

Ursula Fasselt

Vergaberecht und Antidiskriminierung unter besonderer Berücksichtigung der Sonderstellung kirchlicher AuftragnehmerInnen

I. Problemaufriss

Das menschenrechtlich und verfassungsrechtlich normierte Antidiskriminierungsverbot stößt oftmals auf eine fest verankerte Abwehrhaltung, die sich nicht nur aus einem bestimmten gesellschaftlichen Vorverständnis und traditionellen Moralvorstellungen, sondern auch aus religiösen Werten speist. Da staatliche Gesetzgebung in einer pluralistischen Gesellschaft verschiedene Grundwerte miteinander in Einklang bringen muss, finden sich in der europäischen und der deutschen Gesetzgebung Einschränkungen des allgemeinen Diskriminierungsverbotes für Kirchen und kirchliche Einrichtungen.¹ Diese sind in ihrem Umfang zwar umstritten,² werden grundsätzlich aber von der europäischen und der deutschen Rechtsprechung und der rechtswissenschaftlichen Literatur als rechtmäßig angesehen. In der Praxis hat dies schwerwiegende Konsequenzen für die betroffenen ArbeitnehmerInnen in kirchlichen Einrichtungen, die auch menschenrechtliche Fragen aufwerfen.³

Die Verhaltenssteuerung in modernen Gesellschaften erfolgt nur teilweise durch rechtliche Verbote oder Gebote, mindestens ebenso wirksam ist die Steuerung durch ökonomische Anreize oder Sanktionen. Das öffentliche Auftragswesen mit seinem enormen Volumen ist für eine solche Verhaltenssteuerung besonders geeignet.⁴ Daher fordert der Deutsche Juristinnenbund (djB) die Vergabe öffentlicher Aufträge mit dem Nachweis der Einhaltung der Diskriminierungsverbote und der Durchführung effektiver Maßnahmen für Gleichstellung zu verbinden.⁵ Gewerkschaftliche Organisationen und kritische Sozial-

arbeiterInnen unternehmen den Versuch, das Vergaberecht für die Durchsetzung des Antidiskriminierungsrechtes in kirchlichen Einrichtungen zu nutzen.⁶

Im Folgenden wird der Frage nachgegangen, ob und ggf. wie Antidiskriminierung im Vergaberecht rechtssicher implementiert werden kann und ob und ggf. wie entsprechende Regelungen auch für kirchliche AuftragnehmerInnen implementiert werden können.⁷

II. Kurze Einführung in das Antidiskriminierungsrecht und seine Geltung für kirchliche ArbeitgeberInnen

Die Verpflichtung der Staaten, alle Menschen in der Ausübung ihrer Menschenrechte gleich zu behandeln und nicht zu benachteiligen, ist in allen Menschenrechtskonventionen der Vereinten Nationen, in regionalen Menschenrechtskonventionen, im Recht der Europäischen Union, im deutschen Grundgesetz und im AGG rechtlich niedergelegt.⁸ Dies zeigt den universalen und grundlegenden Charakter des Diskriminierungsverbotes.⁹ Die Staaten sind nicht nur selbst zu diskriminierungsfreiem Verhalten verpflichtet, ihnen kommt auch eine Schutzpflicht gegenüber ihren Bürgerinnen und Bürgern zu, die diese vor diskriminierendem Verhalten nicht öffentlicher Stellen bewahrt.¹⁰ Ungleichbehandlungen sind nur gerechtfertigt, wenn sie aufgrund eines Interessenkonfliktes mit gleichwertigen oder höher-rangigen Rechtspositionen gerechtfertigt und verhältnismäßig sind. Die Rechtfertigung einer Un-

1 Art 4 Abs. 2 RL 2000/78 (Antidiskriminierungsrichtlinie), § 9 AGG.

2 S. dazu unten II., V.

3 Vgl. die vielen Fallbeispiele in: Gekeler, Corinna, Loyal Dienen, S. 15 ff, Aschaffenburg 2013.

4 Baer/Ölcüm, Gutachten im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle Berlin, 2008, S. 4 f.

5 Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts des BMWi I B 3-26 0 5 13/1, (Stand 3.3.2008 – Anhörung am 8. April 2008) djB 28.04.2008.

6 Vgl. Pressemitteilung vom 16.11.2012, ver.di München, aks Arbeitskreis kritische Sozialarbeiter. GEW Stadtverband München, Fachschaft Hochschule SW

7 Dem Aufsatz zugrunde liegt ein Gutachten für ver.di Bezirk München und GEW Stadtverband München. Die Verf. dankt für die Erlaubnis zur Veröffentlichung der überarbeiteten Fassung.

8 z.B. Art 2 und 7 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10.12.1948; Art. 2 Internationaler Pakt über bürgerliche

und politische Rechte (IPBPR) vom 19.12.1966 (BGBl. 1973 II 1553); für das EU Recht ist das Diskriminierungsverbot fundamental, vgl. Art. 21 EUGRCH, Art 8, 10, 19 AEUV sowie die Antidiskriminierungsrichtlinien: Richtlinie 2000/43 (EG), Rahmenrichtlinie Beschäftigung und Beruf, 2000/78 (EG); Gender-richtlinie Zivilrecht 2004/113 (EG); konsolidierte Genderrichtlinie Arbeit und Beschäftigung 2006/54(EG); vgl. Däubler AGG Komm Einl. Rn. 76 ff.

9 Däubler, AGG Komm Einl. RN 102 ff; EUGH Urteil vom 22.11.2005, Az: C-144/04, RS Mangold, Rn 74 f; Nickel, Drei Jahre Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG): eine Zwischenbilanz, http://migration-boell.de/pics/Rainer_Nickel_Drei_Jahre_AGG_PDF.pdf, download 24.9.2013.

10 Däubler, AGG Komm Einl. RN 49; Der EGMR hat aus der Schutzpflicht des Staates aus Art 8 EMRK – Schutz der Privatsphäre – abgeleitet, dass die deutschen Arbeitsgerichte bei der Kündigung eines Kirchenmusikers durch eine katholische Gemeinde wegen außerehelicher Beziehungen nach Trennung von seiner Ehefrau die Interessen der katholischen Kirche am loyalem

gleichbehandlung verlangt daher eine sorgfältige Abwägung der widerstreitenden Rechtspositionen.¹¹ Religionsgemeinschaften und ihnen zugeordnete Einrichtungen können in Deutschland nach § 9 AGG von ihren Beschäftigten die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Religion oder Weltanschauung verlangen, wenn dies unter Beachtung des eigenen Selbstverständnisses „im Hinblick auf ihr Selbstbestimmungsrecht oder nach der Art der Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt“. Nach § 9 Abs. 2 AGG dürfen Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften weiterhin „von ihren Beschäftigten ein loyales und aufrichtiges Verhalten im Sinne ihres jeweiligen Selbstverständnisses verlangen.“ Die in § 9 formulierte Rechtfertigung von Ungleichbehandlung geht zurück auf das in Art 140 GG i.V.m. Art 137 Abs. 3 WRV garantierte Recht der Religionsgemeinschaften, ihre Angelegenheiten selbstständig „innerhalb des für alle geltenden Gesetzes“ zu ordnen und zu regeln, das sog. kirchliche Selbstbestimmungsrecht. Das Unionsrecht hat diese Sonderstellung der Kirchen anerkannt¹² und in Art. 4 Abs. 2 Rahmenrichtlinie Beschäftigung¹³ eine Ausnahme vom Verbot der Ungleichbehandlung aufgrund Religion und Weltanschauung geregelt, die der deutsche Gesetzgeber in § 9 AGG umgesetzt hat.

Umstritten ist die Reichweite der Ausnahmenvorschrift des § 9 AGG, insbesondere unter welchen Voraussetzungen das Erfordernis der Religionszugehörigkeit und des loyalen Verhaltens gerechtfertigt werden kann: Können die Religionsgemeinschaften dies in Ausübung ihres Selbstbestimmungsrechtes grundsätzlich selbst bestimmen – so die bisher herrschende, durch die Rechtsprechung des BVerfG geprägte Auffassung, und damit für alle Tätigkeiten im kirchlichen Dienst verlangen¹⁴ – oder können Gerichte überprüfen, ob das Erfordernis der Religionszugehörigkeit / des loyalen Verhaltens für die Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechtes der Religionsgemeinschaft oder für konkrete Tätigkeiten un-

abdingbar ist – dies wäre z.B. bei der Besetzung von kirchlichen Funktions- oder Leitungsstellen der Fall oder bei allen Tätigkeiten, die auf die Verkündung oder Seelsorge abstellen. Nach der zuletzt genannten Auffassung gilt § 9 AGG nicht für den sog. verkündungsfernen Bereich. Im Hinblick auf eine europarechtskonforme Auslegung ist der zuletzt genannten Auffassung der Vorzug zu geben. Die Formulierung in Art. 4 Abs. 2 Rahmenrichtlinie Beschäftigung stellt nämlich nicht nur wie § 9 Abs. 1 AGG darauf ab, dass die Religionszugehörigkeit eine „gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt“, sondern verlangt, dass diese Anforderung „wesentlich und rechtmäßig“ sein muss. Hierdurch wird deutlich, dass die Ausnahmenvorschrift als Einschränkung des universalen Diskriminierungsverbotes eng auszulegen ist.¹⁵

III. Kurze Einführung in das Vergaberecht

Der Staat auf den drei Ebenen Bund, Länder, Gemeinden verkörpert enorme Marktmacht, daher kommen Regelungen für die öffentliche Auftragsvergabe im Hinblick auf die Gleichbehandlung der MarktteilnehmerInnen und auf die effiziente Verwendung öffentlicher Mittel große Bedeutung zu. In Deutschland gibt es für die öffentliche Auftragsvergabe zwei Regelungskomplexe: für öffentliche Aufträge oberhalb der Schwellenwerte¹⁶ die kartellrechtlichen Regelungen des Vierten Kapitels des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (§§ 97 ff. GWB). Ergänzend treten die Regelungen der Verdingungsordnungen hinzu¹⁷ sowie das Haushaltsrecht und landesgesetzliche Regelungen der Auftragsvergabe.

Das Vergaberecht für öffentliche Aufträge oberhalb der Schwellenwerte setzt Regelungen der Europäischen Union um, die Vergabekoordinierungsrichtlinie RL 2004/18 und die Sektorenrichtlinie RL 2004/17.¹⁸ Erreicht der geschätzte Auftragswert den Schwellenwert nicht, so richtet sich das Vergabeverfahren nach den Haushaltsvorschriften des Bundes, der Länder und der Kommunen. § 55 BHO und ent-

Verhalten ihrer Mitarbeiter und dem durch Art 8 EMRK garantierten Recht des Kirchenmusikers auf Achtung seines Privat- und Familienlebens sorgfältig hätten abwägen müssen. Urteil vom 23.9.2010, Beschwerde Nr. 1620/03

11 Vgl. Urteil EGMR a.a.O.

12 Nr. 11 Erklärung zur Schlussakte des Amsterdamer Vertrages, Erwägungsgrund Nr. 24 Rahmenrichtlinie Beschäftigung 2000/78, ABl EG Nr. L 303/16 v. 2.12. 2000 S. 2.

13 RL 2000/78 (EG) ABl EG Nr. L 303/ 16.

14 Beschluss v. 4.6.1985, Az. BvR 1703/83, 1718/83 und 856/84, BVerfGE 70, 138 ff; Wedde, in: Däubler (Hrsg.) Antidiskriminierungsrecht, § 9 RN 33f.

15 vgl. auch Erwägungsgrund Nr. 23 der Rahmenrichtlinie; zu dieser Kontroverse Wedde, a.a.O.

16 Diese betragen lt. § 2 Vergabeverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. 02.2003 (BGBl I S. 169) zuletzt geändert durch Art 1 V v. 12.7.2012 BGBl I 1508 : für Liefer- und Dienstleistungsaufträge der obersten oder oberen Bundesbehörden sowie vergleichbarer Bundeseinrichtungen 130.000 Euro,

für Liefer- und Dienstleistungsaufträge von Ländern und Kommunen 200.000 Euro, für Bauaufträge 5.000.000 Euro.

17 § 4 Vergabeverordnung verweist für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte auf Abschnitt 2 der Verdingungsordnungen für Leistungen (VOL/A) und der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB/A) und für freiberufliche Leistungen auf die (VOF), die durch diese Verweisung den Charakter einer Rechtsverordnung erlangen. Für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte gelten aufgrund der Verweisungen der Haushaltsordnungen die Abschnitte 1 der jeweiligen Verdingungsordnungen. Zum sog. Kaskadensystem des deutschen Vergaberechts vgl. Fehling, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, Baden-Baden 2011, § 97 RN 29 ff.

18 RL 2004/18/EG v. 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, Abl. L 134/114; Hailbronner, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 2009, B 1 RN 20ff; zur Frage der ausreichenden Umsetzung in deutsches Recht vgl. Fehling a.a.O., RN 14ff.

sprechende Landeshaushaltsordnungen sehen grundsätzlich ebenfalls eine öffentliche Ausschreibung vor. Die Haushaltsvorschriften verweisen überwiegend auf die Abschnitte 1 der Verdingungsordnungen für Leistungen (VOL/A) bzw. für Bauleistungen (VOB/A), die in diesem Rahmen allerdings nur als interne Verwaltungsvorschriften gelten.¹⁹ Daneben sind Landesvergabegesetze und sonstige Gesetze und Verwaltungsvorschriften zu beachten.²⁰

Für die Auslegung des nationalen Vergaberechts ist auf Unionsrecht zurückzugreifen: Während die Vergaberichtlinien nur für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte gelten, sind das Diskriminierungsverbot des Art 18 AEUV und die vier Grundfreiheiten (Personen-, Waren-, Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit) auch bei der öffentlichen Auftragsvergabe unterhalb der Schwellenwerte zu beachten.²¹

Die zentralen Grundsätze des Vergabeverfahrens sind nach § 97 Abs. 1 und 2 GWB: Wettbewerb, transparentes Vergabeverfahren und Gleichbehandlung aller BieterInnen.²² Im Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte sind diese Grundsätze in den Verdingungsordnungen normiert.²³ Das Vergabeverfahren gliedert sich in die Festlegung des Auftragsgegenstandes, die Eignungsprüfung der BieterInnen²⁴ und die Zuschlagserteilung.²⁵

IV. Strategische Zwecke

1. Rechtsgrundlagen

a) Art. 26 Vergabekoordinierungsrichtlinie

Mit dem Vergaberecht wird neben den Zielen der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel und der Sicherstellung des (grenzüberschreitenden)

Wettbewerbs²⁶ auch die Förderung sonstiger politischer Zwecke verfolgt.²⁷ Hierfür wird überwiegend der Terminus „strategische Zwecke“ verwendet. Die Berücksichtigung strategischer Zwecke ist ein politisch wichtiger Ausgleich für den Rückzug des Staates aus vielen Leistungsbereichen und ermöglicht eine indirekte staatliche Einflussnahme zugunsten wirtschaftlicher, strukturpolitischer, arbeitsmarkt- und sozialpolitischer, umweltpolitischer oder verfassungsrechtlicher Zwecke.²⁸ Dies ist europarechtlich zulässig, nach Art 26 Vergabekoordinierungsrichtlinie „... können [die öffentlichen AuftraggeberInnen] zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags vorschreiben, sofern diese mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind und in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen angegeben werden. Die Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags können insbesondere soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen.“²⁹

Die EU Kommission schreibt dem öffentlichen Beschaffungswesen große Bedeutung bei der Weiterentwicklung des europäischen Sozialraums zu, mittels „kluger Beschaffungsstrategien der öffentlichen Auftraggeber“ könnten „Beschäftigungschancen, menschenwürdige Arbeit, soziale Eingliederung, Barrierefreiheit, Design für alle, fairer Handel und die umfassendere Einhaltung von Sozialstandards“ gefördert werden. Dieser indirekten Einflussnahme kommt auch deshalb große Bedeutung zu, weil die öffentlichen Aufträge von Bund, Ländern und Gemeinden wirtschaftlich ins Gewicht fallen, sie werden jährlich auf einen Umfang von rd. 300 Mrd. Euro in Deutschland geschätzt;³⁰ auf EU-Ebene belaufen sie sich auf rd. 17% des BIP der EU.³¹ Die Verfolgung der verschiedenen Zwecke des Vergaberechts

19 Ziekow, *KommJur* 2007, 287; Soziale Belange im Vergaberecht, Deutscher Städtetag (Hrsg.) 2009, S. 10.

20 Burgi, in: Grabitz/Hilf, (Hrsg.) *Das Recht der Europäischen Union*, 2009, 36 EL Juli 2008, B13 RN 41f.; Fehling a.a.O., RN 32.

21 Hailbronner, in: Grabitz/Hilf, (Hrsg.) *Das Recht der Europäischen Union*, 2009, B 2 RN 8ff.

22 § 97 Abs. 1 und 2 für Verfahren oberhalb der Schwellenwerte, Fehling, a.a.O. § 97 RN 45 ff.

23 § 2 Abs. VOB A, § 2 Abs. 1 VOL/A, § 4 VOF.

24 § 97 Abs. 4 S. 1 GWB, § 6 VOL/A Abschnitt 1 bzw. § 6 VOB/A Abschnitt 1.

25 § 97 Abs. 4 S. 2 GWB.

26 Fehling, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), *Vergaberecht*, Baden-Baden 2011, § 97 RN 3; Hailbronner, in: Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, 2009, B 1 RN 2.

27 Hailbronner, in: Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, 2009, B 1 RN 2; Vgl. Burgi, in: Grabitz/Hilf, (Hrsg.) *Das Recht der Europäischen Union*, 2009, 36 EL Juli 2008, B13 RN 1ff.; Kühling/Heurkamp in: Montag / Säcker (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht)*, Bd 3, München 2011, § 97 GWB RN 191 ff.; Sozialorientierte Beschaffung. Ein Leitfaden für die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Beschaffungswesen. Europäische Kommission (Hrsg.) 2010. Zur kommunalen Praxis vgl. Ziekow, *Das Vergaberecht als Waffe gegen Kinderar-*

beit, *KommJur* 2007, 281. Zu den kritischen Stimmen vgl. Kühling/Huerkamp a.a.O. RN 195; Fehling, a.a.O. RN 134 ff.; Deutscher Städte- und Gemeindebund und Deutscher Landkreistag, in: *Gebrauchsanweisung Soziale Vergabe*, ver.di (Hrsg.) 2011, S. 12; Fachtagung der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen vom 18.2.2008 „Vergaberecht reformieren, Rechtssicherheit schaffen“: so äußert Karstedt-Meiericks, DIHK: das Vergaberecht sei nicht dazu geeignet, allgemeinpoltische Ziele zu verfolgen, das Vergaberecht wird durch weitere „vergabefremde“ Kriterien verkompliziert, bürokratisch, intransparent, wettbewerbsfeindlich; und der Vertreter des BDA: Vergaberecht sei auf seine originäre Aufgabe, den wirtschaftlichen Einkauf für die öffentliche Hand sicherzustellen, zu konzentrieren.

28 Burgi a.a.O.: Die Berücksichtigung Sozialer Belange im Vergaberecht. Deutscher Städtetag in Zusammenarbeit mit den Bundesministerien für Arbeit und Sozialordnung, für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (Hrsg.) 2009, S. 5.

29 Art. 26 RL 2004/18, Art. 38 RL 2004/17, umgesetzt durch § 97 Abs. 4 GWB; EUGH 17.9.2002, RS C-513/99 (Concordia Bus) und 4.12.2003, RS C-448/01 (Wienstrom).

30 BMWI <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Technologie/Rahmenbedingungen/innovation-beschaffungswesen.html> (25.9.2013).

31 Sozialorientierte Beschaffung. Ein Leitfaden für die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Beschaffungswesen. Europäische Kommission (Hrsg.) 2010, S. 5.

kann zu einem Zielkonflikt führen, der eine sorgfältige Abwägung der unterschiedlichen Interessen verlangt.

Neben umweltpolitischen und tarifpolitischen Zwecken und der Sicherung der Kernarbeitsnormen der ILO³² sind in den letzten Jahren insbesondere Maßnahmen der Frauenförderung in einigen Landesvergabegesetzen verankert worden.³³ Zu den strategischen Zwecken gehört auch die Umsetzung des Diskriminierungsverbotes.³⁴ Im Folgenden soll der Terminologie der EU Kommission folgend dieser Zweck auch als sozialer Zweck oder sozialer Belang bezeichnet werden.

32 Vgl. z.B. Bremische Kernarbeitsverordnung vom 17.5.2011, § 18 Tariftreue- und Vergabegesetz v. 24.11. 2009, Brem. GBl. S 476 – 63 – h -2; zum ILO Übereinkommen 182 und zum Vergaberecht als Waffe gegen Kinderarbeit vgl. Ziekow, KommJur 2007, S. 281 ff.

33 Vgl. § 19 TVgG-NRW; Berliner Verordnung über die Förderung von Frauen und die Vereinbarkeit von Beruf und Familie bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Frauenförderverordnung - FFV); Leinemann/Dose, Vergabenews 2012, S. 2.

34 Baer, Diskriminierungsschutz im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe. Gutachten im Auftrag der Landesstelle für Gleichbehandlung und gegen Diskriminierung. Berlin 2008; Die EU Kommission a.a.O. (FN 6) S.8 f. subsumiert Diskriminierungsschutz unter verschiedene Rubriken der sozialen Belange: Er ist integraler Bestandteil der „Agenda der menschenwürdigen Arbeit“, Element der „Förderung der Einhaltung arbeitsrechtlicher und sozialer Bestimmungen“, auch unter die Rubrik „Schutz vor

b) § 97 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)

Art. 26 der Vergabekoordinierungsrichtlinie wurde durch § 97 Abs. 4 GWB in deutsches Recht umgesetzt. In § 97 Abs. 4 S. 1 GWB werden Anforderungen an potenzielle AuftragnehmerInnen aufgestellt: Sie müssen fachkundig, zuverlässig und gesetzestreu sein. Nach § 97 Abs. 4 S. 2 GWB können zusätzliche Anforderungen insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffend an die AuftragnehmerInnen gestellt werden, die zusätzlichen Anforderungen müssen sich auf die Auftragsausführung beziehen, in einem sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben.³⁵ Nach § 97 Abs. 4 S. 3 GWB sind andere oder weitergehende Anforderungen an AuftragnehmerInnen zulässig, sie setzen allerdings eine bundes- oder landesgesetzliche Regelung voraus.

Beschränkungen der europarechtlichen Grundfreiheiten verlangen nicht nur eine Rechtfertigung durch nationale Gesetze, letztere müssen auch in nicht diskriminierender Weise angewandt werden, durch zwingende Allgemeinwohlinteressen gerechtfertigt und verhältnismäßig sein.³⁶ Diese vom EuGH aus den Grundfreiheiten entwickelten Kriterien sind auch bei der Ausgestaltung der strategischen Zwecke des Vergaberechtes zu beachten, die sich als Beschränkungen der Grundfreiheiten darstellen können.³⁷ Rechtfertigungsgründe können sich vor allem aus dem Schutz der nationalen und europäischen Grundrechte – also z.B. dem Diskriminierungsverbot des Art. 21 EUGRC ergeben.³⁸

c) Aufträge unterhalb der Schwellenwerte

Für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte gelten weder die Vergaberichtlinien noch § 97 Abs. 4 GWB.³⁹ Eine bundesgesetzliche Regelung für die Berücksichtigung strategischer Zwecke / sozialer Belange ist bisher nicht erfolgt.⁴⁰ Soweit keine landesgesetzlichen Vorschriften vorliegen, die eine Berücksichtigung sozialer Belange im Vergabeverfahren unterhalb

Menschenrechtsverletzungen“ ließe sich das Diskriminierungsverbot subsumieren.

35 Zur Auslegung dieser Tatbestandsmerkmale Fehling, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, Baden-Baden 2011, § 97 RN 133 ff.

36 Fehling, a.a.O. RN 16 zur Rechtsprechung des EUGH; Ziekow, KommJur 2007, 282 f.

37 Fehling, a.a.O. RN 16.

38 Ziekow, KommJur 2007, 282 f.

39 S. o. S. 5

40 Dies ist eine schon lange vom djb erhobene Forderung, vgl. Stellungnahme djb anlässlich der Fachtagung der Bundestagsfraktion von Bündnis 90/Die Grünen „Vergaberecht reformieren – Rechtssicherheit schaffen“ am 18. Februar 2008 in Berlin; Stellungnahme djb zum Referentenentwurf zur Verordnung zur Anpassung der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung – VgV) – Stand: 11.12.2009

der Schwellenwerte zulassen, stellt sich die Frage, ob öffentliche AuftraggeberInnen im Rahmen der Vertragsfreiheit entsprechende Vorgaben machen können.⁴¹ Geht man auch für das fiskalische Handeln des Staates von einer Grundrechtsbindung aus, so bedarf die Einführung sozialer Belange in das Vergabeverfahren einer gesetzlichen Grundlage, da bei der öffentlichen Auftragsvergabe Grundrechte der AuftragnehmerInnen, v.a. die Berufsfreiheit nach Art. 12 GG und das Recht auf Eigentum nach Art. 14 GG und auch das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen nach Art. 140 GG einerseits sowie das Diskriminierungsverbot des Art. 3 GG andererseits beachtet werden müssen.⁴² Auch die vom EuGH entwickelten Grundsätze zur Beschränkung von Grundfreiheiten⁴³ sind zu beachten.

2. Verwirklichung des strategischen oder sozialen Zwecks „Antidiskriminierung“ im Vergabeverfahren

Soziale Zwecke im Vergaberecht können auf den verschiedenen Stufen des Vergabeprozesses umgesetzt werden: bei der Festlegung des Auftragsgegenstandes (Bedarfsbestimmung, technische Spezifikation),⁴⁴ bei der Eignungsprüfung der BieterInnen nach § 97 Abs. 4 S. 1 GWB,⁴⁵ § 6 VOL/A Abschnitt 1 bzw. § 6 VOB/A Abschnitt 1,⁴⁶ bei der Zuschlagserteilung,⁴⁷ als Ausführungsbedingungen nach § 97 Abs. 4 S. 2 GWB sowie als vertragliche Nebenbedingung nach § 97 Abs. 4 S. 3 GWB. Hierbei ist wichtig, die einzelnen Stufen des Vergabeprozesses voneinander zu trennen, um dem Gebot der Transparenz Rechnung zu tragen. Der Vorbehalt gegen die sog. vergabefremden Zwecke resultiert aus Befürchtungen, die Transparenz des Vergabeprozesses werde gefährdet.⁴⁸

a) Die Festlegung des Auftragsgegenstandes und der soziale Zweck der Antidiskriminierung

AuftraggeberInnen können soziale Zwecke schon bei der Festlegung des Auftragsgegenstandes und / oder den technischen Spezifikationen i. S. einer funktionalen Leistungsbeschreibung berücksichtigen.⁴⁹ Entscheidend ist in diesem Zusammenhang, dass die sozialen Zwecke im Zusammenhang mit der zu erbrin-

genden Leistung stehen⁵⁰ und die Vorgaben des EU-Rechtes eingehalten werden.⁵¹

Die Koppelung der ausgeschriebenen Leistung mit dem Verbot der Diskriminierung könnte z.B. dann in Betracht kommen, wenn die Ziele eines staatlichen Förderprogrammes, innerhalb dessen die Vergabe stattfindet, gerade auf die Verwirklichung der Ziele des AGG gerichtet sind, z.B. Förderung der Qualifizierung und Beschäftigung von Frauen nach der Elternzeit, interkulturelle und interreligiöse Projekte, Projekte zum Thema der Gleichbehandlung von Homosexuellen etc.⁵²

b) Ausschluss von BieterInnen wegen schweren Fehlverhaltens / fehlender Zuverlässigkeit bzw. Gesetzestreue

Die Eignung der BieterInnen ist in Art 45 Vergabekoordinierungsrichtlinie, § 97 Abs. 4 S. 1 GWB, § 6 Abschnitt 1 der Verdingungsordnungen VOL/A und VOB/A geregelt. Nach Art 45 Abs. 2 S. 1 lit d Vergabekoordinierungsrichtlinie können BieterInnen ausgeschlossen werden, die im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen haben, die vom öffentlichen Auftraggeber nachweislich festgestellt worden ist.⁵³ Eine Definition der schweren Verfehlungen auf EU-Ebene gibt es nicht.⁵⁴ Nach Auffassung der EU-Kommission könnten Verstöße gegen das AGG als schwere Verfehlungen qualifiziert werden, in dem von ihr angeführten Beispiel für erlaubte Ausschlussgründe wird allerdings eine rechtskräftige Verurteilung wegen Verletzung nationaler Vorschriften gegen Diskriminierung aus den verschiedenen Gründen vorausgesetzt.⁵⁵

Nach § 97 Abs. 4 S. 1 GWB und § 2 Abs. 1 VOL/A 1. Abschnitt, § 2 VOB/A 1. Abschnitt werden von den BieterInnen Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit und Gesetzestreue verlangt. Für unsere Frage relevant sind die Anforderungen der Zuverlässigkeit und der Gesetzestreue.

Zuverlässigkeit bedeutet: „Zuverlässig ist [...], wer unter Würdigung seines gesamten Verhaltens erwarten lässt, dass er seinen gesetzlichen Verpflichtungen (u.a. auch des Arbeits-, des Sozial- und des Steuer-

41 Soziale Belange im Vergaberecht, Deutscher Städtetag u.a. (Hrsg.) Stand Januar 2010, S. 10.

42 Baer S. 20 f.; Gurlitt, Stellungnahme djb vom 28.2.2008 s.o. (FN 40).

43 S.o.

44 Kühling/Huerkamp a.a.O. (FN 27) RN 198 ff.; EU-Kommission, Soziale Belange S. 19; Baer S. 35 ff.

45 Für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte

46 Für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte.

47 Fehling, a.a.O. RN 5; Kühling/Huerkamp a.a.O. (FN 27) § 97 RN 198.

48 Fehling a.a.O. (FN 26) RN 68.

49 Fehling, a.a.O. RN 166; Kühling/Huerkamp a.a.O. RN 199 ff.; EU-Kommission, a.a.O., S. 20; Burgi, NZBau 2011, 581 weist auf Gestaltungsspielräume hin, in dem die BieterInnen um Lösungskonzepte gefragt werden.

50 EU-Kommission, Soziale Belange S. 24, 29.

51 Hierzu näher EU-Kommission, a.a.O., 24 f.

52 Vgl. Kühling/Huerkamp a.a.O. § 197 RN 207; weitere Beispiele in: Die Berücksichtigung Sozialer Belange im Vergaberecht. Deutscher Städtetag (FN 28), S.13.

53 Ziekow, KommJur 2007 S. 285; EU Kommission, Soziale Belange S. 35.

54 EU Kommission, Soziale Belange S.35 FN 63.

55 a.a.O. S. 35

rechts) in vollem Umfang nachkommen [...] wird.⁵⁶ Für die Verneinung der Zuverlässigkeit müssen öffentliche AuftraggeberInnen konkrete Anhaltspunkte vorweisen können.⁵⁷

Die zusätzlich ausdrücklich ins GWB eingefügte Anforderung der *Gesetzestreue* verdeutlicht, dass nur BieterInnen, die sämtliche deutschen Gesetze einhalten, ins Vergabeverfahren einbezogen werden sollen.⁵⁸ Zu den deutschen Gesetzen gehört aber unzweifelhaft auch das AGG.⁵⁹ Auch in diesem Zusammenhang ist es erforderlich, dass Verstöße gegen sozial- und arbeitsschutzrechtliche Bedingungen konkret vom Auftraggeber nachgewiesen werden.⁶⁰

An der Zuverlässigkeit und der Gesetzestreue der AuftragsnehmerInnen fehlt es, wenn schon bei der Auftragsvergabe erkennbar und nachgewiesen ist, dass sie gegen das AGG verstoßen oder verstoßen haben.⁶¹ Es ist daher zulässig, schon bei der Prüfung der

Unterlagen zur Eignung eine Erklärung der BieterInnen zu verlangen, dass sie die Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes einhalten, es sei denn, es bestünden rechtliche Hindernisse oder ein Abweichen ist gerechtfertigt (hierzu unten V). Nach § 6 Abs. 3 VOL/A 1. Abschnitt ist die Pflicht zur Vorlage von Unterlagen zur Eignung davon abhängig, dass diese durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt sind;⁶² in der entsprechenden Vorschrift der VOB § 6 Abs. 3 S. 2 lit g ist eine solche Einschränkung nicht enthalten.

c. *Zusätzliche Bedingungen für die Auftragsausführung*

Nach § 97 Abs. 4 S. 2 GWB ist es zulässig, *zusätzliche Anforderungen* für die Ausführung öffentlicher Aufträge vorzuschreiben, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen. Diese zusätzlichen Anforderungen müssen in der Bekanntmachung oder den Verdingungsunterlagen enthalten sein. Sie dürfen außerdem nicht gegen höherrangiges Verfassungs- oder Europarecht verstoßen.⁶³

Die in § 97 Abs. 4 S. 2 GWB enthaltene weitere Voraussetzung, dass die zusätzlichen Aspekte im Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen müssen, geht über die in Art. 26 Vergabekoordinierungsrichtlinie formulierten Voraussetzungen hinaus; sie sind daher einschränkend auszulegen. Ein Zusammenhang zum Auftragsgegenstand ist daher auch dann gegeben, wenn die zusätzlichen Aspekte sich auf die Ausführung des Auftrags beziehen.⁶⁴ Ein Beispiel hierfür findet sich in § 1 Abs. 7 Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz: „Für die *Auftragsausführung* können bei allen Aufträgen zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer gestellt werden, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem konkreten *Auftragsgegenstand* stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben. Insbesondere kann bei personalintensiven Aufträgen, bei denen die Qualität der Leistungserbrin-

56 Fehling, a.a.O. (FN26) RN 110 ff.

57 Fehling, a.a.O. RN 110 ff.; Ziekow, KommJur 2007, S. 285

58 Vgl. Gesetzesbegründung BT-Drs. 16/10117, S. 16; „Dazu zählen auch die für allgemein verbindlich erklärten Tarifverträge wie auch die Entgeltgleichheit von Männern und Frauen. Auch die international vereinbarten Grundprinzipien und Rechte, wie die Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) zum Verbot der Kinder- und Zwangsarbeit, sind zwingender Bestandteil unserer Rechtsordnung und damit der Vergaberegeln. In Deutschland agierende Unternehmen, die diese Grundprinzipien und Rechte nicht beachten, müssen prinzipiell aufgrund fehlender Zuverlässigkeit vom Wettbewerb um öffentliche Aufträge ausgeschlossen werden“; und weiter unten: Im Übrigen gehört die Entgeltgleichheit von Frauen und Männern zu den international über das EG-Recht vereinbarten Grundprinzipien, deren Beachtung zu der erforderlichen Zuverlässigkeit gehört.“; Fehling, a.a.O. (FN26) RN 123

59 So auch Stellungnahme des djb vom 23.12.2009 zum Referentenentwurf zur Verordnung zur Anpassung der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung – VgV) – Stand: 11.12.2009 <http://www.djb.de/Kom/K1/St09-13/> (download 2.1.2013)

60 Ziekow, KommJur 2007, S. 285.

61 So auch Stellungnahme djb vom 23.9.2009 zum Referentenentwurf zur Verordnung zur Anpassung der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung – VgV) – Stand: 11.12.2009. <http://www.djb.de/Kom/K1/St09-13/> (download 2.1.2013); Baer S.39; vgl. auch Gesetzesbegründung zu § 97 GWB BT-Drs. 16/10117, S. 16.

62 Kritisch dazu djb, a.a.O. (FN 5).

63 Fehling, a.a.O. (FN 26) RN 145 ff.; Beispiele: Deutscher Stadteitag, a.a.O., Soziale Belange S. 16 ff.

64 Fehling, a.a.O. RN 158; Ziekow, KommJur 2007, S. 285 f.

gung und die Qualifikation des Personals entscheidend sind, eine angemessene Bezahlung des einzusetzenden Personals, die sich an den örtlichen Tarifen orientieren soll, verlangt werden.“⁶⁵

Ein weiteres Beispiel: Zulässig wäre z.B. eine Klausel, die von AuftragnehmerInnen den Nachweis verlangt, dass die von diesen zu liefernden Produkte nicht unter Einsatz ausbeuterischer Kinderarbeit *hergestellt* wurden.⁶⁶ Problematisch wäre dagegen der Bezug zum Auftragsgegenstand, wenn es nur um die Lieferung bereits vorhandener Ware geht, da der Auftragsgegenstand im Beispielsfall nur in der *Lieferung* der Ware besteht.⁶⁷

Auch soziale Zwecke wie Frauenförderung, Entgeltgleichheit von Männern und Frauen oder Antidiskriminierung sind nur dann von § 97 Abs. 4 S. 2 GWB erfasst, wenn sie sich auf den Auftragsgegenstand i.S. der Auftragsausführung beziehen;⁶⁸ dies ist dann nicht der Fall, wenn es sich um generelle Anforderungen an einen Betrieb handelt.⁶⁹ Letztere können aber zulässig sein, wenn für sie entsprechend § 97 Abs. 4 S. 3 GWB eine gesetzliche Grundlage besteht.⁷⁰

Die zusätzlichen Ausführungsbedingungen stellen sich als Nebenbedingung des Vertrages dar, dessen Nichterfüllung zum Ausschluss aus dem Verfahren führen⁷¹ und ggf. mit Sanktionen belegt werden kann.⁷² Von den BieterInnen kann schon bei der Abgabe der Vergabeunterlagen eine entsprechende Erklärung verlangt werden⁷³ insoweit besteht auch eine enge Verknüpfung zu Eignungskriterien; zur Leistungsfähigkeit der BieterInnen gehört es auch, ob sie die zusätzlichen Bedingungen erfüllen können.⁷⁴

d) Andere oder weitergehende Anforderungen nach § 97 Abs. 4 S. 3 GWB

Eine weitergehende Möglichkeit, soziale Kriterien, wie die Antidiskriminierung, im Vergabeverfahren zu implementieren, bietet § 97 Abs. 4 S. 3 GWB. Auch diese Vorschrift setzt Art. 26 Vergabekoordinierungsrichtlinie um, wonach öffentliche Auftraggeber

rInnen zusätzliche, insbesondere soziale oder umweltbezogene Bedingungen für die Ausführung des Auftrags vorgeben können. Die zusätzlichen Anforderungen müssen in einem Parlamentsgesetz (Bundes- oder Landesgesetz) geregelt sein. Die Voraussetzungen der Vorschrift und ihre Platzierung im Vergabeverfahren wird unterschiedlich interpretiert: Kühling/Huerkamp beschränken Satz 3 auf zusätzliche Anforderungen an die Eignung der BieterInnen, sie bezeichnen sie als „vergabefremde Eignungskriterien“, die sie nur im Rahmen der europarechtlichen Eignungskriterien der Art. 44, 47, 48 Vergabekoordinierungsrichtlinie für zulässig halten.⁷⁵ Im Ergebnis folgt daraus, dass die zusätzlichen Eignungskriterien sich unter die Leistungsfähigkeit und Fachkunde subsumieren lassen müssen. Als Beispiel wird angeführt: soziale Fähigkeiten bei einem Auftrag zur Betreuung eines sozialen Jugendprojektes.⁷⁶ Auch Fehling interpretiert die Vorschrift des § 97 Abs. 4 S. 3 dahingehend, dass es um zusätzliche Eignungskriterien geht.⁷⁷

Nach Leinemann/Dose kann die zusätzliche Vereinbarung sozialer Kriterien im Rahmen des § 97 Abs. 4 S. 3 GWB auf allen Ebenen des Vergabeprozesses vorgesehen werden: als Vorbedingung zur Teilnahme am Bieterwettbewerb, als Eignungskriterium, als Zuschlagskriterium i.S. einer Bevorzugungsregel⁷⁸ oder als zusätzliche Vertragsbedingung.⁷⁹ In diesem Sinne lassen sich auch die Ausführungen in der Gesetzesbegründung zu § 97 GWB verstehen: „allgemeine Anforderungen an die Unternehmens- oder Geschäftspolitik ohne konkreten Bezug zum Auftrag (z. B. allgemeine Ausbildungsquoten, Quotierungen von Führungspositionen zugunsten der Frauenförderung, generelle Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen) [bleiben] nach wie vor dem Landes- oder Bundesgesetzgeber vorbehalten [...]“.⁸⁰ Burgi dagegen hält es aus systematischen Gründen für ausgeschlossen, für die zusätzlichen Ausführungsbedingungen nach § 97 Abs. 4 S. 3 GWB die Instrumente der Leistungsbeschreibung, der Eignungs- und der

65 Kursive Hervorhebung von der Verfasserin.

66 Deutscher Städtetag, Soziale Belange (FN 28), S. 14; weitere Beispiele Fehling, a.a.O. (FN 26) S. 137 ff.

67 Zu weiteren Lösungsmöglichkeiten vgl. Ziekow KommJur 2007.

68 Gesetzesbegründung, a.a.O. (FN 61): „Zu den Anforderungen, die insbesondere soziale Aspekte betreffen können, sind auch Maßnahmen zur gleichberechtigten Teilhabe von Frauen und Männern im Erwerbsleben zu rechnen. Das betrifft insbesondere die Sicherstellung der Entgeltgleichheit von Frauen und Männern bei der konkreten Ausführung eines Auftrages. Entsprechende Anforderungen können in der Leistungsbeschreibung und bei der Auftragsvergabe gestellt werden.“

69 Leinemann/Dose, Vergabenews 2012, S. 2; Buri, Die Förderung sozialer und technischer Innovationen durch das Vergaberecht, NZBau 2011, S. 582; Kühling/Huerkamp, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Kartellrecht, Bd. 3, Montag/Säcker (Hrsg.) München 2011, § 97 RN 212; Fehling, a.a.O. (FN 26) RN 144 sieht die Rechtsgrundlage für die ent-

sprechenden Vorschriften daher in § 97 Abs. 4 S. 3; s. auch Deutscher Städtetag, Soziale Belange S. 19; Gesetzesbegründung zu § 97 GWB BTDRs. 16/10117, S. 16.

70 S. u.

71 Vgl. § 1 Abs. 2-4 Berliner Auftrags- und Vergabegesetz.

72 § 6 Berliner Auftrags- und Vergabegesetz.

73 Vgl. § 1 Berliner Auftrags- und Vergabegesetz.

74 Fehling a.a.O. (FN 26) RN 161.

75 A.a.O. RN 236 ff., RN 242 ff.

76 Kühling/Huerkamp a.a.O. (FN 26) RN 252.

77 Fehling a.a.O. (FN 26) RN 163.

78 Allerdings halten sie eine solche Bevorzugungsregel für rechtlich bedenklich unter dem Gesichtspunkt des Diskriminierungsverbotes und des Wettbewerbsprinzips, a.a.O. S. 3.

79 Leinemann/Dose, Vergabenews 2012, S. 3; einschränkend Burgi, NZBau 2011, S. 582, der Eignungs- und Zuschlagskriterien für ungeeignet hält.

80 A.a.O. (FN 68), S. 16 f.

Zuschlagskriterien zu nutzen; hier sei ausschließlich § 97 Abs. 4 S. 2 GWB einschlägig.

In der Literatur und Praxis werden verschiedene Wege diskutiert bzw. eingeschlagen:

aa) Auch-Ausführungsbedingungen

Eine Variante besteht darin, die zusätzlichen Vertragsbedingungen als Voraussetzung auszugestalten, die vorliegen müssen, um überhaupt an dem Bieterwettbewerb teilnehmen zu dürfen. Burgi bezeichnet dies als „Auch-Ausführungsbedingungen“.⁸¹ Auch zur Auslegung von § 97 Abs. 4 S. 3 GWB ist auf Art. 26 Vergabekoordinierungsrichtlinie zurückzugreifen. Art. 26 fordert nicht wie § 97 Abs. 4 S. 3 GWB einen sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand, aber auch nach Art. 26 müssen die zusätzlichen Aspekte sich als Bedingungen „für die Auftragsausführung“ darstellen und mit höherrangigem Recht, Verfassungsrecht und EU-Recht, dem Diskriminierungsverbot und dem Transparenzgebot vereinbar sein. Im Zusammenhang mit dem Beschränkungsverbot der Grundfreiheiten ist insbesondere der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten. EU und Bundesgesetzgeber, Kommentarliteratur und Praxis gehen von einer weiten Verbindung zum Auftrag aus.⁸² Nach Burgi haben sich drei Auslegungsgrundsätze zum Tatbestandsmerkmal „für die Auftragsausführung“ herausgebildet⁸³:

1. Die zusätzlichen Bedingungen müssen sich mindestens *auch* auf die Auftragsausführung auswirken, dies muss erkennbar sein;
2. Die zusätzlichen Anforderungen müssen kontrollierbar und sanktionierbar sein,⁸⁴ die AuftraggeberInnen müssen die hierfür erforderliche Sachkompetenz besitzen;
3. Die zusätzlichen Anforderungen müssen für die AuftragnehmerInnen erfüllbar sein.⁸⁵

Als Beispiel sei auf die Frauenförderung des Landes Berlin verwiesen. Nach § 13 Landesgleichstellungs-

gesetz i.V.m. § 9 Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz werden BieterInnen nur dann berücksichtigt, wenn sie eine Erklärung zu den in § 2 Frauenförderverordnung (FFV) beschriebenen Frauenfördermaßnahmen und zu den in § 4 FFV festgelegten weiteren Verpflichtungen, insbesondere der Beachtung des geltenden Gleichbehandlungsrechtes abgegeben haben.⁸⁶ Wenn sich herausstellt, dass beauftragte Unternehmen ihren Verpflichtungen nach § 2 und § 4 FFV nicht nachkommen, können sie – als Sanktion nach § 7 FFV – bis zu drei Jahre von der Auftragsvergabe ausgeschlossen werden, darüber hinaus ist eine Vertragsstrafe nach § 6 Abs. 1 Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz zu vereinbaren.⁸⁷ Die Frauenfördermaßnahmen wirken sich „auch“ auf das zur Ausführung des Auftrags eingesetzte Personal aus.

bb) Additional criterion

Eine weitere Möglichkeit besteht darin, zusätzliche soziale Anforderungen i.S.d. § 97 Abs. 4 S. 3 GWB, z.B. die Bereitstellung von Ausbildungsplätzen, als zusätzliches Beurteilungskriterium oder „additional criterion“⁸⁸ bei ansonsten gleichwertigen, d.h. gleich wirtschaftlichen Angeboten einzusetzen. Der Beurteilungsspielraum der Vergabestelle wird dadurch eingeschränkt. Diejenigen Unternehmen, die die zusätzlichen Kriterien erfüllen, müssen bevorzugt werden.⁸⁹ So erhalten nach § 10 Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz bei „... gleichwertigen Angeboten die Unternehmen bevorzugt den Zuschlag, die Ausbildungsplätze bereitstellen, sich an tariflichen Umlageverfahren zur Sicherung der beruflichen Erstausbildung oder an Ausbildungsverbünden beteiligen“. Die Berliner Vorzugsregelung gilt allerdings gerade nicht für die Frauenförderung.

V. Zwischenergebnis

Das Verbot der Diskriminierung gehört zu den strategischen Zwecken, die innerhalb der Vergabe öffent-

81 NZBau 2011, S. 582.

82 Vgl. die Formulierung des Gesetzgebers zitiert in FN 68 und Erwägungsgrund 33 der Vergabekoordinierungsrichtlinie: „Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags sind mit dieser Richtlinie vereinbar, sofern sie nicht unmittelbar oder mittelbar zu einer Diskriminierung führen und in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen angegeben sind. Sie können insbesondere dem Ziel dienen, die berufliche Ausbildung auf den Baustellen sowie die Beschäftigung von Personen zu fördern, deren Eingliederung besondere Schwierigkeiten bereitet, die Arbeitslosigkeit zu bekämpfen oder die Umwelt zu schützen. In diesem Zusammenhang sind z.B. unter anderem die - für die Ausführung des Auftrags geltenden - Verpflichtungen zu nennen, Langzeitarbeitslose einzustellen oder Ausbildungsmaßnahmen für Arbeitnehmer oder Jugendliche durchzuführen, oder die Bestimmungen der grundlegenden Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO), für den Fall, dass diese nicht in innerstaatliches Recht umgesetzt worden sind, im Wesentlichen einzuhalten, oder ein Kontingent von behinderten Personen einzustellen, das über dem nach nationalem Recht vorgeschriebenen Kon-

tingent liegt.“ Die genannten Beispiele wirken sich nach Burgi „naturgemäß“ nicht ausschließlich, sondern „auch“ bei der Ausführung des Auftrags aus, NZBau 2011, S. 582.

83 NZBau 2011, S. 582.

84 Burgi, a.a.O., S. 583; EuGH NVwZ 2004, 201 = EuZw 2004, 81.

85 Burgi, a.a.O., S. 583.

86 § 5 Frauenförderverordnung (<http://www.berlin.de/vergabeservice/rechtsverwaltvorschr/rechtsquelle>).

87 Der djb hält diese Form der Verankerung für wettbewerbsneutral und vergaberechtskonform, vgl. Stellungnahme v. 25.2.2008 zum Berliner Vergabegesetz.

88 EU-Kommission SEC (2010)1258 final / Sozial orientierte Belange S. 47.

89 Burgi, NZBau 2011, S. 582; § 10 Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz; § 13 II Thüringer Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge v. 18.4.2011 (GVBl. 69) zur Durchführung von Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit von Frauen und Männern im Beruf; kritisch djb, Stellungnahme v. 25.2.2008 zum Berliner Vergabegesetz.

licher Aufträge mitverfolgt werden dürfen. Verankert werden könnte eine Antidiskriminierungsklausel in Vergaben ober- und unterhalb der Schwellenwerte auf verschiedenen Ebenen:

- bei der Leistungsbeschreibung, insbesondere wenn es gerade um soziale Dienstleistungen geht, die der Verwirklichung der Ziele des AGG dienen sollen,
- bei der Frage der Gesetzestreue bzw. Zuverlässigkeit nach § 97 Abs. 4 S. 1 GWB für Vergaben oberhalb der Schwellenwerte und § 2 Abs. 1 i.V.m. § 6 Abs. 5 VOL/A, § 6 Abs. 3 VOB/A jeweils Abschnitt 1 für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte,
- bei der Vereinbarung zusätzlicher Vertragsbedingungen nach § 97 Abs. 4 S. 2 GWB, die sich auf die Ausführung des Auftrags beziehen,
- bei der Vereinbarung zusätzlicher sonstiger Vertragsbedingungen nach § 97 Abs. 4 S. 3 GWB, wenn sie in entsprechenden Bundes- oder Landesgesetzen vorgesehen sind. Es ist im Einzelnen noch ungeklärt, mit welchen Instrumenten des Vergabeverfahrens die zusätzlichen Vertragsbedingungen umgesetzt werden können. Am ehesten dürfte dies als zusätzliche Nebenbedingung, die sich auch auf die Auftragsausführung auswirkt, oder als zusätzliche Beurteilungsdirektive bei gleich wirtschaftlichen Angeboten zulässig sein.
- Für Aufträge unterhalb der in der Vergabeordnung definierten Schwellenwerte enthalten Landesvergabegesetze und andere Landesgesetze gesetzliche Grundlagen für die Verwirklichung strategischer Zwecke im Vergabeverfahren,⁹⁰ die wie § 97 Abs. 4 S. 2 und 3 GWB zusätzliche Vertragsbedingungen enthalten.

VI. Verfolgung strategischer Zwecke gegenüber kirchlichen AuftragnehmerInnen

Das verfassungs- und menschenrechtlich garantierte Ziel, Diskriminierungen aller Menschen wegen des Geschlechts, aus rassistischen Gründen oder wegen der ethnischen Herkunft, einer Behinderung, des Al-

ters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen, gerät in Deutschland oftmals in Widerspruch zum ebenfalls verfassungsrechtlich und europarechtlich garantierten Selbstbestimmungsrecht der Kirchen.⁹¹ Für diesen Widerstreit von Verfassungswerten ist im Wege der praktischen Konkordanz ein Ausgleich herzustellen.⁹² Dies ist nicht nur für die von Diskriminierung in kirchlichen Arbeitsverhältnissen Betroffenen von oft existentieller Bedeutung, es ist auch aufgrund internationaler menschenrechtlicher Verpflichtungen geboten. Der EGMR hat in seinem Urteil vom 23.09.2010 Deutschland wegen einer Verletzung des Art. 8 EMRK verurteilt, weil in den arbeitsgerichtlichen Verfahren keine ausreichende Abwägung zwischen dem Selbstbestimmungsrecht der Kirche und dem Recht auf Privatsphäre aus Art. 8 EMRK stattgefunden habe.⁹³ Für die Abwägung des Rechtes auf Gleichbehandlung kann nichts anderes gelten.⁹⁴

Wie ein solcher Ausgleich im Rahmen des Vergaberechts aussehen könnte, soll für die einzelnen Gestaltungsmöglichkeiten getrennt geprüft werden:

1. Beschreibung des Leistungsgegenstandes

Öffentliche AuftraggeberInnen sind frei in der Bestimmung des Leistungsgegenstandes, solange sie sich an das vergaberechtliche Normengefüge halten. Für die Durchführung der ausgeschriebenen Leistung – z.B. ein interreligiöses Projekt oder ein Projekt gegen Homophobie – kann sich ergeben, dass es auf Personal ankommt, das nicht den christlichen Glaubensgemeinschaften angehört oder das nicht dem christlichen Bekenntnis entsprechend lebt (Erfahrungen mit Homosexualität, Zugehörigkeit zu anderen Religionen etc.). Hier besteht Spielraum für die öffentlichen AuftraggeberInnen, entsprechende Anforderungen an das im Projekt eingesetzte Personal der BieterInnen im Vergabeverfahren zu verankern. Kirchlichen Trägern steht es frei, entsprechende Leistungsangebote zu unterbreiten; sie müssen sich dann aber den Anforderungen, die an das einzusetzende Personal gestellt werden, unterwerfen. Die Tatsache, dass kirchliche Träger sich auf eine solche Ausschreibung bewerben, lässt sich insoweit als Verzicht auf das Selbstbestimmungsrecht qualifizieren.⁹⁵ Ein Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht der

90 Diese enthalten eigene Schwellenwerte, vgl. § 13 LGG und § 1 FFV.

91 Vgl. die Beispiele in: Gekeler, Loyal Dienen, Aschaffenburg 2013; zum Selbstbestimmungsrecht vgl. v. Campenhausen/de Wall, GG Kommentar, Art. 137 WRV RN 26 ff., im Verhältnis zum Antidiskriminierungsrecht RN 110 ff.; zur Umsetzung der EU Antidiskriminierungsrichtlinien und dem kirchlichen Selbstverständnis vgl. Dill, Die Antidiskriminierungs-Richtlinien der EU und das deutsche Staatskirchenrecht, ZRP 2003, S. 318 ff.

92 Baer, S. 20; zur Güterabwägung im Arbeitsrecht vgl. Zwanziger, Tarifvertragsgesetz, 2. Aufl. Baden-Baden, RN 1032.

93 EGMR RS 1620/03, Urt. v. 23.09.2010 (Kirchenmusiker).

94 Vgl. auch die Ausführungen des EGMR in § 70 des Urteils, in dem er auf das Vertragsverletzungsverfahren der EU-Kommission wegen fehlerhafter Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien 2000/78/EG und 2000/43/EG durch § 9 AGG, Verfahren Nr. 2007/2362) verweist.

95 Vgl. Mohr/Fürstenberg, Kirchliche Arbeitgeber im Spannungsverhältnis zwischen grundrechtlich geschütztem Selbstbestimmungsrecht und europarechtlich gefordertem Diskriminierungsschutz, Betriebsberater 2008, 2122 ff.

Kirchen liegt in einer solchen, durch den Gegenstand des Auftrags gerechtfertigten Leistungsbeschreibung nicht vor.

2. Gesetzestreue bzw. Zuverlässigkeit

Für die Frage des gesetzeskonformen Handelns kirchlicher BieterInnen, die BewerberInnen oder Beschäftigte aufgrund ihrer Religion oder anderer in § 1 AGG genannten Gründe z.B. wegen ihres Geschlechts oder ihrer sexuellen Identität benachteiligen, kommt es darauf an, ob diese Ungleichbehandlung nach § 9 AGG zulässig ist. Der Umfang dieser Ausnahmeklausel für Religionsgemeinschaften ist hoch umstritten.⁹⁶ Im Kern geht es um das Spannungsverhältnis zwischen dem verfassungs- und europarechtlich garantierten kirchlichen Selbstbestimmungsrecht und dem Diskriminierungsschutz.⁹⁷ Die kirchlichen Religionsgemeinschaften sind der Auffassung, dass die Beurteilung der Frage nach dem Erfordernis einer bestimmten Religion als gerechtfertigter beruflicher Anforderung nach § 9 Abs. 1 AGG bzw. dass der Umfang der Loyalitätspflichten nach § 9 Abs. 2 AGG von der Religionsgemeinschaft autonom bestimmt wird. Eine Unterscheidung von verkündungsnahen Tätigkeiten, für die alleine die Ausnahmegvorschrift des § 9 AGG gelten soll,⁹⁸ und verkündungsfernen Tätigkeiten wäre danach unzulässig.⁹⁹ Nach anderer Auffassung ist § 9 AGG einschränkend auszulegen und auf verkündungsnahen Tätigkeiten zu beschränken.¹⁰⁰ Dieser Streit ist bisher nicht höchstrichterlich entschieden.¹⁰¹ Solange es zur Auslegung des § 9 AGG keine höchstrichterliche oder gefestigte Rechtsprechung

gibt, kann das Erfordernis der Gesetzestreue bzw. der Zuverlässigkeit der BieterInnen nicht verneint werden.

3. Zusätzliche Vertragsbedingungen

a) bei der Ausführung des Auftrags in Bezug auf den Auftragsgegenstand nach § 97 Abs. 4 S. 2 GWB

Die Beachtung des Gleichbehandlungsrechtes bei der Ausführung des Auftrags könnte als zusätzliche Vertragsbedingung formuliert werden, dessen Nichteinhaltung eine/n Bieter/in vom Verfahren ausschließt, vergleichbar § 4 Berliner FFV. Eine solche Klausel kann bewirken, dass von kirchlichen BieterInnen bei der Rekrutierung von neuem Personal, das für den Auftrag eingesetzt werden soll, nicht auf die Religionszugehörigkeit abgestellt werden darf. Auch würden während der Dauer des Auftrags nach AGG verbotene Benachteiligungen, z.B. Kündigungen aufgrund von Homosexualität, ggf. eine Sanktion zur Folge haben.

Allerdings wäre in diesem Fall die Frage, ob kirchliche BieterInnen das Gleichbehandlungsrecht einhalten, davon abhängig, wie weit die Ausnahmegvorschrift des § 9 AGG interpretiert wird. Würde ein kirchlicher Träger trotz nachweisbarer Ungleichbehandlung seines für den Auftrag vorgesehenen Personals aufgrund der Religion oder wegen Verletzung der Loyalitätspflichten den Zuschlag bekommen, könnten konkurrierende BieterInnen nach § 97 Abs. 7 GWB möglicherweise den Gerichtsweg beschreiten. Auch die unter Berufung auf ein solches zusätzliches Eignungskriterium ausgeschlossenen kirchlichen BieterInnen könnten den Rechtsweg beschreiten.

96 Vgl. Corinna Gekeler, *Loyal Dienen*, Aschaffenburg 2013, S. 109 ff.; zur Entwicklung der Diskussion im Arbeitsrecht vgl. Nitsche in: Däubler (Hrsg.) *Arbeitskampfrecht*, 3. Aufl. Baden-Baden, S. 60 ff.

97 Mohr/Fürstenberg, a.a.O., FN 95, 2122.

98 So ArbG Hamburg 04.12.2007, Az: 20 Ca 105/07, BB-ONLINE BBL 2008-1348-1; s. auch Birk, Kündigung einer lesbischen Erzieherin durch die katholische Kirche, *Kita* aktuell recht 4/2012, 118 f.; vgl. auch die Ausführungen des EGMR a.a.O. (FN 72) § 68 ff. sowie § 42 unter Verweis auf das Vertragsverletzungsverfahren der EU Kommission (Nr. 2007/2362). Dagegen Thüsing, Kommentar zum AGG, § 9 Rnr 13, in FN 14 m.w.N. zu den Vertretern einer Beschränkung auf verkündungsnahen Bereiche; für eine weite Auslegung des § 9 Abs. 2: ArbG Stuttgart, Urteil vom 28.04.2010 – 14 Ca 1585/09 „Nichteinstellung wegen Lebenspartnerschaft“: Die Klägerin bewarb sich auf eine Stelle als Erzieherin in einem katholischen Verband und erhielt zunächst eine Zusage. Als der Arbeitgeber davon erfuhr, dass die Klägerin in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft lebt, wurde die Zusage widerrufen mit der Begründung, dass das Eingehen einer Lebenspartnerschaft einen schweren Loyalitätsverstoß darstelle. Das Gericht hält die Klage einer Erzieherin gegen den Widerruf einer Stellenzusage wegen Verpartnerung der Kl. für unbegründet und legt den kirchenspezifischen Rechtfertigungsgrund des § 9 II AGG dahingehend aus, dass nicht nur Ungleichbehandlungen wegen Religion oder Weltanschauung, sondern auch wegen anderer Merkmale gerechtfertigt sind, wenn damit ein „schwerer Loyalitätsverstoß“ verbunden ist. Nach Auffassung des Gerichts stelle das Eingehen einer eingetragenen Lebenspartner-

schaft, das Praktizieren von Homosexualität für den kirchlichen Arbeitgeber einen schwerwiegenden Loyalitätsverstoß dar, „der die Beschäftigung und auch die Einstellung einer Arbeitnehmerin ...“ ausschließe.

Entnommen aus: Rechtsprechungsübersicht zum Antidiskriminierungsrecht, Stand 30.6.2012, Antidiskriminierungsstelle (Hrsg.): (http://www.antidiskriminierungsstelle.de/DE/DasGesetz/Rechtsprechung/rechtsprechung_node.html), (download 8.1.2013)

99 Grundsatz-Entscheidung BVerfG 70, 138; Dill, Die Antidiskriminierungsrichtlinien der EU und das deutsche Staatskirchenrecht, ZRP 2003, S. 318 (320); vgl. Erwägungsgrund 24 der Richtlinie 2000/78/EG: „Die Europäische Union hat in ihrer der Schlussakte zum Vertrag von Amsterdam beigefügten Erklärung Nr. 11 zum Status der Kirchen und weltanschaulichen Gemeinschaften ausdrücklich anerkannt, dass sie den Status, den Kirchen und religiöse Vereinigungen und Gemeinschaften in den Mitgliedstaaten nach deren Rechtsvorschriften genießen, achtet und ihn nicht beeinträchtigt und dass dies in gleicher Weise für den Status von weltanschaulichen Gemeinschaften gilt“.

100 Siehe FN 98.

101 Vgl. Gekeler, *Loyal dienen*, 2013, S. 109 ff.; Die EU Kommission hat ein Vertragsverletzungsverfahren gegen D angestrengt, ihrer Auffassung nach verstoße D durch die umfassende Ausnahmeklausel des § 9 AGG gegen die Antidiskriminierungsrichtlinien 2000/78/EG und 2000/43/EG; Pötters/Kalf, *Europäisches Arbeitsrecht und das kirchliche Selbstbestimmungsrecht*, zesar, 2012, S. 216.

Auf diese Weise könnte die Auslegung von § 9 AGG im Lichte öffentlicher Auftragsvergabeverfahren weiterentwickelt werden.

b) als zusätzliche in Landes- oder Bundesgesetz niedergelegte Anforderung

aa) Der Landesgesetzgeber¹⁰² könnte die Auftragsvergabe daran knüpfen, zusätzliche vertragliche Verpflichtungen zur Entwicklung von Antidiskriminierungskonzepten im Bereich der AuftragnehmerInnen zu entwickeln. Diese Konzepte würden sich zumindest auch auf die Auftragsausführung auswirken. Hierin ist kein Verstoß gegen das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen zu sehen, denn kirchliche AuftragnehmerInnen haben die Wahl, ob sie sich an einer solchen Ausschreibung beteiligen. Die Formulierung vertraglicher Nebenpflichten i. S. von Auch-Ausführungsbedingungen gemäß § 97 Abs. 4 S. 3 GWB könnte damit einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Antidiskriminierungsschutz und dem Selbstbestimmungsrecht der Kirchen darstellen.

bb) Der Landesgesetzgeber könnte auch eine Regelung treffen, die vorsieht, dass BieterInnen bevorzugt werden sollen, die – bei ansonsten gleich wirtschaftlichen Angeboten – sich verpflichten, das Antidiskriminierungsrecht uneingeschränkt anzuwenden oder sogar weitergehende Fördertatbestände erfüllen – entsprechend § 10 Berliner Auftrags- und Vergabegesetz.¹⁰³ Weitergehende Fördertatbestände, z.B. positive Diskriminierung von Frauen oder spezielle Förderung und Ermutigung benachteiligter Gruppen, müssten allerdings so konkret formuliert sein, dass sie für BieterInnen transparent und von AuftraggeberInnen kontrollierbar sind – z.B. verbindliche Zielvorgaben zur Erhöhung des Anteils von MigrantInnen unabhängig von ihrer Religionszugehörigkeit an den Beschäftigten in allen Funktionsebenen oder spezielle Bildungsmaßnahmen für Frauen unabhängig von ihrer Religionszugehörigkeit, die zur Erreichung qualifizierter Positionen befähigen sollen.¹⁰⁴ Diese Lösung überlässt es kirchlichen BieterInnen, sich zu entscheiden, ob sie sich auf § 9 AGG berufen oder ob sie ihre Chancen auf den Zuschlag erhöhen wollen. Öffentlichen AuftraggeberInnen lässt sie Spielraum, im Rahmen der Beurteilung und Wertung der Angebote zu einer vergaberechtlich begründeten Entscheidung zu kommen.¹⁰⁵

VII. Fazit

Antidiskriminierungsrecht und kirchliche Selbstbestimmung stehen in einem Spannungsverhältnis zu einander. Wie dieses Spannungsverhältnis aufzulösen ist, hängt von der – weltanschaulich geprägten – Auslegung des Umfangs der Ausnahmeregelungen in Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78 (Rahmenrichtlinie Beschäftigung) und in § 9 AGG ab. Der Anerkennung des Menschenrechts auf Gleichbehandlung kommt eine wachsende Bedeutung zu, allerdings ist eine eindeutige Beschränkung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechtes mit der daraus folgenden Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung auf verkündungsnahen Bereiche (noch) nicht erfolgt. Für das Vergaberecht folgt daraus, dass die Verfolgung einer Antidiskriminierungspolitik durch öffentliche AuftraggeberInnen gegenüber kirchlichen BieterInnen i. S. der oben unterbreiteten Vorschläge sehr spezifisch gestaltet werden müsste. So können durch gesetzliche Regelungen bestimmte zusätzliche Anforderungen an den Leistungsgegenstand oder bezogen auf die Ausführung des Auftrages formuliert werden, deren Erfüllung von BieterInnen erwartet wird. In dem Fall wird nicht in das kirchliche Selbstbestimmungsrecht eingegriffen, weil es den kirchlichen Trägern frei steht, sich nicht zu bewerben oder ihre Chancen auf einen Zuschlag zu verringern, indem sie die Bedingungen ablehnen.

102 Grundsätzlich auch der Bundesgesetzgeber, dies erscheint aber nicht sehr realistisch.

103 S.o. FN 63; Vergleichbare Regelungen gibt es zur Förderung von Menschen mit Behinderungen, die VKR RI sieht in Art 19 eine entsprechende Regelung vor: nach § 141 SGB IX sollen öffentli-

che Aufträge bevorzugt Werkstätten für Behinderte angeboten werden, vgl. Baer, a.a.O., S. 22 f.

104 Vgl. § 2 Berliner Frauenförderverordnung.

105 Vgl. aber die vergaberechtlichen Bedenken des djb, Stellungnahme v. 25.2. 2008 zum Berliner Vergabegesetz, sowie die praktischen Bedenken bei Burgi, NZBau 2011, S. 582.