichen Auftraggeber in der EU etwa 14 Prozent des Bruttoinlandsprodukts beträgt.<sup>6</sup>

Als maßgeblicher Wirtschaftsfaktor kommt der öffentlichen Beschaffung damit entscheidende Bedeutung zur Umsetzung politisch-strategischer Ziele zu. Einfallsstör zur Umsetzung vieler dieser Ziele sind Nachhaltigkeitsaspekte, die in vergaberechtlichen Regelungen an diversen Stellen verankert sind.<sup>7</sup> Dazu zählen

neben den umweltbezogenen Kriterien auch soziale Kriterien, darunter auch gleichstellungspolitische Aspekte.

- 1 Der Beitrag spiegelt die persönliche Ansicht der Autorin wider.
- 2 § 98 GWB: Auftraggeber im Sinne des 4. Teils des GWB sind öffentliche Auftraggeber (§ 99 GWB), Sektorenauftraggeber (§ 100 GWB) und Konzessionsgeber (§ 101 GWB).
- 3 online: Vergabestatistik – Statistisches Bundesamt (destatis.de) (Zugriff für alle Links: 30.05.2023).
- 4 Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (im Folgenden BMWK): Vergabestatistik – Bericht für das erste Halbjahr 2021, Oktober 2022, S. 10 Nr. 1.1, online: <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Dossier/oefentliche-auftrage-und-vergabe.html>.
- 5 Oberschwellenwerte vgl. § 106 Abs. 2 GWB.
- 6 European Commission: SME needs analysis in public procurement, final report, February 2021, executive summary, online: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/ee874832-decc-11eb-895a-01aa75ed71a1/language-en>. Mitteilung der Europäischen Kommission „Sozialorientierte Beschaffung – ein Leitfaden für die Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (2. Ausgabe)“ vom 26. Mai 2021, C(2021) 3573 final.
- 7 Einen guten Überblick geben Lausen/Pustal: Berücksichtigung von Nachhaltigkeitskriterien im Vergaberecht, NZBau 2022, S. 3 ff.; Beneke: Nachhaltige Beschaffung als ganzheitlicher Ansatz, VergabeR 2018, S. 227 ff.

Der aktuelle Koalitionsvertrag<sup>8</sup> gibt als Ziele vor, sich für die Entgeltgleichheit von Frauen und Männern einzusetzen und für Geschlechtergerechtigkeit einzutreten. Bislang blieb die Umsetzung des Koalitionsvertrags weitgehend aus.<sup>9</sup> Ende 2022 initiierte das BMWK eine öffentliche Konsultation zur Transformation des Vergaberechts («Vergabetransformationspaket»). Hierbei wurde unter dem Aktionsfeld 2 die Stärkung der sozial nachhaltigen Beschaffung thematisch aufgegriffen.<sup>10</sup>

Man sollte daher meinen, es sei im Jahr 2023 selbstverständlich, dass Kriterien wie Entgeltgleichheit oder Geschlechtergerechtigkeit auch im Beschaffungswesen eine gewichtige Rolle spielen. Denn öffentliche Auftraggeber können durch geschickte Forderungen nachhaltiger Kriterien Bieter – mittelbar – dazu bringen, ihre Unternehmensziele im Sinne der Nachhaltigkeit zu formulieren.

Zwar können soziale Kriterien im Vergabebereich berücksichtigt werden, jedoch muss vergaberechtlich eine Verbindung zum Auftragsgegenstand mit Blick auf den Inhalt des Angebots vorliegen. Nach der herrschenden Kommentarliteratur und der Ansicht von Praktiker\*innen ist Frauenförderung und Gleichstellung indes eine angebots-externe Unternehmenspolitik, sodass deren positive Berücksichtigung als Vergabekriterien zumindest im Oberschwellenbereich fast ohne konkrete Auswirkung auf die gelebte Vergabapraxis bleiben dürfte (vgl. dazu, wie die Bundesländer damit umgehen, den Beitrag von *Katharina Künne* in diesem Heft).

Die vorliegenden empirischen Daten liefern ein ernüchternes Bild. Nachhaltigkeitskriterien machen nur einen geringen Anteil bei der öffentlichen Auftragsvergabe im Allgemeinen aus: Im Ober- und Unterschwellenbereich wurden Nachhaltigkeitskriterien lediglich bei 10.825 öffentlichen Aufträgen oder Konzessionen auf Bundes-, Landes-, kommunaler Ebene sowie bei sonstigen Auftraggebern berücksichtigt, was 12,4 Prozent der Vergaben für das erste Halbjahr 2021 entspricht.<sup>11</sup> Im Ober- und Unterschwellenbereich wurden am häufigsten umweltbezogene Kriterien berücksichtigt, während die Fälle, in denen soziale Kriterien im Oberschwellenbereich Beachtung fanden, im niedrigen einstelligen Prozentbereich liegen.<sup>12</sup>

#### A. Positive Berücksichtigung von Nachhaltigkeitskriterien in der öffentlichen Auftragsvergabe nach dem GWG und der VgV im Oberschwellenbereich

Das Vergaberecht wurde im Jahr 2016 umfassend mit einer Neufassung des im 4. Teils des GWB geregelten Rechts der Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen u.a. mit dem Ziel der verstärkten Unterstützung strategischer Ziele wie soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte novelliert.<sup>13</sup> Dieser Teil des GWB gilt nur für die sogenannte Oberschwelle.<sup>14</sup>

Jedoch enthält – immer noch – weder das GWB, die VgV noch die Vergaberechtlinie 2014/24/EU eine Legaldefinition des Begriffs der Nachhaltigkeit.<sup>15</sup> In der Gesetzesbegründung zur Vergaberechtsmodernisierung hat der Gesetzgeber allerdings klargestellt, dass „qualitative, soziale, umweltbezogene oder innovative (nachhaltige) Aspekte einbezogen werden“ können.<sup>16</sup>

Damit handelt es sich vergaberechtlich bei all diesen Aspekten um Nachhaltigkeitskriterien.

Zudem ist dem die Grundsätze der Vergabe regelnden § 97 Abs. 3 GWB zu entnehmen, dass bei der Vergabe „Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte nach Maßgabe dieses Teils berücksichtigt“ werden. Obgleich der Wortlaut der Norm eine zwingende Berücksichtigung nahelegt, steht es indes im Ermessen des öffentlichen Auftraggebers, ob und wie er Nachhaltigkeitsaspekte bei der Vergabe berücksichtigt. Dies ergibt sich erst aus weiteren, konkretisierenden Regelungen.<sup>17</sup>

Nachhaltigkeitskriterien zur Verfolgung strategischer Ziele können grundsätzlich in allen Vergabephassen berücksichtigt werden.<sup>18</sup> Hiermit sind die Leistungsbeschreibung,<sup>19</sup> die Zu-

- 8 Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, Mehr Fortschritt wagen, Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, online: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/koalitionsvertrag-2021-1990800>.
- 9 Dazu der djb/Heide Pfarr, Positionspapier: Der Koalitionsvertrag aus gleichstellungspolitischer Sicht, djbZ 2/2022, S. 51 f.; vgl. auch Deutscher Juristinnenbund e.V. (djb), Stellungnahme 21-15, Frauenpolitische Forderungen zur Bundestagswahl 2021, vom 05.07.2021, online: <https://www.djb.de/presse/stellungnahmen/detail/st21-15>.
- 10 Zur öffentlichen Konsultationsrunde: <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Artikel/Service/Gesetzesvorhaben/oefentliche-konsultation-zur-transformation-des-vergaberechts.html>; Fragebogen für Stakeholder: <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/F/fragebogen-stakeholder-vergabetransformationspaket.html>.
- 11 BMWK, Vergabestatistik (Fn. 4) ebd. S. 31.
- 12 BMWK, Vergabestatistik (Fn. 4) ebd. S. 33 Ziffer 6.3 sowie S. 35 Ziffer 6.4.
- 13 Art. 1 des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz) vom 17. Februar 2016, BGBl. I S. 203 ff.; Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-DRs. 18/6281, S. 1.
- 14 Bei der Oberschwelle übersteigen die geschätzten Auftragswerte (vgl. § 3 Abs. 1 VgV) ohne Umsatzsteuer bestimmte Schwellenwerte (§ 106 Abs. 1 GWB). Im Bereich der Liefer- und Dienstleistungen gilt aktuell ein Oberschwellenwert von 215.000 Euro, bei Bauaufträgen von 5.382.000 Euro (§ 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB i.V.m. Art. 4 der Richtlinie 2014/24/EU i.V.m. Art. 1 Nr. 1 der delegierten Verordnung 2021/1952/EU vom 10. November 2021). Die in diesem Beitrag erfolgenden Ausführungen beziehen sich auf die Oberschwellenvergabe und insbesondere auf die öffentliche Auftragsvergabe von Liefer- und Dienstleistungen im Bereich der Richtlinie 2014/24/EU (ohne Bausachen). Für den Unterschwellenbereich wird auf die Ausführungen von Katharina Künne (in diesem Heft) verwiesen.
- 15 Die Richtlinie 2014/24/EU zitiert in den EG vielfach den Begriff der Nachhaltigkeit und enthält lediglich eine Regelung für den Grundsatz für die Vergabe bei sozialen Dienstleistungen (Art. 76 Abs. 2 a.E.).
- 16 BT-DRs. 18/6281, S. 68 zu § 97 Abs. 3 sowie S. 57.
- 17 Ziekow in Ziekow/Völling, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 97 GWB Rn. 61; Michael Fehling in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, § 97 GWB Rn. 101; Kühnast in Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2022, § 97 GWB Rn. 93.
- 18 So auch die Begründung des Gesetzgebers, BT-DRs. 18/6281, S. 57, 68, Ziekow in Ziekow/Völling, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 97 GWB Rn. 68; Kühnast in Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, § 97 GWB Rn. 117.
- 19 Die Merkmale des Auftragsgegenstands in der Leistungsbeschreibung können auch Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen (§ 31 Abs. 3 Satz 1 VgV).

schlagskriterien,<sup>20</sup> die Ausführungsbedingungen<sup>21</sup> und die Eignungskriterien<sup>22</sup> gemeint.

### 1. Sind gleichstellungspolitische Kriterien auch soziale Kriterien der Nachhaltigkeit in der Beschaffung?

Historisch hatte bereits der EU-Richtliniengeber bei der Novellierung der Vergaberichtlinie 2014/24/EU Gleichstellungsaspekte im Blick. So führt Erwägungsgrund 98 zur Auftragsausführung aus, dass „hinter deren Bedingungen auch die Absicht stehen“ könnte, „die Umsetzung von Maßnahmen zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern am Arbeitsplatz, die verstärkte Beteiligung der Frauen am Erwerbsleben und die Vereinbarkeit von Arbeit und Privatleben [...] zu begünstigen [...] und mehr benachteiligte Personen als nach nationalem Recht gefordert einzustellen.“ Die Richtlinie 2014/24/EU regelt in ihren Artikeln jedoch nur den Begriff „sozial“, nicht jedoch ausdrücklich die darunter zu fassenden gleichstellungspolitischen Aspekte.

Im Rahmen der Novellierung des Vergaberechts im Jahr 2016 erläuterte der nationale Gesetzgeber, dass in Umsetzung der EU-Richtlinien<sup>23</sup> die Möglichkeit geboten wird, soziale Aspekte in die öffentliche Beschaffung verstärkt zu integrieren. Davon umfasst seien „gleichstellungspolitische Aspekte, soweit die zwingenden Bedingungen der Vergaberichtlinie für deren Einbeziehung eingehalten werden“.<sup>24</sup> Wie dies jedoch konkret in der Beschaffung angesichts der Problematik des Auftragsgegenstandsbezugs<sup>25</sup> umsetzbar sein könnte, lassen das GWG und die VgV leider offen.<sup>26</sup>

Im Jahr 2021 hat die EU-Kommission einen wenig beachteten Leitfaden zur sozial orientierten Beschaffung veröffentlicht.<sup>27</sup> Ausgeführt wird, dass die öffentliche Auftragsvergabe einen „sozialen Nutzen erzielt und dass negative soziale Auswirkungen während der Auftragsausführung verhindert oder abgemildert werden sollen“.<sup>28</sup> Als soziales Kriterium sah die EU-Kommission u.a. die „Gleichstellung der Geschlechter (z.B. Förderung der Vereinbarkeit von Berufs- und Privatleben, Verringerung der sektoralen und beruflichen Segregation, Gewährleistung der Gleichbehandlung am Arbeitsplatz)“ an<sup>29</sup> und nimmt u.a. ausdrücklich Bezug auf die Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung der UN (und die darin verankerte Chancengleichheit und Gleichbehandlung für alle Frauen und Männer) sowie die Geschlechtergleichstellung und Nichtdiskriminierung beim Zugang zu Beschäftigung sowie die ILO-Kernarbeitsnormen.<sup>30</sup> Dass der Leitfaden wenig Beachtung fand, liegt wohl daran, dass er nicht verbindlich ist, worauf die EU-Kommission auch prominent hinweist. Nach Ansicht der Kommission handelt es sich um Ideen, die ggf. national angepasst werden müssten.<sup>31</sup>

Klarheit für den wichtigen gleichstellungspolitischen Aspekt des Grundsatzes des gleichen Entgelts schafft die im Mai 2023 veröffentlichte EU-Lohntransparenzrichtlinie.<sup>32</sup> Art. 24 Abs. 1 der Richtlinie regelt u.a., dass zu den geeigneten Maßnahmen, die die Mitgliedstaaten im Einklang mit Art. 18 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU ergreifen, solche Maßnahmen gehören, mit denen sichergestellt wird, dass der Grundsatz des gleichen Entgelts bei der Ausführung von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen eingehalten wird. Nach Art. 18 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU gehören hierzu alle für das Unternehmen geltenden

umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen, die durch Rechtsvorschriften der Europäischen Union, einzelstaatliche Rechtsvorschriften, aber auch durch für das Unternehmen verbindliche Tarifverträge festgelegt sind.<sup>33</sup>

National wurde Art. 18 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU durch § 128 Abs. 1 GWB umgesetzt.<sup>34</sup> Dieser regelt die einzuhaltenden Verpflichtungen von Unternehmen bei der Auftragsausführung. Bislang enthält er keinen Bezug zum Grundsatz der Entgeltgleichheit. § 128 Abs. 1 GWB sollte daher erweitert werden; auch eine Umsetzung der EU-Richtlinie an anderer Stelle wäre anzudenken.

Angesichts der Tatsache, dass die EU-Lohntransparenzrichtlinie die Entgeltgleichheit zur sozialen Verpflichtung des Art. 18 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU erhebt, kann als eine Art Minus geschlossen werden, dass gleichstellungspolitische Aspekte als soziale Nachhaltigkeitskriterien des Vergaberechts anzusehen sind. Gleichstellungspolitische Aspekte sind jedoch national nicht ausdrücklich im GWG oder in der VgV geregelt.<sup>35</sup>

Nicht nur in Deutschland fehlt eine klare gesetzliche Verankerung auf Bundesebene: Eines der Schlüsselergebnisse der Studie des European Institute for Gender Equality (EIGE) war, dass die meisten EU-Staaten das Ziel der Geschlechtergerechtigkeit

- 20 Beim Zuschlag, der auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt wird, können zu dessen Ermittlung neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigt werden (§ 127 Abs. 1 Satz 4 GWB, § 58 Abs. 2 Satz 2 VgV).
- 21 Die Ausführungsbedingungen können insbesondere wirtschaftliche, innovationsbezogene, umweltbezogene, soziale oder beschäftigungspolitische Belange oder den Schutz der Vertraulichkeit von Informationen umfassen (§ 128 Abs. 2 Satz 3 GWB).
- 22 Bei den Eignungskriterien gibt es zunächst keinen Bezug zur Nachhaltigkeit (vgl. § 122 GWB).
- 23 Gemeint sind die Vergaberichtlinie 2014/24/EU, die Sektorenauftraggeber-Richtlinie 2014/25/EU und die Konzessionsgeber-Richtlinie 2014/23/EU.
- 24 BT-Drs. 18/6281, S. 66.
- 25 S. hierzu die Ausführungen zu 2.
- 26 Lampert in Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 2 (Hrsg. Burgi/ Dreher) 3. Auflage 2019, § 31 VgV Rn. 62 zur Leistungsbeschreibung: Allgemeine Anforderungen an die Führung oder die Organisation des Unternehmens des Auftragsnehmers und Zielvorstellungen (z.B. Anteil von Frauen) lassen sich nicht mittels technischer Anforderungen umsetzen und sind der Regelung durch den Bundes- oder Landesgesetzgeber vorbehalten; EIGE (Fn. 36), S. 23: In Deutschland gibt es auf nationaler Ebene keine (vergaberechtlichen) Gesetze zur Geschlechtergerechtigkeit.
- 27 Mitteilung der Europäischen Kommission „Sozialorientierte Beschaffung – ein Leitfaden für die Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (2. Ausgabe)“ vom 26. Mai 2021, C(2021) 3573 final.
- 28 EU-KOM, Leitfaden „Sozialorientierte Beschaffung“, (Fn. 27), ebd. S. 8.
- 29 EU-KOM, Leitfaden „Sozialorientierte Beschaffung“, (Fn. 27), ebd. S. 6, 11 f., 87; EU-KOM: „A Union of Equality: Gender Equality Strategy 2020–2025“, COM (2020) 152 final, S. 17.
- 30 EU-KOM, Leitfaden „Sozialorientierte Beschaffung“, (Fn. 27), ebd. S. 25, 33.
- 31 EU-KOM, Leitfaden „Sozialorientierte Beschaffung“, (Fn. 27), ebd. S. 3.
- 32 Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Stärkung der Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit durch Lohntransparenz und Durchsetzungsmechanismen, ABl. L 132/23 vom 17.05.2023.
- 33 Art. 18 Abs. 2 Richtlinie 2014/24/EU; vgl. auch Stolz in Ziekow/ Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 124 GWB Rn. 7.
- 34 BT-Drs. 18/6281, S. 113, zu § 128 Abs. 1 GWB.
- 35 Vgl. dazu, wie die Bundesländer damit umgehen, den Beitrag von Katharina Künne in diesem Heft.

nicht in ihre nationalen Vergaberechtsregelungen implementiert haben.<sup>36</sup> Die EIGE-Studie identifiziert als Hinderungsgrund, dass die EU-Richtlinie 2014/24/EU zwar in EG 98 darauf Bezug nehme, jedoch dies nicht allgemein als Ziel deklariert und auch nicht rechtlich in der Richtlinie verankert wurde, wodurch die Richtlinie durch die Mitgliedstaaten eng ausgelegt worden sei.<sup>37</sup>

## 2. Die Erforderlichkeit des Auftragsgegenstandsbezug

Die wohl größte Hürde zur positiven Berücksichtigung von Geschlechtergerechtigkeit als Vergabekriterium dürfte indes sein, dass das GWB in beinahe wortgetreuer Umsetzung der EU-Richtlinien für die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten zwingend einen Bezug zum Auftragsgegenstand verlangt. Dies betrifft wieder alle Vergabekriterien, die Zuschlagskriterien,<sup>38</sup> die Auftragsausführungsbedingungen,<sup>39</sup> die Leistungsbeschreibung<sup>40</sup> und die Eignungskriterien.<sup>41</sup>

Die legale Ausgestaltung zeigt, dass die zwingend erforderliche Verbindung auftragsbezogen und nicht unternehmensbezogen sein muss.<sup>42</sup> Lausen stellt dies als Korrektiv dar. Hierdurch werde sichergestellt, dass sich die Nachhaltigkeitskriterien auf den Angebotsinhalt selbst und nicht auf angebotsäußere Faktoren wie die unternehmerische Sozialpolitik beziehen.<sup>43</sup>

Die Kompetenzstelle für nachhaltige Beschaffung beim Beschaffungsamt des Bundesministerium des Innern (im Folgenden: KNB)<sup>44</sup> verortet soziale Aspekte beim Herstellungsprozess, den Arbeits- oder Auslieferungsbedingungen und führt aus, dass soziale Aspekte in der Beschaffung „gem. § 97 Absatz 3 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen entsprechend der dortigen Regelungen berücksichtigt“ werden.<sup>45</sup> Bei dieser Formulierung bleibt es im Vagen, ob die KNB die Voraussetzungen für die soziale Beschaffung nur aus der Norm des § 97 Abs. 3 GWB herleiten will oder ob sie auf weitere, nicht auf ihrer Website aufgeführte Rechtsnormen verweisen will, zumal auch nicht ausdrücklich auf die zwingende Verbindung zum Auftragsgegenstand verwiesen wird, sondern ungenau darauf, dass sich „Öffentliche Beschaffung immer auf einen konkreten Produkt- bzw. Leistungsbedarf“ bezieht.<sup>46</sup>

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass sich die Zulässigkeit der Berücksichtigung eines Nachhaltigkeitskriteriums jedoch nicht direkt aus § 97 Abs. 3 GWB herleiten lässt, sondern sich ausschließlich nach den jeweils einschlägigen und legal verankerten Vergabekriterien richtet.<sup>47</sup> Dies lässt sich dem Wortlaut der Norm,<sup>48</sup> der historischen<sup>49</sup> und der systematischen Auslegung im Gefüge des 4. Teils des GWB<sup>50</sup> entnehmen. Lediglich nach einer teleologischen Auslegung, die nach dem Sinn und Zweck der Norm fragt, könnte zu dem Ergebnis gelangt werden, dass die soziale Beschaffung sich nur nach der Grundnorm richtet.

Im Ergebnis handelt es sich daher bei § 97 Abs. 3 GWB nicht um eine Rechtsgrundlage zur Herleitung der Berücksichtigung sozialer Kriterien im Beschaffungsprozess, sondern lediglich um einen Verweis auf die zuvor zitierten konkretisierenden Vergabekriterien.

## 3. Die Verbindung mit dem Auftragsgegenstand bei gleichstellungspolitischen Kriterien

Es bleibt daher bei dem Erfordernis des zwingenden Bezugs zum Auftragsgegenstand. Und gerade dessen Verankerung ist

- 36 European Institute for Gender Equality (EIGE), Gender-responsive public procurement in the EU, 2022, Report, S. 22, 26; Dort als Ausnahmen erwähnt: Spanien, Frankreich und Schweden; der Report ist downloadbar auf: [https://eige.europa.eu/gender-mainstreaming/toolkits/grpp?language\\_content\\_entity=en](https://eige.europa.eu/gender-mainstreaming/toolkits/grpp?language_content_entity=en).
- 37 EIGE (Fn. 36), ebd. S. 22.
- 38 Die Zuschlagskriterien müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen (§ 127 Abs. 3 Satz 1 GWB, vgl. Art. 67 Abs. 2 Richtlinie 2014/24/EU).
- 39 Auch die Auftragsausführungsbedingungen müssen mit dem Auftragsgegenstand entsprechend § 127 Abs. 3 GWB in Verbindung stehen (§ 128 Abs. 2 Satz 1 GWB).
- 40 In der Leistungsbeschreibung können sich Nachhaltigkeitskriterien (§ 31 Abs. 3 Satz 1 VgV) auf den Prozess oder die Methode zur Herstellung oder Erbringung der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus des Auftragsgegenstands einschließlich der Produktions- und Lieferkette beziehen (...) sofern diese Merkmale in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen und zu dessen Wert und Beschaffungszielen verhältnismäßig sind (§ 31 Abs. 3 Satz 2 VgV).
- 41 Eignungskriterien, die ausschließlich die Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung, die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit und die technische und berufliche Leistungsfähigkeit betreffen dürfen (§ 122 Abs. 2 Satz 2 GWB) müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen (§ 122 Abs. 4 Satz 1 GWB).
- 42 Lampert in Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 2 (Hrsg. Burgi/Dreher) 3. Auflage 2019, § 31 VgV Rn. 62 zur Leistungsbeschreibung.
- 43 Lausen (Fn. 7), ebd., S. 3 ff., wenngleich dies weit zu verstehen sei.
- 44 Die KNB berät öffentliche Auftraggeber bei der Berücksichtigung von Kriterien der Nachhaltigkeit bei Beschaffungsvorhaben.
- 45 Siehe Beschaffungsamt des BMI: [https://www.nachhaltige-beschaffung.info/DE/Themen/2\\_2\\_0\\_Soziales/2\\_2\\_Soziales\\_node.html](https://www.nachhaltige-beschaffung.info/DE/Themen/2_2_0_Soziales/2_2_Soziales_node.html).
- 46 Ebd.
- 47 Nur Hinweisfunktion: Ziekow in Ziekow/Völling, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 97 GWB Rn. 61; nur Verweischarakter: Michael Fehling in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, § 97 GWB Rn. 101; nur Beschreibung eines Ist-Zustands: Kühnast in Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2022, § 97 GWB Rn. 93. Lediglich bei Vorhandensein einer legalen Pflicht zur Berücksichtigung kann sich im Einzelfall eine Berücksichtigungspflicht ergeben: Ziekow in Ziekow/Völling, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 97 GWB Rn. 62 hier Bezug nehmend auf §§ 67, 68 VgV; § 68 VgV wurde im Rahmen des Inkrafttretens des Saubere Fahrzeuge Beschaffungsgesetzes aufgehoben, vgl. BT-Drs. 19/27657, S. 18 zu Artikel 2 (Änderung der Vergabeverordnung).
- 48 Dem Wortlaut entsprechend werden Nachhaltigkeitskriterien „nach Maßgabe dieses Teils berücksichtigt“, also des 4. Teils des GWB. Der Wortlaut enthält weder eine Befehlsnorm wie „muss“ noch einen imperativen Präsens (vgl. Bundesministerium der Justiz: Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 22.9.2008, Teil B, Rn. 83. Zur semantischen Beleuchtung des § 97 Abs. 3 GWB: Kühnast in Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2022, § 97 GWB Rn. 93 Gesetzestchnisch dürfte es sich lediglich um eine Binnenverweisung handeln, bei der auf andere Normen – hier im selben Teil des GWB – verwiesen wird (vgl. zu Binnenverweisungen Handbuch der Rechtsförmlichkeit, Teil B, Rn. 233 und zum Gebrauch des Wortlauts „nach Maßgabe“ bei der Außenverweisung, HdR Teil B Rn. 235 f.).
- 49 Mit der Vergaberechtsmodernisierung verfolgte der Gesetzgeber das Ziel, „öffentliche Auftragsvergabe stärker zur Unterstützung strategischer Ziele zu nutzen. Dazu gehören vor allem soziale, umweltbezogene und innovative Aspekte.“ (vgl. BT-Drs. 18/6281, S. 55 f.). Bei der Einzelbegründung zu § 97 Abs. 3 GWB rekurriert der Gesetzgeber auf die grundsätzliche Möglichkeit der Einbeziehung strategischer Ziele nach den EU-Richtlinien – wobei diese keine dem § 97 Abs. 3 GWB umsetzungspflichtige Regelung enthalten (so auch Dreher in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Auflage 2021, § 97 GWB Rn. 132.) und führt aus, dass die „konkrete Ausgestaltung der Möglichkeiten zur Einbeziehung strategischer Ziele [erfolgt] bei den jeweiligen gesetzlichen Einzelschriften sowie in den Rechtsverordnungen [erfolgt], die auf der Grundlage dieses Teils erlassen werden.“ (vgl. BT-Drs. 18/6281, S. 68).
- 50 So auch Fehling, ebd.

bei gleichstellungspolitisch-strategischen Zielen für öffentliche Auftraggeber im Oberschwellenbereich weder eindeutig ersichtlich noch einfach umsetzbar.<sup>51</sup> Gesetzliche Vorgaben des Bundes im GWB oder in der VgV wären wünschenswert.

Kernpunkt der Diskussion ist es wie zuvor aufgeführt, dass die zwingend erforderliche Verbindung auftragsbezogen und nicht unternehmensbezogen sein muss.<sup>52</sup> Bereits EG 97 der EU-Richtlinie 2014/24/EU, der sich grundsätzlich mit einer Einbeziehung sozialer und ökologischer Überlegungen befasst, gibt eine klar definierte Zulässigkeitsgrenze: „Die Bedingung eines Bezugs zum Auftragsgegenstand schließt allerdings Kriterien und Bedingungen bezüglich der allgemeinen Unternehmenspolitik aus, da es sich dabei nicht um einen Faktor handelt, der den konkreten Prozess der Herstellung oder Bereitstellung der beauftragten Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen charakterisiert. Daher sollte es öffentlichen Auftraggebern nicht gestattet sein, von BieterInnen eine bestimmte Politik der sozialen oder ökologischen Verantwortung zu verlangen.“<sup>53</sup> Hierauf verweist auch der Gesetzgeber im Rahmen der nationalen Umsetzung in der Gesetzesbegründung.<sup>54</sup>

Behauptet wird daher verbreitet in der Kommentarliteratur, dass gleichstellungspolitische Aspekte grundsätzlich bereits „vergabefremd“ sind.

Die Problematik besteht nicht nur national. Auch die EIGE-Studie stellt den zwingenden Auftragsgegenstandsbezug als die größte Einschränkung für eine positive Berücksichtigung gleichstellungspolitischer Aspekte dar.<sup>55</sup> Sie weist darauf hin, dass Unsicherheiten zu bestehenden EU-Regularien vorhanden sind und kein Verständnis dafür besteht, wie gleichstellungspolitische Aspekte in der Praxis im Vergabeverfahren einbezogen werden könnten.<sup>56</sup> EIGE hat festgestellt, dass öffentliche Auftraggeber sich in Zurückhaltung üben, wenn es um die Berücksichtigung neuer Kriterien geht. In diesem Zusammenhang bestünde das Risiko einer rechtlichen Auseinandersetzung mit unterlegenen BieterInnen die sich möglicherweise auf unbekannte Kriterien wie z.B. die Berücksichtigung von geschlechtsspezifischen Aspekten konzentrieren würden.<sup>57</sup>

In der Tat ist es angesichts fehlender Regelungen im Oberschwellenbereich unklar, bei welchen Vergabekriterien der öffentliche Auftraggeber im jeweiligen Beschaffungsvorgang ganz konkret begründen kann, dass Geschlechtergleichstellung auftragsgegenstandsbezogenes Kriterium ist bzw. wie diese Verbindung hergestellt werden könnte.<sup>58</sup>

Am besten vorstellbar dürfte die Verortung bei den Ausführungsbedingungen sein. Durch ein konkretes Beispiel verdeutlicht: Wie soll der öffentliche Auftraggeber konkret begründen, dass für die Ausführung eines Dienstleistungsauftrags, wie zum Beispiel einer Architekt\*innen- oder IT-Dienstleistung die Auftragsausführung durch Frauen oder einer bestimmten Quote von Frauen erforderlich sein soll? Oder wie soll dies für die Herstellung einer bestimmten Lieferleistung konkret begründbar sein? EIGE wirft die Frage auf, ob Bietende nur bezüglich des speziell ausgeschriebenen Auftrags Geschlechtergleichstellung verlangen können, oder ob dies für die Gesamtbelegschaft gefordert werden kann. Es fehle an gerichtlichen Urteilen, die diese Fragen klären könnten.<sup>59</sup>

Nachvollziehbar wäre ein Auftragsgegenstandsbezug mit Blick auf kultursensible Dienstleistungen. Im Bereich der Senior\*innenpflege

wäre z.B. denkbar, dass die Pflege einer weiblichen Muslima nur vom eigenen Geschlecht ausgeführt werden sollte. Nicht bekannt ist indes, ob es sich hierbei um eine legal im islamischen Recht verankerte Regelung handelt. Schon deshalb ist es fraglich, ob als Bedingung für die Auftragsausführung einer Dienstleistung in einem Seniorenheim rechtssicher begründet werden kann, dass diese nur durch weibliche Beschäftigte ausgeübt werden können. EIGE hält es für möglich, bei den Zuschlagskriterien für die Zwecke der Auftragsvergabe gleichstellungspolitische Aspekte zu verankern, wenn es um Recruitment oder Stellenbesetzungen geht, weist aber zugleich darauf hin, dass Zweifel an der Interpretation des Auftragsbezugs aufgrund der EuGH-Rechtsprechung bestünden.<sup>60</sup> Weitauß wichtiger und möglicherweise zu bejahen dürfte in einem solchen Zusammenhang die Frage sein, ob durch eine solche Einengung auf ein biologisches Geschlecht die Vergabegrundsätze der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung<sup>61</sup> verletzt sein könnten.

Der Leitfaden der EU-Kommission zur sozial orientierten Beschaffung konkretisiert bei den Zuschlagskriterien Maßnahmen zur Gewährleistung der Geschlechtergleichstellung wie z.B. „Schulung des Personals, Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben, flexible Arbeitszeiten usw.“<sup>62</sup> Auch bei der Auftragsausführung führt der Leitfaden zur Gleichstellung der Geschlechter aus, dass der Auftragnehmer sicherstellen soll, dass „alle Vorgesetzten der mit der Auftragsausführung betrauten Mitarbeiter eine Schulung zu Aspekten der Geschlechtergleichstellung bei der Einstellung und Beschäftigung absolvieren [sollen]“.<sup>63</sup>

Der Leitfaden hilft aber nur bedingt weiter, denn die EU-Kommission weist darauf hin, dass es sich bei dem Leitfaden um ein Dokument ohne rechtliche Verbindlichkeit handelt und der EuGH als einziges Organ für die Auslegung des Unionsrechts zuständig sei. Daher handele es sich nur um Ideen, die ggf. national angepasst werden müssten.<sup>64</sup>

51 Kühling/Huerkamp in Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 1. Teil Einleitung zum Vergaberecht, Rn. 124.

52 Lausen, ebd. S. 3 ff. unter Bezugnahme auf weiterführende Kommentarliteratur, dass sich die Verbindung nicht auf außerhalb des Angebots liegende Kriterien wie die Unternehmenspolitik beziehen dürfe.

53 Richtlinie 2014/24/EU, EG 97 aE.

54 BT-Drs. 18/6281, S. 114 zu § 128 GWB.

55 EIGE (Fn. 36), ebd. S. 17.

56 EIGE (Fn. 36), ebd. S. 7, 17 (hier hinweisend auf eine EuGH-Entscheidung, in welcher die Verbindung abgelehnt wurde).

57 EIGE (Fn. 36), ebd. S. 14.

58 Wie die Bundesländer dies in den Vergabevorgang integrieren, stellt Katharina Künné vor (in diesem Heft).

59 EIGE (Fn. 36), ebd. S. 17.

60 EIGE (Fn. 36), ebd. S. 13.

61 § 97 Abs. 2 GWB; vgl. auch Art. 76 Abs. 1 sowie EG 1 der Richtlinie 2014/24/EU; Gleichheitsrechte der BewerberInnen sind betroffen, weil „vergabefremde“ Entscheidungskriterien bestimmte Bietende bevorzugen könnten (vgl. Kühling/Huerkamp in Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2022, 1. Teil Einleitung zum Vergaberecht, Rn. 125 sowie 149 zum Gebot der Gleichbehandlung und Verbot der Diskriminierung); rechtliche Grenzen des Leistungsbestimmungsrechts der Bedarfsstelle ergeben sich daneben auch aus Art. 3 GG (Pauka/Krüger, Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2022, § 121 Rn. 12).

62 EU-KOM, Leitfaden „Sozialorientierte Beschaffung“, (Fn. 27), ebd. S. 87.

63 Ebd. S. 100.

64 Ebd. S. 3.

Aufgrund der bestehenden Problematik wären klare rechtliche Vorgaben des Bundesgesetzgebers wünschenswert. Die Bundesländer gehen unterschiedliche Wege dahingehend, ob und wie sie Gleichstellung ins Vergaberecht einbeziehen (siehe den Beitrag von *Katharina Künne* in diesem Heft). Es erscheint jedoch sinnvoller, die Ausgestaltung der Einbeziehung gleichstellungsrelevanter Aspekte nicht der unterschiedlichen Praxis der Bundesländer zu überlassen, sondern auch auf Bundesebene zu regeln.

### B. Jedoch: Empirische Daten fehlen

Sowohl auf EU-Ebene als auch für die nationale Ebene Deutschlands liegen keine empirischen Daten dazu vor, ob und in welchem Ausmaß gleichstellungspolitische Aspekte als soziales Kriterium im Vergabeverfahren Berücksichtigung gefunden haben.<sup>65</sup> Durch Änderung der Vergabestatistikverordnung<sup>66</sup> (VergStatVO) wollte der Gesetzgeber empirische Daten darüber gewinnen, inwieweit die Möglichkeiten in der Praxis der Beschaffungsprozesse tatsächlich genutzt werden.<sup>67</sup>

Jedoch können der geänderten Statistik keine konkreten Daten dazu entnommen werden, ob und falls ja, bei welchen Vergaben und welchen Auftragsvolumina die Berücksichtigung konkret zu benennender sozialer Kriterien wie z.B. die Gleichstellung der Geschlechter stattgefunden hat.

Denn die Daten aus der konturierenden Anlage 1 zur Vergabestatistikverordnung, die dem Statistischen Bundesamt zugeleitet ist, differenziert nur nach „umweltbezogen“, „sozial“ und „innovativ“. Eine weitere Binnendifferenzierung findet nicht statt, obwohl nach den Erläuterungen zu den Nachhaltigkeitskriterien im Sinne der Anlagen 1 bis 8 (Anlage 9) unter die sozialen Kriterien u.a. insbesondere die folgenden Kriterien gefasst werden können:

- faire Arbeitsbedingungen,
- Schutz der Menschen- und Arbeitnehmer\*innenrechte in globalen Wertschöpfungsketten,
- Gleichstellung der Geschlechter,
- Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation (IA) entlang der globalen Wertschöpfungskette.

Die Aufnahme gleichstellungspolitischer Aspekte ist positiv, jedoch wäre es wichtig, dass die in Anlage 9 aufgelisteten (nicht abschließenden) Kriterien in Anlage 1 mit einer stärkeren Binnendifferenzierung zu den sozialen Kriterien ergänzt werden, damit auch diese dem Statistischen Bundesamt zugeleitet werden. Auch müsste in der Anlage zur Vergabestatistikverordnung und im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) bzw. in der Vergabeverordnung (VgV) klargestellt werden, dass und wie „die Gleichstellung der Geschlechter“ konkret als soziales Kriterium rechtssicher im Vergabeverfahren berücksichtigt werden kann.

Das Problem fehlender Daten wird auch auf EU-Ebene bemängelt. Die meisten EU-Staaten erheben keine Daten.<sup>68</sup> Das European Institute for Gender Equality (EIGE) kritisiert, dass weder offizielle Statistiken noch Berichte zur Empirie vorhanden seien, die geschlechtergerechte Vergaben überwachen. Dies läge u.a. daran, dass die Richtlinie 2014/24/EU nur eine geringe Anzahl an Berichtspflichten für die Mitgliedstaaten enthalte.<sup>69</sup> Es

verlangt, dass auf der nationalen Ebene mehr Systeme eingeführt werden sollten, um empirische Daten zu sozial verantwortlicher geschlechtergerechter Vergabe zu gewinnen.

### C. Fakultativer Ausschluss von der öffentlichen Auftragsvergabe – die EU-Lohntransparenzrichtlinie

Die erst kürzlich veröffentlichte EU-Lohntransparenzrichtlinie<sup>70</sup> zur „Stärkung der Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen“ weckt Hoffnung, denn sie bietet die Möglichkeit des fakultativen Ausschlusses von der öffentlichen Auftragsvergabe im Oberschwellenbereich.

Bei geschickter Umsetzung könnte politisch-strategisch eine Lenkungswirkung nicht nur im Vergaberecht, sondern auch in der Unternehmensgovernance erreicht werden. So wies bereits der Leitfaden der EU-Kommission darauf hin, dass Unternehmen mit sozial-verantwortlichen Governancestrukturen durch die Etablierung einer sozialen Beschaffung gefördert und auch genutzt werden können, um auf die „Werte und Bedürfnisse der Gemeinschaft“ zu reagieren.<sup>71</sup>

Die vergaberechtlichen Regelungen der EU-Lohntransparenzrichtlinie sind jedoch sehr weich gefasst worden: Mitgliedstaaten sollen lediglich „prüfen, öffentliche Auftraggeber gegebenenfalls zu verpflichten, Sanktionen und Kündigungsbedingungen einzuführen, um die Wahrung des Grundsatzes des gleichen Entgelts bei der Ausführung von öffentlichen Verträgen und Konzessionen zu gewährleisten“ (Art. 24 Abs. 2 Satz 1). Die Regelung schafft EU-weit keine Klarheit, sie überlässt es zu sehr den Mitgliedstaaten, ob sie überhaupt Regelungen national einführen.

Es soll im Ermessen der öffentlichen Auftraggeber stehen, einen Wirtschaftsteilnehmer von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen, wenn sie in geeigneter Form eine Verletzung der Pflichten hinsichtlich der Entgelttransparenz oder mit einem Entgeltgefälle von mehr als 5 Prozent in einer Gruppe von Arbeitnehmer\*innen nachweisen und der Arbeitgeber diesen Unterschied nicht auf der Grundlage objektiver, geschlechtsneutraler Kriterien begründen kann.

Die Regelung stellt einen fakultativen Ausschlussgrund von Bietenden dar.<sup>72</sup> Auch Art. 24 Abs. 2 Satz 2 der Richtlinie ist zu weich formuliert, sodass national argumentiert werden könnte, im Oberschwellenbereich würde es entsprechende Regelungen

65 Ob empirische Daten zu gleichstellungspolitischen Aspekten als Sonderkriterium durch die Bundesländer im Rahmen eigener Statiken erhoben werden, ist nicht bekannt.

66 Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG) vom 17. Februar 2016, BGBl. I 2016, S. 203 ff., in Kraft getreten 02.04.2020.

67 BT-Drs. 19/15603, S. 56.

68 EIGE (Fn. 36), ebd. S. 19; EIGE führt weiterhin aus, dass Spanien und die USA empirische Daten erheben würden.

69 Ebd. S. 19, 30.

70 Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Stärkung der Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit durch Lohntransparenz und Durchsetzungsmechanismen, ABl. L 132/23 vom 17.05.2023.

71 EU-KOM, Leitfaden „Sozialorientierte Beschaffung“, (Fn. 27), ebd. S. 18.

72 Im Gegensatz zu den zwingenden Ausschlussgründen nach Art. 57 Abs. 1 RL 2014/24/EU, national vgl. § 123 Abs. 1 GWB.

bereits geben. Denn Art. 57 Abs. 4 der RL 2014/24/EU wurde national durch § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB umgesetzt.<sup>73</sup> Hiernach können öffentliche Auftraggeber unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen, wenn das Unternehmen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge nachweislich gegen geltende umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen verstossen hat. Bei europarechtskonformer Auslegung sind davon gem. Art. 18 Abs. 2 der RL 2014/24/EU alle für das Unternehmen geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen, die durch Rechtsvorschriften der Europäischen Union, einzelstaatliche Rechtsvorschriften, aber auch durch für das Unternehmen verbindliche Tarifverträge festgelegt sind, erfasst.<sup>74</sup>

Unabhängig davon, ob die weiteren Voraussetzungen des § 124 Abs. 1 GWB vorliegen – dass tatsächlich ein Verstoß im Rahmen der Ausführung eines früheren öffentlichen Auftrags<sup>75</sup> durch belastbare Beweismittel wie Urkunden, Zeugenaussagen oder Sachverständigungsgutachten nachweisbar ist<sup>76</sup> – gibt § 124 GWB dem öffentlichen Auftraggeber einen weiten Ermessensspielraum. So hat dieser auf der Tatbestandsseite zunächst Ermessen dahingehend, ob von einem Unternehmen prognostisch eine gesetzestreue Ausführung des Auftrags zu erwarten ist, was im Rahmen der Nachprüfung nur eingeschränkt überprüfbar ist.<sup>77</sup> Überdies obliegt ihm ein Ermessen auf der Rechtsfolgenseite dahingehend, ob ein Ausschluss erfolgt oder nicht.<sup>78</sup>

Wie handhabt es die Praxis? Als Beleg für das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen nach §§ 123, 124 GWB fordert der öffentliche Auftraggeber grundsätzlich die Vorlage von Eigenerklärungen an (§ 48 Abs. 2 Satz 1 VgV). Bietende müssen darin erklären, dass für ihr Unternehmen keine Ausschlussgründe vorliegen.<sup>79</sup> Hierfür genügt es, das Kreuz an der richtigen Stelle zu setzen. Auch gerade zur Entlastung von KMUs sind öffentliche Auftraggeber gehalten, möglichst Eigenerklärungen als Nachweis für die Eignung oder als Beleg für Ausschlussgründe anzuerkennen.<sup>80</sup>

Ein qualifizierter Nachweis liegt mit einer reinen Eigenerklärung jedoch nicht vor und muss auch nicht gefordert werden. Denn der öffentliche Auftraggeber darf grundsätzlich auf die Richtigkeit der Eigenerklärung vertrauen, eine Verifizierungspflicht besteht nicht.<sup>81</sup> Nur soweit vernünftige Zweifel an der Richtigkeit bestehen, kann aufgeklärt werden und bei Falschheit ein Ausschluss des Bietenden in Betracht kommen. Auch EIGE hat festgestellt, dass häufig keine Nachforschungen dazu betrieben werden, ob ein Bietender oder dessen Subunternehmer sich z.B. an Gesetze zum equal pay law halten.<sup>82</sup>

#### D. Vorschläge für gesetzliche Änderungen im Oberschwellenbereich

Zutreffend hat der djb gefordert, dass im Rahmen der Vergaberechtsreform des BMWK gleichstellungspolitische Aspekte umfassend mitgedacht und Geschlechtergerechtigkeit sichergestellt werden soll.<sup>83</sup> Öffentliche Auftraggeber sind auch in der Beschaffung dem Gemeinwohl verpflichtet, was gesetzlich zu konkretisieren ist.<sup>84</sup> Dies ergibt sich aus Art. 8 und 157 AEUV, dem Leitfaden der EU-Kommission zur sozialen Beschaffung

und den Leitgedanken der EU-Lohntransparenzrichtlinie und den dort verankerten vergaberechtlichen Regelungen.

#### 1. § 128 Abs. 1 GWB (Auftragsausführung) sollte ausdrücklich um den Grundsatz des gleichen Entgelts für Frauen und Männer ergänzt werden.

Bislang regelt § 128 Abs. 1 GWB die Verpflichtung für Bietende, grundsätzlich alle für sie geltenden rechtlichen Verpflichtungen einzuhalten, neben Steuern, Abgaben und Beiträgen zur Sozialversicherung insbesondere die im 2. Halbsatz beispielhaft aufgeführten Regelungen. Da Art. 18 Abs. 2 der EU-Richtlinie 2014/24/EU durch § 128 Abs. 1 GWB umgesetzt wurde und die EU-Lohntransparenzrichtlinie mit Art. 24 Abs. 1 auch den Grundsatz des gleichen Entgelts für Frauen und Männer unter Art. 18 Abs. 2 EU-Richtlinie 2014/24/EU subsumiert, sollte § 128 Abs. 1 GWB entsprechend ergänzt werden.

#### 2. Gleichstellungspolitische Aspekte sollten legal formuliert und im Vergaberecht (Oberschwellenbereich, GWB, VgV) als positives Nachhaltigkeitskriterium ausdrücklich verankert werden.<sup>85</sup>

Wie oben dargestellt, können gleichstellungspolitische Aspekte zwar grundsätzlich als soziale Nachhaltigkeitskriterien angesehen werden, dies scheint jedoch im Allgemeinen noch nicht bewusst zu sein. Auch die EIGE-Studie weist darauf hin, dass u.a. die Unsicherheit zu bestehenden Regelungen als ein Faktor anzusehen ist, der die geringe Berücksichtigung gleichstellungspolitischer Aspekte erklären könnte.<sup>86</sup>

Die EIGE-Studie verankert die rechtliche Grundlage des Ziels der Geschlechtergerechtigkeit u.a. in Art. 8 AEUV, wonach die Union bei all ihren Tätigkeiten darauf achtet, Ungleichheiten zu beseitigen und die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern und in Art. 157 AEUV, nach Abs. 1 soll der Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit

73 Marcel Kaufmann in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, § 124 GWB Rn. 2.

74 Stolz in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 124 Rn. 7.

75 Opitz in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 4. Auflage 2022, § 124 GWB Rn. 11; Stolz in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 124 GWB Rn. 8.

76 Stolz in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 124 GWB Rn. 9.

77 Stolz in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 124 GWB Rn. 2; Marcel Kaufmann in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, § 124 GWB Rn. 7.

78 Marcel Kaufmann in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, § 124 GWB Rn. 7.

79 VHB Bund, Formular 124 LD.

80 Pauka/Krüger, Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2022, § 48 VgV Rn. 5.

81 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2. Dezember 2009 – Verg 39/09, IBRRS 2010, 0576, Leitsatz 4; Goldbrunner in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 48 VgV Rn. 8.

82 EIGE (Fn. 36), ebd. S. 14.

83 Vgl. Deutscher Juristinnenbund e.V. (djb), Stellungnahme 23-03 zur öffentlichen Konsultation zur Transformation des Vergaberechts („Vergabetransformationspaket“) des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz, online: <https://www.djb.de/presse/stellungnahmen/detail/st23-03>.

84 Michael Fehling in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, § 97 GWB Rn. 97.

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

86 EIGE (Fn. 36), ebd. S. 7.

sichergestellt werden. Die EIGE-Studie kommt zu dem Ergebnis, dass die AEUV-Normen auch im Vergaberecht Anwendung finden, obwohl dieses in den Normen nicht ausdrücklich aufgeführt wird.<sup>87</sup>

**3. Anlage 1 der VgV sollte unter dem Kriterium „sozial“ stärker binnendifferenzieren. Die in der Anlage 9 der VgV aufgeführten gleichstellungspolitischen Kriterien sollten – nach einer vorherigen stärkeren Konturierung – auch in Anlage 1 der VgV auswählbar sein.**

Die Verbesserung der empirischen Datenlage ist erforderlich, um einen Überblick über die Berücksichtigung gleichstellungspolitischer Aspekte in der öffentlichen Auftragsvergabe zu erhalten. Hierfür wären Änderungen in den Anlagen 1 und 9 der Vergabestatistikverordnung erforderlich.

**4. Gleichstellungspolitische Aspekte sowie das Kriterium der Entgeltgleichheit sollten verpflichtend bei der Oberschwellenvergabe berücksichtigt werden müssen.**

Hierfür würden sich – neben einer Erweiterung des § 128 Abs. 1 GWB – zwei weitere Wege anbieten:

*a. Die Einschränkung des Leistungsbestimmungsrechts*

Öffentlichen Auftraggebern steht es frei zu bestimmen, ob Nachhaltigkeitskriterien überhaupt berücksichtigt werden.<sup>88</sup> Im Teilbereich der umweltfreundlichen Nachhaltigkeitskriterien hat sich deren Berücksichtigung bei Standardprodukten bereits etabliert.

Warum Nachhaltigkeitskriterien im Allgemeinen noch nicht stärker in der öffentlichen Beschaffung berücksichtigt werden, kann lediglich vermutet werden. Die Rechtsmaterie ist komplex, Vergabeverfahren dauern im Allgemeinen lange. Zudem wollen öffentliche Auftraggeber Vergabeverfahren möglichst rechtssicher gestalten. Letztlich sollen die gewünschten Lieferungen oder Leistungen möglichst schnell beschafft werden können. Diese Gemengelage könnte dazu führen, dass Bedarfsstellen zögern, Vergabekriterien überhaupt anzuwenden oder jedenfalls nicht solche Aspekte, die sie als noch nicht rechtssicher erachten. Nachvollziehbar ist die wiederkehrende Befürchtung, dass bei einer zu starken Einschränkung im Sinne einer starken Berücksichtigung von Nachhaltigkeitskriterien der Bieterkreis verengt werden bzw. überhaupt keine Angebote eingehen könnten. Ebenfalls nachvollziehbar ist, dass Beschaffungen wirtschaftlich sein müssen und das Haushaltsrecht Grenzen zieht.<sup>89</sup>

Zur Verbesserung der Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten in der öffentlichen Beschaffung hat die Kompetenzstelle für nachhaltige Beschaffung beim Beschaffungsamt des Bundesministeriums des Innern eine Bund-Länder-Fortbildungsinitiative gestartet.<sup>90</sup> Ob und inwieweit hierdurch eine Verbesserung im Bereich der Geschlechtergerechtigkeit durch das Vergaberecht erzielt werden kann, bleibt offen.

Daher könnte es eine Lösung sein, das oben dargestellte und sehr weite Leistungsbestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers einzuschränken. Dies geschieht im Oberschwellenbereich derzeit nur sehr partiell, z.B. im Bereich der Beschaffung von umweltfreundlichen Fahrzeugen durch öffentliche Auftraggeber. Der Bundesgesetzgeber hat in Umsetzung der green vehicle directive<sup>91</sup> mit dem Saubere-Fahrzeuge-Beschaffungsgesetz<sup>92</sup> für den Ober-

schwellenbereich das Leistungsbestimmungsrecht der öffentlichen Auftraggeber zur Stärkung der politischen Ziele in den Bereichen Umwelt- und Klimaschutz<sup>93</sup> stark eingeschränkt.<sup>94</sup> Öffentliche Auftraggeber haben bei der Beschaffung von Dienstfahrzeugen bestimmte Quoten sogenannter sauberer Fahrzeuge zu beschaffen.<sup>95</sup>

Diese Einschränkung des Leistungsbestimmungsrechts und Quotenregelung könnte daher übertragen werden, um durch gesetzliche Vorgaben gleichstellungspolitische Aspekte positiv in Vergabeverfahren zu verankern. Noch werden gleichstellungspolitische Aspekte als unternehmensbezogen angesehen. Sie sollten aber als Gesellschafts- und damit auch Unternehmensziele neu gedacht werden, was auch in den Leitideen der EU-Kommission zur sozialen Beschaffung zum Ausdruck gekommen ist.

*b. Die zwingende Berücksichtigung in der Oberschwellenvergabe<sup>96</sup>*

Zur Verstärkung der Ziele der EU – hin zu einer stärkeren sozialen Beschaffung und Gemeinwohlorientierung – würden sich oberschwellige Regelungen anbieten, sodass öffentliche Auftraggeber gleichstellungspolitische Aspekte zwingend als positives Vergabekriterium berücksichtigen müssen, um den gemeinwohlorientierten Zielen der EU gerecht zu werden.

**5. Gleichstellungspolitische Aspekte sollten im GWB und in der VgV vom bislang gesetzlich erforderlichen Bezug zum Auftragsgegenstand entkoppelt werden.<sup>97</sup>**

Durch eine legale Entkopplung vom Auftragsgegenstandsbezug und eine Verpflichtung zur Berücksichtigung könnte das schwierige Begründungserfordernis entfallen.

**6. Ausdrückliche Regelung eines Ausschlussgrundes entsprechend Art. 24 Abs. 2 der EU-Lohntransparenzrichtlinie<sup>98</sup>**

Wenngleich ein Verstoß gegen Art. 24 Abs. 2 der EU-Lohntransparenzrichtlinie bereits jetzt unter § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB

<sup>87</sup> EIGE (Fn. 36), ebd. S. 24.

<sup>88</sup> Lampert in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 4. Auflage 2022, § 121 GWB Rn. 29; Vgl. auch Pauka/Krüger, Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2022, § 121 GWB Rn. 11.

<sup>89</sup> Vgl. den haushaltrechtlichen Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, § 7 BHO sowie die vergleichbaren Länder-Haushaltungsregelungen. Öffentliche Ausschreibungen dürfen grundsätzlich erst dann erfolgen, wenn die Mittel haushaltrechtlich bereitgestellt sind.

<sup>90</sup> Teilnehmer neben dem Bund sind die Länder Bayern, Rheinland-Pfalz, Nordrhein-Westfalen und Hamburg; s. Cosinex Blog: Bund und vier Länder beschließen Fortbildungsinitiative für nachhaltige Beschaffung vom 26. Mai 2023, online: <https://blog.cosinex.de/2023/05/26/nachhaltige-beschaffung-fortbildung/>

<sup>91</sup> Richtlinie (EU) 2019/1161 vom 20. Juni 2019 zur Änderung der Richtlinie 2009/33/EG über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge sowie zur Änderung vergaberechtlicher Vorschriften.

<sup>92</sup> BGBl. I S. 1691.

<sup>93</sup> BT-Drs. 19/27657.

<sup>94</sup> Vertreten wird insoweit auch, dass das Leistungsbestimmungsrecht aufgehoben ist, vgl. Lausen/Pustal, ebd. S. 6.

<sup>95</sup> § 6 SaubFahrzeugBeschG i.V.m. Anlage 1.

<sup>96</sup> Vgl. Deutscher Juristinnenbund e.V. (djb), Stellungnahme 23-03 (Fn. 83).

<sup>97</sup> Vgl. ebd.

<sup>98</sup> Vgl. ebd.

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 Wettbewerbsregistergesetzes<sup>99</sup>

§ 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.<sup>1</sup> Unter den Begriffen der Frauenförderung sowie der Chancen- und Entgeltgleichheit wird das Kriterium der Gleichstellung<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup> 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.