

Vergabe öffentlicher Aufträge als Instrument der Frauenförderung*

Elke Gurlit

Die Vergabe öffentlicher Aufträge durch Bund, Länder und Kommunen hat ein jährliches Volumen in Milliardenhöhe. Frühzeitig erkannte die öffentliche Hand das enorme Steuerungspotenzial, das in diesem Ausgabeninstrument liegt, und setzte Haushaltsmittel nicht allein zur staatlichen Bedarfsdeckung mit Gütern oder Dienstleistungen, sondern auch zur Verfolgung anderer Sachpolitiken ein. So wurde seit den 60er Jahren des vergangenen Jahrhunderts die Auftragsvergabe zur Zonenrand- und Mittelstandsförderung genutzt, indem im Wege so genannter Mehrpreisstaffeln den zu bevorzugenden Personengruppen oder Regionen auch dann öffentliche Aufträge zugeschlagen wurden, wenn sie nicht das günstigste Angebot abgegeben hatten.¹ Auch wurde und wird die Auftragsvergabe als Mittel der Realförderung genutzt, indem die öffentliche Hand Aufträge für Güter oder Dienstleistungen vergibt, für die ein marktwirtschaftlicher Bedarf nicht besteht.²

Anfang der 90er Jahre kam in der Bundesrepublik der Gedanke auf, die Auftragsvergabe in den Dienst besonderer Sachpolitiken zu stellen, deren Ziele sich mit dem herkömmlichen Regelungsinstrumentarium nicht oder nur unzureichend verwirklichen ließen. Dieser Ansatz wurde als Bepackung der Auftragsvergabe mit „vergabefremden Zwecken“ charakterisiert.³ So wurde und wird erwogen, bevorzugt Aufträge an Unternehmen zu vergeben, die auf umweltschonende Weise produzieren oder ökologisch wertvolle Güter herstellen (ökologisches Beschaffungswesen)⁴, um durch die Auftrags-

* Schriftliche Fassung des Vortrags, den die Verfasserin im Jahr 2001 im Rahmen der Ringvorlesung „Recht und Geschlecht“ an der Freien Universität Berlin gehalten hat. Seither hat sich die Diskussion um die Zulässigkeit von Sekundärzwecken im Vergabeverfahren entscheidend fortbewegt. Diese neueren Entwicklungen wurden in den Text aufgenommen. Ich danke meiner wissenschaftlichen Mitarbeiterin Henriette Sattler für die umsichtige Unterstützung bei der Recherche und Manuskriptüberarbeitung.

1 Zur Mittelstandsförderung s. Kling, Michael: Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen. Berlin 2000, S. 677 ff., dort auch zur Regionalförderung (S. 263 ff.) und zu sonstigen sog. normativ begünstigten Bietern (S. 727 ff.).

2 Beispiel hierfür sind Aufträge zum Bau von Schiffen, die der Stützung der maroden norddeutschen Werften dienen, s. dazu ausführlicher Pietzcker, Jost: Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns. Tübingen 1978, S. 383 f.

3 So bereits der Titel der Dissertation von Kling (2000), a. a. O.; Benedict, Christoph: Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, Berlin u. a. 2000, S. 17 ff. wählt den Begriff Sekundärzwecke, der sich vom Primärzweck der Beschaffung abgrenzt, ohne ihn damit von vornherein als vergabefremd zu kennzeichnen. – Die Frage nach der Zulässigkeit stellt sich indessen ungeachtet der Bezeichnung, s. den moderierenden Hinweis von Zickow, Jan: Vergabefremde Zwecke und Europarecht, NZBau 2001, S. 72 ff. (72).

4 Kling (2000), a. a. O., S. 589 ff.; s. dazu bereits Rengeling, Hans-Werner: Umweltschutz durch Vergabe oder Nichtvergabe öffentlicher Aufträge. In: FS Lukes, Köln u. a. 1989, S. 169 ff.; Brenner, Michael: Umweltschutz als Zuschlagskriterium im Verfahren der öffentlichen Auftragsvergabe. JUTR 1997, S. 141 ff.; Schumacher, Kai: Vergabefremde Umweltkriterien im Abfallrecht und Ge-

vergabe das politische und verfassungsrechtliche Ziel des Umweltschutzes zu fördern. Auf Bundes- wie auf Länderebene wird zudem der Versuch unternommen, die Vergabe öffentlicher Bauaufträge mit der Bereitschaft des Auftragnehmers zur Abgabe einer so genannten Tariftreuerklärung zu verknüpfen.⁵

Auch die Staatsaufgabe der Verwirklichung der Gleichberechtigung der Geschlechter (Artikel 3 II 2 GG) könnte gefördert werden, wenn Aufträge bevorzugt an Unternehmen vergeben werden, die einen aktiven Beitrag zur Gleichberechtigung leisten oder sich hierzu verpflichten. Dieser Gedanke knüpft an die „affirmative action“-Politik in den Vereinigten Staaten an. Seit den 70er Jahren verfolgt die influenzierende staatliche Auftragsvergabe dort das (Neben-)Ziel, benachteiligte Bevölkerungsgruppen beim Zugang zum Beruf und Aufstieg im Beruf zu fördern. Hierzu rechnen nicht nur ethnische Minderheiten wie Afroamerikaner und Latinos, sondern auch Frauen.⁶ Diese Vergabepolitik erwies sich als ausgesprochen erfolgreich. Insbesondere konnte der Frauenanteil in den Unternehmensbranchen gesteigert werden, die in hohem Maße auf staatliche Aufträge angewiesen sind.⁷

Das Vorbild dieser Maßnahmen ermutigte einige Landesgesetzgeber, Vorschriften zur Frauen fördernden Auftragsvergabe zu erlassen und sie in die Landesgleichstellungsgesetze (LGG) einzufügen.⁸ Im Regelungszusammenhang der LGG erweist sich die besondere Pointe der Regelungen zur Auftragsvergabe im Dienste der Gleichberechtigung: Die LGG der Länder und auch das Gleichberechtigungsgesetz des Bundes beschränken ihren Anwendungsbereich jeweils auf den öffentlichen Dienst. Nur die öffentliche Hand ist als Arbeitgeberin zur Einrichtung von Frauen- bzw. Gleichstellungs-

meinschaftsrecht, DVBl 2000, S. 467 ff.; Fischer, Almut/Barth, Regine: Europäisches Vergaberecht und Umweltschutz, NVwZ 2002, S. 1184 ff. Zur Vereinbarkeit ökologischer Beschaffungszwecke mit dem Gemeinschaftsrecht s. EuGH, Urt. v. 17. 9. 2002, Rs. C-513/99 Concordia Bus Finland, Slg. 2002 I-7213 ff. = EuZW 2002, S. 628 ff. m. Anm. Steinberg, Philipp; dazu auch Bungenberg, Marc: Die Berücksichtigung des Umweltschutzes bei der Vergabe öffentlicher Aufträge; Bungenberg, Marc/Nowak, Carsten: Europäische Umweltverfassung und EG-Vergaberecht – zur Berücksichtigung von Umweltschutzbelangen bei der Zuschlagserteilung, ZUR 2003, S. 10 ff. (13 ff.); Rößner, Sören/Schalast, Christoph: Umweltschutz und Vergabe in Deutschland nach der Entscheidung des EuGH-Concordia Bus Finland, NJW 2003, S. 2361 ff.; jüngst EuGH, Urt.v. 4. 12. 2003, Rs. C-448/01 Wienstrom, EuZW 2004, S. 81 ff.; dazu Steinberg, Philipp: EuZW 2004, S. 76 ff.

- 5 Der Entwurf der Bundesregierung ist am Ende der vergangenen Legislaturperiode im Bundesrat gescheitert, s. dazu ausführlicher Kling, Michael: Tariftreue und Dienstleistungsfreiheit, EuZW 2002, S. 229 ff.; Kämmerer, Jörn Axel/Thüsing, Gregor: Tariftreue im Vergaberecht, ZIP 2002, S. 596 ff. Eine vergleichbare Berliner Regelung hielt der BGH in einem Vorlagebeschluss an das BVerfG zum einen im Hinblick auf Artikel 74 I Nr. 12 GG für kompetenzwidrig, zum anderen für unvereinbar mit der durch Artikel 9 III GG geschützten negativen Koalitionsfreiheit, s. BGH JZ 2000, S. 514 ff. m. Anm. Dreher; Meinrad, s. dazu auch Böhm, Monika/Danker, Claudia: Politische Zielvorgaben als Vergabekriterien, NVwZ 2000, S. 767 f. – Das BVerfG hat über den Vorlagebeschluss des BGH bislang nicht entschieden; mehrere Bundesländer haben gleichwohl inzwischen Tariftreuregelungen im Vergaberecht normiert.
- 6 Zur Praxis in den Vereinigten Staaten s. ausführlich v. Wahl, Angelika: Öffentliche Auftragsvergabe als Mittel der Frauenförderung: Das amerikanische Modell der „Affirmative Action“, KJ 1996, S. 180 ff.
- 7 Paradigmatisch: die Rüstungsindustrie.
- 8 Siehe dazu sogleich unter I. 2.

beauftragten verpflichtet, nur sie muss Frauenförderpläne aufstellen und gegebenenfalls bevorzugt Frauen einstellen und befördern. Vor allem diese vielfach als Quotenbestimmungen bezeichneten Regelungen hat bislang kein Gesetzgeber der Privatwirtschaft auferlegen mögen. Hintergrund sind erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf unternehmerische Grundrechte (Artikel 12 I und 14 I GG), denn unstreitig berühren Pflichten zur Bevorzugung eines Geschlechts die Freiheit der Arbeitgeberin zur Auswahl ihrer Arbeitnehmer. Durch die Vergabe von staatlichen Aufträgen, um die sich Privatunternehmen aus eigenem Entschluss bewerben, könnten unternehmerische Maßnahmen zur beruflichen Gleichberechtigung der Geschlechter in der Privatwirtschaft umgesetzt werden, deren Zulässigkeit als gesetzlich auferlegte Pflicht zumindest zweifelhaft ist. Zugleich erscheint die Strategie einer Frauen fördernden Auftragsvergabe als ein rechtliches Instrument des *Gender Mainstreaming*, dem sich Bund und Länder verschrieben haben.⁹

1. Regelungsstrukturen der Frauen fördernden Auftragsvergabe

1.1. Die Europäisierung des Vergaberechts

Die überkommene deutsche Konzeption der Auftragsvergabe sah als Zweck der Auftragsvergabe die schlichte Bedarfsdeckung, die an die Grundsätze des Haushaltsrechts gebunden ist. Weil der Staat seine durch Steuern eingetribenen Gelder nur sparsam verwenden darf, gilt grundsätzlich, dass ein öffentlicher Auftrag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot entfallen muss. Die Bedarfsdeckung wurde als „fiskalisches“ Verwaltungshandeln verstanden, weil sich der Staat mit seiner Nachfrage am Markt wie ein privater Vertragspartner bewege.¹⁰

Der mit der Zuschlagserteilung zustande gekommene Vertrag gilt als privatrechtlich, für seinen Inhalt waren (und sind) die Verdingungsordnung für Leistungen (VOL) und die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) im Range einer Verwaltungsvorschrift maßgeblich (§ 55 II Bundeshaushaltsordnung). Wegen der haushaltsrechtlichen Regelung durch Verwaltungsvorschriften kamen den Bietern subjektive Rechte auf Einhaltung der Regelungen des Vergabeverfahrens nicht zu.¹¹

Auf dieses Umfeld stieß Anfang der 70er Jahre die Regelung des Vergaberechts durch die Europäische Gemeinschaft. Das enorme finanzielle Volumen der öffentlichen Auftragsvergabe in allen Mitgliedstaaten ließ den Verdacht keimen, dass Vergabemittel jedenfalls auch zu protektionistischen Zwecken eingesetzt werden. EG-weite Regelungen sollten für Transparenz sorgen und dafür, dass sich auch ausländische Bieter in den Mitgliedstaaten erfolgreich um öffentliche Aufträge bewerben können. Der Rat erließ seit 1971 Richtlinien zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, öffentlicher Lieferaufträge,

9 Siehe nur den kurzen und instruktiven Überblick von Braun, Stefan: *Gender Mainstreaming – Chancengleichheit als Leitprinzip*, RiA 2003, S. 53 ff.

10 Beispielhaft für dieses Verständnis Forsthoff, Ernst: *Der Staat als Auftraggeber*, Stuttgart 1963.

11 Pietzcker, a. a. O., S. 386 ff.; BGH NJW 1991, S. 827 ff. (827).

öffentlicher Dienstleistungsaufträge und für den Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie für den Telekommunikationssektor, die um Verfahrensrichtlinien ergänzt wurden. Jüngst wurden die Regelungen nach langwierigen Vorarbeiten in einer einheitlichen Vergaberichtlinie zusammengefasst.¹² Nur die so genannten Sektoren des Infrastrukturbereichs und das Nachprüfungsverfahren erfahren noch eine gesonderte Normierung.¹³

Nach der gemeinschaftsrechtlichen Konzeption sind diese Richtlinien ab dem Erreichen bestimmter Auftragsschwellenwerte¹⁴ anwendbar. Sie dienen nach dem Willen des Gemeinschaftsrechtsgesetzgebers den Zielen der Wettbewerbsfreiheit und der Wettbewerbsgleichheit. Der beschränkte Blickwinkel des deutschen Rechts auf die sparsame Verwendung öffentlicher Mittel muss folglich im Anwendungsbereich der EG-Richtlinien als überwunden gelten.¹⁵ Zur Durchsetzung ihrer Schutzzwecke verlangen die Richtlinien, dass die Bieter um einen öffentlichen Auftrag die Möglichkeit besitzen müssen, die Einhaltung der sie schützenden vergaberechtlichen Grundsätze gerichtlich kontrollieren zu lassen.¹⁶ Weder die Regelung des Vergaberechts in den Verwaltungsvorschriften der VOL und VOB noch die nachgeschobene so genannte haushaltsrechtliche Lösung¹⁷ gewährten klagefähige Rechte. Ihre Gemeinschaftsrechtswidrigkeit lag auf der Hand.¹⁸ Der Bundesgesetzgeber regelte das Vergaberecht grundlegend neu.

12 Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, C5-0607/2003 i. d. F. des Gemeinsamen Entwurfs nach Billigung durch den Vermittlungsausschuss vom 9. 12. 2003.

13 Richtlinie 93/38/EWG vom 14. 6. 1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABIEG L 199/84, geändert durch Richtlinie 2001/78/EG der Kommission vom 13. 9. 2001, ABIEG L 285/1. Diese Richtlinie wird ebenfalls neu gefasst; Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. 12. 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, geändert durch Richtlinie 92/50/EWG vom 18. 6. 1992, ABIEG L 209/1. Die Gemeinschaft hat außerdem das GATT-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (Agreement on Government Procurement, GPA) durch weitere Richtlinien umgesetzt, s. Richtlinie 97/52/EG zur Änderung der Richtlinien 92/50/EWG, 93/36/EWG und 93/37/EWG, ABIEG L 328/1; Richtlinie 98/4/EG zur Änderung der Richtlinie 93/98/EWG, ABIEG L 101/1.

14 Dies sind nach Artikel 7 der neu gefassten Vergaberichtlinie je nach Auftragsstyp 162.000 oder 249.000 Euro bei öffentlichen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen und 6.242.000 Euro bei Bauaufträgen.

15 Zu den problematischen Konsequenzen eines zweigeteilten Vergaberechts – ober- und unterhalb der für die Anwendung der Richtlinien maßgeblichen Schwellenwerte – s. ausführlicher Pietzcker, Jost: Die Zweiteilung des Vergaberechts, Baden-Baden 2001.

16 EuGH, Urt.v. 11. 8. 1995, Rs. C-433/93, Kommission/Bundesrepublik Deutschland, Slg. 1995, I-2303 ff. (2317, Tz 19).

17 In einem Zwischenschritt wurde das Vergaberecht in §§ 57a-c Haushaltsgrundsätzegesetz geregelt und die Verdingungsordnungen in den Rang einer Verordnung erhoben, s. Verordnung über die Vergabebestimmungen für öffentliche Aufträge vom 22. 2. 1994, BGBl I, S. 321.

18 Die haushaltsrechtliche Lösung verfolgte ausdrücklich das Ziel, „individuelle, einklagbare Rechtsansprüche der Bieter nicht entstehen zu lassen“, s. BTDrucks 12/4636, S. 12. Das von der Kommission eingeleitete Vertragsverletzungsverfahren (s. ZIP 1995, 1940 ff.) musste vom EuGH wegen der Neuregelung im GWB nicht mehr entschieden werden; das Schrifttum hielt die haushaltsrechtliche Lösung ganz überwiegend für gemeinschaftsrechtswidrig, s. nur Pietzcker, Jost: Die deutsche Um-

1.2. Die Regelungsstrukturen des deutschen Vergaberechts

Mit der Regelung des Vergaberechts in §§ 97 ff. des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ist die öffentliche Auftragsvergabe erstmals durch materielle Rechtssätze mit Außenwirkung geregelt. Die Bieter haben im Anwendungsbereich der gemeinschaftsrechtlichen Richtlinien (§ 100 I i. V. m. § 127 Nr. 1 GWB) subjektive Rechte auf Einhaltung der Vergabevorschriften (§ 97 VII GWB), die nach Abschluss des Vorverfahrens durch die Vergabekammern von Bund und Ländern (§§ 102 ff. GWB) vor den Oberlandesgerichten geltend gemacht werden können (§ 116 III GWB). Grundsätzlich bleibt es dabei, dass der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt wird (§ 97 V GWB).

Entscheidende Einbruchstelle für die Berücksichtigung Frauen fördernder Zwecke bei der Auftragsvergabe ist § 97 IV GWB, dem zufolge zwar grundsätzlich Aufträge an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen zu vergeben sind, aber „andere oder weitergehende Anforderungen an Auftragnehmer (nur) gestellt werden (dürfen), wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist“. Dieser im Gesetzgebungsverfahren umkämpfte Halbsatz ermöglicht dem Bundes- wie dem Landesgesetzgeber die rechtsförmliche Regelung weiterer Vergabezwecke.¹⁹ Die Sekundärzwecke sind nach ihrer grundsätzlichen Zulässigkeit im vergaberechtlichen Regime der §§ 97 ff. GWB nicht mehr als „vergabefremd“ zu qualifizieren.²⁰ Welche Zwecke dies verfassungs- wie gemeinschaftsrechtskonform sein dürfen, ist hiermit indessen nicht entschieden.

Einige Länder haben Regelungen zur Berücksichtigung Frauen fördernder Unternehmensaktivitäten bei der Auftragsvergabe erlassen. Nach § 13 Landesgleichstellungsgesetz (LGG) des Landes *Berlin*²¹ ist beim Abschluss von Verträgen mit einem Aufwand von mehr als 50.000 Euro in den jeweiligen Vertrag die Verpflichtung des Auftragnehmers aufzunehmen, Maßnahmen zur Frauenförderung und zur Förderung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie durchzuführen sowie das geltende Gleichbehandlungsrecht zu beachten. Eine konkretisierende Verordnung²² nennt die Maßnahmen, die als Vertragsbedingung aufgenommen werden können. Dies sind etwa die Umsetzung eines qualifizierten Frauenförderplans, die Erhöhung des Anteils der weiblichen Beschäftigten in gehobenen Positionen und Leitungspositionen oder die Bereitstellung

setzung der Vergabe- und Nachprüfvorschriften im Lichte der neuen Rechtsprechung, NVwZ 1996, S. 313 ff. (315); Dreher, Meinrad: Der Rechtsschutz nach „Umsetzung“ der EG-Vergaberichtlinien, ZIP 1995, S. 1869 ff. (1876 ff.).

- 19 Der Regierungsentwurf wollte diesen Vorbehalt nur für den Bund eröffnen, s. § 106 III RegEVgRÄG. Das Verlangen der Länder, bestehende Verwaltungsvorschriften insbesondere zur Berücksichtigung der Tarifreue beibehalten zu dürfen, wurde zurückgewiesen, s. BTDrucks 13/9340, S. 48. Die Gesetz gewordene Fassung ist ein klassischer Kompromiss, der einerseits Bund und Ländern die Regelung weiterer Vergabezwecke gestattet, hierfür aber andererseits einen einfachrechtlichen Gesetzesvorbehalt aufstellt.
- 20 So auch Rust, Ursula: GWB-Vergaberecht und soziale Standards, EuZW 1999, S. 453 ff. (453 f.); dies.: Die sozialen Kriterien im Vergaberecht, EuZW 2000, S. 205 ff. (206).
- 21 In der Fassung der Bekanntmachung vom 6. 9. 2002, GVBl. S. 280.
- 22 Verordnung über die Förderung von Frauen und die Vereinbarkeit von Beruf und Familie bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 23. 8. 1999, GVBl. S. 498.

betrieblicher oder externer Kinderbetreuung. Ausgenommen von diesen Anforderungen ist allerdings der nach seinem Volumen bedeutsame Sektor der Bauleistungen (§ 1 I der Verordnung).

Im Land *Brandenburg* regelt § 14 LGG i. V. m. einer Frauenförderverordnung²³ die Voraussetzungen der Frauen fördernden Auftragsvergabe. Sie findet Anwendung bei Aufträgen im Wert von über 50.000 Euro, aber unterhalb der gemeinschaftsrechtlichen Schwellenwerte (§§ 1, 2 FrauFöV). Auftraggeber werden bevorzugt, wenn sie einen höheren Frauenanteil an den Beschäftigten aufweisen und Frauen in höherem Maße in qualifizierten Positionen beschäftigen (§ 4 FrauFöV). Dies wird durch Kennziffern ermittelt. Ist ihr Angebot gleichwertig mit dem ansonsten wirtschaftlichsten Angebot, erhalten sie den Zuschlag (§ 6 FrauFöV). Weicht ihr Angebot um nicht mehr als 20 % vom Angebot des wirtschaftlichsten Bieters ab, wird ihnen Gelegenheit gegeben, ihr Angebot entsprechend nachzubessern (§ 7 FrauFöV). Im Unterschied zur Berliner Regelung wird ein potenzieller Konflikt mit dem Richtlinienrecht der Gemeinschaft vermieden, weil die Regelung nur außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinien gilt; des Weiteren knüpft die Bevorzugung an eine bereits bestehende Frauen fördernde Aktivität des Unternehmens an; und schließlich enthält sie einen echten Bevorzugungsstatbestand, während das Land Berlin sämtliche Unternehmen in den der Zuschlagserteilung nachfolgenden Vertragsbedingungen in die Pflicht nimmt.

Demgegenüber sieht § 27 I LGG des *Saarlandes*²⁴ lediglich vor, dass beim Abschluss von Verträgen durch Vereinbarung sichergestellt werden „soll“, dass bei der Ausführung des Auftrags die „Grundzüge dieses Gesetzes“ Anwendung finden. Nach § 27 III LGG ist in den Teilnahmebedingungen darauf hinzuweisen, dass der Zuschlag zwischen zwei wirtschaftlich gleichwertigen Angeboten danach erfolgen „kann“, welcher Anbieter eine relativ größere Zahl von Frauen beschäftigt oder konkrete Maßnahmen zur Frauenförderung ergriffen hat. Diese Vorgaben bleiben einerseits recht unbestimmt, koppeln aber prozedural den Ansatz von Berlin und Brandenburg, indem Frauen fördernde Maßnahmen sowohl als bereits durchgeführte zum Zuschlagskriterium als auch als künftige Maßnahmen zum Vertragsinhalt gemacht werden können.

Im Land *Thüringen* sieht § 22 LGG²⁵ die Koppelung der Auftragsvergabe mit der unternehmerischen Mitwirkung an der Verwirklichung der Chancengleichheit ab einem Auftragswert von 125.000 Euro vor, überlässt aber Näheres der Regelung durch Verwaltungsvorschriften.

Das Land *Hamburg* schließlich hat mit Wirkung zum 1. 1. 1999 eine „Richtlinie zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der öffentlichen Auftragsvergabe“ erlassen, die

23 Landesgleichstellungsgesetz vom 4. 7. 1994, GVBl. I S. 254; Verordnung über die bevorzugte Berücksichtigung von Unternehmen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zur Förderung von Frauen im Erwerbsleben vom 25. 4. 1996, GVBl. II S. 354, zuletzt geändert durch Verordnung vom 18. 2. 2002, GVBl. II S. 139; ausführlicher dazu Kling (2000), a. a. O., S. 546 ff.

24 Landesgleichstellungsgesetz vom 24. 4. 1996, ABl. S. 623, zuletzt geändert durch Gesetz vom 23. 6. 1999, ABl. S. 982.

25 Gleichstellungsgesetz vom 3. 11. 1998, GVBl. S. 309, zuletzt geändert durch Gesetz vom 24. 10. 2001, GVBl. S. 265.

unterhalb der gemeinschaftsrechtlichen Schwellenwerte eine Bevorzugung zugunsten von Unternehmen vorsieht, die bestimmte Kriterien zur Frauenförderung erfüllen.²⁶

2. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Frauen fördernden Auftragsvergabe

Seit einigen Jahren steht die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit der Koppelung der Auftragsvergabe mit Sekundärzwecken im Brennpunkt des rechtlichen Interesses. In dessen stellt sich wegen der umfassenden Geltung der Grundrechte auch die Frage, inwieweit die Vergabe von öffentlichen Aufträgen, die neben dem Beschaffungszweck weitere Ziele verfolgt, die Grundrechte der erfolgreichen wie erfolglosen Bieter berührt.

2.1. Grundrechte der Bieter

Öffentliche Aufträge werden nach überwiegender Ansicht als privatrechtliche Verträge ausgestaltet. Es kann allerdings heute als *Common Sense* gelten, dass die staatliche Verwaltung durch den Wechsel der Rechtsform nicht von ihren grundrechtlichen Bindungen befreit wird. Dient das privatrechtliche Verwaltungshandeln der unmittelbaren Erfüllung öffentlicher Aufgaben, gestattet Artikel 1 III GG keinen Dispens von grundrechtlichen Bindungen.²⁷ Umstritten war hingegen lange, ob die Verwaltung auch bei der bedarfsdeckenden Auftragsvergabe an die Grundrechte gebunden ist. In der Sichtweise als „Hilfsgeschäft“ der Verwaltung war das Verständnis angelegt, dass für diese Handlungsform allein das Privatrecht die Rechtmäßigkeitsmaßstäbe setzt.²⁸ Diese Auffassung kann allerdings heute als weitgehend überwunden gelten. Zum einen ist bereits eine Linie zwischen Verwaltungshandeln, das unmittelbar der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient, und sonstigem „fiskalischem“ Verwaltungshandeln nicht trennscharf zu ziehen. Zum anderen erweist sich, dass auch die Auftragsvergabe in privatrechtlicher Form den Staat nicht zum Privaten macht. Er bleibt zwar an das Haushaltsrecht gebunden, nimmt jedoch zahlreiche Privilegien in Anspruch, die den Maßstab zivilrechtlicher

26 Siehe dazu Boesen, Arnold: VergabeNews 1999, 13; Kling, a. a. O. (Fn 1), S. 542. – Im Land Schleswig-Holstein wurde speziell für das so genannte Gebäudemanagement eine Regelung zur Frauen fördernden Auftragsvergabe geschaffen, s. § 3 IV Nr. 2 Satz 2 Gebäudemanagement-Errichtungsgesetz v. 15. 6. 1999, GVBl. S. 134, zuletzt geändert durch Verordnung vom 16. 9. 2003, GVBl. 503; s. a. auch Landesbeschaffungsordnung Schleswig-Holstein Punkt 10: Frauenförderung. Die im Land Sachsen-Anhalt in § 20a Frauenförderungsgesetz vorgesehene Bevorzugungsregel bei der Auftragsvergabe (Gesetz vom 27. 5. 1997, GVBl. S. 516) wurde durch Gesetz vom 16. 7. 2003, GVBl. S. 158 wieder aufgehoben.

27 Ehlers, Dirk: Verwaltung in Privatrechtsform, Berlin 1984, S. 216 ff. m. w. N.; Dreier, Horst in: Dreier (Hrsg): GG-Kommentar Bd. 1, Tübingen 1996, Artikel 1 III Rdnr. 51; Jarass, Hans-D. in: Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, 6. Aufl. München 2002, Artikel 1 Rdnr. 28; s. a. Gurliit, Elke: Verwaltungsvertrag und Gesetz, Tübingen 2000, S. 398; aus der Rechtsprechung BGHZ 52, S. 325 ff. (327 ff.); BGHZ 91, 84 ff. (98).

28 Paradigmatisch Forsthoff, a. a. O. (Fn 10), S. 13 f.; so auch noch BGHZ 36, S. 91 ff. (95 ff.); s. a. die Retrospektive bei Kling, a. a. O. (Fn 1), S. 45 ff.

Waffengleichheit als fragwürdig erscheinen lassen. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Verwaltung mit der Auftragsvergabe auch Lenkungszwecke verfolgt, die öffentliche Aufgaben darstellen. Wird die Auftragsvergabe etwa in Ausfüllung des Auftrags aus Artikel 3 II 2 GG mit gleichstellungspolitischen Zielen angereichert, wird der potenzielle Auftragnehmer in die öffentliche Aufgabenerfüllung eingebunden. Die Grundrechtsbindung der öffentlichen Hand bei der Auftragsvergabe ist deshalb im Ergebnis weithin akzeptiert.²⁹

Im Vordergrund standen bislang die Grundrechte des *erfolglosen Bieters*. Es ist anerkannt, dass der Gleichheitssatz des Artikel 3 I GG eine willkürfreie Auftragsvergabe gebietet. Das Gleichheitsgebot erfordert subjektivrechtlich die chancengleiche Teilnahme am Wettbewerb und die Einhaltung der Vergabekriterien. Die Bieter können beanspruchen, dass die Gebote gleichheitsgemäß bewertet werden.³⁰ Neben dem Gleichheitssatz kann sich der erfolglose Bieter auch auf das Gebot effektiven Rechtsschutzes nach Artikel 19 IV GG berufen. Er muss die Möglichkeit haben, eine rechtswidrige Auftragserteilung zu verhindern.³¹

Ob die Freiheitsgrundrechte – maßgeblich Artikel 2 I, 12 I und 14 I GG – zum Tragen kommen, ist eine bislang eher vernachlässigte Frage. Der erfolglose Bieter kann sich auf sie nicht berufen, da ein grundrechtlicher Anspruch auf Auftragserteilung nicht besteht.³² Die Freiheitsgrundrechte in ihrer abwehrrechtlichen Dimension könnten aber Maßstab sein für die Rechtsstellung des *erfolgreichen Bieters*. Dies setzt voraus, dass in dem Abschluss eines Vertrages ein Grundrechtseingriff gesehen werden kann. Die Freiwilligkeit des Auftragnehmers, der ja nicht gezwungen ist, ein Gebot abzugeben, scheint einer Mobilisierung der Grundrechte in ihrem abwehrrechtlichen Gehalt entgegen zu stehen: Im Regelfall wird man im Vertragsschluss einen Grundrechtsgebrauch der „vertragsnahen“ Grundrechte aus Artikel 2 I, 12 I und 14 I GG sehen, die einer selbst auferlegten Bindung nicht entgegenstehen.³³

29 Ehlers, a. a. O. (Fn 27), S. 214 ff.; Dreier in: Dreier, a. a. O. (Fn 27), Artikel 1 III Rdnr. 49; Jarass in: Jarass/Pieroth, a. a. O. (Fn 27), Artikel 1 Rdnr. 28; Gurlit, a. a. O. (Fn. 27), S. 398 ff.; Kling, a. a. O. (Fn 1), S. 66 ff. – Neuere Judikate haben diese Sichtweise vor allem unter dem Druck des Gemeinschaftsrechts übernommen, s. OLG Brandenburg NVwZ 1999, S. 1142 ff. (1146); instruktiv BKartA NJW 2000, S. 151 ff. (153). – Zum Sonderproblem der sog. Sektorenauftraggeber nach der Richtlinie 93/38/EWG s. Noch, Rainer: Begriff des öffentlichen Auftraggebers, NVwZ 1999, S. 1083 ff.; Thode, Reinhold: Zum vergaberechtlichen Status von juristischen Personen des Privatrechts, ZIP 2000, S. 2 ff.; Hailbronner, Kay: Private Töchter öffentlicher Auftraggeber und die Anwendbarkeit des EG-Vergaberechts, DÖV 2003, S. 534 ff.

30 Pietzcker, a. a. O. (Fn 2), S. 367 ff.; ausführlich Kling, a. a. O. (Fn 1), S. 69 ff.; die objektivrechtliche Geltung des Gleichheitssatzes hatte auch der BGH früh bejaht, BGH NJW 1977, S. 628 ff. (639).

31 BKartA NJW 2000, S. 151 ff. (153).

32 So auch Burgi, Martin: Vergabefremde Zwecke und Verfassungsrecht, NZBau 2001, S. 64 ff. (66); a. A. Grzeszick, Bernd: Vergaberecht zwischen Markt und Gemeinwohl, DÖV 2003, S. 649 ff. (654) mit der Erwägung, der Ausschluss aus dem Bieterwettbewerb aufgrund marktfremder Zwecke sei eine grundrechtlich erhebliche Wettbewerbsbeschränkung.

33 Ehlers, a. a. O. (Fn 27), S. 221; Krebs, Walter: Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, VVDSiRL 52 (1993), S. 248 ff. (265); Scherzberg, Arno: Grundfragen des verwaltungsrechtlichen Vertrages, JuS 1992, S. 205 ff. (211); Kunig, Philip: Verträge und Absprachen zwischen Verwaltung und Privaten, DVBl 1992, S. 1193 ff. (1198); Gurlit, a. a. O. (Fn 27), S. 390 f.

Wird die Vergabe eines öffentlichen Auftrags mit weiteren Zwecken bepackt, stellt sich aber die Frage, ob diese vom Auftragnehmer in freiwilliger Selbstbestimmung – und damit eingriffsausschließend³⁴ – übernommen werden oder ihn als zwangsgleiche Wirkungen treffen. Die Modalitäten des Eindringens der Sekundärzwecke in den öffentlichen Auftrag können unterschiedlich sein. Dem Auftragnehmer kann die Erfüllung bestimmter gleichstellungspolitischer Maßnahmen zur Vertragspflicht gemacht werden, indem nach Zuschlagserteilung in den Vertrag bestimmte Pflichten zur Frauenförderung aufgenommen werden. Diesen Weg hat das Land Berlin mit § 13 LGG i. V. m. der Verordnung beschritten. Möglich ist aber auch, dass die Erfüllung Frauen fördernder Maßnahmen bereits zur Vorabbedingung für die Zuschlagserteilung gemacht wird, die bevorzugte Zuschlagserteilung also die Erfüllung der Sekundärziele voraussetzt. Dies ist die Regelungsstruktur, die das Land Brandenburg in § 14 LGG i. V. m. der Verordnung gewählt hat. Das Saarland hat beide Wege miteinander verknüpft.

Wird die reale Beziehungsstruktur zum Ausgangspunkt genommen, so könnte ein Eingriff in die von der Berufsfreiheit geschützte Wettbewerbsfreiheit gesehen werden, wenn der Bieter wegen der Nachfragemacht der öffentlichen Hand keine realistische Möglichkeit hat, auf eine Gebotsabgabe zu verzichten.³⁵ Grundrechtlich bedeutsam ist in abwehrrechtlicher Perspektive weniger die Sachgerechtigkeit der Verknüpfung, sondern vielmehr der materielle Gehalt der dem Auftragnehmer auferlegten Verpflichtungen oder Vorbedingungen.³⁶ Voraussetzung für einen vertragsbezogenen Eingriff ist zum einen, dass diese Pflichten nicht ohnehin vertragsunabhängig von Gesetzes wegen bestehen; zum anderen muss es sich um Pflichten handeln, die der Auftragnehmer nicht bereits unabhängig vom Vertrag erfüllt hat. In der Berliner und der saarländischen Regelung sind deshalb Grundrechtseingriffe zu sehen, weil den erfolgreichen Bietern im Vertrag Pflichten auferlegt werden, die sie nicht bereits von Gesetzes wegen zu erfüllen haben. Bei der Regelung des Landes Brandenburg ist dies eher zweifelhaft, denn §§ 4, 6 FrauFöV knüpfen die Bevorzugung an den Umstand an, dass die Bieter bereits vor Angebotsabgabe Frauen fördernde Maßnahmen ergriffen haben, und das Eintrittsrecht nach § 7 FrauFöV entfaltet schwerlich zwangsgleiche Wirkungen.³⁷

34 So die Konstruktion des BVerwG in der Entscheidung zum Folgekostenvertrag: Der Gesetzesvorbehalt sei nicht maßgeblich, da es „angesichts der einverständlichen Mitwirkung der am Vertrag Beteiligten zumindest nicht in dem Sinne zu Eingriffen kommt, in dem dies bei jenem Erfordernis gesetzlicher Grundlage vorausgesetzt wird“, BVerwGE 42, S. 331 ff. (335).

35 So hat der BGH JZ 2000, S. 514 ff. (518) hinsichtlich eines Eingriffs in die Koalitionsfreiheit durch die Pflicht zur Abgabe einer Tariftrueckerklärung insbesondere darauf abgestellt, dass das Land Berlin auf dem Nachfrage-markt für Bauleistungen eine marktbeherrschende Stellung innehat. Diesen Markt nimmt allerdings § 13 LGG i. V. m. der Verordnung des Landes Berlin von der Auftragspflicht zur Frauenförderung aus. – Siehe zur Begründung zwangsgleicher Wirkungen auch Gurlit, a. a. O. (Fn. 27), S. 115 f. m. w. N.; bezogen auf Artikel 12 I GG bejaht auch Kling, a. a. O. (Fn. 1), S. 395 f. einen Eingriff durch die abverlangten Tariftrueckerklärungen.

36 Siehe zu dieser Differenzierung Pietzcker, a. a. O. (Fn. 2), S. 391 f.

37 Kling, a. a. O. (Fn. 1), S. 570 f. verneint einen Eingriff durch das Eintrittsrecht mangels berufsregelnder Tendenz.

2.2. Folgerungen für Frauen fördernde Maßnahmen als Sekundärzweck

Die grundrechtliche Bedeutung der Koppelung von Auftragsvergabe und betrieblicher Frauenförderung führt zur Frage nach dem Gebot gesetzlicher Vorordnung. Der *Gesetzesvorbehalt* lässt sich bereits mit der Chancen umverteilenden Wirkung begründen, die dem Sekundärzweck Frauenförderung zukommt. Ein aus dem Gleichheitssatz folgender Verfahrensvorbehalt gebietet, Inhalt und Verfahren der Berücksichtigung des Sekundärzwecks normativ zu regeln.³⁸ Zum anderen legt es die abwehrrechtliche Seite der Grundrechte nahe, die Berücksichtigung Frauen fördernder Maßnahmen durch Rechtsnormen mit Außenwirkung zu regeln. Bevorzugungsregeln im Range von Verwaltungsvorschriften würden den *grundrechtlichen* Vorordnungsgeboten nicht genügen. Insofern kommt dem *einfachrechtlichen* Gesetzesvorbehalt des § 97 IV Hs. 2 GWB nur klarstellende Bedeutung zu.³⁹ Der grundrechtliche Gesetzesvorbehalt dürfte allerdings auch eine gesetzliche Grundlage unterhalb der für die Anwendung von § 97 IV Hs. 2 i. V. m. § 100 I GWB maßgeblichen gemeinschaftsrechtlichen Schwellenwerte erfordern.⁴⁰ Diesem verfassungsrechtlichen Erfordernis gesetzlicher Grundlage genügen die Regelungen von Berlin, Brandenburg und dem Saarland⁴¹, nicht hingegen die auf eine Verwaltungsvorschrift verweisende Regelung des Landes Thüringen⁴² und die hamburgische Richtlinie im Range einer Verwaltungsvorschrift.

In *kompetenzieller* Hinsicht stellt § 97 IV Hs. 2 GWB klar, dass sowohl der Bund als auch die Länder entsprechende außenwirksame Regelungen treffen dürfen. Die von ihnen normierten Sekundärzwecke müssen aber ihrerseits die grundgesetzliche Kompetenzordnung wahren.⁴³ Dies mag bei den von einigen Ländern geschaffenen Tariftreue-

38 Hermes, Georg: Gleichheit durch Verfahren bei der staatlichen Auftragsvergabe, JZ 1997, S. 909 ff. (914 ff.); Gurlit, a. a. O. (Fn. 27), S. 405. Nach Auffassung des BVerwG sollen hingegen subventionierende Maßnahmen in Umsetzung von Artikel 3 II 2 GG keinem Parlamentsvorbehalt für das Wesentliche unterfallen, sondern durch Verwaltungsvorschriften getroffen werden können, NVwZ 2003, S. 92 ff.

39 Artikel 3 Nr. 5 des Vergaberechtsänderungsgesetzes (BGBl 1998, I, 2512) sah übergangsweise die Weitergeltung von Verwaltungsvorschriften über Sekundärzwecke bis zum 20. 6. 2000 vor; s. a. BGH, B. v. 8. 12. 1998, KVR 23/98, WuW/E Verg., 175; BayObLG NVwZ 1999, S. 1138 ff. (1142); zu § 97 IV Hs. 2 GWB als Formvorbehalt s. ausführlicher Heintzen, Markus: Vergabefremde Ziele im Vergaberecht, ZHR 165 (2001), S. 62 ff. (64 ff.).

40 Hermes, Georg: JZ 1997, S. 909 ff. (914 ff.); Gurlit, a. a. O. (Fn. 27), S. 405; Puhl, Thomas: Der Staat als Wirtschaftsobjekt und Auftraggeber, VVDStRL 60 (2001), S. 456 ff. (496).

41 Hierbei ist zu berücksichtigen, dass der parlamentarische Gesetzgeber jedenfalls die für die Grundrechtsausübung wesentlichen Angelegenheiten selbst normieren muss und nur das Unwesentliche nach Maßgabe von Artikel 80 I GG an die normsetzende Verwaltung delegieren darf, s. grundlegend BVerfGE 33, S. 1 ff. (11); BVerfGE 47, S. 46 ff. (79). In Berlin, Brandenburg und dem Saarland ist das Grundrechtswesentliche in den parlamentsbeschlossenen LGG geregelt, die Verordnungen enthalten Konkretisierungen.

42 In Thüringen regelt § 22 LGG nicht das Grundrechtswesentliche.

43 Der einfachrechtliche Vorbehalt kann die grundgesetzliche Kompetenzordnung nicht überspielen, so zutreffend BGH JZ 2000, S. 514 ff. (518); Böhm, Monika/Denker, Claudia: NVwZ 2000, S. 767 f. (768); Grzeszick, Bernd: DÖV 2003, S. 649 ff. (653); a. A. Heintzen, Markus: ZHR 165 (2001), S. 62 ff. (70 f.), der in § 97 IV Hs. 2 GWB eine Kompetenzverteilungsregel sieht.

regelungen problematisch sein,⁴⁴ dürfte aber Länderregelungen zur betrieblichen Frauenförderung nicht treffen, solange nicht bundesgesetzlich eine Artikel 74 I Nr. 11 oder 12 GG ausschöpfende Regelung erlassen wird.⁴⁵

Die Öffnungsklausel in § 97 IV Hs. 2 GWB hat insofern konstitutive Bedeutung, als sie den *inhaltlichen Rahmen* umschreibt, den sowohl bundes- als auch landesrechtliche Regelungen von Sekundärzwecken zu beachten haben. Die anderen oder weitergehenden Anforderungen, die Bund und Länder nach § 97 IV Hs. 2 GWB regeln dürfen, beziehen sich auf die in § 97 IV Hs. 1 GWB genannten Eignungskriterien (*bieterbezogene Kriterien*). Diese Anforderungen müssen sich als „andere“ nicht auf eine Fortschreibung der in Artikel 97 IV Hs. 1 GWB genannten Eignungskriterien beschränken. Sie dürfen aber nicht den Grundsatz des § 97 V GWB antasten, dem zufolge der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen ist (*gebots- oder produktbezogene Kriterien*).⁴⁶ Das Wirtschaftlichkeitsgebot des § 97 V GWB wird von der Berliner Regelung gewahrt, die einerseits in den Teilnahmebedingungen vor dem Zuschlag Bieter zu Angaben über geplante Maßnahmen auffordert und andererseits Frauen fördernde Maßnahmen erst *nach* der Zuschlagserteilung zum Vertragsinhalt macht. Zweifel könnten bei der Regelung des Landes Brandenburg bestehen, denn nach § 6 FrauFöV kann das Kriterium der Frauenförderung *bei* der Zuschlagserteilung berücksichtigt werden. Indessen knüpft die Norm an die wirtschaftliche Gleichwertigkeit der Gebote an, sodass hierdurch ebenfalls das Wirtschaftlichkeitsgebot nicht tangiert wird. Gleiches gilt für das Eintrittsrecht nach § 7 FrauFöV, das gerade auf die Wahrung der Wirtschaftlichkeit abzielt.⁴⁷

Die normierten Sekundärzwecke müssen sich schließlich auch *materiell* vor den betroffenen Grundrechten rechtfertigen. Dies ist bei den Regelungen zur Tariftreue umstritten.⁴⁸ Werden hingegen Frauen fördernde Maßnahmen zum Vertragsinhalt oder zum Zuschlagskriterium gemacht, so gestatten die Freiheitsgrundrechte grundsätzlich sachgerechte und durch den Gleichstellungsauftrag des Artikel 3 II 2 GG motivierte Be-

44 BGH JZ 2000, S. 514 ff. (517 f.) sah in der Berliner Regelung über die Abgabe einer Tariftreuerklärung einen Verstoß gegen Artikel 74 I Nr. 12 GG, da derartige Angelegenheiten dem Tarifrecht zurechnen und nach Auffassung des Gerichts mit § 5 TVG eine insoweit abschließende bundesrechtliche Regelung vorliegt.

45 Nach Ansicht von Heintzen, Markus: ZHR 165 (2001), S. 62 ff. (68) folgt nicht nur für das Vergaberecht, sondern auch für die Normierung von Sekundärzwecken die Kompetenz einheitlich aus Artikel 74 I Nr. 11 GG. – Für eine längere Länderexperimentierphase plädiert Rust, Ursula: Sozialpolitische Kriterien in landesgesetzlichen Vergabevorschriften, NJ 2001, S. 113 ff. (115).

46 So auch die Lesart von Heintzen, Markus: ZHR 165 (2001), S. 62 ff. (74 ff.); Rust, Ursula: EuZW 1999, S. 453 ff. (454); dies.: EuZW 2000, S. 205 ff. (206 f.); Grzeszick, Bernd: DÖV 2003, S. 649 ff. (652).

47 So im Ergebnis auch Kling, a. a. O. (Fn 1), S. 551 ff., 557 f.

48 BGH JZ 2000, S. 514 ff. (518) sah in der Berliner Regelung einen Verstoß gegen Artikel 9 III GG, zustimmend Dreher, Meinrad: JZ 2000, S. 519 ff. (519); Böhm, Monika/Denker, Claudia: NVwZ 2000, S. 767 f. (768). Entsprechende Bedenken wurden deshalb auch gegenüber einer bundesgesetzlichen Regelung formuliert, s. dazu bereits Kling, a. a. O. (Fn 1), S. 388 ff.; Kämmerer, Jörn Axel/Thüsing, Gregor: ZIP 2002, S. 596 ff. (600 ff.).

schränkungen.⁴⁹ Auch der spezielle Gleichheitssatz des Artikel 3 III GG steht dem Sekundärzweck der Frauenförderung nicht entgegen: Gegen das strikte, geschlechtsbezogene Anknüpfungsverbot wird durch das staatliche Verlangen nach einem betrieblichen Frauenförderplan nicht verstoßen. Die Unternehmen werden auch nicht zu einer geschlechtsdiskriminierenden Einstellungs- oder Beförderungspraxis genötigt, da sie in den Wegen der Zielerreichung frei bleiben.⁵⁰

3. *Gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit der Frauen fördernden Auftragsvergabe*

Der verfassungsrechtliche Rahmen umschreibt nicht den einzigen Maßstab für die Zulässigkeit der Koppelung der Auftragsvergabe mit dem Ziel der Frauenförderung. Wesentlich bedeutsamer erscheinen die Restriktionen, die das gemeinschaftliche Sekundär- und Primärrecht einer influenzierenden Auftragsvergabe auferlegen.

3.1. *Der richtlinienrechtliche Rahmen*

Wie die nunmehr abgelösten Vorgängerrichtlinien normiert auch die neue, vereinheitlichende Richtlinie aus dem Jahr 2004 Anforderungen an die wirtschaftliche, finanzielle und technische Leistungsfähigkeit des Bieters (Artikel 45 ff.). Von diesen bieterbezogenen Eignungskriterien sind die Maßstäbe für die Zuschlagserteilung zu unterscheiden. Der Zuschlag ist nach Wahl des Auftraggebers auf den niedrigsten Preis oder auf das wirtschaftlich günstigste Gebot zu erteilen (Artikel 53). Neu aufgenommen wurde die mitgliedstaatliche Befugnis, zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags vorzuschreiben, sofern diese mit dem Gemeinschaftsrecht im Übrigen vereinbar sind. Beispielhaft werden soziale und umweltbezogene Aspekte genannt (Artikel 26). Die mitgliedstaatlichen Spielräume für die Berücksichtigung gleichstellungspolitischer Ziele ergeben sich aus dem Zusammenspiel von Artikel 26 und 53 der Richtlinie. Vor der Vereinheitlichung der Richtlinien unternommene Versuche, richtlinienspezifisch unterschiedlich große Spielräume zu begründen,⁵¹ können getrost aufgegeben werden.⁵² Die

49 Neßler, Volker: DÖV 2000, S. 145 ff. (150); Böhm, Monika/Denker, Claudia: NVwZ 2000, S. 767 f. (768); wohl auch Rust, Ursula: EuZW 2000, S. 205 ff. (207); Kling, a. a. O. (Fn 1), S. 554, 567 ff. hinsichtlich der Regelungen in §§ 6, 7 FrauFöV des Landes Brandenburg. – Das Verhältnismäßigkeitsprinzip dürfte den Berliner Gesetzgeber veranlasst haben, den Bausektor von der Regelung auszunehmen. § 7 III FrauFöV Brandenburg enthält eine Unbilligkeitsklausel als Ausnahme vom Eintrittsrecht.

50 Gurlit, a. a. O. (Fn 27), S. 401. Das BVerfG nimmt einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit an, wenn Grundrechtsträger von Gesetzes wegen genötigt werden, Dritte zu diskriminieren, s. BVerfGE 85, S. 191 ff. (205 f.).

51 Siehe die Erwägungen bei Kling, a. a. O. (Fn 1), S. 189, 218; Götz, Walter: Die Zulässigkeit beschaffungsfremder Vergabekriterien nach Europarecht, EuR 1999, S. 621 ff. (629 ff.).

Auslegung des richtlinienrechtlichen Rahmens bedarf allerdings des Rückgriffs auf die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs, dessen Rechtsprechung mit der gemeinschaftsrechtlichen Novellierung in weiten Teilen kodifiziert wurde.

Einfallstor für die Berücksichtigung Frauen fördernder Zwecke ist vor allem Artikel 26, der sich dem *Beentjes*-Urteil des EuGH aus dem Jahr 1988 verdankt.⁵³ In dieser Entscheidung hatte der Gerichtshof über eine niederländische Regelung zu urteilen, der zufolge im Vergabeverfahren für Bauaufträge die Bieter ihre Fähigkeit nachweisen mussten, Langzeitarbeitslose zu beschäftigen. Der Gerichtshof ging davon aus, die Eignungs- und Zuschlagskriterien seien als voneinander zu unterscheidende Regelungen anzusehen. Auch dürften bei der Festlegung der Zuschlagskriterien nur solche zugrunde gelegt werden, die der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen.⁵⁴ In dem niederländischen Erfordernis vermochte er weder ein Eignungs- noch ein Zuschlagskriterium zu sehen. Vielmehr qualifizierte das Gericht die Regelung als „besondere zusätzliche Bedingung“, die mangels umfassender Richtlinienharmonisierung unter den weiteren Voraussetzungen statthaft sei, dass sie vorab publiziert werde und nicht gegen gemeinschaftliches Primärrecht verstoße.⁵⁵ Wenn sich also der Sekundärzweck nicht als Zuschlagskriterium darstellt, so lässt er sich als „Ausführungsbedingung“ qualifizieren, die den *Auftragsinhalt* des erfolgreichen, weil günstigsten Bieters *nach* der Zuschlagserteilung determiniert und als vorab formulierte Bedingung alle Bieter gleichmäßig trifft.⁵⁶ Insoweit lassen sich Sekundärzwecke normieren, die den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz nicht berühren.⁵⁷ Diese Rechtsprechung ist nunmehr mit der Neufassung der Richtlinie rezipiert worden. Auch wenn in den Erwägungsgründen der Richtlinie Frauen fördernde Ziele nicht ausdrücklich genannt werden⁵⁸, dürfte die nicht abschließende Aufzählung der berücksichtigungsfähigen Belange auch gleichstellungspolitische Aspekte zulassen. Entscheidend ist, dass diese nicht Zuschlagskriterium sind, sondern als vorab formulierte Bedingung dem erfolgreichen Bieter als Vertragsinhalt auferlegt werden.

Ob die Bereitschaft zur Durchführung Frauen fördernder Maßnahmen oder bereits durchgeführte Maßnahmen auch zum Zuschlagskriterium gemacht werden dürfen, kann sich nur aus Artikel 53 der Richtlinie ergeben. Entscheidet sich der Auftraggeber für die

52 Der EuGH ist immer von einem einheitlichen Regelungsrahmen ausgegangen, s. EuGH, Urt. v. 17. 9. 2002, Rs. C-513/99 Concordia Bus Finland, Slg. 2002 I-7213 ff, Tz 87-93; s. a. bereits Gurliit, a. a. O. (Fn 27), S. 385 f.; s. a. Rust, Ursula: EuZW 1999, S. 453 ff. (454).

53 EuGH, Urt. v. 20. 9. 1988, Rs. 31/87, Slg. 1988, S. 4635 ff.

54 EuGH Slg. 1988, S. 4635 ff., Tz 16-20.

55 EuGH Slg. 1988, S. 4635 ff, Tz 36 f.

56 So die Lesart der Kommission, s. Mitteilung der Kommission: Öffentliches Auftragswesen – Regionale und soziale Aspekte, KOM (1989) 400 endg. v. 22. 9. 1989, ABIEG C 311 Rdnr. 47, bestätigt in der Mitteilung: Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union, KOM (1998) 143 endg. v. 11. 3. 1998, Tz 4.4.

57 So die Lesart des *Beentjes*-Urteils von Rust, Ursula: EuZW 1999, S. 453 ff. (455 f.); Ziekow, Jan: NZBau 2001, S. 72 ff. (75); dagegen Rittner, Fritz: Die „sozialen Belange“ i. S. der EG-Kommission und das inländische Vergaberecht, EuZW 1999, S. 677 ff. (679 f.).

58 Erwägungsgrund 33 der Richtlinie nennt beispielhaft die berufliche Ausbildung auf Baustellen sowie die Beschäftigungsförderung solcher Personen, deren Eingliederung besondere Schwierigkeiten bereitet – ob man Frauen pauschal letzterer Gruppe zuweisen sollte, erscheint eher fragwürdig.

Zuschlagserteilung auf das wirtschaftlich günstigste Gebot, so kann er nach der Neufassung verschiedene mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängende Kriterien anwenden, beispielsweise die Ästhetik oder die Umwelteigenschaften. Insbesondere die Aufnahme der Umwelteigenschaften in den Kriterienkatalog der Zuschlagserteilung geht auf die Judikatur des EuGH zurück.

In der Sache *Concordia Bus Finland*⁵⁹ hatte der Gerichtshof zu entscheiden, ob die Stadt Helsinki bei der Vergabe von Buslinien den Zuschlag auch daran ausrichten durfte, dass der erfolgreiche Bieter in der Lage war, erdgasbetriebene Busse mit geringen Emissionen einzusetzen. Der Gerichtshof nutzte die Gelegenheit, die Spielräume, die der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz bietet, gründlicher auszuloten. Danach kann der wirtschaftliche Wert eines Gebots einerseits auch durch Kriterien mitbestimmt werden, die selbst nicht unmittelbar wirtschaftlicher Natur sind.⁶⁰ Andererseits müssen aber die Zuschlagskriterien, auf die der Auftraggeber abstellt, mit dem Auftragsgegenstand „zusammenhängen“.⁶¹ Im Übrigen bleibt es dabei, dass diese Kriterien vorab bekannt gemacht werden und mit dem EG-Vertrag vereinbar sein müssen. Die gebotene Enge des Zusammenhangs von weiteren Kriterien im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots hat der Gerichtshof in der *Wienstrom*-Entscheidung vom Dezember 2003 präzisiert. Dort ging es um die Frage, ob Österreich als öffentlicher Auftraggeber die Fähigkeit der Bieter, Strom aus erneuerbaren Energiequellen zu liefern, mit einem Anteil von 45 % bei der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots berücksichtigen darf. War der Gerichtshof grundsätzlich geneigt, eine solche Berücksichtigung eines nicht unmittelbar betriebswirtschaftlichen Kriteriums zu akzeptieren, so meldete er doch durchschlagende Vorbehalte gegen die konkrete Ausgestaltung an. Diese sah nämlich eine Berücksichtigung der unternehmerischen Potenziale zur Bereitstellung von Energie aus erneuerbaren Quellen jenseits der durch den konkreten Auftrag geforderten Energiemengen vor. Nach Auffassung des EuGH wurde damit der Sachzusammenhang von zusätzlichem Kriterium und dem konkreten Auftrag nicht gewahrt.⁶²

Die Urteile *Concordia Bus Finland* und *Wienstrom* bestätigen, dass Sekundärzwecke auch im Rahmen der Zuschlagserteilung verfolgt werden dürfen. Da Artikel 53 der Richtlinie nur beispielhaft weitere auftragsbezogene Kriterien nennt, ist grundsätzlich denkbar, auch gleichstellungspolitische Anliegen aufzunehmen.⁶³ Mit der Betonung des erforderlichen Konnexes von konkretem Auftrag und Zuschlagskriterien sind aber Restriktionen für die Verfolgung von Sekundärzwecken verbunden. Entscheidend ist, dass die Kriterien der Auftrags Erfüllung dienen und sich nicht als hiervon losgelöstes Erfordernis darstellen. Die beiden jüngsten Entscheidungen behandelten aber vor allem nur

59 EuGH Slg. 2002 I-7213 ff.

60 Die Stadt Helsinki hatte dargelegt, umweltschonende Busse bewirkten Spareffekte im medizinisch-sozialen Bereich, s. Schlussanträge von GA Mischo, Rdnr. 66.

61 EuGH Slg. 2002 I-7213 ff., Tz 55 und 59.

62 EuGH, Urt. v. 4. 12. 2003, Rs. C-448/01 *Wienstrom*, EuZW 2004, 81 ff. Tz 66-71.

63 Der Vorschlag des Parlaments, die Gleichstellungspolitik in das Zuschlagskriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots aufzunehmen, wurde zwar von der Kommission abgelehnt, s. KOM (2002) 236 endg. vom 6. 5. 2002, S. 54; der Erwägungsgrund 46 der Richtlinie nennt aber immerhin Kriterien „zur Erfüllung sozialer Anforderungen, (...) die insbesondere den (...) Bedürfnissen besonders benachteiligter Bevölkerungsgruppen entsprechen“.

die Frage der Berücksichtigungsfähigkeit zusätzlicher Belange *innerhalb* des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes.⁶⁴ Selbst unter Zugrundelegung des vom EuGH erweiterten Wirtschaftlichkeitsbegriffs erfordert es ein gewisses Maß an Fantasie, die Durchführung von gleichstellungsfördernden Maßnahmen als auftragsbezogenes Kriterium zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots anzusehen.

Zur Nagelprobe der Flexibilität der Zuschlagskriterien wird deshalb die Frage, ob Artikel 3 der Richtlinie auch Durchbrechungen des Wirtschaftlichkeitsgebots gestattet. In der Rechtssache *Nord-Pas-de-Calais*⁶⁵ hatte der Gerichtshof offenbar derartige Spielräume gesehen. Im Vertragsverletzungsverfahren hatte die Kommission gerügt, die französische Region habe in den Ausschreibungsunterlagen für Bauaufträge staatliche Bedingungen zur lokalen Beschäftigungsförderung als Zuschlagskriterium und nicht als Ausführungskriterium bezeichnet. In Interpretation seines *Beentjes*-Urteils führte der Gerichtshof aus, sowohl die damalige „zusätzliche Bedingung“ als auch die nunmehr fragliche Bedingung stellten sich der Sache nach als Zuschlagskriterien dar, weil sie als Grund für den Ausschluss eines Bieters fungierten. Auch als Zuschlagskriterien seien aber diese Bedingungen gemeinschaftsrechtskonform, wenn sie vorab bekannt gemacht werden und nicht mit dem gemeinschaftlichen Primärrecht kollidieren.⁶⁶ Mit dieser Entscheidung gab der Gerichtshof seine feinsinnige Unterscheidung zwischen den auf das Wirtschaftlichkeitsgebot verpflichteten Zuschlagskriterien und zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung auf. Die überraschende Volte legte die Interpretation nahe, die Mitgliedstaaten seien durch das richtlinienrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot nicht absolut gebunden, die von den Richtlinien gewährten Spielräume für die Normierung von Sekundärzwecken seien mithin deutlich größer.⁶⁷ Die zeitlich danach ergangenen Entscheidungen *Concordia Bus Finland* und *Wienstrom*, die allein den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz ausloten, deuten allerdings bereits eine Korrektur des EuGH an.⁶⁸ Der Wortlaut des Artikel 3 und die Erwägungsgründe⁶⁹ sprechen eindeutig für eine abschließende Normierung der Zuschlagskriterien. Gleichstellungspolitische Ziele können deshalb nach Maßgabe der Richtlinien zwar als sog. Ausführungsbedingung, aber nur innerhalb des Gebots des Zuschlags auf das wirtschaftlich günstigste Angebot verwirklicht werden.

64 Dass dies grundsätzlich möglich sein muss, hatte der Gerichtshof schon zuvor entschieden, s. EuGH, Urt. v. 28. 3. 1995, Rs C-324/93, *Evans Medical und MacFarlan Smith*, Slg. 1995, I-563 ff., Tz 42-44.

65 EuGH, Urt. v. 26. 9. 2000, Rs. C-225/98, Slg. 2000, I-7445 ff.

66 EuGH Slg. 2000, I-7445 ff., Tz 50-52.

67 Benedict, Christoph: „Vergabefremde“ Aspekte nach *Beentjes* und *Nord-Pas-de-Calais*, NJW 2001, S. 947 ff. (948); Rust, Ursula: NJ 2001, S. 113 ff. (116); sehr kritisch die Urteilsanmerkungen von Seidel, Ingelore: EuZW 2000, S. 762 f und Dreher, Meinrad: JZ 2001, S. 140 f.

68 So auch bereits nach der *Concordia*-Entscheidung Bungenberg, Marc: NVwZ 2003, S. 314 ff. (317).

69 Artikel 53 der Richtlinie formuliert die Zuschlagsvarianten als klares entweder/oder; nach Erwägungsgrund 46 sind nur die zwei Zuschlagskriterien niedrigster Preis und wirtschaftlich günstigstes Angebot zuzulassen.

3.2. Gemeinschaftliches Primärrecht

Das Richtlinienrecht sperrt nicht den Rückgriff auf Regelungen des EG-Vertrages. Der Vertrag bildet einen zusätzlichen Maßstab für die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit der mitgliedstaatlichen Normierung von sekundären Vergabezwecken. Daneben ist er alleiniger gemeinschaftsrechtlicher Maßstab für diejenigen Vergabeverfahren der Mitgliedstaaten, die unterhalb der richtlinienrechtlichen Schwellenwerte bleiben.

Als Restriktion kommt vor allem das gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot in Betracht, das über das allgemeine Verbot des Artikel 2 EGV hinaus im Bereich der Grundfreiheiten Beachtung fordert. Die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit können Sekundärzwecken entgegenstehen, die unmittelbar oder mittelbar Bieter aus anderen Mitgliedstaaten benachteiligen.⁷⁰ Begrenzend können sich überdies die Regelungen zur Wettbewerbspolitik auswirken. Insbesondere das Verbot wettbewerbsverzerrender Beihilfen nach Artikel 87 I EGV kann berührt sein, wenn die Normierung von Sekundärzwecken letztlich das Ziel verfolgt, mittels der Auftragsvergabe gezielt Unternehmen zu subventionieren.⁷¹

Dass aber das Primärrecht nicht nur Schranken, sondern auch positive Leitlinien für die Zulässigkeit bestimmter Sekundärzwecke bereithält, hat die Entscheidung des Gerichtshofs in der Sache *Concordia Bus Finland* erwiesen. Dort stellte das Gericht für die Zulässigkeit eines Umweltschutzkriteriums maßgeblich darauf ab, dass der Umweltschutz auch ein gewichtiger gemeinschaftsrechtlicher Belang ist (Artikel 6 EGV).⁷² Die umweltbezogene Querschnittsklausel ist dabei nicht unmittelbarer Prüfungsmaßstab, sondern Richtschnur für die vertragskonforme Interpretation des Richtlinienrechts. Da Querschnittsklauseln bei allen EG-Politiken Berücksichtigung verlangen, sind sie bei der Auslegung der primärrechtlichen Diskriminierungstatbestände und des Wettbewerbsrechts fruchtbar zu machen⁷³. Sie sind Instrument des Ausgleichs konfligierender Gemeinschaftsziele und werden vom Gerichtshof zunehmend als Mittel zur Herstellung praktischer Konkordanz eingesetzt.⁷⁴

70 EuGH Slg. 1988, S. 4635 ff., Tz 20, 29, 37; EuGH Slg. 2000, I-7445 ff., Tz 50; EuGH Slg. 2002 I-7213 ff., Tz 82.

71 Siehe dazu Dreher, Meinrad/Haas, Gabriele/v. Rintelen, Gregor: Vergabefremde Regelungen und Beihilferecht, Berlin 2002; Kesc, Volkmar/Lukasik, Tanja: Friktionen des europäischen Vergaberechts mit dem EG-Beihilfenrecht, VBIBW 2003, 226 ff.; Koenig, Christian/Kühling, Jürgen: Diskriminierungsfreiheit, Transparenz und Wettbewerbsoffenheit des Ausschreibungsverfahrens – Konvergenz von EG-Beihilfenrecht und Vergaberecht, NVwZ 2003, S. 779 ff.; Cremer, Wolfram: Ökologische Kriterien bei der Vergabe öffentlicher Aufträge und EG-Beihilfenrecht – Materiellrechtliche und verfahrensrechtliche Aspekte, ZUR 2003, S. 265 ff.

72 EuGH Slg. 2002 I-7213 ff., Tz 57.

73 So auch Neßler, Volker: Politische Auftragsvergabe durch den Staat?, DÖV 2000, S. 145 f. (151 f.); Böhm, Monika/Danker, Claudia: NVwZ 2000, S. 767 f. (768); Rust, Ursula: EuZW 2000, S. 205 ff. (207); Schumacher, Kai: DVBl 2000, S. 467 ff. (470); Steinberg, Philipp: EuZW 2002, S. 634 f. (635); Ziekow, Jan: NZBau 2001, S. 72 ff. (77 f.); Benedict, a. a. O. (Fn 3), S. 226 f.; Bungenberg, Marc: NVwZ 2003, S. 314 ff. (316); Bungenberg, Marc/Nowak, Carsten: ZUR 2003, S. 10 ff. (12).

74 Siehe EuGH, Urt. v. 27. 4. 1994, Rs. C-393/92 Almelo, Slg. 1994 I-1477 ff. zur Berücksichtigung des Umweltschutzes bei Artikel 86 II EGV; EuGH, Urt. v. 13. 3. 2001, Rs. C-379/98 PreussenElektra, Slg. 2001 I-2099 ff. zur Berücksichtigung des Umweltschutzes bei Artikel 87 EGV.

3.3. Folgerungen für Regelungen zur Frauen fördernden Auftragsvergabe

Das Gemeinschaftsrecht stellt Anforderungen an die Zulässigkeit der mitgliedstaatlichen Normierung von Sekundärzwecken, die nicht nur diese Regelungen selbst, sondern bereits die bundesrechtliche Öffnungsklausel in § 97 IV Hs. 2 GWB zu beachten hat. Der Gerichtshof hat die abschließende Natur der Eignungskriterien betont. Es wird deshalb die Ansicht vertreten, § 97 IV Hs. 2 GWB sei europarechtswidrig, da er ein Abweichen von den Eignungskriterien gestatte.⁷⁵ Mit der Ermöglichung „anderer“ Anforderungen sind indessen gerade solche gemeint, die nicht an die Eignung des Bieters anknüpfen, sondern im Sinne des *Beentjes*-Urteils zusätzliche Bedingungen für die Auftragsausführung sind. § 97 IV 2 GWB ist mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar.⁷⁶

Die gesetzlichen Regelungen der Länder zur Frauen fördernden Auftragsvergabe sind nur teilweise am Richtlinienrecht zu messen. Das Land Brandenburg hat einen Konflikt mit den Richtlinien vermieden, da seine Bevorzugungsregeln nur unterhalb der richtlinienrechtlichen Schwellenwerte Anwendung finden. Anderes gilt für das Land Berlin. Die Regulationsstruktur von § 13 LGG i. V. m. der Verordnung, die am Vertragsinhalt und damit an den „Ausführungsbedingungen“ ansetzt, ist auf das *Beentjes*-Urteil und damit auch auf Artikel 26 der Richtlinie abgestimmt. Sie berührt die Zuschlagskriterien nicht. Da die Frauenförderung unmittelbarer Vertragsinhalt ist, wäre im Übrigen auch der nach der *Concordia*- und der *Wienstrom*-Entscheidung gebotene Sachzusammenhang von nichtwirtschaftlichen Kriterien und konkretem Auftrag gewahrt.

Sekundärzwecke können primärrechtlich in erster Linie am Verbot unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung scheitern. Umstritten ist die Zulässigkeit einer Regelung der Tariftreue, die Bieter aus anderen Mitgliedstaaten schon aus wirtschaftlichen Gründen kaum abgeben können. Dieses Kriterium birgt die Gefahr einer Marktabschottung, deren Rechtfertigung durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses fraglich ist.⁷⁷ Anders stellt sich aber die Lage für die Frauen fördernde Auftragsvergabe dar. Ungeachtet der Frage, ob dieses Kriterium zum Vertragsinhalt oder zum vorab zu erfüllenden Zuschlagskriterium gemacht wird, sind zum einen Beeinträchtigungen unternehmerischer Grundfreiheiten deutlich geringer zu veranschlagen.⁷⁸ Vor allem aber ist die Gleichberechtigung der Geschlechter – ebenso wie der Umweltschutz – ein gemeinschaftsrechtlicher Belang, der bei allen Politiken Beachtung erheischt (Artikel 3 II

75 Dreher, Meinrad: JZ 2000, S. 518 ff. (520); Kling, a. a. O. (Fn 1), S. 238 ff., 247 f. unter Ablehnung der *Beentjes*-Rechtsprechung.

76 So auch Böhm, Monika/Danker, Claudia: NVwZ 2000, S. 767 f. (768); Rust, Ursula: EuZW 2000, S. 205 ff. (206 f.).

77 So auch Neßler, Volker: DÖV 2000, S. 145 ff. (152); Böhm, Monika/Denker, Claudia: NVwZ 2000, S. 767 f. (768); ausführlicher im Hinblick auf das geplante Tariftreugesetz des Bundes Kling, Michael: EuZW 2002, S. 229 ff. (232 ff.); s. a. schon zuvor ders., a. a. O. (Fn 1), S. 340 ff.; Kämmerer, Jörn Axel/Thüsing, Gregor: ZIP 2002, S. 596 ff. (S. 598 f.); offen gelassen von BGH, JZ 2000, S. 514 ff. (517).

78 So auch Kling, a. a. O. (Fn 1), S. 559 ff. für die brandenburgische Regelung in § 7 FrauFöV; skeptisch aber Benedict, a. a. O. (Fn 3), S. 226 f hinsichtlich der Berliner Regelung, weil das Instrument der Frauenförderpläne in anderen Mitgliedstaaten nicht unbedingt gebräuchlich sei; ähnlich Ziekow, Jan: NZBau 2001, 72 ff. (77).

EGV). Die Querschnittsklausel des Artikel 3 II EGV rechnet zu den wesentlichen Grundsatzbestimmungen des Vertrages, die normenhierarchisch dem Beihilfenrecht nach Artikel 87 ff. EGV gleichgeordnet ist.⁷⁹ Die influenzierende Auftragsvergabe ist ein Instrument des vom primären Gemeinschaftsrecht geforderten Gender Mainstreaming. Grundfreiheiten und Wettbewerbsrecht einerseits und das Ziel der Gleichberechtigung der Geschlechter durch Auftragsvergabe andererseits sind in ein Verhältnis praktischer Konkordanz zu bringen. Weder die Grundfreiheiten noch das primäre Beihilfenrecht vermögen eine absolute Sperre für eine Frauen fördernde Auftragsvergabe zu errichten. Regelungen einer Frauen fördernden Auftragsvergabe sind mit dem Primärrecht vereinbar, wenn sie die Marktfreiheiten nicht unverhältnismäßig beeinträchtigen und im Sinne der Beihilfavorschriften den Wettbewerb nicht in unannehmbarer Weise verfallen.⁸⁰

4. Schlussbemerkung

Die betriebliche Förderung von Frauen mittels der Vergabe öffentlicher Aufträge ist ein in tatsächlicher wie rechtlicher Hinsicht komplexes Vorhaben. Ob sich der Anteil von Frauen in Unternehmen und ihre betriebliche Position mit diesem Instrument verbessern wird, mag die Praxis erweisen. Das Recht steht einer influenzierenden Vergabepolitik jedenfalls nicht zwingend entgegen. Es lohnt gleichwohl, sich in Erinnerung zu rufen, dass das Vergaberecht nur ein Anwendungsfall des von Artikel 3 II EGV intendierten Gender Mainstreaming ist. Es kann andere Formen staatlicher Gleichstellungspolitik nicht substituieren, sondern allenfalls ergänzen.

79 So auch für das Verhältnis von Wettbewerbsrecht und umweltfördernder Auftragsvergabe der Ansatz von Bungenberg, Marc/Nowak, Carsten: ZUR 2003, S. 10 ff. (12), die allerdings zutreffend darauf hinweisen, dass sich die Grundfreiheiten und das Wettbewerbsrecht als Primärrecht unmittelbar als Verbotsnormen verwirklichen, während die gleichstellungspolitisch motivierte Auftragsvergabe der sekundärrechtlichen Umsetzung bedarf.

80 So im Wesentlichen auch Ziekow, Jan: NZBau 2001, S. 72 ff. (77 f.); Neßler, Volker: DÖV 2000, S. 145 ff. (151 f.); Böhm, Monika/Danker, Claudia: NVwZ 2000, S. 767 f. (768), die allerdings durchweg die Sperrwirkung des Beihilfenrechts höher veranschlagen.