

TEXTE

127/2024

Abschlussbericht

Juristische Machbarkeitsstudie Berücksichtigung von Gleichstellung und Genderdimensionen in Vergabe und Beschaffung

**Für eine nachhaltige, soziale und diskriminierungsfreie
UBA Vergabepraxis**

von:

Prof. Dr. Sarah Elsuni
Frankfurt am Main

Unter Mitarbeit von Luise Bublitz
Berlin

Herausgeber:

Umweltbundesamt

TEXTE 127/2024

Projektnummer 166883

FB001282

Abschlussbericht

Juristische Machbarkeitsstudie Berücksichtigung von Gleichstellung und Genderdimensionen in Vergabe und Beschaffung

Für eine nachhaltige, soziale und diskriminierungsfreie
UBA Vergabepraxis

von

Prof. Dr. Sarah Elsuni
Frankfurt am Main

Unter Mitarbeit von Luise Bublitz
Berlin

Im Auftrag des Umweltbundesamtes

Impressum

Herausgeber

Umweltbundesamt
Wörlitzer Platz 1
06844 Dessau-Roßlau
Tel: +49 340-2103-0
Fax: +49 340-2103-2285
buergerservice@uba.de
Internet: www.umweltbundesamt.de

Durchführung der Studie:

Fachbereich 4: Soziale Arbeit und Gesundheit
Nibelungenplatz 1
60318 Frankfurt am Main

Abschlussdatum:

Dezember 2021

Redaktion:

Gleichstellungsbeauftragte
Dr. Arn Sauer, Regina Schreiber, Dr. Melanie Kintz

Publikationen als pdf:

<http://www.umweltbundesamt.de/publikationen>

ISSN 1862-4804

Dessau-Roßlau, September 2024

Die Verantwortung für den Inhalt dieser Veröffentlichung liegt bei den Autorinnen und Autoren.

Kurzbeschreibung: Berücksichtigung von Gleichstellung und Genderdimensionen in Vergabe und Beschaffung

Das Vergaberecht sieht keine Verpflichtung von öffentlichen Auftraggebern zur Integration von sozialen Belangen vor. Seit der Vergaberechtsreform 2016 ist allerdings klar geregelt, dass öffentliche Auftraggeber befugt und aufgefordert sind, soziale Zielsetzungen zu berücksichtigen; hierunter fallen in jedem Fall gleichstellungspolitische Aspekte.

Gleichzeitig ergibt sich aus dem Gleichstellungsrecht und insbesondere aus dem verfassungsrechtlichen Staatsauftrag aus Art. 3 Abs. 2 GG sowie den darauf basierenden Konkretisierungen im Bundesgleichstellungsgesetz (BGleGG) sowie der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO) eine grundlegende Pflicht für öffentliche Auftraggeber, die Zielsetzung der Verwirklichung der Gleichstellung von Frauen und Männern sowie die Beseitigung bestehender und der Verhinderung künftiger Benachteiligungen von Frauen in all ihren Aufgabenbereichen – und so auch im Rahmen ihrer Vergabepaxis – zu beachten und einzuhalten. Den öffentlichen Auftraggebern kommt in der Umsetzung dieser Verpflichtung ein Gestaltungsspielraum zu.

Die Möglichkeit zur Umsetzung bietet sich dabei auf allen Stufen des Vergabeverfahrens: Von der Bedarfsbestimmung über die Festlegung von Leistungs-, Eignungs- und Zuschlagskriterien bis hin zur Bestimmung von Ausführungsbedingungen ist es öffentlichen Auftraggebern möglich, Gleichstellungs- und Antidiskriminierungsaspekte im öffentlichen Vergabeverfahren im Rahmen der vergaberechtlichen Grenzen zu berücksichtigen und zu implementieren.

Abstract: Considering equality and gender dimensions in contracting and procurement

Public procurement law does not provide for an obligation of public contracting authorities to integrate social concerns. Since the 2016 reform of public procurement law, however, it has been clearly regulated that public contracting authorities are authorized and required to take social objectives into account; this includes equality policy aspects.

At the same time, equality law and, in particular, the constitutional mandate of the state under Article 3 (2) of the Basic Law (GG) as well as the concretizations based on this in the Federal Act on Gender Equality (BGleGG) and the General Rules of Procedure of the Federal Ministries (GGO) result in a fundamental obligation for public contracting authorities to observe and comply with the objective of achieving equality between women and men as well as the elimination of existing and the prevention of future discrimination against women in all their areas of responsibility - and thus also in the context of their procurement practice. The public contracting authorities have scope in the implementation of this obligation.

The possibility for implementation is offered at all stages of the procurement procedure: From the determination of requirements to the definition of performance, suitability and award criteria to the determination of performance conditions, it is possible for public contracting authorities to consider and implement equality and anti-discrimination aspects in the public procurement procedure within the limits of procurement law.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	9
1 Einleitung	11
1.1 Fragestellung gemäß Ausschreibung.....	11
1.2 Skizzierung der Rechtsfelder: Zielkonflikte im Spannungsfeld von Vergaberecht und Gleichstellungs- bzw. Antidiskriminierungsrecht?.....	11
1.3 Geschlecht als analysierte Kategorie.....	12
1.4 Fokus Umweltbundesamt – Bedarfe / Besonderheiten in der Vergabe	13
1.5 Zur Relevanz der Fragestellung: Warum Geschlechtergerechtigkeit in der öffentlichen Vergabe des UBA?	13
2 Gleichstellungsrecht / Antidiskriminierungsrecht: Möglichkeiten und Pflichten zur Gleichstellung in der öffentlichen Vergabe?	15
2.1 Vorgaben zur Gleichstellung im Verfassungsrecht	15
2.1.1 Grundrechtsbindung bei fiskalischem Handeln.....	15
2.1.2 Art. 3 Abs. 2 GG.....	16
2.1.3 Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG	18
2.1.4 Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG)	18
2.2 Vorgaben zur Gleichstellung im einfachen Recht.....	19
2.2.1 Bundesgleichstellungsgesetz (BGleiG).....	19
2.2.2 Bundesgremienbesetzungsgesetz (BGremBG)	20
2.2.3 Gesetz zur Gleichstellung von Menschen mit Behinderung (BGG).....	20
2.2.4 Einfachgesetzliche Regelung mit „indirekter“ Relevanz: Ausschlussgründe, Ausführungsbedingungen	22
2.2.4.1 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG).....	22
2.2.4.2 Entgelttransparenzgesetz (EntgTranspG).....	23
2.2.4.3 Aktiengesetz (AktG)	23
2.2.4.4 Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG).....	23
2.3 Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO)	24
2.4 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	25
3 Vergaberecht: Möglichkeiten und Grenzen der Beachtung von Gleichstellungsaspekten	26
3.1 Grundsätzliches.....	26
3.1.1 Vergaberechtlicher Rahmen	26
3.1.2 Grenzen der Gleichstellung in der öffentlichen Vergabe	26
3.1.2.1 Unionsrecht.....	27
3.1.2.2 Verfassungsrecht	29

3.1.2.3	Grundsätze der Vergabe	30
3.2	Phasen des Vergabeverfahrens	31
3.3	Bedarfsbestimmung	32
3.3.1	Analyse: Genderaspekte in der Bedarfsbestimmung	32
3.3.2	Erweiterter Nachhaltigkeitsbegriff als Grundlage der Bedarfsbestimmung	33
3.3.3	Gender Mainstreaming in der Ressortforschung	33
3.4	Leistungsbeschreibung	34
3.4.1	Regelungsrahmen	34
3.4.1.1	Oberschwellenbereich (§ 121 GWB, § 31 VgV)	34
3.4.1.2	Unterschwellenbereich (§§ 23f. UVgO)	35
3.4.2	Analyse: Anforderungen an soziale Leistungskriterien	35
3.4.2.1	Soziale Kriterien in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand	35
3.4.2.2	Soziale Kriterien als technische Spezifikation	36
3.4.2.3	Gleichstellungsaspekte in der Leistungsbeschreibung im Lichte des Grundsatzes des Wettbewerbs	36
3.4.3	Zwischenergebnis	37
3.5	Eignungskriterien	37
3.5.1	Regelungsrahmen	37
3.5.1.1	Oberschwellenbereich (§ 122 GWB, § 42ff. VgV)	37
3.5.1.2	Unterschwellenbereich (§§ 31-36 UVgO)	38
3.5.2	Analyse: Soziale Aspekte in der beruflichen Leistungsfähigkeit	38
3.5.3	Zwischenergebnis	38
3.6	Ausschlussgründe	39
3.6.1	Regelungsrahmen	39
3.6.1.1	Oberschwellenbereich (§§ 123f. GWB, § 48 VgV)	39
3.6.1.2	Unterschwellenbereich (§ 31 UVgO, §§ 123f. GWB)	40
3.6.2	Analyse: Verstoß gegen Gleichstellungs- und Antidiskriminierungsrecht als Ausschlusskriterium	40
3.6.3	Zwischenergebnis	40
3.7	Zuschlagskriterien	41
3.7.1	Regelungsrahmen	41
3.7.1.1	Oberschwellenbereich (§ 127 GWB, §§ 58-60 VgV)	41
3.7.1.2	Unterschwellenbereich (§ 43 UVgO)	42
3.7.2	Analyse: Umsetzungsspielraum für soziale, gleichstellungsbezogene Zuschlagskriterien	42

3.7.2.1	Soziale Kriterien in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand.....	43
3.7.2.2	Mögliche Auswirkungen divers besetzter Teams auf die Qualifikation.....	43
3.7.2.3	Möglichkeit der richtigen Angaben sowie der wirksamen Überprüfung.....	44
3.7.3	Zwischenergebnis.....	45
3.8	Ausführungsbedingungen	45
3.8.1	Regelungsrahmen	46
3.8.1.1	Oberschwellenbereich (§§ 128f. GWB, §§ 61, 33f. VgV)	46
3.8.1.2	Unterschwellenbereich	47
3.8.2	Analyse: Gleichstellungsaspekte in den Ausführungsbedingungen	47
3.8.3	Zwischenergebnis.....	48
4	Fazit.....	49
5	Quellenverzeichnis	50

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AEntG	Arbeitnehmerentsendegesetz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AktG	Aktiengesetz
Art.	Artikel
BGleiG	Bundesgleichstellungsgesetz
BGG	Gesetz zur Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen
BGremBG	Bundesgremienbesetzungsgesetz
BMFSFJ	Bundesministerium für Familien, Senioren, Frauen und Jugendliche
BMUV	Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
bzw.	beziehungsweise
EntgTranspG	Entgelttransparenzgesetz
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
f. / ff.	folgende / fortfolgende
FFV	Frauenförderverordnung
GG	Grundgesetz
GGO	Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
i.S.d.	im Sinne des / im Sinne der
Kap.	Kapitel
LkSG	Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz
Nr.	Nummer
REFOPLAN	Ressortforschungsplan
RL	Richtlinie
RVO	Rechtsverordnung
s.o.	siehe oben
s.u.	siehe unten
TVgG NRW	Tariftreue- und Vergabegesetzes Nordrhein-Westfalen
u.a.	unter anderem
UBA	Umweltbundesamt, Dessau
usw.	und so weiter
UVgO	Unterschwellenvergabeordnung
VgV	Vergabeverordnung

VSVgV	Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit
VV-BHO	Allgemeine Verwaltungsvorschriften zu § 23 der Bundeshaushaltsordnung
z.B.	Zum Beispiel

1 Einleitung

1.1 Fragestellung gemäß Ausschreibung

Die vorliegende juristische Machbarkeitsstudie (Gutachten) setzt sich im Auftrag des Umweltbundesamts (im Folgenden: UBA) mit der Frage auseinander, ob und in welcher Weise Gleichstellungs- und Antidiskriminierungsaspekte im Rahmen des öffentlichen Vergabeverfahrens Berücksichtigung finden können. Ziel der Untersuchung ist, die Möglichkeiten aber auch die Grenzen der Einbeziehung von Gleichstellungsaspekten herauszuarbeiten, die sich durch das Recht für die öffentliche Vergabe durch eine Bundesbehörde ergeben. Die Studie dient somit der Erstellung eines Überblicks über die gesetzlichen Anforderungen und Möglichkeiten, die sich in der Vergabe- und Beschaffungspraxis für das UBA als nachgeordneter Bundesbehörde stellen, um insbesondere Aspekte der Geschlechtergerechtigkeit in das Verfahren miteinzubeziehen.

1.2 Skizzierung der Rechtsfelder: Zielkonflikte im Spannungsfeld von Vergaberecht und Gleichstellungs- bzw. Antidiskriminierungsrecht?

Mit der Analyse des Vergaberechts und seiner Möglichkeiten, Gleichstellungsaspekte einzubeziehen, auf der einen Seite und dem Gleichstellungsrecht bzw. Antidiskriminierungsrecht und den sich hieraus für das UBA ergebenden Vorgaben und Spielräume auf der anderen Seite bewegt sich die Studie an der Schnittstelle dieser beiden Regelungsgebiete und somit in einer Gemengelage gesetzgeberischer Zielsetzungen. Während das Vergaberecht markt- und wettbewerbsorientiert ausgerichtet ist, zielt das Gleichstellungs- und Antidiskriminierungsrecht auf die sozialpolitische (Mit)Gestaltung einer gerechten Gesellschaft. Diese durchaus unterschiedlichen Rechtslogiken und Zielsetzungen der beiden Teilrechtsgebiete gilt es für die Fragestellung in Relation zu bringen.¹

Das Vergaberecht regelt das Verfahren der öffentlichen Vergabe von Liefer- und Leistungsaufträgen und sieht dabei eine Reihe von allgemeinen und wesentlichen Grundsätzen des Kartellvergaberechts vor, unter anderem Wettbewerb, Transparenz, Wirtschaftlichkeit und Verhältnismäßigkeit, Gleichbehandlung sowie die Berücksichtigung sog. strategischer Ziele (vgl. § 97 GWB). Diese Vergabegrundsätze fungieren nicht nur als gesetzgeberische Zielsetzung, sondern enthalten auch verbindliche Anforderungen an das Vergabeverfahren und begründen subjektive und damit einklagbare Rechte, die von Bietenden und Bewerbenden² geltend gemacht werden können.³ Zudem steht die staatliche Bedarfsdeckung unter dem Gebot der gleichzeitigen Schonung des öffentlichen Haushalts (Wirtschaftlichkeit), so dass die genannten Aspekte als Ausgangspunkte für jedes Ausschreibungsverfahren gelten.⁴

Gleichstellungsaspekte bzw. Diskriminierungsschutz stehen mit der sparsamen und wirtschaftlichen Verwendung der Haushaltsmittel als Ziel der öffentlichen Auftragsvergabe zunächst in keinem offensichtlichen inneren Zusammenhang. Daraus können sich Konflikte ergeben.⁵ Antidiskriminierungs- und Gleichstellungsrecht zielt primär darauf, allen Menschen

¹ Zu den Gemeinsamkeiten von Innovationsförderung und Gesellschaftspolitik bereits Burgi, Die Förderung sozialer und technischer Innovationen durch das Vergaberecht, 578f.

² Aus Gründen der besseren Lesbarkeit bezieht sich das Gutachten im Folgenden nur noch auf Bietende, erfasst aber Bewerbende – sofern relevant – mit.

³ Dörr, Vorbemerkung vor § 97 GWB, Rn. 10.

⁴ Ölcüm, Die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Auftragswesen, S. 34.

⁵ Baer/Ölcüm, Gutachten – Diskriminierungsschutz im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe, 12.

gleiche und faire Chancen auf Zugang zu den in einer Gesellschaft verfügbaren Möglichkeiten zu bieten.⁶ Damit rücken der Schutz vor Diskriminierung und die Förderung der Gleichstellung, etwa in den Geschlechterverhältnissen, als wesentliche Zielsetzung von Gleichstellungs- und Antidiskriminierungsrecht in den Fokus.

Trotz unterschiedlicher Zielsetzungen handelt es sich im Zusammenbringen der beiden Rechtsfelder nicht um ein unlösbares Spannungsfeld. Bereits seit den 1990er Jahren ist das Vergaberecht zunehmend auch Instrument zur Förderung gleichstellungspolitischer Maßnahmen in Unternehmen.⁷ Die Verknüpfung von Gleichstellung und öffentlicher Vergabe kann eine sinnvolle und zulässige Möglichkeit zur Durchsetzung der Gleichstellung der Geschlechter im Erwerbsleben sein. Die öffentliche Auftragsvergabe ist nicht nur ein Steuerungsinstrument für den Wettbewerb zwischen Unternehmen, sondern auch ein Instrument zur Steuerung sozialstaatlicher Ziele.⁸ Sozialpolitische Aspekte und insbesondere Gleichstellungsaspekte, deren Integration in die öffentliche Vergabe seit Jahren rechtspolitisch gefordert wurde, finden seit der Regelung der beiden Richtlinien der Europäischen Kommission (vgl. Art. 38, RL 2004/17 EG; Art. 26, RL 2004/18/EG, die explizit regeln, dass soziale Aspekte zur Bedingung bei der Auftragsausführung gemacht werden können und als Zuschlagskriterien zulässig sind) und der Umsetzung durch das 2016 reformierte Vergaberecht zunehmend Eingang in die Vergabepaxis. Mit der Reform des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) im Jahr 2016 sind in § 97 Abs. 3 GWB auch ökologische und soziale Zwecke und die Innovationsförderung zu Zwecken des GWB-Vergaberechts erklärt worden.⁹ Diese auch „Sekundärzwecke“ genannten Aspekte können in jeder Phase des Vergabeverfahrens einbezogen werden¹⁰ und bieten den Ansatzpunkt, um Gleichstellungsaspekte in das Vergabeverfahren integrieren zu können (detailliert hierzu Kap. 3).¹¹

1.3 Geschlecht als analysierte Kategorie

Das Gutachten beschränkt sich im Wesentlichen auf die Analyse von Gleichstellungs- und Antidiskriminierungsaspekten im Vergaberecht entlang der Kategorie Geschlecht. Der Grund hierfür lässt sich im Gleichstellungs- und Antidiskriminierungsrecht selbst finden: das für die Fragestellung relevante Recht sieht vornehmlich die Regulierung von Geschlecht als Bezugskategorie möglicher Benachteiligungen und Diskriminierungen vor. Daneben wird nur Behinderung als Kategorie in ähnlichem Ausmaß vom Gleichstellungs- und Antidiskriminierungsrecht erfasst. Weitere für die Herstellung von Diversität relevante Kategorien finden sich, wenn überhaupt, nur ansatzweise mit Relevanz für die Fragestellung im Recht verankert.

Aus dem gleichen Grund erfolgt der Bezug im Gutachten der (dann auch rechtlichen) Kategorie Geschlecht zumeist im Rahmen eines binären Geschlechterverständnisses. Die Rechtsordnung erkennt zwar vermehrt an, dass Geschlecht und Geschlechtlichkeit sich nicht binär auf Männer und Frauen reduzieren lässt. So hat das BVerfG in seinem Beschluss vom 10. Oktober 2017 zur Frage des personenstandsrechtlichen Geschlechtseintrags entschieden, dass Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG auch Menschen vor Diskriminierungen wegen ihres Geschlechts schützt, die sich dauerhaft

⁶ Agentur der Europäischen Union für Grundrechte/Europarat/Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, Handbuch zum europäischen Antidiskriminierungsrecht, 11.

⁷ Sarter, Die Vergabe öffentlicher Aufträge als Weg zur Förderung von Gleichstellung in Unternehmen.

⁸ Lewalter, Gleichstellung und öffentliche Vergabe – eine sinnvolle Verknüpfung.

⁹ Burgi, Vergaberecht, S. 85.

¹⁰ Deutscher Bundestag, BT-Drs. 18/6281, 68.

¹¹ Erwähnt werden soll an dieser Stelle, dass zum Teil grundlegende Kritik an einer gleichzeitig vorgeworfenen „politischen Instrumentalisierung des Vergaberechts“ geäußert wird, so KLING, § 128 GWB, 79ff. Verkannt wird hierbei allerdings der Auftrag, der sich dem Staat gerade in Bezug auf die Herstellung von Geschlechtergerechtigkeit stellt, und dem sich dieser durch die Verlagerung von Tätigkeiten auf private Akteur*innen gerade nicht entledigen darf (s.u. 2.1.1).

weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen lassen, und somit klargestellt, dass die rechtliche Kategorie Geschlecht keinesfalls immer und automatisch binär zu interpretieren ist.¹² Allerdings sind die für die Fragestellung des Gutachtens relevanten Normen solche, die sich im Wortlaut explizit auf ein binäres Verständnis beziehen (etwa Art. 3 Abs. 2 GG, der sich auf das Geschlechterverhältnis zwischen Männern und Frauen bezieht, ebenso das Bundesgleichstellungsgesetz) und damit den Anwendungsbereich auch auf ein solches Verständnis beschränken.

1.4 Fokus Umweltbundesamt – Bedarfe / Besonderheiten in der Vergabe

Das Gutachten wird im Auftrag des UBA, einer Bundesoberbehörde, erstellt, weswegen sich die Untersuchung auf bundesrechtliche Regelungen zur Vergabe beschränkt. Zudem wird sich das Gutachten mit Blick auf den Auftrag des UBA, Daten über den Zustand der Umwelt zu erheben, Zusammenhänge zu erforschen, Prognosen für die Zukunft zu erstellen und aus diesem Wissen Informationen und Beratungen zu erarbeiten,¹³ und dem daraus abgeleiteten Vergabegegenstand von Forschungs-, Beratungs-, Schulungs- oder sonstigen Diensten vornehmlich mit Aufträgen befassen, deren Gegenstand die Erbringung von solchen Dienstleistungen ist. Die Kernaussagen lassen sich ggf. auch auf Aufträge beziehen, die Bauleistungen oder Lieferungen zum Gegenstand haben.

1.5 Zur Relevanz der Fragestellung: Warum Geschlechtergerechtigkeit in der öffentlichen Vergabe des UBA?

Es mag sich die Frage ergeben, warum sich das UBA als Bundesbehörde mit dem inhaltlichen Auftrag, Mensch und Umwelt zu befördern, zudem mit Geschlechtergerechtigkeit auseinandersetzen sollte. Darum sei hier explizit auf die Relevanz des Themas Geschlechtergerechtigkeit auch im Arbeitsbereich des UBA hingewiesen:

Ebenso wie die Beachtung von Umweltbelangen in der Durchführung der eigenen Aufgaben nicht nur die ausschließliche Aufgabe des UBA als inhaltlich damit befasster Bundesbehörde ist, gilt dies auch für die Förderung anderer Gemeinwohlbelange. So ist es im allgemeinen Interesse, dass eine umweltfreundliche Vergabepraxis von allen staatlichen Stellen und nicht nur vom UBA vollzogen wird, und genauso stellt sich dies für andere soziale Belange dar.

Die notwendige Verbindung von Geschlechtergerechtigkeit und nachhaltiger Entwicklung stellte das UBA bereits 2017 in seinem Abschlusspapier zum Projekt ‚Geschlechterverhältnisse und Nachhaltigkeit‘ fest¹⁴ und führte aus, „dass ernsthafte Umwelt-/Nachhaltigkeitspolitik und der Einsatz für Geschlechtergerechtigkeit kein Gegensatz sind – im Gegenteil, zwei Münzen einer Medaille, die nicht voneinander zu trennen sind.“¹⁵ Während das Erreichen von Geschlechtergerechtigkeit ebenso wie eine umweltbezogene Nachhaltigkeit eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe ist, kommt der Förderung von Ersterer im Kontext staatlicher Tätigkeit eine besondere Rolle zu, da sich – wie im Folgenden ausgeführt wird¹⁶ – aus Art. 3 Abs. 2 GG ein klarer Auftrag für staatliche Stellen ergibt. Davon umfasst ist auch der Bereich der Beschaffung und Vergabe, so dass die geschlechtsbezogenen gesellschaftlichen Auswirkungen der Vergabehandlungen und -praxen aller öffentlichen Auftraggebenden gleichermaßen relevant sind.

¹² BVerfG, Beschluss v. 10.10.2017 - 1 BvR 2019/16.

¹³ Eigenauskunft des UBA auf der Website, <https://www.umweltbundesamt.de/das-uba/wer-wir-sind> (zuletzt abgerufen am 30.06.2022).

¹⁴ Mehr hierzu s.u. 3.3.2.

¹⁵ Umweltbundesamt, Geschlechterverhältnisse und Nachhaltigkeit, 86.

¹⁶ S.u. 2.1.2.

Vergabe- und Gleichstellungsziele können produktiv zusammenwirken, sofern der Staat mit der Auftragsvergabe übergreifende Gemeinwohlbelange sichern möchte und die Vergabe öffentlicher Aufträge als Mittel zu Erreichung dieser Ziele – genauer der Förderung von Geschlechtergerechtigkeit – versteht und einsetzt.¹⁷ Dieser Einsatz von öffentlicher Vergabe kann dann wiederum für die Wirtschaft ein Anreiz sein, Frauen zu fördern und strukturelle Benachteiligung abzubauen.¹⁸ Staatliche Stellen können und sollen so ihre bestehende Nachfragemacht über den Beschaffungszweck hinaus zur Erreichung politischer, gemeinwohlbezogener Ziele einsetzen.¹⁹

Auf die Wichtigkeit, die Auswirkungen der vom öffentlichen Sektor gekauften Waren und Dienstleistungen auf die Gesellschaft zu berücksichtigen, weist auch die Europäische Kommission hin und fordert die Umsetzung einer sozial verantwortlichen öffentlichen Beschaffung, die unter anderem die Gleichstellung der Geschlechter – etwa über die Förderung der Vereinbarkeit von Berufs- und Privatleben, die Verringerung der sektoralen und beruflichen Segregation und die Gewährleistung der Gleichbehandlung am Arbeitsplatz – voranbringen soll.²⁰ Dabei wird klargestellt, dass neben direkt am Beschaffungswesen betroffenen Personen (wie Auftragnehmer, an der Produktion und Bereitstellung beteiligte Arbeitnehmende oder Mitarbeitende der einkaufenden Organisation) auch die Gesellschaft als solche von einer sozial verantwortlichen öffentlichen Beschaffung profitiert. Durch die Förderung von sozialen Aspekten wie die Gleichstellung der Geschlechter, aber auch gerechte Beschäftigungsmöglichkeiten, menschenwürdige Arbeit, soziale Eingliederung, Zugänglichkeit, Design für alle, ethischer Handel und die Einhaltung von Sozial- und Umweltstandards können staatliche Auftraggebende die Nachfrage nach "sozial verantwortlichen" und damit gerechten Waren, Arbeiten und Dienstleistungen steigern. Durch Einsatz ihrer Kaufkraft für Waren, Arbeiten und Dienstleistungen, die auch positive soziale Ergebnisse liefern, und Nutzung ihrer „Marktmacht“ können sie so Einfluss auf den breiteren Markt als solchen nehmen und gleichzeitig einen großen Beitrag zur nachhaltigen Entwicklung der Gesellschaft leisten.²¹

¹⁷ Baer/Ölcüm, Gutachten – Diskriminierungsschutz im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe, 12.

¹⁸ Deutscher Juristinnenbund, Stellungnahme zum Berliner Vergabegesetz (2008).

¹⁹ Ölcüm, Die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Auftragswesen, 33.

²⁰ Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission - „Sozialorientierte Beschaffung – ein Leitfaden für die Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (2. Ausgabe)“, 11.

²¹ Europäische Kommission, 15 Frequently Asked Questions on Socially Responsible Public Procurement, 3.

2 Gleichstellungsrecht / Antidiskriminierungsrecht: Möglichkeiten und Pflichten zur Gleichstellung in der öffentlichen Vergabe?

Bevor es um die Frage der Anknüpfungsmöglichkeiten für die Beachtung von Genderaspekten im Vergaberecht geht, sollen zunächst die Anforderungen bzw. die Möglichkeiten analysiert werden, die sich aus dem Gleichstellungs- und Antidiskriminierungsrecht für die Verankerung von Gleichstellungsaspekten im Vergabeverfahren ergeben.

2.1 Vorgaben zur Gleichstellung im Verfassungsrecht

Hier rückt zunächst die Verfassung in den Blick der Untersuchung, da sich insbesondere aus den Grundrechten Handlungsaufträge für den Staat ergeben können.

2.1.1 Grundrechtsbindung bei fiskalischem Handeln

Die Grundrechte entfalten auch im Rahmen fiskalischen Handelns Wirkung, also bei Tätigkeiten, in denen der Staat im Rahmen der öffentlichen Verwaltung nicht hoheitlich, sondern privatrechtlich handelt. Zwar war die Frage, ob der Staat bei fiskalischem Handeln überhaupt an die Grundrechte gebunden ist, in der deutschen rechtswissenschaftlichen Diskussion umstritten. Während bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben in Formen des Privatrechts (Verwaltungsprivatrecht) eine Grundrechtsbindung schon früh anerkannt war,²² wurde dies für den Bereich der fiskalischen Hilfsgeschäfte zum Teil anders eingeschätzt. Mit Blick auf die Privatautonomie gem. Art. 2 Abs. 1 GG wurde in den 1960er Jahren vertreten, dass die fiskalische Auftragsvergabe keine staatliche Machtausübung und damit auch nicht grundrechtsgebunden sei („Fiskaltheorie“).²³

Dieser Ansicht steht jedoch Art. 1 Abs. 3 GG klar entgegen, der eine lückenlose Grundrechtsbindung staatlichen Handelns bezweckt und insofern keine Unterscheidung dahingehend trifft, ob der Staat den Bürger*innen als Privatrechtssubjekt oder als Hoheitsgewalt gegenübertritt. Nach inzwischen in Rechtsprechung und Literatur herrschender Meinung gelten die Grundrechte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge unmittelbar.²⁴ Das Bundesverfassungsgericht hat klargestellt, dass die Grundrechte gemäß Art. 1 Abs. 3 GG die staatliche Gewalt umfassend und insgesamt binden, unabhängig von Bereichen, Funktionen oder Handlungsformen staatlicher Aufgabenwahrnehmung. Grundrechtsgebunden im Sinne des Art. 1 Abs. 3 GG ist vielmehr jedes Handeln staatlicher Organe oder Organisationen, da es in Wahrnehmung ihres dem Gemeinwohl verpflichteten Auftrags erfolgt.²⁵ Dies gilt auch, wenn der Staat für seine Aufgabenwahrnehmung auf das Zivilrecht zurückgreift.²⁶ Die Grundrechtsbindung entfällt auch nicht deshalb, weil es nicht unmittelbar um die Erledigung von Verwaltungsaufgaben, sondern nur um eine darauf gerichtete Beschaffungstätigkeit geht;²⁷ ebenso wenig ist es von Belang, ob der Staat in seinem Handeln unmittelbar oder nur mittelbar Gemeinwohlaufgaben wahrnimmt, so dass auch die Vergabe staatlicher Aufträge – ähnlich wie

²² Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 Rn. 26.

²³ Forsthoff, Der Staat als Auftraggeber, S. 4.

²⁴ Pache, Abhandlungen - Der Staat als Kunde - System und Defizite des neuen deutschen Vergaberechts, 1787. Bei Vergabe unterhalb der Schwellenwerte, vgl. BVerfG, Beschluss v. 13.06.2006 - 1 BvR 1160/03.

²⁵ BVerfG, Urteil v. 22.2.2011 - 1 BvR 699/06, Rn. 47.

²⁶ Ebd., Rn. 48.

²⁷ Burgi, Vergaberecht, S. 49.

die Gewährung von Subventionen – eine Frage von Grundrechten und Gerechtigkeit ist, da der Staat sich nicht von einem Fiskus abspalten lässt, der außerhalb der Grundrechtsbindung agieren kann.²⁸ Eine Möglichkeit der „Flucht ins Privatrecht“ gibt es daher auch im Vergaberecht nicht.²⁹

2.1.2 Art. 3 Abs. 2 GG

Entfalten also die Grundrechte auch im Vergabeverfahren direkte Bindungswirkung, so rückt für die Fragestellung des Gutachtens insbesondere Art. 3 Abs. 2 GG als grundlegender gleichstellungsrechtlicher Ausgangspunkt in den Blick:

„Männer und Frauen sind gleichberechtigt. Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin.“

Der Gehalt des Art. 3 Abs. 2 GG, der sich zwischen den allgemeinen Gleichheitssatz des Absatzes 1 und das Diskriminierungsverbot des Absatzes 3 fügt, wird zum Teil uneinheitlich eingeschätzt. Restriktive Ansätze sprechen Absatz 2 einen eigenen Regelungsgehalt ab und statuieren, dass der Gleichstellungsauftrag den Regelungen in Art. 3 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 Satz 1 GG nichts hinzufügen würde.³⁰ Mit Blick auf die Fragestellung des Gutachtens lässt sich aber in jedem Fall feststellen: Gegen eine solche restriktive Interpretation sprechen die Rechtsprechung des BVerfG³¹ sowie weite Teile der Literatur. Hiernach wird klar, dass sich aus Art. 3 Abs. 2 GG ein eigener Regelungsgehalt, nämlich ein Gleichberechtigungsgebot ergibt, das sich auf die gesellschaftliche Wirklichkeit der Geschlechterverhältnisse erstreckt.³² Mit dem Ziel der Angleichung der Lebensverhältnisse zwischen den Geschlechtern geht die Regelung somit über eine formale rechtliche Gleichstellung hinaus. Durch die Ergänzung des zweiten Satzes des Art. 3 Abs. 2 GG stellte der Verfassungsgeber im Jahr 1994 zudem klar, dass ein Verfassungsauftrag des Staates zur Verwirklichung der Gleichberechtigung in der gesellschaftlichen Wirklichkeit besteht.³³ Die Verfassungsregelung ist als umfassende Intervention in historisch gewachsene hierarchische Geschlechterverhältnisse zu verstehen, die Frauen auch in ökonomischer Hinsicht benachteiligen,³⁴ worunter etwa auch gleiche Erwerbchancen fallen.³⁵

Somit lässt sich festhalten, dass staatlichen Stellen die ungleiche, positive Behandlung von Frauen mit dem Ziel des Nachteilsausgleichs bzw. der Förderung von tatsächlicher Gleichberechtigung verfassungsrechtlich ausdrücklich ermöglicht ist,³⁶ vielmehr: diese Zielerreichung gar als Auftrag staatlicher Stellen besteht. Dabei muss die Benachteiligung, die es auszugleichen gilt, nicht durch den Staat selbst verursacht worden sein, um die Verpflichtung zu ihrer Beseitigung entstehen zu lassen.³⁷ Der Staat ist gehalten, aktiv zu werden, um die

²⁸ Pollmann, Der verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz im öffentlichen Vergaberecht, 26.

²⁹ Baer/Ölcüm, Gutachten – Diskriminierungsschutz im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe, 7.

³⁰ Starck, Art. 3 GG, 312; SCHOLZ, Art. 3 Abs. 2.

³¹ So z.B. BVerfG, Urteil v. 28.01.1992 - 1 BvR 1025/84 [Nachtarbeitsverbot], 53.

³² Baer/Markard, Art. 3 Abs. 2 GG, 335.

³³ Gemeinsame Verfassungskommission, BT-Drs. 12/6000, 50; LANGENFELD, Art. 3 GG, 58.

³⁴ Lembke, Geschlechtergerechte Amtssprache, 72.

³⁵ BVerfG, Urteil v. 28.01.1992 - 1 BvR 1025/84 [Nachtarbeitsverbot], 53.

³⁶ Darüber hinaus wird Art. 3 Abs. 2 GG gar ein Anspruch auf die aktive Beseitigung tatsächlicher Nachteile auf Grund des (weiblichen) Geschlechts zugesprochen, vgl. Lembke, Geschlechtergerechte Amtssprache, 73, 77; Baer/Markard, Art. 3 Abs. 2 GG, 356. Anders wohl Langenfeld, Art. 3 GG, 55.

³⁷ Lembke, Geschlechtergerechte Amtssprache, 73.

Gleichstellung von Frauen und Männern voranzutreiben sowie die Gleichberechtigung der Geschlechter für die Zukunft auch dort durchzusetzen, wo Ungleichheiten auf das Handeln Privater zurückgehen.³⁸

Konkrete Vorgaben ergeben sich aus dem Verfassungsauftrag aus Art. 3 Abs. 2 GG indes nicht. Primär kommt dem Gesetzgeber die Aufgabe der Konkretisierung verfassungsrechtlicher Gehalte zu. Allerdings richtet sich gemäß Art. 1 Abs. 3 GG auch der Verfassungsauftrag aus Art. 3 Abs. 2 GG an alle drei Staatsgewalten gleichermaßen.³⁹ Im Rahmen der ihnen zugewiesenen Zuständigkeiten steht exekutiven Organen ein Gestaltungsspielraum in der Umsetzung dieser Verpflichtung zu.⁴⁰

Ziel des staatlichen Handelns muss immer die Beseitigung eines bestehenden Nachteils sein, der erfolgende Vorteil also in Bezug zur konkreten Benachteiligung stehen. Dies ist etwa dann der Fall, wenn staatliche Stellen berufliche Nachteile durch berufliche Vorteile auszugleichen suchen.⁴¹ Maßnahmen dürfen dabei nicht pauschal an die Geschlechtlichkeit anknüpfen, sondern müssen den Bezug zur jeweiligen Belastung deutlich machen⁴² (etwa Maßnahmen, die sich auf die zusätzliche Belastung (von vor allem Frauen) durch Care-Arbeit beziehen oder die die proportionale geschlechtsbezogene Disparität im Bereich Beschäftigung betreffen). Da die Förderklausel des Art. 3 Abs. 2 GG die Gleichstellung der Geschlechter und den Abbau einer wie auch immer begründeten Ungleichbehandlung als verfassungskonformes Ziel anstrebt, sollen und dürfen staatliche Maßnahmen dabei gerade auf eine Veränderung traditioneller gesellschaftlicher Geschlechterverhältnisse und die *Auflösung aller stereotypen Geschlechterrollen* bewusst hinwirken. So darf bspw. die regelmäßige zusätzliche Belastung von Frauen durch Hausarbeit, Kindererziehung und Beruf durch Maßnahmen ausgeglichen werden, die auf eben diese Belastung abstellen und nicht pauschal an das Geschlecht anknüpfen, da die Belastung durch zusätzliche Care-Aufgaben in gleicher Weise z.B. auch alleinerziehende Männer treffen kann. Faktische Nachteile, die typischerweise Frauen treffen, dürfen damit aufgrund des sich aus Art. 3 Abs. 2 GG ergebenden Gleichberechtigungsgebots und mit Blick auf den jeweiligen Nachteil ausgeglichen werden.⁴³

Für die Vergabepraxis des UBA lässt sich ein solcher Nachteil etwa in den Zahlen finden, die eine Aussage darüber bieten, an wen Forschungsaufträge durch das UBA vergeben werden: die 2022 veröffentlichte Untersuchung „Chancengleichheitsmonitoring der UBA Forschungsförderung durch Gender-Evaluierung des Ressortforschungsplans und Evaluierung der Genderkriterien und ihrer Erfüllung in der UBA Verbändeförderung zur Umsetzung von Gender Mainstreaming“ kommt zu dem Ergebnis, dass im Untersuchungszeitraum 2015 – 2018 im Rahmen des Ressortforschungsplans (REFOPLAN) vergebene Forschungsaufträge von Teams bearbeitet wurden, die zu ca. 62 % mit Männern und nur zu ca. 23 % mit Frauen sowie zu 0,2 % mit Personen mit diversem Geschlechtseintrag besetzt waren.⁴⁴ Projektleitungen waren ähnlich

³⁸ Deutscher Juristinnenbund, Stellungnahme anlässlich der Fachtagung der Bundestagsfraktion von Bündnis 90/Die Grünen „Vergaberecht reformieren – Rechtssicherheit schaffen“ am 18. Februar 2008 in Berlin, 8.

³⁹ Langenfeld, Art. 3 GG, 56.

⁴⁰ Lembke, Geschlechtergerechte Amtssprache, 78.

⁴¹ Gemeinsame Verfassungskommission, BT-Drs. 12/6000, 50.

⁴² Kischel, Art. 3 GG, 197.

⁴³ So bereits das BVerfG, Urteil v. 28.01.1992 - 1 BvR 1025/84 [Nachtarbeitsverbot], 53.

⁴⁴ Der Bericht weist auf die Schwierigkeiten der Untersuchung hin, die z.B. in der geschlechtlichen Zuordnung durch Auswertung der Vornamen begründet lag, Frey, „CHANCE“ - Chancengleichheitsmonitoring der UBA Forschungsförderung durch Gender-Evaluierung des Ressortforschungsplans und Evaluierung der Genderkriterien und ihrer Erfüllung in der UBA Verbändeförderung zur Umsetzung von Gender Mainstreaming, 10.

besetzt – zu 74 % mit Männern und nur zu 26 % mit Frauen.⁴⁵ Die Gründe hierfür sind mannigfaltig und zeigen sich grundsätzlich in den tradierten Geschlechterrollen der MINT Bereiche.⁴⁶

Der Aspekt, Frauen in technischen Berufen zu fördern, kann durch Maßnahmen angegangen werden, die in der Vergabe von Forschungsaufträgen Umsetzung finden. Mit dem rechtlichen Auftrag aus Art. 3 Abs. 2 GG als Grundlage sind konkrete Maßnahmen durch das UBA möglich (wenn nicht gar erfordert), die darauf zielen, Frauen in technischen Berufen zu fördern, um die Vergabe von Forschungsaufträgen stärker an Frauen als Forschungsdurchführende sowie als Projektleitungen zu vergeben und somit Geschlechtergerechtigkeit zu fördern.⁴⁷

2.1.3 Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG

Da Art. 3 Abs. 2 GG für das Verhältnis zwischen Frauen und Männern die speziellere Regelung darstellt, geht die sich aus ihm ergebende Verpflichtung zur Förderung von tatsächlicher Gleichberechtigung im (binären) Geschlechterverhältnis sowie zur Beseitigung von Nachteilen dem Verbot der Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts (Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG) vor.⁴⁸

Für Fragen der Geschlechterdiskriminierung jenseits eines binären Geschlechterverständnisses ist seit der Entscheidung des BVerfG zum Personenstandsrecht vom 10. Oktober 2017 klargestellt, dass Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG auch Menschen vor Diskriminierungen wegen ihres Geschlechts schützt, die sich dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen lassen.⁴⁹ Damit umfasst der Schutz des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG alle Geschlechter bzw. geschlechtlichen Identitäten, so dass durch dieses Grundrecht die staatliche Gewalt verpflichtet ist, sowohl die Diskriminierung von Frauen auf Grund des Geschlechts als auch die Diskriminierung von Trans*, Inter* und non-binären Personen auf Grund des Geschlechts effektiv zu beseitigen und zu verhindern.⁵⁰

Allerdings bezieht sich Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG in seiner primär abwehrrechtlichen Funktion auf Diskriminierungen durch staatliche Organe. Ein explizites Fördergebot, wie es in Art. 3 Abs. 2 GG verankert ist, lässt sich für Absatz 3 nicht finden. Der sich aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG ergebende Schutzauftrag, Diskriminierungen durch Handlungen nicht-staatlicher Akteure zu verhindern, richtet sich primär an den Gesetzgeber, der dieser Schutzpflicht etwa mit den Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) nachgekommen ist. Für die Verwaltung ergeben sich hieraus erst einmal keine Handlungsaufträge.

2.1.4 Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG)

Das in Art. 20 Abs. 1 GG verankerte Sozialstaatsprinzip enthält einen objektiv-rechtlichen Handlungsauftrag an den Staat. Zu den Aufgaben eines Sozialstaates gehört auch die Integration von Menschen mit Behinderungen und die Bekämpfung von Massenarbeitslosigkeit. Allerdings

⁴⁵ Frey, „CHANCE“ - Chancengleichheitsmonitoring der UBA Forschungsförderung durch Gender-Evaluierung des Ressortforschungsplans und Evaluierung der Genderkriterien und ihrer Erfüllung in der UBA Verbändeförderung zur Umsetzung von Gender Mainstreaming, 11.

⁴⁶ Jeanrenaud, MINT. Warum nicht?

⁴⁷ Welche Anknüpfungsmöglichkeiten bzw. Begrenzungen sich für solche Gleichstellungsmaßnahmen dann wiederum durch das Vergaberecht stellen, wird in Kapitel 3 untersucht.

⁴⁸ Lembke, Geschlechtergerechte Amtssprache, 84.

⁴⁹ BVerfG, Beschluss v. 10.10.2017 - 1 BvR 2019/16, 58.

⁵⁰ Lembke, Geschlechtergerechte Amtssprache, 85.

ist das Sozialstaatsprinzip an den Gesetzgeber gerichtet und verpflichtet Behörden nicht unmittelbar.⁵¹

2.2 Vorgaben zur Gleichstellung im einfachen Recht

Neben Art. 3 Abs. 2 GG als verfassungsrechtlicher Grundlage können sich auch aus dem einfachen Recht Vorgaben zur Gleichstellung der Geschlechter ergeben. Im Folgenden werden zunächst die Regelungen des Bundesgleichstellungsgesetzes (BGleiG), des Bundesgremiengesetzes (BGremG) sowie des Gesetzes zur Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen (BGG) daraufhin untersucht, ob und welcher Umsetzungsspielraum, aber auch welche Verpflichtungen, sich für die Einbringung von Gleichstellungsaspekten in das öffentliche Vergabeverfahren und damit für eine geschlechtergerechte Vergabe durch das UBA ergeben. Anschließend werden mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG), dem Entgelttransparenzgesetz (EntgTranspG), dem Aktiengesetz (AktG) und dem Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG) jene gesetzlichen Vorgaben mit Relevanz für die Fragestellung des Gutachtens untersucht, die im Rahmen des Vergabeverfahrens als Ausschlussgrund und/oder Ausführungsbedingung Anwendung finden können.

2.2.1 Bundesgleichstellungsgesetz (BGleiG)

Größere Bedeutung für die Fragestellung des Gutachtens kommt dem Bundesgleichstellungsgesetz (BGleiG) zu, dessen 2015 reformierte Regelungen gem. § 2 Abs. 1 i.V.m. § 3 Nr. 5 b) BGleiG für das UBA gelten. Relevanz weist dabei insbesondere Abschnitt 1 [Allgemeine Bestimmungen] des Gesetzes auf. § 1 BGleiG benennt die Gesetzesziele und ist dabei in seiner neuen Fassung an die frühere Regelung angelehnt; geändert wurde, dass sich die Gesetzesziele nicht mehr überwiegend an Frauen, sondern an Frauen und Männer gleichermaßen richten. In § 1 Abs. 1 Nr. 1 BGleiG wird als Zielvorgabe die Verwirklichung der Gleichstellung von Frauen und Männern benannt. Nr. 2 sieht als weiteres Ziel vor, bestehende Benachteiligungen aufgrund des Geschlechts, insbesondere Benachteiligungen von Frauen zu beseitigen sowie künftige Benachteiligungen zu verhindern. Hieraus ergibt sich, dass immer noch überwiegend die Verhinderung und Bekämpfung struktureller Benachteiligungen von Frauen im Fokus des Gesetzes steht.⁵² Die in § 1 BGleiG genannten Ziele des Gesetzes dienen als grundlegende Richtschnur für die Anwendung des gesamten Gesetzes, alle Regelungen sind also im Lichte der Zielvorgaben auszulegen und umzusetzen.⁵³

In § 4 BGleiG werden die allgemeinen Pflichten benannt, die sich aus dem Gesetz ergeben. § 4 Abs. 1 BGleiG verpflichtet grundlegend alle Beschäftigten sowie die Leitung und die Personalverwaltung einer Dienststelle, die Erreichung der oben genannten Ziele des Gesetzes zu fördern. Diese Verpflichtung ist als durchgängiges Leitprinzip bei allen Aufgabenbereichen und Entscheidungen der Dienststelle zu berücksichtigen (Satz 2).⁵⁴ Damit stellt § 4 Abs. 1 Satz 2 BGleiG nunmehr sicher, dass das Prinzip des Gender Mainstreamings nicht nur in allen Aufgabenbereichen, sondern bei allen Maßnahmen der Dienststelle anzuwenden ist.⁵⁵ Gender Mainstreaming bezeichnet den Prozess und die Vorgehensweise, die Geschlechterperspektive in die Gesamtpolitik aufzunehmen. Bezogen auf Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern im Bundesdienst bedeutet Gender Mainstreaming nach der Gesetzesbegründung des

⁵¹ Ölcüm, Die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Auftragswesen, 184.

⁵² Deutscher Bundestag, BT-Drs. 18/3784, 75.

⁵³ Deutscher Bundestag, BT-Drs. 18/3784, 74.

⁵⁴ Kugele, § 1 BGleiG, 11.

⁵⁵ Deutscher Bundestag, BT-Drs. 18/3784, 82. Kugele, § 4 BGleiG, 8.

BGleiG in der alten Fassung, dass nicht nur die für die Gleichstellung verantwortlichen speziellen Akteur*innen (also nicht nur die Personalverantwortlichen, die Gleichstellungsbeauftragten und die Personalvertretungen) zur Förderung der Gleichstellung verpflichtet werden, sondern grundsätzlich alle Beschäftigten im Bundesdienst, so dass die Gleichstellung der Geschlechter im Bundesdienst als Zielvorgabe von allen Abteilungen zu berücksichtigen ist.⁵⁶

Aus § 4 Abs. 1 BGleiG ergibt sich auch für das UBA die allgemeine Pflicht, die Zielsetzungen der Verwirklichung der Gleichstellung von Frauen und Männern (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 BGleiG) und der Beseitigung bestehender und der Verhinderung künftiger Benachteiligungen von Frauen (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 BGleiG) bei allen Maßnahmen und Aufgabenbereichen zu beachten und einzuhalten. Im Sinne der Anwendung der Geschlechterperspektive in der Gesamtpolitik bezieht dies auch ein, die Vergabepraxis auf Auswirkungen auf die Geschlechterverhältnisse hin zu untersuchen sowie die genannten Zielsetzungen auch in diesem Bereich zu fördern.

Für die Gewährung von Zuwendungen nach § 23 der Bundeshaushaltsordnung als institutionelle Förderungen konkretisiert § 4 Abs. 2 BGleiG die Verpflichtung dahingehend, dass im Rahmen des Zuwendungsbescheids oder der vertraglichen Vereinbarungen die institutionellen Zuwendungsempfänger*innen zur Anwendung der Grundzüge des BGleiG zu verpflichten sind. Die Regelung des § 4 Abs. 2 BGleiG ist allerdings nicht auf die öffentliche Vergabe übertragbar, da sich die Vorschrift ausschließlich auf institutionelle Förderungen nach Nummer 2.2 der Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zu § 23 der Bundeshaushaltsordnung (VV-BHO) bezieht.⁵⁷

2.2.2 Bundesgremienbesetzungsgesetz (BGremBG)

Auch das Gesetz über die Mitwirkung des Bundes an der Besetzung von Gremien (BGremBG) kann in Teilen für die Gutachtenfrage relevant sein.

Gem. § 1 BGremBG ist das Ziel des Gesetzes die paritätische Vertretung von Frauen und Männern in Gremien, soweit der Bund Mitglieder für diese bestimmen kann. Das UBA gehört als Bundesoberbehörde zum nachgeordneten Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz (BMUV) und ist damit eine Institution des Bundes i.S.d. § 3 Nr. 3 b) BGremBG. Nach § 4 Abs. 1 S. 3 BGremBG haben die Institutionen des Bundes bei jedem wesentlichen Gremium darauf hinzuwirken, dass eine paritätische Vertretung von Frauen und Männern geschaffen oder erhalten wird. Wesentliche Gremien sind gem. § 3 Nr. 2 b) BGremBG Gremien, die wegen ihrer besonderen tatsächlichen, wissenschaftlichen oder zukunftsrelevanten Bedeutung von den Institutionen des Bundes als wesentliche Gremien bestimmt worden sind.

Mit Blick auf die Vergabe von Forschungs- und anderen Dienstleistungsaufträgen mag es möglich sein, dass im Rahmen der Auftragsausführung Gremien (z.B. Beiräte) eingesetzt werden. Sollte in solchen Fällen ein Gremium als Fachbeirat vom UBA als wesentlich i.S.d. § 3 Nr. 2 b) bestimmt werden und vom UBA (mit)besetzt werden, so müsste das UBA gem. § 4 Abs. 1 S. 3 BGremBG bei der Besetzung dieser Gremien darauf hinwirken, dass eine paritätische Vertretung von Frauen und Männern geschaffen wird.

2.2.3 Gesetz zur Gleichstellung von Menschen mit Behinderung (BGG)

Auch das Behindertengleichstellungsgesetz (BGG) soll hier zumindest eine kurze Erwähnung finden. Zwar widmet sich das Gutachten primär der Analyse von Gleichstellungsanforderungen entlang der Kategorie Geschlecht, allerdings enthält das BGG – ähnlich wie das BGleiG für die

⁵⁶ Schultz/Rudek, § 2 BGleiG (a.F.) Verpflichtete, 1.

⁵⁷ Deutscher Bundestag, BT-Drs. 18/3784, 82.

Kategorie Geschlecht – Verpflichtungen für Träger öffentlicher Gewalt, die auf die Beseitigung und Verhinderung der Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen sowie die Gewährleistung ihrer gleichberechtigten Teilhabe am Leben in der Gesellschaft und die Ermöglichung einer selbstbestimmten Lebensführung zielen (§ 1 Abs. 1 BGG).

§ 1 Abs. 2 BGG sieht vor, dass die Träger der öffentlichen Gewalt im Rahmen ihres jeweiligen Aufgabenbereichs die in Absatz 1 genannten Ziele aktiv fördern und bei der Planung von Maßnahmen beachten sollen. Ähnlich wie das durch das BGleIG vorgeschriebene Gender Mainstreaming sollen die Ziele des § 1 Abs. 1 BGG als Querschnittsaufgabe in allen Tätigkeitsbereichen mitumfasst sein. Als Soll-Vorschrift ist der verpflichtende Gehalt des § 1 Abs. 2 BGG zwar geringer als die verpflichtende äquivalente Regelung des § 4 BGleIG zur Kategorie Geschlecht, sie richtet sich jedoch mit der dringenden Empfehlung zur Verfolgung der genannten Ziele im Regelfall an die öffentlichen Träger, worunter gem. § 1 Abs. 1a BGG auch das UBA fällt.

Die Eindämmung einer „Flucht ins Privatrecht“ sieht auch das BGG im Grundsatz vor:⁵⁸ Nach § 1 Absatz 3 BGG werden die Träger öffentlicher Gewalt grundsätzlich verpflichtet, gegenüber Einrichtungen, Vereinigungen oder juristischen Personen des Privatrechts, an denen sie unmittelbar oder mittelbar ganz oder überwiegend beteiligt sind, sowie gegenüber institutionellen Zuwendungsempfänger*innen nach § 23 Bundeshaushaltsordnung darauf hinzuwirken, dass die Ziele des BGG auch von ihnen in angemessener Weise berücksichtigt werden. Beide Fälle erfassen allerdings nicht die öffentliche Vergabe; aus der Regelung erwächst somit keine Verpflichtung im Sinne der Gutachtenfrage.

§ 7 Abs. 1 BGG regelt, dass Träger öffentlicher Gewalt Menschen mit Behinderungen nicht benachteiligen dürfen und sieht eine Definition für Benachteiligung vor, die auf einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung und der daraus resultierenden Beeinträchtigung von Menschen mit Behinderungen in der gleichberechtigten Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beruht. Die Regelung konkretisiert damit das verfassungsrechtliche, im Lichte der UN-BRK auszulegende Benachteiligungsverbot aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG und sieht als Grenze des Ungleichbehandlungsverbots das Vorliegen zwingender sachlicher Gründe vor. Fehlen einer Person demnach gerade aufgrund ihrer Behinderung bestimmte geistige oder körperliche Fähigkeiten, die unerlässliche Voraussetzung für die Wahrnehmung eines Rechts sind, so verstößt die Verweigerung dieses Rechts nicht gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 BGG, wenn zwingende Gründe dafür vorliegen.⁵⁹

Im Ergebnis führt dies etwa dazu, dass Personen nicht aufgrund einer vorliegenden oder angenommenen Behinderung in einem öffentlichen Vergabeverfahren durch öffentliche Auftragsgebende ausgeschlossen oder schlechter behandelt werden dürfen, sofern keine solchen zwingenden Gründe – mit Bezug zur Auftragsausführung – vorliegen. Dieses Verbot ist im Vergabeverfahren vor allem bei der Eignungsprüfung relevant.⁶⁰

⁵⁸ Dau, § 1 BGG, 4.

⁵⁹ Dau, § 7 BGG, 3.

⁶⁰ Hierzu s.u. Kap. 3.5.

2.2.4 Einfachgesetzliche Regelung mit „indirekter“ Relevanz: Ausschlussgründe, Ausführungsbedingungen

Die folgenden gesetzlichen Regelungen des Gleichstellungs- bzw. Antidiskriminierungsrechts sind insofern relevant, als ihre Vorgaben und Verpflichtungen als Ausschlussgründe oder Ausführungsbedingungen Einfluss auf ein öffentliches Vergabeverfahren nehmen können.

Denn mit Blick auf die Ausführung eines öffentlichen Auftrags verpflichtet § 128 Abs. 1 GWB Unternehmen alle geltenden rechtlichen Verpflichtungen einzuhalten, worunter auch die folgenden Regelungen zählen.⁶¹ Zudem können öffentliche Auftraggebende unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ein Unternehmen bereits zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen, wenn es bei der Ausführung öffentlicher Aufträge nachweislich gegen geltende umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen verstoßen hat (§ 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB).⁶²

2.2.4.1 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)

Die öffentliche Vergabe und Beschaffung fällt nicht unmittelbar in den Anwendungsbereich des 2006 in Kraft getretenen Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG), vgl. § 2 AGG. Auch in den EU-Richtlinien (RL 2000/43/EG, RL 2000/78/EG, RL 2002/73/EG, RL 2004/113/EG), die durch das AGG im deutschen Recht umgesetzt wurden, sind die Bereiche Vergabe und Beschaffung nicht aufgeführt.

Als rechtliche Verpflichtung im Sinne des § 128 Abs. 1 AGG verbieten die Diskriminierungsverbote der §§ 7 und 19 AGG Unternehmen die ungerechtfertigte Ungleichbehandlung aufgrund der in § 1 AGG aufgezählten Kategorien („Ziel des Gesetzes ist, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen.“). Während § 7 AGG Diskriminierung rund um Beschäftigungsverhältnisse verbietet, zielt § 19 AGG auf zivilrechtliche Massengeschäfte; Ungleichbehandlungen, die nicht nach den §§ 8 bis 10 oder § 20 AGG gerechtfertigt sind, verstoßen somit gegen das AGG. Für die Fragestellung des Gutachtens ist vor allem der zweite Abschnitt (§§ 7 – 18 AGG) des AGG relevant, aus dem sich die Verpflichtung für Arbeitgebende ergibt, Beschäftigte u.a. nicht aufgrund ihres Geschlechts zu diskriminieren. § 11 AGG expliziert zudem das Verbot, bei Ausschreibungen in Anknüpfung an die in § 1 AGG genannten Kategorien zu benachteiligen. § 8 Abs. 2 AGG zielt auf die Gewährleistung von Entgeltgleichheit und bestimmt, dass die Vereinbarung einer geringeren Vergütung für gleiche oder gleichwertige Arbeit wegen einer in § 1 genannten Kategorie auch nicht durch (potentielle) Schutzvorschriften gerechtfertigt werden kann. Zudem statuiert § 12 AGG Maßnahmen und Pflichten der Arbeitgebenden (so etwa in Absatz 1 die Verpflichtung, die erforderlichen Maßnahmen zum Schutz von Beschäftigten vor Benachteiligungen wegen eines in § 1 genannten Grundes zu treffen). All diese rechtlichen Verpflichtungen sind auch im Rahmen der Ausführung eines öffentlichen Auftrags einzuhalten (§ 128 Abs. 1 GWB).

Insofern ist das AGG bei der Auftragsvergabe nicht unmittelbar anwendbar, entfaltet aber als gesetzliche Ausführungsverpflichtung gem. § 128 Abs. 1 GWB Wirkung. Zudem können öffentliche Auftraggebende bei Verstößen gegen diese arbeitsrechtlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen, § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB. Dieser Einfluss entspricht der Zielsetzung des AGG, auch bei mittelbaren

⁶¹ Hierzu nähere Ausführungen s.u. Kap. 3.8.

⁶² S.u. Kap. 3.6.

Einwirkungen des Staates auf die Arbeits- und Wirtschaftswelt der Gleichstellung Rechnung zu tragen.

2.2.4.2 Entgelttransparenzgesetz (EntgTranspG)

Auch § 3 EntgTranspG sieht das Verbot der Entgeltbenachteiligung wegen des Geschlechts vor und untersagt die unmittelbare oder mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts im Hinblick auf sämtliche Entgeltbestandteile und Entgeltbedingungen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit. Die Verpflichtung gem. § 128 Abs. 1 GWB zur Einhaltung des Gebots der Entgeltgleichheit ergibt sich somit auch aus dieser Rechtsnorm, ebenso kann ein Verstoß ein Ausschlussgrund bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB sein.

2.2.4.3 Aktiengesetz (AktG)

Mit dem 2015 beschlossenen Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst wurde in § 96 Abs. 2 AktG für börsennotierte und paritätisch mitbestimmte Unternehmen eine Geschlechterquote für Aufsichtsräte von 30 Prozent eingeführt. Aufsichtsräte in den erfassten Unternehmen müssen sich also zu mindestens 30 Prozent aus Frauen und zu mindestens 30 Prozent aus Männern zusammensetzen.

Der Wortlaut des § 96 Abs. 2 AktG bezieht sich explizit auf Männer und Frauen und schreibt somit bei der vorgesehenen Quote einen binären Geschlechterbegriff fort. Ob, insbesondere nach der Entscheidung des BVerfG 2017 zum Personenstandsrecht, eine legislative Erweiterung von § 96 Abs. 2 AktG erforderlich ist oder sich die binäre Festschreibung der Quote von Männern und Frauen auf Art. 3 Abs. 2 GG berufen kann, wird diskutiert.⁶³

Das AktG gilt bei der Auftragsvergabe jedenfalls als gesetzliche Verpflichtung im Sinne des § 128 Abs. 1 GWB sowie als möglicher Ausschlussgrund gem. § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB.

2.2.4.4 Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG)

Auch wenn das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz weder zum Bereich des Gleichstellungs- und Antidiskriminierungsrechts gehört noch sich explizit auf die Förderung von Geschlechtergerechtigkeit bezieht, so soll es an dieser Stelle kurze Erwähnung finden. Denn auch aus ihm ergeben sich durch die vorgesehenen Mindestanforderungen für die (sozialen) Sorgfaltspflichten der Unternehmen in den Lieferketten gesetzliche Verpflichtungen mit sozialem Bezug, die als Ausschlussgründe oder Ausführungsbedingungen Einfluss auf ein öffentliches Vergabeverfahren nehmen können.

Mit dem Ziel, Menschenrechte und Umwelt in der globalisierten Wirtschaft zu schützen, verpflichtet das LkSG Unternehmen mit Hauptverwaltung, Hauptniederlassung, Verwaltungssitz oder satzungsmäßigem Sitz in Deutschland zur Wahrnehmung globaler Verantwortung zur Achtung von Menschenrechten und Umweltstandards. Die Verantwortung der Unternehmen erstreckt sich dabei auf die gesamte Lieferkette, wobei die Unternehmensverantwortung nach dem Grad der Einflussmöglichkeiten abgestuft sein soll. Zu den Sorgfaltspflichten zählen dabei die Einrichtung eines Risikomanagements und Durchführung einer Risikoanalyse, die Verabschiedung einer Grundsatzerklärung der unternehmerischen Menschenrechtsstrategie, die Verankerung von Präventionsmaßnahmen im eigenen Geschäftsbereich und gegenüber unmittelbaren Zulieferern, die sofortige Ergreifung von Abhilfemaßnahmen bei festgestellten Rechtsverstößen, die Einrichtung eines Beschwerdeverfahrens im Falle von Rechtsverstößen sowie eine Dokumentations- und Berichtspflicht für die Erfüllung der Sorgfaltspflichten. Die

⁶³ Z.B. Spindler, § 96 AktG, 3; Oetker, § 96 AktG, 4.

Umsetzung der Anforderungen aus dem LkSG erfolgt noch nicht flächendeckend, die meisten Regelungen sind noch nicht in Kraft getreten. Das Gesetz sieht für die Umsetzung vielmehr Übergangsphasen vor: ab Januar 2023 gilt das Gesetz für Unternehmen mit über 3.000 Beschäftigten; ab Januar 2024 erstreckt sich die Geltung auf Unternehmen mit über 1.000 Beschäftigten.

Perspektivisch sieht § 22 LkSG darüber hinaus die Schaffung eines neuen Ausschlussgrunds für Unternehmen von der Vergabe öffentlicher Aufträge vor. Sofern einem Unternehmen gem. § 24 Abs. 1 LkSG eine Geldbuße von mindestens 175.000 Euro in Folge eines Verstoßes auferlegt wurde, so führt dies gem. § 22 Abs. 1 LkSG zum Ausschluss aus dem Vergabeverfahren für einen Zeitraum von max. drei Jahren. In § 22 Abs. 3 LkSG wird den Bewerbenden ein Anhörungsrecht vor der Entscheidung über den Ausschluss zugesichert.

Doch auch schon vor dem umfassenden Inkrafttreten des LkSG wird die Nutzung seiner Anforderungen als anerkannter Mindestmaßstab für die für die sozial-ökologische Praxis der Vergabe öffentlicher Aufträge bejaht. Mit der Beschreibung von Mindestanforderungen für die Sorgfaltspflichten der Unternehmen in den Lieferketten werden Kriterien benannt, die als Mindestanforderungen bei der Leistungsbeschreibung, den Zuschlagskriterien und den Ausführungsbedingungen öffentliche Aufträge Anwendung finden könnten.⁶⁴

2.3 Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO)

Nochmals größere Bedeutung für das Gutachten kommt der gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO) zu. Geschäftsordnungen haben den Rang von Rechtssätzen im materiellen Sinn, denen allerdings keine Außenwirkung, sondern ausschließlich Wirkungen für den Innenbereich der Organe zukommt, deren Bereich sie regeln.⁶⁵

Gem. § 3 Abs. 1 GGO gehört auch die Wahrnehmung von Steuerungs- und Aufsichtsfunktionen gegenüber den nachgeordneten Geschäftsbereichen zu den Aufgaben der Bundesministerien. Das UBA gehört gem. § 1 Abs. 1 Gesetz über die Errichtung eines Umweltbundesamtes als Bundesoberbehörde zum nachgeordneten Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz (BMUV). Sämtliche Aufgabenbereiche und somit auch die Vergabepaxis des UBA gehört in den nachgeordneten Geschäftsbereich des BMUV. Aus der Regelung des § 3 Abs. 1 GGO lässt sich daher ableiten, dass die Verpflichtungen, die sich für die Bundesministerien ergeben, erst recht auch für die nachgeordneten Geschäftsbereiche Anwendung finden müssen (argumentum a fortiori).

Inhaltlich regelt § 2 GGO, dass die Gleichstellung von Frauen und Männern ein durchgängiges Leitprinzip ist und bei allen politischen, normgebenden und verwaltenden Maßnahmen der Bundesministerien in ihren Bereichen gefördert werden soll. Damit gehört die durchgängige Orientierung auf das Ziel Gleichstellung gem. § 2 GGO zur Facharbeit eines jeden Ressorts.⁶⁶ Das Leitprinzip des Gendermainstreamings aus § 2 GGO findet somit Anwendung auch im Vergabeverfahren des UBA – dies gilt bereits ab der frühen Phase der Bedarfsbestimmung.⁶⁷

⁶⁴ Wötzel, Auswirkungen des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz für die öffentliche Auftragsvergabe bei der Beschaffung von Textilien, 4.

⁶⁵ Henneke, Die Kommunen in der Finanzverfassung des Bundes und der Länder, 476.

⁶⁶ Bundesregierung, Arbeitshilfe zu § 2 GGO: „Gender Mainstreaming bei der Vorbereitung von Rechtsvorschriften“, 7.

⁶⁷ S.u. Kap. 3.3.

2.4 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Für die Fragestellung des Gutachtens kommt Art. 3 Abs. 2 GG eine herausragende Bedeutung zu. Das Verfassungsrecht sieht die Förderung der tatsächlichen Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern sowie das Hinwirken auf die Beseitigung bestehender Nachteile, die nicht zwingend staatlichen Ursprungs sein müssen, als umfassende Staatsaufgabe vor, die alle staatlichen Stellen, somit auch das UBA zur Beachtung verpflichtet. Ist das „Ob“ damit vorgeschrieben, so ist das „Wie“ nicht konkretisiert: In der Umsetzung der Verpflichtung kommt den öffentlichen Stellen ein Gestaltungsspielraum zu.

Konkretisierung findet sich im BGleig, der in § 4 Abs. 1 Gender Mainstreaming als durchgängiges Leitprinzip bei allen Aufgabenbereichen und Entscheidungen der staatlichen Dienststelle festsetzt, worunter auch die öffentliche Vergabe durch das UBA zu zählen ist. Die gleiche Verpflichtung ergibt sich für das UBA aus § 2 GGO.

Darüber hinaus finden vor allem die gesetzlichen Verpflichtungen des AGG als gesetzliche Ausführungsverpflichtung gem. § 128 Abs. 1 GWB in der öffentlichen Vergabe Anwendung, wodurch die Bietenden verpflichtet sind, sich an gesetzliche Vorgaben zu halten, sowie als fakultative Ausschussgründe nach § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB. Relevant für das Gutachten ist insbesondere der sich aus dem AGG ergebende Schutz vor Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Rahmen von Beschäftigungsverhältnissen. Hierunter fällt auch das Entgeltgleichheitsgebot, das zudem durch das EntgTranspG gestützt wird.

3 Vergaberecht: Möglichkeiten und Grenzen der Beachtung von Gleichstellungsaspekten

3.1 Grundsätzliches

3.1.1 Vergaberechtlicher Rahmen

Das Vergaberecht ist zweigeteilt, seitdem das Vergaberechtsänderungsgesetz 1999 die europäischen Richtlinienvorgaben für den Bereich oberhalb bestimmter Schwellenwerte (hierzu § 106 GWB) umgesetzt hat: Oberhalb der Schwellenwerte wurde mit dem vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) das Vergaberecht in das bereits existierende Kartellvergaberecht integriert und seitdem – vor allem im Oberschwellenbereich und oft durch die Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben – weiterentwickelt. Neben den §§ 97 ff. GWB stellen weitere Verordnungen das Vergaberegime im Oberschwellenbereich dar, im Rahmen des Gutachtens wird dabei die Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV) in die Untersuchung einfließen. Bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte gem. §106 GWB ist die Vergabe in den Haushaltsordnungen von Bund und Ländern geregelt und für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen ist die Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterschwellenvergabeordnung - UVgO) anzuwenden, § 55 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Bundeshaushaltsordnung (VV-BHO). Nach grundsätzlichen Schätzungen erfolgen 90% der Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte.⁶⁸

Das nationale Vergaberecht wurde 2016 reformiert, hierbei wurden die Vorgaben der europäischen Vergaberichtlinien in den §§ 97 ff. GWB und den sich darauf stützenden Verordnungen (VgV, VOB/A) umgesetzt.⁶⁹ In diesem Zuge wurde auch die stärkere Nutzung des Vergaberechts als Instrument zur Verwirklichung ökologischer und sozialer Zielsetzungen, eine explizite Zielsetzung der Allgemeinen Vergaberichtlinie (RL 2014/24/EU), durch Regelungen im Vergaberecht implementiert. Die Vorgaben des europäischen Rechts erlauben es, dass das Vergaberecht vorsieht, soziale und davon umfasst auch gleichstellungspolitische Kriterien bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zu berücksichtigen, solange diese die europarechtlichen Anforderungen von Nichtdiskriminierung und Transparenz erfüllen und im Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen.⁷⁰

3.1.2 Grenzen der Gleichstellung in der öffentlichen Vergabe

Diese Neuausrichtung des Vergaberechts muss sich an unterschiedlichen rechtlichen Vorgaben messen lassen. Neben europarechtlichen und nationalen Beschränkungen, die sich für die Berücksichtigung sozialer Belange im Vergabeverfahren stellen können, stellen auch die im Vergaberecht festgeschriebenen Grundsätze der Vergabe diesbezügliche Kriterien dar.

⁶⁸ Burgi, Vergaberecht, 301.

⁶⁹ Burgi, Vergaberecht, 53.

⁷⁰ Sarter, Die Vergabe öffentlicher Aufträge als Weg zur Förderung von Gleichstellung in Unternehmen, 55.

3.1.2.1 Unionsrecht

Unionsrechtlich können die primärrechtlichen Marktfreiheiten mögliche Beschränkungen für die Einbeziehung von sozialen Belangen im Vergabeverfahren darstellen.⁷¹ Die Grundfreiheiten (insbesondere die Warenverkehrs- und die Dienstleistungsfreiheit) und das Diskriminierungsverbot sind dabei unabhängig von den Schwellenwerten auf das gesamte nationale Auftragswesen anzuwenden. Öffentliche Auftraggebende müssen daher darauf achten, dass die festgesetzten sozialen Belange keine Anforderungen enthalten, die geeignet sind, die Teilnahme eines Unternehmens aus einem anderen EU-Mitgliedstaat zu behindern.⁷²

Wird etwa das Vorliegen eines Gütezeichens zum Nachweis angefordert, so kann das eine Beschränkung in dem Sinne bedeuten, dass Bietende aus anderen Mitgliedstaaten den konkret erforderten Nachweis nicht erbringen können. Da Gütezeichen jedoch eher für den Nachweis des Vorliegens umweltbezogener und weniger für gleichstellungsbezogene Aspekte eine Rolle spielen,⁷³ scheint die Gefahr dieses Verstoßes mit Blick auf die Fragestellung des Gutachtens eher gering.⁷⁴

Im Jahr 2009 und somit vor Erlass der neueren Vergaberichtlinien wies die Untersuchung von Ölcüm darauf hin, dass bei Maßnahmen zur Gleichstellungsförderung der Stand der Frauenförderung in den jeweiligen Mitgliedstaaten zu berücksichtigen sei, um keine beschränkende Wirkung auf die Einfuhr von Waren zu haben.⁷⁵ Die Frage, ob gleichstellungspolitische Aspekte in der öffentlichen Vergabe mit dem Unionsrecht grundsätzlich vereinbar sind, ist spätestens durch Erlass der Allgemeinen Vergaberichtlinie 2014/24/EU insofern geklärt, als dass in ihrem Erwägungsgrund 98 explizit die Möglichkeit von Ausführungsbedingungen beschrieben wird, die die Umsetzung von Maßnahmen zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern am Arbeitsplatz, die verstärkte Beteiligung der Frauen am Erwerbsleben oder die Vereinbarkeit von Arbeit und Privatleben begünstigen. Zugleich bieten die europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien (und mit Bezug auf die Kategorie Geschlecht insbesondere die Richtlinie 2006/54/EG) gerade für Gleichstellungsaspekte im Bereich Beschäftigung den europäischen Mindestrahmen, der neben dem Gebot der Entgeltgleichheit auch weitere Gleichstellungsanforderungen festsetzt und der für alle Mitgliedstaaten der EU gleichermaßen gilt. Insofern dürfen jedenfalls für Gleichstellungs- und Antidiskriminierungsaspekte, die den Vorgaben in den europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien entsprechen und die mit Blick auf die Herstellung von Geschlechtergerechtigkeit zudem primärrechtlich in Art. 8 AEUV und Art. 23 EU-Grundrechtecharta verankert sind, mögliche gesellschaftlich-faktische Umsetzungsdefizite in Vergabeverfahren keine Rolle spielen.⁷⁶

⁷¹ Ausführlich hierzu Ölcüm, Die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Auftragswesen, 186 ff. Zum verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG s.u. Kap. 3.1.2.2.

⁷² Europäische Kommission, Interpretierende Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, 29; Ölcüm, Die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Auftragswesen, 198f.

⁷³ Vgl. Kap. 3.4.1.1.

⁷⁴ Für umweltbezogene Aspekte kann an dieser Stelle zudem die Rechtfertigungsmöglichkeit nach Art. 36 AEUV einschlägig sein, was für den jeweiligen Einzelfall zu prüfen ist.

⁷⁵ Ölcüm, Die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Auftragswesen, 188. Das Gutachten benennt jedenfalls die Möglichkeit der Rechtfertigung in den Fällen, in denen Förderaspekte als zwingende Gründe des Allgemeinwohls anzusehen sind, was für jeden Einzelfall geprüft werden muss, S. 189.

⁷⁶ Würde dies geschehen, so würden vielmehr die europäischen Vorgaben der Antidiskriminierungsrichtlinien mittelbar durch das Vergaberecht unterlaufen.

Daneben ist auch der Grundsatz der Nichtdiskriminierung einzuhalten, wonach Maßnahmen Bietende aus dem jeweils eigenen Mitgliedsstaat nicht bevorzugen dürfen.⁷⁷ Während dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Vergaberecht und -verfahren eine grundsätzlich hohe Relevanz beizumessen ist, lässt sich dies aber gerade mit Bezug auf die Zulässigkeit sozialer Zwecke nicht bestätigen.⁷⁸

Darüber hinaus wird diskutiert, ob und inwiefern die Zulässigkeit sozialer Belange mit dem Verbot staatlicher Beihilfen gem. Art. 107 Abs. 1 AEUV zu vereinbaren ist,⁷⁹ das neben den Grundfreiheiten Anwendung findet.⁸⁰ Gegen eine enge, verneinende Auffassung kann eingewendet werden, dass nicht bereits die bloße Verankerung vergabefremder Kriterien wie soziale Belange gegen das Verbot verstoßen kann, hat doch das Unionsrecht mit der Novellierung der Vergaberichtlinien eindeutig über die Zulässigkeit der Integration solcher Belange in die öffentliche Vergabe entschieden.⁸¹ Das Verbot staatlicher Beihilfe kann die Zulässigkeit sozialer Belange in der öffentlichen Vergabe dann beschränken, wenn eine bevorzugte Vergabe im Einzelfall auch eine Begünstigung darstellt, die dem in Art. 107 AEUV verankertem Beihilfeverbot widerspricht.⁸² Der EuGH fasst unter Beihilfen alle staatlichen „Maßnahmen, die in verschiedener Form Belastungen vermindern, welche ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat“;⁸³ Begünstigungen i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV erfassen grundsätzlich jede Gewährung eines wirtschaftlichen Vorteils, nicht nur finanzielle Zuwendungen und Naturalleistungen, sondern auch jede weitere Maßnahme, die auf sonstige Weise mögliche Lasten verringert, die ein Unternehmen normalerweise zu tragen hätte.⁸⁴ Bedeutsam ist demnach, ob es an einer äquivalenten Gegenleistung fehlt, d.h. ob ein Unternehmen eine wirtschaftliche Vergünstigung erhält, die es unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte. Zum Teil vertreten wird, dass jede Beachtung von politischen und sozialen Sekundärzwecken in Höhe der Differenz zu einem Angebot, welches derartige Aspekte nicht berücksichtigt, eine entsprechende wirtschaftliche Begünstigung beinhaltet. Eine Begünstigung im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV dürfte allerdings nur dann vorliegen, wenn es sich um eine marktunübliche Zahlung handelt und die Auswahl des erfolgreichen Bietenden unter Verfolgung sozialer Aspekte erfolgte.⁸⁵ Sofern die Auftragsleistung unter Berücksichtigung der sozialen Aspekte eine Mehrvergütung zur Folge hat, ist im Einzelfall zu prüfen, ob und inwieweit es sich um einen finanziellen Ausgleich für die durch die Erfüllung der auferlegten Pflichten entstandenen Mehrkosten oder um eine Begünstigung handelt.

Ob die Regelung des Art. 107 Abs. 3 lit. b AEUV im Falle sozialer Aspekte und insbesondere Gleichstellungsaspekte einschlägig ist, wonach Beihilfen dann als mit dem Binnenmarkt

⁷⁷ Europäische Kommission, Interpretierende Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, 31.

⁷⁸ Ölcüm, Die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Auftragswesen, 192.

⁷⁹ Opitz, § 97 Abs. 3 GWB, 23.

⁸⁰ Antweiler, § 97 Abs. 4 GWB, 28.

⁸¹ Im Ergebnis so wohl auch Müller-Wrede, § 97 GWB, 49.

⁸² Damit findet das Beihilfeverbot bei sozialen Belangen, die als Ausführungsbedingungen verankert sind, keine Anwendung.

⁸³ EuGH, Urteil vom 23.02.1961, C-30/59 [De Gezamenlijke Steenkolenmijnen], 42.

⁸⁴ Dörr, Einleitung: Vergaberecht in Deutschland – Das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe im Stufenbau der Rechtsordnung, 214.

⁸⁵ Dörr, Einleitung: Vergaberecht in Deutschland – Das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe im Stufenbau der Rechtsordnung, 214.

vereinbar angesehen werden können, wenn sie der Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse dienen, scheint hingegen unwahrscheinlich.⁸⁶

3.1.2.2 Verfassungsrecht

Neben den unionsrechtlichen Beschränkungen kommen auf nationaler Ebene vor allem im Grundgesetz verankerte Gewährleistungen als Schranken für die Berücksichtigung sozialer Belange in der öffentlichen Vergabe in Betracht: Im Folgenden soll auf die sich möglicherweise aus dem allgemeinen Gleichheitssatz gem. Art. 3 Abs. 1 GG sowie dem Koppelungsverbot ergebenden Grenzen kurz eingegangen werden.

Unbestritten ist die Bindung der Vergabe öffentlicher Aufträge an den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG.⁸⁷ Zwar stellt die Erteilung des Zuschlags immer auch eine Ungleichbehandlung dar, da mit der Auswahl eines Angebots automatisch die Ungleichbehandlung der übrigen erfolglosen Bietenden einhergeht. Da ein Auftrag jedoch in der Regel nur einmal vergeben werden kann, ist eine Gleichbehandlung im Sinne der „gleichen“ Vergabe an alle potentiellen Auftragnehmer gar nicht möglich. Zudem gibt es kein Recht der einzelnen Bietenden darauf, dass Träger staatlicher Gewalt überhaupt Aufträge verteilen, ebenso wenig wie die Garantie des Erfolgs in einem konkreten Vergabeverfahren.⁸⁸ Im Ergebnis stellt sich die Auswahlentscheidung zwischen Bietenden daher als Verteilung von Wettbewerbschancen an potentielle Auftragnehmer auf dem Beschaffungsmarkt dar. Vor dem Hintergrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes des Art. 3 Abs. 1 GG kann es bei der staatliche Auftragsvergabe ausschließlich um die Berücksichtigung oder Nichtberücksichtigung potentieller Auftragnehmer aufgrund gleicher und gerechter Maßstäbe gehen. Mit dem Gleichheitssatz vereinbar ist, wenn die Verwaltung alle Bietenden insofern gleichbehandelt, als dass sie nicht nach unsachgemäßen Kriterien differenziert.⁸⁹ Die Verfolgung sozialer Zwecke im Vergaberecht kann dabei kein unsachgemäßes Kriterium sein, ist sie der Verwaltung doch durch den Gesetzgeber vergaberechtlich (etwa in § 127 GWB, § 58 VgV) aufgegeben und damit ausdrücklich gesetzlich zulässig und eben nicht unsachgemäß.⁹⁰

Neben dem verfassungsrechtlich verankerten und aus dem Rechtsstaatsprinzip erwachsenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der für das Vergaberecht prominent in der Regelung des § 127 Abs. 1 Satz 2 GWB konkretisiert wird (hierzu gleich in Kap. 3.1.2.3), stellt schließlich auch das sog. Koppelungsverbot eine mögliche Beschränkung der Zulässigkeit sozialer Belange als Vergabekriterien dar. Das Koppelungsverbot, das sich aus Art. 3 Abs. 1 GG ableiten lässt,⁹¹ verbietet die Verknüpfung von Entscheidungen der Verwaltung mit sachfremden Erwägungen und lässt sich damit zugleich als Gebot des Sachzusammenhangs verstehen. Öffentliche Auftraggebende dürfen hiernach nichthoheitliche Gestaltungsmöglichkeiten nicht dazu verwenden, sachfremde Zwecke, die hoheitlicher Art sind, durchzusetzen.⁹² Doch auch beim Koppelungsverbot gilt das zuvor bereits Ausgeführte: Wenn der Verwaltung die Verfolgung sozialer Zwecke im Rahmen der öffentlichen Vergabe durch den Gesetzgeber ermöglicht wird,

⁸⁶ Zu den Voraussetzungen des Art. 107 Abs. 3 lit. b AEUV siehe z.B. Kühling/Rüchardt, Art. 107 AEUV, 133–136.

⁸⁷ Müller-Wrede, § 97 GWB, 50.

⁸⁸ BVerfG, Beschluss v. 13.06.2006 – 1 BvR 1160/03, 79.

⁸⁹ Plauth, Die Rechtspflicht zur Transparenz im europäisierten Vergaberecht.

⁹⁰ So auch Ölcüm, Die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Auftragswesen, 210.

⁹¹ Burgi, Die Förderung sozialer und technischer Innovationen durch das Vergaberecht, 582.

⁹² Ölcüm, Die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Auftragswesen, 210.

dann ist dies – vor allem in Verbindung mit dem rechtlich immer erforderlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand⁹³ – nicht als sachfremd einzustufen.

3.1.2.3 Grundsätze der Vergabe

Die Integration von sozialen Belangen muss sich überdies an den folgenden, rechtlich festgeschriebenen Grundsätzen der Vergabe messen lassen: Wettbewerb, Transparenz, Wirtschaftlichkeit, Verhältnismäßigkeit und Gleichbehandlung.

§ 97 Abs. 1 GWB und § 2 Abs. 1 UVgO geben vor, dass öffentliche Aufträge im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren vergeben werden und dabei die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und der Verhältnismäßigkeit gewahrt werden müssen.

Der Begriff des Wettbewerbs ist gesetzlich nicht definiert, aus dem Grundsatz lässt sich jedoch zumindest ableiten, dass es generell eine Mehrzahl von Bietenden um einen einzelnen Auftrag geben muss.⁹⁴ Öffentliche Auftraggebende werden zudem verpflichtet, die Vergabevorschriften so anzuwenden, dass ein möglichst wirksamer Wettbewerb der Bietenden um den Auftrag gewährleistet ist. Damit sind solche Ausschreibungen, die geeignet sind, den Wettbewerb zu umgehen, einzuschränken oder zu verhindern, grundsätzlich unzulässig.⁹⁵ Der Wettbewerbsgrundsatz sichert mehrere Ziele: durch mehr Auswahl können öffentliche Auftraggebende auf Basis einer größeren Zahl von Angeboten das wirtschaftlichste auswählen und die Bietenden haben eine (gerechte) Chance, sich an der öffentlichen Vergabe zu beteiligen.⁹⁶ Der Grundsatz des Wettbewerbs beeinflusst etwa die Anforderungen, die sich an die Leistungsbeschreibung richten; um dem Grundsatz Rechnung zu tragen, müssen Leistungsbeschreibungen so vorgesehen und formuliert sein, dass sie allen Unternehmen den gleichen Zugang zum Vergabeverfahren gewähren und die Öffnung des nationalen Beschaffungsmarktes für den Wettbewerb nicht in ungerechtfertigter Weise behindern.⁹⁷ Öffentliche Auftraggebende dürfen daher keine Bedingungen vorsehen, die die Teilnahme am Vergabeverfahren ungerechtfertigt erschweren, indem sie dazu führen, dass nur wenige oder sogar nur ein Unternehmen ein Angebot einreichen kann.⁹⁸

Das Gebot der Transparenz verpflichtet öffentliche Auftraggebende, das gesamte Vergabeverfahren offen, erkennbar und nachvollziehbar zu gestalten und durchzuführen. Der Grundsatz der Transparenz lässt sich als Ableitung aus dem Gleichbehandlungsgebot verstehen, da hierdurch ungerechtfertigte Ungleichbehandlungen erschwert bzw. ausgeschlossen werden (z.B. die sog. „Günstlingswirtschaft“),⁹⁹ und ist zudem mit dem Grundsatz des fairen Wettbewerbs verknüpft.¹⁰⁰ Die in § 97 Abs. 1 GWB und § 2 Abs. 1 UVgO normierte Grundpflicht zur Transparenz wird in diversen Vergabevorschriften konkretisiert und vorgeschrieben und findet so Anwendung im gesamten Vergabeverfahren. Für die Fragestellung des Gutachtens bedeutet dies z.B. die Anforderung, unklare Formulierungen zu vermeiden und soziale Aspekte – etwa als Zuschlagskriterien – klar und konkret genug darzustellen.

⁹³ Dazu näheres unten ab Kap. 3.2.

⁹⁴ Dörr, § 97 Abs. 1 GWB, 7.

⁹⁵ Dörr, § 97 Abs. 1 GWB, 10.

⁹⁶ Marx, § 97 GWB, 17.

⁹⁷ Dörr, § 97 Abs. 1 GWB, 14.

⁹⁸ Dörr, § 97 Abs. 1 GWB, 16.

⁹⁹ Dörr, § 97 Abs. 1 GWB, 31.

¹⁰⁰ Marx, § 97 GWB, 16; Dörr, § 97 Abs. 1 GWB, 32.

Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit verfolgt die möglichst vorteilhafte Gestaltung des Verhältnisses von Kosten und Nutzen im Vergabeverfahren.¹⁰¹ Konkretisierung findet der Grundsatz vor allem in der Regelung des § 127 Abs. 1 GWB, wonach der Zuschlag an das wirtschaftlichste Angebot erteilt wird und die Wirtschaftlichkeit somit oberstes Kriterium für den Zuschlag im Vergabeverfahren ist. Mit der Vergaberechtsreform 2016 stellte der Gesetzgeber klar, dass bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots auf der Grundlage des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Zuschlagskriterien berücksichtigt werden können.¹⁰²

Schließlich muss jedes staatliche Verhalten, so auch im Kontext der öffentlichen Vergabe, verhältnismäßig sein. Konkretisierung findet auch dieser Grundsatz in den Regelungen des Vergaberechts. So müssen etwa die Merkmale der Leistungsbestimmung in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen und zu dessen Wert und Beschaffungszielen verhältnismäßig sein (§ 31 Abs. 3 S. 2 VgV).

Und schließlich verpflichten § 97 Abs. 2 GWB und § 2 Abs. 2 UVgO zur Gleichbehandlung der Teilnehmenden an einem Vergabeverfahren, sofern eine Ungleichbehandlung nicht gesetzlich ausdrücklich geboten oder gestattet ist. Das Gleichbehandlungsgebot bezieht sich auf alle Verfahrensarten und auf alle Phasen des Vergabeverfahrens.¹⁰³

3.2 Phasen des Vergabeverfahrens

Das Vergabeverfahren erfasst das gesamte Vorgehen, das von öffentlichen Auftraggebern mit dem Ziel der Bedarfsabdeckung durchgeführt wird und vom Beginn der Vorbereitung der Beschaffung eines bestimmten Gutes oder einer bestimmten Leistung bis zum Ende ihrer Abwicklung andauert.¹⁰⁴ Hierbei lassen sich unterschiedliche Stufen des Vergabeverfahrens unterscheiden,¹⁰⁵ die unterschiedliche Möglichkeiten bieten, um Gleichstellungsaspekte in das Vergabeverfahren einbringen zu können:

- ▶ Regelmäßig beginnt ein Vergabeverfahren auf der ersten Stufe mit der Entscheidung des Auftraggebers über einen bestimmten. (→ „Bedarfsbestimmung“)
- ▶ Darauf folgt die zweite Stufe der Bestimmung der technischen Spezifikationen der gewünschten Bau-, Dienst- oder Lieferleistung. (→ „Leistungsbeschreibung“)
- ▶ Auf der dritten Stufe werden die Bietenden anhand festgelegter Eignungskriterien ausgewählt. (→ „Eignungskriterien“ & „Ausschlusskriterien“)
- ▶ Auf vierter Stufe wird der Zuschlag an ein bietendes Unternehmen erteilt. Der Zuschlag bildet den Abschluss des Vergabeverfahrens und markiert gleichzeitig den Übergang vom Vergaberechtsregime in das Vertragsrechtsregime. (→ „Zuschlagskriterien“)
- ▶ Auf der letzten fünften Stufe geht es um Bestandteile und Ausführungsbedingungen des Vertrages. (→ „Ausführungsbedingungen“)

Die mit (→) eingeleiteten Begriffe weisen auf die Strukturierung der folgenden Ausführungen hin, die den Verfahrensstufen zur besseren Übersichtlichkeit zugeordnet werden. Im Folgenden

¹⁰¹ Dörr, § 97 Abs. 1 GWB, 52.

¹⁰² Hierzu s.u. Kap. 3.7.

¹⁰³ Dörr, § 97 Abs. 2 GWB, 7.

¹⁰⁴ Ölcüm, Die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Auftragswesen.

¹⁰⁵ Baer/Ölcüm, Gutachten – Diskriminierungsschutz im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe.

werden entlang der unterschiedlichen Phasen des Vergabeverfahrens die für die Fragestellung des Gutachtens einschlägigen Rechtsnormen kurz skizziert und sodann untersucht, ob und in welchem Umfang die Integration von Aspekten der Gleichstellung und der Förderung von Geschlechtergerechtigkeit in den unterschiedlichen Phasen des Vergabeverfahrens möglich ist.

3.3 Bedarfsbestimmung

Bevor eine Leistung ausgeschrieben werden kann, muss durch die öffentlichen Auftraggebern zunächst ermittelt und festgelegt werden, welcher konkrete Bedarf besteht, welche Waren oder Leistungen also beschafft werden sollen. Die Festlegung des Auftragsgegenstandes obliegt der ausschließlichen Bestimmung durch die öffentlichen Auftraggebern,¹⁰⁶ das Vergaberecht sieht hierzu keine Regelung vor (die Regelungen der §§ 28 ff. VgV und §§ 20 ff. UVgO, die jeweils die Vorbereitung des Vergabeverfahrens betreffen, beziehen sich nicht auf die Bedarfsbestimmung). Allerdings begrenzen die gesetzlichen Vorgaben zur Leistungsbeschreibung auch den Rahmen der Bedarfsbestimmung, hierfür wird auf die folgenden Ausführungen verwiesen (s.u. 3.4).

Die Vergaberechtsprechung legt für die Überprüfung der Bedarfsbestimmung als Kriterium ausschließlich die sachliche Auftragsgebundenheit fest. Da die Entscheidung der öffentlichen Auftraggebern im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens nicht inhaltlich auf Vertretbarkeit, Nachvollziehbarkeit oder auf Richtigkeit zu kontrollieren sei, ist an dieser Stelle lediglich zu überprüfen, ob die Entscheidung auf sach- und auftragsbezogenen Gründen beruht. Sofern ein derartiger sachlicher Bezug zum Auftragsgegenstand zu bejahen ist, findet keine weitere Überprüfung nach den Maßstäben statt, die für die Ausübung eines Beurteilungsspielraums entwickelt worden sind.¹⁰⁷ Bereits durch das Erfordernis der sachlichen Auftragsbezogenheit werde im Sinne einer Negativabgrenzung sichergestellt, dass der Auswahl- und Beschaffungsentscheidung des Auftraggebers nicht sachfremde, willkürliche oder diskriminierende Erwägungen zugrunde liegen.¹⁰⁸

Insofern ist für die Bedarfsbestimmung – und den Einbezug von Gleichstellungsaspekten auf dieser Ebene des Vergabeverfahrens – relevant, dass der sachliche Anwendungsbezug aller Aspekte der Bedarfs- und Leistungsbestimmung klar besteht. Die Grenze der freien Bedarfsbestimmung liegt nur dort, wo die Bedarfswahl in der Regel dazu führt, dass der Zugang zu dem betreffenden Markt zuungunsten von Bietenden aus anderen Mitgliedstaaten der EU begrenzt wird.¹⁰⁹ Darüber hinaus darf die Bedarfsbestimmung in jedem Fall „soziale“ Zweckbestimmungen enthalten und auch Gleichstellungsanliegen verfolgen.¹¹⁰

3.3.1 Analyse: Genderaspekte in der Bedarfsbestimmung

Bereits auf der frühen Stufe der Bedarfsbestimmung gibt es somit Möglichkeiten, weitergehende Belange wie sozial- oder gesellschaftspolitische Anliegen bei der Definition der Waren oder Dienstleistungen zu integrieren.¹¹¹ Für die umweltfreundliche Beschaffung stellte ein Gutachten

¹⁰⁶ Z.B. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 03.03.2010 - VII-Verg 46/09, 46.

¹⁰⁷ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 03.03.2010 - VII-Verg 46/09, 50. Insofern ist das OLG Düsseldorf in der Frage des Nachprüfungsverfahrens bei der Bedarfsbestimmung von der von ihm sowie von anderen Gerichten zuvor vertretenen Ansicht abgerückt (vgl. a.A. OLG Celle - Vergabesenat, Beschluss vom 22.05.2008, - 13 Verg 1/08), da eine über eine Negativabgrenzung hinausgehende gerichtliche Nachprüfung mit dem Bestimmungsrecht der Auftraggebern unvereinbar sei, Rn. 51.

¹⁰⁸ Bundeskartellamt, 3. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 10. Mai 2010, - VK 3 - 43/10, 14.

¹⁰⁹ Für die Frage einer möglichen Ungleichbehandlung von potentiellen Bietenden im Rahmen der Bedarfsermittlung bei „produktspezifischen“ Ausschreibungen und Techniken siehe SCHNEIDER/SCHMIDT, Rechtsgutachten umweltfreundliche öffentliche Beschaffung: Aktualisierung 2020, 30–31.

¹¹⁰ Baer, Rechtliche Grundlagen für Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit in der Wissenschaft, 35.

¹¹¹ Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission - „Sozialorientierte Beschaffung – ein Leitfadens für die Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (2. Ausgabe)“, 8.

im Auftrag des UBA fest, dass die Bedarfsermittlung und die sich daraus ergebende Festlegung des Auftragsgegenstandes enormen Einfluss auf die Umweltauswirkungen der Beschaffung haben können und bereits dieser frühe Entscheidungszeitpunkt während des Beschaffungsprozesses in großem Maße geeignet ist, Umweltaspekte in die Beschaffung einzubeziehen.¹¹² Dies gilt für soziale Aspekte gleichermaßen.

3.3.2 Erweiterter Nachhaltigkeitsbegriff als Grundlage der Bedarfsbestimmung

Einen Anknüpfungspunkt für die Verankerung von Genderaspekten auf der Ebene der Bedarfsbestimmung bietet das aktuell verhandelte Verständnis von Nachhaltigkeit, das über ein Verständnis von Klima- und Umweltbezogenheit hinausgeht. Die Diskussion um Nachhaltigkeit als zu erreichende und zukunftssträchtige Zielsetzung wird auf unterschiedlichen politischen Ebenen geführt.

Das UBA selbst adressiert den Begriff prominent als Thema und konkretisiert ihn vor allem – und ganz im Sinne des Auftrags des UBA – als umweltbezogenen Nachhaltigkeitsbegriff (vgl. [Homepage UBA](#)). Es bietet sich jedoch an, dem Begriff ein erweitertes Verständnis zugrunde zu legen, das Nachhaltigkeit im Zusammenwirken verschiedener Aspekte versteht und verhandelt. So benennt die Agenda 2030 der Vereinten Nationen als globaler Plan zur Förderung nachhaltigen Friedens und Wohlstands und zum Schutz des Planeten 17 Ziele für nachhaltige Entwicklung (*Sustainable Development Goals – SDG*). Als fünftes Ziel wird die Verwirklichung der Gleichstellung der Geschlechter und Stärkung der Rolle aller Frauen und Mädchen benannt: Geschlechtergleichstellung – ein grundlegendes Menschenrecht – wird damit als notwendige Grundlage für eine friedliche, prosperierende und nachhaltige Welt erkannt und explizit als zu erreichendes Ziel für eine nachhaltige Entwicklung hervorgehoben.

Auf dieser Grundlage, Umweltaspekte im Sinne eines umfassenden Nachhaltigkeitsbegriffs immer mit sozialen Komponenten zu denken und zu verstehen, lassen sich Strategien, Geschlechteraspekte inhaltlich in die Forschungsvorhaben des UBA zu integrieren, mehr als rechtfertigen.

3.3.3 Gender Mainstreaming in der Ressortforschung

Mit Blick auf das Gutachtenthema geht es auf der Stufe der Bedarfsbestimmung vor allem um die Vergabe von Forschungsaufträgen und somit um die Umsetzung von Gender Mainstreaming in der Ressortforschung. Das Bundesministerium für Familien, Senioren, Frauen und Jugendliche (BMFSFJ) hat 2005 hierzu eine Arbeitshilfe zu § 2 GGO herausgegeben, die folgendes ausführt:

„Gender Mainstreaming in der Forschung bedeutet, Forschungsfragen und -aufgaben systematisch geschlechtsdifferenziert zu betrachten. Von Beginn des Planungsstadiums an sind die Fragestellungen, Erkenntnisinteressen und Daten geschlechtsbezogen zu prüfen. Ziel ist, in Abhängigkeit vom Untersuchungsgegenstand entsprechend den wissenschaftlichen Standards geschlechterspezifische Erkenntnisse zu erhalten und so aufzubereiten, dass die auf sie aufbauenden politischen Maßnahmen geschlechtersensibel und zielgenau gestaltet werden können.

Geschlechterbezogene Verzerrungseffekte sollen bei der Konzipierung und Durchführung sowie der Überprüfung von Forschungsarbeiten erkannt und vermieden werden. Solche Verzerrungseffekte können in der Forschung vielfältig gegeben sein, z.B. im Titel, in der Sprache, in den theoretischen Konzepten, im Forschungsdesign, in den Methoden, in der Dateninterpretation, in den

¹¹² Ebd.

Schlussfolgerungen und Empfehlungen. Dies gilt gleichermaßen für die Konzipierung, Vergabe, Durchführung und Bewertung von Forschungsaufträgen bzw. die fachlichen und administrativen Abläufe, die damit verbunden sind.

Gender Mainstreaming in der Ressortforschung kann im Einzelfall auch bedeuten, reine Frauenforschungsprojekte oder reine Männerforschungsprojekte durchzuführen, wenn dies erforderlich ist, um einer existierenden einseitig geschlechtsspezifischen Forschungslage gegenzusteuern, oder wenn es um die Aufarbeitung von Problemlagen geht, die hauptsächlich ein Geschlecht betreffen. Gender Mainstreaming in der Ressortforschung erfüllt eine wichtige Vorbereitungsaufgabe für die Konzeption von geschlechtersensiblen politischen Maßnahmen. Durch die Gewinnung geschlechterspezifischer Erkenntnisse lassen sich die Auswirkungen von Konzepten und Maßnahmen auf die Lebenssituation von Frauen und Männern abschätzen und die Vorhaben entsprechend zielgenau und gleichstellungsfördernd gestalten.“¹¹³

Die Arbeitshilfe bietet neben einem Ablaufschema für die Planung, Vergabe und Betreuung von Forschungsvorhaben eine Handreichung zur Berücksichtigung von Genderaspekten (Anlage 1) sowie Hinweise zur Implementierung von Gender Mainstreaming in Forschungsvorhaben (Anlage 2).

Auch das UBA hat sich im Jahr 2010 mit der Thematik „Gender Mainstreaming in der Forschung“ und in diesem Rahmen auch mit der Verankerung von Genderaspekten in Forschungsvorhaben bzw. in der Bedarfsbestimmung befasst und die Checkliste Gendermainstreaming erstellt. Die Checkliste zielt u.a. darauf, bereits bei der Konzipierung von Forschungsprojekten die inhaltliche Integration von Genderaspekten in das Forschungsfeld festzulegen, wenn dies fachlich angezeigt ist, und schreibt hierzu Schritte der Relevanzprüfung sowie zur Konzipierung von Forschungsvorhaben vor, auf die das vorliegende Gutachten – ebenso wie auf die Arbeitshilfe des BMFSFJ – hiermit inhaltlich verweist.¹¹⁴

3.4 Leistungsbeschreibung

Die Leistungsbeschreibung steht in einem engen Zusammenhang mit der Bedarfsermittlung; letztere mündet unmittelbar in die Definition und Festlegung des Auftragsgegenstandes und damit letztlich in die Leistungsbeschreibung. In dieser werden die zu beschaffende Dienst- oder Warenleistung und die Anforderung an die Bietenden durch die öffentlichen Auftraggebenden definiert.¹¹⁵ Sie ist der Auftakt des Vergabeverfahrens sowie Bezugspunkt für Eignungs- und Zuschlagskriterien und die abschließende Wertungsentscheidung.¹¹⁶

3.4.1 Regelungsrahmen

3.4.1.1 Oberschwellenbereich (§ 121 GWB, § 31 VgV)

Die Leistungsbeschreibung ist allgemein in § 121 GWB geregelt, der in Absatz 1 zunächst vorgibt, dass in der Leistungsbeschreibung, die den Vergabeunterlagen beizufügen ist, der Auftragsgegenstand so eindeutig und erschöpfend wie möglich zu beschreiben ist, sodass die Beschreibung für alle Unternehmen im gleichen Sinne verständlich ist und die Angebote miteinander verglichen werden können. Sie muss die Funktions- oder Leistungsanforderungen oder eine Beschreibung der zu lösenden Aufgabe enthalten, deren Kenntnis für die Erstellung

¹¹³ Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Arbeitshilfe zu § 2 GGO: Gendermainstreaming in Forschungsvorhaben, 5.

¹¹⁴ Umweltbundesamt, Checkliste Gendermainstreaming (AL-Beschluss v. 16.03.2010).

¹¹⁵ Latzel, Soziale Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nach der Richtlinie 2014/24/EU, 675.

¹¹⁶ Burgi, Vergaberecht, 148.

des Angebots erforderlich ist, ebenso wie die Umstände und Bedingungen der Leistungserbringung. § 121 Abs. 2 GWB erfordert, dass im Rahmen der Beschaffung von Leistungen, die zur Nutzung durch Menschen vorgesehen sind, bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung in der Regel die Zugänglichkeitskriterien für Menschen mit Behinderungen oder die Konzeption für alle Nutzer zu berücksichtigen sind („Design für alle“).

Dies wird durch § 31 VgV konkretisiert, der in Absatz 1 den gleichen Zugang aller Unternehmen sowie den fairen Wettbewerb bekräftigt. Für die Fragestellung des Gutachtens ist insbesondere Absatz 3 relevant, der expliziert, dass die in der Leistungsbeschreibung festzulegenden Merkmale des Auftragsgegenstands auch Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen können. Zudem können sie sich auch 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, selbst wenn derartige Faktoren keine materiellen Bestandteile der Leistung sind, sofern diese Merkmale in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen und zu dessen Wert und Beschaffungszielen verhältnismäßig sind.

Für den Nachweis, dass eine Liefer- oder Dienstleistung den in der Leistungsbeschreibung geforderten Merkmalen entspricht, sieht § 34 VgV die Möglichkeit der Vorlage von Gütezeichen unter Maßgabe der Absätze 2 bis 5 vor. Unter Gütezeichen ist „ein Dokument, ein Zeugnis oder eine Bescheinigung, mit dem beziehungsweise der bestätigt wird, dass ein bestimmtes Bauwerk, eine bestimmte Ware, eine bestimmte Dienstleistung, ein bestimmter Prozess oder ein bestimmtes Verfahren bestimmte Anforderungen erfüllt“ zu verstehen (Art. 2 Nr. 23 RL 2014/24/EU). Hierunter fallen neben Umweltsiegeln auch soziale Gütezeichen wie solche, die etwa einen fairen Handel zertifizieren.¹¹⁷ Insbesondere für umweltbezogene Aspekte bietet sich die Bezugnahme auf bestimmte Gütezeichen an.¹¹⁸ Vergleichbares für den Bereich Gleichstellung / Antidiskriminierung gibt es jedoch nicht; Gütezeichen, die sich explizit auf den Nachweis der Förderung von Geschlechtergerechtigkeit beziehen, sind bislang nicht bekannt, so dass der Nachweisführung über Gütezeichen im Rahmen der Fragestellung des Gutachtens eine eher marginale Rolle zu kommt. Lediglich über die Bezugnahme auf *fair trade* Siegel könnte über den Nachweis für den Bereich der Lieferketten nachgedacht werden.

3.4.1.2 Unterschwellenbereich (§§ 23f. UVgO)

Die Regelung für den Unterschwellenbereich erfolgt in §§ 23 f. UVgO in den für die Fragestellung des Gutachtens relevanten Absätzen nahezu wortgleich zur Regelung des Oberschwellenbereichs. Insofern kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

3.4.2 Analyse: Anforderungen an soziale Leistungskriterien

3.4.2.1 Soziale Kriterien in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand

Bereits in der Leistungsbeschreibung können soziale Aspekte vorgegeben werden, wenn sie sich unmittelbar auf den Auftragsgegenstand beziehen und verhältnismäßig sind, § 31 Abs. 3 VgV. Wichtig ist insofern, dass die spezifischen Anforderungen in der Leistungsbeschreibung in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen und verhältnismäßig sein müssen.¹¹⁹

Die Verbindung mit dem Auftragsgegenstand ist im Rahmen der Leistungsbeschreibung eng zu verstehen. Soziale Aspekte müssen sich bei der Leistungsbeschreibung auf den konkreten

¹¹⁷ Lampert, § 34 VgV, 13.

¹¹⁸ Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union, Richtlinie 2014/24/EU v. 26.02.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, Erwägungsgrund (75).

¹¹⁹ Latzel, Soziale Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nach der Richtlinie 2014/24/EU, 675.

Auftragsgegenstand beziehen, sie müssen die betreffende Ware oder Dienstleistung unmittelbar charakterisieren.¹²⁰ Anders als bei umwelt- und innovationsbezogenen Aspekten ist der Zusammenhang bei sozialen Belangen zum konkreten Auftragsgegenstand schwieriger nachzuweisen.¹²¹ Vorstellbar sind mit Blick auf die Thematik des Gutachtens etwa die Leistungsbeschreibung in Form der Anforderung, Genderspekte in zu vergebenden Forschungsvorhaben zu beachten bzw. Auswirkungen auf die Geschlechterverhältnisse im Rahmen der Forschungsfrage zu erfassen (s.u. Bedarfsbestimmung 3.3). Hingegen sind soziale Aspekte, die nicht in Zusammenhang mit der beschafften Ware oder Dienstleistung oder dem Prozess oder spezifischen Methode der Herstellung oder Beschaffung stehen (§ 31 Abs. 3 S. 2 VgV), sondern sich auf die soziale Situation und Arbeitsbedingungen der zur Auftragsausführung eingesetzten Arbeitnehmenden beziehen, nicht in die Leistungsbeschreibung zu integrieren. Gleichstellungsanforderungen, die das ausführende Arbeitsteam betreffen, können demnach keine Anforderung im Rahmen der Leistungsbeschreibung sein; sie können ggf. aber als Zuschlagskriterien oder Ausführungsbedingungen aufgenommen werden.¹²²

3.4.2.2 Soziale Kriterien als technische Spezifikation

Technische Spezifikationen sind sämtliche technischen Anforderungen an eine Leistung, Lieferung oder ein Material, mit deren Hilfe jene Anforderungen so bezeichnet werden können, dass sie ihre durch die Auftraggebenden festgelegten Verwendungszwecke erfüllen.¹²³ Auch soziale Kriterien können als technische Spezifikationen verwendet werden, wenn es konkret um den Prozess oder die spezifische Methode zur Erfüllung des Auftrags geht.¹²⁴ Als technische Spezifikationen in der Leistungsbeschreibung sind soziale Bedingungen dann ausgeschlossen, wenn sie allgemeine Produktionsumstände ohne Bezug zu den technischen Spezifika des Auftrags oder zu Arbeitsbedingungen der zur Auftragsausführung eingesetzten Arbeitnehmenden sowie Förderprogramme ohne den technischen Bezug vorsehen.¹²⁵ Auch sie können ggf. aber als Zuschlagskriterien oder Ausführungsbedingungen aufgenommen werden.

3.4.2.3 Gleichstellungsaspekte in der Leistungsbeschreibung im Lichte des Grundsatzes des Wettbewerbs

Der Vergabegrundsatz des Wettbewerbs (§ 97 Abs. 1 GWB, § 2 Abs. 1 UVgO) begrenzt die Möglichkeit der zulässigen Leistungsbeschreibung auf solche inhaltlichen Bedingungen, die die Teilnahme am Vergabeverfahren für Bietende nicht ungerechtfertigt erschweren. Die Leistungsbeschreibung darf insbesondere nicht dazu führen, dass nur ein oder nur wenige Unternehmen ein Angebot einreichen können.¹²⁶ Sofern soziale Aspekte, die auf die Herstellung bzw. Förderung von Geschlechtergerechtigkeit zielen, nicht diese Wirkung entfalten, stehen sie auch nicht im Widerspruch zum Grundsatz des Wettbewerbs. Gerade durch die Zulässigkeitsvoraussetzungen der engen Verbindung mit dem Auftragsgegenstand und der Verhältnismäßigkeit wird gewährleistet, dass eine ungerechtfertigte Erschwerung der Teilnahme nicht erfolgt.

¹²⁰ Latzel, Soziale Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nach der Richtlinie 2014/24/EU, 675.

¹²¹ Lampert, § 31 VgV, 68.

¹²² Lampert, § 31 VgV, 68. Hierzu s.u. Kap. 3.7 und 3.8.

¹²³ Baer/Ölcüm, Gutachten – Diskriminierungsschutz im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe, 36.

¹²⁴ Ziekow, §127 GWB, 36. Hierzu wird zudem auf die Ausführungen zur Bedarfsbestimmung und insbesondere auf die Arbeitshilfe des BMFSFJ sowie die UBA-Checkliste verwiesen, die Hinweise zur konkreteren Umsetzung enthalten (s.o. 3.3.3).

¹²⁵ Latzel, Soziale Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nach der Richtlinie 2014/24/EU, 675.

¹²⁶ S.o. 3.1.2.3

3.4.3 Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist die Umsetzung geschlechtergerechter sozialer Leistungsaspekte somit zulässig, sofern sie eine enge Verbindung zum Auftragsgegenstand aufweisen, nicht willkürlich erfolgen und einen wirksamen Wettbewerb gewährleisten. Als solches lässt sich insbesondere die Anforderung verstehen, Genderaspekte in zu vergebenden Forschungsvorhaben zu beachten bzw. Auswirkungen auf die Geschlechterverhältnisse im Rahmen der Forschungsfrage zu erfassen. Zur Ermittlung des der Leistungsbeschreibung zugrunde liegenden Bedarfs unter Beachtung von Gleichstellungsaspekten kann auf die UBA Checkliste Gender Mainstreaming verwiesen werden.¹²⁷ Darüber hinaus kann auch die Vorgabe, geschlechtergerechte Sprache zu verwenden, wenn eine Veröffentlichung vorgesehen ist, in die Leistungsbeschreibung integriert werden.¹²⁸

3.5 Eignungskriterien

Eignungskriterien betreffen die Voraussetzungen, die die Bietenden erfüllen müssen, um für eine Zuschlagserteilung in Betracht zu kommen, wie bspw. die personellen und finanziellen Umstände der Bietenden, die Qualifizierung der Mitarbeitenden, die Ausstattung mit Maschinen und Know-How. Diese sind in der Auftragsbekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung anzugeben (Art. 58 Abs. 5 RL 2014/24/EU).

3.5.1 Regelungsrahmen

3.5.1.1 Oberschwellenbereich (§ 122 GWB, § 42ff. VgV)

§ 122 GWB regelt die Festlegung von Eignungskriterien durch öffentliche Auftraggebende. Die Geeignetheit von Unternehmen ergibt sich hiernach durch die Erfüllung der zuvor festgelegten Eignungskriterien. § 122 Abs. 2 GWB schränkt den Spielraum der Auftraggebenden ein, indem festgelegt wird, dass Eignungskriterien ausschließlich die Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung (Nr. 1), die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit (Nr. 2) sowie die technische und berufliche Leistungsfähigkeit (Nr. 3) betreffen dürfen. Neben dieser inhaltlichen Ausrichtung von Eignungskriterien müssen diese zudem in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen und verhältnismäßig sein (§ 122 Abs. 4 S. 1 GWB). In diesem Rahmen bewegt sich der Spielraum der Auftraggebenden, Kriterien der Geeignetheit von Unternehmen festzulegen.

Die nähere Ausgestaltung des Verfahrens zu Eignungskriterien erfolgt über §§ 42 ff. VgV. § 42 VgV bezieht sich unter Verweis auf § 122 GWB auf das Überprüfungsverfahren zur Feststellung der Eignung von Unternehmen. Den öffentlichen Auftraggebenden wird die Überprüfung entlang der zuvor festgelegten Eignungskriterien auferlegt, ebenso wie die des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen. Die Absätze 2 und 3 differenzieren hierbei zwischen offenen und nicht offenen Verfahren. Gem. § 48 VgV ist in der Bekanntmachung oder Aufforderung anzugeben, wie der Nachweis der Eignung zu erbringen ist, Absatz 2 Satz 1 sieht grundsätzlich die Vorlage von Eigenerklärungen vor. Eine Definition für den Begriff der Eigenerklärung für Verteidigungs- oder sicherheitsspezifische öffentliche Aufträge bietet § 22 der Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV), der im Sinne der systematischen Interpretation hier heranzuziehen ist: um eine Eigenerklärung handelt es sich, wenn Bietende ihre Eignung durch die Vorlage einer Erklärung belegen, dass sie die von den Auftraggebenden verlangten Eignungskriterien erfüllen und die festgelegten Nachweise auf Aufforderung unverzüglich

¹²⁷ Umweltbundesamt, Checkliste Gendermainstreaming (AL-Beschluss v. 16.03.2010).

¹²⁸ Dies kann auch als Ausführungsbedingung aufgenommen werden. Ausführlich zum Erfordernis einer geschlechtergerechten Amtssprache Lembke, Geschlechtergerechte Amtssprache.

beibringen können. Zur Vereinfachung des Verfahrens ist die Übermittlung der standardisierten Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung an die Bietenden möglich und vorgesehen (§ 50 VgV).¹²⁹

Für die berufliche Leistungsfähigkeit schränkt § 46 Abs. 3 VgV die vorzulegenden Unterlagen mit einer abschließenden Liste ein; hieraus ergibt sich, dass die qualitativen Eignungskriterien sich nur auf die erforderlichen personellen und technischen Mittel sowie ausreichende Erfahrungen der Bietenden beziehen dürfen und andere inhaltliche Mindestanforderungen sowohl an die technische als auch berufliche Leistungsfähigkeit im Rahmen der Eignungsprüfung unzulässig sind.¹³⁰ Zudem müssen die geforderten materiellen Anforderungen an die berufliche und finanzielle Leistungsfähigkeit einen konkreten Bezug zu den für die Auftragsausführung notwendigen Erfahrungen aufweisen.¹³¹

3.5.1.2 Unterschwellenbereich (§§ 31-36 UVgO)

Auch die Regelungen der §§ 31 bis 36 UVgO sind in dem für die Fragestellung des Gutachtens relevanten Bereich äquivalent zu den vergaberechtlichen Normen des Oberschwellenbereichs. Insofern wird auf die obigen Ausführungen verwiesen.

3.5.2 Analyse: Soziale Aspekte in der beruflichen Leistungsfähigkeit

Mit der Festlegung von Eignungskriterien haben Auftraggebende die Möglichkeit, Nachweise über die Erfahrung und Fachkunde der Bietenden zu verlangen. So kann beispielsweise die Personalzusammensetzung des Unternehmens, die personelle und technische Ausstattung und das System zur Qualitätskontrolle überprüft werden, um sich zu vergewissern, dass das betreffende Unternehmen über das Personal und die Mittel verfügt, die erforderlich sind, um den Auftrag ausführen und abschließen zu können.¹³² Die Eignungskriterien müssen dabei im Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand, etwa mit der (technischen) Leistungserbringung,¹³³ stehen und verhältnismäßig sein. Sie sind abwägungsfest, es kann also keine unterschiedlichen "Eignungsgrade" geben.¹³⁴

Falls ein Auftrag besondere soziale Fachkenntnisse erfordert, kann es also zulässig sein, besondere Erfahrungen als Kriterium festzusetzen und als Nachweis der technischen und/oder beruflichen Fachkenntnisse zu verlangen, die zur Prüfung der Eignung der Bewerbenden dienen. Allerdings darf die soziale Ausrichtung des Unternehmens nur dann berücksichtigt werden, wenn diese die technische oder berufliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens, einen bestimmten Auftrag auszuführen, auch nachweislich steigert.¹³⁵

3.5.3 Zwischenergebnis

Mit Blick auf die Fragestellung des Gutachtens dürfte die Eignungsprüfung keinen großen Gestaltungsspielraum für das UBA bieten. Hierbei geht es vielmehr um eine weite Prüfung im Sinne eines Ausschlussverfahrens von Unternehmen, die – aufgrund ihrer mangelnden Eignung – eben nicht geeignet sind, den Auftrag auszuführen. Die größte Relevanz für die Fragestellung

¹²⁹ Mager, § 50 VgV, 2.

¹³⁰ Tomerius, § 46 VgV, 2.

¹³¹ Mager, § 46 VgV, 5.

¹³² Europäische Kommission, Interpretierende Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, 31.

¹³³ Ölcüm, Die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Auftragswesen, 31.

¹³⁴ Latzel, Soziale Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nach der Richtlinie 2014/24/EU, 675.

¹³⁵ Europäische Kommission, Interpretierende Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, 31.

des vorliegenden Gutachtens im Rahmen der Eignungsprüfung weist das Merkmal der beruflichen Leistungsfähigkeit auf; hiernach müssen Bietende personell über *genügend qualifizierte Mitarbeitende* verfügen.¹³⁶ Die (berufliche, aber auch die technische) Leistungsfähigkeit ist dabei immer auf den Betrieb bezogen zu beurteilen, allerdings ist es ausreichend, wenn Bietende sich die notwendigen Ressourcen *beschaffen*, z.B. indem sie zusätzliche hinreichend fachkundige Arbeitskräfte für das Projekt einstellen oder zeitweise übernehmen.¹³⁷

Relevanz kann die Möglichkeit der Eignungskriterien vor allem dann entfalten, sofern in der Leistungsbeschreibung die Beachtung von Genderaspekten eines Projektes (etwa eines Forschungsprojekts) festgelegt ist (s.o. Ausführungen zu Bedarfsbestimmung 3.3 und Leistungsbestimmung 3.4). In diesen Fällen darf im Rahmen der Eignungsprüfung verlangt werden, dass Unternehmen bestimmte Normen zur Herstellung und Förderung von Geschlechtergleichstellung erfüllen, soweit diese für die Ausführung des Auftrags relevant sind. Somit kann etwa die Gender-Kompetenz von Bietenden bzw. des ausführenden Teams als ein Eignungskriterium fungieren.

3.6 Ausschlussgründe

Bedeutung für die Fragestellung des Gutachtens kann zudem den Ausschlussgründen zukommen, bei deren Vorliegen Bietende vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden.

3.6.1 Regelungsrahmen

3.6.1.1 Oberschwellenbereich (§§ 123f. GWB, § 48 VgV)

§ 42 VgV sieht vor, dass öffentliche Auftraggebende neben der Eignung der Bewerbenden gemäß der festgelegten Eignungskriterien auch das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen nach §§ 123, 124 GWB überprüfen, die neben zwingenden auch fakultative Ausschlusskriterien vorsehen. Für das Gutachten erweist sich vor allem die Regelung des fakultativen Ausschlussgrundes gem. § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB als relevant, wonach Bietende wegen Verstoßes gegen geltende umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden können. Erfasst hiervon ist jede Verpflichtung des Unternehmens durch oder aufgrund eines Bundes- oder Landesgesetzes, sofern der Verstoß hiergegen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge erfolgt ist.¹³⁸ Maßgeblich sind somit nur Verstöße, die bei der Ausführung früherer öffentlicher Aufträge begangen wurden.¹³⁹

Über den Ausschluss von Bewerbenden vom Vergabeverfahren nach § 124 GWB entscheiden die Auftraggebenden, ihnen kommt ein Ermessensspielraum zu, ob ein Ausschluss erfolgen soll oder nicht. Sie müssen dabei keine allgemeine Kontrolle der Rechtmäßigkeit des bieterunternehmerischen Verhaltens vornehmen.¹⁴⁰ Bietende müssen vielmehr durch Eigenerklärung nachweisen, dass keine Ausschlussgründe vorliegen (§ 48 VgV).¹⁴¹

Sofern ein Unternehmen ausgeschlossen werden soll, muss der Verstoß nachgewiesen sein, ebenso müssen im Sinne der Verhältnismäßigkeit die Schwere der Pflichtverletzung und ihre

¹³⁶ Fehling, § 122 GWB, 20.

¹³⁷ Fehling, § 122 GWB, 22.

¹³⁸ Opitz, § 124 GWB, 26.

¹³⁹ Opitz, § 124 GWB, 28.

¹⁴⁰ Opitz, § 124 GWB, 18.

¹⁴¹ Burgi, Vergaberecht, 203.

Auswirkungen Berücksichtigung finden.¹⁴² Gemäß § 126 Nr. 2 GWB kann ein Unternehmen, bei dem ein Ausschlussgrund vorliegt und das keine oder keine ausreichenden Selbstreinigungsmassnahmen nach § 125 GWB ergriffen hat, bei Vorliegen eines fakultativen Ausschlussgrundes nach § 124 GWB für bis zu drei Jahre von der Teilnahme an Vergabeverfahren ausgeschlossen werden.

3.6.1.2 Unterschwellenbereich (§ 31 UVgO, §§ 123f. GWB)

§ 31 Abs. 1 UVgO verweist auf die entsprechende Anwendung der §§ 123 und 124 GWB, so dass die Ausführungen zum Oberschwellenbereich gelten.

3.6.2 Analyse: Verstoß gegen Gleichstellungs- und Antidiskriminierungsrecht als Ausschlusskriterium

Das gesetzliche Vorsehen von Ausschlussgründen zielt darauf, dass Bietende, die sich nicht gesetzestreu verhalten, nicht in das Vergabeverfahren einbezogen werden sollen. Die gesetzlichen Verpflichtungen, aus denen sich mit Bezug auf die Fragestellung des Gutachtens bei Verstößen der Unternehmen ein fakultativer Ausschlussgrund nach § 124 Abs. 1 GWB ergeben kann, wurden in Kap. 2.2.4 bereits beschrieben, insofern wird auf die obigen Ausführungen verwiesen.

3.6.3 Zwischenergebnis

Mit Blick auf Geschlechtergleichstellung soll hier insbesondere das Gebot zur Entgeltgleichheit von Frauen und Männern herausgehoben werden, das sich aus dem Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz (AGG) sowie dem Gesetz zur Förderung der Entgelttransparenz zwischen Frauen und Männern (Entgelttransparenzgesetz - EntgTranspG) ergibt.

So kann im Rahmen der Eigenerklärung regelhaft der Nachweis verlangt werden, dass kein Ausschlussgrund im Sinne eines Verstoßes gegen arbeitsrechtliche Verpflichtungen, insbesondere gegen das Gebot der Entgeltgleichheit, vorliegt. Hierdurch wird die Verpflichtung zur gleichen Bezahlung von Frauen und Männern in das Verhältnis zwischen öffentlichen Auftraggebern und Auftragnehmern integriert. Das Bayerische Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration schlägt für bayerische Vergabestellen vor, bei allen Vergabeverfahren die folgende, sich an § 128 Abs. 1 GWB orientierende, klarstellende Verpflichtungsklausel standardgemäß in die Vergabeunterlagen aufzunehmen, wobei Bagatellaufträge, die die Grenze des Direktauftrags nicht erreichen, nicht erfasst werden sollen:

„Der Auftragnehmer hat bei der Ausführung des öffentlichen Auftrags alle für ihn geltenden rechtlichen Verpflichtungen einzuhalten, insbesondere den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern wenigstens diejenigen Mindestbedingungen einschließlich des Mindestentgelts zu gewähren, die nach dem Mindestlohngesetz, einem nach dem Tarifvertragsgesetz mit den Wirkungen des Arbeitnehmerentendegesetzes (AEntG) für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrag oder einer nach § 7, § 7a oder § 11 AEntG oder einer nach § 3a AÜG erlassenen Rechtsverordnung für die betreffende Leistung verbindlich vorgegeben werden, sowie gem. § 7 Abs. 1 AGG und § 3 Abs. 1 EntgTranspG Frauen und Männern bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit gleiches Entgelt zu bezahlen.“¹⁴³

¹⁴² Opitz, § 124 GWB, 28.

¹⁴³ Bayerisches Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration, Rundschreiben "Kommunale Auftragsvergaben; Gleiche Bezahlung von Frauen und Männern bei der Vergabe öffentlicher Aufträge".

Sollte im Rahmen eines öffentlichen Auftrags gegen das Verbot der Entgeltgleichheit verstoßen worden sein, so können Bietende gem. § 124 GWB vom Verfahren ausgeschlossen werden und bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 126 Nr. 2 GWB für bis zu drei Jahre von der Teilnahme an Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. Bei massiven Verletzungen gegen den Grundsatz der Entgeltgleichheit können öffentliche Auftraggebende einen bestehenden Auftrag sogar kündigen.¹⁴⁴

3.7 Zuschlagskriterien

Gemäß des Leistungsbestimmungsrechts können öffentliche Auftraggebende nicht nur weitgehend selbst bestimmen, was beschafft werden soll, sondern auch, anhand welcher Kriterien das wirtschaftlichste Angebot ermittelt werden soll. Zuschlagskriterien betreffen, anders als Leistungs- und Eignungskriterien, das Angebot bzw. dessen Inhalt an sich.¹⁴⁵ Aspekte der Eignung dürfen bei der Vergabe des Zuschlags (nach Bewertung der geeigneten Bewerbenden) keine Rolle mehr spielen.¹⁴⁶

3.7.1 Regelungsrahmen

3.7.1.1 Oberschwellenbereich (§ 127 GWB, §§ 58-60 VgV)

Oberstes Kriterium für den Zuschlag im Vergabeverfahren ist gem. § 127 GWB die Wirtschaftlichkeit des Angebots – den Zuschlag erhält das wirtschaftlichste Angebot (Abs. 1). Die öffentlichen Auftraggebenden haben hierbei zu prüfen und bewerten, ob und inwieweit das Angebot die vorgesehenen Zuschlagskriterien erfüllt.

Für den ersten Schritt der Festlegung von Zuschlagskriterien gibt § 127 Abs. 3 GWB vor, dass die Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen müssen. In formeller Hinsicht konkretisiert Abs. 4 Satz 1 weiter, dass die Zuschlagskriterien so festgelegt und bestimmt sein müssen, dass die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleistet wird, der Zuschlag nicht willkürlich erteilt werden kann und eine wirksame Überprüfung möglich ist, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen. Die festgelegten Zuschlagskriterien sowie die Gewichtung müssen sodann in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen aufgeführt werden (§ 127 Abs. 5 GWB). § 58 Abs. 3 VgV konkretisiert hierzu, dass hierbei anzugeben ist, wie die einzelnen Zuschlagskriterien gewichtet werden, um das wirtschaftlichste Angebot zu ermitteln. Diese Gewichtung kann auch mittels einer Spanne angegeben werden, deren Bandbreite angemessen sein muss. Sofern die Gewichtung aus objektiven Gründen nicht möglich ist, kann die Angabe der Zuschlagskriterien in absteigender Rangfolge erfolgen.

Mit Blick auf die im zweiten Schritt erfolgende Überprüfung der eingereichten Angebote auf die Erfüllung der Zuschlagskriterien und die Zuschlagserteilung für das wirtschaftlichste Angebot konkretisiert § 58 Abs. 2 VgV die Regelungen des § 127 GWB dahingehend, dass die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots auf der Grundlage des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses erfolgt. Dabei können neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Zuschlagskriterien berücksichtigt werden. Als Regelbeispiele werden u.a. die Qualität, sowie soziale, umweltbezogene und innovative Eigenschaften sowie Vertriebs- und Handelsbedingungen (Nr. 1), aber auch die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals benannt, wenn die Qualität des eingesetzten

¹⁴⁴ Schröder, Expertenbeitrag: Bietern, die gegen Equal Pay verstoßen, droht Ausschluss.

¹⁴⁵ Burgi, Vergaberecht, 197; Latzel, Soziale Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nach der Richtlinie 2014/24/EU, 678.

¹⁴⁶ Ölcüm, Die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Auftragswesen, 33.

Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann (Nr. 2). Soziale Kriterien in diesem Sinne können damit sowohl Anforderungen sein, die die zu beschaffende Leistung unmittelbar charakterisieren und die auch in technischen Spezifikationen vorgesehen werden können¹⁴⁷, aber auch Beschäftigungsbedingungen in Unternehmen (vgl. Art. 67 Abs. 2 RL 2014/24/EU). Daneben sind handelsbezogene soziale Zuschlagskriterien denkbar, etwa dass Ware aus fairem Handel stammt, ebenso, dass es Maßnahmen zur sozialen Integration benachteiligter Personen gibt.¹⁴⁸

3.7.1.2 Unterschwellenbereich (§ 43 UVgO)

Die Regelung für den Unterschwellenbereich erfolgt in § 43 UVgO nahezu wortgleich zur Regelung des Oberschwellenbereichs. Insofern kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

3.7.2 Analyse: Umsetzungsspielraum für soziale, gleichstellungsbezogene Zuschlagskriterien

Bei der Wahl der Zuschlagskriterien steht öffentlichen Auftraggebern ein weiterer Wertungsspielraum zu.¹⁴⁹ Wählen Auftraggebende mehrere Zuschlagskriterien, so müssen diese im Verhältnis zueinander gewichtet werden, etwa durch Prozentangaben oder durch Umrechnung in Wertungspunkte.¹⁵⁰

Seit der Vergaberechtsreform 2016 ist klar geregelt, dass öffentliche Auftraggebende befugt sind, soziale Zielsetzungen zu berücksichtigen; nach dem gesetzgeberischen Willen soll der Zuschlag im Regelfall auch anhand von sozialen Aspekten erfolgen.¹⁵¹ Aus dem Vergaberecht selber ergibt sich jedoch keine Verpflichtung hierzu; ob und wie soziale Zuschlagskriterien formuliert werden liegt vergaberechtlich also allein bei den Auftraggebern.¹⁵² Allerdings ergibt sich aus dem Gleichstellungsrecht, insbesondere aus dem verfassungsrechtlichen Staatsauftrag aus Art. 3 Abs. 2 GG¹⁵³ und den darauf basierenden Konkretisierungen im BGleig sowie der GGO,¹⁵⁴ die grundlegende Pflicht für öffentliche Auftraggebende, die Zielsetzung der Verwirklichung der Gleichstellung von Frauen und Männern sowie die Beseitigung bestehender und der Verhinderung künftiger Benachteiligungen von Frauen in all ihren Aufgabenbereichen – und so auch im Rahmen ihrer Vergabepaxis – zu beachten und einzuhalten.

Dass gerade auch Gleichstellungsaspekte unter soziale Zuschlagskriterien fallen, ergibt sich bereits aus der Begründung der Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts (VergRModVO): „In Umsetzung der Richtlinien wird die Möglichkeit, soziale Aspekte im Vergabeverfahren einzubeziehen, gestärkt. Davon umfasst sind gleichstellungspolitische Aspekte.“¹⁵⁵ Auch in der aktuellen Empfehlung der Europäischen Kommission von 2021 sind Gleichstellungsaspekte als Beispiel für ein soziales Ziel von nachhaltiger Vergabe öffentlicher Aufträge explizit genannt: „Gleichstellung der Geschlechter (z.B. Förderung der Vereinbarkeit

¹⁴⁷ Ziekow, §127 GWB, 36.

¹⁴⁸ Ziekow, §127 GWB, 37.

¹⁴⁹ Bulla, § 58 VgV, 34.

¹⁵⁰ Bulla, § 58 VgV, 36.

¹⁵¹ Bulla, § 58 VgV, 16.

¹⁵² Burgi, Vergaberecht, 223.

¹⁵³ S.o. Kap. 2.1.2.

¹⁵⁴ S.o. Kap. 2.2.

¹⁵⁵ Bundesrat, Zustimmung zur Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsverordnung - VergRModVO).

von Berufs- und Privatleben, Verringerung der sektoralen und beruflichen Segregation, Gewährleistung der Gleichbehandlung am Arbeitsplatz)“.¹⁵⁶

Das zu ermittelnde "wirtschaftlichste" Angebot kann und soll somit soziale Aspekte umfassen. Bei der Festlegung der Zuschlagskriterien sind die gesetzten vergaberechtlichen Grenzen zu beachten; diese werden dann überschritten, wenn sie nicht mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen und keine wettbewerbsoffene, willkürfreie und nachprüfbare Zuschlagserteilung ermöglichen¹⁵⁷ oder gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstoßen.¹⁵⁸

3.7.2.1 Soziale Kriterien in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand

Um zulässig zu sein, müssen die Zuschlagskriterien zudem mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Sofern die Vergabe ohne Kriterien mit sachlichem Bezug zu dem zu vergebenden Auftrag erfolgt, wäre die Zuschlagserteilung auf das wirtschaftlichste Angebot nicht sichergestellt.¹⁵⁹ Anders als bei Leistungsbeschreibung oder den Eignungskriterien gilt jedoch eine erweiterte Möglichkeit, die Verbindung zu bejahen: sie ist bereits dann anzunehmen, wenn sich ein Zuschlagskriterium auf Prozesse im Zusammenhang mit der Herstellung, Bereitstellung oder Entsorgung der Leistung, auf den Handel mit der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus der Leistung bezieht, auch wenn sich diese Faktoren nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstands auswirken (§127 Abs. 3 GWB; § 43 Abs. 3 UGvO).¹⁶⁰ Soziale Zuschlagskriterien müssen sich also nicht zwingend auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken und keinen Bezug zu der „inneren Eigenschaft“ einer Leistung oder eines Produkts aufweisen.¹⁶¹ Erwägungsgrund 99 der RL 2014/24/EU benennt neben weiteren Beispielen die Förderung der sozialen Integration von benachteiligten Personen oder Angehörigen sozial schwacher Gruppen „unter den für die Ausführung des Auftrags eingesetzten Personen“.

Der Auftragszusammenhang sozialer Zuschlagskriterien, die sich auf das mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals beziehen, liegt vor allem in ihrer Beschränkung auf die an der Auftragsausführung beteiligten Arbeitnehmenden,¹⁶² die Kriterien müssen sich auf die an der Leistungserbringung beteiligten Beschäftigten beziehen. Im Umkehrschluss ist die Verbindung dann nicht mehr gegeben, wenn ein Zuschlagskriterium pauschal mit der generellen Unternehmenspolitik zusammenhängt (wie etwa eine allgemeine Frauenquote).¹⁶³ So bleiben Kriterien, die sich ausschließlich auf die allgemeine Unternehmenspolitik der Bietenden beziehen, unzulässig.¹⁶⁴

3.7.2.2 Mögliche Auswirkungen divers besetzter Teams auf die Qualifikation

Zunächst ist festzustellen, dass das in § 58 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 VgV sowie § 43 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 UVgO vorgesehene Erfordernis, dass sich soziale Zuschlagskriterien auf die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals beziehen

¹⁵⁶ Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission - „Sozialorientierte Beschaffung – ein Leitfaden für die Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (2. Ausgabe)“, 6.

¹⁵⁷ Bundeskartellamt, 1. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 20. September 2017, - VK 1 - 89/17 - [Vergabe öffentlicher Aufträge: Willkürfreie Bestimmung der Zuschlagskriterien], 41.

¹⁵⁸ Lausen, § 58 VgV, 62.; Latzel, Soziale Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nach der Richtlinie 2014/24/EU, 681.

¹⁵⁹ Opitz, § 127 GWB, 96.

¹⁶⁰ Burgi, Vergaberecht, 224.

¹⁶¹ Lausen, § 58 VgV, 58.

¹⁶² Latzel, Soziale Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nach der Richtlinie 2014/24/EU, 679.

¹⁶³ Bulla, § 58 VgV, 20.

¹⁶⁴ Lausen, § 58 VgV, 59.

können, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann, bei den meisten Dienstleistungsaufträgen und zumindest bei Forschungsgutachten in jedem Fall zu bejahen ist.

Darüber hinaus kann jedoch für die Zusammensetzung von Teams überlegt werden, ob eine diverse Zusammenstellung eines Arbeitsteams Auswirkungen auf die Qualität der Ausführung des Auftrags und somit auf den Auftragsgegenstand haben kann. Zu Frage, ob Diversity-Programme in Unternehmen messbar zum Unternehmenserfolg beitragen, existiert eine Fülle an öffentlichkeitswirksamen Publikationen.¹⁶⁵ Dabei ist zunächst festzustellen, dass Studien zu Effekten von Diversity in Unternehmen auf die Wirtschaftlichkeit auf der makroökonomischen Ebene kein klares Ergebnis zeigen.¹⁶⁶ Vielmehr erweisen sich die Effekte als stark zeit- und raumabhängig, und sie unterscheiden sich nach nationalem Konjunkturzyklus, Branche und unternehmensspezifischen Charakteristika.¹⁶⁷ Auf der mikro-ökonomischen Ebene stellt sich die Situation differenzierter dar. Neben Studien, die keine signifikanten Zusammenhänge zwischen gemischtgeschlechtlichen Führungsteams und Gesamtkapitalrendite ermitteln können,¹⁶⁸ stehen etwa Untersuchungen, die einen positiven Zusammenhang zwischen dem Frauenanteil in der Unternehmensspitze und der Ertragskraft von Unternehmen ermitteln.¹⁶⁹ Eine weitere Studie wies mit dem Ergebnis, dass sich Firmen als umso innovativer erweisen, je diverser sie sind, eindeutig positive Effekte auf.¹⁷⁰ Doch auch vor dem Hintergrund, dass der empirische Nachweis, dass Diversity in Unternehmen zu finanziellen Nutzeffekten führt, nicht einfach zu ziehen ist¹⁷¹ bzw. letzterer auch durch weitere, unberücksichtigte Faktoren getrieben sein kann,¹⁷² lassen die Studien einen mutmaßlichen Zusammenhang von (Gender) Diversity und Unternehmenserfolg zumindest plausibel erscheinen.¹⁷³ Somit kann die Qualität des eingesetzten Personals – ganz im Sinne der vergaberechtlichen Vorgaben – grundsätzlich einen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben.

3.7.2.3 Möglichkeit der richtigen Angaben sowie der wirksamen Überprüfung

Die Zuschlagskriterien müssen zudem so formuliert sein, dass es den Bietenden ermöglicht ist, im Rahmen des Bewerbungsverfahrens richtige Angaben zu machen. Werden von den Bietenden unmögliche Angaben verlangt, so stellt dies einen Verstoß gegen § 97 Abs. 6 GWB dar; dies wurde etwa für Angaben festgestellt, die einen prognostischen Blick in die Zukunft erfordern.¹⁷⁴ Mit Blick auf die Gutachtenfrage ließe sich übertragen, dass etwa die Anforderung der Angabe einer bestimmten Besetzung des Teams während sowie am Ende der Durchführung nicht zulässig – weil prognostisch – wäre. Möglich ist im Rahmen der Setzung von Zuschlagskriterien und der darauf basierenden Wirtschaftlichkeitsprüfung hingegen die höhere Gewichtung eines bereits länger divers besetzten Teams.

¹⁶⁵ Van Laak/Weinert, Diversity Management – Hype oder Werttreiber?, 286.

¹⁶⁶ Ähnlich im Ergebnis van Laak/Weinert, Diversity Management – Hype oder Werttreiber?, 290.

¹⁶⁷ Straubhaar, Diversity Kompetenz und Wirtschaftlichkeit, 300.

¹⁶⁸ Farrell/Hersch, Additions to corporate boards: The effect of gender.

¹⁶⁹ Van Laak/Weinert, Diversity Management – Hype oder Werttreiber?, 287; Desvaux/Devillard-Hoellinger/Meaney, A business case for women; Curtis/Schmid/Struber, Gender diversity and corporate performance.

¹⁷⁰ Lee, Migrant and ethnic diversity, cities and innovation: Firm effects or city effects? Auch Straubhaar, Diversity Kompetenz und Wirtschaftlichkeit, 302f.

¹⁷¹ Van Laak/Weinert, Diversity Management – Hype oder Werttreiber?, 288.

¹⁷² Dies., mit Verweis auf Adams/Ferreira, Women in the boardroom and their impact on governance and performance.

¹⁷³ Straubhaar, Diversity Kompetenz und Wirtschaftlichkeit.

¹⁷⁴ Vergabekammer Karlsruhe, Beschluss vom 22. Februar 2017 – 1 VK 6/17 – [Öffentliche Auftragsvergabe: Vergaberechtsverstoß bei Verlangen unmöglicher Angaben], 82ff. Hier ging es um die Angabe eines tatsächlichen Energieverbrauchs bereits vor Durchführung des Auftrags

Darüber hinaus entschied der EuGH 2003 in der Sache Wienstrom, dass eine objektive und transparente Bewertung der verschiedenen Angebote voraussetzt, dass öffentliche Auftraggebende in der Lage sind, anhand der von den Bietenden gelieferten Angaben und Unterlagen effektiv zu überprüfen, ob ihre Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen.¹⁷⁵ Wenn öffentliche Auftraggebende Zuschlagskriterien festlegen und dabei angeben, dass sei weder bereit noch in der Lage sind, die Richtigkeit der Angaben der Bietenden zu prüfen, so verstößt dies gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung, da ein solches Kriterium nicht die Transparenz und die Objektivität des Vergabeverfahrens gewährleistet.¹⁷⁶ Somit ist ein Zuschlagskriterium, das nicht mit Anforderungen verbunden ist, die eine effektive Kontrolle der Richtigkeit der Angaben der Bietenden ermöglichen, nicht mit den für die Vergabe öffentlicher Aufträge geltenden Grundsätze vereinbar.¹⁷⁷

3.7.3 Zwischenergebnis

Soziale Zuschlagskriterien, die sich auf die Auftragsausführenden beziehen, müssen sich explizit auf die an der Leistungserbringung beteiligten Beschäftigten beschränken – hierdurch wird der Auftragszusammenhang gewahrt. Damit ist es zulässig, die Zusammensetzung des konkreten Bearbeitungsteams als Zuschlagskriterium festzusetzen und zu gewichten; nicht zulässig sind pauschale Anforderungen, die die allgemeine Einstellungspolitik der Bietenden betreffen. Mit Blick auf die Erfüllbarkeit von Kriterien sowie auf die Überprüfbarkeit ist z.B. die Anforderung darzulegen, ob und mit welchem Anteil Frauen im Team bzw. an der Projektleitung beteiligt sind, möglich. Ebenso ist die höhere Gewichtung eines bereits länger divers besetzten Teams möglich. Soziale Zuschlagskriterien können sich zudem auf die Bereitstellung geeigneter Unterstützung und Flexibilität am Arbeitsplatz für Beschäftigte beziehen, die Erziehungs- und Pflegeaufgaben wahrnehmen.

Anders als bei den Eignungs- und Ausschlusskriterien ist bei Zuschlagskriterien eine Abwägung der Gewichtung möglich. Die Festlegung der Wertung von sozialen Aspekten und insbesondere der Gewichtung von Gleichstellungsaspekten muss dabei im Einzelfall erfolgen. Den öffentlichen Auftraggebenden ist hierbei ein großer Spielraum gegeben, der über die genannten gesetzlichen Anforderungen und insbesondere die Verhältnismäßigkeit Begrenzung findet.¹⁷⁸ Die gewählte Gewichtung der einzelnen Kriterien ist in den Unterlagen anzugeben.

3.8 Ausführungsbedingungen

Ausführungsbedingungen sind vertragliche Bestimmungen über die Art und Weise der Ausführung eines Auftrags, die erst nach Zuschlagserteilung vereinbart werden. Auftragnehmer werden verpflichtet, die vereinbarten Bedingungen bei der Ausführung des Auftrags zu erfüllen; damit korrelieren Kontroll- bzw. Evaluationsrechte für die Auftraggebenden.¹⁷⁹

Ausführungsbedingungen müssen im Vergabeverfahren transparent und erkennbar sein und schon in den Vergabeunterlagen nach der Auftragsverkündung bekannt gemacht werden.¹⁸⁰ Im Unterschied zu Zuschlagskriterien müssen Bietende die Ausführungsbedingungen in ihrem

¹⁷⁵ EuGH 6. Kammer, Urteil vom 04. Dezember 2003 – C-448/01 – [Wienstrom], 50.

¹⁷⁶ EuGH 6. Kammer, Urteil vom 04. Dezember 2003 – C-448/01 – [Wienstrom], 51.

¹⁷⁷ EuGH 6. Kammer, Urteil vom 04. Dezember 2003 – C-448/01 – [Wienstrom], 52.

¹⁷⁸ Opitz, § 127 GWB, 126.

¹⁷⁹ Baer/Ölcüm, Gutachten – Diskriminierungsschutz im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe, 43.

¹⁸⁰ Burgi, Vergaberecht, 237.

Angebot einhalten, ansonsten können sie von der Wertung ausgeschlossen werden.¹⁸¹ Es bietet sich insofern an, von Bietenden Verpflichtungserklärungen zur Befolgung der Ausführungsbedingungen zu verlangen. Sollte eine solche Erklärung nicht mit dem Angebot abgegeben werden, so handelt es sich nicht um ein zuschlagsfähiges Angebot, das ausgeschlossen werden kann¹⁸² und – sofern die Voraussetzungen des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB vorliegen – einen Ausschluss bei späteren Aufträgen zur Folge haben kann.¹⁸³

3.8.1 Regelungsrahmen

3.8.1.1 Oberschwellenbereich (§§ 128f. GWB, §§ 61, 33f. VgV)

§ 128 GWB expliziert in Absatz 1, dass Unternehmen bei der Ausführung des öffentlichen Auftrags alle für sie geltenden rechtlichen Verpflichtungen einzuhalten haben, und führt eine nicht abschließende beispielhafte Listung von Gründen auf. Unter § 128 Abs. 1 GWB fallen sämtliche arbeitsrechtlichen Verpflichtungen, sodass mit Blick auf Gleichstellungsaspekte die im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) sowie im Entgelttransparenzgesetz (EntgTranspG) geregelten Anforderungen an die Gleichstellung von Mann und Frau erfasst sind (näher hierzu s.o. Kap. 2.2.4).¹⁸⁴ Auftraggebende können diese gesetzlichen Pflichten zugleich auch vertraglich verankern, so dass aus der gesetzlichen Pflicht dann eine nebenvertragliche Verpflichtung mit entsprechender Sanktionsmöglichkeit wird.¹⁸⁵

§ 128 Abs. 2 GWB ermächtigt öffentliche Auftraggebende, besondere Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags (Ausführungsbedingungen) festzulegen,¹⁸⁶ die über die gesetzlichen Anforderungen gem. Absatz 1 hinausgehen.¹⁸⁷ Voraussetzung ist, dass die Anforderungen mit dem Auftragsgegenstand entsprechend § 127 Abs. 3 in Verbindung stehen, wobei diese erforderte Verbindung nicht voraussetzt, dass sich die entsprechende Ausführungsbedingung in der Art oder der Beschaffenheit der zu beauftragenden Lieferung oder Leistung widerspiegelt oder dass ihre Erfüllung für die Auftraggebenden zu einem Mehrnutzen führt.¹⁸⁸ Bei Dienstleistungsaufträgen können die besonderen Ausführungsbedingungen neben dem spezifischen Prozess der Herstellung oder Bereitstellung der Leistung auch sozial- und beschäftigungspolitische Belange betreffen. Doch auch hier schließt das Erfordernis einer Verbindung zum Auftragsgegenstand – neben dem der Verhältnismäßigkeit¹⁸⁹ – solche *Ausführungsbedingungen aus, die sich auf die allgemeine Unternehmenspolitik beziehen, so dass etwa die allgemeine Forderung nach einer Frauenquote im Unternehmen nicht zulässig wäre.*¹⁹⁰

Die Ausführungsbedingungen müssen sich aus der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen ergeben, um die für Bietende gebotene Transparenz herzustellen und

¹⁸¹ Lausen, § 58 VgV, 62.

¹⁸² Fehling, § 128 GWB, 48.

¹⁸³ Opitz, § 128 GWB, 16.

¹⁸⁴ Fehling, § 128 GWB, 41.

¹⁸⁵ Ebd.

¹⁸⁶ Die Rechtsfigur der besonderen Bedingungen für die Auftragsausführung gem. § 128 Abs. 2 GWB geht auf das Beentjes-Urteil des EuGH aus dem Jahre 1988 zurück, Opitz, § 128 GWB, 5.

¹⁸⁷ Fehling, § 128 GWB, 41.

¹⁸⁸ Opitz, § 128 GWB, 22.

¹⁸⁹ Latzel, Soziale Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nach der Richtlinie 2014/24/EU, 681.

¹⁹⁰ Ebd.; Opitz, § 128 GWB, 25; Kling, § 128 GWB, 52; Burgi, Vergaberecht, 237. Kling, § 128 GWB, 52

sicherzustellen, dass der Zuschlag nicht an Bietende erfolgt, die die Bedingungen nicht kannten und nicht einhalten können oder wollen.¹⁹¹

Für den Nachweis, dass eine angebotene Leistung den geforderten Ausführungsbedingungen gemäß § 128 Abs. 2 GWB entspricht, verweist § 61 VgV auf die entsprechende Anwendung von §§ 33 und 34 VgV, die die Nachweisführung durch Bescheinigungen von Konformitätsbewertungsstellen sowie durch Gütezeichen vorsehen. Ob die effektive Kontrollierbarkeit von Ausführungsbedingungen grundsätzlich gegeben sein muss, ist hingegen umstritten.¹⁹² Jedenfalls können öffentliche Auftraggebende die Einhaltung der besonderen Ausführungsbedingungen durch Kontrollrechte (etwa Informations- oder Auditrechte) und Sanktionsmechanismen (z.B. Vertragsstrafen oder Kündigungsrechte) absichern.¹⁹³

3.8.1.2 Unterschwellenbereich

§ 45 UVgO Abs. 1 sieht für den Unterschwellenbereich zunächst die entsprechende Geltung des § 128 Abs. 1 GWB vor und Abs. 2 regelt parallel zu § 128 Abs. 2 GWB die Möglichkeit der Festlegung besonderer Ausführungsbedingungen. Für den Beleg, dass die angebotene Leistung den geforderten Ausführungsbedingungen entspricht, verweist § 45 Abs. 3 UVgO auf die Möglichkeit des § 24 UVgO (Nachweisführung durch Gütezeichen).

Insofern kann auch hier auf die Ausführungen zum Oberschwellenbereich verwiesen werden.

3.8.2 Analyse: Gleichstellungsaspekte in den Ausführungsbedingungen

Die Verfolgung sozialer und ökologischer Zwecke ist eine wichtige Funktion von Ausführungsbedingungen.¹⁹⁴ Es ist zulässig, Gleichstellungskriterien in zusätzliche, vertragliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags einfließen zu lassen. Einer gesonderten Begründung für die Vorgabe von Auftragsbedingungen durch die öffentlichen Auftraggebenden bedarf es nicht.¹⁹⁵ Mit Bezug auf die Art und Weise der Ausführung der Leistung bzw. Herstellung von Waren können die vertraglichen Festsetzungen über die gesetzlichen Gleichstellungsanforderungen hinausgehen. Daneben stellt das Gebot der Verhältnismäßigkeit (§ 97 Abs. 1 GWB) ebenfalls ein Kriterium dar, an dem die Zulässigkeit von Auftragsbedingungen zu messen ist, insbesondere von solchen, die nicht ausschließlich die Ausführung des konkreten Auftrags, dafür aber die allgemeine Unternehmenspolitik betreffen. Auch nichterfüllbare Bedingungen sind unverhältnismäßig.¹⁹⁶

Im Ergebnis sind zwar Anforderungen an die allgemeine Einstellungspolitik mit Bezug auf das Geschlecht (etwa eine allgemeine Frauenquote im Unternehmen) nicht zulässig, möglich ist aber z.B. die Festlegung von Quoten für die Zahl der bei der Ausführung des Auftrags beschäftigten Arbeitnehmerinnen.¹⁹⁷ Auch Bedingungen, die die Umsetzung von bestimmten Maßnahmen zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern am Arbeitsplatz beabsichtigen, sowie Bedingungen, die auf die verstärkte Beteiligung der Frauen am Erwerbsleben und die Vereinbarkeit von Arbeit und Privatleben abzielen, sind als Ausführungsbedingungen möglich.¹⁹⁸ Die Verbindung zum Auftragsgegenstand erfordert dabei, dass sich die

¹⁹¹ Kling, § 128 GWB, 54.

¹⁹² Näher hierzu Opitz, § 128 GWB, 27.

¹⁹³ Opitz, § 128 GWB, 16; Burgi, Vergaberecht, 237.

¹⁹⁴ Burgi, Vergaberecht, 237.

¹⁹⁵ Deutscher Bundestag, BT-Drs. 18/6281, 114.

¹⁹⁶ Opitz, § 128 GWB, 27.

¹⁹⁷ Burgi, Vergaberecht, 239.

¹⁹⁸ Erwägungsgrund 98 der Richtlinie 2014/24/EU; OPITZ, § 128 GWB, 24.

Ausführungsbedingungen – ebenso wie soziale Zuschlagskriterien – auf die Durchführung konkreter Aufträge beziehen¹⁹⁹ und die Personalpolitik betreffend sich auf die Personen beziehen, die für die Ausführung des Auftrags eingesetzt werden.²⁰⁰ So kann etwa die Verpflichtung, bei der Ausführung des Auftrags Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit zwischen Mann und Frau durchzuführen, in Ausführungsbedingungen festgehalten werden.²⁰¹ Darüber hinaus wäre auch die Förderung der sozialen Integration von benachteiligten Personen oder Angehörigen sozial schwacher Gruppen unter den für die Ausführung des Auftrags eingesetzten Personen eine legitime Ausführungsbedingung.²⁰²

3.8.3 Zwischenergebnis

Für die Formulierung von Ausführungsbedingungen, die immer den Zulässigkeitsvoraussetzungen entsprechen müssen, bietet sich ein Blick in die Regelungen auf Landesebene an: In den Landesvergabegesetzen, die zwar keine direkte Auswirkung auf die Vergabe durch Bundesbehörden haben, finden sich konkrete Umsetzungsbeispiele für Ausführungsbedingungen, die als Richtlinien für das Gutachten herangezogen werden können.

So zählt z.B. § 17 RVO Tariftreue- und Vergabegesetzes Nordrhein-Westfalen (TVgG NRW) 19 mögliche Frauenfördermaßnahmen auf, von denen Unternehmen mit über 500 Beschäftigten mindestens vier Maßnahmen, Unternehmen mit 250 bis 500 Beschäftigten drei Maßnahmen und Unternehmen mit 20 bis 250 Beschäftigten mindestens zwei Maßnahmen umsetzen müssen (§ 18 RVO TVgG NRW). Als ergänzende vertragliche Ausführungsbedingungen sollen Maßnahmen zur Frauenförderung oder Förderung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie im Sinne des § 8 des TVgG NRW verlangt werden.

Ähnliches findet sich mit der Frauenförderverordnung (FFV) im Berliner Landesrecht. Hiernach werden Bewerbende in landesrechtlichen Vergabeverfahren bereits bei der Abgabe ihres Angebots und abhängig von der Unternehmensgröße (§ 3 FFV) zur Durchführung oder Einleitung einer bestimmten Art und Anzahl der in der FFV enthaltenen Maßnahmen zur Frauenförderung und besseren Vereinbarkeit von Familie und Beruf verpflichtet. § 2 der FFV sieht einen Katalog von Maßnahmen zur Frauenförderung und zur Förderung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie vor, von denen diejenigen Maßnahmen, die eine Verbindung zum Auftragsgegenstand aufweisen bzw. aufweisen können, als good practice für die Vergabepraxis des UBA herangezogen werden können. So kann es etwa um verbindliche Zielvorgaben zur Erhöhung des Frauenanteils an den am Auftrag einbezogenen Beschäftigten in allen Funktionsebenen gehen, um die Erhöhung des Anteils der weiblichen am Auftrag einbezogenen Beschäftigten in gehobenen und Leitungspositionen, die Zusicherung von Entgeltgleichheit im Kontext des Auftrags, die Bereitstellung betrieblicher oder externer Kinderbetreuung für Beschäftigte des Auftrags, auch für Arbeitszeiten außerhalb der üblichen Öffnungszeit der regulären Kinderbetreuung oder um die Bereitstellung geeigneter Unterstützung und Flexibilität am Arbeitsplatz für Beschäftigte des Auftrags, die Erziehungs- und Pflegeaufgaben wahrnehmen.

Dabei müssen die konkreten Maßnahmen nicht schon detailliert vorgeschrieben werden, bereits der allgemeine Verweis auf frauenfördernde Maßnahmen ist ausreichend.²⁰³

¹⁹⁹ Kling, § 128 GWB, 51.

²⁰⁰ Hierzu kann auf die Ausführungen bzgl. der Zuschlagskriterien verwiesen werden (s.o. 3.7).

²⁰¹ Europäische Kommission, Interpretierende Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, 33.

²⁰² Erwägungsgrund 99 der Richtlinie 2014/24/EU.

²⁰³ Burgi, Vergaberecht, 239.

4 Fazit

Das Vergaberecht sieht keine Verpflichtung von öffentlichen Auftraggebern zur Integration von sozialen Belangen vor. Seit der Vergaberechtsreform 2016 ist allerdings klar geregelt, dass öffentliche Auftraggeber befugt und aufgefordert sind, soziale Zielsetzungen zu berücksichtigen; hierunter fallen in jedem Fall gleichstellungspolitische Aspekte.

Gleichzeitig ergibt sich aus dem Gleichstellungsrecht und insbesondere aus dem verfassungsrechtlichen Staatsauftrag aus Art. 3 Abs. 2 GG sowie den darauf basierenden Konkretisierungen im BGlG sowie der GGO eine grundlegende Pflicht für öffentliche Auftraggeber, die Zielsetzung der Verwirklichung der Gleichstellung von Frauen und Männern sowie die Beseitigung bestehender und der Verhinderung künftiger Benachteiligungen von Frauen in all ihren Aufgabenbereichen – und so auch im Rahmen ihrer Vergabepaxis – zu beachten und einzuhalten. Den öffentlichen Auftraggebern kommt in der Umsetzung dieser Verpflichtung ein Gestaltungsspielraum zu.

Die Möglichkeit zur Umsetzung bietet sich dabei auf allen Stufen des Vergabeverfahrens: Von der Bedarfsbestimmung über die Festlegung von Leistungs-, Eignungs- und Zuschlagskriterien bis hin zur Bestimmung von Ausführungsbedingungen ist es öffentlichen Auftraggebern möglich, Gleichstellungs- und Antidiskriminierungsaspekte im öffentlichen Vergabeverfahren im Rahmen der vergaberechtlichen Grenzen zu berücksichtigen und zu implementieren.

5 Quellenverzeichnis

Adams, R.; Ferreira, D. (2009): Women in the boardroom and their impact on governance and performance. In: Journal of Financial Economics, 2009, 94, Elsevier, Amsterdam, S. 291–309

Agentur der Europäischen Union für Grundrechte, Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (2018): Handbuch zum europäischen Antidiskriminierungsrecht. Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union, Luxemburg

Antweiler, C. (2022): § 97 Abs. 4 GWB. In: Burgi, M.; Dreher, M.; Opitz, M. [Hrsg.]: Beck'scher Vergaberechtskommentar Band 1 - Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - GWB 4. Teil, Wettbewerbsregistergesetz. 4. Auflage, Verlag C. H. Beck oHG, München

Baer, S. (2009): Rechtliche Grundlagen für Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit in der Wissenschaft. Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF) [Hrsg.]. W. Bertelsmann Verlag (wbv), Bielefeld

Baer, S.; Markard, N. (2018): Art. 3 Abs. 2 GG. In: Mangoldt, H.; Klein, F.; Starck, Ch. [Hrsg.]: Grundgesetz-Kommentar (1). 7. Auflage, C.H. Beck, München

Baer, S.; Ölcüm, I. (2008): Gutachten – Diskriminierungsschutz im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe - Gutachten im Auftrag der Landesstelle für Gleichbehandlung und gegen Diskriminierung (Antidiskriminierungsstelle), Berlin

Bayerisches Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration (2019): Rundschreiben "Kommunale Auftragsvergaben - Gleiche Bezahlung von Frauen und Männern bei der Vergabe öffentlicher Aufträge". https://docplayer.org/172409569-Bayerisches-staatsministerium-des-innern-fuer-sport-und-integration.html#download_tab_content (01.07.2022)

Bulla, S. (2017): § 58 VgV. In: Willenbruch, K; Wiedekind, K. [Hrsg.]: Kompaktkommentar Vergaberecht. 4. Auflage, WERNER Verlag, Köln

Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) (2005): Arbeitshilfe zu § 2 GGO - Gendermainstreaming in Forschungsvorhaben. <https://www.bmfsfj.de/resource/blob/80448/292e691a5db4b14dc3d29e8636e9c89d/gm-arbeitshilfe-forschungsvorhaben-data.pdf> (01.07.2022)

Bundesrat (2016): Zustimmung zur Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsverordnung - VergRModVO). Drucksache 87/16

Bundesregierung (2005): Arbeitshilfe zu § 2 GGO - „Gender Mainstreaming bei der Vorbereitung von Rechtsvorschriften“. <https://www.bmfsfj.de/resource/blob/84192/a51f9047eabe9c4d8d61c31e13e35b/gender-mainstreaming-arbeitshilfe-ggo-data.pdf> (01.07.2022)

Burgi, M. (2011): Die Förderung sozialer und technischer Innovationen durch das Vergaberecht. In: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht, 2011, 10, C.H. Beck, München, S. 577–583

Burgi, M. (2021): Vergaberecht - Systematische Erläuterung für Praxis und Ausbildung. 3. Auflage, C.H. Beck, München

Curtis, M.; Schmid, C.; Struber, M. (2012): Gender diversity and corporate performance. Credit Suisse Research Institute, Zürich

Dau, D. (2022): § 1 BGG. In: Dau, D. [Hrsg.]: Sozialgesetzbuch IX - Nomos-Kommentar. Nomos, Baden-Baden

Dau, D. (2022): § 1 BGG. In: Dau, D. u.a. (Hrsg.): Sozialgesetzbuch IX. Nomos-Kommentar. Nomos, Baden-Baden

Desvaux, G.; Devillard-Hoellinger, S.; Meaney, M. (2008): A business case for women. In: The McKinsey Quarterly, 2008, McKinsey & Company, New York City

Deutscher Bundestag, BT-Drs. 18/6281 (2015): Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz - VergRModG)

Deutscher Bundestag, BT-Drs. 18/3784 (2015): Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst

Deutscher Juristinnenbund (2008): Stellungnahme anlässlich der Fachtagung der Bundestagsfraktion von Bündnis 90/Die Grünen „Vergaberecht reformieren – Rechtssicherheit schaffen“ am 18. Februar 2008 in Berlin. https://www.djb.de/fileadmin/user_upload/presse/stellungnahmen/St-08_03-Vergaberecht-Fachtagung-Buendnis-90.pdf (01.07.2022)

Deutscher Juristinnenbund (2008): Stellungnahme zum Berliner Vergabegesetz - anlässlich der Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft, Technologie und Frauen im Abgeordnetenhaus von Berlin am 25. Februar 2008. https://www.djb.de/fileadmin/user_upload/presse/stellungnahmen/St-08_04-Vergaberecht-Berlin.pdf (01.07.2022)

Dörr, O. (2022): § 97 Abs. 1 GWB. In: Burgi, M.; Dreher, M.; Opitz, M. [Hrsg.]: Beck'scher Vergaberechtskommentar Band 1 - Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - GWB 4. Teil - Wettbewerbsregistergesetz. Verlag C. H. Beck oHG, München

Dörr, O. (2022): § 97 Abs. 2 GWB. In: Burgi, M.; Dreher, M.; Opitz, M. [Hrsg.]: Beck'scher Vergaberechtskommentar Band 1 - Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - GWB 4. Teil - Wettbewerbsregistergesetz. Verlag C. H. Beck oHG, München

Dörr, O. (2022): Einleitung: Vergaberecht in Deutschland – das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe im Stufenbau der Rechtsordnung. In: Burgi, M.; Dreher, M.; Opitz, M. [Hrsg.]: Beck'scher Vergaberechtskommentar Band 1 - Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - GWB 4. Teil - Wettbewerbsregistergesetz. Verlag C. H. Beck oHG, München

Dörr, O. (2022): Vorbemerkung vor § 97 GWB. In: Burgi, M.; Dreher, M.; Opitz, M. [Hrsg.]: Beck'scher Vergaberechtskommentar Band 1 - Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - GWB 4. Teil - Wettbewerbsregistergesetz. Verlag C. H. Beck oHG, München, S. 1–20

Europäische Kommission (2001): Interpretierende Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge. In: Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, 2001, S. 27–41

Europäische Kommission (2021): 15 Frequently Asked Questions on Socially Responsible Public Procurement - #WeBuySocialEu

Europäische Kommission (2021): Mitteilung der Kommission - „Sozialorientierte Beschaffung – ein Leitfadens für die Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge. 2. Ausgabe, 2021

Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union, Richtlinie (2014): 2014/24/EU v. 26.02.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG. RL 2014/24/EU

Farrell, K.; Hersch, P. (2005): Additions to corporate boards: The effect of gender. In: Journal of Corporate Finance, 2005, Elsevier, Amsterdam, S. 85–106

Fehling, M. (2019): § 122 GWB. In: Pünder, H.; Schellenberg, M. [Hrsg.]: Vergaberecht. GWB, VgV, VSVgV, SektVO, VOB/A, KonzVgV, UVgO, Haushaltsrecht, öffentliches Preisrecht - Handkommentar (Nomos Kommentar). Nomos, Baden-Baden

Fehling, M. (2019): § 128 GWB. In: Pünder, H.; Schellenberg, M. [Hrsg.]: Vergaberecht. GWB, VgV, VSVgV, SektVO, VOB/A, KonzVgV, UVgO, Haushaltsrecht, öffentliches Preisrecht - Handkommentar (Nomos Kommentar). Nomos, Baden-Baden

- Forsthoff, E. (1963): Der Staat als Auftraggeber. In: res publica. Kohlhammer, Stuttgart
- Frey, R. (2022): „CHANCE“ - Chancengleichheitsmonitoring der UBA Forschungsförderung durch Gender-Evaluierung des Ressortforschungsplans und Evaluierung der Genderkriterien und ihrer Erfüllung in der UBA Verbändeförderung zur Umsetzung von Gender Mainstreaming. Umweltbundesamt [Hrsg.]
https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/479/publikationen/texte_64-2022_chance.pdf (01.07.2022)
- Gemeinsame Verfassungskommission, BT-Drs. 12/6000 (2022): Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission gemäß Beschluß des Deutschen Bundestages — Drucksachen 12/1590, 12/1670 — und Beschluß des Bundesrates — Drucksache 741/91
- Henneke, H. G. (2022): Die Kommunen in der Finanzverfassung des Bundes und der Länder. Kommunal- und Schul-Verlag, Wiesbaden
- Jeanrenaud, Y. (2020): MINT. Warum nicht? Zur Unterrepräsentation von Frauen in MINT, speziell IKT, deren Ursachen, Wirksamkeit bestehender Maßnahmen und Handlungsempfehlungen. Expertise für den Dritten Gleichstellungsbericht der Bundesregierung
- Kischel, U. (2022): Art. 3 GG. In: Epping, V.; Hillgruber, C [Hrsg.]: BeckOK Grundgesetz
- Kling, M. (2021): § 128 GWB. In: Immenga, U.; Mestmäcker, E. [Hrsg.]: Wettbewerbsrecht. Band 4: Vergaberecht
- Kugele, D. (2021): § 1 BGlG. In: Ders. [Hrsg.]: BGlG - Onlinekommentar, Wolters Kluwer Deutschland
- Kugele, D., (2021): § 4 BGlG. In: Ders. [Hrsg.]: BGlG - Onlinekommentar, Wolters Kluwer Deutschland
- Kühling, J.; Rüchardt, C. (2018): Art. 107 AEUV. In: Streinz, R. [Hrsg.]: EUV/AEUV Kommentar (Beck'sche Kurzkommentare)
- Lampert, S. (2019): § 31 VgV. In: Beck'scher Vergaberechtskommentar Band 2. VgV, SektVO, KonzVgV, VOB/ A-EU, VS-VgV, VS-VOB/ A
- Lampert, S. (2019): § 34 VgV. In: Beck'scher Vergaberechtskommentar Band 2. VgV, SektVO, KonzVgV, VOB/ A-EU, VS-VgV, VS-VOB/ A
- Langenfeld, C. (2001): Art. 3 GG. In: Dürig, G.; Herzog, R.; Scholz, R. [Hrsg.]: Grundgesetz Kommentar
- Latzel, C. (2014): Soziale Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nach der Richtlinie 2014/24/EU. In: NZBau, S. 673–681
- Lausen (2019): § 58 VgV. In: Beck'scher Vergaberechtskommentar Band 2. VgV, SektVO, KonzVgV, VOB/ A-EU, VS-VgV, VS-VOB/ A
- Lee, N. (2014): Migrant and ethnic diversity, cities and innovation: Firm effects or city effects? In: Journal of Economic Geography, S. 1–28
- Lembke, U.: Geschlechtergerechte Amtssprache. Rechtliche Expertise zur Einschätzung der Rechtswirksamkeit von Handlungsformen der Verwaltung bei Verwendung des Gendersterns oder von geschlechtsumfassenden Formulierungen. <https://www.hannover.xn--de/Aus-Stadt-Region/Gutachten-besttigt-Genderstar-verwirklicht-Verfassungsauftrag-jzg> (01.07.2022)
- Lewalter, S. (2021): Gleichstellung und öffentliche Vergabe – eine sinnvolle Verknüpfung.
http://www.genderkompetenz.info/w/files/gkompzpdf/vergabe_gleichstellung_www.pdf (01.07.2022)
- Mager, S. (2019): § 46 VgV. In: Beck'scher Vergaberechtskommentar Band 2. VgV, SektVO, KonzVgV, VOB/ A-EU, VS-VgV, VS-VOB/ A
- Mager, S. (2019): § 50 VgV. In: Beck'scher Vergaberechtskommentar Band 2. VgV, SektVO, KonzVgV, VOB/ A-EU, VS-VgV, VS-VOB/ A
- Marx, F. (2002): § 97 GWB. In: Motzke, G.; Pietzcker, J.; Prieß, H. [Hrsg.]: Beck'scher VOB-Kommentar, VOB/A
- Maurer, H.; Waldhoff, C. (2020): Allgemeines Verwaltungsrecht. C.H. Beck, München
- Müller-Wrede, M. (2014): § 97 GWB. In: Ders. [Hrsg.]: GWB-Vergaberecht. Taschenkommentar

- Oetker, H. (2022): § 96 AktG. In: Müller-Glöge, R.; Preis, U.; Schmidt, I. [Hrsg.]: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
- Ölcüm, I. (2009): Die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Auftragswesen, Schriften zum Öffentlichen Recht. Duncker & Humblot, Berlin
- Opitz, M. (2022): § 124 GWB. In: Burgi, M.; Dreher, M.; Opitz, M. [Hrsg.]: Beck'scher Vergaberechtskommentar Band 1, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - GWB 4. Teil -, Wettbewerbsregistergesetz. C. H. Beck oHG, München
- Opitz, M. (2022): § 127 GWB. In: Burgi, M.; Dreher, M.; Opitz, M. [Hrsg.]: Beck'scher Vergaberechtskommentar Band 1, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - GWB 4. Teil -, Wettbewerbsregistergesetz. C. H. Beck oHG, München
- Opitz, M. (2022): § 128 GWB. In: Burgi, M.; Dreher, M.; Opitz, M. [Hrsg.]: Beck'scher Vergaberechtskommentar Band 1, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - GWB 4. Teil -, Wettbewerbsregistergesetz. C. H. Beck oHG, München
- Opitz, M. (2022): § 97 Abs. 3 GWB. In: Burgi, M.; Dreher, M.; Opitz, M. [Hrsg.]: Beck'scher Vergaberechtskommentar Band 1, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - GWB 4. Teil -, Wettbewerbsregistergesetz. C. H. Beck oHG, München
- Pache, E. (2001): Abhandlungen - Der Staat als Kunde - System und Defizite des neuen deutschen Vergaberechts. In: Deutsches Verwaltungsblatt, S. 1781–1791
- Plauth, M. (2017): Die Rechtspflicht zur Transparenz im europäisierten Vergaberecht, Bundesanzeiger Verlag
- Pollmann, T. (2009): Der verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz im öffentlichen Vergaberecht. Duncker & Humblot, Berlin
- Sarter, E. (2015): Die Vergabe öffentlicher Aufträge als Weg zur Förderung von Gleichstellung in Unternehmen. In: Journal Netzwerk Frauen- und Geschlechterforschung NRW, 2015, Nr. 37, S. 54–58
- Schneider, T.; Schmidt, V. (2022): Rechtsgutachten umweltfreundliche öffentliche Beschaffung, Aktualisierung 2020
- Scholz, R. (1996): Art. 3 Abs. 2. In: Maunz, T. [Hrsg.]: Grundgesetz Kommentar, München
- Schröder, H. (2020): Expertenbeitrag: Bieter, die gegen Equal Pay verstoßen, droht Ausschluss. In: Staatsanzeiger Baden-Württemberg vom 19.06.2020, S. 32
- Schultz, U.; Rudek, A. (2012): § 2 BGlG (a.F.) Verpflichtete. In: ders. [Hrsg.]: Bundesgleichstellungsgesetz. NomosKommentar, Nomos, Baden-Baden
- Spindler, G. (2022): § 96 AktG. In: Henssler, M.; Spindler, G.; Stilz, E. [Hrsg.]: beck-online.GROSSKOMMENTAR. Kommentar zum Aktiengesetz
- Starck, C. (2018): Art. 3 GG. In: Mangoldt, M.; Klein, F.; Starck, C. [Hrsg.]: Grundgesetz-Kommentar (1). C.H. Beck, München
- Straubhaar, T. (2016): Diversity Kompetenz und Wirtschaftlichkeit. In: Genkova, P.; Ringeise, T. [Hrsg.]: Handbuch Diversity Kompetenz. Springer, Wiesbaden, S. 295–305
- Tomerius, S. (2019): § 46 VgV. In: Pünder, H.; Schellenberg, M. [Hrsg.]: Vergaberecht. GWB, VgV, VSVgV, SektVO, VOB/A, KonzVgV, UVgO, Haushaltsrecht, öffentliches Preisrecht: Handkommentar (Nomos Kommentar). Nomos, Baden-Baden
- Umweltbundesamt (2010): Checkliste Gendermainstreaming (AL-Beschluss v. 16.03.2010)
- Umweltbundesamt (2010): Geschlechterverhältnisse und Nachhaltigkeit. In: https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/1410/publikationen/2017-09-25_gender_nachhaltigkeit_0.pdf (01.07.2022)
- Van Laak, C.; Weinert, S. (2016): Diversity Management – Hype oder Werttreiber?. In: Genkova, P.; Ringeise, T. [Hrsg.]: Handbuch Diversity Kompetenz. Springer, Wiesbaden, S. 281–294

Wötzel, U.: Auswirkungen des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz für die öffentliche Auftragsvergabe bei der Beschaffung von Textilien. <https://www.dgb.de/++co++707c0630-e3bb-11eb-b0d9-001a4a160123> (01.07.2022)
Ziekow, J. (2020): §127 GWB. In: Ziekow, J.; Völlink, U [Hrsg.]: Vergaberecht, C.H. Beck, München, S. 408-409

Rechtsprechungsverzeichnis

Bundeskartellamt, 1. Vergabekammer des Bundes, Beschluss v. 20. September 2017, - VK 1 - 89/17

Bundeskartellamt, 3. Vergabekammer des Bundes, Beschluss v. 10. Mai 2010, - VK 3 - 43/10

BVerfG, Urteil v. 28. Januar 1992 - 1 BvR 1025/84 [Nachtarbeitsverbot], 1992, 1–72

BVerfG, Beschluss v. 13. Juni 2006 – 1 BvR 1160/03, 2006

BVerfG, Beschluss v. 10. Oktober 2017 - 1 BvR 2019/16, 2017, 1–69

EuGH, Urteil v. 23. Februar 1961 - C-30/59 [De Gezamenlijke Steenkolenmijnen], 1961

EuGH 6. Kammer, Urteil v. 04. Dezember 2003 – C-448/01 – [Wienstrom], 2003

OLG Celle - Vergabesenat, Beschluss vom 22. Mai 2008 - 13 Verg 1/08, 2008

OLG Düsseldorf, Beschluss v. 03. März 2010 - VII-Verg 46/09, 2010

Vergabekammer Karlsruhe, Beschluss v. 22. Februar 2017 – 1 VK 6/17