

Berlin, 1. November 2024

STELLUNGNAHME

Deutscher Juristinnenbund e.V.

Vereinigung der Juristinnen,
Volkswirtinnen und Betriebswirtinnen

Geschäftsstelle / Office:

Kronenstraße 73 • D-10117 Berlin

Telefon: +49 30 4432700

geschaeftsstelle@djB.de • <https://www.djB.de>

zu den Entwürfen zur geplanten Reform des Vergaberechts ("Vergabetransformationspaket") des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz

Der Deutsche Juristinnenbund e.V. (djB) nutzt gerne die Gelegenheit zur Stellungnahme betreffend die Entwürfe zur geplanten Reform des Vergaberechts („Vergabetransformationspaket“) des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK). Die diversen und umfangreichen Entwürfe des Paketes sind dem djB erst mit E-Mail vom 21. Oktober 2024 unter Fristsetzung zum 1. November 2024 zugeleitet worden. Der djB hebt hervor, dass die gesetzte Frist – auch wenn sie im Ermessen des federführenden Bundesministeriums steht (vgl. § 47 Abs. 3 Satz 2 GGO) – mit Blick auf die Vorgaben des § 47 Abs. 3 Satz 1 und 2 GGO i.V.m. § 47 Abs. 1 Satz 1 GGO angesichts der Vielzahl der Entwürfe zu knapp bemessen ist. Für die Rechtzeitigkeit der Beteiligung ergibt sich aus § 47 Abs. 1 Satz 1 GGO, dass dieser „möglichst frühzeitig“ erfolgen muss.

Der djB unterstützt das Ziel, die öffentlichen Vergabeverfahren zu reformieren und entsprechend des aktuellen Koalitionsvertrags die „öffentliche Beschaffung und Vergabe wirtschaftlich, sozial, ökologisch und innovativ aus[zu]richten und die Verbindlichkeit [zu] stärken“. Der aktuelle Koalitionsvertrag¹ gibt als gleichstellungspolitische Ziele u.a. vor, sich für die Entgeltgleichheit von Frauen und Männern einzusetzen und für Geschlechtergerechtigkeit einzutreten. Bislang blieb die Umsetzung des Koalitionsvertrags insofern weitgehend aus.² Der djB verweist dazu auf seine Stellungnahme zur Konsultationsrunde.³ Der djB begrüßt die vorgelegten Entwürfe als einen guten Schritt in die richtige Richtung, soweit darin ausdrücklich die Förderung der Gleichstellung der Geschlechter verankert und das Ermessen eingeschränkt wird, sieht dies jedoch nicht als ausreichend an bezüglich des Ziels der Geschlechtergerechtigkeit.

¹ Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, Mehr Fortschritt wagen, Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, online: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/koalitionsvertrag-2021-1990800>.

² Dazu der djB/Heide Pfarr, Positionspapier: Der Koalitionsvertrag aus gleichstellungspolitischer Sicht, djBz 2/2022, S. 51 f.; vgl. auch Deutscher Juristinnenbund e.V. (djB), Stellungnahme 21-15, Frauenpolitische Forderungen zur Bundestagswahl 2021, vom 05.07.2021, online: <https://www.djB.de/presse/stellungnahmen/detail/st21-15>.

³ djB-Stellungnahme zur öffentlichen Konsultation zur Transformation des Vergaberechts („Vergabetransformationspaket“) des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz vom 17. Februar 2023 (Stellungnahme 23-03; abrufbar unter: <https://www.djB.de/presse/stellungnahmen/detail/st23-03>, zuletzt abgerufen am 29.10.2024).

Im Einzelnen:

1. Gleichstellungspolitische Aspekte als soziale Vergabekriterien

Der djb sieht den Ansatz grundsätzlich positiv, dass sowohl ober- als auch unterschwellig eine neue Zentralnorm zur verbesserten Berücksichtigung sozialer Kriterien in der Beschaffung eingeführt werden soll (§ 120a GWB-E, § 22a UVgO-E). Mit § 120a Abs. 3 Abs. 1 GWB-E bzw. § 22a Abs. 3 Satz 1 UVgO-E anerkennt der Gesetzgeber nunmehr gleichstellungspolitische Aspekte explizit als soziale Kriterien.⁴ Damit wird eine der Forderungen der djb-Stellungnahme zur Konsultationsrunde umgesetzt.⁵

Sozial soll ein Vergabekriterien insbesondere dann sein, „wenn es darauf abzielt, dass zu beschaffende Waren, Bau- und Dienstleistungen unter fairen Arbeits- und Handelsbedingungen, unter Ermöglichung der Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen, Benachteiligten oder Menschen mit Behinderungen, unter Förderung der Gleichstellung von Geschlechtern, ethnischen Gruppen, Benachteiligten oder Menschen mit Behinderungen, unter Einsatz sozialer Innovationen, unter Beachtung der Menschen- und Arbeitnehmerrechte oder unter Beachtung der Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) entlang der globalen Wertschöpfungskette hergestellt, erbracht oder ausgeführt werden“.⁶

Die durch „insbesondere“ eingeführte beispielhafte Aufzählung wirft schon an dieser Stelle Fragen der Auslegung der einzelnen Kriterien auf. Es wäre wünschenswert, wenn konkret benannt worden wäre, welche Maßnahmen zur Förderung der Gleichstellung von Geschlechtern umfasst und welche Minimalanforderungen an die Maßnahmen zu stellen sind. Wichtig wäre es überdies, Maßnahmen der Frauenförderung auch anhand ihrer (nachgewiesenen) Wirksamkeit legal zu definieren und diese von unwirksamen Maßnahmen abzugrenzen. Nur erweislich wirksame Maßnahmen sollten hierunter gefasst werden dürfen. Andernfalls besteht aufgrund der vorgeschlagenen weiten Fassung aus Sicht des djb eine Missbrauchsgefahr im Sinne eines „social washing“. Zudem ist bei dem Begriff „Benachteiligten“ unklar, welche Personengruppen darunterfallen und ob nicht Frauen bereits aufgrund vielfältiger geschlechtsbezogener Diskriminierungen zu dieser Gruppe gezählt werden müssen.

Ein klares Ausbuchstabieren wäre überdies vor dem Hintergrund des § 120a Abs. 1 GWB-E unbedingt erforderlich gewesen. Denn nach den Entwürfen soll es weiterhin bei der zwingenden Verbindung zum Auftragsgegenstand bleiben (§ 120a Abs. 1 Satz 3 GWB-E, § 22a Abs. 1 Satz 3 UVgO-E). Gerade der Auftragsgegenstandsbezug wird bei gleichstellungspolitischen Aspekten jedoch immer wieder in Frage gestellt und als nicht auftragsbezogen bzw. anbotsexternale Unternehmenspolitik bewertet. Der djb fordert daher erneut, gleichstellungspolitische Aspekte vom bislang gesetzlich erforderlichen Bezug zum Auftragsgegenstand legal zu entkoppeln.⁷

⁴ So bereits der historische Gesetzgeber im Rahmen der Novellierung des Vergaberechts, vgl. BT-Drs. 18/6281, S. 66.

⁵ djb-Stellungnahme zum „Vergabetransformationspaket“ (Stellungnahme 23-03; abrufbar unter: <https://www.djb.de/presse/stellungnahmen/detail/st23-03>, zuletzt abgerufen am 29.10.2024).

⁶ § 120a Abs. 3 Satz 1 GWB-E: Entwurf eines Gesetzes zur Transformation des Vergaberechts, S. 15;

§ 22a Abs. 3 Satz 1 UVgO: Entwurf zur Neufassung der Unterschwellenvergabeordnung, S. 18.

⁷ djb-Stellungnahme zum „Vergabetransformationspaket“, Forderung Nr. 2 (Stellungnahme 23-03; abrufbar unter: <https://www.djb.de/presse/stellungnahmen/detail/st23-03>, zuletzt abgerufen am 29.10.2024).

Enttäuschend ist, dass die Entwürfe den wichtigsten und verfassungsrechtlich erforderlichen Aspekt zur Gleichstellung der Geschlechter weder regeln noch erwähnen: Den Grundsatz des gleichen Entgelts. Die national umzusetzende Entgelttransparenzrichtlinie⁸ erhebt diesen Grundsatz zur sozialen Verpflichtung des Art. 18 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU.⁹ Art. 24 Abs. 1 der ETRL regelt u.a., dass zu den geeigneten Maßnahmen, die die Mitgliedstaaten im Einklang mit Art. 18 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU ergreifen, solche Maßnahmen gehören, mit denen sichergestellt wird, dass der Grundsatz des gleichen Entgelts bei der Ausführung von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen eingehalten wird. Nach Art. 18 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU gehören hierzu alle für das Unternehmen geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen, die durch Rechtsvorschriften der Europäischen Union, einzelstaatliche Rechtsvorschriften, aber auch durch für das Unternehmen verbindliche Tarifverträge festgelegt sind.¹⁰ Hier hätte der Entwurf ansetzen können und ober- wie auch unterschwellig den Grundsatz des gleichen Entgelts als positives Vergabekriterium ausdrücklich verankern können. Angeboten hätte sich eine Ergänzung des § 128 GWB. Da die ETRL einen (fakultativen) Ausschluss von der Vergabe vorsieht, hätte auch § 124 GWB ausdrücklich ergänzt werden können.¹¹

Der djb verweist auf seine in der Konsultationsrunde erhobenen Forderungen, einen zwingenden Ausschlussgrund bei Verstoß gegen die Pflichten des gleichen Entgelts für Männer und Frauen in § 123 Abs. 1 GWB oder zumindest in § 123 Abs. 4 GWB zu verankern, mindestens aber einen fakultativen Ausschlussgrund in § 124 GWB ausdrücklich zu ergänzen sowie das Wettbewerbsregistergesetz zu ergänzen.¹²

Auch bei einem weiteren unter § 120a Abs. 3 Satz 1 GWB-E aufgeführten Kriterium bleibt dessen konkrete Konturierung völlig im Unklaren. Denn es wird nicht näher ausbuchstabiert, was konkret unter fairen Arbeits- und Handelsbedingungen zu verstehen sein soll. Aufgrund der weiten Fassung besteht auch hier eine Missbrauchsgefahr. Gleichwohl soll zu den schon in der in Anlage 9 zur VergabestatistikVO aufgeführten und ebenfalls nicht näher konturierten „fairen Arbeitsbedingungen“ dieses Kriterium ergänzt werden.¹³ Wichtiger als die Neuaufnahme eines unbestimmten Begriffs in die Anlage 9 zur VergabestatistikVO wäre es aus Sicht des djb gewesen, den Begriff der Gleichstellung der Geschlechter näher zu definieren (s.o.) und dann diese Kriterien in Anlage 9 zu erfassen.

Der djb fordert, einerseits die nicht näher konturierte Gleichstellung der Geschlechter in der Anlage 9 stärker zu binnendifferenzieren und andererseits um den Grundsatz des gleichen Entgelts zu ergänzen.¹⁴

⁸ Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Stärkung der Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit durch Lohntransparenz und Durchsetzungsmechanismen, ABl. L 132/23 vom 17.05.2023.

⁹ Jutta Henneberger: Gleichstellungspolitische Aspekte und Vergaberecht – kein Widerspruch, djbZ 3/2023, S. 121 ff.

¹⁰ Art. 18 Abs. 2 Richtlinie 2014/24/EU;

vgl. auch Stolz in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 124 GWB Rn. 7.

¹¹ Henneberger, aaO.

¹² Djb-Stellungnahme zum "Vergabetransformationspaket".

¹³ Entwurf eines Gesetzes zur Transformation des Vergaberechts, S. 74.

¹⁴ Henneberger, aaO.

2. Soll-Vorgaben

Der djb sieht, dass die Nachhaltigkeitsziele durch die Einführung einer allgemeinen Soll-Vorgabe zur Berücksichtigung mindestens eines sozialen oder eines umweltbezogenen Kriteriums bei der Leistungsbeschreibung oder auf einer anderen Verfahrensstufe besser erreicht werden sollen. Damit begrenzt der Gesetzgeber das Ermessen (§ 97 Absatz 3 GWB) der öffentlichen Auftraggeber. Der djb begrüßt, dass die Entwürfe damit einer Forderung aus der Konsultationsrunde nachkommen, das Leistungsbestimmungsrecht einzuschränken. Allerdings bezog sich diese Forderung insbesondere auf die Einhaltung der Pflichten des gleichen Entgelts für Männer und Frauen.¹⁵

Der djb sieht jedoch die konkrete Gefahr, dass die Vorschrift gut gemeint ist, aber ihr Ziel nicht erreichen wird. Erstens werden sich öffentliche Auftraggeber in der Praxis auf einen atypischen Fall berufen. Zweitens werden keine konkreten Quoten (wie im Saubere-Fahrzeuge-Beschaffungsgesetz) vorgegeben. Und drittens, und das ist entscheidend, drohen bei Verstößen (also der nichtzutreffenden Annahme eines atypischen Falles) keine spürbaren Konsequenzen.

Inhaltlich kritisiert der djb die durch die entweder/oder-Regelung entstehende Konkurrenzsituation: Öffentliche Auftraggeber sollen im Rahmen der Leistungsbeschreibung oder, soweit im Einzelfall mit Blick auf den Auftragsgegenstand geeigneter, auf anderen Stufen des Vergabeverfahrens mindestens ein soziales oder ein umweltbezogenes Kriterium im Sinne der Absätze 2 und 3 berücksichtigen (§ 120a Abs. 1 Satz 2 GWB-E, § 22a Abs. 1 Satz 2 UVgO-E). Hierdurch werden Nachhaltigkeitskriterien gegeneinander ausgespielt. Öffentliche Auftraggeber, die komplexe und vermeintlich nicht rechtssichere Vergabekriterien scheuen, werden eher ein umweltbezogenes Kriterium berücksichtigen.

Die zu geringe Berücksichtigung sozialer Kriterien ist durch die Vergabestatistik nachweisbar. Wie der Entwurf zutreffend aufführt, wurden insgesamt nicht häufig genug nachhaltige Kriterien bei der öffentlichen Auftragsvergabe berücksichtigt. So wurden im Jahr 2021 und im ersten Halbjahr 2022 laut Vergabestatistik in nur knapp 12,5 % aller gemeldeten öffentlichen Aufträge nachhaltige Kriterien berücksichtigt.¹⁶ Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch auch, dass z.B. im Ober- und Unterschwellenbereich im 1. Halbjahr 2021 am häufigsten umweltbezogene Kriterien berücksichtigt wurden, während die Fälle, in denen soziale Kriterien im Oberschwellenbereich Beachtung fanden, im niedrigen Prozentbereich lagen.¹⁷ Auch im 2. Halbjahr 2021 blieb die Berücksichtigung sozialer Kriterien im sehr niedrigen Bereich.¹⁸

An diesen Maßstäben gemessen ist es aus Sicht des djb nicht zu erwarten, dass vergaberechtlich mehr soziale oder gleichstellungspolitische Aspekte berücksichtigt werden.

¹⁵ djb-Stellungnahme zum „Vergabetransformationspaket“ (Stellungnahme 23-03; abrufbar unter: <https://www.djb.de/presse/stellungnahmen/detail/st23-03>, zuletzt abgerufen am 29.10.2024).

¹⁶ Entwurf eines Gesetzes zur Transformation des Vergaberechts, S. 2.

¹⁷ Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (im Folgenden BMWK): Vergabestatistik – Bericht für das erste Halbjahr 2021, Oktober 2022, S. 10 Nr. 1.1, online: <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Dossier/oeffentliche-auftraege-und-vergabe.html>, S. 33 Ziffer 6.3 sowie S. 35 Ziffer 6.4; Henneberger, aaO.

¹⁸ BMWK: Vergabestatistik – Bericht für das zweite Halbjahr 2021, S. 37, Nr. 6.3, online: https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/bmwk-vergabestatistik-zweites-halbjahr-2021.pdf?__blob=publicationFile&v=4.

Ganz grundsätzlich weist der djb darauf hin, dass es unsachgemäß ist, soziale und umweltbezogene Aspekte zu vermischen, als handele es sich um einen gemeinsamen Nachhaltigkeitsaspekt. Der Entwurf hebt hervor, er stärke die sozial-ökologisch nachhaltigen Beschaffung und trage zur Erreichung der Nachhaltigkeitsziele 5 („Geschlechtergleichstellung erreichen und alle Frauen und Mädchen zur Selbstbestimmung befähigen“) und 13 („Umgehend Maßnahmen zur Bekämpfung des Klimawandels und seiner Auswirkungen ergreifen“) bei.¹⁹ Der djb weist darauf hin – und zwar nicht nur vergaberechtlich – dass es sich um völlig unterschiedliche Zielsetzungen handelt, die im Entwurf vermischt werden.

3. Einführung einer Nachhaltigkeitsliste und verpflichtende Berücksichtigung sozialer Kriterien bei der Beschaffung

Der djb begrüßt sowohl die Einführung einer „Nachhaltigkeitsliste“ mit besonders für eine sozial (und umweltbezogen) nachhaltige Beschaffung geeigneten Beschaffungsgegenständen als auch die vorgeschlagene verpflichtende Berücksichtigung sozialer (bzw. umweltbezogener) Kriterien bei deren Beschaffung bestimmter Produktgruppen (§ 120a Abs. 4 GWB-E i.V.m § 3 AVV-E). Damit einhergehend wird das Ermessen reduziert bzw. das Leistungsbestimmungsrechts der öffentlichen Auftraggeber eingeschränkt, soweit die in § 3 AVV-E aufgeführten Produktgruppen beschafft werden. Bei den darin aufgeführten Produktgruppen wie den Textilien handelt es sich um solche, bei denen überproportional Frauen in der Lieferkette beschäftigt sind und Risiken ausgesetzt sind.²⁰ Insofern ist der Hinweis auf die besondere Eignung des Leitfadens der Bundesregierung für eine nachhaltige Textilbeschaffung zu begrüßen. Auch wird der Hinweis begrüßt, dass die Listen in §§ 2 und 3 der AVV-E noch kurz sind und mittels fachlicher Beratung ergänzt werden sollen.²¹

Der djb sieht in der frühzeitigen Berücksichtigung nachhaltiger Kriterien bei der Markterkundung eine wichtige Schaltstelle, wobei diese umweltbezogene, soziale und innovative Aspekte der Nachhaltigkeit umfassen und vorzugsweise digital durchgeführt werden sollen (§ 28 Abs. 2 VgV-E, § 20 UVgO-E).

Ursula Matthiessen-Kreuder

Präsidentin

Prof. Dr. Isabell Hensel

Vorsitzende der Kommission Arbeits-, Gleichstellungs- und Wirtschaftsrecht

¹⁹ Entwurf eines Gesetzes zur Transformation des Vergaberechts, S. 40.

²⁰ djb-Stellungnahme zur Notwendigkeit einer Geschlechterperspektive auf unternehmerische Sorgfaltspflichten in Lieferketten vom 21.03.2023 (Stn 23-09: abrufbar unter: <https://www.djb.de/presse/pressemitteilungen/detail/st23-09>; zuletzt abgerufen am 29.10.2024).

²¹ Entwurf eines Gesetzes zur Transformation des Vergaberechts, S. 76.