

Deutsche Unternehmen könnten bei der Vergabe im Ausland benachteiligt werden

Frauenquote als soziales Vergabekriterium

Die Frauen- und Familienförderung ist als Vergabekriterium nicht nur zulässig, sondern auch sinnvoll. Kommunen sollen künftig ihre Vergabepaxis auf frauenfreundliche Betriebe ausrichten können. Männerdominierte Unternehmen, die keine Maßnahmen gegen die sogenannte „gläserne Decke“ treffen, sollen dann nur nachrangig zum Zuge kommen.

Nach dem Willen der Bundesregierung soll in Deutschland keine Frauenquote gelten. „Solange ich Ministerin bin, wird es keine starre Quote geben“, legt sich Familienministerin Kristina Schröder fest. Doch wurden Forderungen nach einer gesetzlichen Frauenquote in Führungspositionen der deutschen Unternehmen in der Vergangenheit aus unterschiedlichen Richtungen laut. Nun auch im Vergaberecht. Inzwischen titelt sogar die FAZ „Frauenquote durch die Hintertür“ (FAZ vom 3. April 2012) und prophezeit der Frauenförderung eine rasante Entwicklung. Die öffentliche Hand hat in der Bundesrepublik traditionell eine immense Nachfrage. So kommt dem öffentlichen Auftraggeber im Rahmen der Diskussion um sozialpolitische Aspekte ein beträchtliches Steuerungspotenzial zu. Doch dürfen Auftraggeber – unabhängig von der Diskussion um den Sinn und Unsinn einer gesetzlichen Frauenquote – solche vergabefremde Aspekte, die nicht im direkten Zusammenhang mit dem Beschaffungsvorgang stehen, bei der Vergabe grundsätzlich nicht berücksichtigen.

Unternehmen, die ihren Wettbewerbern in Sachen Umweltschutz, Schaffung von Arbeitsplätzen, Integration von Migranten, Tariftreue oder eben Frauenförderung überlegen sind, dürfen bei der Auftragsvergabe grundsätzlich nicht bevorzugt behandelt werden, es sei denn, sie können den zu vergebenden Auftrag auf diese Weise besser oder effektiver ausführen. Um sich dem Vorwurf des Lohndumpings zu entziehen, verlangen öffentliche Auftraggeber im Rahmen der Vergabe beispielsweise den Nachweis, dass sich der Auftragnehmer an seine Tariftreuepflichtungen hält. Beschäftigungspolitisch motiviert ist ferner die Vergabe, Langzeitarbeitslose oder Auszubildende zu beschäftigen. Im Rahmen der Maßnahmen gegen Kinderarbeit

muss der Auftragnehmer sicherstellen, dass bei der Herstellung im Ausland die sogenannten Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) beachtet werden. Die Vergabekriterien können sich bei Importen auf die ganze Lieferkette bis in das Fertigungsland hin erstrecken.

Die soziale Dimension der Frauenförderung ist groß. Im Rahmen der Prüfung der Frauen- und Familienfreundlichkeit des potenziellen Auftragnehmers sollen solche gleichstellungsrechtliche Mindeststandards wie ein angemessener Frauenanteil im Unternehmen oder die gleiche Bezahlung von Männern und Frauen eine Rolle spielen.

Bevorzugung wegen Frauenförderung zulässig

Die Berücksichtigung sozialer, umweltbezogener und innovativer Aspekte war auf europäischer Ebene anfänglich sehr umstritten. Seit Verabschiedung der europäischen Richtlinie 2004/18/EG sowie des § 97 Absatz 4 Satz 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) können Auftraggeber soziale und umweltbezogene Aspekte berücksichtigen, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und in den Vergabeunterlagen angegeben werden. Zunehmend verabschieden nun auch einzelne Bundesländer – nach teils lang anhaltenden kontroversen Diskussionen – Regelungen, die eine öffentliche Auftragsvergabe an soziale Vergabekriterien knüpft.

Mit gutem Beispiel gehen etwa das Land Berlin mit dem § 9 Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz (BerlAVG) i. V. m. § 13 des Landesgleichstellungsgesetzes und Frauenförderverordnung (FFV) und Nordrhein-Westfalen mit dem § 19 Tariftreue- und Ver-



Ob ein Unternehmen tatsächlich die Frauenquote erfüllt, ist oft nur schwer zu überprüfen.

FOTO DAPD

gabegesetz Nordrhein-Westfalen (TVgG NRW) voran. So heißt es in § 19 TVgG NRW, öffentliche Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge sollen nur an solche Unternehmen vergeben werden, die sich bei der Angebotsabgabe in einer Erklärung schriftlich verpflichten, bei der Ausführung des Auftrags Maßnahmen zur Frauenförderung und zur Förderung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie im eigenen Unternehmen durchzuführen oder einzuleiten sowie das geltende Gleichbehandlungsrecht – insbesondere das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) – zu beachten. Der Anwendungsbereich der Regelung umfasst alle Unternehmen mit mehr als 20 Beschäftigten und gilt ab einem Nettoauftragswert von 150 000 Euro für Bauaufträge bzw. 50 000 Euro für alle anderen Aufträge.

Doch stößt das Setzen sozialer Standards im Rahmen von Vergabeverfahren an europarechtliche Grenzen. Die Berücksichtigung sozialpolitischer Aspekte kann die Grundfreiheiten des AEUV beschränken, so die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV und die Warenverkehrsfreiheit nach Art. 28 AEUV. Die Wettbe-

werbsfreiheit im EU-Binnenmarkt wird beeinträchtigt, wenn Wettbewerbsvorteile neutralisiert und einzelne Wirtschaftsteilnehmer auf diese Weise im Wettbewerb benachteiligt werden. Auf der anderen Seite sind sozialpolitische Zielvorgaben schutzwürdige Interessen und nach Gemeinschaftsrecht grundsätzlich zur Rechtfertigung von Eingriffen in die Grundfreiheiten geeignet.

Damit haben sich in jüngster Vergangenheit sowohl der EuGH als auch das BVerfG befasst. Der EuGH legte in seinen Urteilen Wienstrom (Urteil vom 4. Dezember 2003 – Rs. C-448/01) und Ruffert (Urteil vom 3. April 2008 – Rs. C-346/06) fest, dass umweltbezogene Vergabekriterien nur bei striktem Auftragsbezug zulässig sind, während Tariftreue als nationales Vergabekriterium unzulässig ist, wenn der zur Beachtung vorgeschriebene Tarifvertrag nicht allgemein verbindlich ist und die Tariftreueklausel somit nur die im Rahmen öffentlicher Aufträge tätigen Arbeitnehmer schützt.

Das gemäß Art. 8 AEUV primärrechtlich vorgegebene Ziel der Gleichstellung von Mann und Frau stellt jedoch nach überwiegender

Auffassung einen Rechtfertigungsgrund für die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 56 AEUV dar, wenn die allgemeinen Grundsätze – insbesondere das Gleichbehandlungsgebot – eingehalten werden. Gemäß Art. 8 AEUV wirkt die Union bei allen ihren Tätigkeiten darauf hin, Ungleichheiten zu beseitigen und die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern.

Die „gläserne Decke“ durchbrechen

Die meisten landesrechtlichen Regelungen – so § 19 TVgG NRW – lassen derzeit eine konkrete Formulierung des förderfähigen Ziels vermissen. Während es sich bei der Frauenförderung um einen weit gefassten – gar uferlosen – Begriff handelt, wäre eine Konkretisierung bzw. Definition der konkreten Fördermaßstäbe und -maßnahmen wünschenswert. Konkrete Anforderungen an die Geschäftspolitik eines des öffentlichen Auftrag ausführenden Unternehmens stellt § 19 TVgG NRW nicht. Erst recht ist die Regelung

nicht geeignet, dem Auftraggeber zu ermöglichen, den Auftragnehmern im Rahmen der Ausführung der öffentlichen Aufträge bestimmte Verhaltensweisen aufzugeben. Derzeit unklar bleibt, ob die Einstellung oder Beförderung von Frauen im Sinne einer festen Frauenquote, wie sie derzeit zunehmend gefordert und von der derzeitigen Bundesregierung abgelehnt wird, verlangt wird, oder lediglich ein Vorteil an die Beschäftigung von möglichst vielen Frauen, gegebenenfalls auch in Führungspositionen, geknüpft wird.

Ein weiteres Problem stellt die Frage nach der Nachprüfbarkeit der der Bietererklärung zugrundeliegenden Tatsachen dar. Ob das Unternehmen die behaupteten Ziele tatsächlich erfüllt oder künftig die erforderlichen und geeigneten Maßnahmen zur Erfüllung der erklärten Ziele mit Erfolg trifft, muss für den öffentlichen Auftraggeber nachprüfbar sein. Für den Fall der Nichteinhaltung der durch das Unternehmen im Rahmen der Erklärung eingegangenen Selbstverpflichtungen – sofern sie durch den öffentlichen Auftraggeber festgestellt werden – kommen nach dem TVgG Vertragsstrafen oder die Kündigung des Auftrags in Betracht.

Inwieweit Maßnahmen gegen die „gläserne Decke“, die Frauen das berufliche Weiterkommen erschweren oder unmöglich machen, vergaberechtlich berücksichtigt werden dürfen und künftig sogar müssen, bleibt spannend. Da viele europäische Länder bereits eine Frauenquote und dort ansässige Unternehmen einen hohen Frauenanteil haben, betrifft diese Frage vor allem deutsche Unternehmen, die künftig bei der Vergabe öffentlicher Aufträge im europäischen Ausland benachteiligt werden könnten. Mangels Definition der konkreten Fördermaßnahmen sowie einer Festlegung der Rechtsnatur des Vergabekriteriums ist die getroffene Regelung nicht ausgereift. Eine Akzentsetzung zugunsten der Frauenförderung im Vergaberecht ist mit der Verabschiedung landesrechtlicher Regelungen inzwischen bereits gelungen.

> ANGELIQUE WEIKUM-GROSS

Die Autorin die Rechtsanwältin bei Rödl & Partner in Nürnberg

3 auf einen Klick

DIE NEUEN ANGEBOTE DER www.Staatsanzeiger-eServices.de

eVergabe

ÜBER 1800 VERGABESTELLEN

eFormulare

AUF IHRER HOMEPAGE FÜR IHRE BÜRGER

Kommunaldruck

DIE SPEZIAL-DRUCKEREI FÜR IHRE KOMMUNE

Formular
Server24

Kommunal
druck24

Staatsanzeiger ONLINE LOGISTIK GmbH
Prager Straße 1, 82008 Unterhaching
Tel: (+49) 89/69 39 07-0
E-Mail: vertrieb@staatsanzeiger-eservices.de
Web: www.staatsanzeiger-eservices.de



Staatsanzeiger
eServices

EIN UNTERNEHMEN DER BAYERISCHEN STAATSZEITUNG