

Prof. Dr. Ursula Fasselt

Fachhochschule Frankfurt Fachbereich 4 Soziale Arbeit und Gesundheit

Gutachten erstellt im Auftrag von verdi Bezirk München und GEW Stadtverband München

Stand: 5.2.2013

Fragestellung 1:

Wie kann Antidiskriminierung allgemein auf Landesebene (Bayern) und auf kommunaler Ebene im Vergaberecht im Rahmen der sozialen Kriterien (möglichst rechtssicher) implementiert werden?

Fragestellung 2:

Würde diese Regelung dann auch für kirchliche Arbeitgeber gelten? Wenn nein, aufgrund welcher rechtlichen Regelung scheitert es?

I. Fragestellung 1:

1. Zulässigkeit der Durchsetzung von Antidiskriminierung durch Vergabeverfahren

Die Nutzung öffentlicher Auftragsvergabe für andere Zwecke als die wettbewerbliche Vergabe öffentlicher Aufträge¹, in der Literatur bezeichnet als: vergabefremde Zwecke, soziale Belange, Sekundärziele, strategische Zwecke², ist rechtlich zulässig (§ 97 Abs. 4 GWB, Art. 26 RL 2004/18, Art. 38 RL 2004/17³) und allgemeine Praxis.⁴ Sie ist ein politisch wichtiger Ausgleich für den Rückzug des Staates aus vielen Leistungsbereichen und ermöglicht eine indirekte staatliche Einflussnahme zugunsten

¹ Zu diesem Hauptzweck vgl. *Fehling*, in: *Pünder/Schellenberg* (Hrsg.), *Vergaberecht*, Baden-Baden 2011 § 97 Rn 3

² Im folgendes bezeichnet als *strategische Zwecke*

³ Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (RL 2004/18 = VKR); Sektorenrichtlinie RL 2004/17; Sozialorientierte Beschaffung. Ein Leitfadens für die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Beschaffungswesen. *Europäische Kommission* (Hrsg.) 2010

⁴ Vgl. *Burgi*, in: *Grabitz/Hilf*, (Hrsg.) *Das Recht der Europäischen Union*, 40. Auflage 2009, 36 EL Juli 2008, B13 Vergabefremde Zwecke, RN 1ff; *Kühling/Huerkamp* in: *Montag / Säcker* (Hrsg.) *Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht)*, Bd 3, München 2011, § 97 GWB Rn 191 ff; zu den kritischen Stimmen vgl. *Kühling/Huerkamp* aaO Rn 195; zur kommunalen Praxis vgl. *Ziekow*, *Das Vergaberecht als Waffe gegen Kinderarbeit*, *KommJur* 2007, 281

wirtschaftlicher, strukturpolitischer, arbeitsmarkt- und sozialpolitischer oder umweltpolitischer oder verfassungsrechtlicher Zwecke⁵. 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 250 Mrd € geschätzt⁶.

Während politische Entscheidungsträger auf allen Ebenen, von der Europäischen Kommission, über Deutscher Städtetag⁷, einzelne Landesregierungen, Kommunen, politische Parteien, Gewerkschaften sowie der EuGH⁸ die Zulässigkeit strategischer Zwecke im Umwelt- und Sozialbereich begrüßen und nutzen, halten insbesondere Vertreter der Arbeitgeber sowie einzelne Vergaberechtspezialisten dies für einen Irrweg, eine „Instrumentalisierung des Vergaberechts“⁹. Die Verflechtung des Vergaberechts, das auf den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und des Wettbewerbs beruht, wird für „rechtlich nicht unproblematisch“ angesehen¹⁰.

Neben umweltpolitischen und tarifpolitischen Zwecken und der Sicherung der Kernarbeitsnormen der ILO¹¹ sind in den letzten Jahren insbesondere Maßnahmen der Frauenförderung in einigen Landesvergabegesetzen verankert worden¹².

⁵ Burgi aaO; Die Berücksichtigung Sozialer Belange im Vergaberecht. Deutscher Städtetag in Zusammenarbeit mit Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (Hrsg.) 2009, S. 5

⁶ Fehling, in: Pünder § 97 Rn 3; Sozialorientierte Beschaffung. Ein Leitfadens für die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Beschaffungswesen. Europäische Kommission (Hrsg.) 2010, S. 5

⁷ Vgl. : Die Berücksichtigung Sozialer Belange im Vergaberecht. Deutscher Städtetag in Zusammenarbeit mit Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (Hrsg.) 2009; gegenteiliger Ansicht DSTGB und DLT, vgl. Gebrauchsanweisung Soziale Vergabe, verdi (Hrsg.) 2011, S. 12

⁸ z.B. EUGH 17.9.2002, RS C-513/99 (Concordia Bus) und 4.12.2003, RS C-448/01 (Wienstrom)

⁹ Vgl. zu dieser Diskussion: Fehling, aaO Rn134 ff; Fachtagung der Bundestagsfraktion Bündnis 90/ die Grünen vom 18.2.2008 „Vergaberecht reformieren, Rechtssicherheit schaffen“: vgl z.B., Karstedt-Meiericks, DIHK: das Vergaberecht sei nicht dazu geeignet, allgemeinpolitische Ziele zu verfolgen, das Vergaberecht wird durch weiterer „vergabefremde“ Kriterien verkompliziert, bürokratisch, intransparent, wettbewerbsfeindlich; Vertreter des BDA: Vergaberecht sei auf seine originäre Aufgabe, den wirtschaftlichen Einkauf für die öffentliche Hand sicherzustellen, zu konzentrieren.

¹⁰ Leinemann/Dose, Frauenförderung im Vergaberecht: keine Angst vor zu viel Gleichberechtigung, In: VergabeNews 2012, 2 ff

¹¹ 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 dem Vergaberecht als Waffe gegen Kinderarbeit vgl. Ziekow, KommJur 2007, S. 281 ff

¹² 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, Frauenförderung (FN 10), S. 2

Auch die Verhinderung von Diskriminierung allgemein wird in der Literatur als ein zulässiger sonstiger Zweck angesehen, der mit der Vergabe verfolgt werden kann¹³.

2. Wie und wo ließe sich das Antidiskriminierungsgebot im Vergabeprozess verankern?

a) Rechtsgrundlagen

Die Vergabe öffentlicher Aufträge richtet sich nach den §§ 97 – 129 GWB, der Vergabeordnung (VgV)¹⁴, sowie den Verdingungsordnungen (VOL/A Abschnitt 2, VOB/A Abschnitt 2 und VOF, die kraft Verweisung in § 4 Vergabeverordnung (VgV) den Charakter einer Rechtsverordnung erlangen¹⁵, wenn die Auftragswerte (ohne Umsatzsteuer) die in § 2 VgV aufgeführten Schwellenwerte erreichen bzw. übersteigen¹⁶. Die Möglichkeit und die Bedingungen der Berücksichtigung sozialer Belange im Vergabeverfahren für öffentliche Aufträge oberhalb der Schwellenwerte ist in § 97 Abs. 4 GWB geregelt.

Erreicht der geschätzte Auftragswert den Schwellenwert nicht, so richtet sich das Vergabeverfahren nach den Haushaltsvorschriften des Bundes und der Länder. § 55 BHO und entsprechende Landeshaushaltsordnungen sehen grundsätzlich ebenfalls eine öffentliche Ausschreibung vor. Die Haushaltsvorschriften verweisen überwiegend auf die Verdingungsordnungen VOL/A Abschnitt 1, VOB/A Abschnitt 1, die in diesem Rahmen allerdings nur als interne Verwaltungsvorschriften gelten¹⁷. Daneben bestehen teilweise Landesvergabegesetze und sonstige Gesetze und Verwaltungsvorschriften¹⁸. § 97 GWB gilt nicht, dies bedeutet allerdings nicht, dass die Berücksichtigung sozialer Belange im Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte nicht zulässig wäre, der öffentliche Auftraggeber hat im Gegenteil im Rahmen der Vertragsfreiheit größere Gestaltungsfreiheit.¹⁹

¹³ Baer, Diskriminierungsschutz im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe. Gutachten im Auftrag der Landesstelle für Gleichbehandlung und gegen Diskriminierung. Berlin 2008; die EU Kommission aaO (FN 6) S.8f 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 Menschenrechtsverletzungen“ ließe sich das Diskriminierungsverbot subsumieren.

¹⁴ Vergabeverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Februar 2003 (BGBl I S. 169) zuletzt geändert durch Art 1 V v. 12.7.2012 BGBl I 1508

¹⁵ Vgl. zu dem unübersichtlichen sog. Kaskadensystem des deutschen Vergaberechts Fehling, aaO (FN1), Rn 29 ff; zum EU Recht s.u.

¹⁶ Derzeit liegt der Schwellenwert für Bauaufträge bei 5 Mio €, für Liefer- und Dienstleistungsaufträge bei 200.000 € § 2 Nr. 2 und 3 VergabeV

¹⁷ Zielow, KommJur 2007, 287; vgl. Soziale Belange im Vergaberecht, Deutscher Städtetag (Hrsg.) 2009, S. 10

¹⁸ Burgi, aaO (FN4) Rn 41f; Fehling aaO (FN1) Rn 32

¹⁹ Soziale Belange im Vergaberecht, Deutscher Städtetag u.a. (Hrsg.) Stand Januar 2010, S. 10

Da deutsche Vergaberecht ist maßgeblich durch EU Recht geprägt, einmal durch das Primärrecht, v.a. die vier Grundfreiheiten (Personen-, Waren-, Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit) und den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz des Art 18 AEUV, sowie durch die Vergaberichtlinien, die vom deutschen Gesetzgeber umgesetzt wurden²⁰. Das Primärrecht wird v.a. in den Fällen relevant, in denen es keine eigenständigen nationalen vergaberechtlichen Regelungen gibt, also bei Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte.²¹ Aus den oben genannten Artikeln des AEUV leitet der EUGH die Grundsätze der Gleichbehandlung (der Bieter), der Nichtdiskriminierung und der Transparenz ab²². Die Verwirklichung der europarechtlichen Grundfreiheiten verlangt über die (mittelbare) Diskriminierung hinaus auch eine Rechtfertigung jeder Beschränkung durch nationale Regelungen, diese müssen in nicht diskriminierender Weise angewandt werden, durch zwingende Allgemeinwohlintressen gerechtfertigt und verhältnismäßig sein.²³ Die Vergaberichtlinie 2004/18/EG (VKR) enthält in Art. 26 die Möglichkeit für öffentliche Arbeitgeber „zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrages“ vorzuschreiben, „sofern diese mit Gemeinschaftsrecht vereinbar sind und in der Bekanntmachung oder den Verdingungsordnungen angegeben werden. Die Bedingungen für die Ausführung des Auftrags können insbesondere soziale oder umweltbezogenen Aspekte betreffen“. Die vom EuGH aus den Grundfreiheiten entwickelten Kriterien sind demnach insbesondere auch bei der Ausgestaltung der strategischen Zwecke des Vergaberechtes zu beachten, die sich als Beschränkungen der Grundfreiheiten darstellen können.²⁴ Rechtfertigungsgründe können sich vor allem aus dem Schutz der nationalen und europäischen Grundrechte ergeben.²⁵

b) Verwirklichung des strategischen Zwecks „Antidiskriminierung“ im Vergabeverfahren nach § 97 ff GWB (Verfahren oberhalb der Schwellenwerte)

Strategische Zwecke im Vergaberecht können in den verschiedenen Stellen des Vergabeprozesses umgesetzt werden: bei der Festlegung des Auftragsgegenstandes (Bedarfsbestimmung, technische Spezifikation)²⁶, bei der Eignungsprüfung der Bieter nach § 97 Abs. 4 S. 1 GWB, § 6 VOL/A

²⁰ Vergabekoordinierungsrichtlinie RL 2004/18/EG (VKR) und Sektorenrichtlinie 2004/17 vgl. FN ; zur Frage der ausreichenden Umsetzung vgl. *Fehling* aaO(FN1) Rn 14ff

²¹ *Fehling*, aaO (FN1) Rn 16

²² *Fehling*, aaO (FN1) Rn 16

²³ *Fehling*, aaO RN 16 zur Rechtsprechung des EUGH; Ziekow, *KommJur* 2007, 282f

²⁴ *Fehling*, aaO Rn 16

²⁵ *Zielow*, *KommJur* 2007, 282f

²⁶ *Kühling/Heurkamp* aaO (FN4) Rn 198ff; *EU Kommission*, *Soziale Belange* S. 19; *Baer* S. 35ff

Abschnitt 1 bzw. § 6 VOB/A Abschnitt 1²⁷, bei der Zuschlagserteilung²⁸, als Ausführungsbedingungen nach 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 Zwecken resultiert aus Befürchtungen, die Transparenz des Vergabeprozesses werde gefährdet²⁹.

- Die Festlegung des Auftragsgegenstandes und der soziale Zweck der Antidiskriminierung:

Der Auftraggeber kann soziale Zwecke schon bei der Festlegung des Auftragsgegenstandes/und oder den technischen Spezifikationen berücksichtigen³⁰.

Entscheidend ist in diesem Zusammenhang, dass die sozialen Zwecke im Zusammenhang mit der zu erbringenden Leistung stehen³¹ und die Vorgaben des EU Rechtes eingehalten werden.³²

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 Menschen mit Migrationshintergrund, interkulturelle und interreligiöse Projekte, Projekte zum Thema der Gleichbehandlung von Homosexuellen etc.³³

- Ausschluss des Bieters wegen schweren Fehlverhaltens /fehlender Zuverlässigkeit bzw. Gesetzestreue

Die Eignung des Bieters ist in Art 45 VKR, § 97 Abs. 4 S. 1 GWB, § 6 der Verdingungsordnungen VOL/A und VOB/A geregelt. Nach Art 45 Abs. 2 S. 1 lit d VKR kann ein Bieter ausgeschlossen werden, der im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen hat, die vom öffentlichen Auftraggeber nachweislich festgestellt worden ist.³⁴ Eine

²⁷ EU Kommission, Soziale Belange S. 19ff;

²⁸ *Fehling*, aaO Rn 5; *Kühling/Huerkamp* aaO § 97 Rn 198

²⁹ *Fehling* aaO (FN1) Rn 68

³⁰ *Kühling/Huerkamp* aaO (FN4) Rn 199ff; *EU Kommission*, aaO, S. 20

³¹ *EU Kommission*, Soziale Belange S. 24, 29

³² Hierzu näher *EU-Kommission*, aaO, 24f

³³ Vgl. *Kühling/Huerkamp* aaO § 197 Rn 207; weitere Beispiele in: Die Berücksichtigung Sozialer Belange im Vergaberecht. Deutscher Städtetag in Zusammenarbeit mit Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (Hrsg.) 2009, S.13

³⁴ *Zielow*, *KommJur* 2007 S. 285; *EU Kommission*, Soziale Belange S. 35

Definition der schweren Verfehlungen auf EU Ebene gibt es nicht.³⁵ 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 vorausgesetzt³⁶.

Nach § 97 Abs. 4 S. 1 GWB und § 2 Abs. 1 VOL/A 1. Abschnitt, § 2 VOB/A 1. Abschnitt werden von den Bietern 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 Steuerrechts) in vollem Umfang nachkommen (...) wird.“³⁷ Für die Verneinung der Zuverlässigkeit muss der öffentliche Auftraggeber konkrete Anhaltspunkte vorweisen können³⁸.

Die zusätzlich ausdrücklich ins GWB eingefügte Anforderung der Gesetzestreue verdeutlicht, dass nur Bieter, die sämtliche deutschen Gesetze einhalten, ins Vergabeverfahren einbezogen werden sollen³⁹. Zu den deutschen Gesetzen gehört aber unzweifelhaft auch das AGG⁴⁰. Auch in diesem Zusammenhang ist es erforderlich, dass Verstöße gegen sozial- und arbeitsschutzrechtliche Bedingungen konkret vom Auftraggeber nachgewiesen werden.⁴¹

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

³⁶ aaO S. 35

³⁷ *Fehling, aaO (FN1) Rn 110ff*

³⁸ *Fehling, aaO Rn 110ff; Zielow, KommJur 2007, S. 285*

³⁹ 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, aaO (FN4) Rn 123*

⁴⁰ So auch Stellungnahme 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)

⁴¹ *Zielow, KommJur 2007. S. 285*

Fazit:

An der Zuverlässigkeit und der Gesetzestreue des Auftragsnehmers fehlt es, wenn schon bei der Auftragsvergabe erkennbar und nachgewiesen ist, dass er gegen das AGG verstößt oder verstoßen hat⁴². Es ist daher zulässig, schon bei der Prüfung der Unterlagen zur Eignung eine Erklärung der Bieter zu verlangen, dass sie die Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes einhalten, es sei denn es bestünden rechtliche Hindernisse oder ein Abweichen ist gerechtfertigt (hierzu unten II). Die einschränkende Voraussetzung des § 6 Abs. 3 VOL/A 1. Abschnitt, die die Pflicht zur Vorlage von Unterlagen zur Eignung, davon abhängig macht, dass diese durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt sind, ist durch § 97 Abs. 4 GWB nicht gedeckt⁴³, in der entsprechenden Vorschrift der VOB § 6 Abs. 3 S. 2 lit g ist eine solche Einschränkung auch nicht enthalten.

- 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 Vorschrift setzt Art 26 VKR um, wonach öffentliche Auftraggeber zusätzliche, insbesondere soziale oder umweltbezogene Bedingungen für die Ausführung des Auftrags vorgeben können. Diese zusätzlichen Anforderungen müssen in der Bekanntmachung oder den Verdingungsunterlagen enthalten sein. Sie dürfen außerdem nicht gegen höherrangiges Verfassungs- oder Europarecht verstoßen.⁴⁴

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 VKR formulierten Voraussetzungen hinaus⁴⁵. Ein Zusammenhang zum Auftragsgegenstand ist auch dann

⁴² 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

⁴³ Djb, aaO (FN 40)

⁴⁴ Fehling, aaO (FN1) Rnr 145ff; Beispiele: Deutscher Städtetag, aaO, Soziale Belange S. 16ff

⁴⁵ Beispiel § 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

gegeben, wenn die zusätzlichen Aspekte sich auf die Ausführung des Auftrags beziehen⁴⁶. Zulässig wäre z.B. eine Klausel, die vom Auftragnehmer den Nachweis verlangt, dass die von ihm zu liefernden Produkte nicht unter Einsatz ausbeuterischer Kinderarbeit *hergestellt* wurde⁴⁷. Problematisch wäre dagegen der Bezug zum Auftragsgegenstand, wenn es um die Lieferung bereits vorhandener Ware geht, da der Auftragsgegenstand hier nur in der Lieferung der Ware besteht⁴⁸.

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 beziehen⁴⁹, dies ist dann nicht der Fall, wenn es sich um generelle Anforderungen an einen Betrieb handelt⁵⁰.

Stellung im Vergabeverfahren: Die zusätzlichen Ausführungsbedingungen stellen sich als Nebenbedingung des Vertrages dar, dessen Nichterfüllung zum Ausschluss aus dem Verfahren führen⁵¹ und ggf. mit Sanktionen belegt werden kann⁵². Von den Bietern kann schon bei der Abgabe der Vergabeunterlagen eine entsprechende Erklärung verlangt werden⁵³ insoweit besteht auch eine enge Verknüpfung zu Eignungskriterien⁵⁴, zur Leistungsfähigkeit des Bieters gehört es auch, ob er die zusätzlichen Bedingungen erfüllen kann.

Leistungsbeschreibung ergeben. Insbesondere kann bei personalintensiven Aufträgen, bei denen die Qualität der Leistungserbringung und die Qualifikation des Personals entscheidend sind, eine angemessene Bezahlung des einzusetzenden Personals, die sich an den örtlichen Tarifen orientieren soll, verlangt werden.“

⁴⁶ *Fehling*, aaO (FN1) Rn 158; *Zielow*, KommJur 2007, S. 285f

⁴⁷ *Deutscher Städtetag*, Soziale Belange, S. 14; weitere Beispiele *Fehling*, aaO (FN4) S. 137ff

⁴⁸ Zu weiteren Lösungsmöglichkeiten vgl. *Zielow* KommJur 2007

⁴⁹ Gesetzesbegründung, aaO (FN 51): „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. „

⁵⁰ *Leinemann/Dose*, Vergabeneuers 2012, 2; *Kühling/Huerkamp*, aaO Rn 212; *Buri*, Die Förderung sozialer und technischer Innovationen durch das Vergaberecht, NZBau 2011, 582; *Kühling/Huerkamp*, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Kartellrecht, Bd. 3, Montag/Säcker (Hrsg.) München 2011, § 97 Rnr 212; *Fehling*, aaO (FN1) Rnr 144 sieht die Rechtsgrundlage für die entsprechenden 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

⁵¹ Vgl. § 1 Abs. 2-4 Berliner Auftrags- und Vergabegesetz

⁵² § 6 Berliner Auftrags- und Vergabegesetz

⁵³ Vgl. § 1 Berliner Auftrags- und Vergabegesetz

⁵⁴ *Fehling* aaO (FN1) Rnr

- 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 VKR um, wonach öffentliche Auftraggeber 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 S. 3 auf zusätzliche Anforderungen an die Eignung der Bieter, bezeichnet als „vergabefremde Eignungskriterien“⁵⁵, die sie nur im Rahmen der europarechtlichen Eignungskriterien der VKR Art. 44, 47, 48 für zulässig halten. Im Ergebnis folgt daraus, dass die zusätzlichen Eignungskriterien sich unter die Leistungsfähigkeit und Fachkunde subsumieren lassen müssen, also auf den konkreten Auftrag oder seine Durchführung bezogen sind. Als Beispiele wird angeführt: soziale Fähigkeiten bei einem Auftrag zur Betreuung eines sozialen Jugendprojektes⁵⁶.

Auch Fehling interpretiert die Vorschrift des § 97 Abs. 4 S. 3 dahingehend, dass es um zusätzliche Eignungskriterien geht⁵⁷.

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 oder als zusätzliche Vertragsbedingung⁵⁸. 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 [...]“⁵⁹:

In der Praxis werden verschiedene Wege eingeschlagen:

⁵⁵ AaO Rnr 236ff

⁵⁶ Kühling/Huerkamp aaO (FN4) Rnr 252

⁵⁷ Rnr 163

⁵⁸ Leinemann/Dose, aaO S. 3; einschränkend Burgi, Die Förderung sozialer und technischer Innovationen, S. 582, der Eignungs- und Zuschlagskriterien für ungeeignet hält; sowie Kühling/Huerkamp, der S. 3 lediglich auf der Ebene der Eignungskriterien sieht, aaO, Rnr 236 und sie zusätzlich den europarechtlichen Anforderungen der VKR betr. Eignungskriterien Art. 44, 47, 48 unterstellt, vgl. Rnr 242 ff

⁵⁹ aaO (FN50) S. 16f

Eine Variante besteht darin, die zusätzlichen Vertragsbedingungen als Voraussetzung auszugestalten, die vorliegen müssen, um überhaupt an dem Bieterwettbewerb teilnehmen zu dürfen.

Als Beispiel sei auf die Frauenförderung des Landes Berlin verwiesen. Nach § 13 Landesgleichstellungsgesetz i.V.m. § 9 Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz werden Bieter 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 haben⁶⁰. 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 Jahren von der Auftragsvergabe ausgeschlossen werden, darüber hinaus ist eine Vertragsstrafe nach § 6 Abs. 1 Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz zu vereinbaren⁶¹.

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 Zuschlagskriterium⁶² bei ansonsten gleichwertigen, d.h. gleich wirtschaftlichen Angeboten einzusetzen. Diejenigen Unternehmen, die die zusätzlichen Kriterien erfüllen, werden bevorzugt⁶³. So erhalten nach § 10 Berliner Ausschreibe- und Vergabegesetz bei „...gleichwertigen Angeboten die Unternehmen bevorzugt den Zuschlag, die Ausbildungsplätze bereitstellen, sich an tariflichen Umlageverfahren zur Sicherung der beruflichen Erstausbildung oder an Ausbildungsverbänden beteiligen.“

Aus Art. 26 VKR, der als europarechtliche Ursprungsnorm zur Auslegung von § 97 Abs. 4 S. 3 GWB heranzuziehen ist, ergeben sich die Grenzen solcher zusätzlichen Aspekte: Sie müssen 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

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

⁶¹ Der djb hält diese Form der Verankerung für wettbewerbsneutral und vergaberechtskonform, vgl. Stellungnahme v. 25.2.2008 zum Berliner Vergabegesetz

⁶² EU Kommission SEC (2010)1258 final / Sozial orientierte Belange S. 47: additional criterion

⁶³ *Burgi*, Die Förderung 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

Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten. Nach herrschender Auffassung des Gesetzgebers, der Kommentarliteratur und der Praxis ist die Verbindung zum Auftrag allerdings weit zu verstehen⁶⁴. Nach Burgi haben sich drei Auslegungsgrundsätze zum Tatbestandmerkmal „für die Auftragsausführung“ herausgebildet⁶⁵:

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,⁶⁶ der Auftraggeber muss die hierfür erforderliche Sachkompetenz besitzen.
3. Die zusätzlichen Anforderungen müssen für den Auftragnehmer erfüllbar sein.⁶⁷

Fazit zu Frage 1

Das Verbot der Diskriminierung gehört zu den strategischen Zwecken, die innerhalb der Vergabe öffentlicher Aufträge mitverfolgt werden können und 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 iVm § 6 Abs 5 VOL/A, § 6 Abs. 3 VOB/A 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 Vertragsbedingungen nach § 97 Abs. 4 S. 3 GWB, wenn sie in entsprechenden Bundes- oder Landesgesetzen vorgesehen sind. Die zusätzlichen Vertragsbedingungen können auf der Ebene der Eignungskriterien, des Zuschlags, als zusätzliche

⁶⁴ Vgl. die Formulierung des Gesetzgebers zitiert in FN 59

⁶⁵ NZBau 2011, 582

⁶⁶ Burgi, aaO, S. 583; EuGH NVwZ 2004, 201= EuZw 2004, 81

⁶⁷ Burgi, aaO, S. 583

Anforderungen an die Ausführung und als selbständige Nebenbedingungen gestaltet werden.⁶⁸

- Landesvergabegesetze und andere Landesgesetze gelten auch für Aufträge unterhalb der in der Vergabeordnung definierten Schwellenwerte, sie enthalten eigenständige Schwellenwerte⁶⁹.

II. Frage 2

Lässt sich das Vergabeverfahren für die Bekämpfung von Diskriminierung auch gegenüber kirchlichen Arbeitgebern nutzen? Und wenn wie?

Das verfassungs- und menschenrechtlich garantierte Ziel, Diskriminierungen aller Menschen aus rassistischen Gründen oder wegen des Geschlechts, der ethnischen Herkunft, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen, gerät in Deutschland oftmals in Widerspruch zum ebenfalls verfassungsrechtlich und europarechtlich garantierten Selbstbestimmungsrecht der Kirchen⁷⁰. Für diesen Widerstreit von Verfassungswerten ist im Wege der praktischen Konkordanz ein Ausgleich herzustellen⁷¹. 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 2.10.2010 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 habe⁷². Für die Abwägung des Rechtes auf Gleichbehandlung kann nichts anderes gelten⁷³.

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

1. Beschreibung des Leistungsgegenstandes

⁶⁸ Str. s.o.

⁶⁹ Vgl. § 13 LGG und § 1 FFV

⁷⁰ Vgl. die Beispiele in: *Corinna Gekeler*, *Loyal Dienen*, Studie im Auftrag des Internationalen Bundes der Konfessionslosen und Atheisten, 2011; zum Selbstbestimmungsrecht vgl. v. Campenhausen/de Wall, GG Kommentar, Art. 137 WRV Rn 26 ff, im Verhältnis zum Antidiskriminierungsrecht Rn 110ff; zur Umsetzung der EU Antidiskriminierungsrichtlinien und dem kirchlichen Selbstverständnis vgl. Dill, Die Antidiskriminierungs-Richtlinien der EU und das deutsche Staatskirchenrecht, ZRP 2003, 318ff

⁷¹ *Baer*, S. 20; zur Güterabwägung im Arbeitsrecht vgl. *Zwanziger*, Tarifvertragsgesetz, 2. Aufl. Baden-Baden, Rnr 1032

⁷² EGMR RS 1620/03, Urt. V. 2.10.2010 (Kirchenmusiker)

⁷³ 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

Der öffentliche Auftraggeber ist frei in der Bestimmung des Leistungsgegenstandes, solange er sich an das vergaberechtliche Normengefüge hält⁷⁴. 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 den öffentlichen Auftraggeber, entsprechende Anforderungen an den Personaleinsatz der Bieter 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 als Verzicht auf das Selbstbestimmungsrecht qualifizieren⁷⁵. Ein Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen liegt in einer solchen, durch den Gegenstand des Auftrags gerechtfertigten Leistungsbeschreibung nicht vor.⁷⁶

2. Gesetzestreue bzw. Zuverlässigkeit

Für die Frage des gesetzeskonformen Handelns kirchlicher Bieter, die BewerberInnen oder Beschäftigte aufgrund ihrer Religion oder anderer in § 1 AGG genannten Gründe z.B. ihrer sexuellen Identität benachteiligen, kommt es darauf an, ob diese Ungleichbehandlung nach § 9 AGG zulässig ist. Der Umfang dieser Ausnahmeklausel für Religionsgemeinschaften ist hoch umstritten⁷⁷, im Kern geht es darum, ob die Beurteilung der Frage nach dem Erfordernis einer bestimmten Religion als gerechtfertigte berufliche Anforderung nach § 9 Abs. 1 AGG bzw. des Umfangs der Loyalitätspflichten nach § 9 Abs. 2 AGG von der Religionsgemeinschaft selbst bestimmt wird, oder ob die Ausnahmenvorschrift des § 9 AGG nur für verkündigungsnahe Tätigkeiten gelten soll⁷⁸. Entscheidend für diese

⁷⁴ S.o.

⁷⁵ Vgl. *Mohr/Fürstenberg*, Kirchliche Arbeitgeber im Spannungsverhältnis zwischen grundrechtlich geschütztem Selbstbestimmungsrecht und europarechtlich gefordertem Diskriminierungsschutz, Betriebsberater 2008, 2122ff

⁷⁶

⁷⁷ Vgl. *Corinna Gekeler*, Loyal Dienen, Studie im Auftrag des Internationalen Bundes der Konfessionslosen und Atheisten, 2011; zur Entwicklung der Diskussion im Arbeitsrecht vgl. *Nitsche* in: Däubler (Hrsg.) Arbeitskampfrecht, 3. Aufl. Baden-Baden, S. 60 ff

⁷⁸ So ArbG Hamburg 4. 12. 2007, Az: 20 Ca 105/07, BB-ONLINE BBL2008-1348-1; s. auch *Birk*, Kündigung einer lesbischen Erzieherin durch die katholische Kirche, Kita aktuell recht 4/2012, 118f; vgl. auch die Ausführungen des EGMR aaO (FN 72) § 68ff sowie § 42 unter Verweis auf das Vertragsverletzungsverfahren der EU Kommission (Nr. 2007/2362)

Streitfrage ist, ob das verfassungs- und europarechtlich garantierte kirchliche Selbstbestimmungsrecht eine durch eine externe Instanz vorgenommene Unterscheidung in verkündigungsferne und verkündigungsnahe Tätigkeiten verbietet⁷⁹. Dieser Streit ist bisher nicht entschieden⁸⁰. Solange hier keine Rechtsklarheit herrscht, kann das Erfordernis der Gesetzestreue bzw. der Zuverlässigkeit nicht verneint werden.

3. Zusätzliche Vertragsbedingungen für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte

- 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 einen Bieter vom Verfahren ausschließt, vgl. § 4 Berliner FFV. Eine solche Klausel ist möglicherweise wenig wirksam, da das vorhandene Personal ja nicht diskriminiert wurde, sonst wäre es nicht angestellt; sie würde allerdings bewirken können, dass bei der Rekrutierung von neuem Personal, das für den Auftrag eingesetzt werden soll, nicht auf die Religionszugehörigkeit abgestellt werden darf. Auch

dagegen *Thüsing*, Kommentar zum AGG, § 9 Rnr 13, in FN 14 mwN zu den Vertretern eine Beschränkung auf verkündigungsnahe 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 Lebenspartnerschaft, 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);

⁷⁹ Grundsatz Entscheidung BVerfG 70, 138; *Dill*, Die Antidiskriminierungs-richtlinien der EU und das deutsche Staatskirchenrecht, ZRP 2003,318 (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". Grundsatz Entscheidung BVerfG 70, 138

⁸⁰ Vgl. *Corinna Gekeler*, Loyal Dienen, Studie im Auftrag des Internationalen Bundes der Konfessionslosen und Atheisten, 2011; 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

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 Bieter 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 auf Grund der Religion oder wegen Verletzung der Loyalitätspflichten den Zuschlag bekommen, könnten konkurrierende Bieter nach 97 Abs. 7 GWB möglicherweise den Gerichtsweg beschreiten. Ein unter Berufung auf ein solches zusätzliches Eignungskriterium ausgeschlossener kirchlicher Bieter könnte ebenfalls den Rechtsweg beschreiten. Auf diese Weise könnte die Auslegung von § 9 AGG im Lichte öffentlicher Auftragsvergabeverfahren weiterentwickelt werden.

b) als zusätzliche in Landes- oder Bundesgesetz niedergelegte Anforderung nach § 97 Abs. 4 S. 3 GWB

§ 97 Abs. 4 S. 3 GWB könnte dem Landesgesetzgeber die Möglichkeit eröffnen, eine Regelung zu treffen, die vorsieht, dass Bieter bevorzugt werden sollen, die – bei ansonsten gleichartigen Angeboten – sich verpflichten, das Gleichbehandlungsrecht anzuwenden oder weitergehende Fördertatbestände erfüllen – entsprechend § 10 berl. Auftrags- und Vergabegesetz⁸¹. Weitergehende Fördertatbestände, z.B. positive Diskriminierung oder spezielle Förderung und Ermutigung benachteiligter Gruppen, müssten allerdings so konkret formuliert sein, dass sie für Bieter transparent und von Auftraggebern kontrollierbar sind.

Die oben vorgeschlagene Vertragsklausel nach § 97 Abs. 4 S. 3 GWB könnte damit einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Antidiskriminierungsschutz und dem Selbstbestimmungsrecht der Kirchen darstellen. Sie überlässt es kirchlichen Bietern, sich zu entscheiden, ob sie sich auf § 9 AGG berufen oder ob sie ihre Chancen auf den Zuschlag erhöhen wollen. Öffentlichen Auftraggebern lässt sie Spielraum im

⁸¹ 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 öffentliche Aufträge bevorzugt Werkstätten für Behinderte angeboten werden vgl. *Baer*, aaO S. 22f

Rahmen der Beurteilung und Wertung der Angebote zu einer vergaberechtlich begründeten Entscheidung zu kommen⁸².

Fazit zu Frage 2

Antidiskriminierungsrecht und kirchliche Selbstbestimmung stehen in einem Spannungsverhältnis zueinander. Wie dieses Spannungsverhältnis aufzulösen ist, hängt von der – weltanschaulich geprägten – Auslegung des Umfangs der Ausnahmeregelungen in Art. 4 Abs. 2

Gleichbehandlungsrichtlinie und § 9 AGG ab. Der Anerkennung des Menschenrechts auf Gleichbehandlung kommt eine wachsende Bedeutung zu, eine eindeutige Beschränkung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechtes und daraus folgender Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung auf verkündungsnahe Bereiche ist aber (noch) nicht erfolgt. Für das Vergaberecht folgt daraus, dass die Verfolgung einer Antidiskriminierungspolitik durch öffentliche Auftraggeber gegenüber kirchlichen Bietern sehr spezifisch gestaltet werden müsste:

Durch konkrete Leistungsbeschreibung, die Antidiskriminierung als Teil des Auftrags definiert.

Durch eine landesrechtliche Regelung nach § 97 Abs. 4 S. 3 GWB, die als zusätzliche Ausführungsbedingungen das Verbot diskriminierendes Verhaltens vorschreibt. Eine solche Regelung muss allerdings mit den vergaberechtlichen Grundsätzen im Einklang stehen und praktisch umsetzbar sein.

⁸² Vgl. aber die vergaberechtlichen Bedenken des djb, Stellungnahme v. 25.2. 2008 zum Berliner Vergabegesetz

